

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI
ŽIVOT**

2/2010

BEOGRAD
2010

Redakcija
Editorial Board

Prof.dr Tomas Fleiner (Institut za federalizam, Friburg, Švajcarska)
Prof.dr Vid Jakulin (Pravni fakultet, Ljubljana, Slovenija)
Prof.dr Jerry Rajski (Pravni fakultet, Varšava, Poljska)
Prof.dr Đorđe Ignjatović (Pravni fakultet, Beograd)
Prof.dr Đorđe Đorđević (Kriminalističko-policijska akademija, Beograd)
Doc.dr Dušan Popović (Pravni fakultet, Beograd)
Dr Branislava Knežić (Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd)
Prof. dr Ivanka Spasić (Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad)
Prof.dr Dragana Knežić-Popović (Pravni fakultet, UNION, Beograd)
Mr Jelena Čeranić (Institut za uporedno pravo, Beograd)
Dr Jovan Ćirić (Institut za uporedno pravo, Beograd)

Glavni i odgovorni urednik
Editor in chief

Dr Jovan Ćirić

Sekretar redakcije
Secretary of Editorial Board

Mr Jelena Čeranić

Izdavač
Publisher

Institut za uporedno pravo
Institute of Comparative Law
Beograd, Terazije 41
E-mail: institut@icl.org.rs
Tel (011) 32 33 - 213

Časopis „Strani pravni život“, osnovan je 1956. godine i izlazi tri puta godišnje. Rukopisi se ne vraćaju i podložni su anonimnoj recenziji. Rukopisi treba da sadrže kratak apstrakt na srpskom i engleskom jeziku i da ne prelaze obim od 20 kompjuterskih strana. Od broja 1 za 2008. godinu, časopis se može čitati i u on-line verziji na web sajtu Instituta za uporedno pravo www.comparativelaw.info

STRANI PRAVNI ŽIVOT 2/2010

S A D R Ź A J

<i>Prof. dr Dušan Vranjanac</i> NORMA KAO IMPERATIV	7
<i>Dr Aleksandra Rabrenović</i> STANJE U SRPSKOM PRAVOSUĐU U POREĐENJU SA DRUGIM EVROPSKIM ZEMLJAMA	25
<i>Prof. dr Fernanda Florentino Fernandez Jankov</i> ANTIDUMPING INVESTIGATIONS AND THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE WTO SYSTEM	45
<i>Mr Sergej Uljanov</i> <i>Mr Zvonimir Ivanović</i> MEĐUNARODNE POLICIJSKE ORGANIZACIJE	65
<i>Kam C. Wong</i> A CHINESE THEORY OF COMMUNITY POLICING	85
<i>Prof. dr Boris Krivokapić</i> NAČINI STICANJA DRŽAVNE TERITORIJE	115
<i>Elise BERNARD</i> LA COUR CONSTITUTIONNELLE SERBE ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCAIS AU REGRAD DU »MODELE EUROPEEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE«	141
<i>Kosana Beker</i> ZAŠTITNIK GRAĐANA (OMBUDSMAN) KVEBEKA	165

<i>Slobodan Vukadinović</i> <i>Mr Katarina Jovičić</i> KRITERIJUMI KVALIFIKACIJE UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE I PITANJE MERODAVNOG PRAVA	177
<i>Dr Vesna Klajn-Tatić</i> ETIČKI I PRAVNI POLOŽAJ PUNOLETNIH POSLOVNO SPOSOBNIH LJUDI KAO SUBJEKATA BIOMEDICINSKIH ISTRAŽIVANJA ILI OGLEDA	209
<i>Dr Božidar Jeličić</i> BRISSEL IIa REGULATIVA SAVETA O NADLEŽNOSTI I PRIZNANJU I IZVRŠENJU ODLUKA U BRAČNIM STVARIMA I STVARIMA RODITELJSKE ODGOVORNOSTI ZA ZAJEDNIČKU DECU OBA BRAČNA PARTNERA - REGULATIVA SAVETA BROJ 2201/2003	237
<i>Doc. Dr Saša Mijalković</i> O NEDRŽAVNOM SEKTORU NACIONALNOG SISTEMA BEZBEDNOSTI – INOSTRANA I DOMAĆA ISKUSTVA.....	251
<i>Prof. dr Ivanka Spasić</i> NORMATIVNO UREĐENJE FRANCHISING POSLOVA MEĐUNARODNI ASPEKT	271
<i>Katarina Dolović</i> ULOGA JAVNOG BELEŽNIKA KOD ZALOŽNOG PRAVA NA NEPOKRETNOSTI	293
<i>RADOVI STUDENATA DIPLOMSKIH STUDIJA.....</i>	315
<i>Tanja Radosavljević</i> , STAV 3 ČLANA 5 EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA	317
<i>Slavica Gutić</i> , PRAVO NA PRIVATNOST U EVROPSKOJ KONVENCIJI ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA	335
<i>Nera Aleksić</i> , KOMENTAR ČLANA 180. KRIVIČNOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE - sa osvrtom na uporedno pravo.....	347

FOREIGN LEGAL LIFE
2/2010

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

Prof. Dušan Vranjanac, LL.D.
LEGAL NORM AS A COMMAND 7

Aleksandra Rabrenović, PhD
SERBIAN JUDICIARY IN COMPARATION WITH OTHER
EUROPEAN COUNTRIES 25

Prof. dr Fernanda Florentino Fernandez Jankov
ANTIDUMPING INVESTIGATIONS AND THE ROLE OF THE
JUDICIARY IN THE WTO SYSTEM 45

Mr Sergej Uljanov
Mr Zvonimir Ivanović
INTERNATIONAL POLICE ORGANIZATIONS 65

Kam C. Wong
A CHINESE THEORY OF COMMUNITY POLICING 85

Prof. PhD Boris Krivokapić
METHODS OF ACQUIRING STATE TERRITORY 115

Elise Bernard
THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA AND THE
FRENCH CONSTITUTIONAL COUNCIL AIMING FOR THE
“MODEL OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL JUSTICE” 141

Kosana Beker
OMBUDSMAN IN QUEBEC 165

Slobodan Vukadinović, LL.B.

Katarina Jovičić, LL.M,

THE QUALIFICATION CRITERIA CONCERNING THE
CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS
AND THE QUESTION OF THE APPLICABLE NATIONAL
LAW 177

Vesna Klajn-Tatić, PhD,

ETHICAL AND LEGAL STATUS OF ADULT AND
COMPETENT HUMAN SUBJECTS INVOLVED IN
BIOMEDICAL RESEARCH OR TRIALS 209

Božidar Jeličić, LLD

BRUSSELS IIa COUNCIL REGULATION ON JURISDICTION
AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF
JUDGEMENTS IN MATRIMONIAL MATTERS AND IN
MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY – COUNCIL
REGULATION (EC) NO 2201/2003 237

Saša Miljković, PhD

ABOUT NON-GOVERMENTAL SECTOR OF THE NATIONAL
SECURITY SYTEM – INTERNATIONAL AND DOMESTIC
EXPERIENCES 251

Prof. Ivanka Spasić, Ph.D

NORMATIVE REGULATION OF FRANCHISING –
INTERNATIONAL ASPECTS 271

Katarina Dolović

THE ROLE OF PUBLIC NOTARY IN THE FIELD OF
POSSESSORY LIEN ON REAL ESTATE 293

STUDENT'S WORKS 315

Tanja Radosavljević

ARTICLE 5(3) OF THE EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS 317

Slavica Gutić,

THE RIGHT TO PRIVACY IN EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS 335

Nera Aleksić,

COMMENTARY OF ARTICLE 180 OF CRIMINAL CODE OF
SERBIA -WITH REVIEW OF COMPARATIVE LEGAL
SOLUTIONS 347

Prof. dr Dušan Vranjanac
Pravni fakultet Univerziteta UNION
Beograd

Originalni naučni rad
UDK 340.132

NORMA KAO IMPERATIV

Pravna norma se tokom istorije, pa često i danas, shvatala kao imperativ (zapovest). Najpre treba precizirati šta ovo shvatanje sve može da podrazumeva. Sam pojam imperativnog shvatanja prava može da ima više značenja. Ovakvo shvatanje je dosta kritikovano od strane nekih od najvećih mislilaca, s tim što definitivno rešenje problema nije još uvek na pomolu

Ključne reči: pravna norma; imperativ; kritičke primedbe.

1. Sve do kraja XIX veka, pravna norma je shvatana kao izraz volje države, zapovest upućena subjektima od kojih se zahteva da postupaju u skladu sa njom. Drugim rečima, pravna norma se pojavljuje kao zapovest, to jest kao naređivanje ili zabrana određenog ponašanja.

Obično se smatra da je ovakav pristup svojstven pravnom pozitivizmu, međutim, ovakvu, *imperativnu teoriju* zastupale su različite škole pravnog mišljenja - kako engleski pozitivisti Bentam i Ostin, tako i zastupnici prirodnog prava, na primer Grocijus i Pufendorf. Naravno, u slučaju pristalica prirodnog prava, imperativni element treba posmatrati u širem kontekstu njihovog učenja. Grocijus, na primer, smatra da *građansko pravo*, tj. pozitivno pravo, izvire iz najviše građanske vlasti ili države. Međutim, njegova *valjanost* počiva na prirodnom pravu.¹ Imperativna teorija doživljava procvat i u Nemačkoj u XIX veku, gde je zastupaju mnogi pisci.²

Krajem XIX i tokom XX veka dolazi do kritike i postepenog napuštanja teorije prava kao izraza državne volje. Posebno značajnu ulogu u ovom procesu ima Hans Kelzen (*Hans Kelsen*). Treba,

¹ Ljubomir Tadić, *Filozofija prava*, Zagreb, 1983, str. 79.

² Npr. K. Binding, *Normen und ihre Uebertretung*, 1872.

međutim, naglasiti da se on u kasnijim fazama svog razvoja postepeno vraća shvatanju norme kao imperativa. Ipak, imperativna teorija je u možda ublaženom obliku i do danas zadržala izvestan broj zastupnika.

Kao i sve značajne ideje koje je dala evropska civilizacija, i imperativna teorija prava ima svoje začetke još u Antici. Već Aristotel određuje pojam zakona na osnovu nekih karakteristika svojstvenih imperativnom modelu. Po njemu, zakon je opšte pravilo koje se javlja u obliku zapovesti ili zabrane, koje proističe iz države i ima obaveznu snagu zato što je praćeno državnom prinudom.³ Međutim, treba imati u vidu da Aristotel pripisuje zakonu i neka druga svojstva, kao što je usklađenost sa određenim idealima ili običajima. Nije sasvim jasno koja svojstva zakona Aristotel smatra suštinskim⁴, ali je jasno da je on uvideo svojevrsnu kompleksnost pravnog fenomena i utvrdio da nijedan pojedinačan opis ne može da obuhvati sve njegove mnogostruke vidove.⁵

Ipak, imperativna koncepcija prava u pravom smislu reči, javlja se u razvijenom obliku tek u delima Hobsa i Bodena, izlaskom iz srednjeg veka, u vreme stvaranja nacionalnih država. Hobs je najbliži imperativnoj koncepciji kada kaže da "Građanski zakon predstavlja za svakog podanika ona pravila koja mu je u vidu zapovesti država propisala, usmeno, pismeno ili drugim dovoljnim znacima kojima se volja izražava, da bi se njima služio za razlikovanje šta je pravo, a šta nepravdo, to će reći šta je protivno, a šta nije protivno pravilu."⁶ Međutim, treba obratiti pažnju i na jedan drugi Hobsov stav po kome zakon "... nije zapovest bilo kog čoveka bilo kom čoveku, već jedino onog čija je zapovest upućena nekom ko je od ranije obavezan da zapovest sluša."⁷ Ova kvalifikacija, "ko je od ranije obavezan da ...", upućuje na *pravo* suverena da zapoveda po osnovu društvenog ugovora koji se pretpostavlja kao osnov ustanovljavanja vlasti.

3 Aristotel, *Politika*, knjiga II, poglavlje VIII, 1269a; knjiga III, poglavlje XI, 1282b; knjiga IV, poglavlje 1; knjiga II, poglavlje VIII; knjiga III, poglavlje X.

4 Edwin. W. Patterson, *Jurisprudence*, Brooklyn, 1953, str. 83.

5 Huntington Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Connecticut, 1980, str. 95.

6 Tomas Hobz, *Levijatan*, Beograd, 1961, str. 232-233.

7 Hobz, op. cit., str. 232.

Svoj možda najčistiji oblik imperativna teorija dobija u spisima Džona Ostina. Ostin daje sledeće elemente za definiciju pojma pravnog pravila. On najpre kaže: "Zakon je zapovest koja obavezuje lice ili lica, i obavezuje generalno na skup činjenja ili nečinjenja."⁸ Zapovest kao suština zakona je, po Ostinu "želja jednog lica, izražena ili upućena drugom licu, sa predviđenim zlom (sankcijom) koje treba da bude naneto u slučaju da se želja ne poštuje."⁹ Ukratko, Ostinov pojam zakona (zapovesti) sadrži sledeće elemente: želju određenog pojedinca (ili određene grupe) da se neki drugi pojedinac (ili grupa) ponaša na određeni način (da nešto čini ili se uzdrži od činjenja); zlo, odnosno sankciju koju će prvi primeniti na drugog ako se ovaj ne ponaša u skladu s njegovom željom; i, izraz ove želje, odnosno volje, pomoću reči ili drugih znakova.¹⁰

Iako je imperativna teorija u svom klasičnom obliku dobrim delom napuštena u novije vreme, ona i danas ima neke značajne zastupnike.¹¹ Kao primer može se uzeti Georg Henrik von Wright koji je inače pionir u razvitku deontičke logike, odnosno logike deontičkih stavova. U knjizi *Norma i delanje (Norm and Action)*, kao i u nizu drugih radova¹², von Wright je stvorio kompleksnu opštu teoriju društvenih pravila, uključujući i teoriju pravnih normi. U svom radu on se bavi ispitivanjem strukture, tipologije i logičkog statusa društvenih normi, kao i ispitivanjem logičkih odnosa između normativnih, odnosno deontičkih stavova. Međutim, bez obzira na niz inovacija koje je dao u ovoj oblasti, zanimljivo je da je u pogledu definisanja pravne norme von Wright zadržao neke klasične elemente imperativnog modela, pre svega shvatanje da je volja kreator pravnih normi.

8 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954, str. 24.

9 Op. cit., str. 18.

10 Op. cit., str. 17.

11 Videti kod: I. Tammelo, "Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law", *ARSP* 2-3/1963.

12 Videti npr.: G.H. von Wright, *Practical Reason*, Oxford, 1983; *Objašnjenje i razumevanje*, Beograd, 1975, str. 195-202; "Problems and Prospects of Deontic Logic. A Survey", u: *Modern Logic - A Survey*, ed. Evandro Agazzi, Dordrecht: Reidel, 1981; "An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action", u: *Acta Philosophica*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1968.

Von Wright razlikuje tri grupe, odnosno tri tipa društvenih normi. To su *pravila, propisi (prescriptions)* i *direktive*.¹³

Pod *pravilima* von Wright podrazumeva pravila igara, gramatička pravila, i sl. *Propisi* su ono što se uobičajeno naziva pravnim normama, odnosno državna pravna pravila. Pod *direktivama* on podrazumeva takozvane tehničke norme.

Von Wright određuje kao mogućeg tvorca normi bilo instituciju (nepersonalizovan autoritet), bilo personalizovan autoritet. Ovde se javlja problem utvrđivanja postojanja volje u slučaju nepersonalizovanog autoriteta kao tvorca norme, ali bez obzira cela von Wrightova koncepcija vodi teoriji volje, odnosno jednostavnom psihološkom modelu zapovesti kakav je zastupao Ostin. Na pitanje šta subjekt koji izdaje zapovest čini, von Wright daje sledeći odgovor: "On promulgira normu i za nju vezuje efikasnu sankciju ili pretnju kaznom za neposlušnost."¹⁴ Promulgacija se sastoji u davanju na znanje subjektima norme, putem jezika ili drugih znakova, šta normativni autoritet zahteva od njih da čine ili ne čine.¹⁵ Kao i Ostin, von Wright smatra da je za zapovest nužno da izdavalac zapovesti poseduje vlast (moć). "Sposobnost zapovedanja je ... logički zasnovana na nadmoćnoj snazi izdavaoca zapovesti u odnosu na onoga kome se zapoveda."¹⁶

2. Na osnovu materijala koji pruža duga tradicija imperativnog shvatanja prava, u nauci je u novije doba učinjeno više pokušaja uopštavanja i izvođenja zaključka o suštinskim (opštim, zajedničkim) svojstvima imperativnog modela. Naravno, ovi pokušaji nisu prolazili bez teškoća, što je uvek i slučaj kada se veći broj srodnih pojava, koje se ipak u mnogo čemu razlikuju, pokušava da svede na neki zajednički imenitelj. Treba dodati i to da autori koji vrše uopštavanja često to čine na osnovu potreba vlastitih teorija i modela.

Navešćemo neke karakteristične pokušaje učinjene u ovom pravcu. Po mišljenju koje zastupa Haris (*J.W. Harris*), imperativnu teoriju karakterišu dva bitna principa. *Prvo*, u okviru ovog modela pozitivnopravno pravilo se izjednačava sa izrazom jednog akta htenja,

13 G.H. von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, str. 15-16.

14 Op.cit, str. 126.

15 Op. cit., str. 124.

16 Op. cit., str. 127.

odnosno volje ili želje. *Drugo*, pravni sistem se izjednačava sa svim pozitivnopravnim pravilima koja proističu iz iste suverene volje.¹⁷

R.A. Samek (*R.A. Samek*), pak, ističe sledeće elemente imperativne teorije: (1) svođenje pojma prava na pojam individualnog pravnog pravila, odnosno zapovesti i, (2) empirijsko izučavanje pojedinačnih pravnih pravila, odnosno sistema ovakvih pravila, kao jedini način sticanja znanja o pojmu prava.¹⁸

Pada u oči da Harisov i Samekov pokušaj određivanja opštih svojstava imperativne teorije ne navodi sankciju kao zajedničko svojstvo pravnih normi. Doduše, ni jedan od njih ne govori o potpunoj strukturi pravnog pravila, pa se može pretpostaviti da oni podrazumevaju da je sankcija bitan element pravnog pravila.

Sankciju kao suštinski element svojstven imperativnom shvatanju prava, posebno naglašava A.L. Gudhart (*A.L. Goodhart*), koji kao primere u potvrdu svog stava posebno navodi Hobsa i Ostina. Po Gudhartu, suštinski elementi imperativne teorije (za koju on smatra da je podvrsta takozvane teorije sile - *force theory of law* - su: (1) *zapovest* kao izraz želje suverena i (2) sa njom povezana *sankcija* čiji je cilj da obezbedi poštovanje zapovesti.¹⁹ Ako suveren nije u stanju da prinudno sprovede svoje zapovesti, on prestaje da bude suveren.²⁰

Ma koliko navedeni stavovi ispravno ukazivali na glavne elemente imperativne teorije, neka njena opšta svojstva se mnogo bolje uočavaju kroz sistematsku kritičku analizu i osporavanja ove teorije od strane nekih autora. Čini se čak, da neki bitni elementi ove teorije izmiču pri svakom pokušaju da se uopštavanjem dođe do njenih opštih karakteristika. Radi se o sledećem. Nije sporno da se u smislu imperativne teorije norma shvata, s jedne strane kao *zapovest*, a s druge strane kao *zapovest državne volje*. Iz ovoga se može zaključiti da imperativna teorija ima dva suštinska obeležja *zapovest* i *državnu volju*. Ali, mada ova dva obeležja obično idu zajedno, to ne mora uvek da bude slučaj. Osim toga, mnogi zastupnici drukčijih teorija prava priklanjaju se imperativnom shvatanju u prvom navedenom smislu.

17 J.W. Harris, *Law and Legal Science*, Oxford, 1979, str. 24.

18 R.A. Samek, *The Legal Point of View*, New York, 1974, str. 91.

19 A.L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, London, 1955, str. 10.

20 Op. cit., str. 11.

Bitno je međutim zapaziti, da su kritike imperativne teorije nekad usmerene na jedan, nekad na drugi element, a nekad, naravno, i na oba. Ovo treba imati u vidu zbog toga, što odatle proizilaze dva poimanja imperativne teorije, u zavisnosti od toga da li je kritika usmerena na jedan ili na drugi momenat, odnosno da li više naglašava prvi ili drugi.

Shodno tome, *jedno* značenje imperativne teorije je ono, koje pravnu normu svodi na imperativ u smislu psihološke kategorije, odnosno izraza nečije psihološke volje izražene u zapovesti. U *drugom* pak značenju, imperativna teorija podrazumeva da se svako pravno pravilo, odnosno norma, može svesti na jedan jedinstven tip pravila, odnosno na pravilo koje ima oblik zapovesti upućene odgovarajućim subjektima. Znači, pravna norma po ovom drugom shvatanju ima samo funkciju naređivanja ili zabranjivanja određenog ponašanja, te shodno tome uvek stvara obavezu na određeno ponašanje tih subjekata. U ovom slučaju nije bitno da li zapovest ima izvor u nečijoj volji. Insistira se u stvari na tome, da po svojoj funkciji svaka pravna norma mora u krajnjoj analizi da se svede na zapovest ili zabranu.

3. Polazeći od ovog što je prethodno rečeno, ovde će biti izložene neke od najznačajnijih kritika upućenih imperativnoj teoriji, Kelzenova i Hartova pre svega. Ove kritike se mogu najvećim delom grupisati oko dva problema.

Jedan deo kritika prvenstveno je usmeren na ideju imperativa kao izraza psihološke volje, odnosno na pitanje odnosa imperativa kao jednog jezičkog oblika i njegove psihološke podloge, volje, čiji je on izraz. Kritike imperativne teorije javljaju se u ovom slučaju već zbog samog značenja imperativa kao zapovesti - značenja koje pretpostavlja situaciju neposrednog odnosa dva subjekta. Doduše, neki autori imperativ shvataju kao širi pojam od pojma zapovesti, pa zapovest određuju kao kategoriju u okviru klase 'imperativa'. Samo u slučaju zapovesti postoji navedena situacija neposrednog ili približno neposrednog odnosa između onoga ko zapoveda i adresata zapovesti.²¹ Ovakav neposredan odnos nije svojstven imperativima uopšte, pa tim pre ni situaciji koja nastaje kad je pravo u pitanju. "Pod 'imperativom' se ovde podrazumeva javni izraz ili krajnji rezultat procesa koji

21 Alida Wilson, "The Imperative Fallacy in Kelsen's Theory", *The Modern Law Review*, 3/1981, str. 275.

započinje kao akt volje i ima za cilj da usmerava nečije ponašanje."²² No, ovo nije toliko bitno pošto se i u ovom slučaju imperativ javlja kao akt volje bez obzira što ne pretpostavlja nužno neposredan odnos između dva subjekta.

Drugi pravac kritike usmeren je na jednu drugu ideju sadržanu u imperativnoj teoriji, naime, na ideju koja teži da svede sve pravne norme na jedan jedinstven tip. Ova teorija nije toliko vezana za problem imperativa generalno, više je specifična za pravnu teoriju. Ne radi se dakle o problemima vezanim za pitanje mesta psihološke volje u konstituisanju pojma norme kao imperativa, već o pitanju da li sve norme moraju da budu imperativi.

U ovom drugom značenju, imperativna teorija svodi sve pravne norme na imperative, u tom smislu, što ih svodi na zapovesti i zabrane, čime im pripisuje jednu jedinstvenu formu i funkciju. U ovom slučaju radi se o jednom važnom elementu imperativne teorije koji je bio donekle zanemaren u kritici, mada je njega u praksi zastupala većina klasičnih pripadnika ove teorije.

4. U ranoj fazi rada, čiji su rezultati sistematski izloženi u *Glavnim problemima teorije državnog prava* (1911), Hans Kelzen je svoj naučni poduhvat sproveo u ime 'konstrukcije' u smislu formiranja pravnih pojmova.²³ "Pitanje da li pravni propis treba shvatiti kao imperativ ili kao hipotetički sud jeste pitanje o *idealnoj* jezičkoj formi pravnog propisa ..." ²⁴ U ovom radu, Hans Kelzen kritikuje imperativno shvatanje i suprotstavlja mu shvatanje po kome norma ne može da se svede na imperativ, već treba da se konstruiše kao hipotetički sud. U navedenom delu, poznatom i po tome što je u njemu prvi put izložena čista teorija prava, Kelzen određuje svojstva imperativne teorije na sledeći način: "Karakteristikom imperativne teorije treba smatrati to što njeni predstavnici identifikuju pojmove 'norme' i 'imperativa' ..." ²⁵

22 A. Wilson, *ibid.*

23 Stanley L. Paulson, "On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure", *The Liverpool Law Review*, XVII (1), 1996, str. 49.

24 Hans Kelzen, *Glavni problemi teorije državnog prava*, Beograd, Podgorica, 2001, str., 205.

25 *Op. cit.*, str., 185.

Kelzen dalje ovo objašnjava tako što tvrdi da je imperativ samo jedna od mogućih formi u kojima se norma može pojaviti. Isto tako, Kelzen kaže da: "Psihološka karakteristika imperativa - za razliku od suda - sastoji se ... u tome što je imperativ *neposredan* izraz *volje* usmeren na tuđe ponašanje, dok sud predstavlja jednu funkciju intelekta."²⁶ Kelzen isto tako smatra da je pogrešno videti suštinu pravne norme u nameravanju ili pobuđivanju ponašanja pravnih subjekata, budući da norma kao takva tu svrhu ima zajedno sa mnogobrojnim ne-normama²⁷, zaključujući da je "osnovna greška predstavnika imperativne teorije ... upravo u tome što sadržinom pravnog propisa čine društvenu svrhu pravnog poretka ..."²⁸

Imperativ je, smatra Kelzen, jedan jezički oblik čija je karakteristika gramatički fiksiran glagolski oblik. Kelzen, dakle, i u slučaju imperativa, i u slučaju norme, insistira na formi. Imperativ treba videti u njegovoj posebnoj formi, a ne u funkciji koju ima. 'Ljubi bližnjeg svoga' bi, na primer, bio imperativ. Imperativ je volja usmerena na tuđe ponašanje, ali ta volja mora da bude izražena u posebnoj, imperativnoj formi. Iskaz koji bi mogao da ima funkciju uticanja na tuđe ponašanje pak ne mora da bude imperativ, već može isto tako da predstavlja sud. Kelzen dakle imperativ yamenjuje sudom.

Inače, kada se kaže da je norma hipotetički sud, odnosno, po novijoj logičkoj terminologiji stav, to može da deluje nejasno budući da sud, odnosno stav predstavlja vrstu jezičkog izraza čije je svojstvo da može da bude istinit ili lažan. Međutim, pravna norma kao iskaz o nečemu što treba da bude, odnosno kao pravilo ponašanja, ne može da bude, shodno tome, ni istinita ni lažna. Ako se ovde radi samo o analognom razmišljanju po kome norma ima samo *formu* sličnu formi suda, odnosno logičkog stava, onda se to može i prihvatiti. To na jednom mestu i Kelzen potvrđuje kada kaže:

"... suštinu pravne norme posebno treba videti u njenoj posebnoj *formi* po kojoj se razlikuje od drugih normi, dok joj vladajuće shvatanje dodeljuje istu formu kao i svim ostalim normama: upravo imperativ."²⁹

26 Op. cit., str. 185.

27 Op. cit., str. 186.

28 Op. cit., str. 186.

29 Kelzen, *Glavni problemi ...*, str. 186.

Zaista, ako na primer prirodni zakon kaže: ako A jeste, onda i B jeste, pravni "zakon" kaže: ako A jeste, B *treba* da bude. Ovde imamo istu formalnu logičku strukturu, samo što razlika leži u kopuli: *jeste* u prvom slučaju, a *treba*, u drugom. U ovom drugom slučaju, veza nije određena kategorijom uzročnosti već podjednako fundamentalnom, normativnom kategorijom. Veza između dva skupa činjenica ne sastoji se u uzročnosti već u uračunavanju.³⁰ U ovome i leži suštinska razlika, pošto sud u prvom slučaju ima svojstvo da može da bude istinit ili lažan, dok u drugom slučaju "sud" to svojstvo nema.

Kelzen je, sa stanovišta vlastite teorije dao jednu od najutemeljenijih kritika imperativne teorije kao shvatanja koje pravo vezuje za psihološku volju. On priznaje da su pravne norme u izvesnom smislu slične imperativima, zapovestima, ali ih naziva zapovestima samo uslovno, odnosno depsiologizovanim zapovestima. Pojam prava kao zapovesti je, sa stanovišta čiste teorije prava, podložan kritici zbog unošenja elementa volje kao psihološke *činjenice* do koga se analizom samo pozitivnog prava ne može doći. Kritika, koju Kelzen upućuje ovakvom shvatanju, je u velikoj meri opravdana i sastoji se u sledećem. Pravno pravilo ili norma je nešto drugo nego psihološka volja, čak i u slučaju da je volja zaista tvorac norme. Norma postoji i obavezuje svojim važenjem nezavisno od ove volje. Međutim, najčešće, volja u psihološkom smislu i ne postoji. Pre svega, norma obavezuje čak i kada njen tvorac više i ne postoji. Tvorac norme, takođe, može da ne želi više takvu normu, ali ona i dalje obavezuje dok ne bude na propisan način ukinuta.³¹ U oba slučaja norma postoji, iako više nema nikakve volje u psihološkom smislu. Kelzen je naglašavao da je jedna od teškoća Ostinovog shvatanja zapovesti (njegova kritika je bila usmerena prvenstveno na Ostinovu varijantu imperativne teorije) u tome što, kada je zakon jednom stvoren, volja zakonodavca, ako ona u psihološkom smislu uopšte i postoji, iščezava.

Dalji prigovori koje Kelzen ističe protiv teorije volje odnose se na slučaj donošenja propisa od strane kolektivnih organa (npr.

30 H. Lauterpacht, "Kelsen's Pure Science of Law", u: *Modern Theories of Law*, London, 1933, str., 108.

31 Hans Kelsen, "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", u: Hans Kelsen, *What is Justice*, Berkeley and Los Angeles, 1957, str. 272; Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, str. 85-86.

parlamenta). Kada parlament donosi neki zakon, da bi ovaj bio punovažno donet, potrebno je da bude usvojen većinom glasova poslanika. Teško je reći da ovde postoji volja parlamenta, pošto je očigledno da zakon ne predstavlja volju manjine. Međutim, ipak je i njeno učešće u donošenju zakona potrebno. S druge strane, veliki broj članova parlamenta najčešće i ne poznaje sadržinu zakona koji usvaja, ili je poznaje vrlo površno, pa je i u tom smislu teško govoriti o bilo kakvoj volji.³²

Prema tome, pravo može da se definiše kao zapovest samo uslovno, u figurativnom smislu, odnosno, u Kelzenovoj terminologiji, kao 'depsihologizovana' zapovest. Kelzen kaže:

"Ako je pravno pravilo zapovest, ono je, takoreći, depsihologizirana zapovest, zapovest koja ne sadrži u sebi 'volju' u psihološkom značenju te reči. Ponašanje koje propisuje pravno pravilo 'zahteva se' a da nijedno ljudsko biće to 'neće' u psihološkom smislu. To je izraženo stavom da se 'treba' ponašati onako kako je propisano pravom."³³

Kelzen se u svom kasnijem razvoju udaljavao od shvatanja da je norma hipotetički sud, i, u određenom smislu sve više se približavao imperativnoj teoriji. On je, naime, u *Opštoj teoriji prava i države*, a naročito u drugom izdanju *Čiste teorije prava*, odbacio shvatanje da je norma stav, odnosno sud. Kelzen sada smatra, da se ono što tvorcima prava stvaraju ne može sastojati od stavova koji su istiniti ili lažni. Ali, stavovi pravne nauke, koje je uveo kao novu kategoriju (u *Opštoj teoriji prava i države* ih naziva 'pravna pravila u opisnom smislu', dok u *Čistoj teoriji prava* koristi adekvatniji termin 'pravni stav'), a koji ovo opisuju, to mogu da budu. Kelzen na taj način pravi razliku između pravnih normi koje stvaraju pravni autoriteti i koje nemaju svojstvo istinitosti ili lažnosti, i 'pravnih pravila u opisnom smislu', odnosno pravnih stavova³⁴ koje formuliše nauka.

Naravno, nije potrebno potpuno odbaciti 'zapovest' kao termin kojim se može označavati pozitivni zakon. Postoji čak i izvesna

32 Hans Kelsen: "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", str. 273.

33 Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1998, str. 88.

34 Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1998, str. 97-98; Hans Kelzen, *Čista teorija prava*, Beograd, 2000, str. 65-66.

opravdanost da se ovaj termin zadrži, a osnovni razlog leži u već navedenom Kelzenovom razlikovanju pravnih normi od pravnih stavova (pravnih pravila u deskriptivnom smislu). Shodno tome, zapovest ili imperativ lišen svog psihološkog prizvuka je vrsta izraza koji se razlikuje od deskriptivnih izraza po tome što nije moguće dokazivati njegovu istinitost ili lažnost.³⁵ Kada se pojavljuje u zakonskom tekstu, iskaz o trebanju predstavlja normu i ima *imperativnu* funkciju.

"Pravni *stavovi* su hipotetički sudovi koji iskazuju da u smislu ... pravnog poretka, datog pravnom saznanju, pod izvesnim uslovima određenim tim pravnim poretkom, treba da nastupe izvesne posledice određene tim pravnim poretkom. Pravne *norme* nisu sudovi, to jest iskazi o nekom predmetu datom saznanju. *Po svom smislu, one su zapovesti i kao takve naređenja, imperativi; ...* (moj kurziv)³⁶

Bilo bi značajno navesti još jedan Kelzenov prigovor imperativnoj teoriji prava, a koji je vezan za problem sankcije i pravne obaveze kao posledice pretnje sankcijom. Ovaj prigovor je u vezi sa Kelzenovim shvatanjem da je primarna norma ona norma, koja naređuje primenu sankcije. I ovaj prigovor Kelzen upućuje Ostinu, ali on može da se primeni i na druge predstavnike sličnog shvatanja. Naime, Kelzen vidi protivrečnost u tome što Ostin s jedne strane smatra da je obaveza posledica zapovesti, a s druge strane da je obaveza podložnost sankciji. Međutim, Kelzen konstatuje da, ako je pravna obaveza posledica sankcije, onda ponašanje koje moramo da imamo prema svojoj pravnoj dužnosti ne može biti identično sa ponašanjem koje nam zapoveda pravna norma.

"Ono što je zapovedeno može biti jedino sankcija. Pravna norma ne propisuje ponašanje koje sačinjava pravnu obavezu. Samo ponašanje suprotno od ovog, ponašanje koje je označeno kao 'krivo', 'protivpravno', 'prestup' pojavljuje se u pravnoj normi kao uslov sankcije, koja čini ono što pravna norma propisuje. Zbog toga što pravna norma vezuje izvesnu sankciju za izvesno ponašanje, suprotno

35 Kelzen, *ibid.*

Richard Wollheim, "The Nature of Law", u: *Political Studies*, London, 1954, str. 128-141.

36 Hans Kelzen, *Čista teorija prava*, Beograd, 2000, str. 65.

ponašanje postaje pravna obaveza. Ostin, međutim, predstavlja kao da pravna norma, koju naziva 'zapovest', naređuje ponašanje koje čini pravnu dužnost. Na taj način on dolazi u protivrečnost sa svojom sopstvenom definicijom pravne obaveze. U Ostinovoj zapovesti više nema mesta za sankcije. A, međutim, jedino preko sankcija zapovest postaje obavezna. Ostinova zapovest je onaj pomoćan pojam koji smo gore označili kao 'sekundarnu normu'. Pošto je shvatio da je sankcija osnovan element prava, on je morao definisati čisto pravno pravilo kao 'zapovest' koja propisuje sankciju. Pošto to nije učinio, morao je pasti u protivrečnost."³⁷

Hartova kritika imperativne teorije bila je usmerena prvenstveno na oblik ove teorije koji joj je dao Džon Ostin. Ipak, mada je glavna meta njegove kritike bio Ostin, sam Hart kaže da njegov glavni problem nije Ostin, već verodostojnost određenog tipa teorije koja poseduje većitu privlačnost bez obzira na nedostatke koje ima.³⁸ Možda je zbog toga preformulacija Ostinove teorije, koju je u navedenom cilju izvršio Hart, dovela do njenog delimičnog uprošćavanja, što samim tim Hartovu kritiku ponekad čini nepravednom prema Ostinu.³⁹ No, u svakom slučaju, ovo nije od veće važnosti ako se shvati da je Hartova analiza uperena protiv određenog *modela* objašnjenja prava, onog modela koji pravo shvata kao zapovest, a koji nije bio svojstven samo Ostinu. Međutim, i tako shvaćena Hartova kritika pravne norme kao zapovesti suverena praćene pretnjom sankcije je vrlo značajna i oštroumno argumentovana, kao i kritika takozvane navike na poslušnost (*habit of obedience*) kao osnove suverenove vlasti.

Generalno gledano, Hart stavlja tri osnovne primedbe shvatanju prava kao prinudne zapovesti. Kao *prvo*, on tvrdi da čak i krivični zakoni, koji su, inače, najbliži ovakvom modelu, imaju različit opseg primene od zapovesti upućenih drugima, pošto krivični zakon može da nameće obaveze ne samo drugima već i onima koji ga donose. *Drugo*, postoje norme koje ne zahtevaju od ljudi da nešto čine (uz pretnju sankcijom), već mogu da im daju ovlašćenja, odnosno da im pružaju

37 Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, str. 117.

38 H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, str. 18.

39 Videti o tome kritički intoniran članak Roberta Moles-a, "John Austin Reconsidered", *North Ireland Law Quarterly*, 193/1985.

mogućnost da sami stvaraju prava i obaveze. *Treće*, mada donošenje zakona može da ima izvesne sličnosti sa izdavanjem zapovesti, neka od pravnih pravila ne nastaju na ovaj način već putem običaja, pa svoj status pravnih pravila ne duguju nikakvim svesnim aktima stvaranja prava.⁴⁰

U svrhu ovih izlaganja značajna je ne toliko Hartova kritika samog pojma i elemenata zapovesti, već njegovo shvatanje da se, gledano u celini, pravni sistem ne može svesti samo na skup pravila koja imaju oblik zapovesti. Postoje, naime, različite vrste pravila, posebno ona koja daju ovlašćenja za presuđivanje ili donošenje zakona (javna ovlašćenja) i ona za stvaranje ili menjanje pravnih odnosa (privatna ovlašćenja), koja teško mogu da se protumače kao zapovesti praćene pretnjom.⁴¹

Na osnovu ovog stava, Hart je izneo ideju o nužnom postojanju dve vrste pravnih pravila u okviru pravnog sistema, *primarnih* i *sekundarnih* pravila. Pravni sistem je, shodno tome, definisao kao 'sistem pravila u okviru pravila' koji uključuje i fundamentalno pravilo za identifikaciju ostalih pravila u sistemu, takozvano pravilo priznanja (*rule of recognition*).⁴²

Pored značaja koje ovo shvatanje ima samo po sebi, ono je, u kontekstu ovih izlaganja, bitno i zbog toga što ukazuje na jedno značenje imperativne teorije koje je manje isticano, pa time i manje kritikovano. To je već pominjano shvatanje čija se suština sastoji u tome što sve pravne norme svodi na jedan jedinstven tip, tj. na zapovest ili zabranu. Ovakav oblik pravila imaju prvenstveno propisi krivičnog prava i eventualno pravila o građanskopravnoj deliktnoj odgovornosti. Međutim, u modernim pravnim sistemima nemoguće je sva pravila svesti na ovakav model, odnosno pripisati im jedinstvenu strukturu i funkciju, budući da postoji čitav niz pravila koja daju privatnopravna ili javnopravna ovlašćenja. To su na primer propisi koji se odnose na ugovore, testamente, zaključenje braka, zatim, pravila o nadležnosti sudova i zakonodavnih tela, i sl. Polazeći od ovog stava, Hart je izveo

40 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, str. 47-48.

41 Hart, op. cit., str. 77.

42 H.L.A. Hart, Uvod u: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1955, str., str. XII-XIII.

svoje shvatanje o pravnom sistemu kao jedinstvu tzv. primarnih i sekundarnih pravila, od kojih su prva ona, koja propisuju obavezna pravila ponašanja i na taj način utvrđuju obaveze. Druga, sekundarna pravila, daju ovlašćenja (nadležnost) za stvaranje primarnih pravnih pravila.

Međutim, kako Hart smatra, težnja ka uniformnosti, tj. težnja da se sva pravila svedu na jedan jedinstven model, vrlo je jaka u pravnoj teoriji. Prema Hartu, postoje dva glavna argumenta koja su u prilog ovome koristili veliki pravници.⁴³ "Ovi argumenti su zamišljeni da pokažu da je distinkcija između raznolikih zakona koju smo naglasili površna, ako ne i nestvarna, i da je pojam zapovesti praćen pretnjama 'konačno' adekvatan za analizu pravila koja daju ovlašćenja isto kao i za analizu pravila krivičnog prava."⁴⁴ Argumenti u prilog ovog shvatanja, koje je Hart podvrgao kritici, sastoje se u (1) tretiranju 'ništavosti' kao vrste sankcije i (2) u svođenju pravila koja daju ovlašćenja na fragmente (delove) pravila.

Prva teorija koja teži da dokaže suštinsku istovetnost ove dve vrste pravila i da ih oba svede na tip prinudne zapovesti, oslanja se, kako je rečeno, na ništavost kao sankciju. Ništavost je, po ovoj teoriji, u osnovi isto što je i kazna u slučaju krivičnopravnih propisa, odnosno zlo koje sledi kao posledica kršenja pravila. Međutim, Hart smatra da je ovakvo gledište neodrživo iz više razloga i da je izvor i znak konfuzije.⁴⁵ Kao manje bitan razlog u prilog neodrživosti ovog shvatanja, Hart navodi to da uopšte nije verovatno da se ništavost smatra za zlo od strane onoga ko je, na primer, zaključio nevažeći ugovor. Ali, osim ovog, nebitnog razloga, Hart navodi i neke suštinske razloge zbog kojih ništavost teško može da se poistoveti sa sankcijom. Kao prvo, u slučaju pravila krivičnog prava moraju se razlikovati dve stvari: određeno ponašanje koje pravilo zabranjuje, i sankcija kao sredstvo koje takvo ponašanje treba da obeshrabri. U slučaju sekundarnih pravila, međutim, radi se o ponašanju koje pravo ne suzbija, već samo postavlja okvire u kojima treba da se kreće jedno društveno poželjno ponašanje. U ovom slučaju, ako je, na primer, ugovor sastavljen protivno pravilima ugovornog prava, pravo

43 Hart, *The Concept of Law*, str. 32.

44 Hart, op. cit., str. 32.

45 Hart, op. cit., str. 33.

jednostavno ne priznaje njegovo postojanje. Još apsurdniji slučaj bio bi, kaže Hart, ako bi se za sankciju smatralo to što zakonski predlog koji nije dobio potrebnu većinu u parlamentu ne dobija status zakona.⁴⁶ Ništavost, na taj način, u svakom slučaju ima sasvim različitu funkciju od kazne.

Kao drugi bitan razlog, Hart navodi činjenicu da je u slučaju pravila krivičnog prava logički zamislivo da postoje pravila koja zapovedaju određeno ponašanje, čak i ako nije zaprećeno nikakvo zlo, odnosno sankcija u slučaju njihovog kršenja. Može se naravno reći da to ne bi bila *pravna* pravila, ali je svakako moguće razlikovati jedno pravilo od drugog; moguće je, naime, odvojiti sankciju, a da ipak ostane razumljivo merilo ponašanja koje se postavlja.⁴⁷ Međutim, ovakva distinkcija je logički nemoguća između pravila koje zahteva poštovanje određenih uslova pri sastavljanju testamenta i takozvane sankcije 'ništavosti'. U ovom slučaju, ako nepoštovanje navedenih uslova ne bi povlačilo ništavost, ne bi moglo smisljeno da se tvrdi da pravilo postoji bez sankcije čak i kao nepravno pravilo. Odredba o ništavosti je *sastavni deo* ovog tipa pravila, dok kazna nije na taj način vezana za pravila koja nameću dužnosti.⁴⁸

Drugo mišljenje koje Hart kritikuje je, u neku ruku, suprotno prethodnom. Umesto da sva pravila svodi na vrstu prinudnih zapovesti, ovo mišljenje negira sekundarnim pravilima karakter pravnih pravila uopšte.⁴⁹ Ovakva pravila su samo fragmenti potpunih pravnih pravila. U ekstremnom obliku, koji na primer zastupa Kelzen, ovo shvatanje i propisima krivičnog prava (u onom obliku kako se oni obično formulišu) negira status pravnih pravila. Kelzen naime kaže, da je pravno pravilo zapovest koja propisuje sankciju.⁵⁰ Ovo znači, na primer, da ne postoji norma koja zabranjuje ubistvo; postoji samo norma koja nalaže državnim organima da primene određene sankcije u određenim okolnostima prema onima koji izvrše ubistvo.⁵¹ Sve istinske norme su, po ovom shvatanju, uslovne zapovesti državnim organima da

46 Hart, op. cit., str. 34.

47 Hart, ibid.

48 Hart, op. cit., str. 34-35.

49 Hart, op. cit., str. 35.

50 Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1998, str. 117.

51 Hart, op. cit., str. 35.

primene sankciju, odnosno sve imaju sledeći oblik: 'Ako se X učini ili propusti ili dogodi, tada primeni sankciju Y.'⁵² Na taj način, pravilo ponašanja koje se uobičajeno smatra sadržinom pravne norme, postaje samo prethodna, ili, kako kaže Hart, ako-klauzula (*if-clause*) u okviru pravila koje nije upućeno građanima već državnim organima kojima zapoveda da primene sankciju.

"Sve većom razradom prethodnih, odnosno ako-klauzula, pravna pravila svakog tipa, uključujući pravila koja daju i definišu način vršenja privatnih ili javnih ovlašćenja, mogu da se preformulišu u ovaj uslovni oblik. Na taj način, odredbe Zakona o testamentima koje zahtevaju dva svedoka, javljaju se kao zajednički deo velikog broja uputstava sudovima da primene sankcije prema izvršiocu testamenta koji, kršeći odredbe testamenta, odbije da isplati legat: 'ako i samo ako postoji testament propisno potpisan od svedoka koji sadrži ove odredbe i ako ... tada prema njemu moraju da budu primenjene sankcije.' Slično tome, pravilo koje određuje obim sudske nadležnosti, pojavljuje se kao zajednički deo uslova koji treba da budu ispunjeni pre nego što sud primeni bilo koju sankciju."⁵³

Ovakve teorije, po Hartovom mišljenju, iskrivljuju različite društvene funkcije koje različiti tipovi pravila ostvaruju. "Slabost ove doktrine je u tome što ona prikrija ili iskrivljuje drugi relativno aktivan aspekt, koji se prvenstveno, mada ne i isključivo, očituje u delatnostima zvaničnika ili stručnjaka pravnog sistema kojima se pravo stvara, identifikuje i primenjuje."⁵⁴

5. Šta možemo da kažemo u smislu zaključka? Bez pretenzije da se da definitivni odgovor u vezi sa ovim pitanjem, treba reći da pravac rešenja možda leži u odbacivanju razmišljanaj o pojedinačnim zakonima, normama i normativnim sistemima kao nekakvim prirodnim jedinicama. Kada shvatimo da je pojam pravne norme samo konstrukcija u okviru određenih modela i da su ti modeli sami po sebi lišeni svake po sebi date suštine, problem postaje jednostavniji i lišen metafizičkih primesa.⁵⁵

52 Hart, *ibid.*

53 Hart, *op. cit.*, str. 35-36.

54 Hart, *op. cit.*, str. 60.

55 Samek, *op. cit.*, str. 339-340.

Norma se može definisati kao atomska jedinica *normativnog* sistema, tj. hijerarhijskog sistema bezličnih (impersonalnih) propisa, u okviru koga je donošenje nižih jedinica naređeno ili dopušteno višim. "Normativni sistem je hijerarhijski sistem bezličnih propisa, u kome je donošenje nižih normi naređeno ili dopušteno višim (normama). Norme takvog sistema nisu tvorevine stvarnih akata volje normativnog autoriteta, već su postulirane atomske jedinice sistema koje su isto tako veštačke kao i sam sistem."⁵⁶

Pitanje 'šta je norma', kao uostalom i pitanje šta je pravo, je filozofsko pitanje u Vitgenštajnovom smislu. Njegova stalna prisutnost i zabuna koju ono stvara, jeste posledica alijenacije reči *norma* (odnosno *pravo*) od njene raznovrsne i uspešne jezičke upotrebe, upotrebe u jezičkim igrama. Pogrešni su pokušaji da se ova reč poveže sa zajedničkom suštinom koja razgraničava "stvar" norma od drugih stvari. Znači, na ovo pitanje je nemoguće dati istinit odgovor. Može se samo konstruisati navedeni model koji može da posluži onom cilju koji se ima u vidu.⁵⁷ Prema tome, pravo po svojoj suštini nije ništa više norma ili hipotetički sud, nego što je zapovest. Pojam norme ili hipotetičkog suda može prosto da bude plodotvorniji u konstruisanju određenog modela, nego što je to pojam zapovesti.⁵⁸

Koristeći jednu Popperovu metaforu, takozvanu "teoriju vedra i reflektora" (*bucket and searchlight theory*),⁵⁹ doduše u nešto drukčijem značenju, Haris kaže:

"Na svojoj površini, pravo ne obznanjuje u koje jedinice može biti najkorisnije podeljeno. Ne postoji *data* struktura. Možemo uroniti u bunar materijala zakonodavnih izvora različite vrste pojmovno

⁵⁶ Samek, op. cit., str. 65.

⁵⁷ Samek, op. cit., str. 10, 56.

⁵⁸ Samek, op. cit., str. 339.

⁵⁹ Pod teorijom duha kao vedra (*bucket theory of mind*) Popper podrazumeva teoriju koju su zastupali empiristi sve do Hjuma. Po njoj saznanje uvire u nas kao u vedro kroz naša čula. Pod teorijom nauke kao reflektora (*searchlight theory of science*) Popper podrazumeva to da je naučni opis činjenica veoma selektivan i da uvek zavisi od polaznih teorija. Ova situacija se najbolje može opisati poređenjem sa reflektorom. Ono što reflektor čini vidljivim zavisi od njegovog položaja, načina kako je usmere, boje svetlosti, itd. Naravno, bitno je i ono na šta je reflektor usmeren. (Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*, London, 1977, vol II, str. 213-214, 260, itd.).

oblikovanih vedara, i izvućićemo tada pravila, standarde, zakone bilo koje poželjne vrste. Jedan od zadataka pravne teorije je da dâ razloge za preferiranje jednog oblika vedra u odnosu na druge."⁶⁰

Prof. Dušan Vranjanac, LL.D.

LEGAL NORM AS COMMAND

During the long history of legal theory legal norms were often construed as commands. This gave rise to the so-called command theory of law propounded not only by legal positivists but also by adherents of natural law.

The author attempts to discern different meanings this theory may have and than offers some critical observations regarding this theory, especially those given by Hans Kelsen and H.L.A. Hart.

In the conclusion the author states that the problem has been somewhat overrated, and that the conception of norm as a command or as a logical proposition depends not upon some inherent characteristic of the law but upon the model each author uses.

Key words: Legal norms; commands; Hans Kelzen

60 J.W. Harris, *Law and Legal Science*, Oxford, 1979, str. 92.

Dr Aleksandra Rabrenović

Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo,
Beograd

UDK 347.9(497.11):(4)
Originalni naučni rad

STANJE U SRPSKOM PRAVOSUĐU U POREĐENJU SA DRUGIM EVROPSKIM ZEMLJAMA

Analiza izveštaja »Evropski sudski sistemi« Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (SEPEŽ) od 2008. godine

U radu se analizira stanje u pravosudnom sistemu Republike Srbije kroz poređenje sa drugim evropskim zemljama na osnovu izveštaja Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (SEPEŽ) »Evropski sudski sistemi« od 2008. godine, koji sadrži podatke prikupljene od 45 zemalja članica Saveta Evrope iz 2006. godine. Oblasti komparativne analize su: finansiranje pravosudnih sistema (uključujući i nivo plata sudija i tužilaca), broj sudova i geografskih lokacija sudova, neophodan broj profesionalnih sudija i broj primljenih i rešenih predmeta u parničnim i van-parničnim sporovima (stepen ažurnosti). U radu se zaključuje da je stanje u srpskom pravosuđu u 2006. godini u pogledu efikasnosti i ažurnosti rada sudova u rešavanju parničnih i vanparničnih predmeta bilo bolje nego u većini evropskih zemalja. Broj geografskih lokacija sudova, sa druge strane, bio je iznad evropskog proseka, što opravdava preduzete mere u pogledu racionalizacije mreže sudova koja je trenutno u toku. Broj profesionalnih sudija je u 2006. godini takođe bio iznad evropskog proseka, ali se zbog različitog uređenja pojedinačnih pravosudnih sistema evropskih zemalja (u kojima su neprofesionalne sudije ili tela ovlašćena da rešavaju u različitim vrstama manje složenih predmeta) razmatranje neophodnog broja sudija mora mnogo dublje analizirati da bi se ustanovio realno potreban broj, kako bi se obezbedilo nesmetano funkcionisanje celokupnog pravosudnog sistema.

Ključne reči: reforma pravosuđa, Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), evropski sudski sistemi

Uvod

Reforma pravosudnog sistema u Srbiji jedno je od gorućih pitanja koje je u centru pažnje ne samo stručne, već i šire javnosti u Srbiji. Imajući u vidu da je Srbija članica Saveta Evrope, kao i da je nedavno podnela kandidaturu za članstvo u Evropskoj uniji, evropske institucije, kao što su Venecijanska komisija Saveta Evrope i Evropska Komisija takođe sa pažnjom prate proces reforme pravosuđa, pa je time reformski proces dobio i širi međunarodni auditorijum, od koga se očekuje ocena uspešnosti sprovedenih reformi u bližoj budućnosti.

Ne ulazeći u ocenu kvaliteta ukupne reforme pravosuđa i načina sprovođenja određenih reformskih mera (posebno reizbora sudija i tužilaca), pitanje koje se postavlja jeste kakvo je stanje u srpskom pravosuđu bilo pre započetih reformi, kako bi se utvrdile polazne osnove reforme i mogli oceniti rezultati i delotvornost reforme na kraju procesa. Jedan od kriterijuma za ocenu stanja u pravosuđu jeste percepcija poverenja građana u pravosuđe koja je 2006. godine bila na prilično niskom nivou. Tako je prema izveštaju Evropske banke za obnovu i razvoj i Svetske banke: "Pregled života u tranziciji"¹ za 2006. godinu, manje od 20 % građana Srbije bilo zadovoljno kvalitetom rada i efikasnošću sudova, a više od 40% ispitanika iskazalo veliko nezadovoljstvo radom sudova. Takođe, analiza kaznene politike u Srbiji pokazala je da je kaznena politika u Srbiji veoma blaga,² što otvara pitanje sudske nezavisnosti i pristrasnosti. Međutim, čini se da pored postojećih istraživanja javnog menjenja i naučnih istraživanja koja su usmerena na specifične oblasti, ako što je kaznena politika, nisu utvrđeni, ili bar dovoljno poznati, opšti objektivni kriterijumi stanja u srpskom pravosuđu, kako bi mogli da se prate rezultati reforme i izvrši objektivna procena opravdanosti pojedinih reformskih mera.

Dobar osnov za ocenu stanja u srpskom pravosuđu pre započetih reformi u odnosu na druge evropske zemlje daju podaci Evropske komisije za efikasnost pravosuđa –SEPEŽ³, koji su predstavljeni u izveštaju SEPEŽ-a od oktobra 2008. godine, na osnovu podataka prikupljenih 2006. godine. U ovom radu bliže ćemo analizirati podatke

¹ EBRD, The World Bank, (2006), *Life in Transition Survey*, <http://www.ebrd.com/pubs/econo/lits.pdf>

² Ćirić J, Đorđević Đ, Sepi R (2006), *Kaznena politika sudova u Srbiji*, (Centar za mir i razvoj demokratije), Beograd.

³ Ime SEPEŽ nastalo je od skraćenice francuskog naziva Komisije za efikasnost pravosuđa: Commission européenne pour l'efficacité de la justice – CEPEJ.

iz ovog izveštaja, kroz uporednu analizu osnovnih elemenata pravosudnog sistema u Srbiji i drugih zemalja članicama Saveta Evrope, kako bismo proces reforme pravosuđa mogli da posmatramo u širem kontekstu i uspeli da jasnije sagledamo osnove i očekivane rezultate procesa reforme pravosuđa.

Evropska komisija za efikasnost pravosuđa – SEPEŽ (CEPEJ)

Evropska komisija za efikasnost pravosuđa je savetodavno telo Saveta Evrope koje ima zadatak da analizira efikasnost pravosudnih sistema evropskih zemalja i predlaže praktične mere radi poboljšanja efikasnosti u radu pravosudnih organa. SEPEŽ je osnovan od strane Komiteta Ministara Saveta Evrope 2002. godine i ima za cilj da pomogne zemljama članicama Saveta Evrope u sprovođenju preporuka Saveta koje se odnose na organizaciju i rad sudstva kako bi se, između ostalog, i smanjio broj predmeta koji dolaze pred Savet Evrope na osnovu povrede člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima o pravu na suđenje u razumnom roku. SEPEŽ je danas jedinstveno telo svoje vrste koga čine eksperti 47 zemalja Saveta Evrope.

Jedan od osnovnih zadataka SEPEŽ-a jeste poređenje efikasnosti i delotvornosti pravosudnih sistema evropskih zemalja, kako bi se utvrdile osnovne tendencije njihovog razvoja i dale preporuke za njihovo poboljšanje. Analiza postignutih rezultata pravosudnih sistema vrši se putem posebne metodologije, koja se sastoji od utvrđivanja i razvoja indikatora razvoja, prikupljanja kvantitativnih i kvalitativnih podataka i utvrđivanja metoda za evaluaciju sistema.⁴

Da bi ispunio svoje zadatke i ciljeve, SEPEŽ je započeo proces redovne evaluacije pravosudnih sistema zemalja članica Saveta Evrope. Od osnivanja 2002. godine, SEPEŽ je sproveo tri istraživanja na osnovu kojih je sačinio tri izveštaja, 1) iz 2004. godine, koji je izrađen na osnovu prikupljenih podataka iz 2002. godine, 2) iz 2006. godine, izrađen na osnovu podataka prikupljenih 2004. godine i 3) iz 2008. godine, rađen na osnovu prikupljenih podataka iz 2006. godine i koji će biti predmet analize ovog rada.

⁴ Statut SEPEŽ-a predviđa da je SEPEŽ dužan da: (a) analizira rezultate koje su postigli različiti pravosudni sistemi (...) koristeći, između osalog, zajedničke statističke kriterijume i načine evaluacije (b) definiše probleme i oblasti mogućih poboljšanja i omogući razmenu mišljenja o funkcionisanja različitih pravosudnih sistema (c) utvrdi konkretne načine poboljšanja funkcionisanja pravosudnih sistema država članica, imajući u vidu njihove specifične potrebe.

Važno je napomenuti da su u toku pisanja izveštaja SEPEŽ eksperti i nacionalni korespondenti imali u vidu dugoročni cilj procesa, a to je definisanje seta kvantitativnih i kvalitativnih podataka koji će biti prikupljeni u redovnim vremenskim intervalima i na podjednak način procesuirani u svim zemljama članicama, kako bi se uspostavili zajednički idikatori kvaliteta i efikasnosti pravosudnih sistema zemalja članica Saveta Evrope i utvrdili primeri najboljih organizacionih reformi, praksi i inovacija, koje omogućavaju poboljšanje usluga koje pravosudni organi pružaju građanima.

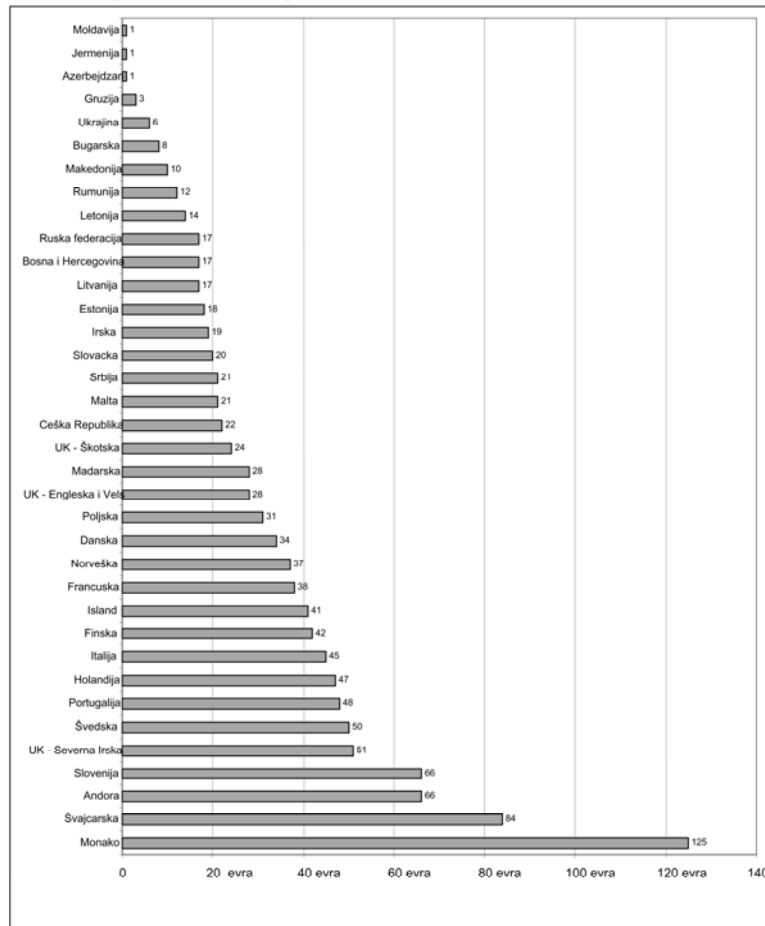
U izveštaju SEPEŽ-a iz 2008. godine analiziraju se elementi pravosudnog sistema 45 država-članica Saveta Evrope koji obuhvataju sledeća pitanja:

- Finansiranje pravosudnih sistema
- Dostupnost pravde i pravne pomoći
- Broj sudova i geografskih lokacija sudova i upotreba informacionih tehnologija
- Rad medijatora
- Broj profesionalnih sudija i tužilaca i pomoćnog sudskog/tužilačkog osoblja
- Rezultati rada suda
- Podaci o broju pravnika, advokata i notara.

U ovom radu ćemo se osvrnuti sledeće oblasti: finansiranje pravosudnih sistema (uključujući i nivo plata sudija i tužilaca); broj sudova i geografskih lokacija sudova i upotrebu informacionih tehnologija; podatke o broju profesionalnih sudija; nivo plata sudija i tužilaca; broj primljenih i rešenih predmeta u parničnim i van-parničnim sporovima (stepen ažurnosti pravosuđa), kao ključnim pitanjima daljeg razvoja našeg pravosudnog sistema.

Budžet sudstva i javnih tužilaštava

Srbija je u 2006. godini izdvojila 21 evro po stanovniku za sudski budžet (bez pravne pomoći i tužilaštva), što je među nižim iznosima u Evropi. Poređenja radi, Švajcarska je po stanovniku izdvojila četverostruko više - 84 evra, a Slovenija trostruko više - 66 evra. Na donjem grafu 1 prikazani su uporedni podaci o budžetu iz 2006. godine koji su zemlje članice Saveta Evrope izdvojile za sudski budžet u evrima.

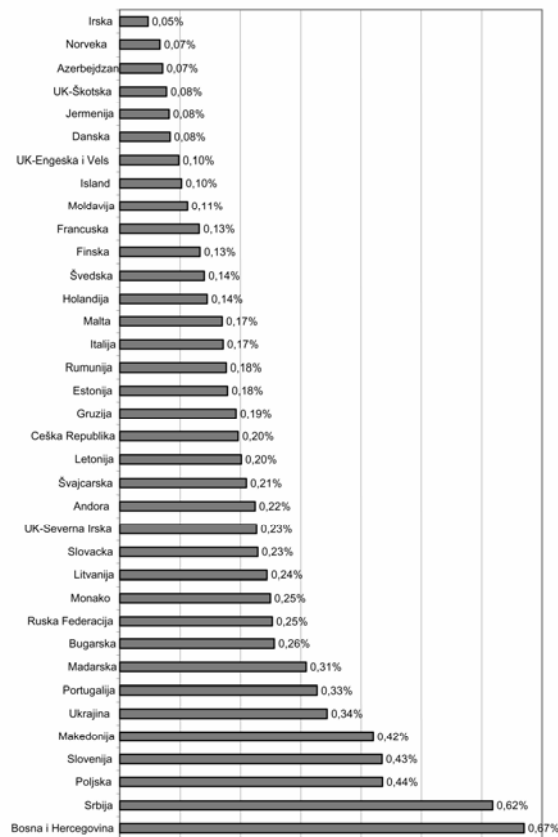
Graf 1 Ukupni sudski budžet po stanovniku u evrima

Iz predstavljenih podataka može se zaključiti da zemlje koje imaju viši bruto društveni proizvod (BDP) i više sredstava u budžetu mogu i da priušte veće izdatke za sudstvo i druge javne rashode. Zbog razlike u stepenu razvijenosti i bruto društvenom proizvodu, apsolutni iznosi koje pojedine zemlje izdvajaju za sudski budžet ne govore dovoljno o strukturi ukupnih rashoda i udelu koje sudstvo u njima ima. Da bi se prevazišli problemi pri ovakvoj vrsti poređenja, pribegava se poređenju sudskih budžeta po stanovniku, ne prema apsolutnom iznosu, već u odnosu na bruto društveni proizvod zemlje.

Kada se uporede sudski budžeti evropskih zemalja po stanovniku u odnosu na bruto društveni proizvod, Srbija se ističe kao zemlja sa

najvećim sudskim budžetom u Evropi, posle Bosne i Hercegovine (graf 2). Taj podatak prilično iznenađuje imajući u vidu često nezavidne uslove rada u sudovima u Srbiji, ali se objašnjava činjenicom je u podacima o budžetu sudstva obuhvaćena i finansijska podrška donatora.⁵ Visok udeo donatorske podrške takođe se navodi i kao razlog da Bosna i Hercegovina ima najveći budžet sudstva po glavi stanovnika u odnosu na BDP u Evropi.⁶

Graf 2 Ukupni sudski budžet (bez pravne pomoći i tužilaštva) po stanovniku u odnosu na bruto nacionalni dohodak (BDP)



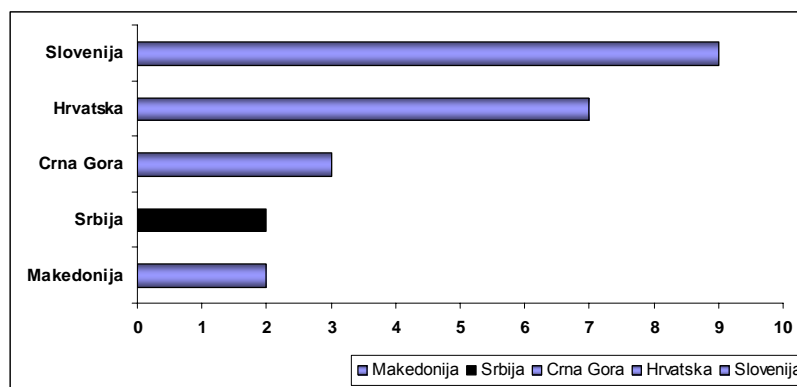
⁵ European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice* <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1041073&SecMode=1&DocId=1314568&Usage=2>, str. 23-24.

⁶ Ibid.

Kada se podaci o sudskom budžetu iz 2006. godine uporede sa podacima za 2004. zaključuje se da je Srbija, zajedno sa Jermenijom, Rumunijom i Ukrajinom, značajno povećala budžetska sredstva za sudstvo, dok je većina drugih zemalja ili neznatno povećala ili pak smanjila sudski budžet. Glavni razlozi za povećanje sudskog budžeta u većini zemalja su povećanje personalnih troškova, viši troškovi zakupa, funkcionisanja i održavanja sudskih zgrada, porast troškova života ili implementacija programa reforme pravosuđa. U najvećem broju slučajeva evropske zemlje su povećale budžetske izdatke zbog povećanja plata sudija i pomoćnog sudskog osoblja, koji i predstavljaju najveći udeo u budžetu sudstva, dok je manji broj zemalja, kao što su, Kipar, Irska, Gruzija i Škotska izdvojile veliki deo svog sudskog budžeta na kapitalne investicije, kao što je izgradnja modernih sudskih zgrada i opreme.⁷ Sa rastućom ulogom informacionih tehnologija, očekuje se da će sve veći udeo u sudskom budžetu biti izdvajan na razvoju sistema informacionih tehnologija, kao što je to već slučaj u Holandiji, Irskoj, Austriji, Danskoj i Rumuniji. Sa druge strane, interesantno je primetiti da u mnogim drugim zemljama nije došlo do povećanja sudskog budžeta, a da su neke zemlje, kao što su na primer, Nemačka, Češka, Mađarska, Irska, Italija i Švedska, čak neznatno smanjile svoje sudske budžete u periodu 2004-2006. godine.

Budžetska sredstva koja se izdvajaju za javna tužilaštva u Srbiji su nekoliko puta manja od većine zemalja u regionu. Budžet koji se izdvaja za tužilaštvo po stanovniku je tako skoro pet puta manji u odnosu na budžet tužilaštva Slovenije i oko tri i po puta manji u odnosu na budžet koji se izdvaja za tužilaštva u Hrvatskoj.

Graf 3: Godišnji budžet za javna tužilaštva po stanovniku u evrima



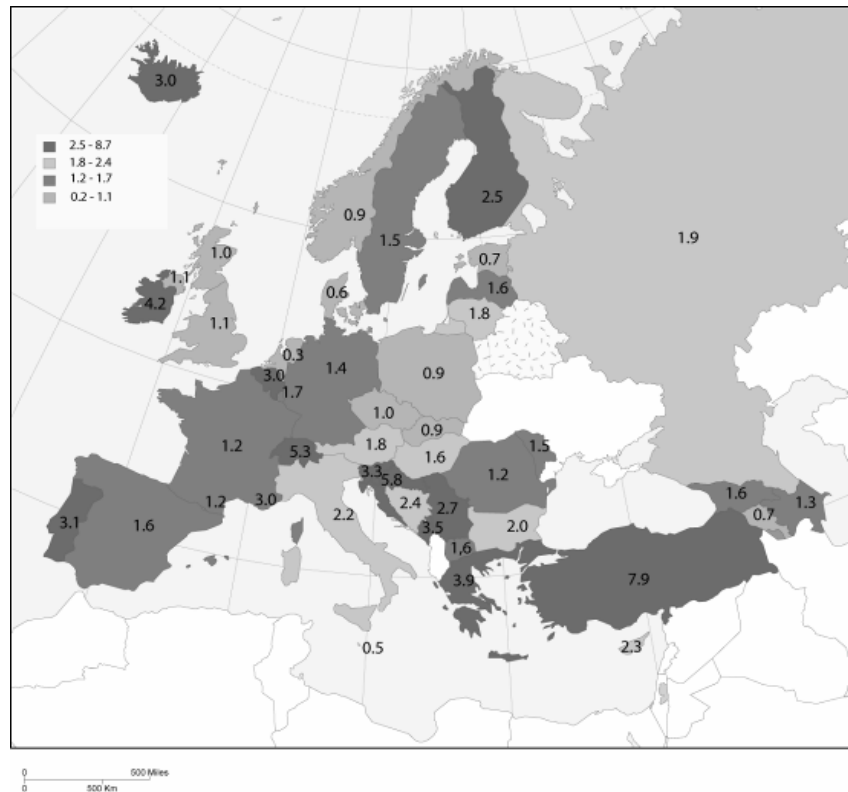
⁷ Ibid, str. 36.

Kada se analizira iznos učešća budžeta javnih tužilaštava u BDP-u, situacija za razliku od sudskog budžeta nije mnogo bolja, jer je udeo tužilačkog budžeta u BDP-u (0,05 %) duplo manji od proseka zemalja Centralne i Istočne Evrope (0,10%).⁸ Iznos tužilačkog budžeta, naravno zavisi od broja javnih tužilaca, organizacije javnog tužilaštva u datoj zemlji, kao i ovlašćenjima koje javni tužioci imaju. Imajući u vidu očekivana proširenja nadležnosti javnog tužilaštva u Srbiji, posebno uvođenje sistema tužilačke istrage, prirodno se nameće se i pitanje povećanja budžeta tužilaštva, kako bi ova institucija mogla da nesmetano vrši sve funkcije i ovlašćenja koje očekuje da preuzme u bliskoj budućnosti.

Organizacija sudstva - broj geografskih lokacija sudova

U okviru organizacije sudstva, SEPEŽ-ov izveštaj posebnu pažnju posvećuje broju sudova i geografskih lokacija sudova, što je takođe i aktuelna tema reforme pravosuđa u Srbiji. Razlika se pravi između sudova, kao tela koja se ustanovljavaju zakonom i koja su ovlašćena da sude u sudskim sporovima u okviru administrativnih struktura uz kojima su zaposleni jedan ili više sudija, i geografskih lokacija sudova, koje se definišu kao sudske zgrade u kojima se održavaju ročišta. Broj geografskih lokacija sudova na 100.000 stanovnika u evropskim zemljama prikazan je na slici 1.

⁸ Ibid. str. 32.

Slika 1: Broj geografskih lokacija sudova na 100.000 stanovnika

Iz predstavljenog grafičkog prikaza vidi se da je u Srbiji u 2006. godini broj geografskih lokacija sudova bio prilično visok - 2.7 na 100,000 stanovnika - u odnosu na druge evropske zemlje. Veći broj geografskih lokacija sudova u Evropi imaju još samo Island (3.0), Portugalija (3.1), Grčka (3.9), Irska (4.2), Švajcarska (5.3), Slovenija (3.3), Hrvatska (5.8) i Turska (visokih 7.9).

Najveći broj evropskih zemalja započeo je reformu koja je usmerena na smanjenje broja sudova ili geografskih lokacija sudova. Iako u periodu od 2004. do 2006. nije došlo do značajnih promena u broju sudova odn. njihovih geografskih lokacija, ipak je u 13 zemalja došlo je do njihovog smanjenja. U velikom broju zemalja, reforme koje su započete 2006. godine bi takođe trebalo da dovedu do smanjenja broja sudova i njihovih lokacija, putem ukidanja manjih sudova i njihovog sjedinjavanja sa drugim, većim sudovima. U manjem broju zemalja, umesto smanjenje broja sudova predviđa se povećanje

njihovog broja, uglavnom kroz uspostavljanje novih specijalizovanih sudova.⁹ Detaljniji opis predviđenih reformskih mera u organizaciji sudstva u evropskim zemljama prikazan je u tabeli 1.

Tabela 1 Planirane promene u organizaciji sudstva u evropskim zemljama

Danska:	Broj okružnih sudova je smanjen sa 82 na 24 da bi se sudski sistem modernizovao i da bi se osigurao viši nivo profesionalizma, fleksibilnosti i pružanja usluga, kao i efikasan sistem upravljanja predmetima
Estonija:	Dva od tri postojeća apelaciona suda će biti spojeni zbog potrebe povećanja efikasnosti sistema
Gruzija:	Planira se smanjenje broja prvostepenih sudova
Nemačka:	Većina država (<i>Länder</i>) ne planira promene u strukturi sudova; U nekoliko država se planiraju promene koje su usmerene na smanjenja broja lokalnih sudova (<i>Amtsgerichte</i>)
Finska:	Planira se smanjenje prvostepenih sudova od 54 na 27 do kraja 2010
Francuska:	Planira se smanjenje broja sudova i geografskih lokacija sudova kao deo sveobuhvatnije reforme pravosuđa
Irska:	Planira se uvođenje dva nova okružna suda
Italija:	Predloženo je smanjenje broja manjih sudova
Norveška:	Planira se smanjenje broja prvostepenih sudova
Poljska:	Podela sudova sa prevelikim brojem predmeta u sredinama sa velikim brojem stanovnika (da bi se poboljšao pristup sudovima i dobili bolji rezultati u upravljanju predmetima)
Ruska federacija	Smanjenje broja sudova - 47 manjih sudova će biti ukinuto
Portugalija:	U toku je veliki projekat reforme sudstva, čiji je cilj smanjenje broja geografskih lokacija sudova i uspostavljanje više specijalizovanih sudova
Slovačka:	7 novih okružnih sudova uspostavljeno je 2007. godine
Švedska:	Predlaže se smanjenje broja upravnih sudova
Belgija	Previđa se uvođenje novih izvršnih sudova (enforcement courts)
Ukrajina	Planira se osnivanje 27 upravnih lokalnih sudova i 7 apelacionih upravnih sudova

⁹ Ibid, str. 98

Smanjenje broja sudova i njihovih geografskih lokacija jedna je takođe od mera reforme pravosuđa u Srbiji, čije su osnove postavljene donošenjem Zakona o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava¹⁰, a proces reorganizacije sudova je trenutno u toku.

Pitanje koje se prirodno postavlja je na koji način obezbediti nesmetano funcionisanje pravosudnog sistema u situaciji kada se broj sudova i njihovih geografskih lokacija rapidno smanjuje u velikom broju zemalja. Odgovor na ovo pitanje može se potražiti u korišćenju informacionih tehnologija i efikasnijim sudskim procedurama za pojedine sporove. Uvođenje interaktivnih web site-ova, on line foruma, specializovanih postupaka za predmete manje vrednosti, pa čak i video konferencije mogu da pomognu u pobošljanju pristupu sudovima. Tako se u mnogim zemljama ispituju mogućnosti korišćenja tehnika video konferencija, kao dela e-pravde. Na taj način bi se troškovi prevoza lica koja su pod istragom iz zatvora do suda, što takođe može predstavljati prednost kod oštećenih lica, imajući u vidu da ne moraju da budu fizički prisutni u sudu, već mogu da budu intervjuisani u lokacijama van suda. Tehnika video konferencija se sve više koristi i u preko graničnim predmetima. Stranke ne moraju da putuju u zemlje u kojima se sudi, već mogu biti intervjuisani u zemlji u kojoj imaju prebivalište. Velika pažnja takođe se poklanja uspostavljanju elektronskih registara (kao što su registar preduzeća, stečajnih dužnika, nepokretnosti) u zemljama u kojima se ovi registri vode od strane sudova. Kao deo projekta e-uprave koji je inicirao Savet Evrope pilot projekat je u toku kako bi se obezbedio da se kroz jedinstveni e-justice portal da zemlje Evropske unije imaju pristup registrima drugih zemalja Evropske unije, a planira se i umrežavanje krivično- pravnih registara o postojanju kaznene evidencije za sve zemelje Evropske unije.¹¹

¹⁰ Zakona o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava (Službeni glasnik RS br. 116/2008)

¹¹ European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice*, op. cit. str. 98.

Broj sudija

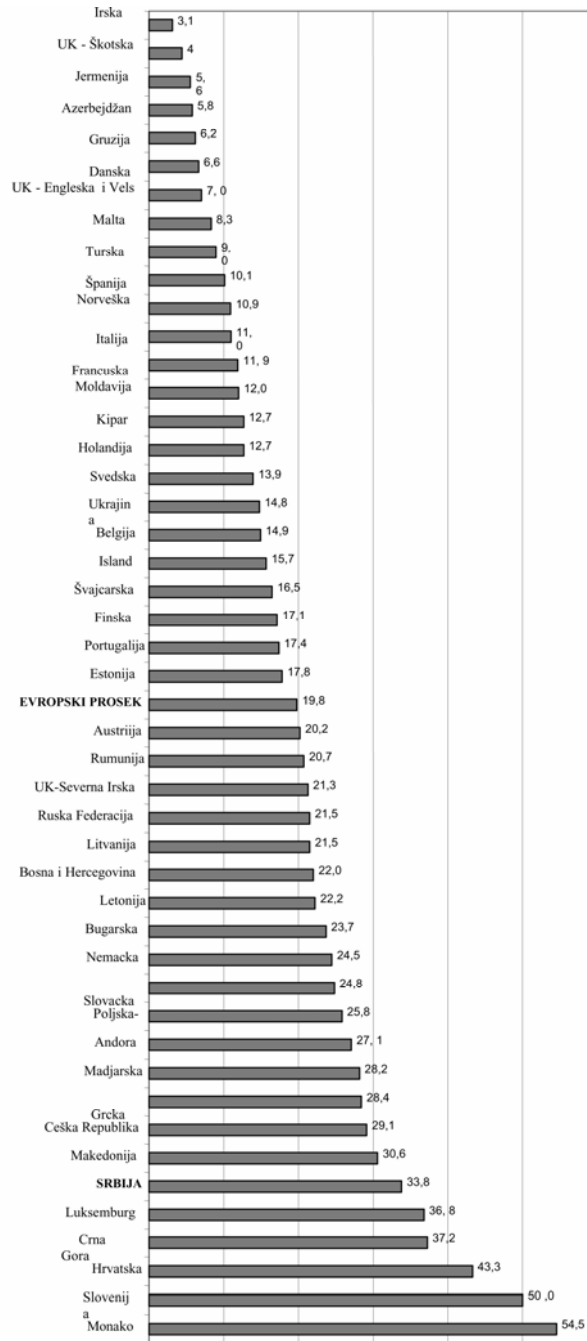
Prema SEPEŽ podacima za 2006. godinu, Srbija je imala 34 profesionalne sudije na 100,000 stanovnika (2,400 sudija za populaciju od 7.5 miliona), što je znatno više od evropskog proseka od 19,8 sudija na 100,000 stanovnika. U donjem grafu 3 prikazani su uporedni podaci o broju profesionalnih sudija na 100,000 stanovnika u zemljama članicama Saveta Evrope.

Međutim, veoma je važno da se uporedni podaci koriste sa oprezom, jer broj sudija u svakoj zemlji zavisi od organizacije sudske sistema, kao i stepena »potražnje« za sudskim uslugama (demand side of the justice sector), tj. broja primeljnih predmeta iz različitih sudskih oblasti. Tako je, na primer, u zemljama kontinentalne Evrope relativno visok broj profesionalnih sudija, dok je u zemljama anglo-saksonske pravne tradicije velika zastupljenost neprofesionalnih sudija (na pr. "judges of the peace" u Velikoj Britaniji).

U velikom broju zemalja ulogu koju sudije imaju u našem sistemu vrši nesudsko osoblje kojima su poverene sudske funkcije, čime se automatski smanjuje potreba za angažovanjem profesionalnih sudija. Tako čak u 15 zemalja (Jermeniji, Austriji, Češkoj, Danskoj, Estoniji, Nemačkoj, Mađarskoj, Irskoj, Lihtenštanu, Malti, Norveškoj, Poljskoj, Slovačkoj, Sloveniji, Španiji) postoji posebna vrsta nesudskog osoblja, odn. posebni pravosudni organ »rechtsfleger«, kome su povereni poslovi koje kod nas obavljaju sudije i protiv čijih odluka se može izjaviti žalba. Ovo telo rasterećuje profesionalne sudije od niza manje složenih predmeta u porodičnim, starateljskom, naslednom pravu, sudskoj zaštiti potraživanja u sporovima male vrednosti, izvršnom postupku, pravnoj pomoći i slično,¹² pa je stoga i potreba za angažovanjem profesionalnih sudija mnogo manja.

¹² Vidi: Prezentacija Dragane Boljević, Predsednice Društva sudija na okruglom stolu o reformi pravosuđa od 18.4.2008; European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice*, op. cit. str. 123.

Graf 3: Broj profesionalnih sudija na 100.000 stanovnika

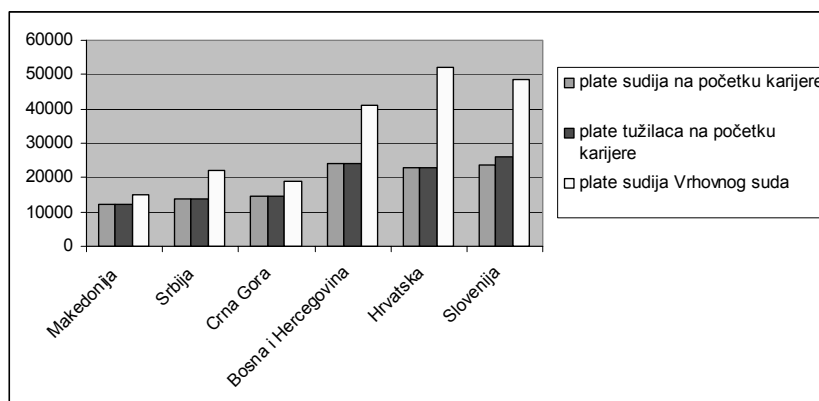


Takođe je veoma važno da se pri određivanju optimalnog broja sudija uzme u obzir i priliv predmeta iz različitih sudskih oblasti. Što je veći broj građana koji traže sudsku zaštitu to je i veća potreba za angažovanjem sudija i/ili drugog osoblja koji će raditi na rešavanju primljenih predmeta. U tom smislu, interesantno je primetiti da Srbija ima jako veliki broj vanparničnih predmeta na 100,000 stanovnika (posle Austrije i Hrvatske najveći broj vanparničnih predmeta u Evropi), o čemu će više reći biti kasnije. Broj predmeta u trgovinskim sudovima u Srbiji takođe je veoma veliki kada se poredi sa drugim evropskim zemljama, što ukazuje na potrebu angažovanja većeg broja sudija u trgovinskim predmetima.¹³

Plate sudija i tužilaca u regionu

Poređenje nivoa plata u sudstvu u zemljama u regionu pokazuje da su plate sudija i tužilaca na početku karijere u Srbiji, Makedoniji i Crnoj Gori gotovo na istom nivou (oko 13.500 evra godišnje), za razliku od primanja njihovih kolega u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj i Sloveniji, koje su gotovo dva puta više (oko 23,500 evra godišnje). Plate sudija sudova najviše instance su nešto više u Srbiji nego u Makedoniji i Crnoj Gori, ali su gotovo dva puta do tri puta manje od plata sudija Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Slovenije. Poređenje plata sudija i tužilaca u zemljama u regionu prikazano je na donjem grafu 4.

Graf 4 Bruto godišnje plate sudija i tužilaca u regionu

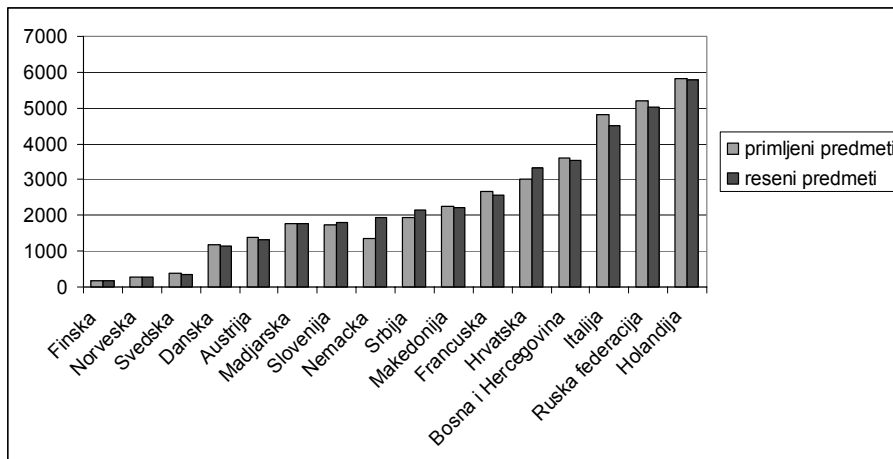


¹³Vidi: World Bank/IFC, Doing Business 2008 (podaci za 2007) o broju predmeta u trgovinskim sudovima po stanovniku.

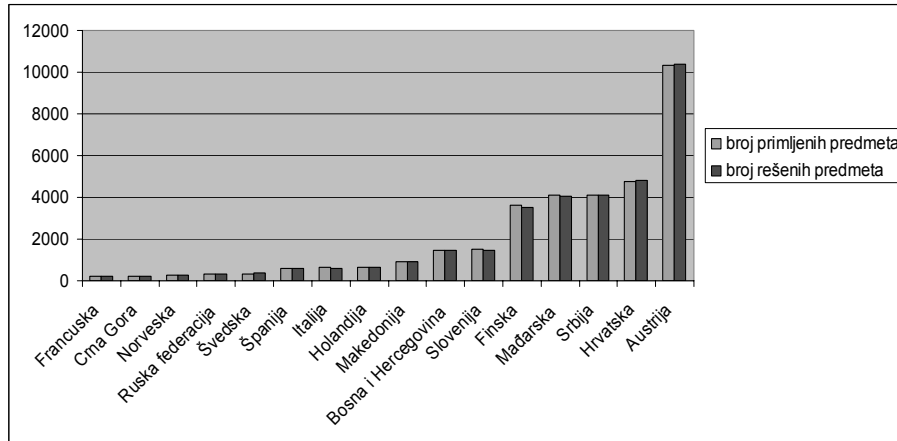
Broj primljenih i rešenih parničnih i vanparničnih predmeta – stepen ažurnosti

Kada se analiziraju podaci o broju primljenih i rešenih parničnih i van-parničnih predmeta najpre se primećuje da jedna grupa evropskih zemalja ima veoma veliki broj parničnih predmeta, dok je u drugim zemljama velika zastupljenost van-parničnih predmeta. Tako na primer, u Rusiji, Holandiji, Italiji i Bosni i Hercegovini sudovi imaju znatno veći broj parničnih predmeta u odnosu na druge evropske zemlje, dok skandinavske zemlje, kao što su Finska, Norveška i Švedska imaju izuzetno mali broj parničnih predmeta. Sa druge strane, Austrija je zemlja koja ima izuzetno visok broj van-parničnih predmeta, koji je gotovo trostruko viši od evropskog proseka. Srbija, Hrvatska, Mađarska i Finska takođe imaju veliki broj van-parničnih predmeta koji je dvostruko viši nego u drugim evropskim zemljama. Veliki broj van-parničnih predmeta objašnjava se obavljanjem funkcija koje su vezane za različite vrste registara, a u Srbiji se može objasniti i time što su sudovi angažovani u govoto svim elementima predmeta naslednog prava, koje u drugim zemljama obavlja pomoćno sudsko osoblje/tela, kao i institucija notara, koji još uvek nije uvedena u srpski pravosudni sistem. U donjim grafovima prikazani su podaci o broju primljenih i rešenih parničnih i vanparničnih predmeta na 100.000 stanovnika.

Graf 5 Broj primljenih i rešenih parničnih predmeta na 100.000 stanovnika



Graf 6 Broj primljenih i rešenih van-parničnih predmeta na 100.000 stanovnika



Važan parametar efikasnosti sudstva jeste poređenje broja primljenih i rešenih predmeta u toku jedne godine, koji se naziva »stepen ažurnosti« (clearance rate). Stepenn ažurnosti, koji se izražava u procentima, dobija se kada se broj rešenih predmeta podeli sa brojem primljenih predmeta i pomnoži sa 100.¹⁴

Stepenn ažurnosti od 100 % označava da je sud ili sudski sistem rešio sve slučajeve u okviru predviđenog vremenskog roka, dok stepenn ažurnosti od preko 100% znači da je sud rešio više slučajeva nego što je primio i na taj način smanjio broj zaostalih predmeta. Ukoliko broj primljenih predmeta nije rešen u okviru predviđenog perioda stepenn ažurnosti će naravno biti manji od 100%, što će dovesti do povećanja broja zaostalih predmeta.

U većini evropskih zemalja stepenn ažurnosti u parničnim i vanparničnim predmetima je između 98 % i 100 %. Međutim, u nekim zemljama je stepenn ažurnosti i znatno ispod proseka, kao što je to na primer slučaj kod rešavanja parničnih predmeta u Andori, Italiji, Rumuniji, pa čak i Francuskoj (96%). U van-parničnom postupku situacija je bolja u većini zemalja, mada se Italija, Španija i Crna Gora izdvajaju po niskom stepenu ažurnosti (od 92 odnosno 96%).¹⁵

¹⁴ European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice*, op. cit. str. 136.

¹⁵ Ibid.

Srpsko pravosuđe je u 2006. godini imalo veoma dobar stepen ažurnosti od 109% u parničnim predmetima i prosečan stepen ažurnosti u vanparničnim predmetima od 100%. To takođe znači da je srpsko pravosuđe, uprkos svim kritikama koje mu se upućuju, pokazalo visok stepen efikasnosti u rešavanju parničnih predmeta, uspevajući i da smanji broj zaostalih predmeta, dok je u van-parničnim predmetima, čiji je broj znatno iznad evropskog proseka, uspelo da održi solidan stepen ažurnosti i reši istovetan broj primljenih predmeta. U donjoj tabeli su prikazani podaci o stepenu ažurnosti u pojedinim zemljama članicama Saveta Evrope.

Tabela 2: Stepen ažurnosti

Zemlja	Parnični postupak	Vanparnični postupak
Andora	89	99
Španija	94	96
Italija	94	92
Rumunija	96	-
Francuska	96	101
Švedska	97	106
Austrija	97	101
Bosna i Herc.	98	99
Makedonija	99	99
Ruska Federacija	100	100
Mađarska	101	98
Češka Republika	101	103
Norveška	103	99
Slovenija	103	99
Srbija	109	100
Hrvatska	111	101
Crna Gora	113	96
Monako	114	89
Slovačka	115	113

Zaključak

Analiza SEPEŽ-ovog izveštaja »Evropski sudski sistemi« iz 2008. godine pokazuje da je stanje u srpskom pravosuđu na početku procesa reforme 2006. godine bilo nešto drugačije od percepcije građana o stanju u sudstvu i to posebno kada se imaju u vidu podaci o stepenu ažurnosti sudova, koji je na zavidnom nivou u poređenju sa drugim evropskim zemljama. Prema SEPEŽ podacima, stepen ažurnosti sudova, a samim tim i efikasnosti srpskog pravosuđa je u 2006. godini bio viši u odnosu na mnogo razvijenije zemalje, kao što su Italija, Španija, Francuska, Norveška i Slovenija. Ovi podaci dovode u pitanje potrebu reizbora svih sudija i tužilaca, umesto preduzimanja pojedinačnih mera prema sudijama koji nisu pokazali dobre rezultate odn. koji su se kompromitovali, i posledica koje će to imati funkcionisanje ukupnog pravosudnog sistema.

Budžet koji se izdvaja za sudstvo u odnosu na bruto društveni proizvod u Srbiji jedan je od najvećih u Evropi, što je takođe činjenica koja iznenađuje, ali se donekle može objasniti i značajnom donatorskom podrškom sektoru pravosuđa bez koje bi poređenje sa sudskim budžetom drugih evropskih zemalja sigurno bilo drugačije. Tužilački budžet, sa druge strane, značajno je ispod evropskog proseka i proseka zemalja u regionu, pa je posebnu pažnju potrebno posvetiti povećanju sredstava koja se izdvajaju za javna tužilaštva, posebno imajući u vidu planirana povećanja ovlašćenja tužilaca u istražnom postupku.

Broj geografskih lokacija sudova u Srbiji značajno je iznad evropskog proseka, pa se može zaključiti da su reformske mere koje su usmerene na racionalizaciju mreže sudova u Srbiji opravdane i potrebne. Smanjenje broja sudova i geografskih lokacija sudova takođe je u skladu sa postojećim tendencijama u drugim evropskim zemljama, kako bi se povećala efikasnost celokupnog pravosudnog sistema. Da bi se prevazišli problemi koji nastaju smanjenjem broja lokacija sudova, važno je usmeriti napore ka razvoju informacionih tehnologija u sudovima i posebno sistemu automatskog vođenja predmeta, u čemu su već postignuti veoma dobri rezultati u trgovinskim sudovima, a veliki naponi ulažu se trenutno i u automatizaciju procesa u sudovima opšte nadležnosti.

Pitanje potrebnog broja sudija, sa druge strane, nije nimalo jednostavno i trebalo bi mu se prići sa veoma velikom pažnjom i oprezom. Iako je Srbija 2006. godine imala veći broj profesionalnih sudija u odnosu na evropski prosej, pri uporednoj analizi moraju se imati u vidu specifičnosti pojedinačnih evropskih sistema. U velikom broju evropskih zemalja funkcije koje u našem pravosudnom sistemu obavljaju sudije kod njih obavlja nesudsko osoblje ili posebno ustanovljena tela za rešavanje manje složenih predmeta. Stoga bi se smanjenju broja sudija u Srbiji trebalo prići krajnje obazrivo, što očigledno nije bio slučaj u dosadašnjem toku reforme, a što može imati vrlo štetne posledice na rad i efikasnost pravosuđa u celini.

I najzad, poređenje sa zemljama u regionu pokazuje da plate sudija i tužilaca, iako su povećavane u nekoliko navrata od 2000. godine, i dalje zaostaju za primanjima kolega u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj, pa bi se i tom pitanju trebalo posvetiti pažnja, u skladu sa mogućnostima budžeta.

Na kraju, važno je napomenuti da će se radna grupa koja je radila na izradi SEPEŽ izveštaja iz 2008. godine ponovo sastati početkom marta 2010, kako bi započela pripremu novog izveštaja o oceni stanja u pravosuđu u zemljama članicama Saveta Evrope, na osnovu upitnika koji su već poslali zemljama članicama. Očekuje se da će izveštaj biti završen krajem septembra 2010. godine. Podaci iz ovog izveštaja, kao i prethodnih SEPEŽ-ovih izveštaja, biće odlična osnova za dalje praćenje razvoja evropskih pravosudnih sistema, iz koga možemo mnogo saznati i naučiti, ukoliko to zaista želimo.

Aleksandra Rabrenović, PhD,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

SERBIAN JUDICIARY IN COMPARATION WITH OTHER EUROPEAN COUNTRIES

Analysis of European Commission for the Efficiency of Justice
(SEPEJ) Report »European Judicial Systems« Edition 2008

The paper analyses judicial system of the Republic of Serbia through a comparative review of judicial systems of other European countries and on the basis of the European Commission for the Efficiency of Justice (SEPEJ) report European Judicial Systems Edition 2008 (data 2006), which contains data collected from 45 member states of the European Council. The areas of comparative analysis are the following: judicial systems financing (including salary levels of judges and prosecutors), the number of courts and geographical locations of courts, the necessary number of professional judges and the number of incoming and solved cases in civil litigious and non-litigious cases (clearance rate). The paper concludes that the level of efficiency of Serbian courts in solving litigious and non-litigious cases in 2006 was higher than in the majority of European countries. The number of geographical locations of courts was also higher than the European average, which justifies the ongoing measures with respect to rationalization of the court network in Serbia. The number of professional judges in Serbia in 2006 was also higher than the European average, but due to a different organizational and personal structure of European states' judicial systems (in which non-professional judges and other bodies are authorized to decide in various kinds of less complex cases) the issue of the necessary number of judges has to be analysed cautiously and in much more depth in order to enable effective functioning of the overall judicial system in Serbia.

Key words: Serbian judiciary; European countries, Efficiency of Justice (SEPEJ)

Prof. dr Fernanda Florentino Fernandez Jankov*
Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd

Originalni naučni rad
UDK 339.137.44

ANTIDUMPING INVESTIGATIONS AND THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE WTO SYSTEM

Cilj ovog članka je da omogući osnovni uvid u glavne aspekte uspostavljanja anti-dampniških mera na nivou Svetske trgovinske organizacije, kao i uspostavljanja transparentnosti i anti-protekcionističkih mera.

Ključne reči: Svetska trgovinska organizacija; anti-dampniške mere; transparentnost.

* * * * *

Introduction

The use of non-quantitative barriers to trade as protectionist measures by the States constitutes one of the main challenges for those who advocate the trade liberalization.

As the 'dumping margins' are defined based on States' internal investigations, following the legislation adopted unilaterally, transparency in the calculations crucial. Moreover, some countries,

* Prof. Fernandez is a senior researcher at the Institute of Comparative Law within the Ministry of Sciences in Belgrade, Serbia, in addition to being a visiting professor at the University of Belgrade Law School, lecturing in Judicial Protection in the EU. She is a member of such prestigious organizations as the College of Arbitrators FDI Competition in Frankfurt and has achieved recognition as a legal practitioner from the Bar of England and Wales. Prof. Fernandez has worked as a visiting fellow at the British Institute of International and Comparative Law in London. Her recently-published book, *"International Criminal Law: International Criminal Court's Mechanism of Implementation"*, is based on her Doctoral thesis, researched at the University of Cambridge during her time spent as a visiting fellow at the Lauterpacht Research Centre for International Law.

mainly developing ones argue that antidumping measures are used to protect special interests.

Understanding the elements involved in assessing the legality of antidumping measures from the perspective of domestic investigations to the WTO adjudicating bodies, should, better to say, must be among the top concerns for countries as Serbia.

The article firstly provides a panoramic view of the discipline, demonstrating the key elements and tests (if available) currently applied to determine the validity of antidumping measures.

Secondly, the article reflects on the 'US Zeroing System' as a case study that addresses the theoretical aspects previously discussed and arguably demonstrates the lack of transparency and predictability in domestic antidumping investigations.

Finally, the role of the WTO judiciary is addressed as a last resource left to the countries allegedly victims of protectionist antidumping measures.

The agreement of Anti-dumping

One of the most divisive aspects of international trade practice has long been the application of national duties to counter international dumping of products in local markets. States have adopted legislation unilaterally to counter dumping since the beginning of the twentieth century and dumping provisions were included in the GATT 1994.¹ Such anti-dumping practices have attracted international criticism, particularly from developing countries. The US and the EU frequently resort to anti-dumping actions, while developing countries such as China argue that the anti-dumping rules and the quantitative restrictions that are imposed against them are used to protect special interests.² There are, however, changing patterns of invocation of anti-dumping measures and more recently India has increased its adoption of such

¹ JACKSON, JH; DAVEY, WJ and SYKES, AO. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 4th ed. West Group, St. Paul, MN, 2002, p. 694.

² HORLICK, GN and SHEA, EC. *The World Trade Organisation Antidumping Agreement* (1995) 29(1) JOURNAL OF WORLD TRADE 5; see also discussion by DW Leebron, *Implementation of the Uruguay Round Results in the United States*. In: JACKSON, JH and SYKES, AO (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp 175, 234-5.

measures. Moreover, it is in the context of dumping, along with technical barriers to trade, that differing policy approaches to “fair trade” are exposed between developed and developing Members of the WTO.³

Dumping is defined as the introduction of a product into the commerce of another country at less than the normal value if the price of the product is “less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country”.⁴ The parties recognise that the dumping of products is “to be condemned” and, where it causes or threatens material injury to an established industry or retards the establishment of a domestic industry, dumping attracts the right to impose anti-dumping duties on the dumped products.⁵

GATT 1994 article VI provides:

1. The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry...

2. In order to offset or prevent dumping, a contracting party may levy on any dumped product an anti-dumping duty not greater in amount than the margin of dumping in respect of such product.

The essential point to be observed in respect of article VI is that **it does not prohibit dumping**: it merely authorises the adoption of duties to offset dumping based on the *caused material injury to the domestic industry* test. Thus, trade disputes have primarily addressed the legality of the antidumping duties imposed by the importing state as an application of such test.

Dumping is a type of price discrimination under which a foreign producer exports products at prices lower than their domestic prices

³TRIGGS, G. *International Law: Contemporary Principles and Practices*. LexisNexis Butterworths. Australia. 2006. p. 727.

⁴ GATT 1994 article VI: 1(a); Anti-Dumping Agreement article 2.1.

⁵ GATT 1994 article VI.

(normal value) or at prices below the cost of production plus normal profits. Although such price discrimination is widely regarded as a legitimate business strategy to maximize profits in the absence of anticompetitive (predatory) intent, international trade law (GATT/WTO) provides importing countries with remedies (*antidumping duties*) to countervail this allegedly unfair practice when such dumping *materially injures domestic industries*⁶ (as a result of the material injury caused to the domestic industry test). However, many economists as well as policy-makers criticize the antidumping mechanism as a protectionist scheme.⁷

Agreement on Interpretation of Article VI

The agreement on anti-dumping is founded in Article VI of GATT 1994 and builds upon the Tokyo Round Agreement on Dumping. Essentially, the agreement provides for more effective rules for the determination of dumping, injury and the normal value.⁸

According to the Agreement, dumping may be described as the introduction of products by private parties into the economy of another state at a price below its cost or domestic price. More specifically, dumping is defined as the sale into the market of another member of a product at less than its normal value.⁹ Generally, the normal value is a reference to the price charged in the domestic market of the exporter.

⁶ General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, T.I.A.S. No. 1700, 55 U.N.T.S. 187, art. VI, Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Annex 1A, Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organisation, April 15, 1994, Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. LEGAL INSTRUMENTS-RESULTS OF THE URUGUAY ROUND, 6, 6-18, 33 I.L.M. 1140, 1144-1153 (1994).

⁷ Alan Greenspan once observed that antidumping remedies are “just simple guises for inhibition competition” imposed in the name of “fair trade”. Richard J. Pierce, Jr. Antidumping Law as a Means of Facilitating Cartelization, 67 ANTITRUST L.J. 725, 725 (2000) (quoting the former Federal Reserve Board Chairman Alan Greenspan, Remarks Before the Dallas Ambassadors Forum, Dallas, Texas (Apr. 16, 1999)).

⁸ QURESHI, Asif H. *The World Trade Organisation – Implementing International Trade Norms*. Melland Schill Studies in International Law. Manchester University Press. UK. 1996. p.29.

⁹ Article 2 of the Agreement on the Implementation of Article VI of GATT 1994 [AD Agreement].

The normal value can be obtained (i) with reference to the price of a like product in the domestic market, or in the absence of such a sale in the domestic market (ii) with reference to the price of a like product sold to the market of a third country. This second test demands the investigation of what a like product consists of. A like product is defined as a product that is identical or, in the absence of such a product, another product that has similar characteristics.¹⁰ Only where no such comparison can be made then the normal value is constructed with reference to cost of production in the country of export plus a margin for profits.¹¹ Therefore, the construction of normal value is the last resource available.

As mentioned before, dumping is not itself prohibited, but its occurrence entitles members to recourse to certain anti-dumping measures. These anti-dumping measures are available only if the dumping causes or threatens material injury to a domestic industry of the importing country, or retards in a material way the establishment of such an industry.¹² The agreement provides guidance as to how the injury threat or retardation is to be established – including the causal connection between the dumping and the threat, injury or retardation. A domestic industry is defined as referring to the domestic producers as a whole of the like product. It has been suggested that the rules relating to causation and the calculations of injury have not been sufficiently developed to be clear.¹³

The AD Agreement aims at regulating the circumstances in which a member state may resort to anti-dumping measures – particularly to ensure that the anti-dumping response itself does not act as a trade barrier.

An anti-dumping measure is a response to unfair, or what are perceived to be “unfair”, trading practices, by the member state that is

¹⁰ *Ibid*, Article 2[6].

¹¹ QURESHI, Asif H. *The World Trade Organisation – Implementing International Trade Norms*. Melland Schill Studies in International Law. Manchester University Press. UK. 1996. p.30.

¹² Footnote 9 to Article 3 of the Agreement on the Implementation of Article VI of GATT 1994.

¹³ See for example A. PANGRATIS and E. A. VERMULST. *Injury in anti-dumping proceedings*, JOURNAL WORLD TRADE, 28:5 (1994), at p. 61. Also in a series of cases the WTO adjudicating bodies has to address this issue.

subject of the dumping. The principal form of an anti-dumping measure is the anti-dumping duty.

The determination of the existence of dumping and the anti-dumping response are to be conducted only under certain prescribed conditions. These conditions include *inter alia* a recognition that the anti-dumping response itself can be a disguised protectionist measure.¹⁴

Consistently with other agreements, any determination of injury is to be based on positive evidence involving an objective examination of the '*effect of the dumped imports on prices in the domestic market for like products and ...the consequent impact of these imports on domestic producers*' of those products.¹⁵ Special regard must be given to developing countries and '*possibilities of constructive remedies...shall be explored before applying anti-dumping duties where they would affect the essential interests of developing country Members*'.¹⁶

A panel considered the meaning of the phrase 'constructive remedies' in the *EC – Bed Linen dispute*¹⁷:

EC- Bed Linen

Panel Report, WTO Doc WT/DS141/R, adopted 12 March 2001.

Modified by the Report of the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS141/AB/R

In September 1996, the EC initiated anti-dumping proceedings against the imports of cotton-type bed-linen from India. Definitive anti-dumping duties were imposed by EC Council Regulation on 28 November 1997. India argued that these measures were inconsistent with the Anti-Dumping Agreement and failed to take into account India's position as a developing country, as required by article 15:

¹⁴ QURESHI, Asif H. *The World Trade Organisation – Implementing International Trade Norms*. Melland Schill Studies in International Law. Manchester University Press. UK. 1996. p.81.

¹⁵ Article 3 AD Agreement.

¹⁶ Article 15 AD Agreement.

¹⁷ *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India – Recourse to Article 21.5 of the DSU by India*, Panel Report, WTO Doc WT/DS141/R, adopted 12 March 2001; modified by the Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS141/AB/R (*EC – Bed Linen*).

Developing Country Members

It is recognized that special regard must be given by developed country Members to the special situation of developing country Members when considering the application of anti-dumping measures under this Agreement. Possibilities of constructive remedies provided for by this Agreement shall be explored before applying anti-dumping duties where they would affect the essential interests of developing country Members.

The panel found that a constructive remedy could include the imposition of lesser duty or a price undertaking and that article 15 imposes an obligation on a developed country to '*actively consider, with an open mind, the possibility of such a remedy prior to the imposition of an anti-dumping measure that would affect the essential interests of a developing country*'.¹⁸ The panel found the EU was in violation of article 15 because it rejected the possibility of an undertaking '*out of hand*' and was '*purely passive*' in relation to the obligation.

At the level of member states before proceeding to initiate an investigation the government of the exporting member is to be notified.¹⁹ In addition, notice of the fact of the initiation of the investigations, the basis upon which the dumping is alleged and the final determination is to be forwarded to the member whose products are the subject of a dumping determination, along with other interested parties.²⁰

Every member is required to give another affected member the opportunity for consultation.²¹ Where consultations fail the Understanding on Rules and Procedures Governing the settlement of Disputes may be invoked. The remit of the Dispute Settlement panel,

¹⁸ *EC – Bed Linen*, WT/DS141/R, adopted 12 March 2001, at [6.233]. The Appellate Body upheld that findings of the panel that the means used by the EC to establish the 'margins of dumping' and to calculate amounts for administration costs and profits were inconsistent with article 2.2.2(ii) of the Anti-Dumping Agreement. It was recommended that the duties be lifted. *In*: TRIGGS, Gillian... p. 729. fn 189.

¹⁹ Article 5 AD Agreement.

²⁰ QURESHI, Asif H. *The World Trade Organisation – Implementing International Trade Norms*. Melland Schill Studies in International Law. Manchester University Press. UK. 1996. p.81.

²¹ Article 17 AD Agreement.

however, appears to be somewhat circumscribed. First, the panel is to determine whether the authority's establishment of the facts was proper, and whether the valuation of the facts was objective and unbiased.²² If this is the case, then the conclusion cannot be overturned by the panel on the grounds that the panel might have arrived at a different determination. Further, where there is more than one possible interpretation of a provision of the agreement, then as long as the decision of the member state's authority is consistent with one of the possible interpretations, the panel is to find the actions taken as being in conformity with the agreement.²³

The panels and the Appellate Body have made significant contributions to the jurisprudence of the WTO in complex areas, such as the validity of 'zeroing' in the *EC – Bed Linen case*, and have considered the meaning of 'material injury' under article 3.4 of the Anti-Dumping Agreement.²⁴ In the *Mexico – Corn Syrup case* there was an unusual reversal of developed and developing state roles in an anti-dumping dispute.²⁵ The US complained that Mexico's anti-dumping measures against its high-fructose corn syrup were inconsistent with the Anti-Dumping Agreement arguing that the way in which the determination of the threat had been made was incorrect. The panel found that the initiation of the anti-dumping investigation against the US was consistent with the Anti-Dumping Agreement but that the measures adopted by Mexico were inconsistent with articles 3, 7, 10 and 12 of the agreement. In particular, the panel found that, when determining a threat of injury, the national dumping authorities must also consider the elements of article 3.4.²⁶

²² Article 17 AD Agreement.

²³ Article 17 AD Agreement.

²⁴ *Egypt – Steel Rebar from Turkey*, Report of the Panel, WTO Doc WT/DS211/R, 1 October 2002; *Thailand – H-Beams*, Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS122/AB/R, adopted 5 April 2001; *US – Hot-Rolled Steel*, Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS184/AB/R, adopted 23 August 2001. In: TRIGGS, Gillian.... p. 729. fn 190.

²⁵ *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, Report of the Panel, WTO Doc WT/DS132/R, adopted 24 February 2000 (*Mexico – Corn Syrup*). In: TRIGGS, Gillian.... p. 730. fn 191.

²⁶ TRIGGS, Gillian.... p. 730. fn 189.

At the national level the levying of an anti-dumping duty may be initiated by or on behalf of a domestic industry.²⁷ A domestic industry is defined as consisting of the domestic producers as a whole of the like product.²⁸ More particularly, an application for the imposition of anti-dumping measures must be supported by those producers, whose production of the like product constitutes more than 50 per cent of the total production.²⁹ In special circumstances the authorities of the importing member may initiate of their own accord an anti-dumping investigation.³⁰ An anti-dumping action may also be started on behalf of a third country where the domestic industry of the third country suffers an injury.³¹ In such an event, the approval of the council for Trade in Goods must be sought by the importing member.³²

In order to establish dumping the authorities have a number of means at their disposal, including investigation in other countries, although with the consent of the firm and the government concerned.³³ In the determination of the dumping of the dumping the authorities may not impose an unreasonable burden of proof on the parties.³⁴ In the same vein a determination of injury is to be based on positive evidence.³⁵ Similarly, a threat of material injury is to be based on facts and not merely on allegation, conjecture or remote possibility.³⁶

To ensure vigilance various transparency measures have been introduced. All interested parties are to be given full opportunity to defend their interests.³⁷ There must be public notice of the initiation of an anti-dumping investigation.³⁸ The notice must include the basis upon which the dumping is alleged. In addition, there must be a public notice of a final determination.³⁹ This vigilance is reinforce in a number of ways. Thus, each member whose national legislation makes provision

²⁷ Article 5 AD Agreement.

²⁸ Article 4 AD Agreement.

²⁹ Article 5[4] AD Agreement.

³⁰ Article 5[6] AD Agreement.

³¹ Article 14 AD Agreement.

³² Article 14[4] AD Agreement.

³³ Article 6 AD Agreement.

³⁴ Article 2 AD Agreement.

³⁵ Article 3 AD Agreement.

³⁶ Article 3 AD Agreement.

³⁷ Article 6 AD Agreement.

³⁸ Article 12 AD Agreement.

³⁹ Article 12 AD Agreement.

for anti-dumping measures is to maintain independent judicial, arbitral or administrative tribunals in order to facilitate the review of administrative actions in relation to anti-dumping investigations and determinations.⁴⁰

A member may impose provisional measures where necessary, for example a duty,⁴¹ or require a cash deposit⁴² - but only where a preliminary affirmative determination of dumping and injury has been made. A member may accept from an exporter, in lieu of the imposition of anti-dumping duties or provisional measures, a price undertaking or an undertaking to cease the export of the product in question. Such undertakings can only be obtained, however, after a preliminary affirmative determination of dumping and injury has been made.⁴³

The anti-dumping duty that a member may impose must be less than the margin of dumping, and should be imposed on a non-discriminatory basis on all sources found to be dumping.⁴⁴ The duration of the duty must be as necessary, but not more than five years.

The US Zeroing Methodology

On April 18, 2006, the WTO Appellate Body (AB) released its decision on the ‘zeroing’ antidumping case which the EU brought against the U.S.⁴⁵ zeroing methodology employed in initial antidumping investigations was inconsistent with the fair comparison requirement under Article 2.4.2 of the WTO Antidumping Agreement (AD Agreement). In addition, the AB, reversing the panel’s original finding, held that certain applications of the same methodology in the administrative review process were inconsistent with Article 9.3 of the AD Agreement.

⁴⁰ Article 13 AD Agreement.

⁴¹ Article 7 AD Agreement.

⁴² Article 7 AD Agreement.

⁴³ Article 8 AD Agreement.

⁴⁴ Article 9[2] AD Agreement.

⁴⁵ *United States – Laws Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins* (‘Zeroing’). WT/DS294/AB/R, Apr 18, 2006. Available at <http://www.wto.org/english/tratop e/dispu e/294abr e.pdf>

What the “Zeroing” is

In the “original investigation” the Department of Commerce (DOC) in the U.S. determines a general dumping margin over a particular product in question by summing up each individual dumping margin (normal value minus export price) computed in a group (“an average group”) of identical products. In doing so, the DOC disregards any “negative” dumping margin (any excess of export price over normal value) in the group by simply “zeroing” it. Consequently, a general dumping margin, which is a total sum of these individual dumping margins, tends to be inflated because the zeroing methodology precludes any offsetting effect of negative individual dumping margins. The DOC employs the same methodology when it finally assesses a company-specific dumping margin to impose actual antidumping duties in the annual “administrative review” process.

The zeroing methodology has been contested several times under the GATT/WTO. An unadopted panel report under the GATT (Committee on Antidumping Practices) once upheld the European Union’s (EU) zeroing methodology.⁴⁶ However, the WTO Appellate Body struck down certain applications of such methodology both by the EU⁴⁷ and the U.S.⁴⁸ A recent NAFTA Chapter 19 panel (*NAFTA Softwood Lumber*)⁴⁹ condemned this practice. Invoking the celebrated *Charming Betsy* doctrine (a U.S. Supreme Court decision holding that U.S. statutes should be interpreted, if possible, in such a way as to

⁴⁶ *EC – Antidumping Duties on Audio Tapes in Cassettes Originating in Japan*. ADP/136. Apr 28, 1995 (unadopted). Unlike the WTO, under the old GATT system any party, including a losing party, could “veto” the adoption of a panel report so that the report would not be legally “binding”. However, even such an unadopted report is still regarded as a useful legal guidance. See *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R at 13. Appellate Body and Panel Report as modified, adopted on November 1, 1996.

⁴⁷ *European Communities – Anti-Dumping Duties on imports of Cotton-Type Bed Linen from India*. The Appellate Body Report circulated on Mar 1, 2001, WT/DS141/AB/R, paras 54-55.

⁴⁸ *United States – Anti-Dumping Measures on Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea*, Panel Report circulated on Dec 11, 2000. WT/DS179/R, para 6.105. *U.S. – Final Dumping Determination on Soft Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/R, circulated on Aug. 11, 2004, para 183 (a)

⁴⁹ *Softwood Lumber Products from Canada*, No. USA-CDA-2002-1904-2, Jun.9, 2005, at 43-44.

avoid placing the United States in violation of international law), and expressing the view that the U.S. should follow the AB decision against it in *WTO Softwood Lumber V*. It may be no coincidence that the EU challenged the U.S. zeroing methodology after the EU's own applications of the same methodology were invalidated by the WTO.

The Appellation Body Report

The panel had originally struck down “as such” the U.S.’ zeroing methodology embodied in the “Standard Zeroing Procedures” in the original investigation under Article 5 of the AD Agreement. The panel held that the methodology ignored negative margins and thus violated the “fair comparison” requirement under Article 2.4.2 of AD Agreement⁵⁰. The AB upheld the panel’s finding.⁵¹ The U.S., in its appeal, had challenged the panel’s aforementioned finding under Article 11 of Dispute Settlement Understanding (DSU).⁵² The U.S. contended that the zeroing methodology itself could not be challenged “as such” because it did not “mandate” a WTO violation or “preclude” a WTO-consistent action.⁵³ Thus, the U.S. argued that the panel failed to make an objective assessment required under DSU Article 11.⁵⁴ However, the AB rejected this argument and upheld the panel’s ruling as it refused to make any “general” mandatory/discretionary distinction in deciding the admissibility of a measure as such.⁵⁵

In addition, the AB reversed the panel’s original finding on the EU’s “as applied” claims as to the DOC’s applications of the zeroing methodology in the administrative review. The panel had ruled in favor of the U.S. that the zeroing applications in the administrative review were not inconsistent with the AD Agreement.⁵⁶ The U.S. argued that a

⁵⁰ *United States – Laws, Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins (‘Zeroing’)*. WT/DS294/R. Panel Report circulated on Oct. 31, 2005, paras. 7.105-106.

⁵¹ *United States – Laws, Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins (‘Zeroing’)*. WT/DS294/AB/R, Apr 18, 2006.

⁵² “[A] panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, (...)” *supra* 51.

⁵³ *Id.* *United States’ Other Appellant’s Submission*, para. 44.

⁵⁴ The AB Report, *supra* 51, paras. 207-208.

⁵⁵ *Id.* para. 211.

⁵⁶ *Id.* para. 3.

dumping margin can be computed on a “transaction-specific” basis so that a certain comparison in a certain averaging group might produce a zeroed margin.⁵⁷ In other words, for the purpose of calculating dumping margins the DOC might rely selectively on a comparison between an averaged normal value (average domestic price) and a *particular* export price (which is less than the normal value), not an averaged export price. Suppose that there are two shipments (transactions) of a widget whose normal value (an average domestic price) is one dollar. Also suppose that an export price is fifty cents in the first shipment, and one dollar and fifty cents in the second shipment. According to the U.S., it can simply pick the first transaction to compare the normal value to the export price, thereby producing a 50% dumping margin. However, the AB sternly rejected the U.S. argument. It highlighted its previous position under *EC – Bed Linen* and *US – Softwood Lumber V* which ruled that multiple comparisons to establish a dumping margin should include the results of *all* of those comparisons.⁵⁸ Therefore, in the aforementioned example the dumping margin should be 0% (50%-50%), instead of 50%.

In light of this reasoning, the zeroing methodology itself caused the anti-dumping duty to exceed the margin of the dumping, in violation of Article 9.3 of the AD Agreement⁵⁹ since it inevitably led to higher dumping margins and hence higher antidumping duties than otherwise.⁶⁰ The AB focused on the violative structure of the zeroing methodology itself. The AB held that:

Because results of this type were **systematically disregarded**, the methodology applied by the USDOC in the administrative reviews at issue resulted in amounts of assessed anti-dumping duties that exceeded the foreign producers' or exporters' margins of dumping with which the anti-dumping duties had to be compared under Article 9.3 of the *Anti-Dumping Agreement* and Article VI:2 of the GATT 1994.⁶¹

This uncompromising ruling leaves the DOC nearly no option but to repeal the zeroing methodology on the whole in the administrative

⁵⁷ *Id.* *United States' Appellee's Submission*, paras. 171-178.

⁵⁸ The AB Report, *supra* 51, para. 126.

⁵⁹ “The amount of the anti dumping duty shall not exceed the margin of dumping as established under Article 2.”

⁶⁰ The AB Report, *supra* 51, para. 133.

⁶¹ *Id.* (Emphasis added)

review as well, even though the EU's claim here was "as applied" to the facts of the particular case.

Further developments: implications on the WTO judiciary

In a surprising move, a recent WTO panel report (*U.S. – Stainless Steel*) explicitly defied the AB's jurisprudence and ruled in favor of certain types of zeroing.⁶² This panel's position raises an important legal question. One might argue that a WTO panel could no disobey the AB's case law on the same subject-matter, mainly in an area as dumping and antidumping measures, where the material injure caused test requires the application of other tests construed by the AB for its determination. In this case, the complainant (Mexico) appealed the panel decision to the AB, which is likely to reject the panel ruling, if it still adheres to its case law in this area. If it had not been appealed, however, two conflicting case laws, i.e., one by the AB and the other by the panel, would have co-existed.⁶³

The zeroing controversy raises an important legal and institutional (to some, even "constitutional") question as to the limits of the WTO tribunal's interpretation or rule-making, in particular in the area of antidumping as well as the relationship between panels and the AB. Thus far, the AB has viewed that its anti-zeroing rulings are in accordance with the standard of review under Article 17.6(ii) of the Antidumping Agreement.⁶⁴ However, the zeroing supporters, such as

⁶² *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, Report of the Panel, WT/DS344/R, Dec. 20, 2007, para. 7.106 ("[W]e have decided that we have no option but to respectfully disagree with the line of reasoning developed by the Appellate Body regarding the WTO-consistency of simple zeroing in periodic reviews.").

⁶³ CHO, Sungioon. ASIL Insight. *A WTO Panel Openly Rejects the Appellate Body's "Zeroing" Case Law*. March 11, 2008, Volume 12, Issue 3.

⁶⁴ See e.g., *U.S. – Zeroing (EC) United-States – Laws, Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")*, Appellate Body Report adopted on May 9, 2006, WT/DS294/AB/R, para. 134 (ruling that "Article 9.3 of the Anti-Dumping Agreement, and Article VI:2 of the GATT 1994, when interpreted in accordance with customary rules of interpretation of public international law, as required by Article 17.6(ii), do not, in our view, allow the use of the methodology applied by the United States in the administrative reviews at issue."). *In*: CHO,

the U.S. justify the practice by the deference which they view is granted under the same provision or by a more abstract standard, i.e. sovereignty. Whichever position may prevail in the end, it will change the nature and contour of WTO norms to a great extent.

WTO Judiciary 'creating WTO law' ?

The DSU builds on the experience of GATT 1947. Dispute settlement under GATT 1947 was centred on the use of ad hoc panels consisting of three or five individuals. Although quite successful, decisions had to be taken by consensus by all GATT contracting parties, including the parties to the dispute who could therefore delay or even block the decision-making process. This led some parties to take unilateral measures. Furthermore, there was no time frame for the decision-making process. The DSU strengthened the rule of law in the world trading system by setting strict time limits for the different stages of the dispute settlement process, by providing for a negative consensus and by obliging parties to refrain from the procedure.

The DSU, one of the covered agreements, explicitly acknowledges the right of WTO adjudicating bodies to establish their own working procedures. DSU Article 17.9 explicitly authorizes the AB to do so (which it has done). Although panels are, in principle, required to obey the working procedures in Appendix 3 to the DSU, Article 12.1 of that agreement permits them to deviate if they so choose. The primary law thus acknowledges the right of WTO adjudicating bodies (albeit not the same for all bodies) to legislate in the narrow context of their own procedures.⁶⁵

In addition to the power to enact procedures, WTO adjudicating bodies have on occasion created law *in order* to be in a position above that, unless one accepts that adjudication bodies are vested with implied powers, it will sometimes be impossible for them to honour their mandates-that is, to resolve the disputes before them. There are some examples found in case law: allocating the burden of proof as

Sungioon. ASIL Insight. *A WTO Panel Openly Rejects the Appellate Body's "Zeroing" Case Law*. March 11, 2008, Volume 12, Issue 3.

⁶⁵ MAVROIDIS, C. Petros. *WTO as Law Practiced by WTO Courts*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. July 2008. Volume 102. Number 3. 421-474. p.434.

evidence of such implied powers. But there are other examples as well: third-party rights is an appropriate illustration.⁶⁶ Appendix 3 to the DSU does not mention *extended* third-party rights. When the first panel decided on extending the right of third parties so as to allow them to participate in the second substantive panel meeting,⁶⁷ the panel had to establish criteria⁶⁸ to which future interested parties could refer in order to enjoy the same privilege. Yet another example concerns the participation of *amici curiae*. Nothing in Appendix 3 provides for such participation, the conditions for which⁶⁹ have been defined, instead, via the case law of the AB and panels.⁷⁰

Both the panels and the Appellate Body have relied closely – perhaps too closely – on prior decisions. In fact nearly every Report has a list, complete with citations, of every prior WTO or GATT case mentioned in the opinion, in the style of the English law reports. As between the common law and the civil law models, the case method has clearly prevailed, notwithstanding the general international rule that decisions bind only the parties that there is no rule of *stare decisis*.⁷¹

It is argued that in antidumping cases (as the ‘Zeroing case’ could demonstrate), case law plays a crucial role in construing the application of the key elements in defining the illegitimate dumping and the

⁶⁶ DSU, Art. 10. Essentially, WTO members can participate in the first panel meeting if they declare their wish to do so within the statutory deadlines.

⁶⁷ Third parties do not enjoy this right. *Id.*, App. 3, para.6.

⁶⁸ Essentially, the panel would first satisfy itself that a third party had an especially strong reason for continuing to participate in a given dispute. The question of *enhanced third-party rights* first arose in *EC-Bananas III*, when a number of developing-country third parties requested that they be permitted to attend all meetings between the panel and the parties to the dispute-and not simply the first meeting as per DSU Article 10.3. Panel Report, *EC-Bananas III*, *supra* 43, para. 7.4. Given that the export revenue for numerous developing countries risked being heavily affected by the outcome of the dispute, the panel agreed to the request. *Id.*, paras. 7.8, 9.

⁶⁹ MAVROIDIS, C. Petros. *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, in *EUROPEAN INTERGRATION AND INTERNATIONAL CO-ORDINATION: STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW IN HONOUR OF CLAUS-DIETER EHLERMAN* 317 (Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, & Yves Mény eds. , 2004).

⁷⁰ BARTELS, Lorant. *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceeding*. 35 J. WORLD TRADE 499 (2001).

⁷¹ LOWENFELD, Andreas. F. *International Economic Law*. Second Edition. Oxford University Press. New York. 2008. p. 212.

dumping margin calculation. Accepting the case law (and *stare decisis* as a logical consequence) would provide the use of precise tests to be incorporated the in the different domestic legislations and investigations procedures.

Conclusion

[1] Antidumping measures have long been used to disguise protectionist measures used by States. As the ‘dumping margins’ are defined based on States’ internal investigations, following the legislation adopted unilaterally, transparency in the calculations crucial. Moreover, some countries, mainly developing ones argue that antidumping measures are used to protect special interests.

[2] The test to regard dumping as illegitimate is: the material injury caused to the domestic industry test. However in order to calculate the dumping margin different elements come into play: the definition of normal value, the price of a like product, on its absence, the investigation of what a like product consists of, the definition a like product among others.

The construction of these elements has shown a high degree of uncertainty, mainly due to the lack of guidelines set by the WTO adjudicating bodies on how to apply them to the cases.

[3] It is suggested that applying the case law (and *stare decisis* as a logical consequence) would provide the use of precise tests to be incorporated the in the different domestic legislations and investigations procedures. Therefore the establishment of antidumping measures would follow more transparent and predictable criteria.

* * * * *

Prof. Fernanda Florentino Fernandez PhD
Institute of Comparative Law

Antidumping Investigations and the role of the Judiciary in the WTO System

The article aims at providing a panoramic view of the main aspects involved in the establishment of antidumping measures, demonstrating the amount of discretion left the countries in their internal investigations and to the WTO adjudicating bodies in assessing their legality. It argues that in order to provide more predictability and transparency to the WTO, the application 'case law' (stare decisis) as WTO law constitutes an essential tool in avoiding the use of antidumping duties as protectionist measures by the States.

Key words: WTO; antidumping measures; transparency

Bibliography

Books and articles

BARTELS, Lorant. *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceeding*. 35 J. WORLD TRADE 499 (2001).

CHO, Sungioon. ASIL Insight. *A WTO Panel Openly Rejects the Appellate Body's "Zeroing" Case Law*. March 11, 2008, Volume 12, Issue 3.

DW Leebron, *Implementation of the Uruguay Round Results in the United States*. In: JACKSON, JH and SYKES, AO (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

HORLICK, GN and SHEA, EC. *The World Trade Organisation Antidumping Agreement* (1995) 29(1) JOURNAL OF WORLD TRADE 5.

JACKSON, JH; DAVEY, WJ and SYKES, AO. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 4th ed. West Group, St. Paul, MN, 2002.

LOWENFELD, Andreas. F. *International Economic Law*. Second Edition. Oxford University Press. New York. 2008.

MAVROIDIS, C. Petros. *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, in EUROPEAN INTERGRATION AND INTERNATIONAL CO-ORDINATION: STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW IN HONOUR OF CLAUS-DIETER EHLERMAN 317 (Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, & Yves Mény eds. , 2004).

MAVROIDIS, C. Petros. *WTO as Law Practiced by WTO Courts*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. July 2008. Volume 102. Number 3. 421-474.

QURESHI, Asif H. *The World Trade Organisation – Implementing International Trade Norms*. Melland Schill Studies in International Law. Manchester University Press. UK. 1996.

TRIGGS, G. *Internantional Law: Contemporary Principles and Practices*. LexisNexis Butterworths. Australia. 2006.

Table of Cases

EC – Antidumping Duties on Audio Tapes in Cassettes Originating in Japan. ADP/136. Apr 28, 1995 (unadopted).

Egypt – Steel Rebar from Turkey, Report of the Panel, WTO Doc WT/DS211/R, 1 October 2002.

European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India – Recourse to Article 21.5 of the DSU by India, Panel Report, WTO Doc WT/DS141/R, adopted 12 March 2001; modified by the Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS141/AB/R (*EC – Bed Linen*).

European Communities – Anti-Dumping Duties on imports of Cotton-Type Bed Linen from India. Appellate Body Report circulated on Mar 1, 2001, WT/DS141/AB/R.

Japan – Taxes on Alcoholic Beverages. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R adopted on November 1, 1996.

Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Report of the Panel, WTO Doc WT/DS132/R, adopted 24 February 2000 (*Mexico – Corn Syrup*).

Softwood Lumber Products from Canada, No. USA-CDA-2002-1904-2, Jun.9, 2005.

Thailand – H-Beams, Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS122/AB/R, adopted 5 April 2001.

The AB Report, United States – Laws Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”). WT/DS294/AB/R, Apr 18, 2006.

U.S. – Final Dumping Determination on Soft Lumber from Canada, WT/DS264/AB/R. Circulated on Aug. 11, 2004.

United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, Report of the Panel, WT/DS344/R, Dec. 20, 2007.

United States – Anti-Dumping Measures on Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea. Panel Report circulated on Dec 11, 2000. WT/DS179/R.

United States – Laws Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”). WT/DS294/AB/R, Apr 18, 2006.

United States – Laws, Regulations, and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”). WT/DS294/R. Panel Report circulated on Oct. 31, 2005.

US – Hot-Rolled Steel, Report of the Appellate Body, WTO Doc WT/DS184/AB/R, adopted 23 August 2001.

Mr Sergej Uljanov

Nacionalni centralni biro INTERPOL-a, Beograd

Mr Zvonimir Ivanović

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd,

UDK 351.74

341.456

Originalni naučni rad

MEĐUNARODNE POLICIJSKE ORGANIZACIJE

Savremeni profil civilizacije neizostavno je obeležen dinamičnom, brutalnom i nažalost efikasnom organizovanom kriminalnom aktivnošću. Njen međunarodni prefiks, svakako, doprinosi uvećanju stepena društvene opasnosti po državu i pojedinca odnosno štete koju izaziva na državnim i privatnim dobrima.

Odgovor društva na konstantno prisustvo neprijatelja njegovih osnovnih vrednosti, u ovom članku, pokušavamo da pronađemo u postojanju međunarodnih policijskih organizacija, koje deluju na svetskom, kontinentalnom i regionalnom nivou.

Kako bi njihova uloga bila shvaćena što potpunije biće prikazan i osvrt na istorijat njihovog nastanka i razvoja, kao i na one istorijske epizode u kojima su neke od predmetnih međunarodnih policijskih organizacija bile zloupotrebljene.

Na svetskom nivou razmatraćemo značaj međunarodne organizacije kriminalističke policije INTERPOL, na kontinentalnom planu analiziraćemo evropske afričke, azijske, latinoameričke, centralnoameričke, panameričke i pacifičke policijske organizacije, dok ćemo se na regionalnom planu usredsrediti na svrhu međunarodne organizacije SECI.

Mišljenja smo da su dometi ovih međunarodnih policijskih organizacija, u borbi protiv, pre svega, organizovane kriminalne aktivnosti, od presudne važnosti za zaštitu kako osnovnih ljudskih prava i sloboda, tako i stabilnosti i prosperiteta međunarodnih odnosa u regionalnoj, kontinentalnoj i svetskoj perspektivi.

Ključne reči: Međunarodne policijske organizacije, organizovani kriminal, INTERPOL, EUROPOL, ASEANPOL, CLARA, OAS, CJPCAC, ACCP, WAPCCO, CAPCCO, SARPCCO, SPCPC, SEPICA, SECI.

UVOD

Očiglednost ekspanzije kriminalne aktivnosti sa pojedinačne na organizovanu, te sa lokalne i nacionalne na međunarodnu i svetsku, uslovia je saradnju kriminalističkih službi, najpre na nivou gradova¹ a potom i među državama. Neophodnost suprotstavljanja napadima na vitalne vrednosti društvene zajednice dovela je do formiranja niza međunarodnih policijskih organizacija, od kojih ćemo posebnu pažnju usmeriti na INTERPOL, EUROPOL, ASEANPOL, CLARA, OAS i SECI. Navedene međunarodne organizacije odraz su profesionalnih, ali i diplomatskih veza i odnosa, uspostavljenih tokom proteklog veka na svetskom, kontinentalnom i regionalnom nivou.

INTERPOL

Istorijat nastanka

INTERPOL predstavlja najstariju međunarodnu organizaciju kriminalističke policije, koja vuče poreklo još od Međunarodnog kriminalističkog udruženja osnovanog 1889. godine, na čijem je X Kongresu održanom 1905. godine, po prvi put na izričit način izražena potreba za suzbijanjem kriminaliteta na međunarodnom planu¹. Smatra se da su temelje modernom INTERPOL-u ustanovili pravni eksperti i policijski funkcioneri iz 14 država okupljeni na poziv Princa Alberta I od Monaka na prvom međunarodnom kongresu kriminalističke policije u Monaku, od 14. do 18. aprila 1914. godine².

Izbijanjem Prvog svetskog rata došlo je do zaustavljanja ovih inicijativa da bi holandska državna policija 1919. godine, pokrenula inicijativu za osnivanje Međunarodne policijske centrale pri Ligi naroda³. Na međunarodnom policijskom kongresu održanom od 3. do 8. septembra 1923. godine u Beču, uz učešće delegata iz devetnaest država⁴, osnovana je Međunarodna kriminalistička policijska komisija (International Criminal Police Commission (ICPC)), sa sedištem u Beču. Neki ga kod nas nazivaju i Međunarodno policijsko društvo⁵. Tom prilikom su u Žurnalu međunarodne javne bezbednosti objavljene prve poternice. Prvi kongres ove Komisije (ili društva) Generalna

¹ Ovo se zadržalo do danas u razmeni operativnih informacija između frankofonskih kantona Švajcarske (gradovi Ženeva i Lozana) sa gradovima u Francuskoj (posebno Pariz).

skupština je održala u Beču, kada su predložena osnivanja Nacionalnih Centralnih Biroa u svakoj državi članici, kao centralne tačke za ostvarivanje kontakata u okviru unutrašnjih policijskih struktura⁶.

Mračni period za INTERPOL

Razvijajući svoju delatnost, Komisija je do početka Drugog svetskog rata održala petnaest kongresa⁷. Početak Drugog svetskog rata doveo je do prestanka funkcionisanja Komisije (udruženja). Nacistička Nemačka je preuzela kontrolu nad Komisijom, nakon faktičke smene Generalnog sekretara (bivšeg austrijskog policijskog komesara) Oskara Dressler-a 1938. godine², nakon čega je velika većina članica odustala od učešća u radu Komisije. Godine 1942. Komisija u potpunosti potpada pod Nemačku kontrolu kada i premešta sedište u Berlin.³

U vreme trajanja drugog svetskog rata funkciju predsednika INTERPOL-a obavljali su nacistički zvaničnici Reinhard Heydrich⁴, Arthur Nebe⁵ i Ernst Kaltenbrunner⁶. Obzirom da predsednička funkcija podrazumeva koordiniranje rada Generalne skupštine, Izvršnog komiteta i Generalnog sekretara INTERPOL-a, sasvim je razumljivo da je prostor za zloupotrebe INTERPOL-a i INTERPOL-ovih evidencija bio potpuno otvoren za nacističke nadležne organe.⁷ Ovo je rezultiralo vođenjem dve operacije, čiji cilj je bio rušenje monetarnog sistema Velike Britanije i Sjedinjenih Američkih Država, kao jednog od glavnih protivnika nacističke Nemačke. Operacija "Bernhard" počela je 1942. godine pod vođstvom majora SS-a Bernhard-a Krüger-a. Formiran je tim od 142 lica jevrejske nacioanalnosti, koja su se nalazila u nekom od nemačkih koncentracionih logora,⁸ a koja su bila poznata policijskim

² Oskar Dressler formalno se vodi kao Generalni sekretar INTERPOL-a od 1932. do 1946. godine, što znači da je posle pripajanja Austrije nacističkoj Nemačkoj, tokom 1938. godine, imao samo formalnu ulogu u radu INTERPOL-a.

³ Zanimljivo je da su Sjedinjene Američke Države participirale u radu INTEPROL-a u tom periodu, a da je FBI razmenjivao podatke sa nemačkim nadležnim organima sve do par dana pred napad na Perl Harbur, 07.12.1941. godine.

⁴ U periodu od 1940. do 1942. godine.

⁵ U periodu od 1942. do 1943. godine.

⁶ U periodu od 1943. do 1945. godine.

⁷ Ovo je olakšalo GESTAPO-u vršenje pogroma nad Romima, Jevrejima i homoseksualnim osobama.

⁸ Posebno koncentracioni logori "Sachsenhausen" i "Auschwitz".

evidencijama kaoiskusni falsifikatori.⁹ Do 1945. godine ovaj tim izradio je falsifikovane britanske funte u apoenima od po 5, 10, 20 i 50, u ukupnom broju od 8,965,080 banknota, čija vrednost je iznosila 134,610,810 britanskih funti. U februaru 1945. godine predmetna operacija proširena je i na izradu falsifikovanih američkih dolara, u apoenima od po 100. Uz navedenu operaciju, odvijala se i operacija "Andreas", čiji cilj je bila izrada falsifikovanih dokumenata. Kuriozitet je da su se neke od ovih falsifikovanih novčanica nalazile u opticaju u Velikoj Britaniji još dugo po završetku Drugog svetskog rata.¹⁰ Takođe, jevrejske kriminalne grupe su falsifikovanim britanskim funtama nabavljale sebi sredstva za vršenje kriminalnih aktivnosti i obezbeđivala transfer raseljenih lica jevrejske nacionalnosti na područje Palestine.

Regionalni operacije i projekti INTERPOL – a

U okviru INTERPOL –a postoje Nacionalni centralni biroi (NCB) kao i Direktorat regionalnih policijskih službi (DRPS). Kao osnovne funkcije Direktorata regionalnih policijskih službi navode se tri oblasti⁹: razvoj sposobnosti i kadrovskih mogućnosti sa ciljem razvoja i unapređenja saradnje sa NCB u pravcu povećanja operativnih kapaciteta i mogućnosti za brze odgovore. Dato se vrši kroz: izgradnju kadrovskih i sličnih sposobnosti: pomoć članicama u kreiranju i rekonstrukciji NCB kao i revitalizacija operativnih kapaciteta, razvoj i održanje NCB standarda i promocija dobre prakse u svim oblastima policijske aktivnosti, razvoj mreža oficira za vezu u cilju povećanja operativne podrške između NCB –a, stvaranje regionalnih poslovnih planova u bliskoj saradnji sa relevantnim telima Generalnog Sekretarijata (GS) i država članica, organizaciju godišnjih susreta šefova NCB, kao i omogućavanje da se upiti i zahtevi poslati od strane NCB GS sprovedu što je pre moguće i intervenisanje u ime NCB kada se javljaju teškoće u komunikacijama sa drugim NCB – ima, ostvarivanje saradnje sa regionalnim i međunarodnim organizacijama, podržavanje aktivnosti Centara za koordinaciju i komandovanje, pri zahtevima na bazi individualnih slučajeva kroz (povezivanje ili

⁹ Jezgro ovog tima nalazilo se još početkom 30-ih godina prošlog veka u logoru "Oranienburg".

¹⁰ Zbog toga je Banka Engleske iz opticaja morala da povuče sve novčanice britanske funte u apoenima većim od 5, pa ih je sukcesivno vraćala u opticaj 60-ih (apoeni od 10), 70-ih (apoeni od 20) i 80-ih godina (apoeni od 50) prošlog veka.

ostvarivanje veze sa državama članicama, predstavljanje veze između NCB i lica odgovornih programe i projekte za podršku u rasvetljavanju krivičnih dela u GS, te organizovanje INTERPOL-ovih seminara o aktuelnim problemima, na zahtev članica.

Takođe, zbog veličine svoje teritorije neke države članice INTERPOL-a formirale su Nacionalne centralne podbiroo INTEPROL-a (npr. Turska i Sjedinjene Američke Države), dok su neke organizovale kancelarije za vezu sa saradnjom sa centralnim Nacionalnim centralnim biroom na svojoj teritoriji.¹¹

Policijska obuka za cilj ima ojačanje sposobnosti i mogućnosti pripadnika NCB, a time i osnovnih funkcija INTERPOL-a, naročito kroz podizanje nivoa poznavanja funkcija, ukupnih službi i poslova, kao i oruđa INTERPOL-a. Sve ovo za cilj ima i povećanje svesti o ulozi INTERPOL-a u okvirima nacionalnih policijskih agencija.

Regionalni operacije i projekti vode se radi pružanja podrške i pomoći u specijalizovanim oblastima kriminala kroz koordinaciju združenih ili simultanih operacija (operacija koje se sprovode istovremeno uz koordinaciju datih regionalnih organizacija). Razmena dobre prakse među NCB-ima je neka vrsta ocene uspešnosti rada pojedinačnih NCB-ova.

Inače, Generalni Sekretarijat INTERPOL-a je uspostavio Direktorat za Regionalne i nacionalne policijske poslove 2001. godine. On se sastoji od pet poddirektorata – za Afriku, Amerike, Aziju i Južni Pacifik, Evropu, Bliski Istok i Severnu Afriku, te Podregionalnog biroa za koordinaciju. U suštini organizacije ovog biroa bilo je realizovanje praktičnih potreba organa gonjenja svakog od regiona, obzirom da se u svakom od regiona razlikuje problematika i da je svaki na svoj način specifičan¹⁰. Kroz promociju mreža regionalnih institucija i razvoj efikasnih strateških saveza sa drugim institucijama INTERPOL pokušava da adekvatno prilagodi podršku kroz NCB-ove. Vremenom se očekuje da će svaki region postići operativnu i tehničku efikasnost i dostići sve organizacione i kadrovske mogućnosti po uzoru na Generalni Sekretarijat INTERPOL-a.

Nakon 63. Generalne Skupštine održane u Rimu 1994. godine predloženi su mehanizmi za praćenje primene standarda. Evropski region je 1999. godine usvojio sopstveni evaluacioni mehanizam za primenu standarda. Nakon višegodišnjih uspeha ovog sistema stvoren

¹¹ Gotovo svaka savezna država u Sjedinjenim Američkim Državama.

je program razmene dobre prakse 2004. godine, kao pilot program, za koji je predvideo da do kraja 2009. godine oceni efikasnost rada svih NCB u svetu.

Radi povećanja uspešnosti rada Nacionalnih centralnih biroa INTERPOL-a oformljeni su sledeći regionalni birovi (RB) INTERPOL-a, i to:

- u Abidžanu – WAPCCO (West African Police Chiefs Committee) za region Zapadne Afrike, u Buenos Airesu za Južnu Ameriku,

- u Harareu – SARPCCO¹¹ (Southern African Regional Police Chiefs Co-operation Organization) za Južnu Afriku,

- u Nairobiju –EAPCCO (East African Police Chiefs Co-operation Organization) za Istočnu Afriku, u San Salvadoru za Centralnu Ameriku,

- u Jaundeu – CAPCCO (Central African Police Chiefs Committee) za Centralnu Afriku,

- kao i Kancelarija oficira za vezu u Bankoku za Jugoistočnu Aziju.

Navedeno rešenje je doprinelo decentralizovanom pristupu u vršenju policijskih poslova u regionima u svetu. Ovi birovi prema čl. 25. Statuta INTERPOL-a čine stalna odeljenja Generalnog Sekretarijata i osnovani su sa ciljem da približe Generalni Sekretarijat regionima. Dužnosti ovih regiona i obaveze su iste kao i Generalnog Sekretarijata, ali su aktivnosti determinisane posebnostima svakog od regiona. Osoblje regionalnih biroa se mahom regrutuje iz regiona a broj i uloge se razlikuju i variraju u zavisnosti od posebnih potreba, ciljeva i prioriteta svakog regiona.

Uobičajena organizacija je sledeća: Šef biroa odgovoran za primenu principa i prioriteta organizacije ali i regionalnih komiteta šefova policija u onim slučajevima kada isti postoje. Specijalizovani oficiri – policajci specijalizovani po liniji rada u prevalentnim oblicima kriminaliteta za svaki region Sistemski analitičari (ili mrežni analitičari) – tehničko osoblje odgovorno za pružanje tehničke podrške ne samo RB – u već i NCB – ima, Analitičari kriminalistički – pružaju analitičku podršku u pogledu kriminaliteta u regionu, vezano za posao ka GS i regionalnim komitetima šefova policija i administrativno pomoćno osoblje

Pravno gledano RB su obavezni i na njih se odnose pravila koja se odnose na GS – ove funkcije iz čl.26. Statuta kao na primer ona u

vezi finansijskih pravila ili pravila i norme vezane za osoblje institucije. Takođe postoje posebna pravila i norme koja se odnose samo na RB a vezana su za međusobna delegiranja finansijskih ovlašćenja i pravila o osoblju, a koja se razlikuju od jednog do drugog regiona.

U drugim regionima gde postoje komiteti šefova policija, RB ostvaruje bliže veze kada formalno nisu uspostavljene zvanične veze kontakti ili diplomatske veze. Ovo je naročito slučaj u Aziji između Jugoistočno azijske kancelarija za vezu (LoBang) i ASEANOPOL (Association of South-East Asian Nations Chiefs of Police); takođe i u Centralnoj Americi između RB u San Salvadoru i CJPCAC (Commission of Chiefs of Police of Central America and the Caribbean). Opisani RB su u veoma interesantnim pozicijama u smislu posredovanja i u smislu razmene informacija kao i uloge u vidu spona. Poseban slučaj su odnosi RB sa SPCPC (South Pacific Chiefs of Police Conference, Južno pacifičkom konferencijom šefova policija) i ACCP (Association of Caribbean Commissioners of Police, Asocijacija Karipskih policijskih komesara) i oni se održavaju kroz direktne kontakte iz centrale u Lionu.

INTERPOL je počeo da modernizuje svoje RB 2005. godine programima koji podrazumevaju standardizaciju radne opreme, postavljanje video konferencijske veze i IP telefonskih uređaja i opreme, a takođe i ostvarivanjem pristupa INTERPOL –ovom intranetu (internoj mreži) i sistemom za prijem i slanje poruka. Ovaj proces je ubrzao protok razmene informacija i efikasnost među RB – ima kao i NCB – ima i GS –om.

Američki kontinent – regionalne policijske organizacije

Latinoamerička saradnja razvijenih mreža (Latin American Cooperation of Advanced Networks (CLARA)) su ušle u brojne programe i inicijative u cilju poboljšanja američke kiber bezbednosti. Ovu ulogu je na sebe preuzela u najvećem delu Međuamerička Telekomunikaciona Komisija (Inter - American Telecommunication Commission (CITEL)) kroz aktivno promovisanje razvoja bezbednosti telekomunikacija i borbe protiv prevara. U okviru KLARE postoji Jedinica za bezbednost (Security Task Force (GT-Seg) koji i predstavlja CSIRT (Timova za brzu reakciju na kompjuterske incidente i ugrožavanje bezbednosti) centar za države članice) a u okviru OAS - Međuamerički komitet protiv terorizma (Inter - American Committee Against Terrorism (CICTE)), koji su zajedničkim snagama preuzeli ulogu regionalnog koordinatora za saradnju Timova za brzu reakciju na

kompjuterske incidente i ugrožavanje bezbednosti. OAS – ov tim vladinih stručnjaka kiber kriminaliteta podržava i promoviše saradnju organa gonjenja u regionu kroz različite oblike obuke i tehničkih radionica.

OAS

Neki teoretičari za godinu osnivanja inicijativa (prethodnika) OAS uzimaju Panamski Kongres i aktivnosti Simona Bolivara (Simón Bolívar) 1826.god. ali je činjenica da se tek 1889.god. donosi odluka o periodičnim sastancima Američkih država. Naime prva međunarodna konferencija Američkih država (The First International Conference of American States) u Vašingtonu (Washington, D.C.) od oktobra 1889. do aprila 1890. i za svrhu je imala razmatranje preporuka i plana za načine rešavanja neslaganja i razmirica u budućnosti među državama koje su na konferenciji učestvovala. 18 Američkih država su učestvovala na konferenciji, nma kojoj je dogovoreno da se konstituiše Međunarodna Unija Američkih Republika, u svrhu brzog prikupljanja i razmene komercijalnih informacija sa sedištem u Vašingtonu, kasnije ona prerasta u „Panameričku uniju“ a kako je organizacija rasla rasle su i funkcije tako da danas predstavlja Generalni Sekretarijat Organizacije Američkih država (OAS). Na Konferenciji u pogledu pravnih stvari predloženo je prihvatanje odredaba u vezi ekstradicije među članicama; proklamovano je da zahtev ne povlači i pravo; takođe su i predstavljene smernice za nacrt sporazuma o arbitraži kojim bi se izbegli mogući ratni sukobi između američkih nacija kao oblici rešavanja nesuglasica. Ova Konferencija je postavila temelje onome što će prerasti u Inter Američki sistem: komercijalne potrebe usmerene na postizanje veće integracije; pravne okvire sa učvršćivanjem veza između državnog i privatnog sektora u mirnom okruženju regionalne saradnje i bezbednosti; ustanovljavanje specijalizovanih institucija u različitim sferama. Konferencije Američkih država su se sastajale na različitim bazama u različitim intervalima do 1970.god. kada su prerasle u Zasedanje Generalne Skupštine OAS. Tada je stupio na snagu Protokol Amandmana na Povelju OAS usvojen u Buenos Airesu. Pored ovih organizacionih oblika postojale su i sledeće regionalne integracioni pokušaji. Na primer sastanci Ministara spoljnih poslova i specijalni sastanci kao, na primer, Konferencija o međuameričkim problemima rata i mira koja je održana 1945. U Meksiko sitiju, ili Inter američka Konferencija za održanje kontinentalne bezbednosti i mira, održana 1947.god. u Brazilu (Rio de Janeiro)⁸. Utoku trajanja hladnog rata više

puta su se sastajali i sa datih sastanaka u stvari nastali su aktuelni principi po kojima danas funkcionišu OAS. I pre tog momenta sklopljeni su mnogi sporazumi kojima je utemeljena OAS. 1923.god. na Petoj međunarodnoj Konferenciji Američkih država (Santjago, Čile) usvojen je sporazum o izbegavanju i prevenciji konflikata među Američkim državama (Gondra sporazum). Na sedmoj međunarodnoj Konferenciji 1933.god. (u Montevideu, Urugvaju) usvojena je Konvencija o pravima i dužnostima Država kojom je promovisan princip jurisdikcione jednakosti, kao i princip nemešanja (princip zabrane intervencije), kao i princip mirnog rešavanja sukoba.

Pored Panameričke Unije, tokom godina, razvijen je niz institucija, pa tako imamo Interamerički jurisdikcioni komitet (1906), Interamerička ženska Komisija (1928), Međuamerički odbor za odbranu (1942), Međuamerička Komisija za zaštitu ljudskih prava, Međuamerički Sud za zaštitu ljudskih prava, Međuamerička Komisija za zloupotrebu droga, Centar za studije prava Amerika, Međuamerički sud pravde je trebalo da se oformi još 1923, ali nije do danas.

Ciljevi regionalne saradnje sa stanovišta INTERPOL-a, ali i profesionalne policijske prakse su: bavljenje regionalnim pitanjima kriminaliteta, povećanje protoka i razmene informacija u relevantnim oblastima kriminaliteta, povećanje razmene informacija među regionima, omogućavanje dostupnosti informacija na regionalnoj osnovi, te pružanje adekvatne podrške na regionalnom i nacionalnom nivou.

SEPCA

Evropski primer regionalne policijske saradnje svakako je SEPCA (Southeastern Europe Police Chiefs Association). Ova međunarodna organizacija nema operativni karakter, niti se posredstvom nje razmenjuju operativni podaci i planiraju i izvode međunarodne policijske akcije. Njena namena je više strateška, a na njenim sastancima se donose odluke od značaja za oblike policijske saradnje u regionu Jugoistočne Evrope. Takođe, SEPCA iz svojih fondova donira posredstvom INTERPOL-a tehničko opremanje Nacionalnih centralnih biroa i operativnih jedinica kriminalističkih službi balkanskih država.

SECI centar

Taktičko-operativni nivo regionalne saradnje evropskih policija postavljen je u okviru SECI centra, u kome postoje sledeće grupe za rad na posebnim problemskim oblastima: Jedinica za ilegalne migracije i

trgovinu ljudima; Jedinica za borbu protiv ilegalne trgovine narkoticima; Jedinica za borbu protiv krijumčarenja i prevara; Jedinica za borbu protiv finansijskog i kompjuterskog (visokotehnološkog) kriminaliteta; Jedinica za borbu protiv ilegalne trgovine mototrnim vozilima; Antiteroristička jedinica i Jedinica za bezbednost u kontejnerskom transportu.

U okviru ovog oblika regionalne saradnje potpisana je Konvencija policijskoj saradnji u Jugoistočnoj Evropi od strane Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Makedonije, Republike Moldavije, Rumunije i državne zajednice Srbija i Crna Gora, na osnovu kojeg je u Srbiji donet 2007. godine. Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj saradnji u jugoistočnoj Evropi¹². Njome se rešava velika količina pomenutih oblika saradnje i predstavlja još jedan korak ka potpunom i sveobuhvatnom regulisanju odnosa i saradnje organa gonjenja u regionu¹³.

SECI centar, u ovom trenutku, sa specifičnim pristupom pitanju ilegalnih migracija i trgovine ljudima pruža značajne ekspertske usluge u ovoj oblasti. One podrazumevaju sledeće: regionalna strateška analiza i razvoj strateških protoka informacija (razmena mišljenja) u okvirima problematike zajedničkih pretnji praćena koordiniranim aktivnostima, uz uvažavanje potreba država članica kroz obezbeđivanje adekvatnog okruženja za saradnju, kako bi se informacije razmenile i organizovale zajedničke istrage, operacije i obuke. Neophodnost kooperacije različitih sektora država u okruženju je, veoma brzo, postala više nego jasna, svoj konkretni vid je dobila u SECI.

IPA

Pored pomenutih značajne su i sledeće organizacije. EU CARDS - Zajednička pomoć za rekonstrukciju razvoj i stabilizaciju (Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization CARDS) projekat je kreiran od strane Evropske Komisije u cilju podrške u ekonomskom razvoju zemalja zapadnog balkana (Albanija, Makedonija, Hrvatska, Srbija, Crna Gora i BiH). Projekat je 2006. godine transformisan u IPA (Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA)) finansijski instrument EU za racionalizovanu pomoć kao predpristupni fond ili skup fondova za države koje su kandidati za članice EU (ili potencijalni kandidati za EU)¹⁴. U okvirima ovog instrumenta dolazi do harmonizacije određenih pitanja u pogledu svih pomenutih država. Cilj mu je da poveća efikasnost i koherentnost

pomoći u finansijskim sredstvima postavljanjem jedinstvenog okvira za delovanje.

ICITAP i CARIN

Sledeća organizacija ima više globalni karakter. Internacionalni program za pomoć u obuci za kriminalističke istrage (International Criminal Investigative Training Assistance Program (ICITAP)) je organizacija koja je formirana u okviru Ministarstva pravde SAD, (u okviru krivičnog odeljenja) a čiji je cilj da u saradnji sa vladama država, kojima pruža podršku, razvije efektivne, profesionalne i transparentne kapacitete subjekata suprotavljanja kriminalitetu¹⁵. Posebno treba naglasiti saradnju u okvirima EU - CARIN Grupe, (The Camden Assets Recovery Inter-Agency Network (CARIN)) čiji je cilj povećanje efikasnosti angažovanja članica, na bazi multigencijskog pristupa u onemogućavanju kriminalaca u ostvarivanju nedozvoljenih i nezakonitih profita. Ova grupa je ekskluzivna za države članice EU ali je moguće prisustvo drugih država u vidu posmatrača, (Interpol, Egmont grupa, Olaf, Europol (obezbeđuje sekretarijat - logistiku), Eurojust (stalni posmatrač u Upravljačkoj grupi) UN, itd...). Rusija, Kanada i Hrvatska imaju status posmatrača u CARIN grupi. U okvirima iznetog prepoznaju se oblasti i mogućih budućih oblika saradnje a možemo se i pohvaliti veoma značajnim rezultatima postignutim (uz učešće Srbije) u okviru nekih od pomenutih organizacija. Sve olakšavaju buduću ulazak u Evroatlantske integracije, na taj način što se, u okvirima istih, postavljaju i ispunjavaju određeni uslovi, koji čine inicijalne korake ka harmonizaciji unutrašnjih propisa sa propisima ovih organizacija a, preko istih, i do evropskih propisa.

Policijska saradnja kroz EUROPOL

Ured Evropske policije¹² EUROPOL je organizacija EU za primenu zakona koja se bavi obaveštajnom policijskom delatnošću, cilj joj je poboljšanje efikasnosti i saradnje državnih organa država članica. Vizionarska krilatica Europol je: da će predstavljati centar svetske klase najboljih, kao podršku državam članicama u borbi protiv svih težih oblika međunarodnog kriminaliteta i terorizma. Proklamovane vrednosti ove organizacije su: liderstvo i zajednički pristup; integritet; dinamičnost i proaktivnost; profesionalizam i orijentisanost ka postizanju rezultata; kredibilitet i pouzdanost; saradnja bazirana na dijalogu; angažovanost i predanost. Europol pruža podršku državam članicama kroz: omogućavanja razmene informacija, prema i u skladu sa zakonima države članice¹³; omogućavanja i pružanja operativne analize kao podršku operacijama; stvaranja strateških izveštaja (kao na primer procene ugroženosti) i analize kriminaliteta na bazi informacija i obaveštajnih podataka pribavljenih od strane države članice i drugih strana.

12 U okviru procedure naznačene Ugovorom o Evropskoj uniji (Mastriht, 7. februara 1992. god), odlukom Evropskog saveta (Konvencija EUROPOL) formiran je Ured evropske policije – EUROPOL, sa sedištem u Hagu. Isprva je ograničenim kapacitetima i ovlašćenjima funkcionisao u okvirima Evropolove jedinice za borbu protiv narkotika (Europol Drugs Unit (EDU)). Nakon ratifikacije Konvencije EUROPOL i stupanja na snagu 1.10.1998. godine, a posle sprovođenja ostalih zakonodavnih aktivnosti, Ured evropske policije počinje sa radom 1.7. 1999. godine. Primarna nadležnost Ureda je prevencija i borba protiv terorizma, ilegalne trgovine drogom i drugih oblika organizovanog, a posebno transnacionalnog kriminala. U nadležnosti Ureda su i prevencija i borba protiv trgovine nuklearnim radioaktivnim materijalima, ilegalne emigracije, trgovine ljudima, zloupotrebe maloletnika u pornografske svrhe, krađe i ilegalne trgovine ukradenim vozilima. Europol se može uključivati i u zajedničke akcije sprečavanja i suzbijanja ubistava, teških telesnih povreda, ilegalne trgovine organima i tkivima humanog porekla, otmica, uzimanja talaca, protivpravnog lišavanja slobode, rasizma i ksenofobija, prevara, organizovane krađe i ilegalne trgovine antikvitetima i umetničkim delima, reketa i iznuđivanja, falsifikovanja novca, falsifikovanja proizvoda i dokumenata, kompjuterskog kriminala, korupcije i piratstva, pranja novca, ilegalne trgovine oružjem, municijom i eksplozivom, ugroženim životinjskim i biljnim vrstama, hormonskim supstancama i drugim faktorima rasta i dr. Zvaničan sajt je:

<http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=facts>

13 Ovo se odbija preko oficira za vezu Europol (ELO, Europol liaison officers) - oni se akredituju od strane država članica

Sedište Europol je u Hagu, u Holandiji. Organizaciona struktura je sledeća: Direktorat postavlja Savet EU (Ministri pravde i unutrašnjih poslova)¹⁴, aktuelni sastav čine direktor i dva zamenika direktora. Europol je odgovoran Savetu Ministara pravde i unutrašnjih poslova, koji nosi odgovornost za upravljanje i kontrolu europol¹⁵. Upravni odbor Europol se sastoji od po jednog predstavnika svake države članice EU i, kao osnovni zadatak, ima nadzor nad aktivnostima organizacije. Zajedničko nadzorno telo, koje se sastoji od eksperata¹⁶ za zaštitu podataka, bavi se nadzorom nad prikupljanjem i korišćenjem ličnih privatnih podataka od strane organizacije. U cilju efikasne borbe protiv organizovanog kriminaliteta Europol ima posebnu strategiju o saradnji sa trećim licima (koja ne predstavljaju članice EU) koja definiše okvire za razvoj zajedničkih aktivnosti sa njima. Sve opisano se ostvaruje na bazi sporazuma o saradnji u skladu sa Europolovom konvencijom. Predmetni sporazumi potpisani su sa različitim zemljama i organizacijama, na primer, sa Albanijom, Australijom, BiH, Kanadom, Cepolom, Kolumbijom, Hrvatskom, Eurojustom, Evropskom Centralnom Bankom, Evropskom komisijom, Evropskim nadzornim centrom za droge i zavisnosti, BJR Makedonijom, Fronteksom, Islandom, Interpolom, Moldavijom, Norveškom, Olafom (European Anti-Fraud Office), Ruskom federacijom, Švajcarskom, Sitcenom (EU Joint Situation Centre), Turskom, Srbijom, UNODOC – om (United Nations Office on Drugs and Crime), SAD, Svetskom carinskom organizacijom. U okviru Europol oficiri za vezu i oficiri europol, analitičari i drugi stručnjaci obezbeđuju i pružaju efektivnu, multijezičnu dvadesetčetveročasovnu podršku korisnicima ove institucije.

Bliža saradnja između policijskih snaga, carinskih i ostalih nadležnih organa država članica je uspostavljena u članom 29(2) TEU-a kroz sprečavanje i suzbijanje kriminala u cilju pružanja doprinosa ostvarivanju visokog nivoa bezbednosti građana EU. Državni organi su dužni da saraduju direktno i kroz Europol. Prema članu 30(1) TEU-a zajednička aktivnost EU u ovoj oblasti uključuje:

(a) operativnu saradnju između nadležnih organa, uključujući i policiju, carinu, i druge specijalizovane službe Država

14 Nakon dopune Amsterdamskog sporazuma treći stub ili oslonac EU obuhvata oblast policijske i sudske saradnje u krivičnoj materiji.

15 Objektivnost u izboru članova direktorata se osigurava učešćem predstavnika svih članica u izbornom telu i zahtevanjem jednoglasne odluke o izboru.

16 Po dva iz svake države članice.

članica u vezi sa sprečavanjem, otkrivanjem i rasvetljavanjem krivičnih dela;

(b) sakupljanje, skladištenje, obradu, analizu i razmenu relevantnih informacija, uključujući i informacije policijskih službi o izveštajima o sumnjivim finansijskim transakcijama, naročito kroz Europol, a koje su predmet određenih odredaba o zaštiti ličnih podataka;

(c) saradnju i zajedničke inicijative u obuci, razmeni oficira za vezu, upotrebu opreme i forenzička istraživanja;

(d) zajedničku procenu određenih istražnih tehnika u vezi sa otkrivanjem teških oblika organizovanog kriminala.

Pošto je, u suštini, on centar za prikupljanje, analizu i distribuciju informacija, EUROPOL ne predstavlja federalnu policiju; pripadnici EUROPOL –a ne mogu sprovesti nijednu istragu po svom nahođenju. Europol predstavlja administrativno telo koje prvenstveno ima koordinativnu ulogu, što je u suprotnosti sa uobičajenom ulogom policije. Ustanovljenje Evropske Policijske Kancelarije je već navedeno u Sporazumu u Matrihtu. 1995. godine, zaključena je Europolova Konvencija koja je dodelila Europolu odvojen pravni subjektivitet i ograničenu nadležnost za sklapanje sporazuma. Ona je stupila na snagu 1998. godine i Europol je počeo da radi 1. jula 1999. godine. Konvencija definiše cilj Eurpola u članu 2(1):

„Cilj Europola biće [...] da poboljša [...] efikasnost i saradnju nadležnih organa država članica u sprečavanju i suzbijanju terorizma, nelegalnog prometa narkotika i ostalih teških oblika međunarodnog organizovanog kriminala gde postoje stvarne indikacije da su strukture organizovanog kriminala uključene i da su dve ili više država članica pogođene oblicima takvog kriminala toliko da to zahteva zajednički pristup od strane država članica u skladu sa obimom, značajem i posledicama navedenih delikata.“

Prema članu 3(1), njegovi zadaci su:

da olakša razmenu informacija između država članica;

da pribavi, sravnji i analizira informacije i obaveštajne podatke;

da obavesti nadležne organe države članice bez odugovlačenja preko državnih jedinica (...) u informacijama koje se tiču njih, i o bilo kojoj uočenoj vezi između krivičnih delikata

da pomogne istrage u državama članicama prosleđivanjem svih relevantnih informacija nacionalnim jedinicama

da održava kompjuterizovan sistem sakupljenih informacija koje sadrže podatke.

Razvoj Europol je išao dalje sa usvajanjem Amsterdamskog sporazuma iz 1997. godine dopunjujući TEU kako bi potvrdio buduću operativnu ulogu Europol. U periodu od pet godina, Savet će, prema članu 30(2) TEU, unaprediti policijsku saradnju kroz Europol, a posebno će:

omogućiti Europolu da olakša i podrži pripreme i ohrabri saradnju i sprovođenje specifičnih istražnih delatnosti od strane nadležnih organa država članica, uključujući tu i operativne akcije zajedničkih timova sačinjenih od predstavnika Europol u kapacitetu podrške:

usvojiti mere koje dozvoljavaju Europolu da traži od nadležnih organa država članica da sprovedu i koordiniraju njihovim istragama u specifičnim slučajevima i da razvije specifična veštačenja koja mogu biti stavljena na raspolaganje Državama članicama kako bi im pomogla u istragama slučajeva organizovanog kriminala;

Što se tiče saradnje Republike Srbije sa EUROPOL – om stvari stoje ovako. Sporazum o strateškoj saradnji Srbija je potpisala u septembru 2008. godine. Prema ovom sporazumu sa EUROPOL – om se mogu samo razmenjivati informacije strateškog tipa, kao na primer, količina zaplene opojne droge, aktuelne rute ilegalne migracije, ali se ne mogu dostavljati lični podaci lica koja su u pitanju. U svakom slučaju potpisivanje sporazuma daje poseban značaj saradnji EUROPOL – a sa Republikom Srbijom.

Mreže oficira za vezu

Međunarodna policijska saradnja odvija se i putem mreže oficira za vezu, koji su detaširani u Ambsadama svojih država i svojom aktivnošću doprinose ubrzavanju razmene podataka i planiranja međunarodnih policijskih akcija. Ovo se naročito odnosi na proaktivno delovanje policije, u smislu davanja prethodnih podataka o mogućim kriminalnim aktivnostima organizovanih kriminalnih grupa, koje se iz jedne države kreću ka jednoj ili više stranih država radi vršenja npr. serije razbojništava na štetu zlatara, radnji sa skupocenim ručnim satovima ili bogatih porodičnih kuća. Značajno je pomenuti i da u Beogradu postoji 31 akreditovana kontakt tačka za oblast policijske saradnje u okviru postojećih diplomatsko-konzularnih predstavništva

Umesto zaključka

Opisane organizacije prikazane na globalnom nivou. Obzirom da Srbija nije u mogućnosti da bude članica svih prikazanih organizacija neophodno je dati presek onoga što u ovom trenutku postizemo. Saradnja na strateškom nivou preko MUP R Srbije odvija se, pre svega, na osnovu potpisanih međunarodnih bilateralnih i multilateralnih sporazuma, na operativnom nivou najveći broj slučajeva odvija se preko Odeljenja međunarodne policijske saradnje, a konkretne istrage npr organizovanog kriminala odvijaju se preko SBPOK-a. Prekogranična saradnja se odvija na nivou Uprave granične policije sa susednim državama na osnovu potpisanih sporazuma, kao i primera dobre prakse EU. Kao vid saradnje u borbi protiv terorizma je saradnja specijalnih jedinica MUP R Srbije sa drugim jedinicama kroz treninge, naročito sa srodnim jedinicama Francuske, zemalja regiona Jugoistočne Evrope, Ruske Federacije.

MUP R Srbije u saradnji sa Kancelarijom policijskog atašea u Ambasadi R Francuske u Beogradu ostvaruje odličnu saradnju po pitanju obuke specijalnih jedinica u regionu i u tom smislu promovira MUP-ovog Nastavnog Centra Kula kao regionalnog centra za obuku.

U saradnji sa ICITAP-om, MUP Republike Srbije organizuje obuku policijskih službenika, naročito u oblasti suprotstavljanja terorizmu i borbe protiv organizovanog kriminala.

Ministarstvo unutrašnjih poslova R Srbije priprema niz sporazuma za potpis sa ostalim zemljama i organizacijama kao što su:

Operativni sporazum sa EUROPOL-om

Sporazum o saradnji u borbi protiv organizovanog kriminala, međunarodne ilegalne trgovine drogama i međunarodnog terorizma između Vlade Republike Srbije i saveta ministara Republike Albanije

Memorandum o saradnji između Saveznog ministarstva unutrašnjih poslova SR Nemačke i Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije

Sporazum između Republike Srbije i Češke Republike o policijskoj saradnji u borbi protiv kriminala

Sporazum između Republike Srbije i Španije o saradnji u suzbijanju svih oblika kriminaliteta

Sporazum o policijskoj saradnji u borbi protiv kriminala između Vlade Kraljevine Belgije i Vlade Republike Srbije

Sporazum između Veća ministara Bosne i Hercegovine i Vlade Republike Srbije o saradnji u borbi protiv terorizma, organizovanog

kriminala, nelegalne trgovine narkoticima, psihotropnim supstancama i prekursorima, ilegalne migracije i ostalih krivičnih dela

Memorandum o saradnji u borbi protiv međunarodnog organizovanog kriminala, međunarodne ilegalne trgovine drogama i međunarodnog terorizma između Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije i Ministarstva unutrašnjih poslova Ukrajine.

Sporazum o saradnji u borbi protiv međunarodnog terorizma, nezakonite trgovine opojnim drogama i psihotropnim supstancama i organizovanog kriminala između Vlade Republike Turske i Vlade Republike Srbije

Sporazum o saradnji između Republike Srbije i Republike Argentine u borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala

Protokol o saradnji između Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije i Ministarstva javne bezbednosti NR Kine

Sporazum između Republike Srbije i Savezne Republike Nemačke o policijskoj saradnji u borbi protiv kriminala.

Memorandum o razumevanju između Republike Srbije i Republike Irak

Memorandum o razumevanju između Vlade Republike Srbije i Vlade Južnoafričke Republike

Sporazum između Republike Srbije i Republike Belorusije o saradnji u borbi protiv kriminala

Sporazum između Vlade Republike Srbije i Vlade Crne Gore o saradnji u zaštiti od prirodnih i drugih katastrofa

Sporazum između Republike Srbije i Republike Finske o saradnji u oblasti borbe protiv kriminala

Opisane planirane međunarodne aktivnosti RS daju nadu u svetlu budućnost naše države kako u regionu tako i u strateškim okvirima na globalnoj poziciji u saradnji sa drugim državama u suprostavljanju kriminalitetu.

LITERATURA:

1. © 1975 - 1981 by David Wallechinsky & Irving Wallace
Reproduced with permission from "The People's Almanac" series of books.

2. Anderson, Malcolm. *Policing the World: Interpol and the Politics of International Police Co-operation*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

3. Barnett, Michael, and Liv Coleman. "Designing Police: Interpol and the Study of Change in International Organizations." *International Studies Quarterly* 49 (2005): 593–619.

4. Bresler, Fenton S. *Interpol*. Toronto and New York: Viking, 1992.

5. Burke, B., *Nazi Counterfeiting of British Currency during World War II: Operation Andrew and Operation Bernhard*, San Bernardino, California, 1987.

6. Byatt, D., *Promises to Pay. The first three hundred years of Bank of England notes*, Spink, London, 1994, p. 45-56.

7. Cameron-Waller, S. (2001, December 17). Interpol statement: Second world conference on commercial exploitation of children. Retrieved March 21, 2003, from

<http://www.interpol.int/Public/Icpo/speeches/20011219.asp>

8. Deflem, Mathieu. 2008. "Interpol." Pp. 198-199 in *The Oxford Encyclopedia of the Modern World*, edited by Peter N. Stearns. New York: Oxford University Press.

9. Deflem, Mathieu. *Policing World Society: Historical Foundations of International Police Cooperation*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2002.

10. Deridder, W. (2001, October). 16th annual Interpol symposium on terrorism. Retrieved May 5, 2004, from www.interpol.int/public/ICPO/speeches/20011022b.asp

11. Haberfeld, M., & McDonald, W. (2004). International cooperation in policing. In P. Reichel (Ed.), *Handbook of transnational crime and justice*. Thousand Oaks, CA: Sage

12. Malkin, Lawrence. *Krueger's Men: The Secret Nazi Counterfeit Plot and the Prisoners of Block 19* (2006)

13. Stahl, Z., *Jewish Ghettos' and Concentration Camps' Money (1933-1945)*, Israel, 1990,

Internet

1. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/291580/Interpol>

2. www.rog99.blogspot.com/2009/12/fattening-interpol.html
3. <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/executive-order>
4. http://www.washingtonexaminer.com/opinion/Obama-gives-Interpol-free-hand-in-U_S_-8697583-80291137.html
5. <http://noisyroom.net/blog/2009/12/26/of-executive-orders-and-trojan-horses-update/#more-6356>

Mr Sergej Uljanov
National Central Bureau of INTERPOL Beograd

Mr Zvonimir Ivanović
Academy of Criminalistics and Police Studies

INTERNATIONAL POLICE ORGANIZATIONS

Nowadays civilization profile is, by all means, marked with dynamic, brutal and unfortunately efficient organized criminal activity. Its international prefix, surely, contribute to increasing of social endangering to the detriment of a state and an individual just as to the state and private property.

In this article, we try to recognize as society response to the constant presence of enemy of its fundamental values, the existing of international police organization running worldwide, continentally and regionally.

To understand their role completely, there will be made an overview to the historical aspects of their origin and development, just like to the historical episodes of them being misused.

Focused on world level we will explore the importance of International Criminal Police Organization – INTERPOL, analyze European, African, Asian, Latino American, Central American, Pan-American and Pacific police organization, continentally and stress out the purpose of international organization of SECI, regionally.

We think that the international police organizations' ranges combating, after all, organized criminal activities, make essential impact on protection of basic human rights and liberties, just as on stability and prosperity of international relations seeing through regional, continental and world perspectives.

Key words: *International police organizations, organized criminal, INTERPOL, EUROPOL, ASEANPOL, CLARA, OAS, CJPCAC, ACCP, WAPCCO, CAPCCO, SARPCCO, SPCPC, SEPCA, SECI.*

Kam C. Wong,
Associate Professor,
Xavier University, Cincinnati,
Associate Fellow,
Center of Criminology, University of Hong Kong

UDK 351.74 (510)
Pregledni naučni rad

A CHINESE THEORY OF COMMUNITY POLICING

This paper introduces the readers to a radically different theory of community policing: “Police power as social resource theory” (SRT), drawing upon Chinese political philosophy (“mass line”) and policing practice (“renmin jingcha”). The SRT addresses three main questions: What is the role and function of the police? What is the relationship of the police with the people? Why do people call the police? SRT (re)conceptualizes crime and police from the perspective of the people, not that of the state. From the people’s perspective crimes are personal problems, while problems are unmet expectations resulting from resource deficiencies and police are social resources made available to the people in solving their own problems. In terms of foundation SRT is a theory of the people, a theory of democratic governance, a theory of empowerment, and a theory of self-help.

Keywords: Chinese policing, community policing, problem oriented policing, Chinese theory of policing, policing as self-help, police as a social resource

“The value of criminal records for history is not so much that they uncover about a particular crime as what they reveal about otherwise invisible or opaque realms of human experience.”

Muir and Ruggiero (1994)¹

“The American city dweller’s repertoire of methods for handling problem including one known as “calling the cops.”

Bittner (1970)²

¹ Muir and Ruggiero (1994).

“If the people were allowed to manage their affairs for themselves. They could do that with half of the number of policeman who were now employed.”

Halley Steward, MP (1888)³

I

Introduction

This study of first impression explores the philosophy of MLP in China⁴, and offers a radically different Chinese theory of policing: “Police power as social resource theory” (SRT).

The SRT addresses three main questions: Who are the police? What is the relationship of the police with the people? Why do people call the police?

SRT (re)conceptualizes police power (1) from the perspective of the people, not that of the state; (2) as a function of problem solving, not defined solely by law.

This article is organized in the six sections: Section I: “Introduction;” Section II: “Philosophy of Imperial Social Control;” Section III: “Principles of Contemporary Political Ordering;” Section IV: “SRT Theoretical Propositions;” Section V: “ SRT Theoretical Foundation;” and Section VI “Conclusion.”

II

The Philosophy of Imperial Social Control

Historically, social control in China was decentralized and organized around natural communal and intimate groups, e.g., family and clan, with governmental endorsement and support.⁵ Local social control was institutionalized. The emperors ruled the state by and through his officials who in turn governed the people by and through the family head and community leaders.⁶ Such decentralized, grass

² Bittner (1970:36-47); Gaskill (2002). (It is important to investigate into people’s mentality about crime to gain insight how people think, feel and act on crimes.)

³ *Hansard*, CCCXXVII, 19 June 1888, cols 605-6.

⁴ Qilu and Dawei (1995).

⁵ Wong (1998).

⁶ Chang (1955).

root, social control practices were informed by Confucian teachings: “Wishing to govern well in their states, they would first regulate their families. Wishing to regulate their families, they would first cultivate their persons.” (De Barry et al. 1960:115)⁷ When asked, “What is meant by “in order rightly to govern the state, it is necessary first to regulate the family?””, Confucius answered: “It is not possible for one to teach others, while he cannot teach his own family. Therefore, the ruler, without going beyond his family, completes the lessons for the state.”⁸

Thus, functional social control in China was supplied informally and extra-judicially, within the family and throughout the community. This resulted from deliberate state policy, building upon existing natural communal structure of interdependence⁹ established cultural habits of informal social control,¹⁰ and entrenched customary practices of clan rule.¹¹ Hence, while in theory the local magistrate’s offices (yamen) were supposed to be in total control on all matters large and small in rural China, in practice broad police powers were delegated or conceded to the local community and exercised by the family and clan.¹²

Consistent with the above Confucius ideas and ideals, crime prevention and social control in traditional China was realized through indigenous groups – starting with the family which provides the education and discipline for character building, the neighbors which provide the supervision and sanction against deviance, and the community which set the moral tone and customary norms to guide conducts.

Finally, the state acts as the social control agency of a last resort in providing punishment against crimes, and economic maintenance and social welfare to anticipate civil disorder. In this regard, the Chinese has taken a broad notion of control that includes the internalization of norms (by the individual), socialization and

⁷ De Barry et al. (1960:115).

⁸ Legge (trans.) (1981:23).

⁹ Dutton (1992:84-85).

¹⁰ Williams (1883), Chu, Tung-tus, (1962)

¹¹ Liu-Wang (1959:56).

¹² Liu-Wang (1959: chapter 2).

disciplinary regime (by the family); setting up custom and accountability system (in the community), removal of criminogenic conditions (by the administration) and defining the moral and social boundary (by the state)¹³ The Chinese approach come close to Edward A. Ross' definition of social control - "the molding of the individual's feelings and desires to suit the needs of the group" – including supernatural, ceremonies, public opinion, morals, art, education which formed the normative structure of a society. In a very real sense, Chinese social control is of a totalitarian gem¹⁴ and of a disciplining type.¹⁵

The site of control (family) and method of control (informal), also changes how deviance and disorder is perceived and dealt with. In a family and communal setting, with blood relations, tight bond and enduring association, "deviance" and "disorder" are not recognized by official label as "crime" deserving punishment, but seen as problems to be "dealt with" - accepted, avoided, prevented, resolved, and suppressed by varieties of means. Problems are cognizable as things that should not have happened, happened, i.e., breach of expectation ("bugai"). The objective is to deal with "problems" to promote group welfare, to return to settled group norms and individual expectations.

III

The Principles of Contemporary Political Ordering

The "renmin jingcha" ("people's police")

The PRC police was named "renmin jingcha" or "people's police" at the first National Public Security Meeting in October of 1949. "Renmin jingcha" captures the basic nature and essential characteristics of police in Communist China; the police are at one with, belong to and dependent upon the people. The imagery used to depict police vs. people's relationship is "fish (police) in the water (people)."¹⁶

¹³ Gibbs (1982:9-11)

¹⁴ Wittfogel (1957).

¹⁵ Williams (1883), Chu (1962).

¹⁶ Damin (2001:200 – 205).

That understood, Chinese police have no separate identity and interests beyond that of the people. They are supposed to see crime and disorder from the perspective of the people, as personal problems, and not response as legal violations. The police should and will do everything they can, including scarifying their own well being, interests, and welfare to solve people's problems.

Mass line policing (MLP)

ML is the basic tenets of governance of the CCP (Townsend 1977:1011). MLP has direct application upon how police is led, organized, and operated.

Ideologically, ML makes the people the master of their own destiny. In all matters of political governance and social maintenance, the peoples' perspective, value and interest prevails.

Functionally, a ML perspective allows the masses see where their true and long term interests lie. It effectively liberates the people from the straightjacket of "false consciousness" in a capitalistic society. In so doing the "mass line" recognizes that nobody understands the plight of the people more than the people themselves.

Operationally, the ML is a method of revolutionary leadership. It consisted of three recurring steps: (1) gathering scattered ideas of the masses; (2) processing (concentrating and systemizing) ideas of the masses; (3) using the ideas to lead the masses to struggle against class enemies; with education, propaganda, and mobilization. "The ML is, everything for the mass, everything depend on the mass, everything from the mass, everything to the mass."¹⁷

ML is based on the (scientific) understanding of world that the masses create history¹⁸ by living the reality. Marx and later Mao credit the masses with the ability to create knowledge and the right to take

¹⁷ "Qunzhong luxiam, jiushi yiqiao wei qunzhong, yiquia yi qunzhing, zhong qunzhonglai, dao qunzhong chu - 群众路线，就是一切为了群众，一切依靠群众，从群众中来，到群众中去". (Liao Wan 2007)

¹⁸ "The millions of people will never heed the advice of Party if this advice does not coincide with what the experience of their own lives teaches them" (Lenin 1961: 426).

initiative¹⁹ to change the world in their own image and according to their own interests (Mao Zedong 1963:502).

From its inception and until now, the ML informs upon everything the police do: First, the people and not the police should take care of their own problems; Second, the people and not the police have a better understanding of their own problems; Third, the people and not the police are more motivated to solve their own problem; Fourth, the police should look at crime and disorder as problems and from the people's perspective; Fifth, the police can help the people to solve their problems as experts.

IV

SRT Theoretical Statements

Proposition#1: People confront problems routinely some of them are called crime.

Proposition#2: To the people problems of everyday life are unmet expectations, resulting from a lack of resources.

Proposition#3: All problems can be solved by redefining expectations and/or acquiring resources.

Proposition#4: People experience crime as a personal problem not as a legal violation.

Proposition#5: People call the police because they do not have (or unwilling to spare) the necessary resources to deal with their problems, crime and non-crime.

Proposition#6: Police call the police because they are resources of legitimacy and coercion.

Proposition#7: Police power is a kind of emergency (social) resources made available to the people to solve their problems.

Proposition# 8: The more resources at the disposal of the people the less problem the people will be confronted with.

Proposition#9: The more resources at the disposal of the people the less they have to call on the police when problem (crime) happened.

¹⁹ "In the Great Proletarian Cultural Revolution, the only method is for the masses to liberate themselves, and any method of doing things in their stead must not be used. Trust the masses, rely on them and respect their initiative." See Decision of the Central Committee of the Communist Party of China Concerning the Great Proletarian Cultural Revolution, in Fan (1968:165).

Proposition#10: The more (adequate and appropriate) resources at the disposal of the police the more effective they are in solving people's problem.

Proposition#11: The less (adequate and appropriate) resources at the disposal of the police the more likely they will resort to illegal or extra-legal means in solving people's problem.

Proposition#12: The person who is closest (impact, information, knowledge) to a problem is and should be the person to solve the problem.

Definitions:

"Police" is defined as: "Police is a depository and coordinator of social resources. Police is an all purpose emergency problem solver who is authorized to use "legitimacy" and "coercive" resources to solve people's problems in a domestic situation and during peaceful time."

"Problem" is defined as: "An unrealized expectation of wants or needs due to resource deprivation."

"Resource" is defined as: "Things of all kinds, including to power, time, materials, skills, culture, ideas, and knowledge that can satisfy ones expectations of want and needs."

"Legitimacy" is defined as: "That which is endorsed, supported and promoted by duly constituted political authority, which illicit intuitive respect and demand obedience."

V

SRT Theoretical Foundation

A radical theory of policing

Build upon MLP, SRT starts with a basic observation that in a state run by the people we must understand how the people conceive of the nature of crime and role of the police.²⁰

²⁰ Conflict theorists have long observed that it is impossible to have all the people agreed upon a uniform understanding of the social order. The radical theorists have challenged consensus theorists' understanding of law and order from the perspective of the dominant class, while totally ignoring the contribution of the dominated class. This is a major oversight; people's mentality and sensitivity matters. The nature and distribution of police power takes different shape viewed from above, as it is from below.

From the perspective of the state, crime is a legal violation. From the perspective of the people, crime is a set of life experience, and a multi-faceted personal problem.

From the perspective of the state, police power is a political resource to secure control, maintain order²¹ and command obedience.²² It is defined coercively, structured legally, organized bureaucratically and imposed unilaterally.

From the people's perspective, police power is a social resource made available by the state and draw upon by the citizens to handle personal problems of an emergency nature or crisis kind. More significant, in the eyes of the people, police power is not reconstructed in political image, structured by law, organized with reference to police needs²³ but dictated by the people and negotiated to fit the personal circumstances and situational needs the problem calls to mind.

Policing from the people's perspective

Looking at police role and functions from the public's perspective can be justified on a number of grounds.

First, MLP calls for looking at life course problems from the people's perspective, as a matter of birth right and process of maturation. In Kant's words: "Enlightenment is man's emergence from his self-imposed immaturity. Immaturity is the inability to use one's understanding without guidance from another."²⁴

This means empowering the people to meet their own personal needs supplying them with the necessary resources, on demand and as required.

Second, MLP corrects the lopsided relationship between police and the people by returning the people to the center stage, and put them in control, thus achieving the communalization, socialization or personalization of crime.

Third, MLP marks a shift of focus from a state centered community oriented policing to a people driven policing.²⁵

²¹ Robinson and Scaglione (1987).

²² Austin (1995).

²³ Manning (1983:176).

²⁴ Kant (1959: 41).

²⁵ There is an urgent need to draw a clear distinction between the "community" and the "people". They are conceptually different categories for analytical and operational

Fourth, MLP gives “social” meaning and lends “emotional” content to police – people activities, which is what policing is all about, i.e., dealing with personal issues, human problems, relationship difficulties of one form or another.²⁶ In so doing it socialize and humanize the police – people interface, making police business a truly peoples’ business.²⁷

Fifth, MLP liberates the police from the sterile confine of the law and stifling restraints of the bureaucracy. It gets away from one size fits all “McDonaldization” of police (burger, cheese burger, double cheeseburger is still a burger) strategy and practices.

Sixth, MLP recognizes police work should be as diverse and complex of people’s problem, i.e., policing changes with time, place, people, context, circumstances and situations.

Seventh, and most importantly, MLP allows the people to be heard. For all too long, the public is an object of policing when in fact they are, and should be, the subject of policing. Instead of being policed, people are engage in problem solving.

purposes. Analytically, a community is a collectivity (group of people) sharing certain identifiable characteristics and relationship, i.e., “a group of people who share certain demographic and socio-economic traits and fellowship.” (Fessler, 1976). The people are an unbounded group of individuals sharing few things in common other than a universal social nature (humanity) and particularistic political character (nationality). Operationally, COP means that “The police designate a community in which they will engage in problem solving, develop relationships (that hopefully become partnerships) with the population, collaborate with them to diagnose problems that have some generalized impact, prescribe and implement interventions to solve the problems, and continuously monitor the results.”(Flynn 1998). In the case of people’s policing it is the people’s problem, individually or as a group that should be of dominant concern.

²⁶ Crime is never more than a breach of human trust, destruction of social relationship and infringement personal rights. Breach of trust as failed expectation of predictability generates fear (of crime). Destruction of relationship as failed expectation of intimacy results in alienation (from others). Infringement of personal rights as failed expectation of entitlement caused loss (of property) or injury (to body). A reintegration strategy is much better than punishment strategy in renewing faith, building relationship and repairing harm. In this way, my theory echoes the concerns of Braithwaite with traditional punishment (cf. Braithwaite 1989).

²⁷ At its heart, all policing is a policing of relationship.

The legal anthropologist has contributed much, through the study of “trouble cases,” to our understanding of how indigenous people of other cultures settle dispute and deal with problems. Such research informs that the problems of everyday life look and feel very differently from the inside than from outside point of view.²⁸

SRT as proposed – people solving their own problem with state resource - is consistent with the civil society movement,²⁹ privatization of police trend,³⁰ and alternative dispute resolution initiative.³¹ The theory, if ever fully realized, allows the people to be the master of their own affair. They have the right to dictate and control the extent and manner of the state’s involvement in their life choices.

Legalization of people’s problems

When the police power is exercised by state officials to enforce the law, e.g., criminal arrest, or invoked by the public to deal with a problem, e.g., call for police assistance, it automatically transforms the nature and handling of the “situation”³² on hand.

When the public call the police, it gives the state the opportunity to transform a private/personal matter into a public/legal one. This amounts to the bureaucratization/legalization/professionalization of a private or personal problem, transforming/converting it into a one that is recognizable by the police and actionable in court.

In being captured by law, a personal problem loss much of its attributes and meaning derived from the social milieu, communal setting, interpersonal relationship, historical context and situational dynamics of which it is an integral part, or what the “situation” in situ is all about.

²⁸ Nader (1969:337-348). Law of the state is build upon custom of the people but never able to reproduce its richness or replicates its nuance.

²⁹ Madsen (1993).

³⁰ Joh (2004); O’Leary (1994).

³¹ Gross(1995).

³² Before the decision to call the police and police intervention, we have a “situation” waiting to be labeled. The nature and control of any situation remains in the hand of the people involved, until the police is called. Even when the police is called, there is oftentimes some negotiation between parties involved, ending in most cases: “Do you want to file a complaint?”

The process and effect of transformation of a private affair into a public matter on the event and people involved is best described by Manning:

“As the message moves the system, it loses the implicit, connotative meanings associated with the polysemic nature of what was reported to have happened and becomes more denotative, represented in police classification, and is treated by the organization more as something to sort out and deal with and less as a reflection of a complex, emotional, sensate event. I shall refer to this as bureaucratization of social and personal problems.” (Manning 1983:176)

Legalization of a problem also shifted the ownership and arena of dealing with the problem from the public to the state.

Policing as self-help

As structured, the theory SRT is a theory about “self-help,”³³ “private ordering” and “personalized justice.”³⁴

Policing as social services

Cumming and her colleagues were one of the very first to discover the dual roles of the police, i.e., as a control vs. supportive agent. “Finally, besides latent support, the policeman often gives direct help to people in certain kinds of trouble.” (Cumming et al. 1965). After analyzing 801 calls over 82 hours, Cumming and her colleagues found that over 50 percents of the police calls seek help of one sort or another. The research team concluded that the police instead of enforcing law or fighting crime were asked by the people to help solve their problems, i.e., in acting as philosopher, guide and friend to people in need.

Policing as problem solving

Goldstein observed that there is a “tendency in policing to become preoccupied with means over ends” (Goldstein 1987: 236). Goldstein was one of the first to re-orient the police function from reactive crime fighting to pro-active problem solving in the community.

³³ Black (1968).

³⁴ To the extent “private ordering” as “self help” involves police resources, “self help” is mediated by the police in legal and bureaucratic considerations. “Within very broad limits, citizens must generally avail themselves of police services rather than resort to “self-help” in dealing with problems or property.” (Reiss and Bordua 1967:28).

He called for a shift in police strategy and activities to that of “problem oriented policing” (POP) which has since then been the organizing principle informing police reform in the 1980s.

This invitation for the police to shift its role and function from dealing with crimes to solving community problems, challenges the police to look at the nature (complexity of causes), extent (diversity of manifestation) and remedy (variety of alternatives) to community problems beyond the narrow confine of the tradition role of police as law enforcer and crime fighter. In so doing, the police no longer fight crime and enforce law but engage in community problem solving.

SRT while agreeing with Goldstein’s POP approach differs from his in a number of important ways.

First, Goldstein’s POP theory is in the main a theory about solving “community problem” as revealed by individual’s call for assistance, e.g., repeated calls about robbery in a neighborhood tells the police that this is a criminal “hot spot.” In so doing, Goldstein is not interested in dealing with individual level problems as much as he is concerned exclusively with resolving community level problems. Given Goldstein theoretical posture, an issue is raised as to what kinds of problem are Goldstein interested in – root problems giving rise to crime or personal problems generated by or associated with crime?

SRT argues that both are important, but from the perspective of the people (victim) it is the later that is more important. That is why people called the police in the first instance.

Second, Goldstein’s theory is a “police” theory. Goldstein’s main contribution is in having the police looking at the larger roots of crime picture beyond the immediate incidents of crime. SRT is a pure “people” theory of policing. It asks the police to look at crime, disorder and other problems from the perspective of the people. In so doing, what is a problem to the public is considered ipso facto a problem for the police.

Third, Goldstein expects the police to solve community problem with the help of the community. SRT wants the people to solve their own problem with or without the help the police, i.e., police resource is only one of the many resources potentially available.

Fourth, Goldstein wants the police to have more expansive police power to solve the crime problems, e.g., nuisance abatement law. SRT wants to empower the citizens, themselves (e.g., learn how to deal with

disputes) or with the help of others (e.g., police, social worker, friends, relatives) to solve their own problems, e.g., civil injunction against nuisance.

Fifth under Goldstein's formulation, police problem solving will lead to more police penetration into community lives. Under SRT the police will be playing a lesser and lesser role in the community with the people getting better and better in taking care of their own business. In sum, Goldstein wants to enlarge the state role and SRT wants to create more civic society space.

Table I: Goldstein "problem oriented policing" vs. Wong's "state police power as social resource"

	Goldstein POP	Wong SRT
Definition of problem	Police in consultation with the public	People identifying their own personal or community problem
Ownership of problem	Police	People
Solution to problem	Police provide solution to problem	People draw upon the police as a resource to solve personal problem
Mean to solve problem	More police resources	Varieties of community/ personal resources
Role of police	State control agent	People's problem solving agent
Role of citizen	Community participation (policy consultation) and assistance (eyes and ears)	Citizen consult, engage, or direct police to solve problem.

Police as a coercive resource

Bittner convincingly argued that "the role of the police is to address all sorts of human problems when insofar as their solutions do or may possibly require the use of force at the point of their occurrence."³⁵ More specifically, police: "is best understood as a mechanism for the distribution of non-negotiable coercive force employed in accordance with the dictates of an intuitive grasp of

³⁵ittner (1980:38).

situational exigencies.”³⁶ Bittner was quick to observed argued that in most cases police coercive force is not needed and never will be used, e.g. police treatment of lost children. Thus to Bittner it is not the actuality or even probability of using force that define the role of police, it is the possibility (no matter how slim) and potentiality of use of force (no matter how contingent) which justifies the definition of police role. Finally, Bittner postulated that everyone expects the police to use force to solve problem when they call the police: “There is no doubt that this feature of police work is uppermost in the minds of people who solicit police aid (and) ...every conceivable police intervention projects the message that force may be, and may have to be, used to achieve a desired objective.” (Bittner 1970: 40)

I do not agree with Bittner that all or even a majority people call the police because of the police’s “capacity and authority” to use force:

The public calls the police for a variety of reasons, not all of them require the use of force. For example, when the police is called to help locate a lost relative, to unlock a locked vehicle, or put out a fire, the public do not expect the police to use force because force is not contemplated and of no use.

In some cases, the people call police precisely because they do not want force to be used. For example, people may be calling police as an arbitrator in a family dispute with strong headed family members. An irate wife may call the police to affirm that her husband had a lady in the car while he crashed in the early morning. In either case, the parties do not want nor expect force to be used.

According to SRT, whether a citizen is calling on the police’s “capacity and authority” to use force certainly depends on whether the citizen have the “capacity and authority” to use force relative to the police, thereby making the police “capacity and authority” superfluous.

Lastly, and perhaps most importantly, Bittner’s formulation assumes that all people in all communities at all time on all matters look at police (coercive) role the same. This presupposition runs counter to the first lesson learnt about studying policing and society. How the people of a given society in a certain era and at a certain place conceive of the police and their relationship with society must of

³⁶ Bittner (1980: 41).

necessity depends on the cultural understanding of that society about the role, functions and relationship of the police with the public. In pre-history time, the clan control their members with high priests who were readily obeyed without the threat or use of force. In modern time, private security of a company is able to police without resort to force because employer has the authority to hire or fire.

Police power as a “legitimacy” resource

SRT postulates that police power is a “legitimacy” resource for the people to solve problems. In fact most people call the police to “legitimize” what they are doing, i.e., to determine right vs. wrong, fair vs. unfair.³⁷ For example, in divorce cases, embattled spouses routinely call the police to be arbiter of property, custody, privacy disputes.³⁸

In practice, most people call the police because the police’s other “capacity and authority,” e.g., the police as a moral authority. For example, people see police as a moral authority representing the state. As such, they follow the police instruction voluntarily and instinctively, and expect others’ to do so.

The importance of legitimacy and moral authority in securing compliance and helping people to resolve problem within relevant in-groups is well established. Different groups secured legitimacy and privileged authority differently.³⁹

In imperial China, the instruction of the father (delegated police authority) is instantly obeyed, less so because he can use force to exact compliance and more so as a result of his elevated social status and established moral authority. Within the Church, the admonition of the Pope is never challenged because he possesses ultimate religious stature and moral authority. In a corporation, the security chief’s order is never questioned, not because he can use physical force to enforce his will but because he is empowered by the company to compel performance from the employee with economic means. Within the scientific community, the lead scientist has the final say over a scientific project because he has expert authority.

³⁷ Black (1968).

³⁸ The author was an experienced divorce lawyer.

³⁹ Graftstein (1981).

Problem as resource deprivation

As intimated above, when people call the police, they do so because they need help (with resources) to solve a problem. A problem arises as a result of unmet expectations, or resource deficit. Expectations can be met by deploying proper resources or lowering of expectations. For example, a simple theft is a problem because it breaches a number of expectations: victim does not expect to be violated; victim does not expect to loss money; victim does not expect to have to walk to work, etc. For those who lived in a crime infested neighborhood, residences learn to adjust their normative expectations and prioritizing their needs; a “crime” problem in the suburb might just be a nuisance in the inner city.

The victim might not need to call the police if he has resources to meet those expectations, e.g., if the victim is rich he might be protected by security guards and if a driver has AAA insurance he can call AAA to open the locked care. The most appropriate way to deal with crime as a personal or social problem is: First, define what problems are confronted by the people; second, provide the people the necessary resource to prevent or resolve such problems.

State (police) as supplier of resources

In imperial China, problems of “crime” and issues with “punishment” are thought about philosophically and theoretically as integrated governance issues. The philosophy of good governance has one objective, how to perfect the Emperor’s rule approximating mandate of heaven. Good governance requires moral leadership and benevolent rule of the Emperor (by and through his officials), manifested as stern discipline for the officials, ethical education for the public (especially the intellectuals), sound economic policy and paternalistic social programs.

Guan Zhong⁴⁰ was appointed the Prime Minister of the state of Qi in 685 BC. He was known for his enlightened reform policy in

⁴⁰ “Guan Zhong (Chinese: 管仲, Wade-Giles: Kuan Chung) (born 725 BC, died in 645 BC) was a politician in the Spring and Autumn Period. His given name was Yiwú (夷吾). Zhong was his courtesy name. Recommended by Bao Shuya, he was appointed Prime Minister by Duke Huan of Qi in 685 BC.” (cf. http://en.wikipedia.org/wiki/Guan_Zhong. Accessed July 30, 2008).

strengthen Qi state and improving the livelihood of the people. Guan Zong articulated and explained his thinking on good governance policy in 管子(Guan Zi). “Rulers who are shepherds of people (“mu min”) need to be vigilant and industrious. If the country is rich and strong, people would come from wide and far. “If the storage is full, people will know about protocol, if they have are properly clothed and fed, they know about shame and glory.”⁴¹

Guan Zhong’s major approach to law enforcement, order maintenance order and crime prevention is by providing for the material well being of the people. According to him, the effective governance of people starts with the provision of physical security and material well being. In this regard, Guan Zhong made clear:

“When citizens are rich, they will settle peacefully at home and pay attention to the family (“an xiang zhong jia”), if they settle peacefully at home and pay attention to the family they will be respectful of authority and fearful of crime (“jing shang wei zui”), if they are respectful of authority and fearful of crime, they are susceptible to rule.” Guan Zi. Mumin⁴²

In order to govern well, the state must inculcate the people with four dispositions,⁴³ i.e., li,⁴⁴ yi,⁴⁵ lian,⁴⁶ qi.⁴⁷ People who know etiquettes will not transgress norms, thus people will not undermine authority. People who know honesty will not ask for more than deserve, thus people will not act dishonestly. People who know honor will not cover up bad deeds, thus people will not indulge in illegality and

⁴¹“倉廩實，則知禮節；衣食足，則知榮辱” (Guan Zi. Mumin): “If the granary is full, (people) know about protocols; if (people) properly fed and clothed, (people) know glory and shame.”

⁴² “Guan Zi. Mumin” is a chapter on herding (“mu”) the people (“min”). For the book of Guan Zi. Mumin (管子. 牧民) see <ftp://sailor.gutenberg.lib.md.us/gutenberg/etext05/8guan10.txt>. (accessed July 30.8.2008).

⁴³“何謂四維？一曰禮，二曰義，三曰廉，四曰恥。” What are the four protocols: First is rite; Second is justice; Third is integrity; Fourth is shame.” *Id.*

⁴⁴ “Li” is “etiquette; rite; protocol”, according to the Pinyin Chinese-English Dictionary (PYCED). Hong Kong : Commercial Press. PYCED (2005: 415L).

⁴⁵ “Yi” is “justice; righteousness”. PYCED (2005:821L).

⁴⁶ “Lian” is “sense of honor”. PYCED (2005:424L).

⁴⁷ “Chi” is “sense of same”. PYCED (2005:92L).

immorality. People who know shame will not tolerate injustice. Thus people will tolerate bad deeds.⁴⁸ The best state policy is to remove people's anxiety, poverty, emergency and evilness.⁴⁹ Conversely, the worse policy is to use punishment and coercion. Because punishment can never effectively remove desire and coercion has a tendency to court rebellion.⁵⁰

The above brief excursion into Chinese history and philosophy makes clear that the best way to fight crime and disorder is to secure the people from needs (materials resources) and educate the people to think (intellectual resource) and behave morally (moral resource). One the people is empowered – materially, intellectually, morally, they will be less inclined to commit crimes. That is why crime rates in China have been so low, in the past.

VI

Conclusion

The core principles that drive this research is extracted from China's MLP, captured by Mao statement: "The people, and the people alone, are the moving force in the making of world history" (1945).⁵¹

In the case of Mao's policing, the political principle of "mass line" formed the basis of "people's policing"⁵² whereby the local

⁴⁸ "禮不逾節，義不自進，廉不蔽惡，恥不從枉。" "To follow rite is not to exceed bounds, to do justice is not to transgress norms, to have integrity is not to tolerate wrong, to know shame is not to participate in evil." Guan Zi. Mumin. Op. Cit. note 112.

⁴⁹ "民惡憂勞，我佚樂之；民惡貧賤，我富貴之；民惡危墜，我存安之；民惡滅絕，我生育之。" "When people are satisfied they are worried, it is my job to make them happy; when people do not like poverty, my job is to make them rich; when people are concerned with safety, it is my job to secure them; when people do not have hope, I cultivate them." *Id.*

⁵⁰ "故刑罰不足以畏其意，殺戮不足以服其心。故刑罰繁而意不恐，則令不行矣；殺戮眾而心不服，則上位危矣。" "Thus punishment is not sufficient to deter people's mind, killing and maiming is not sufficient to pacific people's heart. Thus more punishment will lead to lack of fear, then government policy will not be effectively implemented. If by killing many and people are still not obedient, then rulers are at risk." *Id.*

⁵¹ Mao Zedong (1945:257).

⁵² It is more appropriate to refer to "mass line" policing in the earlier days of the PRC as "people's policing." The whole of "the people" as an exploited and oppressed class

people are supposed to be self-policed.⁵³ There are many reasons for engaging the people MLP:

First, the people have the right (*quanli*) as a ruling class to participate in their own governance. This is akin to the idea and ideal of localism in the U.S.⁵⁴ wherein all the powers of the central government come from the people. While federalism envisions a government from the top down, localism conceives of a government from the bottoms up. The legal status and relationship of local associations to central authority (state) is best captured by the U.S. Supreme Court in *Avery v. Midland County*⁵⁵ “Legislators enact many laws but do not attempt to reach those countless matters of local concern necessarily left wholly or partly to those who govern at the local level.”⁵⁶

Second, the people has the responsibility (*yiwu* as a citizen) to fight crime. In the PRC people’s rights and responsibilities are complementary. PRC Constitution (1982) Article 33 provides that “Citizens enjoy rights guaranteed by the Constitution and law but they must also fulfill their constitutional and legal responsibility.”⁵⁷ This is akin to the notion of “communitarism” in the U.S. which is defined as “a mindset that says the whole community needs to take responsibility

was mobilized to impose their political will. In the later years (since 1979), “people’s policing” become “community policing” when the local people are encouraged to take part in managing their own affairs.

⁵³ For self-help literature, see <http://www.ac.wvu.edu/~jimi/cjbib/selfhelp.htm>. (accessed July 30, 2008).

⁵⁴ For a comprehensive treatment (law and theory) of localism in the U.S. see Briffault (1990a and 1990b). For a brief history on the development of localism, see Eaton (1900).

⁵⁵ *Avery v. Midland County* 390 US 474, 481 (1961) (Challenge to the apportionment of the Midland County Commissioners Court - the county legislature - which gave a tiny rural minority a majority of the legislative seats. The apportionment was pursuant to Texas Constitution which did not require districts to have equal population.)

⁵⁶ *Id.* 390 U.S. 474, 482. Local inhabitants have personal stake in local government. Their self-determination is not to be interfered with by the state.

⁵⁷ The CCP has interpreted this to mean that the concept of right (*quanli*) and duty (*yiwu*) is unitary in nature (*tongyixin*): “People can enjoy right but also have to fulfill their duty, just enjoying rights and not fulfilling duties is not allowed; nor should the assumption of duty without the enjoyment of right be tolerated.” (*Zhonggong Zhongyang Dangxiao* 1993: 89) This is to say that right and duty are supplementary to and complementary of each other (“*xiangfu- xiangcheng*”).

for itself. People need to actively participate, not just give their opinions ... but instead give time, energy, and money.”⁵⁸

Third, the people is in the best position to see that “people’s justice” is done, including making decisions on who to police, what to police and how to police. Mao supplied the rationale to MLP in his “Report on an Investigation of the Peasant Movement in Hunan”: The peasants are clear sighted. Who is bad and who is not quite vicious, who deserves severe punishment and who deserves to be let off lightly—the peasants keep clear accounts and very seldom has the punishment exceeded the crime.”⁵⁹ This is akin to the idea in the U.S. that the community notion of order and justice prevails over the rule of law.⁶⁰

Fourth, the people were deemed to be more motivated, thus more vigilant, as an oppressed class to detect the counter-revolutionaries.⁶¹ This is akin to the idea that citizens of a state, as with employees of an organization, naturally seek responsibility if they are allowed to “own” a problem. “The average human being learns, under proper conditions, not only to accept but to seek responsibility.”⁶²

Fifth, the people are in the best position, being more able, efficient, and effective in conducting the people’s business. Criminals and counter-revolutionaries lived in the mass. They cannot long survive within the mass without being exposed. This is akin to the notion in the U.S. that the public is the best source of intelligence for the police.⁶³

Sixth, the police could not be everywhere the same time and in any one place all the time. This is especially the case in the sparsely populated area: e.g., border and rural areas⁶⁴ It is unlikely that the

⁵⁸ Gurwit (1933).

⁵⁹ Mao Zedong (1977:28). Under communism citizens have reciprocal rights and responsibilities.

⁶⁰ Wilson (1968:287).

⁶¹ Luo (1994: 57).

⁶² This is the famous “Theory Y” (McGregor 1960:48). The theory Y calls for involving the employee in making and implementing decisions.

⁶³ Sparrow (1993:4).

⁶⁴ Luo (1994: 317-322,319).

police could be informed of illegal activities unless informed by the people.⁶⁵

Bibliography

Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press) (first published, 1832).

Barlow, D. E. and Barlow, M. H. 1999. A Political Economy of Community Policing. *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management* 22: 642 – 647.

Bayley D. 1994. *Police for the Future*. New York: Oxford University Press

Benson. R. W. 2001. Changing police culture: The *Sine Qua Non* of reform. *Loyola of Los Angeles Law Review* 34: 681–690.

Bentham, J. 1781. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Athlone P.: London.

Bevir M. and B. Krupicka B. 2007. Police Reform, Governance, and Democracy. In *Police Occupational Culture: New Debates and Directions*, M.O’Neill, M. Marks, and A.-M. Singh, 153-180. Bingley, U.K.: Emerald Group Publishing.

Bittner, E. 1970. The Functions of Police in Modern Society. National Institute of Mental Health, pp. 36-47. Reprinted in *Police Behavior*, ed. Lundman, R.J., 28-43. Oxford. Oxford University Press.

Bittner, E. 1970. The Functions of Police in Modern Society. Washington DC: National Institute of Mental Health.

Bjerk, D. 2007. Racial Profiling, Statistical Discrimination, and the Effect of a Colorblind Policy on the Crime Rate. *Journal of Public Economic Theory* 9 (3): 521-545.

Black, D. 1968. *The Social Structure of Right and Wrong*. Revised edition. San Diego: Academic Press.

Bobinsky, R. 1994. Reflections on community-oriented policing. *The FBI Law Enforcement Bulletin*, March. Pp. 15-19.

⁶⁵ Luo (1994: 347-352).

- Braithwaite, J. 1989. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Briffault, R. 1990a. Our Localism: Part I - The Structure of Local Government Law. *Columbia Law Review* 90:1-115.
- Briffault, R. 1990b. Our Localism: Part II - Localism and Legal Theory. *Columbia Law Review* 90:346-456.
- Bureau of Justice Assistance. 1994. *A Police Guide to Surveying Citizens and their Environment*. Washington, DC.
- Carter, D. L.. 2000. Reflections on the Move to Community Policing. Policy Paper. Regional Community Policing Institute at Wichita State University.
- Chang, Chung-li. 1955. *The Chinese Gentry: Studies on Their Role in Nineteenth Century Chinese Society*. Seattle: University of Washington Press.
- Chu, T. 1962. *Local Government under the C'hing*. Cambridge: Harvard University Press.
- Cordner, G. W. 2005. Community Policing: Elements and Effects. In *Critical Issues in Policing*, ed. R. G. Dunham and G. P. Alpert, 401 – 419. Fifth Edition. Long Grove: Waveland Press.
- Cumming, E., I. Cumming, and L. Edell. 1965. Policeman as Philosopher, Guide and Friend. *Social Problems* 12 (3): 276-286.
- Damin, K. 2001. *Treatise on the broad definition of public security* (Guangyi gongan lun). Beijing: Qunzhong chubanshe.
- De Barry, Wm. Th, W.-T. Chan, and B. Watson. 1960. *Sources of Chinese Tradition*. New York: Columbia University Press.
- Dobrin, A. 2006. Professional and Community Oriented Policing: The Mayberry Model. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture* 13 (1): 19-28
- Duchu, Y. 1980. Liu Shaoqi's Theoretical Legacy, *Beijing Review* 43, Oct. 27.
- Dutton M. 1992. *Policing and Punishment in China*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Eaton, A.M.. 1900. The Right to Local Self-Government. *Harvard Law Review* 13(6):441-454.
- Eckholm, E. 1998. Beijing Journal: At a Trying Time, China Revives Mao's Model Man. *The New York Times* April 16:4.

Eckholm, E. 2001. Beijing Journal: A Maoist Hero's Ghost Tilts With Falun Gong. *New York Times*, May 30.

Ellison, J. 2006. Community policing: implementation issues. *FBI Law Enforcement Bulletin*, April 2006: 12 – 16.

Fan, K. H. 1968. *The Chinese Cultural Revolution: Selected Documents*. New York: Grove Press.

Fessler, D. R. 1976. *Facilitating Community Change: A Basic Guide*. San Diego: San Diego University Associate.

Flynn, D. W. 1998. Defining the community in community policing. United States Department of Justice, Community Policing Consortium, Washington, D.C.

Gaskill D.M. 2002. *Crime and Mentalities in Early Modern England*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gibbs, J. 1982. Notion of Control. In *Social Control*, ed J. P. Gibbs, 9-11. Beverly Hills: Sage.

Gibbs, J. L. 1969. Law and Personality: Signpost for a New Direction. In *Law in Culture and Society*, ed. L. Nader, 337-348. CA: University of California Press.

Gluckman, M. 1969. Concepts in the Comparative Study of Tribal Law. In *Law in Culture and Society*, ed. L. Nader, 349-373. CA: University of California Press.

Goldstein. H. 1987. Improving Policing: A Problem-Oriented Approach. *Crime and Delinquency* 25(2): 236-258.

Goldstein, H. 1990. *Problem-Oriented Policing*. New York: McGraw-Hill

Goldstein, H. 1993. The New Policing. Research in Brief. Washington, D.C.: Department of Justice.

Graftstein, R. 1981. The Failure of Weber's Conception of Legitimacy: Its Causes and Implications. *The Journal of Politics* 43 (2):456-472.

Granberry, M. 1990. Abortion Protest Juries Told to Ignore Nullification Ad. *L.A. Times* (San Diego County edition), Jan. 27.

Greene J. and S. Mastrofski. 2001. *Community Policing: Rhetoric or Reality*. New York: Praeger.

Gross, J. 1995. Introduction to Alternative Dispute Resolution. *Alberta Law Review* 1:1-33.

Gurwit, R. 1933. Communitarianism: You Can Try It at Home. *Governing* 6: 33-39.

Gutis, Ph. 1988. Long Island Interview: Daniel P. Guido; New Head of Police Speaks Out, *New York Times* April 10.

Holley, D. 1990. The Foolish Old Man and Other Heroes: Although Some Sneer at the Stories, All Chinese Are Fed an Endless Diet of Role Models. The Government Uses These Folk Sagas to Educate, Entertain -- and Control. *Los Angeles Times* May 8.

Jackson, D. 1973. Judge Instructs 'Camden 28' Jury. *New York Times*, May 18: 13.

Jeffrey, A. 1994. *We, The Jury*. New York: Basic Books.

Joh, E. 2004. The Paradox of Private Policing. *Journal of Criminal Law and Criminology* 95 (1):49-131.

Jorgensen, B. 1980. Transferring Trouble – The Initiation of Reactive Policing. *Canadian Journal of Criminology* 20: 257-279.

Kansas City, Missouri Police Department. 1977. Response Time Analysis: Executive Summary. Kansas City, MO.

Kant, E. (1784, 1959). *Foundations of metaphysics of morals and what is enlightenment*. (trans., L.W. Beck). New York: Macmillan.

Katyal, N. 2005. Community Self-help. *J. L. Econ. & Pol'y* 33:49-68.

Kelling G. L. and C. Coles. 1998. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. New York: Touchstone.

Kelling, G. L. 1974. The Kansas City Preventive Patrol Experiment: Tactical Report. Washington, DC.

Kelling, G. L., A. Pate, A. Ferrara, M. Utne, and Ch. E. Brown. 1981. The Newark Foot Patrol Experiment. Research Brief. Police Foundation.

Klerman, D. 2000. Settlement and the Decline of Private Prosecution in Thirteenth-Century England. Independent Institute Working Paper 19, January.

Kobben, A. J. F. 1969. Law at the Village Level: The Cottica Djuka of Surinam. In *Law in Culture and Society*, ed. L. Nader, 117-146. CA: University of California Press.

Leadbeater, Ch. 1996. *The self-policing society*. Demos.

Legge, J. (trans.) 1981. *The Four Books*. Hong Kong: Culture Book.

Lenin, V. I. 1961. *Fundamentals of Marxism-Leninism: A Manual*. Moscow: Foreign Languages Publishing House.

Liao Wan. 2007. From the mass. Liao Wan October 15, 2007. <http://zt.nynews.gov.cn/17da/Article/Zhpl/1368.html> (accessed July 30, 2008)

Liu-Wang, H. 1959. *Traditional Chinese Clan Rules*. Locust Valley: J.J. Augustin Incorporated Publisher.

Luo, R.Q.. 1994. On People's Public Security Work [*Lun Renmin gong'an gongzuo*]. Beijing: Qunzhong chubanshe.

MacFarquhar, R. 1974. *The Origins of the Cultural Revolution: Contradictions Among the People 1956-1957*, Vol 1. New York: Columbia University Press

Madsen, R. 1993. The Public Sphere, Civil Society and Moral Community: A Research Agenda for Contemporary China Studies. *Modern China* 19 (2): 183 – 198.

Manning, P. K. 1983. Organizational Constrains and Semiotics. In *Control in the Police Organization*, ed. M. Punch, 169-194. Cambridge: MIT Press.

Mao Zedong. 1941. Gaizao womende xuexi [Reform Our Study]. Selected Works of Mao Tse-tung, Vol. III: 22-23.

Mao Zedong. 1945. On Coalition Government (April 24, 1945). Selected Works of Mao Tse-tung. Vol. III: 315-16. <http://www.marxists.org/reference/archive/mao/works/red-book/ch11.htm> (accessed July 30, 2008).

Mao Zedong. 1951. Baozheng Zhengfan Yundong Jiangkang Fazhan (Guaranteeing the Healthy Progression of Movement to Suppress Counter-revolutionaries). Third National Public Security Meeting, May 10 to 15, 1951, Beijing).

Mao Zedong. 1953, Combat bureaucracy, commandism and violations of the law and discipline. January 5. http://www.etext.org/Politics/MIM/classics/mao/sw5/mswv5_24.html (accessed July 30, 2008).

Mao Zedong. 1955a. The Socialist Upsurge in China's Countryside. Selected Work of Mao Tse-tung. Vol. II.

<http://www.marxists.org/reference/archive/mao/works/red-book/ch11.htm> (accessed July 30, 2008).

Mao Zedong. 1955b. Introductory note to "Surplus Labour Has Found a Way Out". The Socialist Upsurge in China's Countryside. Selected Work of Mao Tse-tung. Vol. II. <http://www.marxists.org/reference/archive/mao/works/red-book/ch11.htm> (accessed July 30, 2008).

Mao Zedong. 1955c. Introductory Note to This Township Went Co-operative in Two Years. <http://books.google.com/> (accessed July 30, 2008).

Mao Zedong. 1957. The Situation in the Summer of 1957, Selected Works of Mao Tse-tung. Volume V, Beijing: Foreign Languages Press. http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_66.htm (accessed August 30, 2008).

Mao Zedong. 1963. Where Do Correct Ideas Come From?. In *Four Essays on Philosophy*, Mao Zedong. Peking: Foreign Languages Press Edition. <http://www.etext.org/Politics/MIM/wim/oncorrect.html>. (Accessed July 30, 2008)

Mao Zedong. 1975. Talk at an Enlarged Central Work Conference. (January 30, 1962). Trans. in Stuart Schram, ed., *Chairman Mao Talks to the People*, p. 168. New York: Macmillan.

McGregor, D. 1960. *The Human Side of Enterprise*. New York: McGraw-Hill.

Melville Lee, W.L. 1901. *A History of Police in England*. London: Methuen. (2007 for the Kessinger Publishing edition).

Miller, L. L. 2004. Rethinking Bureaucrats in the Policy Process: Criminal Justice Agents and the National Crime Agenda". *Policy Studies Journal* 32:569-588.

Muir, E. and Ruggiero, G. 1994. *History from crime*. Baltimore: John Hopkins Univ. Press.

Nader, L. 1969. *Law in Culture and Society*. CA: University of California Press.

National Ministry of Safety and Security. 1996. Draft policy document on the philosophy of community policing. Washington, DC.

O'Leary, D. 1994. Reflections on police privatization. *FBI Law Enforcement Bulletin* 63 (9): 21-26.

Qilu, Z. and Dawei, W. 1995. A comparison between Western community policing and China social security comprehensive management, (Sifang shequ jingwu yu zhongguo de shehuo zhian zonghe zhilu zhi bijiao). *Journal of Chinese Public Security University* 57: 10 – 14.

Reiss, A. and D.J., Bordua. 1967. Environment and Organization: A Perspective on the Police. In *The Police: Six Sociological Essays*, ed. D.J. Bordua, 25-55. New York: John Wiley & Sons, Inc.

Ristaino, M. R. 1987. *China's Art of Revolution: The Mobilization of Discontent, 1927 and 1928*. Durham: Duke University Press.

Robinson, C. D. and R. Scaglione. 1987. The Origin and Evolution of the Police Function in Society: Notes toward a Theory. *Law & Society* 21 (1):109-153.

Rosenbaum, D.P. et al. 1991. Crime prevention, fear reduction, and the community. In *Local Government Police Management*, ed. William A. Geller, 96-130. Third Edition. Washington, D.C.: International City Management Association.

Sanders, W. B. 1977. *Detective work: A study of criminal investigations*. New York: The Free Press.

Schram, St. 1989. *The Thought of Mao Tse-Tung*. Cambridge: Cambridge University Press.

Scott, H (no date), *The Mass Line and the American Revolutionary Movement*. Retrieved on 18.7.2008 from <http://members.aol.com/TheMassLine/MLms.htm> (accessed July 30, 2008).

Scott, M. S. 2000. Problem-Oriented Policing: Reflections on the First 20 Years. Washington, D.C. Department of Justice.

Shao-chi [Shaoqi], Liu. 1951. *On the Party*, 3rd ed. Peking: FLP
Sherman L. W., D. Gottfredson, D. MacKenzie, J. Eck, P. Reuter, and S. Bushway. 2002. Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising. A Report to the United States Congress. Prepared for the National Institute of Justice, Department of Criminology and Criminal Justice University of Maryland.

Skogan, W. G. 2006. *Police and Community in Chicago. A Tale of Three Cities*. New York and Oxford: Oxford University Press.

Sparrow, M.K. 1993. *Information Systems and the Development of Policing. Perspectives on Policing.* Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice.

Townsend, J. R. 1977. Chinese Populism and the Legacy of Mao Tse-tung. *Asian Survey* 17 (11):1011.

Trojanowicz et al. 1994. *Community Policing: A Survey of Police Departments in the United States.* Washington, DC: U.S. Department of Justice

Trojanowicz R. and B. Bucqueroux. 1990. *Community Policing: A Contemporary Perspective.* Cincinnati: Anderson Publishing.

Van Dyke, J. M. 1991. Merciful Juries: The Resilience of Jury Nullification. *Washington and Lee Law Review* 48: 165-83.

Waddington P.A.J. 1993. Dying in a ditch: The use of police powers in public order. *International Journal of the Sociology of Law* 21 (4): 335-53.

Wender, J. 2008. The Bureaucratic Paradox: A Philosopher-Cop's Thoughts on the Role and Limits of the Police. Paper presented at the annual meeting of the American Society of Criminology, Royal York, Toronto, June 27. http://www.allacademic.com/meta/p32214_index.html (accessed July 18, 2008).

Williams, S. W. 1883. *The Middle Kingdom*, Vol. 1. New York: Scribner.

Wilson J. Q. and G.L. Kelling. 1982. Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Monthly*, March: 29-37.

Wilson, J.Q. 1968. *Varieties of Police Behaviour.* Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Wittfogel K. 1957. *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power.* New Haven: Yale University Press.

Wong, K. C. 1998. Black's Theory on the Behavior of Law Revisited II: A Restatement of Black's Concept of Law. *International Journal of the Sociology of Law* 26 (1): 75-119

Wong, K. C. 2003. A Matter of Life and Death: A Very Personal Discourse. *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 1 (2): 339 – 361.

Wong, K. C. 2007. A Preliminary Assessment of Hong Kong Interception of Communications and Surveillance Ordinance: For

Whom the Bell Toll. Hong Kong's Basic Law: The First Ten Years and its Future. Conference. City University of Hong Kong - School of Law. June 25 – 27.

Xingguo, G. (高兴国). 1998. Reflection over implementing public security mass line work (- 对公安工作贯彻群众路线的思考). *Public Security Studies* Vol. 5.

Yanhu, J. 1966. Shilun Tigao Renmin Jingcha Suji (Improving Upon the Basic Qualities of the People's Police). *Gongan Yanjiu* (Public Security Study) 6:9.

Yean, S. 1997. Shehui Zhian de Zhengzhi Bixu da Remin Zanzheng (The Reorganization of Public Security Must be Through the Waging of a People's War). *Gongan Lilun yu Shijian* (*Theory and Practice of Public Security*) 6 (3):1-4.

Zhonggong Zhongyang Dangxiao. 1993. (Communist Party School), *Zhonghua Renmin Gongheguo Xianfa Tongshi* (Comprehensive interpretation of the PRC Constitution). Zhonggong Zhongyang Dangxiao Chubanshe.

Kam Wong,

Profesor na Xavier Univerzitetu u Cincinatiju,

Istraživač pri Centru za kriminologiju na Univerzitetu u Hong-Kongu

KINESKA TEORIJA COMMUNITY POLICING-A

Ovaj članak upoznaje čitaoce sa radikalno drugačijom teorijom opštinske policije, tj. „community policing-a“. „Moć policije kao teorija društvenog sredstva“ („SRT“), predstavlja kinesku političku filozofiju („mass line“) i iskustva u funkcionisanju policije („renmin jingcha“). SRT se bavi sa tri glavna pitanja: Koja je uloga i funkcija policije? Koji je odnos policije i ljudi? Zašto se ljudi obraćaju policiji? SRT analizira krivično delo i policiju iz perspektive ljudi, a ne iz ugla države. Iz perspektive pojedinca, zločini su lični problemi, a problemi su dalje neispunjena očekivanja koji proizilaze iz nedostatka sredstava, dok policija predstavlja društveno sredstvo dostupno ljudima radi rešavanja njihovih ličnih problema. U pogledu ustanovljenja, SRT predstavlja humanističku teoriju naroda, teoriju demokratske vladavine, teoriju ovlašćivanja i teoriju samopomoći.

Ključne reči: Kineska policija, opštinska policija, policija usmerena na rešavanje problema, kineska teorija policije, policija kao samo-pomoć, policija kao društveno sredstvo.

Prof. dr Boris Krivokapić
Fakultet za državnu upravu i administraciju,
Univerziteta MEGATREND

UDK 341.221
Originalni naučni rad

NAČINI STICANJA DRŽAVNE TERITORIJE

Rad se bavi raznim načinima sticanja državne teritorije. Prvo je dat kratak uvod u kojem autor primećuje da svaka država stiče državnu teritoriju momentom svog nastanka, što je logično samo po sebi, jer bez teritorije nema ni države, ali da državna teritorija nije jednom zauvek data, nepromenljiva kategorija. S tim u vezi, pisac ukazuje na to da u praksi države stiču i novu teritoriju odn. uvećavaju svoju teritoriju, na razne načine koji se u teoriji, opšte uzev, obično dele na izvorne (originarne) i izvedene (derivativne).

Bliže gledajući, moguće je, međutim, razlikovati više konkretnih načina sticanja državne teritorije. Obično se kao takvi identifikuju cesija, mirna okupacija, priraštaj i održaj, ali pošto u međunarodnom pravu nema krutih pravila o tome, razni pisci daju unekoliko različita viđenja. Autor članka kao osnovne načine sticanja državne teritorije izdvaja: porobljavanje (subjugaciju) za koje odmah kaže da je istorijska kategorija odn. prevaziđena ustanova koja nije u skladu sa važećim međunarodnim pravom, a kada je reč o savremenoj praksi, priraštaj, mirnu okupaciju, održaj, ustupanje (cesiju), plebiscit, adjukaciju i raspolaganje u ime međunarodne zajednice. Rad se posebno bavi ovim načinima uvećanja državne teritorije. Izlaganje je obogaćeno primerima iz prakse, uključujući i neke od najnovijih slučajeva.

U okviru zaključnih razmatranja autor primećuje da je moguće da se brže nego što očekujemo svet preoblikuje u smislu da države kakvim ih danas znamo nestanu i ustupe mesto nekim drugim oblicima društvenog organizovanja (naddržavnim tvorevinama i sl.) ali da sve dok postoje države kao suverene jedinice, postojaće i njihove državne teritorije, što znači da će i dalje biti aktuelno pitanje načina sticanja (povećanja) državne teritorije. S druge strane, čak i ako umesto država nastanu neke nove tvorevine i one će, po logici stvari, biti teritorijalne, što znači da će ovo pitanje ostati otvoreno i tada, premda će možda poprimiti nešto drugačiju sadržinu

Ključne reči: načini sticanja državne teritorije; subjugacija, priraštaj, mirna okupacija, održaj, cesija, plebiscit,.

Svaka država stiče državnu teritoriju momentom svog nastanka. To je logično samo po sebi zato što bez teritorije nema ni države (teritorija je jedan od konstitutivnih elemenata odn. prethodnih uslova za postojanje same države).

Međutim državna teritorija¹ nije jednom zauvek data, nepromenljiva kategorija. Svaka država može na razne načine (npr. kupovinom) sticati nova područja i pripajati ih svojoj teritoriji, a može se raznim putevima i lišavati delova svoje teritorije. Prema tome, teritorijalne promene se mogu ogledati u pribavljanju odn. gubljenju određenih područja.

S tim u vezi u doktrini se razlikuju dva osnovna načina sticanja državne teritorije od kojih se prvi naziva *izvornim* (originarnim), a drugi *izvedenim* (derivativnim). Kriterijum razlikovanja je činjenica da li je odnosna teritorija u momentu sticanja pripadala nekom drugom subjektu međunarodnog prava ili nije.² Kada se stvari tako postave, sledi da se kod izvedenih načina sticanja teritorije prenosi suverenitet sa jedne države na drugu, dok kod izvornih načina toga nema. Ova podela vuče svoje korene iz vremena feudalizma kada se, polazeći od shvatanja da državna teritorija predstavlja svojinu vladara, mešao pojam *imperijuma* (suverene vlasti) sa pojmom *dominijuma* (svojine).³ Kao takva ona u naše vreme nema neki poseban praktičan značaj, osim što se s pravom ističe da se za razliku od originarnog, kod derivativnog sticanja, u skladu sa načelom *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*,⁴ odnosno područje preuzima sa svim eventualnim ograničenjima koja su važila za njegovog dotadašnjeg držaoca.

¹ Krivokapić Boris: Nekoliko crtica o državnoj teritoriji u međunarodnom pravu, *Strani pravni život* 1/2003, str. 9-23.

² Neki pisci istu podelu vrši prema tome da li je jedna država uvećala svoju oblast nezavisno od volje druge države ili je to učinila u sporazumu sa drugom ili drugim državama (npr. Novaković Mileta: Osnovi međunarodnoga javnoga prava, Knjiga prva, Beograd 1936, str. 219-220), drugi prema tome da li se teritorijalna promena zasniva na jednostranom aktu države koja se uvećava ili na međunarodnom ugovoru između države koja je dotle imala i države koja stiče suverenost nad teritorijom (npr. Bartoš M.: Međunarodno javno pravo, II knjiga, Beograd 1956, str. 39); treći uvode neke dodatne elemente (tako npr. Rivijer razlikuje prirodnom pravni, prvobitni i izvedeni način pribavljanja teritorije – Rivijer Alfons: Osnovi međunarodnoga prava, Knjiga I, Beograd 1897, str. 195-199); četvrti sasvim osporavaju ovu podelu.

³ Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 37-39, Krivokapić Boris: *op. cit.*, str. 19.

⁴ Latinski.: Niko ne može na drugoga preneti više prava nego što sam ima.

Zajedničko za sve načine sticanja državne teritorije je to da se njihova pravna valjanost ceni prema pravilima koja su važila u trenutku sticanja. To, pored ostalog, znači da je sasvim moguće da je neka teritorija stečena na način koji je kasnije postao nedozvoljen (npr. putem osvajanja), ali da to ne utiče na njen status.

U teoriji se često kao osnovni načini na koje države mogu da stiču teritoriju navode: cesija, mirna okupacija, priraštaj i održaj.⁵ Ovi načini sticanja teritorije izvedeni su iz Rimskog privatnog prava i primenjeni na odnose koje uređuje međunarodno pravo. Međutim, odnosi na međunarodnoj sceni su odnosi između država, a ne pojedinaca, podložni unekoliko drugačijim pravilima. U tom smislu tokom istorije, kao najvažniji načini sticanja državne teritorije iskristalisali su se i neki drugi načini. Pošto međunarodno pravilo ne sadrži kruta pravila o tome, razni pisci nude razne podele načina sticanja državne teritorije, dajući veći značaj pojedinim među njima ili sasvim ostavljajući po strani neke načine koje drugi uočavaju.⁶

⁵ Tako npr. Avramov Smilja, Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 2006, str. 346-347; Janković Branimir, Radivojević Zoran: Međunarodno javno pravo, Niš 2005, str. 128-129; i dr.

⁶ Uporedi (hronološkim redom): Стоянов А.Н.: Очерки истории и догматики международного права, Харьков 1875, стр. 314-355; Rivijer Alfons: *op. cit.*, str. 195-205; стр. Листъ Франц: Международное право, Рига 1923, стр. 118-130; Moa Marsel: Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava, Beograd 1925, str. 48-74; Novaković Milet: *op. cit.*, str. 219-249; Le Fir Luj: Međunarodno javno pravo, Beograd 1934, str. 445-453; Briery J.L.: The Law of Nations, Oxford 1955, pp. 151-155; Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 37-53; Фердросс А.: Международное право, Москва 1959, стр. 255-262; Bartoš Milan, Jovanović Božidar: Međunarodno pravo, Beograd 1962, str. 94-96; Лисовский В.И.: Международное право, Москва 1970, стр. 140-144; Кожевников Ф.И. (отв. ред.): Курс международного права, Москва 1972, стр. 107-109; Тункин Г.И.: Международное право, Москва 1974, стр. 255-258; Andrassy Juraj: Međunarodno pravo, Zagreb 1978, str. 207-216; Akehurst Michael: A Modern Introduction to International Law, London-Boston 1984, pp. 141-156; Brownlie Ian: Principles of Public International Law, Oxford 1995, pp. 131-169; Dixon Martin: Textbook on International Law, London 1995, pp. 123-134; Andrassy Juraj, Bakotić Božidar, Vukas Budislav: Međunarodno pravo 1, Zagreb 1998, 249-260; Degan Vladimir Đuro: Međunarodno pravo, Rijeka 2000, str. 576-587; Etinski Rodoljub: Međunarodno javno pravo, Novi Sad 2002, str. 370-375; Shaw Malcol N.: International Law, Cambridge 2003, pp. 417-443; Reisman Michael W., Arsanjani Mahnoush H., Wiessner Siegfried, Westerman Gayl S.: International Law in Contemporary Perspective, New York 2004, pp. 746-776; Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 2007, str. 299-311; Бекяшев К.А. (орв. ред.): Международное публичное право, Москва 2009, стр. 553-557.

Mi ćemo se ovde baviti po nama najčešćim i najznačajnijim načinima, a to su: porobljavanje, priraštaj, mirna okupacija, održaj, ustupanje, plebiscit, adjukacija i raspolaganje u ime međunarodne zajednice.

1. POROBLJAVANJE (subjugacija)

Porobljavanjem se naziva poseban način sticanja državne teritorije koji je dugo bio prisutan u međunarodnim odnosima, a sastojao se u osvajanju odnosno prisvajanju teritorije u ratu pobeđene i svojoj vlasti silom potčinjene države. U prošlosti je bilo bezbroj primera gde je država koja je pobedila u ratu jednostavno svojoj teritoriji pridodavala teritoriju pobeđene države. Štaviše, mnogi ratovi su i vođeni s tim ciljem.

Prema tome, ovaj način sticanja teritorije, koji se naziva i podjarmljivanjem (*debelatio*) u krajnjoj liniji svodi se na trajnu okupaciju, s tom razlikom što se ne okupira ničija teritorija (*terra nullius*) već ona koja je pripadala drugooj državi, ali je od nje oteta silom oružja. Pri tome je da bi se moglo govoriti o porobljavanju kao načinu sticanja državne teritorije potrebno ispunjenje nekih uslova koji predstavljaju samo razne strane iste medalje:

1) mora se raditi o pripajanju čitave teritorije pobeđene države, a ne samo jednog njenog dela. Ukoliko je osvojen samo deo teritorije protivnika, njegov prelazak u suverenitet pobednika obično se uređuje mirovnim ugovorom, tako da se sve svodi na jedan vid ustupanja (cesije);

2) traži se da je dotadašnji držalac odnosne teritorije ne samo poražen, već i potpuno uništen (prestao da postoji). Čak i ako je čitava zemlja okupirana, ovaj zahtev neće biti ispunjen ukoliko u njeno ime postoji bilo kakav oblik organizovanog otpora, vlada u izbeglištvu, i sl. Ovo shvatanje potvrdio je i Međunarodni vojni sud u Nirnbergu koji je odbacio tzv. doktrinu okupacije prema kojoj se neko područje stiče činjenicom potpune ratne okupacije, istakavši da ta doktrina nije primenjivana dok god postoji ma kakva vojska koja pokušava da okupirane zemlje vrati njihovim domaćim vlastima.⁷

⁷ Andrassy Juraj: *op. cit.*, str. 214-215.

Međutim, u naše vreme raspravljanje o ovom načinu sticanja državne teritorije je bez praktičnog značaja, pošto porobljavanje ne samo da nije priznato, već je zabranjeno međunarodnim pravom.

Naime, još početkom XX veka čitav niz međunarodnih dokumenata izričito je zabranio priznavanje nasilnog sticanja teritorije. Tako je još Pakt Društva naroda (1919) u svom članu 10 precizirao: "Članovi Društva se obavezuju da će poštovati i održavati protiv svakog spoljašnjeg napada teritorijalnu celinu i sadašnju političku nezavisnost svih članova Društva. U slučaju napada, pretnje ili opasnosti od napada, Savet se stara o sredstvima kojima će se obezbediti izvršenje ove obaveze."⁸

Na istim pozicijama je i tzv. *Stimsonova doktrina* prema kojoj se ne smeju priznati nikakva osvajanja tuđih teritorija niti situacije koje su nastale kao rezultat protivpravne upotrebe sile ("sila ne može da bude osnov prava"). Nazvana je po državnom sekretaru SAD Stimsonu koji je povodom japanske okupacije Mandžurije uputio 7.1.1932. note vladama Kine i Japana, ističući da SAD neće priznati nijednu situaciju, ugovor ili sporazum koji bi kršili Brijan-Kellogov pakt.⁹ Takvo opredeljenje prihvatila je i Skupština Društva naroda, koja je 11.3.1932. donela rezoluciju prema kojoj se ne priznaje nikakvo stanje, ugovor ili sporazum koji bi proizlazili iz upotrebe sredstava koja su suprotna Paktu Društva naroda ili Brijan-Kellogovom paktu. Kasnije je takav stav usvojen i u nizu drugih međunarodnih dokumenata donetih povodom raznih konkretnih situacija.

Načelo o nepriznavanju teritorijalnih izmena protivno slobodno izraženoj volji naroda o čijoj sudbini se radi istaknuto je početkom Drugog svetskog rata u Atlantskoj povelji (1941),¹⁰ a zatim i pravno

⁸ Za tekst Pakta vidi: Le Fir Luj: Međunarodno javno pravo, Beograd 1934, str. 689-705.

⁹ Reč je o paktu o odricanju od rata, nazvanom po prezimenima ministara inostranih poslova Francuske (*Briand*) i SAD (*Kellogg*) koji su bili njegovi inicijatori. Potpisan u Parizu 27.8.1928, od strane 14 država i stupio na snagu 24.7.1929. Pred sam početak Drugog svetskog rata vezivao je čak 63 države. Tim dokumentom potpisnice su osudile pribegavanje ratu radi rešenja međunarodnih sporova, odrekle se rata kao instrumenta nacionalne politike u svojim međusobnim odnosima i obavezale se da će sve međusobne sporove rešavati mirnim sredstvima.

¹⁰ Naziv za zajedničku deklaraciju predsednika SAD F.D. Ruzvelta i predsednika vlade Velike Britanije V. Čerčila potpisanu 14.8.1941.g. na britanskom brodu "Princ od Velsa" koji se nalazio uz obalu Njufaundlenda na Atlantskom okeanu (otuda i naziv Deklaracije, eng. *Atlantic Charter*). Premda, strogo uzev, nije predstavljala

zajamčeno Poveljom Ujedinjenih nacija¹¹ i čitavim nizom posleratnih dokumenata univerzalnog i regionalnog karaktera.

S tim u vezi, može se javiti zanimljiva dilema. Pomenuti dokumenti zabranjuju upotrebu sile odn. prvootpočinjanje oružanog sukoba. Samim tim jasno je i da zabranjuju sticanje državne teritorije silom. Ali, da li bi država koja je napadnuta i koja je pribegavajući samoodbrani (što je, razume se, njeno legitimno i neotuđivo pravo) ,ogla da na ovaj način, pobedom, stekne deo teritorije države agresora? Sa stanovišta savremenog prava odgovor je negativan. Pravo na samoodbranu je pravo da se odbije napad i neprijatelj porazi, ali ne i da se tim putem vrše osvajanja.¹²

Na taj način, savremeno međunarodno pravo ne priznaje porobljavanje kao dozvoljeni način sticanja državne teritorije. Drugim rečima, čak i ako dođe do oružanog sukoba, država pobednica nema pravo da sa pozivom na ovaj institut anektira teritoriju pobeđene države.¹³

2. PRIRAŠTAJ (akcesija, *accessio*)

Priraštaj predstavlja uvećanje državne teritorije usled prirodnih pojava ili kao rezultat ljudskog rada. U skladu s tim, a u zavisno od načina na koji je do njega došlo, razlikuju se prirodni i veštački priraštaj.

pravno obavezan akt, istorijski značaj Atlantske povelje je izuzetan, jer je ona poslužila ne samo kao osnov za okupljanje antihitlerovske koalicije, već i kao prvi korak ka stvaranju Ujedinjenih nacija.

¹¹ Pored ostalog, član 2/4 Povelje UN izričito utvrđuje obavezu članova Ujedinjenih nacija da se u svojim međunarodnim odnosima uzdržavaju od pretnje silom ili od upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti ma koje države.

¹² To, naravno, ne znači da države u praksi neće pokušati u nekim slučajevima da iskoriste za njih povoljan razvoj situacije, makar za manja teritorijalna proširenja (izlazak na "istorijske", "prirodne", "nacionalne" i sl. granice).

¹³ Tako su, pored ostalog, i četiri velike sile pobednice u Drugom svetskom ratu, istina, podelile Nemačku na svoje okupacione zone, ali ne samo da nisu pokušale da pripoje sebi delove njene teritorije, već su dale i svečano obećanje da će se upostaviti nemačka država.

1) Prirodni priraštaj

Tipični primeri *prirodnog priraštaja* su aluvijum¹⁴ tj. odronjavanje zemljita na jednoj obali reke (jezera) i stvaranje nanosa na obali koja pripada drugoj državi. Tako su npr. po svojim ogromnim nanosima poznate su kineske reke Hoangho i Jancekjang, a u Evropi Dunav i, naročito, Po koji je svojim nanosima za desetinu i više kilometara udaljio morskou obalu od Ravene i nekih drugih gradova koji su nekada bili jadranske luke (prema nekim izvorima Po je za 600 godina Po svojim nanosom uvećao površinu Italije za 516 km²).¹⁵

Uvećanje kopna jedne zemlje prirodnim putem moguće je i usled prirodnog (spontanog) povlačenja mora (misli se na ono sa trajnim posledicama, a ne na periodična kratkotrajna povlačenja vode usled oseke, tektonskih poremećaja i sl.). Tako je npr. poznato da se Jadransko more neprimetno povlači na zapadnoj (italijanskoj) obali, potapajući istovremeno istočnu obalu.¹⁶

Zanimljiv način uvećanja državne teritorije prirodnim putem je i avulzija¹⁷ tj. teritorijalna promena do koje dolazi usled toga što reka (jezero, more) otrgne komad zemljišta sa jedne obale i odnese ga na obalu koja pripada drugoj državi. U pitanju je relativno česta prirodna pojava koja se obično ogleda u tome da voda izaziva podlokanje obale, što u nekim slučajevima dovodi do odvajanje većih delova zemljišta. Učvršćeno korenjem drveća, to parče zemlje se tada pretvara u neku vrstu plutajućeg ostrva koje nošeno vodenim strujama može da stigne do druge obale i pripoji se teritoriji susedne države. Mada se u većini slučajeva ubrzo urušavaju, ova ostrva isto tako mogu i da opstanu, povećavajući time teritoriju odnosno države.¹⁸ Jedan od najnovijih događaja ove vrste dogodio se sredinom juna 2009. kada na Narvskom

¹⁴ Lat. *alluvio* - naplavljenje, nanos.

¹⁵ O ovom i drugim zanimljivim primerima vidi: Novaković Mileta: *op. cit.*, str. 223-224.

¹⁶ Jedan od poznatih primera povećanja državne teritorije usled "udaljavanja" mora od prvobitne ivice kopna je čuveni antički grad Efes (danas u Turskoj), koji je u dalekoj prošlosti bio jedna od najprometnijih luka Sredozemlja, a čije su ruševine (ostaci luke su i danas uočljivi) u naše vreme znatno udaljene od mora.

¹⁷ Lat. *avulsio* - otkidanje, nasilno izdvajanje.

¹⁸ Pored ostalog, jezerom Titikaka na granici između Perua i Boliviji sa jedne na drugu stranu već nekoliko vekova plovi 40-tak manjih i većih ostrva (na nekim od njih su čak podignuti razni objekti - crkva, pošta, škola i dr.)

jezeru sa strane Rusije na stranu Estonije samo od sebe doplovilo ostrvo površine 4 ha (pored ostalog obraslo brezama visokim i do 7 m).

Mogući su i prirodni priraštaji na druge načine, kao što su npr. pojava ostrva unutar teritorijalnog mora neke države i sl.¹⁹

U svim ovim slučajevima dolazi do povećanja teritorije jedne države, ali ta činjenica sama po sebi u principu ne menja državnu granicu (osim kod pojave ostrva u teritorijalnom moru, koje opšte uzev, dovodi do pomeranja spoljne granice teritorijalnog mora).

2) Veštački priraštaj

Verovatno najpoznatiji primer veštačkog priraštaja nastao je kao rezultat truda Holandana koji su u periodu 1500-1858. oteli od mora 355.000 ha vodene površine pretvorivši je u plodno zemljište.²⁰ Holandani su to učinili putem poldera.²¹

Veštački priraštaj može nastati i na druge načine npr. kao posledica izgradnje lukobrana i drugih lučkih građevina na morskoj obali čime se povećavaju granice teritorijalnog mora na račun otvorenog mora²² i sl. Tako u naše vreme Japan, u kojem je velika

¹⁹ Ostrvo koje se usled vulkanskih aktivnosti ili iz drugih prirodnih razloga pojavi unutar teritorijalnog mora obalne države, s jedne strane uvećava kopnenu površinu njene teritorije, a sa druge, pošto i samo ima teritorijalno more, povećava državnu teritoriju obalne države tako što dovodi do pomeranja spoljne ivice teritorijalnog mora prema otvorenom moru.

²⁰ Novaković Mileta: *op. cit.*, str. 224.

²¹ Termin koji je potekao iz holanskog, a zatim ušao u mnoge jezike. Predstavlja naziv za prvo izdvojeni, a zatim osušeni deo priobalja, odn. zemlju koja je ljudskim radom odvojena od mora, reke ili jezera. Polderi sa prave u priobalju sa plitkom vodom. Planski se podižu nasipi i time formiraju jezera. U njima slatka voda postepeno zamenjuje slanu, a onda se takve površine sa (sada već) slatkim vodom isušuju čime se dobija novo zemljište koje se zapravo nalazi ispod nivoa mora. Tako su Holandani od mora, deo po deo, otrgli velike površine, pretvorivši ih u plodno zemljište. Otuda i poznata krilatica da je Bog stvorio zemlje, a Holandani – Holandiju! Uostalom, odatle i naziv Holandije u mnogim jezicima (“*Nizozemska*”, “*Netherland*”). Više od polovine teritorije ove zemlje nalazi se oko 3 metra ispod nivoa mora. Premda su najpoznatiji holandski polderi, kojih je i najviše, ovakve pojave postoje i u drugim delovima sveta, naročito u Ujedinjenom Kraljevstvu, Nemačkoj, Francuskoj, Belgiji, Italiji, SAD i dr.

²² Ovde se naročito misli na tzv. najisturenije stalne tačke instalacija koje su sastavni deo sistema luke (eng. *outermost permanent harbour works which form an integral part of the harbour system*). Naime, u svakoj morskoj luci, posebno većoj,

prosečna gustina stanovništva,²³ preduzima mere za proširivanje lučkih gradova nasipanjem plićaka, čime se obalska linija Japana povećava za oko 200 km godišnje.

Svi slučajevi priraštaja kao načina sticanja države teritorije spadaju u originarne. Odnosna država stiče novu teritoriju samom činjenicom (*ipso facto*) i nije potrebno da donosi u tom cilju bilo kakve akte. U svakom slučaju za priraštaj je karakteristično da se tim putem u principu stiču samo manji delovi kao i to da se takve teritorijalne promene mogu zapaziti tek nakon relativno dužeg vremenskog perioda

3. MIRNA OKUPACIJA (mirno zauzeće)

Okupacijom²⁴ naziva se trajno zaposedanje od strane neke države određene oblasti koja ne potpada pod vlast drugih država, izvršeno mirnim putem, a sa namerom sticanja te oblasti i uspostavljanja na njoj sopstvenog suvereniteta.

U naše vreme, da bi okupacija dovela do pravovaljanog sticanja teritorije, potrebno je da ispunjava određene uslove. Traži se: da je reč: (1) o ničijoj zemlji, koja se zauzima (2) sa namerom podvlašćenja, (3) efektivno i (4) uz obaveštavanje drugih članova međunarodne zajednice.

postoje razne stalne građevine, lukobrani, postrojenja, instalacije i sl. koje su deo luke, a služe za vez brodova, njihovu zaštitu od talasa i nevremena i sl. Ponekad se one svojim krajnjim tačkama prilično udaljuju od prirodne konfiguracije obale - tako npr. najduži lukobran na svetu, onaj u Gelvistonu (*Galveston*, Teksasu (SAD)) ima dužinu od čak 10,85 km.

I pored toga, prilikom utvrđivanja spoljne ivice teritorijalnog mora, takve tačke smatraju se, kao delovi luke odn. deo obale, što znači da se od njih povlači polazna linija od koje se meri širina teritorijalnog mora. Naprotiv, razni uređaji koji su odvojeni od kopna, platforme, veštačka ostrva i sl. ne smatraju se delom obale i ne uzimaju se u obzir prilikom utvrđivanja polazne linije, a time i širine teritorijalnog mora.

²³ Na teritoriji od 377.915 km² po procenama za 2009. g. živi oko 127.078.680 stanovnika, što znači u proseku 336 stanovnika na 1 km². Izvor: www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ja.html.

²⁴ Lat. *occupatio* - posedanje, zauzimanje, osvajanje.

1) *Terra nullius* (ničija zemlja)

Ovaj uslov sastoji se u zahtevu da predmetna teritorija u momentu okupacije ne pripada ni jednoj državi tj. da je ničija zemlja (*terra nullius*). Status područja (da li je *terra nullius* ili ne) ceni se u momentu sticanja, tako da je moguće da se takav karakter prizna i teritoriji koja je ranije pripadala nekoj državi, ako ju je ova u međuvremenu napustila.

Naime, mada to na prvi pogled izgleda veoma nelogično, država može napustiti odnosno područje (odreći ga se) i to iz raznih razloga kao što su velika kontaminacija (npr. usled proba oružjem za masovno uništenje), preveliki troškovi održavanja vlasti i sl. Veoma je, međutim, važno da se pouzdano utvrdi činjenica napuštanja, kako bi se izbegli nepotrebni sporovi.

2) *Animus domini* (namera podvlašćenja)

Da bi okupacija bila pravovaljana traži se, pored ostalog, da postoji namera podvlašćenja. Samim tim potrebno je da je zauzimanje izvršeno od strane države odnosno njenih ovlašćenih organa (ne, dakle, i privatnih lica)²⁵ i to upravo sa namerom da se nad datim područjem stekne suverenost.

U prošlosti su mnoga otkrića (osvajanja) izvršena preko privatnih lica (avanturista) i kompanija kojima su njihovi vladari dali u tom pravcu određena ovlašćenja. Među najpoznatije primere spadaju osvajanja odn. sticanja državnih teritorija evropskih kolonijalnih sila, koja su izvršena preko tzv. raznih istočno-indijskih²⁶ i sličnih kompanija.²⁷

²⁵ Ipak, ima i mišljenja da i danas privatno lice može da izvrši akt mirnog zauzeća, pod uslovom da to čini po izričitom ovlašćenju države ili uz kasniji izričiti pristanak države. Vidi npr. Etinski Rodoljub: *op. cit.*, fusnota 4, str. 371.

²⁶ Istočnoindijskim kompanijama (eng. *East Indian Companies*) nazivana su udruženja koja su osnivana u XV i XVII v. u više zemalja (u prvom redu Engleskoj i Holandiji, ali i Francuskoj, Španiji, Austriji i Švedskoj) radi ekonomskog iskorišćavanja područja istočne i jugoistočne Azije. Vrlo brzo su prevazišle prvobitnu svrhu i pretvorile se u instrumente kolonijalnog osvajanja odnosnih država.

Najveća i najvažnija bila je engleska Istočnoindijska kompanija (eng. *East Indian Company*) kojoj je 1600. g. britanska kraljica Elizabeta I dala isključivo pravo trgovine u priobalnim azijskim državama. Kompanija se od samog početka fokusirala na Indiju, u kojoj je osniva utvrđene kolonije sa sopstvenim administrativnim

Namere podvlašćenja nema npr. u slučaju iskrcavanja posade ratnog broda na neku ničiju obalu (npr. nenastanjeno ostrvo) isključivo radi zahvatanja sveže vode i namirnica, popravke broda, lečenja bolesnika i ranjenika i sl. Isto tako, ne bi se mogla pozvati na okupaciju kao način za sticanje određene teritorije država koja je nad tim područjem vršila, istina, efektivnu vlast, ali bez namere sticanja nad njim suverenosti (na osnovu npr. međunarodnog mandata, starateljstva i sl.).

3) Efektivnost (stvarno zauzimanje)

Traži se da je zauzimanje izvršeno stvarno, a ne fiktivno. Reč je o zahtevu da okupacija bude *efektivna* tj. da odnosna država fizički kontroliše tu teritoriju i vrši na njoj svoju vlast. Pri tome vlast treba da

organima, pa čak i naoružanim posadama (kolonijalnim trupama). Ove naoružane trupe, koje su bile neka vrsta vojske Kompanije i služile za odbranu od pirata i napada konkurentskih država, kao i za gušenje eventualnih ustanaka kasnije će postati jezgro britanske vojne sile u Indiji. Moć Kompanije još više je porasla kada joj je krajem XVII v. kralj Čarls II svojim poveljama priznao nekoliko izuzetno važnih prava, svojstvenih suverenim državama: pravo na osvajanje teritorija, pravo na kovanje novca, pravo komandovanje oružanim snagama i pravo na objavljivanje rata i zaključenje mira. Time je Kompanija postala neka vrsta posebnog subjekta međunarodnih odnosa, a u izvesnom smislu i kvazisubjekta međunarodnog prava. Kompanija je još više ojačala pretvorivši se u skoro jedinu vlast u Indiji. Međutim, 1773. g. britanska vlada stavlja je pod svoju kontrolu preko posebnog organa – generalnog guvernera Indije, čime počinje proces postepenog prenošenja političke, ekonomske i vojne uprave sa Kompanije na državu. Konačno, 1858.g. Kompanija je ukinuta, a Indija proglašena krunskom kolonijom Velike Britanije.

Skoro u isto vreme pojavila se i funkcionisala holandska Istočnoindijska kompanija (*Verenigde Oostindische Compagnie*). Ona je nastala 1602. g., ali se posle nekoliko oružanih sukoba sa Engleskom istočnoindijskom kompanijom povukla sa istočnih obala Indije na ostrva Malajskog arhipelaga. Tu je osnovala nekoliko utvrđenih kolonija, sa glavnim centrom u Bataviji (današnja Džakarta), uspevajući da do kraja XVII v. drži ključne pozicije u jugoistočnoj Aziji i monopol trgovine sa Kinom i Japanom. Najzad, 1798. g. je ukinuta, s tim da je njenu ulogu preuzela država Holandija.

Francuska Istočnoindijska kompanija (*Compagnie des Indes Orientales*) osnovana je 1664.g. pokušala je da za sebe otme važan deo kolača, ali joj Britanci to nisu dozvolili. Rasformirana je 1770, obnovljena 1785. i definitivno prestala da postoji 1793.g. Ostale Istočnoindijske kompanije bile su kratkotrajne i imale daleko manji značaj.

²⁷ Npr. posebna kompanija koja je organizovala belgijsku ekspediciju za zauzimanje Konga.

se efektivno vrši ne samo u momentu zaposedanja, već i kasnije, zato što bi se inače moglo tumačiti da je odnosna država napustila datu teritoriju.

U prošlosti, naročito u Srednjem veku, ovaj zahtev nije bio postavljan, tako da je bilo dovoljno samo otkriće, eventualno praćeno određenim svečanim činom kao što je npr. pobijanje zastave, isticanje grba, izdavanje poglasa i sl.²⁸ I danas je u pojedinim područjima, posebno onim slabo nastanjenim i sa surovom klimom (polarne oblasti, pustinje, močvare, prašume i sl.) teško zahtevati pun obim efektivnosti, tako da se smatra da je dovoljno da se vlast odnosne države utvrdi samo na ključnim (istaknutim) tačkama. U tom smislu se npr. smatra da je za okupaciju grupe ostrva u ovom pogledu dovoljno uspostavljanje vlasti na najvažnijim ostrvima.

Polazeći od ovih rezona u prošlosti je bilo pokušaja da se zahtevi sa postojanje efektivnosti okupacije isključe ili makar ublaže pozivanjem na principe da državi koja je zauzela ušće reke pripada čitav tok reke, da državi koja je započela okupaciju nekog područja pripada isključivo pravo na čitavo to područje i sl. Najpoznatiji od tih pokušaja predstavlja tzv. teorija hinterlanda.

*Hinterland*²⁹ je izraz kojim se ponekad naziva teritorija koja se nalazi u zaleđu onog područja (posebno dela obalnog pojasa) koje je već po nekom osnovu (suverenost, zakup i sl.) pod kontrolom ili uticajem određene države. Oslanjajući se na činjenicu da izvesne oblasti čine geografsku ili ekonomsku celinu (tako je npr. morska obala obično tesno povezana sa svojim zaleđem) ova teorija je utvrđivala da ako je neka država okupirala datu teritoriju (u gornjem primeru, obalu) druge države ne mogu da okupiraju područje koje se naslanja na tu oblast (u gornjem primeru, zaleđe morske obale), već su dužne da poštuju prava prve države čak i ako ona na datom prostoru (zaleđu) ne vrši efektivnu okupaciju. Drugim rečima, ova teorija je značila napuštanje zahteva da je za pravovaljanost okupacije potrebno da ona bude efektivna, tako što je priznato da država koja ima vlast nad određenom oblašću ima neku vrstu prečeg prava na uz tu oblast naslonjene nezauzete predele. Pojam je nastao za vreme kolonijalnih

²⁸ Pored ostalog, početak francuske vladavine nad Kanadom obeležen je pobadanjem prilikom otkrića obave ove zemlje 1534.g., drvenog krsta sa amblemima francuskog kralja.

²⁹ Nemački: zaleđe, pozadina.

osvajanja u XIX v. i služio je (naročito u Africi) za opravdanje prodora kolonizatora sa obale prema središtu odgovarajućeg kopna. U cilju odricanja prava drugih zemalja na odnosnu teritoriju, države koje su kontrolisale obalni pojas su u više slučajeva isticale da polažu pravo i na određeno zaleđe, pa čak i kada ga još nisu zauzele ili ga nisu mogle zauzeti. Premda se mogao sresti i u pojedinim međunarodnim ugovorima, ovaj pojam je više političke nego pravne prirode i vezan je za podelu interesnih sfera.³⁰

4) Notifikacija (objavljivanje, obaveštavanje)

Ovaj uslov se sastoji u zahtevu da država koja vrši okupaciju obavesti o tome ostale članove međunarodne zajednice, kako bi ovi imali priliku da istaknu eventualne prigovore odn. protest protiv okupacije. Mada i u doktrini i u praksi ponekad postoji osporavanje ovog zahteva, notifikacija se smatra obaveznom makar prema državama koje drže susedne oblasti. Ovo zbog toga da bi se odmah utvrdile međusobne granice i izbegli mogući sukobi.³¹

³⁰ Interesna sfera (eng. *sphere of interest*) je pojam koji u međunarodnim odnosima najčešće označava prostor odn. državu ili grupu država, nad kojima određena sila ostvaruje svoj isključivi ili pretežni vojni, politički, ekonomski, ideološki, kulturni i dr. uticaj, zadovoljavajući tako sopstvene interese i služeći se pri tome, po pravilu, raznim sredstvima pritiska. Često se u istom značenju koristi izraz "zona uticaja". Mada je bilo slučajeva gde su pojedine države jednostrano proglasile svoju interesnu sferu, ovaj pojam se najčešće javlja u vezi sa ugovorima o međusobnom priznavanju (podeli) zona uticaja između zainteresovanih sila. Primeri takvih sporazuma su ugovori kojima su V. Britanija, Francuska i Nemačka podelile Afriku (1884); britansko-francuski ugovor o Sijamu (1904); britansko-francusko-italijanski ugovor o Etiopiji (1906); rusko-britanski ugovor o Persiji i Tibetu (1907); ugovori između sila Antante i sila Trojnog pakta u vreme I sv. rata; sporazum o podeli interesnih sfera između Nemačke, Italije i Japana pred II sv. rat; podela interesnih sfera između saveznika krajem II sv. rata; i dr.

Pojam je nastao u vezi sa kolonijalnom ekspanzijom evropskih sila u Africi u XIX v. i njihovom namerom da radi izbegavanja međusobnih sukoba sporazumno podele odnosna područja (ne pitajući, razume se, lokalno stanovništvo šta ono misli o svemu tome). Često se u istom značenju koristi izraz "zona uticaja" odn. "sfera uticaja" (*sphere of influence*).

³¹ Zahtev za notifikaciju okupacije predviđen je, pored ostalog, Generalnim aktom o Kongu (1885) koji u čl. 34 zahteva da sila koja vrši okupaciju proprati takav akt notifikacijom upućenom ostalim silama potpisnicama tog akta, kako bi im

U prošlosti (sve do kraja XIX veka) okupacija je bila jedan od najvažnijih načina sticanja državne teritorije. Tadašnje velike (u prvom redu pomorske) sile su zahvaljujući geografskim otkrićima do tada nepoznatih predela pretvarale ta područja u sopstvene kolonije - u tom smislu najpoznatiji primer predstavlja Kolumbovo otkriće Amerike 1492. godine koje je imalo za posledicu teritorijalno proširenje i ekonomski bum u prvom redu Španije, ali i niza drugih zemalja (pre svih Velike Britanije, Francuske i Portugalije). Pri tome se nije vodilo računa o volji i interesima domorodačkog stanovništva i njegovoj društvenoj organizaciji, tako da su kao *terra nullius*, a time i podobna za sticanje putem okupacije, kvalifikovana sva područja koja nisu pripadala nekom od priznatih članova međunarodne zajednice (u prvom redu nekoj od hrišćanskih država).

Mada je u prošlosti predstavljala izuzetno važan način sticanja državne teritorije, putem kojeg se sopstvena teritorija mogla višestruko uvećati, u naše vreme, kada je Zemljina kugla odavno podeljena između država, mirna okupacija predstavlja sasvim retku i izuzetnu pojavu. U praksi se na taj način mahom mogu steći ostrva koja usled tektonskih poremećaja i vulkanskih aktivnosti ponekad izranjaju na otvorenom moru ili npr. određena područja koja je prethodni suveren napustio.³²

4. ODRŽAJ (*usucapio*)

Za razliku od unutrašnjih pravnih poredaka država, gde predstavlja redovan institut preuzet iz Rimskog privatnog prava, održaj je u međunarodnom pravu sporan način sticanja teritorije. Obično se definiše kao uspostavljanje suverenih prava i dugotrajno vršenje vlasti na određenoj teritoriji koje drugi subjekti međunarodnog prava ne ometaju niti osporavaju. S tim u vezi, ističu se njegov pozitivni

omogućila da istaknu, ako tome ima mesta, svoje prigovore. Ovo rešenje, međutim, imalo je ograničeni domašaj pošto se Akt ticao samo okupacije Afrike (tj. podele još nezauzetih kolonija na tom kontinentu) i obavezivao samo države potpisnice. Za tekst Akta vidi: Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 595.

³² Za primere vidi: Andrassy Juraj: *op. cit.*, str. 208-209, Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 45-46. i tamo navedenu literaturu.

(uspostavljanje suverenih prava) i negativni aspekt (odsustvo protesta drugih članova međunarodne zajednice).³³

Smisao održaja je da unese stabilnost u odgovarajuće odnose tako što će priznati dugotrajnu neosporavanu vlast neke države nad datim područjem i tako konačno rešiti njegov status, čime se stvara potrebna pravna sigurnost i sprečava nastanak mogućih budućih sukoba. Iz tih razloga, za njegovu punovažnost dovoljno je utvrditi da je držalac date teritorije tokom određenog roka vršio vlast nad njom sa namerom da je trajno zadrži za sebe, da je to činio na miroljubiv način, a da, s druge strane, prethodni suveren nije prekidao rok održaja svojim protestima odn. prigovorima.³⁴ Ukoliko su ispunjeni ti zahtevi ne traži se kao poseban uslov savesnost držaoca, što znači da se priznaje održaj do kojeg je došlo bez valjanog pravnog osnova tj. kršenjem opšteg međunarodnog prava ili subjektivnog prava drugih. Prema tome, tu pravilo *ex factis jus oritur* ima primat nad suprotnim pravilom *ex injuria jus non oritur*.³⁵

S obzirom na činjenicu da opšte međunarodno pravo ne sadrži u tom pravcu nikakva konkretna rešenja, poseban problem predstavlja nesaglasnost oko dužine roka potrebnog za održaj. Dok neki ističu da bi trebalo prihvatiti rokove koji su predviđeni u unutrašnjim pravnim porecima država (od 3 do 24 godine), po drugima taj rok treba da iznosi 50, pa čak i 100 godina.

U svakom slučaju, premda je u istoriji bilo nekoliko slučajeva u kojima su se države, dokazujući svoje pravo nad određenom teritorijom, pozivale na održaj, odatle nije moguće izvesti opšta pravila, pošto je svaka od tih situacija rešavana pojedinačno, od slučaja do slučaja, zavisno od konkretnih istorijskih, političkih i drugih okolnosti.

³³ Avramov Smilja., Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 2006, str. 347.

³⁴ Pored ostalog u čuvenom sporu *Island of Palmas* (1928) između SAD i Holandije arbitar Maks Huber (*Max Huber*) istakao je kao jedan od razloga u prilog svojoj presudi u korist Holandije činjenicu da Španija koja je svojevremeno otkrila ostrvo Palmas i koja je Pariskim mirovnim ugovorom od 10.12.1898. ustupila SAD filipinski arhipelag u kojem se nalazi i pomenuto ostrvo, nije efektivno vršila suverenitet na ostrvu i nije protestovala protiv vršenja na tom ostrvu vlasti Holandije, koje je vršeno miroljubivo i u dugom vremenskom periodu (po tvrdnji Holandije, od 1677). Više: Hamilton P., Requena H.C., van Scheltinga L., Shifman B. (eds.): *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution*, Kluwer International (The Hague-London-Boston) 1999, pp. 119-128.

³⁵ Degan Vladimir-Đuro: *op. cit.*, str. 210, 586.

Mada naoko ima izvesnih sličnosti sa mirnom okupacijom kao načinom sticanja državne teritorije, održaj se od nje razlikuje već po tome što se kod mirne okupacije uvek radi o području koje ne pripada nikome (*terra nullius*) dok se održajem stiče tuđa teritorija.

5. USTUPANJE (cesija, *cessio*)

Ovaj način sticanja državne teritorije sastoji se u prelasku jednog dela teritorije neke države pod suverenitet druge države, na osnovu njihovog međusobnog ugovora i predstavlja danas najčešći način kojim dolazi do teritorijalnih promena.

Istorija poznaje vrlo različite osnove cesije. Nekada su to ugovori o miru, kupoprodaja, pokloni, miraz, razmena teritorija i sl.

Ustupanje teritorija u vidu poklona bilo je karakteristično za Srednji vek, ali se javljalo i kasnije. Tako je npr. Austrija 1866. poklonila Francuskoj Veneciju. Među brojnim davanjima teritorije u vidu miraza naročito je poznat slučaj Tangera, koji je engleski kralj Čarls dobio 1662.g. kao miraz zbog ženidbe sa portugalskom princezom.³⁶

Primer cesije teritorije po osnovu ugovora o miru predstavlja ustupanje Filipina od strane Španije posle američko-španskog rata 1898. U teoriji se ispravno primećuje da iako su slični primeri cesije formalno izvršeni saglasnošću volja (ugovorom o miru) takvi ustupci, što je i logično, nisu bili dobrovoljni, već iznuđeni od pobeđene strane upravo na osnovu situacije u kojoj se našla (njenog poraza u ratu). Do određenih teritorijalnih promena, po osnovu odgovarajućeg ugovora o miru došlo je i posle Prvog i Drugog svetskog rata, kao i u raznim drugim situacijama.³⁷

Dovoljno često ustupanje teritorija vršeno je sa drugih pozicija, na osnovu kupoprodajnih ugovora. Tako su SAD 1803. godine kupile od

³⁶ Međutim, pošto je se pokazalo da je držanje tog područja suviše skupo, Engleska ga je već 1884. prodala sultanu Maroka. Nav prema: Барсегов Ю.Г.: Територия в международном праве, Москва 1958, стр. 270.

³⁷ Tako npr. Nejskim mirovnim ugovorom (1919) zaključenim posle okončanja I svetskog rata, Bugarska se (čl. 37, 42, 48) odrekla u korist susednih država odn. Glavnih savezničkih i udruženih sila, svih prava i pravnih osnova na određenim delovima teritorije bugarske monarhije. Tekst ugovora vidi u: Stojković Momir (prir.): Balkanski ugovorni odnosi 1876-1996, II tom, str. 55-93.

Francuske Lujzianu za 12,000.000 dolara, od Španije Floridu (1818) za 5,000.000 dolara, od Meksika Kaliforniju i Novi Meksiko (1848) za 18,250.000 dolara, od Rusije 1867.g. Aljasku (1867) za 7,200.000 dolara, a od Danske (1917) neka ostrva u Antilima (deo Devičanskih ostrva) za 25,000.000 dolara (smisao kupovine bio je da se spreči Nemačka da tu podigne podmorničku bazu). Teritorije su kupovale i druge države: Francuska je kupila (1861) od Monaka Mantovu i Rokbrin za 4,000.000 franaka; Nemačka je kupila (1899) od Španije Marijanska i Karolinska ostrva za 25,000.000 pezeta; Sovjetski Savez je kupio (1947) od Finske deo teritorije oko reke Paatso-Joki površine 176 km² za 700.000 finskih maraka; itd. U najnovije vreme državne vlasti Maldiva (eng. *Maldives*) razmatraju mogućnosti za kupovinu nove državne teritorije za slučaj da ova ostrvska zemlja bude potopljena usled podizanja nivoa svetskog mora. Naime, Maldivi su država sa najmanjom nadmorskom visinom, u proseku svega 1,5. m.

Najzad, u međunarodna praksa poznaje i dovoljno slučajeve u kojima su države ugovorima razmenjivale delove svojih teritorija. Razmeni se može pribeći iz raznih razloga - da bi se zaokružila sopstvena teritorija, pod svoj suverenitet stavila područja na kojima žive sunarodnici, strateški važna mesta, i sl.

U prošlosti je bilo više primera gde su evropske zemlje međusobno razmenjivale kolonije - tako je npr. Velika Britanija razmenila (1871. g.) sa Holandijom Novu Gvineju za Sumatru, a sa Nemačkom (1890. g.) Zanzibar za Helgoland; Rusija je 1875. razmenila sa Japanom Kurilska ostrva za Sahalinska), Francuska i Nemačka razmenile su 1911. g. neka svoja područja u Africi, itd. Međutim, razmeniti se mogu i u pravom smislu reči domaće teritorije. Poznato je npr. da je Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenava razmenila je 1923. sa Rumunijom neka mesta u Banatu.³⁸ U novijoj praksi, Sovjetski Savez je npr. razmeni sa Poljskom (1951) granična područja u Ljublinskom vojvodstvu i Lavovskoj oblasti, a takođe i određene delove teritorija sa Iranom (1954).³⁹

U najnovije vreme Rusija je npr. Dopunskim protokolom o regulisanju državne granice, potpisanim u Pekingu 21.7.2008. prepustila Kini 322 km² ruske teritorije. Kini je pripalo Veliko ostrvo

³⁸ Ustupljeni su Žombolj, Mali Kamloš, Keča i Čenej, a dobijeni Pardalj (danas: Međa), Modoš (danas: Jaša Tomić) i Veliki Gaj.

³⁹ Nav. prema: Бекяшев К.А. (отв. ред.): *op. cit.*, стр. 556.

(rus. *Большой остров*) na reci Argun i ostrvo Tarabarov (rus. *Тарабаров*, kin. *Yinlong*) na reci Amur, dok je ostrvo Veliko usurijsko (rus. *Большой Уссурийский остров*, kin. *Hexiazi*) podeljeno na pola.⁴⁰

6.PLEBISCIT

1) *Plebiscit*

Ustupanje teritorije (cesija) ponekad se, posebno u novije vreme, vezuje za *plebiscit*⁴¹, kako se naziva postupak kojim se stanovništvo određene teritorije neposredno (glasanjem) izjašnjava o tome pod suverenitetom koje države želi da živi. Drugim rečima, odlučuje o daljoj sudbini odnosne teritorije (kome će ona pripasti).⁴²

Plebiscit se ne sprovodi automatski, već samo na osnovu posebnog unutrašnjeg ili, još češće, međunarodnog akta (međunarodnog ugovora, odluke međunarodne organizacije). Aktom kojim se određuje održavanje plebiscita uređuju se i pitanja vezana za njegovu kontrolu (ta se kontrola po pravilu poverava određenim državama ili međunarodnoj organizaciji).

U teoriji se plebiscit najčešće vezuje za cesiju kao način sticanja državne teritorije i tretira uslovno rečeno kao njena moguća prateća pojava. Međutim, takav pristup nije sasvim ispravan. Naime, premda inicijativa za plebiscit leži u rukama drugih subjekata (država, eventualno određenih međunarodnih organizacija) i mada se i samo održavanje plebiscita obično predviđa međunarodnim ugovorom (ugovorom o miru i sl.), time se još uvek ne odlučuje o sudbini date teritorije. Niko time, pa ni ugovorom o kojem je reč, ne prenosi ni na koga suverenitet. Dakle, u trenutku donošenja odluke o plebiscitu odn. zaključenja ugovora, konačna sudbina teritorije je nepoznata i saznaje

⁴⁰ Ostrva koja su bila predmet spora između Kine i tadašnjeg SSSR još od 1960.g. predata su Kini avgusta 2008. U pitanju je strateški ustupak Rusije kojim su između dve zemlje otklonjena poslednja sporna pitanja i omogućeno njihovo ekonomsko, vojno i drugo približavanje i partnerstvo. Inače ostrva predstavljaju močvarnu teritoriju sa oko 16.000 stanovnika, a Rusija ih je dobila još 1858. g. Ajgunskim sporazumom (po drugim izvorima, još na osnovu nametnutog sporazuma iz Njerčinska iz 1689).

⁴¹ Lat. *plebiscitum* - odluka naroda.

⁴² Plebiscit se, međutim, može odnositi i na druga pitanja - da li da se nad tom teritorijom uspostavi neki poseban pravni režim, da li da se postojeći režim promeni ili okonča i sl.

se tek kada o tome odluči narod neposrednim izjašnjanjem. Glasaci sami rešavaju da li će i kojoj će državi biti pripojena teritorija. A oni, pored ostalog, mogu da odluče i da ne dođe ni do kakve promene suvereniteta. Stoga je mnogo ispravnije tretirati plebiscit kao poseban način sticanja državne teritorije.⁴³

Prvi plebisciti održani su krajem XVIII v., kada je tim putem odlučivano o pripajanju Francuskoj papskog Avinjona (1791), Savoje (1792), Nice (1793) i Belgije (1793). Zatim je plebiscit korišćen u XIX veku prilikom ujedinjenja Italije (u nekim bivšim italijanskim kneževinama 1860. g., u Veneciji 1866. g., u Rimu 1870. g.), prilikom ponovnog prisajedinjenja Nice i Savoje Francuskoj (1860. g.) i dr. Po okončanju Prvog svetskog rata, Versajski i Senžermenski mirovni ugovori (1919) predvideli da će se plebiscitom odlučiti kojoj će državi pripasti Gornja Šlezija, deo istočne Pruske, deo Šlezvika i Koruška⁴⁴.

Između dva svetska rata plebiscitom održanim pod okriljem Društva naroda rešen je status Sarske oblasti (1935) u korist Nemačke⁴⁵ i Sandžaka Aleksandreta (1936) u korist Turske.⁴⁶ Aktom kojim se određuje održavanje plebiscita uređuju se i pitanja vezana za njegovu

⁴³ Uostalom, i adjukacija i raspolaganje u ime međunarodne zajednice imaju osnov u međunarodnom ugovoru pa se ipak obično izdvajaju kao posebni načini sticanja državne teritorije.

⁴⁴ Više o svemu tome vidi: Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 52 i tamo navedenu literaturu.

⁴⁵ Nakon Prvog svetskog rata Sarska oblast je Versajskim ugovorom o miru (čl. 45-50) odvojena od Nemačke i pretvorena u teritoriju pod upravom Društva naroda u čije je ime njom upravljala petočlana komisija sastavljena od jednog predstavnika Francuske, jednog predstavnika same Oblasti i tri državljanina drugih zemalja. Istovremeno je bilo predviđeno da se posle 15 godina održi plebiscit na kom bi stanovnici Oblasti odlučili da li žele da se Sarska oblast pripoji Francuskoj, Nemačkoj ili da se produži postojeći međunarodni režim. Plebiscit je održan 13.1.1935. i, pošto se ogromna većina stanovništva (477.119 glasova ili preko 90,4% glasalih) izjasnila za takvo rešenje, Savet Društva naroda doneo je 27.1.1935. odluku o tome da se Sar 1.3.1935. pripoji Nemačkoj.

Slična situacija ponovila se posle Drugog svetskog rata. Sarska oblast je, sa nešto izmenjenim granicama ponovo odvojena od Nemačke i privremeno stavljena pod specijalni režim, čiju je glavnu osobenost predstavljao veliki uticaj Francuske. Nakon što se na referendumu održanom 23.10.1955. stanovništvo velikom većinom izjasnilo za ujedinjenje sa Nemačkom, oblast je na osnovu francusko-nemačkog sporazuma od 27.10.1956. ponovo pripojena Nemačkoj (1.1.1957), s tim da je reintegracija završena tek 5.7.1959.

⁴⁶ Radilo se o teritoriji koja je bila sporna između Turske i Sirije.

kontrolu (ta se kontrola po pravilu poverava određenim državama ili međunarodnoj organizaciji).

2) Opcija

Od plebiscita treba razlikovati *opciju*⁴⁷ pod kojim se podrazumeva pravo slobodnog izbora (u utvrđenom roku) između dva ili više državljanstava, koje se ponekad međunarodnim ugovorom daje stanovnicima određene teritorije u slučaju njenog prelaska u suverenitet druge države (otcepljenja odn. prisajedinjenja dela teritorije). Prema tome, ovde predmet odlučivanja nije sudbina date teritorije (kome će pripasti suverenitet nad njom) već individualni izbor jednog od mogućih državljanstava (prethodnog ili novog suverena). Svaki stanovnik date teritorije (optant) može odlučiti da zadrži državljanstvo koje već ima ili da postane državljanin države koja je stekla tu teritoriju (eventualno i neke treće države). Poseban vid predstavlja tzv. kvalifikovana opcija kod koje lice koje se izjasnilo za državljanstvo strane države ima obavezu da se u predviđenom roku (obično 1-3 godine) iseli u državu za čije državljanstvo je optiralo.

U praksi je pravo opcije relativno često bilo predviđeno ugovorima o miru kojima su regulisane određene teritorijalne promene izazvane ratom. Pravo stanovnika da se, ukoliko žele da zadrže svoje dotadašnje državljanstvo, slobodno isele, prvi put je predviđeno ugovorom o kapitulaciji grada Arasa (1640), a zatim slične odredbe nalazimo u ugovorim o miru zaključenim u Bredi (1667), Rijsviku (1697), Utrehtu (1713), Ništetu (1721), Parizu (1763), Kučuk-Kajnadžiru (1774) i dr. Počev od mirovnog ugovora između Španije i Engleske (1785), za ovo pravo iseljavanja koristi se nov izraz *opcija*.⁴⁸ Kao prvi sporazum sa detaljnijim odredbama o opciji smatra se rusko-austrijski ugovor o miru (1815). U novijoj praksi pravo opcije relativno često je bilo predviđeno ugovorima o miru kojima su regulisane određene teritorijalne promene izazvane ratom – npr. Senžermenskim, Trijanonskim i Nejskim mirovnim ugovorima zaključenim posle I svetskog rata; Ugovorom o miru sa Italijom (1947), i dr.⁴⁹

⁴⁷ Od lat. *optio* - slobodan izbor.

⁴⁸ Više: Pržić Ilija: Zaštita manjina, Beograd 1933, str. 33-35.

⁴⁹ Među istorijskim primerima zanimljiv je Ugovor o miru između Kraljevine Srbije i Otomanskog carstva, zaključen u Carigradu 1.3.1914, koji se u čl. 4-9. bavi

7.ADJUKACIJA (presuđenje)

Adjudikacijom⁵⁰ se naziva način sticanja teritorije po odluci međunarodnog suda ili arbitraže, u postupku mirnog rešenja teritorijalnog spora između dveju ili više država.

U širem smislu, to je odluka suda odn. arbitraže kojom se na bazi iznetih dokaza i međunarodnog prava spor rešava tako što se priznaju i čine nespornim zahtevi jedne strane u pogledu odnosne teritorije. Bliže gledajući, međutim, tu se zapravo ne radi o sticanju teritorije, već samo o sudskoj potvrdi (konstataciji) suverenih prava date države u odnosu na teritoriju. Naime, opšte uzev sud, pa ni međunarodni ne stvara, već primenjuje pravo.⁵¹ Njegova odluka nije konstitutivna (nije pozvan da stvara ni objektivno ne nečije subjektivno pravo) već je deklarativna (utvrđuje da to pravo postoji).

Međutim, moguće je i da nakon što nijedna strana u sporu nije dokazala svoj zahtev, međunarodni sud ili arbitraža proglasi da odnosno područje smatra državnom teritorijom jedne od strana u sporu. Ovo će naročito biti slučaj kada je sud pozvan da pitanje sudbine teritorije reši *ex aequo et bono*, što znači ne sa osloncem na norme međunarodnog prava, već na bazi pravičnosti. Time on stvara (kreira, konstituiše) novo, do tada nepostojeće pravo koje pre toga nije postojalo. Tu se radi o adjukaciji u užem smislu i tu odluka suda (arbitraže) konstituiše pravo koje, strogo uzev, pre toga nije postojalo. Stoga se takvi slučajevi mogu smatrati jednim od načina sticanja državne teritorije.

Međunarodni sud pravde, drugi odgovarajući međunarodno sudovi i međunarodne arbitraže mogu kada ih na to ovlaste strane u sporu da donose i takve odluke. Iako su ovi slučajevi adjudikacije u užem smislu retki, oni se ipak povremeno javljaju u praksi.

nizom važnih pitanja koja se tiču državljanstva stanovnika teritorija pripojenih Srbiji. Pri tome je predviđena i mogućnost individualne opcije za tursko državljanstvo, uz pravo lica koja usled svoje opcije budu prinuđena da se isele, da ne samo bez plaćanja izvoznih taksi iznesu svoju pokretnu imovinu, već i da zadrže neporetna imanja svake vrste i njima upravljaju preko trećih lica. Tekst ugovora vidi u: Stojković Momir (prir.): *op. cit.*, I tom, str. 409-413.

⁵⁰ Od lat. *adjudicatio* - dosuđivanje, presuđivanje; od *adjudico* – dosuditi.

⁵¹ Ovo, razume se, ne važi za precedentni sistem koji je obeležje anglo-saksonskog prava (*common law*).

Primeri adjudikacije od strane međunarodnih arbitraža mogu se pratiti tokom čitave istorije. Uostalom, najstarija poznata međunarodna arbitražna presuda je ona iz IV milenijuma pre n.e. kojom je Mesalim, kralj Kiša, povukao granicu između sumerskih gradova Lagaša i Ume. Sličnih arbitraža bilo je i kasnije, bilo da su poveravane uglednom pojedincu, bilo da su iza njih stajali arbitražni sudovi kao izabrana sudska veća.

Pored ostalog, u novijoj istoriji u svojstvu međunarodnog arbitra u međudržavnom sporu, nemački car je odlučio u britansko-američkom sporu oko arhipelaga San Huan (1872), ruski car je rešavajući holansko-francuski spor dodelio Holandiji delove Gvajane i Surinama (1891), španski kralj je presudio u sporu između Hondurasa i Nikaragve (1906), predsednik Argentine u sporu između Bolivije i Perua (1909), belgijski kralj u sporu između Francuske i Meksika (*Clipperton Island Arbitration*, 1931), a poznate su i presude izabranih sudova u slučajevima u *Island of Palmas Case* (1928) i dr.

Teritorijalnim sporovima bavio se još nekadašnji Stalni sud međunarodne pravde, nekada dajući savetodavna mišljenja (npr. *Monastery of Saint-Naoum*, 1924; *Interpretation of Treaty of Lausanne*, 1925; i dr.) a u nekim slučajevima u formi presude. U tom smislu verovatno najpoznatiji je spor između Danske i Norveške oko istočnog Grenlanda (*Eastern Greenland Case*, 1933).

Teritorijalnim pitanjima u smislu rešavanja kome pripada određeno bavio se u više navrata i Međunarodni sud pravde – pored ostalog: *Minquiers and Ecrehos case* (1953) između Ujedinjenog Kraljevstva i Francuske, *Frontier Land case* (1959) između Belgije i Holandije, *Territorial Dispute Case* (1994) između Libije i Čada, *Case Concerning Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (1992) između Salvadora i Hondurasa; *Territorial Dispute* (1994) između Libije i Čada, i dr. Većinu takvih sporova pokrenuta je zajedničkom inicijativom (sporazumom) strana u sporu. Ima, međutim, i primera da je postupak pokrenut tužbom jedne države. Tako je npr. Kambodža tužila Tajland u vezi sa teritorijalnim sporom oko jednog hrama i područja oko njega (*Temple of Preah Vihear case*, 1961). Zajedničko za ove sporove je to što je od Suda traženo da utvrdi kome sporna teritorija pripada, a ne da vrši razgraničenje. Drugim rečima, iako je konačno određivala kome pripada suverenitet i time posredno uticala na državne granice, odluka Suda bila je deklarativna odn. svodila se na konstataciju ko ima pravo na odnosno područje.

Međutim, u nekim slučajevima Međunarodni sud pravde je vršio i adjukaciju u užem smislu. Tu se misli na one retke situacije kada je, na osnovu takvog ovlašćenja dobijenog od strana u sporu, Sud sam, svojom odlukom vršio razgraničenje odn. dodeljivao državama određene delove sporne teritorije. Odluka suda neposredno je definisala nove granice, ona je imala konstitutivni, a ne deklarativni karakter. Najpoznatiji primer te vrste je poznati spor između Burkine Faso i Malija (*Case Concerning the Frontier Dispute*, 1986) u kojem je od Suda izričito traženo da odluči gde ide granica.

Pojedini autori adjukacijom ili kvazisudskom adjudikacijom (eng. *quasi-judicial adjudication*) nazivaju i ili čak prvenstveno ona raspolaganja koja su učinjena od najviših organa svetskih međunarodnih organizacija. U tom smislu posebno se pominju Savet Društva naroda i neke njegove odluke (npr. ona kojom je odlučio da teritorija Mosula pripadne Iraku, na osnovu Lozanskog ugovora o miru). Tu se, međutim, suštinski ipak ne radi o pravom presuđenju (zato što nema ni suda, ni sudskog postupka) već o onome što je uputnije nazvati raspolaganjem u ime međunarodne zajednice.

8.RASPOLAGANJE U IME MEĐUNARODNE ZAJEDNICE

Jedan broj pravnih pisaca kao poseban način sticanja državne teritorije navodi raspolaganje u ime međunarodne zajednice. S tim u vezi, ispravno se primećuje da u pojedinim trenucima istorije zainteresovane države (u prvom redu velike sile) odlučuju o sudbini (podeli) određenih teritorija.

U daljoj prošlosti mape sveta krojili su ili bar nastojali da kroje najmoćniji vladari ili ugledni pojedinci, posebno verski poglavari.⁵² U

⁵² Poznata je npr. bula *Inter caetera* (1493) pape Aleksandra VI kojom je nastojao da između Španije i Portugala podeli još neotkrivene teritorije. Naime, u nameri da predupredi ozbiljne sukobe između najvećih katoličkih pomorskih sila oko otkrića i prisvajanja novih teritorija, rimski papa je bulom *Aeterni regis* (1481) dodelio svu zemlju južno od Kanarskih ostrva Portugalu. Međutim, to nije bilo po volji Špancima koji su osporavali ovo rešenje, posebno nakon što je Kolumbo ploveći u njihovoj službi, otkrio 1492. g. Ameriku. Pri tome su, pored ostalog, iskoristili svoj uticaj na novog papu, Aleksandra VI, inače Španca po rođenju. On je, u cilju izbegavanja daljih sporova između Španije i Portugala svojom bulom *Inter caetera* (14.5.1493) između dva Zemljina pola provukao zamišljenu crtu (tzv. Aleksandrova

novijoj praksi niko se više ne usuđuje da raspolaže tuđim teritorijama u sopstveno ime, već se radije umesto toga organizuju razni međunarodni skupovi (konferencije, kongresi) čiji učesnici (bez izuzetka, predstavnici najmoćnijih država) preuzimaju na sebe odlučivanje u ime međunarodne zajednice (“u interesu opšteg dobra”). Ovo posebno u kriznim i prelaznim vremenima, nakon velikih ratova, raspada velikih država i sl. Smatrajući da status određene teritorije tangira sve njih (što u mnogim slučajevima čisto politički gledano i jeste dobrim delom tačno, zato što samo rešenje na koje sve one pristaju obezbeđuje stabilne odnose), velike sile su oduvek pokazivale sklonost da sporazumno odlučuju o njenoj sudbini.

Međutim, takve odluke su po pravilu suviše arbitrerne i zapravo nisu zasnovane na nekim čvrstim, opšteprihvaćenim principima. Zapravo, tu su uvek radi o nekom obliku kompromisa između velikih sila, koji za glavni cilj ima zadovoljenje njihovih posebnih (sebičnih) interesa. Stoga se i dešava da se prilikom donošenja takvih odluka kao prelomni uzimaju sasvim različiti momenti – istorijski, etnički, verski, ekonomski, strateški i sl., već kako kada kome šta odgovara.

Ovakve odluke imaju određene sličnosti sa cesijom i adjukacijom. Od cesije se razlikuju po tome što se ne vrši prenos suvereniteta sa jedne države na drugu na osnovu njihovog međusobnog sporazuma, već o sudbini teritorije odlučuje više država, od kojih većina niti je prethodno imala, niti stiče suverenitet na njom. Razlika od adjukacije je što odluku ne odlučuje međunarodni sud, već vlade država, preko svojih predstavnika na datom međunarodnom skupu i što se odluka ne donosi na bazi pravnih principa i argumenata (kao što to presuđuje sud) mada i oni mogu biti uzeti u obzir, pa čak ni uz

linija) koja je prolazila kroz Azorska i Zelenortska ostrva, pri čemu je Španija dobila zemlje raspoložene 100 liga (oko 420 km) zapadno i južno od te linije, pod uslovom da se ne radi o području na koje već neka hrišćanska zemlja polaže pravo zaključno sa Božićem 1492. Bula ne pominje Portugal, ali ga je praktično onemogućila da zauzme Indiju. Pošto ovo rešenje nije zadovoljilo ni Španiju, ni Portugal, pitanje je rešeno tek ugovorom iz Tordesiljasa (1494) o sudbini novootkrivenih zemalja. Njime je linija razgraničenja utvrđena Aleksandrom VI pomerena zapad. Druge države, međutim, odbile su da priznaju ovu podelu. To u prvom redu važi za tadašnje snažne pomorske sile kao što su Francuska, Velika Britanija i Holandija. Takođe, ni Španija ni Portugal nisu je se uvek dosledno držale.

obavezno uvažavanje makar elementarnih zahteva pravičnosti, već najčešće na osnovu određenih političkih i sličnih razloga.

U novijoj praksi umesto odlučivanja na međunarodnim kongresima i konferencijama, o sudbini pojedinih teritorija odlučivano je pod okriljem međunarodnih organizacija, u prvom redu Društva naroda i Ujedinjenih nacija. Takav oblik odlučivanja je nesumnjivo demokratičniji i poželjniji i ima veći autoritet u odnosu na teritorijalne promene koje su rezultat pukog dogovora u uskom krugu predstavnika najvećih sila. Ipak, mada naoko donete od svih članica, i u tom smislu, makar formalno izraz volje čitave međunarodne zajednice, sasvim je jasno da su i takve odluke uvek zapravo rezultat dogovora velikih sila.

* * *

Svet u kome živimo razvija se iz dana u dan, sve bržim tempom, koji je skoro nemoguće pratiti. On ima vrlo malo sličnosti sa onim što je bilo koliko pre samo 50 godina. Ko je npr. krajem 50-ih godina XX veka mogao da očekuje da će se već na samom početku XXI veka u ovoj meri pojačati i ubrzati procesi svekolike globalizacije, centralizacije, regionalne integracije i dr.

Činjenica je da se dalje postupno razvijaju ekonomski, a zatim i politički oblici povezivanja država i uopšte društava, koji sve više poprimaju konture nadržavnih tvorevina. To, razume se, u prvom redu važi za Evropsku uniju, ali se takvi i slični procesi mogu već sada identifikovati i pratiti i u drugim delovima sveta – Severnoj i Latinskoj Americi, Africi, Aziji, Okeaniji, na Pacifiku i dr., pa čak i u užim geografskim okvirima.

U tom smislu sasvim je moguće da će vrlo brzo država kakvu poznajemo postati prevaziđena kategorija koju će zameniti neki novi subjekti. Da li će to biti države-kontinenti, države- gradovi ili nešto treće nije na nama da sudimo. Ono što je izvesno, dokle god postoje države kao suverene jedinice, one će imati sopstvenu državnu teritoriju, a to znači da će biti aktuelno i pitanje načina njenog sticanja odn. proširenja. S druge strane, čak i ako umesto država nastanu neke nove tvorevine i one će, po logici stvari, biti teritorijalne, što znači da će ovo pitanje ostati otvoreno i tada, premda će možda poprimiti nešto drugačiju sadržinu.

Prof. PhD Boris Krivokapić
Full Professor,
Faculty of State Administration,
Megatrend University
Belgrade, Serbia

METHODS OF ACQUIRING STATE TERRITORY

The paper deals with various methods of acquiring state territory. At the outset, author explains that each and every country acquires state territory at the moment of its creation, as the territory constitutes the mandatory prerequisite for state creation. However, author further stresses that the state territory is variable category. With regard to that, author indicates that states generally may acquire new territory in numerous manners, which in theoretical terms might be divided in original and derivative methods.

When it comes to practical criteria, we may distinguish a number of concrete methods of acquiring state territory, such as cession, non-forceful occupation, positive prescription and increment. However, it is worth mentioning that due to the absence of strict rules regarding the given methods, there are a number of different approaches to these issues among legal scholars. As basic methods of acquiring state territory, author identifies: enslavement (which was common practice in the past, but nowadays it is not in line with the international law), increment, non-forceful occupation, positive prescription, cession, plebiscite, adjudication and disposal on behalf of international community. This paper particularly elaborates the aforementioned methods of acquiring state territories. The relevant state practices, especially the most recent ones, are provided as well.

Finally, author concludes that nevertheless that states, in the long run, may get reorganized to supranational entities, the notion of territory is not expected to lose its importance. It may only happen that the concept of state territories gets overshadowed by the category of supranational territories.

Elise BERNARD

Assistant Temporaire d'Enseignement et de Recherche
Et Doctorante en Droit Public à l'Université de Paris III
Sorbonne-Nouvelle.

UDK 342.56(497.11) + 342.525 (44) : (4-672EU)
Pregledni naučni rad

**La Cour constitutionnelle serbe et le Conseil
constitutionnel français au regard du « modèle européen
de justice constitutionnelle »**

**THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA AND
THE FRENCH CONSTITUTIONAL COUNCIL
AIMING FOR THE “MODEL OF EUROPEAN
CONSTITUTIONAL JUSTICE”**

The study of the legal systems in time and space, that is the comparative law, allows the reduction of legal differences consecutive to the temporary or contingent circumstances. However, the differences between the legal systems does not exclude a permanent tendency in the unification of the law, in particular when it's a question of the guarantee of the State under the Rule of law and the correspondence to the requirements put by European laws and community.

The introduction of the European constitutional justice appears as a result of a slow evolution of the ideas and the concept of democracy. Hans Kelsen's constitutional positivism dedicates, from the theory of the gradual construction of Law, the requirement of control of constitutionality, exercised by a unique Jurisdiction, to guarantee the principle of hierarchy in the standards and coherence of the legal order.

The categories which qualify the French constitutional Council and the Serbian constitutional Court must be envisaged as an "ideal". So, the concept of the European constitutional Justice model does not dismiss a normative concept of substantive law, but a descriptive notion which recovers from the analysis compared by the institutional systems.

Given that the European model of constitutional Justice is characterised, first of all, by the exercise of a concerted control, entrusted to

a specific constitutional Jurisdiction, having a monopoly of interpretation of the Constitution; and that it plans the intervention of a control by action, started by public or political authorities, returned decision benefiting from the authority absolved from Res judicata. The study which follows brings us to assert that the French constitutional Council and the Serbian constitutional Court are comparable towards the European model of constitutional justice.

Key-words

European Model of constitutional Justice - Control of constitutionality - French constitutional Council - Serbian constitutional Court - Constitution of the Republic of Serbia of October 30th, 2006 - Constitution of the 5th French Republic of October 4th, 1958 - French constitutional Law of July 23rd, 2008 - Hans Kelsen - constitutional Jurisdiction, Appointment of the Judges, abstract and concrete Control, checks a priori and a posteriori - Exception of unconstitutionality - Binding Force of the Res judicata.

Le 27 mai 2009, les Présidents des Républiques française et serbe inaugurent aux Invalides à Paris une plaque commémorant les liens scellés sur les champs de bataille du front d'Orient pendant la Première Guerre mondiale, puis dans la résistance au nazisme. Bien décidé à affirmer l'historique amitié franco-serbe et à œuvrer pour l'Etat de droit en Serbie ainsi que pour son adhésion à l'Union européenne, le Président Tadić revient sur le modèle historique qu'est la France à l'égard de la Serbie.¹

L'actualité² attire toutefois notre attention vers une différence notable entre la Constitution française qui garantit, dans son Art.4 al3, « les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » et l'Art. 5 al2 de la Constitution serbe qui interdit les partis politiques incitant à la haine raciale, nationale ou religieuse et qui charge la Cour constitutionnelle (Art. 167) de déclarer l'inconstitutionnalité du parti en question. Cette hypothèse de

¹ « France et Serbie réconciliées malgré le Kosovo », *Libération*, 28 mai 2009

² Le 25 septembre dernier, le procureur de la République de Serbie Slobodan Radovanović a adressé à la Cour constitutionnelle une demande d'interdiction de deux mouvements ultra-nationalistes accusés de propagation de la haine, V. Radio Srbija du 25 septembre 2009, disponible sur <http://glassrbije.org> et « Serbie : deux groupuscules interdits », disponible sur <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2009/09/25>

dissolution de parti politique³ existe aussi en France, mais au niveau législatif et est donc susceptible de recours⁴, ce qui n'est pas le cas en Serbie.

L'étude des systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire le droit comparé, permet de réduire le nombre des divergences juridiques consécutives à des circonstances temporaires ou contingentes.⁵ Il n'existe pas, en effet, un système unique et universel de droit même si certains sont désignés comme étant de véritables modèles. Malgré le développement récent de droits devant être considérés comme étant universels, chaque société dispose encore aujourd'hui d'un système juridique spécifique. Chaque nation reste marquée par ses traditions, sa culture, sa langue, son histoire et la religion de sa majorité. Cependant, les différences entre les systèmes juridiques ne doivent pas faire oublier une tendance permanente à l'unification du droit, notamment lorsqu'il est question de la garantie de l'Etat de droit et de la conformité aux exigences posées par les droits européen et communautaire.

Le critère essentiel d'une société juste, équitable et démocratique est le règne du droit et l'exclusion de l'arbitraire. Plus une société évolue, plus celle-ci utilise des mécanismes juridiques afin que chacun, même le sommet de l'Etat, soit soumis au droit. Progressivement l'arbitraire du pouvoir, le pouvoir discrétionnaire de l'administration ont tendance disparaître. Fidèle reflet de la mentalité, évoluant au fur et à mesure du déroulement de l'histoire, le droit s'adapte aux nécessités, notamment à la psychologie de la société toute entière.⁶ Et, « par la nature même des choses, la justice constitutionnelle est comme un miroir où se reflète – fragmentaire mais sans doute fidèle – l'image des

³ L'expression « partis politiques incitant à la haine raciale, nationale ou religieuse » utilisée est la même en France et en Serbie.

⁴ V. sur ce thème, Commission de Venise, *L'interdiction des partis politiques et les mesures analogues*, CDL-INF(1998)014, juin 1998

⁵ E. LAMBERT, « Conception générale et définition de la Science du Droit comparé », *Procès-verbaux des séances et documents*, Congrès international de droit comparé, 1905, p. 26

⁶ P. GELARD, « Droit comparé et psychologie des peuples », *Revue de psychologie des peuples*, 1^e trimestre 1970, p. 23-24

luttés politiques suprêmes d'un pays – qu'elle a précisément pour effet de transformer en dernière analyse en litiges de droits. »⁷

Si dans la plupart des Etats socialistes d'avant 1989 le contrôle de constitutionnalité des lois est exercé par la législateur lui-même et « ne représente pas une fonction particulière et distincte, mais la part de la fonction de contrôle général qu'exerce le corps représentatif suprême en tant qu'expression de la volonté souveraine du peuple »⁸, la Yougoslavie titiste se démarque de ses voisins en instaurant, dès 1963, une Cour constitutionnelle inspirée du système autrichien du contentieux constitutionnel⁹.

Cette nouvelle institution voit le jour dans le but d'assurer la protection des droits du citoyen et l'unité du système social et politique yougoslave, par le biais du contrôle de la constitutionnalité des lois et autres actes émanant de l'assemblée fédérale et des assemblées des Républiques.¹⁰ Tout au long de son existence, l'essentiel de son activité consiste à résoudre les conflits de compétence entre la Fédération et les Républiques¹¹; non seulement parce qu'il est alors difficilement envisageable pour l'assemblée fédérale et le conseil exécutif d'accepter un contre-pouvoir¹², mais surtout parce que les questions pratiques relatives au fédéralisme sont de plus en plus complexes et fréquentes¹³.

⁷ Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse 1928, Réed. Economica, coll. « Droit positif », 1986, p. 294 « Par la nature même des choses, la justice constitutionnelle est comme un miroir où se reflète – fragmentaire mais sans doute fidèle – l'image des luttes politiques suprêmes d'un pays – qu'elle a précisément pour effet de transformer en dernière analyse en litiges de droits. »

⁸ P. NIKOLIC, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans les pays socialistes » in JOLOWICZ J.A., *Le contrôle juridictionnel des lois*, Economica, 1986, p. 80

⁹ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Trad. R. DAVID, Paris, Economica, 1990, p. 199

¹⁰ KARDELJ, E., « Les principes de l'avant-projet de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie », *Questions actuelles du socialisme*, n°66-67, 1962, p. 52-53

¹¹ Comme le prévoyait l'article 241 de la Constitution de la RSFY de 1963

¹² LEBON, V., *Le constitutionalisme européen*, Presses Univ. Limoges, Coll. Droit public, 2007, p. 90.

¹³ On voit mal comment « les rapports entre la commune d'une part, la République socialiste fédérée et le Fédéralisme d'autre part, n'ont rien de hiérarchique » alors que

Afin de garantir la hiérarchie des normes au niveau fédéré, et surtout la répartition des compétences entre République et Provinces autonomes, une Cour constitutionnelle est instituée en République socialiste de Serbie cette même année.

La Serbie peut donc se targuer d'une expérience certaine, en matière de contentieux constitutionnel, du point de vue de la durée, comparable à celle de la France et son Conseil constitutionnel créé en 1958.¹⁴ Toutefois, l'apport de la justice constitutionnelle en ce qui concerne la garantie de l'Etat de droit n'est pas comparable ; d'abord parce que la justice constitutionnelle de la Yougoslavie socialiste entre 1963 et 1990 est presque entièrement dévouée aux controverses liées aux compétences des organes fédérés, provinciaux et locaux et ensuite, parce que la Cour constitutionnelle serbe, telle qu'elle est envisagée par la Constitution de 1990, présente de fortes lacunes en ce qui concerne la conformité des traités internationaux et des autres textes ayant valeur législative avec la Constitution.¹⁵ Enfin, les premières décisions de la Cour constitutionnelle serbe, en ce qui concerne l'Etat de droit, ayant eu un grand impact sur la société, ne remontent qu'à 2003.¹⁶

En plus d'avoir été réenvisagées sérieusement ces trois dernières années (en Serbie suite à l'adoption de la nouvelle Constitution du 30 octobre 2006 et en France suite à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁷), le Conseil constitutionnel français et la Cour

sont affirmées en même temps la supériorité, l'omnipotence et la compétence générale de la législation fédérale. Institut de droit comparé de Belgrade, *Le Fédéralisme yougoslave*, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1967, p. 46, et p. 77. Les modifications de 1968 et de 1971, ainsi que la Constitution de 1974 ne permettent pas, non plus, de clarifier la situation.

¹⁴ Suite au relatif échec du Comité constitutionnel créé en 1946, V. « Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958 : avis et débats du Comité consultatif constitutionnel », La Documentation française, 1960, 225 p.

¹⁵ NIKOLIĆ, P., « La justice constitutionnelle et le contrôle des lois », *Festschrift für Theo Öhlinger*, Wien, Manfred Stelzer und Barbara. Weichselbaum eds., 2004, p. 314-323

¹⁶ NENADIĆ, B., VUKIĆ, « The Impact of the Practice of the Constitutional Court on Society », Rapport remis lors de la session de janvier 2009 de l'Association des Cours ayant en Partage l'Usage du Français, Cape Town.

¹⁷ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Cinquième République, *Journal officiel de la République française*,

constitutionnelle serbe présentent la particularité commune de ne pas être désignées par le constituant comme étant des juridictions.¹⁸ Il semblerait pourtant que, sans les présenter comme tels, la France et la Serbie entendent faire de leur organe chargé du contrôle constitutionnel non seulement un contre-pouvoir mais aussi une juridiction selon le modèle européen.

L'avènement de la justice constitutionnelle européenne se présente comme l'aboutissement d'une lente évolution des idées et du concept de démocratie. Le positivisme constitutionnel d'Hans Kelsen consacre à partir de la théorie de la construction du droit par degrés, l'exigence d'un contrôle de constitutionnalité, exercé par une juridiction unique, pour garantir le principe de la hiérarchie des normes et la cohérence de l'ordre juridique. Ne sanctionnant pas, de manière politique le contenu de la loi, le juge constitutionnel doit être considéré comme un « aiguilleur » indiquant la voie constitutionnelle à suivre. Les catégories grâce auxquelles il est possible de qualifier le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle serbe doivent être envisagées comme des « idéal-types ». Ainsi, le concept de justice constitutionnelle de type européen ne renvoie pas à un concept normatif de droit positif, mais à une notion descriptive qui relève de l'analyse comparée des systèmes institutionnels.¹⁹

Le modèle européen de justice constitutionnelle se caractérise tout d'abord par l'exercice d'un contrôle concentré, confié à une juridiction constitutionnelle spécifique, disposant d'un monopole

24 juillet 2008. Articles 4, 6 en particulier modifiant les Articles 11, 16 de la Constitution de la Cinquième République. Et les Articles 29 et 46-1 de la loi constitutionnelle créant un nouvel Article 61-1 permettant l'exception d'inconstitutionnalité.

¹⁸ Art. 166 de la Constitution serbe de 2006 : The Constitutional Court shall be an autonomous and independent **state body** which shall protect constitutionality and legality, as well as human and minority rights and freedoms. Toutefois, il convient de noter que pour être élu membre de la Cour constitutionnelle, selon l'Art. 172, il est nécessaire de justifier de quarante ans d'expérience en tant que juriste. A propos du Conseil constitutionnel français, V. LUCHAIRE, F., « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? » in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* p.27-52, 1979

¹⁹ JOUANJAN.O, « Le conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, p. 73-74

d'interprétation de la Constitution (I). Il fait place à l'intervention d'un contrôle par voie d'action, déclenché par des autorités publiques ou politiques, la décision rendue bénéficiant de l'autorité absolue de chose jugée (II). A la différence du modèle américain de justice constitutionnelle, les systèmes serbe et français témoignent d'un contrôle abstrait même si un contrôle concret, certes, très spécifique, peut être envisagé. Ces éléments en plus d'être communs à la Cour serbe et au Conseil français, constituent ce que l'on peut considérer comme le fonds commun des systèmes rattachés au modèle européen de justice constitutionnelle, même si celui-ci s'avère de moins en moins rigoureusement suivi.

I- Un contrôle constitutionnel exercé par une juridiction constitutionnelle spécifique

A- Un organe spécifiquement chargé du contrôle de constitutionnalité

Pour Hans Kelsen, en Europe, les juges, étant formés au respect des lois, ne peuvent être que dans une position institutionnelle et politique faible qui ne peut pas leur donner l'autorité nécessaire pour assurer la tâche difficile du contrôle des lois. Seule la création d'une instance unique et spécialisée dans le contentieux constitutionnel peut permettre le bon déroulement de la vie juridique de l'Etat. Ce système permet d'éviter les interprétations constitutionnelles divergentes pouvant apparaître entre les tribunaux, et aux différents moments d'un procès. Une juridiction constitutionnelle unique permet d'assurer l'unité jurisprudentielle.²⁰

La Serbie et la France suivent ce premier principe d'unicité de l'organe d'Etat chargé du contrôle constitutionnel même s'il n'est pas explicitement affirmé dans les textes constitutionnels. En effet, à la lecture de l'article 166 de la Constitution serbe²¹ et de l'article 61 de la

²⁰ KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257.

²¹ Art. 166 de la Constitution serbe de 2006, "The Constitutional Court shall be an autonomous and independent state body which shall protect constitutionality (...)"

Constitution française²², seuls la Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel sont désignés comme étant l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité.

Même si l'affirmation du principe d'unicité de l'organe chargé du contrôle constitutionnel en France et Serbie repose sur un non-dit, elle ne pose aucune difficulté. Sur ce point, aucun doute n'est possible quant à l'adhésion des Cour et Conseil constitutionnels au modèle européen. Il n'en est pas de même en ce qui concerne leur position vis-à-vis de l'appareil et en ce qui concerne leur qualification de juridiction.

En Serbie et en France, conformément au modèle européen, ce « juge » constitutionnel unique se distingue des juridictions ordinaires dans la mesure où il se situe en dehors de l'appareil juridictionnel. Sa place dans les textes constitutionnels en témoigne. Dans la Constitution serbe de 2006, la Cour constitutionnelle est envisagée au Titre VI (Art. 166-175) après le Titre V point 7 relatif au pouvoir judiciaire. En France, le Titre VII (Art. 56-63) de la Constitution de 1958 distingue clairement le Conseil constitutionnel de l'autorité judiciaire dont les modalités d'ordre constitutionnel sont traitées au titre suivant.

Représentatifs du type européen du contrôle, en opposition avec le système américain, la Cour et le Conseil ne se trouvent pas au sommet de la hiérarchie juridictionnelle. En effet, la Constitution serbe annonce clairement dans son Article 143 que la Cour de cassation est la seule cour suprême en République de Serbie²³. En France, la situation diffère en ce sens que seul le Conseil d'Etat (la plus haute juridiction en matière administrative) est désigné comme étant, selon le code de

²² Art. 61 de la Constitution française de 1958, « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, (...) »

²³ « The Supreme Court of Cassation shall be the Supreme Court in the Republic of Serbia. »

justice administrative, une juridiction suprême²⁴. Cependant elle n'a aucune autorité en matière judiciaire, les pourvois en cassation en matière civile (droit de la famille, responsabilité civile, contrats, commerce et droit social) et criminelle ne pouvant être portés que devant la Cour de Cassation.²⁵

Toutefois, l'extériorité et l'indépendance de la juridiction constitutionnelle par rapport à ce que l'on peut appeler l'appareil juridictionnel ordinaire ne peuvent suffire à caractériser la relation existant entre eux. En effet, une telle relation existe forcément puisque dans le cas contraire, on serait face à deux ordres juridiques indépendants : celui de la matière constitutionnelle monopolisée par l'organe chargé de son contrôle et celui de la matière laissée aux juridictions ordinaires. Dans la description du « modèle kelsenno-européen », ces rapports sont fait de séparation et d'extériorité. La justice constitutionnelle suppose l'existence d'une juridiction distincte du système judiciaire ordinaire, caractérisée notamment, par une composition différente.²⁶

B- La composition de l'organe chargé du contrôle constitutionnel

Du point de vue des règles relatives à la composition du Conseil constitutionnel français, les singularités françaises ne sont pas minces par rapport aux juridictions constitutionnelles européennes²⁷ et en particulier avec la Serbie. Si la France distingue parfaitement justice constitutionnelle et justice ordinaire de par la désignation de ses

²⁴ DELVOLLE, P., « Le Conseil d'Etat, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, n°123 2007/4, p. 51-60

²⁵ Code de l'organisation judiciaire. Livre IV art. L411-1 et s., R121-1 et s. Etant précisé que la Cour de Cassation n'est à aucun moment désignée comme étant une Cour suprême.

²⁶ LOPEZ GUERRA, L., « Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle », in Conseil de l'Europe, *Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit: actes du Séminaire UniDem organisé à Bucarest du 8 au 10 juin 1994*, 1994, p. 22 et s.

²⁷ FROMONT, M. « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 167.

membres, la Serbie se rallie aux choix opérés par les autres Etats européens.

En France, l'existence des « membres de droit » en la personne des anciens présidents de la République²⁸ est davantage qu'une simple particularité. Aujourd'hui deux membres perpétuels siègent aux délibérations des affaires.²⁹ Ceci a pour conséquence de créer deux formations de jugement distinctes, l'ordinaire et la solennelle, en fonction de l'intérêt porté par les anciens présidents aux affaires soumises à délibération. Cette règle d'appartenance des anciens chefs de l'État à la juridiction constitutionnelle est absolument unique en Europe.³⁰

Il en est de même en ce qui concerne le principe exclusif de nomination des neuf membres ordinaires du Conseil Constitutionnel.³¹ Ces derniers font l'objet d'une décision discrétionnaire de nomination par l'une des trois autorités désignées par l'Article 56 (Président de la République, Président du Sénat et Président de l'Assemblée nationale), qui ne peut faire l'objet d'aucun recours³². Dans aucun autre pays européen un tel système exclusif de nomination n'a été retenu.

Il en est de même en ce qui concerne l'absence de condition quant à la qualité des personnes nommées.³³ La Serbie, dans ce cadre, se démarque de la France et suit la théorie kelsenienne pour qui, il « est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la

²⁸ Art. 56 « En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil Constitutionnel les anciens Présidents de la République. »

²⁹ Il s'agit des anciens Présidents Valéry Giscard d'Estaing, membre depuis 1981 et Jacques Chirac, membre depuis 2007

³⁰ JOUANJAN, O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », *Jus Politicum*, n°2, 2009, p. 12

³¹ Art. 56 « Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat. »

³² Il s'agit, selon le Conseil d'Etat d'un acte de gouvernement non susceptible de recours, CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Revue Française de droit administratif*, 1999, p. 566,

³³ Commission de Venise, *Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles*, CDL-JU (97) 10 rév., p. 6

juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession »³⁴. En effet, l'article 172 de la Constitution serbe précise que chaque juge de la Cour constitutionnelle doit être élu et désigné parmi les juristes les plus réputés et qui justifient de quarante ans de pratique du droit.³⁵ Malgré le flou de la terminologie employée par la Constitution (juristes réputés)³⁶, celle-ci a toutefois le mérite d'exiger de ses juges constitutionnels qu'ils soient juristes de formation et de profession.

Plus importante, à notre avis, est la trop grande exigence, quant aux qualités de juriste, dont fait preuve la Constitution serbe. En fixant à quarante ans la durée de l'expérience juridique des futurs membres de la Cour constitutionnelle serbe, on peut avoir l'impression que le but poursuivi est d'empêcher les nouvelles générations à accéder à des fonctions importantes.

Le juge constitutionnel en France et en Serbie n'est donc pas forcément un magistrat de profession mais dans le premier cas, il n'est pas forcément juriste même si, souvent, sont nommés d'éminents juristes, professeurs de droit ou femmes et hommes politiques rompus aux questions juridiques³⁷, alors que dans le second, il l'est forcément.

Pour ce qui est du mode de désignation des juges, la Constitution serbe suit les recommandations de Kelsen, pour qui, il est essentiel que le Parlement soit associé à la désignation des juges constitutionnels.³⁸ En effet, l'article 172 prévoit que parmi les quinze juges

³⁴ KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public*, 1928, p. 227

³⁵ Art. 172, "A justice of the Constitutional Court shall be elected and appointed from among the prominent lawyers who have at least 40 years of experience in practicing the law."

³⁶ Commission de Venise, *Draft Law on the Constitutional Court of Serbia*, Opinion no. 445/2007, CDL (2007)067, 25 juillet 2007

³⁷ FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *Revue du droit public*, 1989, p. 399-411

³⁸ Il penchait pour un système d'élection parlementaire sur proposition gouvernementale. KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op.cit.*, p. 227

constitutionnels choisis et désignés pour une période de neuf ans : cinq juges sont nommés par l'Assemblée nationale, parmi les dix candidats proposés par le Président de la République ; cinq autres sont nommés par le Président de la République, parmi les dix proposés par l'Assemblée nationale ; et les cinq derniers juges sont nommés lors d'une session générale de la Cour de Cassation, parmi dix candidats proposés par Haut Conseil de la magistrature³⁹ et par le Conseil du Procureur de la République de Serbie⁴⁰. Ce système de désignation favorise une représentation équilibrée des diverses forces politiques et éléments nationaux puisque, dans chacune des listes proposées de candidats, un des candidats nommés doit provenir d'une des provinces autonomes.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, les autorités françaises chargées de nommer les juges du Conseil ont, tout au long de la Cinquième République, fait en sorte que les diverses forces politiques soient représentées en ne désignant pas forcément une personnalité attachée au même parti politique. Certes, les personnalités qui en désignent les membres les choisissent parmi leurs amis et personnels mais les membres du Conseil constitutionnel sont parfaitement libres de leurs décisions. En effet, rien n'a empêché, par exemple, le président du Sénat Gaston Monnerville, radical socialiste, de désigner le gaulliste René Cassin comme membre du Conseil en 1960.⁴¹ Même si l'on peut affirmer que, dans la plupart des cas, les autorités chargées de la nomination des membres respectent une certaine orientation politique, il faut bien reconnaître que celle-ci ne commande pas nécessairement leur raisonnement juridique.

La novation introduite par la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008, qui soumet les nominations des membres du Conseil constitutionnel à avis public des commissions parlementaires, constitue sans doute un progrès. Toutefois, il nous apparaît limité. Concrètement, les nominations envisagées par le Président de la République feront l'objet d'une consultation de la commission compétente dans chacune

³⁹ Titre V point 8 de la Constitution de 2006

⁴⁰ Titre V point 9 de la Constitution de 2006

⁴¹ LUCHAIRE, F., « Le Conseil constitutionnel et l'alternance politique », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°57, 2004, p. 9-21

des deux assemblées, les nominations proposées par les présidents des assemblées feront l'objet d'un avis rendu par la commission compétente de l'assemblée concernée ; la ou les commissions concernée(s) pourront opposer un veto définitif à la majorité qualifiée des 3/5 des suffrages exprimés. Toutefois, il devrait pouvoir instaurer, en amont de la nomination, un certain débat public qui finira par rompre le système du silence, de la spéculation et de la surprise qui tient aujourd'hui lieu de procédure de nomination des juges constitutionnels français. Le nouveau système, résultant de la combinaison des articles 13 et 56 de la Constitution modifiée, doit encore être mis en place par une loi organique avant de pouvoir être mis en application.⁴²

C- Une juridiction chargée du contrôle constitutionnel

Sans aucun doute, avec la création du Conseil Constitutionnel, la Constitution de 1958 avait certainement comme intention d'instituer un nouveau pouvoir public constitutionnel. Cependant, aucun mot de ce texte n'indiquait qu'à cet organe était attachée la qualité de juridiction. Ce qui n'est pas le cas de la Serbie. En effet, dans le texte français il n'est nulle part qualifié de juridiction, ses membres ne sont pas dits « juges » mais « membres » et sa fonction n'est pas précisée en tant que fonction juridictionnelle. En Serbie, l'organe équivalent est tout de même qualifié de Cour constitutionnelle, il est composé de juges et le terme « juridiction » se rencontre à plusieurs reprises dans les intitulés du Titre VI, même s'il n'est pas précisément désigné comme tel. Dans la Constitution française, rien dans le texte ne va dans ce sens. Cependant, aucun élément du texte ne nous permet d'aller dans le sens contraire.

Dès ses débuts, la doctrine publiciste française s'est posé la question de savoir si le Conseil constitutionnel était une juridiction.⁴³ En effet, il importe au nouvel organe de la Cinquième République

⁴² LEVADE, A., « La révision du 23 juillet 2008, Temps et contretemps », *Revue française de droit constitutionnel*, n°78, 2009-2, p. 299-316

⁴³ ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 7ème éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 53 et s.,

d'affirmer sa légitimité dans le système et la qualité de juridiction pouvait l'aider à revêtir des qualités telles que l'indépendance, l'impartialité ou une volonté de simple application du droit au-delà de toute opportunité politique. Face au Conseil apparut une doctrine qui avait besoin de légitimer une activité nouvelle consistant à commenter les décisions du Conseil et à transformer ainsi le droit constitutionnel français. Ces deux mouvements se renforcèrent mutuellement et firent du Conseil constitutionnel une juridiction éminente. Une juridiction d'autant plus éminente que, selon Olivier Jouanjan, elle ne pouvait que passer dans le schéma théorique ultime de légitimation, dans le « modèle kelsénien de la justice constitutionnelle », expression qui fut donnée pour équivalent de « modèle *européen* de justice constitutionnelle ».⁴⁴

II- Un contrôle par voie d'action, bénéficiant de l'autorité de la chose jugée

Déterminer l'ampleur de l'autorité que revêtent les interventions du Conseil et de la Cour ne constitue pas une chose aisée car contentieux et juridiction – qu'ils soient constitutionnels ou non – n'ont pas la même signification. Une juridiction a pour fonction principale de dire le droit, l'élément essentiel étant l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose donc de façon définitive à toutes les parties en cause. Il y a donc un élément matériel, la juridiction statue en droit, et un élément formel, l'autorité de la chose jugée.

La notion de contentieux, elle, fait intervenir un autre élément qui est celui du litige entre les parties. De ce fait, un contentieux peut être réglé sans aller devant une juridiction et inversement un point de droit peut être jugé sans qu'il y ait un litige.⁴⁵

⁴⁴ JOUANJAN, O., *op.cit.*, p. 7

⁴⁵ . LUCHAIRE, F., « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *op.cit.*, p.

A- Un contrôle par voie d'action de moins en moins abstrait

Il y a, tant en France qu'en Serbie, et conformément au modèle européen, un contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes, dans la mesure où les litiges soumis ne présentent pas la résolution d'un litige particulier antérieur. Certes, le Conseil et la Cour répondent des contestations relatives à la régularité des élections (Art. 59 et Art. 167). Il s'agit dans ce cadre d'une branche du contentieux constitutionnel *Lato sensu* puisque l'objet de ce contentieux est de se prononcer sur la régularité des expressions de la souveraineté nationale telles qu'elles sont prévues par l'article 3 de la Constitution française⁴⁶ et l'article 2 de la Constitution serbe⁴⁷. Cependant, il n'est pas question de contrôle de constitutionnalité, puisque le contentieux de la constitutionnalité ne concerne qu'un certain nombre d'actes limitativement énumérés par la Constitution.

En France, sont soumises, selon l'Article 61, à un contrôle obligatoire de constitutionnalité les lois organiques⁴⁸, les lois prévues à l'article 11⁴⁹ ainsi que les règlements des assemblées, et peuvent être déférées au Conseil constitutionnel les lois ordinaires. En Serbie,

⁴⁶ Art. 3 « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. »

⁴⁷ Art. 2 « La Souveraineté appartient aux citoyens qui l'exercent par le biais du référendum, de l'initiative populaire et de l'élection libre de ses représentants. »

⁴⁸ En France, une loi organique est une loi complétant la Constitution afin de préciser l'organisation des pouvoirs publics. Une loi organique est, dans la hiérarchie des normes, placée en-dessous de la Constitution mais au dessus des lois ordinaires. La Constitution n'indique pas avec précision les domaines sur lesquels peuvent porter les lois organiques, qui sont simplement définies comme les « lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques ». Elle donne toutefois à ces lois un mode d'adoption et de modification qui les distingue des lois ordinaires (Art. 46 de la Constitution)

⁴⁹ Art. 11 de la Constitution de 1958, « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. »

l'Article 167 énonce que les lois, les traités internationaux ratifiés⁵⁰ et les statuts des Provinces autonomes, ainsi que tout « acte général »⁵¹ émis par l'Etat, les collectivités locales, organisation détentrices de prérogatives de puissance publique, partis politiques ou associations sont susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité selon le modèle kelsenien, implique une confrontation entre deux normes générales, l'une constitutionnelle et l'autre législative, le juge statuant sur la loi en elle-même et non sur son application dans un litige particulier. Il faut toutefois constater l'aspect concret de contrôle, amplement envisagé dans les constitutions européennes, commence à être envisagé tant en France qu'en Serbie.

Si pendant longtemps on a pu lire que, de ce point de vue, c'est la France et son contrôle exclusivement abstrait et *a priori* qui se rapproche le plus du modèle kelsenien initial, la révision constitutionnelle de 2008 témoigne d'un rapprochement de la France d'avec les autres cours européennes. La possibilité de saisine du Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes d'une question de la constitutionnalité soulevée au cours d'une instance devant les tribunaux ordinaires étant transmise par ces derniers aux juridictions suprêmes, introduit une part de contrôle concret dans le système français.

Actuellement, en France, la situation est la suivante : un juge ordinaire confronté à des dispositions législatives qu'il estime contraires à la Constitution est contraint de les appliquer alors même que, si le Conseil constitutionnel avait été saisi dans le cadre du contrôle *a priori* dont il a la charge en vertu de l'article 61, ces mêmes dispositions

⁵⁰ Qui constitue une nouveauté puisque, jusqu'en 2006, la Cour constitutionnelle de Serbie est une cour constitutionnelle que l'on peut qualifier de fédérée et que la Charte constitutionnelle de 2003 ne précise pas si les cours des Etats membres de la Communauté étatique doit exercer un tel contrôle des lois adoptées au niveau fédéré. V. NIKOLIĆ, P., « La justice constitutionnelle et le contrôle des lois », *Festschrift für Theo Öhlinger*, Wien, Manfred Stelzer und Barbara. Weichselbaum eds., 2004, p. 318

⁵¹ L'expression a probablement été choisie pour éviter, comme pendant la période 1990-2000, que des textes ne se présentant pas comme étant des lois mais ayant force de loi échappent au contrôle. *Ibid*, p. 320

n'auraient pu être promulguées, conformément à l'article 62. Le caractère facultatif du contrôle de constitutionnalité, soumis à la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire des auteurs des saisines, ne permet pas d'assurer le respect absolu de la Constitution par l'ensemble des lois votées dès lors que toutes ne sont pas nécessairement déférées au Conseil constitutionnel⁵². L'ordonnement juridique français est donc susceptible de contenir des lois inconstitutionnelles. En Serbie, étant donné l'ampleur des textes soumis au contrôle de la Cour, tant *a priori* qu' *a posteriori*, et sa possibilité de saisine particulièrement large⁵³ allant jusqu'à permettre la Cour à se saisir elle-même⁵⁴, tout est fait pour éviter ce genre de situation.

L'introduction d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité constitue un outil permettant de remédier à cette situation insatisfaisante et ainsi se conformer plus rigoureusement aux exigences de l'Etat de droit. Permettre au justiciable de soulever, à l'occasion d'un procès devant une juridiction au civil, au pénal, au commercial ou une juridiction administrative, de l'inconstitutionnalité d'un texte en forme législative qui lui a été appliqué, constitue une avancée majeure. En premier lieu, il est permis de pallier au caractère facultatif du contrôle en donnant la possibilité au justiciable de contrevenir à l'inertie des autorités détentrices du pouvoir de saisine de l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité. En deuxième lieu, il permet de revoir l'ordonnement juridique en ouvrant la possibilité d'écarter l'application des textes en forme législative adoptés avant l'instauration des Constitutions. En France, pour l'instant, ces textes ne peuvent être soumis à un réel contrôle de constitutionnalité, faute pour les précédents régimes d'avoir prévu un tel mécanisme.⁵⁵ Enfin,

52 GENEVOIS, B., « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, 2002, p. 524

53 Art. 168 et Art. 29 de la Loi relative à la Cour constitutionnelle, Official Gazette of the Republic of Serbia", no.109/07, qui reste toutefois, selon la Commission de Venise, trop largement soumise à la discrétion de la Cour, V. Venice Commission, *Draft Law on Constitutional Court of the Republic of Serbia*, opinion 445/2007, CDL (2007) 065, §5.

54 Art. 168 de la Constitution ; V. sur ce thème, PLAVSIC, N., "Abstract and concrete control of constitutionality and legality : Serbian model", *Comparing Constitutional Adjudication*, 3rd edition, 2008.

55 FAVOREU, L., « La question préjudicielle de constitutionnalité, Retour sur un débat récurrent », *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J., 1999, p. 265

l'instauration d'un contrôle *a posteriori*, donnant au juge la possibilité d'interpréter des textes anciens en fonction d'une perception actualisée des exigences constitutionnelles⁵⁶, permet d'assurer une confrontation des lois aux principes constitutionnels tels qu'interprétés conformément aux évolutions des besoins de la société et aux évolutions en matière de droits de l'homme et des libertés fondamentales.

B- L'autorité de la chose jugée en matière constitutionnelle

Une fois opérée la comparaison des normes, la décision de conformité ou de non-conformité de la norme vaut à l'égard de tous. Cependant, l'autorité de la chose jugée ne peut s'attacher qu'à un jugement. Or, on l'a vu, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle serbe ne sont pas qualifiés de juridiction. Cette qualification permet de déterminer si la décision rendue détient l'autorité de la chose jugée et donc, d'une autorité toute particulière.

Quand aucun texte ne permet d'affirmer clairement qu'une décision revêt l'autorité de chose jugée, il faut rechercher d'autres éléments de juridictionnalisation ; la simple réponse à une question de droit ne peut suffire car même dans le cadre d'un simple avis, il peut être question d'interprétation de la loi.

En France et en Serbie, (Art. 62 et Art. 166) les décisions rendues par le Conseil et la Cour sont déclarées comme n'étant susceptibles d'aucun recours. Ces dispositions nous amènent donc à rechercher quelles sont les interventions disposant de l'autorité fondée sur les articles 62 et 166.

Les deux articles reconnaissent cette autorité particulière aux seules « décisions » rendues par l'institution. On peut considérer donc que sont exclus de cette autorité particulière : les avis, c'est-à-dire les interventions du Conseil français en vertu de l'article 16 de la Constitution⁵⁷ ainsi que les conseils quant à l'organisation d'un

⁵⁶ GENEVOIS, B. *op. cit.* p. 524

⁵⁷ « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président

référendum ou d'une élection⁵⁸ et les rapports (prévus à l'article 219 du Règlement de l'Assemblée nationale serbe et à l'article 105 du Règlement de la Cour constitutionnelle) remis par la Cour serbe à l'Assemblée.

Les déclarations⁵⁹, évaluations⁶⁰, examens, proclamations⁶¹ et prévisions⁶² ne constituent pas des avis car, ils se suffisent à eux-mêmes pour influencer l'ordonnancement juridique. En effet, si une loi est considérée comme contraire à la Constitution elle ne peut être mise en application (Article 62 de la Constitution française et 168 al 3 de la Constitution serbe). En France, la loi ne peut tout simplement pas être promulguée et en Serbie, tout acte considéré comme inconstitutionnel cesse d'être effectif à la date de publication de la décision de la Cour.

Les Articles 62 de la Constitution française et 166 de la Constitution serbe constituent les « clefs » du dispositif puisque, les décisions du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autres autorités administratives et juridictionnelles et les décisions de la Cour s'imposent à tous.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé très tôt sur le sens à donner à l'Article 62, dans sa décision du 16 janvier 1962⁶³, en précisant d'abord que les décisions visées par ces dispositions s'attachent non seulement à leur dispositif mais aussi à leurs motifs, qui en constituent le fondement. Cependant, ce n'est qu'à la fin des années

du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. »

⁵⁸ V. sur ce thème, COLLIARD, J-C., « Le Conseil constitutionnel conseiller en matière électorale », in OWEN, B., *Le processus électoral: permanences et évolutions : réflexions à partir des actes du colloque réuni au Sénat le 22 novembre 2005*, Studyrama, 2006, p. 52-61

⁵⁹ Art. 62 de la Constitution française « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. »

⁶⁰ Art. 168 de la Constitution serbe « Une procédure d'évaluation de la constitutionnalité ne peut être instituée que par un organe d'Etat... »

⁶¹ Art. 58 de la Constitution française « Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. »

⁶² Art. 171 de la Constitution serbe, « La Cour doit prévoir dans ses décisions la façon dont elles doivent être exécutées... »

⁶³ Décision de principe n°62-18L, 16 janvier 1982, *Recueil*, p. 31

quatre-vingts que le juge constitutionnel français revient sur ce point en précisant la nature de cette autorité : « vis-à-vis des juridictions tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ont une autorité comparable à la chose jugée. »⁶⁴ Enfin, à l'occasion de la décision du 20 juillet 1988⁶⁵, le juge français affine sa conception de l'autorité de la chose jugée. Face aux parlementaires qui argumentent leur saisine en soutenant que la loi contredit l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue auparavant, le Conseil répond que l'autorité de la chose jugée ne peut être que stricte, ne concerne que les motifs et dispositifs soutenant précisément la décision et cette autorité ne s'attache qu'à la déclaration d'inconstitutionnalité, pas à ce qui a été déclaré conforme à la constitution. Ainsi le Conseil a réussi à éviter de délivrer ce que l'on pourrait appeler un « brevet général de conformité » et de se lier lui-même pour une trop longue durée.⁶⁶

En Serbie, depuis la Constitution de 1990, la décision de la Cour, constatant la non-conformité de la loi à la Constitution, revêt un « effet cassatoire direct »⁶⁷ étant donné la possibilité du contrôle *a posteriori*. En effet, une fois déclarée inconstitutionnelle, cette loi cesse d'être valable le jour même où la décision est publiée au Journal officiel de la République de Serbie. Outre le fait que ses dispositions ne peuvent plus s'appliquer, l'exécution d'actes individuels passés en force de chose jugée, si ces actes sont rendus sur la base des lois censurées, doit être interrompu. Toute personne dont le droit est lésé par un acte individuel rendu en vertu de la loi déclarée inconstitutionnelle, peut exiger auprès de la juge ordinaire l'annulation de l'acte en question, que celui-ci ait force de chose jugée ou non.⁶⁸

⁶⁴ Rapport de la délégation française lors de la VIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes de Lisbonne, 26-30 avril 1987, « Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit administratif*, 1987, p. 861

⁶⁵ Décision 88-244 DC, du 20 juillet 1988, *Recueil*, p. 119

⁶⁶ Centre de recherches critiques sur le droit de Saint-Etienne, *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Université de Saint-Etienne, 1991, p. 211

⁶⁷ Selon l'expression du Professeur émérite Pavle NIKOLIĆ, dans son article, « La justice constitutionnelle... » précité.

⁶⁸ *Ibid* p. 322-323

En pratique, si aucune difficulté, d'un point de vue théorique, ne se pose en ce qui concerne l'autorité des déclarations d'inconstitutionnalité effectuées *a posteriori*, il n'en est pas de même pour ce qui est du contrôle *a priori*. L'autorité du Conseil et de la Cour, dans leur contrôle *a priori*, provient principalement du fait qu'ils contrôlent la loi en premier, avant sa promulgation. La loi votée déclarée inconstitutionnelle ne pourra jamais être invoquée par, ou devant un juge ordinaire. Cet état de fait unifie cependant considérablement toute la jurisprudence nationale et le processus de constitutionnalisation du droit prend là une forme spécifique, à travers la puissance de la juridiction constitutionnelle sur l'appareil juridictionnel ordinaire, malgré l'absence de supériorité constitutionnellement déclarée de la première sur le second. En effet, du fait de son monopole en matière de décision, du fait de la centralité de la juridiction constitutionnelle dans l'ensemble juridictionnel national, le juge ordinaire est sommé de se plier à ces décisions, selon les constitutions serbe et française.

Toutefois, il apparaît que dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, l'autorité de chose jugée ne revêt qu'une portée strictement délimitée à l'application de la loi contrôlée. En effet, rien de les oblige à se soumettre à ses interprétations. Donc, si l'on peut parler d'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité *a priori*, il n'est pas question d'affirmer qu'existe une autorité que l'on pourrait appeler « de chose interprétée ».

La *doctrine* du juge constitutionnel, privé de tout contrôle sur l'activité des juges ordinaires, ne s'impose donc pas par la force du droit, mais seulement par une éventuelle force de persuasion.⁶⁹ En effet, il ne s'agit pas d'équiper un pouvoir de plus pour le lancer dans des luttes politiques, mais au contraire d'asseoir un pouvoir dans l'État

⁶⁹ HAURIOU, M., *Principes de droit public*, 2^e éd., Tenin, 1916, p. 33 s. « On comprend (...) l'importance constitutionnelle d'une bonne et d'une forte organisation du pouvoir juridictionnel. Il ne s'agit pas d'équiper un pouvoir de plus pour le lancer dans les luttes politiques, il s'agit au contraire d'asseoir un pouvoir dans l'État qui soit en dehors des luttes politiques et dont la grande autorité fasse contrepoids à la politique. » (*Ibid.*, p. 39).

qui soit en dehors de ces luttes et dont la grande autorité fasse contrepoids à la politique.⁷⁰

Partant, une analyse de même type devrait être entreprise s'agissant des rapports entre l'organe chargé du contrôle constitutionnel et les autres branches du pouvoir, législative et exécutive. L'exemple du recours de 1988 devant le Conseil constitutionnel français nous en a donné la preuve.

En allant au-delà du simple examen des procédures de nomination, il serait intéressant de s'attarder sur l'ensemble des réactions réciproques autorisées par chaque système constitutionnel. Notamment, l'ampleur des compétences de la juridiction constitutionnelle quant aux conflits entre organes étatiques mais aussi, entre Etat central et collectivités locales⁷¹ ; la capacité de réaction du législateur ordinaire à travers la modification éventuelle des règles organisant la juridiction constitutionnelle ; et la possibilité pour le pouvoir constituant dérivé de surmonter une décision d'inconstitutionnalité.⁷²

Une telle entreprise aurait donc pour but d'affiner considérablement nos représentations de la juridiction constitutionnelle en précisant les conditions d'une nouvelle analyse institutionnelle, permettant de voir l'institution chargée du contrôle constitutionnel comme un véritable acteur au sein de l'Etat français, et serbe.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 39

⁷¹ Et en particulier les « lois du pays » de Nouvelle-Calédonie française ainsi que les actes pris par Provinces autonomes serbes.

⁷² MAGNON, X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. », *Revue Française de droit constitutionnel*, 2004/3, n° 59, p. 595 s.

Elise BERNARD

Doctorant na Univezitetu Paris III Sorbonne-Nouvelle.

USTAVNI SUD SRBIJE I FRANCUSKI USTAVNI SAVET NA PUTU “MODELA EVROPSKOG USTAVNOG SUDSTVA”

Izučavanje pravnih sistema u različitom vremenu i prostoru, tačnije primena uporednopravnog pristupa, omogućava smanjenje neusklađenosti između datih pravnih sistema koje su prouzorkovane kako nastupanjem prolaznih tako i nepredviđenih okolnosti. Međutim, razlike između pravnih sistema ne isključuju stalnu tendenciju za unifikacijom prava, posebno kada je u pitanju obezbeđivanje vladavine prava i usaglašavanje sa zahtevima evropskog prava i Zajednice.

Uvođenje modela evropskog ustavnog sudstva predstavlja posledicu spore evolucije ideja i koncepta demokratije. Polazeći od teorije postupnog oblikovanja prava, konstitucionalni pozitivizam Hansa Kelzena zahteva vršenje kontrole ustavnosti od strane jedinstvene vlasti, kako bi se zagarantovao princip hijerarhije u standardima i usklađenost pravnog poretka.

Kategorije svojstvene Ustavnom savetu Francuske i Ustavnom sudu Srbije moraju se uzeti kao “idealne”. Dakle, model evropskog ustavnog sudstva ne odbacuje normativni koncept materijalnog prava, već opisno stanovište koje proističe iz uporedne analize institucionalnih sistema.

Evropski model ustavnog sudstva karakteriše, pre svega, posebna ustavna vlast koja vrši koncentrisanu kontrolu, uživajući monopol u tumačenju ustava i mešajući se u kontrolu koju su otpočele političke ili javne vlasti.

Istraživanje koje je ovde prezentovano, navodi nas na zaključak da se Ustavni savet Francuske i Ustavni sud Srbije mogu porediti sa evropskim modelom ustavnog sudstva.

Ključne reči

Evropski model ustavnog sudstva – kontrola ustavnosti- Ustavni savet Francuske –Ustavni sud Srbije – Ustav Republike Srbije usvojen 30. oktobra 2006. – Ustav Pete Francuske Republike donet 4. oktobra 1958. – Ustavni zakon Francuske donet 23. jula 2008. – Hans Kelzen – ustavna vlast, postavljenje sudija, apstraktna i konkretna kontrola, a priori i a posteriori kontrola – prigovor neustavnosti – autoritet presuđene stvari.

Kosana Beker,
MA in Gender and Peace Building

UDK 351.941 (714)
Pregledni naučni rad

ZAŠTITNIK GRAĐANA (OMBUDSMAN) KVEBEKA

Poštovanje prava građana i jednak tretman pojedinaca pred zakonom su postala aktuelna i značajna pitanja nastankom modernih država. Mnogobrojni mehanizmi zaštite su vremenom razvijeni, jedan od njih je svakako i institut obudsmāna – ustanovljen u Švedskoj 1809, pre svega, u cilju zaštite individualnih prava u slučaju njihove povrede od strane birokratije. Koncept obudsmāna se prošrio svetom u drugoj polovini 20. veka. Ovaj članak predstavlja omudsmāna Kvebeka, kao nezavisnog, neutralnog i nepristrasnog arbitra između vlade i građana, koji je odgovoran za zaštitu prava građana putem posredovanja sa službama i agencijama vlade Kvebeka, uključujući i one iz zdravstvenih i društvenih sistema, u cilju ispravljanja svih situacija koje štete građaninu pojedincu ili grupi. Kada je potrebno, omudsmān upućuje preoprake organu uprave, agenciji, ili ustanovi iz sistema zdravstvene i socijalne zaštite da isprave greške, propuste, zloupotrebe ili nepravično postupanje. Ova institucija postiže izvanredne rezultate - naime, više od 20 000 slučajeva je bilo rešeno u 2008. Ombudsman Kvebeka se stara o tome da se omogući ostvarivanje prava svim građanima, posebno prava na kvalitetnu uslugu u razumnom roku, prava da se bude adekvatno informisan, kao i prava pojedinca da se prema njemu uvek postupa sa poštovanjem uvažavajući dostojanstvo njegove ličnosti. Dakle, institut obudsmāna doprinosi jačanju demokratije i vladavine prava i promovise unapređenje usluga za sve građane. Ovaj članak pruža pregled organizacije, vrednosti i principa, ovlašćenja, načina postupanja po predstavkama, kao i vidova međunaordne saradnje u koju je uključen ombudsman. Na kraju su prikazani osnovni ciljevi strtegijskog plana za period 2009-2012.

Ključne reči: ljudska prava; ombudsman, Kvebek

KRATAK ISTORIJAT INSTITUCIJE OMBUDSMANA¹

Poštovanje prava građana i građanki i jednak tretman pred zakonom su teme sa kojima se susrećemo od nastanka modernih država. Mnogi mehanizmi zaštite su se razvili tokom godina, a jedan od njih je i ombudsman, koji od druge polovine XX veka u sistemima u kojima postoji, predstavlja značajnu garanciju zaštiti prava građana i građanki.² Ombudsman - reč koja se odomaćila u mnogim svetskim jezicima, potiče iz staronordijskog jezika, a u današnjem značenju je počela da se upotrebljava od 1809. godine kada je Parlament Švedske imenovao prvog ombudsmana da zaštiti individualna prava građana od (grešaka) rastuće birokratije. Švedski primer je mnogim zemljama poslužio kao model po kojem su osnivane kancelarije ombudsmana u Skandinaviji, Novom Zelandu, Velikoj Britaniji, pojedinim državama SAD i Australije, kao i u kanadskim pokrajinama.³

Istorijski, ombudsman je 'predstavnik naroda'⁴ koji treba da kontroliše rad organa izvršne vlasti, a samim tim i da štiti građane i građanke u slučajevima kršenja prava od strane izvršne vlasti. U engleskom i mnogim drugim jezicima se izraz *ombudsman* upotrebljava u izvornom obliku, dok se u nekim sistemima koriste izrazi „zaštitnik građana“⁵ ili „državni medijator“.⁶

Uobičajeno je da zakonodavna vlast imenuje/bira ombudsmana, ali nakon toga ne može da utiče na njegov/njen rad. Ombudsman bi trebalo da je samostalan i nezavisan organ koji arbitrira između izvršne vlasti i pojedinaca/ki. Kako se koncept institucije ombudsmana širio svetom, tako se i menjao, odnosno, prilagođavao potrebama

¹ U ovom radu će se koristiti termini *ombudsman* i *zaštitnik* u muškom rodu, iako se upotrebljeni termini odnose na osobe oba roda (odnosno, nezavisno od roda), ali su zbog jednostavnijeg pisanja upotrebljeni termini koji su uobičajeni u srpskom jeziku. U svetu se umesto termina ombudsman sve više koristi termin *ombudsperson* koji je rodno neutralan.

² United States Ombudsman Association, **History of the Public Sector**

Ombudsman,

http://usoa.non-profitsites.biz/en/About_Us/history.cfm, pristupljeno 29. jula 2009.

³ **Ombudsman.** (2009). U *Encyclopædia Britannica*. Pristupljeno 17. jula 2009, iz Encyclopædia Britannica Online:

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/428288/ombudsman>

⁴ Reč se sastoji od *ombuds* – predstavnik i *man* – ljudi, narod

⁵ Na primer: Srbija, Kvebek (Protecteur de la Citoyenne)

⁶ Francuska (Mediateur de L'Etat)

pojedinačnih sistema, pa danas imamo ombudsmane na različitim nivoima vlasti (nacionalni – Evropski ombudsman, federalne, republičke, pokrajinske, opštinske...) sa različitim mandatima i ovlašćenjima⁷. Ombudsman je, za građane i građanke, alternativa skupim i komplikovanim sudskim postupcima, jer im je pristupačan i dostupan, a njihovi se problemi najčešće rešavaju brzo i na fleksibilniji način. To je individualna uloga ombudsmana.⁸ Na osnovu iskustva sa pritužbama koje dobija, ombudsman daje preporuke i predloge za promene zakona, akata, i/ili organizacionih struktura koje dovode do kršenja prava. Ovo je kolektivna funkcija ombudsmana.⁹ Preporuke koje daje ombudsman nisu obavezujuće, ali su mehanizmi kojima se obezbeđuje postupanje po preporukama raznovrsni, što u većini sistema rezultira ogromnim procentom poštovanja preporuka i ponašanja u skladu sa njima od strane organa na koje se odnose.

ZAŠTO OMBUDSMAN KVEBEKA?

Ima nekoliko razloga zbog kojih se ovaj rad bavi kvebečkim Zaštitnikom građana¹⁰, ali je najvažniji među njima impresivan broj predmeta koji je rešen u toku prošle godine. Prema podacima iz godišnjeg izveštaja za 2008. godinu¹¹ ova institucija je imala 21330 obraćanja građana i građanki Kvebeka i svi predmeti su rešeni – neki su odbačeni, neki odbijeni, a određen broj pritužbi je usvojen i na osnovu njih su donete preporuke. Pritužbe su se odnosile na 60 državnih institucija i agencija, kao i na 180 različitih ustanova zdravstvene i socijalne zaštite. Iako je Zaštitnik građana u Kvebeku renomirana institucija koja postoji preko 40 godina, te sigurno ima veliki kredibilitet kako kod građanstva tako i kod organa vlasti i institucija

⁷ Na primer u Švedskoj danas postoje sledeći specijalizovani ombudsmani: za jednake mogućnosti, za decu, za osobe sa invaliditetom, protiv diskriminacije zbog seksualne orijentacije i protiv etničke diskriminacije

⁸ Roosbroek, Steven Van and Walle, Steven Van de (2008). **The Relationship between Ombudsman, Government, and Citizens: A Survey Analysis** u *Negotiation Journal*, Vol. 24, No. 3 (juli 2008), pp. 287-302

⁹ Ibid.

¹⁰ Od 2006. godine je to Zaštitnica građana – Rejmond Sent Žermen (Raymonde Saint-Germain)

¹¹ <https://www.protecteurducitoyen.qc.ca/en/index.asp>, pristupljeno 27. jula 2009. godine

čiju pravilnost i zakonitost rada kontroliše, ovoliko veliki broj predmeta svakako zavrđuje pažnju, posebno ako imamo u vidu da i Srbija od 2007. godine ima Zaštitnika građana i da bi na tuđim iskustvima i primerima dobre prakse i naša institucija trebalo da se razvija.

Kanada, u skladu sa svojim državnim uređenjem, ima federalnog ombudsmana u čijoj je nadležnosti dvojezičnost, odnosno upotreba službenih jezika (Poverenik za službene jezike), dok je sve ostalo u nadležnosti provincijskih ombudsmana. U Kvebeku je u novembru 1968. godine donet Zakon o zaštitniku građana koji propisuje da Narodna skupština Kvebeka bira Zaštitnika dvotrećinskom većinom, na predlog premijera. Mandat traje pet godina, sa mogućnošću reizbora. Ombudsman je odgovoran samo Narodnoj skupštini, što omogućuje neophodne preduslove za dobro obavljanje ovog posla - neutralnost, nepristrasnost i samostalnost u radu.

Kratko rečeno, kvebečki Ombudsman je institucija koja je odgovorna za zaštitu prava građana i građanki koju ostvaruje preporukama svim organima i telima izvršne vlasti koje osniva vlada Kvebeka, uključujući (od 2006. godine) organe i institucije mreže zdravstvene i socijalne zaštite, sa osnovnim ciljem da suzbije diskriminaciju zasnovanu na predrasudama prema pojedincima i/ili grupama. Ombudsman ima dva zamenika – za pritužbe i za prevenciju i inovacije. Ukupan broj zaposlenih je 132 osobe. Sredstva za rad Zaštitnika su obezbeđena budžetom koji je za 2008. godinu iznosio 5 miliona dolara.

Danas u Kanadi postoji deset provincijskih ombudsmana, a izuzetak je provincija Ostrva princa Edvarda koja nema ombudsmana već samo Poverenika za slobodu informisanja i zaštitu privatnosti. Nadležnosti ombudsmana se razlikuju od provincije do provincije, ali ono što se sa sigurnošću može tvrditi je da, što su šira ovlašćenja koje ombudsman ima, to je i veća verovatnoća da će prava koja treba da štiti biti zaštićena na pravi način.

VREDNOSTI, PRINCIPI I NADLEŽNOST

Vrednosti¹² na kojima kvebečki Ombudsman zasniva svoj rad su: pravda, poštenje, poštovanje, nepristrasnost i transparentnost rada. Principi¹³ kojih se u radu pridržavaju svi zaposleni su:

a) **pristupačnost** – kancelarije su otvorene radnim danima, a poruke mogu da se ostave u bilo koje doba. Pritužba može da se podnese on-line kroz formular koji je na web-sajtu. Zaposleni znaju oba službena jezika, kancelarije su pristupačne za osobe koje koriste invalidska kolica, a za osobe sa oštećenjima sluha postoji posebna besplatna linija koja im je prilagođena.

b) **posvećivanje pune pažnje svakoj osobi** – stranke se primaju ljubazno, sa poštovanjem i diskretno, zaposleni su otvoreni, iskreni i empatični, u razgovoru se jasno predstavljaju i nude strankama podršku koja im je potrebna. Ukoliko zahtev koji stranka ima ne spada pod jurisdikciju Zaštitnika, zaposleni u stručnoj službi će stranku uputiti gde može svoj zahtev da ostvari.

c) **temeljna obrada svakog predmeta** – temeljno, objektivno i nepristrasno istraživanje navoda iz pritužbe koje rade kvalifikovani eksperti i ekspertkinje zaposleni u stručnoj službi. Informacije koje stranka dobija su kompletne i pouzdane.

d) **poverljivost** – strankama se garantuje zaštita privatnosti i potpuna poverljivost. Prikupljaju se samo informacije koje su neophodne za istragu i obradu predmeta ili za izveštaje. Informacije se koriste za samo za svrhu za koju su i prikupljene, a pristup je omogućen samo osobama koje su ovlašćene da ih koriste u skladu sa poslom koji obavljaju. Garantuje se strankama da se svi zaposleni u stručnoj službi pridržavaju propisa kojima se reguliše zaštita privatnosti podataka.

e) **jasnost i jednostavnost** – koristi se jasan, jednostavan i razumljiv jezik u oralnoj i pisanoj komunikaciji sa strankama, kao i u svim formularima. Teži se smanjenju administrativnih formalnosti, pojednostavljuje se proces podnošenja pritužbe – na primer, pritužba može da se uzme na zapisnik, strankama se obezbeđuje pisani odgovor ukoliko ga žele, sa objašnjenjima ishoda pritužbe, kao i svakog koraka koji je preduzet u procesu rešavanja po pritužbi.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

Kao što je već rečeno, kvebečki Ombudsman je institucija odgovorna za zaštitu prava građana i građanki. Ovu zaštitu ostvaruje kroz preporuke organima i telima izvršne vlasti koje osniva vlada Kvebeka. Od aprila 2006. godine je kvebečkom Ombudsmanu proširen mandat i na organe i institucije mreže zdravstvene i socijalne zaštite. Cilj je da se ispravi i suzbije svaka situacija koja pogađa građane i građanke, a koja je zasnovana na predrasudama prema pojedincima i/ili grupama. Kad god je neophodno, Zaštitnik donosi preporuke organima, institucijama ili nekom drugom telu koje mu/joj je u nadležnosti, kojima predlaže ispravljanje utvrđenih greškaka, propusta, zloupotrebe ili nejednakog tretmana. U skladu sa svojim mandatom, kvebečki Zaštitnik posebno vodi računa o poštovanju prava građana i građanki, i to ne samo osnovnih ljudskih prava već i svih ostalih prava koja se garantuju u demokratskim društvima. Ombudsman posebno vodi računa da svako ima pravo na pravovremenu i kvalitetnu uslugu, da bude adekvatno informisan/a, da se prema njemu ili njoj postupa sa poštovanjem i da se poštuje ljudsko dostojanstvo, pod bilo kojim uslovima. Svojim delovanjem unutar sistema Ombudsman doprinosi jačanju demokratije i vladavine prava, a takođe i promoviše važnost poboljšanja usluga za sve građane i građanke.

Zakonom kojim je osnovana institucija je regulisano da Ombudsman ima ovlašćenje da pristupi bilo kom dokumentu ili podatku koji ima institucija ili organ izvršne vlasti, kao i zdravstvena ili ustanova socijalne zaštite. Takođe, ima pravo da ispita bilo koju osobu za koju smatra da je neophodno u cilju istrage koju vodi. Ombudsmanu pomažu dva zamenika, koje imenuje Vlada na njegov/njen predlog.

Kvebečki Zaštitnik, kao i većina drugih ombudsmana, izdaje preporuke, ali one nisu obavezujuće, odnosno, nema propisane zakonske sankcije za nepostupanje po preporuci. Zato je od velike važnosti ličnost Ombudsmana, kao i njegova/njena sposobnost da utiče i ubedi javnost u kvalitet svog rada i neophodnost poštovanja preporuka. Ombudsman, ukoliko neka institucija ili telo ne postupaju u skladu sa preporukom, može to da objavi u javnosti, obavesti Vladu, kao i da objavi takav slučaj u specijalnom izveštaju ili u redovnom godišnjem izveštaju koji podnosi Narodnoj skupštini. Nadalje, veoma važno ovlašćenje koje Ombudsman ima je da može - da bi se ispravile situacije zasnovane na predrasudama i sprečilo njihovo ponavljanje - da obavesti Vladu, institucije socijalne i zdravstvene zaštite kao i širu javnost o neophodnosti zakonske i/ili administrativne reforme, i na taj

način da radi za opšte dobro, u javnom interesu. Takođe, ima ovlašćenje da daje amandmane i predlaže izmene zakona i zakonskih predloga, ukoliko proceni da je u javnom interesu.

Ombudsman prima, proverava i sprovodi postupak po pritužbama koje može da podnese svako pravno ili fizičko lice, kao i grupa ili udruženje ukoliko misle da je neko njihovo pravo povređeno od strane institucije, agencije ili drugog tela nad kojim kvebečki Zaštitnik ima nadležnost. Uglavnom postupa kao drugostepeni organ, što znači da je potrebno da stranka prvo iscrpi mogućnosti prigovora/žalbe koje postoje na lokalnom ili regionalnom nivou. Zaštitnik može da postupa i po sopstvenoj inicijativi, ukoliko proceni da je nekoj osobi ili grupi osoba povređeno pravo, činjenjem ili nečinjenjem, od strane institucija i organizacija nad kojima ima nadležnost. Po završetku istrage i izdavanju preporuka, Ombudsman obaveštava o svojim nalazima i predloženim merama sve strane u postupku.

U obavljanju svog posla, Ombudsman posvećuje posebnu pažnju na situacije koje bi mogle da naškode građanima i građankama koji pripadaju posebno osetljivim društvenim grupama zbog mentalnog, fizičkog, psihičkog ili socio-ekonomskog stanja u kojem žive. Kvebečki Ombudsman nema nadležnost kada se pritužba odnosi na federalne vladine organe, institucije i agencije; opštinske odluke; odluke obrazovnih institucija (školski odbori, osnovne, srednje, više škole, koledži ili univerziteti), s tim što postoji izuzetak kada Ombudsman ima nadležnost – ukoliko je situacija u direktnoj nadležnosti Ministarstva obrazovanja, a nadležnost mu se proširuje i na odluke Ministra obrazovanja, ako odluka ili akt ne poštuju prava pojedinaca ili grupe.

Zaštitnik takođe nema ovlašćenje da pruža besplatnu pravnu pomoć, a nema nadležnost ni nad javnim preduzećima, prodavcima, trgovačkim putnicima i pojedincima uopšte, kao ni u slučajevima kada se pritužba odnosi na neko od prava iz zdravstvene ili socijalne zaštite, a osoba se žali na postupke koje je u svom radu učinio/la lekar/ka. Još je važno napomenuti da, sledstveno principu podele vlasti, Zaštitnik ne može da interveniše ukoliko je u toku sudski postupak po pitanjima koja se iznose u pritužbi, niti može na bilo koji način da utiče na sudske odluke.

PRITUŽBA I POSTUPAK PO PRITUŽBI

Kada primi pritužbu¹⁴, Ombudsman, odnosno, zaposleni u stručnoj službi prvo proveravaju da li se ona odnosi na instituciju, organ ili telo u nadležnosti Zaštitnika. Ukoliko se pritužba odnosi na neku agenciju, organ ili telo kvebečke vlade, prvo se proverava da li su iscrpljena ostala sredstva, odnosno da li je osoba koja podnosi pritužbu iskoristila pravna sredstva koja postoje unutar samog organa ili institucije. Vrlo često problemi mogu da se reše direktno preko odgovornih osoba u vladinim organima i institucijama. Ako se pritužba odnosi na mrežu socijalne ili zdravstvene zaštite, prvo se proverava da li Ombudsman može da interveniše u toj fazi postupka. Ovde je takođe potrebno iskoristiti prethodne mehanizme obezbeđene za zaštitu prava korisnika i korisnica, iako izuzetno Ombudsman može direktno da reaguje, ukoliko proceni da se radi o osobi iz osetljive društvene grupe, ukoliko su prava povređena ili ugrožena i ukoliko uobičajen način prigovora/žalbe ne bi bio adekvatan u pojedinačnom slučaju.

Ukoliko se utvrdi da je pritužba preuranjena, osoba koja je podnela pritužbu će biti obavještena o tome, kao i o mogućnostima koje može i mora da iskoristi pre nego što će Ombudsman intervenirati. Kada ispita i utvrdi svoju nadležnost Zaštitnik će pokrenuti istragu/postupak. Neki od primera nadležnosti su: osoba prima naknadu za bolovanje, ali nije zadovoljna iznosom koji prima; problemi sa overavanjem zdravstvene knjižice; nedobijanje izvoda iz matične knjige rođenih; spor postupak za povraćaj poreza; odbijen zahtev za useljeničku vizu; ponuda na tenderu nije prihvaćena, a osoba veruje da je ugovor dodeljen u suprotnosti sa zakonom; neslaganje sa utvrđenom odštetom od osiguravajućeg društva; osoba je zadržana u pritvoru a nema pristup zdravstvenoj službi; nezadovoljstvo uslugom u zdravstvenoj ili ustanovi socijalne zaštite, itd. Ukoliko pokrene postupak, Zaštitnik će preko zaposlenih u stručnoj službi obezbediti sve potrebne informacije i dokaze, razgovarati sa zaposlenima u organima protiv kojih je pritužba podneta, prikupiti sve neophodne podatke za kompletnu i temeljnu obradu predmeta. Po završetku postupka po pritužbi Zaštitnik dostavlja pisani izveštaj osobi najvišeg ranga u instituciji ili organu na koji se pritužba odnosila. Ako utvrdi povredu prava, izveštaj će sadržati i preporuku sa predlogom kako da se dalje

¹⁴ Ibid.

postupi, odnosno, šta je sve potrebno uraditi i koje korektivne mere preduzeti da se učinjena povreda ispravi. Ukoliko zaključi da nije bilo povrede prava, Zaštitnik će obustaviti postupak a stranku obavestiti o razlozima takvog postupanja uz objašnjenje zašto smatra da postupkom ili aktom organa nije povređeno pravo. U svakom slučaju je važno ponoviti da preporuke nisu obavezujuće i da nema odgovarajućeg zakonskog mehanizma koji bi obezbedio izvršenje ovih preporuka, kao što je to slučaj sa sudskim odlukama. Zabranjena je bilo kakva pretnja, odmazda ili osveta nad osobom koja je podnela pritužbu ili ima nameru da je podnese. U takvom slučaju je potrebno odmah obavestiti Zaštitnika, koji ima obavezu da hitno reaguje i spreči ovakvo postupanje.

UNUTRAŠNJA ORGANIZACIJA

Unutrašnja organizacija¹⁵ institucije kvebečkog Ombudsmana je prilično jednostavna. Postoje dva zamenika – za pritužbe i za prevenciju i inovacije. Obe osobe su savetnici Zaštitniku, a svaka od njih ima svoju nadležnost i polje delovanja. Zamenik za pritužbe je osoba koja je odgovorna za postupanje po pritužbama, odnosno, za građane i građanke koji se obraćaju Zaštitniku. Osim ovog osnovnog delokruga, zamenika za pritužbe je odgovoran i za slučajeve koji imaju uticaj na veći broj ljudi, kao i za intersektorsku saradnju. Zamenik za prevenciju i inovacije je zadužen za razvijanje sistema i optimizaciju, kao i za inicijative i specijalne projekte koji se povremeno pojavljuju. Svaki od zamenika ima nekoliko specijalizovanih odeljenja sa tačno utvrđenim nadležnostima. Postoji odeljenje za prijem i prethodnu proveru pritužbi, a onda se predmet upućuje u odgovarajuće odeljenje u zavisnosti od predmeta pritužbe – zdravstvena i socijalna zaštita ili javni servisi. Sedište je u Kvebek sitiju (Québec city), a postoji i odeljenje u Montrealu. Zamenik za prevenciju i inovacije ima dva odeljenja – za informacione tehnologije i menadžment podataka i za analizu i inicijative. Pored ovih odeljenja, postoji još i odeljenje koje se bavi ljudskim resursima i administracijom, kao i generalni sekretarijat zadužen za odnose sa parlamentom, savetovanje, teritorijalnu saradnju i strateško planiranje. Finalno, postoji odeljenje koje se bavi zakonima i propisima, u čijoj je nadležnosti pravno savetovanje, mišljenja i

¹⁵ Ibid.

smernice u vezi zakonodavstva i zakonodavne prakse, institucionalna pravna podrška i pristup informacijama i zaštita tajnosti podataka.

Iako deluje prilično jednostvano, ova unutrašnja organizacija se iz godine u godinu pokazuje kao vrlo uspešna i jako efikasna. Osim što se godišnje reši više od 20000 predmeta, ovo nije skup aparat. Postojanje institucije Ombudsmana u Kvebeku je prilično isplativo. Naime, prema podacima iz izveštaja Ombudsmana Ontarija za 2006. godinu, kancelarija Zaštitnika građana Kvebeka košta 1,06 \$ po stanovniku.

MEĐUNARODNA SARADNJA

Od samog nastanka institucije kvebečkog ombudsmana, osobe koje su na čelu institucije su prepoznale važnost međusobnog povezivanja i saradnje sa sličnim institucijama u Kanadi, ali i u drugim delovima sveta. Kancelarija kvebečkog Ombudsmana se oduvek zalagala za promociju koncepta ombudsmana generalno, doprinoseći time razvoj demokratskih društava i promovisanje koncepta vladavine prava, kao i vrednosti proklamovane brojnim međunarodnim ugovorima i konvencijama. Kvebečki Ombudsman deli svoje iskustvo i ekspertizu sa sličnim institucijama u celom svetu. Često stručnjaci i stručnjakinje iz ombudsmanskih institucija posećuju Zaštitnika gde im je omogućeno da se upoznaju sa metodologijom rada, organizacijom i svim ostalim temama koje ih interesuju u cilju bolje organizacije sopstvene institucije. Kvebečki Ombudsman je bio posebno aktivan u promovisanju institucije ombudsmana i medijatora na francuskom govornom području i bio je inicijator, zajedno sa Medijatorom Francuske, osnivanja Asocijacije ombudsmana i medijatora francuskog govornog područja (AOMF) 1997. godine.

Međutim, kvebečki Ombudsman nije aktivan samo u okviru francuskog govornog područja već je i jedan od glavnih pokretača saradnje između ombudsmana kanadskih provincija. Takođe je institucionalni član Foruma kanadskih ombudsmana (FCO), Kanadskog udruženja parlamentarnih ombudsmana (CCPO), Asocijacije ombudsmana SAD (USOA) i Međunarodnog instituta ombudsmana (IOI – International Ombudsman Institute) – jednog od najprestižnijih udruženja ombudsmana u svetu. U Kvebek situju je održana osma međunarodna konferencija ovog udruženja, na kojoj su učestvovali predstavnici iz 77 zemalja.

PLANOVI ZA BUDUĆNOST

Institucija kvebečkog Ombudsmana, iako ima već prilično dugu tradiciju i uspešno radi, ima planove za poboljšanje i ojačavanje institucije u budućnosti. Ove godine je objavljen strateški plan¹⁶ za period 2009-2012. godina. Kao osnovni ciljevi su postavljeni:

a) ispravljanje nepravdi nanetih građanima i građankama, sa ciljem trajnog poboljšanja javnih usluga i servisa

b) davanje konstruktivnih i korisnih informacija Vladi kako da poboljša kvalitet javnih usluga i servisa i spreči kršenje prava građana i građanki

c) održati dostupnost i kvalitet rada, kao i stručno i visoko motivisano osoblje – kao garanciju da je podrška kvebečkog Ombudsmana najvišeg kvaliteta

d) kontinuirano osnaživati i poboljšavati instituciju kako bi se što bolje i efikasnije odgovorilo na zahteve građana i građanki

Iz svega ovoga se može zaključiti da je institucija kvebečkog Ombudsmana, iako nije ni jedinstvena ni najstarija, institucija na koju kancelarije ombudsmana u osnivanju ili sa kraćom tradicijom mogu da se ugledaju.

¹⁶ Ibid.

Kosana Beker,
MA in Gender and Peace Building

OMBUDSMAN IN QUEBEC

Respecting citizens' rights and equal treatment before the law became important issues since the creation of modern states. Many mechanisms for protection developed through time, one of them is the institution of ombudsman – created in Sweden in 1809 with main purpose to protect individual rights against the excesses of the bureaucracy. Ombudsman concept spread around the globe in the second half of 20th century. This essay presents the Quebec Ombudsman, an independent, neutral and impartial arbiter between government and citizens, who is responsible for protecting citizen's rights by intervening with departments and agencies of the Government of Quebec, including those in health and social services network, to correct any prejudicial situations affecting citizens individually or as a group. When necessary, it makes recommendations to the department, agency, or health and social service institution to correct errors, negligence, abuse, or unfair treatment. This institution has amazing achievements – more than 20,000 cases resolved in 2008. Quebec Ombudsman ensures that each citizen's rights are respected with an emphasis on the right to receive timely, quality service, be adequately informed, and be treated with respect and dignity under all circumstances. Therefore, it contributes to the strengthening of democracy and the rule of law, and promotes the improvement of services for all citizens. This essay gives an overview of its organization, values and principles, mandate, processing of complaints, as well as international cooperation Ombudsman is involved with. Finally, the main goals of strategic plan for period 2009-2012 are given.

Key words: human rights; ombudsman, Quebec

Slobodan Vukadinović

Pravni fakultet Univerziteta „Union” u Beogradu
saradnik u nastavi

Mr Katarina Jovičić

Institut za uporedno pravo, Beograd
istraživač saradnik

UDK 341.241.8:341.244

Originalni naučni rad

KRITERIJUMI KVALIFIKACIJE UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE I PITANJE MERODAVNOG PRAVA

U ovom radu istraživali smo kada je ugovor o prodaji - ugovor o međunarodnoj prodaji, tj. ispitivali smo kriterijume i merila koji kvalifikuju prodaju robe međunarodnom. U fokusu istraživanja bili su subjektivni kriterijumi kvalifikacije, razmatrani kroz personalna i teritorijalna merila, potom objektivni i mešoviti, tj. subjektivno-objektivni kriterijumi koji kvalifikuju kao takav ugovor o međunarodnoj prodaji robe.

Činjenica da ugovor o prodaji ima različita pravna dejstva u različitim pravnim sistemima, trasirala je put istraživanja i ka uporednopravnim rešenjima u nacionalnim zakonodavstvima, a potom i ka rešenjima sadržanim u međunarodnim izvorima, tj. međunarodnim konvencijama kojima se pokušava unifikacija pravila koja uređuju ovaj - najčešći pravni posao u međunarodnoj trgovini. Tako smo, komparativno, ispitali sistem stvarnopravnog i obligacionopravnog dejstva ugovora o prodaji, razmotrivši i građanskopravni i kolizionopravni aspekt načela autonomije volje, koje je važno za ovaj ugovor.

Kako, voljom stranaka ili u slučaju spora, dolazi do primene određenog nacionalnog prava na pojedina pitanja ovog ugovora sa elementom inostranosti, pažnju smo posvetili i merodavnom nacionalnom pravu za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, naročito za njegovu punovažnost.

***Ključne reči:** autonomija volje, ugovor o prodaji, pravna dejstva ugovora, kriterijumi i merila kvalifikacije međunarodne prodaje robe, punovažnost ugovora, merodavno pravo.*

1. POJAM I PRAVNA DEJSTVA UGOVORA O PRODAJI

1.1. Ugovor kao pravni izraz načela autonomije volje

Ugovor, kao *per definitionem* saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, jeste osnovni i najvažniji izvor pravila¹ kojim se može regulisati posao međunarodne prodaje robe. Strane ugovornice, zahvaljujući načelu autonomije volje² mogu kroz ugovor da samostalno uređuju svoje međusobne odnose. Građanskopravni aspekt autonomije volje, kada je o ugovoru o međunarodnoj prodaji reč, može se sagledati kroz nekoliko vidova. Najpre, svaki poslovnosposobni pravni subjekt je slobodan da samostalno odlučuje da li će zaključiti ugovor i sa kim će ga zaključiti³. Drugi aspekt

¹ Pored ugovora, postoje čitave grupe izvora prava i pravila koji pretenduju da uredе posao međunarodne prodaje robe. To su: međunarodne multilateralne konvencije i sporazumi kojima se unifikuju koliziona i/ili materijalna pravila o međunarodnoj prodaji robe, građanski i trgovinski zakonici i zakoni koji sadrže nacionalna koliziona i materijalna pravila, nacionalni propisi javnog prava (koji na posredan ili neposredan način regulišu ovaj pravni posao), bilateralni međudržavni sporazumi i autonomno pravo međunarodne trgovine, koje obuhvata: kodifikovana pravila međunarodnih organizacija, tipske ugovore i opšte uslove prodaje, trgovačke običaje i uzanse, a sve veći značaj ima i arbitražna praksa. Videti detaljnije: Mitrović, D, Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju, u: *Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007*, Beograd, 2007, str. 97-103. Ovom spisku treba dodati i doktrinu međunarodnog trgovinskog prava, koja daje važan doprinos u ovoj oblasti, a danas i: pravne vodiče, modele zakona, kao i Načela evropskog ugovornog prava i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora.

² O načelu autonomije volje videti: Nygh, P, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999; Burton, S, *Principles of Contract Law*, West Publishing, 1995, str. 1-102, 372-484, 565-626; Vodinić, V, *Građansko pravo – Uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991, str. 60-63; Perović, S, *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 153-182; Radišić, J, *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 73-78.

³ U trgovinskom pravu, po pravilu, ne postoji obaveza zaključenja ugovora, osim u onim slučajevima kada posebne zakonske odredbe na to upućuju. Takva obaveza se, uobičajeno, predviđa za privredna društva koja obavljaju delatnosti od opšteg društvenog interesa, koja su dužna da sa svakim licem koje im se obrati odgovarajućim zahtevom zaključe ugovor čiji je predmet vršenje javnih usluga koje su im poverene (na primer, obaveza zaključenja ugovora o prevozu u oblasti javnog saobraćaja i sl.). Za ugovor o međunarodnoj prodaji robe nije karakteristično utvrđivanje pomenute obaveze i princip slobode ugovaranja je u odnosu na ovo pitanje kod pomenutog ugovora veoma širok, bar kada je o zakonskim ograničenjima reč. O ograničenjima autonomije volje u trgovinskom pravu detaljnije: Stefanović, Z,

autonomije volje podrazumeva pravo subjekata da samostalno određuju sadržinu ugovora⁴ i slobodu da kreiraju ugovorni odnos prema sopstvenim potrebama. Ova sloboda nije ograničena samo na ugovaranje obaveza, već je dopušteno dogovarati se i o posledicama njihovog neizvršenja⁵. U savremenom pravnom okruženju značajan vid autonomije volje je i pravo subjekata da slobodno kreiraju nove tipove ugovora⁶, koji do tada nisu bili poznati ili nisu regulisani zakonom. Njihova sadržina može biti potpuno nova ili može predstavljati kombinaciju već postojećih ugovora. Neretko ovi, do tada neimenovani, ugovori dobijaju i nove nazive (npr. ugovori o ekskluzivnoj distribuciji robe⁷ i sl.). Novi ugovori mogu da posluže drugima kao modeli ugovora, koji se mogu prihvatiti u celosti ili se prilagoditi potrebama konkretnog posla. Ono o čemu ugovorne strane moraju voditi računa kada kreiraju nove ugovore je da oni ne izlaze iz okvira postavljenog prinudnim propisima inače merodavnog prava.

Treba imati u vidu i koliziorni aspekt autonomije volje, koji podrazumeva da strane mogu samostalno da odrede pravo koje će se primeniti na njihov ugovor i to može biti neko nacionalno pravo, autonomno pravo međunarodne prodaje (pozivanjem na tipske ugovore, opšte uslove poslovanja i druge izvore), međunarodni ugovor i dr. Sloboda određivanja sadržine ugovora o međunarodnoj prodaji robe, međutim, nije apsolutna i izbor strana mora bi u skladu sa prinudnim zakonskim propisima. To znači da one mogu da kreiraju sopstveni ugovor samo umesto dispozitivnih pravnih normi merodavnog prava.⁸

Privredno ugovorno pravo, Beograd, 2006, str. 27-28; Perović, S, Sloboda volje i ugovorno pravo, u: *Pravni život*, broj 11/2007, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, 2007; Perović, S, *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 161-182.

⁴ Strane ugovornice su slobodna da, u skladu sa svojim interesima, urede ugovor i preuzimaju ugovorne obaveze.

⁵ Na primer: uslova pod kojima se ugovor automatski raskida (bez potrebe da ga ugovorna strana svojom izjavom raskine), posledicama raskida ugovora itd.

⁶ Koristeći se slobodom ugovaranja i autonomijom volje koje dopuštaju prilagođavanje ugovora sopstvenim potrebama, strane nekada kreiraju nove vrste ugovora.

⁷ Videti: Parivodić, M, *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe u pravima Jugoslavije i Evropske unije*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.

⁸ Određivanje merodavnog prava kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe vrši se na različite načine i to prema klasičnim pravilima međunarodnog privatnog prava, čija je svrha određivanje nadležnog nacionalnog materijalnog prava za regulisanje ugovora u

1.2. Pojam ugovora o prodaji

Kod ugovora o prodaji⁹, volja strana ugovornica usmerena je na to da se pravo svojine na stvari prenese sa prodavca na kupca za odgovarajuću cenu. Predmet ugovora najčešće je pravo svojine na stvari¹⁰, ali to mogu biti i neka druga prava, na primer pravo na udeo, pravo na akciju, stvarne službenosti, pravo plodouživanja, pravo iskorišćavanja autorskog dela itd.

Bitni elementi ugovora o prodaji po prirodi posla su, prema tradicionalnom shvatanju, predmet i cena,¹¹ pri čemu predmet obaveze uvek mora biti određen ili odrediv¹², dok se taj zahtev u pogledu cene u uporednom pravu ne postavlja svuda. Tako, na primer, u

pitanju. Pošto ovaj rad ne pretpostavlja jednu takvu analizu, to se njome nećemo ni baviti detaljnije osim što upućujemo na radove koji se posebno bave ovim pitanjem. Vidi detaljnije: Mitrović, D, Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje, u: *Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007*, Beograd, 2007, str. 47-74; Knežević, G, *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989.

⁹ U terminologiji uporednog prava ovaj ugovor označava se različito i to kao kupovina i prodaja, kupoprodaja ili samo kao prodaja. Kupovina i prodaja je termin koji odgovara tradiciji rimskog prava i njegovom nazivu «*emptio venditio*» i on je u upotrebi u našim uzansnim izvorima i, na primer, u švajcarskom pravu. U američkom pravu koristi se termin «kupoprodaja», dok naše pozitivno zakonodavstvo i, na primer, italijansko pravo, koriste termin «prodaja». Čini se ispravnim stav da je upravo prodaja sadržinsko određenje ovog pravnog posla i da je dovoljno upotrebiti samo ovaj naziv, budući da nema prodaje od strane jedne strane bez kupovine od strane druge strane, pa ovaj naziv obuhvata u sebi i kupovinu. Više o ovome videti kod: Kapor, V, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, I, Beograd, 1978, str. 814.

¹⁰ Prema predmetu prodaje razlikuju se prodaje nepokretnih od pokretnih stvari. Sa prodajom nepokretnih stvari izjednačene su i prodaje nekih pokretnih stvari, na primer prodaja brodova i vazduhoplova. Pored toga, specifična pravila zbog specifičnosti predmeta ugovora predviđaju se za prodaju investicija i investicione opreme, prodaju električne energije itd. O ovome videti detaljnije kod: Vasiljević, M, *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi, Beograd, 2001, str. 520-521.

¹¹ Ugovorne strane mogu ugovorom predvideti i druge elemente kao bitne, na primer: rok isporuke, rok plaćanja, svojstva stvari koja je predmet ugovora itd.

¹² Bitno je da stvar ili pravo koje je predmet prodaje određeno ili odredivo tako da sadržina obaveze prodavca bude poznata u momentu zaključenja ugovora. To ne znači da stvar na koju se odnosi prodaja mora postojati u času zaključenja ugovora i ugovor o prodaji buduće stvari punovažan je pod uslovom da je stvar u pitanju određena ili dovoljno određiva.

anglosaksonskim pravima strane ugovornice ne moraju u momentu zaključenja ugovora da odrede cenu niti elemente na osnovu kojih će ona moći naknadno da se utvrdi, dok je u francuskom pravu i većem broju kontinentalnih prava to neophodno da bi ugovor bio punovažno zaključen.

Neka prava, koja cenu određuju kao bitni sastojak ugovora o prodaji, predviđaju izuzetak u tom pogledu kada su u pitanju trgovačke prodaje¹³ pa se u tim slučajevima ugovor može zaključiti i bez naznačenja cene jer će se ona odrediti u skladu sa dispozitivnim zakonskim odredbama.¹⁴ Razlikovanje ugovora o prodaji na građanske i trgovačke se, uobičajeno, vrši primenom dva kriterijuma: subjektivnog ili objektivnog.¹⁵ Subjektivni kriterijum u prvi plan ističe svojstvo lica koja zaključuju ugovor, pa se tako, trgovačkim smatraju prodaje koje zaključuju lica koja imaju svojstvo trgovca, za razliku od objektivnog kriterijuma koji stavlja akcenat na karakter njihove

¹³ Trgovačke prodaje karakterišu i druge specifičnosti, na primer: od strana ugovornica očekuje se pojačan stepen pažnje prilikom izvršenja ugovora; rokovi za prigovore na mane isporučene stvari kao i rokovi za zastarelost potraživanja su obično kraći zbog potrebe za brzinom odvijanja trgovinskog prometa i pravnom sigurnošću; zaključenje ugovora se često nudi putem opšte ponude učinjene neodređenom broju lica, itd. Pored toga, sporovi koji proizađu iz trgovačkih ugovora o prodaji raspravljaju se pred specijalizovanim, trgovinskim sudovima i na te prodaje se primenjuju i posebni izvori prava.

¹⁴ Ovo rešenje predviđa, na primer, domaće pravo (član 462. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima), a sreće se i u pravima Engleske (član 8(2) Sale of Goods Act), SAD (§2-305 Jednoobraznog trgovačkog zakonika), Švedske (član 5. Zakona o trgovini i razmeni dobara iz 1905) itd.

¹⁵ Po objektivnom kriterijumu, koji je zastupljen u Francuskoj, Španiji, Belgiji kao i pravu većine zemalja Latinske Amerike, težište se stavlja na trgovački posao, a ne na subjekte koji ga zaključuju. Tako se trgovačkim smatra svaki posao koji odgovara objektivnim zakonskim zahtevima za takvu kvalifikaciju, bez obzira da li ga je preduzelo lice koje ima status trgovca ili ne. To mogu biti pravni poslovi koji su trgovački po svojoj prirodi zato što su namenjeni sticanju dobiti, ili pravni poslovi koji su trgovački po svojoj formi, kao na primer menica. S druge strane, subjektivni kriterijum kvalifikovanja jednog pravnog posla trgovačkim stavlja akcenat na subjekte koji taj posao zaključuju. Tako se trgovačkim smatraju prvenstveno poslovi koje zaključuju lica koja obavljaju trgovačku delatnost. Ova koncepcija prihvaćena je, na primer, u nemačkom pravu u kome §343-344 Trgovačkog zakonika (HGB) predviđaju da se trgovačkim smatraju «svi poslovi koje zaključi trgovac za potrebe svoje trgovine».

delatnosti i trgovačkim obuhvata one prodaje kod kojih se kupuje radi dalje preprodaje i sticanja dobiti.¹⁶

Ugovor o prodaji je klasičan i u praksi najčešće primenjivan ugovor. Međutim, on se uprkos tome u uporednom zakonodavstvu i teoriji ne određuje jedinstvenom definicijom što je, po pravilu, posledica činjenice da se pitanje prenosa prava svojine na stvari koja je predmet ugovora uređuje na različite načine. Tako se u teoriji i u nacionalnim pravnim sistemima razlikuju dva osnovna shvatanja: prvo, po kome se smatra da svojina prelazi na kupca već samim zaključenjem punovažnog ugovora i drugo, po kome ugovor o prodaji sam po sebi nije dovoljan da proizvede takvo dejstvo već je potrebno da prodavac na odgovarajući način izvrši prenos svojine na stvari na kupca. Oba stanovišta su veoma raširena i gotovo ravnomerno zastupljena u uporednom pravu.

1.3. Sistem stvarnopravnog dejstva prodaje

U pravnim sistemima prve grupe, koji ugovoru o prodaji priznaju stvarnopravno dejstvo, osnovna obaveza prodavca nije prenos prava svojine na stvari pošto je ona prešla na kupca samim zaključenjem ugovora. U prvom planu je, umesto toga, obaveza prodavca na predaju, odnosno isporuku stvari kupcu. Takvo rešenje zastupljeno je u francuskom pravu po kome se ugovorom o prodaji prenosi svojina onog momenta kada strane postignu saglasnost u pogledu predmeta i cene (*solo consensu*). Tek nakon toga nastaje obaveza za prodavca da isporuči kupcu stvar u skladu sa ugovorom.¹⁷ Iako se u literaturi navodi da ovaj pristup počiva na rešenjima rimskog prava,¹⁸ od njega se

¹⁶ Podela ugovora o prodaji na građanske i trgovačke primenom isključivo jednog kriterijuma nije uobičajena i u uporednom pravu se oni, po pravilu, prožimaju. U domaćem pravu, na primer, primenjen je subjektivno-objektivni kriterijum i članom 25. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima je predviđeno da su ugovori u privredi (uključujući i ugovor o prodaji) ugovori «...koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu delatnost, kao i imaoči radnji ili drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu delatnost zaključuju među sobom u vezi sa tim delatnostima». Zakon o obligacionim odnosima, «Službeni list SFRJ», br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, «Službeni list SRJ», br. 31/93 i "Službeni list SCG", br. 1/2003.

¹⁷ Član 1583. Code Civil-a.

¹⁸ O ovom pitanju videti više: *Odile B. Plégat-Kerrault*, odeljak posvećen francuskom pravu u zborniku *Transfer of ownership in International Trade*, urednici *Alexander*

značajno razlikuje po tome što je u rimskom pravu prodavac zadržavao pravo svojine na stvari sve dok roba ne bi bila isporučena kupcu,¹⁹ dok u francuskom pravu ona prelazi na kupca na osnovu same činjenice zaključenja ugovora. U skladu sa tim, na kupca prelazi i rizik slučajne propasti stvari već od momenta kada je ugovor zaključen, shodno pravilu da se za trenutak prelaska prava svojine vezuje i momenat prelaska rizika slučajne propasti stvari²⁰ (*res perit domino*). To praktično znači da na kupcu leži rizik bez obzira što nije u posedu robe i što ne može da kontroliše stanje u kome se ona nalazi.²¹

Slično je i u italijanskom pravu, po kome se pravo svojine kod ugovora o prodaji, takođe, prenosi i stiče snagom saglasnih i punovažnih izjava volja strana ugovornica.²² U istom momentu prelazi i rizik slučajne propasti stvari sa prodavca na kupca, osim ako se ugovarači nisu drugačije sporazumeli.²³ To pravilo se, međutim, ne odnosi na prodaje generičnih stvari gde svojina i rizik prelaze na kupca u trenutku kada se izvrši njihova individualizacija.²⁴ Slično je i kada je reč o prodaji stvari koja tek treba da bude napravljena, u kom slučaju se prelaz svojine sa prodavca na kupca vezuje za momenat njene izrade.²⁵

I u belgijskom pravu je opšte pravilo da svojina na stvari koja je predmet ugovora o prodaji prelazi sa prodavca na kupca u trenutku kada ugovorne strane postignu saglasnost o predmetu i ceni.²⁶ Ovo pravilo je dopunjeno posebnim odredbama koje se primenjuju na

von Ziegler, Jette H. Ronoe, Charles Debattista i Odile Plégat-Kerrault, Kluwer Law International i International Chamber of Commerce, Hag, 1999, str. 161.

¹⁹ U rimskom pravu kupovina i prodaja odvijale su se putem dva jednostrana obećanja, odnosno dva odvojena sporazuma: prodavac se obavezuje da prenese svojinu na kupca, dok se kupac obavezuje da za to plati cenu. Neispunjenje bilo koje od ovih obaveza nije uticalo na obavezu druge strane.

²⁰ Još se u rimskom pravu ističe opšte načelo da rizik nosi vlasnik – *casus sentit dominus*. Videti: Stanojević, O, *Rimsko pravo*, Beograd, 1998, str. 295.

²¹ Budući da odredbe Code Civil-a koje uređuju pitanje prelaska svojine na stvari kod ugovora o prodaji nisu imperativne, strane su slobodne da ugovorom predvide da će prodavac zadržati pravo svojine na prodatoj stvari sve do momenta kada kupac ne plati za nju predviđenu cenu.

²² Član 1376. italijanskog građanskog zakonika.

²³ Član 1465. italijanskog građanskog zakonika.

²⁴ Član 1378. italijanskog građanskog zakonika.

²⁵ Član 1472. italijanskog građanskog zakonika.

²⁶ Član 1583. belgijskog građanskog zakonika.

prodaju generičnih stvari, u kom slučaju svojina prelazi u momentu kada se izvrši njihova individualizacija.

Zakonske odredbe koje uređuju pitanje prelaska svojine kod ugovora o prodaji u ovim pravima, po pravilu, nisu imperativnog karaktera i strane ugovornice ih mogu svojom voljom promeniti. Tako je dopušteno da se ugovorom predvidi da će kupac postati vlasnik stvari u nekom drugom trenutku, a ne u vreme zaključenja ugovora, na primer: u momentu isporuke, u vreme isplate cene itd. Upravo takvo rešenje, po kome je na nivou opšteg pravila predviđeno da se prelazak svojine na stvari koja je predmet prodaje poverava stranama ugovornicama, srećemo u engleskom pravu.²⁷ Kada strane propuste da se odrede prema tom pitanju, tada će ugovor ipak nastati, a praznina će se rešiti primenom dispozitivnih zakonskih odredbi po kojima svojina prelazi na kupca u momentu zaključenja ugovora - za individualno određene stvari, a za stvari određene po rodu: u momentu njihovog izdvajanja.²⁸ Ovo stoga što kod prodaje stvari određenih po rodu nije moguće u čistom vidu primeniti pravilo o prenosu prava svojine u trenutku zaključenja ugovora sve dok se ne izvrši njihova individualizacija. Slično je i sa prodajom budućih stvari, koje tek treba stvoriti po zaključenju ugovora.²⁹

Rešenje engleskog prava³⁰ uticalo je na uređenje pitanja prelaska svojine na stvari kod ugovora o prodaji i u drugim državama pa je ovaj

²⁷ Ovo pravilo postavljeno je članom 17. engleskog *Sale of Goods Act* (SGA). U stavu 2. istog člana predviđa se da će se u cilju utvrđivanja pretpostavljene namere ugovornih strana o momentu prelaska svojine voditi računa o uslovima ugovora, uspostavljenoj praksi između ugovarača i okolnostima slučaja.

²⁸ Član 18. *Sale of Goods Act* (SGA).

²⁹ Zaključenje ugovora o prodaji buduće stvari dopušteno je pod uslovom da je ta stvar određena ili dovoljno određiva.

³⁰ U literaturi se ovo gledište obično označava kao mešoviti, anglosaksonski sistem, koji se izdvaja kao poseban zbog toga što pitanje prelaska svojine na stvari koja je predmet ugovora o prodaji uređuje na osnovu namere ugovornih strana. O ovome videti detaljnije kod Krulj, V, *Dejstva ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, str. 26-36, Draškić, M, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1977, str. 144-146. Mi smo se opredelili da pomenuti koncept izložimo u okviru sistema stvarno-pravnog dejstva ugovora zato što dispozitivne odredbe engleskog relevantnog zakona prihvataju taj koncept, uprkos tome što ne negiramo da ovo rešenje ima dovoljno posebnosti koje opravdavaju njegovo izdvajanje.

sistem zastupljen, takođe, u američkom, kanadskom, japanskom i nekim drugim pravima.³¹

1.4. Sistem obligaciono-pravnog dejstva prodaje

U pravima koja ugovoru o prodaji robe priznaju obligaciono-pravno dejstvo osnovna obaveza prodavca jeste da na kupca (odgovarajućim radnjama) prenese pravo svojine na stvari. I ovo gledište počiva na rešenjima rimskog prava, ali za razliku od prethodnog, uvažava činjenicu postojanja dva koraka u realizaciji prenosa svojine na stvari: prvi, koji se odnosi na postojanje valjanog pravnog osnova za taj prenos (*iustus titulus*) i drugi, koji predviđa odgovarajući način sticanja stvari (*modus acquirendi*). Pravni osnov je ugovor o prodaji, koji je izvor prava za strane ugovornice i osnov obaveze prodavca da prenese svojinu na kupca, dok je način sticanja stvari njena predaja, odnosno isporuka. Ovo pravilo, međutim, kao i u pravnim sistemima prve grupe, nije imperativno, što znači da strane ugovornice mogu da predvide i drugačije rešenje kojim će trenutak predaje stvari odvojiti od trenutka sticanja prava svojine na njoj. Tako ugovorom može da se predvidi, na primer, da prodavac zadrži pravo svojine na stvari koja je predmet ugovora o prodaji sve do momenta u kome kupac isplati cenu³², što je čest slučaj kod ugovora kod kojih se cena ne plaća odjednom već u ratama.

Izloženo pravilo se primenjuje u nemačkom pravu, koje predviđa da je za prenos svojine na stvari potrebno da bude zaključen ugovor o prodaji, ali i da je izvršena predaja stvari. Ugovor o prodaji sam po sebi, dakle, ne proizvodi stvarnopravno dejstvo, već će pravo svojine na robu biti preneto na kupca tek po njenoj isporuci.³³ U nemačkom pravu,

³¹ §2-401. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD, član 1453. Civil Code of Quebec, član 176. *Minpo* - Građanski zakonik Japana, čl. 1583-1586. belgijskog Civil Code i dr.

³² Reč je o poznatom (i u praksi korišćenom) pravnom institutu *Pactum reservati dominii*, tj. zadržavanju prava svojine posle (i pored) predaje stvari. Videti detaljnije: Stanković, O, Orlić, M, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1999, str. 69-70; *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996, leksikološka odrednica: *Zadržavanje prava svojine posle predaje stvari*, str. 168-169.

³³ „Prema sistemu BGB-a ugovor o prodaji je čisti obligacioni ugovor (*Schulvertrag*) koji samo stvara na teret ugovornih strana uzajamne obaveze – na teret prodavca obavezu predaje stvari i prenošenja svojine i na teret kupca obavezu plaćanja cene... Ove promene će se ostvariti tek kroz jedan translativni dispozicioni sporazum

posebno, u vezi sa ovim pitanjem postoji sasvim specifično rešenje, po kome će predaja po osnovu zaključenog ugovora o prodaji proizvoditi pravno dejstvo prelaska svojine na stvari na kupca nezavisno od postojanja ili punovažnosti tog ugovora.³⁴ Prema tome, svojina će preći na savesnog sticaoca čak i ako ugovor o prodaji nikada nije ni nastao, na primer, zbog nepostojanja saglasnosti volja ugovornih strana. Kada se postavi pitanje valjanog pravnog osnova, a stvar je predata kupcu na osnovu zaključenog ugovora, prodavac može u takvim slučajevima da zatraži povraćaj svojine na stvari u odgovarajućem postupku, pozivajući se na ustanovu neosnovanog obogaćenja.³⁵

Švajcarsko pravo, slično nemačkom, prenos svojine na predmetu ugovora o prodaji uslovljava isporukom.³⁶ Na osnovu zaključenog ugovora nastaje obaveza za prodavca da prenese svojину, a tek aktom

(*Verfeugungseschaert*) – jedan posebni od osnovnog posla (kupoprodaje) nezavisni tj. apstraktni stvarno-pravni (*dinglicher*) ugovor kojim se ugovorne strane saglašavaju da se pravo svojine prenese sa prodavca na kupca (tzv. *Ueberinigungsakt*) i jedan materijalni akt izvršenja kojim se sa prodavca na kupca prenosi državina. ... Prema tome, u nemačkom pravu, ugovorom o kupoprodaji se samo stvara jedan uzajamni dugovinski odnos koji je usmeren, s jedne strane na pribavljanje stvari, a s druge na plaćanje cene; raspolaganje je jedan samostalni akt, novi pravni posao.“ Krulj, V, op. cit, str. 58.

³⁴ Pravne posedice razdvajanja obligacionopravnog i stvarnopravnog posla mogu biti višestruke. Na primer, sve dok svojina na stvari nije prenet, prodavac ostaje njen vlasnik i može punovažno da prenese stvar na trećeg tako da kupac ne bi mogao od tog trećeg da zahteva stvar. Takođe, poverioci prodavca kome još stvar pripada u svojinu mogu je uzaptiti i kupac ne bi mogao, na primer, u slučaju stečaja prodavca tražiti njeno izlučenje iz stečajne mase. Nadalje, prodavac može jednostranom izjavom, uprkos zaključenom ugovoru o prodaji, zadržati pravo svojine na stvari i usloviti njen prelazak na kupca potpunim plaćanjem cene zato što je za prenos svojine neophodno da postoji saglasnost obe strane u trenutku predaje stvari. Više o ovome videti: Krulj, V, op. cit, str. 58-63.

³⁵ Videti §812. nemačkog građanskog zakonika, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i dalje. Ovaj princip apstraktnosti, koji počiva na teoriji koju je razvio *von Savigny* u XIX veku, karakterističan je za nemačko pravo i nije zastupljen u drugim pravnim sistemima, pa čak ni onima koji su pod nemačkim uticajem. O ovome detaljnije kod *Karsten Thorn*, odeljak posvećen nemačkom pravu u zborniku *Transfer of ownership in International Trade*, urednici *Alexander von Ziegler, Jette H. Ronoe, Charles Debattista i Odile Plégat-Kerrault*, Kluwer Law International i International Chamber of Commerce, Hag, 1999, str. 183.

³⁶ Članom 184. švajcarskog građanskog zakonika je predviđeno da je ugovor o prodaji takav „ugovor kod koga se prodavac obavezuje da kupcu isporuči stvar koja je predmet prodaje i da prenese na njega pravo svojine, a kupac se obavezuje da prodavcu za to plati prodajnu cenu.“

predaje stvari će transakcija biti kompletirana. Austrijsko pravo, takođe, pravi razliku između osnova za sticanje svojine, s jedne strane, te predaje stvari, s druge. Kada je o samom aktu predaje reč, razlikuje se predaja pokretnih od predaje nepokretnih stvari, pa se za pokretne predviđaju tri načina predaje i to: fizička predaja,³⁷ simbolična predaja³⁸ ili odgovarajuća izjava,³⁹ dok se predaja nepokretnih stvari vrši upisom prava svojine u, za to predviđene, javne knjige. Isti koncept po kome svojina na stvari kod ugovora o prodaji prelazi na kupca u momentu njene predaje prihvata i špansko pravo,⁴⁰ a slično je i u drugim pravima koja svrstavamo u ovu grupu.⁴¹

Koncepti o stvarnopravnom i obligacionopravnom dejstvu ugovora o prodaji robe, uprkos evidentnim razlikama kada je o prodaji individualno određenih stvari reč, mnogo su bliži nego što to na prvi pogled izgleda. Tome u značajnoj meri doprinose ograničenja u primeni prvog shvatanja. Njihove su razlike posebno minimalizovane kod ugovora o prodaji stvari određenih po rodu, gde nije moguće da sam ugovor proizvede dejstvo prelaska svojine sa prodavca na kupca sve do individualizacije stvari koja je predmet ugovora. Na primer, kada se ugovori prodaja pšenice ili ulja, koji nisu fizički izdvojeni iz

³⁷ Članom 426. austrijskog građanskog zakonika (ABGB) je predviđeno opšte pravilo da se pokretne stvari otpremaju fizičkom predajom.

³⁸ Simbolične predaje vrše se u slučajevima kada je priroda pokretnih stvari takva da one ne mogu biti fizički predate. Na primer kada je reč o prodaji robe u prevozu, u kom slučaju se prenos prava svojine obavlja predajom odgovarajućih robnih dokumenata. To je posebno predviđeno članom 427. ABGB-a. O predaji „ispružene ruke“, tj. *Traditio longa manu*, videti: Stanojević, O, *Rimsko pravo*, Beograd, 1998, str. 210. O simboličnoj predaji detaljnije: Stanković, O, Orlić, M, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1999, str. 68.

³⁹ Predaja putem odgovarajuće izjave ili deklaracije se vrši, na primer, kada su predmet prodaje stvari određene po rodu u kom slučaju se predaja vrši individualizacijom stvari u korist određenog kupca, na primer naznačenjem njegovog imena i drugih oznaka na izdvojenim stvarima odnosno na ambalaži. Ovo pitanje uređuje član 428. ABGB-a.

⁴⁰ Članom 1095. španskog građanskog zakonika je predviđeno da kupac ne može steći pravo svojine na stvari sve dok se ne izvrši njena isporuka. Kada se prodaja obavlja uz usluge javnog notara, tada se smatra da je isporuka stvari izvršena u trenutku kada je notar sačinio odgovarajuću izjavu, osim ako u toj izjavi nije šta drugo predviđeno (član 1462. španskog građanskog zakonika).

⁴¹ Tako, na primer, član 3:84 Odeljka 1 holandskog građanskog zakonika (BW), član 223. Odeljak 1. Građanskog zakonika Ruske federacije, član 454. Zakona o obligacionim odnosima Srbije i dr.

mase u vreme kada je ugovor zaključen, nije moguće da bude preneti svojina na kupca sve dok se ne izvrši njihovo izdvajanje i stavljanje, na primer, u odgovarajuće kontejnere ili barele sa vidnom naznakom da pripadaju određenom licu (na primer stavljanjem broja ili označenjem na drugi prikladan način). „*Pri prodaji po rodu određenih stvari, jaz između ova dva sistema prenosa svojine svodi se na razliku između pojma individualizacije stvari, u prvoj grupi prava i pojma prodaje, u drugoj grupi prava.... Ostaje, ipak, činjenica da kad je prodavac predao stvar kupcu ili njegovom predstavniku, pitanje da li je izvršena individualizacija više se ne postavlja. Predaja sama po sebi implicira individualizaciju, mada ova poslednja može nastupiti i pre prodaje.*”⁴²

2. KRITERIJUMI KVALIFIKACIJE MEĐUNARODNE PRODAJE ROBE

2.1. Određenje pojma međunarodne prodaje

Prisustvo elementa inostranosti u jednom ugovoru ne uzrokuje potrebu za njegovim posebnim regulisanjem na celovit način, već je moguće da se isti propisi primenjuju kako na unutrašnju, tako i na međunarodnu prodaju. Međutim, ugovor o međunarodnoj prodaji ima određenih specifičnosti zbog kojih se donekle uređuje specijalnim pravilima. „*Ovakva intervencija država je sasvim razumljiva jer se ugovor o međunarodnoj kupovini i prodaji pojavljuje kao pravno sredstvo za sprovođenje spoljotrgovinske politike zemlje i ostvarenje neposrednih ekonomskih interesa i ciljeva zainteresovanih država*“.⁴³

U pitanju su, pre svega, propisi kojima države štite svoje nacionalne ekonomije, kao što su, na primer, devizni i carinski zakoni, ali i drugi propisi koji isključivo uređuju poslovanje sa inostranstvom. Specijalne norme za ugovor o međunarodnoj prodaji se, pored toga, nalaze i u zakonima koji uređuju određena pitanja ugovora o prodaji uopšte, koji sadrže i norme čija je primena uslovljena postojanjem inostranog elementa.⁴⁴ Na ovaj način države formiraju pravni okvir

⁴² Draškić, M, Stanivuković, M, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Savremena administracija, Beograd, 2005, str. 285.

⁴³ Đurović, R, *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2000, str. 247.

⁴⁴ To su, na primer, građanski i trgovački zakoni, zakoni koji uređuju privredna društva, zakoni koji uređuju svojinskopravne odnose, zakoni o bankama i svi drugi

poslovanja sa inostranstvom, koji je karakterističan po tome što ga čine norme koje su, najčešće, imperativnog karaktera i čija se primena u odnosu koji uređuju ne može isključiti. To, u izvesnoj meri, ograničava autonomiju volje strana koje zaključuju ugovore o međunarodnoj prodaji robe i ova ograničenja najčešće se odnose na predmet ugovora i subjekte koji ga zaključuju, ali to mogu biti i posebna pravila o prevozu, osiguranju i sl.

Postoji više vrsta ugovora o međunarodnoj prodaji, koji se međusobno razlikuju prevashodno prema predmetu ugovora. Među njima su karakteristični (i za međunarodnu trgovinu posebno značajni) ugovor o međunarodnoj prodaji robe, ugovor o međunarodnoj prodaji investicija, ugovor o međunarodnoj prodaji energije i ugovor o međunarodnoj prodaji transportnih sredstava. Naše istraživanje u ovom radu ograničićemo na ugovore o međunarodnoj prodaji robe, i to trgovačke⁴⁵, dok ugovore o međunarodnoj prodaji koji imaju drugi predmet i koji nisu trgovački ovom prilikom nećemo razmatrati.

2.2. Ugovor o međunarodnoj prodaji robe

Potreba za razmenom dobara postojala je još u vreme primitivnih društava u kojima se ona odvijala prostom trampom. Trampa⁴⁶, kod koje se roba razmenjuje za robu, nije mogla opstati kao primarno sredstvo za odvijanje prometa kada se otpočelo sa proizvodnjom stvari koje nisu bile namenjene isključivo za ličnu upotrebu, već i prodaji na tržištu⁴⁷. Nju je zamenio ugovor o prodaji robe⁴⁸, koji je na adekvatan

propisi koji sadrže posebna pravila koja uređuju pravne poslove sa elementom inostranosti.

⁴⁵ Ovom prilikom ne razmatramo potrošačke prodaje.

⁴⁶ Ekonomski posmatrano, poreklo prodaje je u trampi, što su zapazili još rimski pravnici (naročito Gaj). „Prodaja i nije ništa drugo do trampa za novac, iako u pravnom režimu postoje dosta velike razlike između dva ugovora.“ Stanojević, O, *Rimsko pravo*, Beograd, 1998, str. 293.

⁴⁷ Ovde treba imati u vidu i prelazak sa naturalne na robno-novčanu privredu, s obzirom na činjenicu da pojava novca i robno-novčane privrede ima implikacije i na pravo, tj. na potrebu za pravilima koja uređuju nove poslovne operacije. Detaljnije videti: Avramović, S, *Opšta pravna istorija – Stari i Srednji vek*, Beograd, 1999, str. 216 i Stanojević, O, op. cit, str. 40, 74 i 280. O novcu kao merilu vrednosti i opštem sredstvu razmene, videti: *Pravna enciklopedija*, odrednica „Novac“, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 801.

način omogućio funkcionisanje ekonomskog prometa i koji i danas, zbog toga, predstavlja bitni činilac napretka ljudskog društva i njegovog blagostanja, kao i najčešći⁴⁹ pravni posao.

Trgovina u savremenim uslovima poslovanja karakteristična je po tome što se bitan deo ukupne razmene roba i usluga odvija na međunarodnom tržištu. Svakodnevno se, kada je o robi reč, obavi hiljade raznovrsnih transakcija: ona se pakuje, prevozi, skladišti i otprema po celom svetu. Da bi se to postiglo, potrebno je zaključiti hiljade ugovora o prodaji robe, kao i drugih ugovora koji obezbeđuju njihovu realizaciju.

Zbog izlaska privrednih subjekata iz okvira nacionalnih tržišta ugovori o prodaji robe koji se danas zaključuju često uključuju element inostranosti. Takvi ugovori se, pod određenim uslovima, kvalifikuju kao međunarodni i tada se eventualna sporna pitanja povodom njih raspravljaju primenom kolizionih normi i rešavanjem sukoba zakona u skladu sa pravilima međunarodnog privatnog prava, ili prema posebnim pravilima formulisanim u odgovarajućim međunarodnim aktima, ako su oni izvor prava za ugovor u pitanju.

Zbog potrebe za primenom posebnih pravila u regulisanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe kao značajno se nameće pitanje kvalifikacije međunarodne prodaje. Prisustvo elementa inostranosti kod ovog ugovora može biti izraženo na različite načine. Na primer, on može biti vezan za strane ugovornice, za predmet ugovora, za mesto njegovog zaključenja ili mesto izvršenja obaveze, pa treba odrediti kriterijum, odnosno merilo na osnovu koga bi kvalifikacija koja

⁴⁸ Roba je proizvod ljudskog rada namenjen tržištu. Roba jeste stvar, ali svaka stvar nije roba. Da bi to postala, potrebno je da je reč o stvari koja se proizvodi za drugoga i do koje taj drugi dolazi putem robno-novčanih odnosa (ovi uslovi su se ispunili tek sa pojavom klasnog društva, kada se smatra da je nastala roba). Da bi stvar bila roba ona mora imati kako upotrebnu vrednost, pod kojom se podrazumeva njeno svojstvo da zadovolji neke ljudske potrebe, tako i vrednost, koja predstavlja izraz apstraktnog ljudskog rada koji je uložena u njeno stvaranje. O ovome videti detaljnije: *Pravna enciklopedija 2*, odrednica „roba”, Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 1432.

⁴⁹ Osim što je najčešći pravni posao koji se zaključuje kako u okvirima jedne države, tako i u međunarodnim razmerama, ugovor o prodaji je i najdetaljnije uređen ugovor koji, u slučaju nedostatka odgovarajućih pravnih normi za druge ugovore, obično služi kao model u smislu da se norme koje važe za ugovor o prodaji shodno primenjuju i na druge ugovore (kada to odgovara prirodi tog drugog ugovora). Videti: Stefanović, Z, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2006, str. 182.

prodaju robe čini međunarodnom bila opravdana i realna. S tim u vezi, u pravnoj teoriji i u praksi postoje različita gledišta, ali se ona, prema tome da li se odlučujući značaj pridaje elementu inostranosti koji se sreće na strani subjekata ugovornog odnosa, ili onom koji je u vezi sa predmetom ugovora i njegovim izvršenjem, mogu podeliti u dve osnovne grupe: subjektivne i objektivne kriterijume kvalifikacije.

2.3. Subjektivni kriterijumi kvalifikacije

Subjektivni kriterijumi kvalifikacije najveći značaj u opredeljenju jednog ugovora kao ugovora o međunarodnoj prodaji robe pridaju činjenici da je inostrani element izražen u subjektu, tj. da je u vezi sa stranama ugovornicama. Reč je o tome da prodavac i kupac pripadaju različitim suverenitetima, preko svog državljanstva, prebivališta ili redovnog boravišta kada su u pitanju fizička lica, odnosno prava po kom su osnovani (mesta osnivanja), sedišta (i stvarnog sedišta) ili mesta poslovanja za pravna lica.

S obzirom na to da li je veza subjekta ugovornog odnosa sa stranom državom lična ili teritorijalna, merila u okviru subjektivnih kriterijuma kvalifikacije možemo, dalje, podeliti na personalna i teritorijalna. Tako bi državljanstvo fizičkih lica i pripadnost pravnih lica bila personalna merila, dok bi prebivalište i redovno boravište fizičkih, odnosno sedišta pravnih lica i mesto njihovog poslovanja bila teritorijalna merila.

2.3.1. Personalna merila

Personalna merila upućuju na ličnu vezu jednog lica sa određenom državom preko njegovog državljanstva, kada su u pitanju fizička lica, odnosno pripadnosti državi za pravna lica. Za ovu povezanost nije od uticaja činjenica da li to lice zaista i živi, odnosno posluje, na teritoriji države čiju pripadnost nosi. Kada se primeni ovo merilo, tada se ugovorom o međunarodnoj prodaji smatraju svi ugovori o prodaji kod kojih strane ugovornice pripadaju različitim državama. Pri tome, nije od značaja ako one, na primer, imaju prebivalište, odnosno sedišta u istoj državi ili se ugovor ima izvršiti u zemlji u kojoj je i zaključen.

Prima facie ovo merilo se, kao polazno, čini sasvim logičnim, mada je očigledno da se njegovom primenom broj ugovora o prodaji

koja bi se smatrala međunarodnom veoma proširuje. To i jeste suštinska primedba u vezi sa njegovom primenom u praksi, da obuhvatanjem neopravdano velikog broja prodaja u kategoriju međunarodnih, značajno opterećuje trgovinske odnose. Osim toga, i sama činjenica nacionalne pripadnosti strane ugovornice određenoj državi nije nešto što se može uvek sa lakoćom utvrditi, pa se ovo merilo, zbog nepouzdanosti, čini dodatno nepoželjnim.⁵⁰

S druge strane, primenom personalnih merila u kvalifikovanju jednog ugovora o međunarodnoj prodaji robe bi, čini se bez pravog razloga, iz tog kruga bili isključeni ugovori kod kojih su strane ugovornice istog državljanstva (tj. pripadnosti), a roba se tokom izvršenja ugovora prevozi preko teritorija različitih država.

2.3.2. Teritorijalna merila

Prevazilaženje pomenutih nedostaka personalnih merila pokušalo se primenom teritorijalnih merila u određenju jednog ugovora o međunarodnoj prodaji robe, po kojima se umesto nacionalne pripadnosti ugovornih strana u obzir uzima činjenica da se mesto njihovog prebivališta ili redovnog boravišta (kada su u pitanju fizička lica), odnosno sedište⁵¹ ili mesto poslovanja (za pravna lica)⁵² nalazi u različitim državama. Ove činjenice su, smatra se, pogodniji kriterijumi kvalifikacije s obzirom da se može očekivati da jedno lice, bez obzira na državljanstvo, obavlja svoju delatnost iz mesta u kome se nalazi njegovo sedište, odnosno prebivalište. Ako su ta mesta na teritorijama različitih država, onda je logično da ugovor u pitanju ima element inostranosti, tj. da u konkretnom slučaju predstavlja ugovor o međunarodnoj prodaji robe. I zaista, na ovaj način smanjuje se broj

⁵⁰ O ovome opširnije: Draškić, M, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1977, str. 139; Knežević, G, *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989, str. 13.

⁵¹ Domicil ili sedište je pravni pojam koji je veoma razrađen u pravu i čija sadržina u nacionalnim pravima varira u značajnoj meri. Zbog toga se u poslednje vreme sve češće navode uobičajeno boravište i mesto poslovanja kao tačke vezivanja, s obzirom da je ovde u značajnoj meri reč o činjeničnom konceptu, koji je zbog te svoje osobine podoban da eliminiše pravnu nesigurnost. O ovome detaljnije: Knežević, G, op. cit, str. 110.

⁵² Ovo shvatanje nalazimo kod Kahn, P, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, str. 3 i dalje.

ugovora koji se kvalifikuju kao međunarodna prodaja robe, tako što oni ne uključuju ugovore o prodaji kod kojih je element inostranosti samo prisutan, a bez odlučnog značaja, što je čest slučaj kada se opredeljivanje vrši s obzirom na državljanstvo ugovarača. Teritorijalna merila se zasnivaju na činjenicama koje i suštinski opredeljuju jedan ugovor kao ugovor o međunarodnoj prodaji robe i s obzirom da njih, po pravilu, nije ni teško utvrditi, ovo shvatanje ima i dovoljan stepen pouzdanosti što ga dodatno čini povoljnijim za primenu.⁵³

Potvrdu prihvatljivosti teritorijalnih merila, u okviru subjektivnih kriterijuma kvalifikacije prodaje robe međunarodnom, nalazimo i u tome što su upravo ona primenjena u najznačajnijem međunarodnom izvoru prava za međunarodnu prodaju robe – Bečkoj konvenciji.⁵⁴ Ova konvencija primenjuje se „na ugovore o prodaji robe zaključene između strana koje imaju sedišta⁵⁵ u različitim državama...“ uz dopunske uslove: a) da su te države države ugovornice ili b) da pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primenu prava jedne države ugovornice. Sedište ugovornih strana u različitim državama uzima se u obzir samo onda kada to „proističe iz ugovora, ranijeg poslovanja

⁵³ Tako, na primer, Kahn smatra da kada prodavac i kupac nemaju sedišta u istoj državi tada postoji dovoljna pretpostavka da će se njihove obaveze izvršavati na teritorijama različitih država. Iako se opredelio za subjektivni kriterijum sa teritorijalnim merilom kvalifikacije, ovaj autor ukazuje da od ovog pravila postoje dva izuzetka: jedan koji proširuje pojam međunarodne prodaje i drugi koji ga sužava. Tako, na primer, kada je o vezanim trgovinama reč tada treba uzeti u obzir mesto sedišta prvog prodavca i poslednjeg kupca pa ako su ta mesta u različitim državama prodaja će biti međunarodna. Takvi ugovori su suviše međusobno povezani da bi mogli biti razdvojeni i zasebno posmatrani. Međutim, čak i kada su sedišta prodavca i kupca u različitim državama, ali se radnje izvršenja ugovora obavljaju isključivo na teritoriji jedne države, tada ugovor o prodaji ne bi trebalo kvalifikovati međunarodnim. O ovome videti detaljnije: Kahn, P, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, str. 5.

⁵⁴ Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe potpisana je 11. aprila 1980. godine u Beču; tadašnja Jugoslavija ju je ratifikovala 1984. godine, te je zakon o njenoj ratifikaciji objavljen u "Sl. list SFRJ" - Međunarodni ugovori, br. 10-1/84. Poznata je pod nazivom Bečka konvencija.

⁵⁵ U originalnom, engleskom tekstu Konvencije upotrebljen je izraz "*place of business*", što znači mesto poslovanja, iako je u zvaničnom domaćem prevodu teksta Konvencije upotrebljen izraz sedište. "Prilikom usvajanje člana 1. Konvencije bilo je predloga da se odredi pojam "sedišta", ali to nije prihvaćeno pre svega zbog teškoća da se postigne saglasnost o kriterijumima koji bi se s tim u vezi primenjivali (naročito kada je reč o multinacionalnim korporacijama)" - Vilus, J, *Šta jugoslovenski izvoznik i uvoznik mora da zna u vezi sa Bečkom konvencijom*, Beograd, str. 15.

između strana ili iz obaveštenja koje su one dale u bilo koje vreme pre ili za vreme zaključenja ugovora.⁵⁶ Ako jedna strana ima više sedišta, uzima se u obzir ono koje je u najtešnjoj vezi sa ugovorom i njegovim izvršenjem, imajući u vidu okolnosti koje su bile poznate strankama ili koje su strane imale u vidu u bilo koje vreme pre ili u trenutku zaključenja ugovora.⁵⁷ Kad strana nema sedište, uzeće se u obzir njeno redovno boravište.⁵⁸

2.4. Objektivni kriterijumi kvalifikacije

Stavljajući personalne veze u drugi plan, objektivni kriterijumi kvalifikacije u određenju prodaje robe međunarodnom u prvi plan ističu objektivna merila. Polazište na kome počiva ovo mišljenje je shvatanje da je za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, više od povezanosti ugovarača sa različitim državama, karakteristično to da tokom realizacije ugovora dolazi do transfera robe iz jedne države u drugu. Prema ovom gledištu prodana roba je najvažniji element kod ugovora o prodaji i ako se sve radnje u vezi sa trgovinom tom robom odvijaju u granicama teritorije jedne države, onda je prodaja unutrašnja. Kada to nije slučaj, prodaja je međunarodna i podrazumeva da je u toku izvršenja ugovora došlo do transfera robe iz jedne države u drugu.⁵⁹ I zaista, kretanje robe jeste činilac koji jednu trgovinu može opredeliti međunarodnom jer kada se sve aktivnosti koje čine jednu trgovinsku transakciju odvijaju unutar jedne zemlje tada nema sumnje da je prodaja unutrašnja.⁶⁰

Ovom kriterijumu se ne može osporiti relevantnost, ali zbog činjenice da kod ugovora o prodaji nije uvek lako utvrditi mesto gde se

⁵⁶ Stav 1. i 2. člana 1. Konvencije.

⁵⁷ Član 10. stav 1. Konvencije.

⁵⁸ Iz ovih odredbi se zaključuje da se pod pojmom "sedište", u smislu Konvencije, razume faktičko sedište stranke, ono koje je u vezi sa zaključenim ugovorom. O ovome detaljnije: Stefanović, Z, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2006. godine.

⁵⁹ Objektivna teorija se, u početku, vezivala za transfer vrednosti, pa se međunarodnom smatrala prodaja kod koje neka vrednost prelazi granicu zemlje. O tome se izjašnjavala francuska sudska praksa, u kojoj je ova teorija imala najjače uporište. Međutim, zbog promena u načinu plaćanja napušteno je gledište po kome prednost ima transfer novca iz zemlje u zemlju, već je težište stavljeno na prelazak robe preko teritorija više država. Više o ovome: Kahn, P, op. cit, str. 3-4.

⁶⁰ Kahn, P, op. cit, str. 4.

roba nalazi u trenutku njegovog zaključenja, strane često ne znaju da ugovor koji zaključuju, uključuje element inostranosti i da iziskuje primenu posebnih izvora prava.⁶¹ Ipak, osnovna primedba na koju ovo gledište nema adekvatan odgovor odnosi se na činjenicu da nije baš uvek opravdano samo na osnovu transfera robe preko granica više država opredeliti jednu prodaju robe međunarodnom, ako pored toga ne postoji i neki drugi element inostranosti u ugovoru, pre svega onaj koji je povezan sa stranama ugovornicama. Osim toga, ugovarači sa sedištima u istoj državi bi mogli namerno zaključiti takav ugovor kod koga bi došlo do transfera robe preko različitih država što bi ga kvalifikovalo kao ugovor o međunarodnoj prodaji robe, a sve to u cilju izbegavanja primene domaćih propisa ukoliko im oni, iz nekog razloga, ne odgovaraju.

2.5. Mešoviti, subjektivno-objektivni kriterijum kvalifikacije

U potrazi za najboljim rešenjem, koje bi uspešno rešilo problem kvalifikacije ugovora o međunarodnoj prodaji robe, pokušalo se doći do željenog rezultata kompromisom između subjektivnog i objektivnog kriterijuma. Ovo, tzv. mešovito shvatanje, uvažava kako činjenicu da se element inostranosti pojavljuje kod ugovornih strana, tako i njegovo postojanje u procesu realizacije ugovora. Presudni značaj može se dati različitim činjenicama i u zavisnosti od toga mešoviti kriterijum kvalifikacije može se odrediti na različite načine.

Tako je, na primer, u Haškim jednoobraznim zakonima,⁶² značajnim po tome što predstavljaju prvi pokušaj unifikacije⁶³ prava međunarodne prodaje robe jednim međunarodnim dokumentom, subjektivni kriterijum izražen kroz činjenicu da ugovarači imaju sedište

⁶¹ Kupac nema potrebe da zna gde se nalazi roba u trenutku kada zaključuje ugovor da bi je kupio, pa se može dogoditi da se roba kupljena kod inostranog prodavca već nalazi u zemlji.

⁶² Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari - *Uniform Law on the International Sale of Goods* (ULIS) i Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj kupoprodaji - *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* (ULFIS), čiji tekst je objavljen na engleskom jeziku i prevodu na srpski u knjizi Goldštajna, A, Međunarodno trgovačko pravo, Zagreb, 1970.

⁶³ Ove zakone ratifikovale su: Belgija, Gambija, Italija, Izrael (koji je ratifikovao samo ULIS), Luksemburg, Holandija, SR Nemačka, Velika Britanija i San Marino.

ili redovno boravište u različitim državama, dok je objektivni kriterijum određen alternativno, putem sledećih činjenica: a) da iz ponude ili prihvata proizlazi da se stvar prevozi ili da će biti prevežena sa teritorije jedne na teritoriju druge države; b) da su radnje koje sačinjavaju ponudu i prihvata ponude izvršene na teritorijama raznih država; ili c) da isporuka stvari treba da se izvrši na teritoriji neke druge države, a ne one gde su bile izvršene radnje koje sačinjavaju ponudu ili njeno prihvatanje.⁶⁴ Potrebno je da bude ispunjen najmanje jedan od navedenih uslova⁶⁵ da bi se ugovor o prodaji robe, kod koga stranke imaju sedište ili redovno boravište u različitim državama, smatrao ugovorom o međunarodnoj prodaji robe.

Pravna teorija nije ostavila bez kritike ni ovaj koncept, ukazujući na nekoliko mogućih poteškoća u njegovoj primeni. Pored već izloženih primedbi u odnosu na merilo prelaska robe preko teritorije različitih država, tvrdi se da i preostala dva mogu imati slične nedostatke. Naime, drugo i treće merilo podrazumevaju da se u svakom konkretnom slučaju mora znati mesto odašiljanja ponude i njenog prihvata, što je u uslovima savremenog međunarodnog prometa, gde se ugovor često zaključuje tek posle niza predloga i protivpredloga, teško utvrditi.⁶⁶ Pored toga, mesto odašiljanja i prihvata ponude je veoma često slučajno određeno i bez suštinske je veze sa ugovorom, zbog čega nije prikladno da se na osnovu njega jedan ugovor o prodaji robe kvalifikuje ugovorom o međunarodnoj prodaji robe.

3. PITANJE PUNOVAŽNOSTI UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Da bi jedan ugovor bio izvor prava za međunarodnu prodaju robe, potrebno je da on bude punovažan. To znači da strane, koje su svoju saglasnost volja za obavezivanjem pretočile u ugovor, moraju imati sposobnost za zaključenje ovog ugovora, s jedne, kao i da ugovor ispunjava zahteve u pogledu forme, s druge strane. Ispunjenost

⁶⁴ Član 1. stav 1. Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari i član 1. stav 1. Jednoobraznog zakona o zaključenju ugovora o međunarodnoj kupoprodaji.

⁶⁵ Koji predstavljaju objektivne kriterijume kvalifikacije ugovora o međunarodnoj prodaji robe.

⁶⁶ Detaljnije videti: Draškić, M, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1977, str. 140-141.

postavljenih uslova procenjuje se sa stanovišta merodavnog prava i najčešće je reč o nekom nacionalnom pravu. Ovo pitanje izdvajamo, jer je reč o jednom od uslova za punovažnost ugovora, kao primarnog izvora regulisanja međunarodne prodaje robe.

Sposobnost stranaka da izraze volju za obavezivanjem procenjuje se na osnovu merodavnog nacionalnog prava. Najveći broj ugovora u međunarodnim trgovačkim operacijama zaključuju pravna lica i njihova poslovna sposobnost se, po pravilu, utvrđuje prema pravu države kojoj pravno lice pripada. U vezi sa tim, u uporednom pravu su najčešća dva rešenja: po prvom se uzima u obzir pravo zemlje u kojoj pravno lice ima svoje sedište,⁶⁷ dok je po drugom relevantno pravo države po čijim propisima je ono osnovano.⁶⁸ Od ovih rešenja značajnije odstupanje se sreće u državama *common law*-a, gde prevladuje stav da je pravo mesta zaključenja pravnog posla merodavno za ocenu poslovne sposobnosti pravnog lica, s tim da se ovo pitanje može raspraviti i po pravu merodavnom za ugovor (*lex contractus*).⁶⁹

Kada fizička lica zaključuju ugovore o međunarodnoj prodaji robe, neke države predviđaju *lex nationalis*⁷⁰ kao merodavno za procenu njihove pravne i poslovne sposobnosti, druge se opredeljuju za

⁶⁷ Sedište pravnog lica se koristi kao kriterijum za procenu njegove sposobnosti za zaključenje ugovora u većini evropskih prava, tako u: nemačkom, austrijskom, belgijskom, francuskom, portugalskom, italijanskom pravu.

⁶⁸ Prema mestu osnivanja se procenjuje pravna i poslovna sposobnost u pravu Ujedinjenog Kraljevstva, Holandije, Irske i Švajcarske, a u nešto modifikovanoj formi u Danskoj, Švedskoj i Finskoj. U domaćem pravu ugovorna sposobnost se određuje prema pravu države po čijim je propisima pravno lice osnovano, a ako pravno lice ima stvarno sedište u drugoj državi (a ne u onoj u kojoj je osnovano) i po pravu te druge države ima njenu pripadnost, pravo te druge države će se smatrati merodavnim (član 17. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, „Službeni list SFRJ“, br. 43/82, 72/82 i „Službeni list SRJ“, broj 46/96).

⁶⁹ Ovde je reč o tome da primena prava merodavnog za osnovni ugovor na pitanje sposobnosti ugovaranja znači primenu objektivno određenog ugovornog statuta, čime se isključuje mogućnost da ugovarači izborom prava izigraju obavezujuće propise nekog zakona. Vidi: Knežević, G, *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989, str. 169. O institutu izigravanja zakona (*Fraus legis*) videti: Varadi, T, Bordaš, B, Knežević, G, *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2003, str. 154 – 163.

⁷⁰ Na primer član 7. stav 1. nemačkog Zakona o reformi Međunarodnog privatnog prava.

lex domicilii,⁷¹ a postoji tendencija da to bude pravo njihovog redovnog boravišta. Radi zaštite savesne ugovorne strane, pravilo o određivanju poslovne sposobnosti često je dopunjeno alternativnom tačkom vezivanja, pa se ona može ceniti, takođe, po pravu mesta gde je ugovor zaključen. Na taj način postiže se da se fizičko lice, koje nije poslovno sposobno po personalnom pravu, ipak smatra sposobnim da punovažno zaključi ugovor ako ispunjava uslove koje predviđa pravo mesta zaključenja ugovora.⁷² Time se veći broj ugovora održava na snazi i ostvaruje princip *in favorem negotii* u trgovinskom pravu.

Pored sposobnosti ugovornih strana da zaključuju ugovore, za punovažnost jednog ugovora bitno je i da on zadovolji zahtev forme kada je to predviđeno merodavnim pravom. U uporednom pravu preovlađuje pravilo da nije potrebno da trgovinski ugovori ispunjavaju neke posebne uslove u tom pogledu, već je dovoljno da se strane usmeno saglase o zaključenju ugovora (čak i da nameru za obavezivanjem izraze konkludentnim radnjama) u skladu sa vladajućim principom da se ugovori zaključuju *solo consensu*. Međutim, nisu sva prava liberalna po ovom pitanju i pojedina postavljaju uslove u pogledu forme za određene ugovore. Tako, na primer, u američkom pravu ugovor mora biti u pismenoj formi kada njegova vrednost prelazi određeni limit.⁷³ Kako ugovor koji nije zaključen u formi koju propisuje merodavno pravo nije punovažan, neophodno je utvrditi način na koji se ono određuje u uporednom pravu. U odnosu na ovo pitanje nacionalna prava polaze od opšteg pravila po kome je za forme pravnih poslova tipična tačka vezivanja *locus regit actum*. Primenjeno na ugovore, to znači da je za formu merodavno pravo mesta u kome je ugovor zaključen, tj. *lex loci contractus*. Ovo pravilo se, u cilju očuvanja ugovora na snazi, često dopunjuje alternativnom tačkom vezivanja, najčešće prema pravu koje je merodavno za sam ugovor (*lex*

⁷¹ Zakon o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske u članu 35.

⁷² Ovo pravilo predviđeno je, na primer, u turskom, poljskom, japanskom, nemačkom, švajcarskom, italijanskom i dr. pravu. U Rimskoj konvenciji o merodavnom pravu za ugovorne obaveze isto pravilo, međutim, ima sledeća ograničenja: sposobnost jednog lica može da se procenjuje po pravu mesta zaključenja ugovora samo ako je ugovor zaključen između lica koja su se nalazila u istoj zemlji i ako je druga ugovorna strana pokazala dovoljan stepen pažnje (ako njeno neznanje da je saugovarač poslovno nesposoban prema svom personalnom pravu nije rezultat nepažnje).

⁷³ Što je propisano članom 2-201 Uniform Commercial Code, za sve ugovore čija vrednost prelazi 500 USD.

contractus). Tako će jedan ugovor, koji nije punovažan po pravu mesta u kome je zaključen, ipak biti punovažan ako ispunjava uslove u pogledu forme po pravu koje je merodavno za ugovor.⁷⁴

U praksi ugovora o međunarodnoj prodaji robe pomenuto pravilo, međutim, nije uvek jednostavno primeniti, posebno kada se ugovor zaključuje *inter absentes* - između odsutnih lica, tj. prepiskom. U tom slučaju je nužno prethodno utvrditi mesto u kome je ugovor zaključen da bi se odredilo pravo po kome će se proceniti njegova punovažnost sa stanovišta zahtevane forme. Načini određivanja mesta zaključenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe u nacionalnim propisima međusobno se razlikuju, što veoma komplikuje rešenje tog pitanja. U većini država problem se prevazilazi tako što se to mesto utvrđuje po pravilima sopstvenog pravnog sistema (*lex fori*), što se u praksi pokazalo kao najprihvatljivije. Tako organ koji rešava spor koristi pravila sopstvenog prava kada određuje kada je i gde ugovor zaključen.

Primena pomenutog pravila u praksi, međutim, može dovesti do toga da jedan ugovor ne bude punovažno zaključen zbog nedostatka forme, uprkos tome što su obe strane dale punovažne izjave u skladu sa pravom mesta u kome su se nalazile u momentu kada su ih učinile. Do toga može doći zato što nacionalni propisi na različite načine određuju trenutak nastanka ugovora (to može biti momenat u kome je ponuđeni izjavio da prihvata ponudu, momenat kada je on odaslao obaveštenje da ponudu prihvata, trenutak kada je odgovor na ponudu pristigao ponudiocu ili trenutak u kome ponudilac saznaje da je ponuđeni prihvatio njegovu ponudu⁷⁵), zbog čega je moguće da jedna strana učini izjavu u odgovarajućoj formi po sopstvenom pravu, a da to ne ispunjava zahteve forme po pravu druge strane. Ako se pitanje postavi pred organom tog drugog ugovarača, onda su veliki izgledi da bude utvrđeno da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo jer nije punovažno zaključen⁷⁶.

⁷⁴ Tako je u: švajcarskom, srpskom, japanskom, poljskom, rumunskom i turskom pravu.

⁷⁵ U pogledu trenutka zaključenja ugovora u uporednom pravu se sreću četiri pomenuta različita rešenja, koja su odraz četiri različite teorije: teorije izjave, teorije odašiljanja, teorije prijema i teorije saznanja. O tome detaljnije videti: Draškić, M, Stanivuković, M, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 209-215; Đurović, R, *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 274-276.

⁷⁶ Ukoliko je reč o formi *ad solemnitatem*.

Ovaj bi problem mogao da se prevaziđe tako što bi svaka strana bila unapred upoznata sa eventualnim zahtevima forme koje za ugovor koji se zaključuje predviđa pravo druge strane i da ih ispoštuje. Pomenuti pristup, međutim, nije lako ostvariv i znatno bi otežavao odvijanje međunarodnih trgovinskih poslova. On čak nije saglasan ni osnovnom pravilu da se punovažnost preduzetih radnji procenjuje prema pravu mesta u kome je radnja preduzeta (*locus regit actum*), pošto bi kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe strane ugovornice morale da se prilagođavaju ne samo tom pravu, već i pravu mesta u kome se nalazi druga strana ugovornica, ako žele da izbegnu rizik da ugovor bude nepunovažan.

Korak dalje u traženju rešenja ovog problema učinjen je u nekim međunarodnim konvencijama. Tako, na primer, Rimska konvencija o pravu merodavnom za ugovorne obaveze⁷⁷ predviđa alternativne tačke vezivanja kada propisuje da će ugovor zaključen između lica koja se nalaze u različitim državama biti punovažan u pogledu forme ako je ispunjena bilo forma koju zahteva pravo nadležno za sadržinu ugovora, bilo pravo bar jedne od dve države u kojima se strane ugovornice nalaze.⁷⁸ Ugovori koje zaključuju lica koja se nalaze u istoj zemlji su punovažni ako zadovoljavaju uslove forme prava merodavnog za ugovor ili prava mesta zaključenja.⁷⁹ I Interamerička konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze sadrži zanimljivo rešenje po kome se punovažnost ugovora koji zaključuju odsutna lica u pogledu forme ceni prema pravu merodavnom za ugovor (*lex contractus*), s tim da će biti punovažan i ugovor koji ne zadovoljava pomenuti uslov, ako ispunjava zahteve forme bilo prema pravu države u kojoj je zaključen, bilo prema pravu mesta u kome se ima izvršiti.⁸⁰

Na osnovu svega izloženog može se zaključiti da se punovažnost ugovora o međunarodnoj prodaji robe sa stanovišta forme procenjuje po pravilima koja važe u mestu gde je ugovor zaključen, uz dopunsko pravilo da će on biti punovažan i kada to nije po mestu njegovog zaključenja, ako jeste po pravu merodavnom za sadržinu ugovora. Kod distancionih prodaja, međutim, takav način regulisanja zahteva izvesne

⁷⁷ *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, objavljena u EU L 266 od 9. oktobra 1980. godine.

⁷⁸ Član 11. stav 2. Rimske konvencije.

⁷⁹ Član 11. stav 1. Rimske konvencije.

⁸⁰ Član 13. Interameričke konvencije o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1994. godine.

korekcije kako bi se ublažile posledice do kojih dovodi različito uređenje pitanja određenja mesta zaključenja ugovora u uporednom pravu. Primena alternativnih tačaka vezivanja, koje omogućavaju opstanak ugovora kada zadovolji zahtev forme makar jednog od prava na koje one upućuju, je put ka poželjnom rešenju jer ublažavanje zahteva forme pogoduje principu očuvanja što većeg broja ugovora o međunarodnoj prodaji robe na snazi.

Pitanje punovažnosti ugovora sa stanovišta ispunjenih formalnih zahteva nije, međutim, iscrpljeno razmatranjem njegove saglasnosti sa predviđenom formom. Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe se, pored toga, neretko traži da se ispune i određeni formalni uslovi koje propisuje merodavno nacionalno pravo, a kojim se traži da ugovorne strane pribave razna odobrenja, uverenja, dozvole i sl, koje izdaju nadležni organi u skladu sa posebnim propisima i bez kojih jedan ugovor ne može biti punovažno zaključen⁸¹ (ili ne može biti izvršen). I o ovim formalnim uslovima se mora voditi računa prilikom zaključenja ugovora, pošto nepoštovanje i jednih i drugih proizvodi istu posledicu - zaključeni ugovor neće biti punovažan i neće proizvoditi pravno dejstvo.⁸²

4. MERODAVNO NACIONALNO PRAVO

Ugovor o međunarodnoj prodaji robe je dugo vremena bio isključivo u domenu nacionalnih pravnih sistema. Smatralo se da nacionalni propisi, u skladu sa teorijom suvereniteta i teritorijalnog integriteta, imaju lokalizovanu primenu na teritoriji države kojoj pripadaju pa su se sporovi proizašli iz ugovora sa stranim elementom rešavali prema pravu merodavnom za ugovor koje bi se odredilo na osnovu kolizione norme *lex fori*. To pravo je, po pravilu, bilo nacionalno pravo sa kojim su ugovorne strane ili ugovor u određenoj vezi. Ovo shvatanje danas je dosta izgubilo na značaju, pre svega pod uticajem načela autonomije volje, koje važi i u odnosu na pitanje izbora

⁸¹ O uticaju administrativnih odobrenja i dozvola na zaključenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe, videti detaljnije: Draškić, M, Stanivuković, M, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Savremena administracija, Beograd, 2005, str. 255-258; Đurović, R, *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 270-274.

⁸² O ovome videti detaljnije: Mitrović, D, Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje, u: *Pravni opus 1957-2007*, Beograd, 2007, str. 62.

prava merodavnog za ugovor, te strane mogu samostalno da odrede pravila nadležna za svoje ugovorne obaveze i prava. U tom smislu one se mogu opredeliti kako za neko nacionalno pravo, tako i za druge izvore prava međunarodne prodaje robe⁸³. Tek ako one ne iskoriste ovu mogućnost, organ koji rešava spor će rešiti to pitanje primenom odgovarajućih pravila.

Ako bi ugovorne strane odredile kao merodavno za ugovor neko nacionalno pravo, onda se kao prvo postavlja pitanje da li njihov izbor obuhvata celokupno strano pravo (*in toto*), bez obzira na to da li su u pitanju norme javnopravnog ili privatnopravnog karaktera. Ovo pitanje veoma je aktuelno baš kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe zbog postojanja zaštitnih, imperativnih propisa o uvozu i izvozu robe kojima države štite svoje nacionalne ekonomije⁸⁴ (na primer, carinski i devizni zakoni kao i drugi propisi koji imperativnim normama neposredno ili posredno regulišu pitanja robne razmene sa inostranstvom), a koji uređuju taj ugovor i javnopravnog su karaktera.

U ranijoj praksi i pravnoj teoriji se verovalo da strane mogu birati samo norme privatnog prava za svoj ugovor, a ocenu o tome da li je norma u pitanju privatnopravna ili javnopravna, vršio je sud.⁸⁵ Takvo postupanje je prilično otežavalo, čak i onemogućavalo priznanje i izvršenje sudskih odluka van granica države suda, pošto su države u kojima bi to bilo zatraženo zahtevale da ove odluke budu u skladu sa njihovim imperativnim propisima.⁸⁶ Reč je o propisima koji bi se morali primeniti na konkretni ugovorni odnos da je odlučivao organ na teritoriji zemlje u kojoj je zatraženo priznanje, odnosno izvršenje. Nepoštovanje pomenutih propisa, međutim, ne čini ugovor ništavim pošto dužnik može naknadno dobiti odgovarajuće odobrenje koje ometa izvršenje ugovora, ili je moguće da ugovarači usklade ugovorne

⁸³ O izvorima prava i pravila koji uređuju posao međunarodne prodaje robe videti fusnotu broj 1 u ovom radu.

⁸⁴ O pojavi neoprotekcionizma, njegovim razlozima i procesu trgovinske liberalizacije, videti, sa upućivanjem: Dašić, D, *Principi internacionalne ekonomije*, Beograd, 2007, str. 116-117 i 131-143.

⁸⁵ „Ukoliko je norma u pitanju, po shvatanju suda, javnopravnog karaktera, činjenica što je zemlja čijeg je pravnog sistema ona deo smatra privatnopravnom ne može je učiniti primenljivom na teritoriji zemlje suda". Knežević, G, *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1989, str. 85.

⁸⁶ Odbijanje priznanja i izvršenja odluka u ovim slučajevima obično se obrazlaže pozivanjem na javni poredak.

odredbe sa pomenutim propisima određivanjem drugačijeg načina izvršenja.⁸⁷ Reč je, dakle, o pravilima koja se „*de facto moraju primeniti, odnosno poštovati i bez čije primene i poštovanja ugovor se ne smatra valjano zaključenim, ili, što je još važnije, postoji apsolutna faktička i fizička nemogućnost njegovog izvršenja*“.⁸⁸ Zbog toga je potrebno da se i određene javnopravne norme stranog prava uzmu u obzir prilikom rešavanja spora, a koje su to norme nije moguće unapred odrediti već se mora procenjivati od slučaja do slučaja. Jedino je izvesno da se to ne odnosi na strane krivične i poreske zakone, za koje se smatra da su toliko povezani sa teritorijom države koja ih je donela da nije moguća njihova primena od strane sudova drugih zemalja.⁸⁹

Veoma slično sa primenom normi javnopravnog karaktera, makar kada je o posledicama po mogućnost priznanja i prinudnog izvršenja sudskih odluka reč, je i pitanje primene tzv. normi neposredne primene⁹⁰ na konkretni ugovorni odnos. Za jedan ugovorni odnos, po pravilu, relevantne su norme koje su sadržane u propisima onih zemalja sa kojima je ugovor povezan kao i norme neposredne primene *lex fori*. „*Norme neposredne primene sadržane u zakonodavstvima zainteresovanih zemalja izraz su javnog poretka dotičnih zemalja. Zato se može očekivati da će svaka zemlja čiji je pravni poredak povređen reagovati nepriznavanjem odluke samo ako joj se za to ukaže prilika.*“⁹¹

Ugovor o međunarodnoj prodaji robe je, pored toga, specifičan i po tome što ga, po pravilu, ne uređuje samo jedno pravo, već pojedina njegova pitanja podležu različitim nacionalnim pravima. Na primer, kada dođe do spora povodom ovog ugovora, tada organ koji vodi postupak prvo treba da utvrdi materijalno pravo merodavno za njegovu sadržinu. To može biti pravo koje su strane ugovornice označile u ugovoru, a ako one to nisu učinile ili njihov izbor nije valjan, onda će sud ili arbitraža primenom odgovarajućih pravila utvrditi koje je to

⁸⁷ O ovome videti detaljnije: Stojković, S, *Obligacioni odnosi sa elementom inostranosti*, Savezna spoljnotrgovinska komora, Beograd, 1956, str. 79, fusnota 138.

⁸⁸ Mitrović, D, *Klauzule neodgovornosti u međunarodnog trgovačkoj kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966, str. 44.

⁸⁹ Sajko, K, *On role of Public Law in the Private International Law*, jugoslovenski izveštaj na 12. Međunarodnom kongresu za uporedno pravo, Sidnej, Melburn, 1986. godine, str. 40.

⁹⁰ O normama neposredne (ekskluzivne) primene i njihovoj primeni na ugovor o međunarodnoj prodaji robe videti detaljnije: Knežević, G, op. cit, str. 89-97.

⁹¹ Knežević, G, op. cit, str. 94.

pravo. Ovo je potrebno zbog toga što se upravo na osnovu tog prava popunjavaju pravne praznine u ugovoru, koje su neminovne jer je gotovo nemoguće da strane, ma koliko detaljno uredile svoje ugovorne obaveze, unapred predvide rešenja za sve moguće situacije koje u vezi sa njima mogu nastati. U ovim slučajevima primenjuju se dispozitivne odredbe prava merodavnog za ugovor, koje su privatnopravnog karaktera.

Određivanje *lex contractus* potrebno je i kada strane podrede svoje ugovorne obaveze nekom od izvora autonomnog prava međunarodne prodaje robe (na primer opštim uslovima poslovanja ili tipskim ugovorima i dr.), kao i kada samostalno kreiraju svoj ugovor bez pozivanja ili upućivanja na neka posebna pravila. Ovo stoga što se na osnovu tog prava procenjuje da li su odabrana pravila u saglasnosti sa njegovim imperativnim odredbama, pa ako to nije slučaj, njihova primena se dovodi u pitanje.

Pravo merodavno za sadržinu ugovora, međutim, ne može rešiti sva pitanja konkretnog ugovora pošto je za određena njegova pitanja, po pravilu, nadležno drugo nacionalno pravo. Tako se, na primer, sposobnost za zaključenje ugovora procenjuje, po pravilu, prema *lex nationalis* za svakog ugovarača posebno. Nadalje, pravo strana da izaberu pravo merodavno za ugovor podleže *lex fori*, koje takođe uređuje i pitanje valjanosti njihovog izbora ako su one iskoristile to svoje pravo. Kada *lex fori* pokaže da njihov izbor nije valjan, ili ako takvog izbora nema, isto pravo određuje i merodavno pravo za sadržinu ugovora. I forma ugovora se procenjuje na osnovu posebnih pravila, nezavisno od *lex contractus*. Uobičajeno je da se ispunjenost zahteva u pogledu forme utvrđuje prema zakonu mesta u kome je ugovor zaključen (*lex loci contractus*). „Napred izneto pokazuje da najmanje četiri prava regulišu ugovor i da se ne može govoriti o jednom jedinstvenom pravu, mada se po pravilu ne dešava da ova četiri različita kriterijuma dovedu i do primene prava četiri različite države.“⁹²

⁹² Mitrović, D, Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje, u: *Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 57.

5. ZAKLJUČAK

Određenje pojma ugovora o prodaji u zakonodavstvima i pravnoj teoriji vrši se, po pravilu, navođenjem osnovnih obaveza prodavca i kupca. Nakon istraživanja ovog pitanja u uporednom pravu, u radu smo pokazali da osnovne obaveze prodavca, koji je nosilac karakteristične prestacije u ovom ugovoru, u bitnoj meri zavise od toga da li se ugovoru priznaje stvarnopravno ili obligacionopravno dejstvo, pa je za njegovo definisanje od suštinske važnosti opredeljenje za neki od pomenutih koncepta o dejstvu ovog ugovora. Polazeći od stvarnopravnog dejstva ugovora o prodaji, osnovna obaveza prodavca je da izvrši predaju stvari kupcu s obzirom da je svojina prenet na njega već samim zaključenjem ugovora. S druge strane, koncept o obligacionopravnom dejstvu ugovora o prodaji podrazumeva da je na osnovu njega nastala obaveza prodavca da prenese svojinu na stvari na kupca, što će on učiniti odgovarajućim radnjama koje podrazumevaju predaju stvari. U oba slučaja obaveza kupca da plati cenu se podrazumeva. Shodno izloženom, ugovor o prodaji se u uporednom pravu određuje na različite načine, bilo kao ugovor kojim se jedna ugovorna strana, prodavac, obavezuje da drugoj ugovornoj strani, kupcu, preda stvar koja je predmet ugovora, a ovaj se obavezuje da za to plati odgovarajuću cenu, ili kao ugovor u kome prodavac ima obavezu da kupcu prenese svojinu na stvari i izvrši njenu predaju, dok ovaj za to ima da plati cenu.

Na osnovu svega izloženog, izvesno je da se u određenju jednog ugovora o međunarodnoj prodaji robe ne mogu zanemariti subjektivni kriterijumi kvalifikacije. Međutim, kod utvrđivanja merila koje je najpogodnije treba posebno voditi računa o tome da ono na relevantan način odražava vezu jednog lica sa određenom državom. Čini se da je u tom smislu primereno uzeti u obzir poslovno sedište stranaka, i to pre mesto u kome one obavljaju pretežni deo svoje delatnosti nego mesto sedišta uprave preduzeća, uprkos tome što se ono lakše utvrđuje. Kada je o fizičkim licima reč, relevantno je mesto njihovog redovnog boravišta.

O nužnosti uvažavanja subjektivnih kriterijuma (u određenju ugovora o međunarodnoj prodaji robe) i njihovoj prihvatljivosti govori i činjenica da se međunarodni izvori prava međunarodne prodaje, ako uopšte uređuju ovo pitanje, najčešće za njih opredeljuju. To je evidentno kako kod Bečke konvencije, koja ih upotrebljava kao jedini

kriterijum kvalifikacije, tako i kod Haških jednoobraznih zakona koji ih kombinuju sa objektivnim kriterijumom.

Sa druge strane, primena objektivnih kriterijuma kvalifikovanja ugovora o međunarodnoj prodaji robe, kao jedinih, danas nije uobičajena. Od toga se, vremenom, potpuno odustalo zbog toga što su ta merila previše uska da bi se samostalno primenila. Prelazak robe preko granica različitih država prilikom ispunjenja ugovora, kao i činjenica da su akti ponude i prihvata učinjeni na teritoriji različitih zemalja, ili to što su pojedine radnje koje su u vezi sa realizacijom ugovora (npr. brisanje i upisivanje u odgovarajuće javne registre stvari) vezane za teritorije više država nije, samo po sebi, dovoljno za kvalifikovanje jednog ugovora kao ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Neophodno je da, pored toga, element inostranosti postoji i na strani samih subjekata, prodavca i kupca koji su zaključili ugovor da bi on izazvao potrebu rešavanja sukoba zakona u sporovima koji bi, eventualno, na osnovu tog ugovora proistekli. Zbog toga je najprimerenije primeniti mešoviti kriterijum pri kvalifikaciji jedne prodaje robe međunarodnom, pri tom uzimajući u obzir poslovno sedište (mesto obavljanja delatnosti), odnosno redovno boravište stranaka kao subjektivno, a prelazak robe preko teritorija više država, kao objektivno merilo.

Možemo zaključiti da je pitanje izvora prava koji upravljaju ugovorom o međunarodnoj prodaji robe veoma kompleksno. Zbog prisustva stranog elementa ovaj ugovor je, potencijalno, regulisan propisima različitih zemalja. To su, pre svega, države u kojima strane ugovornice imaju svoja sedišta odnosno prebivališta, potom zemlje u kojima treba izvršiti ugovor, ali i druge države koje su u određenoj vezi sa ugovornom transakcijom. Koje od tih prava će biti primenjeno u konkretnom slučaju - pitanje je, na koje odgovor daje međunarodno privatno pravo i njegova pravila za utvrđivanje merodavnog prava u slučajevima kada je više prava u sukobu.

Do primene različitih nacionalnih pravnih sistema na jedan ugovor može doći bilo izborom ugovornih strana, bilo primenom samog prava. Kada strane iskoriste svoje pravo da odrede merodavno pravo za ugovor, one se obično ograniče na jedno pravo. To i jeste osnovni efekat principa autonomije volje kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe, da jedno pravo bude merodavno za ceo ugovor, bilo da je to neko nacionalno pravo, bilo da su u pitanju pravila autonomnog prava međunarodne prodaje. Međutim, u praksi se na ovaj ugovor,

nezavisno od izbora ugovornih strana, često primenjuju pravila nekoliko različitih nacionalnih pravnih sistema. To je naročito slučaj kada sud ili arbitraža u postupku rešavanja spora konstatuju da postoje specijalna pravila koja zahtevaju da budu primenjena uprkos pravu merodavnom za ugovor, to jest bez obzira što ne pripadaju tom pravu. Osnovni razlog za uvažavanje takvih pravila i primene nacionalnog prava na određena pitanja ugovora leži u potrebi stvaranja uslova za uspešno rešavanje zahteva za priznanje i prinudno izvršenje odluka kojima se rešavaju sporovi povodom ugovora o međunarodnoj prodaji robe u stranoj zemlji. Upravo zbog toga je neophodno odlukom u sporu obuhvatiti i odgovarajuće nacionalne propise, pre svih propise država u kojima se očekuje takav zahtev. Zbog svega toga se za ugovor o međunarodnoj prodaji robe može konstatovati da je on, na kraju krajeva, ipak predmet nacionalnih prava. Razumevanje načina na koji se reguliše pitanje određivanja merodavnog prava za ugovor, stoga, nije samo potreba zadovoljenja intelektualne radoznalosti, već to nalažu, pre svega, praktični razlozi.

Slobodan Vukadinović, LL.B.

Assistant

Faculty of Law, "Union" University, Belgrade

Katarina Jovičić, LL.M.

Research Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE QUALIFICATION CRITERIA CONCERNING THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND THE QUESTION OF THE APPLICABLE NATIONAL LAW

In this article we have been researching the contract for the international sale of goods i.e we have been examining the criteria and standards which are to qualify the international sale of goods. In the focus of the researches were subjective criteria of qualification which were considered regarding personal and territorial standards, and later objective and mixed i.e subjective-objective criteria which qualify the contract for the international sale of goods.

The fact that a contract for the sale of goods has different legal effects in different legal systems has cleared the path in sense of conducting researches comparative law in national legislation, as well as rules contained in international sources i.e. in international conventions as means of unification which organize this most frequent legal affair regarding international trade. In this way, we have comparatively examined the sale system with property law effect and sale with obligation law effect. At the same time we have discussed both civil and collision law's aspects of the very important principle for this contract - autonomy of the will.

In cases of dispute or by the will of the parties the specific national law will be applied to some questions regarding this contract with a foreign element, we have paid attention to applicable national law concerning contract for the international sale of goods, especially for its validity.

Keywords: *autonomy of the will, contract for the international sale of goods, legal effects of the contract, criteria and standards qualifications concerning international sale of goods, validity of the contract, applicable law.*

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

UDK 341.231.14: 614.253
Originalni naučni rad

ETIČKI I PRAVNI POLOŽAJ PUNOLETNIH POSLOVNO SPOSOBNIH LJUDI KAO SUBJEKATA BIOMEDICINSKIH ISTRAŽIVANJA ILI OGLEDA

Cilj ovog rada je da ukaže na najvažnija etička i pravna pitanja koja se tiču učešća punoletnih poslovno sposobnih ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja ili ogleda i da ova pitanja razmotri kako sa gledišta pravne teorije, tako i sa stanovišta staleških pravila, vodiča i deklaracija koje su donele međunarodne i nacionalne organizacije, kao i odgovarajući nacionalni zakoni. Najpre se razjašnjavaju pojam i vrste biomedicinskih istraživanja ili ogleda na čoveku; potom se razmatraju opšta pitanja koja se odnose na punoletne poslovno sposobne subjekte istraživanja; u nastavku izlaganja posebno se analiziraju tri pitanja: prvo se tiče rizika i koristi za subjekte istraživanja; drugo se tiče informisanog pristanka subjekata istraživanja; treće razmatra položaj subjekata genetskih istraživanja u kontekstu ljudskih prava.

Ključne reči: Biomedicinska istraživanja ili ogledi.- Odrasli poslovno sposobni subjekti istraživanja.- Procena rizika/koristi. – Informisani pristanak.- Humani genom, nediskriminacija, privatnost, poverljivost, genetska informacija.

UVOD

Glavni cilj biomedicinskog istraživanja koje uključuje humane subjekte jeste da razume uzroke, razvoj i dejstvo bolesti i da unapredi preventivne, dijagnostičke i terapijske intervencije (metode, postupke i tretmane). Čak i sada najbolje ostvareni dometi istraživanja moraju da budu procenjivani stalno kroz nova istraživanja ili ogleda u pogledu njihove sigurnosti, delotvornosti, efikasnosti, prihvatljivosti i kvaliteta. U medicinskoj praksi i u medicinskom istraživanju, većina intervencija predstavlja direktni zahvat u telo i zdravlje subjekata istraživanja ili je

bar povezano sa opasnostima povrede tih pravnih dobara. Otuda se kod biomedicinskog istraživanja sukobljavaju dva različita interesa: interes društva za buduću bolju zaštitu života i zdravlja svih ljudi i interes subjekta istraživanja da se njegov lični život i zdravlje zaštite od opasnosti (rizika) kojima biva izložen. Stoga nastaje potreba da se izvrši odmeravanje sukobljenih interesa. U tom pogledu preovlađuje moralni i pravni stav da interesi i blagostanje pojedinca kao subjekta istraživanja treba da imaju prednost u odnosu na interese nauke i društva.¹

Sva biomedicinska istraživanja ili ogledi na čoveku trebalo bi da se vrše (obavljaju) u skladu sa četiri osnovna etička načela: poštovanja prema ličnosti, dobrotvornosti, pravde i poverljivosti (tajnosti). Postoji opšta saglasnost da ova načela koja imaju, u principu, jednaku moralnu snagu, vode ka savesnom pripremanju predloga za naučne studije. Ipak, u različitim okolnostima, pomenuta načela mogu da budu izražena različito; da steknu različitu moralnu težinu i da njihova primena dovede do različitih odluka i pravaca postupanja.

Poštovanje prema ličnosti podrazumeva *poštovanje za autonomiju* punoletnih poslovno sposobnih ljudi kao subjekata istraživanja. To znači da se osobama koje su u stanju da razmišljaju o svojim ličnim izborima, garantuje (obezbedi) da ostvare svoje pravo na samoodređenje u odnosu na vlastito telo.

Dobrotvornost ili milosrđe podrazumeva etičku obavezu koja proističe iz normi koje propisuju da rizici biomedicinskog istraživanja ili oglada budu razumni i u srazmeri sa očekivanim koristima; da plan

¹ Upor. Članove 7, 8. i 6. nove *Helsinške deklaracije* Svetske medicinske asocijacije (*World Medical Association/WMA*) (prečišćeni tekst). Ova Deklaracija prihvaćena je prvi put 1964. godine, u Helsinkiju; menjana je i dopunjavana 1975, 1983, 1989. i 1996. godine. Potpuno nova *Helsinška deklaracija Svetske medicinske asocijacije o etičkim načelima za medicinska istraživanja na ljudima*, koja je usvojena u Edinburgu, 2000 godine, zamenila je sve njene ranije verzije. Beleška o razjašnjenju člana 29. usvojena je u Vašingtonu 2002. godine, a Beleška o razjašnjenju član 30. usvojena je u Tokiju 2004. godine. Prečišćeni tekst Deklaracije iz 2000, 2002. i 2004. usvojen je u Seulu 2008. godine (*WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI. Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, 2000, 2002. i 2004, DoH 2008, <http://www.archive.org/web/200710272241-23/www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>, 1-5, 13. mart 2009. U daljem tekstu: nova *Helinška deklaracija*. V. J. Radišić: „Biomedicinska istraživanja ili ogledi na čoveku“, *Medicinsko pravo*, Univerzitet „Union“ i „Nomos“, Beograd 2008², 253-254.

istraživanja bude smislen i da istraživači budu kompetentni i za izvođenje istraživanja i za osiguranje blagostanja subjekata istraživanja. Načelo dobrotvornosti zabranjuje, takođe, namerno nanošenje povrede subjektima istraživanja; ovaj aspekt dobrotvornosti ponekad se izražava kao odvojen princip o nezločinstvu (*primum non nocere*).

Pravda se odnosi na obavezu u etici istraživanja na čoveku, u pravom redu, na *distributivnu pravdu*, koja zahteva pravičnu raspodelu tereta i koristi koja je opravdana jedino ako se zasniva na moralno bitnim razlikama između osoba odnosno ličnosti. Jedna takva razlika je *ranjivost*. „Ranjivost“ se tiče suštinske nesposobnosti da osoba zaštiti svoje vlastite interese zbog takvih smetnji (poremećaja) kao što su nedostatak sposobnosti da dâ informisani pristanak, nedostatka alternativnih sredstava da dobije medicinsko lečenje ili druge skupe potrebe ili, zato što je maloletna ili podređeni član hijerarhijske grupe. Ove posebne klase subjekata istraživanja izvan su opsega ovog rada. U principu, sponzori istraživanja ili istraživači nisu odgovorni za nepravedne uslove u kojima se istraživanje obavlja, ali su dužni da se uzdrže od praksâ koje će verovatno pogoršati nepravedne uslove ili će doprineti novim nepravednostima. Osim toga, oni ne smeju da koriste prednosti relativne nesposobnosti zemalja siromašnih u sredstvima ili siromašnih populacija da bi zaštitili svoje vlastite interese. Na primer, primenjivanjem nižih standarda odgovornosti istraživača prema subjektima istraživanja od onih koji važe u razvijenim zemljama i, na taj način, pojevtinjavanjem istraživanja, a sa ciljem da razviju nove lekove ili medicinske tretmane za lukrativna tržišta industrijalizovanih zemalja. Načelo pravde zahteva, takođe, da istraživački projekat odgovara zdravstvenim uslovima i potrebama subjekata istraživanja bez obzira gde se istraživanje obavlja i da postoji razumna verovatnoća da će populacija koja se istražuje imati koristi od rezultata istraživanja.² Konačno, načelo pravde iziskuje da odabrani subjekti istraživanja budu najmanje nužno ranjivi da bi se ostvarili ciljevi istraživanja. Rizik po čoveka kao subjekta istraživanja najlakše je da se opravda kada rizici nastaju iz intervencija i postupaka koji pružaju za njih izgled *direktne koristi* u vezi sa zdravljem. Rizik po čoveka kao subjekta istraživanja

² V. Član 17. nove *Helsinške deklaracije*; Marcia Angell: „Investigators’ Responsibilities for Human Subjects in Developing Countries“, *The New England Journal of Medicine*, Volume 342; 967-969, Number 13, March 30, 2000, <http://content.nejm.org/cgi/content/full/342/13/967>, 1-5, 12.april 2007.

koji *ne* pruža izgled direktne koristi mora da bude opravdan anticipiranom koristi za populaciju koju predstavlja pojedinačni subjekt istraživanja.³

Najposle, načelo *poverljivosti* podrazumeva obavezu istraživača da osiguraju zaštitu podataka subjekata istraživanja. Subjektima istraživanja treba da se kažu granice, pravne i druge, sposobnosti istraživača da zaštite poverljivost i moguće posledice kršenja poverljivosti.⁴

Cilj ovog rada je da ukaže na najvažnija etička i pravna pitanja koja se tiču učešća punoletnih poslovno sposobnih ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja ili oglada i da ova pitanja razmotri kako sa gledišta pravne teorije, tako i sa stanovišta staleških pravila, vodiča i deklaracija koje su donele međunarodne i nacionalne organizacije, kao i odgovarajući nacionalni zakoni. Najpre se razjašnjavaju pojam i vrste biomedicinskih oglada na čoveku; potom se razmatraju opšta pitanja koja se odnose na punoletne poslovno sposobne subjekte istraživanja; u nastavku izlaganja posebno se analiziraju tri pitanja: prvo se tiče rizika i koristi za subjekte istraživanja; drugo se tiče informisanog pristanka subjekata istraživanja; treće se odnosi na položaj subjekata genetskih istraživanja u kontekstu ljudskih prava.

1. POJAM I VRSTE BIOMEDICINSKIH OGLEDA NA ČOVEKU

1.1 Pojam biomedicinskih oglada

Medicinski ogled i standardni medicinski postupak čine dve suprotnosti. Standardan je onaj postupak koji lekari iste struke ili klinike i iste specijalnosti uobičajeno primenjuju. Ako se umesto njega primeni neki novi postupak ili lek koji dotle nije uopšte priznat ni primenjivan od strane znatnog broja lekara, tada je reč o ogledu ili eksperimentu. To se obično čini radi provere hipoteze o uzročnoj povezanosti određenih faktora i poremećaja zdravlja. Cilj te provere

³ Upor. *Council for International Organizations of Medical Sciences/CIOMS: „International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects“*, Geneva: CIOMS 2002, http://www.cioms.ch/frame_guideline_no_2002.htm, 13-14/79, 26.mart 2009. U daljem tekstu: *CIOMS: Guidelines 2002*.

⁴ V. Vodič 18, *CIOMS: Guidelines 2002*, 65-68/79.

jeste da se pokaže nadmoćnost nekog novog postupka ili leka ili da se naučna vrednost dotle nepoznatog postupka odnosno leka diskredituje. Prva primena nekog novog leka ili hirurškog postupka jeste uvek eksperiment, čiji je ishod neizvestan. No, medicina koristi mnoge priznate terapijske postupke čiji su rezultati neizvesni. Stoga razlika između oglada i standardnog lečenja nije u tome što je prvi nesiguran a drugi siguran. Oni se razlikuju po tome što je jedan *priznat*, dok se drugi nalazi u stadijumu *razvoja* ili *isprobavanja*.⁵ Zato se i kaže da je ogled mera koja ima za cilj da se zadobije novi medicinski standard.⁶

1.2 Vrste biomedicinskih oglada

Teorija, zakonodavstvo i praksa razlikuju dva osnovna tipa biomedicinskih oglada: *terapijske* i *neterapijske* odnosno *čisto naučne oglede*. Oni podležu različitim pravnim pravilima koja se tiču, pretežno, njihove dopustivosti. Terapijski ili lečeći ogled podrazumeva radnju čiji je neposredni cilj da se bolest konkretnog pacijenta utvrdi, leči i predupredi novim sredstvima ili postupcima. Pretpostavka je da je ogled podesan i namenjen da koristi zdravlju upravo onog pacijenta koji u ogledu učestvuje, pa otuda i naziv *lečeći ogled*. On se obavlja pretežno u interesu subjekta istraživanja, pored generalnog terapijskog cilja, tj., koristi koju od tog oglada mogu da imaju i ostali budući pacijenti.⁷

Neterapijski ili naučni ogled obavlja se iz čisto naučnih razloga na zdravim ili na „neodgovarajućim“ bolesnim subjektima istraživanja. On ne služi neposredno zdravlju subjekta istraživanja, nema za njega neposrednu dijagnostičku ili terapijsku vrednost. Kod čisto naučnog oglada nedvosmisleno pretežu istraživački, naučni ciljevi, tj. spoznaja generalne terapijske vrednosti određenog postupka ili leka.⁸

Međutim, u literaturi se ukazuje na teškoću da se povuče jasna granična linija između terapijskog i neterapijskog oglada, te da je sasvim neizvesno može li se tako širok spektar medicinskih oglada na čoveku svrstati adekvatno u te dve grupe. Valja reći da pravo SAD,

⁵ J. Radišić, 255 fn.1a - 4.

⁶ *Ibid.*, 255.

⁷ *Ibid.*, 255-256, fn. 6.

⁸ *Ibid.*, 256, fn.7.

Švajcarske i Nemačke (od 2004. godine)⁹ ne pravi uopšte razliku između terapijskog i čisto naučnog oglada. To stanovište sledi i nova *Helsinška deklaracija*, iz 2000. odnosno 2008. godine. S druge strane, većina evropskih zemalja prihvata razlikovanje terapijskih i neterapijskih oglada, i ona ima određen praktični i etički značaj. Za terapijski ogled važe shodno opšta pravila o standardnom lečenju, a za neterapijski ogled na čoveku važe posebna pravna pravila.

2. PUNOLETNI POSLOVNO SPOSOBNI SUBJEKTI ISTRAŽIVANJA

2.1 Opšti pogled

Punoletni poslovno sposobni subjekti istraživanja uključuju one osobe, starosti 18 godina ili starije, koje su fizički i mentalno u stanju da donose samostalne odluke i da daju informisani pristanak na učešće u terapijskim ili u neterapijskim postupcima biomedicinskog istraživanja ili oglada, sa punim razumevanjem i svešću o posledicama takvog pristanka.

Nekada, biomedicinska istraživanja na ljudima izvodila su se skoro bez primedbi. Međutim, došlo je do promena i u stavovima i u uslovima, i to iz dva razloga. Prvo, reakcije protiv paternalističke medicine dobile su impuls zajedno sa jednim uvećanim interesom za prava pojedinca. Drugo, i još važnije, uvid u dubine užasa do kojih je došlo u genocidnoj eri Drugog svetskog rata, bio je najveći podsticaj za regulisanje istraživanja na ljudima. Ovaj zaključak doveo je do objave međunarodnih kodeksa o etici istraživanja.¹⁰

Prvi međunarodni skup etičkih uputstava (vodiča), u ovom kontekstu, bio je Ninberški kodeks, iz 1947. godine, kao direktan rezultat suđenja ratnim zločinima. To je bila, možda, nesrećna okolnost za biomedicinska istraživanja, koja je, neizbežno, izazvala odbrambeni stav istraživača. Da minimizuje ovo dejstvo, sâm ninberški tribunal usvojio je preambulu u kojoj se, između ostalog, kaže da je „opšte

⁹ V. Bert Heinrichs (Authors): „Medical Research Involving Minors“, http://www.drze.de/themen/blickpunkt/kinder_en/index_html?zih=kinder-en&la=en&faa:in..., (Last update: October 2008), 1-7, 16.I 2009.

¹⁰ V. J. Mason, S. McCall, G. Laurie: „Biomedical Human Research and Experimentation“, *Law and Medical Ethics*, Butterworth, London, Edinburgh, Dublin 1999⁵, 451. U daljem tekstu: J. Mason *et al.*

mišljenje da medicinsko istraživanje mora da se pridržava određenih osnovnih principa da bi se zadovoljili moralni, etički i pravni zahtevi“. Ninberški kodeks ustanovio je, između ostalih, i sledeće principe: 1) informisani pristanak subjekta istraživanja je od suštinskog značaja; 2) istraživanje treba da se zasniva na prethodnom radu sa životinjama; 3) rizici istraživanja treba da budu opravdani anticipiranim koristima; 4) istraživanje smeju da obavljaju (vrše) jedino kvalifikovani naučnici; 5) fizička i mentalna patnja moraju da se izbegnu i, 6) istraživanje u kojem se očekuje smrt ili onesposobljavajuća povreda ne treba da se vrši.¹¹

Uprkos tome što je donet Ninberški kodeks, istraživačka praksa, koja se upražnjavala do kraja 1960-tih i početka 1970-tih godina, bila je tako etički i pravno manjkava da je postalo jasno da je neophodno da sama medicinska profesija prihvati i potvrdi principe izražene u Ninberškom kodeksu. Nažalost, pravna pravila o biomedicinskim ogledima nisi ni do danas tako česta: potpuna sveobuhvatna regulativa ove materije ostvarena je, zasad, jedino u Francuskoj, Zakonom o zaštiti ispitanika, koji je donet 1988, a stupio je na snagu 1990. godine. Ostale evropske zemlje biomedicinske ogleda na čoveku nisu uredile pravnim pravilima kojima je to jedina svrha, nego propisima čiji je glavni predmet regulisala nešto drugo. To su, na primer, zakoni o lekovima, o medicinskim proizvodima, o zaštiti od jonizujućeg zračenja i o transfuziji krvi. Obavezujuće pravne norme međunarodnog karaktera sadržane su u članu 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, iz 1966. godine. Po tom članu, niko ne sme da bude podvrgnut medicinskim naučnim ogledima bez svog slobodnog pristanka. Ista misao iskazana je i u članu 25, stav 2. Ustava Republike Srbije.¹² Osim toga, Konvencija Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini, iz 1997. godine, sadrži celo jedno poglavlje o naučnim istraživanjima u oblasti biologije i medicine. Tu su i Smernice Evropskog parlamenta i Saveta o ujednačavanju pravnih i upravnih propisa država članica o primeni dobre kliničke prakse prilikom sprovođenja kliničkih ispitivanja i humanih lekova, iz 2001. godine. Veliki značaj za biomedicinska istraživanja na ljudima imaju *stalaeska pravila*, koja su utvrdile nacionalne i međunarodne organizacije lekara.

¹¹ Upr. Mason *et al.*, 451-452; „Human Subject Research“, *Wikipedia*, the free encyclopedia, 3 <http://en.wikipedia.org/Human-experimentation>, 3, 21.mart 2008.

¹² *Službeni glasnik RS*, broj 83 od 1. oktobra 2006. godine.

Među njima, valja pomenuti Vodič Saveta međunarodnih organizacija medicinskih nauka (*Council for International Organizations of Medical Sciences/ CIOMS*), iz 2002. godine. Ipak, posebno je vredna i poznata Helsinška deklaracija Svetske medicinske asocijacije (*World Medical Association/WMA*), koja je prvi put usvojena 1964. godine, ali je docnije više puta revidirana. Sve ranije njene verzije zamenjene su potpuno novom *Helsinškom deklaracijom Svetske medicinske asocijacije o etičkim načelima za medicinska istraživanja na ljudima*, koja je usvojena u Edinburgu, oktobra meseca 2000. godine, a dopunjena je u Vašingtonu, 2002. godine, i u Tokiju, 2004. godine. Njen konačan, prečišćeni tekst usvojen je u Seulu, 2008. godine.¹³ Za prava subjekata genetskih istraživanja od posebnog su značaja UNESCO-ve bioetičke deklaracije: Univerzalna deklaracija o ljudskom genomu i ljudskim pravima, iz 1997. godine; Međunarodna deklaracija o ljudskim genetskim podacima, iz 2003. godine, i Univerzalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima, iz 2005. godine. Ove deklaracije usvojene su od strane 191 zemlje članice ove organizacije.

Svim ovim kodeksima i deklaracijama zajedničko je to što oni uviđaju potrebu za biomedicinskim istraživanjima ili ogledima na čoveku. S druge strane, oni su svesni činjenice da se istraživanja ili ogledi mogu da izvrše (obave) jedini po cenu odricanja potencijalnih subjekata istraživanja od nekih subjektivnih prava na samoodređenje u odnosu na telo. Osim toga, etička i pravna prihvatljivost bilo kog israživačkog projekta zavisi od toga da li je stepen rizika u srazmeri sa očekivanim koristima za subjekte istraživanja, po proceni komiteta za etiku.

Iz klasifikacije istraživanja kao terapijskih i neterapijskih, može da se izvrši i podela na četiri vrste (tipa) subjekata istraživanja: 1) pojedine pacijente; 2) grupe pacijenata koji pate od jednog posebnog stanja, 3) pacijente koji nisu održeni sa bolešću ili procesom pod ispitivanjem ali koji su „spremo“ na raspolaganju, i 4) zdrave dobrovoljce – heterogenu grupu koja je od važnosti, pored ostalog, i zato što može da uključi sâme istraživače. Istraživače treba, takođe, kategorizovati; to je logična posledica deobe subjekata istraživanja. Iz ove kategorizacije sledi, na primer, da su pojedini pacijenti pod staranjem lekara, a istovremeno su i subjekti istraživanja. Stoga bitan odnos pacijent-lekar jeste, i treba da bude, održan. Međutim, reči iz

¹³ V. Ovde fn.1; Upor. J. Radišić, 254-255.

Hipokratove zakletve da je „zdravlje mog pacijenta moje prvo razmatranje“, nisu primenljive na ma koju od drugih grupa pacijenata. U principu, istraživači ne bi mogli da angažuju pacijentove lekare. Ipak, kada je čovek uključen u biomedicinsko istraživanje ili ogled, i lekari moraju da budu uključeni, bez obzira na to kakve istraživačke ciljeve teže da postignu sâmi istraživači. Jedino u slučaju kada istraživači uzimaju sâmi sebe kao subjekte istraživanja, bilo bi prihvatljivo da se lekari ne angažuju. U ostalim slučajevima, pojedine reakcije subjekata istraživanja, koje nisu razumljive istraživačima, iziskuju uključivanje lekara.¹⁴ Jer, kako kaže *Marcia Angell*:... “većina ljudi, posle svega, prirodno gleda ne lekare u prvom redu kao na iscelitelje, a ne kao na istraživačke naučnike”.¹⁵ Takođe, prema odrebi člana 11. nove *Helsinške deklaracije* „dužnost je lekara koji učestvuje u medicinskom istraživanju da štiti život, zdravlje, dostojanstvo, integritet, pravo na samoodređenje, privatnost i poverljivost ličnih informacija o subjektima istraživanja“. S druge strane, korišćenje zdravih dobrovoljaca kao subjekata istraživanja, kad god je moguće, ima jasne prednosti ali, po definiciji, njihovo korišćenje ograničeno je na neterapijsko istraživanje. Donekle, neobično, odredba člana 18. nove *Helsinške deklaracije* dopušta za sadašnje (aktuelne) pacijente da učestvuju u neterapijskom istraživanju. U ovom kontekstu, britanski pravni teoretičari stoje na stanovištu da se istraživanje koje koristi grupe pacijenata prosto zbog njihove pristupačnosti mora okarakterisati kao neetična praksa; ovi se pacijenti već nalaze pod stresom i verovatno imaju osećaj obaveze prema svojim lekarima. Neterapijsko istraživanje na pacijentima trebalo bi da se ograniči na vrstu rizika koja ne dodaje nikakav dodatni teret, na primer, putem korišćenja već postojećih krvnih uzoraka. Međutim, čak i kada su u pitanju zdravi dobrovoljci potreban je znatan oprez, posebno u pogledu ponovljenog dobrovoljca koji je sklon iskorišćavanju, čak i ako istraživači nisu svesni toga. Na primer, oni mogu da budu sasvim nesvesni bračne disharmonije koja „tera“ dobrovoljca da često odsustvuje od kuće. Nova *Helsinška deklaracija* ćuti o ovom aspektu. No, razumno je pretpostaviti da bi se, u uslovima današnjeg društva, vrlo mali broj dobrovoljaca javio unapred u odsustvu izvesne pobude. Krupna plaćanja, primera radi, bila

¹⁴ Upor. J. Mason *et al.*, 452-453.

¹⁵ M. Angell, 3/5.

bi jasno neetična i razumna ravnoteža mora da bude uspostavljena.¹⁶ Kraljevski koledž lekara Velike Britanije smatra da su plaćanja pacijentima „generalno nepoželjna“, ali su, povremeno, prihvatljiva u slučaju dugih i dosadnih studija. U svakom slučaju, plaćanja ne treba da budu takvog obima da navode pacijente na dobrovoljnost protiv njihovog vlastitog boljeg suda (procene, mišljenja).¹⁷

2.2 Rizici i koristi za subjekte istraživanja

Rizik je proizvod dve komponente: verovatnoće povrede i ozbiljnosti (važnosti) povrede. Postoje različite vrste rizika koji odgovaraju tipovima (vrstama) povreda koje mogu da pretrpe subjekti istraživanja. Tako postoje fizički rizici, kao što su povreda, onesposobljenost ili smrt; psihološki rizici, kao što su depresija i stres; socijalni (društveni) rizici, kao što je stigmatizacija i, zakonski (pravni) rizici, kao što su građanska i krivična odgovornost. Ukupan rizik istraživačkog postupka (intervencije) skup je različitih, individualnih (pojedinačnih) rizika.¹⁸

Svako istraživanje uključuje izvestan nivo rizika i veština je dobrog istraživača da umanjí taj rizik po ljude koji kao subjekti istraživanja učestvuju u istraživačkoj studiji. Postoje određena uputstva koja treba da se slede, a koja su sadržana u pojedinim međunarodnim i nacionalnim deklaracijama i vodičima. U odredbi člana 18. nove *Helsinške deklaracije* kaže se: „Svakoј medicinskoј studiji koja uključuje humane subjekte mora da prethodi pažljiva procena moguće predvidljivih rizika i koristi pojedincima i zajednicama koje su uključene u istraživanje u poređenju sa moguće predvidljivim koristima za njih i za druge pojedince ili zajednice zahvaćene stanjem koje se istražuje“. Odredba člana 21. precizira, dalje, da se: „Medicinsko istraživanje koje uključuje humane subjekte može jedino da vrši ako važnost cilja preteže nad inherentnim rizicima i teretima za subjekte istraživanja“. Odredba člana 16. Konvencije Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini određuje da istraživanje koje uključuje ljude

¹⁶ V. J. Mason *et al.*, 459-460.

¹⁷ *Royal College of Physicians*: „Research Involving Patients“, 1990.

¹⁸ Upor. D. Resnik: Research Ethics: „Eliminating the daily life risks standard from the definition of Minimal risk“, *Journal of Medical Ethics*, 2005; 31 : 35-38, <http://jme.bmj.com/cgi/content/full/31/1/35...>, 2/8, 24. april 2008.

može jedino da bude preduzeto ako „rizici koje može da prihvati učesnik – subjekt istraživanja nisu neproporcionalni u odnosu na potencijalne koristi istraživanja“. Vodič 8 *CIOMS* sadrži odredbu prema kojoj u svim biomedicinskim istraživanjima na čoveku, istraživač mora da garantuje da su potencijalne koristi i rizici razumno uravnoteženi i da su rizici svedeni na najmanju meru.¹⁹

Američki pravni pisac *Weijer* zalaže se za etičku analizu rizika i koristi sa uzimanjem u obzir različitih komponenti u istraživačkoj studiji, koje (komponente) mogu da budu i terapijske i neterapijske.²⁰ Kod *terapijskih postupaka*, komitet za etiku treba da osigura da takvi postupci ispunjavaju zahteve *kliničke neravnoteže*, tj., da postoji, na početku studije, istinska nesigurnost u zajednici lekara – stručnih praktičara u pogledu toga koji je medicinski tretman bolji. Postojanje kliničke neravnoteže opravdava istraživačku studiju i daje joj naučnu težinu i vrednost. Raznovrsni faktori vezani za medicinski tretman utiču na doprinos ovom određivanju: delotvornost tretmana, nepovoljna - nepovratna i povratna - dejstva, lako davanje, žalbe pacijenata i, možda, čak, i trošak. Po pravilu, klinička ravnoteža zahteva *približnu jednakost* u terapijskom indeksu tretmana, tj., sažetu meru potencijalnih koristi i nesigurnosti. Otuda, nov (neobičan) medicinski tretman može da nameće znatno više rizika subjektima istraživanja od medicinskog tretmana koji se sada koristi u praksi, ali nudi, takođe, izgled znatno veće koristi.²¹ *Neterapijski postupci* preduzimaju se u interesu odgovaranja na istraživačko pitanje. Oni nemaju, dakle, terapijsko opravdanje. Pošto su sva istraživanja sistematska, planirana istraživanja sa ciljem da razviju ili doprinesu generalizovanom znanju, teško je zamisliti studiju koja ne uključuje neterapijske postupke. Neterapijski postupak može da bude jednostavan i bezopasan kao što je pregled

¹⁹ *CIOMS*: Guidelines 2002, 39-41/79; Upor. United States Department of Health and Human Services: *45 Code of Federal Regulations Part 46*: „Subpart A: Basic HHS Policy for Protection of Human Research Subjects“, 2005, & 46.116, http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45_cfr_46.htm, 9. april 2007. U daljem tekstu: *45 CFR 46; Institutional Review Board Guidebook, Chapter 3*: „Basic IRB Review: A: Risk/Benefit Analysis“, 2001, http://www.hhs.gov/irb/irb_chapter_3.htm#e1, 1-9/43, 19. marta 2009. U daljem tekstu: *IRB Guidebook*.

²⁰ Author(s): Charles Weijer: „The Ethical Analysis of Risks and Potencial Benefits in Human Subjects Research (Research Involving Human Participants V₂)“, <http://www.online-ethics.org/cms/17223.aspx>, 2007, 1-2/31, 10. jun 2009.

²¹ C. Weijer, 19/31.

upitnika, intervju ili, podaci o kojima se raspituje na neki drugi način; međutim, on može da bude invazivan ili, inače, praćen rizikom, kao što je biopsija organa. Kako, po definiciji, rizici udruženi sa neterapijskim postupcima ne mogu da se opravdaju izgledom koristi za pojedine subjekte istraživanja, izračunavanje odnosa rizika i koristi nije podesno za određivanje njihove prihvatljivosti. Komitet za etiku mora prvo da osigura da su rizici udruženi sa neterapijskim postupcima svedeni na najmanju meru, sa korišćenjem postupaka koji dosledno odgovaraju smislenom istraživačkom planu i koji neće nepotrebno izlagati subjekte istraživanja riziku. Kad god je prikladno, koristiće se postupci koji su već obavljani na subjektima istraživanja za dijagnostičke ili terapijske svrhe. Osim toga, komitet za etiku mora da odredi da su rizici takvih postupaka razumni u odnosu na znanje koje se dobija. Prema tome, etička analiza rizika udružena sa neterapijskim postupcima uključuje izračunavanje rizika u odnosu na znanje (rizik – znanje). Znanje koje može da rezultira iz studije je suštinsko za njegovu naučnu vrednost.²²

Etička analiza različitih komponenti istraživačke studije sadrži brojna preimućstva: 1) Ona priznaje da kliničko istraživanje često sadrži mešavinu postupaka; neki se daju sa terapijskom namerom a drugi odgovaraju na istraživačko pitanje; 2) Pošto se terapijski i neterapijski postupci daju, po definiciji, sa različitom namerom, ova razlika je moralno bitna; 3) Kako imaju različite ciljeve, terapijski i neterapijski postupci su, u pogledu koristi, u velikoj meri nesamernjivi; 4) Rigorozno (strogo) odvajanje moralnog računanja terapijskih i neterapijskih postupaka štiti subjekte istraživanja bolje od drugih pristupa analiziranju rizika. Kombinovani pristup etičkoj analizi rizika istraživanja prvi put je formulisao, 1992. godine, američki pravni pisac *Freedman* i kolege.²³

Da istraživačka studija poseduje *minimalni rizik* znači da rizici povrede anticipirani u predloženom istraživanju nisu veći, uzimajući u obzir verovatnoću i ozbiljnost (važnost) povrede, od onih na koje se nailazi tokom izvođenja rutinskih fizičkih i psiholoških ispitivanja ili testova. Istraživanje može da se smatra da je minimalnog rizika samo ako su ukupni rizici udruženi sa istraživanjem minimalni. Pošto je obično teško dobiti kvantitativne dimenzije (razmere) rizika, minimalni

²² C. Weijer, 20-21/31, fn.38.

²³ C. Weijer, 17/31, fn.28.

rizik treba videti kao kategorijalnu procenu (određivanje) rizika.²⁴ Koncept minimalnog rizika primenjuje se i na terapijske i na neterapijske postupke odnosno istraživanja. Tako, na primer, britanski Kraljevski koledž lekara pravi razliku između terapijskog istraživanja koje uključuje „manji od minimalnog rizika“, i koje uključuje „minimalni rizik“, a u kome učestvuju punoletni poslovno sposobni pacijenti kao subjekti istraživanja. Prvi rizik je one vrste koja je uključena u davanje uzoraka urina ili u jedan venski uzorak krvi; potonji se javlja tamo gde postoji razumna šansa za blagu reakciju, kao što je glavobolja ili osećaj pospanosti, neosetljivosti ili tamo gde postoji udaljena šansa ozbiljne povrede ili smrti. Ako se nivo rizika povećava iznad ovog minimalnog rizika, onda, po mišljenju britanskih lekara, pacijenti treba da budu uključljivi samo pod sledećim uslovima: 1) ako je rizik još mali u poređenju sa onim koji već postoji kod pacijenta kao posledica bolesti same po sebi; 2) ako je bolest pacijenta ozbiljna; 3) ako je znanje koje će se dobiti od istraživanja verovatno od velike koristi; 4) ako ne postoji nijedno drugo sredstvo kojim bi se pribavilo to znanje i, 5) ako je pacijent dao potpun informisani pristanak.²⁵ Međutim, nova *Helsinška deklaracija* govori o „minimalnim rizicima i minimalnim teretima“ samo u slučaju neterapijskog medicinskog istraživanja u kome učestvuju nekompetentni (poslovno nesposobni) subjekti istraživanja (član 27). Isto rešenje usvaja i Konvencija Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini (član 17, stav 2, ii). Jednom rečju, uprkos tome što se minimalni rizik kao pojam rasprostranjeno koristi u navedenim, kao i u drugim nacionalnim vodičima i propisima o istraživanju, minimalni rizik predmet je značajnih kontroverzi i rasprava u literaturi. Nije sasvim jasno i nedvosmisleno da li se minimalni rizik odnosi i na rizike terapijskih postupaka ili samo na rizike neterapijskih postupaka; da li se odnosi i na poslovno sposobne odrasle subjekte istraživanja ili jedino na ranjive subjekte istraživanja?! U američkoj pravnoj teoriji ističe se da minimalni rizik služi dvema osnovnim funkcijama. Prvo, on može da se upotrebi kao mehanizam koji usmerava pažnju komiteta za etiku na studije koje nameću veći

²⁴ V. Vodič 4 *CIOMS*; 45 *CFR* 46, & 46.102 (i); D. Resnik, 2-3 i dalje.

²⁵ Upor. J. Mason *et al.*, 453-454.

rizik. Drugo, on služi kao *moralni prag* koji ograničava iznos neterapijskih rizika na ranjive subjekte istraživanja.²⁶

Problematično je i pitanje da li zdravi dobrovoljci mogu ikada da budu izloženi ozbiljnim rizicima u postupku biomedicinskih istraživanja ili oglada. Prema Vodiču koji štiti volontere od povreda države Njujork (SAD), rizici istraživanja koji uključuju zdrave subjekte istraživanja moraju da budu svedeni, načelno, na najmanju meru i da rizici budu razumni u odnosu na anticipirane koristi koje će se verovatno postići. Ovu procenu moraju da izvrše, po utvrđenom postupku, komiteti za etiku.²⁷ Britanski Kraljevski koledž lekara stoji na stanovištu da je neprihvatljivo da se vrši neterapijsko istraživanje na normalnim, zdravim subjektima istraživanja iznad 18 godina i starijim, ako istraživanje uključuje veći od minimalnog rizika. Za razliku od ovog gledišta, Vodič države Njujork ne postavlja maksimalni nivo rizika, i to iz dva razloga. Prvo, lična autonomija treba da omogući pojedincu da izabere da učestvuje u naučno validnoj studiji koja sadrži veći od minimalnog rizika, sve dotle dokle su rizici obelodanjeni pojedincu; dok pojedinac razume opseg ovih rizika; dok su podsticaji koji se nude primereni i, kad pojedinac dâ informisani pristanak. Drugo, jedna apsolutna zabrana većeg od minimalnog rizika po normalne, zdrave dobrovoljce mogla bi ohrabriti istraživače da sve rizike okarakterišu kao minimalne. Postupak kojim se vrši procena rizika, koji smanjuje rizike na najmanju meru i koji objašnjava prirodu i verovatnoću rizika, daleko je korisniji za subjekte istraživanja od jedne sveobuhvatne zabrane istraživanja koja uključuju veći od minimalnog rizika. *Gornja granica rizika* koja se primenjuje na sve protokole istraživanja, bez obzira na stepen koristi koji će se verovatno postići, jeste da istraživači ne smeju da namerno nanose smrtnu ili onesposobljavajuću povredu zdravim subjektima istraživanja. Ovaj princip postavljen je još u Ninberškm kodeksu. On zahteva od komiteta za etiku da odbije ma koji protokol istraživanja koji uključuje izvesnost

²⁶ Upor. B. Freedman, A. Fuks, C. Weijer: „In loco parentis: minimal risk as an ethical threshold for research upon children“, *Hasting Cent Rep* 1993; 23: 13-19; L. Kopelman: „Moral problem in assessing research risk“, *IRB* 2000; 22: 3-7; D. Resnik, 2-8.

²⁷ V. Department of Health, New York State: „Safeguarding Health Subjects: Protecting Volunteers from Harm“, <http://www.health.state.ny.nysdoh/provider/volunteer/intro/riskbenefit.htm>, Revised August 2002, 2-3, 13. jul 2009.

ili visoku verovatnoću ozbiljne fizičke povrede, bez obzira na mogućnost da se dobiju (pribave) naučno vredni podaci.²⁸ Ranija verzija Helsinške deklaracije, iz 1996. godine, izgleda da je isključivala ozbiljne rizike u iskazu da, u neterapijskom istraživanju, „istraživač ili istraživački tim treba da prekinu istraživanje ako po njegovom/njihovom sudu (proceni, mišljenju) ono može da bude, ako se nastavi, štetno za pojedinca“ (Odeljak III/3). Ovom odredbom se, dakle, isključuje učešće ma kog drugog, osim samih istraživača, u opasnom istraživanju. Korišćenje dobrovoljaca okarakterisano je kao neetično i potencijalno štetno istraživanje. Smatralo bi se da je potencijalno štetno i istraživanje koje bi imalo za cilj, na primer, da razvije vakcine protiv bolesti koja bi mogla da bude od značajna za društvo (zajednicu).²⁹ U novoj *Helsinškoj deklaraciji*, međutim, o ovom pitanju se ćuti; jedino se u odrebi člana 20, u odeljku koji se odnosi na principe koji važe za sva medicinska istraživanja, kaže sledeće: ...“lekari moraju odmah da prekinu (zaustave) studiju kada se smatra da rizici pretežu nad potencijalnim koristima ili kada postoje ubedljivi dokazi da rezultati nisu pozitivni i korisni“. Iz ove odredbe teško je da se izvede bilo kakav siguran zaključak u pogledu rizika koje bi, eventualno, mogli da preuzmu na sebe zdravi dobrovoljci.

Sigurno je da postoje različita gledišta o tome koji bi se rizici mogli da opravdaju kad su u pitanju zdravi dobrovoljci; jasno je, ipak, da postoje ljudi koji bi prihvatili rizike vrlo visokog reda iz altruističkih razloga koji su za divljenje i sporno je da li bi njih trebalo sprečavati da tako čine. S druge strane, postoje zakonske (pravne) granice o širini do koje informisani pristanak dekriminalizuje nanošenje štete.³⁰ U tom kontekstu, interesantno je spekulirati o pitanju da li bi pristanak dobrovoljca na opasan medicinski ogled (*volenti non fit iniuria*) služio kao odbrana protiv optužbe za pokušaj nanošenja telesne povrede ili ubistva (u našem slučaju, istraživača ili istraživačkog tima – dodala VK).³¹ Opšta epidemija *AIDS*-a, i rasprostranjeni javni (društveni) interes koji je prati, dovela je u centar pažnje pitanje učešća subjekata istraživanja – dobrovoljaca u rizičnim istraživanjima. Po jednom mišljenju, pretnja koju *HIV* poseduje opravdava suspenziju (obustavu,

²⁸ *Ibid.*, 3-4.

²⁹ Upor. J. Mason *et al.*, 454.

³⁰ V. The Law Commission: *Consent in the Criminal Law*, Law Com No 113, 1995.

³¹ V. J. Mason *et al.*, 454.

ukidanje) normalnih kontrola nad istraživanjima. Ovo znači da bi se normalni postupci za istraživanje sigurnosti (bezbednosti) mogli da zaobiđu i da se dobrovoljcima dopusti da preuzmu rizike za koje bi se, u normalnim okolnostima, smatralo da su prekomerni. Ovo mišljenje zastupaju, na primer, *Carol Tacket* i *Robert Edelman*.³² Potrebnost (hitnost) situacije nesumnjivo opravdava takve mere kao što je „brza pruga odobravanja“ eksperimentalnih terapijskih lekova. Takođe bi bilo teško da se osudi učešće potpuno informisanih dobrovoljaca u vakcinaciji ili drugim ogledima koji uključuju visok nivo ličnog rizika. Takvi dobrovoljci, ako su oni, ujedno, istraživači, verovatno da bi se smatrali kao naučni heroji. S druge strane, bilo bi nepametno i naučno neprikladno da se suspenduju (ukinu) svi propisi o istraživanju koji se odnose na *AIDS*. Mišljenje da u visoko rizičnom istraživanju učestvuju sâmi istraživači podržava *Alber Jonsen*; on se, međutim, protivi ideji da drugi zdravi dobrovoljci učestvuju u takvom istraživanju.³³ U slučaju pacijenata, pak, voljnost da se izlože ma kom prilazu medicinskom tretmanu - čak i onom koji je visoko rizičan - može da se smatra da leži unutar granica prihvatljivog ličnog (personalnog) rizika. Izgledalo bi besćuno („grubo“) da se odbiju mali izgledi koje pruža jedan eksperimentalan tretman ako je stanje, inače, jasno smrtonosno (terminalno).³⁴ U vezi s tim, u novoj *Helsinškoj deklaraciji*, u odredbama člana 35, u odeljku koji se odnosi na medicinsko istraživanje kombinovano sa lečenjem, stoji: „U lečenju pacijenta, gde dokazana intervencija ne postoji ili bi bila nedelotvorna, lekar, posle traženja stručnog saveta, sa informisanim pristankom pacijenta..., može da upotrebi jednu nedokazanu intervenciju ako po proceni (sudu) lekara ona pruža nadu u spasavanje života, ponovno uspostavljanje zdravlja ili oslobađanje od patnje. Tamo gde je moguće, ova intervencija treba da bude predmet istraživanja, planiranog da proceni njenu bezbednost i delotvornost. U svim slučajevima, nova intervencija treba da bude zabeležena i, tamo gde je prikladno, da se učini javno raspoloživom“.

³² V. C. Tacket, R. Edelman: „Ethical Issues Involving Volunteers in AIDS Vaccine Trials“, *Journal of Infectious Diseases*, 1990; 161 (February), 356, 17. jun 2009.

³³ V. A. Jonsen: „Perspective: The Ethics of Using Human Volunteers for High-Risk Research“, *Journal of Infectious Diseases*, Vol. 160, No. 2, August 1989, <http://www.cs.amedd.army.mil/ciro/Research%20Risk/Jonsen.The%20ethics%20of%20using%20human%20for%20high-risk%research.J%Infect%Dis%201989;160;205.pdf>, 205-208, 17. jun 2009.

³⁴ Upor. J. Mason *et al.*, 454-455.

2.3 Informisani pristanak subjekata istraživanja

Teorijski osnov za etički istraživački program, kako terapijski, tako i neterapijski, počiva na slobodnom, autonomnom učešću punoletnih poslovno sposobnih subjekata istraživanja, a ono (učešće) zavisi, za uzvrat, od „informisanog pristanka“.

I u međunarodnim i u nacionalnim vodičima, deklaracijama i propisima, pitanje informisanog pristanka subjekata istraživanja na učešće u biomedicinskom istraživanju ili ogledu zauzima istaknuto mesto. Svaki potencijalni subjekt istraživanja mora da bude adekvatno obavešten o ciljevima i metodama istraživačkog projekta; o izvorima finansiranja; o mogućim konfliktima interesa; o institucionalnim ustanovama sa kojima su istraživači u vezi; o anticipiranim koristima i potencijalnim rizicima studije; o neudobnostima kojima bi mogao biti izložen subjekt istraživanja, kao i o ma kojim drugim relevantnim aspektima studije. Osim toga, potencijalni subjekt istraživanja mora da bude obavešten o pravu da odbije da učestvuje u istraživačkoj studiji odnosno ogledu i o pravu da povuče pristanak da učestvuje u ma koje vreme i iz bilo kog razloga bez ma koje štete po sebe. Posebna pažnja treba da se pokloni, prilikom obaveštavanja, posebnim informativnim potrebama pojedinca kao potencijalnog subjekta istraživanja, isto kao i o metodama koje će se koristiti. Pošto se lekar ili drugi kvalifikovani pojedinac, zadužen da da obaveštenje, uveri da je potencijalni subjekt istraživanja razumeo date informacije, jedno od ovih lica tražiće da potencijalni subjekt istraživanja da informisani pristanak, najbolje u pismenoj formi. Ako pristanak ne može da bude izražen pismeno, usmeni pristanak mora da bude formalno dokumentovan i posvedočen (član 24. nove *Helsinške deklaracije*). Kada lekar traži informisani pristanak za učestvovanje u istraživačkoj studiji, on mora da bude posebno oprezan ako je potencijalni subjekt istraživanja u zavisnom odnosu sa lekarom ili je dao, u stvari, pristanak pod pritiskom. U takvim situacijama, informisani pristanak treba da traži jedna posebno kvalifikovana osoba koja je potpuno nezavisna od odnosa lekar-pacijent (član 26. nove *Helsinške deklaracije*).³⁵ Najposle, valja ukazati

³⁵ Upor. Član 38, st. 1, 2. i 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 107/2005; federalne propise SAD, 45 CFR 46 & 46.116 (1), (4), (6); (b) (2), (b)(4); (d) (4), 13-16/29; *CIOMS* : Guidelines 2002, Vodiče 4, 5, 6. i 7, 26-38/79.

na činjenicu da je informisani pristanak jedan *postupak (proces) u toku*, koji se nastavlja celim tokom istraživačke studije, ne parče papira ili izolovani momenat u vremenu.³⁶

U literaturi se ukazuje i na druga važna pitanja vezana za informisani pristanak subjekata istraživanja. Ističe se, na primer, da su principi u vezi sa terapijskim istraživanjem ili ogledom slični onima koji regulišu (uređuju) terapiju. Većina filozofa rekla bi, pak, da su pacijentova prava šira u prvoj situaciji nego što su ona u sferi čistog (pukog) vladanja (upravljanja) pacijentom u istraživačkoj studiji. Standard pružene informacije sigurno mora da bude onaj o „razumnom subjektu istraživanja“, ako ne onoj stvarnog (aktuelnog) subjekta istraživanja (što bi bilo primerenije), ali ne, svakako, standard o „razumnom lekaru“. Čak i tako, postoje mnoge i raznovrsne teškoće koje čine skoro nemogućim da se postave čvrsta pravila. Razlog leži u tome što postoji suštinska potreba za izvesnom merom neznanja u ogledu, ozbiljnošću stanja koje se leči odnosno ispituje, psihologijom pojedinih pacijenata, i sličnog. Na primer, dok u Švedskoj zakon nalaže da doktrina o informisanom pristanku mora da bude zadovoljena, zakonodavac uopšte ne pokušava da definiše (odredi) opseg date informacije, pošto složenost istraživanja (ogleda) to ne dopušta. „Centralna dogma profesionalnih medicinskih etičara izgleda da jeste u tome da, šta god da se čini u ime medicinske nauke, tuđe je (strano je) tretmanu pojedinca (koji je ujedno i pacijent i subjekt istraživanja), i stoga je neophodno da se tretman označi kao „eksperiment“ koji iziskuje i informisani pristanak pacijenta i procenu (ocenu) pojedinog komiteta za etiku“.³⁷ Ovi opšti (generalni) problemi prošireni su u praktičnim okolnostima.

Rasprostranjeno je sporno, pre svega, u pravnoj teoriji, ali i u praksi, da li je, u stvari, informisani pristanak dvosmisleno „oružje“, zato što može da bude, zapravo, znak (simbol) koji oslobađa istraživača odgovornosti. Možda je bolje da se istraživač optereti sa punom odgovornošću pre nego da mu se pruži takav „štit“? Mnoge države u SAD usvojile su zakone o informisanom pristanku, od kojih neki postavljaju posebne zahteve u pogledu obelodanjavanja za posebne

³⁶ V. *IRB Guidebook, Chapter III* : „Basic IRB Review: B. Informed Consent“, 9-19/43.

³⁷ Upor. J. Mason *et al.*, 462-463.

procedure (postupke, intervencije). U istom duhu, sudovi SAD, koji sude po žalbama subjekata istraživanja za neadekvatno date informacije, ističu da se zahteva znatno detaljnije obelodanjavanje informacija u slučajevima koji uključuju neterapijsko istraživanje nego u slučajevima terapijskog istraživanja. Isto gledište zagovara i sud Kanade.³⁸

Ove teškoće istaknute su, posebno, u istraživanju udruženim sa lečenjem. Tada, delotvorno, doktrina o informisanom pristanku podrazumeva da pacijent mora da bira za sebe da li da prihvati jedan eksperimentalni tretman ili da se nasumično nađe u komparativnom terapijskom ogledu.³⁹ Dok je filozovski osnov pacijentove autonomije potpuno jasan, dotle je otvoreno pitanje da li je idealan završetak ove autonomije dostižan u praksi. Treba li pacijentu reće o naporu „poslednje šanse“? Da li je medicinski neuk pacijent u stanju da da pristanak kakav se zahteva? Može li se od njega očekivati da razume rizike kada ih nije spoznala ni sama medicinska profesija? Takva pitanja iskristalisala su se u tretmanu kancera. Američko zakonodavstvo je u pogledu obelodanjavanja alternativnih načina lečenja kancera osobito strogo. U Kaliforniji, na primer, lekari su snabdeveni sa rezimeom medicinski delotvornih alternativnih tretmana za kancer dojke, koji (rezime) može da bude upotrebljen i tako usklađen sa relevantnim zakonom. Pod sumnjom je da li su takva sredstva korisna za pacijenta? Ona nesumnjivo štite lekare. Ipak, u teoriji se postavlja pitanje kako i zašto mora da se dosegne takva situacija u kojoj zaštita lekara treba da bude glavna briga (interes). Za razliku od američke, u britanskoj sudskoj i medicinskoj praksi smatra se da dati pacijentkinji punu informaciju u istraživačkoj studiji o kanceru dojke, može da doda bol (muku), već i u onako teškoj situaciji i da, stoga, postoje okolnosti u kojima princip o nezločinstvu treba da nadglasa (nadjača) princip o autonomiji. Britanska pravna teorija stoji na stanovištu, međutim, da su takva gledišta, iako motivisana brigom za blagostanje pacijenata, otvorena za optužbu da ona potcenjuju širinu do koje pacijenti stvarno žele da budu informisani o tome šta se sa njima

³⁸ Upor. Američki slučaj *Whitlock v. Duke University* 637 F. Supp 1463 (NC, 1986); aff 829 F 2d 1340 (1987); kanadski slučaj *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965, 53 DLR (2d) 463); V. J. Mason *et al.*, 463.

³⁹ V. V. Klajn-Tatić: „Etičke i pravne kontroverze oko upotrebe placeba u kliničkim ogledima na ljudima“, *Pravni život*, br.9/2008, 315-332.

dešava. S jedne strane, imamo lekara koji hoće da učini najbolje za pojedinog pacijenta i, u isto vreme, za društvo u celini. S druge strane, sumnje u pogledu pacijentove sposobnosti da razume složenu medicinsku informaciju može vrlo lako da rezultira u zauzimanju neprihvatljivog paternalističkog stava, ponekad, sa šokantnim posledicama. Takav se slučaj desio u Novom Zelendu u toku *Auckland* kampanje protiv raka debelog creva. Ovde je jedan stariji lekar, verujući da se kancer *in situ* neće širiti, zauzeo čvrsto gledište da je za neke žene sa abnormalnim cerebralnim testovima premda najbolje da se ne leče. Ovim pacijentkinjama određen je tretman kroz period od 15-20 godina a da im nije bilo rečeno da su one bile, u stvari, uključene u terapijski eksperiment. Optuženi lekar eksperimentalnog istraživanja verovao je u svoju procenu i pokazalo se da su se njegove hipoteze potvrdile kao tačne. Međutim, propust lekara da dobije pristanak pacijentkinja strogo su kritikovale i medicinske kolege i sudska istraga koja je bila ustanovljena da ispita pitanje. Uticaj ovog slučaja i u Novom Zelandu, i drugde, bio je dubok.⁴⁰ Puna komunikacija između pacijenta i istraživača još je verovatno sigurnija (bezbednija) politika.⁴¹

2.4 Položaj subjekata genetskih istraživanja u kontekstu ljudskih prava

2.4.1 Opšti pogled

Progres u medicini i biologiji iziskuje pravnu zaštitu osnovnih ljudskih vrednosti kao što su život, telesni integritet, ljudsko dostojanstvo, nediskriminacija, privatnost i poverljivost. Pravno uređenje ljudskog genoma i ljudskih prava; pojedinačnog i grupnog genetskog testiranja; genetskog savetovanja; genske terapije i genetske informacije, kao važnih bioetičkih domena, prioritetan je zahtev iz nekoliko razloga: da bi se identifikovale vrednosti i interesi koje pravni poredak želi da zaštiti; da bi se prevenirale zloupotrebe i propisale sankcije za kršenje pravila i da bi se jasno regulisao odnos lekara i pacijenta, odnosno istraživača i subjekata istraživanja. Pomenuti

⁴⁰ Upor. J. Mason et al., 463-464.

⁴¹ J. Mason et al., 464-465; V. V Klajn-Tatić: "Neka medicinska, etička i pravna pitanja koja pokreće doktrina o informisanom pristanku pacijenta na medicinsku intervenciju", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.4, 1994, str.603-620.

bioetički domeni razmotraće se kako sa gledišta pravne teorije, tako i sa stanovišta, pre svega, Konvencije Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini, iz 1997. godine, UNESCO-ve Univerzalne deklaracije o ljudskom genomu i ljudskim pravima iz iste godine i UNESCO-ve Međunarodne deklaracije o ljudskim genetskim podacima, iz 2003. godine.

2.4.2 Ljudsko dostojanstvo i ljudski genom

Ljudski genom i zabrana diskriminacije. Osnovna jedinica koja nosi nasledne ljudske osobine je *gen*, čiju hemijsku građu čine delovi molekularne *dezoksiribonukleinske kiseline (DNK)*. Ukupan potencijal naslednih osobina (*genetskih informacija*) jednog organizma koji se prenosi na potomstvo naziva se *genom*.⁴² Zabranjen je svaki oblik diskriminacije nekog lica na osnovu njegovog genetskog nasleđa.⁴³ Niko ne sme na osnovu svojih genetskih svojstava biti podvrgnut diskriminaciji koja je usmerena na povredu ili kojom se povređuju ljudska prava, osnovne slobode i ljudsko dostojanstvo.⁴⁴ Svako ima pravo na poštovanje svog dostojanstva i svojih prava, te se zahteva da se pojedinci ne svode na njihova genetska svojstva i da se poštuje njihova jedinstvenost i različitost.⁴⁵ Takođe se zahteva da se ljudski genetski podaci ne koriste u svrhe koje vode stigmatizaciji nekog pojedinca, porodice ili zajednice.⁴⁶

Pojedinačno i grupno genetsko testiranje predstavlja skup postupaka s ciljem da se otkrije realni ili mogući genetski problem bilo pojedinca (pacijenta), bilo njegove porodice, i uz odgovarajući *genetski*

⁴² V. V. Klajn-Tatić: "Medicinska, etička i pravna pitanja pojedinačnog i grupnog genetskog testiranja", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2006, 26, fn.5.; V. V. Klajn-Tatić: "Medical, Ethical and Legal Issues of Individual and Group Genetic Testing". *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2007, 93-109. U daljem tekstu: V. Klajn-Tatić, *Anali PFB*, 1/2006).

⁴³ Član 11. Konvencije Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini (1997). U daljem tekstu: Konvencija Saveta Evrope (1997).

⁴⁴ Član 6. UNESCO-ve Univerzalne deklaracije o ljudskom genomu i ljudskim pravima (1997). U daljem tekstu: UNESCO-va Univerzalna deklaracija (1997).

⁴⁵ 2 (a) i (b) UNESCO-ve Univerzalne deklaracije (1997).

⁴⁶ Član 7 (a) UNESCO-ve Međunarodne deklaracije o ljudskim genetskim podacima (2003). U daljem tekstu: UNESCO-va Međunarodna deklaracija (2003).

savet.⁴⁷ Razlika između pojedinačnog i grupnog genetskog testiranja je u *opsegu*: dijagnoza, tj., pojedinačno genetsko testiranje upravljeno je na pojedinca - subjekta istraživanja; genetski skrining je rutinsko proveravanje populacije ili moguće identifikovanih podgrupa (podskupina) stanovništva kao, na primer, samo muškaraca ili samo žena, ili etničkih grupa pod uvećanim rizikom za pojedine genetske bolesti.⁴⁸ Istraživanje, lečenje ili dijagnoza koji utiču na genom određenog subjekta istraživanja preduzeće se samo posle stroge procene potencijalnih rizika i koristi, kao i u skladu sa bilo kojim uslovima određenim nacionalnim zakonom. *Terapijsko istraživanje* koje *jeste* od neposredne koristi za zdravlje određenog subjekta istraživanja može da se sprovede. *Neterapijsko istraživanje* koje *nije* od neposredne koristi za zdravlje subjekta istraživanja može da se sprovede izuzetno, uz maksimalna ograničenja, izlažući subjekta istraživanja samo *minimalnom riziku* i *minimalnom opterećenju*, i to ako se od istraživanja očekuje da koristi zdravlju drugih osoba iste starosne kategorije ili istih genetskih svojstava, pod uslovima predviđenim zakonom, kao i pod uslovom da je takvo istraživanje u skladu sa zaštitom ljudskih prava.⁴⁹ Što se tiče *informisanog pristanka*, i ovde važe *mutatis mutandis* odgovarajući nacionalni i međunarodni standardi i smernice o istraživanju.⁵⁰ Odredba člana 10. UNESCO-ve Univerzalne deklaracije o ljudskom genomu i ljudskim pravima određuje da: "Nijedno istraživanje ili primena istraživačkih rezultata koji se odnose na ljudski genom, posebno u oblasti biologije, genetike i medicine, ne smeju da prevagnu nad poštovanjem ljudskih prava, osnovnih sloboda i ljudskog dostojanstva pojedinca ili, u odgovarajućim slučajevima, grupe ljudi." Ljudski genetski podaci mogu da se prikupljaju, obrađuju i pohranjuju samo u svrhe dijagnoze i zdravstvene zaštite, uključujući skrining i prediktivno genetsko testiranje, i u svrhe medicinskog i drugog naučnog istraživanja, uključujući raznovrsne genetske studije bazirane na populaciji, a u skladu sa Univerzalnom Deklaracijom o ljudskom genomu i ljudskim

⁴⁷ V. Klajn-Tatić, *Anali PFB*, 1/2006, 25, fn.2.; Upor. Član 12. Konvencije Saveta Evrope (1997).

⁴⁸ *Ibid.*, 25

⁴⁹ Član 5 (a) i (d) UNESCO-ve Univerzalne deklaracije (1997).

⁵⁰ Član 5 (b) UNESCO-ve Univerzalne deklaracije (1997); Upor. Član 8. i 9(b) UNESCO-ve Međunarodne deklaracije (2003).

pravima i međunarodnim pravom o ljudskim pravima.⁵¹ Pri tome, valja imati u vidu činjenicu da se danas može dijagnostikovati oko 95% najuobičajenijih genetskih oboljenja, ali da je broj raspoloživih lekova vrlo mali. Ne postoji nijedan kurativni (izlečivi) tretman za većinu najozbiljnijih genetskih bolesti. Najrasprostranjenija upotreba medicinske genetike biće, kao sada, u dijagnozi i skriningu. Kratko rečeno, društveno zdravlje je cilj i cenralna funkcija genetskog testiranja i genetskog savetovanja; kontrola genetskih bolesti zavisi od prevencije.⁵²

Genetsko savetovanje koje se odvija pre i posle genetskog testiranja i skrininga (analize gena) samatra se, uopšte uzev, prikladnim u savremenom medicinskom zbrinjavanju i istraživanju. Glavni izbor koji nude usluge genetskog testiranja i skrininga, jeste izbor da se izbegne rađanje deteta sa genetskim stanjem i to je opcija koju većina ljudi pravi. Ako porodica nije svesna prirode i posledica genetskog stanja koje može da zahvati buduće dete, i ako je stvarni cilj informisani izbor, onda je dužnost zdravstvenih profesionalaca i istraživača da upoznaju porodicu sa činjenicama i da je informišu (obaveste) o stvarnosti (istinitosti) stanja.⁵³ U odredbi člana 11. UNESCO-ve Međunarodne deklaracije o ljudskim genetskim podacima podvlači se da je etička obaveza *lekara i/ili istraživača*

(kurziv -VK) da se na odgovarajući način obezbedi genetsko savetovanje; da genetsko savetovanje ne sme da se nameće, a treba da bude prilagođeno kulturi i u skladu sa najboljim interesima određenog pojedinca - subjekta istraživanja (ili grupe ljudi kao subjekata istraživanja - dodala VK).

Genska terapija. Zahvat u čovečji genom kojim se teži promeni čovekovog genoma može da se preduzme samo radi preventivnih, dijagnostičkih i terapijskih ciljeva. *Somatska genska terapija* podrazumeva unošenje zdravih gena u ljudske telene ćelije sa defektnim genom, u cilju njihovog lečenja. Promenjeni ili korigovani gen u ovom slučaju ne koristi potomcima određenog pacijenta, jer dejstvo ove genske intervencije ostaje ograničeno na ovog pacijenta.⁵⁴

⁵¹ Čl. 5. i 7(b) UNESCO-ve Međunarodne deklaracije (2003).

⁵² V. Klajn-Tatić, 25, fn.3.

⁵³ Upor. V. Klajn-Tatić: "Genetsko testiranje, genetski skrining i eugenika", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Tom I, 1-2/2006, 439-444.

⁵⁴ Upor. V. Klajn-Tatić: "Etička i pravna pitanja genske terapije", *Pravni život*, Tom I, 9/2006, 399, fn.4.

Genska terapija na oplodnim ćelijama i embrionima podrazumeva unošenje genetskog materijala u oplodne ćelije ili u čovekove embrione. Ona se odražava ne samo na organizam na koji se deluje, nego i na njegove potomke, izaziva promene i na njegovom genotipu. S obzirom na mogućnost da uneseni genetski materijal ne pogodi ciljano mesto, rizik za buduće generacije bio bi nesaglediv.⁵⁵ Primena tehnika reproduktivne medicine zabranjena je, osim kad se radi o izbegavanju vrlo teške genetske bolesti vezane sa polom.⁵⁶ Postupci koji su suprotni ljudskom dostojanstvu, kao što je reproduktivno kloniranje ljudskih bića, nije dozvoljeno.⁵⁷

2.4.3 Privatnost i poverljivost genetskih podataka o ličnosti odnosno genetske informacije

Napredak u medicinskoj genetici tokom poslednjih godina XX veka omogućio je da se do *genetskih podataka o ličnosti* odnosno do *genetske informacije*, dobijene putem genetskog testiranja, dođe relativno jeftino i lako ali, kao rezultat, ova mogućnost daje povod za ozbiljnu zabrinutost u pogledu pristupa i upotrebe rezultata testa. Genetski podaci sadržani u nečijoj DNK predstavljaju neku vrstu ličnog "budućeg dnevnika".⁵⁸ Genetsko testiranje može da otkrije čoveku njegove genetske predispozicije ka bolesti. Ti podaci i ta saznanja toliko su delikatni da i sama testirana osoba može želeći da ih ne sazna. Ta dimenzija genetskih podataka opravdava pravnu zaštitu posebne vrednosti označene kao *genetska privatnost*.⁵⁸

Pravo na neznanje svojih genetskih predispozicija štiti se zakonom, a podupiru ga i gledišta koje zastupa pravna teorija. U pravnoj teoriji, "pravo na neznanje" označava se i kao "pravo na samoodređenje u odnosu na informaciju". Osnov "prava na neznanje" ne leži ni u autonomiji, ni u poverljivosti, već pre u privatnosti. Odredba člana 10. UNESCO-ve Međunarodne deklaracije o ljudskim genetskim podacima daje pravo pojedincu - subjektu istraživanja da odluči da li hoće ili neće da bude obavešten o rezultatima istraživanja. Pravo na neobaveštenost treba da imaju i poznati rođaci na koje

⁵⁵ *Ibid.*, 401, fn.12.

⁵⁶ Upor. Čl. 13. i 14. Konvencije Saveta Evrope (1997).

⁵⁷ Član 11. UNESCO-ve Univerzalne deklaracije (1997).

⁵⁸ Upor. V. Klajn-Tatić, *Analiz PFB*, 1/2006, 27, fn.11.

rezultati mogu da utiču. Međutim, ponekad se može desiti da se etički i pravni princip poštovanja pacijentove privatnosti i poverljivosti (čuvanja profesionalne tajne) nađu u sukobu sa željom rođaka da im se obelodani genetska informacija. Ako lekar - istraživač prekrši obavezu poverljivosti (čuvanja profesionalne tajne) koju je dugovao svom pacijentu - subjektu istraživanja, može da bude suočen sa parnicom zbog njenog kršenja. Takođe, roditelji koji otkriju da se relevantnom informacijom raspolagalo, ali da ona nije obelodanjena, mogu da pokrenu parnicu protiv lekara - istraživača zbog rođenja abnormalnog deteta, koje se blagovremenim obelodanjavanjem informacije moglo sprečiti (parnica za *wrongful birth*).⁵⁹ Ipak, lekar - istraživač može *jednako* opravdano da obelodani ovu informaciju rodbini sa upućivanjem na *princip o nezločinstvu* (neškodjenju). Ako lekar - istraživač iskreno veruje da će se povreda (šteta) naneti srodnicima (ili, čak, i njihovom potomstvu) neobaveštavanjem, *lekar - istraživač nema ni etički, ni pravno obavezu da smatra da je princip privatnosti i poverljivosti apsolutan*.⁶⁰ Iz rečenog sledi da, s jedne strane, može biti opravdano da lekar - istraživač ne ispoštuje želje svog pacijenta - subjekta istraživanja, koji odbija da saopšti rezultate genetskog testa rodbini, kad je na raspolaganju lečenje ili delotvorni tretman koji štiti rodbinu od povrede (štete). S druge strane, lekar - istraživač može biti, opravdano, manje naklonjen obelodanjavanju informacije o genetskom stanju za koje se ništa ne može učiniti ili o genetskom stanju koje pokazuje relativno blage simptome. Jednom rečju, vrlo je teško zadržati protok informacija unutar familijarnog miljea; problem opštenja između članova porodice uvek ostaje.⁶¹

Iz rečenog sledi da je priroda genetskih podataka različita u odnosu na druge lične podatke. Oni nisu tako striktno lični, kao ostali podaci koji se tiču ličnosti. Postoji niz pojedinaca ili tela koja mogu da imaju interes za rezultate genetskog testa. Nisu u pitanju samo rođaci testiranog pojedinca - subjekta istraživanja. Osiguravajuća društva uvek uzimaju familijarnu istoriju kao indeks rizika u proceni pokrića osiguranja ali, sada, genetsko testiranje nudi, kako se čini, mnogo preciznija sredstva, zasnovana na naučnom predviđanju verovatnoće. Slično, poslodavci mogu da imaju interese u pogledu buduće

⁵⁹*Ibid.*, 32, fn.27.

⁶⁰*Ibid.*, 32, fn.28.

⁶¹*Ibid.*, 33, fn.30.

mogućnosti zapošljavanja pojedinaca koji su verovatno pogođeni naslednom bolešću. I sama država ima neosporan interes u unapređenju zdravlja stanovništva, sa smanjivanjem slučajeva (incidencija) genetskih bolesti. U kontekstu ovog niza interesa, mogućnost za sukob oko pristupa i kontrole genetskih podataka o ličnosti, odnosno genetske informacije, nepobitna je, i važno je priznati da se uticaj rezultata genetskog testa na život pojedinca može osetiti mnogo pre nego što se doživi početak bolesti.⁶² Saznanja genetike o ljudskom genomu mogu da se koriste i u svrhe suprotne interesima pojedinaca, kojima se škodi njihovoj slobodi i dostojanstvu.⁶³ Stoga, država treba da nastoji da zaštiti privatnost pojedinca i poverljivost ljudskih genetskih podataka povezanih sa subjektom istraživanja koji se može identifikovati, ili tamo gde je to primenljivo, sa grupom, u skladu sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima.⁶⁴ Takođe, ljudski genetski podaci povezani sa subjektom istraživanja koji se može identifikovati ne smeju da se otkriju ili učine dostupnim trećim stranama, naročito ne poslodavcima, osiguravajućim kompanijama i obrazovnim institucijama, u skladu sa domaćim pravom ili u skladu sa informisanim pristankom, koji su saobrazni sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima. Privatnost subjekta istraživanja koji učestvuje u studiji koja koristi ljudske genetske podatke treba da bude zaštićena, a ti podaci treba da budu tretirani kao poverljivi. Ljudski genetski podaci prikupljeni u svrhe naučnog istraživanja obično ne treba da budu povezani sa subjektom istraživanja koji se može identifikovati. Čak i kad takvi podaci nisu povezani sa subjektom istraživanja koji se može identifikovati, treba da se preduzmu potrebne mere opreza kako bi se obezbedila sigurnost tih podataka.⁶⁵

ZAKLJUČAK

Etički i pravni položaj punoletnih poslovno sposobnih subjekata biomedicinskih istraživanja ili oglada *relativno* je dobro zaštićen. Kažemo "relativno", u prvom redu, zato što rešenja pojedinih

⁶² *Ibid.*, 28, fn.15.

⁶³ *Ibid.*, 28-29.

⁶⁴ Upor. Član 6. UNESCO-ve Univerzalne deklaracije (1997) i član 4. UNESCO-ve Međunarodne deklaracije (2003).

⁶⁵ Član 14 (a), (b) i (v) UNESCO-ve Međunarodne deklaracije (2003).

međunarodnih vodiča, deklaracija i propisa nacionalnih zakona zahtevaju, pretežno, da rizici i tereti za subjekte istraživanja budu svedeni na najmanju meru, podjednako, i kod terapijskih i kod neterapijskih istraživanja. Nama izgleda, međutim, da rizici i tereti za subjekte neterapijskih istraživanja treba da budu, u principu, *minimalni*, osim kada su subjekti istraživanja sâmi istraživači. Potsetimo, pri tome, da odredba član 6. nove *Helsinške deklaracije* ili, odredba član 2. Konvencije Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini ili, odredba stava 2, člana 3. UNESKO-ve Univerzalne deklaracije o bioetici i ljudskim pravima (2005) proklamuju sledeći načelan stav: "Interesi i dobrobit pojedinca imaju prednost u odnosu na interese nauke i društva". Ove su odredbe od ključne važnosti; sve druge odredbe koje se tiču etike istraživanja koja uključuju ljude kao subjekte istraživanja trebalo bi da se tumače u odnosu na njih. Filozofsku odbranu navedenih odredbi nalazimo u "praktičnom imperativu" nemačkog filozofa *Emanuela Kanta*. Prema njemu, čovek mora da postupa čovečno, bilo u odnosu na samog sebe ili u odnosu na ma koju drugu osobu, nikad prosto kao prema sredstvu, već uvek, u isto vreme, kao prema cilju.⁶⁶ *Kantov* imperativ pomaže da se objasni i shvati da bi bilo pogrešno i kršenje ovih odredbi ili načela, sa moralne tačke gledišta, ako se na osobi istražuje bez njenog pristanka i uz rizike (opasnosti) prosto da bi se unapredili interesi nauke i društva. Ova osoba bila bu upotrebljena kao sredstvo, jedan instrument spoljnih činilaca (posrednika) i njihovih ciljeva, i takvo postupanje značilo bi kršenje zapovesti. U svim neterapijskim istraživanjima, odrasli poslovno sposobni ljudi kao subjekti istraživanja sredstvo su za ostvarenje ciljeva trećih lica, ne sebe samih. U tom kontekstu, razlika između terapijskih i neterapijskih istraživanja je i moralno i pravno važna, bez obzira da li pojedini vodiči, deklaracije i propisi nacionalnih zakona priznaju ovu razliku ili ne. Osim toga, mi dĕlimo mišljenje onih pravnih teoretičara prema kome se u etičkoj analizi rizika i koristi za subjekte istraživanja uzimaju u obzir različite komponente u istraživačkoj studiji, koje (komponente) mogu da budu i terapijske i neterapijske. Ovaj pristup ima brojna preimućstva, pre svega, zato što

⁶⁶ V. V. Klajn-Tatić: "Deca kao subjekti biomedicinskih istraživanja ili oglada u svetlu medicinskih etičkih i pravnih razmatranja", *Pravni život*, Tom I, 9/2009, 844, fn.20.

se terapijski i neterapijski postupci preduzimaju, po definiciji, sa različitom namerom. Kako imaju različite ciljeve, terapijski i neterapijski postupci su u pogledu koristi za subjekte istraživanja, u velikoj meri, nesamerljivi.

Vesna Klajn-Tatić, PhD
Senior Research Associate
Institute of Social Sciences in Belgrade

**ETHICAL AND LEGAL STATUS OF ADULT AND
COMPETENT HUMAN SUBJECTS INVOLVED IN
BIOMEDICAL RESEARCH
OR TRIALS**

The aim of this article is to point out the most important issues of involving human subjects in biomedical research or trials, from both theoretical and professional point of view of people who works under rules, regulations, guidances and declarations of the national and international medical organizations and under current national laws in force. Firstly, it explains the term and the types of biomedical trials on human subjects. Secondly, examines the term of adult and competent research subjects in general. Furthermore, it analysis separately three major quistions: risks and benefits of this kind of research and trials as first; informed consent of the subjects involved in such activities as second; status of research subjects involved in genetic research in the context of human rights as third.

Key words: Biomedical research or trials .- Adult and competent research subjects.- Risks/ Benefits Analysis.- Informed consent.- Human genome, nondiscrimination, privacy, confidenatlity, genetic information.

Dr Božidar Jeličić
Fakultet za pravne i poslovne studije
Novi Sad

UDK 347.61 (4-672 EU)
Pregledni naučni rad

**BRISEL IIa REGULATIVA SAVETA O
NADLEŽNOSTI I PRIZNANJU I IZVRŠENJU
ODLUKA U BRAČNIM STVARIMA I STVARIMA
RODITELJSKE ODGOVORNOSTI ZA ZAJEDNIČKU
DECU OBA BRAČNA PARTNERA
-REGULATIVA SAVETA BROJ 2201/2003-**

Sloboda kretanja sudskih odluka predstavlja jednu od bitnih pretpostavki za uspostavljanje jedinstvenog sudskog (pravnog) prostora u Evropskoj uniji. Ujednačavanje pravnih pravila u ovoj oblasti započeto je usvajanjem Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Briselska konvencija) doneta 27. septembra 1968. godine. Međutim, izvan dometa ove konvencije su ostala brojna pitanja vezana za ovu problematiku, uključujući i oblast bračnih odnosa. Prvi pokušaj regulisanja ovih pitanja u oblasti bračnih odnosa u Evropskoj uniji učinjen je donošenjem Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim pitanjima (Brisel II Konvencija), 28. maja 1998. godine. Ona je rezultat realnih potreba država članica, ali istovremeno, kao način regulisanja, ona predstavlja proizvod jasno omeđenog, tada aktuelnog, pravnog osnova za regulisanje ove materije. Usvajanje Amsterdamskog sporazuma 1997. godine stvorilo je pravne pretpostavke za regulisanje ove materije sekundarnim pravnim aktima Evropske unije. Međutim, one su postale primenljive tek nakon stupanja na snagu Amsterdamskog sporazuma 1999. godine. U skladu sa tim, već naredne 2000. godine usvojena je Regulativa Saveta (EZ) broj 1347/2000 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu, a 2003. godine izvršena je i njena dopuna Regulativom Saveta (EZ) broj 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika – Brisel IIa Regulativa.

Ključne reči: *Brisel II Regulatorna, Brisel IIA Regulatorna, priznanje i izvršenje odluka, sudska nadležnost u bračnim onosima, otmica dece, odgovornost roditelja, razvod braka.*

Uvodne napomene

Realizacija jednog od osnovnih ciljeva koji su u integracionom procesu postavile države članice, a koji se odnosi na uspostavljanje i održavanje Evropske unije kao prostora slobode, bezbednosti i pravde, pretpostavlja, između ostalog, usvajanje mera u oblasti sudske saradnje. Ove mere podrazumevaju i potrebu poboljšanja i pojednostavljenja slobodnog kretanja presuda u građanskim stvarima, što uostalom predstavlja i jedan od osnovnih uslova za uspešno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Evropske unije.

Prvi konkretan korak u tom pravcu učinjen je "samo" desetak godina nakon usvajanja "ustavnih akata" Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju.¹ Oslanjajući se na tada postojeći pravni osnov sadržan u članu 220 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, a na osnovu Predloga teksta koji je utvrdila Komisija EEZ svojom notom od 22. oktobra 1959. godine, doneta je Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Briselska Konvencija), 27. septembra 1968. godine. Konvencija je stupila na snagu 1. februara 1973. godine.²

Međutim, Konvencija iz 1968. godine je ostavila izvan svog dometa jedan broj pravnih stvari koje inače spadaju u domen građanskih (i trgovačkih) stvari,³ predmetne materije koju tretira Konvencija. Izuzeci su izričito navedeni u stavu 2. člana 1. i obuhvataju, između ostalog, lični status i sposobnost fizičkog lica, a koji, prema članu 5. tačka 4. Konvencije, posebno podrazumevaju: punovažnost zaključenja braka; odvojen život supružnika (odvajanje od

¹ Rimski ugovori kojim su formirane Evropska ekonomska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju zaljučeni su u Rimu 25. marta 1957. godine, a stupili su na snagu 1. januara 1958. godine.

² Više o Konvenciji o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima videti: V. Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo Evropske unije, Pravo evropske unije, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 239-258.*

³ Vidi: V. Rakić-Vodinelić str.251.

postelje i stola); prestanak braka (razvod, poništaj, utvrđivanje ništavnim ili nepostojećim); smrt fizičkog lica; lični status maloletnika, uključujući odlučivanje o staranju o njima uopšte, a posebno u slučaju prestanka braka roditelja; lišavanje i ograničenje poslovne sposobnosti, državljanstvo i prebivalište fizičkih lica; priznanje i utvrđivanje roditeljskog statusa; usvojenje.

Briselska konvencija iz 1968. godine zamenjena je Regulativom Saveta broj 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima – Brisel I Regulativa, koja je je usvojena 22. decembra 2000. godine, a stupila na snagu 1. marta 2002. godine. Na ovaj način, prevođenjem na teren sekundarnog parava Evropske unije, izvršena je komunitarizacija ove materije.

Nasuprot činjenici da su bračna pitanja ostala van obima saradnje između država članica EU/EZ, stajala je životna realnost, kao logična posledica integracionog procesa, te procesa uspostavljanja zajedničkog tržišta. Ona se ogledala, pre svega, u realizaciji slobode kretanja lica, što je dovelo do povećanja uspostavljanja porodičnih veza između stanovnika različite nacionalnosti ili onih koji žive na teritorijama različitih država članica, odnosno veliko povećanje "međunarodnih" brakova i razvoda. To je otvorilo pitanje i potrebu stvaranja pravnog okruženja koje će osigurati bezbednost za decu, kao jednog od prioritarnih evropskih ciljeva.

Ovo, kao i velike razlike u nacionalnoj zakonskoj regulativi, navelo je EU da definiše jasan i sveobuhvatan pravni okvir u bračnim stvarima i traži rešenja usmerena na obezbeđivanje pravne sigurnosti, predvidljivosti, fleksibilnosti i olakšanom pristupu sudu u domenu bračnih odnosa.

Kao proizvod pomenute realnosti u EU, a u skladu sa postojećim pravnim osnovom, 28. maja 1998. godine države članice su potpisale Konvenciju o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim pitanjima (Brisel II Konvencija). Svim državama članicama EU preporučeno je usvajanje Konvencije i ona je trebalo da se usvoji po postupku koji je bio predviđen ustavima država članica, kao i svaki drugi međunarodni ugovor. Međutim, Konvencija nije nikada stupila na snagu, već je "pretvorena" u "instrument" Zajednice – regulativu (sekundarni pravni akt), koja je obezbeđivala njeno brzo sprovođenje i, naravno, prevazilaženje brojnih praktičnih teškoća građana u svakodnevnom životu. Pravni osnov za "transformisanje" Konvencije i regulisanje materije iz oblasti bračnih odnosa sekundarnim pravom EU,

stvoren je usvajanjem i stupanjem na snagu Amsterdamskog sporazuma.⁴ Shodno članu 61 i 65, a na osnovu procedure predviđene članom 67. Ugovora iz Amsterdama, regulisanje materije porodičnog prava stavljeno je u nadležnost Saveta (EZ), uz konsultativnu ulogu Evroskog parlamenta i predlagačku poziciju Komisije (EZ). Međutim, utvrđivanje pravnog osnova praćeno je dozom opreza od strane država članica, koji je iskazan u članu 67. Amsterdamskog sporazuma, zadržavanjem jednoglasnosti u odlučivanju o ovoj materiji u "prelaznom periodu", odnosno u prvih pet godina nakon stupanja Ugovora na snagu.⁵ Zemlje članice su, očigledno, ovu materiju smatrale posebno osetljivim područjem, te su iskoristile pravo "veta" kao pouzdani mehanizam za zaštitu svojih interesa. Sličan oprez u regulisanju materije porodičnog prava iskazan je i u Lisabonskom sporazumu od 13. decembra 2007. godine, koji je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine, u članu 65. tačka 3. Sporazuma.⁶

Usvajanjem Regulative Saveta (EZ) broj 1347/2000 o nadežnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu, 29. maja 2000. godine, izvršena je komunitarizacija materije porodičnog prava i to pruzimanjem, u najevećem delu, rešenja sadržanih u Konvenciji iz 1998. godine. Na taj način, Regulative Saveta broj 1347/2000, svojim sadržajem, je obezbedila kontinuitet rešenjima iz Konvencije koja joj je predhodila, a novinama koje je donosila, obezbedila je i konzistentnost sa odredbama

⁴ Amsterdamski ugovor je usvojen 2. oktobra 1997. godine, a stupio je na snagu 1. maja 1999. godine.

⁵ Vidi: član 67. tačka 4. Amsterdamskog sporazuma

⁶ U članu 65. tačka 3. Lisabonskog sporazuma kaže se:

"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."

Regulative Saveta (EZ) broj 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima – Brisel I Regulative, koja je tada bila u pripremi.

**I Regulative Saveta broj 1347/2000 o nadležnosti, priznanju
i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske
odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika – Brisel
II Regulative**

Regulative Saveta broj 1347/2000 usvojena je 29. maja 2000. godine, a stupila je na snagu 1. marta 2001. godine. Važila je do 1. marta 2005. godine kada je zamenjena Regulativom Saveta (EZ) broj 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti. Regulative je primenjivana na teritoriji svih država članica EU, osim Velike Britanije i Danske.⁷

Regulative Saveta broj 1347/2000 je zamenila postojeće konvencije u odnosima između država članica i imala je prednost u primeni nad međunarodnim konvencijama o istoj temi. Izuzetak je predstavljao Sporazum od 6 februara 1931. godine između Danske, Finske, Norveške i Švedske, gde je ostavljena sloboda Finskoj i Švedskoj da ga i dalje primenjuju. Takođe, Regulative je prihvatila mogućnost primene sporazuma između Portugala, Italije i Španije i Vatikana.

Novi sporazumi između država članica (sa istom tematikom) mogli su se donositi samo u slučaju njihove usmerenosti na pojačavanje i olakšavanje primene Regulative, uz obavezu obaveštavanja Komisija (EZ) o njihovom sklapanju, gašenju ili promenama.

Regulative je doneta sa ciljem da se izvrši standardizacija pravila međunarodnog privatnog prava u državama članicama koja se tiču nadležnosti i poboljšanja postupka priznanja i izvršenja sudskih odluka u pitanjima razvoda braka i ostvarivanja starateljstva nad zajedničkom decom. U skladu sa tim, primena Regulative je ograničena na građanske postupke koji se odnose na razvod, odvajanje ili pravno

⁷ U skladu sa protokolima br.4 i 5 koji su pripojeni uz Ugovor o EU i Ugovor o EZ, odredbe iz Poglavlja (naslova) IV iz Ugovora o Evropskoj zajednici "Vize, azil, imigracije i druge politike koje se odnose na slobodno kretanje lica" ne primenjuju na teritoriji Irske, V. Britanije i Danske.

poništenje braka i postupke koji se odnose na odgovornost oba roditelja.⁸

Imajući u vidu da Regulativa Saveta broj 1347/2000 predstavlja svojevrsnu (sadržajnu) "dopunu" Briselske konvencije iz 1968. godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, a samim tim i Regulative Saveta (EZ) broj 44/2001, to je logično da ona verno odražava strukturu ova dva dokumenta. Osnovni karakter te strukture možda najslikovitije iskazuju neki autori označavajući Briselsku konvenciju kao "duplu konvenciju".⁹ U tom smislu, Regulativa Saveta broj 1347/2000 je izvršila ujednačavnje propisa o nadležnosti kao pretpostavke slobode kretanja sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti.

Nadležnost

Regulativa određuje sudsku nadležnost u domenu razvoda, odvajanja (odvajanje od stola i postelje) i poništenja braka i roditeljske odgovornosti nad zajedničkom decom oba supružnika. Nadležnost je određena fleksibilno uz maksimalno oslanjanje na postojeća nacionalna rešenja država članica, što je, između ostalog, olakšalo proces ujednačavanja propisa u ovoj oblasti.

U slučaju razvoda, odvajanja i poništenja braka, nadležnost se određuje prema zemlji prebivališta jednog ili oba supružnika ili prema njihovoj nacionalnosti.¹⁰ Drugim rečima, nadležnost pripada sudovima države članice na čijoj teritoriji: supružnici imaju stalno prebivalište, ili je tu bilo njihovo poslednje zajedničko prebivalište, pod uslovom da jedan od njih još uvek živi tamo, ili da u slučaju zajedničkog podnošenja zahteva jedan od supružnika ima prebivalište, ili tuženi ima stalno prebivalište, ili podnosioc zahteva ima stalno prebivalište, pod uslovom da je tu stanovao najmanje godinu dana pre podnošenja zahteva, ili podnosioc zahteva ima prebivalište, pod uslovom da je državljanin države u pitanju i da je tu imao prebivalište najmanje šest

⁸ Vidi: član 1. Regulative Saveta broj. 1347/2000 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika.

⁹ Vidi: T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, Međunarodno privatno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 567.

¹⁰ Vidi: član 2. Regulative Saveta broj 1347/2000

meseci neposredno pre podnošenja zahteva, odnosno u slučaju V. Britanije i Irske, da ima boravište u toj državi. Takođe, predviđena je mogućnost uspostavljanja sudske nadležnosti u slučaju istog državljanstva supružnika ili u slučaju V. Britanije i Irske zajedničkog boravišta supružnika.

U domenu roditeljske odgovornosti, nadležni su isti sudovi kao i u slučaju razvoda, odvajanja i poništenja braka, pod uslovom da dete ima prebivalište u toj državi članici. Ukoliko to nije slučaj, isti sud može imati nadležnost samo u tačno navedenim slučajevima koji se odnose na situacije u kojima dete ima prebivalište na teritoriji jedne od država članica, pri čemu, jedan od roditelja vrši roditeljsku odgovornost nad detetom i sudska nadležnost je prihvaćena od strane oba supružnika, a u interesu deteta.¹¹

Pitanje sudske nadležnosti u slučaju otmice deteta regulisano je članom 4. Regultive. Ovim članom je predviđeno da sudovi sa nadležnošću iz člana 3. vrše svoju nadležnost u skladu sa Haškom konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, od 25. oktobra 1980. godine (posebno članovi 3 i 16).

Ukoliko tuženi ima prebivalište na teritoriji druge države koja nije članica Evropske unije, Regulativa predviđa obavezu da nadležan sud izvrši proveru da je tuženom blagovremeno dostavljen odgovarajući dokument o pokretanju postupka ili ekvivalentan dokument, tako da mu je ostavljeno dovoljno vremena za pripremanje svoje odbrane. U sličnoj situaciji, a u slučaju odnosa između država članica, Regulativa upućuje na odredbe (član 19) Regulative Saveta (EZ) broj 1348/2000 o dostavljanju (servisiranju) u državama članicama sudskih i vansudskih dokumanata u građanskim i trgovačkim stvarima, od 29. maja 2000. godine, odnosno na odredbe (član 15) Haške konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih dokumenata, od 15. novembra 1965. godine, za situacije gde se ne primenjuje Regulativa Saveta (EZ) broj 1348/2000.¹² Ovo ne isključuje mogućnost da sudovi preduzimaju privremene zaštitne mere koje se odnose na lica i imovinu u hitnim slučajevima.¹³

¹¹ Vidi: član 3. Regultive.

¹² Vidi: član 10. Regultive.

¹³ Vidi: član 12. Regultive.

Regulativa ide u susret mogućim situacijama vođenja paralelnih postupaka u različitim državama članicama. Pitanje litispendencije regulisano je članom 11. Regulative.

Priznanje i izvršenje

Regulativa predviđa automatsko priznavanje presuda u bračnim stvarima i pitanjima roditeljske odgovornosti, donetih u nekoj drugoj državi članici, bez primene posebnih procedura i formalnosti koje bi se odnosile na ažuriranje njihovog statusa. Izuzeci od ovog opšteg pravila čine precizno određene situacije koje su navedene u članu 15. Regulative, ali bez mogućnosti preispitivanja sadržine (suštine) strane presude.¹⁴ Ovaj član odvojeno navodi razloge za nepriznavanje presuda koje se odnose na razvod, odvajanje i pravno poništenje braka i one koje se odnose na pitanja roditeljske odgovornosti.

U prvom slučaju presude se neće priznati :

- ako je presuda u suprotnosti sa javnim poretkom države članice u kojoj se traži priznanje;
- ako je dokument kojim je pokrenut postupak ili sličan dokument dostavljen na način i u vremenu koje onemogućava optuženom da organizuje svoju odbranu;
- ako je nespojiva (protivurečna) sa presudom u postupku između istih stranaka u državi u kojoj se traži priznanje;
- ako su nespojive (protivurečne) sa ranijim presudama donetim u drugoj državi članici ili nečlanici a koje ispunjavaju uslove za priznanje u državi u kojoj se traži priznanje.

Presude koje se odnose na pitanja odgovornosti roditelja neće se priznati:

- ako je priznanje u suprotnosti sa javnim poretkom države članice u kojoj se traži priznanje;
- ako dete nije saslušano, osim u slučaju hitnosti;
- ako je dokument kojim je pokrenut postupak, ili sličan dokument, dostavljen na način i u vremenu koje onemogućava optuženom da organizuje svoju odbranu;
- na zahtev lica koje tvrdi da presuda narušava njegovu roditeljsku odgovornost jer mu nije data mogućnost da bude saslušano;

¹⁴ Vidi: član 19. i član 24. tačka 3. Regulative.

- ako je (neusklađena) nespojiva sa kasnijim presudama koje se odnose na roditeljsku odgovornost, a koje su donete u zemlji u kojoj se traži priznanje;

- ako je neusklađena sa kasnijim presudama koje se odnose na odgovornost roditelja, donetim u nekoj drugoj državi članici ili nečlanici gde se nalazi prebivište deteta, pod uslovom da te presude ispunjavaju uslov da budu priznate u državi u kojoj se traži priznanje.

Priznanje presuda koje se odnose na razvod, odvajanje ili pravno poništenje braka ne može biti odbijeno ni u slučaju da zakon države u kojoj se traži priznanje ne dozvoljava razvod, odvajanje ili pravno poništenje braka na istim činjenicama.¹⁵

Presude o roditeljskoj odgovornost primeniće se u drugoj državi kada bude proglašena da je izvršna na zahtev zainteresovane strane, odnosno nakon registracije za primenu, u slučaju Velike Britanije.¹⁶ Postupak primene sprovodi se u skladu sa zakonom države od koje se traži izvršenje.

**II Regulativa Saveta (EZ) broj 2201/2003 o nadležnosti,
priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvaima i stvarima
roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika
- Brisel IIa Regulativa**

Regulativa Saveta (EZ) broj 2201/2003 usvojena je 27. novembra 2003. godine, stupila je na snagu 1. avgusta 2004. godine, a počela je da se primenjuje od 1. marta 2005. godine. Ona je stavila van snage i zamenila Regulativu Saveta (EZ) broj 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za decu oba roditelja od 29. maja 2000. godine. Regulativa se primenjuje u svim državama članicama EU osim u Danskoj.

Regulativa se primenjuje neposredno, uživa prednost u primeni u odnosu na nacionalno pravo država članica i odnosi se na relevantne

¹⁵ Vidi: član 18. Regulative

¹⁶ Vidi: član 21. Regulative

pravne postupke i formalna dokumenta sačinjena i registrovana kao autentični instrumenti i sporazumi, nakon 1. marta 2005. godine.¹⁷

Brisel IIa Reguativa Saveta predstavlja nadogradnju predhodne Regulative Saveta broj 1347/2000 i proširenje njenog obima. Inače, nacrt Regulative Saveta broj 2201/2003 pripremljen je od strane Komisije (EZ) veću toku 2002. godine, samo godinu dana nakon stupanja na snagu prethodne Regulative.

Brisel IIa Reguativa Saveta sadrži 72 člana, što zanači da ima 26 članova više nego njena predhodnica. Reguativa sadrži sedam poglavlja: oblast primene i definicije; nadležnost; priznanje i izvršenje; saradnja između centralnih vlasti u pitanjima roditeljske odgovornosti; odnosi sa drugim instrumentima; prelazne odredbe; i završne odredbe.

Predmet regulisanja, kao i u slučaju Regulative Saveta broj 1347/2000, su građanski postupci koji se odnose na pitanja razvoda, odvajanja i pravnog poništenja braka i na aspekte roditeljske odgovornosti.¹⁸

Reguativa se ne odnosi na regulisane odnose između partnera istog pola i obuhvata samo lične odnose a ne i imovinske.

U pogledu roditeljske odgovornosti, Reguativa postavlja ambicioznije ciljeva u odnosu na predhodnu Reguativu Saveta (EZ) broj 1347/2000. U nameri da se obezbedi jednakost za svu decu, domen Regulative je proširen na sve odluke o roditeljskoj odgovornosti, kako na sudske, tako i na odluke organa koji poseduju nadležnost koja podpada pod ovu Reguativu, te na sporazume zaključene između stranaka, u meri u kojoj su primenljivi (izvršni) u državi u kojoj su zaključeni.¹⁹ Inovativno proširenje koje se odnosi na sporazume između stranaka očigledno je imalo za cilj da se podstakne postizanje dogovora između stranaka izvan suda, bez obzira da li se radi o privatnom dogovoru ili dogovoru u okviru nekog autoriteta.

Takođe, izvršeno je i dodatno preciziranje prava i obaveza u oblasti roditeljske odgovornosti, kao i navođenje onih koja nisu predmet ove Regulative, poput: utvrđivanja očinstva, presude u vezi

¹⁷ Vidi: član 64. tačka 1. Regulative Saveta (EZ) broj 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika.

¹⁸ Vidi: član 1. Regulative.

¹⁹ Vidi: član 2. i 46. Regulative.

usvajanja, ime i prezime deteta, emancipacija, nasleđivanje, alimentacija, mere u vezi krivičnih dela koja su počinila deca.

U cilju izbegavanja nesporazuma u tumačenju pojmova, u Regulativi se preciraju značenja – definišu važniji pojmovi koji su u njoj sadržani, kao što su pojmovi sudija, sud, država članica, roditeljska odgovornost, pravo na starateljstvo i dr.²⁰

Nadležnost

Regulativa uspostavlja celovit sistem nadležnosti. Ona određuje države članice čiji sudovi imaju nadležnost, ali ne i konkretan sud u dotičnoj državi. Ovo pitanje je ostavljeno domaćem procesnom pravu.

Po pitanju razvoda ona preuzima rešenja iz Regulative 1347/2000,²¹ ali je zato nadležnost u domenu odgovornosti roditelja doživela razradu i preciziranje. Pitanja koja se odnose na odgovornost roditelja uglavnom se nalaze u domenu jurisdikcije države članice na čijoj teritoriji je i prebivalište deteta, sa izuzecima koji se odnose na slučajevne promene prebivališta (preseljenja), gde sud države ranijeg prebivališta zadržava nadležnost, u pogledu prava pristupa. Supružnici mogu prihvatiti i nadležnost suda za razvod braka, a u nekim slučajevima i nadležnost sudova države članice sa kojom dete ima bliske veze, poput nacionalnosti deteta. Regulativa reguliše i pitanje nadležnosti u situacijama kada se ne može utvrditi stalno prebivalište deteta, te u slučajevima gde nije moguće definisati nadležnost na osnovu posebnih odredbi iz Regulative.²²

Priznanje i izvršenje

Pravila o priznanju i izvršenju su istovetna onim koja su utvrđena Regulativom Saveta (EZ) 1347/2000, a to znači automatizam u priznavanju odluka sa precizno navedenim izuzecima (vidi prethodno izlaganje).²³ Izvršni postupak je regulisan zakonima države članice.

²⁰ Vidi: član 2. Regulative.

²¹ Vidi član 3. Regulative

²² Vidi: član 8, 9, 12, 13 i 14. Regulative.

²³ Vidi: poglavlje III Regulative.

Otmica dece

U slučaju otmice dece države članice Evropske unije nastavljaju da primenjuju Hašku konvenciju o civilnim aspektima međunarodne otmice dece od 25. oktobra 1980. godine, koja je, inače, ratifikovana od strane svih država članica. Međutim, Haška konvencija iz 1980. godine ima dopunsku ulogu u regulisanju ovih pitanja, tako da pravila sadržana u Regulativi imaju prednost u primeni između država članica u odnosu na Konvenciju. Osnovni cilj Regulative u ovoj oblasti usmeren je na odvrćanje roditelja od pokušaja otmice dece, kao i na brzi povratak deteta u njegovu zemlju u slučaju da je otmica izvršena. Efekat odvrćanja od otmice baziran je, pre svega, na jasnom definisanju sudke nadležnosti u pitanju starateljstva. Nadležnost po ovim pitanjima i nakon otmice pripada sudovima države na čijoj teritoriji se nalazi prebivalište deteta pre otmice.

Inače, osnovni principi na kojima se zasnivaju rešenja u Regulativi mogu se svesti na sledeće: nadležnost pripada državi u kojoj je dete oteto, postupak obezbeđuje brzi povratak deteta, u slučaju da sud zamoljene države odbije vraćanje deteta u obavezi je da o tome obavesti sud države članicu gde je dete oteto putem kopija odluka, odluka suda države gde je dete oteto o vraćanju deteta je direktno primenljiva (ukida se egzekvatura) i utvrđena je obaveza saradnje centralnih organa vlasti države gde je dete oteto.²⁴

Saradnja centralnih organa

U cilju obezbeđivanja efikasnije primene odredaba Regulative koje se odnose na pitanja odgovornosti roditelja, predviđeno je da svaka država članica odredi jedan ili više centralnih (organa) vlasti sa precizno utvrđenim teritorijalnim ili materijalnim nadležnostima. Saradnja se odvija neposredno između kompetentnih centralnih vlasti i obuhvata sledeće sadržaje:

- Razmenu informacija o nacionalnim zakonodavstvima i procedurama;
- Olakšava komunikaciju između sudova;
- Pružanje pomoći nosiocima roditeljske odgovornosti u vezi zahteva za priznanjem i izvršenjem odluke;

²⁴ Vidi: član 10. i 11. Regulative.

- Pružanje pomoći u traženju alternativnih rešenja između nosioca roditeljske odgovornosti.²⁵

III Pravci razvoja – perspektive

Imajući u vidu rastući trend tzv. međunarodnih brakova i razvoda, pred Komisijom (EZ) logično se nametnula potreba da pruži jasan i sveobuhvatan pravni okvir u oblasti bračnih odnosa, kako bi se obezbedila pravna sigurnost, predvidljivost, fleksibilnost i adekvatna dostupnost i pristup sudskim instancama. Uredba Saveta (EZ) 2201/2003 predstavlja značajan napredak u postavljanju pravila o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, ali ona, međutim, izostavlja pitanje utvrđivanja merodavnog prava u postupcima razvoda braka. Imajući to u vidu, Komisija (EZ) je već u aprilu mesecu 2005. godine, a u skladu sa Programom Evropskog saveta iz novembra 2004. godine, objavila Zelenu knjigu o važećem zakonu i nadležnosti u pitanjima razvoda braka (Zelena knjiga je doneta 17. marta 2005. godine), da bi se tokom 2006. godine došlo do Predloga Uredbe o izmenama i dopunama Uredbe Saveta (EZ) broj 2201/2003 u pogledu nadležnosti i uvođenja pravila u vezi sa važećim zakonom u bračnim stvarima – Rim III (utvrđen 17. jula 2006. godine). Na ovaj način Komisija je eksplicitno iskazala svoje viđenje harmonizacije – usklađivanja izbora merodavnog prava (sukob zakona) u bračnim stvarima. Osnovni cilj ovih rešenja je usmeren na pojednostavljenje postupka razvoda braka između građana različitih nacionalnosti, odnosno građana nastanjenih u različitim državama članicama.

Rim III je potvrda jasnog opredeljenja EU da i u osetljivim i interesno omeđenim sferama, poput bračnih odnosa, pravi odlučne korake. Naravno, reč je o malim ali jasno trasiranim potezima koji ukazuju, s jedne strane, na izuzetnu složenost pitanja, ali sa druge strane, na istrajnost i posvećenost EU u ostvarivanju svojih integracionih ciljeva.

²⁵ Vidi: član 53, 54, 55, 56, 57 i 58. Regulative.

Božidar Jeličić, LLD

Faculty for legal and economic studies,
Novi Sad

**BRUSSELS IIa COUNCIL REGULATION ON
JURISDICTION AND THE RECOGNITION AND
ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS IN
MATRIMONIAL MATTERS AND IN MATTERS OF
PARENTAL RESPONSIBILITY – COUNCIL
REGULATION (EC) NO 2201/2003**

Free movement of judgments constitutes one of the essential preconditions for the establishment of a single European judicial space. Harmonization of legal provisions in this area has been started by the adoption of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 27th September of 1968 (Brussels Convention). However, a number of related issues, including the issue of matrimonial relations are not within the scope of this Convention. As regards matrimonial relations, first attempt was made to regulate this issue through the adoption of the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention) of May 28th of 1998. It was in line with the real needs of Member States and also it is important to note that at that time there was a clear legal basis for its adoption. Although the Treaty of Amsterdam of 1997 created the legal preconditions for addressing these issues through secondary legislation of the EU, it was possible to adopt the given laws only after the Treaty of Amsterdam came into the force in 1999. Accordingly, the Council Regulation (EC) No 1347/2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses was adopted in 2000 as well as it was subsequently amended by the Council Regulation (EC) No 2201/2003 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Brussels IIa Regulation) in 2003.

Key words: Brussels II Regulation, Brussels IIa Regulation, recognition and enforcement of judgments, court jurisdiction in matrimonial relations, child abduction, parental responsibility, divorce.

Doc. dr Saša Mijalković
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

UDK 351.78
Originalni naučni rad

O NEDRŽAVNOM SEKTORU NACIONALNOG SISTEMA BEZBEDNOSTI – INOSTRANA I DOMAĆA ISKUSTVA

Korenite društvene promene u ekonomskoj, socijalnoj, pravnoj, političkoj i moralnoj sferi života svetskog, pa i našeg društva tokom poslednjih nekoliko decenija, stvorile su nove okolnosti u kojima se odvijaju događaji od značaja za nacionalnu bezbednost. Osećaj nesigurnosti nikada nije bio jači iako snage bezbednosti nikada nisu bili razvijenije.

Tradicionalno shvatanje po kome je država ekskluzivni „provajder“ bezbednosti uveliko se napušta. To otvara polje novoj filozofiji i kulturi bezbednosti u kojoj nedržavni sektor igra sve značajniju ulogu. Državni sektor deluje sve selektivnije, usredsređujući se na „opasnija“ ugrožavanja, dok se društvu sve više prepušta da se samo štiti od drugih, „manje opasnih“ pojava.

Stim u vezi, u radu se ukazuje na pojam, mesto i ulogu nedržavnog sektora u nacionalnim sistemima bezbednosti, te na organizaciju i funkciju neprofitnih – nevladinih organizacija i profitnih bezbednosnih agencija – tzv. „industrije bezbednosti“: privatnih kompanija za vojni menadžment, konsalting i pružanje vojnih usluga; agencija za pružanje usluga fizičko-tehničkog obezbeđenja lica, imovine i poslovanja; agencija za detektivsko-istražiteljsku delatnost i agencija za pružanje drugih bezbednosnih usluga. Najzad, učinjen je i kraći osvrt na „krizu“ nedržavnog sektora bezbednosti u Srbiji.

KLJUČNE REČI: nacionalna bezbednost, nacionalni sistem bezbednosti, nedržavni sektor bezbednosti, privatne bezbednosne kompanije i agencije.

Uvod

Savremena *konceptija nacionalne bezbednosti* je sinteza bezbednosti građana i bezbednosti države, ali i doprinos države međunarodnoj i globalnoj bezbednosti. Reč je o stanju nesmetanog ostvarivanja, razvoja, uživanja i optimalne zaštićenosti nacionalnih i državnih vrednosti i interesa koje se dostiže, održava i unapređuje funkcijom bezbednosti građana, nacionalnog sistema bezbednosti i nadnacionalnim bezbednosnim mehanizmima, kao i odsustvo (pojedinačnog, grupnog i kolektivnog) straha od njihovog ugrožavanja, te kolektivni osećaj spokojstva, izvesnost i kontrola nad razvojem budućih pojava i događaja od značaja za život društva i države.

Referentne vrednosti su prvenstveno: mir, sloboda, prava i bezbednost ljudi i društvenih grupa; kvalitet življenja; nacionalno jedinstvo, dostojanstvo, ponos i identitet; zdrava životna sredina; energetska stabilnost, ekonomski i socijalni prosperitet; informacioni resursi; pravni poredak i vladavina prava; teritorijalni integritet; politička samostalnost i opstanak države i društva. Referentni interesi su u funkciji referentnih vrednosti.

Nacionalni sistem bezbednosti, u širem smislu, obuhvata sve potencijale (prirodne, ljudske, materijalno-tehničke, normativno-političke i institucionalne) jedne zemlje, koji su angažovani na očuvanju vitalnih nacionalnih i državnih, ali i međunarodnih i globalnih vrednosti i interesa. U užem smislu, to su samo delovi ovih resursa koji su specijalizovani i profesionalno, legalno i legitimno, direktno ili indirektno, realizuju funkciju nacionalne bezbednosti.

Konkretnije, *nacionalni sistem bezbednosti* je forma organizovanja i funkcionisanja države i društva u sprovođenju preventivnih, represivnih i sanacionih mera i radnji kojima se referentne nacionalne vrednosti i interesi dostižu/ostvaruju, unapređuju, omogućava njihovo uživanje i štite od bezbednosnih izazova, rizika i pretnji, odnosno revitalizuju ukoliko su ugroženi. Sastoji se od svojih horizontalno i vertikalno postavljenih podsistema i mikrosistema bezbednosti, između kojih postoje određene organizacione i funkcionalne veze. Ovi podsistemi i mikrosistemi su državni organi, javne službe ili drugi nedržavni (nevladini) subjekti. U organizacionom smislu, to je deo državne i društvene organizacije – konvencionalni,

nekonvencionalni i suplemetarni subjekti bezbednosti¹ koji vrše i sprovode izvesne poslove, aktivnosti i mere, a u funkcionalnom smislu, instrument za dostizanje i zaštitu njihovih vrednosti i interesa.

Tradicionalno, nacionalni sistem bezbednosti čini pet sektora: vojni, policijski (javna i tajna policija), pravosudni, spoljnopolitički i ekonomski što je, iz aspekta moderne države, uže određenje. Komponente savremenih nacionalnih sistema bezbednosti mogu da se podele na *civilni* i *vojni sektor bezbednosti*. Istovremeno, primerena je i deoba na *državni* i *nedržavni sektor bezbednosti*, kao šire određenje komponenti nacionalnog sistema bezbednosti.

U tradicionalno organizovanim nacionalnim sistemima bezbednosti jasno su distancirani: *vojni sektor bezbednosti*, kojeg čine vojska, vojna policija, vojne službe bezbednosti, civilna odbrana i zaštita, vojno pravosuđe, a neretko i vojni sistem socijalnog i zdravstvenog osiguranja i vojno zdravstvo i *civilni sektor bezbednosti*, kojeg čine ostali subjekti, pre svega policija, obaveštajne službe, pravosuđe, organi za izvršenje krivičnih sankcija, inspekcije i carina. Ovakva struktura je dobrim delom zastupljena i u savremenim sistemima bezbednosti, uz ukidanje grubih podela pojedinih nadležnosti vojnog i civilnog sektora bezbednosti (npr., u suprotstavljanju terorizmu, organizovanom kriminalu, tehničko-tehnološkim opasnostima, prirodnim nepogodama i sl.).

Od sredine prošloga veka u državama globalnog Zapada naglo se razvija nedržavni sektor bezbednosti. Takve tendencije u zemljama istočnog lagera primetne su znatno kasnije. Iako je polje njihovog delovanja prvobitno bilo usmereno ka zaštiti referentnih vrednosti koje su prevashodna briga tzv. civilnog sektora bezbednosti, vremenom su počeli da vrše i izvesne vojne funkcije u okviru tzv. *privatnih bezbednosnih kompanija za vojni menadžment, konsalting i pružanje*

¹ *Konvencionalni* su oni subjekti bezbednosti koji obavljanjem redovne delatnosti direktno ostvaruju funkciju bezbednosti (policija, vojska, carina, inspekcije, tužilaštvo, sud i organi nadležni za izvršenje krivičnih sankcija); *nekonvencionalni* su oni subjekti koji obavljanjem svoje redovne delatnosti indirektno realizuju funkciju bezbednosti (Narodna skupština, Vlada, predsednik Republike, organi inostranih poslova); *suplementarni* subjekti obavljanjem redovne delatnosti doprinose realizaciji funkcije bezbednosti (lokalna zajednica i organi lokalne samouprave, javne službe, preduzeća i druge organizacije, nevladine organizacije, vaspitno-obrazovni sistem, crkva i građani). Uporedi sa: Stajić, Lj.; Mijalković, S.; Stanarević, S.: *Bezbednosna kultura*, Draganić, Beograd, 2005, str. 135–136.

vojnih usluga. Tako je nedržavni sektor, koji je obavljao neke funkcije civilnog sektora bezbednosti, poprimio atribute državnog-vojnog sektora bezbednosti. Međutim, ova tendencija u našoj zemlji još uvek nije praktično zaživela.

Znači, danas je izraženija deoba na: *državni sektor bezbednosti*, kojeg čine subjekti i snage koje osniva država i *nedržavni sektor bezbednosti*, kojeg čine subjekti i snage koje osnivaju nedržavni akteri.²

U sistemu bezbednosti nekih zemalja primetni su i subjekti međunarodnog sektora bezbednosti, kako civilnog, tako i vojnog, kako međuvladinog, tako i nevladinog (npr., vojno-civilne mirovne misije, vojne kompanije u ulozi mirovne misije, predstavnici institucija međunarodne policijske i vojne saradnje, organi međunarodnog starateljstva, predstavnici međunarodnih nevladinih humanitarnih organizacija itd.). Nedržavni sektor bezbednosti nije samo poprimio međunarodne dimenzije, već je i tesno povezan sa državnim – vladinim i međuvladinim sektorom.

1. Organizacija i funkcija nedržavnog sektora bezbednosti – inostrani i domaći trendovi

Nedržavni sektor bezbednosti je već postao deo bezbednosne stvarnosti Srbije. Napuštanjem tradicionalnog koncepta nacionalne bezbednosti, uz istovremeni početak društveno-ekonomske tranzicije, pre svega promene dominantnog oblika državne i društvene u privatnu svojinu u privrednom sektoru, pojavila se i potreba da se preduzeća zaštite od raznih ugrožavanja. Istovremeno, porast stope kriminala uslovio je potrebu pojedinih imućnijih građana, kriminalaca, „biznismena“, estradnih umetnika, javnih ličnosti, političara itd., da

² Ovaj sektor bezbednosti je u svetu značajno razvijen. Vidi: Avant, D. D.: *Private Security, Security Studies – An Introduction* (ed. Williams, P.), Routledge, London–New York, 2008, pp. 441–445; Brown, S. K.: *Private Investigating*, Alpha Books, Indianapolis, 2003; Button, M.: *Private Policing*, Willan Publishing, Devon, 2002; Chambers, C.: *The Private Investigator Handbook: The Do-It-Yourself Guide to Protect Yourself, Get Justice, or Get Even*, Penguin Group, New York, 2005; Cunningham, W, C.; Taylor, T. H.: *Private Security and Police in America – The Hallcrest Report*, Portland, 1985; Johnson, B. R.: *Principles of Security Management*, Prentice Hall, New Jersey, 2004; Tillman, N. M.: *Private Investigation 101 – How To Become A Private Investigator*, Norma Tillman Enterprises, Nashville, 2006; Nemeth, C.: *Private Security & the Investigative Process*, Butterworth-Heinemann, Woburn, 2000 itd.

angažovanjem stručnih lica zaštite svoju bezbednost. Zaštita koju je ranije ekskluzivno pružala država zamenjena je uslugama privatnih preduzeća i agencija za fizičko-tehničko obezbeđenje, od kojih su mnoga radila ilegalno ili „pod maskom“ privatnih detektivskih kancelarija.

Istovremeno, dolazi do ekspanzije bezbednosnih pretnji kojima država tradicionalno nije poklanjala naročitu pažnju (npr., trgovina ljudima, nasilje u porodici, nasilje na radnom mestu, rodno i polno zasnovano nasilje itd.), što je uslovalo razvoj nevladinih organizacija koje su nastojale da ih spreče, suzbiju i da pomognu žrtvama. Osnivanjem navedenih subjekata, kojih u svetu ima više vrsta, stvoren je novi – *nedržavni sektor bezbednosti*.

Ovaj sektor bezbednosti se često naziva i *privatnom bezbednošću* i *civilnom bezbednošću*. Prvim nazivom se naglašava kontrast javnoj bezbednosti o kojoj se tradicionalno i prvenstveno staraju policija i druge bezbednosne službe. Drugom sintagmom se naglašava suprotnost tradicionalnom poimanju nacionalne bezbednosti kao zaštićenosti državnih interesa sredstvima vojne, političke i ekonomske moći. Međutim, u prvom slučaju nije jasno da li je reč o bezbednosti pojedinca i drugih nedržavnih subjekata ili o bezbednosti koju pružaju subjekti van javnog (državnog sektora). U drugom slučaju se ne precizira da li je reč o bezbednosti civila (građana) ili o bezbednosti pruženoj od nevojnih (nedržavnih) subjekata. Stoga je ispravnije koristiti sintagmu *nedržavni sektor bezbednosti*. Reč je o sistemu (u Srbiji je to samo *skup*) neprofitnih i profitnih subjekata osnovanih od strane nedržavnih aktera koji interesentima pružaju izvesne bezbednosne usluge.

1. 1. Neprofitni subjekti nedržavnog sektora bezbednosti

Neprofitni subjekti nedržavnog sektora bezbednosti su humanitarne organizacije, udruženja građana, dobrovoljna strukovna udruženja i slični subjekti koji doprinose rešavanju mnogih bezbednosnih problema, pre svega pojedinaca i društvenih grupa, pri čemu *ne stiču profit od korisnika usluga*. Zapravo su *pseudoneprofitni* jer ih često izdašno finansira neki treći subjekt (druge države, međunarodne organizacije itd.). Najčešće se nazivaju nevladinim organizacijama.

Nevladine organizacije su organizacije, grupe i tela koje se slobodno osnivaju i deluju nezavisno od države (nedržavna opredeljenost – idejna autonomnost), neprofitnog su karaktera i zasnovane su na dobrovoljnosti i dobrotvornosti članstva, kao i drugih subjekata s kojima saraduju.³

Ovi subjekti bezbednosti često pomažu građanima da ostvare neka svoja prava onda kada država, zbog svoje politike ili nedostataka u zakonodavstvu, to nije u mogućnosti. Isto tako, nevladine organizacije često ukazuju na određen problem u zemlji i predlažu njegovo rešavanje: „nepobitna je činjenica da mnogi bezbednosni rizici nastaju kao, uglavnom indirektna, posledica politike državnih organa, neefikasnosti političkih institucija ili neodgovarajuće pravne regulative. Ovi nedostaci su otvorili prostor za pojavljivanje nevladinih organizacija kao novog subjekta bezbednosti.“⁴

Nesporan je značaj nevladinih organizacija u zaštiti, odnosno unapređenju: ekološke, zdravstvene i socijalne bezbednosti stanovništva; prava određenih kategorija žrtava krivičnih dela (pružanje pomoći žrtvama nasilja u porodici, žrtvama trgovine ljudima, izbeglicama, gladnim i bolesnim licima, žrtvama oružanih konflikata, žrtvama zloupotrebe vlasti i sl.); nacionalnog zakonodavstva; međunarodne saradnje sa drugim državama i sličnim organizacijama, što podrazumeva i lobiranje kod međunarodnih organizacija da se određeni problemi brže reše; edukacije stanovništva i pripadnika državnih organa za rešavanje bezbednosnih problema; teorijske misli kroz izdavačku delatnost itd. Neretko organizuju humanitarne akcije i druge dobrotvorne manifestacije, te pružaju pomoć mladim talentima. Imaju i zapaženu ulogu na domaćoj i međunarodnoj političkoj sceni. To je i razlog više da se njihov uticaj stavi u funkciju društvenih i državnih vrednosti i interesa.

Međutim, nekada su nevladine organizacije upravo osnovane od strane stranih vlada kako bi predstavljale oslonac ili pomoć delovanju njenih subverzivnih snaga u inostranstvu. Njihovi objekti su pogodni za špijunske punktove obaveštajnih službi, od kojih su često i finansirane. Učešćem u radu i saradnjom sa državnim organima, neretko dolaze do

³ Na osnovu – Pavlović, Z.: *Međunarodne nevladine organizacije i UNESCO*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića – Sremski Karlovci i Pravni Fakultet – Novi Sad, 1993, str. 11–22.

⁴ Michael, S.: Uloga nevladinih organizacija u ljudskoj bezbednosti, *Ljudska bezbednost 2* (ur. Dulić, D.), Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2006, str. 192.

obaveštajno-interesantnih podataka. Njihova uloga u medijskom ratu i destruktivnoj psihološko-propagandnoj delatnosti može da bude velika. Isto tako, one mogu da lobiraju kod međunarodnih tela i institucija za preduzimanje određenih mera protiv vlada koje navodno krše ljudska prava, pasivne su u rešavanju problema i slično. Otuda i „gruba i nesrećna“ podela nevladinih organizacija na „patriotske“ i „izdajničke“ („stranoplačeničke“).

Bez obzira na pojedine primere „loše prakse“, nevladine organizacije trenutno „popunjuju rupe“ u organizaciji i funkciji državnog sektora nacionalnog sistema bezbednosti. U tom smislu, dokle god države ne reformišu svoje sisteme bezbednosti, tako da budu sposobne da odgovore svim izazovima, rizicima i pretnjama bezbednosti, njihovo postojanje je ne samo opravdano, nego i neophodno.

1. 2. Profitni subjekti nedržavnog sektora bezbednosti

Profitni subjekti nedržavnog sektora bezbednosti, po principima tržišne ekonomije, pružaju bezbednosne usluge u sferama tzv. javne, državne i ljudske, pa i međunarodne, a prevashodno pojedinačne, energetske, ekonomske, informacione i ekološke, ali i vojne bezbednosti. Nazivaju se još i *privatnim bezbednosnim kompanijama* (agencijama, preduzećima). To su privredni subjekti koji su registrovani da zainteresovanim fizičkim i pravnim licima, državnim institucijama, međuvladinim i nevladinim organizacijama pružaju bezbednosne usluge. Znači, reč je o tzv. „provajderima bezbednosti“ koji komercijalnim pružanjem bezbednosnih usluga zadovoljavaju bezbednosne potrebe različitih kategorija klijenata. Stoga se nazivaju još i *industrijom bezbednosti*.

Komercijalno pružanje bezbednosnih usluga obuhvata angažovanje „plaćenika“, vojni menadžment i konsalting; zaštitu bezbednosti lica i imovine; detektivsku delatnost i pružanje drugih bezbednosnih usluga.

Privatne kompanije za vojni menadžment, konsalting i pružanje vojnih usluga su legalno registrovane agencije koje posluju kao i druge privatne ekonomske kompanije, s tim što se oslanjaju na vojni menadžment. Zaposleni u ovakvim kompanijama, a pre svega rukovodioci, najčešće su bivši pripadnici elitnih vojnih i policijskih

snaga koji su nakon okončanja redovnog službovanja svoja znanja, veštine i specijalnosti „ponudili“ privatnim kompanijama.

Nude širok spektar usluga: od obuke pripadnika raznih vrsta privatnih službi za obezbeđenje lica, imovine i poslovanja u vanrednim situacijama (*trenažne usluge*), izrade i distribucije oružja i vojne opreme (*proizvodna delatnost*) i snabdevanja klijenata uređajima za ličnu zaštitu i zaštitu drugih lica, imovine i objekata (*trgovinske usluge*), preko pružanja usluga obezbeđenja u vanrednim situacijama (*službe obezbeđenja*), do neposrednog učešća u oružanim sukobima u okviru zvaničnih oružanih snaga, paravojnih formacija, za izvođenje specijalnih borbenih dejstava (*plaćenička vojska – najamnici*) i strateškog konsaltinga, projektovanja i upravljanja borbenim dejstvima, društvenim krizama, konfliktima i nasilnim prevratima (*najamnički vojni štabovi*).

Privatne vojne kompanije često za račun država deluju u kriznim situacijama (npr., u Iraku, Avganistanu). Tako se „legalizuju“ tradicionalne plaćeničke, pa i paravojne grupacije koje deluju netransparentno, van zakona i bez nadzora. Angažovanje bivših „kriminalnih vojnika“ opravdava se sve većom „potrebom privatizacije nasilja“ u razrešavanju konfliktnih i visokorizičnih situacija. Privatizacija bezbednosti je isplativ i trajan posao, a time i trend u savremenom svetu u kojem sve više demokratskih vlada želi da smanji rizik gubitaka ljudstva i „političke troškove“ učestvovanjem u ratnim operacijama, tako što angažuju maksimalno spremne, motivisane, opremljene i diskretne kompanije. Kada je takav trend u sferi *tvrde* – vojne dimenzije bezbednosti, sasvim je jasno da je na globalnom planu bar isto toliko nepokolebljiv u *mekoj bezbednosti*, koja se tiče policijskog i obaveštajnog rada.⁵

Ove navode slikovito ilustruju sledeći primeri: jedna od najaktivnijih svetskih privatnih vojnih kompanija je američka firma *Blackwater USA* koja aktivno učestvuje u poslovima najvišeg bezbednosnog nivoa, uključujući i izradu planova nacionalne i međunarodne bezbednosti, obuku, opremanje, pa čak i komandovanje oficijelnom policijom i vojskom, dizajniranjem šema zemaljskih i vazdušnih operacija i paketa logističke podrške trupama u borbi, kao i

⁵ Fatić, A.: Privatne bezbednosne kompanije, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu*, broj 4, Centar za bezbednosne studije, Beograd, 2007, str. 7–8.

izgradnjom vojne infrastrukture u mirnodopskim i ratnim uslovima. Ovu kompaniju optužuju za više masakara civilnog stanovništva u Iraku dok je, navodno, štitila američke diplomate. Inače, poslednje navedeni angažman donosi joj godišnji profit od dvadeset jedan milion dolara. Sličnim aktivnostima bave se i firme *Armor Group International*, *Phoenix CP*, *Cubie Defence Applications*, *Golan*, *Kroll*, *Sandline Internacional*, *Triple Canopy*, *Control Risks*, *Dyc-Corp*, *Erinys*, *Executive Out-Comes*, *Global Strategies Group*, *Formerly Global Risks Strategies*, *Olive Group*, *Vinnell*, od kojih su neke u stanju da ponude svoje usluge za „ratovanje četvrte generacije“.⁶

Dalje, hrvatske oružane snage i hrvatska obavještajna zajednica su 1995. godine angažovale američku konsultantsku firmu *Military Professional Resources inc.* – „MPRI“ (koju su 1987. godine osnovali penzionisani oficiri vojske SAD, sa sedištem u Virdžiniji), blisku Stejt dipartmentu i Pentagonu. Ova kompanija je projektovala „Oluj“ 1995. godine, odnosno strategiju napada na srpske položaje i naselja, izvršila odabir i nabavku oružja za realizaciju operacije i izlobirala podršku najviših američkih zvaničnika hrvatskom državnom rukovodstvu i oružanim snagama. Takođe, 1999. godine obučavali su pripadnike tzv. Oslobođilačke vojske Kosova, a kasnije projektovani tzv. Kosovske snage bezbednosti koje su formirane početkom 2009. godine.⁷

Grupa *Sandline Internacional* je početkom 2009. godine bila unajmljena da izvede nasilni prevrat svrgavanjem predsednika Ekvatorijalne Gvineje Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, za najam od pet miliona dolara. Idejni vođa ovog plaćeničkog projekta bio je bogati Libanac Elly Calil, koji je želeo da svoju trgovinu naftom proširi i na tržište Ekvatorijalne Gvineje. Glavni njegov saveznik bio je Severo Moto, prognani opozicioni političar koji je želeo mesto predsednika države. Akcija je usujećena na aerodromu u Harareu gde je vojska Zimbabvea uhapsila petnaestoricu plaćenika sa gomilom naoružanja, koji su kao prethodnica trebali da pripreme teren za nasilni prevrat. Slično tome, početkom 2009. godine osujećen je plan atentata na bolivijskog predsednika Eva Moralesa. Njega je trebalo da izvedu

⁶Uporedi sa – Fatić, A.: *Isto*; „Blackwater – Plaćenici bez milosti“, *Kalibar*, broj 133, Večernje novosti, Beograd, 2007, str. 36–37.

⁷ Iz izjave Milisava Sekulića, generala Vojske Srpske Krajine za RTS 1, 4. avgusta 2008. godine; „Armije plaćenika trend u svetu“, *24 sata* od 18. oktobra 2007.

plaćenici koji su (takođe kao plaćenici) učestvovali u ratu u Hrvatskoj, u redovima Zbora narodne garde (ZNG).⁸

Inače, najpoželjniji plaćenici u svetu su bivši pripadnici specijalnih vojnih i policijskih snaga, prvenstveno sa ratnim iskustvom, po mogućstvu iz ratova u Avganistanu, Iraku i sa područja bivše SFRJ. Dnevnice plaćenika u Avganistanu i Iraku su u proseku oko šesto dolara, dok su mesečne plate koje isplaćuju velike kompanije, moćni zemljoposednici, naftne rafinerije i rudnici zlata i dijamanta u Južnoj Africi i Južnoj Americi od osam hiljada do dvadeset dve hiljade dolara.⁹

Usluge zaštite bezbednosti lica i imovine obuhvataju fizičko-tehničko obezbeđenje lica, imovine i poslovanja u redovnim i opasnim situacijama ili na kritičnim instalacijama. Iste agencije istovremeno vrše i obuku i izdaju licence za rad u ovom podsektoru tzv. privatne bezbednosti, ali i obezbeđuju zaštitnu opremu i uređaje. Radijus njihovog angažovanja uži je nego nadležnost privatnih kompanija za vojni menadžment, konsalting i pružanje vojnih usluga.¹⁰ Mehanizmi zaštite subjekata ekonomsko-energetskog sektora nazivaju se *korporativnom bezbednošću*.

Detektivska – istražiteljska delatnost obuhvata pružanje izvesnih bezbednosnih usluga koje su tradicionalno u nadležnosti policijskih službi, poput traganja za nestalim licima, pronalaženja izgubljenih ili ukradenih stvari, prikupljanja informacija i obaveštenja, bezbednosne (najčešće terenske) provere lica, rasvetljavanja krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi i službenoj dužnosti, ali i nekih (veoma „osetljivih“ i često „nelegalnih“) radnji poput tajnog praćenja, nadziranja i snimanja lica, dobavljanja tuđih poslovnih, službenih i ekonomskih tajni itd.

Sve istražiteljske delatnosti, generalno, mogu da se klasifikuju u tzv. „bračne istrage, porodične istrage, parnične istrage, istrage discipline na radu i istrage osiguranja. Konkretnije, reč je o istragama utvrđivanja vanbračnih veza, nestanka člana porodice, pratnji i prismotri dece, utvrđivanju kontakta roditelja i dece kada je to sudski

⁸ „Pozovi plaćenike u rat“, *Kalibar*, broj 156, Večernje novosti, Beograd, 2009, str. 48–49; „Balkanski plaćenici“, *Kalibar*, broj 154, Večernje novosti, Beograd, 2009, str. 36–38.

⁹ „Krvavi novac za veliki rizik“, *Kalibar*, broj 125, Večernje novosti, Beograd, 2007, str. 36.

¹⁰ Savić, A.; Stajić, Lj.: *Osnovi civilne bezbednosti*, USEE, Novi Sad, 2006, str. 53.

zabranjeno, istražne usluge u okviru parnica, prikupljanje dokaza za potrebe odbrane optuženog, istraživanje discipline na radu, istraživanje opravdanosti zahteva za naknadu štete, utvrđivanje stvarnog imovinskog stanja lica itd.¹¹ Ovlašćenja koja imaju „privatni detektivi“, u zemljama u kojima je to zakonski normirano, restriktivnija su u odnosu na ovlašćenja policije.

U zemljama globalnog Zapada i Severa, mnogi poslovi bezbednosti povereni su nedržavnom sektoru. Reč je, pre svega, o poslovima obezbeđenja lica, imovine i poslovanja; portirskoj službi; tehničkoj zaštiti; kontroli pristupa objektima i kretanja u objektima; zaštiti tajnih podataka; primeni lokalnog zakonodavstva na osnovu ugovora sa lokalnim vlastima; privatnim zavodskim ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija. U nekim zemljama nedržavni sektor bezbednosti ima ovlašćenja da istražuje određene bezbednosne probleme koji su tradicionalno u nadležnosti državnog sektora bezbednosti, poput: istraživanja prevara i sumnjivih finansijskih transakcija; kriminalističkih istraga i istraga prošlosti zaposlenih; zaštite zdravlja i bezbednosti zaposlenih; zatvorske službe i transportovanja zatvorenika; prevencije kriminala protiv korporacija; internih istraga; obezbeđenja luka, aerodroma, rezidencijalnih objekata i komercijalnih ustanova; bezbednosti parkirališta; reagovanja u slučajevima alarmiranja provala; kućnih patrola; nadgledanja bezbednosti saobraćaja; istraga saobraćajnih nezgoda; istraživanja krađa motornih vozila i drugih vidova ugrožavanja imovine i lica za račun osiguravajućih društava; obezbeđenja transporta novca, zlata i drugih vrednosti; zaštite od požara; detektivske delatnosti; elektronskog i video nadziranja objekata i otvorenog prostora; održavanja reda na javnim skupovima (redarska služba) itd. Najzad, mnoge bezbednosne kompanije štite bezbednost diplomata i najviših predstavnika državne vlasti (pa i predsednika država), obezbeđuju državne granice, pružaju izvesne bezbednosne usluge ministarstvima odbrane, unutrašnjih i spoljnih poslova, ekonomije, energetike.¹²

Privatne bezbednosne kompanije su i zaštitnik sloboda i prava klijenata koje mogu da ugroze kriminalci, slične kompanije ili službe

¹¹ Murray, T.; McKim, E.: Policija i sektor privatne bezbednosti: Šta donosi budućnost, *Bezbednost*, broj 4, MUP RS, Beograd, 2003, str. 635–646; Savić, A.; Stajić, Lj.: *Isto*, str. 53.

¹² Kesić, Z.: *Mesto i uloga nedržavnog sektora u kontroli kriminaliteta* (magistarska teza), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2008, str. 61–63.

bezbednosti. Klijentima se pružaju usluge kontraobaveštajne zaštite od neovlašćenog praćenja ili presretanja komunikacija, uklanjanja prislušnih uređaja i video uređaja za praćenje, zaštite pri kretanju i obavljanju poslovnih transakcija, sprečavanja intruzivnog obaveštajnog rada usmerenog prema njima itd.¹³

Subjekti nedržavnog sektora bezbednosti su u idealnoj poziciji da učestvuju ili da posreduju u realizovanju različitih strategija bezbednosti u lokalnoj zajednici, kroz izvesno *policijsko delovanje*. Ova funkcija bezbednosti je izuzetno razvijena na Zapadu, gde je poznatija kao *polising*. Reč je o socijalnoj funkciji različitih institucija, ustanova, organa i udruženja s ciljem osiguravanja bezbednosti i socijalnog reda u određenoj sredini, i to merama i aktivnostima koje su primerene tako postavljenom cilju. Razlikuje se od znatno šireg koncepta formalne i neformalne socijalne kontrole koji uključuje gotovo sve što doprinosi (direktno ili indirektno) održanju socijalnog reda i mira (od državnih službi bezbednosti i pravosuđa do škola, udruženja roditelja, crkve, omladinskih klubova, medija itd). To je jedan od aspekata socijalne kontrole koji objedinjuje sisteme nadzora, kombinovane sa pretnjom sankcijama u slučaju narušavanja socijalnog reda, sa prevashodnim ciljem da se socijalni red održi bezbednim od spoljašnjeg i unutrašnjeg ugrožavanja.¹⁴

Policijsko delovanje se deli na tzv. *javno (public policing)*, koje vrši (državna) policija i *privatno (private policing)*, koje sprovode nedržavni akteri. Najpoznatiji vid javnog polisinga na lokalnom nivou je „rad policije u zajednici“ (tzv. *community policing*). Vršenje poslova bezbednosti na području lokalne zajednice omogućava svakodnevno susretanje s građanima i razmenu obaveštajnih informacija, što je osnova preventivne i proaktivne bezbednosno-kriminalističke delatnosti u funkciji pojedinačne, ljudske i nacionalne bezbednosti.¹⁵

U širem smislu, „privatni polising“ je organizovano delovanje dobrovoljnog i komercijalno usmerenog nedržavnog osoblja, čije primarne delatnosti uključuju suprotstavljanje kriminalnom ponašanju. Čine ga: *policijsko delovanje građana; privatno obezbeđenje i privatna*

¹³ Fatić, A.: *Isto*, str. 11.

¹⁴ Kesić, Z.: *Isto*, str. 29.

¹⁵ Opširnije, u – Simonović, B.: *Rad policije u zajednici (Community Policing)*, Banja Luka, 2006; Vuković, S.: *Strategije delovanja policije u prevenciji kriminaliteta na području lokalne zajednice (doktorska disertacija)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008.

istražiteljska (detektivska) delatnost. U užem smislu, to je skup pravno utemeljenih delatnosti, profesionalnog tipa, van okvira nadležnosti državnih organa, koje su organizovane radi pružanja određenih usluga zaštite lične i imovinske sigurnosti građana. Obuhvataju: *ugovorno obezbeđenje – delatnosti privatnih preduzeća i agencija specijalizovanih za pružanje usluga fizičko-tehničkog obezbeđenja na ugovornoj osnovi; unutrašnje (sopstveno) obezbeđenje privatnih kompanija i preduzeća i privatnu istražiteljsku delatnost.*¹⁶

Međutim, evidentne su i slabosti privatnog policijskog delovanja, pre svega: zanemarivanje javnog interesa, ugrožavanje ljudskih prava (narušavanjem privatnosti, prekoračenjem i zloupotrebom ovlašćenja), neformalne veze sa izvesnim destruktivnim i potencijalno destruktivnim društvenim grupama (organizovani kriminal, paramilitarni pokreti, političke strukture) i ograničenost delovanja na međunarodnom nivou.¹⁷

2. O krizi nedržavnog sektora bezbednosti u Srbiji

Inostrani trendovi u organizovanju i funkcionisanju nedržavnog sektora bezbednosti (o kojima je bilo reči) sve više postaju deo bezbednosne stvarnosti Srbije. Međutim, iako su s početka novog milenijuma formirani Srpsko udruženje preduzetnika u privatnoj bezbednosti i Udruženje profesionalaca u oblasti privatne bezbednosti pri Privrednoj komori Srbije, naš nedržavni sektor bezbednosti još uvek ne funkcioniše kao sistem. Jedan od glavnih razloga je pravna nedefinisanost i neregulisanost. Istovremeno, funkcioniše bez naročito uređene veze sa državnim sektorom bezbednosti, s kojim nema definisanu saradnju u realizovanju funkcije bezbednosti. To je obeshrabrujuće, imajući u vidu to da usluge nedržavnog sektora u svetu sve više postaju alternativa državnom sektoru bezbednosti u zaštiti privatnih, ali i javnih – državnih, pa i međunarodnih i globalnih interesa i vrednosti.

Procenjuje se da u našoj zemlji pripadnika raznih privatnih službi obezbeđenja ima više nego policajaca (između dvadeset pet hiljada i trideset dve hiljade ljudi, a neke procene ukazuju i na pedeset hiljada lica), s tendencijom stalnog rasta njihovog broja. Stoga i ne čudi

¹⁶ Kesić, Z.: *Isto*.

¹⁷ *Isto*, str. 94–101.

što se ovaj sektor naziva još i „trećom oružanom silom“, posle vojske i policije. To i ne bi bilo zabrinjavajuće da „pojedini njegovi pripadnici nisu skloni (pa i *sistematskom*) kršenju zakona“.¹⁸ Ovo dokazuje nedekvatan odnos države prema nedržavnom sektoru bezbednosti.

Neobjašnjivi su propusti države da reguliše i stavi pod institucionalnu kontrolu ovako važan sektor bezbednosti. Naime, ukidanjem Zakona o osnovama sistema samozaštite iz 1973. i 1986. godine, stvoren je pravni vakum za osnivanje i delovanje privatnih bezbednosnih kompanija. Od tada se primenjuju propisi o osnivanju privatnih preduzeća, krivično zakonodavstvo, krivičnoprocesno zakonodavstvo, zakonodavstvo iz oblasti oružja i municije, bezbednosti saobraćaja, policije itd. Nepostojanjem zakona kojim se uređuju osnivanje, organizacija i funkcije subjekata nedržavnog sektora bezbednosti, i nepostojanje specijalizovanih mehanizama i tela za njegovu kontrolu, stvaraju se mogućnosti za razne zloupotrebe, pre svega za korupciju, nelojalnu konkurenciju na tržištu bezbednosnih usluga i (in)direktno učešće u kriminalnim radnjama što se, u krajnjem slučaju, reflektuje na bezbednost građana i države.

Problem pravne neregulisanosti organizacije i funkcije nedržavnog sektora bezbednosti često se vezuje za delovanje lobističkih grupa preko kojih se „sabotira“ skupštinski rad. Krajnji motiv je isključivo finansijski, odnosno onemogućavanje praćenja, kontrole i oporezivanja kapitala stečenog pružanjem bezbednosnih usluga. Time se ugrožava i finansijska bezbednost države. „Matematika“ je jasna: ukoliko se pretpostavi da u Srbiji ima „samo“ oko trideset hiljada pripadnika nedržavnog sektora bezbednosti i da prosečna obuka jednog od njih košta oko dvesta evra, od obuke aktivnih i budućih pripadnika privatnih bezbednosnih kompanija u Srbiji moglo bi da se ostvari zarada od oko šest miliona evra. Istovremeno, godišnji obrt privatnih preduzeća za obezbeđenje u Srbiji

¹⁸ Reljanović, M.: Privatne snage obezbeđenja, *Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji – Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Institut za uporedno pravo Beograd i Odsek za uporedno i krivično pravo Univerziteta u Firenci, UNICRI, Beograd, 2008, str. 77; o problemima država u tranziciji na relaciji državni–nedržavni sektor bezbednosti opširnije, u – *Zasebno varovanje in detektivska dejvnost – dileme in perspektive*, Zbornik Posveta (ur. Anžič, A.), Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana, 1997. i *Zasebno varovanje in detektivska dejvnost – novi izzivi*, Zbornik Posveta (ur. Anžič, A.), Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana, 1998.

2001. godine iznosio je oko deset miliona evra, a 2003. godine oko dvadeset šest miliona evra.¹⁹

Osim toga, reč je o podsektoru bezbednosti koji ima respektivne kadrovske i materijalno-tehničke potencijale. Stoga bi ovu činjenicu trebalo iskoristiti, u smislu izvesnog umrežavanja državnog i nedržavnog sektora bezbednosti, što bi imalo pozitivne efekte i po bezbednost fizičkih i pravnih lica, ali i po bezbednost društva i države. Doprinelo bi se i efikasnijoj prevenciji i suzbijanju kriminala, što je tradicionalna nadležnost državnog sektora bezbednosti.

Sledeći problem je u mnogome posledica prvog problema: nepostojanje jasne zakonske regulative i efikasne kontrole nedržavnog sektora bezbednosti stvara velike mogućnosti za nezakonito delovanje pojedinaca, pa i pravnih lica iz ovog sektora. Nesporno je da su neke agencije za privatno obezbeđenje u vlasništvu pojedinaca koji su direktno ili indirektno povezani sa organizovanim, privrednim i ekološkim kriminalom. Takve agencije su često u funkciji pružanja usluga obezbeđenja licima iz kriminalne sredine, odnosno služe kao „sredstvo za vršenje nekih krivičnih dela“ poput ucena, iznuda, pretnji, reketiranja, otmica itd.²⁰

Posebno je osetljivo pitanje angažovanja bivših, a neretko i aktivnih pripadnika nacionalnog sistema bezbednosti, pre svega policijskih i vojnih službenika. Posedovanje stručnih znanja i veština, psihofizičkih sposobnosti, iskustva sa ratišta i u radu sa zakonskim prestupnicima, službenog oružja, legitimacije i značke, službene uniforme, poznanstva u državnom sektoru bezbednosti, ali i uporišta u kriminalnom miljeu, pristup bazama podataka određenih državnih organa, pristup izvesnim savremenim tehničkim sredstvima za nadzor nad licima itd., policajce posebno preporučuje za angažovanje u ovom sektoru. Osim što su nespojivi sa službenom dužnošću, takvi postupci često imaju obeležja nekih krivičnih dela, poput zloupotrebe službenog položaja, odavanja službene tajne, neprijavlivanja izvršenog krivičnog dela ili lica kao izvršioca dela itd. Oni su, neretko, i u ulozi posrednika

¹⁹ Petrović, P.: *Kontrola i nadzor privatnog sektora bezbednosti*, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu*, broj 5, Centar za bezbednosne studije, Beograd, 2008, str. 21; Davidović, D.; Kešetović, Ž.: *Profesionalizacija i partnerstvo javnog i privatnog sektora bezbednosti u Srbiji – Pretpostavke i prepreke*, *Nauka – bezbednost – policija*, broj 3, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2007, str. 21.

²⁰ Reljanović, M.: *Isto*, str. 78–79.

ili kurira koji prevoze drogu, oružje, krijumčarene migrante, cigarete, naftu i slično, ili su neposredno obezbeđenje „mafijaških bosova“. Tako čuvari nacionalne bezbednosti deluju protiv nacionalnih i društvenih interesa.

Zaključak

Očigledno je da Srbija, u pogledu unapređenja nedržavnog sektora bezbednosti ima brojne probleme koje će morati da reši. Na prvom mestu je njena obaveza da donese zakone kojima propisuje uslove osnivanja subjekata nedržavnog sektora bezbednosti; njihovu nadležnost, ovlašćenja i dužnosti, naročito u pogledu uslova i načina primene sredstva prinude i sredstva kojima se zadire u pravo lica na privatnost; način obavljanja poslova bezbednosti; način sticanja i produžavanja licenci za rad; način kontrole i upravnog nadzora nad njihovim radom i sankcionisanja za povredu propisa nacionalnog prava; uslove i način prijema lica u radni odnos, njihovog evidentiranja i definisanja prava iz oblasti radnog, zdravstvenog i socijalnog prava; način bezbednosnih, zdravstvenih i provera psihofizičkih sposobnosti kandidata i pripadnika privatnih bezbednosnih kompanija, kao i mehanizme kontrole nad ovim vidovima provera; edukaciju budućih pripadnika nedržavnog sektora bezbednosti; uslove sticanja, način izdavanja, (vremensko i prostorno) važenje i uslove pod kojima se oduzima licenca za rad pravnim i fizičkim licima; način vođenja službene, poslovne i finansijske dokumentacije; način opremanja pravnih lica i njihovih radnika; odnos nedržavnog i državnog sektora bezbednosti, uzajamna saradnja, prava i dužnosti itd.

Time bi se delovanje subjekata nedržavnog sektora bezbednosti unifikovalo, odnosno poprimilo bi formalno obeležje jedne od potfunkcija bezbednosti unutar države, i to prvenstveno one koja je usmerena ka zaštiti jednog dela tzv. javne i privatne bezbednosti.

Uporedo s tim, trebalo bi razvijati bezbednosnu, profesionalnu i poslovnu kulturu pripadnika, prvenstveno rukovodilaca nedržavnog sektora bezbednosti. Povećanjem samoodgovornosti, razviće se svest o neophodnosti delovanja u opštem interesu i u duhu zakona, ali i samoinicijativnost u ličnom doprinosu zaštite i unapređenja određenih društvenih vrednosti i interesa, te bezbednosti građana i države. Obaveštajne informacije i podaci do kojih se svakodnevno dolazi mogu da koriste sprečavanju i suzbijanju ugrožavanja nacionalne bezbednosti

i bezbednosti ljudi. Istovremeno, moraju se unaprediti mehanizmi zaštite ljudskih sloboda i prava od „zadiranja u privatni život građana“.

Najzad, nesporna je potreba da državni i nedržavni sektor bezbednosti uspostave čvršće veze u rešavanju problema bezbednosti ljudi i države. Prvi korak ka stvaranju ozbiljnijeg partnerstva je donošenje zakona kojima će se regulisati „život“ nedržavnog sektora i njegov odnos sa državnim sektorom bezbednosti. Stim se uveliko kasni, jer su mnogi nedržavni akteri angažovani na sprečavanju pojedinih bezbednosnih pretnji koje se tradicionalno smatraju oblicima ugrožavanja javne bezbednosti, privrednim kriminalom i ekološkim deliktima. Njihova je misija delimično identična, pa nepostojanje ozbiljnijeg partnerstva, iz aspekta nacionalne bezbednosti, nema opravdanja. Jedna od većih prepreka koja se na tom putu mora prevazići svakako je i razbijanje predrasuda o policiji kao neprikosnovenom čuvaru reda, nadređenom subjektima nedržavnog sektora bezbednosti.

LITERATURA

1. Avant, D. D.: *Private Security, Security Studies – An Introduction* (ed. Williams, P.), Routledge, London–New York, 2008.
2. Brown, S. K.: *Private Investigating*, Alpha Books, Indianapolis, 2003.
3. Button, M.: *Private Policing*, Willan Publishing, Devon, 2002.
4. Vuković, S.: *Strategije delovanja policije u prevenciji kriminaliteta na području lokalne zajednice* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008.
5. Davidović, D.; Kešetović, Ž.: Profesionalizacija i partnerstvo javnog i privatnog sektora bezbednosti u Srbiji – Pretpostavke i prepreke, *Nauka – bezbednost – policija*, broj 3, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2007.
6. *Zasebno varovanje in detektivska dejvnost – dileme in perspektive*, Zbornik Posveta (ur. Anžič, A.), Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana, 1997.
7. *Zasebno varovanje in detektivska dejvnost – novi izzivi*, Zbornik Posveta (ur. Anžič, A.), Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana, 1998.
8. Johnson, B. R.: *Principles of Security Management*, Prentice Hall, New Jersey, 2004.
9. Kesić, Z.: *Mesto i uloga nedržavnog sektora u kontroli kriminaliteta* (magistarska teza), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2008.
10. Michael, S.: Uloga nevladinih organizacija u ljudskoj bezbednosti, *Ljudska bezbednost 2* (ur. Dulić, D.), Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2006.
11. Murray, T.; McKim, E.: Policija i sektor privatne bezbednosti: Šta donosi budućnost, *Bezbednost*, broj 4, MUP RS, Beograd, 2003, str. 635–646.
12. Nemeth, C.: *Private Security & the Investigative Process*, Butterworth-Heinemann, Woburn, 2000.
13. Pavlović, Z.: *Međunarodne nevladine organizacije i UNESCO*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića – Sremski Karlovci i Pravni Fakultet – Novi Sad, 1993.
14. Petrović, P.: *Kontrola i nadzor privatnog sektora bezbednosti*, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom*

- kriminalu*, broj 5, Centar za bezbednosne studije, Beograd, 2008. STR...
15. Reljanović, M.: Privatne snage obezbeđenja, *Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji – Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Institut za uporedno pravo Beograd i Odsek za uporedno i krivično pravo Univerziteta u Firenci, UNICRI, Beograd, 2008.
 16. Savić, A.; Stajić, Lj.: *Osnovi civilne bezbednosti*, USEE, Novi Sad, 2006.
 17. Simonović, B.: *Rad policije u zajednici (Community Policing)*, Banja Luka, 2006.
 18. Stajić, Lj.; Mijalković, S.; Stanarević, S.: *Bezbednosna kultura*, Draganić, Beograd, 2005.
 19. Tatalović, S.: *Nacionalna i međunarodna sigurnost*, Politička kultura, Zagreb, 2006.
 20. Tillman, N. M.: *Private Investigation 101 – How To Become A Private Investigator*, Norma Tillman Enterprises, Nashville 2006.
 21. Fatić, A.: Privatne bezbednosne kompanije, *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu*, broj 4, Centar za bezbednosne studije, Beograd, 2007. STR...
 22. Cunningham, W, C.; Taylor, T. H.: *Private Security and Police in America – The Hallcrest Report*, Portland, 1985.
 23. Chambers, C.: *The Private Investigator Handbook: The Do-It-Yourself Guide to Protect Yourself, Get Justice, or Get Even*, Penguin Group, New York, 2005.

Assistant Professor Saša Miljković, PhD
Academy of Criminalistic and Police Studies

ABOUT NON-GOVERMENTAL SECTOR OF THE NATIONAL SECURITY SYTEM – INTERNATIONAL AND DOMESTIC EXPERIENCES

In the last few decades, there were radical social changes in economic, legal, political and moral sphere of life. They made some new circumstances in the world, and even in our country. And, there are some very important events in progress that are crucial for the national security. The feeling of insecurity never has been stronger, although the security forces have never been more developed.

The traditional attitude according to which the state is exclusive security “provider” has been abandoned. That is the start of new philosophy and culture of security where the non-governmental sector has a crucial role. Governmental sector operates more and more selective, focusing on “more dangerous” threats, while it is let to the society to protect itself from the other “less dangerous” events.

In accordance with that, the subject of the thesis is the concept, place and role of non-governmental sector in the national security systems, and the organization and function of non-profitable non-governmental organizations and profitable security agencies – the so-called “security industries”: private companies for military management, consulting and military services, agencies for physical and technical security of people, properties and business, detective and investigation agencies and agencies for rendering other services. Finally, the thesis comprises a brief layout on the “crisis” of non-governmental security sector in Serbia.

KEY WORDS: *national security, national security system, non-governmental security system, private security companies and agencies.*

Prof. dr Ivanka Spasić
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerziteta »Privredna akademija«, Novi Sad

UDK 347.451
Originalni naučni rad

NORMATIVNO UREĐENJE FRANCHISING POSLOVA - MEĐUNARODNI ASPEKT

Franchising je specifičan metod poslovne saradnje (kooperacije) zasnovane na ugovoru. Budući da u praksi postoji više oblika i vrsta ovog posla kao i više ugovornih modaliteta putem kojih se ovi poslovi realizuju dosta je teško pravno normirati ovaj posao kako na nacionalnom tako i na međunarodnom planu. Najveću poteškoću normativnog uređivanja predstavlja izuzetna složenost ovog posla, njegove brojne i različite komponente koje bi trebalo objediniti određenim propisom što najčešće nije izvodljivo. Problemu normiranja, naročito kada se ono treba sprovesti na međunarodnom planu, doprinosi i različito pravno uređivanje pojedinih važnih pitanja koja predstavljaju sastavni i bitni deo franchising posla u nacionalnim pravnim sistemima.

U radu se analiziraju neka od ključnih pitanja i problema normativnog uređivanja franchisinga, prvenstveno sa međunarodnog stanovišta.

Ključne reči: *Franchising posao; franchising ugovor; Vodič UNIDROIT-a za franchising; Model zakon o predugovornom otkrivanju podataka; Tipski ugovor MTK o franchisingu*

Franchising - pojam i nastanak

Franchising je, baš kao i mnogi drugi »noviji« privredni poslovi nastao u trgovačkoj (poslovnoj) praksi, diktiran praktičnim potrebama.

U zavisnosti od toga da li se opservira ekonomski ili pravni aspekt fenomena franchisinga, o njemu se može govoriti kao o privrednom poslu ili ugovoru. Ekonomski posmatrano, franchising predstavlja tip

poslovne saradnje odnosno (metod) kooperacije¹ zasnovan na ugovoru². To je specifičan odnos kooperacije između samostalnih privrednih subjekata koji se u praksi realizuje putem franchising ugovora. Pravni aspekt franchisinga, pak, predstavlja ugovor o franchisingu, sa svim svojim specifičnim karakteristikama. Franchising ugovorom jedna ugovorna strana - davalac franchisinga, ustupa ekskluzivno pravo prodaje ili vršenja usluga drugoj strani - korisniku franchisinga, omogućavajući mu da nastupa pod njegovim zaštićenim imenom (firmom), uz korišćenje licenci trgovačkih i robnih žigova i drugih znakova razlikovanja, uz korišćenje tehničkih i komercijalnih metoda poslovanja, know-how-a, marketinga i oglašavanja i uz pružanje stručne pomoći i usluga u obučavanju kadrova korisnika. Davalac franchisinga zadržava pravo permanentne kontrole i nadzora nad poslovanjem korisnika. Korisnik franchisinga plaća naknadu za sva ustupljena prava i prenetu znanja, najčešće ustupajući davaocu odgovarajući procenat ostvarene dobiti od poslovanja³.

Zaključivanjem franchising ugovora korisnik franchisinga se uključuje u poslovni sistem davaoca franchisinga; budući da korisnik franchisinga posluje u svoje ime, za svoj račun i na svoj rizik on, u okviru davaočevog sistema, zadržava veliki procenat samostalnosti.

Stepen integrisanosti (korisnika franchisinga) u franchising sistem (davaoca) rastao je sa razvojem franchising poslovanja. Savremeni složeni oblik franchising posla nastao je pedesetih godina prošlog veka u (poslovnoj) praksi SAD u okolnostima naglog ekonomskog rasta i uvećanih potreba za različitim vrstama roba i usluga; budući da ovako ubrzan ekonomski rast nije pratila dovoljna količina kapitala, uz hronični nedostatak profesionalno obučenog osoblja, uslovi za pojavu i nastanak franchising posla bili su idealni⁴.

¹ Opširniju analizu različitih aspekata poslovne integracije odnosno kooperacije videti kod V.R. Emerson, Franchising and the Collective Rights of Franchisees, Vanderbilt Law Review, Vol.43, 1503, str. 1508; o tipovima vertikalne poslovne integracije videti kod D. Mlikotin -Tomić, Ugovor o franchisingu, Zagreb, 1986, str. 14-15.

² Ppostoje i drugi vidovi kooperacije koji se zasnivaju na drugačijim osnovima, pre svega, svojinsko-pravnim; ovi oblici se veoma razlikuju od ugovorne kooperacije kakvu predstavlja franchising.

³ V. I. Spasić, Franchising posao, Beograd, 1996, str. 46

⁴ Do pojave franchisinga na "poslovnoj sceni" dominantan oblik ekspanzije na tržištu, predstavljalo je osnivanje filijala i drugih oblika poslovnih jedinica.

U svom razvoju franchising je prošao kroz dve razvojne faze; od prava ekskluzivne prodaje proizvoda pod firmom davaoca, franchising je postepeno evoluirao i usložnjavao se do oblika kod kojih postoji znatno veći stepenom integrisanosti korisnika u "sistem" poslovanja davaoca franchisinga. Pored već »klasičnog« ustupanja prodaje, novi sistem poslovanja po franchising metodu uključuje i prenos celokupnog znanja o načinu i tehnici poslovanja⁵.

Da bi se govorilo o normativnom uređivanju franchising poslova mora se najpre ukazati na određena pitanja koja čine normiranje materije franchisinga veoma teškim. Franchising poslovi se pojavljuju u praksi u velikom broju varijeteta (vrsta), i sami ugovori kojima se u pravnom pogledu realizuje posao javljaju se u nekoliko modaliteta. Veliki broj poslovnih oblika i određena varijabilnost ugovornih formi kroz koje se posao realizuje ipak nije najveći problem, znatno veći problem koji otežava pravno normiranje ove materije je njena velika složenost. Posmatrajući ugovornu sadržinu (prava i obaveze stranaka) odmah se uočava veliki broj različitih pitanja koja se postavljaju kod franchisinga (ustupanje prava prodaje i vršenja usluga, korišćenje firme, žigova i znakova razlikovanja, prenos know-how-a, čuvanje poslovne tajne, obaveze nekonkurencije, plaćanje različitih oblika naknade i sl.). Skoro svako od ovih pitanja sadrži u sebi potencijalni problem normiranja. Kad se ovim pitanjima dodaju i problemi u vezi sa ugovornom odgovornošću, raskidom ugovora, sukobom zakona problem postaje još složeniji.

Vrste franchisinga poslova

Postoje različite vrste franchising poslova u zavisnosti od kriterijuma koji se uzimaju kao polazni. U teoriji je široko prihvaćena podela franchising poslova prema oblasti (delatnosti) u okviru koje se franchising posao pojavljuje; posmatrano na taj način razlikuju se franchising robe, franchising usluga i proizvodni ili industrijski franchising⁶. Pored ovih već »klasičnih« oblika nešto kasnije se pojavio

⁵ Opširnije kod M.Jović, Franchising u praksi, istine i zablude, Kooperacija (franchising) uslov opstanka malih privrednika i velike korporacije. Zbornik radova sa sabora malih privrednika održanog u V. Banji 26-28 XII 1990. str. 4

⁶ Ph. Bessis, Le contrat de franchisage, Paris, 1986, str. 13 -15; isto D. Mlikotin-Tomić, op. cit. str. 34-35.

izuzetno značajan, sada dominantni, oblik franchisinga, to je franchising poslovnog formata ("*business format*")⁷. Klasifikacija franchisinga se, prema tome, može izvršiti i u odnosu na složenost i evolutivnu fazu pojave i razvoja franchisinga.

Kod već tradicionalnog franchisinga robe predmet posla predstavlja promet i distribucija jedne ili više vrsta roba u svrhu prodaje krajnjim korisnicima (potrošačima). Suština ove vrste posla sastoji se u ustupanju prava i znanja vezanih za distribuciju određenog proizvoda, radi se, naravno, o ustupanju isključivih prava.

Kod franchisinga usluga suština posla se sastoji u ustupanju prava korišćenja poslovnog i tehničkog znanja vršenja određenih usluga; poslovanje korisnika franchisinga se obavlja pod imenom (firmom) davaoca franchisinga, uz korišćenje njegovih licenci žigova, znakova razlikovanja, know-how-a i sl.

Proizvodni ili industrijski franchising je najstariji oblik franchising poslovanja, danas je ređi i primenjuje se uglavnom kod proizvodnje i distribucije bezalkoholnih pića (Coca-Cola, Fanta, Schweps, i sl.)⁸

Predmet ove vrste franchising posla predstavlja proizvodnja i promet (prodaja) određene vrste robe; roba se proizvodi po recepturi, na način i uz korišćenje tehnologije davaoca franchisinga, prodaja se vrši po davaočevim metodama.

Pored ovih "glavnih" postoje i druge vrste i tipovi franchisinga

Franchising poslovnog formata "*business format*" se može pojaviti u svim oblastima delatnosti (prodaja robe, vršenje usluga); u posebnu kategoriju ga izdvaja činjenica prenosa celokupnog načina poslovanja davaoca ("*business format*"); prenosi se čitav "paket", koji se sastoji od različitih elemenata (formule poslovanja, metode plasmana, licenci, žigova, know-how-a, specijalnog *image*-a koji je razvio davalac u poslovanju i koji ga je učinilo uspešnim). Sastavni deo "*business format*"- a predstavlja i vršenje kontrole i pružanje stručne pomoći od strane davaoca franchisinga. Razvojno- hronološki posmatrano, ovaj posao predstavlja najkasniji i najslženiji oblik franchising posla.

⁷ M. Mendelsohn, *The guide to franchising*, 1992, str. 11

⁸ Domaći proizvođač dobija isključivo pravo proizvodnje za celu zemlju i tzv. sirup odnosno bazu proizvoda čiju recepturu zna samo originalni proizvođač. Iz te baze proizvođač, po uputstvima davaoca franchising, pravi gotovi proizvod odnosno piće koje distribuira. Ovaj oblik franchisinga najčešći je kod "kabastih" proizvoda (napravljeno piće nije pogodno za transport i distribuciju na velike udaljenosti).

Podela franchising poslova se može vršiti i uz pomoć drugih kriterijuma. U zavisnosti od toga kada su nastali i kakva je njihova struktura odnosno stepen složenosti franchising poslovi se mogu podeliti na poslove "prve generacije" - prevashodno prodaju i vršenje usluga pod firmom davaoca, što bi predstavljalo fazu "tradicionalnog koncepta" i na poslove druge generacije ili »business format« franchising koji spada u kategoriju "integralnog koncepta" franchisinga.

Za razliku od napred pominjanih vrsta (oblika) franchisinga međunarodni franchising posao nije specijalna vrsta franchisinga; svaki oblik franchisinga (robni, uslužni, proizvodni) može biti međunarodni ukoliko se zaključuje u međunarodnim okvirima. Međunarodni franchising posao se realizuje uglavnom posredstvom četiri metoda, to su direktni franchising, osnivanje filijala, *master* sporazum i *joint-venture*⁹.

Kod direktnog franchisinga davalac franchisinga direktno ustupa prava iz franchising posla individualnom korisniku u stranoj zemlji; radi se o međunarodnom ugovoru čije su strane davalac i korisnik franchisinga. Kod ove vrste posla mogu se pojaviti određeni problemi, prvenstveno u vezi sa pružanjem pomoći i realizacijom prava nadzora; zatim zaštitom intelektualne svojine, porezima, taksama, transferom profita, monetarnim ograničenjima, izvozno-uvoznim restrikcijama, kao i sukobom zakona.

Ogranci (*branch*) i filijale (*subsidiary*) predstavljaju sopstvene jedinice davaoca franchisinga u stranoj zemlji; ove jedinice deluju kao davalac franchisinga prema korisnicima franchisinga, ugovor koji se zaključuje u tom slučaju je domaći ugovor (koji podleže domaćim propisima).

Kod *master franchising* ugovora davalac franchisinga ustupa lokalnom partneru ekskluzivno pravo da, na određenoj teritoriji, otvara poslovne jedinice i u njima posluje, ili da prenesena prava dalje ustupa korisnicima franchisinga; kod ovog oblika postoje dva sporazuma: međunarodni ugovor između master davaoca franchisinga i njegovog »lokalnog« partnera i domaći franchising ugovor između lokalnog davaoca i njegovih saugovarača - korisnika franchisinga. U ovom odnosu nema direktne veze između master davaoca i lokalnih korisnika franchisinga. Prednosti ovakvog na izgled dosta komplikovanog posla leže u činjenici da je lokalni davalac franchisinga dobro upoznat sa prilikama na lokalnom tržištu, ukusima, kulturom, navikama kao i sa

⁹ Opširnije v. Document UNIDROIT-a, Study LXVIII - Doc. 17, str. 10 i dalje

(lokalnim-nacionalnim) propisima. Više pitanja se ovde može pojaviti kao sporno, to su, najpre, pitanje odgovornosti za proizvode, zatim pitanja u vezi sa prenosom intelektualne svojine kao i pitanje sudbine pod-franchising sporazuma u slučaju okončanja master sporazuma.

Kod *joint venture -a* davalac franchisinga i lokalni partner stvaraju *joint venture*; ovaj *joint venture* onda stupa u master sporazum sa davaocem franchisinga i nastavlja sa otvaranjem lokalnih jedinica i davanjem pod-franchisinga. Prilikom korišćenja ovog metoda franchising poslovanja moraju se detaljno proučiti propisi domaće zemlje o *joint venture-u*. Najviše poteškoća može nastati zbog »duple vezanosti« davaoca franchisinga.

Pored pomenutih vrsta franchising poslova treba istaći da postoji i nekoliko vrsta tipičnih ugovornih struktura (oblika, odnosno pravnih instrumenata) koji se koriste u franchising poslovanju, ovi oblici predstavljaju modalitete franchising aranžmana. Većina ovih modaliteta koristi se u poslovima međunarodnog franchisinga, mada su neki (*unit franchising agreement*, pre svega) karakteristični prevashodno za poslove domaće zemlje.

Veoma često korišćena vrsta ugovora o franchisingu je jedinični (možda je pravilnije nazvati ga pojedinačni) ugovor o franchisingu (*unit franchise agreement*); *unit* ugovori se zaključuju kada se želi otvoriti pojedinačni lokal (poslovna jedinica – *unit*). Kod ove vrste ugovora davalac direktno ustupa korisniku franchisinga (sva) prava iz franchising ugovora. Ovaj ugovor se zaključuje na nacionalnom nivou¹⁰ pa mora biti u svakom pogledu usaglašen sa tržišnim i pravnim zahtevima domaće zemlje; forma ovih ugovora je standardizovana. Jedinični (pojedinačni) ugovori se koriste i kao pravna sredstva kojima se finalizuju *master* i *development* ugovori (*area development agreement*).

U praksi franchisinga postoje ugovorni oblici poznati pod nazivom *area representation* ugovori (ugovori o zastupanju na određenoj teritoriji); ovim ugovorima angažuje se zastupnik davaoca franchisinga koji pronalazi zainteresovane potencijalne korisnike franchisinga sa kojima tada davalac franchisinga neposredno zaključuje ugovor (putem

¹⁰ U međunarodnim franchising operacijama *unit* (jedinični) ugovori nisu tako učestali osim kada se radi o geografski i kulturno veoma bliskim zemljama. Ukoliko se koriste u međunarodnim operacijama, standardni formulari (koji se koriste u lokalnim operacijama) koji su inače prilagođeni pravnim i tržišnim zahtevima zemlje domaćina sadržaće i dodatne elemente svojstvene međunarodnim ugovorima. V. M.Parivodić, Ugovor o franchisingu (doktorska teza), Beograd, 2002, str. 59.

unit –jediničnih sporazuma). Ovaj zastupnik može na sebe preuzeti i funkciju obuke, pomoći i nadzora nad lokalnom mrežom i njenim radom. Određivanjem zastupnika premošćuje se problem »udaljenosti« ugovornih strana (davaoca i korisnika) a da se pri tome ne gubi deo kontrole. Bez obzira na određene pogodnosti treba naglasiti da ovaj ugovor nije ugovor o franchisingu (stoga logično i ne predstavlja njegov oblik).

Razvojni (*development*) ugovori se koriste kada se želi otvoriti veći broj lokala na određenoj teritoriji (drugim rečima kada se želi »pokriti« određena teritorija) u skladu sa određenom vremenskom dinamikom. Ugovor se zaključuje direktno sa korisnikom (koji se često naziva *franchising developer*). Korisnik ili *developer* se obavezuje da otvori određeni broj sopstvenih lokala na tačno određenoj teritoriji i u skladu sa utvđenim vremenskim planom. Kod ovog aranžmana pojedinačne jedinice nemaju odvojeni pravni subjektivitet u odnosu na korisnika već predstavljaju njegove jedinice ili ogranke. Razvojni, kao ni zastupnički ugovori nisu ugovori o franchisingu budući da se kod njih ne prenosi *franchise* licenca; za otvaranje svakog pojedinačnog lokala (*unit*) potrebno je zaključiti jedinični ugovor o franchisingu. Tipičan *development* ugovor je okvirni ugovor, moguća je međutim i alternativa pa, u tom slučaju, sem razvojnog plana ugovor može sadržati i franchising licence za ugovoreni broj lokala. U ovom drugom slučaju radi se o franchising ugovoru.

Osim pojedinačnih ugovora franchising poslovi se u praksi realizuju i putem *master* sporazuma. Ovi sporazumi su najznačajniji za razvoj međunarodnog franchisinga¹¹

Kod *master* sporazuma davalac franchisinga ustupa lokalnom partneru ekskluzivno pravo da na ugovorenoj teritoriji (najčešće je to teritorija cele zemlje) daje pod-franchising zaključivanjem franchising ugovora sa domaćim korisnicima. Ovaj složeni poslovni odnos podrazumeva postojanje tri ugovorne strane (master davalac, lokalni partner, koji je davalac franchisinga u pod-franchising ugovoru (ili ugovorima) i korisnik (ili korisnici ako ih je više) franchisinga. Što se ugovornog aspekta tiče, postoji master ugovor i pod-franchising ugovor (ili ugovori). U ove složene ugovore unose se klauzule o prenosu prava koja se ustupaju, ekskluzivitetu, teritoriji, obavezama ugovornih strana, naknadi, mogućnosti (davanja) pod-franchisinga, klauzule o povredama

¹¹ Opirnije videti u citiranom dokumentu UNIDROIT-a, Srdy LXVIII – Doc. 17.

obaveza i odgovornost, o obuci kadrova, nadzoru, o merodavnom pravu i forumu za rešavanje sporova.

Pored *unit* i *master* ugovora poslednjih godina se koristi i tzv. *Corner franchising* sporazum kojim se ekskluzivna teritorija svodi na minimum pa se u okviru jednog mesta može otvoriti veoma veliki broj franchising jedinica; drugo shvatanje pomenutog oblika podrazumeva da se samo jedan deo prodajnog objekta posvećuje franchising delatnosti dok se u ostalom delu objekta obavlja neka druga delatnost (što bi predstavljalo i dobro objašnjenje naziva *corner-ugao*)¹².

Pored navedenih modaliteta treba spomenuti i tzv. pilot operaciju (*pilot unit*) jedinicu u sopstvenom vlasništvu davaoca koja treba da pokaže uspešnost (njegovog) franchising poslovanja. Ovde se radi o poslovnom ogranku potencijalnog davaoca franchisinga a ne o franchising poslu.

Neka od pitanja franchising posla koja mogu biti sporna prilikom pravog normiranja

Pored većeg broja različitih franchising poslova i većeg broja ugovornih modaliteta pomoću kojih se ovi poslovi realizuju¹³ postoje i brojna značajna pitanja u franchising poslu koja predstavljaju poteškoću pravnom uređenju ove materije kako na unutrašnjem tako, u još većoj meri, na međunarodnom planu. .

Iz opšte definicije franchising ugovora date u tekstu, evidentno je da se franchising ugovorom (prvenstveno onim »poslovnog formata«) ustupaju specifična prava i pružaju određene usluge. Prenošnje specifičnih prava (koja se vrši ugovorom) odnosi se na prenos isključivog prava prodaje robe ili (i) vršenja usluga (reč je o zaštićenim proizvodima i uslugama koje je afirmisao davalac franchisinga i koje se ustupaju na bazi isključivosti). Franchising ugovorom se prenosi i pravo korišćenja firme (zaštićenog poslovnog imena), žiga i drugih znakova razlikovanja. Korisnik franchisinga nastupa pod firmom davaoca franchisinga, u okviru njegovog poslovnog sistema prodajući robu ili vršeći usluge koje je afirmisao davalac, stoga, on koristi žigove i druge znakove razlikovanja koje mu je (licencom) ustupio davalac. Žigovi imaju veliki značaj budući

¹² V. T. Milenković-Kerković, *Autonomni ugovori trgovinskog prava*, Niš, 2008, str. 135.

¹³ Prvenstveni značaj imaju jedinični i master ugovori

da se po njima prepoznaju i identifikuju proizvodi i način vršenja usluga¹⁴; žigovi se ustupaju licencom koja je sastavni deo ugovora o franchisingu. Pored žiga mogu se ustupati i drugi znakovi razlikovanja (logo, simboli, oznake). Žigovi i ostala prava industrijske svojine podležu registraciji i zaštićeni su posebnim propisima u svakoj zemlji.

Franchising ugovorima se ustupa i know-how, koji predstavlja suštinu franchising posla. Know-how podrazumeva sistem različitih znanja i iskustava o poslovanju, ta znanja mogu biti veoma različita po svojoj prirodi i uglavnom se dele na komercijalna i tehnička. Komercijalni know-how obuhvata znanja i metode poslovanja (organizovanja prodaje, plasmana, vršenja usluga); tehnički know-how čine metodi proizvodnje, tehnički postupci (recepture, tehnički propisi, tehnološki postupci, planovi, specifikacije) koji čine poslovnu tajnu; tehnički know-how se najčešće javlja kao akcesorni uz poslovni.

Što se tiče obaveza davaoca u vezi sa pružanjem specifičnih usluga i pomoći one se odnose na obrazovanje i instruktazu kadrova korisnika, vršenje određenih tehničkih i administrativnih poslova i pružanje stručne pomoći (vođenje knjiga, servisiranje opreme, kompjuterska obrada podataka, analiza tržišta, upravljanje zalihama), vršenje usluga vezanih za marketing. Obaveze davaoca franchisinga koje se tiču usluga nisu tako »problematične« kada se radi o eventualnom pravnom normiranju niti je njihova varijabilnost tako velika.

Od obaveza korisnika franchisinga najvažnije su one koje se tiču korišćenja ustupljenih prava u skladu sa odredbama ugovora kao i plaćanja franchising naknade. Sva ustupljena prava moraju se koristiti na način i u obimu predviđenom ugovorom¹⁵. Što se tiče franchising naknade plaćanje se odnosi kako na početnu (*Inicial fee*¹⁶) tako i na redovnu franchising naknadu (*Royalty*¹⁷). Pored pomenutih obaveza korisnik u svom poslovanju mora čuvati poslovnu tajnu (povreda ove

¹⁴ Žigovi predstavljaju skup zaštićenih znakova koji služe razlikovanju jednog poslovnog sistema od konkurencije.

¹⁵ To praktično znači da korisnik može istupati pod firmom davaoca samo u poslovima franchisinga a ne koristiti to poslovno ime i za druge svoje poslove; isto to važi i za korišćenje žigova i znakova razlikovanja. Ustupljeni know-how takođe se mora koristiti samo za franchising poslovanje.

¹⁶ *Inicial fee* predstavlja cenu ulaska u franchising sistem davaoca i plaća se jednokratno.

¹⁷ *Royalty* predstavlja redovnu naknadu koja se najčešće utvrđuje u procentu od prometa i plaća periodično.

obaveze redovno vodi odgovornosti korisnika) i poštovati obaveza nekonkurencije. Obaveze korisnika mogu se odnositi i nabavku robe od davaoca franchisinga ili lica koje on odredi. Evidentno je da korisnikove obaveze nisu tako »komplikovane« sa stanovišta potencijalnog pravnog uređenja.

Predugovorno otkrivanje podataka (obaveštavanje o poslovanju) (*Disclosure Law*)

U fazi pregovaranja za zaključenje ugovora (predugovornoj fazi) davalac franchisinga ima obavezu da saopšti potencijalnom korisniku franchisinga najbitnije podatke o svom poslovanju (*disclosure*). Otkrivanje i saopštavanje ovih podataka ima najčešće odlučajući uticaj na opredeljenje budućeg korisnika franchisinga za zaključenje ugovora ili odustajanje od njega. Uvođenjem ove obaveze bar donekle je uspostavljena ugovorna ravnoteža između stranaka budući da njeno postojanje umanjuje mogućnost davaoca da iskoristi svoju ekonomsku nadmoć prilikom zaključivanja ugovora.

Zbog svog izuzetnog značaja, obaveza predugovornog otkrivanja podataka je postala i zakonska obaveza u mnogim zemljama (SAD, Francuska, Švedska, EU, Kanada, Mexico, Australija, Brazil).

Najznačajnija (nacionalna) pravila koja pripadaju ovoj kategoriji su američka *FTC Rules*. Ova pravila su značajna i zbog toga što su poslužila kao model rešenja i drugim zemljama kao i na međunarodnom planu. Cilj donošenja *FTC* pravila je zaštita slabije ugovorne strane i to prvenstveno u fazi zaključenja ugovora. Pravila su u formi model-zakon-a (zapravo formulara) i sadrže podatke koji se moraju uneti u pismeni dokument-formular koji se zove "prospekt ponude"¹⁸. Podaci koje sadrži formular

¹⁸ Podaci koji se moraju "otkriti" korisnicima odnose se na: identitet davaoca franchisinga, poslovno iskustvo menadžera odnosno funkcionera firme davaoca, poslovno iskustvo davaoca, građansku i krivičnu odgovornost i eventualne osude, podatke o stečaju, detaljan opis franchising posla, podatke o plaćanjima (početnim), podatke o plaćanjima stalnim (tokom celog trajanja ugovora), listu lica sa kojima korisnik treba da posluje, naknade i provizije, listu nabavki, podatke o finansijskom učešću davaoca, restrikcije (u pogledu vođenja poslova), obaveze u pogledu ličnog učešća korisnika u poslu, podatke o okončanju i eventualnim izmenama ugovora, podatke o franchising poslovanju-broju i realizaciji poslova davaoca, pravo davaoca da učestvuje u određivanju lokacije za poslovanje i roka, program obučavanja, korišćenje imena poznatih ličnosti, finansijske podatke. Pomenuti podaci koji se moraju predočiti

sadrže informacije ekonomskog, pravnog i finansijskog karaktera i grupisane su u 20 grupa.

Pored obrasca (modela) dokumenta o otkrivanju FTC pravila sadrže i objašnjenja značenja informacija koje su date u model zakonu, kao i izvesna upozorenja klijentima u vezi sa njima. Povreda obaveze prezentiranja podataka povlači odgovornost i daje korisniku pravo na podizanje tužbe za naknadu štete.

Pored FTC pravila postoji i *UFOC standardni formular* koji su izdala udruženja trgovaca. UFOC formular sadrži sve podatke koje sadrže i FTC pravila ali i neke podatke koje predviđaju federalne jedinice. Svi zakonski propisi o franchisingu koje su donele američke federalne jedinice nazivaju se "*Disclosure Laws*".

Na planu međunarodnog regulisanja materija predugovornog obaveštavanja je bila najpre uključena u Vodič UNIDROIT-a o franchisingu, koji je usvojen 1998.god. Budući da je vodič najlabaviji oblik unifikacije koji zapravo iscrpno analizira neku oblast ili pitanje ukazujući na probleme i moguće varijante rešenja, utvrđeno je da predugovorne obaveze treba izdvojiti iz tog korpusa i dati im, na unifikacijskom planu, nešto veći stepen egzaktnosti. Stoga je pitanje predugovornog otkrivanja podataka (obaveštavanja) izdvojeno iz Vodiča i uređeno Model zakonom koji je izradio UNIDROIT 2002.god. Model zakon je oblik autonomne regulative koji predstavlja neobavezujući tzv. »*soft law*« koji služi kako ugovornim stranama (za ugled) tako i državama koje preduzimaju zakonodavnu inicijativu u toj oblasti.

Model zakon UNIDROIT-a ima 10 članova a njegov najbitniji deo predstavljaju odredbe člana 6 koji sadrži listu podataka koje je davalac obavezan da saopšti korisniku pre zaključenja ugovora.

Vodič UNIDROIT-a za franchising

Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) sproveo je (međunarodnu) unifikaciju materije franchisinga i doneo Vodič za franchising¹⁹, 1998. god. Ovaj Vodič²⁰ se odnosi samo na pitanja povezana sa master franchising sporazumima; ostali oblici

korisniku moraju se odnositi na tekuću fiskalnu godinu. Ukoliko, posle prezentiranja pomenutih podataka, dođe do izmena ove izmene se takođe moraju saopštiti korisniku.

¹⁹ Guide to International Master Franchise Arrangements

²⁰ The UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements

franchisinga smatraju se znatno jednostavnijima pa posebno regulisanje za njih nije neophodno.

Osnovna namena Vodiča je da detaljno upozna stranke sa specifičnostima franchising poslovanja stoga je izvršeno detaljno upoređivanje master franchisinga sa drugim metodima realizacije franchising posla (direktni franchising, filijale, joint-venture), uz ukazivanje na prednosti i mane svih pomenutih oblika. Vodič je ukazao na proces izbora najoptimalnijeg oblika franchising poslovanja, u zavisnosti od konkretnog slučaja i datih okolnosti.

U vezi sa procesom zaključivanja međunarodnog master franchising sporazuma, Vodič je ukazao na značaj koji za davaoca franchisinga ima izbor (potencijalnog) saugovarača. Sa druge strane istaknuta je obaveza koju davalac franchisinga ima prema (potencijalnom) saugovaraču; ova obaveza se odnosi na upoznavanje saugovarača sa specifičnostima (sopstvenog) sistema poslovanja, praktično to upoznavanje ostvaruje se kroz otkrivanje najvažnijih podataka relevantnih za poslovanje. Ovaj segment pitanja je, kako je napred rečeno, naknadno odvojen i samostalno uređen model zakonom. Budući da

otkrivanje podataka na strani davaoca franchisinga predstavljaju neophodni preduslov - *sine qua non* za nastanak ugovornog odnosa njegovo samostalno uređenje ima svoje opravdanje.

Jedno od ključnih i najznačajnijih pitanja, koje se detaljno razmatra u Vodiču, je pitanje vrste, oblika i prirode prava koja se ustupaju franchising ugovorom (ustupanje ovih prava predstavlja suštinu franchising posla). U vezi sa tim Vodič detaljno analizira kako ugovorne relacije koje nastaju kod master sporazuma, tako i odnose u pod-franchising sporazumu ili sporazumima ako ih je više .

Pored detaljne analize specifičnih odnosa stranaka - učesnika u master i pod-franchising sporazumima, Vodič detaljno analizira i njihova specifična prava i obaveze, kao i posledice eventualnog neizvršavanja ili neurednog izvršavanja tih obaveza. U neposrednoj vezi sa pitanjem izvršavanja (odnosno neizvršavanja) ugovornih obaveza stoji i pitanje okončanja ugovora i pravnih posledica tog okončanja, kao i pitanje (eventualnog) obnavljanja ugovora. Pored pitanja eventualnog neizvršenja i okončanja ugovora, Vodič analizira i pitanje pravnih sredstava koja u tim slučajevima stoje strankama na raspolaganju.

Pitanje odgovornosti stranaka za neizvršenje ili manjkavo izvršenje obaveza je od izuzetnog značaja, pa je shodno tome dobilo i značajno mesto u Vodiču.

Posebno poglavlje u Vodiču je posvećeno problematici intelektualne svojine, know-how-a i poslovne tajne (kao specifičnog dela know-how-a), budući da ove kategorije predstavljaju suštinski deo franchising poslovanja.

Osim ovih esencijalnih pitanja Vodič se detaljno bavi i nekim drugim važnim pitanjima koja stoje u neposrednoj korelaciji sa pomenutima; takva pitanja su recimo pitanje ekskluzivnosti, neka finansijska pitanja, pitanje reklamiranja, pitanje pribavljanja opreme, proizvoda i usluga, pitanje ustupanja i transfera potraživanja, pitanje osiguranja itd.

Pored ovih ključnih pitanja specifičnih naročito za franchising posao, Vodič je analizirao i problem vezan za pitanje merodavnog prava (odnosno sukoba zakona), koje može, takođe, izazivati nedoumice i sporove u praksi.

Napred pomenuta pitanja od najvećeg značaja za franchising poslovanje, koja obrađuje Vodič za franchising, tehnički su raspoređena u dvadeset poglavlja.

Pored detaljne analize najvažnijih pitanja Vodič sadrži i eksplikacije "dopunskih" pitanja (recimo pitanja uobičajenih klauzula, pratećih dokumenata, pribavljanja dozvola i slično) tamo gde su neophodna kako bi što preciznije upoznao ugovorne strane i ostale korisnike sa specifičnostima franchising posla.

Master franchising sporazum

Vodič za franchising se odnosi samo na međunarodni master franchising sporazum²¹. Međunarodni master franchising sporazum je sporazum kod koga davalac master franchisinga ustupa saugovaraču u stranoj zemlji ekskluzivno pravo da, na određenoj teritoriji i za određeno vreme, obavlja franchising poslovanje, ali i da ustupa ovo pravo drugim licima (što je možda i važniji aspekt međunarodnog franchisinga, jer se na taj način

²¹ U domaćoj literaturi master sporazum se često naziva generalnim sporazumom o franchisingu, što je suštinski tačno budući da je on osnovni i najopštiji franchising sporazum (na osnovu koga nastaju pod-franchising sporazumi i sporazumi sa korisnicima).

znatno brže širi franchising mreža; u tom slučaju ugovorni odnosi su složeni i mnogostruki.

Kod međunarodnog master franchising sporazuma, osim međunarodnog sporazuma između davaoca franchisinga i njegovog lokalnog saugovarača (lokalnog davaoca franchisinga), javlja se još jedan ili više ugovora između lokalnog davaoca franchisinga i (lokalnih) korisnika franchisinga²². Treba imati u vidu da u ovom složenom odnosu postoje međunarodni (master franchising) i jedan ili više domaćih (pod-franchising) ugovora. U slučaju tako složene ugovorne šeme, može se postaviti pitanje postojanja ugovorne veze između (pojedinih) strana učesnika u ovom složenom poslu²³. Generalno govoreći ne postoji direktna (ugovorna) veza između davaoca franchisinga iz master ugovora i korisnika franchisinga iz pod-franchising ugovora.

Međusobni odnosi ugovornih strana mogu biti od izuzetnog značaja naročito kada se radi o prenosu prava iz intelektualne svojine²⁴, kao i o okončanju ugovora i njegovim posledicama po strane učesnike u poslu. Davalac franchisinga (iz master ugovora) prenosi sva prava na lokalnog partnera (davaoca), koji će biti nadležan za sprovođenje pod-franchising sporazuma i za funkcionisanje celokupnog sistema u domaćoj zemlji. Postoji obaveza lokalnog davaoca da interveniše ako njegov saugovarač (korisnik franchisinga) ne izvršava svoje obaveze; davalac master franchisinga to neće biti u mogućnosti, budući da nije u ugovornom odnosu sa (lokalnim) korisnikom franchisinga.

Ustupanje prava na osnovu master franchising sporazuma

Kada se govori o pravima koja se ustupaju ugovorom mora se imati u vidu o kome tipu ugovora je konkretno reč. Međunarodni master franchising sporazum je uglavnom franchising poslovnog formata; kod ovog tipa ugovora javlja se niz složenih prava i obaveza koja se ugovorom ustupaju. Ustupljena prava podrazumevaju metod obavljanja

²² U pitanju su tzv. korisnici franchisinga a ne krajnji korisnici - potrošači

²³ O tome detaljnu analizu videti kod J. Vilus, Međunarodni sporazumi o franchisingu, Novi ugovori od značaja za privredni razvoj Jugoslavije, Zbornik radova sa savetovanja, Beograd, 1995. str. 18.

²⁴ Različitim rešenjima pojedine zemlje uspostavljaju međusobne veze i između onih strana koje zapravo (formalnopravno) nisu u ugovornom odnosu; ova rešenja odnose se prvenstveno na propise iz oblasti intelektualne svojine; videti kod I. Spasić. Franchising i oblici intelektualne svojine; Pravo i privreda, 2008, br. 5-8, str. 895.

posla na način kako to radi davalac franchisinga. Uz poslovni sistem obavezno idu i know-how i industrijska svojina (firma, žigovi, modeli, logo). Najčešće se ugovorom prenose svi aspekti obavljanja posla, a obavezno oni najznačajniji koji su naophodni za njegovo uspešno funkcionisanje. U interesu je obeju stranaka da se ugovorom veoma jasno preciziraju prava koja se prenose.

Vodič je utvrdio prava koja se ugovorom prenose; tu spadaju licenca (trgovačkog i poslovnog) žiga, know-how, modeli, logo, priručnici o poslovanju (*manuals*).

U zavisnosti od prirode konkretnog franchising posla know-how uključuje (i) metode marketinga, recepture i produkcione formule, tehniku isporuke, proceduru nabavke, higijenske i kontrolne standarde, obuku personala kao i mnoge druge operacije koje, u zavisnosti od vrste posla, predstavljaju sastavni deo "poslovnog paketa".

Osim određivanja prava koja se ustupaju ugovorom, Vodič ukazuje i na to kako se ustupljena prava (pravilno i u skladu sa ugovorom) koriste²⁵.

Ustupanje ukupnog poslovnog sistema (ili eventualno njegovih glavnih komponenti) može biti teritorijalno ograničeno (na određenu oblast) ili se može odnositi na celu državu, dok je vremensko određivanje obavezno (sporazum mora imati određeni rok). Prostorna i vremenska određenost važenja ugovora najčešće je povezana sa ekskluzivnošću (davalac najčešće ustupa ekskluzivno pravo korisniku za određenu teritoriju i u određenom vremenskom roku).

Ekskluzivnost ustupljenog prava (kada postoji, a najčešće postoji) mora biti definisana; u pravilu, davalac ustupa ekskluzivno pravo. Utvrđivanje pitanja ekskluziviteta je u interesu normalnog obavljanja poslova i funkcionisanja ugovora.

Master franchising sporazumom se moraju definisati i obaveze stranaka (barem generalno, a znatno bolje je kada se to učini precizno i konkretno).

Vodič ističe one obaveze koje su naročito bitne u uslovima veoma komplikovanih odnosa master i sub-franchising sporazuma, koji se, pri tome, realizuju u međunarodnim uslovima.

Vodič utvrđuje i obavezu obučavanja odnosno treninga lokalnog saugovarača (sub-franchisora); to se odnosi na početnu obuku (osposobljavanje sub-franchisora da preuzme posao odnosno da uspostavi

²⁵ V. Document UNIDROIT -a 1998, Study LXVIII-Doc. 17, str. 22.

sistem i primeni know-how), i na kasniju obuku kojom se sub-franchisor osposobljava da vodi poslovnu jedinicu, uspostavlja franchising mrežu, kao i da ustupa franchising paket svojim ugovornim partnerima. Prilikom obučavanja vrlo značajnu funkciju imaju uputstva sadržana u tzv. priručnicima za poslovanje (*manuals*). Ovi priručnici se koriste naročito kod franchisinga poslovnog formata, a sadrže podatke koji čine know-how i ostala prava iz intelektualne svojine²⁶.

Pored inicijalne i tekuće, može postojati i naknadna obuka i dodatni trening programi kako bi sub-franchisor bio u toku sa savremenim trendovima u poslovanju.

Imajući u vidu karakter i složenost master franchising posla jasno je da on ne bi mogao da se odvija bez asistencije i pomoći franchisor-a, kako one vezane za početnu fazu poslovanja tako i tokom čitavog trajanja ugovora.

Zaštita žiga, kao jednog od najvažnijih aspekata poslovnog sistema, takođe je obaveza davaoca franchisinga. Žigovi su podložni registraciji, a ustupaju se licencom. Registracija žigova (koja je uglavnom svugde preduslov za njihovo korišćenje) uslovljena je propisima zemlje gde se oni registruju. Pravila o registraciji i licenciranju žigova nisu u svim zemljama jednaka, što može da proizvede različite sporove. U slučaju spora postoji (ugovorna) obaveza davaoca žiga da pruži pomoć svom saugovaraču (ili saugovaračima); može postojati i uzvratna obaveza na strani korisnika.

Pored ovih najbitnijih obaveza Vodič navodi još i obavezu nabavke opreme, kao i promociju franchising mreže.

Što se tiče obaveza lokalnog partnera one su uslovljene njegovom vrlo specifičnom i složenom ulogom u master sporazumu. Za master davaoca iz inostranstva njegov lokalni partner je oblik njegovog prisustva u domaćoj zemlji, a za korisnike franchisinga on je (njihov) davalac franchisinga. Kao korisnik i čuvar davaoćevog trgovačkog imena, firme (trade mark-a), žiga, goodwill-a, know-how-a, i ostalih prava iz intelektualne svojine, lokalni davalac će biti obavezan da preduzme mnoge obaveze vezane za razvoj i održavanje franchising mreže na određenoj teritoriji. Najveći značaj lokalnog davaoca u franchising sistemu je da doprinese širenju franchising mreže.

²⁶ Ovi priručnici recimo upućuju na to kako se koriste trgovački i poslovni žigovi, logo i slično.

Intelektualna svojina, know-how, poslovna tajna

Postoje određena ugovorna prava koja mogu uživati samo lica koja su njihovi imaoi; svi ostali uključujući i njihove ugovorne partnere, da bi se koristili ovim pravima, moraju za njih dobiti licencu (dozvolu za korišćenje). Licenca odnosno dozvola za korišćenje²⁷ dobija se od imalaca odnosno vlasnika ovih prava. Reč je o pravima iz intelektualne svojine²⁸,

Kada je u pitanju franchising, intelektualna svojina obuhvata prvenstveno pravo na žig, ali i na izvesne oblike autorskog prava²⁹. Vodič za franchising je predvideo oba oblika intelektualne svojine.

Sve razvijene trgovačke zemlje predviđaju neki vid registracije žigova (kod nadležnih državnih organa). Registracijom se konstituiše pravna zaštita žiga. Sama tehnika izvođenja registracije i organi koji je sprovode se dosta razlikuje od zemlje do zemlje.

Kod realizacije master franchising posla, davaoci ustupaju lokalnim davaocima (pod-franchisor-ima) pravo i licencu da koriste žig, ali i pravo i licencu da ustupaju taj žig i licencu na njemu i svojim saugovaračima (pod-licenca žiga). Ipak, u nekim zemljama pod-licenca žiga je zabranjena. U tim slučajevima koristi se u poslovanju drugi metod kako bi se (pod)franchising poslovanje moglo normalno realizovati. U tim slučajevima davalac master franchisinga direktno prenosi licencu žiga korisniku franchisinga iz pod-franchising sporazuma.

Pravila o žigovima obezbeđuju, između ostalog, davaocu žiga kontrolu nad njegovom upotrebom. Kada se žig ustupi, na osnovu master franchising ugovora, davalac franchisinga koji je vlasnik žiga može i mora vršiti kontrolu načina na koji lokalni davalac koristi žig. Upotreba žiga od strane lokalnog saugovarača je inače ograničena franchise sistemom i standardima i specifikacijama datim u priručniku za poslovanje.

Registracija žiga garantuje vlasniku ekskluzivna prava korišćenja žiga i štiti ga od mogućeg ugrožavanja od strane trećih lica. U slučaju povređivanja prava registrovanog žiga davalac franchisinga je ovlašćen na pokretanje postupka protiv trećih lica koja ugrožavaju njegovo pravo.

²⁷ O licenci i njenom odnosu prema franchisingu v. I. Spasić, *Specifičnosti franchisinga u odnosu na druge srodne ugovore i njegova pravna priroda*, Strani pravni život, 2001; br. 1-3, str. 178.

²⁸ O pitanjima intelektualne svojine u franchising poslovima videti I. Spasić, op. cit. str. 895 i dalje.

²⁹ Prvenstveno se radi o tzv. *manuals* odnosno priručnicima za poslovanje.

Pored intelektualne svojine Vodič tretira i pitanje know-how-a, kao sastavnog i vrlo bitnog dela franchising poslovanja³⁰.

Pod know-how-om se načelno podrazumeva ukupnost profesionalnog znanja koje se odnosi na jednu specifičnu oblast u nekoj problematici. To znanje je uglavnom kombinacija opšteg (sa)znanja i iskustva stečenog kroz praksu³¹. Znanja i iskustva koja sačinjavaju know-how mogu biti veoma različita po svojoj prirodi, mogu biti tehnička, komercijalna, administrativna, finansijska i druga³².

U kontekstu franchising poslovanja razlikuju se komercijalni i tehnički know-how. Komercijalnim know-how-om se smatraju znanja i metode organizovanja prodaje i plasmana robe i vršenja usluga, pridobijanja potrošača, povećavanja prometa, širenja poslovanja; jednom rečju komercijalni know-how sačinjava određeni "metod" (sistem obrazac, formula) poslovanja. Šta čini konkretnu sadržinu komercijalnog know-how-a zavisi naravno od svakog pojedinačnog slučaja, odnosno od sadržine svakog franchising sporazuma ponaosob. Komercijalni know-how, kao prepoznatljiv metod poslovanja svojstven i karakterističan za davaoca franchisinga, ima esencijalni značaj za franchising poslovanje, on predstavlja samu njegovu suštinu.

Tehnički know-how, takođe nezaobilazan u franchising poslu, čine metodi proizvodnje i vršenja usluga koje je razradio davalac franchisinga (tu konkretno spadaju recepture, tehnološki postupci, tehnički propisi i standardi, tehnička dokumentacija, planovi, specifikacije i slično). Tehnički know-how se najčešće javlja kao akcesorni uz komercijalni.

Pored opšteg instituta know-how-a, Vodič apostrofira i institut poslovne tajne, odnosno "neotkrivenih" podataka³³. Poslovna tajna i know-how su neraskidivo povezani, naime, poslovna tajna predstavlja tzv. poverljivi (confidential) know-how. Jasno je da je poslovna tajna znatno uži pojam od know-how-a; to je samo deo know-how-a koji je izuzetno značajan i specifičan, originalan i (specijalno) zaštićen. U vezi

³⁰ Na međunarodnom planu problematika vezana za know-how sadržana je (istina indirektno) i u čl. 39 (2) Sporazuma o trgovačkim aspektima intelektualne svojine, koji se nalazi u Anex-u Sporazuma o osnivanju WTO, iz Marakeša.

³¹ V. R. Prica, Ugovor o know-how-u, Beograd, 1981, str. 11.

³² V. Ph. Bessis, Le contract de franchisage, Paris, 1986, str. 66.

³³ Sporazum o osnivanju WTO iz Marakeša u svom Anexu sadrži uslove koje neotkriveni ("tajni") podaci moraju ispunjavati da bi obezbedili zaštitu. Ovi uslovi se odnose na tajnost know-how-a (koja ne mora biti apsolutna već je dovoljna i nedostupnost podataka svima koji inače rade sa informacijama te vrste); zatim trgovačka vrednost neobjavljenih informacija i konačno potreba da se preduzmu određene mere da bi se tajnost zaštitila (čl. 39 stav 2).

sa tajnošću know-how-a, jasno je da službenici i saradnici moraju biti upoznati sa podacima koji čine poslovnu tajnu kako bi poslovanje moglo normalno da se odvija. Sa druge strane potrebno je da oni to znanje "sačuvaju" ne otkrivajući ga drugima tokom procesa poslovanja a ni kasnije po okončanju ugovora (bar za jedan određen vremenski period). Stoga se u franchising ugovore unose klauzule o poverljivosti podataka.

I lokalni davalac franchisinga i korisnici moraju poštovati tajnost podataka koji su im preneti.

Know-how je, zbog svog značaja, zaštićen specijalnim pravnim propisima kao i (pojedininim) odredbama krivičnog prava; bez obzira na to u ugovore se unose klauzule koje štite know-how za vreme trajanja ugovora i po njegovom okončanju. Ugovorne klauzule kojima se štiti know-how i druge poverljive informacije su: *confidentiality clauses* (klauzule o poverljivosti podataka); klauzule o (ne)konkurenciji; *grant-back* klauzule (klauzule o "uzvratnom" ustupanju); kao i klauzule o "polju primene".

Confidentiality clauses se unose u master i u pod-franchising sporazume. Ove klauzule zabranjuju lokalnom davaocu i korisnicima da otkrivaju sadržinu know-how-a i drugih poverljivih informacija i poslovnih tajni trećim licima. Ova zabrana se naravno ne odnosi na lica koja moraju biti upoznata sa sadržinom podataka da bi posao mogao normalno da funkcioniše (saradnici, službenici). Moguće je (i praktikuje se) da davalac franchisinga sa ovim licima zaključuje specijalan sporazum o poverljivosti informacija i tako ih i direktno obaveže na tajnost podataka.

Obaveza na poverljivost (odnosno neotkrivanje informacija) ne prestaje sa okončanjem sporazuma, već traje dok informacija ne postane "javna".

Upotrebom *grant-back* ili "uzvratnih" klauzula lokalni davalac i korisnici franchisinga se obavezuju da sva poboljšanja, usavršavanja i inovacije moraju (uzvratno) ustupiti davaocu (master) franchisinga. Budući da je franchising integrativna struktura ova klauzula ima svoje opravdanje.

Klauzule o "polju primene" ograničavaju korisnike da ne upotrebljavaju know-how u druge svrhe sem onih za koje je ceo franchising sistem ustupljen.

Pored ovih klauzula koje su pomenute, postoje i klauzule koje štite know-how i po okončanju ugovora; ukoliko je know-how postao opšte poznat ili prihvaćem obaveza čuvanja tajnosti naravno ne može biti nametnuta.

Klauzule o (ne)konkurenciji su takođe vid zaštite know-how-a po okončanju ugovora. Lokalni davalac i korisnici franchisinga se obavezuju da se neće, direktno ili indirektno, angažovati na istom ili sličnom poslu sa master davaocem franchisinga na određenoj teritoriji i u razumnom vremenskom roku.

Prestanak master franchising ugovora i posledice njegovog okončanja

Za raskid master franchising ugovora važe ista pravila koja se odnose na sve franchising ugovore samo što su posledice raskida kod ovih ugovora znatno komplikovanije; naime, pored prestanka određenih ugovornih prava i nastanka nekih obaveza, kod master ugovora se postavlja i pitanje sudbine pod-franchising ugovora.

Po okončanju master ugovora (istekom roka, neproduženjem ili raskidom) postavlja se pitanje da li se pod-franchising ugovor, ili ugovori ako ih ima više, automatski raskidaju ili ne. Odgovor na ovo pitanje varira od zemlje do zemlje. Ako se pođe od pretpostavke da pod-franchising sporazum proističe iz master sporazuma, onda prestanak mastera automatski vodi i prestanku pod-franchising sporazuma³⁴. Nešto drugačije stanovište ali sa istim posledicama je ono koje osporava mogućnost daljeg poslovanja korisnika franchisinga iz pod-franchising sporazuma, jer bi time neovlašćeno zadirao u davaočeva prava iz intelektualne svojine³⁵.

Argumenti u prilog shvatanja da pod-franchising sporazumi ne prestaju automatski sa prestankom master sporazuma leže u činjenici da davalac master franchisinga i korisnik ili korisnici franchisinga iz pod-franchising ugovora nisu u ugovornom odnosu (korisnici franchisinga su u ugovornom odnosu samo sa lokalnim davaocem franchisinga). Ipak, poznato je da niko ne može da prenese više prava nego što ga sam ima pa to važi i za lokalnog davaoca franchisinga; ako ne postoji master ugovor može se postaviti pitanje odakle on izvodi svoja prava.

Moguće je u master ugovor uneti klauzulu kojom se sprečava automatsko okončanje pod-franchising ugovora prenošenjem prava lokalnog davaoca na davaoca master franchisinga, uz pristanak korisnika pod-franchising-a³⁶.

³⁴ Stanovište koje zastupaju SAD i Irska.

³⁵ Ovakav stav zastupa Švedska; posledica ovakvog konceptualnog stanovišta je okončanje pod-franchising sporazuma

³⁶ Ovakav koncept zastupa više zemalja recimo Italija, Novi Zeland, Austrija, Kanada, Koreja.

Potpuno izvesna i striktna pravila po pitanju sudbine pod-franchising sporazuma ne postoje ni posle donošenja Vodiča za franchising; Načelno, pod-franchising sporazum ne bi ostao na snazi posle prestanka master sporazuma; generalno se smatralo da ovakav sporazum ne bi bio poželjan sa komercijalnog aspekta zbog velikog broja potencijalnih komplikacija.

Bez obzira što ne daje određene i precizne odgovore na mnoga pitanja postojanje Vodiča ima značaja sa stanovišta konkretnog rešavanja (brojnih) problema skopčanih sa franchising poslovanjem, budući da zainteresovanim stranama predočava neka potencijalna (često alternativna) rešenja.

Tipski ugovor MTK o franchisingu

U okviru Međunarodne trgovinske komore u Parizu sačinjen je tekst tipskog (međunarodnog) ugovora o franchisingu; tekst tipskog ugovora je objavljen septembra 2000 god. Izrada tipskog jednoobraznog ugovora imala je za cilj da se privrednim subjektima u (međunarodnoj) poslovnoj praksi olakša zaključivanje franchising ugovora popunjavanjem svojevrsne pravne praznine koja je postojala zbog odsustva adekvatne međunarodne regulative.

Tipski ugovor (koji je sačinila MTK) se odnosi na jedinične međunarodne ugovore poslovnog formata (*unit business format franchising agreement*); ovi ugovori su direktni ugovori koji se zaključuju između davaoca i korisnika franchisinga.

Tekst tipskog ugovora sadrži 33 člana (podeljenih u 13 odeljaka); članovi koji mogu izazvati izvesne dileme i nedoumice praćeni su komentarom i objašnjenjima. Ovakva objašnjenja naročito su značajna za korisnike franchisinga koji su generalno slabija ugovorna strana koja je manje upoznata sa specifičnostima ovog ugovornog odnosa.

Značajne delove tipskog ugovora predstavljaju članovi koji se odnose na definicije (osnovnih) pojmova; zatim na prenos (ustupanje) prava; na prava koja se garantuju korisniku franchisinga; na odvojenost pravnih subjektiviteta davaoca i korisnika franchisinga; na ekskluzivitet ustupljenih prava; na trajanje i obnovu ugovora. Izuizetno važan deo tipskog ugovora predstavljaju i odredbe o know-how-u, njegovom sadržaju, ustupanju i zaštiti. Veoma značajne delove tipskog ugovora takođe predstavljaju i odredbe o unapređenjima, saradnji, snabdevanju (proizvodima), osiguranju. Dosta prostora posvećeno je pitanju prenosa

ugovora imajući u vidu određene specifičnosti datih rešenja³⁷, Odredbe o višoj sili i njenom uticaju na trajanje i efekte ugovora takođe imaju svoje mesto u tekstu tipskog ugovora. Najviše prostora u tekstu dato je odredbama koje se tiču okončanje odnosno prestanka i raskida ugovora³⁸.

Izrada tipskog ugovora svakako predstavlja značajan doprinos pitanju unificiranja i reglementiranja materije franchisinga.

Prof. Ivanka Spasić, Ph.D

Professor, Faculty of Law,
University »Business Academy«, N.Sad.

NORMATIVE REGULATION OF FRANCHISING – INTERNATIONAL ASPECTS

Normative regulation of most importante questions connected with franchising is high priority especially in international level. There are meny problems connected with realisation of franchising transactions, especially the international ones.

The process of normative regulation on inetnational level is not so easy to perform because there are many questions diferently resolved in national laws or not resolved at all.

In thise article the autor is analysing more interesting and intriguing questions of franchising and the resolving of this problems offerd by Guide of franchising, Disclosure Model law and the special contractual form (standard contract) offerd by ICC.

Key words: *Franchising; Franchising contract; UNIDROIT Guide for Franchising; Disclosure Model law; ICC standard contract*

³⁷ Dosta se razlikuju ovlašćenja davaoca i korisnika franchisinga u tom smislu, naime, dok je davaocu franchisinga prenos ugovornih obaveza dozvoljen bez prethodne saglasnosti korisnika, korisnik uvek mora dobiti saglasnost davaoca u slučaju prenosa ugovornih prava i obaveza; opširnije v. T. Milenković-Kerković, op. cit. str. 189.

³⁸ Opširnije videti kod T. Milenković-Kerković, op. cit. str. 186-189,

Katarina Dolović,*

Student doktorskih studija Pravnog fakulteta u Beogradu
Stpendista Ministarstva nauke

UDK 347.964.2
Pregledni naučni rad

ULOGA JAVNOG BELEŽNIKA KOD ZALOŽNOG PRAVA NA NEPOKRETNOSTI

Javni notar je značajan institut modernog prava, te je zbog toga izuzetno značajno za Republiku Srbiju da usvoji Zakon o javnom beležništvu. U pogledu uloge javnog beležnika u oblasti prava zaloge na nepokretnostima od velike je važnosti da se jasno definišu položaj i nadležnost javnog notara. Republika Srbija je usvojila poseban Zakon o hipoteci, praktično „oživljujući“ koncept hipoteke. Pomenutim zakonom se takođe jemči efikasno sakupljanje hipotekarnih dugova. Smatramo da je, nakon promena koje su se odigrale na društvenom i ekonomskom planu u Republici Srbiji, potrebno sveobuhvatno kritički ispitati svojinskopravne odnose, kako u pogledu usvajanja novog zakona o svojinskopravnim odnosima, tako i paralelnog usklađivanja ostalog zakonodavstva kojima se uređuju pravni postupci.

Ključne reči: javni notar; založno pravo, nepokretnosti, hipoteka

UVOD

Imajući u vidu predmet ovog rada, smatramo potrebnim da se, pre detaljnijeg upuštanja u raspravu o pitanju uloge javnog beležnika kod založnog prava na nepokretnosti, osvrnemo ukratko na pojam i delatnosti javnih beležnika i javnobeležničke akte. Pri tome, važno je napomenuti prvo, da Republika Srbija još uvek nije donela Zakon o javnim beležnicima, pa će naša razmatranja vezana za ulogu javnog beležnika kod založnog prava na nepokretnostima polaziti od Modela zakona o javnim beležnicima iz 2002. godine i Nacrta ovoga zakona iz 2004. godine¹ i drugo, da je Zakon o hipoteci² donet 27.12.2005.

* Katarina Dolović, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudijski pripravnik - volonter u Četvrtom opštinskom sudu u Beogradu, učesnik na projektu pri Institutu za uporedno pravo u Beogradu i stipendista Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije. Rad je skraćena verzija

godine, stupio na pravnu snagu 04.01.2006. godine i doneo više značajnih novina, posebno mogućnost vansudskog namirenja potraživanja. Dakle, interesovanje ovog rada odnosi se pre svega na pitanje koja bi to ovlašćenja i nadležnosti javni beležnici u Republici Srbiji, po donošenju Zakona o javnim beležnicima, mogli imati, vezano za primenu Zakona o hipoteci.

I JAVNI BELEŽNIK

Na ovom mestu osvrnućemo se ukratko na pojam javnog beležnika, delatnost javnog beležnika i javnobeležničke akte. Pitanjima organizacionih oblika javnog beležništva u pojedinim pravnim sistemima nećemo se posebno baviti, već ćemo samo napomenuti da postoje "latinski" i "anglosaksonski" sistem javnog beležništva, pri čemu ćemo se zadržati na "latinskom" beležništvu čije savremene konture polaze od Francuskog zakona iz 1803. godine, a kome tipu beležništva je pripadao i Zakon o javnim beležnicima /notarima/ Kraljevine Jugoslavije,³ koji je bio polazište i za zakone o javnim beležnicima bivših jugoslovenskih republika, a za očekivati je i da će Srbija dobiti savremen zakon o javnim beležnicima koji će prema nagoveštajima iz MZJB i NCJB pripadati ovom tipu beležništva.

1. Pojam javnog beležnika

Budući da ni NZJB, kao ni MZJB ne daju pojam javnog beležnika, osim što ističu da je javno beležništvo javna služba i što navode poslove koje bi bio ovlašćen da obavlja javni beležnik, to smatramo dovoljnim, za potrebe ovog rada, da najpre ukažemo na definiciju javnog beležnika Međunarodne unije latinskih beležnika /UINL/ prema kojoj "Latinski beležnik je po zanimanju pravnik, koji na osnovu javnih ovlašćenja prihvata od stranaka izjavu volje, daje joj

Master rada iz javnobeležničkog prava, odbranjenog na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu jula 2008. godine, mentor prof. dr Dragor Hiber.

¹ Nacrt zakona o javnom beležništvu Vlade Republike Srbije od 18.juna 2004. godine, u daljem tekstu NZBJ, Model zakona o javnom beležništvu, Knežević-Popović/Vodinelić-Rakić i Palačković-Davić, Beograd 2002, u daljem tekstu MZJB.

² Zakon o hipoteci /«Sl. glasnik RS», br. 115/2005/1 /, u daljem tekstu ZOH.

³ Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije, «Sl. novine Kraljevine Jugoslavije», broj 220/1930.

potrebnu pismenu pravnu formu i o tome izdaje odgovarajuće isprave koje imaju karakter javne isprave. Originale tih isprava preuzima na čuvanje, a izdaje overene prepise. U njegove zadatke spada i javno potvrđivanje činjenica”.⁴

Navedenom definicijom javnog beležnika očigledno je nameravano da se obuhvate svi bitni elementi karakteristični za sve države koje su prihvatile sistem latinskog beležnika, zbog čega je “oskudna u definisanju, kada je reč o potencijalnim delatnostima beležnika i štura, kada su u pitanju pravna dejstva beležničkog rada, ali ipak dovoljna da se postave osnovne konture beležnika, bar kada je o latinskom beležništvu reč”.⁵ Upravo iz navedenog razloga, pojedini autori opšti pojam javnog beležnika bliže određuju potencirajući karakteristike javnog beležnika, kao nosioca javnobeležničke službe, koje se odnose na njegov položaj, funkciju i delatnost koju obavlja.⁶

2. Delatnost javnog beležnika

Delatnost javnog beležnika mora biti jasno precizirana zakonom. Budući da Republika Srbija još uvek nema Zakon o javnim beležnicima, o delatnosti javnih beležnika možemo govoriti sa aspekta uporednih iskustava, Zakona o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine koji je na ovim prostorima važio do 1944. godine, ili sa aspekta zakonskih rešenja bivših jugoslovenskih republika koje su donele svoje zakone na tradiciji ovog zakona i konačno sa aspekta našeg NZJB i MZJB.

⁴ Preuzeto, D. Hiber, Pojam beležnika /notara/ i beležničkog /notarijalnog/ prava, Javnobeležničko pravo, priredio Dragor Hiber, Pravni fakultet Beograd, 2005. str. 9.

⁵ op. cit. str. 10.

⁶ op. cit. str. 10-21 ukazuje se na elemente opšteg pojma javnog beležnika i ističe da je beležnik /notar/ posebna, samostalna i nezavisna pravnička profesija, da beležnik postupa na osnovu javnih ovlašćenja i da njegova delatnost podrazumeva posebno poverenje upravo iz razloga što obavlja delatnost na osnovu javnih ovlašćenja koja dobija od države, pri čemu i poslove javnog beležnika ističu kao poseban element opšteg pojma latinskog beležnika. N. Šarkić, O javnom beležniku – notaru, Beograd, 2004, str. 9 javnog beležnika definiše kao nosioca javnobeležničkih ovlašćenja koja on vrši u svoje ime i za svoj račun ili “umesto države”, bliže određujući javno beležništvo kao javnu službu u organizacionom smislu.

Poslovi javnog beležnika mogli bi biti: a/ sastavljanje javnih isprava, javnobeležničkih akata o pravnim poslovima, izjavama i činjenicama na kojima se zasnivaju prava, b/ uzimanje na čuvanje isprava, novca i hartija od vrednosti i drugih stvari radi predaje drugim licima, v/ sprovođenje postupaka po nalogu suda i drugih državnih organa koji mu se mogu poveriti na osnovu zakona, g/ zastupanje stranke pred sudom i drugim državnim organom u nespornim stvarima koje su u vezi sa beležničkim poslom, d/ overavanje privatnih isprava koje su sastavile same stranke /solemnizacija/, i đ/ u funkciji prethodnih poslova davanje pravnih saveta strankama.⁷ Možemo zapaziti da javni beležnik pojedine poslove iz svoje delatnosti a/ obavlja kao izvorno svoje, samo na osnovu rešenja o imenovanju javnog beležnika / sastavljanje javnobeležničkih akata, uzimanje na čuvanje isprava, novca, hartija od vrednosti i drugih stvari, overa privatnih isprava i pružanje saveta/, dok druge poslove b/ obavlja ne samo na osnovu rešenja o imenovanju javnog beležnika već i na osnovu naloga suda ili drugog državnog organa / sprovodi postupke koji mu se mogu poveriti od suda i drugih državnih organa/ i konačno v/ pojedine poslove obavlja samo u slučaju kada je to zakonom izričito dozvoljeno i pod zakonom propisanim uslovima /zastupanje stranke pred sudom i drugim državnim organima u nespornim stvarima koje su u vezi sa obavljenim beležničkim poslom/.⁸

Istakli smo da po pravilu javni beležnik poslove iz svoje nadležnosti obavlja vršeći javna ovlašćenja koja je na njega prenela država, ali i da deo njegovih poslova ima privatnopravni karakter u smislu da njihovo obavljanje ne podrazumeva istovremeno i vršenje javnih ovlašćenja. Vezano za poslove u kojima javni beležnik vrši javna ovlašćenja, pojedini autori⁹ ukazuju na moguće različite

⁷ op. cit. str. 31-32.

⁸ M. Trgovčević – Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd 2007, sgtr. 43 i dalje ukazuje na a/ sopstveni delokrug ovlašćenja javnog beležnika, b/ poslove prenesene sa suda na javnog beležnika i v/ prenošenje advokatskih poslova na javnog beležnika.

⁹ D. Hiber, op. cit, str 21. naglašava a/ ako je javno ovlašćenje preneto zakonom trajno i ako ga isključivo vrši javni beležnik može se govoriti o trajno prenetoj nadležnosti, b/ ako je javno ovlašćenje preneto zakonom trajno i ako ga javni beležnik isključivo vrši, ali pod uslovom da se ostvare posebne okolnosti ili da nastupe posebni uslovi, može se govoriti o supsidijerno prenetoj nadležnosti, v/ ako je javno ovlašćenje preneto zakonom trajno na javnog beležnika, ali uz mogućnost da iste

situacije vezano za način, trajnost i isključivost prenetih javnih ovlašćenja na javnog beležnika i u zavisnosti od toga ukazuju na pojedine specifične nadležnosti javnog beležnika.

3. Javno beležnički akti

“Pod pojmom javnobeležničkog akta se podrazumevaju isprave o pravnim poslovima i drugim izjavama volje koje su sastavili javni beležnici, zapisnici o pravnim radnjama koje su javni beležnici obavili ili čijem preduzimanju su prisustvovali, kao i potvrde o činjenicama koje su posvedočili”.¹⁰ Prema NZJB postoje četiri vrste javnobeležničkih akata i to: a/ javnobeležnički zapis, b/ javnobeležnički zapisnik, v/ javnobeležnička potvrda i g/ javnobeležnička overa. Javnobeležnički akti, pod određenim zakonom propisanim uslovima, mogu biti a/ javne isprave i b/ izvršne isprave.

Javnobeležnički akti i njihovi otpravci predstavljaju javne isprave ako su sačinjeni u formi propisanoj zakonom. Dakle, da bi javnobeležnički akt imao značaj javne isprave on mora biti a/ donet od strane javnog beležnika kao nosioca javnobeležničke službe, b/ donet u okviru ovlašćenja poverenih javnom beležniku i v/ donet u propisanoj formi, a to znači da prilikom njegovog sastavljanja mora biti zadovoljena zakonska forma, obavezni sadržaj konkretnog javnobeležničkog akta i postupak za sačinjavanje takvog akta. Smatramo bitnim da naglasimo da i privatne isprave o pravnom poslu, uz ispunjenje propisanih zakonskih uslova, potvrđivanjem od strane javnog beležnika dobijaju dokaznu snagu javne isprave /solemnizacija/. U tom smislu pojedini autori naglašavaju da notar obavlja samostalno i nezavisno javnu službu, da je on nezavistan poverenik obe stranke, i da njegovo učešće pri sastavljanju pravnih akata tim aktima daje svojstvo javne isprave i potvrđuje istinitost njihovog sadržaja.¹¹

poslove neposredno obavlja i država, može se govoriti o konkurentskoj javnoj nadležnosti i d/ ako je javno ovlašćenje preneto pojedinačnim aktom kao konkretan nalog suda ili drugog državnog organa, može se govoriti o delegiranoj nadležnosti.

¹⁰ D. Đurđević, Javnobeležnički akti, Javnobeležničko pravo, priredio D. Hiber, Pravni fakultet Beograd, 2005. str. 108. Ovaj autor daje detaljne definicije pojedinih vrsta javnobeležničkih akata, str. 108, 145, 148 i 151.

¹¹ M. Dika, Javnobilježništvo i zaštita vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, Zagreb 1955, str. 548.

Javnobeležnički akt može biti i izvršna isprava ako je u njemu utvrđena obaveza na činidbu i ako sadrži izričitu izjavu dužnika o tome da se na osnovu zapisa može, nakon njegove dospelosti, tražiti izvršenje obaveze u skladu sa odredbama Zakona o izvršnom postupku.¹² Dakle, javnobeležnički akt ima značaj izvršne isprave a/ukoliko je u javnobeležničkoj ispravi utvrđena obaveza dužnika, b/kada su u ispravi označeni dužnik i poverilac, pravni osnov, predmet izvršenja, vrsta, način i obim izvršenja, kao i vreme činidbe, v/ kada se dužnik u istom ili drugom posebnom javnobeležničkom aktu saglasio da konkretni javnobeležnički akt ima svojstvo izvršne isprave i g/ kada je predmetna činidba dospelila.¹³ Mogućnost da javnobeležnički akti imaju svojstvo izvršne isprave doprinose efikasnijoj realizaciji subjektivnih građanskih prava, a posebno zaštiti poverilaca kroz mogućnost efikasnog prinudnog ostvarivanja potraživanja.¹⁴

II POSLOVI JAVNOG BELEŽNIKA KOD HIPOTEKE KAO ZALOŽNOG PRAVA NA NEPOKRETNOSTI

U ovom delu rada pokušaćemo da ukažemo na poslove koje bi javni beležnik mogao da obavlja vezano za hipoteku kao založno pravo na nepokretnosti. U cilju sistematičnosti rada poslove javnog beležnika svrstaćemo najpre u dve grupe i to: A/ poslovi iz sopstvene nadležnosti javnog beležnika, i B/ poslovi preneseni iz nadležnosti sudova na javnog beležnika, dok nećemo se baviti ostalim poslovima koje bi mogao obavljati javni beležnik, jer bi to prevazišlo potrebe ovoga rada. Neophodno je imati u vidu, da ova podela ima samo pravnoteorijski značaj zbog činjenice da Republika Srbija nema Zakon o javnim beležnicima.

¹² Zakon o izvršnom postupku / «Sl. glasnik R. Srbije, br.125/04/, u daljem tekstu ZIP.

¹³ Bliže o ovome A. Jakšić, Izvršnost notarijalne isprave, Javnobeležničko pravo, priredio D. Hiber, Pravni Fakulet Beograd, 2005. str.179-180.

¹⁴ M. Dika, op. cit. str. 552.

A/ POSLOVI IZ SOPSTVENE NADLEŽNOSTI JAVNOG BELEŽNIKA

Poslovi u vezi sa založnim pravom na nepokretnosti, a koji bi mogli spadati u sopstvenu nadležnost javnih beležnika, odnosili bi se na: 1/ nastanak hipoteke, 2/ prenos prava i obaveza kod hipoteke, 3/ realizaciju /namirenje/ hipoteke i 4/ prestanak / brisanje/ hipoteke. S obzirom da ZOH, kada propisuje obaveznu pismenu formu i overu potpisa, uvek određuje nadležnost suda ili drugog zakonom ovlašćenog organa, to bi značilo da bi taj «drugi ovlašćeni organ» bio i javni beležnik, koji bi ove poslove obavljao u konkurentskoj nadležnosti sa sudom. Na strankama bi bila odluka da li bi overu potpisa obavili kod suda ili kod javnog beležnika, ali je za očekivati da bi to bilo kod javnog beležnika, kako zbog preopterećenosti sudova, tako i zbog činjenice da je javni beležnik ovlašćeno lice koje bi im pružilo potrebnu uslugu, dalo potrebne savete i obrazloženja, a čija overa bi imala isti pravni značaj kao i sudska. Na ovom mestu smatramo bitnim da naglasimo i to da je otvoreno pitanje da li bi ZOH propisivao konkurentsku nadležnost između suda i drugih zakonom ovlašćenih organa kod overa potpisa, ili bi u slučaju da u Republici Srbiji postoje javni beležnici to bila isključiva preneti nadležnost javnog beležnika. Očigledno je da u uslovima kada Republika Srbija nema javne beležnike, zakonodavac nije ni imao drugo rešenje nego da ostavi mogućnost, kroz formulaciju « ili drugi zakonom ovlašćen organ», da to mogu obavljati i javni beležnici kada budu organizovani i kod nas. Zbog navedenog nećemo se posebno baviti ni pitanjima vezanim za podelu poslova javnog beležnika na poslove koji bi spadali u njegovu a/ isključivu , b/supsidijernu c/ konkurentsku ili d/ delegiranu nadležnost.

1. Poslovi javnog beležnika kod nastanka hipoteke

Prema odredbama ZOH poslovi javnog beležnika vezano za nastanak hipoteke bili bi a/ sastavljanje ugovora o hipoteci /ugovorna hipoteka/ i b/ sastavljanje založne izjave /jednostrana hipoteka/, u vidu javnobeležničkog zapisa, kao i solemnizacija, potvrda ovih akata ako su sastavljeni kao privatne isprave.

Smatramo bitnim da naglasimo da za nastanak hipoteke nije dovoljan samo pravni osnov / npr. ugovor o hipoteci/, već je potreban i modus acquirendi, odnosno upis hipoteke u registar nepokretnosti.

a/ Ugovor o hipoteci

Ugovor o hipoteci je ugovor između vlasnika nepokretnosti i poverioca kojim se vlasnik nepokretnosti obavezuje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, da poverilac naplati svoje obezbeđeno potraživanje iz vrednosti te nepokretnosti, na način propisan zakonom.¹⁵ Dug dospeva u skladu sa ugovorom o hipoteci ili u skladu sa drugim osnovom iz koga proizlazi, tako da ugovor o hipoteci može biti samostalan pravni posao ili deo ugovora koji uređuje potraživanje /ugovor o zajmu, kreditu/.Bilo da se radi o samostalnom ugovoru o hipoteci ili o ugovoru o hipoteci kao delu nekog drugog ugovora kojim se uređuje potraživanje poverioca prema dužniku, ugovor mora imati propisanu formu i propisan sadržaj.

Naime, ugovor o hipoteci se zaključuje u pismenoj formi , a potpisi moraju biti overeni u sudu ili kod drugog ovlašćenog organa za overu potpisa na aktima o prometu nepokretnosti, odakle se može zaključiti da će “drugi ovlašćen organ za overu potpisa” biti i javni beležnik nakon donošenja Zakona o javnom beležništvu, ili samo javni beležnik što bi podrazumevalo i izmenu ZOH. Prema tome, ugovor o hipoteci koji ne bi bio zaključen u pismenoj formi i kod koga potpisi ne bi bili overeni kod suda ili drugog nadležnog organa bio bi ništav i ne bi proizvodio pravna dejstva. Iz zakonskog pojma ugovora o hipoteci proizlazi da ovaj ugovor mogu zaključiti poverilac i vlasnik nepokretnosti, a kako vlasnik nepokretnosti može istovremeno biti i dužnik ili neko treće lice u ulozi garanta, to znači da ovaj ugovor mogu zaključiti s jedne strane poverilac i s druge strane dužnik ili vlasnik nepokretnosti ukoliko istovremeno nije i dužnik konkretnog potraživanja. Imajući u vidu šta sve može biti predmet hopoteke, umesto vlasnika nepokretnosti ugovor o hipoteci može zaključiti i lice koje ima pravo raspolaganja na predmetu nepokretnosti ukoliko je nepokretnost u državnoj ili društvenoj svojini, odnosno investitor ili kupac objekta u izgradnji ili posebnog dela objekta u izgradnji, koja

¹⁵ čl. 9 – 11 ZOH.

lica su prema ZOH u pogledu prava i obaveza iz hipotekarnog odnosa izjednačena sa vlasnikom nepokretnosti.

Ugovor o hipoteci, da bi proizvodio pravno dejstvo, mora imati i zakonom propisanu sadržinu. Ugovor o hipoteci mora da sadrži podatke koji se odnose na identitet lica koja zaključuju ugovor o hipoteci, izjavu vlasnika da pristaje da poverilac upiše hipoteku na njegovoj nepokretnosti /clausula intabulandi/, precizne podatke o potraživanju, sadržaju potraživanja, rokovima dospelosti, mestu i načinu plaćanja i dr., podatke o hipotekovanoj nepokretnosti, odnosno o nepokretnostima ukoliko je u pitanju zajednička hipoteka, kao i podatke vezane za domašaj hipoteke.¹⁶

Ugovor o hipoteci koji sačini javni beležnik može imati i značaj izvršne isprave, ukoliko u sebi sadrži odredbe koje zakon izričito propisuje.¹⁷ Hipoteka koja je zasnovana na osnovu izvršnog ugovora upisuje se u registar nepokretnosti kao “izvršna vansudska hipoteka”, a koji upis omogućava primenu vansudskog postupka namirenja koji propisuje ZOH. Dakle, od sadržaja ugovora o hipoteci zavisi da li će imati ili ne značaj izvršne isprave. Ova razlika nema samo pravnoteorijski značaj, već prevashodno praktični, jer ukoliko ugovor o hipoteci predstavlja izvršnu ispravu namirenje poverioca se može realizovati u skladu sa odredbama ZOH koje regulišu vansudski postupak namirenja poverioca koji je znatno brži i efikasniji od sudskog namirenja, jer pretpostavlja postupanje samo javnog beležnika, a ne i suda.

¹⁶ ZOH odredbom člana 12. izričito propisuje koje elemente mora imati ugovor o hipoteci, dok odredbom člana 13. propisuje koje su eventualne odredbe ništave, a naime, bile bi ništave odredbe po kojima 1/ bi poverilac mogao da proda nepokretnost suprotno odredbama ZOH, 2/ po kojoj bi nepokretnost po neodređenoj ili unapred određenoj ceni mogla da pređe u svojinu poverioca ili trećeg lica, 3/ po kojoj bi poverilac imao pravo da upravlja predmetom hipoteke, odnosno da ubira plodove koje daje predmet hipoteke i 4/ po kojoj bi vlasniku nepokretnosti bilo zabranjeno da otuđi predmet hipoteke ili da ga optereti hipotekom u korist docnijeg poverioca.

¹⁷ ZOH u članu 15. stav 3. propisuje koji su to obavezni elementi koje mora sadržati ugovor o hipoteci da bi imao svojstvo izvršne isprave.

b/ Založna izjava

Založna izjava je isprava sačinjena od strane vlasnika, kojom se on jednostrano obavezuje, ukoliko dug ne bude isplaćen o dospelosti, da poverilac naplati svoje obezbeđeno potraživanje iz vrednosti te nepokretnosti, na način propisan ZOH. Već smo naglasili da na osnovu založne izjave nastaje jednostrana hipoteka. Založna izjava po formi i sadržini odgovara ugovoru o hipoteci, a da bi imala značaj izvršne isprave mora u sebi sadržati sve odredbe člana 15. stav 3. ZOH.

Prema tome, založnu izjavu može sačiniti javni beležnik, kao uostalom i ugovor o hipoteci, poštujući potrebnu formu i sadržaj javnobeležničkog zapisa, ali i formu i sadržaj koji propisuje ZOH, svakako u postupku koji važi za sačinjavanje javnobeležničkih zapisa, odnosno u svemu postupajući kao i kod ugovora o hipoteci. Založna izjava, kao jednostrani pravni posao, takođe kao i ugovor o hipoteci predstavlja osnov za nastanak hipoteke, koja nastaje upisom založne izjave u registar nepokretnosti.¹⁸

2/ Poslovi javnog beležnika kod prenosa prava i obaveza vezano za hipoteku

Poslovi javnog beležnika kod prenosa pojedinih prava i obaveza u vezi sa hipotekom¹⁹ bili bi sačinjavanje a/ ugovora o ustupanju potraživanja, b/ ugovora o nadhipoteci i c/ ugovora o preuzimanju duga, kao javnobeležničkih zapisa, kao i solemnizacija ovih ugovora ukoliko su sačinjeni kao privatne isprave. Međutim, kod ovih poslova uloga javnog beležnika bi mogla biti i u sačinjavanju javnobeležničkih zapisnika o obaveštenju dužnika o zalaganju potraživanja od strane poverioca kod nadhipoteke, odnosno sačinjavanju pristanka poverioca kod preuzimanja duga, ili njegove saglasnosti kod otuđenja dela nepokretnosti. ZOH ne predviđa obaveznu javnobeležničku formu za sačinjavanje navedenih javnobeležničkih zapisnika, što znači da bi eventualno angažovanje javnog beležnika zavisilo isključivo od volje stranaka. Međutim, imajući u vidu značaj navedenih izjava /obaveštenja, pristanaka i saglasnosti/ za očekivati je da će stranke

¹⁸ član 14. ZOH.

¹⁹ čl. 20-23. ZOH.

zbog njihovog značaja gotovo uvek zatražiti usluge javnog beležnika, uvažavajući poverenje koje bi javni beležnici imali u pogledu pravne valjanosti poslova koje obavljaju, a pretpostavka je i da bi stranke angažovale javnog beležnika već kod sačinjavanja ili solemnizacije ugovora o ustupanju potraživanja, ugovora o nadhipoteci ili ugovora o preuzimanju duga, pa bi sačinjavanje navedenih javnobeležničkih zapisnika predstavljalo samo nastavak već započete saradnje.

a/ Ustupanje potraživanja

Potraživanje obezbeđeno hipotekom može se ustupiti na osnovu ugovora o potraživanju zaključenog između poverioca i lica kome se potraživanje ustupa. Ustupanje potraživanja /cesija/ je promena poverioca u obligacionom odnosu na osnovu ugovora o ustupanju potraživanja. Zbog akcesornosti hipoteke ugovor o ustupanju potraživanja, u smislu prenosa prava i obaveza kod hipoteke, mora obavezno sadržati i klauzulu o prenosu hipoteke na lice kome se potraživanje ustupa, da bi ovaj ugovor mogao da proizvodi pravno dejstvo. "Hipoteka je prenosivo stvarno pravo, što znači da se može preneti sa jednog poverioca na drugog, ali se ne može prenositi sama za sebe, kao odvojeni pravni posao, već samo zajedno sa potraživanjem, čiju naplatu obezbeđuje."²⁰ Ugovor o ustupanju potraživanja obezbeđenog hipotekom mora biti sačinjen u pismenoj formi i sa potpisima overenim od strane suda ili drugog zakonom određenog organa. Za zaključivanje ugovora o ustupanju potraživanja obezbeđenog hipotekom nije potrebna saglasnost dužnika, jer se ovim ugovorom njegov položaj ne pogoršava. Međutim, da bi ugovor proizvodio pravno dejstvo prema trećim licima on mora biti upisan u registar nepokretnosti, jer se ovim upisom hipoteka prenosi na drugo lice.

b/ Nadhipoteka

ZOH poznaje ustanovu nadhipoteke, propisujući da se potraživanje obezbeđeno hipotekom može založiti na osnovu ugovora između hipotekarnog poverioca i nadhipotekarnog poverioca. Ugovor o nadhipoteci je ugovor između hipotekarnog poverioca i

²⁰ D. Živković, Komentar zakona o hipoteci, Beograd 2006, str.37.

nadhipotekarnog poverioca, koji bi morao da sadrži sve bitne elemente kako ugovora o hipoteci, tako i ugovora o ustupanju potraživanja sa klauzulom o prenosu hipoteke. Zakon najpre propisuje obaveznu formu za ovaj ugovor, a naime, da se zaključuje u pismenoj formi, sa potpisima overenim od strane suda, odnosno drugog zakonom ovlašćenog organa, a potom i obavezan sadržaj u smislu da mora da sadrži izričitu i bezuslovnu izjavu poverioca da se nadhipotekarni poverilac može upisati u tom svojstvu u registar nepokretnosti. Ovaj ugovor proizvodi pravno dejstvo prema dužniku od dana kada mu stigne pismeno obaveštenje o zalaganju potraživanja, od kada dužnik obavezu može ispuniti samo prema nadhipotekarnom poveriocu ili po njegovom nalogu, dok pravno dejstvo prema trećim licima proizvodi od dana upisa nadhipoteke u registar nepokretnosti.

Javni beležnik bi, pored ostalog, u vezi sa ugovorom o nadhipoteci, mogao sačinjavati obaveštenja dužniku o zalaganju potraživanja u formi javnobeležničkog zapisnika, s obzirom da se ovim obaveštenjem utvrđuje nastupanje činjenice od koje zavisi dejstvo određenog pravnog posla, odnosno ugovora o nadhipoteci prema nekom licu, tačnije dužniku. U ovom javnobeležničkom zapisniku morao bi biti unet, pored ostalog, tekst izjave – obaveštenja kojim poverilac upoznaje dužnika sa zalaganjem potraživanja. Zapisnik svakako moraju potpisati i javni beležnik i poverilac kao stranka. Javni beležnik bi bio u obavezi da ovaj zapisnik dostavi dužniku, ali smatramo da bi bilo pravno valjano i usmeno obaveštavanje dužnika od strane javnog beležnika o sadržaju obaveštenja poverioca, pod uslovom da javni beležnik sačini novi javnobeležnički zapisnik o tome kada je i sa čime upoznao dužnika, koji bi potpisali javni beležnik i dužnik.

v/ Preuzimanje duga

ZOH propisuje i mogućnost da se dug prema hipotekarnom poveriocu može preneti ugovorom o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom zaključenim između vlasnika i pribavioca predmeta hipoteke, odnosno zaključenim između vlasnika, pribavioca predmeta hipoteke i dužnika u slučaju da vlasnik nije istovremeno i hipotekarni dužnik. Ovaj ugovor se zaključuje prilikom otuđenja predmeta hipoteke i to u vidu posebnog ugovora ili u vidu dela ugovora o otuđenju

predmeta hipoteke i on proizvodi pravno dejstvo samo ako poverilac da svoj pristanak u pismenom obliku.

Pojedini autori²¹ smatraju da u konkretnom slučaju ima mesta i primeni člana 447. Zakona o obligacionim odnosima,²² utoliko što bi se smatralo da je hipotekarni poverilac dao pristanak na ugovor o preuzimanju duga ako pismeni poziv otuđioca nije odbio u roku od 3 meseca računajući od prijema poziva, pod uslovom da je u pismenom pozivu upozoren na posledicu propuštanja. Ovakav stav smatramo veoma diskutabilnim. Tačno je da se odredba člana 447. ZOO odnosi na slučaj preuzimanja duga kada je dug obezbeđen hipotekom, ali u momentu donošenja ZOO hipoteka je bila regulisana samo odredbama Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosima²³. Međutim, sada je hipoteka u našem pozitivnom pravu regulisana posebnim Zakonom, koji u odredbi člana 22. ne predviđa takvu mogućnost, već naprotiv samo propisuje da ugovor o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom proizvodi pravno dejstvo ako poverilac da svoj pristanak i to u pismenom obliku. Dakle, u situaciji kada se ZOH može posmatrati kao *lex specialis* u odnosu na ZOO, kada je u pitanju regulisanje pravnih odnosa u vezi sa hipotekom kao založnim pravom na nepokretnosti, smatramo da se u konkretnom slučaju mora primeniti odredba člana 22. stav 2. tačka 2. ZOH, a kako ona ne propisuje da će se uzeti da je poverilac dao pristanak ukoliko ne odgovori na poziv dužnika, smatramo da je za pravnu valjanost ugovora o preuzimanju duga kod potraživanja obezbeđenog hipotekom potrebna izričita pismena saglasnost poverioca. Zapaža se da ZOH ne propisuje obaveznu pismenu formu i overu potpisa kod suda ili drugog državnog organa za punovažnost ugovora o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom. Smatramo da je u pitanju nedoslednost ZOH. Ukoliko se smatralo da je dovoljno što je Zakonom o prometu nepokretnosti²⁴ propisana obavezna overa potpisa od strane suda kod ugovora o prometu nepokretnosti, te da se ta forma odnosi i na ugovor o otuđenju predmeta hipoteke, koji je uvek nepokretnost, ostaje pitanje šta u

²¹ Gloginić, Komentar zakona o hipoteci, Beograd, 2007, str. 56.

²² Zakon o obligacionim odnosima /»Sl. list SFRJ«, br. 29/78, 39/85, 45/89./, «Sl. list SRJ», br. 31/93, i «Sl. SCG», br. 1/2003/.

²³ Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa /»Sl. list SFRJ«, br. 6/80 i 36/90 i «Sl. list SRJ», br. 29/96 i «Sl. list SCG», br. 1/2003 /.

²⁴ Zakon o prometu nepokretnosti / «Sl. glasnik RS», br. 42/98/.

slučaju kada se preuzimanje duga ne reguliše posebnom klauzulom koja bi bila sastavni deo ugovora o otuđenju nepokretnosti. Dakle, to bi značilo da, u slučaju kada se prilikom otuđenja nepokretnosti opterećene hipotekom zaključuje poseban ugovor o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom, taj ugovor ne bi morao biti sačinjen u formi koja podrazumeva overu potpisa, a za ugovor o ustupanju potraživanja obezbeđenog hipotekom se zahteva takva forma.

d/ Otudjenje dela nepokretnosti

ZOH predviđa i mogućnost otuđenja dela nepokretnosti, koju reguliše u delu koji se odnosi na prava i obaveze, mada ovde nema promene u ličnosti ni dužnika, niti poverioca, već se reguliše mogućnost deobe nepokretnosti koja je u suvlasništvu ili spajanja nekretnina. Bilo da je u pitanju deoba nepokretnosti koja je u suvlasništvu, kada hipoteka automatski i u celini 16/A. obuhvata tu novoformiranu nepokretnost, ili spajanje nekretnina, kada se hipoteka proteže i obuhvata sve spojene nekretnine, potrebna je saglasnost poverioca, osim ukoliko nije drugačije ugovoreno. Zapaža se da zakon insistira samo na saglasnosti poverioca, ali smatramo da ta saglasnost mora biti pismena.

3. Poslovi javnog beležnika kod relizacije /namirenja/ hipoteke

Jedan od osnovnih poslova javnog beležnika mogao bi biti sprovođenje postupka vansudskog namirenja hipotekarnog poverioca.²⁵ Mogućnost vansudskog postupka namirenja uvodi kod nas prvi put ZOH, tako da kao način realizacije /namirenja/ hipoteke egzistira uporedo i samostalno uz namirenje u sudskom postupku, svakako uz ispunjenje zakonom propisanih uslova. Za očekivati je da će se hipotekarni poverioci prilikom zaključivanja ugovora o hipoteci ili prilikom davanja založne izjave opredeljivati za ovaj način namirenja hipoteke, iz prostog razloga što je mnogo brži i efikasniji od namirenja u sudskom postupku, koji je po pravilu dugotrajan, odnosno sa aspekta hipotekarnog poverioca krajnje neefikasan. Nije na odmet napomenuti

²⁵ / čl. 29 -36 ZOH.

da se vansudsko namirenje hipoteke odnosi samo na ugovornu i jednostranu hipoteku, svakako ukoliko imaju svojstvo izvršne isprave.

Postupak vansudskog namirenja hipoteke, kao mogućnost koja predstavlja novinu kod nas, a time i moguću ulogu javnog beležnika u tom postupku, razmatraćemo kroz tri faze: a/ pokretanje postupka, b/ prethodni postupak i v/ postupak prodaje nepokretnosti. Navedene faze imaju samo pravnoteorijski značaj i to sa aspekta ovog rada, jer postupak vansudskog namirenja hipoteke predstavlja jednu celinu, a izdvajamo ih iz razloga sistematičnosti.

a/ Pokretanje postupka

Postupak vansudskog namirenja hipoteke po ZOH pokreće se opomenom / prvom opomenom/ koju poverilac iz verodostojne isprave ili iz izvršne isprave iz člana 15.ZOH, u pismenoj formi, šalje istovremeno dužniku i vlasniku hipoteke, ukoliko su različita lica, ako dužnik nije isplatio dug o dospelosti. ZOH izričito propisuje i sadržaj navedene opomene, taksativno navodeći šta ova opomena mora da sadrži da bi proizvela pravno dejstvo. Iz same činjenice da zakonodavac propisuje obavezni sadržaj ove opomene, koju naziva prva opomena, proizlazi i značaj koji joj daje. Iz sadržaja prve opomene proizlazi da ona predstavlja obaveštenje dužniku da nije izmirio dug o roku, da mu se daje dodatni rok za izmirenje obaveze i istovremeno upozorenje o posledicama ukoliko se ni u naknadno datom roku dug ne izmiri.

Smatramo da bi javni beležnik mogao imati i ovlašćenje za sačinjavanje i dostavljanje prve opomene dužniku. Ovo svakako ukoliko poverilac, koji izvorno po zakonu ima obavezu upućivanja prve opomene, angažuje javnog beležnika za obavljanje ovog posla, kojim faktički započinje postupak vansudskog namirenja po ZOH. Prva opomena bi bila sačinjena kao javnobeležnički zapisnik i morala bi u pogledu forme i sadržaja ispuniti sve zahteve potrebne za valjanost javnobeležničkog zapisnika, kao i zahteve propisane u ZOH.

b/ Prethodni postupak

Ukoliko prva opomena dužniku ne dovede do izmirenja duga, ZOH propisuje dalje radnje poverioca koje vode ka prodaji hipotekovane nepokretnosti i namirenju potraživanja obezbeđenog hipotekom. Naime, ukoliko dužnik u roku od 30 dana od dana prijema prve opomene ne isplati dug, poverilac mora dužniku i vlasniku nepokretnosti uputiti opomenu o prodaji nepokretnosti. Takođe, i za ovu opomenu zakonodavac propisuje obavezan sadržaj, pa tako i ova opomena mora da sadrži sve elemente kao i prva opomena, pri čemu se sada pored dužnika poziva i vlasnik nepokretnosti na radnje koje mora da preduzme da bi isplatio dug i rok u kome to mora učiniti, ali i obaveštenje da je celokupan dug dospeo na naplatu, iznos duga koji je dospeo za naplatu i obaveštenje o izboru načina prodaje nepokretnosti. Pored toga, obaveza hipotekarnog poverioca je i da istovremeno sa opomenom o prodaji nepokretnosti pošalje i zahtev registru nepokretnosti, kako bi se izvršila zabeležba hipotekarne prodaje u korist poverioca, a zahtev mora sadržati i sve zakonom propisane priloge. Međutim, s obzirom da je registar nepokretnosti u obavezi da u roku od 7 dana računajući od dana prijema zahteva poverioca za zabeležbu hipotekarne prodaje, samo na osnovu zahteva poverioca i ZOH izričito propisanih priloga uz zahtev donese rešenje i izvrši zabeležbu hipotekarne prodaje, postavlja se pitanje da li su na ovaj način zaštićena prava dužnika. Ovo i pored toga što se rešenje o zabeležbi prodaje hipotekovane nepokretnosti dostavlja i dužniku, odnosno i vlasniku nepokretnosti, koji mogu izjaviti žalbu ukoliko potraživanje ili hipoteka ne postoje, ukoliko potraživanje nije dospelo za naplatu ili je dug isplaćen. Smatramo da bi bilo pravno korektno da se za upis zabeležbe prodaje hipotekovane nepokretnosti kao uslov propiše i javnobeležnička potvrda o dospelosti potraživanja koje nije izmireno, posebno ako se ima u vidu da registar nepokretnosti nije u obavezi da proveri tačnost navoda izjave poverioca da je potraživanje dospelo ili da je dug izmiren. Može se zapaziti da ZOH prevashodnu zaštitu daje poveriocu.²⁶ Hipotekarni poverilac je u obavezi da omogućiti hipotekarnom dužniku sastanak, na njegov zahtev koji mora uslediti u roku od 10 dana od dobijanja opomene o prodaji nepokretnosti, ali nije

²⁶ M. Pvlakić, Transformacija stvarnog prava u BiH, Sarajevo, 2009. str. 258, ističe da tranzicijske zemlje koje se bore za inostrane kredite i investicije rizikuju da težište zaštite sa ekstremne zaštite dužnika pomere ka ekstremnoj zaštiti poverioca.

u obavezi da u slučaju nepostizanja dogovora odloži prodaju nepokretnosti.

Angažovanje javnog beležnika od strane poverioca imalo bi puno opravdanje i u ovoj fazi postupka, i to ne samo kod sačinjavanja opomene o prodaji nepokretnosti i potvrde da je potraživanje dospelo i da nije izmireno, već i u vezi sa organizovanjem i učestvovanjem na eventualnom sastanku na kome bi insistirao dužnik. Javni beležnik bi, kao stručno i nepristrasno lice sa pravnim obrazovanjem, uz uvažavanje poverenja koje moraju kod građana imati javni beležnici, mogao u toku sastanka doprineti dogovoru poverioca i dužnika, kao posrednik, odnosno medijator.

v/ Prodaja nepokretnosti

Ukoliko dužnik ne isplati dug do dana pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje, a od dana izdavanja tog rešenja prođe rok od 30 dana, poverilac na osnovu rešenja može pristupiti prodaji nepokretnosti putem aukcije ili neposrednom pogodbom, pri čemu izbor jednog načina prodaje ne isključuje drugi ukoliko nepokretnost ostane neprodana. Dakle, poverilac sam bira jedan od dva načina prodaje, ali je obavezan da utvrdi orijentacionu tržišnu vrednost nepokretnosti angažovanjem ovlašćenog sudskog veštaka. Poverilac može sam organizovati aukcijsku prodaju nepokretnosti ili je može poveriti licu koje se time profesionalno bavi, a dužniku, vlasniku nepokretnosti, odnosno trećem licu koje ima prava na hipotekarnoj nepokretnosti, mora istovremeno poslati obaveštenje o oglasu sa izjavom u kom roku se može isplatiti celokupan dug da bi se izbegla prodaja. ZOH propisuje obavezne elemente koje mora sadržati javni oglas za aukcijsku prodaju nepokretnosti. Poverilac može dati sopstvenu ponudu na aukciji. Poverilac može u svoje ime neposrednom pogodbom prodati hipotekovanu nepokretnost po ceni koja je približna tržišnoj. Prodavac nepokretnost može prodati samostalno ili preko agencije za promet nepokretnosti ili preko advokata. Obaveza poverioca je da u slučaju prodaje neposrednom pogodbom o tome obavesti dužnika, vlasnika i lica koja imaju druga prava na nepokretnosti, najkasnije u roku od 15 dana pre zaključivanja ugovora o prodaji, pri čemu to obaveštenje mora da sadrži sve elemente propisane ZOH.

Dakle, ZOH ovlašćuje poverioca da po pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje, može pristupiti prodaji hipotekovane

nepokretnosti putem aukcijske prodaje ili neposrednom pogodbom. S obzirom da prodaju hipotekovane nepokretnosti može sprovesti poverilac samostalno, bilo da je u pitanju jedan ili drugi od navedenih načina prodaje, smatramo da bi poverilac za obavljanje ovih poslova mogao angažovati i javnog beležnika, odnosno da bi javni beležnik mogao biti nadležan i za obavljanje ovih poslova. Ovo posebno ako se ima u vidu da poverilac aukcijsku prodaju hipotekovane nepokretnosti može poveriti licu koje se time profesionalno bavi, odnosno prodaju neposrednom pogodbom advokatu ili agenciji za promet nepokretnosti. U prilog takvom stavu ide i činjenica da bi javni beležnik bio stručan za obavljanje navedenih poslova, a posebno činjenica da bi on štitio interese i poverioca, ali i dužnika u postupku prodaje nepokretnosti. Kako Republika Srbija u vreme donošenja ZOH nije imala javne beležnike, kao uostalom što ih ni danas nema, sasvim je razumljivo što se u ovom zakonu ne preciziraju nikakva ovlašćenja javnog beležnika. Prema tome, javni beležnik bi najpre utvrdio orijentacionu tržišnu vrednost hipotekarne nepokretnosti koja se prodaje angažovanjem ovlašćenog sudskog veštaka, a potom bi preduzimaio druge potrebne radnje vezane za predmetnu prodaju. Kod aukcijske prodaje javni beležnik bi sačinio i objavio javni oglas o održavanju aukcijske prodaje, a uz objavljivanje javnog oglasa istovremeno bi u formi javnobeležničkog zapisnika sačinio i dostavio obaveštenje svim licima na koje ZOH upućuje o elementima oglasa i roku u kome se može isplatiti celokupan dug da bi se izbegla prodaja. Kod prodaje neposrednom pogodbom javni beležnik bi takođe u formi javnobeležničkog zapisnika obavestio sva lica na koja ZOH upućuje o prodaji hipotekovane nepokretnosti neposrednom pogodbom uvažavajući obavezni zakonski sadržaj ovog obaveštenja. Svakako, posao javnog beležnika bi bio i regulisanje svih troškova postupka iz dobijene cene, kao i eventualna isplata dužnika ukoliko je postignuta cena prevazišla potraživanje poverioca i nastale troškove.

4. Poslovi javnog beležnika kod prestanka hipoteke

Hipoteka prestaje ispisom iz registra nepokretnosti u koji je bila upisana. Ispis hipoteke može se vršiti na zahtev dužnika, vlasnika nepokretnosti ili na zahtev poverioca, pod uslovom da je potraživanje obezbeđeno hipotekom prestalo na zakonom propisan način. ZOH kao osnove prestanka hipoteke propisuje ispis na zahtev vlasnika, propast nepokretnosti, opšti interes, sudsku javnu prodaju, vansudsku prodaju, konfuziju i konsolidaciju, odricanje od hipoteke i amortizaciju

obezbeđenog potraživanja. Međutim, imajući u vidu potrebe ovog rada zadržaćemo se samo na naknadnom ugovoru kao osnovu prestanka hipoteke.

Naknadni ugovor

Naknadni ugovor²⁷ je poseban ugovor između hipotekarnog poverioca i vlasnika nepokretnosti, zaključen po dospelosti obezbeđenog potraživanja u pismenoj formi, sa potpisima overenim u sudu, odnosno od strane drugog zakonom ovlašćenog organa, a kojim može da se ugovori delimični ili potpuni prenos prava svojine, odnosno drugog stvarnog prava na predmetu hipoteke, na poverioca, umesto ispunjenja duga, kao i svaki drugi posao kojim se postiže brisanje hipoteke sa nepokretnosti. O ovom ugovoru poverilac mora bez odlaganja obavestiti dužnika. Svakako, javni beležnik bi bio ovlašćen i za sačinjavanje ovog ugovora u vidu javnobeležničkog zapisa.

Dakle, ovaj ugovor se može zaključiti samo nakon dospelosti obezbeđenog hipotekarnog potraživanja. Pojedini autori smatraju da ovaj ugovor može biti zaključen samo do dospelosti poveriočevog potraživanja koje je obezbeđeno hipotekom, ističući da bi suprotno stanovište bilo protivno odredbi člana 13. ZOH, koja propisuje da je ništava odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, poverilac može da proda nepokretnost suprotno odredbama ovog zakona ili da nepokretnost po neodređenoj ili unapred određenoj ceni prelazi u svojinu poverioca ili trećeg lica.²⁸ Ne možemo se složiti sa ovakvim stanovištem, prvo jer zakon izričito propisuje da se ovaj ugovor može zaključiti tek po dospelosti potraživanja, drugo, odredba člana 13. ZOH odnosi se na ugovor o hipoteci, a ne na naknadni ugovor, i treće, naknadnim ugovorom se ne prejudicira neispunjenje obaveze, već se vlasniku ostavlja mogućnost da izabere ovaj ugovor ili prodaju nepokretnosti na zakonom propisan način.

²⁷ član 27. ZOH.

²⁸ D. Živković, op. cit. str- 45.

B/ POSLOVI PRENESENI IZ NADLEŽNOSTI SUDOVA NA JAVNOG BELEŽNIKA

Polazeći od podele vlasti u savremenim državama na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, a uvažavajući da je sudska vlast nezavisna u smislu da poslove koji su zakonom stavljeni u sudsku funkciju mogu obavljati samo sudovi, nameće se kao "ispravan pristup Nacrta zakona o javnom beležništvu kada predviđa da samo sud može da poveri notaru vršenje određenih poslova koji spadaju u nadležnost redovnih sudova u vanparničnom postupku".²⁹ Naime, NZJB u odredbi člana 3. stav 3. tačka 4. predviđa da je javni beležnik ovlašćen da po nalogu suda obavlja poslove poverene tim zakonom, da bi već odredbom člana 4. predvideo da sud može javnom beležniku poveriti poslove popisa i procene zaostavštine, odnosno čuvanja ostavinskih isprava, novca, hartija od vrednosti ili dragocenosti. Međutim, iz navedenog je očigledno da NZJB ne predviđa mogućnost poveravanja određenih poslova javnom beležniku vezano za njegovu ulogu kod založnog prava na nepokretnosti, osim što u odredbi člana 48. kada govori koje akte javni beležnik sačinjava u obliku javnobeležničkog zapisa, navodi i zasnivanje založnog prava na nepokretnim ili pokretnim stvarima u skladu sa zakonom. Ova odredba NZJB više upućuje na ovlašćenja i nadležnosti javnog beležnika koje bi on mogao imati prema ZOH, odnosno kod sastavljanja ugovora o hipoteci i založne izjave, nego što bi upućivala na određene poslove koji bi prema ZIP sudovi mogli poveriti javnim beležnicima.

Stoga, ukazaćemo na pojedine poslove iz ZIP koje bi sudovi mogli poveriti javnim beležnicima polazeći od principa iz uporednog prava, svakako uz određene izmene ZIP, ali ne i donošenje odluka umesto redovnih sudova. Prema pojedinim autorima³⁰ sudovi bi u izvršnom postupku mogli poveriti javnom beležniku sledeće poslove: a/ procene i sprovođenje javnog nadmetanja radi prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari, b/ sastavljanje inventara i popis stvari i sprovođenje rasprave o deobi prodajne cene u izvršnom postupku.³⁰ Naime, javni beležnici bi u pogledu delegirane nadležnosti, u vezi sa založnim pravom na nepokretnosti, mogli obavljati poslove koje bi inače mogli obavljati i kod vansudskog postupka namirenja hipotekarnog potraživanja.

²⁹ A. Jakšić, op. Cit. Str. 156.

³⁰ A. Jakšić, op. cit. str. 170-172.

Na ovom mestu pomenućemo i to da ZIP predviđa mogućnost obezbeđenja potraživanja založnim pravom na nepokretnim i pokretnim stvarima na osnovu sporazuma stranaka i založnim pravom na nepokretnostima na osnovu izvršne isprave. Zapaža se da se u oba slučaja radi o sudskoj hipoteci, u prvom slučaju o sudskoj hipoteci čiji je osnov sudsko poravnanje, a u drugom slučaju o sudskoj hipoteci čiji je osnov po pravilu sudska presuda. U drugom slučaju zasnivanje sudske hipoteke podrazumeva prethodno vođenje obično dugotrajnog parničnog postupka, iz kog razloga je izmenama od 1990. godine data i mogućnost zasnivanja sudske hipoteke na osnovu sporazuma stranaka, na osnovu sudskog poravnanja, čime se znatno skraćivao postupak do dobijanja izvršne isprave. U to vreme hipoteka na osnovu sporazuma stranaka je u praksi potisnula zasnivanje hipoteke na osnovu ugovora o hipoteci, jer ugovor o hipoteci nije imao snagu izvršne isprave sve do donošenja ZOH, tako da je dobijanje svojstva izvršne isprave podrazumevalo dugotrajnu parnicu. Kada je reč o zasnivanju založnog prava na nepokretnosti na osnovu sudske odluke, jasno je da se ti poslovi ne mogu poveravati javnom beležniku. Međutim, sada kada ugovorna hipoteka, u skladu sa odredbama ZOH može imati svojstvo izvršne isprave i kada se može realizovati neposredno bez učešća suda, ne vidimo svrhu postojanja sudske hipoteke na osnovu sporazuma stranaka, a time ni svrhu poveravanja poslova javnom beležniku od strane suda vezano za zasnivanja založnog prava na osnovu sporazuma stranaka, posebno jer bi javni beležnik ove poslove mogao mnogo efikasnije obavljati u okviru svoje isključive nadležnosti. Sudska hipoteka na osnovu sporazuma stranaka imala je ogroman značaj sve do donošenja ZOH, jer je poverilac do izvršne isprave dolazio bez dugotrajne parnice, ali sada kod postojanja mogućnosti zasnivanja ugovorne hipoteke i kod mogućnosti vansudskog namirenja poverioca ona gubi značaj, bar u smislu efikasne naplate potraživanja iz hipotekovane nepokretnosti.³¹ Smatramo ispravim rešenje koje su prihvatile Republika Slovenija i Republika Makedonija u svojim izvršnim zakonima, koje više ne poznaju mogućnost sticanja založnog prava na osnovu sudskog sporazuma stranaka, pri čemu ne možemo prihvatiti kao moderno rešenje slovenačkog izvršnog zakonodavstava koje ne dozvoljava neposredno izvršenje na osnovu javnobeležničkog akta, već podrazumeva i odluku- rešenje suda o izvršenju.³²

³¹ Bliže o ovome M. Dika, *Sudsko i javnobilježničko založno pravo osigurane tražbine na temelju sporazuma stranaka*, Zbornik radova «Novo ovršno i stečajno pravo», Zagreb 1996, str. 98.

³² Bliže o ovome V. Rijavec, *Civilno izvršilno pravo*, Ljubljana 2003.

ZAKLJUČAK

Javno beležništvo je jedan od značajnih instituta modernog prava, tako da bi Republika Srbija trebalo da u najskorije vreme donese Zakon o javnim beležnicima. Kada je reč o ulozi javnih beležnika kod založnog prava na nepokretnostima neohodno je jasno definisanje položaja i ovlašćenja javnog beležnika. Republika Srbija je donela poseban Zakon o hipoteci, koji hipoteku ponovo "oživljava", dajući garancije za efikasnu naplatu potraživanja obezbeđenog hipotekom. Međutim, smatramo da bi, nakon promena koje su se dogodile u društvenoj i ekonomskoj sferi Republike Srbije, bila neophodna opšta revizija ukupnih stvarnopravnih odnosa u smislu donošenja novog zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, i s tim u vezi istovremeno usaglašavanje i drugih postojećih procesnih zakonskih propisa.

Katarina Dolović,

Student of doctors studies at the Faculty of Law, Belgrade

THE ROLE OF PUBLIC NOTARY IN THE FIELD OF POSSESSORY LIEN ON REAL ESTATE

Public notary is an important institute of modern law, therefore it is indispensable that the Republic of Serbia should adopt a Law on Public Notary Service. As regards the role of the public notary in the field of possessory lien on real estate it is necessary that the position and the authority of public notary should be clearly defined. The Republic of Serbia adopted a special Mortgage Law, thus "reviving" the concept of mortgage, and providing guarantees of an efficient collection of mortgage debts. It is our belief, however, that after the changes that occurred in the social and economic spheres in the Republic of Serbia, a general review of entire property law relations should be conducted, in terms of adopting a new law on the bases of right of ownership relations and simultaneously reconciling other legislation related to legal proceedings.

Key words: Public notary; Real estate; mortgage

RADOVI STUDENATA DIPLOMSKIH STUDIJA

Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu već četiri godine organizuje nastavu iz predmeta koji se svrstava u tzv. „pravne veštine“ – *Pravno pisanje i istraživanje*. Predmet je smešten na diplomatske studije i zajednički je za sve kurseve master i specijalističkih programa. U pitanju je novina u obrazovanju pravnika, koji su do sada često završavali studije i dobijali diplomu (i titulu) diplomiranog pravnika, a da pri tome nisu imali niti priliku, ni obavezu da svoje znanje prodube kroz proces istraživanja nekih specifičnih pitanja koja su ih naročito interesovala, kao ni da tako stečene informacije analitički i kritički pretoče u naučne tekstove.

Kroz izučavanje pravnih veština pravnog pisanja i istraživanja, Pravni fakultet Univerziteta Union pokušava da na istoimenom predmetu ispravi ovaj značajan nedostatak. Sam predmet je koncipiran tako da studenti stiču znanja koja se tiču tehnike pisanja, tehničkog opremanja naučnog teksta, taktike i stila pisanja i izražavanja u radovima iz oblasti pravnih nauka, kao i osnovna saznanja o načinima istraživanja pravnih tekstova i propisa putem savremenih visokih tehnologija – pretraživanjem različitih baza podataka i propisa na internetu, kao i pretraživanjem srpskih i stranih bibliotečkih baza. Svaki student koji završi ovaj kurs ima potrebno znanje kako izvršiti naučno istraživanje, gde potražiti relevantne izvore i na koji način ga uobličiti i preneti na papir u zadovoljavajućoj naučnoj formi.

Budući da naučni istraživači svoje potpuno zadovoljstvo doživljavaju kada otkriveno i napisano podele sa drugima, smatrali smo da će objavljivanje najboljih među pristiglim radovima u zimskom semestru nastave 2009/2010. godine predstavljati kako posebnu satisfakciju za autore, tako i dodatni stimulans za sve ostale studente koji žele da se upuste u avanturu izučavanja različitih pravnih problema, razvijajući na taj način svoje sposobnosti, a istovremeno dajući doprinos srpskoj pravnoj nauci i unapređujući njene postojeće domete. Jer, kako je govorio znameniti Jovan Cvijić, „svi se mi u nauci penjemo jedni drugima na ramena“.

mr Mario Reljanović
istraživač-saradnik Instituta za uporedno pravo

Tanja Radosavljević, advokat

adv.kanc. *Oblučar-Vasiljević-Radosavljević*

STAV 3 ČLANA 5 EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Glavni iskorak u odnosu na tradicionalno shvatanje ljudskih prava učinjen je svakako kada je zaštita istih podignuta na nadnacionalni nivo, najpre od strane UN, a zatim i osnivanjem Evropskog suda za ljudska prava u okviru Saveta Evrope i usvajanjem Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Koliko je ovaj napredak zapravo u praksi doprineo većem poštovanju ljudskih prava u samim državama i koliko je potrebno dalje raditi na unapredjenju ove oblasti sagledaćemo analizom jednog od najstarije priznatih prava vezanog za krivični postupak, a to je pravo da svako ko je uhapšen ili lišen slobode bude bez odlaganja izveden pred sud i da mu se sudi u razumnom roku. Ovo pravo je u Evropskoj Konvenciji propisano u stavu 3 člana 5. Daćemo kratak istorijski pregled, analizirati neke međunarodne dokumente kao i domaće pozitivno zakonodavstvo po ovom pitanju, a koncentrišaćemo se na stanje na evropskom kontinentu razmatranjem odluka Evropskog suda za ljudska prava po predstavkama koje su mu upućene zbog navodno kršenja stava 3. člana 5. Evropske Konvencije. Po dobijenom odgovoru na napred navedena pitanja, predložićemo određena moguća rešenja koja bi možda doprinela daljem unapredjenju poštovanja ovog prava.

Ključne reči: Evropska konvencija o ljudskim pravima, pravo na slobodu i sigurnost, Evropski sud za ljudska prava, pravo na suđenje u razumnom roku.

1. UVODNE NAPOMENE

Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹ predstavlja, zajedno sa protokolima donetim uz nju, jedan od osnovnih izvora međunarodnog prava u okviru ljudskih prava, kao i nezamenjiv instrument u zaštiti ljudskih prava na nadnacionalnom nivou. Kao što se u njenoj preambuli navodi, zemlje potpisnice su kao jedan od motiva imale očuvanje i razvijanje osnovnih ljudskih prava i sloboda kao cilj kojem je potrebno stremiti, a pri tome imajući u vidu Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima Generalne Skupštine Ujedinjenih Nacija². U ovom smislu, druga polovina XX veka postala je prekretnica u oblasti priznavanja i zaštite ljudskih prava i sloboda³. Pored ova dva dokumenta tokom druge polovine XX veka imamo niz multilateralnih konvencija i međunarodnih ugovora koji se odnose na ovu oblast⁴.

Istorijski gledano, razvoj ljudskih prava u modernom značenju započinje u XVIII veku, velikim buržoaskim revolucijama u Evropi, kao i Američkom revolucijom za nezavisnost. Međutim prvi pisani akt koji se navodi kada se govori o pravima čoveka je svakako Velika povelja o slobodama (*Magna Carta Libertatis*, u daljem tekstu *Magna Carta*) iz 1215. godine kojom je engleski kralj John ograničio kraljevsku vlast, plemstvu priznao veliki broj privilegija, ali je i

¹Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 04.11.1950.g. (u daljem tekstu: Konvencija) i Protokoli uz Konvenciju 1 do 14, kao i Protokol 14bis, "Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori" 13/2003.

²Univerzalna Deklaracija o ljudskim pravima, Generalna Skupština UN, Rezolucija 217 A (III), 10.12.1948.g. (u daljem tekstu: Univerzalna Deklaracija), videti www.un.org/en/documents/udhr.

³O pojmu ljudska prava videti više: Dr Vojin Dimitrijević - Dr Milan Paunović - Mr Vladimir Djerić, *Ljudska prava – udžbenik*, Beogradski Centar za ljudska prava, Beograd, 1997 (u daljem tekstu Dimitrijević-Paunović *Ljudska prava*).

⁴Videti između ostalog: dokumenti UN: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) (u daljem tekstu PGP); Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966); Drugi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1989); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; dokumenti Saveta Evrope: Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih i ponižavajućih kazni i postupaka (1987); Evropska socijalna povelja (1996); dokumenti OSCE: Haške preporuke o pravu nacionalnih manjina na obrazovanje iz 1996; Preporuke iz Osla o pravu nacionalnih manjina na upotrebu sopstvenog jezika iz 1998.

postavio temelje za prava svih slobodnih podanika i to naročito u oblasti krivičnog prava⁵. Može se, zapravo, slobodno reći da su prava vezana za krivični postupak ona koja su počela najranije da se razvijaju i ulaze u takozvanu "Prvu generaciju" prava. Ona su i danas izuzetno aktuelna i regulisana ne samo nacionalnim zakonodavstvima, već je njihova zaštita obezbedjena međunarodnim instrumentima. Naravno, u Konvenciji veliki broj članova predviđa obavezu poštovanja ovih prava⁶. U ovom radu posebno ćemo se baviti stavom 3 člana 5 "Pravo na slobodu i sigurnost" Konvencije (u daljem tekstu čl.5.3.):

" Svako ko je uhapšen ili lišen slobode shodno odredbama iz stava 1.c ovog člana biće bez odlaganja izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudijske funkcije i imaće pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušteno na slobodu do sudjenja. Puštanje na slobodu može se usloviti jemstvima da će se lice pojaviti na sudjenju. "

Zašto je baš ovaj stav ovog člana interesantan za krivičare? Vrlo jednostavno, član 5, stav 3. neraskidivo je vezan za osnovni princip modernog krivičnog prava - pretpostavku nevinosti. Upravo član 6. Konvencije podvlači u stavu 2. ovaj princip: "Svako ko je optužen za krivično delo smatraće se nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona".

Kada se veza ova dva stava i dva člana uzme u obzir, potpuno je jasno zašto u članu 5, stav 3. nalazimo izraze "bez odlaganja" i "u razumnom roku". Predpostavimo na trenutak da je neko lice optuženo za neko teže krivično delo, a da isto to lice krivično delo zapravo nije počinilo, te se nakon krivičnog postupka, pravosnažnom presudom oglašava nevinim. Ovakvih slučajeva u praksi pravosudja ima svuda i biće ih i u buduće. Svakako da neće biti isto da li se lice nalazilo u pritvoru duže ili kraće vreme, ili se branilo sa slobode. Ovakva postavka problema, naravno, ne isključuje da pravo iz člana 5, stav 3.

⁵ *Magna Carta Libertatis 1215*; više u: Dimitrijević-Paunović *Ljudska prava*, str. 34.

⁶ Član 3: Zabrana mučenja, član 4: Zabrana ropstva i prinudnog rada, član 5: Pravo na slobodu i sigurnost, član 6: Pravo na pravično sudjenje, član 7: Kažnjavanje samo na osnovu zakona, član 13: Pravo na delotvorni pravni lek; Protokol 4 (1963) član 1: Zabrana kazne zatvora za dug; Protokol 6 (1983) član 1: Ukidanje smrtne kazne; Protokol 7 (1984) član 2: Pravo na žalbu u krivičnim stvarima, član 3: Naknada za pogrešnu osudu, član 4: Pravo da se ne bude sudjen ili kažnjen u istoj stvari; Protokol 13 (2002) član 1: Ukidanje smrtne kazne.

Konvencije mora biti zaštićeno i u pogledu osoba za koje je u krivičnom postupku utvrđena krivica.

2. DRUGI MEDJUNARODNI DOKUMENTI KOJI REGULIŠU MATERIJU IZ ČL. 5.3. KONVENCIJE

Magna Carta. Svakako moramo pomenuti *Magna Carta*-u kao važan istorijski izvor. Doneta je 1215. godine u mestu Runnymede⁷, Engleska. Iako dokument koji ne predstavlja izvor prava u oblasti ljudskih prava u današnjem smislu reči (privilegije su “poklonjene”, ne priznate kao prirodne i većina se odnosi samo na plemstvo, a prava su “poklonjena” slobodnim ljudima kao podanicima, ne kao građanima⁸), nekoliko odredaba iz ovog dokumenta još uvek su na pravnoj snazi u Engleskoj. Među njima su i odredbe pod brojevima (38), (39) i (40)⁹. U njima se navodi da ubuduće ni jedan zvaničnik neće moći da sudi ma kom čoveku na osnovu svoje lične izjave, a da pored iste ne postoje svedoci koji bi potvrdili istinitost takve izjave (38), da niti jedan čovek neće biti uhapšen, pritvoren, ili lišen svojih prava ili svoje imovine, ili biti stavljen van zakona ili proteran, ili lišen svog položaja u ma kom pogledu, niti će se postupati prema njemu uz upotrebu sile, niti poslati druge da tako čine, osim na osnovu pravosnažne presude njemu jednakih ljudi ili na osnovu zakona zemlje (39), kao i da se nikome neće prodati, niti uskratiti, niti odlagati pravo na pravdu (40). Ovo je svakako predstavljalo značajan napredak u odnosu na samovolju vladara, plemstva, pa i crkve u periodu srednjeg veka, ka razvoju ljudskih prava i ograničenju iste samovolje.

Deklaracije u XVIII veku. Deklaracija o pravima čoveka i građanina. Francuska buržoaska revolucija 1789. godine rezultira donošenjem Deklaracije o pravima čoveka i građanina¹⁰. Kao osnovna

⁷ O ovom događaju poznati engleski pesnik Rudyard Kipling (1865 – 1936) napisao je poemu „At Runnymede“

⁸ Dimitrijević-Paunović *Ljudska prava*, str. 34

⁹ Trebalo bi napomenuti da originalni dokument, tj. dokumenti, pošto nije u pitanju samo jedan primerak, nisu imali numeraciju članova, već je to naknadno urađeno. Takođe, originalni dokument je izrađen na latinskom jeziku, ali se uglavnom sva tumačenja zasnivaju na engleskom prevodu. Veliki broj verzija prevoda radjen je tako da ne prevodi bukvalno rečenice, već duh rečenica. Više o dokumentu na <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html>, 7. novembar 2009.

¹⁰ Deklaracija o pravima čoveka i građanina 1789.

prava navodi *slobodu, jednakost i bratstvo* (franc. *liberté, égalité, fraternité*). *Američka Deklaracija o nezavisnosti i prvih deset amandmana uz Ustav SAD*. Prvih deset amandmana uz Ustav SAD poznati kao *Lista Prava* (eng. *Bill of Rights*) iz 1787. godine, u Amandmanu VI regulišu materiju prava u krivičnom postupku. Amandman VI navodi, između ostalog, da će optuženi u ma kom krivičnom postupku uživati pravo na brzo i javno sudjenje.¹¹

*PGP*¹². Član 9, stav 3. PGP zapravo je pandam članu 5, stav 3. Konvencije. Nadvodi "svako ko je uhapšen ili zatvoren zbog krivičnog dela biće u najkraćem roku izveden pred sudiju ili nekog drugog službenika, zakonom ovlašćenog da vrši pravosudnu funkciju, i u razumnom roku će mu se suditi ili će biti oslobođen. Stavljanje u pritvor lica koja očekuju da im se sudi ne sme biti opšte pravilo, ali puštanje na slobodu može se usloviti jamstvom kojim će se osigurati prisustvo lica u pitanju na suđenju u bilo kom stadijumu sudskog postupka, kao i, u slučaju potrebe, radi izvršenja presude". Dalje se ovo pravo razvija u članu 14, stav 3. pod (c), gde se kaže da svako ko je optužen ima zajamčeno pravo "da mu bude sudjeno bez nepotrebnog odugovlačenja", a već pomenuti princip prezumpcije nevinosti, koji je neraskidivo vezan za član 5, stav 3. i izražen kroz član 6, stav 2. Konvencije, u PGP dat je u stav 2. istog člana 14: "Svako ko je optužen za krivično delo ima pravo da se smatra nevinim sve dok se njegova krivica na osnovu zakona ne dokaže." Članom 14. je zajamčen još niz prava koja se vezuju za optužene u krivičnom postupku. Da je zaštita ovih prava shvaćena ozbiljno i kao jedan od imperativa, možemo videti na osnovu toga što je na više zasedanja Komitet za ljudska prava UN donosio komentare kako za član 9, tako i za član 14.¹³ Na Šesnaestom zasedanju 1982. godine donet je Opšti komentar broj 8 u vezi član 9. u kojem se navodi da države ugovornice u izveštajima pokazuju usko tumačenje člana 9. Konkretno za stav 3. člana 9, u Komentaru se navodi da iako je zakonima većine država predviđeni precizniji

¹¹ Tekst *Bill of Rights* kao i drugih povelja o slobodama na http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html, 07.12.2009.g.

¹² Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne Skupštine UN 2200A (XXI) od 16.12.1966. Stupio na snagu 23.03.1976.g. u skladu sa članom 49., „Službeni List SFRJ-Medjunarodni ugovori“, br. 7/1971.

¹³ Tekst PGP, kao i Opšti komentari i preporuke, mogu se naći na <http://www.bgcentar.org.rs>.

vremenski periodi, odstupanja postoje, ali ona ne bi smela biti duža od nekoliko dana. Takodje se navodi da države nisu dostavile dovoljno informacija u izveštaju po ovom pitanju i da je trajanje pritvora pre početka sudjenja u izvesnim krivičnim slučajevima izazvalo zabrinutost Komiteta, obzirom da se postavlja pitanje da li je praksa tih država u skladu sa pravom svakog "da mu se sudi u razumnom roku ili bude oslobođen". Ponovo se naglašava stav da prekrivični pritvor predstavlja izuzetak i da mora trajati što je kraće moguće. Na dvadeset prvom zasjedanju 1984. godine donet je Opšti komentar broj 13 u vezi člana 14. Komitet je smatrao da, obzirom da je član 14. složene prirode, postoji potreba da se različiti aspekti ovog člana i njegovih odredaba posebno objasne. Takodje, izneto je mišljenje da je ubuduće neophono da države podnose detaljnije informacije. U vezi ovoga, Komitet je uočio nedostatak informacija u pogledu stava 2. člana 14, a u nekim slučajevima je čak primetio da je pretpostavka nevinosti, koja je od fundamentalnog značaja za zaštitu ljudskih prava, izražena na veoma nejasan način ili nalaže uslove koji je čine nedelotvornom. Zbog pretpostavke nevinosti, teret dokazivanja optužbe je na tužilaštvu, a u slučaju sumnje, odlučuje se u korist optuženog (*in dubio pro reo*). Niko se ne može proglasiti krivim dok se optužba ne dokaže van svake razumne sumnje. Pretpostavka nevinosti podrazumeva pravo da se odnosi na pravo da se bude tretiran u skladu sa tim principom. Stoga je dužnost javnih vlasti da se uzdrže od prejudiciranja ishoda suđenja. Tačka (c) stava 3. propisuje da optuženom mora biti suđeno bez nepotrebnog odugovlačenja. Ta garancija se ne odnosi samo na početak suđenja, već se sve faze postupka moraju se odvijati "bez nepotrebnog odugovlačenja".

U daljem pregledu, kada budemo razmatrali sporove koji se vode pred Evropskim sudom za ljudska prava po osnovu člana 5, stav 3. Konvencije, videćemo da se po problemima koje je izneo Komitet za poslednjih 25 godina situacija nije izmenila u znatnoj meri, o čemu svedoči veliki broj predstavki pojedinaca pred Sudom.

*Statut Medjunarodnog Krivičnog Suda za bivšu Jugoslaviju*¹⁴. Statut MKSBJ u članovima 20. i 21. propisuje prava optuženih. Član

¹⁴ U daljem tekstu Statut MKSBJ. Tekst Statuta MKSBJ može se naći na http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf, 07.12.2009.g..

20. "Početak i vođenje sudskog postupka" u stavu 1. navodi da "Pretnesna vijeća moraju osigurati da suđenje bude pravično i ekspeditivno, te da se postupak vodi u skladu s pravilima o postupku i dokazima uz puno poštovanje prava optuženog i dužnu brigu o zaštiti žrtava i svjedoka ...", a u stavu 3. istog člana se kaže da će veće odmah nakon izjašnjenja o krivici odrediti datum početka suđenja. Prezumpcija nevinosti regulisana je stavom 3. člana 21: "Optuženi se smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivica u skladu s odredbama ovog Statuta", a u stavu 4(c) navodi da optuženi ima pravo da mu se sudi bez nepotrebnog odgađanja.

Rimski Statut. Statut Međunarodnog Krivičnog Suda u Hagu (u daljem tekstu ICC), poznat i kao *Rimski Statut*¹⁵, predmetnu materiju reguliše članom 60, gde u stavovima 1, 2. i 3. govori o pravu na privremeno puštanje na slobodu do suđenja, dok se u stavu 4. navodi da će veće koje vodi prethodni postupak da se stara o tome da se okrivljeni ne drži dugo u pritvoru pre početka suđenja i to zbog neopravdanog odugovlačenja od strane tužioca.

Ustav¹⁶ i Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije¹⁷. Ustav Srbije određena prava lica lišenih slobode i prava vezana za pritvor daje u odredbama članova 27. do 34. Ustav daje garanciju da je lišenje slobode dozvoljeno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom, kao i da svako lice lišeno slobode ima pravo žalbe sudu, a da je sud dužan da hitno odlučuje o zakonitosti lišenja slobode, kao i da naredi puštanje na slobodu ukoliko je lišenje slobode bilo nezakonito (član 27.), dalje govori o načinu postupanja sa licima lišenim slobode (član 28.). Ukoliko je lice lišeno slobode bez odluke suda, ono se bez odlaganja, a najkasnije u roku od 48 sati, mora predati nadležnom sudu ili u protivnom pustiti na slobodu (član 29.). Lišenje slobode lica za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo može se sprovesti samo na osnovu odluke suda i to ukoliko je ova mera neophodna za vodjenje krivičnog postupka, a pismena odluka – obrazloženo rešenje suda o pritvoru uručuje se najkasnije 12 sati od pritvaranja, dok se odluka o žalbi na ovakvo rešenje dostavlja se pritvoreniku u roku od 48 sati (član 30.). Sud pritvor svodi na najkraće neophodno vreme, imajući u vidu razloge pritvora. Pritvor određen

¹⁵ Rimski Statut, "Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori", br. 5/2001.

¹⁶ Službeni glasnik RS, br. 83/2006.

¹⁷ Službeni glasnik RS, br. 40/06.

odlukom prvostepenog suda traje u istrazi najduže tri meseca, dok ga viši sud može produžiti za još tri meseca, a ako i po isteku ovog roke ne bude podignuta optužnica, pritvorenik se pušta na slobodu. Pritvorenik se pušta da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je pritvor bio određen (član 31). Svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da mu se sudi bez odugovlačenja (član 32). Princip prezumpcije nevinosti dat je u trećem stavu člana 34 gde se navodi da se svako smatra nevinim za krivično delo dok se njegova krivica ne utvrdi pravosnažbon odlukom suda.

Nakon utvrdjivanja svrhe Zakona o krivičnom postupku u članu 1. i prava suda da izviče krivične sankcije u članu 2, zakonodavac je u stavu 1. člana 3. kao prvo i osnovno pravilo postupka podvukao prezumpciju nevinosti: *“Svako će se smatrati nevinim dok se njegova krivica ne utvrdi pravosnažnom odlukom nadležnog suda”*. Dalje, u članu 12. zakonodavac navodi da okrivljeni ima pravo da u najkraćem roku bude izveden pred sud i da mu bude sudjeno bez bilo kakvog neopravdanog odlaganja, kao i da je sud dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja i da pritvor i druga ograničenja lične slobode moraju biti svedeni na najkraće nužno vreme. Ovim odredbama zakonodavac potvrđuje garancije date Ustavom Srbije. Ove garancije se detaljnije razradjuju u Glavi IX, u kojoj se govori o merama obezbedjenja prisustva okrivljenog i nesmetano vodjenje krivičnog postupka. Zakonodavac je kao najtežu meru propisao pritvor, ali je naglasio u članu 165.2 da će sud voditi računa da se ne primenjuje teža mera ukoliko se ista svrha može postići blažom merom, kao i u članu 165.3 da ukoliko prestanu razlozi zbog kojih je mera određena, ona će se ukinuti ili zameniti blažom. Uslovi i način određivanja mere pritvora nalaze se u članovima 173. do 179. Zakonodavac propisuje da se pritvor može odrediti samo pod uslovima predviđenim zakonom i samo ako se ista svrha ne može ostvariti drugom merom, a dužnost je svih organa da postupaju sa naročitom hitnošću ako se okrivljeni nalazi u pritvoru (član 173.). Koji su to razlozi određivanja pritvora? Odrediće se protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo određeno krivično delo, ukoliko je pritvor potreban u cilju nesmetanog vodjenja krivičnog postupka, a ako postoje dodatni razlozi: ako se krije ili ako se ne može utvrditi njegov identitet, ili ako postoje okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva; ako postoje okolnosti koje ukazuju da će uništiti, sakriti, izmeniti ili falsifikovati tragove krivičnog dela ili druge dokaze ili ako osobite okolnosti ukazuju da će okrivljeni ometati

postupak uticanjem na svedoke, saučesnike ili prikrivače; ako osobite okolnosti ukazuju da će okrivljeni učiniti novo krivično delo ili dovršiti pokušano, odnosno da će učiniti krivično delo kojim pretili; ako je za krivično delo propisana kazna zatvora preko deset godina i ako je određivanje pritvora očigledno neophodno zbog načina izvršenja, posledica ili drugih posebno teških okolnosti krivičnog dela; ako uredno pozvani optuženi očigledno izbegava da dođe na glavni pretres ili ako je sud u više navrata pokušao da optuženog uredno pozove, a sve okolnosti ukazuju da optuženi očigledno izbegava da primi poziv; optuženom kojem je presudom prvostepenog suda izrečena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a određivanje pritvora je očigledno opravdano zbog načina izvršenja, posledica ili drugih posebno teških okolnosti krivičnog dela (član 174.). Dalje zakonodavac utvrđuje sadržaj rešenja o pritvoru i žalbu na rešenje (član 175.), kao i trajanje pritvora u istrazi (član 176.), ukidanje pritvora tokom istrage (član 177.), trajanje pritvora nakon završene istrage (član 178.) i obaveštavanje o lišenju slobode (član 179.). Na osnovu rešenja istražnog sudije, okrivljeni se može zadržati u pritvoru najviše mesec dana od dana lišenja slobode. Posle tog roka okrivljeni se može zadržati u pritvoru samo na osnovu rešenja o produženju pritvora. Pritvor se po odluci veća može produžiti najviše za dva meseca. Protiv rešenja veća dozvoljena je žalba koja ne zadržava izvršenje rešenja. Ako se postupak vodi za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora preko pet godina ili teža kazna, veće Vrhovnog suda može, na obrazloženi predlog istražnog sudije ili javnog tužioca, iz važnih razloga produžiti pritvor najviše za još tri meseca. Protiv ovog rešenja dozvoljena je žalba koja ne zadržava izvršenje rešenja, o kojoj odlučuje Vrhovni sud Srbije u veću sastavljenom od trojice sudija. Ako se do isteka navedenih rokova ovog člana ne podigne optužnica, okrivljeni će se pustiti na slobodu.

Posle predaje optužnice sudu, do završetka glavnog pretresa, pritvor se može, na predlog tužioca, odrediti ili ukinuti samo rešenjem veća, ali je veće dužno da i bez predloga stranaka ispita da li još postoje razlozi za pritvor i da donese rešenje o produženju ili ukidanju pritvora, po isteku svakih trideset dana do stupanja optužnice na pravnu snagu, a po isteku svaka dva meseca nakon stupanja optužnice na pravnu snagu.

Na osnovu iznetog možemo videti da je zakonodavac zadovoljio međunarodne standarde u skladu sa članom 5, stav 3. Konvencije u pogledu propisa o dužini pritvora. Naravno, kada ovo kažemo, moramo

imati na umu da je zakon samo mrtvo slovo na papiru ukoliko se ne sprovodi u praksi. Kada govorimo o pravima vezanim za krivični postupak, mora se naglasiti da u praksi postoje mnogobrojni objektivni problemi, kao opterećenost sudova i drugih pravosudnih i istražnih organa velikim brojem predmeta, manjakom zaposlenih i nedostatkom sredstava, sa jedne, ali i greške, nemar i zloupotrebe, sa druge strane, te u praksi situacija manje ili više, u zavisnosti od odnosa svih navedenih faktora odstupa od propisanog.

Na osnovu ovog kratkog i delimično restriktivnog pregleda odredaba drugih dokumenata koje se odnose na prava iz člana 5, stav 3. Konvencije, kao i odredaba domaćeg zakonodavstva, možemo zaključiti da Konvencija, kao i PGP najdetaljnije definišu zaštitu ovog prava na međunarodnom nivou. Ali da li je i to dovoljno? Možda ćemo biti bliži odgovoru ukoliko pogledamo neke od odluka Evropskog suda za ljudska prava po ovom pitanju.

3. ODLUKE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U SPOROVIMA PO OSNOVU ČLANA 5.3 KONVENCIJE

Tokom svog postojanja, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu Evropski sud ili Sud) rešio je preko hiljadu sporova vodjenih između pojedinaca i država, kao i između samih država, a koji sporovi su vodjeni po osnovu zahteva za zaštitu prava iz člana 5, stav 3. Konvencije¹⁸.

Analizirali smo nekoliko skorijih presuda Evropskog suda po osnovu kršenja člana 5, stav 3. Konvencije, kako bi se dobio bolji uvid u globalnu sliku poštovanja ovog prava u današnje vreme. Moramo ovde napomenuti da obzirom da ne dolaze svi predmeti kršenja ljudskih prava od strane države ili državnih organa pred Evropski sud, slika koju dobijamo nije u potpunosti pravo stanje, već više indikator realnog stanja. Predmeti koje smo razmatrali su sledeći: *Makarov v. Russia*, *Bykov v. Russia*, *Kandzhov v. Bulgaria*, *Kauczor v. Poland*, *Milošević v. Serbia*.¹⁹

¹⁸ Dokumenti Evropskom suda mogu se naći na <http://www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, 07.12.2009.g.

¹⁹*Case of Aleksandr Makarov v. Russia* (Application no. 15217/07), Judgment, Strasbourg 12 March 2009, Final 14/09/2009; *Case of Bykov v. Russia* (Application no. 4378/02) 4 October 2000; *Case of Kandzhov v. Bulgaria* (Application no. 68294/01), Judgment, Strasbourg, 6 November 2008, Final 06/02/2009; *Case of*

U predmetu *Makarov v. Russia* aplikant je proveo nešto više od dve godine u istražnom pritvoru pre podnošenja aplikacije Evropskom sudu. Razmatrajući ovaj predmet, veće je navelo opšte principe koji se koriste u odlučivanju po ovom pitanju, a prvenstveno da šta je to “razumno vreme” pritvora ne može biti određeno *in abstracto*, već mora biti sagledano u odnosu na specifičnosti samog predmeta o kojem se odlučuje.²⁰ Sud takodje smatra da je prvenstveno zadatak nacionalnog zakonodavstva i nacionalnih sudskih organa da osiguraju da optužene osobe ne provedu više vremena no što je to neophodno u pritvoru, uzimajući pri tome u obzir sa jedne strane javni interes, a sa druge veoma bitan princip prezumpcije nevinosti. Kao uslove koji govore u prilog pritvoru navode se opasnost od bekstva, opasnost od ometanja procesa, opasnost od ponavljanja krivičnog dela, međjutim navodi se da sve ove situacije mogu biti uklonjene i alternativnim metodama, primenom određenih mera ukoliko se ispostavi da je vreme pritvora prestalo da biva “razumno”, te da država tada ima obavezu da te mere razmatra i njima osigura pojavljivanje optuženog na sudjenju.²¹ U ovom konkretnom predmetu Sud je došao do zaključka da ove alternativne mere obezbedjenja nisu na adekvatan način razmatrane od strane domaćeg suda, te da domaći sud nije uspeo da opravda odluku za kontinuirano lišenje slobode optuženog/aplikanta, te da se vreme koje je ovaj proveo u pritvoru ne može smatrati “razumnim” u smislu člana 5, stav 3. Konvencije. Stoga je Sud je utvrdio u par. 142 da je došlo do kršenja člana 5, stav 3. Konvencije i obavezao državu da isplati nadoknadu za pretrpljenu štetu aplikantu.

U predmetu *Bykov v. Russia* kao i u prethodno opisanom predmetu, Sud je naglasio zadatak nacionalnog zakonodavstva i nacionalnih sudskih organa da osiguraju da optužene osobe ne provedu više vremena no što je to neophodno u pritvoru, pogotovu u pogledu osnovnog principa krivičnog prava - prezumciji nevinosti. Sud takodje navodi da odredba člana 5, stav 3. zapravo govori u korist toga da se optuženi brane sa slobode, a naročito u slučaju kada je vreme koje je

Kauczor v. Poland, (Application no. 45219/06), Judgment, Strasbourg, 3 February 2009, Final, 03/05/2009; *Case of Milošević v. Serbia* (Application no. 31320/05), Judgment, Strasbourg, 28 April 2009, Final, 28/07/2009.

²⁰ Slično, između ostalog i u: *W. v. Switzerland*, 26 January 1993, Series A no. 254-A, i *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 110, ECHR 2000-XI).

²¹ Slično u *Sulaoja v. Estonia*, no. 55939/00, § 64, 15 February 2005, i *Jabłoński v. Poland*, no. 33492/96, § 83, 21 December 2000.

optuženi proveo u pritvoru prestalo da bude opravdano i u kategoriji “razumnog”. Sud, kada odlučuje o ovim pitanjima, mora biti uveren da je domaći sud postupao sa razloga koji su “relevantni”, “dovoljni”, kao i da je postupao sa “specijalnom revnošću”²². U vezi navedenog, Sud smatra da teret dokazivanja da li se radi o razumnom vremenskom periodu pritvora ne sme da bude na optuženom/aplikantu, već da domaći pravosudni organ mora pokazati postojanje opravdanih razloga za isti.²³ U konkretnom predmetu ova obaveza nije ispunjena, a okrivljeni/aplikant proveo je godinu dana, osam meseci i dve nedelje u pritvoru, te je Sud u par. 68 našao da stoga postoji kršenje prava iz člana 5, stav 3. Konvencije i obavezao državu da isplati nadoknadu za pretrpljenu štetu aplikantu.

U predmetu *Kandzhov v. Bulgaria* aplikant tvrdi da mu je pravo iz člana 5, stav 3. Konvencije narušeno, pošto je nakon hapšenja prošlo 3 dana i 23 sata pre no što je izveden pred sudiju. Sud je našao da ovakav postupak očigledno nije promptan, a naročito u pogledu toga što je aplikant bio osumnjičen i optužen za izvršenje manjih i nenasilnih krivičnih dela. Sud je na osnovu razmatranja činjenica ovog predmeta došao do toga da ne nalazi ma kakve poteškoće ili izvanredne okolnosti koje su mogle da spreče vlasti da aplikanta izvedu pred sudiju u znatno kraćem roku²⁴, te je u par. 67 utvrdio kršenje prava iz člana 5, stav 3. Konvencije i obavezao državu da isplati nadoknadu za pretrpljenu štetu aplikantu.

Predmet *Kauczor v. Poland* interesantan je i stoga što u okviru presude ovog predmeta nalazimo da je Komitet Ministara Saveta Evrope doneo 06.06.2007.g. Vanrednu Rezoluciju (Rezolucija 2007) na osnovu 44 presude koje su od strane Suda donete protiv Poljske, a povodom kršenja prava iz člana 5, stav 3. Konvencije, odnosno neopravdano dugih perioda pritvora. U ovoj Vanrednoj rezoluciji Savet Ministara je “ohrabrio” poljske vlasti da, obzirom na ekstenzivan i sistemski problem, skupom mera u zakonodavstvu i praksi pravosuđa radi na unapredjenju poštovanja i zaštite prava iz člana 5, stav 3. Konvencije. Ovo svakako ukazuje na očigledan problem koji Poljska

²² Slično u *Letellier v. France*, 26 June 1991, § 35, Series A no. 207, i *Yağcı and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, § 50, Series A no. 319-A.

²³ Videti i *Ilijkov v. Bulgaria*, no. 33977/96, § 85, 26 July 2001.

²⁴ Videti, *mutatis mutandis*, *Koster v. the Netherlands*, Judgment of 28 November 1991, § 25, Series A no. 221; kao i *Rigopoulos v. Spain* (dec.), no. 37388/97, ECHR 1999-II.

ima u pogledu dužine trajanja pritvora. Pored ovoga, dana 20.06.2007.g. Evropski Komesar za ljudska prava uputio je Memorandum Poljskoj Vladi koji se između ostalog odnosio i na pitanje upotrebe mere pritvora u Poljskoj, navodeći da je kroz predmete koji su se našli pred Evropskim sudom bilo i onih kod kojih se nailazilo na dužinu pritvora u periodu pre otpočinjanja sudjenja i do 4 i 6 godina. U konkretnom predmetu Sud je našao da je došlo do kršenja prava iz člana 5, stav 3. Konvencije.

Predmet *Milošević v. Serbia* završio se takodje utvrđivanjem da je došlo do kršenja prava iz člana 5, stav 3. Konvencije, ali u pogledu prava da se optuženi/aplikan izjasni pred nadležnim organom (sudom) o razlozima i uslovima pritvora.²⁵

4. NEKA PITANJA U POGLEDU DEJSTVA I ZAŠTITE ČL. 5.3. KONVENCIJE

Iz napred navedenih predmeta Evropskog suda možemo zaključiti da je ovaj Sud ključni nadnacionalni instrument u zaštiti prava iz člana 5, stav 3. Konvencije. Međutim, postavlja se pitanje zašto veliki broj predmeta ovakve prirode mora doći pred Sud da bi se tek na ovoj instanci zaštitilo pravo? O tome više malo kasnije.

Dalje, Konvencija se primenjuje samo ukoliko je jedna od strana (i to tužena država) članica potpisnica Konvencije²⁶, što će reći da je i nadležnost Evropskog suda ograničena na ove slučajeve. Videli smo da na teritoriji Evrope deluju i dva međunarodna krivična suda, od kojih je jedan *ad hoc* sud za bivšu Jugoslaviju, a drugi stalni krivični sud. Takodje smo videli da oba ova suda imaju svoje statute na osnovu kojih je regulisan njihov rad, kao i prava optuženih, koja su data poprilično uopšteno, malo odredjeno i škrto u oba statuta. Evropska Konvencija, kao akt koji svoje dejstvo ima prema stranama ugovornicama, ove sudove ne obavezuje obzirom da su nadnacionalnog karaktera. Imajući u vidu da je praksa stalnog suda još uvek poprilično zanemarljiva, ovde ćemo videti neka sudska mišljenja MKSBJ, za koje se ne bismo mogli složiti da su u skladu sa poštovanjem prava iz člana 5, stav 3. Konvencije.

²⁵ Videti takodje *McGoff v. Sweden*, Judgment of 26 October 1984, § 27, Series A no. 83.

²⁶ Sve države Evrope osim Belorusije.

U predmetu *Tužilaštvo protiv Mrkšića i ostalih* sudsko veće je 09.03.2005.g. u obrazloženju odluke po zahtevu za privremeni otpust navelo da su “tri godine pred-pretresnog pritvora proporcionalne okolnostima iz optužnice”.²⁷ Princip i pravilo prezumpcije nevinosti usko vezano za pitanje dužine pritvora i prava iz člana 5, stav 3. Konvencije očigledno nije dovoljno razmatrano, odnosno, nije uzeto u obzir.

Dalja mišljenja možemo naći u nekoliko predmeta pred MKSBJ: “...vreme u koje bi sudjenje moglo otpočeti relevantan je faktor u odlučivanju da li će se odobriti privremeni otpust”²⁸. Međutim, slučajevi u kojima je optuženi bio u pritvoru 18 meseci nadajući se da će sudjenje uskoro otpočeti, nije faktor koji bi trebalo uzeti u prilog privremenog otpusta²⁹...”.

Činjenica je da je MKSBJ odobravao privremeni otpust u velikom broju slučajeva, međutim, postoje i predmeti u kojima je evidentno došlo do ekstenzivnog perioda pritvora u isčekivanju sudjenja. Najdrastičniji primer je dužina pred-pretresnog pritvora u predmetu *Tužilaštvo protiv Momčila Krajišnika*³⁰. Krajišnik je uhapšen 03.04.2000.g., o krivici se izjasnio 07.04.2000.g., dok je sudjenje u ovom predmetu počelo 03.02.2004.g. Bez ulaženja u suštinu samog predmeta, tj. optužnice, kao i konačne presude u ovom predmetu, očigledno je da je vremenski period pritvora u pred-pretresnoj fazi izašao iz okvira “razumnog” vremena.

Privremeno puštanje na slobodu optuženih regulisano je Pravilom 65 Pravila o postupku i dokazima³¹ i suprotno opšte prihvaćenom principu da je pritvor izuzetak, ovim praavilom se uspostavlja niz uslova, a puštanje na slobodu se smatra izuzetkom. Prvi i opšti uslov za privremeni otpust je pozitivno izjašnjenje (garancije) zemlje –

²⁷ *Prosecutor v Mrksic et al*, No. IT-95-13/1-PT, *Decision on Defence Motion for Provisional Release* (9 March 2005), para. 25.

²⁸ *Prosecutor v Haradinaj*, No. IT-04-84-PT, *Decision on Ramush Haradinaj's Motion for Provisional Release* (6 June 2005) para. 29; *Prosecutor v Popovic et al*, No. IT-05-88-AR65.2, *Decision on Defence's Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision Denying Ljubomir Borovcanin Provisional Release* (30 June 2006) para. 46.

²⁹ *Prosecutor v Milosevic*, No. IT-98-29/1-PT, *Decision on Second Defence Motion for Provisional Release* (9 February 2006).

³⁰ *Prosecutor v. Krajišnik*, No. IT-00-39, više o predmetu na <http://www.icty.org/cases/party/709/4> 07.12.2009.g.

³¹ Tekst Pravila o postupku i dokazima MKSBJ na http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/rpe/_bcs.pdf, 07.12.2009.g.

domaćina (Holandije) i zemlje u koju optuženi traži da bude pušten. U stavu (C) Pravila 65 navodi se da veće može odrediti bilo koje uslove koje smatra primerenim, uključujući polaganje kaucije, kako bi se osiguralo poštovanje uslova potrebnih da bi se osiguralo prisustvo optuženog na sudjenju, kao i zaštita drugih osoba.

O mnogobrojnim problemima koji prate sudjenja pred međunarodnim sudovima mnogo je materijala, a najveći broj se upravo bavi dužinom postupka. Predlagana su određena rešenja kako bi procedura, a samim tim i vreme trajanja pritvora, bili svedeni na minimum. Međutim, u praksi se pokazalo da neke izmene u modalitetima određenih faza postupka ne samo da nisu postigle cilj, već je u nekoliko predmeta kako prekrivični postupak, tako postupak sudjenja trajao čak duže no pretpostavljeno. Za neke od predmeta pred MKSBJ se još ne zna kada će se samo sudjenje privesti kraju, a u nekima još nije započet dokazni postupak.

Jedan od autora koji se bavio ovim pitanjem je Gillian Higgins, britanski advokat, postavljena u jednom periodu kao advokat po službenoj dužnosti optuženom Slobodanu Miloševiću, bivšem Predsedniku Srbije i SRJ u predmetu pred MKSBJ.³² Po pitanju dužine trajanja prekrivičnog postupka, koja podrazumeva i pitanje prava optuženog, iznela je neke predloge u članku *Fer i ekspeditivni prekrivični postupak – Budućnost Međunarodnih krivičnih sudjenja*³³. Jedan od predloga je da istragu o počinjenim zločinima obavlja nezavisna komisija, koja bi rezultate istrage dostavila sudu i stranama, te bi se izbegla dugotrajna procedura po pitanju obelodanjivanja dokaza suprotnoj strani. Dalje, predlaže aktivniju ulogu sudija u prekrivičnom postupku od one uloge koju im daju Pravila o postupku i dokazima, kao i obezbeđivanje adekvatnijih uslova za rad timova odbrane (omogućavanje braniocima da oforme brojniji tim u pogledu pravnih saradnika koji bi obavljali istraživanje dobijenog materijala, da odbrani budu obezbeđeni uslovi za rad u sedištu Suda isl.). Takođe, predlaže ubrzanje postupka žalbi po prethodnim procesnim pitanjima, a time dotiče i veoma sporno pitanje da Pravilima o postupku i dolazima ni za

³² *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, No. IT-02-54.

³³ Gillian Higgins, *Fair and Expeditious Pre-trial Proceedings-The Future of International Criminal Trials*, Journal of International Criminal Justice (2007), Oxford University Press 2007.

jednu fazu postupka nije određeno vreme za koje su sudije u obavezi da donesu odluku.

Vratimo se na pitanja kako izbeći da veliki broj predmeta u kojima se traži zaštita prava iz člana 5, stav 3. Konvencije dodje do Evropskog suda, i na koji način bi pravni dokumenti Saveta Evrope bili, ako ne obavezujući, a onda makar preporuka i smernica nadnacionalnim pravnim institucijama na tlu Evrope.

5. PREDLOŽENA REŠENJA

Idealna rešenja, naravno, ne postoje. Medjutim, smatramo da, uprkos tome što Sud rešava sporove u vezi kršenja člana 5, stav 3. Konvencije dosta efikasno, obtirom na veliki broj predstavki, sam Savet Evrope mora iznaći način da države ugovornice Konvencije svojim zakonodavstvom, ali i u praksi dosledno poštuju ovo pravo. Ovo bi se moglo postići donošenjem novog protokola uz Konvenciju, kojim bi se preciznije regulisalo vreme koje se smatra "razumnim" kada govorimo o pritvoru. Naravno, slažemo se sa generalnim stavom Suda da se ovo vreme ne može odrediti *in abstracto*, već u sklopu svih okolnosti pojedinačnog predmeta. Medjutim, mogu se dati preciznije odrednice od "razumni rok". Stoga bi se moglo formalno – pravno reći da odredba člana 5, stav 3. Konvencije daje "neodredjen" standard.³⁴ Takva neodredjenost upravo daje mogućnost nacionalnim organima da krše pravo iz člana 5, stav 3. Konvencije. Naš predlog je da se ograniči najduži period mogućeg pritvora u pred-pretresnoj fazi postupka i to uz postojanje svih ostalih neophodnih zakonskih uslova za pritvor za najteže oblike krivičnih dela. Ovakvo ograničenje bi moglo da bude ograničenje od maksimalno šest meseci, a zakonodavac bi mogao propisati i dodatne mere osiguranja za dostupnost optuženih koji se brane sa slobode, npr. kao što je to rešeno u nekim zemljama elektronskim praćenje kretanje optuženog. Naravno, trebalo bi najpre sprovesti kampanju kako bi se zemlje ugovornice uverile da je donošenje dodatnog protokola zaista značajno za dalji razvoj ljudskih prava u praksi, a to svakako nije lak zadatak. Osim samog preuzimanja obaveze potpisivanjem i ratifikacijom ovakvog protokola, procedura izmena zakona je proces koji košta svaku državu dela budžeta, a isto se

³⁴ Više o problemu „neodredjenih“ standarda videti u: Ronald Dvorkin, *Suština ljudskih prava*, JP Službeni List SRJ, Beograd, 2001.

može reći i za modernizovanje državnih organa određenom vrstom tehnoloških inovacija, te je lako pretpostaviti da bi ovo teže podnele države sa nižim prosečnim standardom, poput naše i država u okruženju. Problem sredstava bi se međjutim mogao prevazići dobijanjem namenske novčane i tehničke podrške i pomoći manje razvijenim zemljama. Zato bi bilo neophodno osmisliti i sprovesti efikasnu kampanju u kojoj bi se jasno objasnili ciljevi i rezultati ovakvog protokola, a svakako i da bi navedene mere, uz neke dodatne, dovelo do efikasnijeg i celishodnijeg rada svih organa u okviru pravosudja i ostalih učesnika u krivičnom postupku.

Što se tiče načina da odredbe Konvencije obavezuju međjunarodne sudove, konkretno dva napred navedena suda, a imajući u vidu da oni nisu institucije Saveta Evrope, možda bi buduće rešenje moglo biti da prilikom potpisivanja ugovora o lokaciji/sedištu ovakvih sudova, zemlja domaćin (u oba ova slučaja Kraljevina Holandija) insistira na prihvatanju pravila i duha međjunarodnih konvecija čija je ona potpisnica. Ujedinjene Nacije i Kraljevina Holandija su 27. maja 1994 potpisale Ugovor o sedištu MKSBJ, a na osnovu Rezolucije 808 (1993) Saveta Bezbednosti od 22. februara 1993, kojim su uredile međjusobne odnose po pitanju sedišta, imovine, fizičkog obezbedjenj, lica postavljenih i zaposlenih, priznavanja određenih diplomatskih privilegija i sl. Jasno je da država članica ne bi trebalo da islovljava UN u međjusobnim odnosima, međjutim uzimajući u obzir da se po pitanju zaštite ljudskih prava Konvencija i PGP u velikoj meri poklapaju, a PGP donet je pod okriljem UN, ovakav zahtev bi u potpunosti bio legitiman.

Tanja Radosavljević, attorney at law,
The office *Oblučar-Vasiljević-Radosavljević*

ARTICLE 5(3) OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Main step forward in development of classical comprehending of human rights was without a doubt raising the level of their protection to international bodies, first UN, and afterwards by adopting of European convention on human rights and founding European court of human rights within Council of Europe. By analyzing one the eldest rights of criminal procedure, the right be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and closely related right to trial within a reasonable time, we'll show how did these events helped in greater respect for human rights in states' practice and what else is needed in further development in this field. We'll give a short historic overview, analysis of several international instruments and domestic laws, and the main focus will be on decisions of the European court of human rights regarding complaints on alleged violations of Article 5(3) of the European convention on human rights. Finally, we'll make suggestions on possible solutions that could contribute to further improvement of this right's safeguards.

Key words: human rights; magna carta; European Convention, Council of Europe

Slavica Gutić, dipl. pravnik

PRAVO NA PRIVATNOST U EVROPSKOJ KONVENCIJI ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Tema ovog rada je zaštita prava na privatnost ličnosti, uređena članom 8. EKLJP. Polazna tačka ovog izučavanja je pojava i istorijski razvoj ljudskih prava uopšte i pregled instrumenata za zaštitu ljudskih prava na međunarodnom, regionalnom i državnom nivou. U okviru zaštite ljudskih prava pažnja je na Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno na članu 8. EKLJP koji uređuje zaštitu prava na privatnost. Zatim ćemo posmatrati zaštitu prava na privatnost kroz srodne garancije u samoj EKLJP, odnosno dodirne tačke zaštite prava na privatnost i nekih drugih prava koja reguliše EKLJP. Takođe ćemo, radi upoređivanja, pogledati na koji način je pitanje zaštite prava na privatnost uređeno ostalim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, i to međunarodnim, regionalnim i državnim kroz primer domaćeg prava.

Cilj ovog izučavanja je da utvrdimo u kojoj meri pozitivnopravni instrumenti obezbeđuju zaštitu pojedinca kada dođe do povrede ljudskih prava, odnosno u kojoj meri pojedinac u realnosti ima mogućnosti da zatraži i dobije sudsku zaštitu u slučaju povrede ljudskih prava, pa i prava na privatnost. To ćemo videti kroz praksu sudova, naročito kroz stavove Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne reči: ljudska prava, pravo na privatnost, Evropska konvencija o ljudskim pravima, pravo Srbije.

1. LJUDSKA PRAVA I PRAVO NA PRIVATNOST

Ljudska prava i slobode se štite da bi se ljudskom biću obezbedilo urođeno dostojanstvo.

Začeci ljudskih prava se nalaze u religijskim dokumentima. Od tada do danas stalno se razvijao koncept ljudskih prava. Tokom XVIII veka dve velike revolucije, u SAD 1776. godine i u Francuskoj 1789. godine, učinile su prekretnicu na polju ljudskih prava. Tom prilikom doneti dokumenti, Deklaracija nezavisnosti SAD i Deklaracija prava čoveka i građanina u Francuskoj, sadrže koncepte prirodnih prava i navode da su svi ljudi stvoreni jednaki i da ih je njihov tvorac obdario određenim neotuđivim pravima.³⁵

Tokom XX veka desile su se duboke društvene promene u ime ljudskih prava. To se vidi po tome što su poštovanje i zaštita tog prava postali jedan od osnovnih ciljeva međunarodne zajednice od završetka drugog svetskog rata, do danas. Na globalnom nivou naročiti doprinos u tom pogledu dale su UN koje su, polazeći od Povelje UN, definisale sadržaj ljudskih prava kroz instrumente kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima sa fakultativnim protokolima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Na regionalnom nivou zaštita ljudskih prava je obezbeđena tzv. opštim instrumentima zaštite ljudskih prava, a to su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropska socijalna povelja, Američka deklaracija o pravima i obavezama čoveka, Američka konvencija o ljudskim pravima, Afrička povelja o pravima čoveka i naroda.

U Republici Srbiji ljudska prava su regulisana najvišim pravnim aktom, Ustavom Republike Srbije, kao i drugim zakonima.

2. EVROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je najvažniji dokumenat o ljudskim pravima na tlu Evrope, donet u

³⁵ Mayer, Henry, *All on Fire: William Lloyd Garrison and Abolition of Slavery*, St.Martin's Press, p. 110.

Rimu u Italiji, 04. novembra 1950. godine. Originalna verzija je sastavljena na engleskom i francuskom jeziku (engl. *European Convention on Human Rights*, fr. *la Convention europeenne des Droits de l'Homme*) i stupila je na snagu 03. septembra 1953. godine. Do danas je doneto 15 (14 + 14bis) protokola uz Konvenciju.

EKLJP predstavlja jedan od najrazvijenijih dokumenata i najefikasniji sistem zaštite ljudskih prava na nacionalnom nivou. Menjana je 14 puta. Prve potpisnice EKLJP su bile Belgija, Velika Britanija, Danska, Irska, Island, Italija, Luksemburg, Nemačka, Norveška, Turska, Francuska i Holandija. U periodu od 1950. do 2004. godine Konvenciju je potpisalo 46 zemalja a potpisivanje je značilo prihvatanje obaveze poštovanja prava i sloboda, kao i priznavanje nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava. Potpisivanje EKLJP znači da svako može da se pojavi kao tužilac pred Evropskim sudom za ljudska prava, bilo da tuži svoju ili drugu državu za povredu ljudskih prava garantovanih Konvencijom i dodatnim protokolima.

Državna zajednica Srbija i Crna Gora je Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda proglasila 26. decembra 2003. godine.³⁶

3. PRAVO NA PRIVATNOST U ČLANU 8. EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

*2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.*³⁷

3.1 PRAVO NA POŠTOVANJE PRIVATNOG ŽIVOTA

Privatan život predstavlja privatnu sferu, pravo čoveka da živi kako želi, zaštićen od javnosti, a do izvesne mere obuhvata i pravo na

³⁶ Službeni list SCG - Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

³⁷ Član 8. EKLJP.

uspostavljanje i negovanje odnosa sa drugim ljudskim bićima, naročito u emocionalnoj sferi, radi razvijanja i zadovoljavanja sopstvene ličnosti.³⁸

Razvoj nauke i tehnike stvorio je neslućene mogućnosti novih napada na duhovni i moralni integritet čoveka. Autoritarni i diktatorski režimi, koji postoje i krajem XX veka, svoje podanike podvrgavaju najvećem stepenu kontrole, te se beskrupulozno mešaju u najintimnije sfere čovekovog života, kao što su porodica, brak i njegov um. Razvoj nauke i tehnike, kompjuterizovana obrada podataka, genetski inženjering, mogućnost promene pola itd. stavili su čak i najdemokratskije države u ozbiljno iskušenje da posegnu u nešto tako sveto kao što je čovekova ličnost i osobenost. Zato međunarodni instrumenti štite te najintimnije sfere čoveka koje se odnose na personalnost, ime, privatnost, čast i ugled ljudskog bića.³⁹

Pravo na privatnost, zagarantovano članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, omogućava jednoj osobi ne samo da bude zaštićena od ometanja od strane vlasti već i od ometanja od strane drugih pojedinaca i institucija, uključujući i sredstva masovnih komunikacija.⁴⁰

Izraz „poštovanje“ pokriva zaštitu pojedinca od samovoljnog mešanja javnih vlasti u njegovu privatnost, ali i obavezuje državu da aktivno učestvuje u obezbeđivanju ovog prava.⁴¹

Pravo na poštovanje privatnog života ograničava se u meri u kojoj pojedinac sam dovede svoj privatni život u dodir sa javnim životom ili u tesnu vezu sa drugim zaštićenim interesima. Time je određen i obim privatnog života.⁴²

³⁸ Izveštaj Evropske komisije od 11. marta 1979. godine, para. 52; navedeno prema: V.Dimitrijević, M.Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1997, str. 286.

³⁹ Dostupno na internet adresi: <http://www.bgcentar.org.yu/documents/II9licnod.htm>, 30.11.2009.

⁴⁰ Stav Skupštine Saveta Evrope održane 26. juna 1998. godine; dostupno na internet adresi: http://www.coe.ba/pdf/Media_Res_1165_1998_APCE_local_lg.pdf, 03.12.2009.

⁴¹ Internet adresa: <http://www.bgcentar.org.yu/documents/II9licnod.htm>, loc.cit. 30.11.2009.

⁴² Slučaj *Van Oosterwijck protiv Belgije*, 1980, navedeno po V.Dimitrijević, M.Paunović, *op.cit.*, str. 286.

3.2 PRAVO NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA

Porodica, kao osnovna ćelija društva, takođe je zaštićena. Poštovanje porodičnog života štiti član 8. EKLJP, kao i „vršenje ovog prava“ bez mešanja javnih vlasti, ako to nije „neophodno u demokratskom društvu“ radi zaštite već pomenutih interesa. Ne smemo ni zaboraviti da je zaštita porodičnog života u tesnoj vezi sa pravom na sklapanje braka i zasnivanje porodice i zaštite majke i deteta.⁴³

3.3 PRAVO NA POŠTOVANJE DOMA

Stan svakog čoveka i porodice je nepovrediv. Dozvoljena su fakultativna ograničenja, kao kada su u pitanju privatni i porodični život i prepiska.⁴⁴

Pravo na nepovredivost doma predstavlja jedno od osnovnih prava čoveka, čiji je smisao zaštita jednog od najvažnijih elemenata privatne sfere, u kojoj niko ne sme biti uznemiravan.

Izuzetno, bez odluke suda, ulazak u stan i pretres je dozvoljen samo ako je to neophodno radi neposrednog hapšenja učinioca krivičnog dela ili radi otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, na način predviđen zakonom.

Pravo na poštovanje doma spada u lična prava kao subjektivna građanska prava na ličnim dobrima, tj. na dobrima koja su najneposrednije i neraskidivo povezana sa jednim licem.

Smisao ovog prava jeste u tome da se njegovim beneficijarima omogući da nesmetano uživaju to svoje pravo, da niko ne sme neovlašćeno ući u njihov stan ili na drugi način povrediti to njihovo pravo, odnosno da tim svojim pravom raspolažu i faktički i pravno. Sva treća lica dužna su da se uzdrže od svake radnje koja može dovesti do toga da beneficijara tog prava ometaju u vršenju njegovih ovlašćenja. Međutim, za razliku od ostalih apsolutnih prava kao što su stvarna prava ili prava intelektualne svojine, pravni sistemi ne poznaju iscrpno nabranje ličnih dobara koja uživaju pravnu zaštitu niti podrobno opisivanje sadržine prava na pojedinim ličnim dobrima.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, 287.

⁴⁴ *Ibidem*, str. 288.

⁴⁵ Videti opširnije: O. Stanković – V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1995, str. 123-133.

3.4 PRAVO NA POŠTOVANJE PREPISKE

Reč prepiska (eng. *correspondence*) prevashodno se odnosi na komunikaciju pisanjem. Ovaj izraz se može odnositi i na telefonske razgovore, kao i prenos informacija putem telekomunikacionih sredstava (npr. faksovi, elektronska pošta, sredstva koja nisu postojala u vreme usvajanja mnogih međunarodnih instrumenata). Prepiska svakog pojedinca je načelno zaštićena. Dozvoljena su samo ona ograničenja koja su dozvoljena drugim stavom člana 8. EKLJP.⁴⁶

Tajnost pisama i drugih sredstava opštenja je nepovrediva, odstupanja su dopuštena samo na određeno vreme i samo na osnovu odluke suda, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili odbrane zemlje, na način predviđen zakonom.⁴⁷

Za razliku od nepovredivosti stana, nepovredivost prepiske nikada ne može biti ograničavana bez odluke suda.

4. SRODNE GARANCIJE PO EVROPSKOJ KONVENCIJI O LJUDSKIM PRAVIMA

4.1 PRAVO NA PRIVATNOST I SLOBODA MISLI, SAVESTI I VEROISPOVESTI (član 9. EKLJP)

Svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti; ovo pravo uključuje slobodu promene vere ili uverenja i slobodu svakog da, bilo sam ili zajedno sa drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, podučavanjem, običajima i obredom.

Pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti usko je povezano sa zahtevom za poštovanje privatnog života. Verska i filozofska tolerancija i poštovanje različitosti u većini evropskih zemalja su vrednosti koje se same po sebi podrazumevaju.

Sloboda misli, savesti i veroispovesti može biti predmet samo onih ograničenja koja predviđa zakon a koja su nužna u interesu javne bezbednosti, radi zaštite javnog reda, zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.⁴⁸ Mešanje u ispoljavanje vere ili uverenja

⁴⁶ V. Dimitrijević, M. Paunović, *op.cit.*, str. 288-289.

⁴⁷ Videti član 41. Ustava Republike Srbije (Sl. Glasnik RS broj 98/06).

⁴⁸ Evropska konvencija o ljudskim pravima, član 9, stav 2.

može se smatrati mešanjem u privatnost pojedinca. Mnoge predstavke Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, u kojima se tvrdi da je prekršeno pravo pojedinca da ostvaruje svoje privatno pravo u demokratskom društvu, takođe mogu sadržati i pozivanje na zaštitu prava na slobodno ispoljavanje vere ili uverenja molitvom, podučavanjem, običajima i obredom. Zbog toga je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da država mora da ispunjava stroge i precizne standarde kada dokazuje neophodnost mešanja u ova prava.⁴⁹

4.2 PRAVO NA PRIVATNOST I SLOBODA IZRAŽAVANJA (član 10. EKLJP)

Sa razvojem komunikacione tehnologije pravo na privatnost često se krši čak i u zemljama koje imaju zakone koji štite privatnost. To se uglavnom odnosi na javne ličnosti. Zbog njihove uloge u javnom životu građani zaista treba da znaju neke činjenice iz njihovog privatnog života, ali mediji često iznose i pojedinosti iz njihovog privatnog života radi povećanja prodaje novina i gledanosti i slušanosti elektronskih medija. Nije uvek moguće jasno razlikovati koje aktivnosti jedne osobe spadaju u njene poslovne aktivnosti, a koje u strogo privatne. Pravo na slobodu izražavanja je zagarantovano članom 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima i mediji ga često jednostrano tumače čime dovode do povrede prava na privatnost.⁵⁰ Potrebno je naći način da se usklade ta dva prava koja predstavljaju osnovna prava u svakom demokratskom društvu; ta prava nisu ni apsolutna niti je jedno od njih veće od drugog, jednake su vrednosti.

⁴⁹ Dostupno na internet adresi: http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/168_sloboda-misli-savesti-i-veroispovesti.pdf, 07.12.2009.

⁵⁰ Parlamentarna skupština, Rezolucija br. 1165 (1998) o pravu na privatnost, dostupno na internet adresi: http://www.coe.ba/pdf/Media_Res_1165_1998_APCE_local_lg.pdf, 03.12.2009.

5. EVROPSKA KONVENCIJA O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNI PROPISI

U EKLJP pravo na privatnost predstavlja zbirni naziv za zaštitu nekoliko na prvi pogled raznorodnih prava, i to prava na poštovanje privatnog života, porodičnog života, nepovredivosti doma i prepiske, kao i časti i ugleda pojedinca (član 8. EKLJP). U skoro svim međunarodnim instrumentima zaštita ovih prava se i reguliše u istom članu i sva su vezana za strogo privatnu sferu života.⁵¹

Iako EKLJP u članu 8. ne govori izričito o zaštiti časti i ugleda, nego samo o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, jednom rezolucijom Parlamentarne skupštine Saveta Evrope se utvrđuje da se pravo na privatnost sastoji kako u pravu da svako živi svoj život, s minimumom mešanja (državnih vlasti), tako i u zaštiti porodičnog života i doma, psihičkog i moralnog integriteta, i časti i ugleda. Nabranjanje prava koja spadaju u okvir prava na privatnost nije moguće, kako zbog prirodne povezanosti ovog prava sa drugim individualnim i političkim pravima, tako i zato što naučno-tehnološki razvoj uslovljava potrebu za zaštitom novih prava.⁵²

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima - Član 12. Univerzalne deklaracije propisuje da „niko ne sme biti izložen proizvoljnom mešanju u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku, niti napadima na čast ili ugled. Svako ima pravo na zaštitu zakona protiv ovakvog mešanja ili napada“.⁵³

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima - Član 17. Pakta propisuje da „niko ne može biti predmet samovoljnih ili nezakonitih mešanja u njegovu privatni život, njegovu porodicu, u njegovu stan ili njegovu prepisku, niti nezakonitih povreda nanesenih njegovoj časti ili njegovom ugledu“, dok član 23. štiti porodicu i pravo na sklapanje braka i osnivanje porodice, a član 24. uređuje prava i zaštitu dece i maloletnika.⁵⁴

⁵¹ Dostupno na internet adresi: <http://www.bgcentar.org.yu/documents/II9licnod.htm>, loc. cit. 30.11.2009.

⁵² *Ibidem*, 09.12.2009.

⁵³ Generalna skupština Ujedinjenih nacija je donela i proglasila Opštu deklaraciju o pravima čoveka 10. decembra 1948.

⁵⁴ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima je potpisan u Njujorku 19.12.1966. godine (Službeni list SFRJ br. 7 od 4. febr. 1971).

Konvencija o pravima deteta⁵⁵ **Ujedinjenih nacija** u članu 16. kaže da „nijedno dete neće biti izloženo proizvoljnom ili nezakonitom mešanju u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku, niti nezakonitim napadima na njegovu čast i ugled“.

Evropska socijalna povelja⁵⁶ „kao komplementaran instrument EKLJP koja štiti građanska i politička prava“, u članu 16. garantuje zaštitu braka i porodičnog života.

Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj Uniji, u članu 7, rubrum „poštovanje privatnog i porodičnog života“, navodi: „Svako ima pravo da se poštuje njegov odnosno njen privatni i porodični život, dom i komuniciranje“.⁵⁷

6. PRAVO NA PRIVATNOST I PRAVO REPUBLIKE SRBIJE

Pojam prava na privatnost nije definisan u Ustavu RS. Taj nedostatak se može prevazići zahvaljujući tome što Ustav daje prilično detaljnu i iscrpnu listu ljudskih prava i sloboda, kao i da iznosi pravila koja su dovoljno sadržajna da iz njih može pouzdano da se apstrahuje pojam prava na privatnost. Zatim, članom 25. Ustava štiti fizički i psihički integritet, članom 40. se štiti nepovredivost stana a članom 41. se štiti se tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja. Član 19. Ustava navodi da jemstva ljudskih prava u Ustavu služe „očuvanju ljudskog dostojanstva ...“, što znači da štiti čast i ugled kao osnovne vrednosti zaštićene međunarodnim instrumentima. Sva ta prava zajedno, prema definicijama u međunarodnopravnim instrumentima, čine pravo na privatnost.

Pitanja porodičnog prava uređena su i odredbama Porodičnog zakona. U članu 2. Zakona stoji da „porodica uživa posebnu zaštitu države; svako ima pravo na poštovanje svog porodičnog života“.

Poslednjih godina u Srbiji počinje da se posvećuje pažnja pravima i zaštiti pojedinih kategorija lica, slobodi štampe odnosno medijskog prava, zaštiti od diskriminacije, zaštiti životne sredine, zaštiti

⁵⁵ Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 44/25 od 20. novembra 1989. Stupila na snagu 2. septembra 1990. (Službeni list SFRJ -Međunarodni ugovori br. 15/1990).

⁵⁶ Potpisana u Torinu, 1961. godine.

⁵⁷ Potpisana u Nici, 17. decembra 2000.

potrošača... Zakonsko regulisanje ovih pitanja je tek započelo. Doneti su zakoni o zaštiti od diskriminacije, o zaštiti potrošača, u sferi medijskog zakonodavstva čak četiri zakona su doneta (zakon o javnom informisanju, o radiodifuziji, o reklamiranju i slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja), dok u nekim drugim oblastima još ništa nije urađeno. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti ima naročiti značaj pošto su prava privatnosti sve više ugrožena sa razvojem informacionih tehnika i prenosom poruka telekomunikacionim mrežama.

Može se reći da je Srbija prihvatila najviše međunarodne standarde u oblasti ljudskih prava. Potpisala je i ratifikovala skoro sve vodeće međunarodne i regionalne ugovore i protokole u oblasti ljudskih i manjinskih prava, međunarodnog humanitarnog prava i prava izbeglica. Takođe je prihvatila obavezu da podleže svim procedurama za žalbe iz instrumenata Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima koje je ratifikovala.

7. LJUDSKA PRAVA I SUDSKA PRAKSA

U drugoj polovini 19. veka **Vrhovni sud Amerike** zauzeo je vrlo liberalan stav kod tumačenja ljudskih prava. Polazeći od ideje da ljudska prava proizilaze iz prirodnih prava Sud je zauzeo stav da ljudi treba da se ostave na miru da uživaju svoja prava i slobode, da sami odlučuju o svom životu. Svaka sloboda i svako pravo je refleksija prava na privatnost. Na taj način Vrhovni sud širi listu ljudskih prava.

U isto vreme i u Evropi dolazi do liberalizacije ljudskih prava. **Evropski sud za ljudska prava** na isti način tretira pravo na privatnost iz člana 8. EKLJP. To je najšire moguće tumačenje prava na poštovanje privatnosti koje omogućava da se svako pravo podvede pod pravo privatnosti, slobodu odlučivanja o sopstvenom životu. Evropski sud za ljudska prava se u odlučivanju oslanja na već donete presude, ali u skladu sa načelom da je EKLJP „živ instrument“. To znači da Sud može drugačije da odluči u nekom slučaju ili da pruži zaštitu u određenim slučajevima u kojima to do tada nije činio.

8. ZAKLJUČAK

Imajući u vidu napred navedeno vidimo da su ljudska prava, kao i pravo na privatnost u svoj njegovoj kompleksnosti, obrađeni u EKLJP sa posebnom pažnjom. Zasebnim članom je rečeno šta podrazumeva

pravo na privatnost, kao i kada i koja ograničenja tog prava su dozvoljena. Mada je, u stvari, teško precizno definisati pravo na privatnost, ono spada u grupu onih prava koja su manje razumljiva, kao npr. pravo na fer i pravično suđenje ili sloboda izražavanja. Ne zna se tačno gde su granice prava na privatnost, što pruža mogućnost da se svako ljudsko pravo podvede pod pravo na privatnost.

Vidimo da pravo na privatnost, kao osnovno ljudsko pravo, ima poseban značaj u korpusu ljudskih prava. To se vidi po tome što svi instrumenti za zaštitu ljudskih prava, kako međunarodni tako i regionalni i državni, zasebnim odredbama regulišu pitanje zaštite prava na privatnost. Ako se uporede definicije zaštite privatnosti iz navedenih instrumenata može se reći da svi oni ovom pitanju pridaju podjednak značaj. To se vidi po tome što na skoro identičan način predviđaju zaštitu prava na privatnost. U skoro svim međunarodnim instrumentima zaštita ovog prava se reguliše u istom članu, i odnosi se na strogo privatnu sferu života – pravo na poštovanje privatnog života, porodičnog života, nepovredivosti doma i prepiske, kao i časti i ugleda pojedinca. Pravo na privatnost je neodvojivo od drugih ljudskih prava i ne može se posmatrati izdvojeno. Svako iz korpusa ljudskih prava daje nam slobodu da odlučujemo o nekom aspektu svog života, odlučujemo nešto o sebi.

Cilj ovih propisa je da pruže zaštitu kada dođe do povrede ljudskih prava od strane države, uskraćivanjem nekog od prava koja pojedincu pripadaju po prirodi stvari, kao i od strane pravnog ili fizičkog lica ili grupe. Pre toga cilj je da se uspostavi i dalje razvije svest o ljudskim pravima, da se stvore uslovi koji će obezbediti da se ljudska prava poštuju. Uređivanjem ljudskih prava i stvaranjem kataloga izgrađuje se svest i kod autoriteta vlasti i kod pojedinaca. Posmatrajući istorijske okolnosti vidimo da je do naglog razvoja došlo baš u trenutku kada su ljudska prava bila u najvećoj meri ugrožena i pogažena, a to je po završetku drugog svetskog rata.

Da su oba ova cilja podjednako važna vidi se po tome što su prvo nastali instrumenti kojima su uspostavljeni opšti ciljevi i načela, kao i zajednički standardi koje treba da postignu svi narodi i nacije, kao i pojedinci i ostali subjekti društva, u poštovanju ljudskih prava i sloboda. Posle su usledili instrumenti sa nabranjem i opisivanjem pojedinih prava i sloboda, kao i uslova pod kojima se ta prava i slobode mogu ograničiti. U našoj državi taj proces je postao intenzivniji poslednjih godina, što ukazuje na to da ljudska prava nisu poštovana, što je izazvalo potrebu za većom normativnom delatnošću u toj oblasti. Normativna poboljšanja doprinose većem poštovanju ovog prava.

Napredak u razvoju ljudskih prava vidljiv je i u kvantitativnom smislu. Pojavljuje se veliki broj novih prava i novih zakona koji obezbeđuju konzumiranje tih prava i njihovu zaštitu.

Standardi obezbeđeni odredbama EKLJP mogu se primenjivati širom Evrope, ali domaći subjekti odlučivanja su ti koji moraju obezbediti ostvarivanje tih prava u nacionalnom pravnom poretku i praksi.

Slavica Gutić, dipl. iur

THE RIGHT TO PRIVACY IN EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

This paper analyzes the right to privacy, as it is stipulated in Article 8 of European Convention on Human Rights. Starting point is history of development of human rights in general and overview of international instruments for protection of human rights on global, regional and national level. Special attention is devoted to Article 8 of ECHR, as it has set basic rules on interpretation of the right to privacy. Next, the focus shifts on related rights of ECHR, with the goal of pointing out similarities with the right to privacy. Also, research deals with definitions of the right to privacy in other international documents and within legal system of Serbia, in order to build solid comparative fundament.

Main goal of this research is to determine the level of protection of a person according to international legal instruments when violation of the right to privacy happens. In that sense, most indicative are decisions of the European Court of Human Rights.

Key words: human rights; privacy, European Convention on Human Rights; Serbian law

Nera Aleksić, dipl. pravnik

KOMENTAR ČLANA 180. KRIVIČNOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE -sa osvrtom na uporedno pravo-

Cilj ovog rada, kao i namera autora je da skrene pažnju na činjenicu da je, i pored dobre krivično-pravne zaštite koju pruža član 180. Krivičnog zakonika Republike Srbije, u naš pravni sistem potrebno uvrstiti i neke druge, tzv. alternativne mere koje će u značajnoj meri uticati na smanjivanje pojave pedofilije i krivičnog dela Obljuba sa detetom, i samim tim doprineti većoj zaštiti dece. Te mere se već koriste u nekim zemljama Evrope i SAD-a, i tamo daju veoma dobre rezultate. Stoga, ovaj rad teži da da doprinos nekoj boljoj budućnosti u kojoj će naš zakonodavac poučen primerima iz drugih zemalja i sugestijama stručnjaka, u naš pravni sistem uvrstiti i neku od njih.

Ključne reči: seksualno zlostavljanje dece, pedofilija, Krivični zakonik Republike Srbije, krivične sankcije.

1. ISTORIJAT REGULISANJA KRIVIČNOG DELA OBLJUBA SA DETETOM

Seksualno zlostavljanje dece (samim tim i krivično delo obljuje sa detetom), beleži sve veći porast u Evropi i svetu u poslednjoj deceniji. Stoga, ono predstavlja sverastući problem i izazov kako za sudske i izvršne organe, tako i za zakonodavne.

Krivično delo Obljuba sa detetom u smislu aktuelnog člana 180. Krivičnog zakona Republike Srbije, prvi put je kao takvo u naše krivično zakonodavstvo uvedeno u Krivičnom zakonu Socijalističke Republike Srbije iz 1977. godine, u članu 106. pod nazivom Obljuba ili protivprirodni blud sa licem koje nije navršilo 14 godina⁵⁸.

⁵⁸ Krivični zakon Socijalističke Republike Srbije (Službeni glasnik SRS 26/1977).

Tadašnje odredbe su bile blaže u odnosu na trenutno važeće i glasile su: za osnovni oblik – kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za teži oblik (ako je naneta teška telesna povreda ili je delo izvršeno od strane više lica, ili na naročito svirep ili ponižavajući način) – kazna zatvora od najmanje tri godine, i za najteži oblik gde je kao posledica nastupila smrt deteta – kazna zatvora od najmanje pet godina. Izostala je inkriminacija trudnoće kao posledice izvršenja ovog krivičnog dela, koja je našla svoje mesto u stavu 2. aktuelnog Krivičnog zakona iz 2006. godine.

2. ČLAN 180. KRIVIČNOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE⁵⁹

Član 180. Krivičnog zakonika Republike Srbije pruža krivično pravnu zaštitu u polnoj sferi licima mlađim od 14 godina. Veoma je dobro koncipiran i kazne su pooštrene u odnosu na stari zakon iz 1977. godine. On glasi:

(1) Ko izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin sa detetom, kazniće se zatvorom od jedne do deset godina.

(2) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana nastupila teška telesna povreda deteta prema kojem je delo izvršeno, ili je delo izvršeno od strane više lica ili je delo imalo za posledicu trudnoću, učinilac će se kazniti zatvorom od dve do dvanaest godina.

(3) Ako je usled dela iz stava 1. i 2. ovog člana nastupila smrt deteta, učinilac će se kazniti zatvorom od 5 do osamnaest godina.

(4) Neće se kazniti za delo iz stava 1. ovog člana učinilac, ako između njega i deteta ne postoji značajnija razlika u njihovoj duševnoj i telesnoj zrelosti.

ad (1) Osnovno krivično delo se sastoji u izvršenju obljuje ili sa njom izjednačenog čina sa detetom. Polazna teza se ogleda u tome da deca nisu dovoljno psihofizički zrela da slobodno odlučuju o tome kada i sa kim će stupiti u polne odnose. Zbog toga, ovo krivično delo postoji i kada je počinjeno uz pristanak deteta, jer se smatra da njegov pristanak nije pravno valjan. Subjekat i objekat ovog krivičnog dela mogu biti lica oba pola.

⁵⁹ Krivični zakonik Republike Srbije (Službeni glasnik RS 85/2005).

Krivično delo se smatra svršenim kada dođe do prodiranja muškog polnog organa u ženski polni organ. Za postojanje ovog krivičnog dela nije od značaja da li je oštećeno lice bilo sposobno za potpunu obljubu, niti da li je (u ovom slučaju dete ženskog pola) ostalo i dalje *virgo intacta*, budući da je za izvršenje potrebno samo spajanje polnih organa, a ne prodiranje uda u vaginu (odluka Vrhovnog suda Srbije KŽ. 3552/54).

Krivično delo se može izvršiti samo sa umišljajem. Učinilac ne mora da bude siguran da je žrtva mlađa od 14 godina, dovoljno je da pretpostavlja tu okolnost. Zabluda u pogledu starosti isključuje krivičnu odgovornost, što stvara čest problem u praksi, jer neretko deca izgledaju fizički razvijenije od svog uzrasta. To je faktičko pitanje koje se mora utvrđivati u svakom pojedinačnom slučaju, često i uz pomoć veštaka.

ad (2) Kao teži oblik dela, predviđen je nastanak teške telesne povrede usled izvršenja, izvršenje od strane više lica, ili ako je za posledicu izvršenja dela došlo do trudnoće oštećenog lica. Karakter teške telesne povrede ima i nasilan pobačaj prve trudnoće kada je oštećena prilikom obljube ostala gravidna (presuda Okružnog suda u Beogradu K. 139/83 i Vrhovnog suda Srbije Kž. 1047/84). Kada dođe do teškog oštećenja psihičkog zdravlja oštećenog lica, utvrđenog veštačenjem, i to će se smatrati teškom telesnom povredom (presuda Okružnog suda u Beogradu K. 14/88).

Pod pojmom više lica se ne traži saizvršilaštvo u samoj radnji obljube, budući da je ovaj čin po svojoj prirodi isključivo individualan, već je neophodno da su najmanje dva lica zajedničkim delovanjem u istoj prilici i nad istim licem izvršili obljubu.

ad (3) Najteži oblik ovog krivičnog dela za posledicu ima smrt deteta usled obljube. Ovakva kvalifikacija postoji samo u slučaju da je smrt prouzrokovana nehatom izvršioca. Ako je delo posledica obuhvaćenog umišljaja počinioca, dolazi do sticaja osnovnog krivičnog dela obljube sa krivičnim delom ubistva⁶⁰.

ad (4) Ovaj stav je unet u zakon da bi se razgraničilo krivično delo obljube deteta od strane punoletnih izvršilaca, od uobičajenih polnih odnosa na dobrovoljnoj osnovi između dva lica mlađih od 14 godina.

⁶⁰ Petrović Milan, Simić Ilija: *Krivični zakon Republike Srbije- praktična primena*, Poslovna politika, Beograd, 1994.

Seksualno zlostavljanje maloletnika je regulisano krivičnim zakonodavstvom u većini zemalja sveta, međutim, pored toga, potrebno je posebno inkriminisati seksualno zlostavljanje maloletnika mlađih od 14 godina, odnosno dece. Postoji više oblika ove vrste zlostavljanja (počev od najtežeg—obljube, zatim podvođenja, posredovanja u vršenju prostitucije, dečje pornografije, i sl.) i ova krivična dela su regulisana krivičnim zakonicima kako u ostalim zemljama, tako i u Republici Srbiji.

Polazna osnova za inkriminisanje krivičnih delikata sa obeležjem pedofilije su Ženevska deklaracija o pravima deteta iz 1924. godine, Povelja pravima deteta iz 1959. godine, i kao najvažnija Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine⁶¹, čija je potpisnica i Srbija. U ovoj konvenciji se navodi da je "detetu, sa obzirom na njegovu fizičku i mentalnu nezrelost, potrebna posebna zaštita i briga, uključujući i pravnu zaštitu kako pre, tako i posle rođenja".

Članom 19. Konvencije je propisano da su sve države potpisnice obavezne da "preduzmu sve potrebne zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja, ili eksploatacije, uključujući seksualno zlostavljanje, dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili bilo koje druge osobe koja se brine o detetu."

U skladu sa ovim odredbama Konvencije i po ugledu na krivično zakonodavstvo EU, u Krivičnom zakoniku Republike Srbije se nalaze odredbe koje pružaju adekvatnu zaštitu deci od seksualnog zlostavljanja od strane odraslih. U stručnim krugovima, a sve više i u široj javnosti se osobe koje vrše ovakva krivična dela nazivaju pedofilima i svrstavaju u tu kategoriju.

⁶¹ <http://www.jura.kg.rs/index.php/sr/dokumenti/download-document.htm?gid.,>
25.novembar 2009.

3. POJAM PEDOFILIJE I STATISTIČKI PODACI O NJENOJ ZASTUPLJENOSTI

Pedofilija je početkom 19. veka značila svaku ljubav prema deci (što doslovno ova kovanica i znači na starogrčkom *pais, paidos* – dete, *philein* – voleti). Godine 1906. švajcarski seksolog Ogist Forel (1848 - 1931.) predložio je termin “erotska pedofilija” za perversnu seksualnu naklonost prema deci, o kojoj raspravljamo. Kasnije je pridev “erotski” izostavljan, i pedofilija je ostala termin za seksualnu naklonost prema deci, bez obzira na pol. Pedofilom se (u evropskoj praksi) obično smatra osoba starija od šesnaest godina, i bar pet godina starija od žrtve.

U međunarodnoj klasifikaciji mentalnih poremećaja i poremećaja ponašanja (*International Classification of Mental and Behavioral Disorders - ICD-10*), pedofilija spada u grupu Poremećaji seksualne preferencije (F65.4), gde se još nalaze i egzibicionizam, voajerizam, sadomazohizam, nekrofilija i drugi poremećaji tog tipa.⁶²

Osobe koje pate od ovog poremećaja nisu "bolesne" u psihijatrijskom smislu, niti neuračunljive. Naprotiv, one razlikuju dobro od zla i obično imaju tzv. psihopatsku strukturu ličnosti. One ne mogu da usvoje uobičajene obrasce društveno prilagođenog ponašanja, i da se vladaju savesno i odgovorno. Nisu sposobni da razviju osećanja privrženosti prema drugim ljudima, prijateljstvo, solidarnost, ljubav. Kod njih nema osećaja kajanja i krivice ako pogreše. Samovoljne su, i teraju tvrdokorno svoju volju i namere, ne obaziru se na potrebe drugih ljudi, te neprestano povlađuju isključivo svojim unutrašnjim podsticajima i potrebama. Od ovog poremećaja obično pate muškarci, retko se sreće kod žena. Većina je heteroseksualna, mada može biti i homoseksualna. U psihologiji se ova pojava, gde osobe na krajnje neuobičajen i društveno neprihvatljiv način ispoljavaju svoje polne potrebe i želje, naziva parafilija (eng: *paraphilia*).

Ovu pojavu prati tzv. "tamna brojka", pa su tako po podacima Incest trauma centra iz Beograda svaka četvrta devojčica i svaki šesti dečak u Republici Srbiji seksualno zlostavljani na neki način do svoje osamnaeste godine. Prosek godina zlostavljane dece je 8-9.

⁶² Svetska zdravstvena organizacija Ženeva- ICD10 Klasifikacija mentalnih poremećaja i poremećaja ponašanja- klinički opisi i dijagnostička uputstva, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1992.

Statistika za period 2006-2007. je sledeća:

1. Od ukupnog broja žrtava koje su se obratile centru, 47,06% je dece;
2. 88,24 % su ženskog pola, 11,76% muškog pola;
3. Počinioci su većinom muškarci – 92,11%;
4. U 100% prijavljenih slučajeva, izvršilac je poznat žrtvi, a 78,95% se zlostavljanje dogodilo u porodici.⁶³

Po podacima iz novosadske Grupe za krvne i seksualne delikte PU Novi Sad, u 2008. godini je bilo pet obljuba sa detetom, i šest slučajeva nedozvoljenih polnih radnji.

Prema proceni Svetske akademije za pravo i mentalno zdravlje (*International Academy of Law and Mental Health*) sa sedištem u Kanadi, 10-15% dece u svetu je na neki način seksualno zlostavljano.⁶⁴

4. UPOREDNO PRAVO

Potrebno je istaći da su kazne propisane članom 180. Krivičnog zakonika Republike Srbije oštrije u odnosu na kazne za isto krivično delo koje se nalaze u krivičnim zakonicima većine evropskih zemalja, ujedno i zemalja u regionu.

U Krivičnom zakonu Crne Gore donetom 2003. godine⁶⁵, ovo krivično delo je regulisano članom 206. Obljuba sa djetetom, koji je identičan članu 180. Krivičnog zakona republike Srbije.

U Krivičnom zakoniku Republike Hrvatske iz 1997. godine⁶⁶, ovo krivično delo je regulisano članom 192. Spolni odnošaj s djetetom. Za osnovno krivično delo je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina, a za teži oblik najmanje pet godina. U ovom članu se ne navodi smrt kao posledica obljube, tako da taj najteži oblik dela nije ni regulisan (barem ne u ovom članu, kao kvalifikatorni oblik ovog krivičnog dela, već u okviru drugog krivičnog dela- ubistva). Kazne propisane u ovom zakoniku su niže u odnosu na zakonska rešenja iz

⁶³ Izvor: <http://www.incest.traumacentar.org.rs/Statistika.htm>, 25. novembar 2009.

⁶⁴ Bošković, Milo: *Kriminologija*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Novi Sad, 2007.

⁶⁵ Tekst zakona preuzet sa stranice: <http://www.gov.me/files/1100611787.doc>, 25. novembar 2009.

⁶⁶ Tekst zakona preuzet sa stranice: http://www.poslovniforum.hr/zakoni/kazneni_zakon_4.asp, 25. novembar 2009.

regiona, što je verovatno i posledica činjenice da je zakonik donet davne 1997. godine, te stoga ne odgovara u potpunosti sadašnjim prilikama.

U Krivičnom zakonu Republike Srpske⁶⁷, u članu 195. pod nazivom Polno nasilje nad dijetetom, nalaze se odredbe kojima se kažnjavaju počinioci ovog delikta. Za osnovni oblik je propisana zatvorska kazna od jedne do osam godina, za teži oblik najmanje pet godina, a za najteži (smrt kao posledica izvršenja dela) kazna od najmanje deset godina. U ovom članu se nalazi još jedan stav kojim se kažnjavaju kaznom zatvora od pet do petnaest godina počinioci koji su zloupotrebom svog položaja izvršili krivično delo polnog nasilja prema detetu koje im je povereno na učenje, vaspitanje, čuvanje ili staranje (nastavnik, vaspitač, staralac, lekar, verski službenik i dr.).

U Krivičnom zakonu Republike Srbije, postoji posebno krivično delo inkriminisano članom 181. *Obljuba zloupotrebom položaja*, gde se u stavu 3. navodi da će se kazniti nastavnik, staralac, vaspitač, roditelj, očuh, maćeha, ili drugo lice koje zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin sa detetom koje mu je povereno radi učenja, vaspitavanja, staranja ili nege zatvorom od tri do dvanaest godina, te ako je krivično delo za posledicu imalo trudnoću, kaznom zatvora od tri do petnaest, a ako je usled njegovog izvršenja nastupila smrt deteta, kaznom zatvora od najmanje deset godina. U sličnom obliku, ovaj član je postojao i u ranijem zakonu iz 1977. godine, odn. u Izmenama i dopunama tog zakona od 1994. godine, gde je postojao samo jedan stav koji se odnosio zaštitu dece, međutim tu je bio regulisan samo osnovni oblik ovog krivičnog dela. Tako da je Krivičnim zakonom iz 2006. godine postignut napredak i u ovom segmentu, budući da su inkriminisani i teži oblici ovog krivičnog dela.

Možemo reći da najveći problem kod krivičnih dela sa obeležjem pedofilije, a samim tim i krivičnog dela obljube sa detetom predstavlja pojava recidivizma (po nekim podacima, ide i do 90% u slučajevima seksualnog zlostavljanja dece) koja je redovni "pratilac" ovih delikata, odnosno njihovih izvršilaca. Penološkom analizom povratništva, dolazi se do dve moguće vrste uzročnih faktora – neprimereni izbor krivične

⁶⁷ Tekst zakona preuzet sa stranice:

http://www.mup.vladars.net/zakoni.../Krivični%20zakon%20Republike%20Srpske_lat.pdf, 25. novembar 2009.

sankcije ili neadekvatni tretman prevaspitanja i neuspeli procesi resocijalizacije, tj. neodgovarajući tretman u kaznenim i vaspitno-popravnim ustanovama u kojima su izdržavali krivične sankcije⁶⁸. Imajući u vidu ove podatke, dolazi se do zaključka da nije dovoljno počinitelje osuditi samo na kaznu zatvora.

Još jedan problem koji u velikoj meri utiče na uspešno suzbijanje ove pojave predstavlja izricanje propisanih kazni na granici ili ispod zakonskog minimuma. Statistički podaci u poslednje dve godine daju alarmantnu sliku o vladajućoj sudskoj praksi, koja u preko 50% slučajeva najtežih krivičnih dela (među kojima je i seksualno zlostavljanje dece) izriče kazne ispod zakonskog minimuma⁶⁹. Da li se to dešava zbog nemara postupajućih sudija ili možda zbog straha da će im presude biti ukidane u drugom stepenu, ostaje pitanje. U svakom slučaju, to umanjuje značaj i dobre strane naših zakonskih rešenja, jer se ona prosto ne sprovode u praksi, te postaju mrtvo slovo na papiru.

Zbog svega navedenog, neke zemlje pribegavaju određenim "alternativnim" merama, među kojima su: vođenje posebne evidencije pedofila u policiji, gde svaki građanin može da se informiše da li u njegovom komšiluku živi registrovani pedofil (Velika Britanija), ugrađivanje mikročipova pod kožu pedofila, kako bi policija mogla da prati njihovo kretanje (Norveška), kao i određene medicinske mere. Među njima svakako najznačajnija je kastracija. Može biti hirurška (sprovodi se u Češkoj, samo po pristanku osuđenika, i izvršeno je 94 u poslednjoj deceniji) i hemijska. Ona predstavlja terapiju koju po izlasku iz zatvora dobijaju osuđenici u vidu davanja hormonskih injekcija koje smanjuju potenciju i seksualnu želju kod pedofila, koja i jeste pokretač u izvršenju ovih krivičnih dela. Istraživanja pokazuju da je posle ove terapije, ponavljanje ovih delikata spalo sa 40% na 5%.⁷⁰ Ova mera se već godinama primenjuje u nekim država SAD-a, u Kanadi, kao i u Skandinavskim zemljama (Danska, Norveška, Švedska), međutim, ona je dozvoljena samo ako postoji pismeni pristanak od strane osuđenog pedofila. To predstavlja problem u praksi jer retko koji pedofil ima

⁶⁸ Bošković, Milo: *op.cit.*

⁶⁹ "Svaki drugi ubica osuđen na kaznu ispod minimuma", <http://www.blic.rs/vesti/hronika/173775/svaki-drugi-ubica-osuđen-na-kaznu-ispod-minimuma>, 9. februar 2010.

⁷⁰ "Poljska planira da kastrira pedofile", <http://www.naslovi.net/2008-09-27/mondfo/poljska-planira-da-kastrira-pedofile/839804>, 25. novembar 2009.

savest (pogotovo tako izraženu), i osećaj kajanja i krivice, da bi pristao na tako nešto.

Zbog ovih činjenica, u Poljskom Parlamentu (tačnije u Donjem domu), 25.09.2009. godine, ubedljivo (400 glasova "za" i samo 1 "protiv") je izglasan kontroverzni Zakon o obaveznoj hemijskoj kastraciji pedofila.⁷¹ Po ovom zakonu, svi pedofili osuđeni za silovanje dece mlađe od 15 godina ili bliskih rođaka će obavezno biti podvrgnuti hemijskoj kastraciji u zatvorskim bolnicama gde služe kaznu ili u medicinskim centrima. Ovaj zakon predstavlja prvi takav u EU (u Američkoj državi Luizijana već postoji sličan zakon). Budući da će se kastracija obavljati bez saglasnosti pedofila, zakon je izazvao puno polemike i kontroverzi među zastupnicima ljudskih prava. Naime, oni navode da bi takve odredbe predstavljale povredu telesnog integriteta i narušavanje osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Međutim, pobornici i simpatizeri ovog zakona tvrde da ne postoji drugačiji način da se stane na put sve većem broju pedofila, i sve većoj slobodi koju im neka društva daju (u Holandiji postoji registrovana Stranka pedofila koja se zalaže da se dozvoli seks sa decom starijom od dvanaest godina i liberalna pornografija za decu stariju od šesnaest godina). Naravno da im ne treba ukinuti osnovna prava, ali imajući u vidu prirodu njihovog stanja, nedostatak kajanja, izostanak savesti i krivice, veliki procenat recidivizma, i na kraju krajeva- žrtve njihovih delikata, tj. decu, dolazi se do zaključka da je više nego neophodno trajno ih sprečiti da ponovo vrše ista krivična dela, naravno u zakonskim okvirima.

Poljska je prva u nizu država koje se spremaju da uvedu zakone ove tematike u svoje krivično zakonodavstvo. Poučeni njenim primerom, predsednik Francuske, Nikola Sarkozy je zatražio uvođenje mere obaveznog hemijskog kastriranja pedofila, i zadržavanja u posebnoj strogo čuvanoj bolnici gde će biti pod stalnim nadzorom lekara, odakle će biti pušteni tek kada lekari procene da više nisu opasni. Italijanski ministar Roberto Calderoli je takođe predložio uvođenje ove mere u italijansko zakonodavstvo. Spekuliše se da je slično rešenje moguće i u Hrvatskoj, Sloveniji i mnogim drugim zemljama Evrope.

⁷¹ "Hemijska kastracija za silovatelje u Poljskoj",
<http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/10/Svet/185261/Hemijska+kastracija+za+silovatelje+u+Poljskoj.html>, 25. novembar 2009.

5. ZAKLJUČAK

Uzimajući u obzir sve navedeno, kao i mnogobrojne informacije do kojih se došlo prilikom istraživanja i prikupljanja materijala za ovaj rad, sam po sebi se nameće sledeći zaključak: član 180. Krivičnog zakona Republike Srbije kao zakonsko rešenje problema kojim smo se bavili u ovom radu – krivično delo *Obljuba sa detetom*, veoma je dobro koncipiran, jasan je i precizan. Njime je obuhvaćeno više oblika izvršenja ovog dela, od osnovnog do najtežeg. Propisane kazne zatvora su pooštrene u odnosu na prethodni zakon, ali to je učinjeno potpuno opravdano, te je ovaj član Krivičnog zakona u potpunosti odgovorio na izazov postavljen pred zakonodavca. Jedina eventualna zamerka aktuelnog zakonskog rešenja u Krivičnom zakoniku je nedostatak drugih mera kojima bi se sprečili počinioci ovakvih delikata da vrše ista dela. Ovakve mere su preko potrebne kad se ima u vidu prethodno opisana psiho-socijalna struktura, poremećaj ličnosti i recidivizam pedofila koji vrše seksualno zlostavljanje dece.

Možemo reći da je realno za očekivati je da će u bliskoj budućnosti i u našem krivičnom zakonodavstvu svoje mesto naći i mere o kojima smo govorili, a kojima se onemogućavaju počinioci ovih delikata da ponovo učine isto krivično delo. Budući da su neke od tih mera već deo krivičnih zakonodavstava mnogih zemalja u Evropi, a sudeći po pozitivnim reakcijama na njih kako stručnjaka, tako i opšte javnosti, postajace deo regulative u sve većem broju zemalja u svetu, ostaje nam da se nadamo da će se i u Srbiji u skorije vreme neka od njih uvrstiti u zakonodavstvo.

Nera Aleksić,

**COMMENTARY OF ARTICLE 180 OF CRIMINAL CODE
OF SERBIA
-WITH REVIEW OF COMPARATIVE LEGAL
SOLUTIONS-**

Goal of this paper, as well as the author's intention, is to point out that besides solid legal protection in Article 180 of Criminal Code of Serbia, our legal system needs to be improved with so-called alternative measures, introduced in order to significantly decrease pedophilia and criminal act „Sexual intercourse with minor“, hence establishing better protection of children. These measures are being used in several countries of Europe and in USA, giving very positive results. Therefore, main contribution of the paper should be to imply introduction of these measures to the legislator, based on good practice of other countries and suggestions of experts, all in order to secure better future for children.

CIP – Каталогizacija u publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

34

STRANI pravni život = Foreign Legal Life
/glavni i odgovorni urednik Jovan Ćirić. – God. 1,
br. 1 (1956) - - Beograd (Terazije 41) : Institut
za uporedno pravo, 1956 – (Beograd : Goragraf).
- 24 cm

Triput godišnje. – Časopis je imao prekide u
izlaženju (1979, 1988)
ISSN 0039-2138 = Strani prani život
COBISS. SR-ID 86244103