
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

2/2016

Beograd, 2016.

Redakcija
Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Belgrade

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Novi Sad

Prof. dr Spiridon Vrelis

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog instituta za
međunarodno i strano pravo u Atini
Full Professor, Faculty of Law University of Athens, Director of Hellenic
Institute of International and Foreign Law in Athens

Prof. dr Mikele Papa

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence

Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach

redovni profesor, Državni Univerzitet u Beču
Full Professor, State University in Vienna

Prof. dr Vid Jakulin

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani
Full Professor, Faculty of Law University of Ljubljana

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna
Attorney, Thessaloniki

Prof. dr Alesandro Simoni

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence

Prof. dr Đorđe Ignjatović

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Prof. dr Đorđe Đorđević

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu
Full Professor, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Prof. dr Dejan Đurđević

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Prof.dr Dušan Vranjanac

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University „Union“ Belgrade

Ratomir Slijepčević

sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije
Secretary of the Commission for drafting the Civil Code of the
Republic of Serbia

Prof. dr Goran Dajović

vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Dr Branislava Knežić

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja
Principal Research Fellow, Institute of Criminological and Sociological
Research, Belgrade

Branka Babović

asistent na Pravnom fakultetu u Beogradu
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

Dr Jovan Ćirić

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Čolović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Aleksandra Rabrenović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Doc. dr Jelena Čeranić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Katarina Jovičić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Đurić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Ana Knežević Bojović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA

Deputy of editor in chief

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETARI REDAKCIJE

Secretaries of Editorial board

Mr Jelena Vukadinović

Mr Milica Matijević

TEHNIČKI UREDNIK

Technical editor

Miloš Stanić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

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

tel. + 381 11 32 33 213

ŠTAMPA

Print

GORAGRAF

TIRAŽ

Circulation

300 primeraka - copies

SADRŽAJ

Jean Pradel

LE RÔLE DU JUGE PÉNAL DANS LA CHARGE DE LA PREUVE APPROCHE COMPARÉE DES SYSTÈMES DE COMMON LAW ET ROMANO-GERMANIQUE (ULOGA SUDIJE KRIVIČARA U TERETU DOKAZIVANJA UPOREDNI PRISTUP COMMON LAW I ROMANSKO-GERMANSKI SISTEM)	11
--	----

Đorđe Ignjatović

MIGRACIJE KAO KRIMINOLOŠKI PROBLEM: KRIMINALITET MIGRANATA – ISKUSTVA SAD	29
--	----

Slobodan Zečević, Gordana Gasmi

EVROPSKI BEZBEDNOSNI I ODBRAMBENI IDENTITET I MIGRANTSKA KRIZA	57
---	----

Toma Rajčević

DOBRO PRAVO	77
--------------------------	----

Vladimir Mikić

PERSPEKTIVA PREZIDENCIJALIZACIJE USTAVNOG SISTEMA TURSKE	89
---	----

Marina Matić Bošković

EU POLITIKA BORBE PROTIV TERORIZMA I UTICAJ NA VLADAVINU PRAVA	103
---	-----

Velimir Živković

INVESTICIONA ARBITRAŽA KAO DOPRINOS NACIONALNOJ VLADAVINI PRAVA	113
--	-----

Slaviša Vuković, Goran Bošković

KORUPCIJA I NJENA KONTROLA U SRBIJI I EVROPSKOJ UNIJI	125
--	-----

Samir Manić

ODGOVORNOST ZA NEDOSTATKE PROIZVODA U PRAVU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA (RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, PRODUCTS LIABILITY)	139
--	-----

Ivana Marković

GRANICE POMAGANJA U SAMOUBISTVU PREMA NEMAČKOM KRIVIČNOM PRAVU	157
---	-----

<i>Nevenko Vranješ</i> ORGANIZACIJA LOKALNE SAMOUPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI	169
<i>Sanja Stošić, Mihajlo Rabrenović</i> ZDRAVSTVENO OSIGURANJE I PRAVA PACIJENATA U ZEMLJAMA EVROPSKE UNIJE	185
<i>Ivana Miljuš</i> ODNOS IZMEĐU SUDSKE POLICIJE I TUŽILAŠTVA U ITALIJI I ŠPANIJI POTREBA REFORME ZAKONODAVSTVA	199
<i>Milan Tesla</i> MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U SLUČAJU ORUŽANOG SUKOB I OKUPACIJE	217
<i>Branimir Nešić</i> NASTANAK I RAZVOJ PRAVA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI ENERGETIKE	231
<i>Zorana Nikolić Maksimović</i> KRITIKA ROLSOVE DOKTRINE	243
<i>Iva Tošić</i> OSNOVNE KARAKTERISTIKE CMR KONVENCIJE	261

TABLE OF CONTENTS:

Jean Pradel

**THE ROLE OF THE CRIMINAL JUDGE IN THE BURDEN OF
PROOF COMPARATIVE APPROACH TO COMMON LAW
AND ROMANO-GERMANIC SYSTEMS11**

Djordje Ignjatovic

**MIGRATIONS AS CRIMINOLOGICAL PROBLEM:
CRIME OF MIGRANTS – USA EXPERIENCE29**

Slobodan Zecevic, Gordana Gasmi

**EUROPEAN SECURITY AND DEFENCE IDENTITY
AND MIGRANT CRISIS57**

Toma Rajcevic

GOOD LAW77

Vladimir Mikic

**PERSPECTIVES OF THE PRESIDENTIALISATION OF
THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF TURKEY89**

Marina Matic Boskovic

**EU POLICY IN COMBATING TERRORISM AND
INFLUENCE ON RULE OF LAW103**

Velimir Zivkovic

**INVESTMENT ARBITRATION AS A CONTRIBUTION TO
THE NATIONAL RULE OF LAW113**

Slavisa Vukovic, Goran Boskovic

**CORRUPTION AND ITS CONTROL IN SERBIA AND
THE EUROPEAN UNION125**

Samir Manic

**LIABILITY FOR PRODUCT DEFECTS IN THE
USA LAW (RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS,
PRODUCTS LIABILITY)139**

Ivana Markovic

**THE LIMITS OF ASSISTED SUICIDE IN
GERMAN CRIMINAL LAW157**

Nevenko Vranjes

**ORGANIZATION OF LOCAL SELF-GOVERNMENT
IN BOSNIA AND HERZEGOVINA169**

<i>Sanja Stosic, Mihajlo Rabrenovic</i> HEALTH INSURANCE AND PATIENTS' RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION	185
<i>Ivana Miljus</i> RELATION BETWEEN JUDICIAL POLICE AND PUBLIC PROSECUTOR IN ITALY AND SPAIN - THE NEED FOR THE REFORM OF LEGISLATION	199
<i>Milan Tesla</i> INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY IN THE EVENT OF ARMED CONFLICT AND OCCUPATION	217
<i>Branimir Nesic</i> ORIGIN AND DEVELOPMENT OF EU LAW IN THE FIELD OF ENERGY	231
<i>Zorana Nikolic Maksimovic</i> CRITIQUE OF RAWL'S DOCTRINE	243
<i>Iva Totic</i> BASIC CHARACTERISTICS OF CMR CONVENTION	261

LE RÔLE DU JUGE PÉNAL DANS LA CHARGE DE LA PREUVE APPROCHE COMPARÉE DES SYSTÈMES DE COMMON LAW ET ROMANO-GERMANIQUE

Résumé

Cet article traite le rôle du juge pénal dans la charge de la preuve. L'auteur présente un approche comparée des systèmes de common law et romano-germanique. Au cœur de la procédure pénale, la théorie de la preuve est en réalité un des chapitres les plus complexes de celle-ci. On sait qu'en procédure deux systèmes s'opposent, au moins dans le principe, le système accusatoire et le système inquisitoire. Cette distinction intéresse notamment la question de la charge de la preuve. Dans la conception accusatoire, ce sont dans le principe les parties – le poursuivant et l'accusé – qui recherchent activement la preuve. Le procès est une activité devant le tribunal. Au contraire dans la conception inquisitoire (ou inquisitoriale), c'est dans le principe le juge qui, au centre du procès, recherche la vérité, qui a donc la charge de dire qui a commis l'infraction et comment ; dès lors, le procès est « une activité du tribunal » (ou plus généralement du juge). Le monde se divise en réalité sur le plan de la procédure pénale notamment, entre un système de common law (Angleterre, Amérique du Nord, Italie...) et un système romano-germanique (ou européen continental). Et l'on ajoute que le common law est plutôt accusatoire alors que le système romano-germanique est plutôt inquisitoire. Les oppositions traditionnelles entre les deux systèmes s'atténuent aujourd'hui largement. Le monde de la procédure pénale devient une sorte de melting pot. Dans la première partie l'auteur présente les divergences classiques – qui n'ont pas perdu toute valeur, alors que la deuxième partie est consacrée aux convergences modernes qui prennent un grand poids. A la fin, l'auteur donne son avis selon lequel le meilleur système (ou le moins mauvais) est le système inquisitoire tempéré par le contradictoire.

Mot-clès: *juge pénal, charge de la preuve, procédure pénale, système accusatoire, système inquisitoire.*

¹ Professeur émérite de la Faculté de droit de Poitiers; Membre titulaire de l'Académie internationale de droit comparé

1. Au cœur de la procédure pénale, la théorie de la preuve est en réalité un des chapitres les plus complexes de celle-ci. Un jeune processualiste français, E. Vergès, note que « la complexité du droit de la preuve est telle que la matière résiste à celui qui tente de l'appréhender dans sa globalité. Même Bentham ne parvint jamais à achever son *Traité des preuves judiciaires*, qui fut publié par Dumont à partir des manuscrits du premier »². C'est qu'en effet la preuve est une théorie à trois dimensions : à qui appartient la charge d'apporter la preuve ; comment apporter la preuve³; comment apprécier la preuve présentée. C'est le premier aspect qui seul nous retiendra ici. On pourrait croire à première vue que cet aspect ne pose guère de problème puisque du fait de la présomption d'innocence⁴, c'est aux parties, et d'abord au poursuivant, de démontrer si l'accusé est bien l'auteur des faits poursuivis. Mais alors le juge n'aurait aucun pouvoir, aucun devoir dans cette charge ?

2. En réalité, les choses sont bien plus complexes, compte tenu de la diversité des droits et des conceptions qu'ils consacrent. On sait qu'en procédure deux systèmes s'opposent, au moins dans le principe, le système accusatoire et le système inquisitoire. Cette distinction intéresse notamment la question de la charge de la preuve. Dans la conception accusatoire, ce sont dans le principe les parties – le poursuivant et l'accusé – qui recherchent activement la preuve : le tribunal assiste en spectateur au débat probatoire entre les parties qui se livrent un véritable combat, un duel, et à la fin du débat le tribunal déclare quel plaideur a fait la meilleure démonstration⁵. Comme il a été dit, le procès est une activité devant le tribunal⁶. Au contraire dans la conception inquisitoire (ou inquisitoriale), c'est dans le principe le juge qui, au centre du procès, recherche la vérité, qui a donc la charge de dire qui a commis l'infraction et comment⁷ ; dès lors, le procès est « une activité du tribunal » (ou plus

² E. Vergès, *Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé*, Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, Lexis-Nexis, 2012, 853.

³ Ce qui met à l'épreuve un corps de grands principes comme ceux de légalité, de loyauté, de proportionnalité nécessaires à l'encadrement de la recherche de la vérité : but ultime de tout procès et notamment du procès pénal, v. M. de Kerchove, *La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?* Déviance et Société, 2000, vol. 24, n° 1, 95 et s.

⁴ Important, le principe est également ancien, sa première formulation étant due, semble-t-il, au roi Louis XVI, dans une ordonnance de 1788. Add. J. Pradel, *La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ?* Droit de la France et droits d'ailleurs, in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, Lexis-Nexis, 2012, 695 et s.

⁵ J. Sicard, *La preuve en justice après la réforme judiciaire*, éd. Librairie du journal des notaires et des avocats, Coll. Comment faire, Paris, 1960, 1.

⁶ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome 2, Procédure pénale, 4^{ème} éd., 1989, n° 4 ; On pourrait dire plus généralement que l'activité est devant le juge.

⁷ La vérité dans un sens plus large inclut non seulement la vérité factuelle, mais aussi la vérité criminologique, fondée sur des explications mentales et des enquêtes de moralité notamment. Dans le présent rapport on s'en tiendra à la vérité des faits

généralement du juge)⁸.

On devine aussitôt que la vérité, but du procès pénal, n'a pas la même nature dans l'un et l'autre système. Dans celui de type accusatoire, on parle volontiers de vérité formelle, c'est-à-dire approximative car chaque partie présente sa vérité de sorte que le juge se trouve en face de deux vérités ou de deux demi-vérités entre lesquelles il va devoir choisir. Au contraire, dans le procès de type inquisitoire, c'est de vérité matérielle dont on parle, d'une vérité « vraie » puisqu'obtenue par un tiers par rapport aux parties. Dans la vérité matérielle, c'est le juge qui prétend « faire coïncider la solution juridique avec la réalité des faits »⁹. Ces idées font apparaître que le système inquisitoire est peut être moins protecteur de l'accusé, mais meilleur pour l'obtention de la vérité¹⁰.

Tels sont les principes. Qu'en est-il dans l'application ? Un auteur¹¹ a montré la fragilité de la distinction à propos du droit français de l'instruction préparatoire.

3. Notre propos, sans doute trop ambitieux, est d'élargir le débat géographiquement et juridiquement. On sait que le monde se divise en réalité sur le plan de la procédure pénale notamment, entre un système de common law (Angleterre, Amérique du Nord, Italie...) et un système romano-germanique (ou européen continental). Et l'on ajoute que le common law est plutôt accusatoire alors que le système romano-germanique est plutôt inquisitoire. Il y a là une différence d'approche politico-judiciaire, le monde anglo-saxon n'ayant pas la même approche du juge que le monde romano-germanique, d'origine latine. Au vrai tout travail comparatif est approximatif. Les oppositions traditionnelles entre les deux systèmes s'atténuent aujourd'hui largement. Le monde de la procédure pénale devient une sorte de *melting pot*. Aux divergences classiques – qui n'ont pas perdu toute valeur – répondent des convergences modernes qui prennent un grand poids.

I – Des divergences classiques

4. Tous les ouvrages de procédure pénale débutent par une opposition entre l'accusatoire et l'inquisitoire, fût-ce en forçant le trait, sans doute pour des raisons pédagogiques et aussi parce que les auteurs sont volontiers animés par un esprit de système. Il faut bien reconnaître

⁸ Ph. Conte, L'instruction : le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, in Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, XVIIème colloque des IEJ, Grenoble, 1989, 34.

⁹ A moins de dire que de la discussion naît la vérité. Est-ce bien certain ?

¹⁰ Voir la thèse brillante de C. Ambroise-Castérot, De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, Bordeaux IV, 2000.

¹¹ C. Ambroise Castérot, précité.

que le common law est d'essence accusatoire alors que le romano-germanique est d'esprit inquisitoire. Cette opposition était très nette voici encore un demi-siècle. Même si elle s'affaiblit aujourd'hui, elle comporte encore une part de vérité. En common law, le juge dispose de faibles pouvoirs au regard de la charge de la preuve alors qu'en terres romano-germaniques le juge dispose de pouvoirs puissants sur ce plan.

A – Un juge aux pouvoirs faibles dans le système de common law

5. Le juge anglo-saxon est socialement un notable et juridiquement un créateur de normes (*Judge made law*), même si aujourd'hui il ne peut plus créer d'infractions¹². Or s'agissant de la recherche de la preuve, le juge est plutôt passif : la preuve pénale est l'affaire des parties de sorte que la procédure pénale se rapproche de la procédure civile. Dans la tradition classique du common law, les pouvoirs du juge sont réduits, qu'il s'agisse de la phase de l'enquête ou de la phase de jugement¹³.

6. La *phase d'enquête* est certes inquisitoire, mais en ce sens qu'elle est menée par la police¹⁴. Le common law reste tout à fait étranger à l'institution du juge d'instruction. De plus, les éléments recueillis au cours de l'enquête n'autorisent pas la condamnation car ils ne servent qu'à décider s'il y a lieu de traduire l'intéressé en jugement ou s'il faut arrêter la procédure. Ainsi la préparation de l'audience (si elle a lieu) est relativement sommaire et elle ne comporte pas de juge d'instruction symbole du système inquisitoire.

Pourtant à la fin de la phase d'enquête, un élément d'accusation apparaît, les parties jouant un rôle essentiel dans la prise de décision effectuée par un juge sur la suite à donner à la procédure. En effet la décision du juge – là où il existe – est prise à la suite d'un débat contradictoire entre le poursuivant et l'accusé. La procédure est cependant susceptible de variantes. On en évoquera trois, avec un point commun, celui que le juge n'est pas le juge de jugement :

- En droit canadien, le juge de paix tient une audience dite préliminaire (*preliminary enquiry*) au cours de laquelle il entend les témoins cités par l'accusation, puis ceux cités par l'accusé. Ces témoins sont entendus à la demande d'une partie, puis contre interrogés par l'autre (art .540 C. crim.). Il est vrai que le prévenu et le poursuivant peuvent

¹² J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 647 et s.

¹³ Le common law est très attaché à l'idée de neutralité du juge.

¹⁴ Soit par la police seule en Angleterre, Canada et Etats-Unis, soit par la police dirigée par le ministère public en Italie et Allemagne par exemple, également dans le nouveau CPP argentin de 2016 dont l'article 8 décide que « le ministère public a la charge des investigations sur le délit et à la promotion de l'action pénale contre les auteurs.

renoncer à la tenue de cette audience (art. 549 C. crim.) en sorte que le juge renvoie directement le cas à la juridiction de jugement¹⁵.

- Le système est proche en droit américain, avec renonciation possible de l'accusé à l'audience préliminaire (dite *preliminary hearing*) dont l'objet est de vérifier l'existence d'une *probable cause* de commission des faits pour l'accusé. Une particularité est à signaler, celle du grand jury qui existe dans les Etats situés à l'est du Mississipi et qui peuvent envoyer l'accusé en jugement après avoir entendu les témoins de l'accusation, et eux seulement, ce qui donne un tour alors inquisitoire à la procédure¹⁶.

- Le Code italien de procédure pénale de 1989 a institué à l'issue de l'enquête préliminaire une audience préliminaire (*audienza preliminare*) présidée par le juge de l'enquête préliminaire (art. 416 et s. C.P.P.). A l'ouverture de l'audience, le ministère public expose le contenu de son dossier et l'accusé peut demander d'être soumis à un interrogatoire auquel le juge procède. Le juge peut demander aux parties de produire des documents et de citer des témoins. In fine, le juge décide de classer ou de saisir le tribunal.

De ce rapide survol, il apparaît que la clôture de l'enquête est assez contradictoire. Le juge prend certes la décision, mais après avoir entendu les deux parties¹⁷. Le schéma est un peu le même pour l'audience de jugement, même si le caractère accusatoire est plus accusé encore.

7. Lors du déroulement de la *phase décisoire*, le principe est nettement accusatoire, mais ce n'est qu'un principe.

a) Le rituel est connu de tout le monde, consacré en Angleterre, aux Etats-Unis et au Canada notamment. En premier lieu, les témoins de l'accusation sont entendus et ils le sont d'abord par la poursuite (*direct examination* ou *examination in chief*). Ensuite, les témoins de l'accusation font l'objet d'un contre-interrogatoire par la défense (*cross examination*), celle-ci cherchant à détruire la crédibilité de leurs affirmations en montrant l'existence d'un préjugé ou d'un intérêt chez ce témoin ; la défense peut en général poser des questions « orientées » (*leading questions*) dans le sens où elles suggèrent la réponse¹⁸. Mais le poursuivant peut répliquer en réinterrogeant le témoin de l'accusation, mais seulement sur les points abordés lors de la *cross examination* (*redirect examination*). Et la défense peut à son tour procéder à une *recross examination*, limitée aux seuls

¹⁵ P. Béliveau et J. Pradel, La justice pénale dans les droits canadien et français, Etude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, Bruylant et Y. Blais 2007, n° 1638.

¹⁶ J. Cédras, La justice pénale aux États-Unis, 2^{ème} éd., Economica, 2005, n° 477 et s. ; Advanced Criminal Procedure par Mark E. Cannack et Norman M. Garland, Saint Paul, Minnesota, 2001, 60 et s.

¹⁷ Voir la victime si elle s'est constituée partie civile en Italie.

¹⁸ G. Pugh, L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des Etats-Unis, Rev. internat. de dr. pén. 1986, 726.

points abordés à l'occasion de la *redirect examination*. On assiste ainsi à un jeu procédural presque sans fin où la technique du poursuivant et de la défense joue un rôle essentiel. En second lieu sont entendus les témoins de la défense, avec application des mêmes règles, les interrogatoires émanant de l'avocat de l'accusé, puis du poursuivant, puis encore de l'avocat de l'accusé.

Le système de la *cross examination* est une des grandes caractéristiques du système accusatoire, si favorable aux parties. La doctrine y est en général très favorable et l'on se souvient encore du vibrant plaidoyer de l'Américain J.-H. Wigmore¹⁹.

Dans ce système, l'accusé à une place particulière. Certes il est considéré comme un témoin, à l'instar des « vrais » témoins. Mais il n'est pas tenu de parler : en effet, il peut à son choix, exercer son droit au silence (qui lui est notifié par le juge au début de l'audience) ou s'exprimer, étant alors tenu de prêter serment comme tout témoin et devant même évidemment se plier au jeu de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire. Le droit anglais apporte ici des précisions originales ; si l'accusé parle et reconnaît sa culpabilité (*guilty plea*), il bénéficie d'un rabais automatique de 30% de la peine, ce qui constitue une pression sur l'accusé. Si l'accusé ne veut pas témoigner, le *Criminal Justice and public Order Act. 1994*, dispose en son article 35 que le juge peut interpréter son refus comme une charge supplémentaire.

b) Tout cela est compliqué et lourd. C'est sans doute le prix à payer pour avoir une justice contradictoire et précise. Mais ce prix est très, sinon trop élevé et c'est pourquoi à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, des accords informels se sont noués entre poursuivant et accusé. Apparaît ainsi le *plea bargaining*, sorte de négociation entre les parties, l'accusé reconnaissant sa culpabilité et le procureur s'engageant à réclamer une peine réduite, voire à « oublier » certains chefs d'accusation s'il y en a plusieurs²⁰. Evidemment les principes sont bafoués et notamment celui d'un procès équitable, notamment dans sa composante de la présomption d'innocence. Mais le plaidoyer de culpabilité est le seul moyen de rendre la justice dans des délais raisonnables. Le *Chief Justice* américain Burger n'a pas hésité

¹⁹ .-H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common law*, 1940, vol. 5, § 1367. Pour un point de vue plus nuance, J. Spencer et R. Flin, *The evidence of children. The Law and the Psychology*, 2^{ème} éd., Blackstone, 1993, ch. 10. On a remarqué que cette recherche de la neutralité du juge se fait au prix d'un risque de déformation du témoignage, l'interdiction partielle des *leading questions*, questions suggérant au témoin la réponse désirée pouvant fausser l'objectivité de la recherche de la vérité.

²⁰ J.-P. Richert, *La procédure de plea bargaining en droit américain*, RSC 1975, 375 et s. ; S. M. Cabon, *L'aveu dans la procédure accusatoire américaine*, in *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Colloque du II^{ème} Congrès du comité international des pénalistes francophones, organisé par l'Institut de sciences criminelles de Bordeaux, mai 2012, à paraître

à écrire que ce tour de passe-passe, permet seul de « traiter » toutes les affaires dont la justice est saisie²¹. Et tout ce qui est dit sur les USA vaut aussi pour les autres pays de *common law*²². Les Italiens ralliés au système accusatoire en 1987 ont inventé eux aussi le *patteggiamento* (*applicazione su richiesta delle parti*, art. 444 à 448 C.P.P.) : le ministère public et le prévenu s'entendent pour proposer au juge de l'enquête préliminaire ou au juge de jugement une peine déterminée à subir ; et par exemple en cas d'association de malfaiteurs, le peine ne peut dépasser deux ans²³.

Le pénaliste de tradition romano-germanique, en apprenant l'existence de tels accords, est fort étonné car il a été formé dans un système où le juge dispose d'un pouvoir fort, du moins dans une conception classique.

B – Un juge aux pouvoirs forts dans le système germano-germanique

8. Ce système est souvent qualifié d'inquisitoire. C'est le juge, qui n'est pas une partie, qui recherche la vérité, le but du procès étant la recherche de la vérité matérielle, c'est-à-dire la réalité des faits.

9. Au cours de la *phase préparatoire*, le juge est le juge d'instruction, figure emblématique de la conception inquisitoire, inventée par des juristes français qui dans l'ordonnance de 1690 parlaient du lieutenant criminel²⁴.

a) On peut d'abord donner l'exemple du droit français. Aujourd'hui, l'article 81 al. 1 CPP rappelle que « le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». A vrai dire, le juge d'instruction dispose à travers ce texte de pouvoirs importants, mais qui ne sont tout de même pas sans limites²⁵.

Le magistrat instructeur dispose, c'est vrai, de gros pouvoirs pour obtenir la vérité. Il peut procéder à tous interrogatoires de suspects, à toutes auditions nécessaires, à des perquisitions et saisies, à des transports sur les lieux et à des reconstitutions²⁶ ; il peut aussi commettre un expert. La chambre criminelle de la Cour de cassation a même fait preuve d'audace à propos de procédés modernes de preuve que n'avaient pu imaginer les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959. Ainsi ont

²¹ Burger, Address ABA Annual Convention, New York Times, 13 août 1970, cite par J. Cédras, La justice pénale aux Etats-Unis, 2^{ème} éd., Economica, 2005, 234.

²² On notera que l'on reste dans le cadre accusatoire car seules les parties participent à la négociation, le juge y étant étranger, se bornant en fait à « accepter » le plus souvent l'accord.

²³ M. Chiavario, Diritto processuale penale, Profilo istituzionale, 6^{ème} éd., UTET, 2015, passim

²⁴ Il semble que les Français sont attachés au juge d'instruction comme les Anglais le sont au jury.

²⁵ J. Pradel, Procédure pénale, 18^{ème} éd., 2015, n° 712 et s. , Cujas.

²⁶ Qui sont même le principe en matière criminelle.

été approuvés des juges d'instruction qui avaient ordonné des écoutes téléphoniques, ce procédé si utile pour débusquer les délits de trafic, comme le trafic de drogue, ou le délit de corruption, c'est-à-dire des infractions qui supposent toujours une pluralité d'agents et des ententes entre eux. Plus récemment, la chambre criminelle a validé la décision d'un juge d'instruction qui avait fait placer une balise de géolocalisation sur le véhicule d'une personne suspectée de trafic de drogue, là encore sur la seule base de l'article 81²⁷.

Malgré tout, le système inquisitoire ne permet pas tout : l'article 81 dispose lui-même que le magistrat procède « conformément à la loi ». Et puis, depuis une loi du 8 décembre 1897, un avocat assiste son client aux interrogatoires et peut même consulter le dossier avant ces actes. Faut-il ajouter que le ministère public disposait déjà des mêmes droits depuis le Code d'instruction criminelle de 1808. De plus, les perquisitions ne peuvent pas commencer avant 6 heures et après 21 heures sauf pour certaines infractions très graves (terrorisme, trafic de drogue...). Si la perquisition est effectuée dans un cabinet médical ou d'avocat, le juge doit préalablement aviser le président de l'Ordre départemental des médecins ou le bâtonnier de l'Ordre des avocats.

Enfin, ce magistrat « instruit à charge et à décharge » (art. 81 al. 1 *in fine*), ce qui à vrai dire est (ou devrait être) évident.

b) La situation est très proche dans ceux des Etats qui ont également le juge d'instruction. L'Espagne a hérité du système français en ce que le *Ley de enjuiciamiento criminal* de 1882 (ou LECRIM) s'inspire du code français d'instruction criminelle de 1808. Le juge peut et doit réaliser toutes les diligences qu'il estime nécessaires pour la vérification du délit et la responsabilité de son auteur (art. 311, 312 et 315 LECRIM). N'oublions pas cependant que le juge d'instruction opère « sous l'inspection direct du procureur du tribunal compétent » (art. 306 LECRIM). La Belgique connaît également le juge d'instruction et la doctrine observe « qu'il dispose dans la recherche des preuves de pouvoirs considérables, tant sur la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction que sur ses biens... Il est même le seul à pouvoir disposer ainsi de la liberté et de la vie privée des citoyens avant qu'une condamnation soit prononcée »²⁸. Bref, il peut procéder à tous actes nécessaires à la recherche de la vérité. Mais là aussi, le juge n'est pas totalement libre... Selon l'article 61 du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi a le droit de se faire communiquer le dossier à tout moment, suivre l'instruction pas à pas

²⁷ Crim., 22 novembre 2011, D. 2012, Panorama, 2122.

²⁸ M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, Manuel de procédure pénale, 3^{ème} éd., 2009, éd. Larcier, 434.

et adresser des réquisitions au juge²⁹. On ajoutera un mot sur le droit portugais où la phase préparatoire comporte deux sous phases, l'une nécessaire appelée *inquerito* où la preuve est réalisée par le parquet, et une seconde, facultative, ouverte à la demande de l'inculpé ou de *l'assistente* (sorte d'accusateur privé) appelé *instruao*, juridictionnelle et menée par le juge d'instruction (art. 286 et s. CPP)³⁰. En fait, l'*instruao* n'est pas très importante quantitativement. Elle fait apparaître des doutes chez certains sur les bienfaits du juge d'instruction.

10. Au cours de la *phase décisive*, on trouve la consécration du juge (ou président) nanti de gros pouvoirs. On en donnera trois exemples qui vont nous convaincre que le principe inquisitoire ne se limite pas à la phase antérieure à l'audience, mais imprègne aussi l'audience de jugement.

Le premier intéresse la direction des débats et surtout la conduite des investigations, en ce que c'est au juge (en fait au président en cas de collégialité, ce qui est fréquent) de poser les questions aux personnes poursuivies, aux témoins, aux experts. En Allemagne, c'est le président qui interroge les intéressés (art. 238 St PO), tout comme en Espagne (art. 688 et s. LECRIM) ou en France (art. 328 et s. CPP pour la Cour d'assises ; art. 442 CPP pour le tribunal correctionnel) etc... Evidemment, le président doit agir avec tact et impartialité, c'est-à-dire sans manifester prématurément son opinion³¹.

Le second exemple est tiré du droit allemand : selon le § 244 al. 2 St PO, « en vue d'établir la vérité, la cour peut étendre d'office la preuve à tous faits et moyens de preuve qui s'avèrent nécessaire à l'établissement de sa décision ». Comme l'a indiqué la doctrine, cette disposition constitue « une grande différence par rapport au système accusatoire... le tribunal a (en effet) le devoir de rechercher la vérité matérielle dans l'affaire... et selon ce modèle, il n'est pas nécessaire pour les parties de présenter leurs propres preuves »³². Et ce qui doit être bien souligné, c'est que le tribunal a « le devoir d'éclairer l'affaire, d'instruire d'office sur tous les faits susceptibles de jouer un rôle déterminant quant à la preuve... sous

²⁹ M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, précité, p. 513. Le Code français contient la même règle, art. 82 CPP

³⁰ Ce juge d'instruction va vérifier juridiquement, après avoir procédé à des investigations si la décision du procureur de poursuivre ou de classer était bonne, v. Maria Joao Antunes, *Codigo de processo penal*, Coimbra editora, 2005, 15.

³¹ Nombreuse jurisprudence, par exemple en France, *Crim.*, 14 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 259 ; D. 1989, *Somm.* 390, obs. J. Pradel ; RSC 1990, 368, obs. Braunschweig : atteinte au devoir d'impartialité par le président des assises disant à l'accusé « Ne pensez-vous pas que vous niez l'évidence et que vous avez une position insoutenable ? »

³² M. Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure, Studies in International and Comparative Criminal Law*, 2012, 163-164.

réserve cependant de leur légalité »³³. Certes le Code français de procédure pénale connaît une disposition apparemment proche : l'article 463 relatif aux affaires correctionnelles dispose que « s'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155 » du CPP, relatif aux commissions rogatoires. Le texte est pourtant moins fort que celui du § 244 St PO : alors que le texte allemand instaure un devoir pour le tribunal, la disposition française paraît moins impérative³⁴.

Enfin une dernière illustration de l'inquisitoire à l'audience de jugement peut être donnée avec le pouvoir discrétionnaire du président des assises en droit français. L'article 310 al. 1 CPP dispose : « Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut en son honneur et en sa conscience prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité ». Comment expliquer ce pouvoir qui n'existe pas en matière correctionnelle ou contraventionnelle ? Il peut arriver que le dossier ait été mal instruit par le juge d'instruction ou plus souvent qu'un élément probatoire nouveau apparaisse à l'audience. Comme il est difficile de renvoyer l'affaire à cause de la présence des jurés³⁵, le législateur a accordé au président le pouvoir de jouer le rôle de juge d'instruction. C'est donc le principe de continuité des débats qui explique le pouvoir discrétionnaire.

Telles sont dans leurs grandes lignes la tradition romano-germanique et celle du common law. Mais que deviennent aujourd'hui ces modèles ? N'ont-ils pas perdu de leur pureté ? Avec le développement de la criminalité et avec la pression croissante des principes fondamentaux qui viennent notamment de la CEDH de Strasbourg, la réalité change³⁶. On peut être encore parler de système de common law et de système romano-germanique, mais la cloison n'est plus aussi étanche entre eux (si elle l'a peut-être été autrefois). Désormais, actuellement, ces deux systèmes sont placés de plus en plus sous le signe de rapprochements évidents. Les frontières se brouillent. En effet, même si tout ce qui vient d'être dit vaut encore, des éléments nouveaux apparaissent, signes de convergences modernes.

³³ E. Schlüchter, Procédure pénale allemande, 3^{ème} éd., traduit de l'allemand par E. Mathias ; Euwi-Verlag, Thüningersheim, Frankfurt/Main, 2002, 200-201.

³⁴ L'opportunité d'ordonner un supplément d'informations relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, Crim., 19 mars 2002, pourvoi n° 01-84.551.

³⁵ Qui par ailleurs devront être défrayés de leurs frais et qui souvent sont peu enthousiastes à l'idée de devoir siéger une seconde fois.

³⁶ A vrai dire la CEDH se montre indifférente en ne voulant pas prendre partie entre les deux systèmes. Ce qu'elle veut en revanche, c'est que la procédure soit contradictoire.

II – Des convergences modernes

11. Aujourd'hui les modèles juridiques circulent de plus en plus sous l'effet des nécessités d'une lutte concertée contre la criminalité, souvent internationale. Il en résulte que les systèmes se contaminent mutuellement et que plus précisément, chacun fait des emprunts à l'autre³⁷. C'est ce double mouvement qu'il nous faut décrire.

A – Le système romano-germanique emprunte au common law

12. Ce premier mouvement est le plus connu, au point que certains auteurs, ne voyant que cet aspect, sont portés à dire que le système de common law règne plus ou moins sur le monde entier. On parle par exemple d'américanisation du droit pénal tandis que d'autres, allant plus loin encore, évoquent l'idée d'une mondialisation du droit³⁸. Il convient d'y regarder de plus près et rechercher plus précisément ce que la famille romano-germanique a intégré du modèle accusatoire du common law.

13. C'est d'abord *négligemment* en quelque sorte que le système romano-germanique se rapproche du common law. Plusieurs législations d'Europe continentale ont abandonné le juge d'instruction : l'Allemagne en 1975³⁹, l'Italie en 1989, l'Autriche en 2005 ; la Suisse en 2009⁴⁰, toutes ces nations qui l'avaient consacré au début du XIX^e siècle sous l'influence française alors conquérante. Désormais, la mise en état des affaires est assurée par le parquet aidé de la police judiciaire. En pratique, c'est la police qui commence les investigations et lorsque celles-ci sont largement entamées, voire achevées, elle saisit le procureur.

Un trait important caractérise ces législations d'origine inquisitoire et devenues plutôt accusatoire, c'est le rôle des poursuivants et la présence d'un juge pour décider les mesures attentatoires à la liberté (détention provisoire) et, celles qui sont intrusives comme les perquisitions ou les écoutes téléphoniques. Les Allemands parlent de juge de l'instruction et les Italiens de juge de l'enquête préliminaire. Ce juge dans le principe ne fait donc pas d'actes d'investigations. Il se borne à ordonner ceux qui sont très graves par leur objet (atteintes à la liberté ou à l'intimité de la personne).

³⁷ Il existe en France, au sein du ministère de la justice, un Service des affaires européennes internationales (SAEI) qui est presque systématiquement consulté dès qu'un projet de loi est envisagé par le ministère de la justice. Le SAEI procède alors à des études de droit comparé qui seront utilisés pour inspirer les rédacteurs du projet de loi.

³⁸ M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, éd. Seuil, 1994 ; Trois défis pour un droit mondial, éd. Seuil, 1998 ; La mondialisation du droit, in Revue des deux mondes, n° sur le droit français s'américanise-t-il ? 2000, 83 et s.

³⁹ Il est vrai qu'en Allemagne, le juge d'instruction jouait un rôle mineur.

⁴⁰ Les résistances furent importantes, notamment en Romandie (Genève par exemple).

Toutefois, comme par un souvenir discret de l'ancien système, le droit allemand fait un clin d'œil au juge d'instruction. Le ministère public allemand peut en effet faire appel au juge de l'instruction quand il est probable que ce dernier obtiendra des meilleurs résultats que lui ; il en est ainsi des interrogatoires qui, s'ils sont menés par un juge suscitent davantage la confiance du législateur que s'ils le sont par les procureurs ou les policiers (§§ 133-135 St PO) ; il en va de même lorsque le procès-verbal rapportant l'aveu de l'accusé doit être produit à l'audience, ce qui n'est permis que s'il a été obtenu au cours d'un interrogatoire judiciaire (§ 254 al. St PO)⁴¹.

Le rapprochement entre les droits romano-germaniques et ceux de common law va encore plus loin, par certains aspects positifs.

14. C'est en effet *positivement* que le système romano-germanique emprunte au common law certains de ses traits.

En premier lieu, le système de l'interrogatoire des témoins par les parties devant un juge observateur et finalement décideur, s'étend quelque peu dans les droits romano-germaniques. Prenons l'exemple du droit français. Certes à l'instruction et à l'audience de jugement, c'est le juge ou le président qui mène l'interrogatoire comme il a été dit (v. supra I, B). Mais les parties sont présentes et elles peuvent poser des questions et même demander des actes d'investigation. Au cours de l'instruction, si les témoins sont en principes entendus par le juge « séparément et hors la présence des parties » (art. 102 al. 1 CPP), il en va autrement en cas de confrontation avec les parties et dès lors l'avocat de ces dernières peut leur poser des questions une fois que le juge a fini de poser les siennes : en effet, selon l'article 120 CPP, « le juge d'instruction dirige des interrogatoires, confrontations et auditions. Le procureur de la République et les avocats des parties... peuvent poser des questions ou présenter de brèves observations. Le juge d'instruction détermine, s'il y a lieu, l'ordre des interventions et peut y mettre un terme lorsqu'il s'estime suffisamment informé. Il peut s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'information ou à la dignité de la personne ». On le voit, le ton reste assez inquisitorial, malgré l'admission d'une dose de contradictoire. Les règles sont les mêmes pour l'audience de jugement. Ainsi, en droit français, les avocats et le parquet peuvent depuis une loi du 15 juin 2000 (art. 312 CPP) interroger directement les témoins, les experts, l'accusé et la partie civile, sans passer par l'intermédiaire du président (alors que le principe classique et longtemps unique voulait qu'ils posent leurs questions au président qui les « répercutait » ensuite à la personne sollicitée de donner des informations) : c'est tout simplement

⁴¹ Sur ces cas et quelques autres, E. Schlüchter, précité, 46.

l'importation de la *cross examination*⁴².

En second lieu, les pénalistes romano-germaniques, inquiets eux-aussi de l'accroissement de la criminalité, ont imaginé des formes apparentées au *plea bargaining* des Anglo-Saxons. On évoquera deux exemples. Celui de l'Allemagne d'abord qui fut longtemps défavorable à des accords entre les parties. Mais avec l'accroissement de la criminalité et l'idée qu'une sentence acceptée par le défendeur sert mieux les buts de la justice qui sont la rétribution et la réhabilitation, l'optique change⁴³. On faisait valoir aussi que le Code allemand de procédure pénale ne prohibait pas formellement les arrangements. Mieux, la Cour constitutionnelle déclare en 1987 que les arrangements ne sont pas inconstitutionnels. Finalement en 2009, fut créé le § 257 c St PO qui envisage un accord entre le juge, le poursuivant et l'accusé suite à une proposition émise par le juge (*Absprachen im Strafprozess*)⁴⁴. Il faut évidemment que l'accusé ait reconnu les faits.

Notre second exemple concerne la France avec la création en 2004 de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) ou plaider de culpabilité : un accord sur la culpabilité et la peine est scellé entre poursuivant et prévenu, qui est ensuite homologué par le président du tribunal de grande instance⁴⁵. Ainsi l'accord sur la culpabilité et la peine est indifférent à la distinction entre systèmes romano-germanique et de common law, même si des différences techniques importantes apparaissent selon les droit nationaux⁴⁶.

L'influence, voire la séduction du common law est donc éclatante sur le système romano-germanique. Mais des emprunts existent aussi dans l'autre sens. On devra apprécier leur importance.

⁴² R. Colson, La fabrique des procédures pénales, comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive, RSC 2010, p. 365 ; C. Ayela et D. Dassa-Le-Deist, Le développement de la *cross examination* dans le procès pénal français, JCP E 2006-I.186. Le rapport Léger, issu du Comité de réflexion sur la justice pénale proposait la même chose, septembre 2009, 32. Ce projet faisant du président un arbitre allait à l'encontre de la tradition française et ne garantissait pas une meilleure justice.

⁴³ Voir le rôle opéré par un article publié en 1982 par un avocat sous le nom de Detlef Deal, in S. Kobor, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, éd. Peter Lang, 2007, 123. On lira les pages suivantes où il apparaît que les juges judiciaires furent longtemps réticents.

⁴⁴ Ce qui déroge beaucoup à la tradition anglo-saxonne et italienne où le juge n'intervient pas dans la négociation.

⁴⁵ Commentaires de B. de Lamy au D. 2004, chron. 1982, et J. Pradel au JCP 2004-I.132. La doctrine est considérable. Il faut bien saisir qu'en droit français il y a *plea* sans *bargaining*, c'est-à-dire pas de négociation.

⁴⁶ J. Pradel, Le plaider coupable. Confrontation des droits américain, italien et français, Rev. internat. dr. comp. 2005, 473 et s.

B – Le système de common law emprunte au système romano-germanique

15. On dit souvent qu'en common law, le rôle du juge est fondamental et l'on oppose même au titre des sources du droit le juge en common law et la loi dans la famille romano-germanique. Seule fait exception la matière de la charge de la preuve puisque c'est aux parties de présenter les preuves, le juge se bornant à les apprécier avant de rendre sa décision. Pourtant, la charge probatoire peut aujourd'hui - à titre exceptionnel certes - passer des mains des parties à celles du juge.

16. Par exemple, l'Italie qui est passée en 1989 au système accusatoire a conservé des souvenirs du système inquisitoire. Le juge peut encore rechercher la preuve dans certaines hypothèses dont le poids n'est pas nul. Ainsi le CPP de 1989 a institué la procédure d'incident probatoire (*incidente probatorio*) : selon les articles 392 et suivants, au cours de l'enquête, le ministère public et l'accusé peuvent demander au juge de procéder à l'administration contradictoire d'une preuve qui ne pourra plus être présentée à l'audience de jugement (*dibattimento*) et le texte de l'article 392 donne les exemples du témoin malade ou menacé, ou de l'expertise qu'il faut ordonner de suite. On peut y voir une « parenthèse dans l'enquête préliminaire »⁴⁷ pas si éloigné des dispositions allemandes qui sont pourtant intégrées dans un autre système. En outre et toujours en droit italien, à l'issue de l'enquête se tient une audience préliminaire, déjà évoquée au cours de laquelle le juge peut procéder à de nouvelles auditions pour compléter son enquête et pour mieux être à même de prendre sa décision de classement ou de poursuite (art. 422 CPP). En réalité le juge de l'audience préliminaire redevient... juge d'instruction.

Enfin lors de l'audience de jugement, le président - en principe passif face aux parties qui lui présentent la preuve devant le tribunal - peut en cas de besoin prendre un rôle plus actif : en effet selon l'article 507, une fois l'acquisition de la preuve terminée, le juge, en cas d'absolue nécessité (*se risulta assolutamente necessario*) peut décider d'office de mettre en œuvre d'autres moyens de preuve, ce qui pourra entraîner une suspension du débat⁴⁸.

En second lieu, on trouve des arrêts révélateurs d'une évolution vers un rôle plus actif du juge. Un arrêt remarqué de la Cour suprême du Canada est allé jusqu'à décider : « Il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan : d'être juge sphinx. Mais seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit rendue

⁴⁷ M. Chiavario, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, 6^{ème} éd., UTET 2015, 482.

⁴⁸ Ce qui a même été étendue par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel italiens.

effectivement. Ainsi un juge peut et parfois doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage et, au besoin, les rappeler à l'ordre... »⁴⁹.

17. Alors que conclure ? Les frontières entre système de common law et système romano-germanique sont devenues poreuses, Mais malgré tout, il reste encore des différences entre eux. Les législations s'efforcent de concilier le respect de leurs traditions culturelles et les nécessités, d'une juste et rapide procédure car il y a souvent avantage à voir ce que fait le voisin. Aujourd'hui, dans toutes les législations qu'elles soient de type accusatoire ou inquisitoire, on retrouve toujours le principe du contradictoire, qui est ainsi transversal. A notre avis personnel, le meilleur système (ou le moins mauvais) est le système inquisitoire tempéré par le contradictoire : en effet la recherche de la vérité est effectuée par un tiers professionnel et objectif et les droits de la défense ne sont pas sacrifiés. Décidément, la procédure pénale est un subtil équilibre.

Žan Pradel (*Jean Pradel*)

Profesor emeritus Pravnog fakulteta u Poatijeu

Član Međunarodne akademije za uporedno pravo

ULOGA SUDIJE KRIVIČARA U TERETU DOKAZIVANJA UPOREDNI PRISTUP *COMMON LAW* I ROMANSKO- GERMANSKI SISTEM

Rezime

U radu se analizira uloga sudije krivičara u teretu dokazivanja. Autor predstavlja uporedni pristup *Common Law* i romansko-germanskom sistemu. U okviru krivičnog postupka, teorija dokazivanja predstavlja jedno od najsloženijih poglavlja. U uporednom pravu su se iskristalisale dve, bar načelno, suprotstavljene koncepcije: adverzijalna (kontradiktorna) i istražna. Ova distinkcija odnosi se posebno na pitanje

⁴⁹ Cité in J. Pradel, Les procédures pénales dans les droits de commun law et romano-germanique : des frontières qui se brouillent, in Les nouveaux territoires du droit et leur impact sur l'enseignement et la recherche, Colloque Poitiers-Montréal, 2002, LGDJ 2004, 196. Il arrive aussi au juge anglais de poser des questions qu'il estime nécessaire à l'intelligence de l'affaire, v. J. Spencer, La procédure pénale anglaise, PUF, Que sais-je ? 1998, 87.

tereta dokazivanja. Kod kontradiktorne koncepcije, u principu, stranke – tužilac i tuženi – aktivno traže dokaze, a sud učestvuje kao posmatrač u raspravi. Dakle, postupak je aktivnost pred sudom. Suprotno tome, u slučaju istražne koncepcije, sudija je taj koji je u središtu procesa, traga za istinom, i ima zadatak da utvrdi ko je učinio povredu i kako. Shodno tome, postupak je aktivnost suda (ili tačnije sudije). U svetu prava, naročito kada je reč o krivičnom postupku, razlikujemo *Common Law* sistem (Engleska, Severna Amerika, Italija...) i romansko-germanski sistem (ili evropski kontinentalni). Pri čemu je *Common Law* sistem više adverzijalni, a romansko-germanski sistem više istražni. Tradicionalna suprotstavljenost između ova dva sistema danas je u velikoj meri ublažena. Sfera krivičnog postupka postaje jedna vrsta *melting pot-a*. U prvom delu rada, autor predstavlja klasične razlike, koje i dalje nisu izgubile na značaju, dok je drugi deo posvećen modernim konvergencijama koje sve više dobijaju na težini. Na kraju rada, autor iznosi stav prema kome je najbolja (ili najmanje loša) istražna koncepcija ublažena kontradiktornom.

Ključne reči: sudija krivičar, teret dokazivanja, krivični postupak, adverzijalni sistem, istražni sistem.

Jean Pradel

Professor Emeritus of the Faculty of Law in Poitiers

Member of the International Academy of Comparative Law

THE ROLE OF THE CRIMINAL JUDGE IN THE BURDEN OF PROOF COMPARATIVE APPROACH TO COMMON LAW AND ROMANO-GERMANIC SYSTEMS

Summary

The paper analyses the role of the criminal judge in the burden of proof. The author presents comparative approach to Common Law and Romano-Germanic systems. In criminal proceedings, theory of proof is one of the most complicated issues. As regards the burden of proof, there are at least, two conceptions: adversarial and inquisitorial. According to the adversarial conception, burden of proof refers most generally to the obligation of a party to prove its allegations at trial. Indeed, the proceedings are considered as an activity in front of the Court. On the contrary, when it comes to the

inquisitorial conception, the judge is in the middle of the trial, searching for the truth. His duty is to determine who committed the violation and how. Consequently, the proceedings are an activity of the Court (or more precisely of the judge). Nowadays two systems could be distinguished, especially when it comes to the criminal proceedings: Common Law system (England, North America, Italy...) and Romano-Germanic system (or European continental). Whereby Common Law system is more adversarial, Romano-Germanic system is more inquisitorial. So, the world of criminal proceedings has become a kind of melting pot. In the first part of the article, the author presents classical differences between these two systems, which are still significant. The second part is devoted to the modern convergences, gaining more and more importance. At the end, the author states that the best solution (or the least bad solution) is inquisitorial conception mitigated by adversarial one.

Key words: criminal judge, burden of proof, criminal proceeding, adversarial system, inquisitorial system.

MIGRACIJE KAO KRIMINOLOŠKI PROBLEM: KRIMINALITET MIGRANATA – ISKUSTVA SAD

Apstrakt

U radu se analizira jedan od kriminoloških aspekata migracija – onaj koji se tiče povezanosti migracija i kriminaliteta i to u Sjedinjenim Američkim Državama. Razmatranje tog odnosa je od velikog značaja za sagledavanje stvarnih konsekvenci horizontalne pokretljivosti velikih grupa ljudi koja je poslednjih godina dobila dramatične razmere. U takvoj situaciji prirodno je da se pažnja prvo usmeri na Ameriku čija kriminološka nauka je već jedan vek najuticajnije u svetu. Srećna okolnost je i to da se ta država od svog nastanka sreće sa snažnim talasom imigracije, pa bi svako ozbiljnije proučavanje uticaja migracija na kriminalitet moralo početi njenih iskustava.

Ključne reči: *migracije, kriminalitet, dezorganizacija, kulturni sukob, etnička sukcesija*

1.Uvod

Migracije su jedna od tema kojima se savremena kriminologija intenzivno bavi i to ne samo u novije vreme. Istina, poslednjih godina to interesovanje je poraslo zbog poznatih događaja koji su bili povod i za održavanje više skupova naučnika i praktičara u našoj zemlji.² Jedan od aspekata koji bi pri svakoj analizi uzroka i, još više, društvenih efekata migracija ljudi³ trebalo imati u vidu je i kriminološki. Zato ćemo u ovom radu izbeći načelna terminološka pojašnjenja i odmah izložiti problematiku iz ugla te nauke.

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; e-mail: ignjat@ius.bg.ac.rs

² U tom nizu, posebno mesto ima Konferencija “Migracije: pravni, bezbednosni, demografski i socio-ekonomski problemi” koja je u Beogradu održana od 5-6. decembra 2015. godine.

³ Ovde će biti reči o migracijama ljudi (jer se ovaj izraz koristi i za seobe životinjskih vrsta koje se odvijaju iz različitih uzroka –v. www.dictionary.com).

2. Migracije i kriminologija

Pre svega, potrebno je odmah objasniti kako se pojam „migracije“ shvata u kriminologiji. Već više od dve decenije u našoj literaturi istaknut je stav da za potrebe ove nauke navedeni pojam treba odrediti kao „*seobu većeg broja ljudi iz jednog socio-kulturnog ambijenta u drugi, obično iz ekonomskih razloga*“⁴. Ne ulazeći ovde u moguća ograničenja do kojih usvajanje ove definicije može dovesti,⁵ ni činjenicu da se u njoj ne pominje trajanje,⁶ možda bi trebalo istaći da je potencijalno najranjiviji deo definicije insistiranje da su za kriminologiju od značaja samo one promene mesta boravka koje podrazumevaju i promenu socio-kulturnog ambijenta. Dalje izlaganje će pokazati koliko je takav stav osnovan.

Migranti su višestruko interesantni za kriminologiju. Bilo da se oni pojavljuju kao učinioci ili žrtve kriminalnih dela. Ovu okolnost ne smemo izgubiti iz vida ni u jednoj situaciji u kojoj razmatramo delovanje ove kategorije lica. Jer, te uloge učinilaca – žrtava u ovom slučaju je teško omeđiti. To je još jedan argument više za uklapanje saznanja učenja o žrtvama (viktinologije) u kriminologiju kao jedinstvenu nauku, onako kako ju je zamišljao poznati nemački kriminolog Arman Mergen⁷.

Izlaganje o migracijama traži višedimenzionalni pristup i svestrano sagledavanje iz ugla brojnih drugih nauka (demografije, sociologije, prava, psihologije, ali i ekonomije, politikologije i srodnih). Sa druge strane, u ovakvom radu ne mogu se obraditi ni svi kriminološki aspekti migracija. Zbog toga ćemo se u nastavku koncentrisati samo na „kriminalitet migranata“ i to u Sjedinjenim Američkim Državama. Objašnjenje zašto se baš fokusiramo na njih je jednostavno i svodi se na nekoliko razloga:

- 1) svorili su je imigranti - Thomas Bernard sa saradnicima⁸ naglašava da je „istorija Amerike proces zauzimanja, dominacije i sukcesije Evropljana teritorije koju su pre toga zauzimali prastanovnici“;

⁴ Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, 2. izd., Beograd 1992, 172.

⁵ Treba primetiti da se njome ne isključuju drugi mogući uzroci migracija, ali da oni ekonomski imaju poseban značaj govori i jedan podatak koji ne treba smetnuti sa uma. Čak i kada se radi o prisilnim izmeštanjima stanovništva sa prostora na kojima su do tada živeli (zbog ratnih dejstava, npr.) izbeglice pokazuju želju ne samo da napuste mesta na kojima im je opstanak ugrožen, nego najčešće jasno ističu želju da se nađu u zemljama koje im mogu ponuditi najbolje životne uslove. Na ovaj način razmišlja i Dario Melossi u jednom novijem radu u kome konstatuje da iskustva SAD i Evrope ukazuju „da kod migracija centralnu ulogu imaju ekonomski faktori“ (D. Melossi, *Crime, Punishment and Migration*, Los Angeles 2015, 78).

⁶ Jer se podrazumeva da se ovde ne radi o povremenim i privremenim seobama stanovništva, sezonskim i dnevnim kretanjima -v. B. Đurđev, Migracije –in: *Sociološki rečnik* (A. Mimica, M. Bogdanović eds.), Beograd, 2007

⁷ A. Mergen, *Die Kriminologie*, München 1978.

⁸ T. Bernard, J. Snipes, A. Gerould, *Vold's Theoretical Criminology*, New York 2010., 135

- 2) od tada do danas SAD važe za jednu od najpoželjnijih destinacija imigranata iz celog sveta;
- 3) američka kriminologija je već decenijama najuticajnija u svetu.

3. Kriminalitet migranata u SAD

3.1. Rani radovi

Jedan od savremenih kriminologa koji spada u najbolje poznavaoce ove problematike - Dario Melossi⁹ - piše da je još u drugoj polovini XIX veka Cesare Lombroso smatrao da migranti imaju posebno mesto u kriminologiji. Ovaj italijanski lekar, osnivač kriminologije, u četvrtom delu svoje knjige poznate knjige *L'uomo delinquente* naslovljenom kao „Etiologija zločina - gustina naseljenosti, alkoholizam, blagostanje i religioznost“ navodi da „statistika u SAD ukazuje na visoke stope kriminaliteta među imigrantima, a posebno onim iz Italije i Irske ... od 49.000 uhapšenih u Njujorku, 32.000 otpada na imigrante¹⁰

Ovo gledište dugo je dominiralo u kriminologiji, naročito u SAD koje su početkom XX veka bile izložene talasu imigranata iz inostranstva, ali i internoj migraciji. Taj proces je posebno bio izražen u Čikagu koji je za sve istraživače postao velika 'kriminološka laboratorija pod otvorenim nebom'. Podaci govore da je u tom gradu 1833. živelo 4.100 ljudi, da bi se broj stanovnika 1890. popeo na preko milion, a 1910. je iznosio dva miliona. Među doseljenicima su se, pored imigranata iz čitavog sveta, po brojnosti naročito isticali oslobođeni Crnci iz južnih država. Kako navodi John Tierney¹¹, mnoštvo različitih društvenih grupa koncentrisanih na relativno malom prostoru stvorilo je „urbanu džunglu“ u kojoj su sve negativne društvene pojave cvetale.

Prvo uticajnije proučavanje imigranata delo je dvojice autora. U delu o poljskim seljacima imigrantima u SAD koje objavljeno u nekoliko tomova u periodu 1918-1920. Amerikanac William Thomas i Poljak Florian Znaniecki su primenom originalnog metoda koji je predstavljao kombinaciju dokumentacione analize¹² i prve primene

⁹ D.Melossi, 1

¹⁰ C.Lombroso, *Criminal Man* (translation), Durham 2006., 316-7. Ovdje je citiran prevod Lombrosovog dela na engleski čije treće izdanje je publikovano 2006. godine

¹¹ J.Tierney, *Criminology- Theory & Context*, London 1996., 75

¹² Kako bi rekonstruisali način na koji su živeli, autori su analizirali pisma, autobiografije, tekstove u lokalnim novinama, spiskove članova crkvenih opština, policijske i sudske zapisnike i sve druge dokumente koje su mogli naći u zasotavštini poljskih seljaka koji su se nastanili u SAD.

metoda životne istorije¹³ došli do zanimljivih saznanja o tome kako su se ti ljudi prilagođavali novoj urbanoj sredini i industrijskom radu. Potekli iz sredina u kojima je tradicionalni život u zajednici podrazumevao, porodičnu koheziju, uzajamno pomaganje i osećaj odgovornosti za druge, oni su se našli u situaciji da navedene vrednosti zamenjuje individualizam, što vodi u porodične razmirice, decu je sve teže kontrolisati. Primarne grupe se raspadaju, menja se i tip nedozvoljenih dela koja vrše njihovi pripadnici. Ranije, kada se radi o ubistvima, lišavani su života članovi porodice ili učiniocima bliska lica, sada su žrtve

... lica sa kojima nema internog sukoba – to su neki drugi ljudi koji ne pripadaju njihovoj porodici, zajednici ili čak rasi... U sredinu u kojoj nema poverenja, gde dominira osećanje ugroženosti nije jednostavno osloboditi se stalnog osećaja da vam pretilo neko zlo ili čak zločin. Nepoverenje nije strano ljudima sa sela koji su vekovima živeli u kulturnoj izolaciji i u sredini koju karakteriše društvena suborinacija. I ranije su njihove zajednice bile izložene neočekivanim društvenim nevoljama na čije uzroke nisu mogle da utiču, ali su one – a naročito ponižavanje – bili drugačiji i nisu doveli do neprijateljskog odnosa. To može biti objašnjenje za zločine koje ćemo navesti ...¹⁴.

Važan je i zaključak autora da ono što je kasnije u društvenim naukama nazvano *akulturacija* (proces u kome se kultura jedne zajednice menja u kontaktu sa drugom)¹⁵ kod proučavane populacije nije potpuno uspeła. Kako navodi Giulia Sinatti, Thomas i Znaniecki su utvrdili da su oni pre bili „Amero – Poljaci“, nego „pravi Amerikanci“. Osim toga, ovi autori su dali definicije i nekih od ključnih kategorija na koje su američkoj kriminologiji bile neka vrsta orijentira za dalja istraživanja. U četvrtom tomu svoje knjige oni određuju pojam *društvene dezorganizacije* (kao „opadanje uticaja postojećih društvenih pravila na pojedince ili grupe ljudi“) i *dezorganizacije zajednice* (kao „raspad društvenih uverenja i solidarnosti članova“)¹⁶.

Značaj ove monografije, iako su mnogi autori (kako će se to videti i iz izlaganja koje sledi) usvajali navedne definicije i stavove koje u zastupali Thomas i Znaniecki, dugo vremena je u američkoj literaturi bio blago rečeno zanemaren. Skoro da se izbegavalo da se pomene iako je bilo jasno da i na metodološkom planu i u pogledu razvoja jedne originalne grane

¹³ Giulia Sinatti navodi niz autora koji smatraju da su ova dvojica kriminologa po prvi put ukazali na mogućnost i domete primene kvalitativnih metoda u svojoj nauci, (G.Sinatti, *The Polish Peasant Revisited*, *Sociologica*, n° 2, 2008).

¹⁴ W.Thomas, F.Znaniecki, *The Polish peasant in Europe and America: monograph of an immigrant group*, Vol V, Chicago 1920., 277

¹⁵ -v. N.Abercrombie, S.Hill, B.Turner, *Dictionary of Sociology*, Harmondsworth 1986., 13

¹⁶ W.Thomas, F.Znaniecki, 2;48

sociologije (tek nekoliko decenija kasnije Hylton Madge /1962/ ističe da su ovim svojim radom dvojica autora stvorili posebnu 'sociologiju migracija') ona imala ogroman značaj¹⁷. Nije jednostavno pronaći razloge zašto je ovo delo u kasnijoj američkoj kriminološkoj literaturi bilo skrajnuto.¹⁸

Zato izgleda da su temelje prve „prave“ američke kriminološke škole – Čikaške – postavili Robert Park, Ernest Burgess i Roderick McKenzie u knjizi *Grad* (1925.) u kojoj su proučavali ekološku organizaciju grada koja podrazumeva ne samo prostornu ekonomsku povezanost i postojanje određene – tom tipu naselja odgovarajuće – kulture, kakva postoji na primer u delovima Čikaga poput „Male Italije“ u kojoj su u to vreme tradicionalno živeli imigranti italijanskog porekla¹⁹. U takvim naseljima postoji određeni tip organizacije socijalnog života i normi koje regulišu međuljudske odnose. Te norme često se razlikuju od pravila formalno pravnog sistema, ali i u odnosu na druge zajednice koje postoje u američkim gradovima.²⁰

Ove ideje razradio je Burgess koji je podelio urbano područje Čikaga na pet zona, a za naše izlaganje od posebnog značaja je druga (II ili „zona tranzicije“) koja se nalazi odmah pored centralnog poslovnog dela („loop“); u njoj se nalaze i pripadnici društvenih grupa koje se nalaze na donjem delu društvene lestvice (sirotinja) u koje se svrstavaju i imigranti²¹. Oni nastoje da se nađu u trećoj (III) zoni u kojoj u pristojnijim uslovima žive sa svojim porodicama radnici koji su uspeli da izađu iz zone II.²²

Cliford Shaw i Henry McKay odlučili da provere da li je stopa kriminaliteta u zoni tranzicije zaista najviša. Višegodišnjim istraživanjem²³ u kome su analizirali činjenice koji su se odnosile na period od 65 godina,²⁴ ova dvojica autora došli su do zaključka da su ne samo kriminalitet, nego i druge socijalno patološke – devijantne – pojave (alkoholizam, prostitucija,

¹⁷ H.Madge, *The Origins of Scientific Sociology*, New York 1962.

¹⁸ Moguće je da je jedan od razloga bio politički – William Thomas (1863-1947) je 1918. izgubio mesto profesora na Čikaškom Univerzitetu posle hapšenja od strane FBI čiji razlozi nisu do danas razjašnjeni (možda to ima veze sa činjenicom da je deo studija proveo u Nemačkoj – u Getingenu i Berlinu). Posle toga, univerzitetski izdavač u Čikagu odbija da izda treći i naredne tomove knjige *Polish Paesant*, pa je to učinila jedna mala kompanija iz Bostona.

¹⁹ R.Park, E.Burgess, R.McKenzie, *The City*, Chicago 1925., 3

²⁰ Autori navode da takve rezidencijalne enklave postoje i drugim urbanim zajednicama: u San Francisku i Njujorku („Čajna taun“), Bostonu („Bruklin“)..., R.Park, E.Burgess, R.McKenzie, 10.

²¹ R.Lilly, F.Cullen, R.Ball, *Criminological Theory- Context and Consequences*, 4th ed., Thousand Oaks, 2007., 37

²² Bernard sa saradnicima navodi da je Burgess pokazao kako su se jevrejski imigranti po dolasku u Čikago prvo našli u zoni II, da bi vremenom većina njih prešla u zonu III, a samo neki u još poželjnije zone IV i V., T.Bernard, J.Snipes, A.Gerould, 125

²³ Koje je započeto tridesetih godina XX veka, a njegovi rezultati objavljeni skoro dve decenije kasnije; C.Shaw, H.McKey, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago 1942. (deo ovog rada preveden je -u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 244 et seq.)

²⁴ Naročita pažnja posvećena je podacima koje su sadržale evidencije čikaških sudova za maloletnike.

samoubistva,²⁵ ...) najzastupljenije u toj 'prelaznoj zoni u kojoj dobar deo stanovništva čine doseljenici. Njihov sastav se vremenom menjao: godine 1884. čak 90% populacije smeštene u zoni II činili su Nemci, Englezi, Škotlandani i Skandinavci, dok su oko 1930. godine Česi, Italijani, Sloveni (Poljaci, Jugosloveni i drugi) činili 85%.²⁶

Jedna od teza ovih autora bila je da su 'loša gradska područja' mesta gde postoji rivalitet između devijantnih i konvencionalnih vrednosti. To stanje samo je jedan od indikatora društvene dezorganizacije koju neki autori smatraju ključnom za objašnjenje porasta stope kriminaliteta u sredinama koje karakteriše etnička i rasna heterogenost. Među njima posebno mesto zauzimaju Mabel Elliott i Francis Merrill koji su 1934. objavili poznato delo *Socijalna dezorganizacija*²⁷ u kome su se posebno pozabavili problemom migracija kao jednim od generatora dezorganizacije društva. Njih izaziva istovremeno dejstvo suprotnih činilaca – onih koji lice teraju (e. 'push') iz jednog ambijenta i onih koji ga vuku ka (e. 'pull') drugačijoj sredini. Sama promena vodi moderne migrante u stanje 'kulturnog šoka' – jer oni ne mogu u novoj sredini koristiti kulturni obrazac iz sredine iz koje potiču, niti mogu usvojiti kulturu u sredini u koju su stigli. U ovakvoj situaciji nalaze se kako oni koji su napustili Evropu i našli se u Novom svetu, tako i migranti koji su prešli iz sela u grad i raseljena lica koja su ratna dejstva naterala da napuste svoje države²⁸. Svi oni suočavaju se sa mnoštvom problema – od porodične, preko ekonomske – do religiozne dezorganizacije; zbog toga se jedan broj takvih lica opredeljuje za kriminalno ponašanje, a nešto manji broj bira samoubistvo.

Drugi značajan pravac koji se u kriminologiji naslonio na izučavanja koja su vršili Shaw i McKay bilo je učenje o diferencijalnoj asocijaciji (različitom povezivanju) koje je razvio Edwin Sutherland. Ovaj čikaški naučnik je u jednom od svojih prvih radova zaključio da siromaštvo u modernim društvima dovodi do segregacije u grupe koje pristaju na slabo plaćene poslove, izolovanost od kulturnih uticaja i izloženost degradirajućim uticajima. Melossi navodi njegove reči²⁹:

²⁵ Marshall Clinard i Robert Meier skoro vek kasnije takođe dovode u vezu migracije i samoubistvo i pozivaju se na rezultate do kojih je došao Steven Stack po njima, stope migracije i samoubistva su u korelaciji; Stack S. Suicide- A Decade Review of the Sociological Literature, *Deviant Behavior*, n° 4, 1982.

²⁶ Vesrovatno je da se radi o lapsusu kaada Thomas Bernard sa saradnicima bukvalno navodi ...“Česi, Italijani, Poljaci, Sloveni i drugi“ – kao da Česi i Poljaci nisu Sloveni?; T.Bernard, J.Snipes, A.Gerould, 137

²⁷ Bilo nam je dostupno treće izdanje ove knjige - M.Elliot, F.Merrill, *Social Disorganization*, 3rd ed., New York 1950.

²⁸ M.Elliot, F.Merrill, 578

²⁹ D.Melossi, 40

Siromaštvo istovremeno znači nizak društveni status u kome se malo šta ima izgubiti, poštovanje i inače ne uživaju, malo se čime mogu ponositi ... stambene prilike su loše, žive u naseljima bez kanalizacije, poželjne društvene institucije su daleko ... roditelji su odsutni i na poslu, o deci nema ko da se brine ... ona su izolovana od kulturnih uticaja i izložena su antidruštvenim podsticajima. Istovremeno, slike bogatstva ih zapljuskuju iz izloga prodavnica i sa ulica izazivajući zavist i mržnju prema bogatima koja je povezana sa osećanjem da su prikraćeni u mnogo čemu jer ne mogu da zadovolje ni svoje elementarne potrebe. Siromaštvo navodi ljude da krađu i prostituišu se ako žele da izbegnu glad... Više bi trebalo da nas čudi kako malo siromašnih ljudi se opredeljuje za zločin od toga koliko ih je sa druge strane zakona³⁰.

Čini se, ipak, da je najznačajniji doprinos pokušaju da se objasni kriminalitet migranata u američkim krivičnim naukama u prvoj plovini XX veka dao jedan kriminolog švedskog porekla – Thorsten Sellin. Podsticaj za njegova razmišljanja bila su zapažanja niza naučnika da između normi i vrednosti kulture koja je karakteristična za sredinu u koju se naseljavaju i one koju su migranti doneli iz „starog kraja“ postoji nesaglasnost, čak sukob. Neko je trebalo da odgovori na pitanje može li se ta činjenica povezati sa kriminalitetom migranata. Potencijalno, postojale su dve mogućnosti: prva, da je njihova kriminalna aktivnost plod sukoba do kultura nastalog pri susretu imigranata sa američkim načinom života; druga – da ovaj uticaj nastaje kasnije, kada ova lica budu asimilovana što bi trebalo da znači da poznaju normativni sistem u koji su došli, ali ga ne prihvataju i nastavljaju da se ponašaju po pravilima svojih predaka³¹.

U svom poznatom izveštaju pod nazivom *Sukob kultura i kriminalitet* koji je 1938. podneo Potkomitetu za delinkvenciju Saveta za istraživanje u društvenim naukama³² Sellin je pokušao da odgovori na ova pitanja. On ukazuje da

³⁰ E. Sutherland, *Criminology*, Philadelphia 1924., 170

³¹ C.Goff, T.Sellin, Culture Conflict and Crime –in: *Encyclopedia of Criminological Theory* (Cullen F., Wilcox P., eds.), Los Angeles 2010., 823

³² U literaturi Colin Goff se može naći podatak da su članovi Saveta 1935. u sastav kooptirali Sellina i Sutherlanda kako bi razjasnili pitanje koliko sukob kultura utiče na vršenje zločina. To je bilo vreme kada je Sutherland stvarao svoju teoriju diferencijalne asocijacije, dok se Sellin prevashodno bavio problemima razvoja kriminologije kao nauke. Posao su započeli zajedno, ali je zanimljivo da je kao jedini autor Izveštaja prezentovanog 1938. godine potpisan Thorsten Sellin; C.Goff, T.Sellin, Culture Conflict and Crime –in: *Encyclopedia of Criminological Theory* (Cullen F., Wilcox P., eds.), Los Angeles 2010., 823. Tu činjenicu navodi i Milutinović u svom udžbeniku; M.Milutinović, *Kriminologija*, Beograd 1990., 133

... postoje društvene grupe sa sistemima normi ponašanja koje ih, zbog razlika u načinu života i društvenih vrednosti koje su ove grupe razvile, razdvajaju od ostalih grupa u mnogo, ili najvećem broju karakteristika. Možemo očekivati konflikte normi kada se seoski stanovnik preseli u grad, ...(a još više) kada se čovek iz korzikanskih planina spusti u niže delove istočnog Njujorka! Konflikti kultura su neizbežni kada norme jedne kulturne ili subkulturne oblasti migriraju ili dođu u dodir sa normama neke druge ... Sukobi između normi divergentnih kulturnih kodeksa mogu se javiti: 1) kada se ovi kodeksi sukobe na granici susednih kulturnih oblasti; 2) kada se, kao što može biti slučaj sa pravnim normama, zakon jedne kulturne grupe protegne preko granice na teritoriju druge; ili 3) kada se pripadnici jedne kulturne grupe presele u drugu³³.

Kasnije je objavljena istoimena knjiga u kojoj Sellin (u delu koji nosi naziv *Imigranti i naše pravo*) naglašava da je veoma raširen stav kako su migranti u značajnoj meri odgovorni za visoku stopu kriminaliteta u Americi³⁴. Više autora pisalo je o kriminalitetu tih grupa, ali je očigledno da su njihova gledišta zasnovana na neadekvatnim podacima. Pretpostavka za donošenje bilo kakvih zaključaka su pouzdane činjenice o američkoj populaciji i stanju kriminaliteta koje bi trebalo da nam pruže kriminalne statistike. Kada se radi o prvoj grupi podataka, suočavamo se, naglašava Sellin, sa nedovoljno preciznim kategorijama – ako kažemo da se radi o „grupi Rusa“ to mogu biti pripadnici različitih etničkih grupa – od Rusa, preko Jevreja, ali i pripadnika brojnih drugih naroda koji su živeli na teritoriji tadašnjeg SSSR,³⁵ kada se radi o ovoj drugoj,

Sellin je, kao odličan poznavalac dometa i svih nedostataka kriminalne statistike, svoje rezerve u odnosu na njih izložio u više tekstova. Nevalidnost ovih statistika, smatra on, kreće se u oba pravca - s jedne strane, u tim evidencijama se zbog onoga što se u literaturi danas naziva *'rasno / etničko profilisanje'*³⁶ mogu naći i imigranti koji nisu izvršili krivično delo, ali ih istražni organi rutinski označavaju kao takve. S druge strane, Sellin ukazuje da je najveći broj krivičnih dela kod kojih su akteri

³³ T.Sellin, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938., 63 (deo ovog rada preveden je u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 249 et seq.)

³⁴ T.Sellin (1938), 70 et seq.

³⁵ Slična je situacija bila i sa Čehoslovačkom ili tadašnjom SFR Jugoslavijom (s tim što Sellin ovu drugu ne pominje).

³⁶ Radi se o predrasudi koja upućuje policiju da učinioce nerasvetljenih krivičnih dela (naročito najtežih) traže među pripadnicima određenih rasnih / etničkih grupa; za rasno profilisanje -v. H.Greene, *Race and Crime –in: Critical Issues in Crime and Justice: Thought, Policy and Practice* (Maguire M., Okada D., eds.), Los Angeles 2011.; S. Gabbidon, H. Greene, *Race and Crime*, 2nd ed., Los Angeles 2009.

imigranti nepoznat organima gonjenja jer oni takve stvari rešavaju izvan sistema krivične pravde.³⁷

On navodi i rezultate koje je objavila posebna Komisija (*Wickersham Commission*) a odnose se na poređenje stope kriminaliteta između lica rođenih u Evropi sa Belcima koji su na svet došli u Americi. U tu analizu uključeni su rezultati četiri istraživanja: (1) stopa uhapšenih lica koje je policija privela lokalnim sudovima u 31 gradu 1929. i 1930. godine – uzorak preko 100.000; (2) stopa punoletnih lica koja su 1929. uhapšena i optužena za krivična dela i teže prekršaje u Njujorku; (3) podatke o stopama muškaraca starijih od 20 godina koji su u periodu 1925-1929. optuženi za krivična dela u Čikagu; i (4) stope lica starijih od 15 godina koja su optužena za šest najtežih krivičnih dela devet gradova iste godine.

Tabelarni prikaz prvog istraživanja (1) pokazuje da Grci i Litvanci imaju višu stopu od rođenih Amerikanaca (koji su trećem mestu)³⁸. U drugoj tabeli (2) samo su Grci bili ispred u SAD rođenih Belaca; u trećoj (3) nijedna grupa imogranata nije imala višu stopu, dok su u poslednjoj (4) iznad „starosedelaca“ našli Italijani i Litvanci.³⁹ ...

Metodologiji kojom su podaci prikupljeni i prikazani može se, smatra Sellin,⁴⁰ zameriti dosta toga:

- evidencije nisu potpuno uporedne jer je u onima označenim sa (1) i (3) stopa utvrđena u odnosu na 10.000 lica, dok je u ostale dve ona – kako je u kriminologiji inače uobičajeno - izračunata u odnosu na 100.000;
- uzrast lica nije određen na isti način, kao ni njihov pol;
- ni kriterijum razvrstavanja – tip delikata, ni teritorija za koju su podaci prikupljeni – ne poklapaju se;
- najzad, postavlja se pitanje zašto su u analizu uključeni samo imigranti iz Evrope? Utoliko pre što iz tabele⁴¹ proizlazi da dve kategorije lica rođenih van SAD svrstane u rubrike „Meksikanci“ i „ostali“ imaju višestruko više

³⁷ T.Sellin (1938), 63. Tu se on poziva na dve studije: onu čiji autor je William Smith /1937/ koji je ukazao da japanski imigranti sporove, uključujući i dela koja spadaju u krivična, rešavaju između sebe jer smatraju da je to bolji način održavanja slike koju drugi imaju o njima; autor drugog rada je Sophia Moses /1936/ koja je istu pojavu uočila u getima Njujorka; S.Moses, *Can Delinquency be Measured?* New York 1936.

³⁸ Interesantno je da su se na šestom (posle Poljaka i Italijana) nalazili Jugosloveni.

³⁹ Jugosloveni su se ovde našli na 11. mestu (iza Grka, Poljaka, Austrijanaca, Francuza, Rusa, Kanađana i Britanaca).

⁴⁰ On se inače u literaturi smatra jednim od najboljih poznavalaca dometa i ograničenosti primene statističkih metoda. J. Pinatel, T. Sellin an the Principal Trends in Modern Criminology –in: *Crime and Culture –Essays in Honor of Thorsten Sellin* (Wolfgang M. ed.), New York 1968., 7

⁴¹ U njoj se nalaze stope (izračunate na 100.000) lica starijih od 18 godina koje su u državi Njujork uhapšena i optužena za teža krivična dela 1929. godine.

stope kod više krivičnih dela (što se može videti iz podataka prikazanih u sledećoj Tabeli

Vrsta dela	Rođeni Amerikanci	Meksikanci	„ostali“	Evropljani sa max. stopom
razbojništvo	36	200	40	11 (Francuzi)
teška telesna povreda	57	521	162	233 (Grci)
provalna krađa	55	361	50	36 (Litvanči)
krađa	53	161	94	102 (Grci)
krađa automobila	38	80	23	12 (Skandinavci)

Tabela 1.

I pored svega rečenog, Sellin smatra da se iz postojećih činjenica ipak mogu izvesti dva zaključka: prvi je da grupe imigranata iz Evrope ne pokazuju isti nivo sklonosti za vršenje krivičnih dela, kao i da njihovo učešće u određenim tipovima kriminalne aktivnosti varira; i drugi je da kriminalitet imigranata ne predstavlja poseban problem, bar kod migranata 'prve generacije'.

Kada se radi o njihovim potomcima – 'druga generacija' – Sellin ukazuje na rezultate istraživanja sprovedenih u Detroitu i Bafalu iz kojih se da zaključiti da su u ovom drugom gradu potomci deseljenika skloniji vršenju silovanja, razbojništva, krađa (provalnih, 'običnih' i automobila), ilegalnom kockanju, nanošenju teških i lakših telesnih povreda, i kršenju propisa o distribuciji alkoholnih pića (Prohibicija). U Detroitu, sa druge strane, bili su skloniji vršenju razbojništava, provalnih krađa i delima protiv porodice.

Godine 1933., Statistički biro SAD u nastojanju da utvrdi stopu zatvorenika u federalnim i državnim zavodima poslao je tim ustanovama upit radi utvrđivanja zemlje rođenja roditelja lica lišenih slobode. Podaci su se odnosili na 1930. godinu i odgovorili su zavodi iz 26 država obuhvatajući oko 90% populacije koja je u njima smeštena. Samo u devet država stopa van SAD rođenih bila je viša od one zabeležene za „rođene Amerikance“. Kada se radi o odnosu roditelji – deca imigranti, samo u jednoj državi – Arkanzasu – je konstatovana viša stopa kod roditelja u odnosu na njihove potomke. To je i logično kada se ima u vidu da pripadnici 'druge generacije' ne pripadaju više kulturi svojih roditelja, a nemaju mogućnost da dostignu željeni društveno-ekonomski položaj zbog neadekvatnog obrazovanja, bednih uslova života i porodične situacije koju karakteriše dezorganizacija. Zato su često nezaposleni ili rade slabo plaćene poslove. Takva situacija, a ne poreklo, vodi ove mlade

ljude po pravilu u vršenje kažnjivih dela.⁴² Zbog toga su i pripadnici prve generacije Italijana bili najčešće osuđeni za nasilnička dela,⁴³ dok su njihovi potomci češće bili osuđeni za imovinske delikte (uglavnom krađe)⁴⁴.

U američkoj literaturi bilo je i pokušaja da se različito učešće imigranata u kriminalnim aktivnostima objasni polazeći od rasnih činilaca. Tako je bilo gledišta po kojima su niže stope „starih doseljenika“ objašnjavane njihovim nordijskim poreklom, za razliku od „novih“ koji su dominantno poticali iz Mediterana („Mediteranska rasa“). Sellin ih odbacuje i smatra da krivična dela koja vrše migranti treba dovesti u vezu sa sledećim činiocima: 1. sukob pravila ponašanja koja postoje u 'staroj' (onoj iz koje potiču) i 'novoj' (one u kojoj su se našli) kulturi; ili 2. prelazak iz ruralnog u urbano okruženje; 3) napuštanje dobro organizovanog homogenog društva i dolazak u dezorganizovano i heterogeno⁴⁵.

Uticao koji je Sellin ostvario na kriminološko objašnjenje migracija je neosporan. Marvin Wolfgang smatra knjigu *Sukob kultura i kriminalitet* najuticajnijim teorijskim delom u periodu od trideset godina koje su sledile njenom objavljivanju.⁴⁶ Istini za volju treba pomenuti da je u periodu koji je sledio došlo do povremenog opadanja talasa migranata,⁴⁸ a sa tim je u tim periodima interesovanje za ovu temu u američkoj literaturi počelo da se fokusira na neka nova pitanja i traži nova objašnjenja.

Sledeći poznati američki kriminolog koji je doprineo objašnjenju kriminaliteta migranata (i svih ostalih ljudi na nižim položajima na društvenoj lestvici) bio je Robert King Merton. On tvrdi da je najčešći uzrok opredeljenja tih ljudi za vršenje krivičnih dela u neskladu od društva nametnutog cilja (bogatstvo) i (ne)dostupnost sredstava da se do tog cilja dođe na legitiman način. Takvo stanje dovodi do najčešćeg

⁴² Tu tezu koju je istakao Harold Ross, a prihvataju je i Eleanor Glueck i Sellin. H.Ross, *Crime and the Native-Born Sons of European Immigrants*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, n° 2, 1937.; E.Glueck, *Culture Conflict and Delinquency*, *Mental Hygiene*, n° 1, 1937.

⁴³ Rezultati istraživanja koja je sproveo Holmes Stoffler /1935/ pokazuju da se često radilo o ubistvima pri svađama alkoholisanih aktera, posle bračnih i porodičnih razmirica, bračnog neverstva i radi zaštite časti porodice.

⁴⁴ T.Sellin (1938), 98

⁴⁵ T.Sellin (1938), 85

⁴⁶ M.Wolfgang, Preface –in: *Crime and Culture –Essays in Honor of Thorsten Sellin* (Wolfgang M. ed.), New York 1968., viii

⁴⁷ Pinatel navodi jednu interesantnu činjenicu: Sellin, koji je u jednom od ranih radova istakao kasnije dosta citiranu konstataciju „kriminolog je kralj bez kraljevstva“ završio je kao predsednik Međunarodnog udruženja za kriminologiju i borac za njenu komstituisanje kao jedinstvene i samostalne i nezavisne discipline koja na naučni način proučava kriminalni fenomen (J.Pinatel (1968), 8). Očigledno je da je na njega u tom pogledu veliki uticaj izvršio velikan kriminologije Enrico Ferri kome je Sellin posvetio poseban rad u knjizi *Pioniri kriminologije*; T.Sellin, Enrico Ferri –in: *Peoneers in Criminology* (Mennheim H. ed.), London 1960.

⁴⁸ -v. podatke o tome u: M.Elliot, F.Merrill, 587

oblika devijantnog ponašanja koje Merton naziva „inovacija“ – logika je, najjednostavnije govoreći, sledeća: ako je cilj obogatiti se, u situaciji kada ga ne mogu postići na legalan način, ostaje mi mogućnost da ga postignem vršenjem krivičnih dela⁴⁹.

3.2. Period posle II svetskog rata

Drugi svetski rat doneo je masovne migracije koje su bile posledice ratnih dejstava i relaizacije politike istrebljenja pojedinih naroda i rasnih grupa. Neki od njihovih pripadnika našli su se u SAD i to je dalo novi impuls pokušajima objašnjenja uticaja horizontalne (prostorne) pokretljivosti ljudi na njihovo kriminalno ponašanje. Doprinos su dali predstavnici više teorijskih orijentacija od diferencijalne asocijacije, preko teorija o kulturama, o gangovima delinkvenata, interakcionizma i etiketiranja i drugih.

Prvo će biti reći o autoru koji je već pomnjan. U pitanju je Edwin Sutherland koji je u kasnijim radovima pokušao da objasni zašto se neki pojedinci koji žive u sredinama koje karakteriše društvena dezorganizacija ponašaju konformistički, a drugi protivzakonito. U poznatom radu *Principi kriminologije* /1947/ dolazi do nekoliko osnovnih stavova koji se mogu svesti na nekoliko osnovnih: 1) kriminalno ponašanje se uči; 2) učenje se odvija u interakciji (međudelovanju) sa drugim licima u procesu komunikacije; 3) učenja kriminalnog ponašanja vrši se unutar bliskih personalnih grupa; 4) učenje kriminalnog ponašanja obuhvata: a. tehnike vršenja zločina i b. specifično usmerenje motiva, energije, racionalizacije i stavova. 5) to usmeravanje uči se iz doživljavanja pravnih pravila kao povoljnih ili nepovoljnih; 6) pojedinac postaje delinkvent zbog jačeg uticaja stavova u prilog kršenja zakona u odnosu na shvatanja koja govore protiv; 7) diferencijalne asocijacije mogu se razlikovati po frekvenciji, trajanju, prioritetu i intenzitetu; 8) proces učenja kriminalnog ponašanja putem asocijacije sa kriminalnim i antikriminalnim obrascima obuhvata sve mehanizme koji su uključeni u bilo koje drugo učenje; i 9) iako je kriminalno ponašanje izraz opštih potreba i vrednosti, ono njima ne može biti objašnjeno pošto je i nekriminalno ponašanje izraz istih potreba i vrednosti. Najjednostavnije govoreći, lica iz dezorganizovanih sredina opredeljuju se za kriminalno ponašanje zbog povezivanja sa kriminalnim uzorima u tom ambijentu koje je mnogo intenzivnije od povezivanja sa konformistima.

U petom izdanju ove knjige (koautor je Donald Cressey), Edwin Sutherland se suprotstavlja autorima koji su tvrdili da je u periodu intenzivnog useljavanja u SAD migracija bila najznačajniji kriminogeni

⁴⁹ R.Merton, Social structure and anomie, *American Sociological Review*, n° 3 1938., 672 (deo ovog rada preveden je -u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 280 et seq.)

faktor u toj zemlji. On tvrdi da su migranti pristigli u Novi svet relativno izolovana grupa koju karakteriše dosta niska stopa kriminaliteta. Za razliku od njihovih potomaka iz druge generacije kod kojih je zabeležena viša stopa⁵⁰, na njih se u potpunosti mogu primeniti Sutherlandove skoro pesničke konstatacije o delovanju siromaštva na opredeljenje za kriminalno ponašanje izrečene 1924. godine. Logika je sledeća: prva generacija migranata je za osnovni cilj imala da se održi u novoj sredini po cenu odricanja i patnje. Nove generacije nemaju to opterećenje i daleko im je vidljivije kako drugi ljudi demonstriraju bogatstvo na svakom koraku. Čak i ako žive bolje od svojih roditelja, pripadnici druge generacije moraju biti nezadovoljni jer nemaju ni deo onoga što imaju njihovi vršnjaci iz srednje i više klase (ovaj fenomen koji je Jock Young⁵¹ nazvao „relativna deprivacija“).⁵²

Sutherlandov i Mertonov učenik Albert Cohen,⁵³ koga u novijoj literaturi neki autori⁵⁴ smatraju jednim od najznačajnijih zastupnika teorije potkultura, obogatio je kriminologiju shvatanjem o uticaju potkultura na nastanak delinkventnog ponašanja. U doktorskoj disertaciji, koje je kasnije prerađena i objavljena kao monografija pod nazivom *Delinkventni dečaci-kultura ganga /1955/* Cohen detaljno prikazuje potkulture mladih iz (radničkih i ostalih) porodica koje se nalaze na dnu socijalne stratifikacije; bitna crta te potkulture je otpor njenih članova dominantnim društvenim normama koje promoviše srednja klasa, a pre svega njenom visokom vrednovanju školskog postignuća. Dečaci koji pripadaju ovoj potkulturi, naprotiv, odustaju od školovanja i odbacuju i ostala merila kojima srednja klasa vrednuje ponašanje mladih (e. 'middle-class measuring rod'). Neuspeh da se ostvare nametnuti ciljevi dovodi mlade u stanje frustracije koja dovodi do delinkventnog ponašanjabez obzira da li potiču iz radničkih porodica, ili su deca imigranata.⁵⁵

⁵⁰ E.Sutherland, D.Cressey, *Principles of Criminology*, Chicago, 1955., 92

⁵¹ J.Young, *The Exclusive Society*, London, 1999., 9

⁵² Nju treba razlikovati od „apsolutne deprivacije“ koja označava stanje u kome su ljudi lišeni elementarnih preduslova za opstanak.

⁵³ Kurs sociologije pratio je kod Metona i Talcotta Parsonsa, master studije je završio kod Sutherlanda.

⁵⁴ Među njima je i Mitchell Miller; M. Miller M., Cohen Albert –in: *Encyclopedia of Criminology*, Vol 1, New York 2005., 195

⁵⁵ Još neki autori bili su pod uticajem Sutherlanda i Mertona. Water Miller /1958/ ukazuje da zbog odsustva oca u porodicama iz nižih društvenih slojeva dečaci pristupaju maloletničkim gangovima jer je to način da izgrade identitet muškarca. Marvin Wolfgang i Franco Ferracuti govore o *potkulturi nasilja* koju karakterišu dve crte: njene pripadnike odlikuje to što mnogo više vrednuju čast, a znatno manje ljudski život od ljudi koji pripadaju dominantnoj kulturi. W. Miller, Lower class culture as generating milieu of gang delinquency, *Journal of Social Issues*, n° 3 1958.; M.Wolfgang, F.Ferracuti, *The Subculture of Violence*, London 1967. (deo ovog rada preveden je -u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 260 et seq.)

Na stavove Mertona i Cohena naslanjaju se Richard Cloward i Lloyd Ohlin u knjizi *Delinkvencija i mogućnost- teorija o gangovima delinkvenata* /1960/. Ako je, kako navodi Wayne Morrison⁵⁶, Cohen insistirao na univerzalnom cilju pojedinca da se obogati (simbol uspeha je novac), a Cohen na postizanju društvenog statusa – Cloward i Ohlin prave tipologiju mladih iz nižih društvenih slojeva tako što ih grupišu u četiri grupe prema tome da li žele da ostvare status pripadnika srednje klase (SPSK) i / ili bogatstvo (BTST). Da bi ova podela bila jasnija prikazaćemo je tabelarno

1) i SPSK i BTST	2) SPSK, ali ne BTST
3) BTST, ali ne SPSK	4) ni SPSK, ni BTST

Tabela 2.

Iako se delinkvencija javlja i u grupama (1) i (2), ipak je najviše zastupljena kod mladih iz grupe (3); oni iz poslednje (4) su namanje skloni problematičnom ponašanja, iako su izloženi stalnoj kritici pripadnika srednje klase zbog nedostatka ambicije. Iz ove podele nastala je i klasifikacija potkultura mladih koju daju Cloward i Ohlin (kriminalna, konfliktna i 'potkultura podvijenog repa'). Ovi autori naročito ističu da veliki značaj u ovakvom razmatranju etiologije kriminaliteta mladih imaju karakteristike sredine u kojoj žive jer ona određuje mogućnosti da se izvrši protivzakoniti akt i njegovu vrstu.⁵⁷ Zato Morrison učenje Clowarda i Ohlina naziva „teorija o različitim strukturnim mogućnostima“.⁵⁸

Teorija socijalnog interakcionizma i etiketiranja polazi od stava da je – ako ne bitnije, ono bar – isto tako važno koje delo je neko izvršio, kao i kako je društvo reagovalo na to ponašanje. Jedan od njenih osnivača – Edwin Lemert – u knjizi *Socijalna patologija* /1951/⁵⁹ bavio se i pitanjem nejednakog učešća različitih rasnih i etničkih grupa u vršenju krivičnih dela. On navodi podatke koji pokazuju da su stope hapšenja Crnaca nesrazmerno više od njihovog učešća u stanovništvu. Pozivajući se na jedan rad koji je napisao sa Judy Rosberg, on navodi da je stopa optuženih u Los Anđelesu u odnosu na 100.000 muškaraca bila:

⁵⁶ W.Morrison, *Theoretical Criminology- from modernity to post-modernism*, London 1995., 284

⁵⁷ To važi i za sredine u kojima žive imigranti i tu ideju razviće, kako ćemo videti kasnije, više autora.

⁵⁸ -e. *theory of differential opportunity structure*; W.Morrison, 285

⁵⁹ U kojoj objašnjava mehanizme postajanja devijantom (i prestupnikom) kroz proces pojačavanja u kome se u svakoj sledećoj fazi (prvu čini primarna devijacija – poslednju, sedmu, prihvatanje društvenog statusa devijanta odn. kriminalca) naizmenično povećava antidruštvenost učinica, odn. jača oštrina društvene reakcije.

Belci	- 248	Kinezi	- 201
Meksikanci	- 356	Japanci	- 101
Crnci	- 835	Filipinci	- 483
Jevreji	- 256	Indijanci	- 2.540

To što Crnci (posle Indijanaca) imaju najvišu stopu kriminaliteta Lemert tumači tvrdnjom da je objašnjenje o većoj vidljivosti dela koje vrše Crnci i većoj sklonosti organa reda da ih hapse i pravosuđa da ih osuđuje za izvršena dela. Ovde se, kako navodi, radi o pristrasnosti i predrasudama koje opredeljuju administraciju pravosuđa da učiniocima dela čijeg učinioca nisu otkrili traže u manjinskim grupama⁶⁰.

U pogledu kriminaliteta lica koja su rođena izvan SAD, ovaj autor navodi da je u kriminološkoj literaturi jedno od opštih mesta tvrdnja da ona imaju nižu stopu kriminaliteta od onih koji su rođeni u Americi. Takođe, da stopa kriminaliteta dece imigranata viša od one koja se beleži za vršnjake rođene u SAD. Na žalost, kaže Lemert rigorozna kontrola podataka ne potkrepljuje uvek navedene zaključke⁶¹. Ovde postoji i konceptualni metodološki problem – ovakva istraživanja često zanemaruju da su imigranti dominantno ljudi koji su u evropskim državama živeli na selu i da je poređenje njihovih stopa kriminaliteta sa svim starosedecima koji već žive u gradovima (u kojima su se doseljeni našli) problematičan zahvat. Jedino logično poređenje bilo bi kada bi se stopa kriminaliteta stranaca poredila sa stopom rođenih Amerikanaca koji su seoski način života zamenili gradskim.

Rasne i etničke grupe razlikuju se međusobno i po stopi lišavanja slobode, bilo da se radi o osudi na kaznu zatvora ili o pritvaranju. One takođe nejednako vrše pojedine vrste krivičnih dela. Tako se među licima rođenim u drugim zemljama po stopama kriminaliteta izdvajaju Italijani i Irci, pri čemu ovi prvi češće vrše krivična dela za koje se izriče kazna zatvora. Takođe, postoje dokazi da pojedinci iz prve i druge generacije imigranata Italijana, Iraca i (nešto manje) Jevreja učestvovali više od ostalih grupa u vršenju dela iz oblasti organizovanog kriminaliteta. Ovde se Lemert poziva na podatke koje su objavili Arthur Wood i John Waite, a odnose se na etničku pripadnost gangstera i reketaša u vreme Prihibicije u Čikagu: 85% bili su Italijani (poglavito sa Sicilije), 10% su bili Jevreji, a 5% Irci⁶².

⁶⁰ E. Lemert, *Social Pathology- A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behavior*, New York 1951., 289 (deo ovog rada preveden je -u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 336 et seq.)

⁶¹ E. Lemert, 290

⁶² A. Wood, J. Waite, J., *Crime and its Treatment*, New York 1941.

Januara 1961., Leonard Savitz u Filadelfiji pred Komisijom za međuljudske odnose iznosi rezultate svog višegodišnjeg istraživanja koje je naslovljeno sa *Delinkvencija i migracije* koje je kasnije objavljeno u knjizi *Sociologija kriminaliteta i delinkvencije*⁶³. Na početku, trebalo je odrediti operacionalne definicije oba ključna pojma: delinkventom je smatrao svakog maloletnika koji se u svojstvu optuženog pojavio pred Sudom za maloletnike (bez obzira da li je bio lišen slobode, da li je već imao kriminalni dosije i kako se ta krivična stvar okončala); migraciju radno definisao kao rođenje izvan gradske zone Filadelfije. Hipotetički okvir je, najkraće govoreći polazio od dva ključna stava: da na stope delinkvencije maloletnika utiču rasna / etnička pripadnost i da na tu stopu utiče dužina boravka u Gradu. Uz to, varijable su bile i kvalitet međuodnosa u zajednicama gde maloletnici žive i stepen (dez)organizacije tih sredina. Uzorak su činila 1.062 lica (od tog broja 84% su činili Crnci, 10% Belci, 5% Portorikanci), a kao jedna od varijabli korišćen je i podatak koliko godina su imala kada su se našla u Filadelfiji (raspon se kretao od 6-11 godina).

Ključni stavovi do kojih je Savitz došao su: uporedno gledano, maloletni Crni „došljaci“ bili su manje opterećeni delinkventnim ponašanjem od svojih vršnjaka iste rase koji su rođeni u Filadelfiji; što je boravak migranata u gradu bio kraći, i njihova stopa delinkventnosti je bila niža, što znači da za rizik od odavanja delinkventnom ponašanju ključno vreme izloženost rizicima života u velikom gradu. Ove rezultate Savitz komentariše vrlo detaljno i navodi moguće činioce koji objašnjavaju zašto maloletnici rođeni u Filadelfiji češće postaju delinkventi od „došljaka“ istog uzrasta, ali i zašto oni vrše teže delikte (provale, razbojništva, čak – ubistva). Kao jedno od tumačenja on navodi mogućnost da uticaj imaju sledeće činjenice: „došljaci će češće ostati neotkriveni jer nisu poznati organima koji se bave maloletnicima i njihovim potrebama; osim toga oni su manje od maloletnika „starosedelaca“ izloženi sistematskom diskriminatornom odnosu tih organa; najzad, moguće je da uticaj ostvaruje i to što su maloletnici imigranti, bar neko vreme, izolovani od delinkventnih vrednosti svojih vršnjaka rođenih u Filadelfiji.

Na kraju, Savitz izvodi ključni zaključak da „*migracija nema kriminogeni uticaj*“, što se ogleda ne samo u nižoj stopi delinkvencije kod maloletnika iz migrantskih porodica⁶⁴. Takođe, oni vrše lakše delikte, ređe potiču iz razbijenih porodica, manje su sklona skitničanju. Najzad, rezultati istraživanja su potvrdili da međuodnosi u zajednicama u kojima maloletnici žive i dezorganizovanost tih sredina ima uticaja na njihovo delinkventno ponašanje.

⁶³ L. Savitz, *Delinquency and migration –in: Sociology of Crime and Delinquency* (Wolfgang M., Savitz L., Johnston N., eds.), 2nd ed. New York 1970.

⁶⁴ L. Savitz, 479

I drugi kriminolozi su se bavili odnosom migracija i kriminaliteta. Među njima je i tvorac teorije suzdržavanja Walter Reckless. Istina, od autora koji je u tekstu u kome je inaugurisao tu svoju koncepciju izričito naglašavajući da se ona ne odnosi na „kriminalnu ili delinkventnu aktivnost ... plemena u Indiji ili vokaciju i zanate Cigana, porodice prosjaka i određene forme delinkventne supkulture i organizovanog kriminaliteta...” ne bi se očekivao da se bavi navedenim pitanjem⁶⁵. Međutim, u knjizi *Problem kriminaliteta* on objašnjava kako socijalna i dezorganizacija sredine⁶⁶ utiče na kriminalitet. On kaže

društva sa niskim kriminalitetom izgleda da su istovremeno relativno izolovana, sa niskom mobilnošću populacije, neznatnim promenama, sa stanovništvom koje pokazuje rasnu i kulturnu homogenost, sa niskom institucionalnom dezorganizacijom, minimalnom podelom na klase i socijalne grupe, sa jedinstvenim sistemom običajnih normi i snažnom kontrolom svojih članova. Sa druge strane, društva sa visokom stopom kršenja normi izgleda da su ona sa velikim brojem kontakata sa spoljnim svetom, čiji članovi manifestuju visok stepen mobilnosti, pokretljivost i sklonost promenama; ona su klasno i kulturno heterogena, podeljena po klasnom kriterijumu i sa mnoštvom specijalnosti. U njima se događa znatan broj sukoba normi ponašanja, a socijalna kontrola članova je slaba.

Brza promena lokalne zajednice iz stabilnog područja farmera u visokoindustrijalizovani region ili prelazak u novu sredinu ili u nove uslove proizvodnje stvara razumljiv kaos i demoralizaciju⁶⁷.

Jasno je da je se karakteristike ovo drugog tipa društva važe i za zajednice u kojima su smešteni imigranti u SAD.

Kasnije se javljaju i autori koji pokušavaju da revitalizuju ključne stavove koje su afirmisali Shaw i McKay. Tako Ruth Kornhauser ponovo skreće pažnju na dva ključna pojma u njihovoj teoriji - „društvena dezorganizacija“ i „potkultura“ – i konstatuje da oni, po njima, ostvaruju jednak uticaj⁶⁸. Za ovu autorku, poslednji stav je pogrešan i po njoj socijalna dezorganizacije je primarni uzrok delinkvencije. Ona tu tvrdnju nastavlja pišući o onome što naziva „kontrola zajednice“: siromašni, ljudi koji žive u rasno i etnički nehomogenim sredinama, koji se često kreću

⁶⁵ W.Reckless, A new theory of delinquency and crime, *Federal Probation*, n° 25 1961. (deo ovog rada preveden je -u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 300 et seq.)

⁶⁶ W.Reckless, *The Crime Problem*, New York 1955., 107. Usvaja definicije ovih pojava koje je dao William Thomas 1920. godine.

⁶⁷ W.Reckless (1955), 105-6

⁶⁸ R. Kornhauser, *Social Sources of Delinquency*, Chicago 1978.

iz mesta u mesto, nemaju mogućnost da uspostave i održavaju normalne društvene odnose i institucije koje bi im pomogle da normalno ostvare uobičajene aspiracije i ciljeve – takve sredine takođe se opterećene visokim stopama kriminaliteta i delinkvencije.

Slične stavove, kako navode Bernard i saradnici⁶⁹ zastupaju i Robert Bursik i Jim Webb⁷⁰ koji takođe ističu socijalnu dezorganizaciju zajednice kao primarnu za objašnjenje visokih stopa delinkvencije koje ih karakterišu. Oni su pokazali šta se sredinom prošlog veka dogodilo kada su Crnci pokušali da ponove ono što su pre njih učinile druge rasne i etničke grupe – da postepeno iz zone II pređu u zonu III. Taj njihov pokušaj doživio je snažno protivljenje Belaca, što je dovelo do skoro potpune socijalne dezorganizacije zajednica i visoke stope delinkvencije. Kada se populacija u zajednicama stabilizovala, navedena stopa u tim sredinama nije više odskakala u odnosu na druge.

Na ova gledišta naslanjaju se Rodney Stark /1982/ i Robert Sampson⁷¹. Prvi je nastavljajući, učenje o sukcesiji različitih grupa u životnom okruženju, postavio hipotezu da je visoka stopa kriminaliteta karakteristika određenih zajednica, nezavisno od pojedinaca koji ih nastanjuju. On je među 30 činilaca koji utiču na tu stopu (grupisao ih je u četiri celine) posebno izdvojio: gustinu naseljenosti; mešovitu namenu zemljišta (izmešane stambene, industrijske i građevine namenjene trgovanju u istom rejonu); stambenu mobilnost; i zapuštenost.

Robert Sampson je razvio *teoriju o kolektivnoj efikasnosti* u kojoj nastoji da objasni visoke stope kriminaliteta u pojedinim sredinama i tvrdi da siromaštvo, samo za sebe, nema takvo dejstvo, ali povezano sa rezidencijalnom mobilnošću, može uticati na porast stope nasilničkog kriminaliteta. Kao i kidanje prodičnih veza (oličeno u porastu stope razvoda i porastu broja familija bez oca) i prenaseljenost sredine. Tu je anonimnost obezbeđena, a mogućnost da se učestvuje u zajedničkim aktivnostima zajednice svedena na minimum. Rezultat je porast zločina i nasilja, on opet utiče na dodatno urušavanje zajednice i oni koji poštuju zakon nastoje da se odatle udalje što pre.⁷²

Kao i Shaw, i Sampson koristi pojam društvena dezorganizacija, ali mu daje drugačije značenje - kao nemogućnost date sredine da realizuje zajedničke vrednosti. Jedan od razloga vezan je za pojam „socijalni kapital“, odn. društvene mreže koje uključuju zajedništvo normi, vrednosti i shvatanja

⁶⁹ T.Bernard, J.Snipes, A.Gerould, 141 et. seq.

⁷⁰ R.Bursak, J.Webb, Community change and patterns of delinquency; *American Journal of Sociology*, n° 1, 1982.

⁷¹ R.Sampson, The community –in: *Crime* (Wilson J., Petersilia J. eds.), San Francisco, 1995

⁷² Ove stavove razrađuju kasnije u poznatom radu o „strategiji razbijenih prozora“ James Wilson i George Kellig – J.Wilson, G.Kellig, The police and neighborhood safety- broken windows, *Atlantic Monthly*, n° 3, 1982.; v. Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, 12. izd., Beograd 2015., 158

zahvaljujući kojima se olakšava zajedničko delovanje i omogućava postizanje zajedničkih ciljeva.⁷³ Sampson ukazuje da u sredinama u kojima postoji mnoštvo društvenih odnosa među stanovnicima (gde je „socijalni kapital veći“) manje i zločina. U jednom kasnijem koautorskom radu, Sampson uvodi pojam „*kolektivna efikasnost*“ koji određuje kao sposobnost sredine da održava red na javnim površinama (ulicama i parkovima). Ona se demonstrira kada stanovnici određenog naselja preduzimaju sami određene aktivnosti kako bi živeli u sigurnoj sredini ili obraćanjem organima reda da organizuju program 'susedskog nadziranja'.⁷⁴ Ovakve aktivnosti moguće su samo ukoliko zajednicu krasi kohezija i uzajamno poverenje.⁷⁵

Najzad, u jednom radu koji je Sampson objavio sa saradnicima ukazuje na uticaj formalne socijalne kontrole na dezorganizaciju u jednoj socijalnoj sredini, posebno se osvrćući na uticaj zatvaranja prestupnika⁷⁶. Na prvi pogled izgleda da ono povećava stepen bezbednosti sredine dok se osuđenik nalazi na izdržavanju kazne. Ali kada se uzme u obzir da se takva lica najčešće vraćaju u sredinu iz koje su odvedena na izdržavanje kazne, Sampson i saradnici navode da istraživanja pokazuju kako kampanje zatvaranja lica ne vode smanjenju, već povećanju stope kriminaliteta u sredinama iz kojih potiču.⁷⁷

Jedan broj kriminologa je u kasnijim radovima govorio o uticaju migracija posredno, izlažući probleme uticaja urbanizacije i industrijalizacije na kriminalitet, dok su se drugi posebno koncentrisali na pojedine vrste kriminalnih aktivnosti koje se u literaturi povezuju sa statusom imigranta.

U prvu grupu spada na primer Gresham Sykes koji ukazuje da urbanizacija i industrijalizacija dovode do talasa migracije gde ljudi iz homogenih zajednica u kojima su okruženi rođacima i bliskim licima, pre svega u primarnim grupama, odlaze u metropole u kojima takve veze ne postoje i bivaju zamenjene površnim kontaktima karakterističnim za stanovnike gradova, a religiozne i druge organizacije u koje se stupa dobrovoljno gube uticaj⁷⁸. Takva temeljna promena vodi u dezorganizaciju sredine u kojoj oni žive, što rezultira devijantnim ponašanjem, uključujući i alkoholizam, samoubistva, zločin i delinkvenciju.

Taj stav ovaj autor ponavlja i u zaključku u kome naglašava da ukazuje na postojanje indicija da urbanizacija utiče na porast stopa

⁷³ -v. S.Tomanović, Socijalni kapital –in: *Sociološki rečnik* (Mimica A., Bogdanović M. eds.), Beograd 2007., 530

⁷⁴ -v. Đ. Ignjatović (2015), 151

⁷⁵ -v. T.Bernard, J.Snipes, A.Gerould, 144

⁷⁶ R.Sampson, J.Morehoff, T.Gennon-Rowley, Assessing neighborhood effect- social processes and new directions in research, *Annual Review of Sociology*, n° 1, 2002.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ G.Sykes, *Criminology*, New York 1978, 249

kriminaliteta, dok „povezanost migracija i porasta broja zločina traži dalja istraživanja“⁷⁹. Autor istovremeno ukazuje na to da su se već u to doba SAD srele sa problemom ilegalne imigracije iz Meksika sa Kariba i slaže sa sa autorima dvoje autora (John Huss i Melanie Wirken) koji su ove ilegalne imigracije nazvali „skrivenom populacionom bombom“⁸⁰.

Ova konstatacija dobar je predložak za izlaganje o jednoj drugoj pošasti u kojoj, kako se dugo mislilo, imigranti daju ključni pečat – radi se o organizovanom kriminalitetu. Već je Lemert, kako smo videli, ukazivao na rezultate istraživanja koja su pokazala natprosečno učešće nekih etničkih i rasnih grupa u organizovanim kriminalnim delatnostima. Ovakve stavove podržava i Donald Cressey koji je u svom čuvenom izveštaju u svojstvu šefa Predsedničke komisije za primenu zakona i administraciju pravosuđa (koji je pod naslovom *Aktivnosti i lokacija organizovanih kriminalaca* usvojen i pretočen u istoimenu dokument 1967. godine)⁸¹ podržao ideju o postojanju nacionalnog kriminalnog sindikata koji predstavlja opasnost za sveukupni „američki način života“. U tom i kasnijim radovima ovaj autor izjednačava organizovani kriminalitet sa italijanskom organizacijom pod nazivom ‘*Cosa Nostra*’, piramidalno uređenom po uzoru na kriminalne familije mafijaškog tipa sa Sicilije⁸². Ovakav stav podudara se načinom na koji je FBI želeo da u američkoj javnosti bude predstavljen organizovani kriminalitet.

Mnogo značajniji pristup pitanju odnosa etničke pripadnosti i organizovanog kriminaliteta imao je Francis Ianni, tvorac teorije jedne originalne teorije. U jednom radu, on zapaža da je više generacija etničkih grupa u Severnoj Americi povezano sa organizovanim kriminalitetom i to ga je navelo da objasni pojavu koju je nazvao „etnička sukcesija“ (e. *ethnic succession*)⁸³. Radi se o procesu u kome su jedna za drugom (sukcesivno) u Ameriku, u potrazi za boljim životom, dolazile različite etničke grupe, ali se taj cilj pokazao kao neostvariv jer njihovi članovi nisu raspolagali odgovarajućim osobinama (obrazovanje, dobro znanje jezika i obučenost za tražene poslove) koje su smatrane pretpostavkama za njegovo postizanje. U takvim slučajevima, učestvovanje u organizovanom kriminalitetu bio je grupno zasnovan odgovor na ovu neusklađenost ciljeva i sredstava za njihovo ostvarenje. Zato su u SAD prvo Irci, zatim Jevreji, pa Italijani i na kraju crnci bili dominantno uključeni u organizovani zločin. I obrnuto, kada su ove grupe obezbedile pristup legitimnim sredstvima koja omogućavaju željeni uspeh i kada su se, zahvaljujući tome

⁷⁹ G.Sykes, 610

⁸⁰ J.Huss, M. Wirken, *Illegal Immigration – The Hidden Population Bomb*, *Futurist*, n° 2, 1977.

⁸¹ Izveštaj je objavljen dve godine kasnije -v. President’s Commission ... /1967/

⁸² D. Cressey, *The national and local structures of organized crime –in: Delinquency, Crime and Social Process* (Cressey D., Ward D. eds.), New York 1969., 873

⁸³ F.Ianni, *Family Business*, New York 1972.

popete na društvenoj lestvici, njihovo učešće u organizovanom kriminalitetu je opalo⁸⁴.

Primer Iraca je u tom pogledu karakterističan. Oni su u XIX veku vladali kriminalnim podzemljem, da bi postepeno, početkom XX veka počeo njihov uspon na skali socijalne stratifikacije američkog društva. Time kao da su otvorili prostor za druge etničke grupe koje su ih nasledile u organizovanom kriminalitetu. Zato se dogodilo da u vreme uvođenja Prohibicije policijom dominiraju Irci, a podzemljem Jevreji i Italijani. Što se Jevreja tiče i među njima je bilo dosta gangstera koji su delovali uglavnom u Njujorku. Oni su na svoj način obeležili istoriju američkog organizovanog kriminaliteta s kraja XIX i početka XX veka, a neki od njih održali su se i kasnije.

Dugo vremena, sve negde do 80-tih godina XX veka ne samo u javnosti, nego i među kriminolozima, prevladavao je stav da u svetu organizovanog kriminaliteta glavnu ulogu imaju Italijani. Sve je počelo 1890. sa ubistvom lokalnog šefa policije u Nju Orleansu za koje je on izdišući optužio Italijane (“žabare”). To ubistvo ne samo da je dovelo do najmasovnijeg linčovanja koje su u SAD dogodilo posle Građanskog rata, nego je u medijima, ali i među mnogim kriminolozima stvorilo predstavu da je organizovani kriminalitet u Americi isto što i Mafija, mada je bilo jasno da postoji još niz drugih etničkih grupa koje se njime bave. U SAD se takva predstava o organizovanom kriminalitetu kao o “italijanskoj stvari” održala skoro 100 godina i pored ukazivanja da počiva na predrasudama i očito je antiitalijanski usmerena jer zanemaruje da najveći deo Italijana u Americi predstavlja časne građane.⁸⁵

Poslednjih decenija XX veka niz autora ukazuje da u kriminalnom podzemlju postoje i mnoge druge grupe osim pomenutih. Među prvim tekstovima koji su se bavili ovom pojavom je knjiga *Crna mafija* koju je takođe objavio Ianni⁸⁶. Po njemu, Crnci su izlazeći iz geta u kojima su do tada živeli, počeli (zajedno sa Portorikancima) da od Italo-Amerikanaca preuzimaju deo „poslova u kriminalnom podzemlju. Frank Hagan navodi argumente kojima je Ianni objašnjavao zašto je organizovani kriminalitet tako privlačan Crncima (i Portorikancima): - za njih, organizovani kriminalitet je drugo lice američkog biznisa; - na ovakva dela navodi ih siromaštvo i nemoć, kao i očekivanje da će ih vršenje ovakvih dela dovesti do cilja – bogatstva; - boravak u kaznenim ustanovama (u kojima su, naročito Crnci nesrazmerno zastupljeni) omogućava im da se lakše uključe u svet kriminalnog podzemlja.⁸⁷

⁸⁴ F.Hagan, *Political Crime- Ideology and Criminology*, Needham Heights 1987., 197 et seq.

⁸⁵ Kao primer može se navesti da je sve do pred kraj prošlog veka policija demonstrirala poseban oblik etničkog profilisanja – samo je Italijanima u dosije (bez obzira zbog kog krivičnog dela su privedeni) upisivala napomenu „OC“ (e. organized crime), odn. „organizovani zločin“ –v. Đ.Ignjatović, M.Škulić, *Organizovani kriminalitet*, 2 ed., Beograd 2012., 127

⁸⁶ F.Ianni, *Black Mafia*, New York 1974.

⁸⁷ F. Hagan, 198. Ovde Ianni na originalan način kombinuje stavove teorija o potkulturama, o učenju (kriminalnih veština - Sutherland) i o socijalnoj dezorganizaciji.

U jednom kasnijem delu Ianni ukazuje da je ulazak u svet kriminalnog podzemlja istovremeno i način da društvene grupe sa dna socijalne lestvice obezbede bolji kontakt sa nosiocima političke moći putem korumpiranja⁸⁸. U istoriji je poznato da su etničke grupe uspevale da pojačaju svoj uticaj u politici u istoj meri u kojoj i u kriminalitetu. Ove dve forme pokretljivosti uvek su povezane, zahvaljujući pre svega endemskoj korumpiranosti američkog političkog sistema.⁸⁹

U novije novije vreme, pored “Crne mafije” kojoj je Sean Griffin posvetio izvanredan rad koji je rezultat njegovog istraživanja u Filadelfiji, govori i o drugim, na etničkim osnovama stvorenim kriminalnim grupama kao delu organizovanog kriminaliteta u Americi.⁹⁰

Ova saznanja održavaju javnost u uverenju da u kriminalnom podzemlju dominiraju stranci, ubeđenju koje počiva na ksenofobiji i manipulisanju javnošću (organima reda odgovara da se širi mistika o sveprisutnim kriminalnim organizacijama sa kojima borba predstavlja neverovatno težak zadatak), mediji – iz komercijalnih razloga – prihvataju i šire takvo uverenje, bez obzira što većina kriminoloških istraživanja ne podržava tezu o povećanom učešću imigranta u kriminalnim delatnostima u SAD.

A onda se dogodio teroristički napad 11. septembra 2001. Od tada, SAD su objavile novi rat – “rat terorizmu” koji delom podrazumeva da su svi stranci potencijalni teroristi – naročito ako dolaze iz nekih zemalja ili delova sveta. U tom smislu u knjizi koju je simbolično nazvao *Žrtveni jarci 11. septembra- zločini mržnje i kriminalitet države* Michael Welch ističe da su američki imigracioni organi, zajedno sa FBI sprovedli specijalni program koji je obuhvatio ispitivanje 82.000 lica strane nacionalnosti koji borave na tlu SAD⁹¹. Imigracioni službenici su dobili instrukcije da takvim licima uteruju strah, a uz to ih dovedu u stanje da se osećaju posramljeno.

Pripadnici određenih rasnih i etničkih grupa smatrani su po definiciji opasnim po Ameriku, a brojni slučajevi protivzakonitog postupanja sa njima predmet su brojnih obraćanja organizacija za zaštitu ljudskih prava svetskoj

88 F.Ianni, Social banditry and a Black Mafia –in: *Crime and Society* (Oatman E. ed.), vol 3, New York 1979.

⁸⁹ Ili, kako je to formulisao Chambliss /1971/ „... korumpiranje pravno-političkih organizacija je kritični deo, žila kucavica kriminalnih udruženja. zato je izraz „proučavanje organizovanog kriminaliteta“ pogešan – to izučavanje trebalo bi da za predmet ima korupciju, birokratiju i moć“.

⁹⁰ S.Griffin, *Philadelphia's 'Black Mafia' - A Social and Political History*, Dodrecht 2003. Tako se pominju meksičke, kolumbijske, kubanske, kineske i japanske bande; „haičanska“ i “ruska mafija“. Kod većine ovih organizacija karakterističan je princip etničke pripadnosti članova i zadržavanje veze sa nekadašnjom zemljom porekla, što im daje međunarodni karakter.

⁹¹ M.Welch, *Scapegoats of September 11th- Hate Crimes & State Crimes in the War on Terror*, New Brunswick 2006., 79

javnosti.⁹² Dogodilo se ono što je Anthony Romero kratko okarakterisao sledećim rečima “rat protiv terorizma ubrzo se pretvorio u rat protiv imigranata”⁹³. Možda je još veći apsurd ono što navodi Geoffrey R. Skoll u knjizi simboličnog naziva *Evaluacija sistema krivične pravde u kapitalističkim zemljama*: penitencijarni system SAD beleži da većinu populacije smaštene u korekcione ustanove čine učinioci “delikata imigranata”⁹⁴. Ali, razmatranje navedenih činjenica spada u jedan drugi problem kojim se takođe bavi kriminologija ali ne spada u temu ovog rada – imigranti kao žrtve kriminalnih delatnosti.

4. Zaključna razmatranja

Prikaz razmišljanja o uticaju migracija na kriminalitet počinje u ovom radu od 20-ih godina prošlog veka kada se kriminologija u SAD emancipuje od evropskih uzora i sa začetnicima prve „prave američke teorije“ – Čikaške škole – počinje razvoj koji u periodu pred Drugi svetski rat rezultira dominacijom u svetskim razmerama. U radu su analizirani najznačajniji predstavnici ekološke, teorije potkultura, teorije učenja i njihovi naslednici u drugoj polovini XX veka. Njihovi radovi predstavljaju bogat inventar ideja koje mogu poslužiti razumevanju međudnosa horizontalne pokretljivosti velikih grupa ljudi iz jednog socio-kulturnog ambijenta u drugi i kriminaliteta. Sa druge strane, apsurd je svoje vrste to što se čini da na razmišljanja o uticaju migracija na kriminalitet, bar kada se radi o SAD, više utiču tradicionalne predrasude javnosti koje podgrevaju nosioci vlasti i njima odani mediji nego naučna istraživanja koja pokazuju da migracije, same za sebe nisu kriminogeni faktor.

Međutim, to ne znači da migranska kretanja, udružena sa drugim činiocima kakvi su dezorganizovana sredina u koju dolaze, porodični odnosi, uticaj kriminalnih potkultura i slični - ne mogu dovesti do kriminalnih dela. Ovo se naročito odnosi na maloletnike i pripadnike imigrantskih zajednica koji nastoje da ostvare uspeh u životu (obogate se) nelegitimnim sredstvima. Takvi se često opredeljuju za pristupanje grupama iz kriminalnog podzemlja i postaju deo organizovanog kriminaliteta. Možda je najbolje objašnjenje za to teorija o etničkoj sukcesiji koja se, kako se čini, može primeniti i na kriminalne aktivnosti pripadnika nižih društvenih klasa u drugim državama. Kao uostalom i

⁹² Poseban problem su uslovi u zavodima gde su imigranti smešteni. Karen Douglas nazvala ih je „Ameičkim gulazima“; K.Douglas, *American gulag: Inside U.S. immigration prisons*. Berkeley 2004.

⁹³ M. Welch, 100

⁹⁴ G.Skoll, *Contemporary Criminology and Criminal Justice Theory- Evaluating Justice Systems in Capitalist Societies*, New York 2009., 191

drugi teorijski pristupi čiju primenljivost u drugim sredinama treba evaluirati i razdvojiti one koji su ekskluzivno stvoreni da objasne situaciju karakterističnu za američku sredinu od onih koji bi mogli imati univerzalni značaj.

LITERATURA

- Abercrombie N., Hill S., Turner B., *Dictionary of Sociology*, Harmondsworth 1986.
- Bernard T., Snipes J., Gerould A., *Vold's Theoretical Criminology*, New York 2010.
- Bursak R., Webb J., Community change and patterns of delinquency; *American Journal of Sociology*, n° 1, 1982.
- Chambliss W., Vice, corruption, bureaucracy and power, *Wisconsin Law Review*, n° 1150, 1971.
- Cloward R., Ohlin L., *Delinquency and Opportunity- A Theory of Delinquent Gangs*, New York 1960. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 287 et seq.)
- Cohen A., *Delinquent Boys- The Culture of Gang*, Glencoe 1955. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 252 et seq.)
- Cressey D., The national and local structures of organized crime –in: *Delinquency, Crime and Social Process* (Cressey D., Ward D. eds.), New York 1969.
- Douglas K., *American gulag: Inside U.S. immigration prisons*. Berkeley 2004.
- Đurđev B., Migracije –in: *Sociološki rečnik* (Mimica A., Bogdanović M. eds.), Beograd 2007.
- Elliot M., Merrill F., *Social Disorganization*, 3rd ed., New York 1950.
- Gabbidon S., Greene H., *Race and Crime*, 2nd ed., Los Angeles 2009.
- Glueck E., Culture Conflict and Delinquency, *Mental Hygiene*, n° 1, 1937.
- Goff C., Sellin, Thorsten: Culture Conflict and Crime –in: *Encyclopedia of Criminological Theory* (Cullen F., Wilcox P., eds.), Los Angeles 2010.
- Greene H., Race and Crime –in: *Critical Issues in Crime and Justice: Thought, Policy and Practice* (Maguire M., Okada D., eds.), Los Angeles 2011.
- Griffin S., *Philadelphia's 'Black Mafia'- A Social and Political History*, Dodrecht 2003.
- Hagan F., *Political Crime- Ideology and Criminology*, Needham Heights, 1987.
- Huss J., Wirken M., Illegal Immigration – The Hidden Population Bomb, *Futurist*, n° 2, 1977.
- Ianni F., *Family Business*, New York 1972.
- Ianni F., *Black Mafia*, New York 1974.

- Ianni F., Social banditry and a Black Mafia –in: *Crime and Society* (Oatman E. ed.), vol 3, New York 1979.
- Ignjatović Đ., *Kriminologija*, 2. izd., Beograd 1992.
- Ignjatović Đ., *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009.
- Ignjatović Đ., *Kriminologija*, 12. izd., Beograd 2015.
- Ignjatović Đ., Škulić M., *Organizovani kriminalitet*, 2 ed., Beograd 2012.
- Kornhauser R., *Social Sources of Delinquency*, Chicago 1978.
- Lemert E., *Social Pathology- A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behavior*, New York 1951. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 336 et seq.)
- Lilly R., Cullen F., Ball R., *Criminological Theory- Context and Consequences*, 4th ed., Thousand Oaks 2007.
- Lombroso C., *Criminal Man* (translation), Durham 2006.
- Madge H., *The Origins of Scientific Sociology*, New York 1962.
- Melossi D., *Crime, Punishment and Migration*, Los Angeles 2015.
- Mergen A., *Die Kriminologie*, München 1978.
- Merton R., Social structure and anomie, *American Sociological Review*, n° 3, 1938. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 280 et seq.)
- Miller M., Cohen Albert –in: *Encyclopedia of Criminology*, Vol 1, New York 2005.
- Miller W., Lower class culture as generating milieu of gang delinquency, *Journal of Social Issues*, n° 3, 1958.
- Milutinović M., *Kriminologija*, Beograd 1990.
- Morrison W., *Theoretical Criminology- from modernity to post-modernism*, London 1995.
- Moses S., *Can Delinquency be Measured?* New York 1936.
- Park R., Burgess E., McKenzie R., *The City*, Chicago 1925.
- Pinate J., Thorsten Sellin an the Principal Trends in Modern Criminology –in: *Crime and Culture –Essays in Honor of Thorsten Sellin* (Wolfgang M. ed.), New York 1968.
- *** President's Comission on Law Enforcement and Administration of Justice, Activities and location of organized criminals –in: *Delinquency, Crime and Social Process* (Cressey D., Ward D. eds.), New York 1969.
- Reckless W., *The Crime Problem*, New York 1955.
- Reckless W., A new theory of delinquency and crime, *Federal Probation*, n° 25, 1961. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 300 et seq.)
- Ross H., Crime and the Native-Born Sons of European Immigrants, *Journal of Criminal Law and Criminology*, n° 2, 1937.
- Sampson R., The community –in: *Crime* (Wilson J., Petersilia J. eds.), San Francisco 1995.

- Sampson R., Morenoff J., Gennon-Rowley T., Assessing neighborhood effect-social processes and new directions in research, *Annual Review of Sociology*, n° 1, 2002.
- Savitz L., Delinquency and migration –in: *Sociology of Crime and Delinquency* (Wolfgang M., Savitz L., Johnston N., eds.), 2nd ed. New York 1970.
- Sellin T., *Culture Conflict and Crime*, New York 1938. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 249 et seq.)
- Sellin T., Enrico Ferri –in: *Peoneers in Criminology* (Mennheim H. ed.), London 1960.
- Shaw C., McKey H., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago 1942. (deo ovog rada preveden je -u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 244 et seq.)
- Sinatti G., The Polish Peasant Revisited, *Sociologica*, n° 2, 2008.
- Skoll G., *Contemporary Criminology and Criminal Justice Theory- Evaluating Justice*
- *Systems in Capitalist Societies*, New York 2009.
- Smith W., *Americans in Process*, Ann Arbor 1927.
- Stack S., Suicide- A Decade Review of the Sociological Literature, *Deviant Behavior*, n° 4, 1982.
- Stoffler H., A Study of National and Cultural Defferences in Criminal Tendency, *Archives of Psychology*, n° May 1935.
- Sutherland E., *Criminology*, Philadelphia 1924.
- Sutherland E., *Principles of Criminology*, Philadelphia 1947. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 277 et seq.)
- Sutherland E., Cressey D., *Principles of Criminology*, Chicago 1955.
- Sykes G., *Criminology*, New York 1978.
- Thomas W., Znaniecki F., *The Polish peasant in Europe and America: monograph of an immigrant group*, Vol V, Chicago 1920.
- Tierney J., *Criminology- Theory & Context*, London 1996.
- Tomanović S., Socijalni kapital –in: *Sociološki rečnik* (Mimica A., Bogdanović M. eds.), Beograd 2007.
- Young J., *The Exclusive Society*, London 1999.
- Welch M., *Scapegoats of September 11th- Hate Crimes & State Crimes in the War on error*, New Brunswick 2006.
- Wilson J., Kellig G., The police and neighborhood safety- broken windows, *Atlantic Monthly*, n° 3, 1982.
- Wolfgang M., Preface –in: *Crime and Culture –Essays in Honor of Thorsten Sellin* (Wolfgang M. ed.), New York 1968.
- Wolfgang M., Ferracuti F., *The Subculture of Violence*, London 1967. (deo ovog rada preveden je u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009., 260 et seq.)
- Wood A., Waite J., *Crime and its Treatment*, New York 1941.

Prof. Djordje Ignjatovic Ph.D
Faculty of Law, University of Belgrade

MIGRATIONS AS CRIMINOLOGICAL PROBLEM: CRIME OF MIGRANTS – USA EXPERIENCE

Summary

Review of thoughts about influence of migrations (in this article migrations are defined as horizontal movements of large groups of people from one sociocultural environment into another) on crime begins in this paper with the origins of „the first real american theory“ – Chicago School and it ends in our time. The article analyzes the most important representatives of ecological theory, subcultural theory, social-learning theory as well as their successors in the second half of the 20th century. Their work encompasses an abundant inventory of ideas that could be used in comprehension of correlation between crime and migrations. On the other hand, it is absurd that it seems that thoughts of influence of migrations on crime, at least in the USA, are more influenced by traditional prejudices in the public encouraged by the representatives of the authority and to them loyal media, instead of the scientific research which show that migrations are not criminogenic factor.

However, this does not mean that migrant movements do not contribute, together with other factors (disorganized environment in which they come, family relationships, influence of criminal subcultures and groups) to criminal offences. This especially refers to juveniles and members of migrant communities that make efforts to succeed (enrich themselves) in life by illegitimate means. Those often decide to join groups from the criminal underworld and to become part of organized crime. Perhaps the best explanation offers the theory of ethnic succession, which could partially be applied on the crime of lower social classes in other countries.

Key words: migrations, crime, disorganization, cultural conflict, ethnic succession.

EVROPSKI BEZBEDNOSNI I ODBRAMBENI IDENTITET I MIGRANTSKA KRIZA

Apstrakt

Evropski bezbedonosni i odbrambeni identitet, odnosno kapacitet Evropske unije (EU) da rešava hitnu migrantsku krizu sagledan je u svetlu pravnih aspekata mehanizama predviđenih osnivačkim ugovorima, a posebno važećeg Ugovora o EU iz Lisabona (2009). Početkom XXI veka EU je bila pogođena sa nekoliko sukcesivnih kriza. Reč je o svetskoj finansijskoj krizi iz 2007. godine čije je izvor bio na finansijskom tržištu SAD, o dužničkoj krizi Grčke koja traje od 2008. godine i koja je eskalirala u leto 2015., a posebno se radi o izbegličkoj krizi. Prethodno pomenuti događaji su ukazali da nedovršeni suverenitet EU, uzrokovan zastojem u izgradnji evropske federalne države je sprečava da ima adekvatne odgovore na krizna stanja.

Zbog svojih međudržavnih i konfederalnih odlika EU ne može da reaguje na brz, jedinstven i adekvatan način na migrantsku krizu, kao i na druge izazove u globalizovanom svetu. Sve više se govori i o formalnom tj zvaničnom ukidanju Šengen sporazuma, koji je pravno simbolizovao prostor bez granica među državama članicama, a u situaciji podizanja betonskih i žičanih prepreka na graničnim prelazima među tim istim državama i u jeku njihovog međusobnog optuživanja za nedostatak solidarnosti u zbrinjavanju izbeglica. Ukidanje Šengena krajem 2015. se desilo na faktički način, odnosno vaninstitucionalno i bez formalne odluke na nivou organa Unije. Situacija je tim više zaoštrena kada se ima u vidu negativna bezbedonosna dimenzija migrantske krize. Naime, članice EU odbijanjem solidarnosti poručuju da ne žele bezbedonosne probleme na svojoj teritoriji, koje priliv izbeglica neminovno sobom nosi. Dve odluke EU (2015) o pravednoj raspodeli tražioca azila na ostale zemlje članice, kako bi umanjili pritisak na Italiju, Grčku i Mađarsku značile su privremeno ukidanje Dablinskog sistema azila. Dablinski sistem azila je najviše kritikovan od strane A. Merkel, nemačke kancelarke, ali i od

¹ Naučni savetnik, Institut za evropske studije, Beograd, e-mail: szecevic5@gmail.com

² Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, e-mail: gordana.gasmir@gmail.com

strane drugih zvaničnika EU, jer omogućava najveći pritisak na zemlje koje su na prvoj liniji migrantskog fronta. U svom pledoajeu, Merkelova se uz upozorenje da je takav sistem azila zastareo, založila za uvođenje novog zajedničkog sistema EU na bazi pravedne raspodele tereta davanja azila i uz ukidanje nacionalnih egoizama. Da li je na sceni "Evropa - Tvrđava" ili Evropa bez granica, ostaje da se vidi kroz rasplet migrantske krize u predstojećem srednjeročnom periodu.

Odsustvo bezbednosnog i odbrambenog identiteta i EU suvereniteta čini Uniju neefikasnom, posebno u migrantskoj krizi bez predsedana, čime se potpiruju rasprave o svrsi njenog postojanja. Čuveni Žan Mone je, međutim, davno rekao da su krize ujedno i veliki ujedinitelji, te ostaje da se vidi da li će ova vizionarska misao prevladati aktuelno uskogrudi pristup u EU.

Ključne reči: *Evropska unija, bezbednost i odbrana, migrantska kriza, migraciona politika EU*

1. Uvod

Evropska integracija pokrenuta u ekonomskoj sferi je imala neskrivenu političku poruku i željeni ishod. Naime stvaranje „zajedničkog“ koje je preraslo u unutrašnje tržište Evropske unije (EU) je imalo za cilj da omogući izgradnju političkog i vojnog federalizma. Međutim, iako su tvorci Ugovora iz Mاستrihta očekivali dalji razvoj evropske integracije na izgrađenim ekonomskim temeljima, u međuvremenu se stalo sa federalizacijom Unije. Primera radi jedinstveno tržište i valuta nisu upotpunjeni konzistentnim federalnim poreskim sistemom koji bi napunio budžet Unije. Time je sprečeno da se iz evropskog budžeta vrše strukturni transferi inače uobičajeni u federalnim državama od bogatih ka siromašnim posebno u kriznim situacijama. Bez federalne vlade EU je uskraćena za ministarstvo odbrane i embrion jedinstvenih federalnih vojnih snaga koje bi štatile njenu teritoriju ali i davale kredibilitet njenoj spoljnoj politici u svetu. Zbog institucionalnih slabosti možemo da kažemo da EU zapravo nije nadležna za odbranu sopstvene, već prepušta NATO paktu da kolektivno štiti teritoriju EU.

Uspostavljanje i strukturiranje saradnje između država članica EU u oblasti spoljnih poslova, bezbednosti i odbrane jeste nesumnjiv uspeh ako imamo u vidu da je reč o poljima koja najviše zadiru u državni suverenitet. Ova saradnja omogućava državama članicama da usklade svoje aktivnosti na međunarodnoj sceni i da afirmišu vrednosti kojima su privržene, a to je promocija mira, demokratije i ljudskih prava. EU naravno, mora da utiče na razvoj događaja u globalizovanom svetu, jer ima svoje ekonomske interese (npr. snabdevanja energentima ili zaštita životne sredine), ali i civilizacijske vrednosti koje želi da proširi

na neposredno okruženje (Ukrajina, Rusija) ali i van njega (severna i kontinentalna Afrika).

Primetno je i da saradnja u oblasti spoljnih poslova i odbrane sa svakom promenom ugovora o osnivanju EU dobija nešto efikasniji oblik. Ugovor iz Lisabona iz 2009. godine unapredio je institucionalne mehanizme u ovoj oblasti. Pored prethodno pomenutog, EU je dobila status pravnog lica koji joj omogućava da zaključuje međunarodne ugovore ne samo u privrednoj sferi, što je bio slučaj do sada, već i u oblasti spoljne politike i odbrane.

2. Zajednička politika bezbednosti i odbrane u Ugovoru iz Lisabona (2009)

2.1. Međunarodni intervecionizam Evropske unije

Ugovor o EU iz Lisabona, koji je stupio na snagu 2009. godine, predviđa poseban odeljak posvećen odredbama o politici bezbednosti i odbrane koja je u njegovom tekstu preimenovana u «Zajedničku politiku bezbednosti i odbrane». Odredbe ugovora produbljuju saradnju država članica bez unošenja revolucionarnih promena u ovoj oblasti. Naime, Ugovor iz Lisabona utvrđuje da Unija ima „zajedničku“ politiku bezbednosti i odbrane koja je sastavni deo njene zajedničke spoljne i bezbednosne politike.³ Dakle, Unija bi mogla da koristi zajedničke operativne civilne i vojne snage kao produženu ruku svoje u međudržavnim organima (Evropski savet i Savet ministara) utvrđene spoljne politike. Prethodno pomenute snage Uniji stavljaju na raspolaganje države članice i to radi intervencije van njene teritorije u cilju prevencije konflikata, održavanja mira i jačanja međunarodne bezbednosti. Evropska saradnja u oblasti o kojoj je reč treba postupno da se izgrađuje, da bi na kraju dovela do uspostavljanja zajedničke odbrane na osnovu jednoglasne odluke u Evropskog saveta. Ovu odluku bi zatim trebalo da potvrde države članice putem postupka ratifikacije.

U međuvremenu, Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da politika Unije u oblasti odbrane ne ugrožava specifičnu prirodu politike odbrane svake od država članica (ovde se misli na one opredeljene za neutralnost), ali i onih koje imaju obaveze prema NATO paktu.⁴ Iz prethodno iznetog, proizilazi da se u ovom trenutku ne stvara jedinstvena evropska vojska koja bi branila teritorijalni integritet Unije i slobodu i prava njenih stanovnika. Reč je o tome da Unija obavezivanjem država članica da stave na raspolaganje Uniji deo njihovih vojnih i civilnih kapaciteta, obezbeđuje

³ J.L. Sauron, *Comprendre le Traite de Lisbonne*, Gualino editeur, Paris, 2008. - Član 42 stav 1 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁴ Član 42 Ugovora o Evropskoj uniji.

operativne vojne i civilne kapacitete u cilju ostvarivanja zajedničke politike bezbednosti i odbrane.⁵ Unija zapravo deluje van svoje teritorije u misijama čiji je cilj održanje mira, predupređivanje sukoba ili jačanje međunarodne bezbednosti u skladu sa poveljom Ujedinjenih nacija.

2.2. Sadržaj politike bezbednosti i odbrane

- Stavljanje na raspolaganje Uniji dela vojnih snaga i razvoj odbrambenih kapaciteta

Države članice EU se pre svega obavezuju da stave na raspolaganje Uniji deo svojih civilnih i vojnih kapaciteta kako bi se ostvarili ciljevi koje u ovoj oblasti utvrđuje Savet bez učešća Evropskog parlamenta u procesu donošenja odluka. Države članice se pored toga obavezuju da ojačaju svoje vojne kapacitete u saradnji sa „Evropskom agencijom za naoružanje.“⁶ Agencija treba da utvrdi operativne potrebe EU i da preduzetim merama doprinese jačanju industrijskih i tehnoloških osnova odbrane kao i da razvije evropske kapacitete u naoružanju. Ovde je prevashodno reč o potrebi da se racionalizuju troškovi kroz zajedničke programe proizvodnje savremenog naoružanja. Međutim, rad Evropske odbrambene agencije umnogome zavisi od stavova država članica. Tako Francuska smatra da bi pomenuta agencija trebalo da se bavi uspostavljanjem osnova za razvoj evropske odbrambene industrije, dok Velika Britanija misli da bi ova trebala da kupuje vojnu opremu i kod isporučilaca van EU.⁷ U ovom kontekstu treba imati u vidu da su ministri odbrane država članica na inicijativu Evropske odbrambene agencije 2007. godine utvrdili strategiju za ustanovljavanje industrijske i tehnološke osnove evropske odbrane. Prethodno pomenuti tekst podvlači potrebu da se utvrde tehnologije koje Unija mora da osvoji, kao i industrijski kapaciteti koji treba da se održe ili stvore. S tim u vezi, dvadeset država članica je odobrilo sredstva za zajednička istraživanja u visini od pedeset pet miliona evra koja su namenjena poboljšanju operativne zaštite vojnika, kao i za razvoj bespilotnih letelica koje se koriste u vojne svrhe.⁸

- Međusobna solidarnost u slučaju napada na jednu od država članica

Posebno treba podvući da je Ugovorom o EU iz Lisabona uvedena odredba o međusobnoj odbrani država članica koja je inače postojala u

⁵ Član 42 stav 3 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁶ Član 42 stav 3 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁷ B. Alomar, S. Daziano, T.Lambert, J. Sorin, *Grandes questions europeennes*, Sedes, 3 edition, Paris, 2013, 509.

⁸ *Ibid.*

ugovoru o Zapadno-evropskoj uniji kao i u nacrtu ugovora o Evropskoj odbrambenoj zajednici iz 1952. godine. Ukoliko je jedna od država članica predmet oružane agresije na svojoj teritoriji, druge države članice Unije su dužne da joj pomognu svim raspoloživim sredstvima.⁹

Međutim, ova odredba ne ugrožava specifičnu prirodu politike odbrane i bezbednosti pojedinih država članica odnosno onih koje su opredeljene za neutralnost poput Austrije, Finske, Irske i Švedske. Pored toga predmetna odredba nalaže da preuzete obaveze i saradnja u ovom kontekstu moraju da budu u saglasnosti sa preuzetim obavezama u NATO paktu koji ostaje za njegove članice osnova kolektivne bezbednosti i instanca za njeno sprovođenje. Dakle, pružanje pomoći isključivo će zavisiti od suverene odluke države članice.

U slučaju terorističkog napada, ljudske ili prirodne katastrofe svaka od država članica je dužna da svim raspoloživim sredstvima pruži pomoć pogođenoj članici Unije.¹⁰ Do anticipirane primene ove odredbe došlo je prilikom terorističkih napada u Španiji od 11. marta 2004. godine kroz deklaraciju Evropskog saveta o borbi protiv terorizma.¹¹

Interesantno je međutim da se povodom terorističkih napada u Parizu od 13. novembra 2015. godine francuski predsednik Francois Oland (Hollande) pozvao na član 42. stav 7 Ugovora o EU smatrajući da je reč o oružanoj agresiji, a ne o terorističkom napadu na Francusku. Reč je o političkom stavu odnosno o potrebi da se povede usklađena evropska vojna akcija protiv takozvane Islamske države nastale na teritoriji Iraka i Sirije koja je stajala iza napada u Parizu.¹² Indikativno je takođe, da se francuski predsednik opredelio da aktivira odredbu o evropskoj vojnoj solidarnosti umesto da korisiti ugovor o Severno-atlantskoj alijansi koji u članu 5 nudi istu mogućnost. Naime, ministar odbrane Francuske Žan Iv Le Drian (Jean Yves Le Drian) se 17. novembra 2015. godine zvanično obratio Savetu ministara u nameri da obezbedi podršku za intervencije Francuske u Africi (Mali), ali i da ih pozove da se pridruže akciji protiv Islamske države. Ovim potezom Francuska je želela da promovise evropsku samostalnost i podstakne vojnu saradnju unutar Evropske unije. Države članice EU su odgovorile da su spremne da pomognu Francuskoj u granicama svojih mogućnosti. U praksi, pored Francuske pet država članica angažovane su u borbi protiv Islamske države, ali pre svega na teritoriji Iraka. Reč je o Velikoj Britaniji, Holandiji, Belgiji, Italiji i Danskoj. Od avgusta 2015. godine Britanci su proširili udare i na sirijsku teritoriju. U

⁹ Član 42 stav 7 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁰ Član 31 Ugovora o Evropskoj uniji i član 222 ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

¹¹ J.L.Sauron, 122.

¹² Maxime Vaudano, «*La France peut-elle contraindre les pays européens a lui porter assistance.*» www.lemonde.fr, 16.11.2015.

ovom kontekstu postavlja se pitanje u čemu bi konkretno mogla da se sastoji evropska podrška Francuskoj. U odsustvu primera iz pravne prakse u vezi sa koršćenjem člana 42. stav 7 Ugovora o EU, moguće je osvrnuti se na član 5 ugovora o Severno-atlanskoj alijansi koji predviđa da se radi o slanju trupa ili pak o finasijskoj ili medicinskoj pomoći, o korišćenju vojnih baza, ili pak o davanju odobrenja za prelet teritorije.

- Mogućnost uvođenja stalne ojačane strukturne saradnje u oblasti odbrane između država članica koje to žele

Ugovor iz Lisabona ostavlja mogućnost uspostavljanja stalne ojačane strukturne saradnje između država članica koje to žele u oblasti odbrane.¹³ Reč je o državama koje odgovaraju visokim kriterijumima u pogledu vojnih kapaciteta. Države članice koje žele da ustanove jaču i stalnu strukturnu saradnju u oblasti odbrane treba da prijave svoje namere Savetu i Visokom predstavniku Unije za spoljne poslove i bezbednosnu politiku.¹⁴ U roku od tri meseca od prijave Savet na osnovu odluke donete kvalifikovanom većinom i po konsultovanju Visokog predstavnika za spoljne poslove i bezbednosnu politiku, odobrava uspostavljanje stalne strukturne saradnje.¹⁵ Druge države članice kasnije takođe mogu da se priključe već uspostavljenoj stalnoj strukturnoj saradnji na osnovu prijave upućene Savetu i Visokom predstavniku. Savet donosi odluku o priključenju nove države članice stalnoj strukturnoj saradnji na osnovu odluke donete kvalifikovanom većinom, a po konsultovanju Visokog predstavnika za spoljne poslove i bezbednosnu politiku. Država članica po istom postupku može da bude suspendovana iz stalne strukturne saradnje ukoliko više ne ispunjava uslove za učešće u njoj.¹⁶ Države članice koje to žele, mogu pak da se povuku iz učešća u stalnoj strukturnoj saradnji na osnovu prijave koju su dostavile Savetu.¹⁷ Inače, odluke i preporuke Saveta koje se donose u okviru stalne strukturne saradnje usvajaju se jednoglasno od strane predstavnika država članica učesnica. Odredba o ojačanoj vojnoj strukturnoj saradnji pojedinih država članica podseća na podsticajni proces stvaranja višeg nivoa integracije korišćen prilikom usvajanja Sengenskih sporazuma o ukidanju graničnih kontrola između članica Unije. Reč je o tome da se pravno omogući i podstakne viši nivo vojne saradnje između država članica koje to žele, a koje primera radi, učestvuju u evropskim programima za proizvodnju vojne opreme i koje mogu odmah da stave borbene jedinice na raspolaganje Uniji.¹⁸

¹³ Član 42 stav 6 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁴ Član 46 stav 1 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁵ Član 46 stav 2 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁶ Član 46 stav 4 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁷ Član 46 stav 5 Ugovora o Evropskoj uniji.

¹⁸ J.L.Sauron, 122.

- Poveravanje određenog zadatka skupini država članica

Ugovorom iz Lisabona Savet je pored ostalog dobio nadležnost da poveri određeni zadatak skupini država članica u cilju očuvanja vrednosti kojima je Unija privržena i radi služenja njenim interesima.¹⁹ Reč je o državama članicama koje imaju neophodne kapacitete za takav zadatak. Odluka Saveta sadrži odredbe o cilju misije, njenom obimu i o načinu izvođenja. Države članice učesnice zajedno sa Visokim predstavnikom za spoljne poslove i politiku bezbednosti rukovode akcijom uz redovno obaveštavanje Saveta.²⁰ Ukoliko povereni zadatak proizvodi ozbiljne posledice ili pak zahteva suštinske izmene ciljeva, Savet je dužan da donese nove odluke u tom smislu. Zadaci o kojima je reč mogu da budu vojne i civilne prirode. U Ugovoru o EU se govori o:²¹ razoružanju, humanitarnim zadacima evakuacije, o vojnoj asistenciji, o prevenciji sukoba i održanju mira, o upravljanju krizama angažovanjem borbenih snaga, o uspostavljanju mira, stabilizaciji i okončanju sukoba, kao i o borbi protiv terorizma.

3. Institucionalni sistem zajedničke politike bezbednosti i odbrane Evropske unije

3.1. Relevantni pravni aspekti

Obzirom da je zajednička politika bezbednosti i odbrane EU zasnovana na saradnji država članica uz poštovanje državnog suvereniteta, logično je da u institucionalnom smislu ovom oblašću dominira donošenje odluka u međudržavnim institucijama. Tako je Evropski savet koji okuplja šefove država ili vlada članica Unije, nadležan da prepozna strateške interese Unije, utvrdi ciljeve i opšte pravce spoljne politike uključujući i ona pitanja koja imaju uticaj na oblast odbrane.²² Evropski savet donosi odluke u tom smislu. Sa svoje strane Savet na nivou ministara inostranih poslova država članica, a na osnovu strateških opredeljenja Evropskog saveta donosi odluke koje se odnose na politiku bezbednosti i odbrane na osnovu predloga Visokog predstavnika za spoljne poslove i bezbednosnu politiku ili jedne od država članica²³.

Ipak, jasna je namera da se kroz Ugovor iz Lisabona iz 2009. godine institucionalno ojača efikasnost odlučivanja i zastupanja Unije na

¹⁹ Član 42 Ugovora o Evropskoj uniji.

²⁰ Član 44 Ugovora o Evropskoj uniji.

²¹ Član 43 Ugovora o Evropskoj uniji.

²² Član 26 Ugovora o Evropskoj uniji.

²³ Član 44 stav 4 Ugovora o Evropskoj uniji.

međunarodnom planu. Tako Ugovor iz Lisabona predviđa da Evropski savet kvalifikovanom većinom glasova i uz saglasnost predsednika Komisije imenuje na pet godina Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i bezbednosnu politiku koji je ujedno i potpredsednik Komisije.²⁴ Ovim rešenjem je stvorena institucionalna veza Saveta i Komisije u oblasti spoljnih poslova i bezbednosti. Naime, Visoki predstavnik za spoljne poslove i bezbednosnu politiku predsedava sednicama Saveta u formaciji spoljni poslovi (ministri inostranih poslova) i ima nadležnost da svojim predlozima doprinese utvrđivanju spoljne i bezbednosne politike Unije.²⁵ Visoki predstavnik dakle, dobija ulogu predlagача odnosno inicijatora odluka koju imaju članovi Komisije kao predlagачи zakonodavnih akata u oblasti ekonomije. Ipak, treba imati u vidu da Visoki predstavnik, za razliku od privredne oblasti, nije isključivi podnosilac predloga spoljno-političkih i odbrambenih odluka, budući da to pravo imaju i predstavnici država odnosno njihovi ministri koji zasedaju u Savetu. Visoki predstavnik na osnovu naloga Saveta ovlašćen je da zastupa odnosno izvršava politiku Unije u oblasti spoljnih poslova i odbrane na međunarodnom planu. U tom smislu ovaj može da vodi politički dijalog sa trećom stranom i da iznosi stavove Unije u međunarodnim organizacijama i na međunarodnim konferencijama. Visoki predstavnik ima hijerarhijsku nadležnost rukovođenja Jedinicom za planiranje i rano uzbunjivanje.²⁶ Ovaj organ osnovan Ugovorom o EU iz Amsterdama u sastavu je sekretarijata Saveta, a čine ga stručnjaci iz sekretarijata Saveta, država članica i Komisije. Njegov zadatak je da prati međunarodnu situaciju, kao i da ustanovi krizne oblasti u svetu, interese Unije i da o tome obaveštava Savet.

3.2. Mehanizam konstruktivnog uzdržavanja

Donošenje odluka u Evropskom savetu i Savetu u oblasti spoljnih poslova i odbrane bilo je i ostaje zasnovano na jednoglasju, te tu Ugovor iz Lisabona nije ništa promenio.²⁷ Dovoljno je da je jedna od dvadeset osam članica protiv predložene odluke pa da se ista ne donese. Usvajanje zakonodavnih akata u ovoj oblasti je isključeno. Međutim, u ovom kontekstu treba imati u vidu da je još Ugovorom o EU iz Amsterdama²⁸ predviđeno da države članice mogu da pribegnu konstruktivnom uzdržavanju²⁹ prilikom glasanja čime omogućavaju da se donose odluka

²⁴ Član 18 Ugovora o Evropskoj uniji.

²⁵ Član 27 Ugovora o Evropskoj uniji.

²⁶ B. Alomar, S. Daziano, T.Lambert, J. Sorin, 456.

²⁷ Član 31 Ugovora o Evropskoj uniji iz Lisabona

²⁸ B. Alomar, S. Daziano, T.Lambert, J. Sorin, 455.

²⁹ Član 31 Ugovora o Evropskoj uniji.

i sprovodi politika Unije. Izglasana odluka ne obavezuje državu članicu apstinenta, ali je primorava da ne ulazi u sukob sa usvojenom politikom.

Mehanizam konstruktivnog uzdržavanja je primenljiv sve dok broj uzdržanih država članica ne prelazi trećinu od ukupnog broja članica Unije. Izuzetno, odluke u oblasti spoljnih poslova i bezbednosti mogu da budu donete i kvalifikovanom većinom glasova Saveta. Reč je o odlukama primene „zajedničke strategije“ koja je prethodno jednoglasno usvojena u Evropskom savetu ili o odlukama kojima se sprovodi „zajednički stav ili akcija“, a koja je prethodno jednoglasno usvojena u Savetu. Savet odlučuje kvalifikovanom većinom i o stavu ili akciji Unije koju usvaja na predlog Visokog predstavnika za spoljne poslove i bezbednosnu politiku, ako je Evropski savet od Visokog predstavnika tražio da podnese predlog u tom smislu. Ipak i u ovim slučajevima predstavnici država mogu da se usprotive odlučivanju kvalifikovanom većinom ukoliko smatraju da bi time bili ugroženi neki od njihovih vitalnih nacionalnih interesa, pod uslovom da obrazlože o kakvim interesima je reč.³⁰ U ovom slučaju Visoki predstavnik za spoljne poslove i bezbednosnu politiku ovlašćen je da u kontaktu sa državom članicom koja se poziva na zaštitu vitalnih interesa pokušava da za nju pronađe prihvatljivo rešenje. U suprotnom, Savet ima mogućnost da na osnovu odluke donete kvalifikovanom većinom prosledi sporno pitanje „višoj instanci“, tj. Evropskom savetu koji pak odlučuje jednoglasno.

Iz prethodno izloženog uočava se da nadnacionalni organi Unije u oblasti spoljnih poslova i odbrane imaju sporednu ulogu. Tako su Komisiji uskraćena gotovo monopolska ovlašćenja u pogledu podnošenja predloga zakonodavnih akata koja inače ima u oblasti privrede. Pored toga, Evropski parlament nema zakonodavne nadležnosti u oblasti spoljne politike i bezbednosti. Visoki predstavnik za spoljne poslove i bezbednosnu politiku dužan je samo da konsultuje Evropski parlament u vezi sa glavnim aspektima i suštinskim opredeljenima spoljne i bezbednosne politike Unije i da ga obaveštava o istoj. Evropski parlament ima pravo da postavlja pitanja i upućuje preporuke Savetu i Visokom predstavniku za spoljne poslove i bezbednosnu politiku, kao i da dva puta godišnje organizuje rasprave na tu temu.³¹ Pored Evropskog parlamenta, ni Sud pravde EU nema suštinska ovlašćenja u oblasti spoljne politike i odbrane, čime se još jednom podvlači „međudržavna“ priroda ovih saradnji.

³⁰ Član 31 stav 2 Ugovora o Evropskoj uniji.

³¹ Član 36 Ugovora o Evropskoj uniji.

4. Institucionalni problemi EU u svetlu migrantske krize

4.1. EU standardi migracione politike

EU je tokom burne protekle 2015. godine pretrpela ogroman priliv izbeglica, zatim dužničku krizu Grčke i dva talasa terorističkih napada u Parizu. Od svega toga, najrazornija je ipak migrantska kriza, koja je ukazala na institucionalne probleme EU i odsustvo zajedničke migracione politike Unije. Naime, sve više se govori o ukidanju Šengen sporazuma, koji je pravno simbolizovao prostor bez granica među državama članicama, a u situaciji podizanja betonskih i žičanih prepreka na graničnim prelazima među tim istim državama i u jeku njihovog međusobnog optuživanja za nedostatak solidarnosti u zbrinjavanju izbeglica.

Situacija je tim više zaoštrena kada se ima u vidu negativna bezbedonosna dimenzija migrantske krize, jer bez transparentne registracije izbeglica i u povećanje napada migranata u Nemačkoj (Keln), Finskoj i Austriji³², niko ne može da garantuje da među izbeglicama nema i određenog broja uveženih i dobro obučanih terorista. Sa druge strane, to je poslužilo jačanju nacionalnih ekstremno desničarskih pokreta i euroskeptika u okviru zemalja članica EU, a još više postalo indikator institucionalnih slabosti Unije.

Sporazum iz Šengena (1985) predstavlja refleksiju ideje slobodnog kretanja ljudi, ali ujedno i odraz strepnji od imigracije i prekograničnog kriminala³³. Šengenskom sporazumu je sledila Konvencija o njegovoj primeni (1990), koja je stupila na snagu 1995. To su osnove tzv. „Šengen *Acquis*“, koji je počev od usvajanja Ugovora o EU iz Amsterdama (1999) postao sastavni deo pravnih tekovina Unije tj. „*Acquis Communautaire*“. Mnogi propisi u okviru Šengen *Acquis* su preporuke tj. Tzv. *soft law* o EU standardima migracione politike, prava ulaska, boravka i povratka stranaca, kao i pitanja sprečavanja ilegalnih migracija, suzbijanja trgovine ljudima tj. trafikinga i zaštite ličnih podataka. Sve navedene vrste preporuka su upućene državama članicama u cilju stvaranja i primene zajedničke migracione politike. Karakteristično je da se krug potpisnica Šengen *Acquis* postepeno širio, iako nikada nije obuhvatio sve zemlje članice. Naime, Velika Britanija, Danska i Irska su ostale izvan, kao i nove članice koje su morale da prođu period usklađivanja sa

³² J.Yardley, „Sexual Attacks Widen Divisions in European Migrant Crisis“, Reuters, January 2016.

³³ Potpisale su ga zemlje Beneluksa (Holandija, Belgija i Luksemburg), SR Nemačka i Francuska koje čine pet članica osnivača Zajednice, da bi se krug potpisnica sukcesivno širio. Sporazum iz Šengena je prvobitno predviđao postepenu suspenziju kontrola na unutrašnjim, zajedničkim granicama ovih zemalja. Detaljnije vid. kod: „Sporazum iz Šengena – Za Evropu bez granica“, prir. D.Lopandić i M.Janjević, Beograd, 1996, 225.

kriterijumima Šengena (Rumunija i Bugarska i u novije vreme Hrvatska), dok je Kipar izvan Šengena usled nerešenog pitanja okupiranog severnog dela ostrva od strane Turske. Države koje nisu članice EU su takođe potpisnice Šengena (Norveška i Island, 2001), zatim Švajcarska (2008), kao i Lihtenštajn³⁴.

Konvencijom o primeni Šengen sporazuma osnovan je Izvršni komitet sa zadatkom da normativno reguliše primenu odredbi Sporazuma iz Šengena i da vrši kontrolu njihove primene. Konvencijom je takođe detaljnije regulisano ukidanje kontrole na unutrašnjim granicama članica Šengen sporazuma i uslovi ulaska stranaca tj. svih lica koja nisu državljani neke od zemalja EU. *Exempli causa*, konkretne posledice za državljane trećih zemalja, tj. onih država koje nisu članice Šengen sporazuma, znače da odbijanje vize od strane jedne zemlje članice Šengena, automatski znači da taj stranac nema mogućnost dobijanja vize ni u drugoj članici Šengen područja. Ugovor o EU iz Matrihta (1993) u odredbama čl. 100c uvodi zajedničke vizne liste i jedinstveni format vize u članicama EU.

Na taj način su pitanja povezana sa viznim režimom (spisak trećih zemalja za čije državljane su potrebne vize), prenet u nadležnost organa EU odnosno prvi stub nadsudnacionog odlučivanja. To nije slučaj sa ostalim pitanjima saradnje zemalja članica EU u domenu pravosuđa i unutrašnjih poslova, koja su činila nekadašnji treći stub³⁵ (pre Ugovora o EU iz Lisabona i stapanja sva tri stuba u jednu celinu pravne ličnosti EU). Tu oblast karakteriše međuvladina saradnja država članica, odnosno koordinacija nacionalnih politika zemalja članica i jednoglasno odlučivanje.

Ugovor iz Amsterdama (1999), koji predstavlja reviziju Ugovora iz Matrihta donosi novine. Pored toga što je oblast viza, azila i pravosudne saradnje u civilnim pitanjima „komunitarizovana“ tj. prenetu u nadležnost organa EU, učinjen je korak napred u pravcu produbljivanja interne integracije – Šengen *Acquis* integrisan je u Ugovor o EU. To je posebno značajno, jer od potpisivanja Šengen sporazuma, on nije bio sastavni deo *Acquis Communautaire*, odnosno nije formalno-pravno bio povezan sa pravom EU, jer ga nisu zaključile sve članice EU. Sledi dalja evolucija u EU. Ugovorom iz Amsterdama je proklamovano stvaranje područja slobode, bezbednosti i pravde, što je zatim potvrđeno u revidiranom Ugovoru o EU iz Nice (2003). Ugovor iz Lisabona (2009) formalno ukida odvojenost ove saradnje država članica i bivši treći stub stapa u jedinstveno pravno lice Unije. Time, međutim nije ukinuta međudržavna suština ove saradnje na principima prevladajućeg konsenzusa i primarne

³⁴ J.C. Piris, *The Lisbon Treaty – A legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, 192-193.

³⁵ S.Ivanda, „Treći stup još najmanje odražava integriranost“. Monografija: *Schengenski sporazumi i unutarnja sigurnost*, Zagreb, 2001, 17.

zaštite nacionalnih vitalnih interesa. Preciznije, i dalje je u nadležnosti Saveta ministara da utvrđuje tzv. bele i crne liste viznog režima. Jedan od takvih primera je Uredba Saveta br. 539 iz 2001. godine³⁶.

Složenost saradnje zemalja članica u domenu bezbednosti, pravosuđa i unutrašnjih poslova, pored egzistiranja različitih nacionalnih interesa, dodatno je pojačala migrantska kriza. Ukidanje Šengena krajem 2015. se desilo na faktički način (*de facto*), odnosno vaninstitucionalno i bez formalne odluke na nivou organa Unije. Uprkos nastojanju da se izgradi bezbednosni i spoljno-politički identitet Unije, realnost je demantovala ova nastojanja.

5. Migrantska kriza u EU - u potrazi za jedinstvom

Vanredno zasedanje Saveta ministara spoljnih poslova održano septembra 2015. pod predsedništvom Luksemburga nije donelo jedinstvo među članicama EU u pogledu predloga o kvotama za raspodelu izbeglica. Učestali su bili pozivi na solidarnost od strane predsedavajućeg ministra J. Aselborna (Jean Asselborn) i Visoke predstavnice EU za spoljnu politiku i bezbednost F. Mogerini (Federica Mogherini).

Uprkos važanju Dablinske konvencije o azilu u zemljama EU od početka 90-tih, ukazano je na značajne razlike među članicama EU u odnosu na dinamiku procesuiranja zahteva za azil i imajući u vidu stope priznavanja azila. Otuda se predsedavajući Saveta tom prilikom založio za ustanovljavanje specijalnih ovlašćenja na nivou EU, koji bi bili povereni EU Kancelariji za podršku azila³⁷ da ustanovi zajednička pravila i principe za slučajeve azila, koji bi bili obavezni za sve zemlje članice Unije. Ovo zalaganje je posebno podržao na zasedanju ministar inostranih poslova Nemačke, Štajnmejer (Frank-Walter Steinmeier).

Mađarska je prva zemlja na udaru azil procedure, koja prema Dablinskoj konvenciji predviđa da prva zemlja u kojoj tražioci azila podnesu zahtev, primeni proceduru registracije tražioca azila i razmatranja razloga za azil. Migranti su masovno odbijali registraciju, što je uzrokovalo sukob sa mađarskom policijom i pojačalo tenzije i u okviru Unije, posle uvođenja zabrane njihovog daljeg kretanja ka ostalim članicama EU. Otuda je Italija, u liku svog ministra spoljnih poslova Đentiljonija (Paolo Gentiloni) istakla zahtev za donošenjem jedinstvenih EU propisa o azilu. Naime, konstatovano je da sistem podnošenja zahteva za azil u zemlji članici u kojoj se prvo migranti nađu više nije održiv, što je pokazao primer Mađarske. Sa druge strane, neophodno je poštovati vrednosti

³⁶ Council regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement“, *Official Journal of EC*, L 81, 21 March 2001, pp. 1-7.

³⁷ European Asylum Support Office (EASO)

EU koje štite ljudska prava i demokratiju, te obezbediti da izbeglice u duhu UN Ženevske konvencije (1951), koje beže od rata ili mračnih dikatorskih režima budu zaštićene i odvojene u tretmanu od ekonomskih migranata. Italija i Nemačka su istakle da bavljenje problemima azila na nacionalnom nivou država članica dramatično ugrožava funkcionisanje Šengena i slobodu kretanja u EU.

Mnogi analitičari³⁸ čak postavljaju pitanje da li je došlo do nove podele na Istok – Zapad u okviru EU, imajući u vidu protivljenje zemalja članica nekadašnje Višegrad grupe (1991), Mađarske, Češke, Slovačke i Rumunije, uspostavljanju dobrovoljne raspodele migranata kroz sistem kvota. Poljska je u poslednjem momentu podržala većinsko stanovište zemalja članica na septembarskom zasedanju Saveta ministara (2015). Može se oceniti da se ipak ne radi o novoj podeli na Istok – Zapad unutar EU, iako vlada nedostatak jedinstva među članicama EU. Naime, zemlje bivšeg istočnog bloka nisu bile kolonijalne sile, te nemaju tradiciju prihvata imigracionog stanovništva u svoja društva. Takođe, razlikuju se demokratske tradicije, shvatanja o konceptima vrednosti Unije, stepen političke kulture i percepcije identiteta EU i njenog mesta u svetu u odnosu na njihove zapadne susede, osnivače EU.

Doza straha i neprihvatanja izbeglica koje dolaze van Evrope, može se objasniti neznanjem i priličnim nivoom zatvorenosti istočno-evropskih društava zbog bivše pripadnosti Istočnom bloku. Ako se navedenim kulturološkim razlozima, dodaju i ekonomski problemi u ovim zemljama, gde tržišta rada nisu tako atraktivna kao na Zapadu Unije, situacija postaje lako objašnjiva. Primera radi, minimalna plata za radni sat u Bugarskoj i Rumuniji je oko jedan evro, dok je u Nemačkoj više od osam evra (počev od 2015)³⁹.

Kompleksnosti migrantske krize doprinosi i mešavina ekonomskih migranata sa ratnim izbeglicama, ali i pogrešno poistovećivanje islamske religije sa terorizmom u mnogim zemljama EU, posebno u Francuskoj, kao i u Nemačkoj. Na ovaj način se koncept multikulturalizma, na kome počiva ujedinjena EU urušava. *In varietate concordia*⁴⁰ predstavlja geslo EU koje štiti posebnosti različitih nacionalnih identiteta i kultura zemalja članica EU⁴¹. U situaciji migrantske krize, ova ideja je fundamentalno poljuljana. Ostaje da se vidi da li će doći do dubljeg političkog ujedinjavanja zemalja članica u okviru EU i sledstveno tome, daljih

³⁸ L.Macek, „Refugee Crisis: A new East – West rift in Europe?“, 27TH OCTOBER 2015 / EUROPEAN INTERVIEW N°88 / FONDATION ROBERT SCHUMAN, www.robert-schuman.eu

³⁹ T.Schulten, “Contours of a European Minimum Wage Policy”, Study, Friedrich Ebert Stiftung, <http://www.fes.de/international/moe>, October 2014, 4 – 6.

⁴⁰ Ujedinjeni u razlikama.

⁴¹ G.Gasmí, Pravo i osnovi prava EU, Beograd, 2013,105.

značajnih pravnih reformi Unije u predstojećem periodu njenog razvoja. Pravne i institucionalne reforme Unije su preduslov daljeg privrednog snaženja EU u međunarodnim ekonomskim odnosima⁴².

Upozoravajuća je pozicija Mađarske, čiji se premijer Orban usprotivio sistemu kvota u migrantskoj krizi, iako bi upravo Mađarska bila glavni dobitnik takvog sistema. Mehanizam primene kvota bio bi, međutim, nadsacionalni. Neuspeh jednoglasnog uvođenja takvog jedinstvenog sistema na nivou EU, na uštrb nacionalnih suvereniteta zemalja članica predstavlja lakmus test političkog jedinstva u okviru EU. To je svakako bio razlog da većina članica EU ipak donese odluku o sistemu kvota u cilju efikasnosti.

Liberalna partija u Evropskom parlamentu zatražila je primenu odredaba čl. 7 protiv Mađarske, čija vlada je donela odluku o angažovanju vojnih snaga na njenim granicama. Slovenija je sledila primer Mađarske kod upotrebe vojnih snaga u migrantskoj krizi. Radi se o pravnoj mogućnosti svojevrsnog kažnjavanja zemlje članice zbog njenog kršenja baznih vrednosti Unije, uključujući vladavinu prava. Preventivni mehanizam čl. 7. Ugovora iz Lisabona može biti aktiviran samo u slučaju jasnog rizika od ozbiljnog kršenja osnovnih vrednosti EU. Tada Savet upućuje konkretnoj članici upozorenje. Mehanizam sankcija odnosno kažnjavanja "neposlušne članice" nastupa samo u slučaju ozbiljnog i upornog kršenja osnovnih vrednosti Unije⁴³ od strane države članice u određenom vremenskom periodu. Tada Savet može da suspenduje neka prava koja potiču iz članstva u EU, uključujući i pravo glasa te zemlje u Savetu ministara. Suspenzija se može odnositi i na ukidanje korišćenja sredstava iz strukturnih fondova Unije.

U novijoj praksi, počev od 2009. od stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, međutim, nije dolazilo do primene preventivnog niti sankcionišućeg mehanizma, odnosno odredaba čl. 7. Naime, Komisija, kada je bivala suočena sa kršenjem vladavine prava ili krenja drugih osnovnih vrednosti EU, u nekoj od članica EU, primenjivala je politički pritisak na tu zemlju ili je pribegavala tužbi Evropskom sudu pravde u slučajevima kršenja konkretnih propisa EU.

Osnovne vrednosti su definisane odredbama čl. 2. Ugovora o EU iz Lisabona: poštovanje ljudskih prava, dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanje prava manjina. Pored toga, društva zemalja članica se zasnivaju na nediskriminaciji, pluralizmu, toleranciji, pravdi, solidarnosti i jednakosti među polovima, Pravna zaštita fundamentalnih vrednosti Unije sadržana je u odredbama čl. 7. Pored Komisije i Saveta ministara, ostale institucije EU takođe

⁴² *Ibid.*, 105.

⁴³ J.C. Piris, 71-72.

štite osnovne vrednosti EU, te je Evropski parlament u nekoliko situacija pokretao inicijativu za redovno ocenjivanje članica EU o tome da li kontinuirano sprovode osnovne vrednosti Unije, a posebno poštovanje demokratije i vladavine prava. Takođe, decembra 2014. Zemlje članice su se u okviru Saveta obavezale da ustanove godišnji dijalog između svih članica u Savetu, u cilju unapređenja i zaštite vladavine prava definisane osnivačkim ugovorima o EU.

6. Kriza zajedničke politike azila u EU

Na nivou EU nema tačnih i pouzdanih podataka o broju izbeglica tokom 2014. i 2015. To znači da nedostaje objektivna faktografska baza za donošenje zajedničkih odluka u okviru Unije. Procene se kreću da se radi o oko million podnetih zahteva za azil u članicama EU u 2015, nasuprot oko 600.000 istih u 2014. godini. Podaci variraju, kako na nacionalnom, tako i na nivou Unije usled različitih metodologija, odsustva registracije izbeglica, ali i nedostatka političke volje zemalja članica EU.

Neki analitičari spominju čak fenomen invazije izbeglica u odsustvu tačnih podataka, ali je nesporno da više od polovine zahteva za azil ide ka Nemačkoj, koja je najomiljenija destinacija azilanata⁴⁴ u EU. Na međunarodno-pravnom planu, Ženevska konvencija iz 1951. o zaštiti izbeglica obavezuje takođe i članice EU. Na regionalnom polju, važeća je Evropska konvencija o osnovnim ljudskim pravima (1950) Saveta Evrope, a zatim i odredbe čl. 18. Povelje EU o fundamentalnim pravima čoveka, koja je postala pravno obavezna stupanjem na snagu Ugovora o EU iz Lisabona.

Izbeglicama, koji su tražioci azila, garantuje se da neće biti vraćeni u zemlju porekla gde im pretila opasnost po život i zdravlje. Tražioci azila imaju pravo na pravednu i efektivnu proceduru i odgovarajuću pomoć za održanje života. Na osnovu ovih principa, zemlje članice su ustanovile zajedničku politiku davanja azila. U praksi, međutim, pokazale su se ogromne slabosti ustanovljenog sistema u EU, uz izraženu moralnu krizu odsustva solidarnosti. Simbol moralnog posrnuća primene osnovnih vrednosti EU je beživotno telo sirijskog dečaka davljenika u moru, slika koja je obišla svet i užasnula milione ljudi.

Nesuglasice među zemljama članicama EU u pogledu primene zajedničke politike azila lako je objasniti kada se pogledaju nacionalne statistike o izbeglicama koje je objavio Eurostat⁴⁵. Naime, u 2014. godini Poljska je primila 720 izbeglica, baltičke zemlje ukupno 120, Češka

⁴⁴ Henri Labayle, "The Crisis of the Common Asylum Policy in the European Union", 13^m OCTOBER 2015 / EUROPEAN ISSUES N°367 / FONDATION ROBERT SCHUMAN, www.robert-schuman.eu, 2.

⁴⁵ *Ibid.*, 5.

765 izbeglica, a Slovenija 45. Nasuprot tome, Španija je donela 1585 pozitivnih odluka o azilu iste godine, dok je Bugarska preplavljena sa 7020 izbeglica. Zatim u Belgiji je doneto 8045 pozitivnih odluka o azilu, dok je Švedska prihvatila 30,650 izbeglica.

S obzirom na ogroman pritisak izbeglica, posebno tokom 2015., Nemačka je istakla ozbiljnu pretnju daljem funkcionisanju Šengena, odnosno prostoru bez granica. Preciznije rečeno, Šengen sporazum je kreiran u doba mira i ekonomskog procvata Zajednice, te ne može da se nosi sa velikom migrantskom krizom današnjice. Isto važi i za proceduru ustanovljenu Dablinskom konvencijom o azilu.

Komisija je na septembarskom zasedanju Saveta (2015) predložila kao privremenu meru raspodelu tražioca azila (kvote), kako bi umanjila pritisak na Nemačku, Grčku, Italiju, ali i Švedsku. Predsednik Komisije, Junker održao je istorijski govor pozivajući članice EU na solidarnost. Problem je nastao kada je sistem dobrovoljne raspodele tražioca azila u okviru EU kao privremena mera, nezgrapno bio predstavljen kao sistem kvota. Italija i Grčka nisu bile sposobne da upravljaju situacijom i to je navelo Nemačku da pribegne merama nacionalnog otvaranja granica za izbeglice iz ratom zahvaćenih područja, pretežno Sirije i Eritreje. To je dovelo u pitanje opstanak Dablinskog sistema azila na nivou EU⁴⁶.

Dve odluke EU (2015) o pravednoj raspodeli tražioca azila na ostale zemlje članice, kako bi umanjili pritisak na Italiju, Grčku i Mađarsku značile su privremeno ukidanje Dablinskog sistema azila. Uvedeni su kriterijumi procene receptivne sposobnosti zemalja članica. To su sledeći parametri: 40% od veličine stanovništva i BDP⁴⁷, 10% stopa nezaposlenosti, prosečan broj zahteva za azil za poslednje četiri godine. Prva odluka EU odnosi se na preseljenje izbeglica pristiglih u Italiju i Grčku od 24. Marta 2015. dok se druga odluka odnosi na tražioce azila koji su došli od 15. Avgusta 2015. Otvoreno pitanje se, međutim, postavlja kako regulisati situaciju potencijalnih azilanata, koji su stigli u Grčku i Italiju pre navedenih datuma.

Krajem 2015. je izvršeno preseljenje izbeglica, ali su nacionalni organi članica EU iskazali nedopustivu sporost u sprovođenju procedura za azil. Vanredno zasedanje Evropskog saveta održano 23. septembra 2015. u smirenoj atmosferi bilo je fokusirano na operativne i finansijske mere za jačanje politike nadzora nad spoljnim granicama EU, kao i na pomoć susedima u aktuelnoj migrantskoj krizi. Početkom 2016. godine i dalje su glasni zahtevi mnogih zvaničnika članica EU (A. Merkel i dr.) za ujedinjenim odgovorom EU na migrantsku krizu u pravcu formiranja nove zajedničke migracione politike i politike azila.

⁴⁶ *Ibid.*, 6.

⁴⁷ BDP – bruto društveni proizvod

7. Zaključna razmatranja

Odsustvo solidarnosti među članicama EU u migrantskoj krizi pojačava prisutnu struju evro-skeptika i njihove političke predstavnike u okviru Unije. To navodi na zaključak da je konkretna posledica prisutna u vidu odsustva bezbedonosnog, kao i odbrambenog identiteta odnosno odsustva bezbedonosne celovitosti EU.

Naime, članice EU odbijanjem solidarnosti poručuju da ne žele bezbedonosne probleme na svojoj teritoriji, koje priliv izbeglica neminovno sobom nosi. Takvi slučajevi su se već dešavali u istoriji evopskih integracija, kao npr. 1956. kada se desila kriza u Austriji⁴⁸. Osnovna opasnost koja odatle proističe jeste povratak na nacionalne sisteme kontrole granica što je suprotno konceptu Šengena i osnovnih vrednosti na kojima počiva Unija.

Žan Mone je, međutim, davno rekao da su krize ujedno i veliki ujedinitelji, te ostaje da se vidi da li će ova vizionarska misao prevladati aktuelno uskogrudi pristup u EU.

Kada se migrantska kriza razmatra sa ekonomskih aspekata, proističe da bi odgovor bio daleko pozitivniji da je u toku jak privredni rast Unije i niska nezaposlenost u zemljama članicama. To nažalost nije slučaj, jer je EU u stanju ekonomske depresije, sa ostarelim stanovništvom, slabim odbrambenim samostalnim kapacitetima i bez bezbedonosnog celovitog identiteta.

Da li je na sceni "Evropa - Tvrđava" ili Evropa bez granica, ostaje da se vidi kroz rasplet migrantske krize u predstojećem srednjoročnom periodu. Dablinski sistem azila je najviše kritikovan od strane A. Merkel, nemačke kancelarke, ali i od strane drugih zvaničnika EU, jer omogućava najveći pritisak na zemlje koje su na prvoj liniji migrantskog fronta. U svom pledoajeu, Merkelova se uz upozorenje da je takav sistem azila zastareo, založila za uvođenje novog zajedničkog sistema EU na bazi pravedne raspodele tereta davanja azila i uz ukidanje nacionalnih egoizama.

Sloboda kretanja se postavlja kao osnovno ljudsko pravo, a ujedno je i jedna od četiri slobode na kojima bazira unutrašnje tržište EU⁴⁹. Sa druge strane, zaštita izbeglica je pravno garantovana, a nasuprot tome stoji opravdana bojazan članica Unije od masivne poplave izbeglica i pratećih neizbežnih bezbedonosnih rizika. U situaciji odsustva celovitog bezbedonosnog i odbrambenog identiteta Unije, zahtevi za pojačanom

⁴⁸ Vincent Cochetel, "Political Asylum in Europe: responding to the challenges of the Mediterranean", 8TH SEPTEMBER 2015 / EUROPEAN ISSUES N°365 / FONDATION ROBERT SCHUMAN, www.robert-schuman.eu

⁴⁹ Detaljnije kod: J.Fairhurst, „Law of the European Union“, Longman, Pearson Education Limited, GB, 2010, 372-427.

kontrolom spoljnih granica EU i za internom reformom zajedničke migracione politike Unije su nužna posledica.

Treće zemlje su još u težoj situaciji (Turska, balkanske zemlje: posebno Srbija i Makedonija), jer nemaju odgovarajuću finansijsku podršku EU u rešavanju migrantske krize, niti su deo njenih institucija u donošenju vitalnih odluka. Treće zemlje ne samo da su taoci aktuelnih institucionalnih slabosti EU i odsustva solidarnosti među članicama EU, nego generalno sagledavaju Uniju kao daleku metu bez mudre politike u hitnoj migrantskoj krizi. Štaviše, migrantska kriza predstavlja najznačajniji problem sa kojim se suočava Unija, prema rezultatima ispitivanja Eurobarometra⁵⁰ o stavovima državljana članica EU, u jesen 2015.

Svojevremeno je EU mudro zaključila Bečku Deklaraciju (2006) o bezbednosnom partnerstvu između Unije i njenih suseda. Bečka deklaracija je fokusirana *inter alia* i na izazove upravljanja migratornim tokovima kao jednom od područja bezbednosnih pretnji (pored terorizma, organizovanog kriminala, trgovine drogom i korupcije). Posle skoro jedne decenije savremeni procesi ukazuju da je neophodno partnerstvo EU i balkanskih suseda u ovoj oblasti, paralelno sa efikasnom zajedničkom migracionom politikom EU, upravo u pravcu izgradnje celovitog bezbedonosnog i odbrambenog identiteta Unije.

Prof. Slobodan Zecevic, Ph.D

Principal Research Fellow, Institute of European Studies, Belgrade

Prof. Gordana Gasmi, Ph.D

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

EUROPEAN SECURITY AND DEFENCE IDENTITY AND MIGRANT CRISIS

Summary

European Security and Defence Identity, ie the capacity of the European Union (EU) to address the urgent migrant crisis is analyzed in the light of the legal aspects of the mechanisms envisaged by the founding treaties, especially the valid EU Treaty of Lisbon (2009). At the

⁵⁰ White Paper by the Global Agenda Council on Europe, "Europe – What to watch out for in 2016 – 2017", World Economic Forum, January 2016, p. 3.

beginning of the XXI century, the EU has been hit by several successive crises. Those are the world financial crisis of 2007, whose source was the US financial market, the debt crisis of Greece, which lasts from 2008 and which has escalated in the summer of 2015, and in particular the case of the refugees' crisis. The mentioned events have shown that incomplete sovereignty of the EU, caused by a slowdown in building a European federal state prevents it from having adequate responses to emergencies.

Because of its inter-governmental and confederal features, the EU cannot act in a fast, unified and adequate way in migrant crisis, as well as in other challenges in a globalized world. More and more there are rumours and calls for the formal, ie the official abolition of the Schengen Agreement, which is a legal symbol of the space without borders among member states, and in a situation of raising concrete and wire fences at border crossings between these same countries and in the midst of their mutual accusations of a lack of solidarity in the management of refugees. The abolition of Schengen in late 2015 happened in a factual manner (*de facto*), which is non-institutional way and without formal decisions at the level of the Union. The situation is even more sharpened when one takes into account the negative safety dimensions of the migrant crisis. The EU Member States by refusing solidarity announce that they do not want security problems on own territory, which the influx of refugees inevitably brings. Two decisions of the EU (2015), on an equitable distribution of asylum seekers to other Member States, in order to lessen the pressure on Italy, Greece and Hungary meant a temporary suspension of the Dublin asylum system. Dublin asylum system is the most criticized by A. Merkel, the German Chancellor, and also by other EU officials, because it allows the greatest pressure on countries that are on the front line of migrant flows. In her expose, Merkel, with a warning that such asylum system is outdated, called for the introduction of a new common EU asylum system based on a fair distribution of the burden of granting asylum and with the elimination of national egoism. Is it the "Europe - Fortress" underway or the Europe without borders, remains to be seen through the outcome of the migrant crisis in the upcoming mid-term.

The absence of security and defense identity and a lack of the EU sovereignty makes the Union inefficient, especially in migrant crisis of unprecedented wealth, thus fostering the debate about the purpose of the EU existence. Famous Jean Monnet, however, said a long time ago, that the great crisis are also great unifiers, and it remains to be seen whether this visionary idea is to be leading in overcoming the current narrow-minded EU approach.

Key words: The European Union, security and defense, migrant crisis, EU migration policy

DOBRO PRAVO

Apstrakt

U prvom delu članka autor objašnjava doktrinu dobrog prava koja je nastala u uporednoj sudskoj praksi i dokumentima Evropske Unije, čiji je cilj da se postigne što kvalitetnije zakonodavstvo i posebno iznosi osnovne kriterijume dobrog prava. U drugom delu članka autor objašnjava osnovne principe za unapređenje zakonodavnog procesa kao sistema u kome nastaje dobro pravo, s posebnim osvrtom na principe i preporuke Evropske Komisije, OECD-a koje predlaže za usvajanje u Srbiji, te na kraju iznosi specifične predloge za izmene zakonodavnog procesa u Srbiji.

Ključne reči: *Dobro pravo, pametno pravo, zakonodavna inflacija, harmonizacija sa pravom EU, teorija sukoba interesa, zaštita nacionalnog interesa, zakonodavni proces, zakonodavna politika.*

1. Uvod

Dobro pravo mori Srbiju i ceo savremeni svet, posebno SAD, Francusku, Englesku, Nemačku i EU, koje su i razradile doktrinu dobrog prava. U Srbiji je ona u povoju. Dobro pravo je jednostavno i efikasno², neophodno, dobro izrađeno, jasno formulisano i solidno³. Rezultat je dugog i složenog zakonodavnog procesa, koji započinje odlukom da se propis usvoji a završava njegovom primenom, pa je suština dobrog prava u usavršavanju zakonodavnog procesa. Dobar zakonodavni proces ključan je u tranziciji, krizi i pridruživanju EU jer utvrđuje određeni balans sukobljenih interesa⁴. Taj balans se može identifikovati sa nacionalnim interesom jer sublimira rešavanje sukoba svojstveno datoj državi. Interes je teško odrediti i u zemljama koje u obzir uzimaju samo unutrašnji sukob (opšti i privatni interes), teže je kada se uključe međunarodni a najteže kada se uključi i evropski (usvajanje i primena prava EU).

¹ Advokat u Parizu, Melot et Buchet Avocats, e-mail: toma.rajcevic@nmb-avocats.com

² Sporazumu Evropskog Saveta i Evropske Komisije od 16. decembra 2003. o "Boljoj regulativi".

³ Zakonodavni vodič francuskog Državnog saveta i Generalnog sekretarijata francuske Vlade.

⁴ Posebno Anri Batifol.

Doktrina dobrog prava odgovor je na «zakonodavnu inflaciju»⁵. Do nje dovodi složenost savremenog sveta koji teži da uredi sve aspekte međuljudskih odnosa, pa i lobiranje, pritisak javnog mnjenja ili predviđanje nepredvidivog... «Proizvodnja prava», primena i harmonizacija sa pravom EU su tu da stvar zabibere⁶, pa je Evropska Komisija ovu doktrinu proglasila prioritetom⁷ i stalno preispituje zakonodavnu politiku, propise i sporazume i uvodi instrumente da bi zadovoljila ciljeve⁸ a zamolila je i OECD da

⁵ Kvantitet je obrnuto proporcionalan kvalitetu. Za uporedni pregled stanja u SAD i Francuskoj: P. Rrapi, *La qualité de la loi – Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council*, <http://www.hastingsonlawquarterly.org/archives/V37/I2/Rrapi.pdf>. Za Francusku: *La qualité de la loi*, Sénat, Septembre 2007, http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03_mono.html.

⁶ «Sa ekspanzijom zakonodavstva EU, u pojedinim oblastima su preklapanja i dupliranje bili neizbežni. Sredstva i instrumenti koji su izabrani za određene politike možda nisu uvek bila savršeno proporcionalna ciljevima. Određeni sklopovi evropskih zakona i propisa koji su se tokom vremena razvili ostavljaju prostora za pojednostavljivanje da bi se isključile svi nepotrebne naslage. Takođe postoji potreba da se razmotre kumulativna opterećenja koja proističu iz raznih propisa i da se smanje zahtevi koji se ponavljaju i preklapaju» (...) «Ipak, percepcija da je pravo EU posebno odgovorno za takvo stanje je pogrešna. Neke kritike «briselke birokratije», ispostavlja se, za uzrok imaju nacionalno zakonodavstvo. EU često ide ka svojim ciljevima usvajajući direktive koje uspostavljaju opšte principe i ciljeve i ostavljaju državama članicama da definišu primenu. Države članice mogu tada da odluče kako da zadovolje ciljeve direktive, koje su prilagođene njihovim sopstvenim institucionalnim i administrativnim kulturama. Često se tada dodaju ulepšavanja i podešavanja koja pravo EU ne propisuje, a što rezultuje dodatnim troškoviima i opterećenjima. O tome se nekada govori kao o «pozlati» - Better Regulation - simply explained, European Commission, Brussels, 2006.

⁷ «Da bi izbegla loše koncipiranu, slabo razmotrenu, preteranu, suviše detaljnu, skupu, kontraproduktivnu i preklapajuću regulativu i da bi postigla ažuriranu regulativu koja prati brz tehnološki razvoj i u toku je sa svetom koji se brzo kreće, u skladu sa osnovnim principima proporcionalnosti i subsidiarnosti» - Better Regulation - simply explained, European Commission, Brussels, 2006.

⁸ Pre nego što EU preduzme bilo koji akt, Komisija objavljuje planove koji opisuju planirane inicijative i ocenjuje uticaj planiranih propisa koji imaju znatan ekonomski, društveni ili uticaj na životnu sredinu, za nezakonodavne inicijative (bele papire, akcione planove, programe troškova, vodiče za pregovaranje međunarodnih sporazuma) čime definiše buduće politike, kao i za pojedine mere za primenu propisa i akte koji mogu imati znatan uticaj. Kada se propis usvoji, ona prati primenu, proverava uspešnost i, kroz REFIT (Regulatory Fitness and Performance Programme - Program za regulatornu usklađenost i kvalitet), utvrđuje mogućnosti da se smanji regulatorni teret i pojednostave postojeći propisi kroz pojednostavljivanje (čime pravo EU postaje jasnije i jednostavnije za razumevanje). Procene su osnovni deo procesa odlučivanja. Na njih obavezuje Finansijska Uredba a sprovode se prema standardima procene. Na različitim stepenima procesa, preduzeća, privatna lica i organizacije mogu da iznesu svoje poglede kroz javne konsultacije. Da bi se dalje unapredio kvalitet propisa, Komisija je usvojila Saopštenje o regulatornom fitnesu, koja određuje ciljeve među kojima se posebno nalaze ekonomski imperativ (pametan, održiv i inkluzivni razvoj na korist građana, preduzeća i radnika), bolja uspešnost (kroz procenu uticaja, ocene, konsultacije građana i drugih faktora), poboljšanje primene (kroz podršku državama članicama i kroz činjenje prava EU jasnijim i pristupačnijim). To je zajednička misija Komisije, Evropskog Parlamenta, Saveta, savetodavnih tela i država članica. Konačni rezultat mora biti jednostavan, jasan, stabilan i predvidljiv regulatorni okvir za preduzeća, radnike i građane iz koga se jasno vidi dodata vrednost, koji daje puno zadovoljenje po najnižoj ceni i koji poštuje principe subsidiarnosti i proporcionalnosti. To znači da je dobra regulativa obavezna u pravu EU i da se ona garantuje zakonodavnim procesom.

analizira stanje u petnaest država članica i preporučuje usavršavanje⁹. Slično je u svim državama članicama i kandidatima a i u Srbiji, gde se zakonodavni proces stalno menja¹⁰. Nažalost, rezultati često ne prate ciljeve, narušavaju objektivne interese¹¹, zakonodavna politika se nejasno utvrđuje¹², nema pravih kriterijuma za osnivanje i finansiranje radnih grupa¹³, inostrana ekspertiza se zasniva na principima Resavske škole, konsultacije i javne rasprave su retke, bez ozbiljnih kriterijuma i kontraproaktivne¹⁴, nema znanja za donošenje odluka, pisanje i primenu propisa¹⁵, nadležni ministri koordinaciju smatraju zamornom i beskorisnom, Skupština je protočno crevo bez uticaja na zakonodavni proces i kvalitet prava, a što sve često vodi do propisa koji nemaju veze sa potrebama, društvenim, ekonomskim i pravnim okvirom, lošijih od prethodnih, loše primenjenih, sa neočekivanim i čudnim posledicama¹⁶, delimično usaglašeni sa pravom EU¹⁷, sve to kada Srbija ubrzava reforme i rešava sofisticirana pravno-politička pitanja u oblastima od najvećeg interesa u kojima nema znanja i iskustva. Zato se mora usvojiti doktrina dobrog prava.

⁹ Recommendation of the Council on regulatory policy and governance, OECD, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>.

¹⁰ Posebno, nedavno je utvrđena obavezna RIA analize (analiza efekata), proširene su konsultacije i unapređena su parlamentarna slušanja i uloga skupštinskih odbora.

¹¹ Zakoni o prijavljivanju oduzete imovine i restituciji, podsticaji za strana ulaganja i harmonizaciju u oblasti poljoprivrede i zaštite životne sredine doneli su velike budžetske gubitke.

¹² Uključujući i odgovore na pitanja "kako" i "zašto", osim čiste volje da se sprovede harmonizacija sa pravom EU. Takve odluke često donose neposredno ministri, u skladu sa ličnim pogledima.

¹³ Posebno, srpskog javnog finansiranje radnih grupa je nedovoljno.

¹⁴ Doživljavaju se kao sredstvo za blokiranje reformi pa se izbegavaju.

¹⁵ RIA analiza, razumevanje prava i politike EU i mogućnosti izbora u harmonizaciji, kapacitet za utvrđivanje nacionalne politike, poznavanje opšteg i posebnog znanja za odluka i pisanje zakona, posebno u slobodnom protoku kapitala (sprečavanje pranja novca blokira međunarodne tokove), javnim nabavkama (princip odgovornosti), zaštiti konkurencije (političke odluke, proceduralne greške u zaštiti), finansijskim uslugama (nedostatak kontrole i zaštite potrošača), regionalnoj saradnji (reforma ZMPP će unazaditi regionalnu saradnju), poljoprivrede i seoskog razvoja (nedostatak vizije srpske poljoprivrede u EU integracijama), pravosuđa i osnovnih prava (sukcesivne neuspešne reforme pravosuđa) zaštite životne sredine i klimatskih promena (nedostatak analize efekata).

¹⁶ Sukcesivne reforme građevinskih propisa vode do sve složenijih uslova i opstrukciju povoljnih rešenja; reforme pravosuđa usporile su i čak blokirale postupke i izvršenje krivičnih sankcija; liberalizacija bankarskog sektora dovela je do nemogućnosti vraćanja kredita, posebno u švajcarskim francima; neke odredbe zakona o hipoteci o objektima u izgradnji i neupisanih nekretnina su neprimenjive; reforma krivičnog je suprotna i evropskim iskustvima; komplikovani postupci na tržištu medicinskih i farmaceutskih vode do zaobilaznja srpskog tržišta i sive ekonomije lekova za sidu i tuberkulozu a oni koji imaju dozvolu Evropske zdravstvene organizacije (IMA) u Srbiji ne mogu da se prodaju; propisi o prijavljivanju oduzete imovine i o restituciji su dovršili privatizaciju oduzete imovine a nema sredstava za odštetu.

¹⁷ Evropska Komisija smatra da se zakonodavni proces u Srbiji mora unaprediti kroz bolju pripremu propisa, konsultacije, bolje kapacitete za parlamentarni uvid i planiranje politike, koordinaciju, primenu i punu harmonizaciju sa pravom EU - Mišljenje Evropske Komisije o kandidaturi Srbije za članstvo u Evropskoj uniji od 12. oktobra 2011, <http://europa.rs/srbija-i-evropska-unija/kljucni-dokumenti/upitnik-i-misljenje-evropske-komisije-o-kandidaturi/>.

Dobro pravo je obaveza EU integracija¹⁸, osnovno pravo Evropske konvencije o pravima čoveka i prakse Strazburškog suda¹⁹ i ustavna obaveza utvrđena u uporednom pravu (ako je engleski model teško primeniti u Srbiji²⁰, u Francuskoj se radi o članovima 4, 5, 6 i 16 Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. i 21 i 34 Ustava iz 1958 godine²¹). Ti principi postoje u srpskom Ustavu i praksi Ustavnog suda²² a neki elementi i u Jedinstvenim metodološkim pravilima za izradu propisa iz 2010. godine (Metodologija), što sve pruža osnov za usvajanje doktrine (I) i usavršavanje zakonodavnih pravila (II).

2. Doktrina

Doktrina dobrog prava nastaje u praksi Vrhovnog suda SAD 1938. kroz *vagueness doctrine* a u Evropi se razvija od devedestih godina XX veka kroz praksu ustavnih, međunarodnih i evropskih sudova²³, dokumente Evropske komisije²⁴ i skupštinske izveštaje²⁵. U Srbiji je treba razraditi, ozakoniti i proizvesti u ustavnu kategoriju, na osnovu Evropske konvencije o ljudskim pravima i ustavnih odredbi o jednakosti pred zakonom i obavezi Skupštine da donosi zakone²⁶, da bi propisi bili precizni, potpuni, nedvosmisleni, nezavisni od budućih, jasni, pristupačni, razumljivi, normativni, jednostavni i koherentni, što doktrina i nalaže.

¹⁸ Srbija treba da se usaglasi sa principima EU o boljoj regulativi i politici - Better regulation package, http://ec.europa.eu/smart-regulation/better-regulation/key_docs_0en.htm. Evropska Komisija jasno je definisala ciljeve koje treba ostvariti u skladu sa nacionalnim interesom i pravnim okvirom Srbije - Mišljenje Komisije o srpskoj kandidaturi za članstvo u Evropskoj uniji od 12. oktobra 2011: bolja priprema pravnih tekstova, više konsultacija sa zainteresovanimima, bolji parlamentarni uvid i planiranje vladine politike, koordinacija, primena i puna harmonizacija sa pravom EU.

¹⁹ Posebno, zabrana arbitrnosti tj. da zakon mora biti predvidljiv, precizan i pristupačan - slučajevi *Malone c. The United Kingdom*, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533#{"itemid":\["001-57533"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533#{), i *Rotaru c. Romania*, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586#{"itemid":\["001-58586"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586#{).

²⁰ U Engleskoj počiva na principima transparentnosti, isplativosti, pravičnog postupka i učešća – K. Yeng, *Better Regulation, Administrative Sanctions and Constitutional Values*, <http://onlinelibrary.wiley.com>.

²¹ Sloboda je prirodno pravo ograničeno samo zakonom, radi zaštite slobode drugih; zakon zabranjuje samo štetno za društvo i samo se zakonom može braniti ili nametati; pred zakonom i javnom službom svi su jednaki; prava čoveka garantuju se samo podelom vlasti; skupština donosi a vlada primenjuje zakone; u domenu zakona ne može se delovati drugačije. Vidi na primer A. Besson, *Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BESSON.pdf>.

²² Neustavnim proglašava nejasne, nepotpune i kontradiktorne zakone a član je mreže ustavnih sudova sa kojima razmenjuje iskustva.

²³ Ustavni sudovi Srbije i država članica, Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde, Vrhovni sud SAD (rodonačelnik doktrine kvalitetnog prava od 1938. - *vagueness doctrine*).

²⁴ Papiri o Smart Regulation.

²⁵ Npr., « La qualité de la loi » Sénat de la République Française, Septembre 2007, http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03_mono.html.

²⁶ Svi su pred zakonom jednaki, zakon mora biti dovoljno dobar da svakome garantuje jednakost, u suprotnom, Skupština je povredila obavezu da donosi zakone.

2.1. Preciznost i potpunost

Precizan i potpun propis je nedvosmislen. Dvosmislenost proističe iz teksta, pripremljenih radova i pravne praznine a vodi do nejednakosti pred zakonom, arbitrnosti i samovolje. Kako se svaki propis mora tumačiti a život je duhovitiji od svake mašte, skroz precizna pravila su nemoguća pa doktrina dobrog prava ne nalaže omnipotentnost već propise koji se mogu dobro tumačiti. Ona zabranjuje dugačke i detaljne a nalaže jezgrovite i kratke propise iz kojih jasno proističe suverena volja, to jest predvidljive propise. Predvidljivost je ključna posebno u praksi Strazburškog suda. Potpuna predvidljivost je nemoguća pa se i ne zahteva. Propis ne sme biti rigidan. Dakle, uopštena terminologija se ne samo toleriše već i nalaže, pa je uloga pravosuđa ključna²⁷. Precizan i potpun zakon je i samoizvršiv, to jest podzakonski akt za primenu ne sme biti pravilo već sme biti dozvoljen samo izuzetno i ako se brzo usvoji.

2.2. Jasne posledice

Posledice propisa moraju biti nesumnjive jer nejasnoća vodi u samovolju. Na primer, mora biti jasno da nepoštovanje propisa vodi do ništavosti a poštovanje do sticanje odgovarajućeg prava.

2.3. Nezavisnost postojećih od budućih zakona

Postojeći zakon ne sme biti vezan za nepostojeći, budući zakon (to ne važi za podzakonske akte²⁸) jer razvodnjava, krivotvori i osujećuje suverenu volju i obavezu Skupštine da donosi zakone, stvara pravnu nesigurnost, dilatoran je i zloupotrebljava pravni sistem. Zavisnost se dopušta izuzetno, u opštem interesu koji mora biti obrazložen i ne sme da vodi u zloupotrebu, kao propisi o restituciji²⁹.

²⁷ Vidi o tome naš članak «Code civil i pravosuđno stvaranje prava», Uvod u pravo Francuske, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013, str. 227 i sledeće. Na primeru sukoba u vremenu zakona o planiranju i izgradnji, novi propis treba da pojednostavi i olakša postupke a u prelaznim odredbama se navodi da nalaže primena starog zakona na postupke u toku pa se krši se osnovni princip upravnog postupka da se uvek ima primeniti povoljniji propis pa to treba propisati i u prelaznim odredbama.

²⁸ Npr, da bi se primenile odredbe prava konkurencije o pripajanjima preduzeća treba odrediti kriterijume o snazi preduzeća, što mora biti predmet uredbi.

²⁹ Zakon o prijavljivanju oduzete imovine iz 2005. godine daje pravo na restituciju ali za ostvarivanja upućuje na budući zakonom, što je dilatorno, a ostvarivanje uslovljava prijavom pre nego što se dilatorni zakon donese, što je za proklamovani cilj imalo da se utvrdi količina i odrede načini i sredstva za povraćaj ali je upotrebljeno da se dovrši privatizacija i time smanji količina i uveća odštetna masa pa su i budžet i prava starih vlasnika na restituciju u naturi povređena, što je kontradiktorno i suprotno opštem interesu.

2.4. Jezik

Svaki izraz mora biti jasan, imati jedno ili bar uobičajno značenje u pravnom ili bar govornom jeziku³⁰ jer svako, to jest prosečno inteligentan čovek, treba da razume reči, rečenice i sintagme propisa da bi slobodno izabrao zakonito ili nezakonito ponašanje (Vrhovni sud SAD). Izrazi ne moraju biti pravni, pa francuski Ustavni savet npr. smatra da sintagmu «organizovana banda» savršeno jasnom. Jasnost podrazumeva i preciznost pa se u sofisticiranim oblastima stručni izrazi smatraju jasnim.

2.5. Pristupačnost i razumljivost

Pretpostavka da svako poznaje pravo pada ako je ono nedostupno ili nerazumljivo. Pravo zato mora biti pristupačno (lako i besplatno dostupno) i razumljivo (bez posebnih znanja, sem u sofisticiranim oblastima). Prosečan čovek treba lako da vidi o čemu se radi i šta je zabranjeno³¹. Radi se o jezičkim, smisaonim i finansijskim aspektima ali i dobroj sistematizaciji: odredba u propisu koji uređuje neku drugu oblast je nepristupačna i nerazumljiva, jer će je teško neko baš u tom propisu tražiti.

Pristupačnost i razumljivost dopuštaju složenost u specijalizovanim oblastima ali ne veću od neophodne, uslovljenu opštim interesom, pa se se pojam „svako“ tumači kao onaj kome je propis namenjen (francuski Ustavni savet). Npr., poreske odredbe daju izbor svim građanima, pa je u Francuskoj odredba s kojom se teško računa iznos poreza proglašena nepristupačnom i nerazumljivom, baš kao i dugačke odredbe ili one koje upućuju na druge odredbe istog ili drugih propisa. Opšti interes može da znači i budžetski profit pa su složene odredbe i u tom cilju ponekada dozvoljene (Francuska)³².

2.6. Normativnost

Normativan propis sadrži pravna pravila (propisuje, zabranjuje, dozvoljava), inače nije pravni i neustavan je. Npr, ništava je odredba da je “fizička aktivnost važan faktor ravnoteže, zdravlja i ličnog ispunjenja» jer može da vodi u spor oko prava radnika na nju o trošku poslodavca (Francuska). Nenormativne odredbe su dopuštene u orijentacionim i programskim, političkim zakonima koji daju opšte političke smernice ali one moraju počivati na ovlašćenjima Skupštine, koja mora da primenjuje

³⁰ Razlikovati od nedvosmislenosti, vidi gore.

³¹ Finansijski aspekt pristupačnosti rešen je besplatnim Pravno informacionim sistemom ali pristup sudskoj praksi nije.

³² Ponovo zakon o prijavljivanju oduzete imovine koji upućuje na buduće zakone a koji je uvećao budžetsko opterećenje dovršavanjem privatizacije oduzete imovine o kojoj do tog zakona nije bilo centralizovanih podataka, pa se umesto povrata ima platiti odšteta iz budžeta.

Ustav pa su odredbe koje ga prepisuju neustavne. Isto je sa podzakonskim aktima koji prepisuju zakone. Prepisivanjem se mešaju ustavotvorna, zakonodavna i upravna funkcija i narušava podela vlasti.

2.7. Jednostavnost

Pravno treba urediti samo neophodno, što je Ustavom dovoljno obrađeno ne detaljisati, zakonom urediti samo zakonodavnu materiju a drugo ostaviti podzakonskim aktima i obrnuto. Inače se vlast koncentriše kod onoga kome Ustavom nije poverena. Tako u Francuskoj Ustavni savet sankcioniše uredbe sa snagom zakona donete na osnovu skupštinskog odobrenja Vladi a koje uređuju zakonsku materiju u slučaju da je zakon nejasan i zahteva donošenje jasnog zakona. Međutim, pošto ko može više može i manje, Ustavni savet zakon koji zađe u domen uredbe smatra uredbom a ništi uredbe koje zadiru u domen zakona.

2.8. Subsidijarnost i proporcionalnost

Ovi osnovni principi prava EU nisu deo doktrine dobrog prava ali su neophodan uslov jednostavnosti, jer znače da viši organ ne treba da čini ono što niži organ može sam osim ako niži organ to ne radi dobro (subsidijarnost) te da su dozvoljeni samo neophodni akti koji ne prevazilaze date okolnosti (proporcionalnost).

2.9. Koherentnost

Hiperprodukcija propisa i hitni postupci vode u neusaglašenost novih sa starim i u okviru novih propisa te u arbitrarnost, jer se ne zna šta se i kako primenjuje. Koherentnost se može postići striktnom primenom principa *prior tempore potior iure* i dobrim zakonodavnim procesom.

3. Zakonodavni proces

EU se ozbiljno bavi usavršavanjem zakonodavnog procesa (A). Ta iskustva mogu se preneti na Srbiju (B)

3.1. Iskustvo EU

3.1.1. Preporuke OECD-a

Evropska Komisija je zamolila OECD da ispita stanje u 15 država članica i preporuči poboljšanja. OECD je predložio usvajanje doktrine dobrog prava, transparentnost i učešće svih zainteresovanih u svim fazama,

nadzor zakonodavne politike, procenu efekata od početka odlučivanja, sistematske analize rezultata u odnosu na jasne ciljeve, redovno praćenje i objavljivanje rezultata uspešnosti zakonodavne politike, uokvirivanje nezavisnih regulatornih tela, sistem provere zakonitosti i poštenja propisa i odluka, analizu rizika, javnost u izradi i primeni prava, usaglašavanje nadnacionalnog, nacionalnog i lokalnog nivoa, jačanje kapaciteta lokalne samouprave i usvajanje međunarodnih standarda i njihovih efekata³³.

3.1.2. Pametno pravo

*Smart Regulation policy*³⁴ je skup detaljnih dokumenata Evropske komisije o dobrom pravu u specifičnim EU procesima koji treba uzeti u obzir uprkos specifičnosti.

³³ <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>.

³⁴ Staff Working Document “Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT): Initial Results of the Mapping of the Acquis” – SWD(2013) 401 final; The Commission’s report to the Spring European Council on “Smart Regulation – Responding to the needs of small and medium-sized enterprises” (COM(2013)122); Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - EU Regulatory Fitness, {SWD(2012) 422 final}, {SWD(2012) 423 final}; Commission staff working document - Review of the Commission Consultation Policy, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU Regulatory Fitness {COM(2012) 746 final}, {SWD(2012) 423 final}; Commission staff working document - Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU Final Report, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU Regulatory Fitness {COM(2012) 746 final}, {SWD(2012) 422 final}; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Smart Regulation in the European Union, COM(2010) 543 final; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union, {SEC(2007) 84}, {SEC(2007) 85}; European Parliament, Council and Commission Interinstitutional agreement on better law-making (2003/C 321/01); European Governance - A White Paper, COM(2001) 428 final; Mandelkern Group on Better Regulation Final Report, 13 November 2001; Impact assessment guidelines, 15 January 2009, SEC(2009) 92; Communication from the Commission - Towards a reinforced culture of consultation and dialogue - General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission, COM(2002) 704 final; Report from the Commission, 29th Annual report on monitoring the application of EU Law (2011), COM(2012) 714 final; Communication from the Commission - A Europe of Results - Applying Community Law, COM(2007) 502 final; Report from the Commission, Annual Report 2012 on Subsidiarity and Proportionality; Legislative drafting - A Commission Manual; Inter-Institutional Common Approach to Impact Assessment (IA) – sve na http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm

3.2. A Srbija?

Srpski zakonodavni proces uporediv je sa uporednom praksom³⁵, ali se mora poboljšati³⁶. Osnivanje Visokog saveta za dobro pravo (1) i bolja zakonodavna pravila (2) bi mogli da pomognu.

3.2.1. Visoki savet

Ako želi dobro pravo, Srbija mora da okupi snage raštrkane po institutima, univerzitetima, kancelarijama, pravosuđu i upravi, možda kroz nezavisno regulatorno telo - Visoki savet za dobro pravo koji bi uključio najuglednije ličnosti kao stalne i *ad hoc* članove (dokazano visoko stručne i iskusne sudije, advokate, profesore, autore i stručnjake iz raznih oblasti), finansiran iz budžeta, koji bi kontrolisao proces kroz davanje obaveznih mišljenja na nacрте propisa, savetodavnih mišljenja na predloge zakona, predlaganje reformi i praćenje kvaliteta postojećih i budućih propisa i predlaganje poboljšanja. Bio bi podrška Generalnom i Sekretarijatu za zakonodavstvo, Kancelariji za pridruživanje i celoj Vladi.

3.2.2. Zakonodavna pravila

- Zakonodavna politika

Propis mora da počiva na jasnoj, prosvetljenoj odluci zasnovanoj na srpskim potrebama, političkoj, finansijskoj i pravnoj analizi uticaja i usaglašenosti sa pravom EU. Sve to je još uvek maglovito pa se često dovoljnim osnovom smatra pridruživanje EU, umesto koristi građana proverljivoj kroz kriterijume zadovoljenja u svim fazama procesa.

³⁵ Pojednostavljeno, u pretskupštinskoj fazi, ministarstvo odlučuje da predloži izmene postojećeg ili izradu novog zakona. Ta odluka je u praksi čisto «politička» a treba da se donese na osnovu godišnjih radnih planova Skupštine, Vlade i ministarstva koji treba da se usvajaju na osnovu metodologije donošenja političkih odluka. Ministarstvo potom formira radnu grupu od unutrašnjih i spoljnih saradnika. Nacrt treba da se piše u skladu sa Jedinstvenim metodološkim pravilima za izradu propisa, koja se slabo poštuju, uopštena su i nedovoljna. Ministarstvo onda može da organizuje konsultacije a ponekada je obavezna javna rasprava, mora da pribavi mišljenja, uradi procenu uticaja, izjavu o usaglašenosti i tabelu usklađenosti sa pravom EU i podnese konačni nacrt Vladi, gde ministarske konsultacije nisu javne, a posle toga i provere usaglašenosti sa pravnim sistemom Vlada može nacrt da odbije, vrati ga nadležnom ministarstvu na doradu, izmeni, dopuni i/ili usvoji, pa nacrt postaje predlog koji se podnosi Skupštini. U skupštinskoj fazi, posle provere zakonitosti koju sprovodi zakonodavni sekretarijat, predsednik Skupštine može da predlog vrati Vladi radi usaglašavanja sa skupštinskim poslovníkom ili ga dostavi narodnim poslanicima i odborima, koji treba da podnesu izveštaje poslanicima, predlože odbijanje ili usvajanje predloga. Poslanici treba da razmatraju, mogu da podnesu amandmane i da usvoje predlog. Hitan postupak je dozvoljen, između ostalog, i u pitanjima usaglašavanja sa pravom EU. Ako je usvojen, zakon donosi predsednik republike, objavljuje se u Službenom glasniku i stupa na snagu.

³⁶ Naročito izveštaji o napretku i mišljenje o otvaranju pregovora.

- Metodologija

Doktrinu dobrog prava treba ugraditi u Metodologiju i urediti radne grupe (1), učešće zainteresovanih strana i hitnost (2) i propratnu dokumentaciju (3).

-Radne grupe

Posebno, metodologija nepotpuno uređuje formiranje i finansiranje: kada je formiranje neophodno, kada grupa uključuje članove van uprave, profil članova, obaveznost njihovog učešća i način odlučivanja.

- Javnost i hitnost

Nepotpuno uređene, javne rasprave i konsultacije su u praksi nedovoljne pa vode u promociju neobjektivnih interesa, neprihvatanje propisa od strane korisnika i izbegavanje primene. Pritom, one su često kontraproduktivne jer blokiraju neophodne i opravdane reforme pa im treba dati pravo mesto a hitnost potpuno isključiti, posebno u harmonizaciji gde su osnovne promene sprovedene.

- Dokumentacija

Sve nadležne i zainteresovane treba direktno uključiti u proces, makar kroz mišljenja u svim fazama. Izjavu i tabelu usaglašenosti i analizu efekata treba zasnovati na suštinskoj pravno-političkoj analizi prema stanju u Srbiji te srpskim, evropskim i međunarodnim interesima. Skupštinske odbore treba obavezati na mišljenja o predlogu zakona ali ne dopustiti da izostanak blokira proces, npr. tako što bi se novčano kaznio predsednik odbora koji nije dao mišljenje. Posebno, zakonodavni odbor treba da daje mišljenje na svaki predlog zakona u skladu sa doktrinom dobrog prava, resorni na osnovu metodologije donošenje pravno-političkih odluka a odbor za EU integracije na osnovu usaglašenosti i interesa Srbije u usaglašavanju. Sva mišljenja, detaljno obrazložena, trebalo bi davati u konsultacijama sa Visokim savetom ali mišljenja na predlog ne smeju biti obavezujuća jer konačna odluka pripada Skupštini. Rokovi moraju biti relativno dugi, makar petnaest dana, osim u slučaju hitnosti gde može biti 24 sata.

4. Zaključak

Doktrina dobrog prava i unapređeni zakonodavni proces dovešće do boljeg prava koje će ispravno rešavati sukob interesa pa je to danas osnovni nacionalni interes Srbije koja upravo fino podešava pravni sistem da bi ušla u EU. Uniji treba pristupiti kao ravnopravan partner, sposoban da ostvari svoje interese koji su danas potpuno nejasni a u pravnoj državi oni mogu počivati samo na pravu. Stoga je jedini način da Srbija najzad utvrdi i zadovolji svoje objektivne interese usvajanje doktrine dobrog prava. Ipak, nijedan sistem ne može da zameni slab ljudski faktor pa je zato još važnije usavršavanje kadrova u zakonodavnoj tehnici, doktrini dobrog prava, pravu EU i analizi srpskih potreba. Ako se sve to sprovede, dobro pravo više neće zvučati kao vic.

Toma Rajcevic Ph. D.

Attorney at Law in Paris, Melot & Buchet Avocats

GOOD LAW

Summary

In the first part of the article the author explains the Good law doctrine built in the comparative jurisprudence and the documents of the European Union, that has for the purpose to achieve legislation as good as possible and, particularly, explains fundamental criteria of the good law. In the second part of the article the author explains fundamental principles of enhancing the legislative process as the system in which good law is created, with particular regard to the principles and the recommendations of the European Commission and the OCDE that he suggests for adoption in Serbia and; in the end, he suggests specific suggestions for modifications of the legislative process in Serbia.

Key words: Good Law, smart law, legislative inflation, harmonization with EU law, theory of conflict of interests, protection of national interest, legislative process, legislative policy.

PERSPEKTIVA PREZIDENCIJALIZACIJE USTAVNOG SISTEMA TURSKJE

Apstrakt

U radu se ispituju potrebe za revizijom Ustava Turske iz 1982. godine, kao i mogućnosti za njeno ostvarivanje. Budući da su u započeti nezvanični proces ustavne revizije uključeni brojni relevantni akteri, kao i da on traje prilično dugo, stvoreni su uslovi za usvajanje teksta kojim bi bili osnaženi civilni i demokratski potencijali potrebni za učvršćivanje vladavine prava i liberalnog konstitucionalizma u Turskoj. Ipak, važan cilj vladajućih političkih činilaca ispoljen je u predlogu za snaženjem uloge predsednika republike, u okviru postojećeg ustavnog sistema, ili u sastavu institucionalne strukture novog ustava. Koraci koji su preduzeti u pravcu ubrzanja rada na ustavnoj reviziji vode zaključku da se Turskoj „sprema“ uvođenje predsedničkog sistema, bez obzira na druge, prioritete ustavne potrebe njenog društva, kao i uprkos protivljenjima takvoj ideji. U radu se analiziraju pravci predloženih izmena i vrši se njihovo poređenje sa postojećim ustavnim rešenjima. U njemu je ponuđen i kritički osvrt na pokušaj prezidencijalizacije, kao manipulativni postupak bez opravdane svrhe, kojim se ne pruža odgovor na stvarne potrebe za ustavnim reformom.

Ključne reči: *Turska, predsednik, predsednički sistem, izmena ustava*

1. Uvodne napomene

Ustav Republike Turske od 7. novembra 1982. godine (u daljem tekstu: Ustav; Ustav Turske)² jedan je od starijih važećih akata najviše pravne snage u Evropi. S obzirom na tu činjenicu, najave da će pojedine njegove odredbe uskoro pretrpeti značajne izmene ne bi trebalo da predstavljaju iznenađenje. Ipak, te izmene bi za prvenstveni cilj trebalo da imaju bitnu promenu sadržine normi koje za predmet imaju institucionalnu

¹ Stručni saradnik u Sektoru za studije i nauku Rektorata Univerziteta u Beogradu, mail: vladimir.mikic@rect.bg.ac.rs.

² Službena verzija na engleskom jeziku dostupna je na zvaničnoj Internet adresi Ustavnog suda Republike Turske: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf, 05.02.2016.

strukturu Ustava, odnosno status i ovlašćenja predsednika Republike Turske (u daljem tekstu: predsednik). Ostvarenje takvih najava moglo bi da predstavlja važnu prekretnicu u istoriji turske ustavnosti.

Ustav Turske se u teoriji naziva još i „Ustavom hunte“³, pošto je usvojen nakon državnog udara koji su 1980. izvele oružane snage te zemlje. Budući da je uticaj oružanih snaga na politički život zemlje u međuvremenu vidljivo opao, Ustav predstavlja možda i najznačajnije političko nasleđe vojne diktature.⁴ Upravo je umanjeње značaja vojske kao političkog činioca uticalo na širenje pokreta za usvajanje novog ustavnog dokumenta, čije bi prvo obeležje bio diskontinuitet u odnosu na autoritarni politički ambijent iz 1980-ih.

Postupak revizije Ustava neformalno je započet formiranjem komisije iz redova Velike nacionalne skupštine Turske (u daljem tekstu: Skupština), jednodomog turskog zakonodavnog organa. U „Komisiji ustavnog usaglašavanja“ (u daljem tekstu: Komisija), obrazovanoj 2011. godine, brojčano su podjednako zastupljene vladajuća Stranka mira i razvoja (*Adalet ve Kalkınma Partisi*; u daljem tekstu: AKP) i ostale tri parlamentarne stranke. Pošto Komisija za više od četiri godine svog postojanja nije ostvarila cilj zbog kojeg je stvorena, a to je izrada nacrtu novog ustava, od novembra 2015. Komisijom predsedava prvi čovek (predsedavajući) Skupštine, koji će biti dužan da, utvrđivanjem pravila za održavanje rasprava i usvajanje odluka u Komisiji, doprinese promeni njene unutrašnje radne dinamike.⁵

Pored *objektivnih* razloga za ustavnu reformu (koji će biti pobrojani u radu), u turskoj javnosti već dugo se iznose posebni, uslovno rečeno, *subjektivni* razlozi, odnosno motivi. Reč je o tome da je AKP, koja je na vlast u zemlji (pobedom na parlamentarnim izborima) došla 2002, poslednjih godina kao ključni element željene ustavne reforme ističe snaženje funkcije predsednika.⁶ Da je reč o subjektivnom razlogu za promenu Ustava ukazuje to što je Redžep Erdogan (Recep Tayyip Erdoğan), doskorašnji predsednik AKP, nakon dugog perioda vršenja dužnosti predsednika Saveta ministara (u daljem tekstu: premijer), pobedio na izborima za predsednika održanim 2014, te da on i njegova

³ Amani Aslan, Turkey's growing constitutional conundrum, <https://www.opendemocracy.net/aslan-amani/turkeys-growing-constitutional-conundrum>, 24.02.2016.

⁴ Vojna uplitanja u politička pitanja nisu počela državnim udarom iz 1980, a nisu ni okončana stupanjem Ustava na snagu, pošto je vojska u javnosti i pre i posle tog datuma doživljavana kao čuvar zvanične ideologije, zasnovane na očuvanju nasleđa Ataturka (*Mustafa Kemal Atatürk*), prvog predsednika (1923-1938) i „oca osnivača“ moderne Turske.

⁵ Turkey's constitutional reform committee to meet, <http://aa.com.tr/en/turkey/turkeys-constitutional-reform-committee-to-meet/514743>, 07.02.2016.

⁶ Jedan od ključnih fokusa kampanje AKP na izborima za Skupštinu održanim u junu 2015. bila je „moguća promena u pravcu predsedničkog sistema vladavine“: European Commission, Turkey 2015 Report, Brussels, 10.11.2015 (SWD(2015) 216 final), 7.

dojučerašnja stranka⁷ nastoje da ustavni sistem „preustroje“ u pravcu jačanja predsedničkih ovlašćenja. Pojam „prezidencijalizacija“, za potrebe ovog rada, treba razumeti kao pokušaj *dodatnog* jačanja funkcije predsednika u odnosu na druge ustavne činioce, budući da su određeni uslovi za označavanje turskog ustavnog sistema kao predsedničkog – neposredan izbor predsednika od strane birača⁸ i izuzetno otežan postupak njegovog opoziva u parlamentu⁹ – već ostvareni. Ipak, ne treba odbaciti mogućnost uvođenja „čistog“ predsedničkog sistema, u kojem bi jedno isto lice, obavljajući dužnosti predsednika, predvodilo izvršnu vlast u istovremenom svojstvu šefa države i prvog čoveka vlade.

U strukturi ovog rada su, pored uvodnih napomena i zaključnih razmatranja, sadržane celine posvećene: argumentima u korist promene Ustava Turske, opisu postojećeg ustavnog statusa predsednika, iznošenju suštine predloga za snaženje njegove funkcije, kao i rizicima „prevelike“ politizacije postupka promene Ustava. Cilj rada sastoji se u utvrđivanju koliko su realne potrebe, kao i mogućnosti, za promenu Ustava, naročito u svetlosti zamisli potencijalnih ustavopisaca da predsedniku povere znatno šira ovlašćenja od postojećih.

2. „Objektivne“ potrebe za izmenom Ustava

Prvi krupni problem u vezi sa Ustavom odnosi se na činjenicu da je pisan po vojnom diktatu. Uporedno posmatrano, Turska je jedna od retkih država na evropskom ustavnom području (a njena pripadnost tom području ne bi trebalo da bude sporna, ako ne iz geografskih, onda iz istorijsko-političkih razloga) čiji najviši pravni akt nije usvojen niti potvrđen od strane redovnog zakonodavnog organa ili ustavotvorne skupštine. Ustavni akt u čijem bi usvajanju učešće uzeli predstavnici svih važnijih stranaka u zemlji imao bi potrebnu meru demokratske legitimnosti. Izmena Ustava koji „snažno odražava autoritarni (...) mentalitet svojih vojnih utemeljitelja“¹⁰ pogodovala bi punoj demilitarizaciji političkog sistema u Turskoj. Dobar potez u tom pravcu predstavlja napor uložen u cilju stvaranja što šireg konsensualnog osnova za reformu Ustava. Uz to, rad Komisije mogao bi za rezultat da ima i prevazilaženje ranijih antagonizama između ključnih stranaka.

Poseban argument za usvajanje novog ustava proističe iz činjenice da je važeći Ustav pretrpeo više značajnih, ali pojedinačnih izmena i

⁷ Čl. 101, st. 4. Ustava nalaže da novoizabrani predsednik, ukoliko je kao član ili funkcioner neke stranke stupio na tu dužnost, prekine svaki odnos sa njom.

⁸ Shodno čl. 101, st. 1. Ustava.

⁹ Čl. 105, st. 3. Ustava glasi: „Predsednik republike može da bude opozvan zbog veleizdaje, na predlog najmanje jedne trećine ukupnog broja članova [Skupštine], odlukom najmanje tri četvrtine ukupnog broja [njenih] članova.“

¹⁰ E.Özbudun, „Turkey’s Search for a New Constitution“, *Insight Turkey*, Vol. 14/No. 1/2012, 39.

dopuna, kojima, ipak, nije otklonjena logička nekonzistentnost između nedemokratskog porekla Ustava i njegove sve liberalnije sadržine. Od duha Ustava posebno odstupa sadržina amandmana s početka ovog veka, usvojenih u funkciji ispunjenja dela uslova za članstvo Turske u Evropskoj uniji, na način koji u znatnoj meri podseća na svojevremeni postupak turske kodifikacije građanskog prava.¹¹ Naime, amandmanima iz 1987, 1995, 2001, 2004. i 2010. promenjeno je više od polovine prvobitnog ustavnog teksta.¹² Posle serije ovih izmena i dopuna može se reći da to više nije *isti* dokument kao onaj koji je usvojen pre gotovo tri i po decenije.¹³ Novim izmenama bi se, pri tom, *dodatno* odstupilo od normi iz 1982. godine. Značajno je i to što se sve stranke koje su zastupljene u Komisiji zalažu za usvajanje potpuno novog ustava,¹⁴ a posebno to što je, nakon referendumske potvrde najobimnije revizije Ustava (2010. godine), ideju o usvajanju sasvim novog ustavnog akta odlučno prigrlila i AKP.¹⁵

Najzad, Ustav je preobiman dokument,¹⁶ kojim je u znatnoj meri regulisana materija koja treba da bude uređena podustavnim aktima.¹⁷ Njegov tekst često odlikuju nepotrebno složene rečenične strukture,¹⁸ a ponekad i dogmatski pristup autora.¹⁹ Ustav je, dakle, *obiman* i često *nejasan*. Novi ustav treba da bude jezički pojednostavljen, a njegova sadržina bitno rasterećenija u odnosu na postojeći ustavni dokument.

¹¹ „Radi se o vremenima (...) kada je Zapad od poražene Turske u najvećoj mogućoj meri, tražio (...) modernizacijske socio-političko-ekonomske reforme (...)“: J. Čirić, „Nevolje sa uporednim pravom“, *Strani pravni život* 1/2008, 13.

¹² A. Bockel, I. Karakaş, „La réforme constitutionnelle et les droits de l’homme“, *Questions internationales*, No 12, mars – avril 2005, 38.

¹³ Plod izuzetno visokog nivoa aktivnosti Skupštine u periodu usvajanja navedenih amandmana Evropska komisija je, u svom izveštaju iz septembra 2004, ocenila kao „tihu revoluciju“: Ü. Yazmacı, „L’opinion publique turque, entre europhilie et europhobie“, *Questions internationales*, No 12, mars – avril 2005, 74.

¹⁴ Turkey’s constitutional reform committee to meet, *Ibid.*

¹⁵ Warhola James W., „Reform of The Turkish Constitution: A Step Forward or Backward?“, <http://www.e-ir.info/2012/05/23/reform-of-the-turkish-constitution-a-step-forward-or-backward/>, 24.02.2016. AKP je još 2007. započela proces izrade potpuno novog ustava: E. Özbudun, 43.

¹⁶ Ustav ima 194 člana; prvih 174 člana raspoređeno je u šest celina („delova“), nakon kojih sledi šesta celina („Privremeni članovi“) u kojoj je sadržano 17 posebnih članova.

¹⁷ To je slučaj sa odredbama čl. 134-136 (javne obrazovne i kulturne), čl. 161-164 (državni budžet) i čl. 168-170 (zaštita životne sredine) u velikoj meri spadaju u tipičnu zakonsku materiju. Navedene grupe odredaba istaknute su ovde tek *exempli causa*.

¹⁸ Primera radi, čl. 159 („Visoki savet sudova i tužilaca“) broji čak 13 stavova, od kojih skoro svaki sadrži po jednu ili više opširnih rečenica. Posebno su problematična česta ponavljanja identičnih naloga „razbacanih“ duž teksta Ustava, poput odredbe čl. 105, st. 1, koja kaže da „sve predsedničke ukaze, izuzev onih koje je predsednik republike ovlašćen da sâm izda bez potpisa premijera i nadležnog ministra, u skladu sa odredbama Ustava i zakona, potpisuju premijer i nadležni ministar“ (kurziv: VM). Primera takve vrste ima previše.

¹⁹ Ovo naročito važi za reference na Ataturka i njegovo političko nasleđe, sadržane u preambuli (na dva mesta), u čl. 2, čl. 42, st. 3. i čl. 58, st. 1, čl. 81. čl. 103. Ustava.

3. Nadmoćna uloga predsednika kao prvenstveni cilj ustavne revizije

Konstitucionalizacija nadmoćne uloge predsednika, proširenjem njegovih nadležnosti u odnosu prema drugim ustavnim organima, predstavljala bi važnu političku pobjedu Erdoganove (izgleda samo formalno bivše) stranke.²⁰ Težište predloga za promenu Ustava koji za cilj ima *de facto* dominaciju predsednika sastoji se u tome što bi gotovo svim državnim poslovima na dnevnom nivou upravljao predsednik, čime bi funkcija premijera bila ili ukinuta, ili zadržana, uz znatno sužavanje postojećih ovlašćenja.²¹ Ovo rešenje moglo bi da predstavlja odgovor na izazove političke nestabilnosti, u skladu sa uzorom koji je primenjen u Sjedinjenim Američkim Državama i uglednim ustavnim dokumentom te zemlje.²²

Premijer i inače po važećem Ustavu nema previše precizno utvrđena ovlašćenja. On je, u svojstvu predsedavajućeg Saveta ministara, zadužen da „obezbeđuje saradnju među ministrima i nadzire primenu opšte politike Saveta ministara“ (čl. 112, st. 1 Ustava) i „stara se o tome da ministri vrše svoje dužnosti u skladu sa Ustavom i zakonima i preuzima korektivne mere u tu svrhu“ (čl. 112, st. 4). Navedene odredbe jasno upućuju na zaključak da premijerova ustavnopolitička uloga nije dominantna (naročito u odnosu prema predsedniku), ali bi „spajanje“ dvaju inokosnih izvršnih funkcija (premijer i predsednik) u jednu (predsednik) nužno dovelo do porasta uticaja preostalog činioca na državne poslove. To se naročito osnovano može pretpostaviti ukoliko bi predsedniku bila dodeljena postojeća ovlašćenja premijera (predsedavanje Savetom ministara i koordinacija rada njegovih članova).

Po zamisli AKP, predsednik bi bio nadležan za imenovanje 8 od ukupno 17 članova Ustavnog suda, bez ikakve prethodne ili naknadne kontrole tog izbora od strane Skupštine,²³ koja bi, sa druge strane, trebalo da drugu polovinu članova Ustavnog suda imenuje glasovima najmanje dve trećine svojih članova.²⁴ Po važećem ustavnom rešenju (čl. 146, st. 3), predsednik imenuje 7 članova Ustavnog suda, ali to ne čini samostalno, već izborom kandidata sa spiska koji mu dostavljaju druge državne institucije. Tako bi usvajanjem predloga AKP predsednik stekao mogućnost da potpuno nezavisno od drugih institucija imenuje gotovo polovinu članova Ustavnog suda. Najzad, cilj AKP je i da uticaj visokih

²⁰ Tako su Erdoganovi „prioriteti uključivali usvajanje novog ustava, kojim bi bio ustanovljen predsednički sistem“: European Commission, Turkey 2015 Report, 9.

²¹ A. Aslan, *ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Güneş Murat Tezcür, „Why is the constitutional process blocked“, <http://www.turkeyconstitutionwatch.org/index.php>, 26.02.2016.

sudskih instanci (Vrhovnog suda i Ustavnog suda) na vršenje ovlašćenja političkih institucija (a pre svega, izvršne vlasti) bude bitno umanjen. Tako se jedan od predloga sastoji u ideji o prenosu nadležnosti za donošenje odluke o opozivu predsednika sa Skupštine na Ustavni sud.²⁵

Važno je reći da je predsednička funkcija već bila predmet ustavne revizije, i to tako što je ona na posredan način osnažena. Predsednika, naime, biraju građani na opštim izborima (tačnije rečeno, shodno odredbi čl. 101, st. 1 Ustava, bira ga „javnost“), što predstavlja rešenje koje je uvedeno ustavnim amandmanom iz 2007. godine (prema izvornom tekstu Ustava, predsednik je bio biran od strane Skupštine). Amandmanom usvojenim iste godine, i mandat predsednika produžen je sa 4 godina na 5 (mandat Skupštine, prema čl. 77, st. 1, traje 4 godine, a zanimljivo je da je mandat predsednika trajao 4 godine još od prvih dana Republike, odnosno od Ustava iz 1924).²⁶ Tako se razvoj ideje o širenju predsedničkih ovlašćenja i osamostaljivanju njegove uloge u odnosu na Skupštinu (i, posredno, na Savet ministara) uklapa u trend postepene prezidencijalizacije, započet u periodu u kojem je AKP već postala veoma važan politički činilac u zemlji.

4. Status i ovlašćenja predsednika po važećem Ustavu

Da bi predložene izmene Ustava bile analizirane na adekvatan način, potrebno je utvrditi status, dužnosti i ovlašćenja predsednika, koji su utvrđeni odredbama čl. 101-106 Ustava. Čitalac tih odredaba stiče utisak da, pored formalnih (ceremonijalnih) ovlašćenja, predsednik raspolaže određenim važnim prerogativima, koji ga možda postavljaju na najvidljivije mesto u ustavnoj institucionalno-političkoj shemi. Pre svega, predsednik, kao „šef države“ (čl. 104, st. 1 Ustava), „izvršnu vlast“ obavlja zajedno²⁷ sa Savetom ministara (čl. 8). U „klasična“ ovlašćenja i dužnosti predsednika mogu da budu ubrojane njegova obaveze da proglašava usvojene zakone (čl. 104, st. 2, tač. „a“, al. 3)²⁸ i potpisuje ukaze (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 12), ali i njegovo pravo da se lično obraća Skupštini (čl. 104, st. 2, tač. „a“, al. 1) i pred Ustavnim sudom pokreće postupke za ocenu ustavnosti propisa (čl. 150). Predsednik je, uz to, dužan da „obezbeđuje primenu Ustava“ i

²⁵ *Ibid.*

²⁶ „Velika narodna skupština vrši izvršnu vlast preko Predsednika Republike koga bira među poslanicima i čiji mandat traje 4 godine, to jest onoliko koliko traje i jedna skupštinska legislatura“: Z.Sv.Tomić, *Kamal Atatuk, tvorac nove Turske*, Beograd 1939., 270.

²⁷ „Izvršnu vlast i funkciju vrše i sprovede predsednik Republike i Savet ministara, u skladu sa Ustavom i zakonima.“

²⁸ Predsednik ima i pravo da u Ustavom utvrđenom roku vrati Skupštini „radi daljeg razmatranja“ zakon koji je usvojen a za koji predsednik, uz obrazloženje, „proceni da je u celini ili delimično nepodoban za proglašenje“ (čl. 89, st.2).

„redovno i usklađeno funkcionisanje državnih organa“ (čl. 104, st. 1) i ovlašćen je da vrši odgovarajuće izbore i imenovanja na javne dužnosti (čl. 104, st. 3).²⁹ On je vrhovni zapovednik oružanih snaga (čl. 117, st. 1) i „predstavlja Republiku Tursku i jedinstvo turske nacije“ (čl. 104, st. 1), „potvrđuje i proglašava međunarodne ugovore“ (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 5),³⁰ akredituje diplomatske predstavnike Turske u inostranstvu i prima akreditivne diplomatskih predstavnika stranih država u zemlji (al. 4).

U ovlašćenja kojima predsednik raspolaže u slučaju neredovnih okolnosti ubraja se njegovo pravo da, u skladu sa odlukom Saveta ministara usvojenoj na sednici kojom on predsedava, „objavljuje opasno stanje ili vanredno stanje“, te da izdaje ukaze sa zakonskom snagom (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 11)³¹ i donosi odluku o mobilizaciji oružanih snaga (al. 7), iako u obliku odstupanja od opšteg režima uređenja pitanja mobilizacije.³² Uz to, predsednik je, prema čl. 118, st. 1, predsedavajući Nacionalnog saveta bezbednosti, a ovlašćen je i da saziva sednice tog tela (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 9) i utvrđuje im dnevni red (čl. 118, st. 4).

Snaga institucije predsednika u odnosu na druge organe vlasti vidljiva je i iz sadržine odredbe čl. 105, st. 2. Ustava, prema kojoj „nikakva žalba ne može da bude uložena nikakvoj vlasti, uključujući i Ustavni sud, protiv odluka i naredbi koje predsednik izda na svoju vlastitu inicijativu“, kao i iz naloga iz čl. 125, st. 2, u skladu sa kojim „radnje predsednika, preduzete u okviru vršenja njegovih ili njenih nadležnosti, (...) ne mogu da budu ispitivane pred sudom“. Uz to, svaki predsednički ukaz, izuzev onih za koje je izričito Ustavom utvrđeno drugačije, premapotpisuju premijer i nadležni ministar, koji i snose odgovornost za te ukaze (čl. 105, st. 1). Najzad, predsednik raspolaže i jednom dodatnom dužnošću (koja je, istovremeno, i njegovo pravo): „kada god proceni da je to neophodno“, on predsedava Svetom ministara i saziva sednice tog tela (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 3). Poslednje navedeno ovlašćenje od naročitog je značaja zbog toga što, kao što je već navedeno, predsednik ima pravo

²⁹ Jedno od značajnijih ovlašćenja predsednika jeste i njegovo pravo da imenuje premijera, u skladu sa odredbom čl. 109, st. 2 i čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 1, te pravo da, na predlog premijera, imenuje i razrešava ostale članove Vlade (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 2). Predsednik, između ostalog, imenuje vrhovnog operativnog zapovednika oružanih snaga (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 8), rektore univerziteta (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 17 i čl. 130, st. 6) i članove Saveta za visoko obrazovanje (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 16).

³⁰ Skupština je, sa druge strane, ovlašćena da potvrđuje ugovore (čl. 87 i čl. 90, st. 1).

³¹ Tokom trajanja opasnog stanja, Svet ministara kojim (tada) predsedava predsednik, „može da izdaje uredbe sa snagom zakona o pitanjima čije rešavanje opasno stanje iziskuje“ (čl. 122, st. 2) i koje se dostavljaju Skupštini na odobrenje (čl. 121, st. 3).

³² Ukoliko je zemlja izložena „iznenadnoj oružanoj agresiji“, dok je Skupština raspuštena ili ne zaseda, predsednik ima ovlašćenje da odluči o mobilizaciji oružanih snaga, ali pod uslovom da su okolnosti takve da „postaje imperativno da o upotrebi oružanih snaga bude doneta trenutna odluka“ (čl. 104, st. 2, t. „b“, al. 7).

da opasno ili vanredno stanje proglasi „u skladu sa odlukom Saveta ministara usvojenoj na sednici kojom on predsedava“.

Ipak, Ustav sadrži i određena *implicitna* ograničenja predsedničke funkcije. Pre svega, predsednik ne raspolaže pravom predlaganja zakona (za razliku od Saveta ministara i pojedinačnih članova Skupštine, shodno čl. 88, st. 1 Ustava), pa ni pravom pokretanja postupka promene Ustava (u skladu sa čl. 175, st. 1, ovo pravo ima najmanje jedna trećina ukupnog broja poslanika). Dalje, on je jedan od retkih evropskih šefova države koji nemaju pravo dodeljivanja pomilovanja, jer ono, uz pravo proglašenja amnestije, pripada isključivo Skupštini, u skladu sa čl. 87.³³ Predsednik je lišen i prava dodeljivanja državljanstva, koje, u formi usvajanja zakona, pripada Skupštini (čl. 66, st. 3). Pored toga što Skupština (a ne predsednik) objavljuje ratno stanje (čl. 92, st. 1 i čl. 87), položaj vrhovnog zapovednika oružanih snaga pripada – ponovo – Skupštini, mada ga „predstavlja“ predsednik republike; ova funkcija zakonodavnog organa „neodvojiva je od duhovnog postojanja Turske velike nacionalne skupštine“ (čl. 117, st. 1 Ustava). Slično tome, predsednik „predstavlja vrhovnu vojnu komandu turskih oružanih snaga u ime Turske velike nacionalne skupštine“ (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 6. Ustava). Konačno, jedno ograničenje predsedničkih ovlašćenja navedeno je, na nivou načela, u preambuli Ustava: izričito je odbačen superioran položaj bilo kojeg ustavnog organa, pošto načelo podele vlasti „ne implicira red premoći među organima države, već se odnosi samo na vršenje određenih državnih vlasti i obavljanje dužnosti koje su ograničene na saradnju i podelu funkcija“ među tim organima.

5. Kritika predloženih prezidencijalističkih rešenja i opasnosti od politizacije ustavne revizije

Na osnovu tumačenja pravila kojima uređuje mogućnost sopstvene izmene, Ustav Turske može biti postavljen na zamišljenu sredinu putanje od „gipkih“ do „krutih“ ustavnih dokumenata.³⁴ Naime, prema odredbi čl. 175, st. 2. Ustava, postupak ustavne revizije započinje se tako što tekst predloga Ustava (dakle, *bilo delimične, bilo potpune izmene* Ustava)

³³ Predsednik, doduše, ima pravo umanjivanja kazne, pa čak i njenog potpunog ukidanja, ali samo u slučaju „hronične bolesti, nesposobnosti, ili starosti“ osuđenih lica (čl. 104, st. 2, tač. „b“, al. 13).

³⁴ Inače, jedine odredbe Ustava čija izmena, shodno čl. 4. Ustava, nije dopuštena, imaju za predmet: republikanski oblik državnog uređenja (iz čl. 1), elemente definicije države (Republike), pobrojane u čl. 2, kao i odredbe čl. 3, koje utvrđuju pravilo nedeljivosti države, uz navođenje opisa državne zastave i himne i imena glavnog grada. Zanimljiv je (i važan) propust autora Ustava, na osnovu kojeg je, na posredan način, moguća izmena navedenih, „zaštićenih“ odredaba Ustava. Naime, sam čl. 4. Ustava nije „pokriven“ zaštitom koju nudi odredbama čl. 1, 2 i 3, pa je (makar u teoriji) moguće brisanje čl. 4. iz teksta Ustava. Tako bi izmena (ili brisanje) odredaba prva tri člana postala formalno izvodljiva.

podnosi najmanje trećina ukupnog broja članova Skupštine. Za usvajanje predloga zahteva se potvrđan glas najmanje tri petine ukupnog broja članova Skupštine. Prema st. 3 istog člana, predsednik je ovlašćen je da usvojen predlog zakona o izmeni Ustava uputi Skupštini radi ponovnog razmatranja, ali, ukoliko ova (bez ikakvih izmena) usvoji predlog glasovima najmanje dve trećine ukupnog broja članova, predsednik može da ga dostavi na izjašnjavanje birača, odnosno na referendum. U skladu sa st. 5 ovog člana, predsednik može da predlog ovog zakona dostavi na referendumsko izjašnjavanje čak i u slučaju da je on podržan glasovima najmanje dve trećine ukupnog broja članova Skupštine. Obavezno izjašnjavanje birača o predlogu izmene Ustava predviđeno je (odredbom st. 3. navedenog člana) u slučaju da ga usvoji većina od tri petine (ali manje od dve trećine) ukupnog broja poslanika, a da ga predsednik ne uputi nazad Skupštini radi ponovnog razmatranja.³⁵ U svetlosti navedenog, a pošto je teško zamislivo da bi predsednik Erdogan uložio veto na predlog izmene Ustava koji bi predstavljao predmet inicijative „njegove“ stranke, promenu Ustava moguće je ostvariti usvajanjem novog ustava glasovima većine od tri petine članova Skupštine, uz ispunjenje dodatnog uslova koji bi se sastojao u njegovom potvrđivanju na referendumu. Najzad, treba naglasiti da uprkos potrebi za raskidom sa nasleđem hunte, nema naročito osnovanih razloga za formalni ustavni diskontinuitet, pošto novi ustav, usvojen u skladu sa opisanom procedurom, može da predstavlja ishod demokratskog pluralističkog procesa.

Dodatnim argumentom za kritikovanje namera AKP ukazuje se na opasnost od marginalizacije Skupštine, čija bi uloga predviđenim ustavnim rešenjima ostala u senci moćnog predsednika. Predsednik koji bi (uprkos odredbi čl. 101, st. 4. Ustava) zadržao *de facto* kontrolu nad stranačkom većinom u Skupštini, i čijoj bi funkciji bila pridružena određena važna ovlašćenja, mogao bi da uspostavi punu dominaciju u okviru sistema koji već sadrži odstupanja od rešenja uvedenih prvim ustavnim aktom moderne Turske;³⁶ istorijski posmatrano, od prvih dana republikanskog uređenja u ovlašćenjima Skupštine bile su spojene izvesne važne funkcije kako zakonodavne, tako i izvršne vlasti.³⁷ U to vreme bio je moguć zaključak prema kojem se „karakteristika turskog

³⁵ Ovako su usvojeni amandmani iz 2010: pošto je AKP ostvarila uslov većine od najmanje tri petine poslanika, a nije mogla da „dosegne“ prag dvotrećinske većine, raspisan je referendum na kojem su se birači većinski izjasnili u korist usvajanja tih amandmana.

³⁶ Ustavom iz 1924. uvedena je „apsolutna vlast parlamentarne većine“: E. Özbudun, 40.

³⁷ Tako je 25. aprila 1920. Skupština izabrala Ataturka za svog predsedavajućeg, kao i (istovremeno) za premijera, „čime ga je zvanično priznala za šefa novostvorene države, preteče današnje Turske Republike.“: Z.Sv.Tomić, 79. U jednom službenom dokumentu iz tog perioda, čiji je potpisnik Ataturk, podvučeno je: „Izvršna i zakonodavna vlast nalaze se u krilu Velike narodne skupštine, koja je jedini i pravi predstavnik naroda“: *Ibid*, 91.

ustava“ sastoji „u tome što su zakonodavna i izvršna vlast koncentrisane u Velikoj narodnoj skupštini a ne odvojene, kao što je to obično slučaj“, odnosno da izvršnu vlast, iako „putem delegacije“, vrši Skupština.³⁸

Sličnu, pa i neposredniju vrstu kontrole predsednik bi mogao još lakše da uspostavi u odnosu prema Savetu ministara, sve i ukoliko bi funkcija premijera bila zadržana i nakon ustavne revizije. Uslov za to sastojao bi se u stranačkoj (ili makar ideološkoj) identifikaciji između članova Saveta ministara i predsednika. Sa druge strane, osnaženi predsednički položaj mogao bi, u slučaju tzv. kohabitacije između elemenata dualne egzekutive (predsednika i Saveta ministara), da dovede do opasnosti od ozbiljne partijske polarizacije odnosa između njih, posebno zbog toga što su mandati ovih nosilaca najvažnijih funkcija ograničeni na različite vremenske dužine (mandat Saveta ministara *de facto* traje najviše 4 godine, koliko traje period saziva Skupštine, a u slučaju vanrednih parlamentarnih izbora i kraće).

Predlog da Ustavni sud bude nadležan za opoziv predsednika sam po sebi čini se legitimnim, pošto je takvo rešenje prisutno u znatnom broju evropskih ustavnih sistema.³⁹ Ipak, ovakvo rešenje ne može se posmatrati odvojeno od okolnosti da bi upravo predsednik sâm imenovao gotovo polovinu članova Ustavnog suda. Postavlja se pitanje: da li je objektivno moguće da Ustavni sud, čiju je polovinu sastava samostalno imenovao šef države, bude u tolikoj meri nezavistan da, utvrdivši da je ovaj povredio Ustav, donese odluku o njegovom razrešenju? Davanje pozitivnog odgovora podrazumevalo bi da prethodno postoje visoko razvijena ustavna kultura i standardi vladavine prava, što su atributi kojima turski ustavni i politički sistem ne može da se podiči.⁴⁰

Snaženje položaja predsednika ne mora *per se* da predstavlja odraz autoritarnih političkih tendencija u okviru određenog ustavnog sistema. Ipak, u svetlosti razvoja ustavnosti Turske, taj proces može da predstavlja odraz nepotrebnog ustavnog avanturizma, koji bi mogao da dovede do neprimereno velike uloge jedne od ustavnih institucija. „Svežih“ uporednih iskustava na

³⁸ *Ibid*, 271.

³⁹ Ustavni sud donosi odluku o opozivu predsednika republike u: Albaniji (čl. 90, st. 2. i čl. 131, t. „dh“ Ustava iz 1998), Bugarskoj (čl. 103, st. 3. Ustava iz 1991), Italiji (čl. 134, tač. 3. Ustava iz 1947), Makedoniji (čl. 87, st. 2. Ustava iz 1991), Moldaviji (čl. 81, st. 3. Ustava iz 1994), Nemačkoj (čl. 61, st. 1. Osnovnog zakona iz 1949), Sloveniji (čl. 109. Ustava iz 1991), Hrvatskoj (čl. 104, st. 3. Ustava iz 1990) i Crnoj Gori (čl. 149, st. 1, tač. 4. Ustava iz 2007). U Francuskoj, shodno odredbi čl. 68, st. 2. Ustava iz 1958, takvu odluku donosi specijalni „Visoki sud“ (slično rešenju iz čl. 101, st. 1. Ustava Finske iz 1999, odnosno iz čl. 49, st. 3. Ustava Grčke iz 1975, te čl. 145, st. 1. Ustava Poljske iz 1997), a u Rumuniji, po čl. 96, st. 4. Ustava iz 1991. to ovlašćenje ima Visoki sud kasacije i pravde.

⁴⁰ O slabostima ustavnosudske jurisprudencije u Turskoj, v: J.W. Warhola, *ibid*.

tom planu ima dovoljno, čak i na tlu Evrope,⁴¹ a opasnost uspostavljanja autoritarnog predsedništva realizovana je na samom početku života Ustava.⁴² Rizik od neodmerenog snaženja predsednika raste ako su uzmu u obzir kompleksni (krizni) međunarodni kontekst u kojem se Turska nalazi i ocena Evropske komisije da je u toku 2015. godine u toj zemlji „bezbednosna situacija izuzetno pogoršana“.⁴³ Ne treba izostaviti ni određene (autoritarne) elemente političke ličnosti aktuelnog predsednika, koji je istaknut pobornik ideje prezidencijalističkog projekta.⁴⁴

Činjenica je AKP svoje gledište o potrebi za usvajanjem potpuno novog ustava iznela znatno pre onog o željenom snaženju funkcije predsednika – i to nakon izbora Erdogana na tu funkciju – govori o tome da je na snazi tipičan primer instrumentalizacije ustavotvornog procesa u partijske (čak, personalne) svrhe, odnosno kapitalizacije trenutnih političkih dobitaka *jedne* stranke i *jedne* političke ličnosti. Ustavni projekt AKP nema za cilj izradu i usvajanje dokumenta koji bi služio snaženju podele vlasti i vladavine prava, već legalizaciju (konstitucionalizaciju) faktičke političke uloge sadašnjeg predsednika. Sa druge strane, ako je najvažniji cilj izrade i usvajanja novog ustava raskid sa nedavnom antidemokratskom i uzurpatorskom političkom prošlošću, nejasna je potreba za snaženjem uloge određenog ustavnog organa.

Ciljevi ustavne reforme moraju da budu funkcionalno određeni, ali ne iz uske perspektive političkih činilaca koji presudno utiču na taj proces. Pohvalna je namera AKP da u proces izmene ustavnog modela uključi, na ravnopravnom osnovu, sve važnije stranačke „konkurente“. Pokazatelj ispravnog postupanja u tom smislu ogleda se u načinu usvajanja ustavnih amandmana na prelazu iz 20. u 21. vek, u okviru procesa koji se odlikovao „intenzivnim međustranačkim pregovorima i kompromisima“, te, posledično, ubedljivim parlamentarnim većinama kojima su amandmani usvajani.⁴⁵ Na sličan način bi i sastav Komisije trebalo da odrazi potrebu za konstituisanjem sveopšteg nacionalnog ustavnog dijaloga u Turskoj, jer ostvarivanje odgovarajućeg nivoa učešća relevantnih demokratski legitimisanih aktera u procesu stvaranja novog ustavnog uređenja cilja

⁴¹ U Belorusiji su izmene Ustava iz 1994, uvedenim amandmanima iz 1996. i 2004, služile učvršćivanju predsedničke vlasti (uz istovremeno uklanjanje ograničenja broja mandata šefa države). U Gruziji je Ustav iz 1995. prvobitno menjan amandmanima iz 2004, radi snaženja uloge predsednika (prvenstveno, uvođenjem ovlašćenja po kojem on stiče pravo da raspusti parlament), da bi 2010, nakon iskustava sa zloupotrebama ovlašćenja od strane predsednika, njegova uloga novim amandmanima bila znatno ograničena.

⁴² Vođa hunte i prvi predsednik po Ustavu iz 1982, general Evren (Kenen Evren), nije prezaao od toga da vrši „tutelarna ovlašćenja“ nad Svetom ministara i premijerom: E.Özbudun, 42.

⁴³ European Commission, Turkey 2015 Report, 4.

⁴⁴ Erdogan je „u više navrata (...) javno osporio ostale institucije, a posebno sudstvo i centralnu banku“ i dao „niz izjava protiv medija i drugih sredstava izražavanja“: *Ibid*, 8.

⁴⁵ E.Özbudun, 43.

na stavljanje tačke na prethodnu praksu donošenja ustavnih akata (1924, 1961. i 1982) od strane nelegitimnih (vojnih) činilaca.

Ukoliko nema saglasnosti o uvođenju drugačijeg modela za odnose između institucija vlasti, dobro bi bilo da ustavna reforma ima za predmet efikasniju zaštitu temeljnih prava i sloboda, što je, u izvesnoj meri, bio slučaj i početkom prve decenije ovog veka (ukidanje smrtne kazne u avgustu 2002, uz dodatne izmene Ustava u pravcu zaštite pojedinačnih sloboda u krivičnom postupku).⁴⁶ Ovo posebno stoga što primenu zaštite prava i sloboda u Turskoj karakterišu „važni nedostaci“, koji se sastoje u nepotpunoj primeni prava koja proističu iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i prava proisteklog iz jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava; posebno su u tom smislu sporne zaštita ugroženih (manjinskih) grupa i nedovoljna borba protiv diskriminacije koja bi bila „u liniji sa evropskim standardima“.⁴⁷ Dobar primer u tom smislu predstavljaju amandmani iz 2010, kojima su uvedeni: funkcija zaštitnika prava građana (ombudsmana), institut ustavne žalbe, zaštita određenih „novih“ osnovnih prava i sloboda i proširenje obima onih prava i sloboda koje su već priznata Ustavom.⁴⁸ Konačno, u Ustav može da bude uvedena i odredba o mogućem učlanjenju u Evropsku uniju, što bi zahtevalo brisanje čl. 6, st. 1 Ustava, kojim je određeno da „suverenost potpuno i bezuslovno počiva u naciji“, s obzirom da Ustav Turske spada u retke evropske ustavne dokumente koji praktično ograničavaju mogućnost prenosa suverenih ovlašćenja države na međunarodne organizacije.⁴⁹

6. Zaključak

Potrebno je da Ustav pretrpi važne izmene, prvenstveno zbog potrebe turskog društva da bude načinjen formalni raskid sa nasleđem vojne diktature i drugim autoritarnim elementima političkog uređenja te zemlje. Ne postoje nikakve pravne niti istorijsko-logičke prepreke da se tim izmenama ide „do kraja“, odnosno da one za ishod imaju izradu i usvajanje sasvim novog ustava. Ipak, uvođenje predsedničkog sistema, koji predstavlja važan ustavotvorni cilj aktuelnog predsednika i parlamentarne većine, čini se suvišnim i štetnim. Iako snaženje ovlašćenja predsednika ne predstavlja samo po sebi proces koji bi trebalo da naiđe na osudu stručne i opšte javnosti, iskustva savremene turske ustavnosti, kao i naglašene

⁴⁶ P. Dumont, „Europe-Turquie : une histoire partagée“, *Questions internationales*, No 12, mars – avril 2005, 8.

⁴⁷ European Commission, Turkey 2015 Report, 5.

⁴⁸ E. Özbudun, 48.

⁴⁹ M. Tišma, „Ustav države članice kao pravni osnov i okvir evropske integracije“, *Strani pravni život* 2/2011, 209.

potrebe vladajućih političkih činilaca da ključna karakteristika novog ustava bude znatno osnažena uloga predsednika, vode zaključku da proces ustavne revizije gubi svoju prvobitnu svrhu i svoj opšti smisao. Pravi zadaci procesa promene ustavnog okvira sastoje se u uvođenju dodatnih jemstava zaštite temeljnih prava i sloboda, jačanju nezavisnosti nepolitičkih organa vlasti (uključujući sudstvo i ustavno sudstvo), pa i ekonomičnijoj primeni jezika ustavnog teksta. U tom smislu, preraspodela ovlašćenja između predsednika, vlade i zakonodavnog organa jeste legitiman pravac očekivane ustavne reforme, ali ne može da bude njen pravi razlog.

Kakvo god bilo konačno opredeljenje pisca ustava, njegov rad ne bi trebalo da ima za svrhu ispunjenje pojedinačnih ili partijskih interesa. Zbog svega navedenog, bilo kakav oblik nametanja rešenja od strane AKP u pravcu snaženja funkcije predsednika⁵⁰ (a opozicione stranke sve se redom protive tom predlogu)⁵¹ vodio bi ka tome da početni entuzijizam političkih elita u pravcu usvajanja novog ustava bude zloupotrebljen, ideja za punom demokratizacijom političkog sistema – neosnovano monopolisana od strane aktuelne vlasti, a očekivanja za uspostavljanjem kvalitetnog ustavnog modela – izneverena za duži period u budućnosti.

Vladimir Mikić, PhD

Consultant, University of Belgrade

PERSPECTIVES OF THE PRESIDENTIALISATION OF THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF TURKEY

Summary

This article examines the needs for reforming the constitutional system of Turkey, created by the Constitution of 1982, as well as the possibilities for implementing these needs. Since numerous relevant stakeholders are included in the informal process of constitutional revision, conditions have been created for the adoption of a document which would

⁵⁰ Indikativna u tom smislu je izjava aktuelnog premijera, koji je početkom 2016. „upozorio članove opozicije da ne optužuju (...) Erdogana tokom ustavnih rasprava“, dodavši da bi „stavljanje našeg predsednika u središte razgovora i njihovo pretvaranje u raspravu o personalizaciji“ predstavljalo „izdaju ustavotvornog procesa“, s obzirom da „ovo pitanje za nas nije lična stvar“: Turkey’s constitutional reform committee to meet, *Ibid.*

⁵¹ A. Aslan, *ibid.*

aim at consolidating and fostering the civilian and democratic resources, needed for the strengthening of rule of law and liberal constitutionalism in Turkey. However, the ruling political forces have manifested their goal in submitting proposals for making the office of the president more effective and independent from other institutional forces in the country. Steps made towards speeding up the work on revision of the Constitution suggest the strong possibility of introduction of the presidential system, regardless of other constitutional priorities, and despite the fact that important parts of the Turkey's political system are opposed to it. This article analyzes the proposed changes, particularly by comparing them with the existing constitutional framework, and offers a critical review of the attempt to presidentialize the constitutional system of Turkey, labeling it as manipulative, depleted of any purpose, and providing no answers to the real needs of the constitutional reform.

Key words: Turkey, President, Presidential System, Constitutional Revision.

EU POLITIKA BORBE PROTIV TERORIZMA I UTICAJ NA VLADAVINU PRAVA

Apstrakt

Teroristički napadi na Njujork i Vašington, kao i kasniji na London i Madrid uvrstili su politiku borbe protiv terorizma u jedan od prioriteta Evropske unije. Od tada Evropska unija ulaže napore i pokušava da pronađe odgovarajuću strategiju u borbi protiv terorizma. Uloga određenih EU organa je ojačana, a stvorene su i nove institucije. Najznačajnije institucije u borbi protiv terorizma su Evropska komisija, kao predlagač propisa, Europol i Eurojust. Intenzivna je normativna aktivnost na novu EU, a najznačajnija je Okvirna odluka o borbi protiv terorizma iz 2002. godine koja po prvi put na nivou EU daje definiciju krivičnog dela terorizma, kao i predlog Uputstva koji je usvojila Komisija u decembru 2015. godine, nakon terorističkog napada na Pariz. Iako donošenje ovih akata unapređuje delotvornost akcija EU u prevenciji i borbi protiv terorizma, sa druge strane otvara pitanje narušavanja osnovnih prava i građanskih sloboda. Autor u tekstu analizira pravne aspekte EU politike borbe protiv terorizma. Iako su određeni pozitivni rezultati ostvareni, potrebno je da se uloži još napora kako bi se unapredio normativni okvir EU u ovoj oblasti.

Ključne reči: *borba protiv terorizma, definicija terorizma, Okvirna odluka o borbi protiv terorizma, načela krivičnog postupka, pravosudna saradnja u krivičnim stvarima.*

1. Uvod

Stvaranjem jedinstvenog tržišta, a zatim i jedinstvenog šengenskog prostora, bez unutrašnjih granica, Evropska unije morala je da obezbedi građanima prostor slobode, bezbednosti i pravde. U tom pravcu kretali su se i evropski zakonopisci donoseći brojne okvirne odluke, a zatim nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona 2009. godine i uputstva kojima se utvrđuju minimalna pravila za definisanje krivičnih dela. Razlog za takve aktivnosti je potreba da građani Evropske unije osećaju sigurnost da gde

¹ Istraživač-saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd; e-mail: maticmarina77@yahoo.com

god se kreću u Evropskoj uniji njihove slobode i bezbednost su dobro zaštićeni u skladu sa vrednostima Unije, uključujući vladavinu prava i osnovne slobode.²

Novo razdoblje u EU polici borbe protiv terorizma nastaje 1975. godine osnivanjem Grupe za terorizam, radikalizam, ekstremizam i međunarodno nasilje, poznatije kao TREVI grupa i donošenjem Evropske konvencije o borbi protiv terorizma 1977. godine. TREVI grupu osnovale su policijske službe država članica EU u cilju razmene informacija i uzajamne saradnje u borbi protiv terorizma i povezanih krivičnih dela sa međunarodnim elementom. Predstavljala je forum za razmenu informacija o oranzovanom kriminalu i terorizmu, a činili su je visoki predstavnici Ministarstva unutrašnjih poslova i pravde, kao i visoki predstavnici obaveštajnih službi. TREVI grupa postojala je do 1992. godine i donošenja odredbi Ugovora iz Mاستrihta koje su se odnosile na treći stub i politiku migracija i azila, policiju, carinu i pravosudnu saradnju.³ Ugovor iz Mاستrihta predvideo je osnivanje Europol-a, Evropske policijske kancelarije. Pripremna grupa za borbu protiv terorizma osnovana je 1997. godine kako bi utvrdila ulogu Europol-a u oblasti borbe protiv terorizma.

Uprkos povećanoj policijskoj saradnji u okviru TREVI grupe, a kasnije i Europol-a, mora se naglasiti da je evropska saradnja u oblasti borbe protiv terorizma bila ograničena do napada na Njujork i Vašngton 11. septembra 2001. godine, i to pre svega zbog otpora država članica Evropske unije da prenesu deo svojih ovlašćenja u tako osetljivoj oblasti kao što je bezbednost.⁴

Iako je borba protiv terorizma u načelu u nadležnosti država članica, Evropska unija podržava njihove napore uspostavljanjem pravnog okriiva i mogućnosti za saradnju.⁵ Međunarodni terorizam je postao jedan od prioriteta evropske političke agende posle napada na Njujork i Vašington u septembru 2001. godine. Iako je to bio napad na Ameriku, dožvljen je kao napad na Zapad i njegove vrednosti što je uticalo na donošenje odluke da se i Evropska unija uključi u oblast borbe protiv terorizma. Postoji veliki broj obavezujućih i neobavezujućih akata koji se odnose na ovu oblast, a cilj je uspostavljanje efikasnije brobe protiv terorizma na

² Evropska agenda za bezbednost, COM(2015) 625 final, 2. decembar 2015.

³ J. Peek, International police cooperation within justified political and judicial frameworks: Five theses on TREVI, u J. Monar, R. Morgan (ur), The third pillar of the European Union, Brussels, European Interuniversity Press, 1994, 201-207.

⁴ P. Wilkinson, International Terrorism: The Changing Threat and the EU's Response, Institute for Security Studies Chaillot Paper, br. 84, oktobar 2005., 29-31.

⁵ C. C. Murphy, „Counter-Terrorism Law and Policy: Operationalisation and Normalisation of Exeptional Law after the 'War on Terror'“, u: D. A. Arcarazo, C. C. Murphy, *EU Security and Justice Law, After Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, 2014, 168.

teritoriji Evropske unije.⁶ Tako su doneti 2001. godine EU Akcioni plan za borbu protiv terorizma,⁷ 2002. godine Okvirna odluka o borbi protiv terorizma 2002/475/JHA, 2004. godine ministri pravosuđa i unutrašnjih poslova doneli su Deklaraciju o borbi protiv terorizma,⁸ 2005. godine ministri pravosuđa i unutrašnjih poslova usvojili su Strategiju borbe protiv terorizma,⁹ 2005 godine doneta je Odluka Saveta 2005/671/JHA o razmeni informacija i saradnje u krivičnim delima terorizma.¹⁰

Nakon bombaškog napada na London 2005. godine, održan je vanredni sastanak ministara unutrašnjih poslova država članica na kojem je odlučeno da se hitno primeni niz mera koje su već usvojene: Evropski nalog za hapšenje, jačanje Šengenskog informacionog i viznog sistema, biometrijski podaci na pasošima, borba protiv finansiranja terorizma, sprečavanje regrutovanja i radikalizacije, veća kontrola trgovine, skladištenja i transporta eksploziva.¹¹

Na operativnom nivou, najznačajniji rezultati u borbi protiv terorizma nakon 11. septembra 2001. godine su jačanje uloge Europola, osnivanje Eurojust-a i Agencije za spoljne granice (FRONTEX), kao i imenovanje EU koordinatora za borbu protiv terorizma. Kad su u pitanju pravni akti, pored Okvirne odluke o borbi protiv terorizma iz 2002. godine, veliki značaj imaju i instrumenti koji se ne odnose samo na oblast borbe protiv terorizma, kao što su Okvirna odluka o evropskom nalogu za hapšenje iz 2002. godine kojom su na nivou EU zamenjeni tradicionalni nacionalni instrumenti ekstradicije, kao i Okvirna odluka o evropskom nalogu za dostavljanje dokaza, kojom je uspostavljen standardni obrazac za zahtevanje stvari i dokumenta u slučajevima sa prekograničnim elementom.¹²

⁶ C. C. Murphy, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-emption and the rule of Law*, Hart Publishing, 2012.

⁷ EU Action Plan on Combating Terrorism: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05771-re01.en06.pdf>

⁸ Council of the European Union, Declaration on Combating Terrorism, Brussels, 25 March 2004: <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/DECL-25.3.pdf>

⁹ Council of the European Union, EU Counter-terrorism Strategy, 2697th Council Meeting, Brussels 1-2 December 2005, doc. 14390/05 (Presse 296), http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/JHA_1-2.12.05.pdf

¹⁰ Council Decision of 20 September 2005 on the exchange of information and co-operation concerning terrorist offences, available at: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2005/l_253/l_25320050929en00220024.pdf.

¹¹ Council of the European Union, Extraordinary Council Meeting, Justice and Home Affairs, Brussels, 13 July 2005; available at: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/85703.pdf

¹² Za razvoje EU politike borbe protiv terorizma videti: EU Council Secretariat, The European Union and the Fight Against terrorism, fact sheet, 9 March 2007, Brussels, available at: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Factsheet-fight%20against%20terrorism%20ENMarch2007.pdf>; D.J. Koenig, D. K. Das (ur.), *International police cooperation*, New York, Lexington Books, 2001; P. De Cesari, *The European Union*, u G. Nesi (ur.) *International Cooperation in Counter-Terrorism: the United Nations and Regional Organizations in the Fight against Terrorism*, Ashgate, 2006, 207-229.

Posljednjih godina nove pretnje su pojačale potrebu za uspostavljanjem bliže saradnje na svim nivoima. Mnoge pretnje po bezbednost u Evropskoj uniji potiču od nestabilnosti u državama koje su u bližem okruženju, kao i od promjenjivih formi radikalizacije, nasilja i terorizma. Pretnje su raznolike i imaju prekogranični elementima.

Kako bi utvrdili zajednički odgovor Evropska komisija, Savet, Evropski parlament, Evropski ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona doneli su u aprilu 2015. godine¹³ Evropsku agendu za bezbednost. Cilj Agende je da omogući bolju razmenu informacija, povećanu operativnu saradnju i uzajamno poverenje, kao i da obezbedi da unutrašnja i spoljašnja dimenzija bezbednosti zajedno funkcionišu. Prioriteti definisani u Agendi su terorizam, organizovani kriminal i visokotehnoški kriminal kao povezane oblasti sa izrazitom prekograničnom dimenzijom i gde zajednička EU akcija može da dovede do rezultata.

2. Predlog Uputstva

Kao odgovor na terorističke napade Islamske države na Pariz u novembru 2015, ali i kao deo primene Evropske agende za bezbednost u decembru 2015. godine, Evropska komisija usvojila je predlog EU Uputstva o borbi protiv terorizma.¹⁴ Predlog Uputstva zamenjuje Okvirnu odluku o borbi protiv terorizma koja je usvojena 2002. i izmenjena 2008. godine. Usvajanjem Uputstva omogućava se povećanje uticaja EU prava na nacionalno krivično pravo, pre svega materijalno u oblasti borbe protiv terorizma.

Većina odredbi sadržanih u predogu Uputstva se već nalaze u Okvirnoj odluci, tako da neće zahtevati značajne aktivnosti u pogledu unošenja odredbi Uputstva u nacionalno pravo država članica.

Dok se ne usvoji uputstvo, najznačajniji akt u ovoj oblasti ostaje Okvirna odluka od 13. juna 2002. godine o borbi protiv terorizma.¹⁵ Do donošenja Okvirne odluke jedan od problema u borbi protiv terorizma u okviru EU predstavljao je nedostatak jedinstvene definicije terorizma, kao i sa njim povezanih krivičnih dela. Nedostatak jedinstvene definicije otvorio je pitanje koja sve ponašanja bi trebalo da budu obuhvaćena pravnom definicijom terorizma.¹⁶ Teškoće u utvrđivanju zajedničke definicije vidljive su i u EU političkim i pravnim dokumentima koji su upućivali na terorizam, ali nisu sadržali definiciju krivičnog dela. Nakon

¹³ The European Agenda on Security, Strasbourg, 28.4.2015, COM(2015) 185 final.

¹⁴ COM(2015) 625 final, Brisel, 2.12.2015.

¹⁵ D. Kolarić, „Međunarodni standardi u oblasti borbe protiv terorizma i nacionalno krivično zakonodavstvo— Okvirna odluka Saveta EU o borbi protiv terorizma“, *Zbornik radova sa naučno stručnog skupa Tara*, Kriminalističko-policijska akademija, 2010, 289–299; D. Kolarić, „Suzbijanje terorizma i Krivični zakonik Nemačke“, *Strani pravni život*, broj 2, 2012, 56–71.

¹⁶ Više u M. Shaw, *International Law*, fifth edition, Cambridge University Press, 2003, 1048-1053.

11. septembra 2001. godine, nastala je potreba za usvajanjem zajedničke definicije, tako da je Okvirna odluka o borbi protiv terorizma uvela sveobuhvatnu definiciju terorizma u EU pravo.

Originalnost definicije ogleda se u uvođenju krajnjeg političkog cilja kao osnovnog kriterijuma za razlikovanje terorističkog krivičnog dela od drugih krivičnih dela. Okvirnom odlukom definišu se krivična dela u ovoj oblasti i predviđa se odgovornost pravnih lica.¹⁷ Na ovaj način se stvaraju minimalna pravila za harmonizaciju definicije krivičnih dela terorizma u državama članicama EU.¹⁸ Koncept terorizma iz člana 1. stav 1. Okvirne odluke ima dva glavna elementa:

- Objektivni element, gde se upućuje na listu teških krivičnih dela koja postoje u nacionalnim zakonodavstvima (ubistvo, telesna povreda, kidnapovanje ili uzimanje taoca, iznuda, proizvodnja oružja, izvršenje napada ili pretnja izvršenjem napada itd); i
- Subjektivni element, jer se ovi akti smatraju terorističkim krivičnim delima kada su izvršeni s ciljem zastrašivanja stanovništva uticanja na vladu ili međunarodnu organizaciju da izvrši ili ne se uzdrži od izvršenja određene radnje, ili ozbiljnog destabilizovanja ili narušavanja osnovnih političkih, ustavnih, ekonomskih ili društvenih struktura u državi ili međunarodnoj organizaciji.

Okvirna odluka u članu 2. stav 1. daje definiciju terorističke grupe kao uređene organizacije koju čine više od dva lica, koja postoji određeni vremenski period i deluje sporazumno u cilju izvršenja terorističkih krivičnih dela.

Države članice Evropske unije obavezuju se da obezbede da određene radnje izvršene u nameri budu predviđene kao krivična dela povezana sa terorističkim aktivnostima, čak i ako teroristički napad nije izvršen.¹⁹ Okvirnom odlukom se navode koje su to radnje koje države moraju inkriminisati: javna provokacija da će se izvršiti krivično delo terorizma, regrutovanje i obuka za terorizam, razbojnička krađa, iznuda ili falsifikovanje dokumenata u cilju izvršenja krivičnog dela terorizma.

Okvirnom odlukom u članu 5. stav 1. predviđa se obaveza za države članice da u nacionalnom pravnom sistemu predvide odredbe koje će sadržati delotvorne, srazmerne i odvrćajuće krivične sankcije, zbog čije visine se može tražiti izručenje. U članu 5. stav 3. ove odluke utvrđuje

¹⁷ A. Klip, *European Criminal Law – An integrative Approach*, 216.

¹⁸ D. Kolarić, „Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije“, *CRIMEN* (IV), broj 1/2013, 49–71.

¹⁹ V. Mitsilegas, „The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?“, *European Law Review*, Vol. 34, No. 4, 2009., 524.

se i najmanja dužina trajanja kazne zatvora za krivično delo terorizma koje bi države članice trebalo da unesu u domaće zakonodavstvo.

U stručnoj javnosti sadržina Okvirne odluke izaziva nedoumice u pogledu stepena zaštite ljudskih prava, iako se i u preambuli insistira da EU počiva na demokratiji i vladavini prava.²⁰

Predlog Uputstva koji je usvojila Evropska komisija ima prednosti u odnosu na Okvirnu odluku. Prvo radi se o novom instrumentu koji se usvaja u formi uputstva na osnovu člana 83. stav 1. i člana 82. stav 2. Ugovora iz Lisabona, što znači da će institucijama Evropske unije biti na raspolaganju svi mehanizmi za sprovođenje Uputstva i unošenje u nacionalno zakonodavstvo država članica, kao i pokretanje postupka pred Sudom pravde EU protiv države članice zbog nepotpunog ili neblagovremenog unošenja uputstva u domaće pravo. Kada je u pitanju okvirna odluka, kao instrument nekadašnjeg trećeg stuba, ti mehanizmi sprovođenja nisu mogli da se primenjuju. Međutim, ostaje da se vidi koliko će navedeni instrumenti biti korisni, s obzriom da su odredbe Uputstva veoma široke i nije jasno kako će se oceniti da li je u potpunosti uneto u nacionalno zakonodavstvo.

Takođe, uputstvo se neće odnositi na Dansku, kao ni na Veliku Britaniju i Irsku jer su se Protokolom 21, odnosno Protokolom 22 Ugovora iz Lisabona izuzele iz primene mera koje se donose u oblasti slobode, bezbednosti i pravde.²¹ U slučaju da ni jedna od ove tri države ne odluči da pristupi uputstvu, u dve će se i dalje primenjivati Okvirna odluka (Irska i Danska), što je od značaja jer postoje veoma male razlike u tekstu Okvirne odluke i predloga Uputstva. Složenost pregovora oko teksta predloga Uputstva i njegove primene u svim državama članicama, pokazuje koliko je oblast krivičnog prava u EU veoma kompleksna, posebno na ustavnom nivou, što utiče na operativnu efikasnost i na zaštitu građanskih prava i sloboda.

Novine u predlogu Uputstva proističu iz međunarodnih standarda u oblasti borbe protiv finansiranja terorizma i putovanja stranih terorista. Najznačajniji standardi u ovoj oblasti, koji su uneti u predlog Uputstva su Rezolucija Saveta bezbednosti UN 2178 iz 2014. godine koja se odnosi na pretnje iz Islamske države i Dodatni protokol uz Konvenciju Saveta Evrope o sprečavanju terorizma. Članom 9 i 10 predloga Uputstva uvodi se obaveza za države članice da uvedu krivično delo putovanja u inostranstvo zbog terorizma i organizovanje ili omogućavanje takvog putovanja. Države članice moraju preduzeti neophodne mere i predvideti kazne za takve radnje, kao za krivična dela koja su izvršena u nameri. Članom 8 predloga Uputstva predviđa se novo krivično delo – obuka za terorizam, čiji je cilj da

²⁰ S. Peers, „EU Responses to Terrorism“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 1, 2003, 227–243.

²¹ S. Peers, *UK and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, University of Essex 2009.

otkrije pojedince koji mogu postati radikalni i obučiti se koristeći materijale dostupne na internetu ili na drugi način.

Predlog Uputstva sadrži odredbe o žrtavama terorizma. Tako se članom 22 predviđa zaštita i podrška žrtvama terorizma. Od posebnog je značaja zahtev da se žrtvama pruži emotivna i psihička podrška, kao što je savetovanje i podrška zbog pretrpljene traume. Nije uređeno kako će države članice obezbediti da podrška bude poverljiva, besplatna i lako dostupna žrtvama terorizma. Odredba sadrži obavezu da države obezbede sredstva i usluge medicinskih službi, što je veoma značajno, ali će finansiranje takve podrške predstavljati izazov u praksi.

Pojedine odredbe u predlogu Uputstva su izmenjene, kao što je na primer definicija terorizma. Međutim u pojedinim slučajevima izmene su više jezičke a manje suštinske, tako da države članice koje su već posvetile vreme da unesu Okvirnu odluku u nacionalno zakonodavstvo neće morati da ulože dodatne napore kako bi samo usaglasile definiciju.

Određene suštinske razlike postoje između Okvirne odluke i predloga Uputstva. Jedan od primera je član 1. stav 2. Okvirne odluke. Ovom odredbom se predviđa da Okvirna odluka ne menja obaveze poštovanja osnovnih ljudskih prava i pravnih načela utvrđenih članom 6 Ugovora o Evropskoj uniji. U smislu primene, ova odredba nije imala velikog značaja jer sekundarno zakonodavstvo ne može da menja odredbe Osnivačkih ugovora, međutim imala je deklarativni značaj. Kada je u pitanju predlog Uputstva primećuje se da ova odredba nije uneta u tekst predloga, što već izaziva kritike stručne javnosti.

Posmatrajući u celini, predlog Uputstva nastavlja sa uvođenjem ograničenja kretanje finansija, informacija i ljudi u ime borbe protiv terorizma. Ova ograničenja predstavljaju simbol međunarodnih napora u borbi protiv terorizma počev od 11. septembra 2001. godine i terorističkog napada na Njujork i Vašington. Ali sa druge strane sva uvedena ograničenja i kontrole nisu donele očekivanu operativnu delotvornost, što je pokazao i teroristički napad na Brisel u martu 2016. godine. Kolika će biti delotvornost ovog novog instrumenta, koji će verovatno biti usvojen do kraja holandskog predsedavanja Evropskom unijom zavisi od načina na koji će biti unet u nacionalno zakonodavstvo i od njegove primene u praksi.

U oblasti borbe protiv terorizma značajna je i Uputstvo 2013/40/EU o napadima na informacione sisteme. Iako se ova odluka ne odnosi neposredno na oblast terorizma, postoji mogućnost da teroristi koriste informacione sisteme za napade, na šta upućuje i predlog Uputstva u članu 3. Ona obavezuje države članice da obezbede da se nelegalni pristup informacionim sistemima, nelegalni sistemi i ometanje podataka, kao i podstrekavanje, pomaganje i pokušaj izvršenja kažnjavaju kao krivično delo, kao i da se uvedu minimalne krivične sankcije.

3. Borba protiv terorizma i vladavina prava

Predlog Uputstva ponovo otvara temu odnosa borbe protiv terorizma i poštovanja i zaštite vladavine prava. Terorizam, kao pojava, postavlja izazove za vladavinu prava, pre svega u pogledu akcija koje države preduzimaju kao odgovor na terorizam. I dok terorizam predstavlja odbacivanje vladavine prava, pravu pretnju za demokratiju najčešće predstavlja odgovor države na nasilje, a ne samo nasilje.²²

U mišljenju na predlog Uputstva koje su uputili Amnesty International, Međunarodna komisija pravika (ICJ), Inicijativa otvorenog društva za pravosuđe (OSJI) i Institut Otvorenog društva za evropsku politiku u februaru 2016²³ ukazuju da predlog Uputstva ne poštuje obaveza država članica koje proizlaze iz međunarodnog prava, posebno u oblasti ljudskih prava, i to pre svega na:

- Nedostatak odgovarajućih garancija zaštite ljudskih prava u primeni uputstva u državama članicama;
- Široke definicije mnogih krivičnih dela uređenih predlogom Uputstva, što ima posledice na načelo zakonitosti i zabranu arbitrnosti, nesrazmernih i diskriminatornih sankcija;
- Opis drugih krivičnih dela ili pokušaja kao dela povezana sa terorizmom;
- Neprecizna definicija posebne namere koja se zahteva kako bi se utvrdila odgovornost za određeni broj krivičnih dela i nedostatak zahteva za voljnim ili dobrovoljnim izvršenjem dela;
- Predlog Uputstva dovodi u pitanja obaveze država po međunarodnom humanitarnom i međunarodnom krivičnom pravu.

Tako danas imamo anti-terorističko zakonodavstvo koje nije u potpunosti usklađeno sa tradicionalnim vrednostima i demokratskim principima krivičnog prava, a sa druge strane otvorenu dilemu kako da pravosudni sistem delotvono odgovori na izazove novog fenomena. Osnovni cilj pravosudnog sistema da obezbedi i promoviše ljudska prava, kako žrtava krivičnih dela, tako i onih koji su su osumnjičeni ili osuđeni. Pravosudni sistem se ne može koristiti za sprovođenje bezbednosne politike. Bezbednosna politika i ima cilj da očuva bezbednost i mir i da spreči terorističke napade, ali ne može da poništi ciljeve i načela na kojima počiva krivično pravo i pravosudni sistem.

Dosadašnje evropske politike borbe protiv terorizma su se oslanjale na razvoj i unapređenje razmene podataka i to posebno obaveštajnih

²² C. C. Murphy, *EU Counter-Terrorism Law*, Hart Publishing Oxford, 2012, 5.

²³ <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/submission-european-commission-proposed-antiterrorism-directive>, 10.04.2016.

podataka, i jačanje policijskih resursa. Ovakav pristup je razumljiv, jer bez dobrih i efikasnih obaveštajnih službi i dobro pripremljenih policijskih snaga, nije moguće sprečiti i izbeći terorističke napade. Ukoliko se paralelno ne unapređuju i kapaciteti pravosudnih sistema, koji će sprovoditi delotvornu kontrolu istraga koje vode policijske i obaveštajne službe neće biti moguće zaštititi osnovne demokratske vrednosti.

Postojanje dobro pripremljenog pravosuđa koje je osposobljeno da u kratkim rokovima postupa po zahtevima policije, omogućilo bi da uvođenje vanrednog stanja nakon napada ili pretnje terorističkim napadom ne traje dugo, jer u osnovi krši vrednosti demokratskog društva.

Krivična saradnja u borbi protiv terorizma otvara dva pitanja koja je neophodno razmotriti: jedno se odnosi na unaprađenje i usaglašavanje evropskog prava kako bi se izbegla fragmentiranosti i različitost zakona država članica, kojim se definišu radnje koje se smatraju terorističkim aktima; a drugo se odnosi na različite nivoe zaštite i nacionalnih ustavnih garancija, koji su značajni zbog ocene prihvatljivosti dokaza prikupljenih tokom istrage u različitim državama članicama.

Kada se radi o prvom pitanju, moguće je postići značajniji napredak i ubrzati proces harmonizacije u državama članicama, posebno jer je u nekoliko izveštaja o saradnji u borbi protiv terorizma navedeno da je neusaglašeno zakonodavstvo razlog neuspešnih istraga i suđenja. Razlog za to leži u činjenici da se određena ponašanja u jednoj državi smatraju krivičnim delom terorizma, dok se u drugoj ne smatraju.

U pogledu prihvatljivosti dokaza, problem je složeniji i počiva na različim istorijskim okolnostima koje su postojale u pojedinim državama. Tako se u okviru Evropske unije nalaže države sa dugom demokratskom tradicijom, države koje su uspostavile demokratske režime posle Drugog svetskog rata, neke države su to učinile tek '70. godina prošlog veka nakon svrgavanja diktatorskih režima, kao i one koje su tek '90. godina XX veka uspostavile demokratske sisteme. Ove istorijske različitosti uticale su na stvaranje različite kulture i garancija građanskih prava i sve te nacionalne osobenosti se odražavaju u nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima. Instrumentima uzajamnog priznanja omoguava se razmena i dostavljanje dokaza između država članica, ali ostaje otvoreno pitanje njihove prihvatljivosti na sudu, posebno kada su u pitanju ovako osetljivi slučajevi koji se odnose na terorizam.

Sve ove izazove u pogledu garancija osumnjičenih i okrivljenih moraju imati na umu i poslanici u Evropskom parlamentu kada budu glasali za Uputstvo o borbi protiv terorizma. Jasno je da je neophodna unapređena saradnja i lakša razmena podataka, ali uz poštovanje načela krivičnog prava i krivičnog postupka.

Marina Matic Boskovic, Ph.D

Research Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

EU POLICY IN COMBATING TERRORISM AND INFLUENCE ON RULE OF LAW

Summary

Terrorist attacks in New York and Washington, as well as latter attacks in London and Madrid put counter-terrorism as one of the priorities in the EU. The EU since then has put efforts to find proper response and strategy in counter-terrorism. The role of some EU bodies is strengthen and new institutions are established. The most important institutions in fight against terrorism are European commission, as initiator of legal acts, Europol and Eurojust. Legislative activity has been intensified in the EU and the most important document is 2002 Framework decision on counter-terrorism in which for the first time we could find European common definition of terrorist offences, as well as draft Directive on counter-terrorism that was adopted by Commission in December 2015 after terrorist attacks in Paris. While adoption of this legal acts improves efficiency f EU actions in prevention and fight against terrorism, on the other hand, they have raised concerns of violation of fundamental rights and civil liberties. Author analyzed legal aspects of EU counter-terrorism policy. Although some positive results are achieved there is a need to put additional efforts to improve EU legal framework in the area of fight against terrorism.

Key words: counter-terrorism, definition of terrorism, Framework decision on counter-terrorism, criminal procedure principles, judicial cooperation in criminal matters.

INVESTICIONA ARBITRAŽA KAO DOPRINOS NACIONALNOJ VLADAVINI PRAVA

Apstrakt

Investiciona arbitraža ima veliki potencijal da unapredi vladavinu prava na nacionalnom nivou, pod uslovom da cilj decentralizovane mreže investicionih tribunala prestane da bude nezahvalan zadatak izgradnje „novog upravnog prava” na međunarodnom nivou ili prosto prihvatanje najšire diskrecije arbitara kao neminovnosti. Stoga je potrebno preusmeravanje normativnog fokusa u investicionim arbitražama. Nacionalni pravni sistem i vladavina prava na domaćem nivou su u načelu daleko značajniji za stranog investitora i dugoročno privlačenje stranih ulaganja od oslanjanja na investicionu arbitražu. Doprinos njihovom jačanju, pored elementa zaštite konkretnog investitora u pojedinačnom slučaju, je stoga kompletniji i legitimniji način ostvarivanja ciljeva međunarodnog investicionog prava.

Ključne reči: pravo zaštite stranih ulaganja, međunarodna arbitraža, vladavina prava.

1. Uvod

Osnovna ideja ovog rada je da bi arbitri u investicionim arbitražama između stranih investitora i država trebalo da iskoriste visok stepen diskrecionog odlučivanja koji im je omogućen na način koji omogućava jačanje vladavine prava i dobrog upravljanja u tuženim državama. Shvatanje vladavine prava i uopšte relevantnog pravnog okvira bi, u meri u kojoj je to opravdano moguće, trebalo da prati shvatanja koja preovlađuju u samoj državi domaćinu – nasuprot pokušajima forsiranja nejasnih i kontroverznih „transnacionalnih” ideja o ovim konceptima. Jačanje vladavine prava na ovaj primarno (mada ne potpuno) institucionalni i instrumentalni način omogućava potpunije i promišljenije ostvarivanje sveukupnih ciljeva

¹ Doktorant; Istraživač – saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd; e-mail: velimir85@yahoo.com

međudržavnih sporazuma o zaštiti stranih investicija (BIS).² Takva promena u shvatanju investicione arbitraže omogućava i ostvarivanje dodatnih ciljeva. Prvo, može u izvesnoj meri doprineti poboljšanjima administrativnog okruženja i za domaće investitore, druge strane investitore i građane. Drugo, može doprineti procesu ponovne „legitimizacije” investicionih arbitraža i međunarodnog investicionog prava (MIP) uopšte, što je proces koji se čini neophodan sa stanovišta kontroverznog porekla i razvoja ovih oblasti.

U relativno kratkim crtama, ovaj rad će biti posvećen nekim od osnovnih načela gore navedenog pristupa, pogotovo značenju vladavine prava u ovom kontekstu (II) pre razmatranja samog procesa unapređenja (III) i zaključnih napomena (IV).

2. Investiciona arbitraža i vladavina prava - kog prava?

- Dvostruka priroda ideje vladavine prava

U literaturi je moguće naći tvrdnje da su odredbe BIS, poput potrebe za „fer i pravednim” tretmanom i zabrane eksproprijacije bez odgovarajućeg postupka i naknade zapravo manifestacija ideje vladavine prava i način sprečavanja arbitrarnih postupaka.³ Međutim, kako bi bilo moguće analizirati kompleksan odnos investicione arbitraže i vladavine prava na međunarodnom i nacionalnom nivou, potrebno je nakratko pozabaviti se određenim osnovnim idejama i pojmovima.

Potrebno je odmah napomenuti da se u ovom radu kao data uzima pretpostavka da su vladavina prava i dobro upravljanje (bez obzira na razlike u definisanju ovih pojmova) privlačni za strane investicije. Mada postoji dosta kontroverzi u pogledu ove pretpostavke, posebno u ekonomskoj literaturi,⁴ za potrebe ovog rada dovoljno je ostati u okvirima konvencionalne i u velikoj meri zdravorazumske pretpostavke da strani investitori preferiraju poslovanje u zemljama sa solidnom vladavinom prava.

Sa ovim u vidu, potrebno je istaći da u temeljima MIP i investicione arbitraže postoji tenzija između dve bitne činjenice. Prva činjenica je da domaće, nacionalno pravo, više ili manje direktno, reguliše određenu stranu investiciju od njenog nastanka do eventualnog završetka. Druga je da pravna zaštita te iste investicije, a pogotovo rešavanje spora kroz investicionu

² Skraćenica BIS koja će biti dalje korišćena u ovom radu označava bilateralne investicione sporazume, što je uobičajen naziv. Ono što je potrebno imati u vidu je da sporazumi ne moraju biti isključivo bilateralni, ali s obzirom na njihovu predominantnost skraćenica BIS je dovoljno precizna.

³ Videti za jedan od primera, Stephan W Schill, ‘Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law’ u S.W. Schill (ur.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010.

⁴ Videti, na primer, diskusiju u A.Santos, ‘World Bank’s Uses of the “Rule of Law” Promise in Economic Development’ u D.Trubek and A. Santos (ur.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* Cambridge, 2006.

arbitražu, može svesti to isto nacionalno pravo na nivo „činjenice” ili dovesti do potpunog zanemarivanja uloge domaćeg prava. Pogotovo nakon odluke u sporu *Wena Hotels*,⁵ „čisto” međunarodno pravo može biti proglašeno kao potpuno dovoljno za donošenje odluke u sporu, bez potrebe za analizom ili primenom nacionalnog prava kao „prava” a ne jedne od potencijalno relevantnih činjenica.

Shodno tome, teoretski je moguće formiranje dva paralelna izvora pravila koje bi država trebalo da poštuje u odnosu sa stranim investitorom. To je s jedne strane domaće a sa druge međunarodno pravo, a pogotovo MIP kao njegov sastavni deo. Ovo nije preterano iznenađujuće i u skladu je sa idejom da hijerarhijski nadređeno međunarodno pravo može uticati na način na koji se domaće pravo stvara i primenjuje. Države su generalno u velikom broju slučajeva suočene sa dualitetom pravnih režima, i opšti princip (kodifikovan u pogledu međunarodnih ugovora u članu 27. Bečke konvencije o pravu ugovora) je da u slučaju sukoba, međunarodnopravne obaveze preovlađuju. U tom slučaju, država može biti međunarodno odgovorna i postupci mogu biti pokrenuti pred odgovarajućim institucijama, već u zavisnosti od konkretne obaveze koja je prekršena.

Konkretni problemi nastaju usled određenih jedinstvenih osobina MIP i investicione arbitraže. Naime, MIP kao deo međunarodnog prava, karakterišu dve izuzetne osobine – skoro neograničen doseg krajnje neodređenih odredbi koje obavezuju državu i mogućnost da kršenje tih odredaba bude direktno i efikasno sankcionisano kroz mehanizam investicione arbitraže.

- *Vladavina prava u investicionoj arbitraži*

Kao rezultat, arbitri imaju moć, često nespутanu usled ograničenog ili nepostojećeg drugostepenog nadzora, da ocenjuju čitave oblasti domaćeg prava kroz prizmu standarda kao što su „fer” ili „postojanje legitimne javne potrebe” a da pritom *ne* smeju odlučivati *ex aequo et bono*.⁶ Stoga je ovim neodređenim standardima potrebno dati konkretno pravno jezgro, nasuprot shvatanju da predstavljaju priliku za odlučivanje po pravdi i pravednosti.

U neku ruku paradoksalno, domaći pravni sistemi od kojih MIP pokušava da „oslobodi” (ili makar delimično zaštititi) strane investitore su objektivno daleko pogodniji da daju konkretan pravni sadržaj zaštiti stranih investicija. Iako i u domaćim i međunarodnom pravu važi pretpostavka njihove potpunosti (u smislu neprihvatljivosti *non liquet* presuda), međunarodno pravo ni u kom smislu ne može po detaljnosti parirati

⁵ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (Odluka u postupku poništaja od 28. januara 2002).

⁶ Ovakvo odlučivanje je moguće samo u slučaju izrazite saglasnosti strana, a takav slučaj još uvek nije zabeležen u javno dostupnim arbitražnim odlukama.

domaćim pravima u pogledu regulisanja odnosa između hijerarhijski nadređenog javnog organa vlasti i entiteta pod čijom je nadležnošću (u ovom slučaju stranog investitora). Međunarodno javno pravo se, tokom najvećeg dela svoje istorije, jednostavno nije razvijalo u pravcu regulisanja takvih odnosa. Pitanja koja u mnogo čemu podsećaju na upravno ili ustavno pravo nisu nešto što je odgovarajuće za odnose suverenih entiteta koji su makar nominalno jednaki na svetskoj sceni.

Naravno, odnosi države i privatnih entiteta jesu tema u međunarodnom javnom pravu, pogotovo u pogledu zaštite stranih državljana i u pogledu uvek kontroverznog minimalnog standarda tretmana stranaca. Ali bilo bi nerealno smatrati da pravila u ovim oblastima, pogotovo ona koja su postojala pre „eksplozije” investicionih arbitraža, mogu da pruže zadovoljavajući nivo pravne sigurnosti i predvidljivosti. Ne samo da je klasično shvatanje minimalnog standarda tretmana u znamenitom slučaju *Neer* ozbiljno dovedeno u pitanje,⁷ ali čak i da se smatra nespornim autoritetom, pitanje je kako standardi poput „očiglednog pravnog nasilja”, „grube nesavesnosti” ili „razumnog i nepristrasnog čoveka” mogu da služe kao dovoljno detaljan vodič i time usmere diskreciju arbitara.⁸

Sa ovim u vidu, potrebno je pažljivo ponovno razmotriti posledice upliva međunarodnog prava u domen upravnih odnosa i novog statusa privatnih lica kao subjekata međunarodnog prava. Sa naglim porastom investicionih arbitraža, odlučivanje u ovim domenima je postala redovna, skoro svakodnevna pojava. Prošla je era kada su čuvene arbitražne odluke bile retke, sa godinama ili čak decenijama pauze između njih, i gde su tribunali gradili još uvek validne temelje međunarodnog prava i međunarodnog rešavanja sporova. Danas stotine tribunala sprovode, kako je dobro obrazloženo u literaturi, administrativnu reviziju i često odlučuju u pitanjima upravnopravnog karaktera.⁹ Tema iznenadnog porasta broja tela koja nastoje da primene, tumače i dalje razvijaju međunarodno javno pravo je interesantna kao nezavisno polje istraživanja, ali je ovde od posebnog značaja razmotriti kako bi arbitri mogli da sprovedu navedenu reviziju sa objektivno vrlo malo konkretnih smernica koje postojeći principi i pravila pružaju.¹⁰

Jedan mogući odgovor bi bio da se na međunarodnom nivou autonomno stvori paralela upravnom pravu. Drugi je da se takav

⁷ J. Paulsson, G. Petrochilos, ‘*Neer-ly Mised?*’ (2007) 22 ICSID Review 242.

⁸ Dodatnu konfuziju unose skorašnje odluke koje dalje razvodnjavaju shvatanje minimalnog tretmana. Videti, na primer, *Bilcon of Delaware v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04 (Odluka o nadležnosti i odgovornosti od 17. marta 2015).

⁹ G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2008.

¹⁰ Primer do čega ovo može dovesti je standard prvi put primenjen u slučaju *Tecmed* protiv Meksika, gde se zahteva potpuno predvidljivo i transparentno ponašanje države. Takav standard je sa odobravanjem primenjen u mnogim kasnijim odlukama, ali je sa stanovišta ostvarivosti u praksi vrlo problematičan.

ambiciozni poduhvat u praksi zameni prihvatanjem (od strane svih aktera) činjenice da će arbitri jednostavno imati visok stepen diskrecije u odlučivanju, što ističe jedinstvenost svakog slučaja ponaosob. Koji je od ova dva moguća odgovora preovladao u praksi nije lako zaključiti. Mnoge odluke izričito govore o izgradnji pravnog režima na međunarodnom nivou, mnoge ne a brojne osciliraju između (makar nominalne) primene postojećeg međunarodnog prava, domaćeg prava i prostog korišćenja slobode u odlučivanju bez prevelikog napora da se pojasni priroda i međusobni odnosi primenjenih pravila. Mada bi i ove specifičnosti same po sebi bile interesantan predmet akademskog istraživanja, potencijal koji arbitražne odluke imaju da krucijalno utiču na nacionalne budžete¹¹ ovim razmatranjima daje vrlo konkretan praktičan značaj i zahteva ponovno razmatranje ovih pitanja u praksi i teoriji.

Da li bi stoga neki oblik *međunarodne* vladavine prava bio odgovarajući cilj, kako bi se u materiji MIP uneo zadovoljavajući stepen pravne predvidljivosti i omogućilo efikasnije i legitimnije disciplinovanje država? Mnogi pozivi na reformu, i brojni radovi u ovoj oblasti, neizostavno kritikuju manjak konzistentnosti u odlučivanju i predlažu različite načine postizanja jednoobraznosti koja bi mogla pomoći državama da koriguju svoje ponašanje pre izbivanja spora. Međutim, ključno pitanje ostaje na stolu – koja konkretna supstantivna rešenja bi trebalo da budu vodilja za jednoobraznost? Zašto bi jedna u nizu formalno nepovezanih odluka u decentralizovanom sistemu rešavanja sporova kao što je arbitraža trebalo da bude vredna dalje primene u vidu precedenta? Kako se ističe u teoriji, konstantna primena lošeg rešenja ni po čemu suštinski nije bolja od različitih, ali manje predvidljivih odluka.¹²

Čak zanemarujući zabrinutost sa stanovišta legitimnosti u pogledu ovakvog kreiranja prava od strane arbitara, pitanja, iznosi i posledice koje su u igri (kao i dosadašnje iskustvo) nameće odbijanje pomalo darvinističke ideje da će „najbolje” odluke preživeti kao fokus izgradnje pravnog režima. Posle četvrt veka stalnog porasta broja slučajeva, ideja jasnih i predvidljivih pravila za države jednostavno nije ostvarena. Ostvarenje ideala vladavine prava, a ne vladavine pravnika još uvek je daleko.¹³ Trebalo bi shvatiti da činjenica da određena država ostaje u mreži BIS nije dovoljno opravdanje

¹¹ Potrebno je imati u vidu da su presude u nekim slučajevima bile u iznosima preko 1,5 milijarde dolara, zanemarujući pritom najveću presudu u istoriji međunarodne arbitraže u slučaju Jukosa protiv Rusije od preko 50 milijardi dolara, koja je nedavno dovedena u pitanje poništavajućom presudom nadležnog holandskog suda.

¹² T. Schultz, 'Against Consistency in Investment Arbitration' u Z. Douglas, J. Pauwelyn and J. E. Vinuales (ur.) *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford 2014.

¹³ Videti, na primer, J. Pauwelyn, 'The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus' (2015) 109 AJIL 761.

za očekivanje da će takođe biti spremna da bude zamorče za višedecenijsko eksperimentalno razvijanje „međunarodnih” ili „transnacionalnih” standarda, suočavajući se pritom sa finansijski drastičnim presudama. U situaciji koja sa pravom može biti ocenjena kao problematična, rezonovanje u presudi protiv države može biti dovoljno detaljno da bi se izbeglo poništavanje te odluke, ali da sa druge strane bude potpuno ignorisano (ili oštro kritikovano) u daljem razvoju MIP.¹⁴ Obaveza države da plati, pak, u svakom slučaju ostaje netaknuta.

- *Normativni obrt*

U paketu sa novim predloženim ili postojećim institucionalnim i proceduralnim reformama, u investicionoj arbitraži je potreban normativni obrt u odlučivanju kroz ponovno promišljanje pravih ciljeva koje je potrebno ostvariti. Potrebna je spremnost da prioritet ne bude izgradnja novog režima MIP i/ili nekritičko prihvatanje diskrecije arbitara u kvazi-*aequo et bono* maniru. Primenljivo pravo, shvaćeno u potpunosti, bi trebalo da omogući jačanje vladavine prava i dobrog upravljanja u cilju podizanja privlačnosti te države za dalji priliv stranih ulaganja.

Neophodno je donekle pojasniti koncept *vladavine prava* u ovom kontekstu. Shvatanja pojma vladavine prava mogu biti smeštene između više različitih polova.¹⁵ S jedne strane, moguće je razlikovati *institucionalno* shvatanje (gde se akcenat stavlja na usaglašenost akata sa pravom i pravilima, bez razmatranja same supstance tih pravila) i *supstantivno* (gde se postojanje određenog koncepta „prave” vladavine prava vezuje za postojanje konkretnih vrednosti ili garantovanih prava). S druge strane, moguća je podela na *instrumentalno* (gde se vladavina prava vidi kao oruđe u ostvarivanju određenog cilja u konkretnoj državi) i *samodovoljno* shvatanje (gde je vladavina prava pozitivna vrednost sama po sebi, bez obzira na „upotrebnju vrednost”).

Pristup predložen u ovom radu je pre svega u saglasju sa institucionalnim i instrumentalnim shvatanjima. Institucionalni koncept je znatno prilagođeniji zadatku arbitara i primeni domaćeg prava. Zahtevanje postojanja određenih supstantivnih kvaliteta u domaćem pravu vodi u kontroverze u pogledu ideologije, što bi trebalo izbeći ukoliko ne postoje dovoljno jasne smernice u primenjivanom BIS-u ili drugim relevantnim

¹⁴ Postoji, naravno, i druge legitime opcije na raspolaganju državama. Modifikacija ili zvanična interpretacija BIS ili pak napuštanje sistema MIP u potpunosti su neke od njih. U ovom radu, za razliku od mnoštva drugih u ovoj oblasti, se ne razmatraju te opcije. U meri u kojoj BIS ostaju sastavni deo svakodnevice u međunarodnom pravu, i dokle god je to slučaj, potencijal MIP za unapređenje nacionalne vladavine prava bi trebalo da bude prepoznat i iskorišćen.

¹⁵ Videti A. Santos, 258-259.

instrumentima. S druge strane, instrumentalno shvatanje je u velikoj meri određeno često izričitim ciljevima BIS, a to su priliv stranih investicija i ekonomski razvoj.

S druge strane, supstantivni upliv u odlučivanju ne može biti do kraja isključen. Standardi sadržani u BIS sadrže mogućnost fleksibilnog i diskrecionog odlučivanja koje, mada ne bi smelo da ima početni prioritet, svejedno treba da postoji kako bi bilo kontrateža potpuno institucionalnoj viziji vladavine prava. Sve što država odluči ne može biti prihvatljivo samo zato što je legalno, jer je to onda vladavina *pravom* a ne vladavina prava. U situacijama kada je to potrebno, mora postojati mogućnost da se utvrdi kršenje odredaba BIS i na osnovu supstantivnih razloga, bez obzira na eventualnu saglasnost određenog problematičnog akta sa ostatkom domaćeg prava.

Arbitražna odluka bi u idealnom scenariju trebalo da na ubedljiv način pokaže jednu od tri stvari: 1) da je ponašanje države bilo u suprotnosti sa domaćim pravom, i to u dovoljnom intenzitetu da zavređuje međunarodnu odgovornost; 2) da je ponašanje države bilo u saglasnosti sa domaćim pravom, ali da postoji odgovornost jer je to pravo samo po sebi u nesaglasju sa međunarodnim pravom (uz mogućnost upotrebe gorepomenute diskrecione moći) ili 3) da je ponašanje bilo u saglasnosti i sa domaćim i sa međunarodnim pravom. U slučajevima 2) i 3), od velike je važnosti da arbitri prepoznaju objektivni manjak preciznosti mnogih pravila međunarodnog prava i da obuzdaju preterani entuzijazam za „progresivnim razvojem” tih pravila po svaku cenu. I usvajanje i odbijanje zahteva investitora bi trebalo da nužno bude praćeno sistematičnom i rigoroznom argumentacijom, o čemu će sada biti nešto više reči.

3. Unapređenje nacionalne vladavine prava

Preokret u shvatanju svrhe investicione arbitraže počiva na tri osobine: a) ponovnom razmatranju najboljeg načina za ostvarivanje ciljeva zaštite stranih ulaganja; b) potpunijem shvatanju primenljivog prava i v) posebnoj posvećenosti kvalitetu i ubedljivosti rezonovanja.¹⁶

- Ponovno razmatranje ciljeva

U najkraćim crtama, promena u sveukupnom pristupu arbitara prema ciljevima BIS i MIP bi trebalo da obuhvata prestanak shvatanja pojedinačne zaštite individualnih investitora kao apsolutnog prioriteta i dovede do

¹⁶ Važno je napomenuti da reorijentacija u normativnom smislu ne podrazumeva i napuštanje svih dosadašnjih dostignuća u praksi investicionih tribunala. Različite odluke pružaju primere u skladu sa iznetim idejama i fokus bi u tom slučaju trebalo da bude na njihovom daljem razvoju.

stavljanja akcenta na doprinos odluke konstantnom unapređenju vladavine prava. Kao cilj, ovo bi zapravo trebalo da omogući (kroz unapređenje ponašanja države) izbegavanje budućih tužbi, makar u određenoj oblasti delovanja.

Primenjujući, uz manje izmene, čuvenu izreku, može se reći da prevashodni cilj ne bi trebalo da bude se „ribo“ (pravnom zaštitom) nahrani samo konkretni investitor, već da se pomogne u tome da država dosledno „peca“ (privuče i zadrži investitore kroz vladavinu prava i dobro upravljanje). Svakako, pojedini autori u ovoj oblasti smatraju da postojeće arbitražne odluke, kroz odgovarajuću naknadu štete, već doprinose tome da država bude opreznija u budućnosti. Međutim, imajući u vidu gore pomenute probleme u predvidljivosti supstantivnih pravila, neophodno je dublje razmatranje kako ključni elementi ubedljivosti rezonovanja i omogućavanja odgovarajućeg ponašanja države u budućnosti mogu da dobiju primarnu ulogu.

- Potpuniji pristup merodavnom pravu

Unapređenje vladavine prava zahteva vrlo konkretnu analizu, diskusiju i primenu merodavnog prava u sporu, obuhvatajući i domaću i međunarodnopravnu komponentu. Ono što je potrebno je formiranje potpune liste relevantnih domaćih i međunarodnih pravila koja su imala (ili bi trebalo da su imala) uticaja na ponašanje države u konkretnoj pravnoj situaciji koja je dovela do spora. Formiranje takve liste pravila je odraz međuzavisnosti i komplementarnosti domaćeg i međunarodnog prava u ovoj materiji, nezavisno od konkretnog instrumenta na osnovu koga je pokrenut spor.¹⁷

U zavisnosti od specifičnosti konkretnog slučaja (na primer, relevantnosti pitanja ljudskih prava) analiza čisto domaće komponente primenjivog prava može obuhvatiti ustav, zakone i podzakonske akte, kao i domaću sudsku praksu. Međunarodnopravne obaveze države mogu biti nađene u bilo kom od izvora iz člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, posebno imajući u vidu odredbe Bečke konvencije o pravu ugovora i generalno poželjnom cilju ostvarivanja jedinstva međunarodnog prava. Štaviše, ovakva analiza je u skladu sa najvećim brojem odredaba o merodavnom pravu u investicionoj arbitraži.¹⁸

Stoga je ne samo moguće, nego i potpuno opravdano, proglasiti državu odgovornom za eventualno kršenje odredaba svih ovih instrumenata, iako možda u praksi neke od tih odredbi obično nisu deo

¹⁷ H.E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford 2013) 302.

¹⁸ Ukratko, u slučajevima kada odredbe postoje, BIS u načelu predviđaju primenljivost i domaćeg i međunarodnog prava. U slučajevima kada nema odredbe, član 42(2) Vašingtonske konvencije (u slučajevima ICSID arbitraža) i pravila skoro svih relevantnih arbitražnih institucija predviđaju ili omogućavaju isti ishod.

razmatranja u investicionim sporovima, niti ih država u praksi poštuje u svom odnosu prema domaćim entitetima. Unikatan položaj i moć investicione arbitraže može biti upotrebljen za ovakvo „disciplinovanje”, ali uvek imajući u vidu potrebu za pažljivim obrazlaganjem.

Upravo spremnost tribunala da se uhvate u koštac sa svim ovim odredbama može potencijalno dovesti do unapređenja vladavine prava u tuženoj državi. Potpuno, sistematično i ubedljivo obrazlaganje odluka ne doprinosi samo prihvatljivosti potencijalno negativnog ishoda za državu, već omogućava pružanje „signala dobrog upravljanja” za budućnost.¹⁹

- Ubedljivost rezonovanja

Važno pitanje je kako investicioni tribunal može dostići zadovoljavajući nivo ubedljivosti u razmatranju merodavnog (pogotovo domaćeg) prava i da se nametne kao autoritet čije odluke će biti prihvaćene kao legitimne od strane obe strane u sporu, ali pogotovo tužene države.

Dva aspekta ovog pitanja zavređuju pažnju. Prvi je da li tribunali mogu pokazati zadovoljavajući nivo poznavanja izvora i principa domaćeg prava. Sa te strane, može se reći da dosadašnja praksa investicionih tribunala pruža primere da ovo može biti učinjeno ubedljivo i efikasno, nezavisno od relativne „opskurnosti” pojedinih pravnih sistema.²⁰ Mada saznavanje odredaba pojedinih, arbitrima slabo poznatih, pravnih sistema nije bez izazova, investicioni arbitri su u načelu dovoljno iskusni profesionalci čije sposobnosti u ovom pogledu ne bi trebalo potcenjivati.

Intrigantniji aspekt je postizanje uverljivosti i legitimnosti kada je u pitanju presuda da je određena odredba domaćeg, demokratski stvorenog, prava neprihvatljiva jer je u neskladu sa relevantnim standardom u BIS. Poseban izazov je da takva odluka ne bude viđena kao previše subjektivna ili kao previše zavisna od objektivno dosta neodređenih principa međunarodnog prava.

U ovakvim situacijama, oslonac na uporedno pravo i praksu bi trebalo da igra značajnu ulogu. Kako se ističe u literaturi, odluka tribunala će biti razumljivija i prihvatljivija ako se oslanja na analizu ponašanja drugih država, a ne isključivo na mišljenja članova tribunala koji su i sami delimično postavljeni kao predstavnici suprotstavljenih strana i stoga stvaraju inicijalni privid neobjektivnosti ka drugoj strani.²¹ Pažljivo izabrani pravni sistemi za uporednopravne argumente, pre

¹⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (Odvojeno mišljenje Tomasa Valdea od 1. decembra 2005.) 123. Videti takođe 16 istog mišljenja.

²⁰ Videti, na primer, analizu islamskog prava Jemena u odluci *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17 (Odluka od 6. februara 2008.) 207.

²¹ T. Cole, *The Structure of Investment Arbitration*, London 2013., 51.

svega na osnovu opravdanih veza i sličnosti sa sistemom tužene države, kao i dovoljno sistematična uporedna analiza, mogu značajno doprineti legitimnosti odluke tribunala ali i pružiti određene smernice državi ka potencijalnoj reformi u cilju izbegavanja budućih sporova.

- *Izazovi*

Neophodno je, naravno, imati u vidu objektivna ograničenja investicione arbitraže kao oruđa za unapređenje vladavine prava. Mogućnost ostvarivanja rezultata zavisi od niza faktora. Očigledan faktor je uopšte postojanje spora, ali od jednake važnosti je i priroda pitanja koja se razmatraju. Pitanja poput zakonodavne aktivnosti, pravnog okvira, ljudskih prava ili dobrog upravljanja ne javljaju se u svakom sporu – neki od njih su pre svega bazirani na (konceptualno jednostavnijem) tumačenju odredaba konkretnih ugovora. Konačno, presuda koja se zapravo bavi pitanjima vladavine prava, i to na ubedljiv i sistematičan način, ne mora nužno steći dovoljan publicitet u pravnim krugovima (ili široj javnosti) kako bi mogla postati predmet diskusije ili inspiracija za reforme u tuženoj državi.

Makar u pogledu ovog poslednjeg izazova, reorijentacija u supstantivnom pogledu je komplementarna proceduralnim reformama. Naime, skorašnje reforme u pogledu jačanja transparentnosti postupaka u investicionoj arbitraži pokazuju da je tajnost postupaka (ostatak nasleđa trgovinske arbitraže u razvoju sistema MIP) u definitivnom opadanju. Dostupnost podnesaka i samih odluka je preduslov za širu diskusiju, koja bi mogla da sa sadašnjih dosta kritičkih tonova prema investicionoj arbitraži pređe u sferu razmatranja unapređenja vladavine prava. Jačanje transparentnosti omogućava sve veći broj učesnika u ovom procesu.

4. Zaključne napomene – pogled unapred

Investiciona arbitraža ima veliki potencijal da unapredi vladavinu prava na nacionalnom nivou, pod uslovom da cilj decentralizovane mreže investicionih tribunala prestane da bude nezahvalan zadatak izgradnje „novog upravnog prava” na međunarodnom nivou ili prosto prihvatanje najšire diskrecije arbitara kao neminovnosti. Mada su napori ka izgradnji međunarodnog pravnog poretka možda i očekivana „profesionalna deformacija međunarodnih pravnika”,²² i široka diskrecija može delovati privlačno za arbitre, osobine i istorijat MIP, kao i potencijalne finansijske posledice odluka na države i njihovo stanovništvo, ukazuju da odlučivanje mora biti praćeno oprezom i rigoroznom sistematičnošću.

²² M.Kumm, ‘Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement’ u Sujit Choudhry (ur), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2006., 260.

Stoga bi arbitražno odlučivanje u ovim sporovima trebalo da bude praćeno preusmeravanjem normativnog fokusa. Nacionalni pravni sistem i vladavina prava su u načelu daleko značajniji za stranog investitora i dugoročno privlačenje stranih ulaganja od razvoja samog MIP. Doprinos njihovom jačanju, pored elementa zaštite konkretnog investitora, je stoga potpuniji i legitimniji način ostvarivanja ciljeva BIS. U svetlu različitih skorašnjih dešavanja i debata u pogledu budućnosti MIP, vreme je za nove ideje kako da nacionalna vladavina prava preuzme prioritet u odnosu na vladavinu investicionog prava.

Velimir Živković,

LL.M, MJur (Oxford), PhD Candidate

Associate Researcher, Institute of Comparative Law, Belgrade

INVESTMENT ARBITRATION AS A CONTRIBUTION TO THE NATIONAL RULE OF LAW

Summary

Investment arbitration has an enormous potential to enhance the rule of law at the national level, provided that the atomized investment tribunals network foregoes the perilous task of attempting to single-handedly build ‘new administrative law’ on the international plane or to consider exercise of broad discretion as a normatively satisfactory type of reasoning in awards. Arbitral decision-making should thus turn its normative focus. A national legal system and the rule of law is generally a more immediate concern for a foreign investor and arguably far more relevant for the attraction of foreign direct investment in the long term. The contribution to its enhancement in addition to providing piecemeal protection is thus a more complete and legitimate pursuit of international investment agreements’ aims, in addition to other incidental benefits.

Keywords: law on protection of foreign investments, international arbitration, rule of law.

KORUPCIJA I NJENA KONTROLA U SRBIJI I EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

U radu se upoređuju stanje korupcije i načini njene kontrole u Srbiji i zemljama EU kako bi se uočile razlike, odnosno faktori koji opredeljuju obim i trend korupcije i uspeh u njenoj kontroli. Analiza pokazuje da ne postoji suštinska razlika u spektru mera koje se sprovode i problemima koji se javljaju u njihovoj primeni između Srbije i zemalja EU. Postojeće razlike u percepciji građana o rasprostranjenosti korupcije proizvod su uticaja više faktora, a pre svega obima direktnog iskustva građana sa podmićivanjem i iskustva građana u ostvarivanju prava legalnim putem. Regulatorni mehanizmi koji treba da obezbede efikasnu kontrolu korupcije imaju ograničeni domet, prvenstveno oni koji uređuju finansiranje političkih stranaka i prijavljivanje imovine funkcionera. U radu se ukazuje i na nedostatak sadašnjeg dobrovoljnog pristupa registraciji lobiranja u EU, kao i na potrebu unapređivanja domaćeg sistema za kontrolu korupcije u skladu sa iskustvima zemalja EU.

Ključne reči: korupcija, stanje, kontrola, Srbija, Evropska unija

Jedan od ključnih principa koje treba ispoštovati u procesu prikuljučenja Evropskoj uniji svakako je vladavina prava, pa otuda i obezbeđivanje uspešne kontrole korupcije predstavlja imperativ za svaku zemlju koja teži punopravnom članstvu u Uniji, među kojima je i Srbija. Iako preovlađuje stav da je u Srbiji korupcija prisutna gotovo u svim porama društva neophodno je uporediti stanje korupcije u Srbiji sa stanjem korupcije u zemljama članicama EU, a naročito uporediti načine na koje se korupcija kontroliše u Srbiji i EU. To je neophodno kako bi se eventualno uočile moguće razlike u politici kontrole korupcije, ali i da bi se uočili drugi faktori koji eventualno opredeljuju obim i trend korupcije mimo postojećih mehanizama

¹ Vanredni profesor, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd; mail: slavisa.vukovic@kpa.edu.rs

² Vanredni profesor, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd; mail: goran.boskovic@kpa.edu.rs

za kontrolu korupcije. Za početak, važno je istaći da je određenje korupcije u Srbiji u skladu sa definicijom korupcije koja se koristi u EU, a od koje se polazi u razmatranju politike njene kontrole u Uniji. Tako, Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije određuje korupciju kao odnos koji se zasniva zloupotrebom službenog, odnosno društvenog položaja ili uticaja, u javnom ili privatnom sektoru, u cilju sticanja lične koristi ili koristi za drugoga³, dok Evropska komisija u svom Izveštaju protiv korupcije u Evropskoj uniji, korupciju određuje kao svaku „zloupotrebu ovlašćenja za privatnu dobit”⁴.

1. Stanje korupcije u Srbiji i Evropskoj uniji

Iako se na osnovu statističkih pokazatelja korupcije u javnom sektoru, prvenstveno preko agregatnog indikatora Kontrole korupcije Svetske banke i Indeksa percepcije korupcije koji izračunava Transparency International, ocenjuje napredak Srbije u borbi protiv korupcije od strane Saveta Evrope i Evropske komisije, teško je utvrditi stvarni nivo korupcije u Srbiji, naročito u javnom sektoru. Zbog toga se poslednjih nekoliko godina ukazuje da rezultati evaluacije napretka Srbije u borbi protiv korupcije možda mogu biti bolji nego što jesu ako bi se osim postojećih informacija napredak u toj oblasti procenjivao na potpunijim i ažuriranim podacima, a posebno kada bi postojali domaći indikatori korupcije ili metode evaluacije progressa u borbi protiv korupcije⁵. Ipak, u nedostatku tih preciznijih informacija uobičajeno je da se stanje i napredak Srbije u borbi protiv korupcije procenjuje preko Indeksa percepcije korupcije (CPI) koji objavljuje Transparency International. Taj Indeks za 2015. godinu pokazao je da je Srbija drugu godinu zaredom zabeležila neznatan pad indeksa percepcije korupcije. Sa skorom 40, Srbija zauzima 71. mesto među 168 zemalja i teritorija (prošle godine bila je na 78. mestu, od ukupno 175 zemalja), što pokazuje da je Srbija i dalje, kao i prethodnih 15 godina, svrstana među zemlje sa veoma raprostranjenom korupcijom⁶.

I pored toga, istraživanje javnog mnjenja pokazuje da većina ispitanika ne smatra korupciju najozbiljnijim problemom u zemlji, jer se ona rangira na trećem ili četvrtom mestu od 8,7 do 18 procenata. Prema jednom od istraživanja čiji su rezultati objavljeni 2012. godine⁷, direktno iskustvo

³ „Službeni glasnik RS”, br. 97/08, 53/10 i 66/11 – US

⁴ European Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-corruption report*, European Commission, Brussels 2014, 2.

⁵ J. Radović–Stojanović, „Statistički pokazatelji korupcije u javnom sektoru u Srbiji”, *Finansije* 1–6/2010, 78–103.

⁶ <http://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/59-srpski/naslovna/8180-cpi-2015-bez-napretka-u-borbi-protiv-korupcije>

⁷ P. van Duyne, E. Stocco, J. Dimitrijević, *Corruption policy in Serbia – from black box to transparent policy making*, Tilburg University, Viktimološko društvo Srbije, Beograd 2012.

davanja mita imalo je od 15 do 20 % ispitanika, a čak 20 % ispitanika nije nezadovoljno zbog toga. Građani su, prema tom istraživanju, smatrali da je korupcija najzastupljenija u političkim partijama (76,7 %), zatim u zdravstvenom sektoru (73,6 %), kao i u Vladinim institucijama, među kojima je policija najbolje rangirana sa 62,3 %. Ipak, stopa prijavljivanja korupcije policiji je bila niska, jer je 35 % onih koji su iskusili davanje mita smatralo prijavljivanje bespredmetnim, pošto niko za to ne brine.

Kao i u čitavom regionu, korupcija u Srbiji smatra se jednim od tri najveća društvena problema posle nezaposlenosti i siromaštva, stav je polovine ispitanika u istraživanju Centra za liberalno–demokratske studije⁸. Istraživanje tog Centra pokazalo je da postoje varijacije kada su u pitanju starost stanovništva, obrazovanje i prihod. Gotovo 60 % ispitanika uzrasta 45-59 godina opaža korupciju kao problem, dok u grupi starijih od 60 godina takvo opažanje ima 42%. U grupi ispitanika sa visokom stručnom spremom skoro 60% vidi korupciju kao glavni problem, dok u grupi sa osnovnim obrazovanjem vidi samo 37%. Slično tome, svega 44% najsiromašnijih stanovnika (sa prihodom po članu domaćinstva ispod 89 evra) vidi korupciju kao veliki problem, dok je kod najbogatijeg dela stanovništva (sa prihodom domaćinstva po članu većim od 169 evra) taj udeo 63%.

Da korupcija i drugi oblici krivičnih radnji predstavljaju veliku prepreku u poslovanju privrednih subjekata u Srbiji i da negativno utiču na investicije pokazuje istraživanje Kancelarije UN za droge i kriminal u saradnji sa Republičkim zavodom za statistiku iz 2013. godine⁹. Mito daju najčešće subjekti čije poslovanje je povezano sa uslugama smeštaja i ishrane, saobraćajem i skladištenjem i sa trgovinom na veliko i malo. Najviše se podmićuju službenici javnih komunalnih službi, policajci, opštinski ili pokrajinski službenici i carinici. Od svih poslovnih subjekata koji su imali kontakt sa državnim/javnim službenikom u periodu od 12 meseci pre istraživanja, 17 procenata je dalo mito, što je češće nego podmićivanje od strane građana (9,3%). U proseku poslovni subjekti godišnje su platili mito sedam puta. Podmićivanje je znatno češće među malim poslovnim subjektima (do devet zaposlenih) nego među onima sa većim brojem zaposlenih¹⁰. Najveći deo mita isplaćuje se u novcu

⁸ Centar za liberalno–demokratske studije, *Izveštaj o proceni korupcije: Srbija*, Centar za liberalno–demokratske studije, Beograd 2014, 5.

⁹ Kancelarija Ujedinjenih nacija za drogu i kriminal, *Poslovanje, korupcija i kriminal u Srbiji: Uticaj korupcije i ostalih krivičnih radnji na poslovno okruženje*, Kancelarija Ujedinjenih nacija za drogu i kriminal, Beč 2013.

¹⁰ Da se korupcija opaža kao veći problem u manjim kompanijama pokazalo je i ranije istraživanje Organizacije UN za industrijski razvoj i Kancelarije UN za droge i kriminal, a mogući razlozi za to su relativno veći stepen neformalnosti i bliskih odnosa između osoblja u manjim kompanijama što može stvoriti kulturu gde se korupcija lakše toleriše, kratkoročna vizija i perspektiva u poslovanju, kao i ograničeni finansijski resursi. UNIDO, UNODC, *Corruption prevention to foster small and medium-sized enterprise development (volume II)*, United Nations Industrial Development Organization, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna 2012, 2.

(45,2%) u proseku 52.588 dinara po mitu ili 935 evra, u vidu hrane i pića (25,5%) i ostale robe (21,7%). U 43,5% slučajeva plaćanje mita nudi predstavnik poslovnog subjekta a da to nije traženo od njega. Najčešće se mito plaća radi „ubrzavanja procedura koje se odnose na poslovanje“ (40,3%), „dobijanja boljeg tretmana“ (19%) i „omogućavanja završavanja procedure“ (11,3%). U 23,4% slučajeva mito se daje za buduće interakcije od interesa. Značajno je naglasiti da nijedan poslovni subjekt nije prijavio podmićivanje, jer smatraju da je uobičajeno da se to radi (34,2%), da nikoga ne bi bilo briga za to (30,8%) ili da je to znak zahvalnosti za pružanje usluge (21,6%). Podmićivanje se odvija i između poslovnih subjekata kako bi se obezbedile poslovne transakcije (6,6%).

U zemljama članicama Evropske unije stanje korupcije pokazuju dva istraživanja Eurobarometra koja su sprovedena za pripremu Antikorupcionog izveštaja EU početkom 2013¹¹. Za najveći broj zemalja rang CPI indeksa Transparency International-a u skladu je sa rezultatima Eurobarometra. Najbolje stanje je u Danskoj, Finskoj, Luksemburgu i Švedskoj, u kojima je manje od 1 % ispitanika imalo iskustvo sa podmićivanjem, dok je broj osoba koje misle da je korupcija raširena ispod proseka EU (20 %, 29 %, 42 % i 44 %). U Velikoj Britaniji je manje od 1 % ispitanika imalo iskustvo sa plaćanjem mita, što je najbolji rezultat u Evropi, ali u njoj 64 % ispitanika misli da je korupcija raširena. U Nemačkoj, Holandiji, Belgiji, Estoniji i Francuskoj više od polovine ispitanika misli da je korupcija rasprostranjena, dok je broj osoba od kojih se očekivalo da plate mito oko 2 %, a u Austriji oko 5 %. Lično iskustvo sa podmićivanjem u Mađarskoj imalo je 13 %, Slovačkoj 14 % i Poljskoj 15 % posebno u sektoru zdravstvene zaštite, dok je u drugim sektorima takvo iskustvo imalo manje od 1 % ispitanika (npr. policija, carina, političari, javni tužioci, itd.). Percepcija raširenosti korupcije u tim zemljama je veća od proseka EU (82 % u Poljskoj, 89 % u Mađarskoj i 90 % u Slovačkoj). U Portugalu, Sloveniji, Španiji i Italiji iskustvo sa podmićivanjem se kreće 1-3 %, ali se korupcija vidi kao ozbiljan problem verovatno zbog političkih skandala, finansijske i ekonomske krize (90, 91, 95 i 97 %). U Hrvatskoj, Češkoj Republici, Litvaniji, Bugarskoj, Rumuniji i Grčkoj udeo ispitanika od kojih je traženo ili očekivano mito kreće se između 6 % i 29 % ispitanika, dok 84 % do 99 % misli da je korupcija raširena u njihovoj zemlji. Letonija, Malta, Irska i Kipar ne odudaraju od proseka EU, odnosno na evropskom nivou 76 % ispitanika smatra da je korupcija raširena u njihovoj zemlji, dok 26 % Evropljana smatra da su lično pod uticajem korupcije u svakodnevnom životu. Na evropskom nivou više od 4 od 10 kompanija smatra da je korupcija problem u poslovanju, a takvo mišljenje u sektoru građevine

¹¹ European Commission, 5–7.

ima 50 % i 33 % u sektoru telekomunikacija i informacionih tehnologija. Što je kompanija manja češće se korupcija i nepotizam čine kao problem za poslovanje. Korupcija se najčešće posmatra kao problem u poslovanju kompanija Češkoj Republici (71 %), Portugalu (68 %), Grčkoj i Slovačkoj (u obe 66 %).

2. Kontrola korupcije u Srbiji i Evropskoj uniji

Srbija je preduzela niz aktivnosti s ciljem efikasnijeg sprečavanja i suzbijanja korupcije u skladu sa dokumentima međunarodnih i regionalnih organizacija¹². Krivično zakonodavstvo Republike Srbije u velikoj meri ispunjava standarde koje su postavili Krivičnopravna konvencija o korupciji Saveta Evrope, Dodatni protokol uz Krivičnopravnu konvenciju o korupciji i Konvencija Ujedinjenih Nacija protiv korupcije. Najveći deo obaveza preuzetih ratifikacijom međunarodnih dokumenata Srbija je ispunila stupanjem na snagu Krivičnog zakonika Srbije 01.01.2006. godine, a krivična dela za suzbijanje korupcije prvenstveno se nalaze među krivičnim delima protiv službene dužnosti (zloupotreba službenog položaja u članu 359, trgovina uticajem u članu 366, primanje mita u članu 367. i davanje mita u članu 368), ali i među krivičnim delima protiv privrede (zloupotreba položaja odgovornog lica iz člana 234. i zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom iz člana 234a)¹³.

Narodna skupština Republike Srbije usvojila je Nacionalnu strategiju za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji za period od 2013. do 2018. godine u kojoj su utvrđene oblasti prioritetnog delovanja i to: političke aktivnosti; javne finansije; privatizacija i javno-privatno partnerstvo; pravosuđe; policija; prostorno planiranje i izgradnja; zdravstvo; obrazovanje i sport; i mediji¹⁴. Te oblasti utvrđene su na osnovu analize indikatora o trendovima, obimu, pojavnim oblicima i drugim pitanjima vezanim za korupciju korišćenjem godišnjih izveštaja Agencije za borbu protiv korupcije (ABPK) o sprovođenju Strategije za borbu protiv korupcije iz 2005. godine, izveštaja Saveta za borbu protiv korupcije, izveštaja Evropske komisije o napretku Srbije iz 2012. godine, analiza Grupe država za borbu protiv korupcije Saveta Evrope (GRECO), Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj, Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, modela planova integriteta nastalih u saradnji sa organima vlasti u procesu koji

¹² Opširnije u: S. Vuković, N. Radović, *Prevenција organizovanog kriminala*, Dosije studio, Beograd 2012.

¹³ D. Kolarić, „Evropske integracije i suzbijanje korupcije u privatnom sektoru“, *Srpska politička misao* 4/2014, 94–95.

¹⁴ http://www.acas.rs/wp-content/uploads/2010/06/Nacionalna_strategija_za_borbu_protiv_korupcije.pdf

je koordinirala ABPK, analize percepcije građana o korupciji, izveštaja civilnog sektora i drugih relevantnih dokumenata.

Nacionalna strategija ukazuje na potrebu sprovođenja niza aktivnosti u prevenciji korupcije u svim prioriternim oblastima počev od: analize rizika na korupciju u postupku pripreme propisa; zapošljavanja i napredovanja u organima vlasti na osnovu kriterijuma i zasluga; transparentnosti u radu organa vlasti; edukacije o korupciji i načinima borbe protiv nje; aktivnijeg učešća civilnog društva i privatnog sektora u toj borbi; praćenja sprovođenja zaključaka i preporuka Narodne skupštine povodom izveštaja nezavisnih državnih organa; širenja i preciziranja nadležnosti i unapređenja kadrovskih kapaciteta i uslova rada Agencije za borbu protiv korupcije, Zaštitnika građana, Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti i Državne revizorske institucije; efikasnije zaštita uzbunjivača; do sprečavanje sukoba interesa zaposlenih u javnom sektoru. U oblasti političkih aktivnosti u Strategiji se ukazuje da nedostaju potrebni kapaciteti organa nadležnih za kontrolu finansiranja političkih aktivnosti, da Agencija za borbu protiv korupcije ima poteškoće u vezi sa proverama izveštaja o imovini i prihodima funkcionera zbog neprecizno definisanog zakonskog pojma, prava i obaveza funkcionera i nepostojanja kataloga javnih funkcija. Neprecizno definisana ovlašćenja i dužnosti Agencije u postupku kontrole i neadekvatna saradnja sa nadležnim organima, dodatno otežavaju postupak provere dostavljenih podataka. Kao faktori rizika u Strategiji su izdvojeni i nedovoljno učešće javnosti u procesu usvajanja propisa kroz obavezne javne rasprave, neregulisan proces lobiranja i još uvek nedovoljno jasni kriterijumi za predlaganje kandidata za direktore javnih preduzeća komisiji koja vrši konačnu selekciju, kao i kriterijumi za njihovo razrešenje i način vrednovanja njihovog rada.

U Izveštaju o radu za 2014. godinu ABPK ukazuje se da je potrebno izvršiti odgovarajuće izmene i dopune zakonske regulative, kako bi Agencija dobila odgovarajuće mehanizme za sprovođenje svojih nadležnosti¹⁵. U tom izveštaju se dalje ukazuje da Agencija nema dovoljno ljudskih i materijalnih resursa za praćenje imovine i prihoda funkcionera, posebno imajući u vidu broj i učestalost redovnih i vanrednih izbora od nacionalnog do lokalnog nivoa, kao i česte promene zakonodavstva o finansiranju političkih aktivnosti. Zbog toga se u Izveštaju konstatuje da obavljanje funkcija Agencije nije omogućeno u potpunosti u smislu člana 6. Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije i ukazuje na mišljenje iz izveštaja Evropske komisije o napretku Srbije da treba unaprediti kapacitete Agencije za prikupljanje i analizu podataka, obezbediti joj

¹⁵ Agencija za borbu protiv korupcije, *Izveštaj o radu za 2014. godinu*, Agencija za borbu protiv korupcije, Beograd 2015, 83–84.

pristup relevantnim bazama podataka, adekvatne nadležnosti i sredstva kako bi ona mogla da ostvari svoj mandat. Takođe, treba izmeniti i dopuniti zakonodavstvo kako bi Agencija mogla da vrši nadzor nad sprovođenjem Strategije i Akcionog plana. Zbog navedenih razloga Agencija je podnela Ministarstvu pravde inicijativu za donošenje novog zakona o ABPK, jer je tokom primene važećeg zakona uočena potreba da se veći broj odredaba pojasni i precizira i da se na drugačiji način urede određena bitna pitanja vezana, pre svega, za sukob interesa, kumulaciju javnih funkcija, prijavljivanje imovine i prihoda funkcionera i ovlašćenja Agencije¹⁶. To je potrebno i za usklađivanje sa Nacionalnom strategijom za borbu protiv korupcije i Akcionim planom za njeno sprovođenje. Uz to, u preporukama 8 i 9 Izveštaja o Trećem krugu evaluacije koju je sproveo GRECO 2010. godine istaknuto je da je neophodno da se preciziraju mandat i ovlašćenja Agencije za borbu protiv korupcije u pogledu nadzora nad finansiranjem političkih stranaka i izbornih kampanja, da se toj Agenciji poveri, na nesumnjiv način, vodeća uloga u tom smislu, kao i da se povećaju njeni finansijski i ljudski kapaciteti tako da bude osposobljena da obezbedi suštinsku, proaktivnu i brzu kontrolu finansiranja stranaka¹⁷. U svakom slučaju u 2014. godini u oblasti sukoba interesa i kontrole imovine Agencija je donela više meritornih odluka nego 2012. godine (1093 prema 337), dok je u kontroli imovine podneto 14 krivičnih prijava, za razliku od 2012. godine kada je podneta jedna.

Kakvo je aktuelno stanje kontrole korupcije u zemljama članicama EU pokazuje Antikorupcijski izveštaj Evropske komisije iz 2014. godine¹⁸. U tom Izveštaju se ukazuje da su GRECO evaluacije o finansiranju političkih partija uticale su na reformu zakonodavstva u toj oblasti u velikom broju zemalja članica EU i povećanje transparentnosti. U vreme objavljivanja Izveštaja u dve zemlje članice nije bilo ograničenja u pogledu anonimnih donacija političkim partijama, a u jednoj od njih objavljivanje računa političkih stranaka nije bilo obavezno. Kao primer dobro uređenog i transparentnog sistema finansiranja stranaka navedena je Finska koja je izmenila Zakon o političkim strankama 2010. godine u skladu sa preporukama GRECO. Ipak, opšta je ocena da proaktivni nadzor i odvratajuće sankcionisanje ilegalnog finansiranja stranaka još uvek nisu redovne prakse u zemljama EU, pa je zato ukazano da treba bolje sprovoditi zakone u praksi. Često je bio slučaj da

¹⁶<http://www.acas.rs/agencija-podnela-inicijativu-za-donosenje-novog-zakona-o-agenciji-za-borbu-protiv-korupcije-2/> 14.03.2016

¹⁷ GRECO, *Treći krug evaluacije. Izveštaj o evaluaciji transparentnosti Finansiranja političkih stranaka za Republiku Srbiju (Tema II)*, Savet Evrope, Generalni direktorat za ljudska prava i pravne poslove, Direktorat za monitoring, Strazbur 2010, 31.

¹⁸ European Commission, 8–12.

se otvaraju nove rupe u zakonu kada se jedne zatvore, kroz kreditiranje, šeme sa višestrukim donacijama, nedovoljan nadzor fondacija ili drugih tela povezanih sa političkim strankama, itd.

Preventivne politike u kontroli korupcije u članicama EU, prema podacima iz navedenog Izveštaja, obuhvataju različite aktivnosti, kao što su: usvajanje jasnih etičkih pravila, jačanje svesti o opasnosti korupcije i mogućnostima njenog sprečavanja i suzbijanja, izgrađivanje kulture integriteta, zauzimanje jasnog stava rukovodstva u odnosu na pitanja integriteta u pojedinačnim organizacijama, uspešne mehanizme unutrašnje kontrole, jačanje transparentnosti, lak pristup javnosti podacima od javnog značaja, uspešne sisteme za evaluaciju performansi javnih institucija, itd. U nekim članicama te aktivnosti ne daju ubedljive rezultate dok su u drugim uspešne i doprinose dugotrajnoj reputaciji čistih zemalja, kao što je slučaj u Holandiji u kojoj se aktivno unapređuje integritet javnog sektora i u kojoj je osnovana Kancelarija za unapređivanje integriteta u javnom sektoru u sastavu Ministarstva za unutrašnje poslove i odnose Kraljevstva. Mnogi gradovi i lokalne zajednice u toj zemlji sprovode lokalnu politiku integriteta koja je poslednjih 20 godina postala sastavni deo lokalnog upravljanja. Ipak, ocena je da je interna kontrola u mnogim članicama EU slaba i nekoordinisana posebno na lokalnom nivou¹⁹.

Problem predstavlja i nedostatak usklađene definicije "javni funkcioner" na nivou EU koja bi uključila izabrane funkcionere. Zato je Evropska komisija predložila usvajanje direktive 2012. godine sa definicijom "javnog funkcionera" koja obuhvata i osobe koje imaju zakonodavnu funkciju, ali su pregovori sa Svetom i Evropskim parlamentom pokazali nedostatak podrške²⁰. Opšti trend u EU je ka striktnijim zahtevima za prijavljivanje imovine javnih funkcionera tako da se u nekim članicama traže brojne informacije o njihovoj imovini, dok se u drugim traži manje informacija ili se one uopšte ne traže. Za proveru tih prijava u nekim članicama nadležna tela imaju ograničena ovlašćenja i sredstva, u drugim je malo dokaza o aktivnoj implementaciji tih pravila, a u manjem broju zemalja sistem provere je složen i obiman i doprinosi uspehu. Ipak, manje je primera da se sprovodi temeljna verifikacija od strane specijalizovanih nezavisnih agencija koja imaju neophodna ovlašćenja i sredstva za proveru porekla imovine kroz razne baze podataka (poreske administracije, trgovinski registar, itd.). Propisi i sankcije kod postojanja sukoba interesa razlikuju se među članicama, zakonodavstvo u nekim zemljama pokriva širok spektar izabranih i postavljenih javnih funkcionera, kao i specijalizovane agencije nadležne za provere. Međutim, verifikacije su često formalnost, ograničene su

¹⁹ *Ibid*, 10.

²⁰ *Ibid*, 9.

na administrativne provere, a kapaciteti za nadzor često su nedovoljni. Sukobi interesa po pravilu nisu inkriminirani u EU (u jednoj zemlji jesu), nema izveštaja o primerima uspešnog gonjenja, a pitanje nezavisnosti policije i tužilaštva je istaknuto kao problem u nekim članicama EU²¹.

Od sredine 1990-ih, Evropska unija je preduzela i dodatne napore da uspostavi dijalog sa civilnim sektorom i uključi ga u proces donošenja politika i propisa na nivou Evropske unije, a praksa pridruživanja je pokazala da je u svim državama, naročito onima koje su dugo bile pod autokratskom vladavinom, neophodno jačanje demokratskih institucija i uspostavljanje demokratskih procesa u čemu značajnu ulogu ima aktivan dijalog sa civilnim sektorom²². Na nivou EU jasno je uočena i potreba uređivanja procesa lobiranja kako bi se na taj način smanjio upliv korupcije na proces kreiranja politike EU. Prema podacima iz Izveštaja Transparency International EU²³, Evropska komisija je prijavila ukupno 4318 lobi sastanaka u periodu od decembra 2014. do juna 2015. godine, od kojih je 75% održano je od strane evropskih Komesara i njihovih najbližih savetnika sa predstavnicima interesa korporacija, odnosno kompanija i industrije. 18% su sastanci sa nevladinim organizacijama, 4% sa ekspertima i 2% sa lokalnim vlastima. Google, General Electric i Airbus su među najaktivnijim lobistima, a prva dva opredeljuju i najviše godišnje budžete za te namene u Briselu (€3.5 miliona). Od 7821 registrovanih organizacija iz EU Registra transparentnosti (registar lobista u Briselu) 4879 nastoji da utiče na političke odluke EU za interese korporacija. Exxon Mobil, Shell i Microsoft (svi €4.5-5 miliona) su prva tri potrošača. Jaka je povezanost između količine novca koji se troši i broja sastanaka koji se dobija, posebno kod finansijskih, digitalnih i energetske portfelja. Kompanije sa više od 10 sastanaka na visokom nivou sa Evropskom komisijom u analiziranih 6 meseci prijavile su najmanje €900,000 godišnje troškova za lobiranje, sa izuzetkom Airbus-a koji je prijavio €400,000. Portfelji za Klimu i Energiju (487 sastanaka), Zapošljavanje i Razvoj (398), Digitalnu ekonomiju (366) i Finansijska tržišta (295) trenutno imaju najveću pažnju lobista. Velike globalne nevladine organizacije, poput WWF i Greenpeace, su među prvih 10 organizacija po broju sastanaka, ali se ti sastanci često održavaju kao veliki okrugli stolovi sa puno učesnika.

Navedeni podaci iz Izveštaja Transparency International EU pokazuju samo mali deo slike o uticaju lobista na kreiranje politika EU, jer se odnose na 1% zvaničnika Evropske komisije i 20% registrovanih

²¹ *Ibid.*, 11–12.

²² Opširnije u: A. Knežević – Bojović, „Učešće civilnog sektora u procesu pridruživanja Evropskoj uniji i praksa nacionalnog konventa o EU“, *Strani pravni život*, 2/2015, 131-144.

²³ Podaci koji slede navedeni su prema: D. Freund, *EU Intergity watch – Brussels lobbying in numbers*, Transparency International EU, Brussels 2015, 3–5.

lobi organizacija. U pitanju su najviše rangirani zvaničnici Komisije, odnosno do 300 takvih lica od ukupno 30,000 koliko ih radi u Evropskoj komisiji. Pošto se zvaničnici lobiraju na svim nivoima potrebna je veća transparentnost kako bi se javnost uverila u integritet kreiranja politika EU, posebno kroz objavljivanje tzv. "zakonodavnog otiska" – javnog izveštaja lobi sastanaka i drugih uticaja na politike i zakonodavstvo²⁴. Mnogo lobi organizacija još uvek nije u registru, među kojima je 14 od 20 najvećih advokatskih kancelarija na svetu koje imaju svoje kancelarije u Briselu (npr. Clifford Chance, White & Case, Sidley Austin). Od tih 14 advokatskih kancelarija 11 su registrovane kao lobi organizacije u Vašingtonu gde je registracija obavezna, što ukazuje na nedostatak sadašnjeg dobrovoljnog pristupa registraciji lobiranja u EU²⁵. Mnoge informacije koje lobisti dobrovoljno popunjavaju u registru lobiranja nisu tačne, niti kompletne, a nekada su i potpuno besmislene. Tako, na primer, preko 60% organizacija koje su lobirale Evropsku komisiju za trgovinski sporazum EU–US nisu adekvatno objavile te aktivnosti, a mnoge banke uključujući HSBC, BNP Paribas i Lloyds koje su imale sastanke na temu reforme paketa finansijskih usluga nisu objavile u registru lobiranja da su aktivne u toj oblasti²⁶.

3. Zaključna razmatranja

Unapređivanje mehanizama s ciljem sprečavanja i suzbijanja korupcije nije samo potreba u Srbiji, već kao što se može videti i u brojnim članicama Evropske unije. Izazovi koje postavlja kontrola korupcije veliki su i ne podrazumevaju samo normativno-pravno unapređivanje mehanizama kontrole korupcije, već i stvaranje uslova za što dosledniju primenu postojećeg pravnog okvira. Neophodno je jačati svest o značaju dosledne primene i kontinuiranog unapređivanja normativno-pravnog okvira koji uređuje mehanizme kontrole korupcije, posebno u zemljama u tranziciji čija je ekonomija nedovoljno jaka, odnosno koje su opterećene problemima siromaštva i nezaposlenosti, i u kojima zbog vlasničke transformacije kapitala posebno treba smanjivati uslove za razvoj različitih oblika finansijskog kriminala²⁷. Poređenje mehanizama za kontrolu korupcije u Srbiji i zemljama EU ukazuje da ne postoji suštinska razlika ne samo u spektru mera koje se sprovode, nego i u problemima koji se javljaju u njihovoj primeni u zemljama

²⁴ *Ibid*, 8.

²⁵ *Ibid*, 9.

²⁶ *Ibid*.

²⁷ Opširnije u: S. Novaković, D. Vukasović, „Modaliteti finansijskog kriminala kod vlasničke transformacije kapitala u tranzicionim ekonomijama“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 1/2014, 173-184.

članicama EU. Postojeće razlike u percepciji građana o rasprostranjenosti korupcije proizvod su uticaja mnogobrojnih faktora, a pre svega obima direktnog iskustva građana sa podmićivanjem i s tim u vezi iskustva građana u ostvarivanju prava legalnim putem. Nije realno očekivati da pravna nadgradnja (uključujući i etičke kodekse) ostvari veći efekat na sprečavanje korupcije ako ona treba da se primenjuje u društvu u kome se korupcija smatra moralno prihvatljivom²⁸. Jednostavno sticanje punopravnog članstva u EU ne garantuje da će time biti obezbeđena i uspešna kontrola korupcije u zemlji članici, o čemu svedoči i iskustvo Hrvatske²⁹. S obzirom da istraživanja u Srbiji pokazuju da su građani preokupirani rešavanjem ključnih problema siromaštva i nezaposlenosti teško je očekivati da će oni preuzeti aktivniju ulogu u smanjivanju nivoa korupcije, što praktično znači da će mehanizmi za kontrolu korupcije još dugo morati biti preokupacija državnih organa. Na to upućuju i zaključci analize iskustava u 115 zemalja u razvoju sa relativno visokim nivoom korupcije koja je pokazala da politička korupcija postaje značajan faktor koji utiče na ishod izbora u situacijama kada režim ne uspeva da održi dovoljan nivo ekonomskog rasta³⁰. Do tada praktično znači da se korupcija na neki način neformalno toleriše od strane građana i da ne treba očekivati da će građani na izborima kazniti korumpiranu političku vlast. S druge strane, u konsolidovanim demokratijama gde su demokratske vrednosti i norme duboko usađene u svesti građana i gde je nivo ekonomskog razvoja dovoljno visok da podrži njihovo blagostanje može se očekivati da građani na izborima izvrše takav uticaj u smislu kažnjavanja korumpiranih političara³¹.

Brojni regulatorni mehanizmi koji treba da obezbede efikasnu kontrolu korupcije za čije sprovođenje su nadležni državni organi takođe imaju ograničeni domet, prvenstveno kada je reč o onim mehanizmima koji uređuju finansiranje političkih stranaka i lobiranje³². Ovo zbog toga što koruptivni uticaj može biti ostvaren kroz donacije privatnih korporacija za izborne kampanje. U prilog tome ide i istraživanje podataka o finansiranju izbornih kampanja i političkoj korupciji u 78 zemalja, koje je pokazalo da korupcija može nastati iz aktivnosti koje su legalne, a kojima

²⁸ N. Mrvić-Petrović, „Sukob interesa kao neetično ponašanje“, *Bezbednost*, 1/2013, 5–16.

²⁹ D. Dobrić, A. Matijević, „Korupcija u javnoj upravi s osvrtom na Republiku Hrvatsku“, *Strani pravni život* 2/2013, 291–314.

³⁰ E. Choa, J. Woo, „Political corruption, economic performance, and electoral outcomes: a cross-national analysis“, *Contemporary politics* 3/2010, 249–262.

³¹ *Ibid.*, 259.

³² Opširnije u: J. Ćirić, „Finansiranje političkih stranaka i sukob interesa“, *Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji – od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, UNICRI, Institut za uporedno pravo i Univerzitet u Firenci Odsek za uporedno i krivično pravo, Beograd 2008.

se donatorima uzvrća za njihove doprinose³³. Autorka tog istraživanja ukazuje da iako je uzvrćanje za date donacije ilegalno ono se odvija tako što državni službenici koriste svoje pozicije moći da izvitopere pravila i prilagode propise i odluke u prilog svojih finansijera, čime se neutrališe svrha zakona. Zato su statistički modeli pokazali da izborni propisi ne igraju značajnu ulogu u prevenciji korupcije i da privatne korporacije koriste izborne zakone da izbegnu etiketu kriminalaca, tako da donacije mogu značajno uticati na ishode politike, ne nužno neposredano, već opšte dugoročno, u smislu oblikovanja uslova za nadmetanje na tržištu ili pokušaja rukovođenja institucijama kako bi se preoblikovali politički odnosi³⁴. U tom smislu treba realno sagledati mogućnosti sprečavanja korupcije kroz postojeće mehanizme koji se po svom usmerenju i problemima u primeni ne razlikuju suštinski od onih u zemljama EU. Čini se da poboljšanje ekonomskog blagostanja i otklanjanje nedostataka u primeni tih mera u Srbiji kroz učenje na iskustvu zemalja EU može biti ne samo ispravan nego i realan put ka izgradnji efikasnog domaćeg sistema za kontrolu korupcije.

Slavisa Vukovic, Ph.D., Associate professor
Academy of Criminalistics and Police Studies, Belgrade
Goran Boskovic, Ph.D., Associate professor
Academy of Criminalistics and Police Studies, Belgrade

CORRUPTION AND ITS CONTROL IN SERBIA AND THE EUROPEAN UNION

Summary

The paper compares state of corruption and way of its control in Serbia and the EU in order to identify differences and factors that determine the extent and trend of corruption and success in its control. The analysis shows that fundamental differences dont exist in spectrum of measures implemented and problems that arise in their application between Serbia and the EU. Existing differences in perception extent of

³³ N. Evertsson, „Political corruption and electoral funding: a cross-national analysis“, *International criminal justice review* 1/2013,

³⁴ *Ibid.*

corruption by citizens are product of several factors influence, primarily the volume of direct citizens' experiences with bribery and experiences of citizens in accomplishing their rights through legal channels. Regulatory mechanisms which should ensure efficient control of corruption have a limited range, especially those governing financing of political parties and declaration of assets of public officials. The paper points to a problem with the current voluntary approach to registration of lobbying in the EU, as well as the need to improve the national system for the control of corruption in line with the experiences of the EU countries.

Key words: corruption, state, control, Serbia, the European Union

ODGOVORNOST ZA NEDOSTATKE PROIZVODA U PRAVU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA (RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, PRODUCTS LIABILITY)

Apstrakt

U ovom radu su pojedina pitanja odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom u pravu SAD prikazana u kontekstu njihovog odnosa sa rešenjima iz Direktive o odgovornosti za proizvode s nedostatkom 85/374/EEC Evropske unije (EU). Razmatra se problem definisanja pojma nedostatka kod proizvoda, kao i oblik odgovornosti koji se primenjuje u zavisnosti od vrste nedostatka kod proizvoda. Takođe, u radu se razmatraju i druga pitanja kao što su: krug odgovornih i oštećenih lica, dokazivanje postojanja nedostatka, vrste štete i odgovornost za posebne grupe proizvoda.

Ključne reči: *nedostaci kod proizvoda, neispravan proizvod, šteta, odgovornost proizvođača.*

1. Uvodna razmatranja

Restatement (Third) of Torts² je objavljen 1998. godine od strane Američkog pravnog instituta. Smisao donošenja Trećeg Ristejtmanta je u razmatranju postojećeg stanja u pravu Sjedinjenih Američkih Država (SAD) i predlaganju određenih pravaca koje treba slediti u budućnosti.³ Treći Ristejtmant nije zvaničan zakonski akt tako da sudovi nisu u obavezi da slede pravila koja se nalaze u njemu. Sudovi mogu, shodno svojoj diskrecionoj oceni, pravila iz Trećeg Ristejtmanta usvojiti u potpunosti ili u delovima.⁴

Odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom u pravu SAD biće prikazana u kontekstu njenog odnosa sa Direktivom o odgovornosti

¹ Asistent na Departmanu za pravne nauke Državnog univerziteta u Novom Pazaru; e-mail: smanic@np.ac.rs ; manicsamir@hotmail.com

² U daljem tekstu – Treći Ristejtmant.

³ W. McKechnie, „Consumer Protection under the European Product Liability Directive and the Restatement (Third) of Torts: Product Liability“, *Irish Student Law Review*, Vol. 9, (2001), 52.

⁴ *Ibid.*, 53.

za proizvode s nedostatkom 85/374/EEC Evropske unije (EU).⁵ Kao i većina pitanja iz oblasti privatnog prava u SAD i odgovornost proizvođača proizvoda s nedostatkom prepuštena je svakoj od država pojedinačno, pa može da varira od jedne do druge države. Zbog ove činjenice, prikazaćemo samo glavne tokove odgovornosti za proizvode s nedostatkom kroz njihovu komparaciju sa Direktivom 85/374/EEC.

2. Nedostaci kod proizvoda

U SAD, Restatement Second of Torts (1965)⁶ nije pravio razliku između različitih nedostataka kod proizvoda.⁷ U ovoj fazi u razvoju prava SAD, smatralo se da proizvod ima nedostatak ukoliko je previše opasan.⁸ Kasnije, u sudskim odlukama donetim posle Drugog Ristejntmenta, uspostavlja se razlika između tri različite vrste nedostataka, i to: proizvodnih nedostataka, nedostataka u dizajnu i nedostataka u upozorenjima.⁹ Takođe, i za Treći Ristejntment je karakteristična tripartitna podela koja formira različite uslove odgovornosti u zavisnosti od vrste nedostatka kod proizvoda.¹⁰

U delu § 2. Trećeg Ristejntmenta govori se o kategorijama nedostataka kod proizvoda. Navodi se da je proizvod neispravan kada, u trenutku prodaje ili distribucije, sadrži nedostatak nastao u postupku proizvodnje, neispravnost u dizajnu, ili ima nedostatak zbog neodgovarajućih uputstava ili upozorenja. Proizvod: a) sadrži nedostatak nastao u postupku proizvodnje kada proizvod odstupa od predviđenog projekta proizvoda iako je pokazana sva moguća pažnja tokom proizvodnje i marketinga proizvoda; b) ima nedostatak u dizajnu kada se predvidljivi rizik od štete, koji sa sobom nosi proizvod, mogao smanjiti ili izbeći usvajanjem razumnog alternativnog dizajna (...), a propuštanje alternativnog dizajna čini da proizvod nije razumno bezbedan; c) je defektivan zbog nedostataka odgovarajućih uputstava i upozorenja kada se predvidljivi rizik od štete, koji sa sobom nosi proizvod, mogao smanjiti ili izbeći obezbeđenjem razumnog uputstva ili upozorenja (...), a propuštanje uputstva ili upozorenja čini da proizvod nije razumno bezbedan.

⁵ Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) - u daljem tekstu: Direktiva 85/374/EEC

⁶ U daljem tekstu - Drugi Ristejntment.

⁷ C. J. Gonzalez, „Products Liability in Europe and the United States“, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, Issue 2 (May-August 2012), 279.

⁸ D. G. Owen „The Evolution of Products Liability Law“, *Review of Litigation*, Fall 2007, Vol. 27 Issue 1, 986.

⁹ J. Zekoll, „Liability for Defective Products and Services“, *American Journal of Comparative Law Supplement*, 2002., Vol. 50, 123; R. W. Wright, „Principles of Product Liability“, *Review of Litigation*, Vol. 26, Issue 4 (2007), 1072; D. G. Owen (2007), 986.

¹⁰ W. McKechnie, 53; J. Zekoll, 123; D. G. Owen (2007), 986- 987.

Ilustracije radi, ukoliko je određeni automobil proizveden sa neispravnim gumama, radi se o proizvodnom defektu; nasuprot tome, ako svi automobili iz iste marke i modela imaju isti nedostatak, radi se o nedostatku u dizajnu; i, na kraju, ako je šteta prouzrokovana usled neadekvatnih upozorenja o korišćenju i karakteristikama guma, radi se o nedostatku u upozorenjima.¹¹

Prema mišljenju određenog broja autora, najveći doprinos Trećeg Ristejntmenta je definisanje nedostataka u dizajnu i u odgovarajućim uputstvima i upozorenjima.¹² Ova konstatacija se pokazala tačnom i zbog činjenice da je najviše raspravljana odredba Trećeg Ristejntmenta upravo odredba koja se odnosi na definisanje nedostatka u dizajnu.¹³ Izričito oslanjanje Trećeg Ristejntmenta na koncept razumne bezbednosti, izražene u kontekstu dokazivanja da je sigurniji, razuman, alternativan dizajn bio dostupan u vreme prodaje proizvoda s nedostatkom, odražava stav većine u pravu SAD.¹⁴

Prema članu 6. Direktive 85/374/EEC proizvod ima nedostatak kada ne obezbeđuje sigurnost koja se sa pravom može očekivati, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući: a) reklamiranje proizvoda; b) svrhu za koju se razumno moglo očekivati da će proizvod biti korišćen; i c) vreme stavljanja proizvoda u promet. Ovaj način određivanja nedostatka proizvoda može biti izvor brojnih rasprava, ali i šansa sudija da pod velom tumačenja izgrade sopstveni, svrsishodni pristup ovom problemu.¹⁵ Bitna karakteristika Direktive 85/374/EEC ogleda se u činjenica da se putem njenih odredaba predviđa isti režim objektivne odgovornosti za sve vrste nedostataka. Odnosno, kod Direktive 85/374/EEC se ne pravi razlika između proizvodnih nedostataka, nedostataka u dizajnu i nedostataka u upozorenjima, i tu činjenicu navode mnogi autori kao jedan od njenih nedostataka.¹⁶

2.1. Nedostaci nastali u postupku proizvodnje - proizvodni nedostaci

Nedostaci nastali u postupku proizvodnje su nedostaci koji nastaju kao posledica odstupanja od nameravanog plana proizvoda i obično se javljaju u samo nekim od proizvoda.¹⁷ Neki autori smatraju da Treći

¹¹ Primer preuzet od: C. J. Gonzalez, 279.

¹² J. A. Henderson, A. D. Twerski, „What Europe, Japan, and Other Countries Can Learn from the New American Restatement of Products Liability“, *Texas International Law Journal*, Vol. 34, Issue 1 (Winter 1999), 7.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ G. Howells, „Product liability – a history of harmonisation“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005a., 211.

¹⁶ Vidi: J. A. Henderson, A. D. Twerski, 13- 14; J. Stapleton, „Bugs in Anglo-American products liability“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005, 305.

¹⁷ R. W. Wright, 1073; J. Zekoll, 123-124.

Ristejment bez potrebe koristi naziv *Manufacturing Defects* (nedostaci nastali u postupku proizvodnje) umesto *Construction Defect* (nedostatak u konstrukciji), jer nedostatak može nastati (npr. zbog pogrešnog rukovanja) i dok proizvod prolazi kroz lanac komercijalne distribucije posle njegove proizvodnje, pa će objektivna odgovornost pogoditi bilo kog prodavca ili distributera u lancu koje prelazi proizvod u defektnom stanju.¹⁸

Odgovornost za štetu prouzrokovanu od nedostatka nastalog u postupku proizvodnje je objektivnog karaktera.¹⁹ Ova konstatacija jasno proizilazi iz pravila Trećeg Ristejmenta gde je svako raspravljanje o mogućnosti razumnog postupanja proizvođača izričito isključeno.²⁰ Ovaj tip nedostatka kod proizvoda vezuje za sebe istinsku objektivnu odgovornost, jer proizvođač se ne može osloboditi odgovornosti za štetu dokazujući da je preduzeo sve neophodne mere i pokazao svu moguću pažnju koja je bila potrebna u proizvodnji i prometu proizvoda.²¹ Tužilac treba samo da pokaže odstupanje proizvoda od predviđenog projekta, što govori u prilog zaključku da će odgovornost biti izrečena za sve tipove nedostataka nastalih u postupku proizvodnje uključujući i nepredvidljive, nesaznatljive, nedostatke.²² Takođe, iz stanja sudske prakse proizilazi da u SAD, izuzev nekoliko država koje nisu usvojile nikakav oblik objektivne odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom, postoji opšta saglasnost da je odgovornost za štetu zbog nedostataka nastalih u postupku proizvodnje objektivnog karaktera.²³

2.2. Nedostaci u dizajnu

Posmatrano sa ekonomskog aspekta, nedostaci u dizajnu kao i nedostaci u upozorenjima i uputstvima su mnogo važniji od nedostataka koji nastaju u postupku proizvodnje, zbog same činjenice da utiču na čitave serije proizvoda.²⁴

Kada se radi o nedostacima u dizajnu određenog proizvoda, oštećenom licu se ne pruža isti stepen zaštite kao u slučaju nedostataka nastalih u postupku proizvodnje. Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda s nedostatkom u dizajnu i adekvatnim upozorenjima i uputstvima, koja je zasnovana na krivici, najverovatnije je najupadljivije

¹⁸ R. W. Wright, 1073.

¹⁹ G. Howells, (2005a), 207.

²⁰ W. McKechnie, 54; G. Howells, „Defect in English law – lessons for the harmonisation of European product liability“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005b., 141.

²¹ J. Zekoll, 123.

²² W. McKechnie, 54.

²³ R. W. Wright, 1073.

²⁴ J. Zekoll, 124; C. J. Gonzalez, 279.

obeležje celokupne odgovornosti predviđene Trećim Ristejmentom.²⁵

Odeljak 2 (b) Trećeg Ristejmenta ograničava razmatranje na predvidljive rizike od štete.²⁶ Teret dokazivanja je na tužiocu koji mora dokazati postojanje alternativnog dizajna, koji je bio razuman ili prikladan u kontekstu važećih standarda na dan kada je proizvod stavljen na tržište.²⁷ Pored ove okolnosti, tužilac je, takođe, dužan dokazati i činjenicu da usvajanje alternativnog dizajna smanjuje ili izbegava rizik od štete.²⁸ Suštinski, fokus je na dokazivanju postojanja razumnog alternativnog dizajna, kao i na činjenici da je alternativni dizajn omogućavao veću sigurnost po razumnoj ceni bez nepotrebnog ugrožavanja korisnosti proizvoda.²⁹ Umesto da ispituje nedostatak proizvoda u kontekstu očekivanja potrošača, ovaj test se zasniva na odluci optuženog da izabere jedan dizajn u odnosu na drugi.³⁰ Stoga, za razliku od EU, gde dominira test baziran na očekivanjima potrošača, u SAD se koristi test rizik-korisnost koji ima sve veću primenu, i izgleda, prema mišljenju određenih autora, kao trend budućnosti.³¹ Pristup baziran na testu rizik-korisnost ima za posledicu razmatranje koje je slično, ako ne i identično, sa razmatranjima kod odgovornosti po osnovu krivice.³² Naime, krajnje pitanje kod obe koncepcije je da li je izbor okrivljenog u ponašanju u skladu sa izborom razumne osobe³³

U nekim sudskim odlukama zauzet je stav da postojanje alternativnog dizajna nije uvek neophodno da bi se jedan proizvod proglasio defektnim. Kada su u pitanju naročito opasni proizvodi, čija društvena korisnost je veoma mala, u pojedinim državama se smatra da su defektivni čak i u odsustvu bilo kakvog praktičnog alternativnog dizajna.³⁴

Zahtevi koji se postavljaju za uspeh u sporu tužioca imaju niz značajnih efekata među kojima je, svakako, onaj koji se vezuje za ustanovu razvojnog rizika. Neće postojati odgovornost proizvođača prema pravilima Trećeg Ristejmenta kada je proizvod neispravan zbog činjenice da poseduje nedostatak u dizajnu još u vreme kada je stavljen u promet, a nivo naučnog i tehničkog znanja nije bio dovoljan da se nedostatak otkrije u tom trenutku, već je otkriven kasnije, u trenutku kada

²⁵ D. G. Owen (2007), 987.

²⁶ W. McKechnie, 55.

²⁷ *Ibid.*, 55- 56.

²⁸ *Ibid.*, 56.

²⁹ J. Zekoll, 124.

³⁰ J. Zekoll, 124; D. G. Owen (2007), 988.

³¹ C. J. Gonzalez, 280.

³² H. C. Taschner, „Product liability: basic problems in a comparative law perspective“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005., 156; J. Zekoll, 124

³³ J. Zekoll, 124.

³⁴ *McCarthy v. Olin Corp.*, 119 F.3d 148 (2d Cir. 1997)., navedeno prema: J. Zekoll, 124; J. A. Henderson, A. D. Twerski, 8.

je nivo tehničkog i naučnog znanja i iskustva porastao i bio dovoljan za utvrđivanje nedostatka u dizajnu proizvoda.³⁵ Treći Ristejment je uključivanjem *predvidljivosti* u definisanju nedostatka otklonio svaku odgovornost za nesaznatljive opasnosti, kako u kontekstu dizajna, tako i u kontekstu upozorenja.³⁶

I Direktivom 85/374/EEC je predviđena ustanova razvojnog rizika kojom se omogućava proizvođaču da se u kontekstu razmatranja o njegovoj objektivnoj odgovornosti razmatra i pitanje mogućnosti proizvođača da zna za nedostatak proizvoda.³⁷ Direktivom 85/374/EEC je data šansa proizvođaču da se oslobodi odgovornosti ukoliko dokaže da se nedostatak proizvoda nije mogao objektivno utvrditi u trenutku stavljanja proizvoda u promet ni korišćenjem naučnog i tehničkog znanja najvišeg nivoa koje je u tom trenutku bilo dostupno.³⁸ Suština ove ustanove sastoji se u činjenici da se rizik štete od proizvoda s nedostatkom prebacuje sa proizvođača na potrošače. Ukoliko proizvođač uspe u sporu, oslanjajući se na ustanovu razvojnog rizika, celokupan teret štetnih posledica proizvoda s nedostatkom pada na oštećena lica.

Odredba čl. 7. (e). nije, svakako, u skladu sa duhom same Direktive 85/374/EEC. Osnovni cilj Direktive 85/374/EEC jeste zaštita potrošača od proizvoda s nedostatkom. Ovom ustanovom se postiže sasvim suprotno, štite se interesi proizvođača. Upravo ova okolnost je bila razlog brojnih rasprava o opravdanosti uvođenja ustanove razvojnog rizika. Da bi se postigla određena izbalansiranost interesa članom 15. st. 1. (b). Direktive 85/374/EEC data je mogućnost državama članicama EU da predvide u okvirima svojih zakona odstupanje od člana 7. (e)., odnosno od tzv. odbrane razvojnim rizikom. Naime, odstupanje bi se sastojalo u tome da članice EU mogu predvideti odgovornost proizvođača proizvoda s nedostatkom i u slučaju kada nivo naučnog i tehnološkog znanja u vreme kada je proizvod stavljen u promet nije bio dovoljan da postojanje nedostatka bude otkriveno. Od zemalja članica EU samo su Luksemburg i Finska prihvatile ovu mogućnost.³⁹ U Nemačkoj samo proizvođači medicinskih proizvoda se ne mogu pozivati na oslobođenje od odgovornosti po osnovu razvojnih rizika.⁴⁰ Španija je generalno inkorporisala ustanovu

³⁵ W. McKechnie, 56; E. Wertheimer, „Biter Bit: Unknowable Dangers, the Third Restatement, and the Reinstatement of Liability without Fault“, *Brooklyn Law Review*, Vol. 70, Issue 3 (Spring 2005), 924.

³⁶ E. Wertheimer (2005), 924.

³⁷ Directive 85/374/EEC, article 7. (e).

³⁸ H. C. Taschner, „Harmonization of Products Liability Law in the European Community“, *Texas International Law Journal*, Vol. 34, Issue 1 (Winter 1999), 31- 32; M. Karanikić, „Odgovornost za razvojne rizike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LIII, br. 2/ 2005, 168.

³⁹ M. Mildred, „The development risks defence“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005., 168.

⁴⁰ *Ibid.*

razvojnih rizika, ali isključuje je u odnosu na medicinske proizvode, namirnice i prehrambene proizvode za ljudsku ishranu.⁴¹ U Francuskoj, pozivanje proizvođača na ustanovu razvojnih rizika isključeno je za delove ljudskog tela i proizvode dobijene iz njih.⁴² Sudeći prema broju zemalja članica EU koje su prilikom inkorporacije odredaba Direktive 85/374/EEC u svoja zakonodavstva isključile ustanovu razvojnog rizika, odnosno primenu odredbe iz čl. 7. (e). Direktive 85/374/EEC, možemo konstatovati da se u većini zemalja članica EU štite interesi proizvođača, a ne interesi potrošača.

2.3. Nedostatak odgovarajućih uputstava i upozorenja

Treća kategorija nedostataka, propust da se izdaju odgovarajuća uputstva i upozorenja, takođe ostaje u velikoj meri zasnovana na principima krivice.⁴³ Proizvod je defektivan zbog nedostataka odgovarajućih uputstava i upozorenja kada se predvidljivi rizik od štete mogao smanjiti ili izbeći obezbeđenjem razumnog uputstva ili upozorenja.⁴⁴ Za obe vrste nedostataka, nedostataka u dizajnu i u uputstvima i upozorenjima, Treći Ristejment se oslanja na tradicionalni test razumnosti, racionalnosti, u proceni da li se odgovorno lice ponašalo nepažljivo.⁴⁵

Očigledno je da su pojmovi *predvidljivost i razumnost* osnovni sastojci odgovornosti zasnovanoj na krivici, kao i da većina sudija nastavlja sa nametanjem standarda krivice zasnovanog na dokazivanju tužioca da je optuženi znao ili je trebalo da zna rizike koji su prouzrokovali štetu tužiocu.⁴⁶ Osnovna obaveza je, stoga, u obezbeđenju adekvatnih uputstava i upozorenja čiji je cilj smanjenje predvidljivih rizika.⁴⁷

Neki autori navode da definicija nedostataka odgovarajućih uputstava i upozorenja u delu 2 (c) Trećeg Ristejmenta ignoriše bitnu razliku između informacija o *smanjenju rizika* - upozorenja u vezi sa pravilnim korišćenjem, koja ako se slede smanjuju ili eliminišu rizik koji korišćenje proizvoda nosi sa sobom, i *obaveštenja o izboru* - upozorenja u vezi sa svojstvenim, neotklonjivim, rizicima upotrebe proizvoda, koja neće dovesti do bilo kakvog smanjenja rizika pri korišćenju proizvoda, ali može uticati na osobu da izbegne te rizike na taj način što neće koristiti proizvode.⁴⁸ Racionalno dizajniran proizvod sa racionalnim

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 168-169.

⁴³ R. W. Wright, 1073; J. Zekoll, 124; C. J. Gonzalez, 292.

⁴⁴ Section 2(c) of the Restatement Third.

⁴⁵ R. W. Wright, 1073; C. J. Gonzalez, 292.

⁴⁶ *Vassallo v. Baxter Healthcare Corp.*, 696 N.E.2d 909 (1998), navedeno prema: J. Zekoll, 124.

⁴⁷ J. Zekoll, 124.

⁴⁸ R. W. Wright, 1074.

upozorenjima za redukciju rizika pri upotrebi je razumno bezbedan, uprkos odsustvu *obaveštenja o izboru* u upozorenjima o svojstvenim, neizbežnim, rizicima, koja ako su data mogu dovesti određene ljude u poziciju da ne upotrebljavaju proizvod, što je i njihovo pravo.⁴⁹ Takođe, odsustvo *obaveštenja o izboru* u upozorenjima može, čak, i smanjiti ukupnu štetu, ako upotreba proizvoda, iako uključuje neotklonjiv rizik, eliminiše ili smanjuje veći rizik od štete iz nekog drugog izvora.⁵⁰

Pored predprodajnih i pratećih upozorenja, većina sudskih odluka nameće obavezu proizvođačima da izdaju upozorenja o opasnostima koje su postale uočljive nakon prodaje proizvoda.⁵¹ Standard za post-prodajnu obavezu upozorenja je takođe razumnost, racionalnost, i obuhvata takvo razmatranje koje se kreće u razmerama rizika i mogućnosti da se efikasno dođe do potrošača.⁵²

Ne moraju sva upozorenja biti usmerena prema krajnjem korisniku proizvoda. Naime, kod lekova i medicinskih sredstava većina sudova smatra da su proizvođači dužni da daju upozorenja lekarima koji su u najboljoj poziciji da sude o potrebama pacijenata.⁵³ U većini jurisdikcija ne postoji dužnost da se upozore potrošači na očigledne i opšte poznate opasnosti proizvoda.⁵⁴

Prenoseći odgovornost za štetu proizvođača proizvoda s nedostacima u dizajnu i adekvatnim upozorenjima i uputstvima sa principa objektivne odgovornosti na principe odgovornosti po osnovu krivice, Treći Ristejment je učinio ono što su sudovi u SAD dugo već radili ali se o tome nije mnogo govorilo.⁵⁵ Naime, dugi niz godina u SAD postojala je javna tajna da sudovi, iako tvrde da primenjuju objektivnu odgovornost na štetu zbog nedostataka u dizajnu i upozorenjima i uputstvima, u stvari su primenjivali principe koji strašno podsećaju na odgovornost po osnovu krivice.⁵⁶

3. Oštećena lica

Jedan od prilično velikih nedostataka Direktive 85/374/EEC jeste činjenica da Direktiva ima nedostatak jer ne sadrži definicije nekih od ključnih pojmova, kao npr. pojma *potrošača*. U SAD, u slučaju objektivne odgovornosti, kao i u slučaju odgovornosti zbog krivice, kao

⁴⁹ Dan B. Dobbs, *The Law Of Torts* 974 (2000), *supra* note 6, at 1006., navedeno prema: R. W. Wright, 1074.

⁵⁰ R. W. Wright, 1074.

⁵¹ J. Zekoll, 125.

⁵² Restatement (Third) of Torts: Products Liability § 10(b)(1)-(4).

⁵³ *West v. Searle & Co.*, 806 S.W.2d 608 (1991), navedeno prema: J. Zekoll, 125.

⁵⁴ *Lederman v. Pac. Indus., Inc.*, 119 F.3d 551 (7th Cir. 1997), navedeno prema: J. Zekoll, 125.

⁵⁵ D. G. Owen (2007), 988.

⁵⁶ D. G. Owen, „Design Defect Ghosts“, *Brooklyn Law Review*, Vol. 74, Issue 3 (Spring 2009), 931.

tužilac se može pojaviti, ne samo kupac proizvoda, već i korisnik proizvoda, kao i slučajni posmatrač odnosno prolaznik koji pretrpi štetu od proizvoda s nedostatkom.⁵⁷ Iako Drugi Ristejment ostavlja otvoreno ovo pitanje, slučajevi iz sudske prakse su jasno pokazali da slučajni prolaznici, isto kao i kupci i korisnici proizvoda, mogu se javiti kao tužiocu u postupku, bilo po osnovu objektivne odgovornosti, ili odgovornosti po osnovu krivice.⁵⁸

4. Odgovorna lica

Odgovornost je usmerena prema licima koja se bave poslovima prodaje ili na drugi način vrše distribuciju proizvoda, odnosno protiv lica koje je prodalo ili distribuiralo defektan proizvod ako je nedostatak izazvao fizičke povrede na ličnosti oštećenog ili imovini.⁵⁹

Prema sudskoj praksi većine jurisdikcija SAD, objektivna odgovornost ne odnosi se samo na proizvođače već na sve elemente sistema distribucije proizvoda.⁶⁰ Pojam prodavca i distributera uključuje ne samo proizvođače proizvoda (uključujući i proizvođače sastavnih delova), već i trgovce na veliko, na malo, davaoce lizinga, jemce i ostala lica u komercijalnom lancu distribucije proizvoda.⁶¹ Činjenica da se u krug odgovornih lica uključuju trgovci na veliko i malo podrazumeva uvođenje prave objektivne odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom, zbog činjenice da se ova lica redovno nalaze van kruga lica koja utiču na izbor dizajna ili na obavljanje proizvodnih procesa.⁶² Prodavci i distributeri objektivno su odgovorni za prodaju ili distribuciju defektnog proizvoda, čak iako relevantna definicija nedostatka zahteva nemar na strani proizvođača.⁶³

Razlog za proširenje odgovornosti prema svakoj karici u lancu distribucije je višestruk. Naime, sa jedne strane, proizvođač neće uvek biti dostupan oštećenom licu, dok sa druge strane, zbog činjenice da su svi komercijalni prodavci odgovorni, stvara se jedan uzvodni pritisak na proizvođača da učini proizvod što sigurnijim.⁶⁴ U suštini, pored činjenice da su često tužena strana u postupcima naknade štete, prodavci na veliko ili trgovci na malo retko snose krajni teret odgovornosti za štetu od

⁵⁷ J. Zekoll, 125.

⁵⁸ Mark Geistfeld, *Principles Of Product Liability* (2006), *supra* note 6, at 252., navedeno prema: R. W. Wright, 1071; W. McKechnie, 64.

⁵⁹ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, chapter 1, topic 1 (§ 1.).

⁶⁰ J. Zekoll, 125.

⁶¹ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, chapter 4, topic 3 (§ 20.); R. W. Wright, 1071.

⁶² J. Zekoll, 125- 126.

⁶³ R. W. Wright, 1071.

⁶⁴ J. Zekoll, 126.

proizvoda s nedostatkom.⁶⁵ Ukoliko budu proglašeni odgovornim oni imaju mogućnost pokretanja postupka prema proizvođaču proizvoda.⁶⁶ Nekoliko jurisdikcija SAD ograničava objektivnu odgovornost na proizvođače, i mnogi prodavci i distributeri podležu objektivnoj odgovornosti samo ako proizvođač nije dostupan, ili je nelikvidan, ili će verovatno postati nelikvidan.⁶⁷ Ovim rešenjima se pribeglo zbog okolnosti da su prodavci na veliko i malo često izloženi velikim rizicima i troškovima u postupcima koje oštećena lica vode protiv njih, kao i u postupcima koji oni vode protiv proizvođača.⁶⁸

Da li će odgovorna lica odgovarati po osnovu objektivne odgovornosti ili po osnovu krivice zavisi od vrste nedostataka kod proizvoda.⁶⁹ I kada postoji objektivna odgovornost, odgovornost zbog krivice je uvek može dopuniti, jer tužilac uvek može pokrenuti postupak tužbenim zahtevom baziranim na krivici.⁷⁰ Ako postoji objektivna odgovornost, postoji za prodavce i distributere proizvoda, ali ne i usluga,⁷¹ i obično samo ako je u pitanju nov proizvod ili remontovan.⁷²

Shodno Direktivi 85/374/EEC, pod proizvođačem se podrazumeva lice koje proizvodi finalni proizvod, sirovine ili delove finalnog proizvoda, kao i lice koje, stavljajući svoje ime, zaštitni znak, ili drugi znak raspoznavanja na proizvodu predstavlja sebe kao proizvođača.⁷³ Za štetu od proizvoda s nedostatkom, stoga, odgovaraće i kvazi-proizvođač tj. lice koje je sebe predstavilo kao proizvođača stavljajući svoje ime, zaštitni znak ili drugo obeležje pogodno za obeležavanje i distinkciju proizvoda. Ukoliko se utvrdi objektivna odgovornost proizvođača sastavnog dela ili sirovine, proizvođač finalnog proizvoda se ne oslobađa odgovornosti, već solidarno odgovara za štetu.⁷⁴ Takođe, solidarno odgovaraju stvarni proizvođač i kvazi-proizvođač (lice pod čijim se imenom ili zaštitnim znakom ili drugim znakom raspoznavanja proizvod prodaje).⁷⁵ Ako šteta potiče od proizvoda s nedostatkom koji je u EU uvezen u cilju dalje prodaje, zakupa, lizinga, ili nekog drugog oblika distribucije, odgovornost, bez obzira na odgovornost proizvođača, snosi uvoznik.⁷⁶ Uvoznik i

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ J. Zekoll, 126.; W. McKechnie, 63.

⁶⁷ R. W. Wright, 1071; J. Zekoll, 126.

⁶⁸ J. Zekoll, 126.

⁶⁹ R. W. Wright, 1070.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, chapter 4, topic 3 (§ 19.) (b).

⁷² R. W. Wright, 1071.

⁷³ Directive 85/374/EEC, article 3. (1).

⁷⁴ Directive 85/374/EEC, article 5.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Direktive 85/374/EEC, article 3. (2).

proizvođač (koji nije sa teritorije EU) odgovaraju oštećeniku solidarno.⁷⁷ Ovim je položaj potrošača u EU znatno olakšan, jer se teret vođenja spora protiv stranog proizvođača prebacuje sa njih na uvoznike proizvoda s nedostatkom. Ukoliko se proizvod distribuirao iz jedne članice, gde je proizveden, u drugu članicu EU neće postojati odgovornost uvoznika, u skladu sa formulacijom odredbe Direktive 85/374/EEC „svako lice koje uvozi u Zajednicu“. Ova formulacija se može odnositi samo na činjenicu uvoza proizvoda iz zemalja ne-članica EU u EU.⁷⁸ Kada proizvođač proizvoda ne može da se identifikuje, svako lice koje vrši snabdevanje proizvodom smatra će se proizvođačem ukoliko ne informiše oštećenu osobu, u razumnom roku, o identitetu proizvođača ili lica koje mu je isporučilo proizvod.⁷⁹

5. Dokazivanje postojanja nedostatka

Bazični elementi objektivne odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom su: nedostatak, uzročna veza i šteta. Posmatrano sa aspekta tužioca, najzahtevniji element je utvrđivanje postojanja nedostatka kod proizvoda.⁸⁰ Specifičnost tereta dokazivanja zavisi od vrste nedostataka kod proizvoda.⁸¹ Kod nedostataka nastalih u postupku proizvodnje, teret dokazivanja sastoji se u utvrđivanju postojanja nedostatka u momentu kada je proizvod napustio *ruke* proizvođača.⁸² Ako, u toku nezgode, proizvod nije izgubljen ili uništen, nedostatak je prilično lako utvrditi na osnovu dokaza koji pokazuju da proizvod odstupa od predviđenog projekta proizvoda.⁸³ Nažalost, u mnogim slučajevima uništenje ili oštećenje proizvoda onemogućava takvo dokazivanje.⁸⁴ Međutim, iako neki sudovi odbijaju konstataciju da proizvod treba smatrati s nedostatkom ukoliko loše funkcioniše, većina jurisdikcija ne zahteva dokazivanje specifične prirode defekta ukoliko posredni dokazi omogućavaju zaključak da je

⁷⁷ Direktive 85/374/EEC, article 5.

⁷⁸ H. C. Taschner (1999), 30: Uvoz iz jedne u drugu članicu EU nije pokriven Direktivom 85/374/EEC. Takva obaveza je nepotrebna zbog Briselske konvencije o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine. Konvencija omogućava direktno izvršenje presuda pod jurisdikcijom drugih zemalja članica EU. Zbog činjenice da ista mogućnost ne postoji prema drugim državama ne-članicama, uvoznici proizvoda u EU suočavaju se sa odgovornošću.

⁷⁹ Directive 85/374/EEC, article 3. (3).

⁸⁰ J. Zekoll, 127.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ McKenzie v. S.K. Hand Tool Corp., 650 N.E.2d 612 (111. 1995), navedeno prema: J. Zekoll, 127.

⁸⁴ D. G. Owen (2007), 985.

šteta izazvana usled nedostatka proizvoda.⁸⁵ Ovo oslanjanje na posredne dokaze snažno podseća na princip dokazivanja *res ipsa loquitur* razvijen od strane sudova da olakša položaj tužioca u slučajevima odgovornosti po osnovu krivice.⁸⁶ Treći Ristejment otvoreno podržava ovaj pristup svojim § 3 gde se kaže da: postojanje nedostatka može se ustanoviti bez postojanja specifičnih dokaza kada je incident koji dovodi do oštećenja tužioca: a) bio od vrste koja redovno nastaje kao posledica nedostatka proizvoda; i b) nije bio, u konkretnom slučaju, isključivo posledica drugih uzroka već nedostatka proizvoda koji je postojao u trenutku prodaje ili distribucije proizvoda.⁸⁷

Utvrđivanje nedostatka proizvoda u dizajnu nailazi na određene teškoće zbog činjenice da je, sa obzirom na velike varijacije između različitih jurisdikcija, nemoguće utvrditi jedinstven standard za dokazivanje postojanja nedostatka od strane tužioca.⁸⁸ Često, mada ne i u svim slučajevima, dokazivanje postojanja nedostatka u dizajnu zahteva upoređivanje između postojećeg i alternativnog dizajna proizvoda.⁸⁹ Prema pravilima Trećeg Ristejmenta, tužilac treba da dokaže da bi alternativni dizajn smanjio predvidljive opasnosti uz razumne troškove, te da propust alternativnog dizajna ima za posledicu da proizvod nije razumno bezbedan, kao i da je alternativni dizajn bio dostupan u vreme distribucije proizvoda.⁹⁰ Sa obzirom na činjenicu da je dokazni postupak, sa jedne strane dosta naporan, a sa druge strane veoma skup, jer npr. zahteva angažovanje veštaka i drugih kompetentnih lica, u sudskoj praksi SAD postoji tendencija smanjenja broja postupaka koji se vode zbog naknade štete nastale usled nekog nedostatka u dizajnu proizvoda.⁹¹

Neki autori kritikuju činjenicu da tužilac mora dokazati postojanje alternativnog dizajna kojim bi se povećala sigurnost proizvoda, zbog okolnosti da se time štite proizvođači čiji proizvodi nisu bezbedni, a za koje ne postoji alternativni dizajn, odnosno ne postoji mogućnost da se njihova

⁸⁵ Dietz v. Waller, 685 P.2d 744 (Ariz. 1984), navedeno prema: J. Zekoll, 127; D. G. Owen (2007), 985. Npr. ukoliko se nov aparat za kafu spontano zapali, dolazi do potpunog sagorevanja njegovih komponenti tokom požara, razumno je pretpostaviti, u nedostatku adekvatnih dokaza, da je požar izazvan zbog nekog nedostatka u proizvodnji električnih mehanizama aparata. Ovo važi, iako je, zbog prirode nesreće, direktan dokaz o neispravnosti samog proizvoda putem njegovog ispitivanja jednostavno nedostupan; J. A. Henderson, A. D. Twerski, 8.

⁸⁶ J. Zekoll, 127; D. G. Owen (2007), 985; J. A. Henderson, A. D. Twerski, 8.

⁸⁷ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, Chapter 1, topic 1(§ 3)

⁸⁸ J. Zekoll, 128.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, Chapter 1, topic 1(§ 2), (b).

⁹¹ J. Zekoll, 128- 129.

sigurnost popravi.⁹² Naime, zahtevanje razumnog alternativnog dizajna od strane Trećeg Ristejntmenta očigledno je retrogradno,⁹³ i ima za posledicu okolnost da proizvođači nikada neće biti odgovorni, izuzev slučaja kada se njihov proizvod mogao napraviti i učiniti sigurnijim.⁹⁴ Odnosno, proizvođač će biti odgovoran samo ukoliko njegov proizvod ima izlečive opasnosti, a nikada za opasnosti koje se ne mogu smanjiti ili eliminisati.⁹⁵

Kada su u pitanju nedostaci u odgovarajućim uputstvima i upozorenjima tužilac treba da dokaže da adekvatna upozorenja i uputstva nisu obezbeđena.⁹⁶

6. Vrste štete

Iz objektivne odgovornosti, kao i odgovornosti po osnovu krivice, jasno proizilazi da je dozvoljena naknada štete koja nastaje kao posledica telesnih povreda ličnosti tužioca ili njegove imovine.⁹⁷ Kao posledica povređivanja telesnog integriteta ličnosti tužioca u obzir dolazi i naknada nematerijalne štete za bol i patnju.⁹⁸

U većini jurisdikcija SAD ne postoji deliktna odgovornost, bilo po osnovu objektivne odgovornosti ili odgovornosti za krivicu, za čist ekonomski gubitak - povrede tužiočevih ekonomskih očekivanja koje nisu rezultat stvarne štete na ličnosti ili imovini tužioca.⁹⁹ U većini jurisdikcija SAD šteta na samom proizvodu tretira se kao čist ekonomski gubitak, dok u nekim jurisdikcijama, pak, tretira se kao šteta koju treba nadoknaditi ako se javlja odjednom, a ne postepeno.¹⁰⁰ U suštini, šteta na samom defektivnom proizvodu je stvar ugovornih potraživanja između prodavca i kupca, čist ekonomski gubitak kao što je gubitak profita ili smanjenje vrednosti proizvoda.¹⁰¹

U početku, pod zajedničkim zakonom nije bilo nikakvih ograničenja visine naknade štete.¹⁰² Stvari su se promenile u poslednjih dvadesetak godina kada je većina jurisdikcija donela tzv. reformske zakone

⁹² E. Wertheimer, „Death by Definition: The Exclusion of Product Category Liability from the Third Restatement“ *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 10, Issue 1 (2000), 122: Proizvođači cigareta i sličnih proizvoda ne bi trebalo da izbegnu odgovornost za svoje proizvode samo zato što njihov proizvod ne može da se popravi.

⁹³ E. Wertheimer, (2005), 932.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, Chapter 1, topic 1(§ 2), (c).

⁹⁷ J. Zekoll, 129.

⁹⁸ W. McKechnie, 64; J. Zekoll, 129.

⁹⁹ R. W. Wright, 1072.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ E. River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc., 476 U.S. 858 (1986)., navedeno prema: J. Zekoll, 129; W. McKechnie, 64.

¹⁰² J. Zekoll, 130.

kojim su uvedena određena ograničenja naknade štete, bilo pojedinačnih iznosa, ili celokupne štete za pojedine vrste potraživanja ili za sva deliktna potraživanja.¹⁰³ Neki od ovih zakona proglašeni su neustavnim od strane državnih sudova zbog činjenice da su kršili pravo porote na suđenje kao i pravo građana na jednaku zaštitu.¹⁰⁴ Veći broj država je povećao teret za tužioca i u drugim aspektima, kao što je uvođenje većeg dokaznog opterećenja i skraćivanje roka za zastarelost potraživanja naknade štete.¹⁰⁵

Odredbom člana 9. Direktive 85/374/EEC pod pojmom štete se podrazumeva šteta prouzrokovana smrću ili telesnim povredama, kao i šteta izazvana oštećenjem ili uništenjem bilo koje stvari iz imovine, izuzev same stvari s nedostatkom, a čiji iznos nije manji od 500 ECU-a (danas 500 €), pod uslovom da je uobičajena namena te stvari privatna upotreba ili potrošnja i pod uslovom da je oštećeni pretežno koristio tu stvar za svoje privatne potrebe ili potrošnju.

Odredba člana 9. Direktive 85/374/EEC ne utiče na nacionalne propise država članica koji se odnose na nematerijalnu štetu.¹⁰⁶ Shodno tome, prema odredbama Direktive 85/374/EEC odgovara se samo za materijalnu štetu, dok su za nematerijalnu štetu merodavna opšta pravila o odgovornosti za nematerijalnu štetu država članica EU.¹⁰⁷ Pošto se u odredbama Direktive 85/374/EEC govori samo o stvarnoj šteti, distinkcija se pravi i između stvarne štete i izmakle koristi. Stoga se izmakla korist ne može tražiti pozivajući se na pravila Direktive 85/374/EEC, već će se ovo pitanje rešavati prema nacionalnim propisima država članica EU.¹⁰⁸

Direktiva 85/374/EEC, takođe, pravi razliku između stvari u privatnoj upotrebi i stvari koje služe za profesionalnu upotrebu. Šteta izazvana na stvarima koje služe za obavljanje profesionalne delatnosti nije pokrivena odredbama Direktive 85/374/EEC, pa se za odgovornost zbog štete izazvane na stvarima koje se koriste pri profesionalnoj delatnosti primenjuju tradicionalna pravila o odgovornosti država članica EU.¹⁰⁹ Odredbama Direktive 85/374/EEC nije pokrivena ni šteta koja nastaje na samom defektnom proizvodu. Naknada ove štete može se zahtevati jedino prema pravilima o ugovornoj odgovornosti za štetu, a na bazi garantovanog kvaliteta prodate i predate stvari.

U skladu sa odredbama Direktive 85/374/EEC minimalna donja granica za koju se može tražiti naknada štete iznosi 500 €. U slučaju da je šteta veća od pomenutog iznosa, dosuđuje se samo onaj deo naknade koji

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Directive 85/374/EEC, article 9. (2).

¹⁰⁷ Directive 85/374/EEC, article 13.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ H. C. Taschner (1999), 31.

premašuje 500 €, tačnije iznos od 500 € se oduzima od ukupnog iznosa naknade.¹¹⁰ Oštećena lica, svakako, imaju pravo da za štete čiji iznos ne prelazi 500 € zahtevaju naknadu prema pravilima nacionalnih propisa država članica EU.¹¹¹ Ovako dizajniran režim objektivne odgovornosti je pogodan da bude primenjen samo na značajne štete, u cilju izbegavanja prekomernog broja sporova.¹¹²

7. Pravila odgovornosti za posebne grupe proizvoda

Propisi kojima je regulisana oblast lekova i medicinskih sredstava često se razlikuju od propisa kojima su regulisani ostali proizvodi.¹¹³ Ovo je posebno naglašeno kada se radi o nedostacima u adekvatnim uputstvima i upozorenjima. Naime, kada se govori o nedostacima u adekvatnim uputstvima i upozorenjima, većina sudova zalaže se za pravilo koje zahteva da proizvođač direktno upozori i uputi *učenog posrednika* (davaoca zdravstvenih usluga).¹¹⁴

Slična je situacija i kada se radi o nedostacima u dizajnu proizvoda. Većina jurisdikcija propisuje različita pravila odgovornosti za štetu od lekova i medicinskih sredstava s nedostatkom u dizajnu u odnosu na standardna pravila odgovornosti.¹¹⁵ Ovo je posebno istaknuto u onim jurisdikcijama u kojima je otežan položaj tužioca. Sudovi ovih jurisdikcija su usvojili pristup, koji je zagovarao Drugi Ristejment, a kojim se isključuje odgovornost za štetu od nužno nebezbednih proizvoda.¹¹⁶ Posebna pravila odgovornosti za štete od lekova i medicinskih sredstava s nedostatkom u dizajnu, pravdaju se činjenicom da bi standardna pravila odgovornosti ugušila inovacije u ovim važnim oblastima.¹¹⁷

Isti stav zauzet je i u Trećem Ristejmentu u kome se navodi da lek ili medicinsko sredstvo nisu razumno bezbedni zbog nedostataka u dizajnu ako su predvidivi rizici od štete, koje sa sobom nosi lek ili medicinsko sredstvo, dovoljno veliki u odnosu na predvidive terapijske koristi, tako da razuman zdravstveni radnik, znajući za rizike i terapijske koristi, ne bi propisao lek ili medicinsko sredstvo za bilo koju klasu pacijenata.¹¹⁸

¹¹⁰ H. C. Taschner (1999), 31; M. Stanivuković, „Zaštita potrošača u pravu Evropske unije-odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda“, *Pravo Evropske Unije* (ur. Dobrosav M. Mitrović, Obrad Račić), 1996., 348.

¹¹¹ Direktive 85/374/EEC, article 13.

¹¹² D. Fairgrieve, „L'Exception française? The French law of product liability“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), Cambridge, 2005., 95.

¹¹³ J. Zekoll, 132.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, 133.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability, chapter 1, topic 1 (§ 6.) (c).

8. Zaključna razmatranja

Generalno posmatrano, koncepcija odgovornosti za štetu nastalu usled određenih nedostataka proizvoda u pravu EU bazira se na objektivnoj odgovornosti i pri tome se ne pravi nikakva razlika između različitih vrsta nedostataka kod proizvoda. U pravu SAD, Drugi Ristejment predviđao je, takođe, primenu objektivne odgovornosti bez obzira na vrstu nedostataka kod proizvoda. Međutim, Treći Ristejment razlikuje različite kategorije nedostataka kod proizvoda i primenjuje objektivnu odgovornost samo u slučaju proizvodnih nedostataka, a za nedostatke u dizajnu i u odgovarajućim uputstvima i upozorenjima predviđa odgovornost po osnovu krivice.

Kada su u pitanju nedostaci u dizajnu, postoje dva mehanizma za procenjivanje da li je određeni proizvod defektan ili ne. Prvi se bazira na očekivanjima potrošača, a drugi predstavlja određeno balansiranje između rizika i korisnosti. Test baziran na očekivanjima potrošača dominira u pravu EU, dok je za pravo SAD karakterističan test rizik-korisnost.

Kada je u pitanju odgovornost za štetu nastalu usled nedostataka kod proizvoda, jedna od specifičnih razlika između sistema odgovornosti u EU i sistema odgovornosti u SAD ogleđa se u širini potencijalno odgovornih lica. U pravu SAD, krug lica koja mogu biti pozvana na odgovornost je znatno širi od kruga odgovornih lica u pravu EU. Očigledan primer za to je tendencija u sudskoj praksi SAD gde se davaoci zdravstvenih usluga, u sve većem broju slučajeva, smatraju objektivno odgovornim licima za štetu koju pacijenti pretrpe od medicinskih sredstava sa nedostatkom. Povećanjem primene tehnoloških tvorevina u oblasti pružanja zdravstvenih usluga, dolazi sve više do transformacije prirode lekarske profesije, koja se nekad sastojala isključivu u pružanju zdravstvenih usluga, u profesiju koja podrazumeva promet velikog broja raznovrsnih medicinskih sredstava. Ovakva konstatacija proizilazi iz činjenica da su bolnice jedini kanal kroz koji pacijenti mogu dobiti određena, najčešće, implantabilna i protetička medicinska sredstva. Ako je pacijentu neophodan pejsmejker, ovaj implantant je suština transakcije i pacijent, a ne bolnica, krajni je korisnik ovog medicinskog sredstva. Suština nije samo u tome da su bolnice karika u lancu distribucije medicinskog sredstva, već u tome što su, najčešće, jedina moguća karika u lancu distribucije medicinskog sredstva. U ovakvim slučajevima, postoji tendencija u sudskoj praksi SAD da se bolnice učine objektivno odgovornim za štetu koju pacijenti pretrpe zbog nedostataka medicinskih sredstava.¹¹⁹ Bolnice nisu više dobrotvorne ustanove sa par lekara i

¹¹⁹ Vidi u: R. B. Adler, „Device Dilemma: Should Hospitals be Strictly Liable for Retailing Defective Surgical Devices?“, *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 5, Issue 1 (1994), 95 i dalje.

još manje pacijenata, one su danas moćni privredni subjekti koji stiču ogromnu dobit na medicinskim transakcijama koje podrazumevaju distribuciju medicinskih sredstava.

Samir Manic, Ph.D

Teaching assistant - State University of Novi Pazar

LIABILITY FOR PRODUCT DEFECTS IN THE USA LAW (RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, PRODUCTS LIABILITY)

Summary

In this paper, the author deals with the problems of liability for defective products. Some of these issues in the US law are shown in the context of their relation with the solutions from Directive 85/374/EEC - liability for defective products (EU). The author considers the problem of defining the notion of defective products, as well as the form of liability applied depending on the type of defect. Furthermore, he considers other issues: the circle of responsible and damaged persons, proving the existence of defect in the product, types of damage and liability for specific product groups.

Keywords: defects in product, defective product, damage, manufacturer's liability.

**GRANICE POMAGANJA U SAMOUBISTVU PREMA
NEMAČKOM KRIVIČNOM PRAVU***Apstrakt*

U radu su obrađena konkretno dva pitanja u vezi sa pomaganjem u samoubistvu prema nemačkom pravu, i to razgraničenje (nekažnjivog) pomaganja u odnosu na odgovornost zbog nepravog nečinjenja i razgraničenje u odnosu na krivično delo nepružanja pomoći (§ 323c StGB) sa nečinjenjem kao glavnom sponom koja povlačenje granice ne čini uvek jasnim. Pažnja je posvećena i novouvedenom krivičnom delu poslovnog podsticanja samoubistva (§ 217 StGB), kojim se sužava polje nekažnjivosti asistiranog suicida.

Ključne reči: *pomaganje, samoubistvo, nečinjenje, vlast nad delom, nepružanje pomoći, Nemačka.*

„Die willkürliche Entleibung seiner selbst kann nur dann allererst Selbstmord (homicidium dolosum) genannt werden, wenn bewiesen werden kann, dass sie überhaupt ein Verbrechen ist.“

Immanuel Kant
Die Metaphysik der Sitten VI, S. 422.

¹ Asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; e-mail: ivana.markovic@ius.bg.ac.rs.

1. Uopšteno o pomaganju u samoubistvu

Etimološki gledano, reč suicid² vodi poreklo od latinske reči *suicidium*, tj. od *sua manu caedere* i znači „pasti od sopstvene ruke“.³ Pod time se podrazumeva neprirodna smrt zbog svesnog zahvata usmrćenoga u sopstveni životni proces.⁴ „Svesni zahvat“ sadrži svesnu i voljnu komponentu; svesnu koja isključuje postojanje samoubistva kada je lice delovalo u zabludi, i voljnu koja isključuje postojanje samoubistva kada je lice delovalo pod prinudom.⁵ Može se vršiti činjenjem ili nečinjenjem (na primer, neuzimanjem neophodnih lekova, hrane, vode); analogno krivičnom delu ubistva.

Pomaganje u samoubistvu našlo se u centru pažnje kao poseban oblik eutanazije, odnosno, pomaganja u umiranju (*Sterbehilfe*).⁶ U ovoj podeli pod-podelu čini situacija pomaganja u samoubistvu učinjeno od strane lekara/medicinskog osoblja (*ärztlich/medizinisch assistierter Suizid*), pod čime se podrazumeva svaka radnja lekara, odnosno člana medicinskog osoblja preduzeta u nameri da se drugom licu na njegov slobodan zahtev omogući samostalno samoubistvo tako što će se, po pravilu, prepisati lek i/ili će se postaviti tako da ga pacijent sâm uzme.⁷

U nemačkom pravu je samoubistvo⁸ nekažnjivo, jer radnja lišenja života nije usmerena *protiv drugog* čoveka, što je centralna odlika delikta

² Nemački etički savet ukazuje na oko 100.000 pokušaja samoubistva godišnje; 2013. je 10.076 ljudi uspeo u svojim pokušajima. Deutscher Ethikrat: „Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention. Ad-hoc-Empfehlung“, 18.12.2014, 3.

³ Nemački jezik poznaje nekoliko sinonima za reč samoubistvo – *Suizid, Selbsttötung, Selbstmord, Freitod* i arhaični, *Selbstentleibung*. Svaki od ovih izraza, premda istog značenja, poseduje svojevrсни intenzitet i kontekst, pa se tako i nemački zakonodavac opredelio za nešto blaži pojam *Selbsttötung* („samolišenje života“) i neutralni *Suizid* umesto za *Selbstmord* („samoubistvo“). Ova reč sadrži, naime, tabuizirajuću, kriminalizirajuću moralnu ocenu, a potiče iz vremena kada je na nemačkom govornom području (pokušani) suicid bio smatran grehom. U njemu sadržana reč „ubistvo“ asocira ne nepravo sadržano u krivičnom delu ubistva iz § 211. *Freitod*, pak, ima heroizirajući, idealizirajući prizvuk, pa je, iz istog razloga a drugačijeg predznaka, takođe izbegavan. K. Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Springer Verlag, Heidelberg 2013, 4.

Sličan rezon opredelio je i odluku srpskog zakonodavca kada je „ubistvo iz milosrđa“ u Krivičnom zakoniku naslovio sa „lišenje života iz samilosti“ (član 117. KZ).

⁴ O. Bernstein, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, Schletter, Leipzig 1907, 1; ista definicija kasnije preuzeta i od F. Beckert, *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe*, Shaker, Maastricht 1906, 7 i K. Chatzikostas, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M. 2001, 20.

⁵ K. Gavela, 3.

⁶ U cilju distanciranja od nacionalsocijalističkih programa eutanazije, u nemačkoj naučnoj misli i praksi pojam eutanazije izbegava se korišćenjem reči *Sterbehilfe*.

⁷ U tom smislu: Council of Europe (Hrsg.), *Euthanasie*, Bd. 1, 177.

⁸ Statistički podaci pokazuju da je u Nemačkoj u 2014. godini 10.209 lica izgubilo život na ovaj način. 1981. godine je ova brojka iznosila 18.825. Više o tome: <http://de.statista.com/themen/40/selbstmord/>, 09.04.2016.

ubistva.⁹ Pošto nema protivpravnog, umišljajnog glavnog dela, nekažnjivi su i učestvovanje u, i pokušaj samoubistva (princip limitirane akcesornosti).¹⁰ Savezni vrhovni sud Nemačke (*Bundesgerichtshof*, u daljem tekstu: *BGH*) kao kriterijum razgraničenja nekažnjivog samougrožavanja koristi liniju razdvajanja izvršilaštva i saučesništva, a tu liniju čini vlast nad ugrožavanjem (*Gefährdungsherrschaft*).¹¹ Drugim rečima, ako samoubica sâm sebe liši života, radiće se o suicidu; ako neko drugi celokupni događaj „drži u svojim rukama“, radiće se o lišenju života na zahtev (§ 216 StGB).¹² Izvršilačka volja nije od značaja, što je BGH još 60-ih godina utvrdio, postavljajući „stvarnu vlast nad događajem koji je doveo do smrti“ kao merilo.¹³

2. Odgovornost zbog (nepravog) nečinjenja (lišenje života na zahtev iz § 216 StGB izvršeno nečinjenjem)

BGH je u svojoj odluci iz 1960. godine u „slučaju kaiš“ (*Gurt-Fall*) prvi put tematizovao tzv. vlast nad delom. Verenik se u prisustvu svoje verenice, optužene, ubio tako što se obesio o kaiš, dok ona ništa nije uradila da bi ga u tome sprečila iliti spasila. Pod pritiskom omče i težine tela, on je u roku od nekoliko sekundi ostao bez svesti, postavši samim tim nesposoban za delanje. Optužena je napustila prostoriju kada je on već bio u tom stanju. Mogla je, sa verovatnoćom koja se graničila sa sigurnošću, da spreči nastupanje njegove smrti da je delovala u roku od nekoliko minuta. Sud je u ovoj odluci argumentovao da dužnost da spreči suicid nastupa od momenta u kom je suicident dovršio svoju radnju lišenja života ili je postao

⁹ Th. Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 62. Aufl., Beck, München 2015, 1401.

¹⁰ BGHSt 24, 343: „Ko umišljajno kao pomagač sauzrokuje smrt samoubice, ne može se kazniti, jer samoubistvo nije krivično delo.“

¹¹ BGH, in: *NStZ* 2003, 538.

¹² N. Jacob, *Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Tectum, Marburg 2013, 66. § 216 StGB glasi: „Ako je neko putem izričitog i ozbiljnog zahteva lica koje je lišeno života određeno da izvrši lišenje života, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet meseci.“

¹³ BGHSt 19, 135 ff. Do ovakvog rezonovanja Suda došlo se postepeno. U prethodnim odlukama najpre je bila usvojena ekstenzivna odgovornost zbog propuštanja, kada je garant uvek bio kažnjiv („slučaj vešanja“ [*Erhängen-Fall*] iz 1952. godine kada je supruga oglašena krivom za ubistvo nečinjenjem, jer je, u svojstvu supružnika, imala dužnost da kao garant spreči samoubistvo supruga, nezavisno od njegove nesvesti, tj. pre prelaska vlasti nad delom i nezavisno od njegove želje za umiranjem; BGHSt 2, 150), da bi se u „slučaju Hamertajh“ (*Hammerteich-Fall*, BGHSt 13, 162) iz 1959. godine, lice (zet) koje je poštovalo tuđu (taštinu) želju za umiranjem uprkos vlasti nad delom samo pomagač u delu, jer nije imalo izvršilačku volju. Kritika prvopomenute odluke ogleda se u tome što se želja lica za umiranjem uopšte ne uzima u obzir, dok je u drugopomenutoj odluci poteškoća u utvrđivanju vrlo subjektivnog postulata, tj. pitanja „koliko intenzivno i tvrdoglavo je samoubica želeo da se ubije i u kojoj meri se garant povinovao toj njegovoj volji“, što je u kasnijoj odluci u „slučaju Gizela“ odbačeno kao neispunjivo. V. W. Bottke, *Suizid und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1982, 84.

nesposoban za delanje, čime je vlast nad delom (*Tatherrschaft*)¹⁴ prešla na prisutnog, jer se od tada njegova volja ne može više prepoznati, tj. on je ne može više iskazati, revidirati, menjati niti odustati. „Ko u tom momentu (...) svesno propuštanjem svoje obaveze delanja time (sa)uzrokuje nastupanje smrti, odgovoran je zbog umišljajnog (uključujući eventualni umišljaj) lišenja života i onda kada mu je smrt drugog lica bila svejedna.“ Drugim rečima, to bi značilo da nije kažnjivo da pomagač priprema samoubistvo, ali da od momenta nesvesti samoubice, on poseduje vlast nad delom,¹⁵ a samim tim i dužnost da reaguje.

U ovom kontekstu još citiraniji je „slučaj Vitig“ (*Wittig-Fall*) iz 1984. godine:¹⁶ teško bolesna 76-godišnja žena ostavila je svom kućnom lekaru pisanu poruku da je ne uputi u bolnicu ili dom i da joj ne da lekove koji bi joj produžili život jer želi dostojanstveno da umre. Nakon toga je popila prekomernu dozu morfijuma i lekova za spavanje. Kada je lekar, kasniji optuženi, došao u rutinsku posetu, žena je već bila u nesvesti, ali se mogla spasiti. Znajući za njenu želju za umiranjem, on je nije uputio u bolnicu, već je sačekao da nastupi smrt. Lekar u ovom slučaju nije oglašen krivim, ali samo zato što se radilo o graničnoj situaciji, jer bi žena, da je bila spašena, snosila teške i nepovratne posledice po zdravlje.

Razgraničenje između kažnjivog lišenja života na zahtev iz § 216 StGB (*Tötung auf Verlangen*) i nekažnjivog pomaganja u samoubistvu vrši se zapravo pomoću kriterijuma razgraničenja izvršilaštva i saučesništva.¹⁷ Odlučujuće je, dakle, *Eser*-ovim rečima rečeno, „da li se događaj naposljetku prikazuje kao samoraspolaganje ili kao tuđe raspolaganje: ako ubijenom nakon poslednjeg doprinosa drugoga ostaje da slobodno odluči o životu i smrti (na primer, kroz napuštanje prostorije, odbijanje pružene čaše), onda se radi o pomoći u suicidu; u suprotnom (na primer, kroz pucanj iz oružja, povlačenje omče, smrtonosnu injekciju) će postojati lišenje života na zahtev.“¹⁸

¹⁴ U tom kontekstu značajna je i odluka u slučaju Gizela (*Gisela-Fall*, BGH, 14.08.1963 – 2 StR 181/63): Optuženi i 16-godišnja Gizela, zbog zabranjene ljubavi, rešili su da zajedno okončaju svoje živote tako što će izduvne gasove upaljenog automobila preusmeriti u njegovu unutrašnjost u kojoj su se oboje nalazili. Optuženi, na vozačevom mestu, upalio je motor i pritisnuo gas do kraja dok nije pao u nesvest usled dejstva ugljendioksida. Sutradan su ih pronašli u automobilu sa upaljenim motorom, bez svesti, ali žive. Optuženi je spašen, dok je Gizela preminula. Srž izreke je glasila da se „kod jednostrano neuspelog samoubistva dvoje ljudi, preživeli kažnjava prema § 216 StGB (lišenje života na zahtev) ako je imao vlast nad događajem (*Tatherrschaft*) koji je doveo do smrti. U suprotnom, radiće se o nekažnjivom pomaganju u samoubistvu.“

¹⁵ Tako i Th.Fischer: „Bitno je ko zaista imao vlast nad događajem koji je doveo do smrti i koju težinu je dobilo raspolaganje ubijenog nad svojim životom u okviru stvarnog izvršenja plana. Prema tome, nakon gubitka svesti žrtve, učiniac ima punu vlast nad delom koje vodi do smrti.“ Th.Fischer, 1421.

¹⁶ BGHSt 32, 367.

¹⁷ Th.Fischer, *ibid.*; N.Jacob, 75.

¹⁸ A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., Beck, München 2014, 1423, 1424.

Tumačenje gorepomenutih slučajeva višestruko je sporno. Najpre, autonomija pacijenta se ignoriše; ne vrednuje se to što je uzročni tok upravo ona slobodno i samoodgovorno pokrenula, čime je iskazala svoje pravo samoodređenja.¹⁹ Posebno tamo gde postoji izričit „veto na spašavanje“ (kao u poslednje pomenutom slučaju), utiče se na obavezu garanta tako što se ona sužava ili isključuje. Dalje, smisao nekažnjivosti pomaganja u samoubistvu biva pervertiran ako se aktivno podsticanje najpre dozvoljava (time što se ne kažnjava), da bi se u momentu gubitka svesti žrtve preobrati u svoju suprotnost tako što se od pomagača sada očekuje da spreči ono što je do malopre podsticao, čemu je doprinio. Jedan, po pravilu, neodredivi momenat nekažnjivog pomagača pretvara u kažnjivog garanta. Dalje, zavisice od slučajnosti da li će suicident moći sebi da oduzme život bez prethodnog gubitka svesti ili ne. Teško je utvrdivo kada je pomagač napustio lice koje je želelo da umre; da li pre gubitka svesti ili nakon toga. Ovakvo tumačenje bi značilo za garanta da se, ako želi da ostane nekažnjiv, što pre udalji; što dalje znači da je tek tada i tim pre samoubica prepušten sâm sebi; umiranje mu se otežava ili, obrnuto, njegovo eventualno predomišljanje, tj. odustanak od umiranja imalo bi manje izgleda za uspeh ako, da ne bi podvrgao pomagača odgovornosti, nužno ostane sâm.

Roxin ukazuje da vlast nad delom i obaveza sprečavanja nastupanja posledice nije isto. Pod vlašću nad delom podrazumeva se da se konkretna situacija drži u rukama; mogućnost sprečavanja posledice znači samo da je propuštena prilika da se lice spasi. Da li se odatle može izvući zaključak da je događaj bio u rukama garanta, nije jasno.²⁰ Slično *Fischer*, koji smatra da vlast nad delom kao takva ne može da zasnuje (novu) garantnu obavezu.²¹ *Otto* ukazuje na to da se vlast nad nekim događajem prostire do momenta dovršenja pokušaja u smislu § 24 StGB, dakle, to nije i „konstantna faktička vlast nad tokom događaja do nastupanja povrede pravnog dobra.“²² Ako je samoubica već preduzeo sve da dođe do povrede dobra (njegove smrti), ako je time ostvario sve preduslove, onda je i zadržao vlast nad delom; ako je eventualnim gubitkom svesti izgubio sposobnost da deluje ne znači da je time predao i svoju odgovornost.²³

¹⁹ K. Gavela, 39.

²⁰ C. Roxin, *NSiZ* 1987, 346.

²¹ Th. Fischer, 1403.

²² H. Otto, „Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung“, -in: *Verhandlungen des 56. DJT*, BD. I, 1986, D 68.

²³ *Ibid.*

3. Nepružanje pomoći (§ 323c StGB)

Shvatanje teorije je da se kod „suicidne volje koja je slobodna, doneta na sopstvenu odgovornost (*freiverantwortlich*)²⁴ i koja je održana do (sâmog) smrtnog kraja (...), može poći od toga da se kod poštovanja ovakve odluke ne može uspostaviti krivičnopravna odgovornost ni zbog nesprečavanja samoubistva, ni zbog odustanka od mera za spašavanje, i to ni za odgovornost kao garanta, ni prema § 323c StGB (...).“²⁵ Krivično delo nepružanja pomoći (*unterlassene Hilfeleistung*) iz pomenutog paragrafa čini ko kod nesrećnih slučajeva ili opšte opasnosti ili nužde ne pruži pomoć, iako je ovo nužno i od njega se može očekivati prema okolnostima (slučaja, prim. I.M.), posebno ako je to moguće bez znatne opasnosti po njega i bez povrede drugih važnih obaveza. Propisana je kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna.

Diskusija o tome kada je volja slobodna i doneta na sopstvenu odgovornost (*freiverantwortlich*), bila je, prirodno, pod socijalnoetičkim i moralnoteološkim uticajima. Vladajuće shvatanje polazi od teorije pristanka, tj. od kriterijuma koji važe za ozbiljnost zahteva kod krivičnog dela lišenja života na zahtev (§ 216), kada se proverava da li je suicident imao sposobnost razumevanja i odlučivanja, lišeno mana volje.²⁶ Ako povučemo paralelu sa § 216 StGB, što neki smatraju ne samo opravdanim, već nužnim,²⁷ onda to znači da bi teorija morala da se preimenuje u „više od pristanka“, jer se upravo o tome i radi kod krivičnog dela iz § 216: zahtev je više od pristanka,²⁸ (...) ono je više od pasivno-trpeće saglasnosti;²⁹ ona počiva na autonomiji koja zahteva „konzistentnost i konsekventnost htenja“.³⁰

Pojam nesrećnog slučaja promenio je svoje značenje. Sud Rajha (*Reichsgericht*) je ovo tumačio kao „svaki iznenadni spoljni događaj koji nanosi znatnu štetu ljudima ili stvarima i koji preti da će izazvati dalju štetu“,³¹ dakle, kao nešto „slučajno, neočekivano, na šta se nije računalo“

²⁴ Ukoliko ona nije bila slobodna i doneta na sopstvenu odgovornost (tj. ukoliko nema *Freiverantwortlichkeit*), radiće se o lišenju života od strane posrednog izvršioca.

²⁵ A. Schönke, H. Schröder, §§ 211 ff., Rn. 41.

²⁶ Druga linija argumentacije podržava teoriju ekskulpacije, koja ovaj kriterijum vrednuje shodno normama koje govore o odgovornosti – §19 (neodgovornost deteta), §20 (neuračunljivost zbog duševnih poremećaja) i §35 StGB (izvinjavajuća krajnja nužda). Ona nije većinski prihvaćena, jer se smatra da je suviše usko postavljena. T. Höfling, *Eine rechtliche Beurteilung der Sterbegleitung unter besonderer Berücksichtigung der Kodifizierung der Patientenverfügung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2013, 155 – 156.

²⁷ B. Jähnke, *StGB Leipziger Kommentar*, Vorb. §§ 211 ff., Rn. 26.

²⁸ BGH 50, 80, 92.

²⁹ Th.Fischer, 1423.

³⁰ V. Gerhardt, *Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität*, Reclam, Ditzingen 1999, 397.

³¹ RGSt 75, 70.

i pod šta se suicid nije podvodio,³² da bi se nedugo nakon toga njegovo poimanje promenilo.

BGH 1954. godine utvrđuje da kroz pokušaj samoubistva za samoubicu nastaje „ozbiljno opasno stanje“ u kom se mora pomoći.³³ Pod pojam nesrećnog slučaja podvodi se „svaki relativno neočekivano nastupajući događaj (...), koji nosi ili preti da donese sa sobom znatnu opasnost, svedeno da li je stanje opasnosti za ugroženog nastalo spolja ili je, kao kod samoubice, bilo izazvano njegovom voljom“,³⁴ čime se odustaje od kriterijuma da opasnost potiče od spoljašnjeg izvora. Niko ne sme da raspolaže svojim životom, rečeno je, a pored toga se od slučajnih prolaznika u takvoj situaciji ne može očekivati da procenjuje da li je samoubica delao slobodno, tj. da li i dalje stoji pri svojoj odluci da se ubije.³⁵ Nekoliko godina kasnije je ovo dopunjeno odrednicom da nesrećni slučaj, samim i tim obaveza da se pomogne, nastupa u trenutku kada se lice nađe u neposrednoj opasnosti po život.³⁶ Da li je to „očekivljivo“ treba, međutim, posebno proveriti.³⁷ Ovako postavljena obaveza načelno važi za svakoga; da odluka samoubice o lišenju života nije od značaja, potvrđeno je u već pomenutom slučaju *Wittig*. Tu je, naime, naglašeno da „opšta obaveza pomaganja, koja važi za svakoga, ne može zavisiti od toga da li u konkretnom slučaju samoubica deluje ili je delovao na osnovu slobodne i odgovorne ili na manama volje zasnovane odluke. Ovo na mestu događaja u kratkom vremenskom roku u kom je moguće doneti eventualno spasonosnu odluku nije moguće pouzdano proceniti bez psihijatrijsko-psihološkog stručnog znanja i bez pažljivo promatranih spoljnih i unutrašnjih motivacionih faktora.“³⁸

Ovakvo shvatanje zaslužuje kritiku. U skladu sa linijom tumačenja kod odgovornosti garanta, treba izbeći ignorisanje volje samoubice. Ovakvo široko postavljena obaveza delanja voljnih spasilaca kosi se, naime, sa pravno-političkom odlukom da je pomaganje u samoubistvu nekažnjivo; pozivajući se na učiniočevu povredu opšte obaveze pomaganja prema § 323c StGB naokolo se nekažnjivost učestvovanja u suicidu zaobilazi.³⁹ Obaveza sprečavanja samoubistva nailazi, međutim,

³² K. Gavela, *op.cit.*, S. 42. Ovakvom tumačenju se najpre priklonio i BGH kada je u odluci 1952. godine utvrdio da je „nesrećni slučaj pojmovno i jezički isključen, sve dok odgovorno ponašanje samoubice suštinski oblikuje opasnost po život kako je on to zamislio i dok postoji njegova volja da sebe liši života.“ BGHSt 2, 151.

³³ BGHSt 6, 153.

³⁴ BGHSt 6, 152. Pored toga, naglašeno je da je ovakvo tumačenje logična koncepcija nemoralnosti samoubistva. BGHSt 6, 153.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ BGHSt 13, 162.

³⁷ Th.Fischer, *op.cit.*

³⁸ BGHSt 32, 376.

³⁹ K.Gavela, 44.

na granicu tamo gde to diktira princip samoodgovornosti,⁴⁰ a to je tamo gde postoji „dobro promišljena, ozbiljna i konačna odluka da se okonča svoj život.“⁴¹ Pozivanje na moralnu obavezu solidarisanja ljudi tu ništa ne menja;⁴² postupanje suprotno slobodnoj volji lica nije pomoć, niti akt ljubavi prema bližnjem, već jedna „oktroisana prinudna mera“ koja lice koje želi da se ubije „protivno njegovom dostojanstvu tera da dalje živi“.⁴³ Opšti interes za solidarišućim odbijanjem štete u situaciji opasnoj po život, drugim rečima - zakonski motiv inkriminisanja § 323c, uokviren je autonomijom pojedinca. Sve suprotno tome, ovu krivičnopravnu normu stavilo bi u službu paternalizma.⁴⁴

4. Inkriminisanje poslovnog podsticanja samoubistva (§ 217 StGB)

Na osnovu Zakona o kažnjivosti poslovnog podsticanja na samoubistvo iz novembra 2015. godine uvedeno je novo, istoimeno krivično delo u StGB – poslovno podsticanje samoubistva.

Kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom kazniče se ko u nameri da podstakne samoubistvo drugoga, njemu za to poslovno pruži, stvori mogućnost ili u tome posreduje (stav 1). Neće se kazniti kao saučesnik ko to ne čini u okviru svog poslovanja i koji je ili član porodice lica navedenog u stavu 1 ili njemu blisko lice (stav 2).

Zakonodavac ne dovodi u pitanje načelnu nekažnjivost samoubistva i učestvovanja u tome; njegova intencija je, kako se iz pratećih zakonodavnih materijala može saznati, da spreči da se poslovne ponude asistiranog suicida razviju u uslugu koja se nudi u sklopu zdravstvene zaštite,⁴⁵ imajući u vidu da broj slučajeva u kojima udruženja ili pojedinci⁴⁶ redovno nude svoju pomoć u samoubistvu raste, čime preti

⁴⁰ Više o tome: D. Dölling, Suizid und unterlassene Hilfeleistung, *NJW* 1986, 1016.

⁴¹ *Ibid.*, 1015.

⁴² K. Gavela, 45.

⁴³ V. W. Bottke, 297.

⁴⁴ K. Gavela, 45.

⁴⁵ *Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, Drucksache 18/5373, 2.

⁴⁶ Tako je na primer jedan berlinski lekar priznao da je u proteklih 20 godina asistirao kod preko 200 suicida. *Hart aber fair*: „Therapie Tod – dürfen Ärzte beim Sterben helfen?“, Sendung vom 6.10.2014. „Udruženje pomoć u umiranju Nemačka“, čiji je predsedavajući bivši senator pravde Hamburga R. Kusch, je od 2010. do 2013. 118 puta pružio tu vrstu pomoći. Kamann: „Befördert Sterbehelfer Roger Kusch sich selbst ins Aus?“. In: *Die Welt*, 14.5.2014. Identifikovana je i pojava tzv. eutanazijskog turizma, tj. putovanja u Švajcarsku, državu sa liberalnijim pristupom eutanaziji, ne bi li tamo okončali svoj život uz tuđu pomoć. U 2014. godini je u toj državi zabeleženo 25% više asistiranog suicida u odnosu na prethodnu godinu; od toga značajan broj nemačkih državljana. Kobler: „Selber entscheiden, „wann genug ist“. In: *Neue Zürcher Zeitung*, 13.3.2015). Prema podacima jedne švajcarske organizacije, samo ih je u 2011. godini bilo 74. Interview von Christian Rath mit Ludwig Minelli: „Gute Arbeit soll bezahlt werden“. In: *Die Tageszeitung*, 16.8.2012.

društveno „normalizovanje“, navikavanje na ove organizovane oblike asistiranog suicida. Posebno stari i/ili bolesni ljudi mogu da se navedu na to ili čak da se direktno ili indirektno osete prinuđenim na to.⁴⁷ Zaštićena dobra su ljudski život i individualna sloboda odlučivanja. Izvršilac načelno može biti svako.

Radi se o krivičnom delu ugrožavanja sa apstraktnom opasnošću. Radnja pomaganja, koja se nalazi u predvorju pokušaja „glavnog dela“ (samoubistva) podignuta je na rang radnje izvršenja. „Poslovno“ nije isto što i „u vidu zanimanja“; već to čini ko pružanje, stvaranje ili posredovanje mogućnosti za samoubistvo čini stalno ili kontinuirano, nezavisno od namere ostvarenja dobiti i nevezano za privredne delatnosti ili zanimanja, jer se i bez te namere stvaraju navike i odnosi zavisnosti koji ugrožavaju autonomiju pojedinca, naglašavajući da je razlika u odnosu na palijativnu negu ne stepenasta, već kategorična.⁴⁸ Komunikacija i razmena informacija o samoubistvu ne ulaze u zakonski opis.⁴⁹

Kod pružanja mogućnosti znači da su spoljne okolnosti koje su podobne da omoguće ili znatno olakšaju suicid već date (na primer, prepuštanje prostorija ili sredstava za samoubistvo); kod stvaranja se učinilac brine o tome da ih bude (na primer, nabavka tih sredstava). Posredovanje znači da učinilac omogućuje konkretan kontakt između potencijalnog suicidenta i lica koje pruža ili stvara mogućnost za to, pri čemu je on na vezi sa oba lica sa kojima je barem načelno razjasnio spremnost za ovakvu vrstu pomoći. Za dovršenje dela nije nužno da su suicident i pomagač već stupili u kontakt, dok se kod pružanja i stvaranja mogućnosti delo smatra dovršenim onda kada su spoljne okolnosti za samoubistvo povoljnije oblikovane.⁵⁰

Kritika se odnosi na širinu objektivnog bića; obeležje „poslovnosti“ će postojati i kada je radnja po prvi put preduzeta, ako to predstavlja „početak delatnosti koja je postavljena tako da će se nastaviti.“ Obuhvaćen je na primer i slučaj kada se suicidentu stavlja na raspolaganje prostorija u kojoj će lice nakon prestanka uzimanja lekova umreti, nešto što se redovno dešava na palijativnim odeljenjima. Pošto bi dalje prinudno lečenje suprotno aktuelnoj ili ranije utvrđenoj volji pacijenta (*Patientenverfügung*) bilo kažnjivo, a izvršilac može biti svako, uključujući lekare, čija je delatnost po definiciji poslovna i nije ograničena

⁴⁷ *Ibid.* Istraživanje u Nemačkoj je pokazalo da se ljudi plaše dugog toka umiranja (61, 8%), jakih bolova ili poteškoća sa disanjem (60, 1%) i padanja na teret svojoj porodici (53, 8%). V. Sozialwissenschaftliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland: „Sterben? Sorgen im Angesicht des Todes. Ergebnisse einer bundesweiten Umfrage des Sozialwissenschaftlichen Institutes der EKD“, 12.5.2015.

⁴⁸ Bundesdrucksache 18/5373, 17.

⁴⁹ *Ibid.*, 18.

⁵⁰ *Ibid.*, Th.Fischer, *op.cit.*

na pojedinačni slučaj, ispostavlja se da je to opisom zakona obuhvaćeno⁵¹ i da čini jedan čitav deo (specijalističke) lekarske delatnosti kažnjivim.

5. Zaključne napomene

Relativno liberalan stav nemačkog zakonodavca prema nekažnjivosti asistiranog suicida doživeo je nekoliko ograničenja. Najpre su lišenje života na zahtev izvršeno nečinjenjem (§ 216 StGB) i nepružanje pomoći (§ 323c StGB) tumačeni toliko ekstenzivno (šlagvorti - „prelazak vlasti nad delom“ i „nesrećni slučaj“) da su svoju kažnjivu zonu proširili na (inicijalno nekažnjivo) pomaganje u samoubistvu.

Okvir nekažnjivosti iznova je sužen novim krivičnim delom poslovnog podsticanja samoubistva (§ 217 StGB), čije je uvođenje obrazloženo zaštitom integriteta i autonomije ljudi od sukoba interesa i mogućnosti zloupotrebe, proisteklih iz komercijalizacije ovog vida pomaganja.

Ova ograničenja zaslužuju kritiku, jer se u jednoj slobodarskoj pravnoj državi ne može građanima nametnuti opšta „obaveza na život“, potiskujući njihovu slobodnu i jasno izraženu volju za neograničenim raspolaganjem tim svojim, istina najvišim, dobrom, što posebno važi u situacijama ireverzibilno narušenog zdravstvenog stanja. Izlaz iz ovako široke kriminalne zone mogao bi se naći u primeni osnova isključenja kažnjivosti (pristanku pacijenta⁵² i krajnjoj nuždi).⁵³

⁵¹ E. Hilgendorf, Eine Norm für die Wissenschaft, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-sterbehilfe-tatbestandsmerkmale-analyse/>, pristupljeno stranici: 23. april 2016. godine.

⁵² Više o tome: I. Marković, Pristanak povređenog u krivičnom pravu, u: *Kaznena reakcija u Srbiji I* deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2011, 282-296; I. Marković, Preduzimanje medicinskog zahvata kao osnov isključenja protivpravnosti – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta, u: *Kaznena reakcija u Srbiji II* deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2012, 306-324.

⁵³ U tom smislu i E. Hilgendorf, *op.cit.*

Ivana Markovic

Assistant at the Faculty of Law
University of Belgrade

THE LIMITS OF ASSISTED SUICIDE IN GERMAN CRIMINAL LAW

Summary

This paper begins with the evaluation of the limitations between the not punishable suicide assistance and killing on request done by omission (§ 216 CC, „mercy killing“), with the change of rule over the act as central criterion of the analysis. A delimitation to failure to render assistance (§ 323c CC), where suicide is (mis)interpreted as accident in terms of this offense, leading to narrowing of impunity, has also been made.

The second part deals with another limitation of impunity of those who are assisting suicide, currently being in center of focus because of the new offense of business-like support of suicide (§ 217 CC), which is now, with a few exceptions, prohibiting the business-like providing, making available and mediating the possibility for suicide.

Keywords: Aiding and abetting, assisting, suicide, omission, rule over act, failure to render assistance, Germany.

ORGANIZACIJA LOKALNE SAMOUPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt

Organizacija lokalne samouprave u složenim državama je veoma kompleksno pitanje. Ovo pitanje dodatno problematizuje činjenica da je Bosna i Hercegovina država atipične organizacione strukture sa nekoliko nivoa vlasti. Budući da je lokalna samouprava u Bosni i Hercegovini u nadležnosti njenih entiteta, rad analizira organizaciju lokalne samouprave u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine. Rad polazi od teorijskih i pozitivnopravnih određenja lokalne samouprave analizirajući njihove međusobne implikacije. Takođe, u korelaciju se dovodi i trenutni položaj lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi. Analiza organizacione strukture lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini pokazuje da lokalna samouprava proizilazi iz njene ustavne strukture te da se susreće sa nizom problema političke prirode sa kojima se susreće i sama država. Drugačije rečeno, postojeći politički i pravni ambijent ne pogoduje razvoju lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini.

Ključne reči: decentralizacija, lokalna samouprava, Bosna i Hercegovina, jedinice lokalne samouprave, opština i grad.

1. Određenje lokalne samouprave

Lokalna samouprava je čini se jednako i političko i pravno pitanje. Politička koncepcija lokalne samouprave kao važnog segmenta javne uprave proizilazi najvećim delom iz društveno-političkog uređenja konkretne države ali u zadnje vreme i neminovnih zahteva evropskih integracija.

Političko shvatanje lokalne samouprave bez sumnje oblikuje njeno veoma važnije pravno određenje.

Pravno uređenje lokalne samouprave označava i način njene operacionalizacije odnosno provođenja. Ovaj položaj ima svoju

¹ Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: nvranjes@blic.net.

organizacionu i funkcionalnu (materijalnu dimenziju). Organizaciona dimenzija obuhvata krug subjekata, organa i organizacija koji vrše poslove lokalne samouprave dok funkcionalna odnosno materijalna dimenzija označava sadržinu poslova odnosno delatnost koju organizacioni subjekti lokalne samouprave obavljaju. Pozitivno pravo mora da dá odgovore na oba pitanja.

Pozitivnopravni pojam lokalne samouprave obuhvata važeću vizu propisa kojom se uređuje pravni položaj lokalne samouprave. On se kreće od Ustava, preko mnogobrojnih zakonskih pa do podzakonskih akata ali i međunarodnopravnih akata.

U teorijskom smislu, gotovo svi autori, samoupravu uopšte i lokalnu samoupravu vezuju za decentralizaciju. Tako, Radomir Lukić razlikuje birokratsku i demokratsku decentralizaciju. Birokratska decentralizacija podrazumeva birokratski karakter decentralizovanih organa pri čemu birokratske organe postavlja i smenjuje centralna vlast. S druge strane, demokratska decentralizacija je veli punija od birokratske i stvarnija. Pri tome su decentralizovani organi u demokratskoj decentralizaciji birani od strane stanovništva. „Takva decentralizacija je samouprava“.²

Prema Slobodanu Jovanoviću, opštinska samouprava je prisutna tamo gde je opština organizovana kao javnopravna korporacija kada se vršiooci opštinske vlasti smatraju kao opštinski organi, a ne kao državni. Oni su pod nadzorom centralne vlasti ali ne i pod njenom zapovednošću.³

Eugen Pusić, takođe dovodi lokalnu samoupravu u korelaciju sa decentralizacijom te tvrdi da se od decentralizacije očekuju izvesne prednosti koje bi se ogledale u sledećem: (1) sprečavanje koncentracije političke moći; (2) lokalizacija političkih konflikata; (3) sudelovanje građana u upravljanju, sve do samoupravljanja u sferi autonomnih lokalnih interesa i (4) poboljšanje kvaliteta službi usled pritiska bliskih lokalnih potreba i zahteva.⁴

Sublimirajući navedena određenja, a ako se izuzme determinacija javnopravna korporacija, upravo ovakvo mišljenje odgovara i današnjem shvatanju odnosa lokalne samouprave i državne uprave koji podrazumeva nadzor ali ne i centralističko upravljanje jedinicama lokalne samouprave od strane državnih organa. U suprotnom lokalna samouprava ne bi imala nikakav smisao i svela bi se na puku dekoncentraciju vlasti, a nikako na decentralizaciju što i jeste njena suština. Dakle, decentralizacija sa demokratizacijom vlasti predstavlja imperativ moderne lokalne samouprave.

² R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo, osmo izdanje*, Naučna knjiga, Beograd 1988., 180.

³ S. Jovanović, *Država II*, Geca Kon, Beograd 1936., 307.

⁴ E. Pusić, *Upravni sistemi, 1 Uvod Razvoj upravljanja*, Grafički zavod Hrvatske i Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1985., 311.

Ratko Marković, lokalnu samoupravu vidi kao oblik odlučivanja i upravljanja u lokalnim zajednicama, konstituisanim na užim delovima državne teritorije, i to neposredno od strane njenih stanovnika ili putem njihovih predstavnika, koje oni neposredno biraju, kao i drugih lokalnih organa. To je lokalna vlast koju vrše lokalni organi, samovlada građana u lokalnim zajednicama. Lokalna samouprava je originerna, svojstvena, pa i osnovna organizacija vlasti.⁵

Takođe, vezujući lokalnu samoupravu za decentralizaciju vlasti, Đorđije Blažić tvrdi, da je lokalna samouprava složena i dinamična kategorija te da se može posmatrati sa ustavnog, upravnog, finansijskog i pravnog aspekta. U tom smislu, kao istorijska, demokratska i moderna, lokalna samouprava je proizašla iz „prirodne težnje lokalnog stanovništva da manje ili više samostalno upravljaju poslovima lokalne zajednice, da preko svojih predstavnika u organima lokalne samouprave odlučuju o svim pitanjima od posebnog lokalnog interesa“.⁶

Nakon sublimacije širih teorijskih shvatanja različitih autora, Milan Vlatković posmatra lokalnu samoupravu kao „ustavom i zakonom utvrđeno pravo građana i javno-pravnih kolektiviteta (jedinica lokalne samouprave), te da je lokalna samouprava ustavna pa zatim i zakonska kategorija, da građani na osnovu sopstvene odgovornosti upravljaju posredno ili neposredno delom javnih poslova koji imaju lokalni karakter i od interesa su za lokalno stanovništvo (...)“, navodeći i druga određenja (slično Blažiću) koja više predstavljaju pozitivnopravnu nego teorijsku materiju.⁷

Tri poslednje navedena stava, razume se, novijeg datuma ukazuju na zaokret autora koji teorijski određujući lokalnu samoupravu prilično odlaze na teren prava i koji u determinaciju lokalne samouprave uvode suštinske termine koje deklariše Evropska povelja o lokalnoj samoupravi i drugi dokumenti koji su vezani za današnji diskurs posmatranja koncepta lokalne samouprave. Dakle, preovlađuju instituti da je lokalna samouprava pravo građana, pravo njihovih izabраниh predstavnika, lokalna vlast, lokalni interes i drugi sa njima povezani pojmovi koje nalazimo prvenstveno u Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi i još nekim drugim dokumentima moderne evropske provenijencije.

Sudeći po navedenim teorijskim shvatanjima lokalne samouprave, kako onima starijeg tako i onima novijeg datuma, možemo zaključiti da oni ne daju potpuno određenje lokalne samouprave ni u organizacionom ni u funkcionalnom smislu ali svakako sadrže izvesne putokaze u kom pravcu zakonodavac treba da se kreće.

⁵ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije, dvanaesto osavremenjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP "Službeni glasnik", Beograd 2008., 403.

⁶ Đ. Blažić, *Sistem lokalne samouprave (teorijsko, međunarodno-pravno, komparativno i pozitivno-pravno)*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica 2011., 82.

⁷ M. Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, BLC i Besjeda, Banja Luka 2008., 16-17.

Potpuno određenje lokalne samouprave odnosno njenih organa i delatnosti nalazimo u pozitivnopravnim aktima konkretne države. Navešćemo ih nešto kasnije ali već sada možemo konstatovati da se ona u Bosni i Hercegovini temelje na Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi.

U pogledu delatnosti odnosno kruga poslova koji su u nadležnosti jedinica lokalne samouprave razlikujemo poslove izvornog i poslove prenesenog delokruga. Upravo zbog primene načela supsidijarnosti iz Evropske povelje o lokalnoj samoupravi sve više se proširuje krug izvornih poslova. Poslovi izvornog delokruga mogu biti određeni opštom ili generalnom klauzulom i enumeracijom. Evropska povelja o lokalnoj samoupravi se opredeljuje za opštu klauzulu, a što je prihvaćeno u većini kontinentalnih zemalja zapadne Evrope i Skandinavije kao i u bivšim socijalističkim zemljama.⁸

Međutim, kada je u pitanju Bosna i Hercegovina sudeći prema zakonskim rešenjima, naročito u Republici Srpskoj gde je prisutna široka i detaljna enumeracija nadležnosti lokalne samouprave u oblasti izvornog delokruga (razvojni programi, urbanizam, komunalne delatnosti, finansije, građenje, inspeksijski nadzor, katastarski poslovi, utvrđivanje i naplata izvornih prihoda, obrazovanje, sport, kultura i dr.), ne možemo govoriti o generalnom pristupu određivanja poslova izvornog delokruga. Štaviše, prevladava detaljno razrađen sistem enumeracije kroz desetine zakonskih članova i više desetina stavova.⁹

2. Odnos Bosne i Hercegovine prema lokalnoj samoupravi

Bosna i Hercegovina je složena država *sui generis* karaktera. Ustavnopravni i politički sistemi ne poznaju oblik uređenja koji je danas prisutan u Bosni i Hercegovini. Kao takva, ova država ima i elemente federacije ali i konfederacije.¹⁰ Konkretnije, Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske te jednog zasebnog administrativno-teritorijalnog subjekta koji podjednako pripada i Bosni i Hercegovini i njenim entitetima i nosi naziv

⁸ I. Koprić, „Djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave“, *Hrvatska javna uprava*, 1/2005, 45-48.

⁹ Uporediti: Čl. 12-27 Zakona o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 42/05, 118/05 i 98/13.

¹⁰ Kao složena *sui generis* država Bosna i Hercegovina ne ispunjava ni sve federalne i ne sve konfederalne standarde. Naime, zbog veoma jakog ustavnog položaja entiteta (mnogi jači nego što to imaju države članice u federacijama), a i zbog samog položaja države Bosne i Hercegovine u kontekstu odnosa prema entitetima, Bosnu i Hercegovinu ne možemo smatrati federacijom. Takođe, uprkos preovlađujućim konfederalnim elementima (pozicija entiteta veoma bliska državnoj, mogućnost otvaranja entiteta na međunarodnom planu, struktura i jačina entitetskih institucija i dr.) nije moguće reći da se radi o konfederaciji. Videti: A. Fira, *Enciklopedija ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja, IV tom*, SANU i Agencija Mir, Novi Sad 1999., 73-76.

– Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine. Konstitutivnost pripada njenim narodima, a kao konstitutivni narodi na teritoriji cele Bosne i Hercegovine proglašeni su: Srbi, Hrvati i Bošnjaci. Ostali narodi uprkos njihovom nesumnjivom prisustvu nemaju mogućnost po važećem Ustavu pasivnog biračkog prava u najvišim strukturama izvršne i zakonodavne vlasti.¹¹

Svakako da složena struktura Bosne i Hercegovine usložnjava i organizaciju vlasti. Kako je Ustavom Bosne i Hercegovine ustanovljena presumpcija nadležnosti u korist entiteta, entitetima pripadaju sve one nadležnosti koje nisu u isključivoj nadležnosti Bosne i Hercegovine, a u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine spadaju: (1) spoljna politika; (2) spoljnotrgovinska politika; (3) carinska politika; (4) monetarna politika; (5) finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine; (6) politika i propisi za useljavanje, izbeglice i azil; (7) sprovođenje krivičnih zakona na međunarodnom planu i između entiteta, uključujući i odnose sa Interpolom; (8) uvođenje u rad sredstava za međusobne i međunarodne komunikacije (9) regulisanje saobraćaja između entiteta i (10) kontrola vazdušnog saobraćaja.¹² Za sve pomenute nadležnosti bila su predviđena dva ministarstva i to Ministarstvo spoljnih poslova i Ministarstvo spoljne trgovine. Prenosom nadležnosti sa entiteta na državni nivo i intervencijom Kancelarije visokog predstavnika danas Savet ministara Bosne i Hercegovine čini devet ministarstava.

Sudeći prema ovakvoj raspodeli nadležnosti Bosna i Hercegovina je najbliža federalno-konfederalnom obliku uređenja.¹³

Za razmatranje položaja lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini važno je konstatovati da se radi o zemlji predimenzionisane javne uprave u organizacionom smislu što svakako ima implikacije i na položaj lokalne samouprave kao bitnog segmenta javne uprave. Tako, „BiH zemlja sa nepuna četiri miliona stanovnika ima četiri potpuno odvojena nivoa vlasti sa

¹¹ Ovakvo ustavno rešenje dovelo je do spora pred Evropskim sudom za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine (Apelacije br. 27996/06 i 34836/06). Sud je 22. decembra 2009. godine uvažio apelaciju konstatujući da su apelantima povređena ljudska prava zbog toga što im je onemogućeno da se kandiduju na izborima za Dom naroda i Predsedništvo Bosne i Hercegovine zbog njihovog romskog i jevrejskog porekla te da postoji kršenje čl. 14. u vezi sa čl. 3. Protokola br. 1. kao i povreda člana 1. Protokola br. 12 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Sire videti predmet: *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (no. 27996/06), dostupno na: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2799606_03062009&language=lang, pristupljeno: 28.04. 2016. godine. Navedena presuda uprkos višegodišnjem međunarodnom pritisku ni do danas nije provedena zbog nemogućnosti postizanja unutrašnje političke saglasnosti oko izmene Ustava tako da pomenuti elementi diskriminacije i dalje žive u Ustavu Bosne i Hercegovine. Danas, čini se da međunarodna zajednica više i ne pominje navedenu presudu.

¹² Čl. III Ustava Bosne i Hercegovine, *Dejtonski mirovni sporazum, Aneks IV i Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 25/09.

¹³ R. Kuzmanović, *Ustavno pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2002., 308.

zasebnim upravnim strukturama koje, između ostalih čine 136 ministarstava (i isto toliko ministara), preko 1000 javnih ustanova, preko 300 upravnih organizacija, 146 jedinica lokalne samouprave i mnogi drugi subjekti javne uprave, koje je gotovo nemoguće identifikovati i u potpunosti nabrojati, budući da se organi uprave formiraju kako generalnim tako i posebnim zakonima pa čak i podzakonskim aktima. Svakako da se ovako glomazna, komplikovano ustrojena i hijerarhijski razučena organizacija uprave odražava na njenu efikasnost i funkcionalnost uopšte. Pitanje ekonomske održivosti ovlikog broja javnih subjekata u maloj i nerazvijenoj zemlji sa gotovo devastiranim realnim sektorom je izlišno i postavljaći¹⁴.

Ustav Bosne i Hercegovine ni jednom reči ne pominje lokalnu samoupravu ni u organizacionom niti u funkcionalnom smislu. Imajući u vidu raspodelu nadležnosti između države i entiteta i činjenicu da se nadležnost nad lokalnom samoupravom nije našla na spisku nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, valja zaključiti da nadležnost nad lokalnom samoupravom u Bosni i Hercegovini pripada njenim entitetima. Stoga u nastavku rada organizaciju lokalne samouprave sagledavaćemo na nivou njenih entiteta.

3. Organizacija lokalne samouprave u Republici Srpskoj

Organizacija lokalne samouprave u Republici Srpskoj regulisana je Ustavom i zakonima. Zakonski položaj lokalne samouprave propisan je suštinski Zakonom o lokalnoj samoupravi i Zakonom o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske, a tangiran je Zakonom o statusu funkcionera jedinice lokalne samouprave, Zakonom o budžetskom sistemu Republike Srpske, Zakonom o referendumu i građanskoj inicijativi i dr.

Ustav Republike Srpske, uređuje pitanje lokalne samouprave istina ne garantujući pravo na lokalnu samoupravu. U tom smislu, Ustav Republike Srpske već u čl. 5 uređuje, da se ustavno uređenje Republike Srpske *inter alia*, temelji na lokalnoj samoupravi. Nadalje, čl. 66 Ustava, uređuje da (...) ljudska prava i slobode, jednakost pred zakonom, samostalnost i jednak položaj preduzeća i drugih organizacija, ustavni položaj i prava jedinica *lokalne samouprave* osnova su i mjera ovlašćenja i odgovornosti republičkih organa (kurziv u tekstu je moj).¹⁵

U Glavi VI Ustava Republike Srpske pod nazivom „Teritorijalna organizacija“, stoji odredba da se teritorijalna organizacija Republike uređuje zakonom, a zatim se u čl. 102 nabrajaju nadležnosti opština,

¹⁴ N. Vranješ, „Organizacioni problemi javne uprave u Bosni i Hercegovini“, *Administracija i javne politike*, 2/2015, 58.

¹⁵ Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 i 117/05.

nakon čega sledi odredba da se sistem lokalne uprave uređuje zakonom te da se zakonom može poveriti vršenje poslova lokalne uprave u gradu. Dakle, Ustav govori o lokalnoj upravi što je svakako termin različit od termina lokalna samouprava ali se da izvesti implicitno da se zapravo time ustavom reguliše pitanje lokalne samouprave. Drugačije rečeno, Ustav Republike Srpske uređuje da se poslovi lokalne (samo)uprave obavljaju u opštinama i gradovima. Time je izražena i opredeljenost Republike Srpske za jednostepenim modelom lokalne samouprave budući da Ustav ne pominje druge organizacione oblike koji bi postojali između opštinskog i republičkog nivoa vlasti.¹⁶

Čl. 2 Zakona o lokalnoj samoupravi definiše: „lokalna samouprava je pravo građana da neposredno i preko svojih slobodno i demokratski izabраних predstavnika učestvuju u ostvarivanju zajedničkih interesa stanovnika lokalne zajednice, kao i pravo i sposobnost organa lokalne samouprave da regulišu i upravljaju, u granicama zakona, javnim poslovima koji se nalaze u njihovoj nadležnosti, a u interesu lokalnog stanovništva“.¹⁷

U narednom stavu citiranog člana propisano je da se lokalna samouprava ostvaruje u opštinama i gradovima, a izvršavaju je građani i organi jedinica lokalne samouprave.

Poredeći dosledno citiranu zakonsku definiciju lokalne samouprave sa definicijom iz Evropske povelje o lokalnoj samoupravi koja glasi: „lokalna samouprava podrazumeva pravo i osposobljenost lokalnih vlasti da, u granicama zakona, regulišu i rukovode znatnim delom javnih poslova na osnovu sopstvene odgovornosti i u interesu lokalnog stanovništva.“,¹⁸ prepoznamo gotovo istovetno određenje lokalne samouprave kakvo je dato u Evropskoj povelji i lokalnoj samoupravi.

Važeći zakon o lokalnoj samoupravi u Republici Srpskoj definiše opštinu kao osnovnu teritorijalnu jedinicu lokalne samouprave. Opština se obrazuje za deo naseljenog mesta ili za jedno ili više naseljenih mesta. Pored opštine, lokalna samouprava se odvija i u gradu. Grad se prema postojećem zakonskom rešenju, može uspostaviti zakonom na urbanom području koje čini koherentnu geografsku, socijalnu, ekonomsku, istorijsku i teritorijalnu celinu sa odgovarajućim nivoom razvoja. Gradovi mogu biti monolitnog sastava ili sastavljeni od više opština. Oni gradovi koji u svom sastavu nemaju više opština imaju istu nadležnost kao i opštine.

Pored činjenice da se osniva posebnim zakonom, te da u svom sastavu može imati više opština, ne postoji suštinska razlika između

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Čl. 2 Zakona o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 42/05, 118/05 i 98/13.

¹⁸ Čl 3. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, *Evropska povelja o lokalnoj samoupravi*, Kancelarija Saveta Evrope i OEBS misija u BiH, publikacija, Sarajevo 2003., 6-7.

opštine i grada. Navedeni kriteriji u kojima je izostavljena neophodna teritorijalna površina i broj stanovnika kao kriteriji te uopštena odrednica da to mora biti „urbano područje koje čini koherentnu geografsku, socijalnu, ekonomsku, istorijsku i teritorijalnu celinu sa odgovarajućim nivoom razvoja“ daju široku diskrecionu moć predlagaču zakona i samom zakonodavcu da na jedan dosta prizvoljan način mogu osnivati gradove. Smatramo da se upravo to i desilo u zadnja dva „kruga“ osnivanja gradova u Republici Srpskoj. Prvo, kada su tokom 2012. godine opštine Prijedor, Doboj, Bijeljina i Trebinje dobili status grada, i drugo, kada je tokom 2016. godine status grada dobila i tadašnja opština Zvornik. Tako danas Republika Srpska ima sedam gradova od kojih su dva (Banja Luka i Istočno Sarajevo) osnovani Zakonom o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske,¹⁹ te pet pojedinačnim zakonima za svaki grad. Od svih pomenutih jedino grad Istočno Sarajevo u svom sastavu ima više opština i to njih pet: Istočno Novo Sarajevo, Istočna Ilidža, Istočni Novi Grad, Pale, Sokolac i Trnovo. Upravo to je i jedina razlika između grada Istočno Sarajevo i svih drugih gradova u Republici Srpskoj. Takođe, kako u organizacionom tako i u funkcionalnom smislu između gradova u Republici Srpskoj nema gotovo nikakvih razlika pa se opravdano postavlja pitanje osnivanja novih gradova.

U tom smislu, Republika Srpska je na tragu poboljšanja ili bar preciziranja postojećeg zakonskog okvira kroz novi Zakon o lokalnoj samoupravi. Prema nacrtu pomenutog zakona, grad se može uspostaviti zakonom na urbanom području koje čini jedinstvenu geografsku, socijalnu, ekonomsku, istorijsku i teritorijalnu celinu sa odgovarajućim nivoom razvoja i ako: (1) ima više od 70.000 stanovnika i (2) je u zadnje tri godine na osnovu odluke o utvrđivanju stepena razvijenosti jedinica lokalne samouprave imao status razvijene jedinice lokalne samouprave. Takođe dodaje se i odrednica da teritorija za koju se formira grad predstavlja prirodnu geografsku celinu, ekonomski povezan prostor koji poseduje izgrađenu komunikaciju među naseljenim mestima sa sedištem grada kao gravitacionim centrom.²⁰

Iz predloženog zakonskog rešenja vidljivo je da status grada podrazumeva i dodatne kriterije po pitanju broja stanovnika i stepena ekonomske razvijenosti koji podrazumeva dugotrajniji status ekonomski razvijene lokalne zajednice. Ukoliko predloženo rešenje bude usvojeno status grada po kriteriju broja stanovnika mogli bi izgubiti Trebinje koje prema preliminarnim rezultatima popisa satnovništva iz 2013. godine ima 31. 433 stanovnika kao i novouspostavljeni grad Zvornik za kojeg

¹⁹ Čl. 24., st. 1 Zakona o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 69/09, 70/12, 83/14 i 106/15.

²⁰ Čl. 10 Zakona o lokalnoj samoupravi – nacrt, <http://www.narodnaskupstinars.net/>, 01.05. 2016.

preliminarni rezultati pokazuju da ima 63. 686 stanovnika.²¹

Danas, Republika Srpska pored navedenih sedam gradova ima i 57 opština što ukupno čini 64 jedinicu lokalne samouprave.

Opštine u Republici Srpskoj kao najrasprostranjenije jedinice lokalne samouprave imaju čitav niz specifičnosti.

Prvo, u pogledu veličine, beležimo izrazito male (patuljaste opštine) koje ne prelaze ni hiljadu stanovnika i izrazito velike opštine odnosno gradove koje imaju neuporedivo veliki broj stanovnika. Tako, postoji opština Istočni Drvar koja ima 109 stanovnika, opština Istočni Mostar koja ima 280 stanovnika, opština Kupres 320 stanovnika i dr. Kao izrazito velike jedinice lokalne samouprave (opštine pa i gradovi) ubrajaju se grad Banja Luka (198. 000 stanovnika), opština Foča (40. 513 stanovnika), grad Bijeljina (114.663 stanovnika) itd. Kada je u pitanju površina opštine u Republici Srpskoj jedna trećina opština ima površinu veću od 500 km² dok je prosečna površina opštine 400 km². Poređenja radi, evropski standard za površinu opštine kreće se od 10 do 50 km², dok preporučeni broj stanovnika treba da bude 10. 000.²² Dakle, radi se o opštinama veoma niskog demografskog potencijala, duboko siromašnim i nesamostalnim sa gotovo nikakvim izgledima za samoodrživost. Kao takve one ne mogu ispunjavati dodeljene im zadatke ni minimalnom broju stanovnika koje imaju pružati neophodne javne usluge i servise.²³

Drugo, nema razlike između postojećih opština u pogledu nadležnosti, pravnog statusa i društvenog tretmana. Tako, određeni autori govore o sistemu omnibus nadležnosti u kojem jedinice lokalne samouprave bez obzira na različite teritorijalne, demografske, ekonomske i druge razlike vrše gotovo iste poslove.²⁴ Takođe, među opštinama se na pravi razlika na seoske i gradske niti postoji razvijen poseban koncept seoske odnosno gradske opštine, tako da i u tom pogledu vlada monolitna opcija.

Treće, postojeća koncepcija opština vodi poreklo iz prethodnih sistema uz promene minimalne vrednosti. Promene su se desile uglavnom da je stvoren određen broj manjih opština povlačenjem linije razgraničenja između Federacije BiH i Republike Srpske potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma 1995. godine kada je određeni broj opština „presečen“ bez ikakvih kriterija, u omeru 51:49 % u korist

²¹ Videti: *Preliminarni rezultati popisa stanovništva, domaćinstava i stanova u Bosni i Hercegovini 2013*, Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine. Dostupno na: <http://www.bhas.ba/>, 01.05. 2016.

²² Miličević, N. i dr., *Lokalna i regionalna samouprava*, Centar za promociju civilnog društva Sarajevo, Sarajevo 2001., 194.

²³ C. Jokay, *Local Government in Bosnia and Herzegovina-Chapter 3 in Stabilization of Local Governments*, Open Society Institute, Budapest 2001., 99.

²⁴ P. Dimitrijević, Đ. Blažić, *Upravno pravo Crne Gore*, Fakultet za državne i evropske studije, Podgorica, 2008., 167.

Federacije BiH, pri čemu je nastao određen broj manjih opština uz entitetsku granicu. Recidivi ranijeg koncepta se ogledaju i u primeni uglavnom političkih kriterija pri koncepciji opštine kao osnovne jedinice lokalne samouprave. Tome ide u prilog i činjenica da granice opština i njihova struktura nisu ustavom zaštićena kategorija. Nadalje, uniformost i jednoobraznost opština je karakteristika komunalnog sistema koji je bio prisutan u bivšoj SFRJ gotovo četiri decenije kada je opština bila određena kao osnovna društveno-politička zajednica u kojoj se sprovodi samoupravljanje i vrši vlast radnih ljudi i građana. Pri tome je uvedena „jednoobraznost u položaju i samoupravnoj strukturi opštine u ruralnim i urbanim naseljima (monotipska organizacija)“.²⁵ Međutim, pri tome se ne može zaboraviti da su opštine u BiH između 1970. i 1990. godine doživele uspon u ekonomskom i kulturnom razvoju. Citirajući akademika Dušana Bilandžića, Mirko Pejanović navodi da je u tom vremenu u BiH zaposleno milion radnika, da su velika preduzeća poput Energoinvesta, Unisa i Šipada bili vodeći izvoznici proizvoda i usluga na strana tržišta. Pored sarajevskog, otvoreni su univerziteti u Tuzli, Mostaru i Banja Luci. Takođe, izgrađeno je 1000 osnovnih škola, a sve opštine formirale su svoje srednjoškolske centre.²⁶ Inače, prema većini konstitucionalista opština tog vremena (naročito Ustavom iz 1974. godine) postaje faktor ne samo opštinskih već i republičkih pa i federalnih interesa. O jačini i značaju opštine prema Ustavu iz 1974. godine govori i poseban dom (veće) republičkih i pokrajinskih skupština gde pored Veća udruženog rada i Društveno-političkog veća postoji i Veće opština.²⁷

Prema nekim autorima, uloga opštine prema Ustavu iz 1974. godine ide do te mere da je uspostavljena presumpcija nadležnosti u korist opštine odnosno njenih organa u odnosu na savezne i republičke odnosno pokrajinske organe vlasti budući da su opštinski organi uprave bili osnovni nosioci poslova uprave svih društveno-političkih zajednica u zemlji dok su viši nivoi vlasti obavljali samo one poslove koji su im izričito dodeljeni ustavom i zakonima.²⁸

²⁵ M. Pejanović, *Društveno-istorijski razvoj lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini u XX stoljeću*, pristupno predavanje u svojstvu dopisnog člana Akademije nauka i umjetnosti BiH, dostupno na: http://www.ifimes.org/ba/9044_02.05.2016.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Uporediti: D. Kulić, Promene u ustavnom sistemu Jugoslavije od Ustava SFRJ 1963. do Ustava SFRJ 1974. godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš 1977., 73-96.

²⁸ P. Dimitrijević, „Odnosi opštinskih organa uprave i organa uprave širih društveno-političkih zajednica“, *Analiza*, 1-2/1981, 97-99, navedeno prema: P. Kunić, *Upravno pravo-drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Uprava za policijsko obrazovanje, Banja Luka 2010., 53.

4. Organizacija lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine

Federacija Bosne i Hercegovine je jedan od dva entiteta koji uz Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine konstituišu Bosnu u Hercegovinu. Federacija Bosne i Hercegovine formirana je Vašingtonskim sporazumom koji je potpisan u martu 1994. godine između Republike Hrvatske i muslimansko-hrvatske strane u Bosni i Hercegovini s prvenstvenim ciljem zaustavljanja rata između bosanskih Hrvata i Muslimana. Valja zapaziti, da je taj Ustav potpuno isključio jedan čitav konstitutivni narod iz ustavnopravnog poretka. O tome govori čl. 1 navedenog Ustava: “Bošnjaci i Hrvati kao konstitutivni narodi, zajedno sa ostalima, i građani Republike Bosne i Hercegovine, ostvarujući svoja suverena prava, preoblikuju unutrašnju strukturu teritorija s većinskim bošnjačkim i hrvatskim stanovništvom u Republici Bosni i Hercegovini u Federaciju Bosne i Hercegovine koja se sastoji od federalnih jedinica sa jednakim pravima i odgovornostima (...)”. Iz dela ovako *expressis verbis* citirane odredbe, vidljivo je da je srpski narod u tako stvorenoj tvorevini potpuno diskriminisan. Navedeno potvrđuje i potonja odluka Ustavnog suda BiH iz 1998. godine, da su Bošnjaci, Srbi i Hrvati konstitutivni narodi na celoj teritoriji Bosne i Hercegovine, pa samim tim i na području Federacije Bosne i Hercegovine.²⁹

Važeći Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, uređuje da se lokalna samouprava ostvaruje u opštini, te da se za područje dve ili više opština koje su urbano i teritorijalno povezane svakodnevnim potrebama građana, formira grad kao jedinica lokalne uprave i samouprave, u skladu sa federalnim zakonom. Pri tome Ustav je predvideo dva grada Sarajevo i Mostar. Nadalje, Ustav je nadležnost nad lokalnom samoupravom prepustio kantonima kojih ima deset. Ustavni sud obezbeđuje zaštitu prava na lokalnu samoupravu. Ustavni sud odlučuje o sporovima između jedinica lokalne samouprave i kantona ili Federacije na zahtev opštinskog ili gradskog veća, načelnika opštine ili gradonačelnika grada, ili udruženja opština i gradova Federacije Bosne i Hercegovine.³⁰

Zakonom o federalnim jedinicama (kantonima-županijama) utvrđuju se federalne jedinice (kantoni-županije) u Federaciji Bosne i Hercegovine, određuje njihov broj, područje, metode i postupci za fizičko određivanje granica između kantona-županija i druga pitanja od značaja za utvrđivanje granica između kantona-županija.³¹

²⁹ Videti: *Odluka Ustavnog suda BiH*, br. U 5/98-III. Takođe uporediti: N. Ademović, M. Joseph, G. Marković, *Ustavno pravo BiH*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2012., 329-333.

³⁰ Videti: čl. 2, čl. 4, čl. 7 i čl. 10 Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, neslužbeni prečišćeni tekst, *Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine*, <http://www.ustavnisudfbih.ba/>.

³¹ Čl. 1 Zakona o federalnim jedinicama (kantonima-županijama), *Službene novine Federacije BiH*, 9/96.

Područje kantona-županija čine opštine i delovi opština utvrđeni Zakonom o federalnim jedinicama (kantonima-županijama). Dakle, ovakvom zakonskom normom uređena je i teritorijalna organizacija Federacije Bosne i Hercegovine. Valja istaći da ovaj zakon nije propisao nikakve odredbe o načinu promene utvrđene teritorijalne organizacije.

Shodno pomenutom zakonu, Federacija Bosne i Hercegovine se sastoji od deset kantona odnosno županija. Svaki kanton (županija) je zapravo federalna jedinica budući da ima sopstveni ustav, vladu, skupštinu, policiju, lokalnu samoupravu i dr.

Lokalna samouprava u Federaciji Bosne i Hercegovine ostvaruje se u kantonima, a na federalnom nivou postoji Zakon o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine. Pomenutim zakonom se uređuju: definicija lokalne samouprave, samoupravni delokrug, tela jedinica lokalne samouprave, međusobni odnosi veća i načelnika/ca jedinica lokalne samouprave, mesna samouprava, finansiranje i vlasništvo, javnost rada, neposredno učešće građana u odlučivanju, upravni nadzor, saradnja jedinica lokalne samouprave i viših tela vlasti, odnos i saradnja federalnih i kantonalnih vlasti i jedinica lokalne samouprave, nadzor nad primenom zakona, kao i druga pitanja.³²

Zakonsko određenje lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine je identično kao i u Republici Srpskoj i prati Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi. Nešto drugačije određenje srećemo kod definicije opštine koja se određuje kao osnovna jedinica lokalne samouprave koja je na osnovu ispunjavanja propisanih kriterija uspostavljena zakonom. Takođe, zakon propisuje i grad kao jedinicu lokalne samouprave koja predstavlja urbanu, infrastrukturnu celinu povezanu svakodnevnim potrebama stanovništva. Grad se, osim ustavom, uspostavlja federalnim zakonom na osnovu sporazuma o udruživanju dve ili više opština, odnosno odluke opštinskog veća opštine koja ispunjava propisane kriterije, a koja ima najmanje 30.000 stanovnika, odnosno u čijem gradskom središtu kao zaokruženom urbanom području živi najmanje 10.000 stanovnika. U svakom slučaju grad će biti i ona jedinica lokalne samouprave koja ne ispunjava ove uslove ukoliko je u njemu sedište kantona (županije). Uprkos pomenutoj odredbi, danas sva sedišta kantona (županija) nemaju status grada budući da u Federaciji Bosne i Hercegovine trenutno postoji šest gradova (Sarajevo, Mostar, Bihać, Zenica, Tuzla i Široki Brijeg), dok Federacija, kao što smo rekli ima deset kantona.

Svaki kanton svojim ustavom i zakonima uređuje položaj lokalne samouprave. Međutim postoje kantoni koji su tek nedavno, gotovo 20 godina

³² Čl. 1 Zakona o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 49/06 i 51/09.

nakon uspostavljanja doneli zakone o lokalnoj samoupravi (kanton Sarajevo), dok drugi donesene zakone gotovo ne primenjuju te lokalnu samoupravu temelje vežući se za federalni zakon i podzakonske akte, prvenstveno staute (Srednjobosanski kanton). Kao razlozi ovakvog stanja smatra se nedostatak političke volje i dogovora vladajućih elita ovog entiteta.

U organizacionom smislu lokalnu samoupravu danas u Federaciji Bosne i Hercegovine čini 81 jedinica lokalne samouprave (ubrajaju i Brčko i ako se radi o posebnoj teritoriji-distriktu koji podjednako pripada i Federaciji BiH i Republici Srpskoj), od čega 75 opština i šest pomenutih gradova.

Opštine i gradova u Federaciji Bosne i Hercegovine po svojoj strukturi, načinu organizovanja, i teritorijalnom aspektu veoma nalikuju opštinama i gradovima u Republici Srpskoj. Izuzetak je naravno grad Sarajevo koji je i glavni grad Federacije ali i Bosne i Hercegovine. Takođe, ovaj grad je i sedište sarajveskog kantona. Grad Sarajevo u svom sastavu ima četiri opštine i to: Centar, Novi Grad, Novo Sarajevo i Stari Grad. Podsećanja radi preratno Sarajevo je u svom sastavu imalo deset gradskih opština.

U pogledu veličine opština (površine i broja stanovnika) i u Federaciji Bosne i Hercegovine kao i u Republici Srpskoj nalazimo izrazito male opštine kao što su: Dobretići (2.000 stanovnika), Pale-Prača (1.043 stanovnika), Doboju-Jug (4.409), Trnovo-FBiH (1.830 stanovnika). S druge strane, postoje izrazito mnogoljudne jedinice lokalne samouprave: Sarajevo (291.422 stanovnika), Mostar (113.169 stanovnika), Travnik (57.543 stanovnika) itd. Valja istaći, da je grad Mostar bio sastavljen od pet opština sve do 2004. godine kada je tadašnji Visoki predstavnik za BiH Paddy Ashdown nametnuo statut grada Mostara i ukinuo opštine. Pomenutim statutom je formirana jedinstvena gradska uprava, bivše opštine su pretvorene u izborne jedinice, u gradskom veću uvedene su nacionalne kvote prema kojima ni jedan narod ne može imati većinu. Zbog navedenih problema Grad Mostar nije proveo lokalne izbore 2012. godine budući da se političke strukture ne mogu usaglasiti da li grad treba imati gradske opštine.³³

Nadležnosti jedinica lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ograničene su složenom strukturom ovog entiteta. Naime, postoje poslovi od isključive nadležnosti Federacije, zatim poslovi u isključivoj nadležnosti kantona te najzad zajednički poslovi Federacije i kantona. Drugačije rečeno, lokalna samouprav u Federaciji Bosne i Hercegovine ima one nadležnosti koji na nju prenese kantonalna vlast. Upravo iz tih razloga postoje kantoni slabe i jake madležnosti kao i lokalne samouprave slabe i jake nadležnosti. Određivanje tih nadležnosti nažalost

³³ *Decision Enacting the Statute of the City of Mostar*, www.ohr.int/?p=65647&print=pdf, 02.05. 2016. godine.

neretko biva predmet političke i nacionalne nadmoći da li kantonalnog ili lokalnog nivoa vlasti, pri čemu pravni i stručni kriteriji ostaju zanemareni.

Tako uočavamo da kanton (Kanton broj 10 – Livanjski kanton) sa većinski zastupjenim srpskim stanovništvom u jedinicama lokalne samouprave je potpuno uzurpirao nadležnosti lokalnim zajednicama o čemu svedoče brojne sudske odluke. O predimenzionisanju javne uprave pa i lokalne samouprave u Federaciji BiH izlišno je igovoriti, budući da ovaj entitet ima 16 federalnih ministarstava te da svaki kanton u proseku ima 10 ministarstava (ukupno oko 100) plus kantonalne uprave, kantonalne ustanove i zavodi te administrativni aparat 81 jedinice lokalne samouprave. Jasno je da je ovakav sistem distribucije nadležnosti neodrživa i da on predstavlja neuralgičnu tačku Bosne i Hercegovine koja treba da bude težište interesovanja i predmet reforme.

5. Brčko distrikt Bosne i Hercegovine

Brčko distrikt Bosne i Hercegovine je atipična tvorevina koja u svemu podseća na jedinicu lokalne samouprave specifičnog karaktera. Pravni položaj Brčko distrikta Bosne i Hercegovine utemeljen je na Statutu Brčko distrikta BiH.³⁴ Takođe, jedini amandman na Ustav Bosne i Hercegovine do sada donesen je onaj koji se tiče Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, a njime je distrikt definisan kao jedinica lokalne samouprave sa vlastitim institucijama, zakonima i propisima.³⁵ Ovakva situacija u kojoj se od strane državnog nivoa vlasti koji inače nema nadležnost nad lokalnom samoupravom (nivo Bosne i Hercegovine) daje status jednoj jedinici lokalne samouprave i uz to joj se daje i zakonodavna nadležnost, predstavlja retku situaciju u modernim političkim i pravnim sistemima. Nekim teoretičarima ovakva pozivija distrikta asocira na treći entitet³⁶

Statut određuje Brčko distrikt BiH kao jedinstvenu administrativnu jedinicu lokalne samouprave, koja je pod suverenitetom Bosne i Hercegovine. Distrikt ima načelnika Distrikta, Skupštinu distrikta i Vladu distrikta. Upravu Brčko distrikta BiH još čini: Pravna služba i Kancelarija za privatizaciju, zatim Poreska uprava, Uprava javnih prihoda, Komisija za papire od vrednosti, Policija Brčko distrikta BiH i drugi.

Navedeana odeljenja, službe, kancelarije i drugi subjekti uprave Brčko distrikta BiH realizuju upravnu delatnost, kako iz nadležnosti Brčko distrikta, tako i iz nadležnosti Bosne i Hercegovine.

³⁴ Statut Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 1/00, 17/08, 39/09 i 2/10. Takođe videti: Amandman I na Ustav BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 25/09.

³⁵ Amandman I. na Ustav Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 25/09.

³⁶ Šire videti: M. Blagojević, *Pravna priroda Brčko distrikta deceniju poslije*, *Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka* 2011; N. Ademović, M. Joseph, G. Marković, *Op. cit.*, 314-329.

6. Zaključak

Organizacija lokalne samouprave u složenim državama je veoma kompleksno pitanje. Budući da je Bosna i Hercegovina složena država sa zajedničkim institucijama vlasti, dva entiteta i jednim distriktom te veoma nedorečenom ustavom strukturom organizacija njene lokalne samouprave predstavlja i više od izazova.

Posebno nedelotvoran pravni okvir lokalne samouprave nalazimo u Federaciji Bosne i Hercegovine gde je Ustavom nadležnost nad lokalnom samoupravom prenet na entitete, što zapravo jeste praksa u složenim državama, a onda je federalni nivo vlasti doneo Zakon o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine kojim je zapravo kantonima nametnuo model lokalne samouprave i značajnije uzurpirao nadležnosti nad ovom materijom. Slično je urađeno i kada je u pitanju teritorijalni aspekt lokalne samouprave usled postojanja Zakona o federalnim jedinicama (kantonima-županijama). Takođe, pojedini kantoni su svojim zakonima iz čini se nacionalno-političkih razloga ograničili vlast lokalne samouprave u nekim opštinama Federacije Bosne i Hercegovine.

Teritorijalnu organizaciju lokalne samouprave u entitetima Bosne i Hercegovine prate manje ili više istovetni problemi koji se odnose na neracionalno organizovane jedinice lokalne samouprave koje ili su patuljasto male ili su enormno velike u pogledu prostorne veličine i broja stanovnika. Kao takve one ne mogu efikasno provoditi dodeljene im nadležnosti niti pružati adekvatne servise građanima.

Takođe u oba entiteta postoji problem u određivanju broja i statusa gradova kao jedinica lokalne samouprave. Po sadašnjim rešenjima razlike između grada i opštine gotovo da ne postoje izuzev opštinske strukture gradova koja je prisutna u samo dva grada (Sarajevo i Istočno Sarajevo) od ukupno 13 gradova koliko danas ima u Bosni i Hercegovini.

Organizacioni aspekt lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini izdvaja i postojanje Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koji ima ustavni i statutarni status jedinice lokalne samouprave što je proizvelo u odnosu na Dejtonski Ustav svojevrsnu *contra constitutionem* situaciju. Naime, iako je Ustav Bosne i Hercegovine nadležnost nad lokalnom samoupravom implicitno poverio entitetima, jednim amandmanom na Ustav, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine uređeno je kao jedinica lokalne samouprave sa izvršnom, sudskom i zakonodavnom nadležnošću što je u svetu nepoznat slučaj. Time današnji distrikt više asocira na treći entitet nego na jedinicu lokalne samouprave.

Najzad, valja konstatovati da organizacija lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini predstavlja više političko nego pravno i stručno pitanje što čini se posebno dolazi do izražaja na području Federacije Bosne i Hercegovine.

Assistant Prof. Nevenko Vranjes, PhD

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

ORGANIZATION OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The Organization of local self-government in complex countries makes a very complex issue. The fact that Bosnia and Herzegovina represents an untypical organizational structure with several levels of government makes the problem bigger, indeed. Since local self-government in Bosnia and Herzegovina is under supervision of its entities, this article analyses the organization of the ones in Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina and Brcko District of Bosnia and Herzegovina. Theoretical and positive legal regulations of local self-government, as well as the analysis of their mutual implication are the point this article starts with. Also paper analyses the actual position of local self-government in Bosnia and Herzegovina in comparison with European Charter of Local Self-Government. The analysis of organizational structure of local self-government in Bosnia and Herzegovina confirms that Local Self-Government derive from its constitutional structure. Moreover, it has the same political problems as the state itself.

In other words, actual political and legal ambience is unsuitable for development of local self-government in Bosnia and Herzegovina.

Key words: decentralization, local self-government, Bosnia and Herzegovina, administrative units, municipality and city.

ZDRAVSTVENO OSIGURANJE I PRAVA PACIJENATA U ZEMLJAMA EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Predmet ovog rada je evolucija pravno-organizacionog okvira za zdravstvenog osiguranja u Evropskoj uniji. Politika Evropske Unije je evoluirala sa svakim proširenjem Unije u cilju da obezbeđenja slobodnog kretanja ljudi, robe, usluga i kapitala, a to je pratilo i zdravstveno zakonodavstvo. Sve države su se i pre članstva ponašale u skladu sa strategijama za ostvarivanje opštih, međunarodnih ciljeva zdravstvenog sistema i unapređivale zdravstveno stanje stanovništva u skladu sa svojim kapacitetima. Međutim, zbog velike razlike u razvijenosti zdravstvenih sistema članica, u jednom trenutku su sloboda kretanja ljudi i njihovo zdravstveno osiguranje dovedeni u pitanje. Pri uspostavljanju sistema zdravstvenog osiguranja koji će biti harmonizovan na nivou Evropske unije, Sud pravde Evropske unije je svojim presudama u više slučajeva imao značajnu ulogu u ostvarivanju prekograničnog prava na zdravstvenu zaštitu. Cilj ovog naučnog rada jeste da pruži uvid u način na koji je zahvaljujući pravno-organizacionom uređenju u zdravstvenom osiguranju prevaziđen princip teritorijalnosti, tako da je omogućena zdravstvena zaštita građanima Evropske unije u svim zemljama unije i šire. Uspostavljen je mehanizam kao i mreža organizacija sa zadatkom da omogući slobodno kretanje pacijenata li da im mogućnost da koriste zdravstvenu zaštitu koja neće uvažavati samo princip teritorijalnosti, već i njihove objektivne potrebe.

Ključne reči: Evropska unija, zdravstveno osiguranje, sloboda kretanja, zdravstvena zaštita, prava pacijenata, organizacija

1. Uvod

Pravo na zdravlje i zdravstvenu zaštitu je jedno od osnovnih ljudskih prava i savremena društva imaju obavezu da ga u skladu sa

¹ Fakultet za poslovne studije u Beogradu; e-mail: stosicsanja@gmail.com

² Fakultet za poslovne studije u Beogradu; Predsednik Upravnog odbora Instituta „Torlak“; e-mail: mihajlo.rabrenovic@sbb.rs

raspoloživim resursima obezbede svim svojim građanima³. Zaštita zdravlja ukupne populacije je važno pitanje od javnog značaja, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. Iz perspektive ljudskih prava, pravo na zdravlje može biti kolektivno, što se ostvaruje kao zaštita javnog zdravlja, pri čemu može biti u suprotnosti sa interesima pojedinca. Tipičan primer je zaštita od zaraznih bolesti i drugih takozvanih „zdravstveno-bezbednosnih pretnji”. Naime, dok javnost ima pravo da bude zaštićena od širenja zaraznih bolesti, pojedinci imaju pravo da budu zaštićeni od nepotrebnih smetnji njihove privatnosti. Drugim rečima, dok pravo na zdravlje potencijalno obuhvata i pravo na javno zdravlje, to može da dovede do konflikata u ostvarivanju pojedinačnih prava, uključujući prava na fizički integritet, privatnost i slobodu kretanja⁴. Budući da su ljudska prava i slobode jedna od osnovnih tekovina EU, odnos između evropskog prava, zdravlja i zdravstvene politike je višestruk, pogotovu sa aspekta slobodnog protoka ljudi, robe, usluga i kapitala. Tokom izgradnje EU, ingerencije pojedinih institucija unije, uključujući i Sud pravde Evropske unije su proširene na brojne oblasti koje utiču na zdravstvenu zaštitu. Ova uzajamna interakcija zdravstvenog sektora i evropskog prava već predstavlja niz izazova za postojeće članice, dok proces proširenja samo doprinosi kompleksnosti⁵.

Opšti, međunarodno deklarirani ciljevi zdravstvenih sistema su jasni, a prvenstveno se odnose na unapređenje zdravstvenog stanja stanovništva i pružanje finansijske zaštite od troškova zbog bolesti. Međutim, svaka država razvija svoj zdravstveni sistem, čije karakteristike zavise od različitih istorijskih, tradicionalnih, političkih, finansijskih i drugih okolnosti. Stoga su od svog osnivanja, svi sistemi zdravstvene zaštite postavili manja ili veća ograničenja u pogledu usluga koje se pružaju stanovništvu. Jedano od eksplicitnih ograničenja, zajedničko svim sistemima, je princip teritorijalnosti⁶. Drugim rečima, zdravstvena zaštita se uobičajeno obezbeđuje samo u objektima koji su na nacionalnoj teritoriji. Naravno, postoje i izuzeci, naročito kada su u pitanju manje zemlje u kojima je neracionalno razvijati pojedine oblike zdravstvene zaštite. Na primer, postoji duga tradicija da države kao što su Malta i Kipar šalju pacijente u Veliku Britaniju radi lečenja određenih bolesti. U

³ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 25, 1948

⁴ B. Toebes „Human rights and public health: towards a balanced relationship”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 9, No. 4, 2015, 488-504. <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13642987.2015.1044814>, 24.10.2015.

⁵ M. McKee et al., „Health policy and European Union enlargement”, *European Observatory on Health System and Policies Series*, 2004, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/98392/E82999.pdf, 16.11.2015

⁶ R. Cornelissen, „The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security”, *Common Market Law Review*, No. 3, 1996

zemljama izvan EU, odluka da se pacijent uputi na lečenje u inostranstvo se uglavnom donosi od strane nadležnih fondova zdravstvenog osiguranja, ukoliko se proceni da je to neophodno. Situacija u EU je nešto drugačija, s obzirom da načelo slobodnog kretanja ljudi, robe i usluga podrazumeva da pojedinac ne treba da se suoči sa preprekama u ostvarivanju zdravstvene zaštite u drugoj državi članici.

Tokom aktuelnog procesa pridruživanja Srbije EU će biti potrebno značajno prilagođavanje zdravstvenog sistema, što će, između ostalog, uključivati mogućnost lečenja naših građana u drugim zemljama EU, i obrnuto. Ovo istraživanje se fokusira na dostupnost korišćenja prekogranične zdravstvene zaštite, odnosno mobilnost pacijenata u okviru EU i zakonsku regulativu koja to omogućava ili ograničava.

2. Evolucija zakona koji uređuju zdravstveni sektor pri proširenju EU

Savremena istorija međunarodne saradnje u oblasti socijalne sigurnosti i zdravstvenog osiguranja u Evropi počinje pod pokroviteljstvom Evropske zajednice za uglj i čelik (ECSC) koja je formirana Ugovorom iz Pariza 1951. godine. Potreba za globalnim pristupom kada je u pitanju bezbednost na radu i zdravlje radnika postala je još očiglednija sa osnivanjem Evropske ekonomske zajednice (EEZ) Rimskim ugovorom koji je stupio na snagu 1. januara 1958. godine. Jedan od osnovnih principa novog zajedničkog evropskog tržišta je slobodno kretanje radne snage. Članom 48 Ugovora iz Rima omogućeno je slobodno kretanje radnika u okviru EEZ bez diskriminacije na osnovu državljanstva u pogledu zapošljavanja, naknada i drugih uslova rada, pri čemu se radnicima omogućava da u drugoj zemlji članici rade u skladu sa odredbama koje regulišu zapošljavanje građana te države⁷. Takođe, u originalnoj verziji ugovora iz Rima postoji nekoliko odredbi koje se odnose na zdravlje. Članovi 117 i 118 su posvećeni bezbednosti na radnom mestu, a članovi 52-59 slobodnom kretanju usluga koje imaju uticaj na medicinsku profesiju⁸.

Tokom vremena se nametnula potreba za modernizacijom i boljom koordinacijom u pogledu socijalne sigurnosti. Od naročitog značaja, ne samo za zdravstvenu zaštitu radnika, već i za mobilnost pacijenata, je Uredba (EEC) broj 1408/71. Prema ovoj Uredbi, lica koja su zaposlena,

⁷ Y. Jorens, „50 years of social security coordination : past, present, future: report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security Prague 7 & 8 May 2009”, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

⁸ Eurocare (The European Alcohol Policy Alliance), „Public Health at EU level - Historical Background”, http://www.eurocare.org/resources/policy_issues/eu_health_strategy/public_health_at_eu_level_historical_background, 24.10.2015.

ili su bila zaposlena, u nekoj od država članica i koja su državljani jedne od država članica, ili koji su lica bez državljanstva, ili izbeglice sa prebivalištem na teritoriji jedne od država članica, kao i članovi njihove porodice i njihovi potomci, podležu istim obavezama i uživaju iste pogodnosti po zakonu bilo koje države članice kao i državljani te države⁹.

Jedinstveni Evropski Akt (*Single European Act* – SEA) iz 1986. godine predstavlja prvu značajniju reviziju Ugovora iz Rima, koja omogućava formiranje jedinstvenog evropskog tržišta. Ovim aktom su inicirani evropska monetarna i politička unija, razvoj slobodnog unutrašnjeg tržišta, regulisana spoljnopolitička saradnja država članica, proširena isključiva nadležnost EEZ na oblasti kao što su zaštita životne sredine, istraživačka, tehnološka i regionalna politika i izvršene su značajne institucionalne promene. Najvažnije odredbe koje se tiču zdravstva su u članu 100a, naročito u stavu 3. U njemu se navodi da kada Zajednica sprovodi mere harmonizacije za stvaranje jedinstvenog tržišta, Komisija će uzeti visok nivo zaštite zdravlja kao osnovu za svoje predloge u oblasti zdravlja, bezbednosti, zaštite životne sredine i zaštite potrošača.

EU formalno nastaje 1992. godine putem Ugovora iz Matrihta koji se prvenstveno odnosi na pitanja fiskalne i monetarne politike, stvarajući odgovarajuću platformu za uspostavljanje zajedničke valute, evra. U cilju regulisanja i harmonizacije zdravstvenog sektora, ugovor iz Matrihta je unapređen time što je dodat član 129 koji prvi put daje Evropskoj komisiji (EK) okvir za pravno delovanje u oblasti javnog zdravlja¹⁰. U suštini, on određuje ulogu Komisije u koordinaciji nacionalnih zdravstvenih politika koje se bave aktivnostima od opšteg interesa, kao što su prevencija bolesti, zdravstvene informacije i obrazovanje. Što je još važnije, precizira se da zdravstvena zaštita predstavlja sastavni deo i drugih politika Zajednice. Zajednica preuzima ulogu da doprinosi akcijama država članica u cilju očuvanja i unapređenja zdravlja. U ovom članu je naznačeno da države članice imaju obavezu da redovno izrađuju izveštaje o zdravlju i svojim aktivnostima i odgovornostima u vezi sa zdravljem¹¹. Bliže je određena uloga EK u zdravstvenom sektoru koja treba da podržava nacionalne politike u delovanju usmerenom ka poboljšanju javnog zdravlja, sprečavanju bolesti i izbegavanju izvora opasnosti po ljudsko zdravlje. Podsticana je saradnja između zemalja članica, kao i sa zemljama trećeg sveta i nadležnim međunarodnim organizacijama u oblasti javnog zdravlja. Takođe je predviđeno da Savet Evrope, postupajući u skladu sa

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ M. McKee *et al.*, „Health policy and European Union enlargement”, *European Observatory on Health System and Policies Series*, 2004, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/98392/E82999.pdf, 16.11.2015

procedurom iz člana 251, a nakon konsultacija sa Ekonomskim i Socijalnim komitetom i Komitetom regiona, treba da doprinese postizanju ciljeva iz ovog člana kroz usvajanje preporuka mera za postavljanje visokih standarda kvaliteta i bezbednosti organa i materija ljudskog porekla, krvi i krvnih derivata, zatim mera iz veterinarske i fitosanitarne oblasti čiji je neposredni cilj zaštita javnog zdravlja i podsticajnih mera za zaštitu i poboljšanje zdravlja ljudi, ne uključujući usklađivanja sa zakonima i propisima država članica.

Na sastanku Evropskog saveta u Kopenhagenu 1993. godine usvojeni su "kriterijumi iz Kopenhagena", set pravila koja definišu da li zemlja ispunjava uslove za priključenje Evropskoj uniji. Kriterijumi zahtevaju da država ima institucije za očuvanje demokratskog upravljanja i ljudskih prava, funkcionalnu tržišnu privredu i da prihvata obaveze i namere EU. Pri tome se prvenstveno podrazumevaju: stabilnost institucija koje garantuju demokratiju, vladavinu prava, ljudska prava i poštovanje, kao i zaštitu manjina; postojanje funkcionalne tržišne privrede, kao i kapacitet da se nosi sa pritiscima konkurencije i tržišnim snagama unutar Unije; sposobnost preuzimanja pravnih tekovina EU ("*Acquis communautaire*"), uključujući poštovanje ciljeva političke, ekonomske i monetarne unije, kao i stvaranje uslova za integraciju putem izmene administrativnih struktura, tako da zakonodavstvo EU može biti transponovano u nacionalno zakonodavstvo efikasno putem odgovarajućih administrativnih i sudskih struktura. Poglavlja zakonodavstva EU u okviru "*Acquis communautaire*" koja su od posebnog značaja za zdravstveni sektor su poglavlje 13, o socijalnoj politici, i poglavlje 23, o potrošačima i zdravstvenoj zaštiti. Međutim, gotovo sva poglavlja imaju neke direktne, ili indirektno implikacije na zdravstveni sektor. Pravni okvir EU je u stalnom procesu usavršavanja, a značajan napredak predstavlja Ugovor iz Amsterdama (potpisan je 1997. godine, a stupio je na snagu 1999. godine) kojim je Evropski parlament dobio veća ovlašćenja u različitim oblastima, uključujući nove mogućnosti da donosi propise koji se odnose na imigraciju, građansko i krivično pravo, da vodi spoljnu i bezbednosnu politiku, kao i da impementira institucionalne promene koje omogućavaju ekspanziju EU putem pridruživanja novih zemalja članica¹². Kao posledica potrebe da se ojača nadležnost u sektoru javnog zdravlja u Ugovoru iz Amsterdama, u članu 152 je navedeno "visok nivo zdravstvene zaštite će biti osiguran pri implementaciji politike i aktivnosti zajednice". Član 152 proširuje domen politike u oblasti javnog zdravlja koji nagoveštava da će Unija poštovati odgovornosti u državama članicama za organizovanje i pružanje zdravstvenih usluga i medicinske nege. Međutim, EU ima

¹² *Ibid.*

posebno pravo da donosi zakone o krvi, organima i tkivima (sigurnost i kvalitet krvi, krvnih derivata, ljudskih tkiva i ćelija u lečenju).

U prilog zapažanju da EU sve više pažnje poklanja unapređenju zdravlja građana govori i činjenica da je 2000. godine formiran Direktorat za zdravstvenu zaštitu i zaštitu potrošača (SANCO)¹³ i intenzivirane su aktivnosti na različitim programima za očuvanje i unapređenje zdravlja na nivou unije.

3. Prepreke za slobodno kretanje pacijenata

Države članice su pokušavale da izoluju svoje zdravstvene politike i zdravstvene sisteme od uticaja EU, za šta postoje opravdani razlozi. Naime, pojedine države ulažu više u svoje zdravstvene sisteme i imaju bolje razvijenu službu zdravstvene zaštite od drugih, a te razlike nisu beznačajne ni u okviru EU. Stoga im nije u interesu da državljani drugih zemalja članica troše njihove resurse, pogotovu ako se ima u vidu činjenica da se ulaganja u zdravstveni sistem određene države planiraju na nacionalnom nivou tako da zadovolje predviđene potrebe svojih građana. Takođe im, uglavnom, nije u interesu da njihovi građani ostvaruju prava iz oblasti zdravstvene zaštite u inostranstvu, jer se u tim slučajevima moraju izdvojiti dodatna sredstva za refundaciju tako nastalih troškova.

EU je prvobitno izgrađena na ekonomskim principima i njena uloga u sistemu socijalne zaštite država članica je relativno slaba. Ipak, nadležnosti EU u oblasti zdravstva se stalno razvijaju. Tome je značajno doprineo Sud pravde Evropske unije (ranije Evropski sud pravde - ESP) svojim presudama koje se odnose na refundaciju troškova u oblasti zdravstvene zaštite. Među prvima i najpoznatijima su slučajevi Kohll i Decker¹⁴. Radi se o građanima Luksemburga kojima je njihov fond zdravstvenog osiguranja odbio da isplati naknadu za troškove u drugim članicama EU koji su se odnosili na nabavku naočara u Belgiji (slučaj Decker), odnosno zubne proteze za dete u Nemačkoj (slučaj Kohll), sa obrazloženjem da nisu prethodno dobili saglasnost za ostvarivanje ovih prava izvan zemlje. ESP je u ovim sporovima presudio u korist građana. Obrazloženo je da pravilo koje se odnosi na prethodno traženje odobrenja za kupovinu naočara predstavlja prepreku za slobodno kretanje roba, s obzirom da podstiče osiguranike da radije kupuju medicinske proizvode u

¹³Eurocare (The European Alcohol Policy Alliance), „Directorate General Health and Consumer Affairs (DG SANCO)”, http://www.eurocare.org/resources/policy_issues/eu_health_strategy/public_health_at_eu_level_historical_background, 24.10.2015.

¹⁴„Judgments of the Court of Justice in Cases C-120/95 and C-158/96 Nicolas Decker v Caisse de Maladie des Employés Privés and Raymond Kohll v Union des Caisses de Maladie“, Press and Information Division Press Release No 26/9828 April 1998, <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp98/cp9826en.htm>, 08.10.2015

svoj zemlji, nego u drugim državama članicama. U slučaju stomatološke terapije u vanbolničkim uslovima, ESP je zauzeo stav da se takav tretman može smatrati uslugom, pa bi prethodno traženje odobrenja predstavljalo barijeru kada je u pitanju sloboda pružanja usluga. Sud je prilikom izricanja presude naveo da u slučajevima neopravdanog i nekontrolisanog korišćenja zdravstvene zaštite u inostranstvu postoji rizik od ozbiljnog podrivljanja ravnoteže sistema socijalnog osiguranja, što može opravdati barijere poput instituta predhodne saglasnosti, ali je utvrdio da naknada navedenih troškova, pošto je u skladu sa tarifama u Luksemburgu, neće imati značajan uticaj na finansiranje sistema zdravstvene zaštite u ovoj državi članici. Ove presude iz 1998. godine se smatraju prekretnicom u ostvarivanju prava pacijenata na slobodno kretanje i zdravstvenu zaštitu u okvirima EU.

ESP je presudio u korist pacijenata i u slučajevima bolničkog lečenja. U literaturi se kao prvi citiraju slučajevi Smits i Peerbooms iz 2001. godine¹⁵. Bez dobijanja prethodne saglasnosti od svog zdravstvenog osiguranja, građani Holandije su zbog neuroloških bolesti lečeni u Nemačkoj (slučaj Smits), odnosno Austriji (slučaj Peerbooms), pri čemu su primenjeni modaliteti lečenja koji u to vreme nisu bili dostupni u Holandiji. Holandsko zdravstveno osiguranje je odbilo da plati lečenje sa obrazloženjem da je terapija koju su ovi pacijenti dobili neuobičajena, a da je adekvatno lečenje bilo dostupno u Holandiji. U ovim slučajevima presuda se takođe odnosila na primenu principa slobode pružanja usluga, konkretno, na to da li zahtev za dobijanje prethodne saglasnosti za bolničko lečenje u inostranstvu predstavlja prepreku za slobodu pružanja usluga? Uprkos argumentima da bolničko lečenje ne predstavlja privrednu aktivnost u smislu Ugovora EU, a samim tim u ovoj sferi ne važi sloboda pružanja usluga, ESP je ocenio da zdravstvene delatnosti, uključujući i bolničku negu spadaju u okvir člana 60 Ugovora. Sud je i u ovim slučajevima ocenio da, iako uslov prethodne saglasnosti za bolničko lečenje u drugim zemljama EU predstavlja ograničenje slobode pružanja usluga, ovakav postupak bi se mogao opravdati primarnim razlozima koji se odnose na stabilnost nacionalnih sistema socijalnog osiguranja. Međutim, naknada troškova ne može po automatizmu biti odbijena ukoliko ne postoji prethodna saglasnost, već to može biti učinjeno samo ako pacijent može da dobije istu, ili jednako efikasnu terapiju, i to bez nepotrebnog odlaganja, koju obezbeđuje fond zdravstvenog osiguranja u zemlji čiji je građanin.

U cilju boljeg regulisanja prava slobodnog kretanja pacijenata u okviru EU od strane Evropskog parlamenta i Saveta doneta je Uredba (EZ

¹⁵ A. E. Pauluset al., „Cross Border Health Care: An Analysis of Recent ECJ Rulings”, *European Journal of Law and Economics*, 14, 61-73, 2002.

) br 883/2004. Građani EU kojima je potrebno lečenje tokom privremenog boravka u inostranstvu, na primer za vreme godišnjeg odmora, dobijaju pravo da zatraže Evropsku karticu zdravstvenog osiguranja (European Health Insurance Card - EHIC) od svog nacionalnog tela socijalnog osiguranja. U slučaju potrebe za hitnim medicinskim zbrinjavanjem u inostranstvu, kartica im obezbeđuje pravo na lečenje čiji će troškovi biti nadoknađeni od strane zemlje porekla. Prateći evropski princip solidarnosti, sve zemlje EU i 4 članice evropskog prostora slobodne trgovine (EFTA) uspostavile su 2006. godine sistem za primenu ove kartice. EHIC se izdaje besplatno i omogućava svakome ko je osiguran da dobije lekarsku pomoć u nekoj drugoj državi članici besplatno, ili po sniženoj ceni, ako je neophodno hitno lečenje zbog bolesti ili nesreće, ili ako ima hroničnu bolest koja zahteva medicinsku negu, kao što su bolesti bubrega zbog kojih su neophodne česte dijalize. Rok važenja kartice varira u zavisnosti od zemlje izdavanja. Sistem je stvoren sa namerom da omogući ljudima da nastave svoj boravak u inostranstvu, bez povratka kući kako bi dobili zdravstvenu negu. Određene zemlje imaju i dodatne uslove za izdavanje EHIC kartice (npr. Rumunija zahteva najmanje 5 godina posedovanja nacionalnog zdravstvenog osiguranja). U Srbiji zdravstveno osiguranje priznaje EHIC kartice samo iz pojedinih zemalja EU¹⁶.

U celini, može se smatrati da Uredba 883/2004 omogućava pokriće troškova zdravstvene zaštite u inostranstvu, tradicionalno zasnovano na pravu koje se odnosi na radnike migrante, hitne tretmane tokom boravka građana i privremenu terapiju hroničnih pacijenata za vreme boravka u inostranstvu uz predhodno odobrenje naknade troškova. Ona ne predstavlja značajan napredak u pogledu većih prava na zdravstvenu zaštitu u inostranstvu, već se fokusira na praktične aspekte njihovog ostvarivanja, što je pojednostavljeno uvođenjem međunarodne kartice zdravstvenog osiguranja.

Šire tumačenje uredbi koje se odnose na slobodan protok robe, kapitala, usluga i ljudi unutar Unije, uključujući i sudsku praksu sa presudama u korist građana, omogućilo je stvaranje nove kategorije mobilnih pacijenata čiji status nije eksplicitno regulisan predhodnim Uredbama. To, na primer, ilustruje situacija u kojoj običan građanin EU putuje u druge države članice EU, bez prebivališta na toj teritoriji, da dobije lekarsku pomoć bez prethodnog odobrenja od svoje institucije zdravstvenog osiguranja. Ova konstelacija je predmet nove Direktive 2011/24/ES Evropskog parlamenta i Saveta EU od 9. marta 2011. godine

¹⁶ Citizens information,

http://www.citizensinformation.ie/en/travel_and_recreation/travel_abroad/e111.html, 23.10.2015.

o primeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti¹⁷. Ova novousvojena Direktiva se naziva i „Direktiva o mobilnosti pacijenata“ i odnosi se na sve građane EU koji žele da dobiju zdravstvenu zaštitu u drugim državama članicama. Ona teži da donese jasan okvir za prekogranični medicinski tretman, pri čemu naknada troškova koji nastaju u inostranstvu postaje transparentna za pacijente.

4. Direktiva 2011/24/EU Evropskog Parlamenta i Saveta o primeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti

Direktiva se zasniva na članovima 114. i 168. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (UFEU). Član 114 predstavlja odgovarajući pravni temelj, s obzirom da je cilj većine odredbi ove Direktive poboljšanje funkcionisanja unutarnjeg tržišta i slobodno kretanje roba, ljudi i usluga, što treba da važi i kada su u pitanju zdravstvene usluge. Ovim članom je izričito propisano da je pri postizanju harmonizacije zakonodavstva u okviru EU potrebno osigurati visok nivo zaštite zdravlja ljudi. Zdravstveni sistemi u državama članicama Unije predstavljaju centralnu komponentu koja omogućava visok nivo socijalne zaštite i doprinose socijalnoj koheziji, pravdi i održivom razvoju. Oni su deo šireg okvira usluga od opšteg interesa. Bez obzira na mogućnost da pacijenti dobiju prekograničnu zdravstvenu zaštitu prema ovoj Direktivi, države članice zadržavaju odgovornost za pružanje sigurne, kvalitetne, efikasne i količinski zadovoljavajuće zdravstvene zaštite građanima na svojoj teritoriji. Međutim, inkorporisanje ove Direktive u nacionalno zakonodavstvo i njena primena ne bi trebalo da predstavljaju podsticaj pacijentima da se leče izvan države članice čiji su građani.

Na osnovu zaključaka Evropskog saveta iz 2006. o zajedničkim vrednostima i načelima u zdravstvenim sistemima EU, postoji niz načela funkcionisanja koja su im zajednička i koja su neophodna kako bi se osiguralo poverenje pacijenata u prekograničnu zdravstvenu zaštitu koja je potrebna za ostvarenje mobilnosti pacijenata i visokog nivoa zaštite zdravlja. Savet smatra da se praktični načini na koje se ostvaruju te vrednosti i načela znatno razlikuju između država članica. Konkretno, odluke o paketu zdravstvene zaštite na koju građani imaju pravo i mehanizmi koji se koriste za njeno finansiranje i pružanje, moraju se uzeti u nacionalnom kontekstu. Ovom se Direktivom poštuje i ne dovodi u pitanje sloboda svake države članice da odluči koju vrstu zdravstvene

¹⁷ Directive 2011/24/EU of the European Parliament and the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:en:PDF>, 03.11.2015

zaštite smatra prikladnom. Stoga jasna prava koja građani imaju kada se kreću iz jedne države članice u drugu imaju posebnu vrednost kako bi se osigurala pravna sigurnost. Direktiva daje detaljan pravni okvir fokusiran na tri glavne oblasti:

1. pravila koja se odnose na naknadu troškova prekogranične zdravstvene zaštite
2. odgovornosti država članica u vezi prekogranične zdravstvene zaštite
3. saradnja zdravstvenih sistema¹⁸

S obzirom da nedovoljna saradnja između zdravstvenih sistema i nedovoljna informisanost pacijenata predstavlja jedan od glavnih razloga pravne nesigurnosti, Direktiva predviđa razvoj nacionalnih kontakata tačaka (*National Contact Points - NCP*) i Evropske referentne mreže (*European Reference Network - ERN*). NCP treba da predstavljaju institucije koje pružaju podršku pacijentima u njihovim postupcima za refundiranje troškova nastalih usled lečenja u inostranstvu, kao i da im omogućavaju da na osnovu relevantnih informacija naprave najbolji izbor u pogledu ostvarivanja prava iz oblasti zdravstvene zaštite koja se nudi u drugim državama članicama EU. ERN ima za cilj da olakša pristup dijagnostici i zdravstvenim uslugama u slučaju potrebe za visoko specijalizovanim medicinskim tretmanima, posebno kada se radi o pacijentima pogođenim retkim bolestima.

Da bi se izbegao rizik od podrivanja nacionalnih zdravstvenih sistema sa aspekta planiranja i finansiranja, države mogu propisati predvideti postupak prethodnog dobijanja saglasnosti za određeni vid prekogranične zdravstvene zaštite, posebno ukoliko se radi o bolničkom lečenju ili korišćenju visoko specijalizovanih medicinskih ustanova ili skupe opreme. Prilikom obrade zahteva za prekograničnu zdravstvenu zaštitu, države članice moraju uzeti u obzir zdravstveno stanje pacijenta, kao i hitnost specifičnih okolnosti. Država pripadnosti može odbiti da izda saglasnost u specifičnim slučajevima, ali se u skladu sa ovom Direktivom smatra da ona automatski postoji ako zdravstvena služba ne može da obezbedi neophodno lečenje na teritoriji pacijenta u roku koji je medicinski opravdan s obzirom na zdravstveno stanje pacijenta.

Većina država članica je formalno uključila Direktivu u svoje zakonodavstvo. Međutim, načini na koji ova direktiva stupa u interakciju sa zakonima koji se bave nacionalnim zdravstvenim sistemima su kompleksni, i postoji političko neslaganje u mnogim državama članicama. Prvi izveštaj pokazuje da relativno mali broj pacijenata u EU koristi pravo

¹⁸ *Ibid.*, 7

na prekograničnu zdravstvenu zaštitu.. Stope mobilnosti pacijenta za sada ostaju na niskom nivou, što se tumači razlozima kao što su dodatni troškovi, želja da se lečenje obavlja u poznatom mestu, jezičke barijere i sl. Po mišljenju Komisije, mobilnost pacijenta ostaje za sada nedovoljno korišćena prilika u EU¹⁹.

5. Zaključak

Iako su zdravstveni sektor i zdravstvene usluge izuzeti iz Ugovora u Mastrihtu, na osnovu teksta ugovora iz u Amsterdama, zdravstvene usluge mogu da budu pružene samo ako celokupan prostor EU funkcioniše kao jedno tržište. U skladu sa osnovnim ekonomskim zakonitostima je da jedinstveno tržište može da funkcioniše samo ako garantuje slobodu kretanja ljudi i ako ti ljudi mogu da putuju bez straha od gubitka zdravstvene zaštite koju uživaju u svojoj zemlji. Postavljen je mehanizam, ne samo za različite grupe ljudi čiji rad obuhvata prekogranična putovanja, već i za građane koji se nalaze izvan svoje domovine, tako da dobiju zdravstvenu negu i u drugim državama članicama. Dakle, proces stvaranja zajedničkog zdravstvenog sektora jeste jedan od predmeta evropskog prava koje je u neprekidnom procesu dogradnje. EU je razvila regulatorna tela sa odgovarajućim transparentnim i nediskriminatornim zakonodavstvom koje pokriva mnoge oblasti koje su direktno uključene u pružanje zdravstvene zaštite. Ovaj sistem uključuje kompleksan skup, u velikoj meri regulisanih odnosa između institucija za prikupljanje i distribuiranje sredstva i provajdera koji pružaju zdravstvene usluge u skladu sa određenim pravilima i standarima. Kao posledica toga, mnoge države članice su imale probleme da se uključe u proces zdravstvene zaštite na jedinstvenom evropskom zdravstvenom tržištu. Razlike između zdravstvenih sistema u državama članicama EU postale su uočljivije sa pristupanjem jednog broja bivših socijalističkih zemalja centralne i istočne Evrope. Osim različitih vrsta zakona vezanih za pravnetekovine EU-a, vrlo je važno i postojanje onoga što se naziva mekim pravom (soft law), a u čijem stvaranju učestvuje mreža različitih organizacija²⁰. Meko pravo sastoji se od niza neformalnih sporazuma o saradnji, različitih vrsta savetovanja i pokušaja primene najbolje prakse. Cilj je bolja koordinacija politika zdravstvene zaštite i poboljšanje zdravstvenih

¹⁹ Eur-Lex, „Compliant with the obligations foreseen under Article 20(3) of Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare”, Report from the Commission to the Council and the European Parliament, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014DC0044>, 24.11.2015

²⁰ F. Terpan, „Soft Law in the European Union The Changing Nature of EU Law”, European Law Journal, Wiley, 2014, pp.40.

ishoda u državama članicama. Iako takve mreže i sporazumi još uvijek nisu deo pravne tekovine EU-a i nemaju snagu zakona, čini se da su ipak doveli do pozitivnih rezultata u području javnog zdravstva. Može se reći da pravni okvir i institucije koje se bave slobodom kretanja ljudi u EU i dalje evoluiraju u skladu sa osnovnim ciljevima slobode kretanja, a pri tome se sve više vodi računa o slobodnom protoku zdravstvenih usluga i mobilnosti pacijenata.

Assistant professor Sanja Stosic, Ph.D

Faculty of Business Studies in Belgrade

Assistant professor Mihajlo Rabrenovic, Ph.D

Faculty of Business Studies in Belgrade

Chairman of the Managing Board of the Institute „Torlak“

HEALTH INSURANCE AND PATIENTS' RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Human rights and freedoms are one of the main achievements of the European Union. This paper is about the evolution of the legal and organisational framework that regulates health insurance in the European Union. EU policy has evolved with each enlargement of the EU in order to ensure the free movement of people, goods, services and capital, health legislation evolved as well. All states have behaved in accordance with international health sector goals to improve the health status of the population in accordance with its powers, however due to the large differences in the of health sector development, at one time the freedom of movement of people and their health insurance is brought into question. In establishing a health insurance system that which would be implemented throughout the European Union, the European Court of Justice handed down its judgment in several cases and played an important role in the developing the European health insurance card. The goal of this scientific paper is to provide an insight into the ways in which, thanks to the legal regulation of the health insurance, principle of territoriality has been overcome in order to enable health care to citizens of the European Union in all EU countries and beyond. Institutions

were created in order to regulate whether cost of treatment made abroad could be refunded. Mechanism was created for that purpose as well as a network of organizations in order to enable free movement of people and give them the opportunity to use health care is needed.

Key words: European Union, health insurance, freedom of movement, health care, patients' rights, organisation.

ODNOS IZMEĐU SUDSKE POLICIJE I TUŽILAŠTVA U ITALIJI I ŠPANIJI POTREBA REFORME ZAKONODAVSTVA²

Apstrakt

Autor u radu analizira odredbe dva evropska zakonodavstva u kojima je prethodna faza krivične procedure u osnovu različito regulisana. Uloga javnog tužioca i sudske policije u Italiji i Španiji izvire iz ustavnih temelja koji pružaju neophodne garancije osnovnih ljudskih prava i sloboda i podele vlasti.

Predmet razmatranja su pojam sudske policije, ovlašćenja sudske policije i javnog tužioca i mehanizmi delovanja javnog tužioca na obavljanje policijskih poslova i položaj policijskih službenika. Cilj rada je da se putem uporednopravne analize uz kritički osvrt izdvoje tendencije, da se istaknu primeri prihvatljivih i nužnih rešenja, kao i potreba usklađivanja prava Republike Srbije, te pravci buduće reforme pravnog i procesnog položaja i odnosa organa postupka.

Uočljiva je tendencija uvođenja javno – tužilačke istrage. U Republici Srbiji, na javno tužilaštvo se prenose ovlašćenja nezavisnog sudskog organa, a javnotužilaštvo ne uživa garancije nezavisnosti, što je neophodna pretpostavka radi ostvarivanja podele vlasti. Pored toga, nova uloga javnog tužioca zahteva usklađivanje procesnih odredaba u pogledu novih pravnih sredstava i mehanizama.

Ključne reči: javni tužilac, sudska policija, ljudska prava, podela vlasti

1. Uvod

Italijanski krivični postupak, prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 1930. godine (*Codice Rocco*), imao je karakteristike inkvizitorskog postupka, po ugledu na francuski *француски Code d'instruction criminelle*

¹ Viši sudijski saradnik u Prvom osnovnom sudu u Beogradu, e – mail: miljusivana 85@gmail.com

² Rad je rezultat istraživanja na projektu: “Identitetski preobražaj Srbije“ iz oblasti “Reforma krivičnog zakonodavstva Srbije“, koji finansira i realizuje Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu u toku 2016. godine

od 1808. godine. Prethodni Zakonik isticao je inkvizitorski karakter Zakonika o krivičnom postupku Italije stavljajući veći akcenat na fazu koja prethodi suđenju i skoro u potpunosti isključujući učešće branioca u ovoj fazi.³

Codice di procedura penale od 1988. godine, stupio je na snagu 24.10.1989. godine i ustanovio je postupak sa izraženim karakteristikama akuzatorskog postupka u kome je centralna faza postupka suđenje, kao stadijum u kome se izvode dokazi. Postupak usvaja adverzijalne elemente kao što je istražna delatnost branioca, uvedena izmenama i dopunama iz 2000. godine (*Articolo 391 bis*)⁴, a osnažene su i posebne pojednostavljene forme postupanja. Pored toga, Zakonik i dalje reguliše fazu istrage - prethodna ili preliminarna istraga (*indagine preliminare*), koja se procesno ne razdvaja od predistražnog postupka, ali se jasno odvaja od faze suđenja.

Prethodna istraga počinje od momenta saznanja državnog tužioca da je izvršeno krivično delo, bez donošenja formalne odluke o sprovođenju istrage u vidu rešenja ili naredbe. Zatim, uz pomoć službenih lica, tužioci istražuju krivična dela, prikupljaju dokaze i vode krivično gonjenje kao predstavnici celog društva, a ne isključivo radi nekog privatnog interesa.⁵ Umesto sudske istrage u kojoj je istražni sudija prikupljao dokaze, Zakonik uvodi tužilačku istragu, u kojoj sudija za prethodnu istragu (*giudice per le indagini preliminari*) ima nadležnost da kontroliše da li je sprovođenje prethodne istrage u skladu sa zakonom⁶, nadzire državnog tužioca i pravosudnu policiju, te da li se poštuju prava lica protiv koga se vodi istraga. Prateća pojava promene položaja tužioca i promene koncepta krivičnog postupka jeste i promena položaja i uloge policije u krivičnom postupku.⁷ *Codice di procedura penale* detaljno reguliše ovlašćenja pravosudne policije (*policia giudiziaria*), kao funkcionalno određenog organa i ujedno učesnika prethodne krivične procedure.

³ A. Manna, E. Infante, *Criminal Justice Systems in Europe and North America, Italy*, The European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Helsinki 2000., 7.

⁴ Adverzijalni elemenat u krivičnom postupku Republike Srbije prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine je stvaranje mogućnosti za tzv. "paralelnu istragu", odnosno formalno omogućavanje "odbrani" da tokom javno – tužilačke istrage sama prikuplja određene dokaze i materijale – V. M. Škuljić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014., 23.

⁵ B. Milošević, A. Tirić, *Modul 3 – krivična oblast, principi krivičnog postupka i istraga*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova CEST FBiH i CEST RS, Sarajevo 2009., 23.

⁶ Ako državni tužilac smatra da nema osnova za krivično gonjenje i ako želi da odustane od krivičnog gonjenja, obraća se sudiji za prethodnu istragu sa zahtevom da arhivira predmet i da okonča postupak. (Artículo 408). Sudija može da zahteva od državnog tužioca da nastavi istragu i odredi mu da podigne optužnicu ili da okonča postupak. Preispitivanje odluke državnog tužioca da ne goni posledica je načela legaliteta (*Artículo 405, 408 i 125 Codice di procedura penale*)

⁷ V. Đurđić *et al.*, *Javno tužilaštvo, policija, krivični sud i suzbijanje kriminaliteta*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2008., 216.

Adverzijalni elementi krivičnog postupka su ublaženi odlukama Ustavnog suda i kasnijim zakonskim izmenama na osnovu kojih se omogućavalo korišćenje izjava datih tokom prethodne istrage kao dokaznog materijala čime prethodna istraga dobija na većem značaju.⁸

Rezultati radnji koje državni tužilac i pravosudna policija preduzimaju tokom prethodne istrage ne mogu da se koriste kao dokaz na glavnom pretresu, osim izuzetaka predviđenih u Zakoniku i radnji koje ne trpe odlaganje koje se preduzimaju na dokazom ročištu (*incidente probatorio*). Po pravilu, dokazi se izvode u fazi suđenja. Prema članu 111 stav 5 Ustava, suđenje se uređuje prema načelu direktnog sučeljavanja stranaka u dokaznom postupku. Zapravo, ceo sistem se zasniva na tzv principu “double dossier”.⁹ U fazi prethodne istrage u spisima predmeta su rezultati radnji, mere koje preduzima državni tužilac i pravosudna policija, uključujući i policijske pisane izveštaje. U fazi suđenja u spisima predmeta nalaze se dokazi na kojima se može zasnivati presuda.

Inkvizitorski neograničeno uređeni deo postupka je samo izviđaj, jer je izviđajna vlast (državni tužilac s pomoćnim mu organima), jedini subjekt, a okrivljenog još nema, već najviše osumnjičenika.¹⁰ *Codice di procedura penale* uprkos akuzatorskim elementima i institutima karakterističnim za adverzijalne sisteme (paralelna istraga) prihvata kontinentalnu koncepciju odnosa javnog tužilaštva i policije u istrazi prema kojoj javni tužilac rukovodi prethodnom procedurom, odnosno ostvaruje dominantnu ulogu putem nadzora nad radom policije. Javni tužilac daje instrukcije i naloge policiji, kontroliše i usmerava njen rad, a poseduje odgovarajuće pravne mehanizme delovanja na karijeru policijskih službenika. U Engleskoj i SAD policija samostalno sprovodi isleđenje, bez kontrole javnog tužioca.

Španski *La Ley de Enjuiciamiento Criminal* od 1882. godine, kao i većina evropskih krivičnoprocesnih zakona, sledio je Napoleonov *Code d'instruction criminelle* od 1808. godine, te je uveo mešoviti sistem procedure sa inkvizitorskim elementima u fazi istrage. Zakon je od momenta donošenja bio predmet brojnih reformi, poslednji put oktobra 2015. godine. Bitna osobina krivičnog postupka Španije je da javni tužilac nema monopol na pravo da krivično goni.¹¹ Specifičnost se ogleda u pravu žrtve i građana da gone.

⁸ Odlukom Ustavnog suda Italije broj 255 iz 1992. godine član 500 paragraf 3 Zakonika proglašen je neustavnim, jer nije predviđao unošenje u sudske spise izjava svedoka koje su date pred javnim tužiocem kada su osporene na glavnom pretresu.

⁹ K. Ligeti, *Toward a prosecutor for the European Union Vol. I – A Comparative Analysis*, Oxford 2013., 395.

¹⁰ T. Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka) II odeljak*, Beograd 1941., 58.

¹¹ K. Ligeti, 706.

U fazi istrage (*instrucción*) nije predviđena paralelna istraga odbrane, te istraga nema adverzijalne elemente. Odnosi između sudske policije, javnog tužilaštva i istražnog sudije su složeniji nego u Italiji. Zakonik pravi razliku između sudske istrage (*instrucción judicial*) i preliminare istrage (*diligencias preliminares*). Španija zadržava sudsku istragu, uz uvođenje nadležnosti javnog tužioca u skraćenom krivičnom postupku i pojednostavljenim procedurama. Istražni sudija rukovodi preliminarnim istragama u redovnom postupku. Odluku o sprovođenju sudske istrage donosi istražni sudija (*juez de instrucción*). Ukoliko javni tužilac primi kopiju policijskog izveštaja, u isto vreme kada je istražni sudija obavješten, često ima sudsku funkciju.¹² Pre nego što istražni sudija donese odluku o sprovođenju istrage, javni tužilac ima ovlašćenje u skraćenom postupku da sprovede prethodnu istragu.¹³ U pojednostavljenim procedurama, istražne radnje preuzima javni tužilac, ali istražni sudija uvek može da interveniše.

Dakle, u fazi istrage, faktički razlikujemo postupak u nadležnosti istražnog sudije, podeljenu nadležnost istražnog sudije i javnog tužioca i nadležnosti istražnog sudije da interveniše u proceduri koju vodi javni tužilac. Postavlja se pitanje ko u Španiji faktički sprovodi istragu kada Zakon omogućava učešće oba organa postupka, odnosno sa kojim organom sudska policija uspostavlja direktan procesni odnos. Zajednički rad javnog tužioca i istražnog sudije u sprovođenju istrage vezuje se pre svega za najsloženije slučajeve. Pitanje nije jasno rešeno u zakonu, i kao što smo naveli, zavisi od više faktora: složenost slučaja, ličnosti istražnog sudije i javnog tužioca (neki vide sebe prvenstveno kao pravnike i retko daju naloge policiji, dok su drugi skloni da se aktivno mešaju u policijske aktivnosti), prethodnog profesionalnog iskustva; instrukcija najvišeg javnog tužioca i glavnog javnog tužioca pred sudom itd..¹⁴ Nedostatak preciznih odredaba daje slobodu policiji kome će podneti izveštaj, istražnom sudiji ili javnom tužiocu. U svakom slučaju, istražni sudija uvek može preuzeti slučaj od javnog tužioca.

Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije od 26. septembra 2011. godine razdvaja fazu predistražnog postupka od faze istrage. U predistražnom postupku javni tužilac ima rukovodeću ulogu. Zakonik

¹² B. Elsner, B. Aubusson de Cavarlay, P. Smit, "The Examining Magistrate's Function and Involvement in Investigative Matters", *Eur J. Crim Policy Res* 14/2008, 228.

¹³ Ukoliko javni tužilac donese odluku da ne nastavi svoju istragu, odnosno da arhivira slučaj (smatra da delo nije krivično delo), mora o tome da obavesti oštećenog, koji ima pravo da ponovi prijavu istražnom sudiji, koji može da odluči o sprovođenju istrage (*Artículo 773 párrafo 2 La Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

¹⁴ K. Ligeti, 715-716.

raskida sa pravnom tradicijom i uvodi istragu javno-tužilačkog¹⁵ karaktera koja započinje na formalan način - donošenjem naredbe javnog tužioca. Kao noviteti koji su izazvali brojne rasprave u pravnoj teoriji i čija primena je sporna u praksi, prisutni su elementi tzv. paralelne istrage tj. prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane. Ovlašćenja sudije za prethodni postupak ograničena su na odlučivanje o merama procesne prinude i o sprovođenju posebnih istražnih tehnika.

2. Pravni položaj državnog tužilaštva i policije u Italiji

Na osnovu Ustava iz 1947. godine na državno tužilaštvo primenjuju se garancije za uređenje sudske vlasti. Državno tužilaštvo uživa garancije samostalnosti i nezavisnosti koje uživa sudska vlast.¹⁶ Član 109 Ustava predviđa da nosioci pravosudnih funkcija mogu *direktno da koriste sudsku policiju*. Svrha ustavnog prava je da se izbegne de facto gubitak nezavisnosti i samostalnosti magistrata u odnosu na izvršnu vlast, što bi se desilo ukoliko bi sudska policija bila u potpunosti podređena ministrastvu pravde.¹⁷ S druge strane, Ustavom je regulisano da ministvo pravde ima organizaciona ovlašćenja u odnosu na pravosudne službe i ovlašćenja vezana za njihove delovanje (član 110). Ministarstvo pravde, koje je pre donošenja Ustava iz 1947. godine vršilo samo operativnu kontrolu nad kancelarijom tužioca, sada samo nadgleda legitimnost njegovih funkcija.¹⁸

Pravosudno organizaciono pravo regulisano je posebnim zakonima koji polaze od ustavnih načela i detaljno ih razrađuju (*Ordinamento Giudiziario*). Zakonom 195 из 1958. godine predviđen je magistrat (*Consiglio Superiore della Magistratura*), kao nezavistan i samostalan pravosudni organ, u čiji sastav ulaze sudije i tužioci. Ustavom se definiše kao jedinstven organ za sudije i tužioce, koji postavlja, zadužuje, premešta, unapređuje i izriče disciplinske mere članovima sudstva. Dakle, javno tužilaštvo je integralni deo pravosuđa koje počiva na jedinstvenim načelima.

¹⁵ Zakonikom o sudskom krivičnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. godine prethodni postupak se delio na izviđaj, koji je mogao biti izviđaj državnog tužioca, policijski i sudski izviđaj i istragu, koju je sprovodio istražni sudija. Zakonom o krivičnom postupku iz 1948. godine, koji je donet po ugledu na sovjetsko krivično procesno zakonodavstvo, a jedno vreme i prema Zakonu o krivičnom postupku iz 1953. godine, istragu su vodili organi javnog tužilaštva i policije, javni tužilac je imao veliki uticaj na sud i raspolagao velikim ovlašćenjima kao državni organ, a novelom iz 1967. godine istraga je postala čisto sudska i kao takva se održala do danas. Više o tome V. M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2008., 57-63.

¹⁶ Javno tužilaštvo Republike Srbije, s obzirom na vezu sa izvršnom vlašću, ne uživa ustavnu i zakonsku garanciju nezavisnosti, već samo samostalnosti i nepristrasnosti.

¹⁷ A. Manna, E. Infante, 29.

¹⁸ V.S. Pisano, The Organization and Responsibilities of the Italian Judicial Police, *J Forensic Sci* vol. 24, 1/1979, 223-224

Na taj način sprečava se uticaj izvršne vlasti na odluke javnog tužioca i osnažuje se načelo legaliteta oficijelnog krivičnog gonjenja. Pored ustavnih garancija, *Codice di procedura penale* predviđa da se odluke tužilaštva mogu preispitivati samo od strane sudije.

Prema Ustavu Republike Srbije javno tužilaštvo je predviđeno kao samostalno, ne predviđa se kao nezavisno, imajući u vidu vezu sa izvršnom vlasti. Pozitivno pravo ne sadrži efektivne garancije nezavisnosti niti samostalnost javnog tužilaštva od uticaja drugih organa vlasti i političkih uticaja što je neophodan preduslov za ostvarivanje funkcije krivičnog gonjenja, a stupanjem na snagu novog Zakonika tužilaštvo se prenose ovlašćenja nezavisnog sudskog organa.¹⁹

Uvođenjem tužilačke istrage novim Zakonikom o krivičnom postupku Srbije u pravnoj teoriji postavilo se pitanje preispitivanja pravnog odnosa javnog tužilaštva i policije. To bi na jednoj strani, podrazumevalo da se zaposleni u odeljenjima policije koja postupaju po nalogima javnog tužioca nalaze pod njegovom nadležnošću, tako da ih izvršna vlast, bez tužiočeve saglasnosti, ne može rasporediti na druge funkcije.²⁰ S druge strane, postavlja se pitanje sveobuhvatnog uticaja javnog tužioca na karijeru policajaca, što je posebno regulisano samo za tužilaštvo posebne nadležnosti.²¹

Pojam policije u Republici Srbiji određen je Zakonom o policiji, Policija se definiše najpre organizaciono, kao centralna organizaciona jedinica Ministarstva. U skladu sa međunarodnim standardima, predviđeno je načelno da policija u obavljanju svojih poslova štiti i unapređuje bezbednost građana i imovine, poštujući Ustavom zajemčena ljudska i manjinska prava i slobode i druge zaštićene vrednosti u demokratskom društvu. Upotreba sredstava prinude mora biti na Ustavu i zakonu zasnovana.

Državna policija u Italiji sastoji se od tri glavna korpusa: civilni korpus Državne policije, pod nadležnosti ministarstva unutrašnjih poslova; Karabinjeri (sa civilnom i vojnom nadležnošću) pod nadležnosti ministarstva odbrane; Finansijska garda (prevencija i represija kod krivičnih dela vezanih za utaju poreza), pod nadležnosti ministarstva finansija. U skladu sa pravnom terminologijom, u italijanskim policijskim

¹⁹ I. Miljuš, B. Stanković, "Nadležnost krivičnog vanpretnosnog veća u fazi istrage i optuženja – problemi u praksi" in – *Sudjenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2015., 581.

²⁰ G. Ilić, "Marginalije uz dilemu: Tužilačka istraga versus sudska istraga" in- *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja II deo*, Pravni fakultet u Beogradu 2008., 200.

²¹ Prema odredbi člana 10 stav 3 Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela, ministar nadležan za unutrašnje poslove, uz pribavljeno mišljenje Tužioca, postavlja i razrešava starešinu Službe i donosi akt kojim bliže uređuje rad Službe, u skladu sa zakonom.

priručnicima policija je klasifikovana kao javne snage i dalje se razmatra prema aspektima tehničkih funkcija kao bezbednosna policija, administrativna policija, sudska policija i zatvorska policija.²² Dakle, termin sudska policija je funkcionalan i označava policijske službenike imenovine iz sva tri korpusa, sa ovlašćenjima u sprovođenju istrage prema *Codice di procedura penale*, odgovorne pravosudnim autoritetima.

Specijalnu agenciju *Direzione Investigativa Antimafia*, osnovalo je ministarstvo unutrašnjih poslova radi sprovođenja istraga za organizovani kriminal, koja sudeluje sa nacionalnim tužiocem za mafiju. Postoji i više specijalizovanih grupa sudske policije za istrage vezane za organizovani kriminal.

Zakonik je podeljen u 11 knjiga. Prva knjiga sadrži odredbe koje se odnose na procesne subjekte. Funkcije pravosudne policije, po nalogu i u zavisnosti od pravosudnih autoriteta, pre svega obavljaju kriminalistička odeljenja koja su smeštena pri kancelarijama državnog tužioca i kriminalističke službe (*Articolo 56*). Službenici u odeljenju mogu biti raspoređeni na drugo mesto ili unapređeni samo uz pristanak i mišljenje nadležnog tužioca. Starešina službi pravosudne policije je odgovoran za svoj rad javnom tužiocu (*Articolo 59 comma 2*).

Pojedine radnje pravosudna policija mora da preduzima po sopstvenoj inicijativi, dok je za preduzimanje pojedinih radnji potreban nalog ili odluka pravosudnog organa. Zakonik u pogledu funkcija pravosudne policije pravi razliku između obaveštavanja o izvršenom krivičnom delu, klasičnih policijskih radnji koje se preduzimaju prema pravilima kriminalistike (sprečavanje daljih posledica krivičnih dela, traganje za učiniocem, preduzimanje neophodnih mera da se obezbede dokazi i prikupljanje svega što je potrebno za sprovođenje zakona), s jedne strane, te sprovođenja istraga i aktivnosti određenih ili delegiranih od strane pravosudnog organa, s druge strane (*Articolo 55*). Dakle, procesni i pravni odnos, pravosudne policije i nadležnog tužioca uspostavlja se od momenta saznanja tužioca da je učinjeno krivično delo, kada i započinje faza prethodne istrage. Pravosudna policija je u obavezi da podnese krivičnu prijavu (*denuncia*).²³

3. Codice di procedura penale

Državni tužilac i pravosudna policija preduzimaju isledne procesne radnje. Državni tužilac rukovodi prethodnom istragom i direktno

²² V.S. Pisano, 221.

²³ Prema *Codice di procedura penale denuncia* je jedna od vrsta krivične prijave. Policijski službenici i članovi javnih autoriteta imaju zakonsku obavezu da prijave izvršenje krivičnog dela, dok, osim kada su u pitanju najteže krivična dela, takva obaveza ne postoji za građane.

raspolaze sa pravosudnom policijom koja je ovlašćena da, i nakon podnete krivične prijave, pod zakonom predviđenim uslovima, može i po sopstvenoj inicijativi preduzimati odgovarajuće radnje (*Articulo 327*). Prema Ustavu, organi javne sigurnosti mogu u hitnim slučajevima da preduzimaju mere ograničenja lične slobode, ali o tome moraju obavestiti pravosudne organe u roku od 48 časova. Codice di procedura penale, za hitne situacije predviđa ovlašćenje sudske police da preduzme hapšenje i zadržavanje radi ispitivanja (*fermi*).

Zakonik u posebnoj glavi nabraja i detaljno reguliše ovlašćenja pravosudne policije u fazi istrage: obaveštenje državnog tužioca o izvršenom krivičnom delu, obezbeđenje izvora dokaza, identifikacija osoba protiv kojih se vodi istraga i drugih lica, prikupljanje sumarnih informacija od lica protiv kojih se vodi istraga, druge sumarne informacije, pretresanje, zaplena paketa i prepiske, hitna istraživanja mesta, lica i stvari.

Zakonik izričito predviđa formu podnošenja krivične prijave (pisana forma), vreme podnošenja (bez odlaganja), kao i sadržaj krivične prijave (bitna obeležja bića krivičnog dela i ostale okolnosti, izvori dokaza, preduzete aktivnosti), te formiranje pisane dokumentacije, što krivičnu prijavu čini formalnijom. Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, ne izdvaja posebno krivičnu prijavu policije, već sadrži samo sumarnu odredbu po kojoj podnosilac krivične prijave navodi dokaze koje su mu poznati i preduzima mere da bi se sačuvali tragovi krivičnog dela, predmeti i drugi dokazi, pa se u pravnoj teoriji ističe da je neopravdano policija izjednačena sa drugim podnosiocima krivičnih prijava.²⁴ Prilikom obavljanja svojih funkcija pravosudna policija sprovodi direktive državnog tužioca i preduzima radnje po sopstvenoj inicijativi o kojima odmah obaveštava tužioca, a radi sprovođenja radnji može da angažuje stručna lica. Za uzimajnje bioloških uzoraka, kada ne postoji saglasnost, potrebna je prethodna saglasnost tužioca bilo u usmenoj ili pisanoj formi. ZKP RS predviđa angažovanje stručnih lica prilikom preduzimanja dokazne radnje uvidjaja i prilikom uzimanja uzoraka, a za uzimanje uzoraka potrebna je naredba tužioca ili suda.

Državni tužilac i pravosudna policija mogu da uzimaju sumarne informacije od lica koje se nalazi pod istragom (*persona sottoposta alle indagini*) u prisustvu branioca. Policija može samo da prikuplja informacije od lica koja se nalaze na slobodi (*Articulo 350*). Kada pravosudna policija prikuplja sumarne informacije od lica protiv koga se vodi istraga, obavezno je prisustvo branioca. Ako se ne pronađe branilac ili se ne pojavi, policija se obraća državnom tužiocu da obezbedi

²⁴ Teško se može očekivati da obični građani aktivno dokazno deluju, a ranije zakonsko rešenje je takvu obavezu ustanovljavao samo za državne organe - V. M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014., 299.

branioca. Takođe, kao izuzetak je predviđeno da, ako policija zatekne lice pod istragom na mestu izvršenja krivičnog dela, može od njega da prikuplja informacije korisne za neposredno nastavljanje istrage iako je lice uhapšeno in flagranti²⁵ ili zadržano. Sudska policija može uzimati izjave od lica protiv kojih se vodi istraga u vidu spontanijh izjava, koje ne mogu da se koriste na glavnom pretresu, osim pod uslovima izričito predviđenim Zakonikom, kao i od lica koja se mogu dovesti u vezu sa okolnostima značajnim za istragu, lica koja su učesnici u povezanom krivičnom postupku ili lica kojima se stavlja na teret krivično delo u vezi sa predmetnim.

Materijal koji su sudska policija i tužilac prikupili u fazi istrage, postaje sastavni deo dosijea, spisa predmeta, tužioca. U drugoj fazi prethodnog postupka, tj. u fazi prethodnog ročišta, primenom načela kontradiktornosti sagledavaju se i ispituju svi prikupljeni dokazi u prethodnoj istrazi i ocenjuju njihova podobnost i valjanost da bi se predmet uputio na sudjenje.²⁶ Sudija za prethodno ročište (*giudice delle udienza preliminare*) ceni i izjave lica i pisanu dokumentaciju prikupljene u fazi prethodne istrage. Tužilac, na glavnom pretresu, sadržaj informacija iz dosijea, može da iskoristi tokom unakrsnog ispitivanja, radi provera navoda ispitanog lica, samo u slučaju da se navodi iz istrage, razlikuju od navoda na glavnom pretresu (*Articolo 503 comma 3*). Na taj način, materijal prikupljen sudelovanjem pravosudne policije i tužioca, postaje značajan za ocenu verodostojnosti navoda sa glavnog pretresa i posredno dobija svoj značaj.

Sudska policija pod Zakonikom predviđenim uslovima koji se odnose na propisanu kaznu za krivična dela i prirodu krivičnih dela, mora ili može lišiti slobode flagrantnog učinioca (obavezno, fakultativno hapšenje), a policijsko hapšenje se odnosi na postojanje posebnih okolnosti (opasnost od bekstva), odgovarajući stepen sumnje (ozbiljna sumnja) da je izvršeno krivično delo, propisana kazna, priroda dela. U svakom slučaju policija o lišenju slobode mora da obavesti tužioca. Policija može i na sopstvenu inicijativu zadržati radi ispitivanja lice (fermi) pod zakonom predviđenim slučajevima, u hitnim situacijama, kada nije moguće obezbediti odluku državnog tužioca. Uslovi za zadržavanje radi ispitivanja od strane policije su pooštřavani kako bi se izbegla zloupotreba ovlašćenja policije i povrede osnovnih ljudskih prava i sloboda. Sudija za prethodno ispitivanje mora da potvrdi ovu meru u roku od 48 časova i to na zahtev tužioca.

²⁵ *Arresto in flagranza* je zakonom određeno kao lišenje slobode lica uhvaćenog u samom izvršenju krivičnog dela ili neposredno nakon toga, sa oduzetim predmetom ili drugim dokazom u posedu koji ukazuje na učinjeno delo.

²⁶ A. Bošković, V. Kulić, "Italijanski model prethodnog krivičnog postupka", *Kultura polisa*, god. IX, posebno izdanje 1, Beograd 2012., 141.

U slučajevima propisanim Zakonom, policija može i bez naloga suda da izvrši pretresanje i oduzimanje imovine, ali je u obavezi da u roku od 48 časova obavesti tužioca koji verifikuje radnje policije. Policija radi zaplene prosledjuje tužiocu zatvorena pismena, a u slučaju hitnosti kako bi se obezbedili dokazi, tužilac može odobriti otvaranje i upoznavanje sa sadržinom prepiske. Samostalno ovlašćenje policije je da prikuplja dokaze i obezbeđuje tragove izvršenja krivičnog dela, izradi neophodne skice.

Ovlašćenja policije su pojačana u smislu da radnje koje preduzima nisu predmet bilo kojeg pravog preispitivanja od strane tužioca, sudije koji ispituje ili suda na glavnom pretresu, osim u retkom slučaju kada ovi organi podnose krivične prijave protiv policije.²⁷ Faza istrage je neformalna i njeni rezultati se po pravilu ne mogu koristiti kao dokaz na suđenju, pa se u formalnom smislu ne mogu ni izdvojiti kao nezakoniti dokazi, ukoliko su povređene procesne odredbe prilikom prikupljanja podataka i informacija od strane sudske policije.

Iako se ne može uputiti kritika što se sudska policija klasifikuje kao tehnička funkcija javnih snaga, pažljiv osmatrač, mogao bi da zapazi da je služba sudske policije više suštinska: doprinos načelu podele vlasti i kočnica i ravnoteže.²⁸ Sudska policija je deo izvršne vlasti, pa je kao učesnik u krivičnoprocesnoj fazi pre suđenja koja zahteva pojačane garancije osnovnih ljudskih prava i sloboda, pod kontrolom organa pravosuđa sa kojim zajednički deluje.

Zakonom o policiji RS (član 14 stav 1) koji uređuje nadležnost ministra, predviđeno je da ministar može da zahteva posebne izveštaje, u vezi sa radom policije, a u pogledu mera i radnji koje policija preduzima u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku, posebne izveštaje može da zahteva samo radi postupanja po zahtevu javnog tužioca, odnosno suda. Navedena odredba Zakona bila je predmet reforme u poslednjoj izmeni ZOP ("Sl. glasnik RS", br. 6/2016).²⁹ Postavlja se pitanje da li je nova odredba predviđena isključivo kao način realizacije člana 44 stav 2 ZKP u kome je jedino regulisana inicijativa javnog tužioca za

²⁷ A. S. Goldsteint , M. Marcu, "The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and German", *The Yale Law Journal* vol. 87, 2/77, 258.

²⁸ V.S. Pisano, 226.

²⁹ U prethodnom Zakonu o policiji bilo je predviđeno da ministar unutrašnjih poslova ima pravo da bude redovno informisan o radu policije kao i da zahteva izveštaje, podatke i dokumenta u vezi sa radom policije, da daje policiji smernice i obavezna uputstva za rad, da može naložiti policiji da u okviru svoje nadležnosti izvrši određene zadatke i preduzme određene mere i da mu o tome podnese izveštaj, a zadržava navedena ovlašćenja do trenutka kada javni tužilac bude obavešten o krivičnom delu i preuzme upravljanje nad policijskim postupanjem u pretkrivičnom postupku. Ukoliko se političkom nivou da mogućnost da vodi ili da kontroliše istražne aktivnosti policije, naročito neposredno nakon otkrivanja krivičnog dela, što je odlučujući momenat za svaku istragu, prisutan je rizik od neprikladnog političkog uticaja -V. Delegacija Evropske unije u Republici Srbiji, *Vodič za primenu Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije*, Beograd 2015., 25.

postupanje ministra na taj način što u slučaju kada policija ne postupi po zahtevu javnog tužioca, javi tužilac po potrebi može obavestiti nadležnog ministra, ili je u pitanju drugačija intencija zakonodavca. Kada bismo posmatrali nadležnost ministra u kontroli rada policije u vezi sa ZKP, mogao bi se izvesti zaključak da kontrola rada policije uvek mora početi od inicijative javnog tužioca, ali se postavlja pitanje da li se u slučaju *obavesti* podrazumeva postojanje *zahteva*. Stoga je neophodno upotpuniti i precizirati odredbe oba zakona koje se odnose na kontrolu rada policije.

4. Pravni položaj javnog tužilaštva i sudske policije u Španiji

Španija je ratifikovala sve međunarodno odobrene zakone, poštujući ljudska prava, kako na evropskom i međunarodnom, tako i na supranacionalnom nivou.³⁰

Javni tužioci imaju isti pravni položaj kao sudije. Ustav reguliše njihov položaj u delu koji se odnosi na sudsku vlast. Ustavnopravni položaj je osnažen garancijama u skladu sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Preporukom Saveta ministara o ulozi javnog tužioca u sistemu krivičnog pravosuđa *REC (2000) 19*. Ustavom se predviđa uloga javnog tužioca u unapređenju funkcija pravosuđa, u zaštiti vladavine prava, istovremeno i prava građana i javnog interesa, kako po službenoj dužnosti, tako i na zahtev stranaka.³¹ Takođe se ističe uloga javnog tužioca da štiti nezavisnost sudova kao i da obezbedi da se pred sudovima ostvaruje društveni interes. Kao ustavna i zakonska načela javnog tužilaštva istaknuta su načela jedinstvenog delovanja i hierarhijske subordinacije, a javno tužilaštvo obavlja svoje dužnosti u skladu sa principima vladavine prave i nepristrasnosti. Pravni položaj javnog tužilaštva uređen je Zakonom 50/1981, od 30. decembra, kojim se reguliše *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. U Španiji je tužilaštvo, takođe, uređeno kao kolektivni organ, što proizilazi iz odredbe da svi nosioci tužilačke dužnosti (naziv tužioci) nastupaju kao predstavnici institucije (član 23).³² Javno tužilaštvo ima funkcionalnu autonomiju u okviru pravosuđa. Pored toga, državnog tužioca imenuje Kralj na predlog Vlade, a nakon pribavljenog mišljenja Opštog Saveta za pravosuđe. Državni tužilac predlaže Vladi nosioce tužilačkih dužnosti. Pred sudovima se formiraju javnotužilačke kancelarije, pri čemu se za

³⁰ J.L. Gomez Colomer, "The right to a defence in the criminal procedure of the young spanish democracy", *Lex ET Scientia International Journal* vol. 2, 20/2013, 115.

³¹ Preporuka Saveta ministara *REC (2000) 19* predviđa da javni tužioci moraju da budu osposobljeni da štite ljudska prava i slobode, prava i osumnjičenih i žrtava i svedoka, da zahtevaju da se obezbedi da krivično pravosuđe funkcioniše što efikasnije.

³² M. Škulić, G. Ilić, *Novi zakonik o krivičnom postupku Srbije, Reforma u stilu "Jedan korak napred – dva koraka nazad"*, Beograd 2012., 156.

teritoriju cele države formiraju i specijalne javnotužilačke kancelarije (za trgovinu drogama, koruptivna krivična dela i za organizovani kriminal), a kraljevskim dekretima se vrše izmene u javnotužilačkoj organizaciji.

U pravnom sistemu Španije uvode se posebni mehanizmi ostvarivanja garancije nezavisnosti javnog tužilaštva. Radi obezbeđivanja veće nezavisnosti u obavljanju funkcija javnog tužilaštva, uvodi se neophodna intervencija Veća javnih tužilaca (*Junta de Fiscales de Sala*), najvećeg pomoćnog organa državnog tužioca u sudskim stvarima, uvek kada državni tužilac daje instrukcije subordinirajućim tužiocima u bilo kom slučaju koji se odnosi na članove Vlade, koju god procesnu ulogu imali.³³

Ustav pravi razliku između bezbednosne policije i sudske policije. Bezbednosne snage i korpusi, koji su u okviru Vlade, imaju dužnost da štite slobodno uživanje prava i sloboda građana i da garantuju bezbednost građana. Kao i u Italiji, sudska policija se predviđa i Ustavu Španije. Nacionalne, autonomne policijske snage – čak i neke lokalne snage – razvile su posebno jedinice “sudske policije”.³⁴ Pored toga, sudska policija može da traži pomoć bezbednosnih snaga i korpusa, kada joj je neophodna, radi obavljanja svojih dužnosti prema Zakonu (*Artículo 772 párrafo 2*). Obavljanje funkcija sudske policije u fazi istrage pod kontrolom je sudija i javnog tužilaštva. Razlika u ustavnopravnom položaju se ogleda u tome što se, na osnovu formulacije samog člana 126 iz koga proizilazi načelna obaveza sudske policije da o obavljanju svojih dužnosti tokom istrage obaveštava sudije, sudove i javnog tužioca, može zaključiti da je faktički samostalniji karakter delatnosti sudske policije. Javno tužilaštvo daje naredbe i instrukcije sudskoj policiji. Pored toga, istražni sudija može narediti policiji i da sama preduzme neophodne mere u cilju određivanja prirode i okonosti dela (*Artículo 777*). Kada sprovodi svoje funkcije bezbednosti i prevencije kriminalnih aktivnosti, policija nastoji da sve više i više sprovodi istragu, što se prikladno može nazvati proaktivan rad policije, i nužno ne informiše detaljno o svakoj svojoj radnji javnog tužioca ili sudiju.³⁵ Najčešće, policijske snage rade same, a istražni sudija i javni tužilac primaju različite izveštaje koje su one napisale.³⁶ Međutim, kada su u pitanju slučajevi od velike važnosti i složeni slučajevi, odlučujuća je uloga istražnog sudije i/ili javnog tužioca.

³³ Boletín de información -Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338956803?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=SuplementosBoletín&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DEstatuto_Organico_del_Ministerio_Fiscal.PDF&blobheadervalue2=1215327820969, 03.04.2016.

³⁴ M. F. Aebi, M. Balcells, “The Prosecution Service Function within the Spanish Criminal Justice System”, *Eur J Crim Policy Res* 14/2008, 318.

³⁵ K. Ligeti, 705.

³⁶ M. F. Aebi, M. Balcells, 319.

Bez obzira što u praksi dolazi do izražaja aktivno delovanje policije, prihvata se evropsko – kontinentalni model odnosa javnog tužilaštva i sudske policije. U Španiji postoje “organske“ veze između tužilaštva i sudske policije, koja je odgovorna tužilaštvu za sprovođenje istraga, otkrivanje i hapšenje počinitelja krivičnih dela.³⁷ S jedne strane, Zakon ne predviđa policijsku istragu, dok sa druge strane, ne predviđa ni u kom trenutku je policija dužna da o pribavljenim informacijama vezanim za krivično delo obavesti javnog tužioca ili istražnog sudiju.

Član 17 Ustava Španije sadrži garancije prava na slobodu i bezbednost. Preventivno lišenje slobode ne može trajati duže nego što je nužno da bi se sprovedla istraga u cilju otkrivanja krivičnog dela, a osoba lišena slobode mora biti predata pravosudnim organima u roku od 72h ili puštena na slobodu. Habeas corpus procedura propisuje se zakonom kako bi se obezbedilo da bilo koja osoba koja je nezakonito lišena slobode bude predata odmah pravosudnim organima.

5. Ley de Enjuiciamiento Criminal, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Zakon predviđa dužnosti i ciljeve policije: otkrivanje krivičnog dela, preduzimanje neophodnih mera za proveravanje i otkrivanje učinioca, prikupljanje tragova, sredstava izvršenja krivičnog dela, dokaza za koje postoji opasnost da će se izgubiti i da ih učini dostupnim pravosudnim organima, kao i posebne dužnosti koje se odnose na žrtvu (*Artículo 282*). Pojam sudske policije takođe je funkcionalno određen i obuhvata subjekte koji pomažu sudijama, sudovima nadležnim u krivičnopravnoj materiji kao i javnom tužilaštvu i slede njihove instrukcije u pogledu krivičnih istraga i gonjenja učinilaca.³⁸ Sudska policija u Španiji ostvaruje direktnu procesnu komunikaciju sa javnim tužilaštvom i/ili sa sudom, što ima za posledicu da istražni sudija ili tužioci formiraju dosije o ponašanju policijskih službenika, koji pod njihovim nadzorom obavljaju funkciju sudske policije, i o tome obaveštavaju svakog semestra njihove nadređene (*Artículo 298*).

Kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala, istražni sudija i nadležni tužilac koji je dužan da odmah obavesti istražnog sudiju,

³⁷ M. Škulić, G. Ilić, 136.

³⁸ Član 283 taksativno nabroja lica koja čine pravosudnu policiju kada obavljaju navedene funkcije: službena lica upravnih organa koja su zadužena za javnu bezbednost i gonjenje; zaposleni ili podređeni u okviru bezbednosne policije; gradonačelnici, zamenici gradonačelnika, predsednici opština; šefovi, službenici i pripadnici civilne garde i bilo kojih javnih snaga čija je funkcija gonjenje učinilaca; stražari, nadzornici i drugi policijski službenici gradskih i seoskih opština; čuvari planina, polja, njiva, porotnika ili potvrđenih od strane administracije; službenici posebnih zatvorskih korpusa; sudski izvršitelji i potčinjeni sudovima; službenici Centralnog organa za saobraćaj zaduženi za tehničke istrage saobraćajnih nezgoda.

donošenjem obrazložene odluke mogu odobriti službenicima policije da deluju u svojstvu prikrivenog islednika.

Zakon o krivičnom postupku predviđa mogućnost da sudska policija direktno obavestava javnog tužioca ili istražnog sudiju o izvršenom krivičnom delu. Organski zakon o javnom tužilaštvu sadrži opšte procesne odredbe. U njemu je regulisana načelna mogućnost da javni tužilac interveniše u krivičnoj proceduri, da predlaže sudu da se usvoje preventivne mere, da se prijavi izvršenje krivičnog dela direktno javnom tužilaštvu, kao i ovlašćenja javnog tužioca u tom slučaju. Kada javni tužilac primi krivičnu prijavu može da je prosledi sudu ili da je arhivira, u kom slučaju obavestava podnosioca krivične prijave. Ako je potrebno da se razjasne činjenice navedene u krivičnoj prijavi ili izveštaju, javni tužilac može da naredi policiji da preduzme radnje radi provere navoda. Javni tužilac može da primi izjave od osumnjičenog u prisustvu advokata. Ova procedura može trajati šest meseci, a izuzetno državni tužilac može produžiti njeno trajanje. Takođe, u Organskom zakonu predviđaju se ovlašćenja javnog tužioca da preduzme prethodne procedure u cilju lakšeg obavljanja funkcija koje mu zakon daje (skraćeni postupak).

U delu koji reguliše skraćeni postupak, članom 770 Zakona predviđena je dužnosti sudske policije, kada ima saznanja da je izvršeno krivično delo, da odmah izađe na lice mesta i da preduzme predviđene mere: da obezbedi prisustvo lekara ili medicinskog osoblja; fotografisanje i snimanje lica mesta; prikupljanje i čuvanje tragova, instrumenata ili dokaza za koje postoji opasnost da će se izgubiti, da bi ih stavili na raspolaganje sudu; pomeranje leša pronađenog na putu gde cirkuliše saobraćaj i postupanje u hitnim situacijama u vezi sa pronađenim lešom (opisivanje i obezbeđivanje lica mesta); prikupljanje ličnih podataka od lica zatečenih na mestu izvršenja krivičnog dela; privremeno oduzimanje potvrde o registraciji i vozačke dozvole od lica za koje postoji sumnja da je izvršio krivično delo.

Takođe, u delu koji reguliše skraćeni postupak, Zakon predviđa da javni tužilac daje sudskoj policiji opšte i pojedinačne instrukcije radi najefikasnijeg izvršenja funkcija, da interveniše u proceduri, da traži od istražnog sudije da izvodi dokaze, da usvoji preventivne mere i da ih ukine, kao i da traži da se završi istraga. (*Artículo 773 párrafo 1*).

Nakon saznanja da je izvršeno krivično delo, sudska policija sadejstvuje sa tužilaštvom i sudom pri čemu se u izvesnim slučajevima predviđa mogućnost samostalnog delovanja u određenoj meri. Policija sačinjava izveštaj o preduzetim radnjama i njihovim rezultatima (*atestado*) i podnosi krivičnu prijavu sa prilogima javnom tužiocu ili istražnom sudiji. Policija ima zakonsku mogućnost da, ukoliko joj je nepoznat učinilac krivičnog dela, zadrži izveštaj koji je sačinjen za tužilaštvo ili sud, osim kada su u pitanju izuzeci predviđeni Zakonom. S druge strane, službenici sudske policije dužni su da preduzimaju bez odlaganja mere koje je naložilo

javno tužilaštvo i koje se odnose na dokazivanje krivičnog dela i otkrivanje učinilaca i svega što je odredio istražni sudija i da sačine izveštaje o svom postupanju. Zakon detaljno reguliše situaciju kada policijski službenici ne mogu da izvrše nalog i da napišu izveštaj u određenoj formi. O preduzetim merama moraju obavestiti sud ili javno tužilaštvo u roku od 24 sata, osim u slučajevima predviđenim Zakonom. Izveštaji i obaveštenja u drugoj formi, kao rezultat preduzetih istraživanja smatraju se krivičnim prijavama. U slučaju kršenja obaveze obaveštavanja predviđa se disciplinska odgovornost policijskog službenika.

Detaljno su regulisane dužnosti policije u slučaju lišenja slobode koje se odnose na davanje pravnih pouka i žrtvi. Zakon reguliše više slučajeva u kojima je sudska policija dužna da uhapsi lice (lice koje je pokušalo da izvrši krivično delo, zatečeno *in flagranti* itd.) i vezuje se za propisanu kaznu, ili bez obzira na propisanu kaznu, ocenu da raniji život ili okolnosti dela ukazuju da se lice neće odazvati na poziv suda i za postojanje razumnih osnova da veruju da je lice učestvovalo u krivičnom delu. Predviđena je dužnost da se lice u roku od 24 časa preda sudiji koji je najbliži mestu hapšenja, dok prekoračenje roka povlači krivičnu odgovornost prema krivičnom zakonu. Zadržavanje policije radi ispitivanja podleže posebnoj habeas corpus proceduri. Istražni sudija kontroliše zakonitost zadržavanja, a posebnim zakonom se predviđa veći broj lica koja imaju pravo na pravni lek (i javni tužilac i ombudsman).

Ukoliko posmatramo sadašnje faktičke promene i tendencije koje se odnose na ulogu i nadležnost istražnog sudije, trend je da se javnom tužiocu sve više i više ostavlja istražna kontrola, a policiji vodeća uloga u istragama pod uputstvima javnog tužioca.³⁹ S jedne strane, složeno i neprecizno formalno regulisanje ovlašćenja organa postupka u ranoj fazi procedure, ostavlja slobodan prostor za zloupotrebe procesnih ovlašćenja, što dalje može da ima reperkusije na prava učesnika u postupku. S druge strane, Zakon posebnu pažnju posvećuje pravnim poukama datim od strane policije. Detaljno se regulišu pouke koje policijski službenici daju kako osumnjičenima tako i žrtvama krivičnih dela i na taj način se policiji daje posebna uloga u zaštiti osnovnih ljudskih prava, čiji su integralni deo osnovna procesna prava učesnika u postupku. *Ne verujem da policija treba da se kontroliše radi garantovanja prava. Ako je tako, omanuli smo i ne možemo govoriti o demokratskoj policiji. Verujem da nam je policija potrebna upravo da bismo garantovali prava.*⁴⁰

³⁹ B. Elsner, B. Aubusson de Cavarlay, P. Smit, 228.

⁴⁰ J. L. Trapero Álvarez, "Prevención e investigación del delito. Crimen organizado y corrupción", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, 205.

6. Zaključak

U većem delu Evrope, uočljiva je tendencija uvođenja javno – tužilačke istrage i kontinentalna koncepcija odnosa između javnog tužioca i policije prema kojoj je, u prethodnoj proceduri, od otkrivanja krivičnog dela, odnosno od momenta saznanja javnog tužioca za izvršeno krivično delo, rukovodeća uloga javnog tužioca. Ovu koncepciju odnosa prihvata i krivičnoprocesno zakonodavstvo Italije, uprkos adverzijalnim elementima krivičnog postupka, kao i krivičnoprocesno zakonodavstvo Španije, koje karakterišu inkvizitorski elementi u fazi istrage. U Italiji javno tužilaštvo je integralni deo pravosuđa, te uživa sve garancije sudske vlasti. Oba zakonodavstva regulišu ovlašćenja pravosudne odnosno sudske policije u ranoj fazi krivične procedure. Termin sudska policija je funkcionalan i označava policijske službenike sa ovlašćenjima u sprovođenju istrage, a od pravnog položaja javnog tužilaštva i policije zavisi ostvarivanje načela podele vlasti. Procesni odnos između sudske policije i tužioca uspostavlja se od momenta saznanja tužioca da je izvršeno krivično delo. Javni tužilac ima jasna ovlašćenja da utiče na obavljanje policijskih poslova, te na karijeru policijskih službenika. *Codice di procedura penale* predviđa da državni tužilac raspolaže pravosudnom policijom, posebno izdvaja krivičnu prijavu policije, a detaljno reguliše ovlašćenja pravosudne policije u fazi istrage, pri čemu jasno određuje koje radnje pravosudna policija može da preduzima samostalno. Sa druge strane, ovlašćenja pravosudne policije su pojačana, imajući u vidu da je istraga neformalna faza. U pravnom sistemu Španije zadržana je nadležnost istražnog sudije u sprovođenju istrage, ali je faktička tendencija da se javnom tužiocu sve više i više ostavlja istražna kontrola, a policiji vodeća uloga. Postoje posebni mehanizmi ostvarivanja garancije nezavisnosti javnog tužilaštva. Pored toga, ističe se uloga javnog tužioca da štiti nezavisnost sudova. Obavljanje funkcija sudske policije u fazi istrage pod kontrolom je sudija i/ili javnog tužilaštva, a u fazi istrage sudska policija uspostavlja procesni odnos sa istražnim sudijom i/ili javnim tužiocem, što često zavisi od faktičkih kriterijuma. Posmatrajući primer Španije, možemo izvesti zaključak da nepostojanje jasnih, preciznih formalnih kriterijuma kojima se razgraničava uloga organa postupka, može da otvori vrata pravnoj nesigurnosti i zloupotrebama procesnih prava, što u materiji krivičnog prava može da uslovi naročito teške posledice. Posebno se da istaći jačanje položaja policije kao organa postupka, te kao nužna, zakonom formulisana uloga policije u zaštiti osnovnih ljudskih, te procesnih prava, pre svega putem davanja prethodnih neophodnih pouka učesnicima u postupku.

Pozitivno pravo Republike Srbije ne sadrži garancije nezavisnosti niti efektivne garancije samostalnosti javnog tužilaštva od uticaja drugih

organa vlasti i političkih uticaja, što je neophodno za ostvarivanje funkcija krivičnog gonjenja. Stupanjem na snagu novog Zakonika o krivičnom postupku, uvedena je javnotužilačka istraga. Jasno se razgraničava faza predistražnog postupka i istrage i definiše uloga organa postupka. Međutim, na tužilaštvo se prenose ovlašćenja nezavisnog sudskog organa, a javnotužilaštvo ne uživa garancije nezavisnosti, što je neophodna pretpostavka radi ostvarivanja podele vlasti. Pored toga, nova uloga javnog tužioca, zahteva usklađivanje Zakonika o krivičnom postupku sa Zakonom o javnom tužilaštvu i Zakonom o policiji, naročito u pogledu novih pravnih sredstava i mehanizama, uvedenim Zakonikom, što se može očekivati da bude pravac buduće reforme.

Ivana Miljus, M.A.

Judicial Assistant, The First Magistrate Court in Belgrade

**RELATION BETWEEN JUDICIAL POLICE AND PUBLIC
PROSECUTOR IN ITALY AND SPAIN
- THE NEED FOR THE REFORM OF LEGISLATION**

Summary

Author in the work analyzes the provisions of two European legislations, in which the preliminary phase of criminal procedure is differently regulated in its basis. The role of public prosecutor and judicial police in Italy and Spain comes from the foundation of Constitution which supplies necessary guarantees of fundamental human rights and freedoms and separations of powers.

The matters of consideration are concept of judicial police, power of judicial police and public prosecutor and mechanisms of efficiency of public prosecutor unto performance of police affairs and the position of police officers. The aim of the work is to select tendencies through the comparative law analysis along with critical review, to point out the examples of acceptable and necessary solutions, as well as the need for adjustment of law of Republic of Serbia and the directions of future reform of legal and procedural position and the relations between the authorities conducting proceedings.

The visible thing is the tendency of introduction of public prosecutorial investigation. In Republic of Serbia, the powers of independent

court authority are transferred unto the public prosecutor who do not carry the privilege of independence that is necessary assumption on account of achievement of separation of powers. Additionally, the new role of public prosecutor demands the adjustment of procedural provisions concerning the new legal instruments and mechanisms.

Key words: public prosecutor, judicial police, human rights, separation of powers.

MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U SLUČAJU ORUŽANOG SUKOB I OKUPACIJE

Apstrakt

Kulturna dobra kao velike vrednosti, bez obzira na to kako se određivao pojam kulturnih dobara i da li su ona uvek kao takva označavana, uvek su uživala određenu pravnu zaštitu. Ratovi povlače za sobom razaranja u kojima neizbežno stradaju kulturna dobra. Do uništavanja kulturnih dobara dolazi bilo kao posledica vođenja neprijateljstava, bilo kao svesno i namerno uništavanje tih dobara kao način ratovanja. Od davnih vremena postoji tendencija da se kulturna dobra zaštite od posledice vođenja neprijateljstava. Mnoga pravila o vođenju rata sadržavala su pravila koja štite određene objekte, najčešće religiozne prirode. Postojeća običajna pravila kodifikovana su prvi put sredinom 19. veka. Međunarodnopravna zaštita kulturnih dobara za vreme rata prvi put je došla do izražaja u Haškoj konvenciji o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1899. godine kojom se predviđaju obaveze u pogledu zaštite kulturnih dobara prilikom opsada i bombardovanja. Istom konvencijom zabranjuje se uništavanje objekata koji predstavljaju kulturna dobra. Kasnija Haška konvencija iz 1907. godine o zakonima i običajima rata razradila je ova pravila u okviru Pravilnika pridodatog Haškoj konvenciji. Najvažniju oblast svakako predstavlja Haška konvencija o zaštiti kulturnih dobara u vreme oružanog sukoba iz 1954. godine i dva Protokola dodatih Konvenciji.

Cljučne reči: kulturna dobra, rat, okupacija, međunarodni ugovori, Haška konvencija o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba, Protokoli.

1. Uvodne napomene

Veliki značaj koji se u modernim društvima pridaje kulturnim dobrima i sve veća ugroženost kulturnih dobara raznim oblicima napada na njih ukazivali su da kulturna dobra nisu adekvatno pravno zaštićena. Zaštita samo na nacionalnom planu pokazala se nedovoljnom, tako da se

¹ Doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu; e-mail: milan.tesla69@gmail.com

poja-vila potreba da se deluje i na međunarodnom planu kako bi došlo do sveobuhvatnije zaštite. Na-pori su išli u pravcu stvaranja međunarodnih ugovora o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oruža-nih sukoba. Rat i njegove posledice dovode do uništavanja mnogih kapitalnih dela i tekovina lju-dske civilizacije, umetničkih dela, spomenika, muzeja itd. U nekim slučajevima kulturna dobra stradaju slučajno kao usputna šteta tj. posledica vođenja neprijateljstava. Ali, mnogo je češći slu-čaj da se kulturna dobra uništavaju namerno pozivanjem na imperativnu vojnu potrebu koja se tumači kao neophodna u naporima savladavanja neprijatelja. Bez obzira na sistematsko uništava-nje, ipak od početka ljudske istorije postojali su naponi da se ona zaštiti od posledica vođenja ne-prijateljstava. Nastala su mnoga običajna pravila koja se pre svega štitila religiozna mesta i osobe koje su u tim mestima našli azil od proganjanja.

Običajna pravila kojima se regulisalo vođenje rata sistematizovana su kodeksima od sredine 19. veka u oblasti međunarodnog prava. Danas se ova oblast naziva međunarodno pravo oružanih sukoba. Prvi pokušaj kodifikacije pravne zaštite kulturnih dobara nastaje 1863. godine donoše-njem Liberovog kodeksa koji se primenjivao u američkom građanskom ratu, a bio je od važnosti za napredak u proširivanju pravne zaštite tih dobara. Glavni deo ove naučne analize odnosi se na međunarodne ugovore koji se posebno bave zaštitom kulturnih dobara. Pre svega, radi se o Haš-koj konvenciji za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine i dva doda-tna Protokola. S obzirom da Konvencija nije potpuno ispunila očekivanja, dolazi do usvajanja Protokola. Posebno je važan II Protokol čija je namena da reafirmiše i oživi odredbe iz Haške konvencije. Taj Protokol je uneo važne novine i poboljšao zaštitu kulturnih dobara u vreme rata. Pomenutom Konvencijom šire je razrađena oblast zaštite kulturnih dobara. Veliki razvoj intere-sovanja za kulturna dobra nije u dovoljnoj meri praćen naučnom obradom te problematike.

2. Istorijski razvoj pravne zaštite kulturnih dobara od antike do 19. veka

U oružanim sukobima tokom cele istorije, stradala su u velikoj meri i kulturna dobra. Rušeni su hramovi, paljene crkve, manastiri, džamije i druge bogomolje, uništavana i pljačkana pokretna kulturna dobra. Često su u oružanim sukobima uništavana umetnička dela. Neka od tih dela nisu došla do nas ni u tragovima, ili su nam poznati šturi opisi savremenika i nepovratno su izgublje-na za kasnije generacije.² U antičko doba pravila rata predviđala su da pobednici mogu uništiti kulturno blago pobeđene države. Uništenje kulturnog blaga Grčka od strane persijskog cara

² Ž. Ležaja, *Zaštita kulturnih dobara u oružanom sukobu*, Zadužbina Andrejević, Beograd 2011, 3-5.

Kserksesa predstavlja često navođen primer. Potpuno uništenje Kartagine 146. godine p.ne. od strane rimske vojske, i pljačkanje Herodovog hrama u Jeruzalemu 70. godine p.n.e. isto predstavlja poznate primere.³

Kulturna dobra nisu u pogledu zaštite posebno izdvajana od drugih predmeta kao imovine, pa su na taj način bivala zaštićena u meri i na način kako se imovina uopšte pravno štitila. Tu se, u prvom redu može uzeti u obzir zaštita od krađe, kao i zaštita od oštećenja. Još od najstarijih vremena stare građevine, spomenici, hramovi, palate, grobnice i drugi objekti velikog značaja kao starine i kao objekti nesumnjive istorijske i umetničke vrednosti, čuvane su i održavane i njihovoj zaštiti bila je poklanjana velika pažnja⁴ Tako je npr. još u Hamurabijevom zakonu iz vremena oko 2000. godine p.n.e došla do izražaja zaštita kulturnih dobara inkriminisanjem krađe iz hramova ili dvorova, sa smrtnom kaznom kao sankcijom kako za učinioca, tako i za onoga ko je takve ukradene stvari primio.⁵ U 17. veku, utemeljivač međunarodnog prava Hugo Grocius, proučavajući praksu armija tokom milenijuma zaključio je da je dozvoljeno naneti štetu neprijatelju, i prema osobama i prema imovini. To je dozvoljeno ne samo za onog koji vodi pravedan rat, već to važi za svaku stranu bez razlike. Po njemu, pravo naroda dopušta uništenje i pljačka-nje imovine neprijatelja.⁶ 1758. godine Emerih De Vattel u svom čuvenom delu "Pravo naroda ili principi prirodnog prava" naglasio je da "svi akti počinjeni tokom rata koji povređuju neprijatelja bez preke potrebe, ili koji ne služe ostvarivanju pobede i privođenja rata kraju su neopravdani i osuđeni od strane prirodnog prava. Koji god bio uzrok da država bude uništena, one građevine koje su ponos ljudske rase i koje nisu prepreka snazi neprijatelja kao što su hramovi, groblja, javne građevine i sve zgrade izuzetne lepote moraju biti pošteđene."⁷ Iako se to još nije očitovalo u pravu, već u 16. veku preovladava mišljenje da umetnička dela i spomenici predstavljaju posebnu kategoriju dobara. Paralelno se razvijala svest učene elite u Evropi o tome da umetnost i nauka predstavljaju zajednička dobra. Ali, po tadašnjoj doktrini vojne potrebe, ukoliko je bilo neophodno da se takvi objekti unište radi vojnog napredovanja, vojska je svakako imala pravo na to.⁸

Tokom Napoloenove ere, njegova vojska pljačkala je kulturna dobra. Francuskoj su predana vredna kulturna dobra pod uslovima ugovora nametnutim poraženim državama, i pomoću toga nagomilane

³ J. Johnson, "Under the new management: the obligation to protect cultural property during military occupation", *Military law review*, 190/191, 2006/2007, 115.

⁴ Đ. Đorđević, *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Vojnoizdavački zavod i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2011, 11.

⁵ Lj. Kandić, *Praktikum iz opšte istorije države i prava*, Službeni list SFRJ, Beograd 1973, 36.

⁶ V. H. Grotius, *On the law of war and peace*, Batoche books, Kitchener 2001, 658

⁷ E. De Vattel, *The Law of Nations*, Philadelphia 1852, 294-295.

⁸ Ž. Ležaja, 13.

su ogromne količine umetnina koje su bile izložene u muzeju Luvr i na ostalim lokacijama. Prvi pokušaj kodifikacije zaštite kulturnih dobara došao je 1863. godine kada je donet . Liberov kodeks. On je regulisao vođenje rata od strane vojske SAD-a u građanskom ratu, i ovlastio je da zaplenjuje za svoju korist javnu imovinu koja pripada neprijateljskoj vlasti, Privatna imovina, međutim, bila je zaštićena osim ako je bila na neki način uključena u neprijateljske ratne napore. Kodeks predviđa da imovina koja pripada crkvama, dobrotvornim ustanovama, muzejima neće biti tretirana kao javna imovina podložna konfiskaciji, već kao privatna imovina koja mora biti poštovana.⁹ 1874. godine na predlog ruskog cara Aleksandra II, održava se u Briselu međunarodna konferencija na kojoj se usvaja tzv. Briselska deklaracija. 1880. godine usvaja se tzv. Oksfordski priručnik. U oba dokumenta nalazi se odredba kojom se zabranjuje uništavanje neprijateljske imovine, osim ako to imperativno zahtevaju potrebe rata. Oksfordski priručnik predviđa i da će oni koji povrede pravila koja on sadrži biti kažnjeni po krivičnom zakoniku.¹⁰

3. Haške konvencije o ratnom pravu iz 1907. godine.

Poznato je da su mnogi naponi učinjeni krajem 19. veka radi regulisanja problema zaštite kulturnih dobara u ratnom pravu. Ovaj proces završen je 1907.godine sa potpisivanjem u Hagu 13 konvencija, od kojih se 12 odnosi na ratno pravo. Postoje kulturna dobra koja doprinose zaštiti takve imovine indirektno i ona koje se odnose na takvu imovinu direktno. Obe kategorije mogu se naći u Pravilniku dodatom Haškoj konvenciji iz 1907. godine. U prvu kategoriju uključena su pravila koja ciljaju na zaštitu kulturnih dobara uopšte. Npr. zabrana pljačke, pravilo o zabrani uništenja neprijateljske imovine, pravilo o zabrani napada ili bombardovanja gradova, sela, mesta za stanovanje, ili građevina koji su nebranjeni. Ova pravila indirektno štite kulturna dobra. Međutim, postoje i pravila koja se direktno odnose na kulturna dobra. Npr.može se navesti odredba:”Prilikom opsada i bombardovanja gradova moraju se preduzeti sve mere da se poštede, koliko je to moguće, zgrade posvećene verskim obredima, umetnosti, nauci i dobrotvornim svrhama, istorijski spomenici, bolnice pod uslovom da nisu u isto vreme upotrebljeni u vojne svrhe.(Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu, čl. 27.) Istovremeno, Pravilnik je propisao obavezu za svaku zaraćenu stranu da ove objekte označi specijalnim vidljivim znacima koji će biti unapred saopšteni napadaču.¹¹

⁹ J. Johnson, 119.

¹⁰ Ž. Ležaja, 16.

¹¹ *International dimensions of humanitarian law*, Henry Dunant Institute, Unesco, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1988, 205.

U Devetoj haškoj konvenciji o bombardovanju po pomorskim snagama u vreme rata iz 1907.godine , uveden je pojam vojnog cilja. U toj konvenciji se uzimaju u obzir posebne okolnosti pomorskog rata i svrha pomorskog bombardovanja, a ta je da se uništi ratna sposobnost neprijatelja. Ta konvencija zabranjuje bombardovanje naseljenih mesta tj. luka, gradova, sela, naselja i zgrada. U skladu sa Haškim pravilnikom smatraju se kao nebranjena i utvrđena mesta ako se stvarno ne brane, a kao branjeno mesto smatra se svako mesto gde se pruža otpor. I kod branjenih mesta treba bombardovanje ograničiti na objekte koji imaju vojni značaj.¹²

4. Period od prvog do drugog svetskog rata

Prvi svetski rat je pokazao da su postojeća pravila o bombardovanju gradova nedovoljna da bi se obezbedila delotvorna zaštita. Područje operacija je znatno prošireno, tako da je zauzimanje bilo kog grada bilo moguće samo uz borbe, što je te gradove činilo branjenim. Razvojem avijacije i njenom upotrebom dodatno je zakomplikovana situacija, zbog nepostojanja pravila o vazдушnom bombardovanju.¹³ U toku prvog svetskog rata vojno vazduhoplovstvo je često korišćeno, i postalo je važan deo oružanih snaga države. Iskustva iz vazdušnog ratovanja u Prvom svetskom ratu aktuelizovala su potrebu da se razmotri mogućnost formulisanja pravila koja bi ustanovila određena ograničenja na tom planu. Zato je na Vašingtgonskoj konferenciji 1922. godine formirana Komisija pravnika sa zadatkom da formuliše takva pravila, što je ona učinila naredne godine u formi Nacrta pravila vazdušnog rata. Redaktori Nacrta pravila vazdušnog rata utvrdili su određen broj pravila o vazdušnom bombardovanju, potvrđujući da je ono zakonito samo kada je upereno protiv vojnih objekata, što znači da je nezakonito ako je upereno na gradove, sela, mesta, stambene objekte i kulturno-istorijske spomenika i to pod uslovom da nisu upotrebljeni u vojne svrhe.¹⁴ Budući da su osnovne metode vazdušnih napada na kulturna dobra gađanje, raketiranje i bombardovanje, zaštita i pridržavanje mera vojne prirode unose se u uputstva i propise ratnih vazduhoplovstava još u miru. Kod složenih vazdušnih napada, kao što su noćni ili prilikom nepovoljnih meteoroloških uslova, zatim pri jakoj protivvazdušnoj odbrani ili elektronskom ometanju, precizne provere nisu moguće a ni tako efikasne. Zato je samo u uslovima preciznog bombardovanja moguće uskladiti napade, uz što manja oštećenja kulturnih dobara. Nacionalna uputstva često su više sadržavala sopstvene mere sigurnosti i zaštite, kao u primeru

¹² J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1990, 585-586.

¹³ Ž. Ležaja, 18.

¹⁴ Z. Vučinić, *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Javno preduzeće "Službeni glasnik", Beograd 2006, 215.

saveznih propisa Švajcarske. Ti propisi predviđaju izvesnu saveznu, ali i kantonalnu odgovornost za čuvanje kulturnih dobara i njihovu materijalnu sigurnost. Oni se pretežno odnose na zaštitu prilikom napada iz vazduha. U ratnom priručniku za oružane snage SAD poziva se na pridržavanje Rerihovog pakta koji pruža neutralizovan i zaštićen status istorijskim spomenicima, muzejima, naučnim, umetničkim, kulturnim i prosvetnim ustanovama u slučaju rata između država ugovornica.¹⁵

Posle prvog svetskog rata nije bilo značajnijih kodifikacija po pitanju zaštite kulturno-istorijskih spomenika. Doduše, bio je pokušaj 1933. godine na međunarodnoj konferenciji američkih država u Montevideu u vidu rezolucije da se to pitanje reši tako što bi se donela konvencija o zaštiti kulturno-istorijskih spomenika, umetničkih i naučnih institucija na inicijativu muzeja "Rerih". Dve godine kasnije, 1935. donet je Ugovor o zaštiti umetničkih i naučnih institucija i istorijskih spomenika u Vašingtonu, poznat po nazivu Rerih pakt.¹⁶ Godine 1938. Međunarodni muzejski ured Društva naroda završio je preliminarri nacrt Konvencije o zaštiti istorijskih spomenika i umetničkih dela u vreme rata, ali drugi svetski rat prekinuo je ovaj proces pre nego što je diplo-matska konferencija za njeno usvajanje mogla biti održana. Inače, drugi svetski rat bio je mračan period u pokušajima zaštite kulturnih dobara tokom oružanih sukoba. Kulturni objekti, građevine i ustanove bile su pljačkani i uništavane do krajnjih granica, posebno od strane nemačkog naci-stičkog režima. Međunarodno pravo nije imalo efekta u bilo kom pogledu u sprečavanju velikih pljački umetničkih galerija, crkava i muzeja širom okupirane Evrope.¹⁷ Adolf Hitler stvorio je direktno specijalnu organizaciju pod vodstvom Alfreda Rozenberga, u cilju sistematske zaplene kulturnog blaga širom okupirane Evrope i njihovo prebacivanje u Nemačku za korist nacističkog režima. Organizacija je nazvana "Einsatzstab Rosenberg" koja je fotografisala i pažljivo evidentirala zaplenjena dobra. Količine su bile ogromne; zapisnici su pokazali da je Nemačka zaplenila najmanje 21,903 umetničkih dela samo iz Zapadne Evrope. Nemačko ponašanje na Istočnom frontu bilo je mnogo drastičnije. U Sovjetskom Savezu uništeno je 427 muzeja, 1670 pravoslavnih crkava, 237 rimokatoličkih crkava, 67 kapela i 532 sinagoge. Samo iz Ukrajine 4 miliona umetničkih dela nestalo je, dok je kulturno blago prevezeno u Nemačku pomoću 40 železničkih vagona.¹⁸ Firer je za vođu administracije svih istočnih teritorija imenovao Alfreda Rozenberga. U kulturnim stvarima, dve agencije su u stalnom takmičenju za blaga Sovjetskog Saveza. Posle

¹⁵ P. Pejčić, *Vazduhoplovno ratno pravo*, Vojnoizdavački i novinski zavod, Beograd 1997, 173.

¹⁶ V. Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 277.

¹⁷ D. Fleck, *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, Oxford University Press, New York 2003, 433.

¹⁸ J. Johnson, 123.

borbene faze, naučnici Anenerbea doveli bi istraživačke institute da pokupe arheološki materijal i druge naučne dokaze o superiornosti germanskih rasa i nižoj vrednosti Slavena. EER, takođe neborbena organizacija planirala je da započne svoje uobičajeno zaplenjivanje jevrejske i masonske imovine i arhiva, te da oduzme sva kulturna dobra pogodna za ispitivanje protivnika nacionalsocijalizma. Posebno je bila interesantna sudbina muzeja Ermitaž u Lenjingradu. Vlasništvo muzeja brojalo je oko dva i po miliona predmeta kao što su slike, delikatni porcelan, staklo, kovani novac, nakit, veliki antikviteti, nameštaj i razni drugi predmeti dekorativne umetnosti. U prvim satima napada, direktor muzeja naredio je da se 40 najvrednijih komada brzo odnese u podrum. Radovi koji su mogli ostati u ramovima slagani su zajedno u sanduke po veličini. Samo je jedna ogromna slika, Rembrantov *Povratak bludnog sina* dobila svoj zaseban sanduk. Drugi sanduci čuvali su koptske tkanine, skitsko i helensko zlato, nakit iz 18. veka, burmutice, čak i srednjevekovne nemačke krigle za pivo. Dvesta slika u nemačkom vlasništvu koje su došle u Ameriku bile su beskonačno mali procenat miliona raseljenih radova koje su savezničke vlade svakodnevno otkrivale. Nije bilo nikakvih nesuglasica oko toga šta bi trebalo uraditi sa stvarima koje su oduzete zaplenom u osvojenim zemljama. Trebalo je da se vrate tim zemljama. Ganski oltar je bio prvo umetničko delo koje će se vratiti. Odlučeno je da oltar formalno primi belgijski princ regent na ceremoniji u kraljevskoj palati u Briselu. General Ajzenhauer je lično naredio da se oltar Fajta Štosa spremi za povratak u Poljsku. Odgovornost za organizaciju ovog velikog prenosa umetničkih dela u potpunosti je pala na kontingent MFAA. To je vojna jedinica poznata kao "Oficiri za spomenike, lepe umetnosti i arhive" (Monuments, Fine Arts and Archives Officers).¹⁹

Nekoliko ugovora zaključenih posle drugog svetskog rata bavi se vraćanjem kulturnih dobara izvezenih za vreme okupacije. Po Mirovnom sporazumu između Savezničkih sila i Italije zaključenom 1947. godine, Italija je imala obavezu da vrati kulturna dobra Jugoslaviji i Etiopiji. Po Konvenciji o rešavanju problema nastalih iz rata i okupacije, usvojenoj 1952. godine Nemačka je bila obavezna da osnuje agenciju za istraživanje, povratak i naknadu kulturnih dobara uzetih sa okupiranih teritorija tokom rata.²⁰

5. Haška konvencija o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine

I pored nastojanja koja su imala nesumnjiv značaj u vremenu u kojem su preduzeta, tek posle drugog svetskog rata ova materija potpunije

¹⁹ L.Nicholas, *Otmica Evrope; sudbina evropskih dragocenosti u Trećem Rajhu i Drugom svetskom ratu*, Geopoetika izdavaštvo, Beograd 2011, 196 i dalje.

²⁰ J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Običajno međunarodno humanitarno pravo, Tom I: Pravila*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 139.

je uređena Konvencijom za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba donetoj u Hagu 1954. godine. U tekstu preambule je istaknuto da su kulturnim dobrima u poslednjim oružanim sukobima nanete teške štete i da su ona usled razvoja ratne tehnike, sve ugroženija od razaranja. Države potpisnice izrazile su uverenje da štete nanete kulturnim dobrima predstavljaju štetu kulturnom nasleđu celog čovečanstva, budući da svaki narod daje doprinos svetskoj kulturi.²¹ Konvencija definiše kulturna dobra kao pokretna i nepokretna dobra koja su od velikog značaja za kulturnu baštinu svakog naroda kao što su spome nici arhitekture, umetnosti ili istorije, verski ili laički, arheološka mesta, skup građevina koje su kao celina od istorijskog ili umetničkog interesa, umetnička dela, rukopisi, knjige i drugi predmeti od umetničkog, istorijskog ili aheološkog interesa, kao i naučne zbirke i retke zbirke knjiga, arhiva ili reprodukcija. Pored tih dobara, Konvencija pominje i zgrade čija je glavna i efektivna namena da čuvaju ili izlažu pokretna kulturna dobra koja su navedena.²²

Zabranjeno je u svako doba, koristiti kulturna dobra i sredstva za njihovu zaštitu, kao i njihovu neposrednu vojnu blizinu u vojne svrhe, na bilo koji način koji može dovesti do napada na njih. U slučaju imperativne vojne potrebe, strana u sukobu ih može koristiti u vojne svrhe onoliko dugo koliko ne postoji mogućnost izbora između takve upotrebe kulturnog dobra i drugog ostvarljivog načina kojima se obezbeđuje slična vojna korist²³. Kulturna dobra ne bi trebalo da se koriste za vojne svrhe tako da nema potrebe da se ona napadaju. Tako se npr. zvonik crkve ili minaret dzamije ne smeju koristiti kao vojna osmatračnica. Čak kad se kulturno dobro koristi u vojne svrhe, odluka da se napadne neprijatelj koji ga koristi ne sme biti olako doneta i treba napraviti planove napada koji će rizik od oštećenja kojem se izlažu kulturna dobra svesti na naj-manju meru.²⁴ Konvencija propisuje da će se, izuzev odredaba koje se primenjuju u doba mira, ostale odredbe primenjivati u slučaju objavljenog rata ili svakog drugog oružanog sukoba koji izbije između država ugovornica. Konvencija će se primenjivati u svim slučajevima okupacije cele ili dela teritorije države ugovornice, čak ako okupacija ne naiđe ni na kakav vojni otpor. Konvencijom je stipulisana obaveza za svaku državu da poštuje kulturna dobra koja se nalaze kako na njenoj teritoriji, tako i na teritoriji drugih država ugovornica.²⁵ Konvencija predviđa i specijalnu međunarodnu zaštitu kulturnih dobara. Pod takvu zaštitu može da se stavi ograničen broj skloništa namenjenih za zaštitu

²¹ Z. Vučinić, 216.

²² V. Jončić, 217.

²³ M. Starčević, *Priručnik iz međunarodnog humanitarnog prava u Vojsci Srbije*, Medija Centar "Obrana", Beograd 2004, 50.

²⁴ *Borba po pravilima; Priručnik o pravu oružanih sukoba*, Društvo Crvenog Krsta Srbije i Crne Gore, Beograd 2004, 50.

²⁵ Z. Vučinić, 217.

pokretnih kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba, centri u kojima su sakupljene kulturne znamenitosti, kao i druga nepokretna kulturna dobra od vrlo velike važnosti, pod sledećim uslovima: da se nalaze na dovoljnom odstojanju od velikog industrijskog centra ili od važnog vojnog objekta kao što je npr. radio stanica, aerodrom, pri-stanište, železnička stanica, ustanova koja radi za odbranu itd, i da ne bude upotrebljena u vojne svrhe. Kulturna dobra stiču pravo na specijalnu zaštitu onog trenutka kad se upišu u Međunarodni registar kulturnih dobara koja su pod specijalnom zaštitom.²⁶

Kulturna dobra koja su pod specijalnom zaštitom obeležavaju se sa tri znaka, raspoređena u obliku trougla, sa dva štita u gornjem i jednim štitom u donjem redu. Holandija je među ma-lobrojnim zemljama koje su obavile ovu vrstu promena, istakavši štit koji odgovara opisu na izvesnom broju građevina, negde u blizini ulaza. Nažalost, s obzirom da su mu vlasti dale skromne dimenzije – oko 10 santimetara visine- potreban je priličan dar zapažanja da bi uopšte mogao da se primeti. To ostavlja pitanje kakvu zaštitnu vrednost može imati isticanje takvog znaka u slučaju oružanog sukoba. Očigledna je činjenica da je među građevinama koje su označene kao kulturno dobro i Ministarstvo odbrane u Hagu – zgrada koja u skladu sa svojom namenom nikako ne bi ispunila uslove za zaštitu u vreme rata.²⁷

5.1. Protokoli I i II uz Hašku konvenciju o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba

U skladu sa odredbama Protokola I, strana koja je okupirala teritoriju mora da spreči nezakoniti izvoz kulturnih dobara sa okupirane teritorije i mora da vrati nezakonito izvezena dobra nadležnim vlastima ranije okupirane teritorije. Obaveza da se spreči izvoz kulturnih dobara sa okupirane teritorije uključena je u paragraf 1 I Protokola. Obaveza vraćanja kulturnih dobara koja su nezakonito izvezena, sadržana je u paragrafu 3, I Protokola. Ovaj paragraf uopšteno je formulisan kao primenjiv na sve strane Protokola, a ne samo na okupacione snage. Ovo pravilo formulisano je u smislu uže upotrebe na samu okupacionu silu koja nije uspela da spreči izvoz, i mora da nadoknadi taj propust time što će vratiti dobra.²⁸ Ovde moramo pomenuti događaje iz 2003. godine za vreme invazije Iraka od strane SAD. Tom prilikom došlo je do jedne od najvećih kulturnih tragedija. Usred haosa koji je usledio kao posledica invazije, pljačkaši su nasrnuli na bagdaski Nacionalni muzej, planula je Narodna biblioteka sa hiljadama knjiga i istorijskih dokumenata, a

²⁶ V. Jončić, 281-282.

²⁷ F. Kalshoven, L. Zegveld, *Constraints on the waging of war*, International Committee of the Red Cross, Geneva 2001, 49.

²⁸ J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, 138-139.

počela je i pljačka brojnih arheoloških lokaliteta. Nestala su ili uništena nepro-cenjiva blaga stara i do 5000 godina.²⁹ Televizijski snimci pljačke Nacionalnog muzeja u Bagdadu podigli su međunarodnu zabrinutost zbog zaštite kulturnih dobara u Iraku. Haške konvencije obezbeđuju pravni režim za zaštitu kulturne baštine. Haška pravila iz 1907. godine i Haška konvencija za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine čine deo međunarodnog običajnog prava. SAD nisu ratifikovale nijedan od međunarodnih ugovora koji se odnose na zaštitu kulturnih dobara, a takođe ni Velika Britanija nije ratifikovala ove ugovore.³⁰

II Protokol uz Hašku konvenciju donet je 1999. godine u Hagu, čime je konačno zaokružen sistem zaštite kulturnih dobara u ratu, a poseban deo Protokola posvećen je zaštiti kulturnih dobara tokom okupacije. Diplomatska konferencija na kojoj je usvojen II Protokol održana je u Hagu od 15. do 26. marta 1999. godine. Konferencija je usvojila II Protokol bez glasanja. Protokol je otvoren za potpis u Hagu 17. maja 1999. u okviru stogodišnjice Prve međunarodne konferencije u Hagu održane 1899. godine. Potpisan je od strane 27 država tog datuma. Država može postati ugovorna strana II Protokola samo ako je ratifikovala konvenciju iz 1954. godine. Novi ugovor predstavlja dodatni protokol koji neće predstavljati amandman na Konvenciju iz 1954. godine, ali će joj biti dopuna i biće primenjen samo od strane država koje ga ratifikuju.³¹ Od okupacione sile se zahteva, da poštujući okupiranu teritoriju, zabrani i spreči bilo kakav nezakonit izvoz, drugo premeštanje ili transfer vlasništva kulturnog dobra. Protokol obavezuje ugovorne strane da zabrane i spreče navedene akte ne samo onda kad su izvršeni od strane sopstvenih snaga i okupacione vlasti, već takođe i kad su izvršeni od strane privatnih lica.³² II Protokolom predviđena je i poboljšana zaštita kulturnih dobara. Poboljšana zaštita je dostupna i za pokretna i za nepokretna kulturna dobra. Uslovi pod kojim neko kulturno dobro može da bude stavljeno pod poboljšanu zaštitu određeni su čl. 10 Protokola. Da bi bilo upisano na Listu kulturnih dobara pod poboljšanom zaštitom, kulturno dobro mora da bude “kulturno nasleđe od najveće važnosti za čovečanstvo,” da je “zaštićeno odgovarajućim domaćim pravnim i administrativnim merama koje priznaju njegovu izuzetnu kulturnu i istorijsku vrednost osiguravajući mu najviši nivo zaštite,” i “da se ne koristi za vojne svrhe ili da ne štiti vojna područja, kao i da je objavljena deklaracija strane

²⁹ Ž. Ležaja, 46.

³⁰ B. Clark, “Military occupation and the rule of law; the legal obligation of occupying forces in Iraq”, *Electronic Journal of Law*, no.8, 2005, 16.

³¹ M.T.Dutli, J. Bourke Martignoni, J. Gaudreau, *Protection of cultural property in the event of armed conflict*, International Committee of the Red Cross, Geneva 2002, 29.

³² D. Fleck, 468.

koja ima kontrolu nad kulturnim dobrom, kojom se potvrđuje da se ono neće koristiti na taj način.” Zahtev člana 10. da kulturna dobra u pitanju predstavljaju kulturno nasleđe od najveće važnosti predstavlja snažniji uslov od onog iz člana 8. Konvencije koji govori o “vrlo velikoj važnosti.”³³ Izrada članova o poboljšanoj zaštiti bila je inspirisana Konvencijom o zaštiti svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa iz 1972. godine. Takođe, to je slučaja sa članom 10. II Protokola. Iskustvo od skoro 30 godina postojanja u trenutku održavanja Haške konferencije iz 1999. nesumnjivo je učinilo Konvenciju o zaštiti svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa važnim vodičem za izradu novog Protokola. Ako objekti paralelno postoje kao zaštićena kulturna dobra Konvencijom iz 1972. godine kao i Konvencijom iz 1954. godine, manji je broj primera za muzeje, arhive i biblioteke. Postoji razlika između kulturnih dobara upisanih u Listu svetske kulturne baštine i onih kojima u budućnosti može biti odobrena poboljšana zaštita. Bez ikakvog minimiziranja i omalovažavanja statusa svetskog kulturnog nasleđa, efekti natpisa Liste svetske kulturne baštine su moralnog karaktera. Za kršenje principa Konvencije o zaštiti svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa, nisu predviđene izričite sankcije osim mogućnosti da svetsko kulturno dobro može biti skinuto sa liste u slučaju ozbiljne degradacije i zanemarivanja zaštite.³⁴

II Protokol je predvideo osnivanje Komiteta za zaštitu kulturnih dobara i Fonda za zaštitu kulturnih dobara. Pored tih institucija, kao mehanizam kontrole predviđen je i Sastanak strana ugovornica. Na taj način stvorene su pretpostavke za dalje poboljšanje međunarodne zaštite kulturne baštine od razaranja, ne samo u nominalnom nego i u faktičkom smislu. II Protokol je regulisao i niz važnih pitanja iz krivičnog postupka zaštite kao što su: nadležnost za utvrđivanje povreda Konvencije i Protokola, pokretanja krivičnog postupka, ekstradicije i pružanja pomoći.³⁵

6. Zaključna razmatranja

Kulturna dobra u ratu danas su zaštićena relevantnim ugovorima međunarodnog prava. Međutim, bez obzira na tu činjenicu kulturna dobra postaju sve više predmet napada u oružanim sukobima poslednjih decenija. Odbrana kulturnih dobara je još jedna dimenzija globalizacije u kojoj živi-mo. Pravila međunarodnog humanitarnog prava nikad nisu bila dovoljno poštovana, a pravila koja se odnose na kulturna dobra nisu izuzetak. Pravila koja se odnose na zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba su sastavni deo međunarodnog humanitarnog prava.

³³ Ž. Ležaja, 56.

³⁴ J. Toman, *Cultural property in war; improvement in Protection*, UNESCO, Paris 2009, 188-191.

³⁵ Z. Vučinić, 218-221.

Svest o značaju i vrednosti kulturnih dobara u ispoljena je početkom 20. veka prilikom kodifikacije običajnih pravila ratovanja na Drugoj mirovnoj Haškoj konferenciji 1907. godine. Međutim, tek posle drugog svetskog rata ova oblast je potpunije i detaljnije uređena Konvencijom o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba u Hagu 1954. godine. Uz Konvenciju, kao njen sastavni deo pridodati su Pravilnik za njeno izvršenje i dva Protokola od kojih je poslednji donet 1999. godine. Suština Konvencije jeste usvojen princip o jedinstvenom kulturnom nasleđu celog čovečanstva koje je stvarano pojedinačnim doprinosom svakog naroda. Države članice Haške konvencije i njenih Protokola, treba da striktno primenjuju odredbe ovih ugovora. Potrebno je da oružane snage u svoje aktivnosti uključe i obuku iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava koji se odnose na zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba. Neophodno je promovisati zaštitu kulturnih dobara u svim slojevima stanovništva. Međunarodne organizacije kao što su UNESCO i druge slične organizacije treba da igraju važnu ulogu u promovisanju zaštite kulturnih dobara.

Milan Tesla, LL.M

PhD student at the Faculty of Law, University of Belgrade

INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY IN THE EVENT OF ARMED CONFLICT AND OCCUPATION

Summary

Cultural property, having a great value, no matter how determined the notion of cultural property, and whether they still were marked as such, have always enjoyed a degree of legal protection. The wars involve destruction where the cultural goods are inevitably destroyed. They are destroyed, either as a consequence of enemies actions or through the war itself where they are destroyed consciously and with intention. However, there has always been a tendency to protect cultural goods from the consequences of the war action. A number of rules relating to a war conducted protect a lot of objects (religious places most often). Existing rules of customary law were for the first time codified in the middle of 19th

century. International legal protection of cultural property during the war for the first time founded on the Laws and customs of war on land of 1899. , which outlines the obligations concerning the protection of cultural property du-ring the siege and bombardment. The same Convention prohibits the destruction of property that presents cultural goods.. Subsequent Hague convention of 1907. on the laws and customs of war elaborated these rules in the framework of regulations. A major area is the analyzies of the \Hague convention of the protection of cultural property during the armed conflict from 1954, and two additional Protocols.

Key words: cultural property, war, occupation, international agreements, Hague convention of the protection of cultural property in the event of armed conflicts, Protocols.

NASTANAK I RAZVOJ PRAVA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI ENERGETIKE

Apstrakt

U radu je u sintetizovanom obliku prikazan razvoj prava Evropske Unije u sferi energetike. Osnovni akcenat je stavljen ne genezu razvoja primarnog prava EU u ovoj oblasti i osnovama koje je ono postavilo, u cilju boljeg razumevanja savremenih procesa u oblasti energetike na evropskom kontinentu. Posebna pažnja se posvećuje pitanjima regulisanja energetike u okviru osnivačkih ugovora EU, a takođe i pitanjima zajedničke evropske energetske politike. Pored toga, važno mesto zauzimaju i razmatranja, vezana za osnove razvoja sekundarnog prava EU u predmetnoj oblasti, pri čemu je poseban akcenat dat analizi „Prvog energetskeg paketa EU“, kao svojevrsne osnove potonjeg i savremenog instrumentarija pravnog regulisanja energetike u EU. Sva pitanja o kojima se raspravlja u radu, posmatrana su kroz prizmu, trenutno najaktuelnijih pitanja energetike, izgradnje međunarodnih infrastrukturnih objekata namenjenih transportu energenata.

Ključne reči: Pravo EU, energetika, osnivački ugovori EU, „Prvi energetskeg paket EU“

1. Uvodne napomene

U uslovima veoma brzog razvoja svetske ekonomije i sve ograničenije dostupnosti prirodnih resursa, energetska sigurnost postaje jedan od prioriternih problema, gotovo svih država, a međunarodna saradnja u sferi energetike dobija sve veću aktuelnost u bližoj perspektivi razvoja međudržavnih odnosa. Ove tendencije jednako prožimaju sve regione sveta. Energetska bezbednost u Evropi, na prelasku u XXI vek se počela posmatrati iz ugla jednog iz prioriternih pravaca delatnosti, kako država-članica EU, tako i evropskih država, koje nemaju taj status. Ovo se potvrđuje, između ostalog i tim faktom, što su pitanja, vezana za energetiku

¹ Doktorska teza odbranjena na Univerzitetu RUDN, Moskva, Ruska Federacija; e-mail: banenesic@yahoo.com

i energetska bezbednost postala predmet pravnog regulisanja na nivou EU. Bez obzira na to, što su pitanja vezana za sigurnost energetskog snabdevanja nalazila svoje mesto još u osnivačkim aktima evropskih integracija, bilo je potrebno više od pola veka, da bi energetika postala punopravna sfera pravnog sistema Evropske Unije. Potrebe savršenih procesa u sferi energetike na međunarodnoj areni, karakterizovanih oštrom geopolitičkom pozadinom ukazuju na neophodnost formiranja novih međunarodno-pravnih modela, podobnih za njihovo regulisanje. U tom smislu, izučavanje i shvatanje procesa razvoja međunarodnog-prava u sferi energetike unutar same EU, koje sve više poprima obrise samostalne pravne discipline, predstavlja neophodni uslov razumevanja i širih aspekata međunarodne saradnje na evropskom kontinentu.

2. Značaj energetskog sektora u razvoju evropskih integracionih procesa i osnove regulisanja energetike u okviru osnivačkih ugovora EU

Energetika predstavlja jednu od osnovnih oblasti, utemeljenih u osnovama evropskih integracionih procesa. Potrebe nads nacionalnog regulisanja u ovoj sferi, pojavili su se iz nekoliko razloga, a pre svih zbog neophodnosti ostvarivanja koordiniranog delovanja u proizvodnji čelika i uglja Nemačke i Francuske početkom 50-ih godina XX v.

Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik (u daljem tekstu –Ugovor o EZUČ) bio je potpisan 18.04.1951. godine u Parizu, od strane Francuske, Nemačke, Italije, Belgije, Luksemburga i Holandije kao prvi od tri ugovora koja su postavili temelje Evropske zajednice. Osnovne ciljeve Ugovora o EZUČ su predstavljali „omogućavanje ekonomskog razvoja, rast zaposlenosti i povećanje životnog standarda u državama-članicama putem izgradnje zajedničkog tržišta rudarskih i čeličnih privreda i njihove proizvodnje; obezbeđivanje urednog snabdevanja zajedničkog tržišta, jednak pristup proizvođačima svih potrošača, utvrđivanje minimalnih cena, podržavanje uslova koji stimulišu rast proizvodnje i povećanje kvaliteta proizvodne produkcije, racionalno korišćenje prirodnih resursa, poboljšanje uslova rada; uticaj na rast međunarodne trgovine i ravnomernom povećanju i modernizaciji proizvodnje“². Na osnovama odredaba ovog Ugovora 10.02.1953. otvorena su zajednička tržišta uglja i gvozdene rude, a 1.05.1953. i čelika.

Drugi iz osnivačkih ugovora EU, Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju (dalje – Ugovor o Evroatomu) je potpisan 25.03.1957.godine u Rimu. Po svom karakteru ovaj Ugovor predstavlja

² Л.М.Энтин *etal.*, *Европейское право*, Норма, Москва 2000.,9.

osnivački akt, koji reguliše integraciono ujedinjavanje, kao i Ugovor o EZUČ, posebne oblasti energetike. Ugovor o Evroatomu je stupio na snagu 1.01.1958. Godinu nakon stupanja na snagu ovog Ugovora, t.j. počev od 1 januara 1959 godine, počelo je da funkcioniše i opšte tržište sirovina i opreme atomske energetike, bile su u potpunosti ukinute takse i kvantitativna ograničenja između država Zajednice i ustanovljena zajednička spoljna politika uvoza predmetne robe iz trećih zemalja (na nivou najniže tarife, važeće u bilo kojoj iz država-članica dan 01.01.1957.). Takođe, bile su u potpunosti ukinute i carinske tarife na privredno korišćenje atomske energije i ukinuta ograničenja u „prelasicima“ stručnjaka iz ove oblasti iz države u državu.

Istovremeno sa Ugovorom o Evroatomu, u Rimu je 25 marta 1957. bio potpisan i treći iz korpusa ugovora koji su dali osnovu EU – Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (dalje – Ugovor o EEZ). Po svom karakteru, ovaj Ugovor je bio više univerzalan proizilazeći iz samog predmeta svog regulisanja – ujedinjenog ekonomskog prostranstva, a njegove norme bile su primenjive prema energetskej sferi u toj meri, koliko su se ticale izgradnje opšteg tržišta.

Naftna kriza 1973., koja se u velikoj meri odrazila i na situaciju u evropskoj ekonomiji, uslovlila je neophodnost izmena, fragmentarnog, nadnacionalnog regulisnja u sferi energetike i značaj koordiniranog delovanja država-članica i Zajednice u energetskej oblasti. U cilju pripreme opšte energetske strategije 1974. godine doneto je rešenje Saveta Evropskih zajednica, posvećeno razradi nove strategije u oblasti energetske politike.

Jednim od najvažnijih dokumenata evropskih integracionih pocesa, koji je „pripremio prelazak ka osnivanju Evropske Unije“³ smatra se Jedinstveni evropski akt (dalje – JEA), popisani 1986., stupio na snagu 1.06.1987. Razrađujući unošenje izmena i dopuna u proces evropskog institucionalnog razvoja, pre svega unutar jedinstvenog unutrašnjeg tržišta, ovaj akt je dotakao i pitanja koja se tiču enegetskog tržišta. U suštini JEA je raširio kompetenciju EEZ, dopunivši je nizom novih opštih politika: naučno-tehničkoj (pog.6 „Istraživanje i tehološki razvoj“), ekološkoj (pog. 7 „Životna sredina“), koje su uticale na formiranje opšteevropskog energetskeg kompleksa. Pored toga, JEA je i formalno-pravno učvrstio koordinaciju spoljnopoličkog delovanja država-članica, između ostalog i u sferi energetske politike Zajednice.

U cilju ostvarivanja napred navedeog zajedničkog delovanja, koja se tiču energetskeg tržišta, Evropska komisija je 1988. godine izdala radni dokument pod nazivom „Unutrašnje energetskeo tržište“. U ovom

³ Л.М.Энтин *et al.*, 22.

dokumentu je predstavljen plan etapne liberalizacije energetskeg sektora ekonomija država-članica. Stvaranje unutrašnjeg energetskeg tržišta bilo je definisano kao „najvažniji cilj, neophodni korak za širenje jedinstvenog tržišta“⁴.

Liberalizacija energetskeg tržišta država-članica, razmatrana u radnom dokumentu Evropske komisije 1988. prešla je u fazu realizacije 1990. donošenjem Direktive 90/377/EEZ, koja se ticala procedure Zajednice vezane za povećanje transparentnosti cena na gas i električnu energiju namenjenih potrošačima.

Kasnije, proces regulisanja energetskeg snabdevanja je dodatno učvršćen Direktivama 90/547/EEZ od 29.10.1990. o tranzitu elektroenergije kroz energetske sisteme⁵ i 91/296/EEZ od 31.05.1991. o tranzitu prirodnog gasa kroz energetske sisteme⁶. Zahvaljujući ovim direktivama stvorena su unifikovana pravila namenjena tranzitu elektroenergije i gasa, što je uticalo i na učvršćivanje jedinstvenog tržišta energenata u okviru EEZ.

Sledeći važan korak u procesu razvoja kako energetskeg prava i politike u Evropi, tako i same Evropske Unije, predstavlja potpisivanje Ugovora o Evropskoj uniji 7.02.1992. godine u Mاستrihtu (dalje – Mاستrihtski ugovor). U Mاستrihtski ugovor inkorporirane su odredbe, neposredno posvećene oblasti energetike. Član 3 regulisao je pravce delatnosti Unije, među kojima su bile i one vezane za oblasti energetike, socijalne zaštite i turizma⁷. U Ugovor su, takođe, kao poglavlje XII „Transevropske mreže“ uključena i pravila koja se tiču razvoja transevropskih mreža, čiji sastavni deo čini i energetska infrastruktura i povezivanje. Ciljevima Unije, na tom planu se javljalo stimulisanje sadejstva nacionalnih mreža, a takođe i pristup tim mrežama. Određenu pažnju Ugovor je posvećivao i pitanjima koja se tiču zaštite potrošača, što ima značaj i sa tačke gledišta energetskeg tržišta.

Važnu karakteristiku Mاستrihtskog ugovora predstavlja i to, što je on postavio temelje procesa razvoja zajedničke, evropske, energetske politike. Pod njegovim direktnim uticajem je bio donet dokument pod nazivom „Energetska politika za Evropsku Uniju“. Osnovni ciljevi, izloženi u „Energetskoj politici za EU“, donetoj u decembru 1995. godine (tzv. „beloj knjizi“), svode se na završetak stvaranja unutrašnjeg energetskeg tržišta i obezbeđivanja postavki energenata na konkurentnoj osnovi i energetskoj bezbednosti, a takođe i unapređenje ekoloških aspekata energetike.

⁴ European Commission Working Document, *The Internal Energy market*, COM(88) 238 final, Brussels 1988. URL: <http://aei.pitt.edu/4037/1/4037.pdf>, 13.08.2013.

⁵ Council Directive 90/547/EEC of 29 October 1990 on the transit of electricity through transmission grids// *Official Journal* L 313, 13.11.1990., 30 – 33.

⁶ Council Directive 91/296/EEC of 31 May 1991 on the transit of natural gas through grids, *Official Journal*, L14712.06.1991., 37 – 40.

⁷ Treaty on European Union, *Official Journal*, C 191, 29.07.1992.

Što se tiče docnije donetih Amsterdamskog ugovora o izmeni Ugovora o Evropskoj uniji, Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica i određenih sa njima povezanih akata iz 1997. (dalje – Amsterdamskog ugovora) i Ugovora iz Nice o izmeni Ugovora o Evropskoj uniji, Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica i određenih sa njima povezanih akata iz 2001. godine (dalje – Ugovor iz Nice), u njima ne nailazimo na bilo kakve odredbe koje bi značajnije uticale na sferu pravnog regulisanja u oblasti energetike.

U procesu evropske integracije Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, koji je zajedno sa Ugovorom o Evropskoj uniji potpisan 13.12.2007., i stupio na snagu 1.12.2009., smatra se, verovatno, najvažnijom etapom u razvoju kako primarnog zakonodavstva EU, tako i sveukupnih institucionalnih okvira za razvoj energetske oblasti u Evropi. Ovaj Ugovor predstavlja jedan od osnovnih izvora primarnog prava EU u kome je, u glavi XXI, po prvi put oblast energetike izdvojena u odvojeni pravac delovanja Unije. Osim toga, pitanja energetike su fragmentarno zastupljena i u glavi I, u vezi sa definisanjem pravila koja se tiču uspostavljanja nadležnosti između Unije i država-članica, između ostalog i po pitanjima transevropskih mreža i energetike (čl. 4. st. 2), a takođe i u glavi XVI, koja reguliše pravila o transevropskim mrežama (čl.170-72).

Čl.4 st.2 utvrđena je unutrašnja podeljena nadležnost u oblastima transevropskih mreža (tačka H) i energetike (tačka I) između Unije i država-članica. Na ovom mestu bi trebalo napomenuti, da je situacija, vezana za utvrđivanje spoljašnje nadležnosti u sferi energetike mnogo složenija. „Međunarodna aktivnost EU u oblasti energetike mogu, u zavisnosti od njihovog predmeta i političkih rešenja institucija EU, podpadati kako pod sferu podeljene kompetencije EU i država članica, tako i, u slučaju primene odgovaraju pravnih akata EU, u sferu isključive kompetencije.“⁸ U tom smislu, važnu ulogu ima doktrina „podrazumevajuće isključive kompetencije“⁹ koju je razradio Evropski sud, a u skladu sa kojom „delovanja EU u određenoj unutrašnjoj sferi podrazumevaju postojanje u EU isključive spoljne kompetencije vezane za zaključivanje međunarodnih ugovora, koji se tiču te sfere. Drugim rečima, isključivo EU može da zaključi međunarodni ugovor, predmet koga je unutar EU u značajnom stepenu regulisan zakonodavstvom EU.“¹⁰ Iz toga proizilazi, da primenjujući, u okvirima unutrašnje

⁸ И.В.Гудков, С.С. Селиверстов, Энергетическое право Европейского Союза, Аспектпресс, Москва 2014., 29.

⁹ Case 22/70 Commission v. Council (ERTA), (1971) ECR 263. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/HTML/?ELX_SESSIONID=QQwvJhmF1bWyYICyymTfjYbhkc24nY1Zw1w1B9GKBGp5T1F6LJsp!-367730794?isOldUri=true&uri=CELEX:61970CJ0022_14.05.2014.

¹⁰ И.В. Гудков, С.С. Селиверстов, 30.

podeljene kompetencije, akte energetske aquis communautaire, EU širi svoju spoljnu „energetsku kompetenciju“ i na taj način, putem detaljnijeg i obimnijeg sekundarnog zakonodavstva, ojačava svoje pozicije u sferi regulisanja energetske odnosa sa trećim zemljama. Međutim, proizilazeći iz delegiranog i ograničenog pravnog subjektiviteta EU, to ojačavanje „energetske kompetencije“ nosi formalni karakter budući da, prema odredbama Lisabonskog ugovora, EU nema „okvirni mandat“ za zaključivanje međunarodnih ugovora sa trećim zemljama u sferi energetike.

Kada se govori o realizaciji projekata izgradnje objekata energetske infrastrukture, potrebno je spomenuti i stav 3 čl. 171 Ugovora koji se odnosi na transevropske mreže i propisuje da „EU može odlučiti da saraduje sa trećim državama na promovisanju projekata od zajedničkog interesa i obezbeđivanja uzajamne operacionalnosti mreža“¹¹. Ovo, u suštini ukazuje na to, da se politika transevropskih mreža reflektuje ne samo prema unutra, nego i prema spolja. Osim ovoga, sa tačke gledišta kompetencije EU u oblasti realizacije projekata energetske infrastrukture, st.2 čl. 172 poglavlja XVIposvećenog Transevropskim mrežama, igra veoma važnu ulogu: „Smernice i projekti opšteg interesa, koji se odnose na teritoriju države-članice, zahtevaju odobrenje te države-članice“¹². Dakle, na nivou osnivačkog dokumenta EU, priznato je pravo državama-članicama da kontrolišu razvoj infrastrukture na svojim teritorijama. Ovo se odnosi, između ostalog, i na energetsku infracstruktru.

Ugovorom o funkcionisanju EU po prvi put su konkretizovana i razrađena i pitanja energetske politike na nivou osnivačkog dokumenta EU. Kao glavni ciljevi energetske politike Evropske unije, navedeni su: „a) obezbeđivanje funkcionisanja energetskog tržišta; b) obezbeđivanje sigurnosti energetskog snabdevanja Unije; v) promovisanje energetske efikasnosti i uštede energije i razvijanje novih i obnovljivih formi energije; g) promovisanje interkonekcija među energetskim mrežama“¹³. Stavom 2 Čl. 194 ovog Ugovora utvrđeno je da se „dejstva Evropskog Parlamenta i Saveta, u saglasnosti sa redovnom zakonodavnom procedurom, u smislu ustanovljavanja mera, neophodnih za sprovođenje glavnih ciljeva energetske politike preduzimaju nakon konsultacija sa Ekonomskim i Socijalnim Komitetom i Komitetom regiona“¹⁴. Treba napomenuti, da napred navedene odredbe Ugovora o funkcionisanju EU ne utiču na pravo država-članica da samostalno „opredeljuju uslove eksploatacije

¹¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal*, C 83/47, 30.03.2010., 123.

¹² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 125.

¹³ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 134-135.

¹⁴ *Ibid.*

svojih energetslih resursa, biraju između raznih izvora energije, a takođe opredeljuju opštu strukturu svog energetskeg snabdevanja¹⁵.

Vežano sa napred navedenim, može se zapaziti se da na savremenoj etapi energetika u okvirima prava EU reguliše prilično gipko, sa tendencijom ka daljem širenju. Ovkva tendencija se nalazi u direktnoj zavisnosti od političko-ekonomskih orijentira same EU.

3. Osnovi razvoja sekundarnog prava EU u sferi energetike

Proizilazeći iz analize procesa formiranja primarnog prava Evropske Unije i uloge energetskeg pitanja u tom procesu, zapaža se da su gore navedeni akti prava EU bez sumnje, dali osnovu za aktivni razvoj legislative energetskeg sektora EU. Tako, na primer, Jedinstveni evropski akt iz 1986. godine je odigrao veoma značajnu ulogu, kako u razvoju primarnog prava EU, tako i pri razradi novih pravnih rešenja u okvirima sekundarnog prava. Pod njegovim uticajem je 1988. godine od strane Evropske komisije bio opublikovan radni dokument „Spoljno energetko tržište“, u kom je bio predstavljen plan etapne liberalizacije energetskeg sektora ekonomija država-članica. Odredbe ovog dokumenta našle su svoju neposrednu primenu u već pomnutim direktivama, ali i potonjim aktima sekundarnog prava EU, u kojima su fiksirana pravna rešenja, koja regulišu ovu oblast prava EU.

Direktiva 90/377/EES od 29.06.1990.godine koja se tiče procedure Zajednice o povećanju transparentnosti cena za gas i električnu energiju namenjenih konačnim potrošačima, smatra se prvim aktom sekundarnog prava EU koji reguliše oblast energetike. Ovom direktivom države-članice su bile obavezne da Statističkom birou Evropske zajednice dostave sledeće informacije:

- 1) Cene i uslove isporuke gasa konačnim potrošačima u provredi;
- 2) Sistem cena koji se koristi;
- 3) Anaitičke podatke o tržištu potrošača i obimima potrošnje, po kategorijama potrošača¹⁶.

Kao rezultat primene navedenog čl.1 ove Direktive, Zajednici je pošlo za rukom da se ovakve informacije više nisu mogle smatrati poverljivim. „To je imalo za posledicu ujednačavanje cena za gas i električnu energiju u okviru Zajednice u celini i dalo Zajednici mogućnost

¹⁵ С.Ю. Кашкин *etal.*, „Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями, ИНФРА-М, Москва, 2008., 313.

¹⁶ Council Directive 90/377/EEC of 29 June 1990 concerning a Community procedure to improve the transparency of gas and electricity prices charged to industrial end-users, *Official Journal*, L185, 1990., 16–24.

da u izvesnoj meri kontorliše proces formiranja cena na tržištu energenata u državama-članicama¹⁷.

Sa tačke gledišta pravnog regulisanja tranzita energenata, prvimaktima se javljaju Direktive o tranzitu i Odluka Evroparlamenta i Saveta o transevropskim energetske mrežama. Direktiva 90/547/EES od 29.10.1990.godine o tranzitu električne energije i Direktiva 90/296/EES od 31.05.1991.godine o tranzitu gasa su, u velikoj meri ustrojile i unifikovale tranzitna pravila što je, nadalje, učvrstilo poziciju zajedničkog tržišta energenata u okviru EEZ. Dejstvo obe direktive se odnosilo na „visoko voltne“ mreže i „gasovode visokog pritiska“. Direktive su se primenjivale na transakcije, koje su se ticale transporta električne enrgije i gasa u slučajevima kada se: „a) transport vrši od strane jednog ili više lica, odgovornim u svakoj od država-članica za visoko-voltne mreže (gasovode visokog pritiska), s izuzetkom razvodnih mreža; b) mreža nastanka ili mreža prispeća nalazi u EU; v) transport podrazumeva presecanje minimum jedne granice unutar EU. Lica, odgovorna za gasovode visokog pritiska (visoko-voltne mreže), kao i sami gasovodi i mreže, su bile navedene u prilogu ovih tranzitnih Direktiva¹⁸. Vršenje kontrole tranzita, prema navedenim direktivama bilo je povereno Evrokomisiji.

U procesu integracije transportne infrastrukture, važan dokument predstavlja Odluka Evroparlamenta i Saveta br. 1254/96/ES od 05.06.1996. godine, koja je ustanovila opšte principe u odnosima transevropskih energetske mreža. Kao prioritete oblasti delatnosti Zajednice, koje se tiču sfere gasa, bile su označene: gasifikacija novih regiona, sjedinjenje izolovanih mreža na jedinstvanu mrežu i povećanje kapaciteta trasporta i skladištenja sa ciljem zadovoljavanja tražnje, a takođe diversifikacija izvora i poteva snabdevanja gasom.

Razmatrajući naftno-gasni sektor, ne može se ne ukazati i na još jedan dokument početne etape procesa međunarodno-pravnog razvoja energetske sfere. Radi se o Direktivi 94/22/ES od 30.05.1994. godine o uslovima davanja i korišćenja dozvola za ispitivanje, istraživanje i proizvodnju ugljovodonika¹⁹. „Osnovna ideja direktive bile je u tome da se ustanove opšta pravila za dobijanje dozvola, koji bi se zasnivali na objektivnim kriterijumima i bili unapred poznati zainteresovanim licima.“²⁰

Dokumenti, koji su zaokružili početnu etapu formiranja unutrašnjeg tržišta elektroenergije i gasa pripremani su 1996. godine: Direktiva 96/92/

¹⁷ С.Ю. Кашкин, Право Европейского Союза, 226.

¹⁸ И.В. Гудков, „Трансграничные трубопроводы: некоторые аспекты правового регулирования“, Нефть, Газ и Право № 5, 2008., 49–59.

¹⁹ Directive 94/22/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on the conditions for granting and using authorizations for the prospecting, exploration and production of hydrocarbons, *Official Journal*, L 164, 1994., 3–8.

²⁰ К.О. Дегтярев, Правовое регулирование либерализации рынков газа и электроэнергетики в Европейском Союзе. Университет РУДН, 48.

ES Evropskog parlamenta i Saveta koje se tiču opštih pravila unutrašnjeg tržišta elektroenergije od 19.12.1996.godine (dalje – Prva elektroenergetska direktiva)²¹ i Direktiva 98/30/ES Evropskog parlamenta i Saveta koje se tiču opštih pravila unutrašnjeg tržišta prirodnog gasa od 22.06.1998.godine (Dalje – Prva gasna direktiva)²². Međutim, iako je njihova priprema i razrada počela istovremeno, Prva elektroenergetska direktiva je doneta godinu i po dana ranije u odnosu na Prvu gasnu direktivu.

Cilj ovih direktiva, koje se u stručnoj i naučnoj literaturi objedinjuju pod nazivom „Prvi energetska paket EU“, predstavlja utvrđivanje osnovnih pravila, koja se tiču, izrade, predaje i distribucije elektroenergije i gasa.

U preambulama direktiva, one se definišu kao nova faza u procesu liberalizacije tržišta elektroenergije i gasa. Osim toga, u njima se razrađuju opšte mere postepene izgradnje jedinstvenog tržišta i ukazuje na prepreke u procesu ostvarivanja ovih mera, među kojima se kao možda i najveća javlja neujednačenost energetske sektora država-članica EU.

U direktivama je po prvi put uređena mogućnost obezbeđivanja pristupa trećih lica ka mrežama transporta i distribucije energije, a takođe razjedinjavanja vertikalno integrisanih preduzeća. Dalja razrada ukazanih pitanja, bila je produbljena u okviru Drugog i Trećeg „energetskog paketa“ i sa tačke gledišta istraživanja međunarodno-pravnih problema međunarodne energetske saradnje ima veliki značaj budući da, baš ona utiču na proces realizaciji velikih investicionih projekata u zemljama-članicama EU, u ovoj oblasti. Prva gasna direktiva je davala državama – članicama EU mogućnost iskorišćenja alternativnih varijanti obezbeđivanja pristupa trećih lica mrežama transporta i distribucije energije (čl. 14-23): model pristupa na ugovornoj osnovi i regulisani pristup. Pristup trećih lica na ugovornoj osnovi podrazumevao je da su gasna preduzeća i kvalifikovani kupci u obavezi da dogovaraju uslove pristupanja na sistem i u skladu sa tim i zaključuju ugovore o isporukama gasa, pri čemu su dužni da deluju savesno. Sa druge strane, model regulisanog pristupa se primenjivao na kvalifikovane kupce na osnovu tarifa, koje su pre toga javno objavljivane. Potrebno je reći da je većina zemalja izabrala model regulisanog pristupa, koji se do donošenja Direktiva uspešno primenjivao u Velikoj Britaniji.

Pravila razdvajanja vertikalno integrisanih preduzeća utvrđena direktivama, realizovala su se najmekšim metodom, od svih postojećih - metodom razdvojenog knjigovodstva. Osim toga, Prva elektroenergetska direktiva je, za razliku od Prve gasne direktive, propisivala i razdvojeno

²¹ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, *Official Journal*, L 027, 1997.

²² Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, *Official Journal*, L 204, 1998.

upravljanje operatora sistema transporta.

Potrebno je napomenuti da vršenje kontrole nad procesima razdvajanja vertikalno integrisanih preduzeća u okvirima „Prvog energetskeg paketa“ nije bilo. Međutim, osnivanje specijalizovanih organa namenjenih vršenju takvih zadataka se, proizilazeći iz konteksta ustanovljenih ciljeva, podrazumevalo.

4. Zaključak

Bilo je potrebno više od pola veka kako bi oblast energetike postala potpuno priznata sfera evropskih odnosa, propisana dokumentima primarnog prava Evropske Unije. Tendencije ekonomskog razvoja Evrope su takve, da za njen dalji razvoj energetika ima ključno značenje, a energetska politika sve više postaje neodvojivi deo zajedničke politike EU. Sa tim u vezi, može se zapaziti da na savremenoj etapi sfera energetike se u okvirima primarnog zakonodavstva EU reguliše prilično gipko, uz tendenciju sveobuhvatnijeg razvoja i produbljivanja. Ovakva tendencija se nalazi u direktnoj zavisnosti od pravno-političkih orijentira same EU koji su od momenta donošenja „Prvog energetskeg paketa“, usmerenog na formiranje jedinstvenog evropskog energetskeg tržišta, u centar interesa postavili potrošača, čija zaštita predstavlja osnovu svih energetskeg, a sledstveno i ekonomskih odnosa EU. Dalji razvoj evropskih aquis communautaire putem odredaba „Drugog energetskeg paketa“, a naročito „Trećeg energetskeg paketa“ u suštini je samo dalja razrada postavljenih ciljeva. Međutim, treba imati u vidu da proces razvoja i produbljivanja evropskog zakonodavstva o ovoj oblasti kako danas, tako i u budućnosti zavisi, pre svega od energetske politike samih država-članica, budući da u osnovi pravnog regulisanja ove sferi u EU stoji podeljena kompetencija između Unije i država-članica.

Branimir Nestic, Ph.D (University PFUR, Moscow)

ORIGIN AND DEVELOPMENT OF EU LAW IN THE FIELD OF ENERGY

Summary

In this work is in concise form shown the development of European Union law in the sphere of energy. The major accent was placed on the genesis of the development of primary EU law in this area and basics which it is set, in purpose of a better understanding of contemporary processes in the energy sector on the European continent. Particularly attention is given to the issues of the regulation of energy sector under the EU's founding treaties, as well as issues of common European energy policy. In addition, an important place is taken by considerations related to the development of the EU *aquis communautaire* in this field, with particular accent to the analysis of "First energy package", as a kind of basis for the modern instruments of legal regulation of the energy sector in the EU. All issues which was discussed in this work, was seen through prism of, in this moment, the most important issue of energy sector, the international cooperation in the field of construction of facilities for the transportation of energy.

Keywords: EU law, energy, EU founding treaties, "First energy package of the EU".

KRITIKA ROLSOVE DOKTRINE

Apstrakt

Doktrina Džona Rolsa pobuđuje pažnju naučne javnosti više od četrdeset godina. Teorijom pravde izložio je poseban način razmatranja ustrojstva liberalno-demokratskih društava. On ne nudi samo nova saznanja nego i metode i tehnike kako doći do njih. Poput svake uspešne teorije i ova je naišla na pohvale i pokude. Ono što spaja oba pristupa Rolsovom učenju je racionalna podloga teorijskih stavova, nezavisno na epistemološke ishode. Komunitaristi poput Sandela i Volzera istupaju kao najoštrij kritičari liberalnih gledišta Džona Rolsa. Libertijanizam M. Nozika se praktično gradio na kritici ključnih Rolsovih ideja. Tako da su Rolsovu naučnu reputaciju osim njega samog, gradili i mislioci koji su prevashodno kritikovali njegove ideje. A što predstavlja uspeh po sebi. U postsocijalističkim, tranzitnim zemljama Rols postaje posebno popularan nakon korenitih promena društvenog poretka. Kritika Rolsovog učenja odnosila se na njegove ključne delove: teoriju pravde kao pravičnosti, tehniku veo neznanja, dva načela pravde, odnos pojedinca i zajednice, relacije socijalne i pravne države, slobode i jednakosti, pitanja morala, konstruktivizam i td. Autor rada je nastojao da prikaže i analizira osnovne teorijske zamerke upućene stavovima Džona Rolsa.

Ključne reči: *teorija pravde, veo neznanja, liberalizam, konstruktivizam, komunitarizam, sloboda, jednakost*

1. Uvodne napomene

Prošlo je više od četrdesetak godina od kada je nastala Rolsova *Teorija pravde*, a razmišljanja o njoj je i dalje čine aktuelnom. Naravno, ona je to sama po sebi. Mnogi smatraju da je to ‘najznačajnije delo političke filozofije napisano na engleskom jeziku nakon Drugog svetskog rata’². Rolsova doktrina je razumljivo najviše vrednovana u zemljama razvijene liberalno-demokratske tradicije, liberalnim i socijalnim državama. Nakon

¹ master pravnik, Novi Sad, e-mail: zokan987@gmail.com

² E. Hejvud, *Politika*, Clio, Beograd 2004., 115.

urušavanja socijalističkih društava, u periodu tranzicije, ove ideje su postale popularne i među liberalno orijentisanim teoretičarima. Svakako, i na tim prostorima uočavamo i one mislioce koji se sa različitih aspekata kritički odnose prema Rolsovoj doktrini. Ova koncepcija se stalno oživljava prvenstveno zahvaljujući svojoj naučno-teorijskoj vrednosti ali jednim delom i mnogim kritičarima. Ukoliko imate potrebu da se prema nekome kritički odnosite, znači da je taj zavrednovao vašu pažnju. Od osamdesetih godina prošlog veka intenziviraju se kritičke analize Rolsove teorije, kako one iz ranog tako i iz poznog perioda. Pozni period Rolsovog stvaralaštva karakterišu najpre njegova dva rada predstavljena knjigama *Prava naroda* i *Politički liberalizam*.³ Kritike upućene Rolsu su se kretale u nekoliko pravaca. Prigovori da je Rols zanemario socijalni aspekt u strogo liberalističkoj teorijskoj orijentaciji, nisu na mestu. On se posebno u kasnijim radovima približava idejama socijalne pravde i socijalne države. Mada je to prisutno i u *Teoriji pravde* gde je kroz koncept pravde kao pravičnosti pokušao da izmiri ideje slobode i jednakosti. Rolsu se zamera isuviše apstraktno postavljanje tehnike *vela neznanja*. Analitičarima smetaju i njegova shvatanja morala i moralnih kategorija, kao i identiteta pojedinaca i td. Analiza ove kritike kretala bi se u onim smerovima koji su trasirali komunitaristi, Sandel, Volzer kao i Nozik. Ovde ćemo pokušati da izdvojimo centralne delove značajnijih kritičkih pozicija.

2. Ključne ideje Rolsove doktrine

Stvaralaštvo Džona Rolsa inspiriše generacije pravnih i političkih filozofa ali i teoretičara drugih naučnih provenijencija⁴. Teorija pravde kao pravičnosti je već uobičajeno štivo u analitici racionalno-teorijskih koncepcija koje bi se mogle primeniti u društvenoj stvarnosti. Mada svoju teoriju ograničava na liberalne poretke, ona pruža obilje materijala kao sazajnog orijentira prestrukturiranja društava drugačijih pravnih i političkih ustrojstava. Mislimo da se to posebno odnosi na postsocijalistička društva u tranziciji.

Koreni Rolsovog učenja su teorije društvenog ugovora. Hobsova, Lokova, Rusoova. Ali, najznačajniji uticaj na njega u ovom pogledu su

³ Teorija pravde Dž. Rolsa je prvi put objavljena 1971. godine. *Politički liberalizam* i *Prava naroda* doppevaju u ruke čitalačke publike dvadesetak godina kasnije: 1993. i 1999. godine.

⁴ Za upoznavanje i shvatanje učenja i stavova Džona Rolsa potrebno je konsultovati sledeće radove: J. Rawls, "Justice and Fairness", *The Philosophical Review* 57/1958, 525-533.; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Mass: Harvard University Press, Cambridge 1971.; J. Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge 1999.; Dž. Rols, *Teorija pravde*, JP Službeni list SFRJ, CID, Beograd, Podgorica 1998.; J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993.; Dž. Rols, *Prava naroda*, Narodna knjiga, Alfa, Beograd 2001.

imale Kantove ideje, posebno njegov kategorički imperativ⁵. Razmatranja i objašnjenja pravde kao pravičnosti utemeljene na Kantovoj filozofiji polaze od osnovne saznajne pretpostavke: ljudi su racionalna, slobodna i jednaka bića. Pojedinci kao slobodna i jednako racionalna bića odabiraju načela sopstvenog delovanja. U tome se ogleda njihova autonomnost, stav je Kanta⁶. Pravdi Rols pristupa kroz dve komplementarne perspektive: a) normativne i b) etičke. Ona jeste vrednosni kriterijum prava i tačno je da se radi o filozofsko-etičkoj kategoriji.⁷ Ali, pravda se u kontekstu pravnog poretka normatizuje kao ispravna praksa. Da bi se pravda potvrdila, neophodno je proveriti njenu društvenu valjanost u praksi. Zakoni, sa druge strane, imaju reaktivni karakter. Potrebno je vremena da se uoči kako je neko delanje štetno po društvo, ili da je takvo postupanje od koristi zajednici. Pravda upravo prelazi taj put. Rols teoriju pravde kao pravičnosti nije sveo na etičku ravan. On je ne izbegava, ali i ne poistovećuje svoj političko-pravni konstrukt sa nekom novom moralnom teorijom.

Rols se bavi distributivnom pravdom. Usaglašavanje oko ključnih načela pravde zahteva određenu nepristrasnu proceduru. U tu svrhu koristi *veo neznanja*. Na taj način obezbeđuje jednakost lica u prvobitnom položaju, koja se iz te pozicije trebaju opredeliti za ono dobro koje će biti ne samo ispravno nego i koje će pružati svima podjednake uslove uspostavljanja željenog statusa u društvu.⁸ Ukoliko se gradi na osnovnim principima pravde kao nepristrasnosti, društvena struktura je pravedna. Nepristrasnost je, smatra on, temelj pravde. Pojedinci jesu osnovni akteri društvene stvarnosti, ali su institucije te instance koje ustanovljeni

⁵ O teorijskim korenima svog učenja Džon Rols u *Teoriji pravde* ističe: "Kao što tekst nagovještava, ja ću kao najrazvijenije oblike ugovorne teorije posmatrati Lokovu *Drugu raspravu o vladi*, Rusoov *Društveni ugovor* i Kantove radove o etici počevši sa *Osnovama metafizike morala*. Bez obzira na svoju veličinu, Hobsov *Levijatan* stvara posebne probleme." Dž. Rols, *Teorija pravde*, JP Službeni glasnik SFRJ, CID, Beograd, Podgorica 1998., 28.

⁶ H. Reiss, *Kant's Political Writings*, The University Press, Cambridge 1970., 37-52.

⁷ "Pravda je prva vrlina društvenih ustanova, kao što je istina prva vrlina sistema mišljenja. Jedna teorija koliko god bila elegantna i ekonomična mora se odbaciti ili izmjeniti ako je neistinita; na isti način zakoni i ustanove, ma koliko bili efikasni i dobro uređeni, moraju se reformisati ili ukinuti ako su nepravedni." Dž. Rols, 21.

⁸ U *prvobitnom položaju* sva lica bi se nalazila iza *koprene neznanja*. Jedino znanje koje bi imali je svesnost da smo racionalna ljudska bića i da cenimo sopstveno dobro. Ali, ne bismo znali kakvo nam je poreklo, pol, etnička, konfensionalna i rasna pripadnost. Nepoznat bi nam bio društveni status, da li smo i za šta nadareni, kakve sklonosti imamo, kao ni kognitivne sposobnosti. Ne bismo raspolagali znanjima o uređenju društva kome pripadamo, političkom, ekonomskom i kulturnom ambijetu. Ni generacijska pripadnost nam ne bi bila poznata. Da bi formulisao temeljna načela distributivne pravde Rols se oslanja na proceduralnu pravdu koja mu treba biti garant poštenog, pravičnog sporazuma u ovom pogledu. Za tako nešto smislilo je tehniku *koprene neznanja* (ili *vela neznanja*). Svaka racionalna osoba će uz ovu tehniku doći do zajedničkih principa pravde, te ovaj izbor sopstvenom voljom potvrditi. Na taj način usaglašena načela bi postala univerzalna i kao takva, rezultat njihovog racionalnog promišljanja. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Mass: Harvard University Press, Cambridge 1971., 52-57.

poredak štite. Nepristrasnost kao i pravda moraju dobiti institucionalni karakter. Kako? Normatizacijom pravde i pravičnosti, kao i svih onih principa na kojima se zasnivaju. Na koji način, uz pomoć čega? Pravnog poretka i pravnih akata. Ustava, zakona i drugih opštih pravnih akata, kao i pojedinačnih koji proishode iz njih. Rols je jasan u formulaciji dva načela distributivne pravde. Ona se nijansiraju kroz sledeće stavove: 1. Svaka osoba treba da ima podjednako pravo na najširu osnovnu slobodu koja je saglasna sa slobodom drugih. 2. Društvene i ekonomske nejednakosti treba da su tako uređene da su a) uz razumna očekivanja svakome na korist, i b) vezane uz položaje i službe otvorene za sve.

Relacije slobode i jednakosti mnogo su polemisane u radovima autora koji su analizovali teorijske stavove Džona Rolsa. I ovde se uočava koherentnost u njegovim iskazima. Načelo slobode je objašnjivo i pojmljivo samo ukoliko smo u stanju da utvrdimo koja su lica slobodna, koji su kriterijumi njihove slobode, kao i dokle sežu dometi realne slobode ljudi. Ona mora biti jednaka za sve građane. Inače ne bi postojala. Slobode se mogu i ograničiti samo ukoliko ta ograničenja proishode iz principa pravde kao pravičnosti.⁹ Jednak početni položaj svih u odabiru i usaglašavanju načela pravde, iskustveno pretpostavlja otelotvorenje principa jednakosti.

Načela pravde ustrojavaju pravednu strukturu društva. Unutar nje, vitalne institucije normativno uređuju i štite poredak. Tako se obezbeđuje sloboda, pravda, nepristrasnost i jednakost. Na taj način lica su u stanju da izgrade sopstveni stav o vrednostima, o tome šta je ispravno, šta je mera dobrog, koja dobra imaju primat. Oni se naprosto uče kako da se koriste svojim razumom i na koji način da racionalizuju nizove iskustvenih situacija. To je pokazatelj čoveka kao slobodnog, nezavisnog i autentičnog bića. A, opet onog aktera koji je vezan za svoju zajednicu. Dakle, Rols, nikako ne raskida ovu nit. Stoga, smatramo, prigovori komunitarista u ovom kontekstu, ne odgovaraju istini. Zdrav razum teži da se raznovrsna dobra raspoređuju prema moralnim zaslugama. Ali, svakodnevni svet je živući svet. Složen, sa tendencijom daljeg usložnjavanja. Zato nije uvek moguće to postići. Rols ima odgovor. On konstatuje da je pravda sreća koja je saglasna sa vrlinom. Tu saglasnost ne možemo uvek ostvariti. Znamo za sreću kao i emotivno stanje suprotno od nje. "Pravda je sreća u skladu sa vrlinom"¹⁰.

Jednakost lica obezbeđuju principi dužnosti i pravičnosti. Oni su izabrani u prvobitnom položaju i njihov zadatak je da formulišu

⁹ "Ako je sloboda manje obuhvatna, reprezentativni građanin mora naći da je to dobitak za njegovu slobodu u ravnoteži; ako je sloboda nejednaka, sloboda onih sa manje slobode mora biti bolje zaštićena." Dž. Rols, Teorija pravde, JP Službeni glasnik SFRJ, CID, Beograd, Podgorica 1998., 229.

¹⁰ Dž. Rols, 286.

institucionalne odnose i veze među pojedincima. Rols iz tog razloga naglašava da je osnovna dužnost podržavanje pravednih institucija. Jer one garantuju oživotvorenje pravde kao pravičnosti, a sa njom i stabilnost, te razvoj pravednog društvenog poretka. Sklop odnosa koji izrasta iz ove strukture nagoveštava mogućnost funkcionisanja sistema po svojevrsnom automatizmu. Naravno, štiteći a ne šteteći slobodama i pravima pojedinaca.

Rols se bavi i temom građanske neposlušnosti. Nju objašnjava kao vrstu postupanja koje se nalazi na sredokrašću između pravnog protesta i odbijanja poslušnosti po osnovu prigovora savesti. Odbijanje na osnovu prigovora savesti on objašnjava u pravničkom kontekstu. Usmeren je na nepoštovanje kakve sudske odluke ili upravne naredbe. Dok građanska neposlušnost sadrži jasan politički prefiks, to ne mora biti i u slučaju odbijanja po prigovoru savesti. Pojmovi *ispravno* i *dobro* su integralni delovi teorije pravde kao pravičnosti. Ispravno prethodi dobru, i Rols mu daje primat. Pravda se društveno potvrđuje ispravnim shvatanjem pravednog i principa pravde. To shvatanje u vrednosnom i saznavnom pogledu mora biti stabilno. Dobro korelira sa vrednostima, ali je neretko određeno i interesnim motivima. Teorija pravde zahteva da se od mnoštva dobra pojedinac odluči za ona koja su primarna. Principi ispravnog ne poznaju takve dileme, ali samo u pravedno uređenim društvima. Čovek u takvim uslovima razvija potrebu za pravdom kao i osećaj za nju. Potreba za pravdom izrasta na centralnim vrednostima društva. Osećaj za pravdu sledi ovaj trag. To je delotvorna želja uspostavljanja i praktikovanja načela pravde.

Pozni radovi Džona Rolsa označavaju izvestan zaokret u ishodima političkog konstruktivizma. Primećujemo najpre njegovu nameru da teorija pravde zakorači i izvan nacionalnih granica, i to ne samo u liberalnim društvima nego i onima koja su hijerarhijski ustrojena, razumna ali ne i liberalna. Osim toga, on pokušava da dalje utvrdi osnove koji obezbeđuju i osnažuju stabilnu društvenu strukturu postuliranu načelima pravde. Njegova doktrina se može praktikovati i na međunarodnom planu¹¹. Prava naroda se mogu proširiti, a u tu svrhu on razmatra načine kao i etape kako to učiniti. Jedan od uslova da se to postigne jeste prihvatanje centralnih ideja i ključnih postulata liberalnog društva. Ličnost mora uživati slobode i prava. Prema njima se normativno odmeravaju dužnosti i obaveze. *Prožimajući konsenzus* i *javni um* su još dve teorijske tačke kojima Rols upotpunjuje svoju teoriju. Konstrukt pravde mora biti nezavistan u odnosu na bilo koje druge doktrine. Prožimajući konsenzus prati razložni pluralizam, a sam kao takav obezbeđuje formalizaciju i

¹¹ Načela koja postuliraju prava naroda, izgradila bi modele ponašanja naroda i država na međunarodnom planu. Istoveremeno bi predstavljala povelju asocijacije naroda. V. T. Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton University Press, New Jersey 1983., 269. u: Dž. Rols, *Prava naroda*, Narodna knjiga, Alfa, Beograd 2001 60.

praktičnu delotvornost principa tolerancije i građanskih sloboda. Svaki pojedinac raspolaže sopstvenim intelektom. Njihova rasudna moće je različita. A, potrebno je usaglasiti stavove oko temeljnih načela pravde i potom ih na osnovama razuma ugraditi u svakodnevicu. Iz tog razloga Rols obrazlaže značaj i ulogu *javnog uma*. Njegov zadatak je da obezbedi način mišljenja i zaključivanja svih građana.

3. Nozikova kritika Rolsove teorije

Niz je aspekata sa kojih nastupa Robert Nozik u kritičkoj analizi Rolsove koncepcije pravde.¹² Kakav je odnos prava građana i ovlašćenja države? Prava građana su neotuđiva ali ona ne smeju krnjiti državni suverenitet, svodeći državnu organizaciju na noćnog čuvara. Država je ta koja štiti slobode i prava pojedinaca i koja se stara da ti isti pojedinci poštuju dužnosti i obaveze. Isti je odnos prema institucijama sistema koje obezbeđuju ljudske i građanske slobode i prava. "Nijedan pojedinac ili skupina ne mogu zamijeniti državu; državne se aktivnosti mogu obavljati neposredno ili delegiranjem"¹³. Optimalnoj i pravednoj političkoj i pravnoj praksi je potrebna optimalna država: niti minimizirana niti totalitaristički ustrojena. Anarhija je nespojiva sa civilizovanim. Sve dok doseže dostojanstvo pojedinaca kao slobodnih ljudi, dopiru granice ovlašćenja države.

Nozikova *teorija ovlašćenja* je još jedna instanca koja je teorijski nesaglasna sa Rolsovim načelima. Prvi deo se tiče *izvornog sticanja vlasništva*. Pitanje je pravednog sticanja prava vlasništva. Drugi deo se odnosi na prenos vlasništva sa jednog lica na drugo. Na osnovu čega se izvodi taj postupak, postoje li kakava proceduralna pravila, kakvog su pravnog kvaliteta i da li se primenjuju na odgovarajući način? "Kako neka osoba može steći posjedništvo od druge osobe kojoj ono pripada? U tu temu spadaju i opći opisi dobrovoljne razmjene, darivanja i (s druge strane) prevare, kao i reference na određene konvencionalne pojedinosti utvrđene u moderenom društvu"¹⁴. Načelo pravedne raspodele je ispunjeno ukoliko svako ima pravo na vlasništvo koje je utemeljeno na zakonu. Nozik pokušava da i kroz treću temu ispravi nedostatke Rolsove teorije pravde. Šta činiti ukoliko je nekada ranije izvršena nepravedna raspodela, ako je neko nezakonito i nelegitimno prisvojio kakvo dobro?

¹² Za Nozikovu i Rolsovu teoriju se smatra da su sedamdesetih godina prošlog veka učinile značajan saznanj raskid sa do tada preovlađujućim logičkim pozitivizmom i metaetičkim pristupom u analizi moralnih problema u društvu, pravnom poretku i državi. Sa njihovim učenjem analitika se okreće normativnim teorijama morala. V. P. Vallentyne, Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia, The Twentieth Century: Quine and After, of Central Works of Philosophy*, edited by John Shand, Acumen Publishing Vol. 5/2006., 86.

¹³ R. Nozick, *Anarhija, država i utopija*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb 2003., 161.

¹⁴ R. Nozick, 203.

U tom slučaju se primenjuje princip rektifikacije. On je usmeren na ispravljanje ranije učinjenih nepravdi.

Nozik pravi razliku među principima pravde, koji počivaju na istorijskom iskustvu, i principa krajnjeg stanja. To isto čini i sa principom pravde koji postoje kao modeli postuliranja prava u raznim društvenim poslovima, pojavama i problemima u odnosu na one principe koji nemaju takav značaj. Istorijska načela pravde se temelje na potvrđenom iskustvu kao ispravnom, tako da je kontinuitet njihovo obeležje. Načela krajnjeg stanja se zasnivaju na usvojenim, uobličanim i formalizovanim, stukturim načelima koja obezbeđuju pravednu raspodelu resursa. Modelirani princip pravde polazi od pretpostavke jasnih i formalizovanih standarda. Ovi standardi uslovljavaju da se pravda kao stabilna kategorija praktikuje na različite načine. Ovi načini su zavisni od nekakvih činilaca subjekta na koji se pravda treba primeniti. Da li je taj subjekt sam pravedan, da li je njegovo postupanje u skladu sa moralom vrlina, ima li nekakve zasluge za svoj kolektiv i slično? To ne osporava činjenicu slobode privatnih lica. Niti sputava njihova prava. Ali, traži od njih recipročan odnos prema društvenoj sredini kojoj pripada. Iz tog aspekta Nozik posmatra i tumači princip pravednosti. Predstavljajući teoriju pravde u socijalnom kontekstu, Rols se zalaže da proizvodnja obezbeđuje društveni proizvod koji je moguće ali i potrebno nejednako distribuirati samo ako se na taj način popravljaju standard onih u najnepovoljnijim egzistencijalnim pozicijama. Nozik se ne bavi tim problemima. On upućuje na sledeće: znati birati i biti izabran.

Načela krajnjeg stanja i modelirani principi pravde, ugrožavaju lična prava građana. Kao takva, nemaju podršku u moralu vrlina. Drugi Rolsov princip pravde kao pravičnosti je po Nozikovim viđenjima, primer principa pravde krajnjeg stanja koji proishodi iz modeliranog načela pravde. Još jedna razlika se uočava u stavovima ova dva teoretičara. Dok se Rols bavi makro-problemima smatrajući da je nemoguće iskustveno utvrditi mikroproblematiku, Nozik to poriče. Istraživač je u obavezi da se posvećuje obema dimenzijama društvene stvarnosti. Distributivna pravda Džona Rolsa i teorija ovlašćenja Roberta Nozika izrastaju na poštovanju procedura u primeni pravde. Na taj način stvaraju se uslovi povoljnog i pravednog ishoda. Tri načela koja raspravlja Nozik, služe mu kao osnovica proceduralnoj pravdi. Za razliku od njega, Rols proceduralnu pravdu izgrađuje na temeljima početnog položaja. Tu pojedinci ispod koprene neznanja biraju pravedna načela, a saglasnost postižu na racionalom odabiru onih koja su najsigurnija za sve, odnosno, za svakog ponaosob. Sam uslov početnog položaja podrazumeva pravednost, smatra Rols. Tako da sva načela koja nastaju na taj način su takođe pravedna. Kod Nozika iz pravedne procedure se rađaju nove pravedne procedure. Rols principom razlike uslovljava buduće procedure sa mogućnošću da se neke procedure

odbace kao nepravedne. Društvo je usložnjeno. Mreža uloga i položaja po horizontalnoj i vertikalnoj ravni, obazbeđuje njegovo funkcionisanje i razvoj. Funkcionalna diferencijacija povlači za sobom i različito rangiranje pojedinaca koji obavljaju različito gradirane funkcije u društvu. Princip razlike je jedna vrsta stimulacije licima u najlošijem položaju. "Kad se načela završnog stanja raspodjelne pravde ugrade u pravnu strukturu društva, ona (poput većine uzorkovanih načela) daju svakom građaninu ostvarivo pravo na neki dio ukupne sume individualno i grupno stvorenih proizvoda"¹⁵. Svi raspoložemo nekakvim talentima. Nečije nadarenosti i talenti više odgovaraju datoj društvenoj strukturi, te se stoga pozicija tih lica na vertikalnoj lestvici kreće uzlaznom putanjom. To im omogućava, jednostavno, udobniji i lagodniji život kao dela valorizacije onoga što je njihov resurs. Nozik tu nema dileme. Rols ima drugačiji stav. Takvim talentima se više crpe ovi resursi na račun resursa društva. I ovo je potvrda da Rols ne zauzima klasičnu liberalističku poziciju, već da njegove ideje čine svojevrsni kompromis ličnog i socijalnog.

3.1.Nozikove primedbe Rolsovoj tezi prvobitnog položaja i društvene saradnje

Nozik kritikuje Rolsov postupak utemeljenja načela pravde. Njemu je sumnjiv stav da je moguće postići punu saglasnost oko ovih načela u diferenciranom društvu, različitih statusa, pa ma kako ono bilo dobro uređeno. U realnom svetu teško je izvršiti pravednu distribuciju pravde na aktere društvene stvarnosti. Društvena saradnja oko zajedničkih interesa nesumnjivo postoji, ali ona nikada nije potpuna. Posebno u usložnjenom društvu, gde se integriše mnoštvo ličnih interesa. "Ne može se reći da će do sukobljavanja zahtjeva doći jedino tamo gdje postoji društvena saradnja; da pojedinci koji proizvode samostalno i snalaze se (u početku) sami, neće iskati pravdu u međusobnim odnosima"¹⁶. Teško je izmiriti lične potrebe polazeći od čovekove prirode. Čovek je sklon proceni, ali ta procena ne mora počivati na objektivnoj racionalnosti. Ona može biti izraz njegove socijalne i emocionalne nezrelosti, predrasuda, sujete, prevelikih aspiracija i slično. Zbog toga Nozik predlaže obrnut primer: početi od apstrahovane društvene nesaradnje. "U situaciji društvene nesuradnje, moglo bi se reći da svaki pojedinac zaslužuje ono što dobije bez truda; odnosno, nitko drugi ne može zahtijevati pravdu u vezi s tim posjedom. U takvoj je situaciji posve jasno tko ima pravo na što, tako da nije potrebna nikakva teorija pravednosti"¹⁷. Društvena

¹⁵ R. Nozick, 229.

¹⁶ R. Nozick, 246.

¹⁷ *Ibid.*

saradnja, ističe on, zamagljuje saznanje koliki je doprinos svakoga od njih? Nozik smatra da bi trebalo definisati pojam odredivog graničnog proizvoda, a što manjka teoriji Džona Rolsa. ‘...Vlasnici resursa sklapaju posebne ugovore s poduzetnicima o uporabi njihovih resursa, poduzetnici sklapaju ugovore s pojedinačnim radnicima, ili skupine radnika najprije postignu neki zajednički sporazum a potom podnesu taj paket nekom poduzetniku, i tako dalje.’¹⁸ Ukoliko je teorija granične proizvodnosti razumno primerena, onda će ljudi u dobrovoljnim prenosima dobijati uglavnom svoje granične proizvode.

Rols greši kada projektuje početnu situaciju kao situaciju nezainteresovanih pojedinaca koji su racionalizacijom iz svog prosuđivanja lišili sve razlike među njima. One koje im ne idu na ruku, kao i one kojima bi bili privilegovani. Nozik, prema tome, nije saglasan ni sa dva načela pravednosti. On misli da ne treba poći ni od toga da li bi pojedinci uopšte odabrali načela koja obrazlaže Rols. Ali, treba se pitati zašto bi pojedinci u početnom položaju izabrali načelo koje je usmereno na grupe a ne na pojedince. Kakva bi bila promišljajuća pozicija svakog pojedinca u odnosu na sve druge? Na to pitanje Rols ne odgovara, nego ga skriva iza uopštavanja interesa i ciljeva koje smešta u grupe i institucije. Talenat, sposobnost, nadarenost, korespondiraju sa spremnošću na saradnju. U početnom položaju možda eliminišemo činjenicu svesnosti o svojim vrednostima, ali u toku niza praksi ona se javlja u čovekovoju svesti. Pre svega kroz procenu sa drugima. Koliko doprinosim ja, a koliko ti? Koliko umem ja, a koliko ti? Koliko svako dobija od društvene saradnje? ‘Ili, koliko svaki pojedinac dobiva općom društvenom suradnjom u usporedbi, ne s ne-suradnjom nego s ograničenom suradnjom’¹⁹? Ukoliko se ne uspe postići opšti dogovor o načelima prema kojima će se pojedinci ravnati pri raspodeli dobara koja su proizvod opšte društvene saradnje, ‘neće svi ostati u ne-suradničkoj situaciji ako postoji neki drugi koristan suradnički angažman koji uključuje neke, ali ne i sve ljude, a čiji se sudionici mogu dogovoriti’²⁰. Na čoveku je izbor saradnika, saradnje ali i nesaradnje, kao i ograničene saradnje. Zato su ljudi racionalna bića. Stoga su slobodni da biraju.

Drugo načelo pravednosti posebno smeta Noziku. Rolsovo rezonovanje nije adekvatno. Korist u nejednakosti se ne može svesti na objašnjenje da manje sposobni imaju korist u nejednakoju raspodeli baš zbog svojih ograničenja. Rols tvrdi da manje sposobni dobijaju više u neravnopravnoj raspodeli nego u ravnopravnoj. Međutim, on ne uspeva dokazati da najsposobniji pojedinac nema osnova za žalbu zato što se od njega i očekuje da ima manje da bi neko ko nije na nivou njegove

¹⁸ R. Nozick, 248-249.

¹⁹ R. Nozick, 256.

²⁰ *Ibid.*, 256.

sposobnosti imao više. Da li je to izraz pravednosti, i da li upućuje na poštovanje ključnog načela liberalizma koji polazi od sposobnosti, volje i snage ličnosti?

Prvobitni položaj koji utvrđuje Rols doveden je u pitanje u pogledu postizanja opšte saglasnosti, smatra Nozik. Veo neznanja iza koga se postavljaju pojedinci, može dovesti i do drugih reakcija. Njihova racionalnost može doći do drugih spoznaja. Oni mogu odlučiti da žele više, otklanjajući strah od mogućih gubitaka. Ljudi se ipak, hteli mi to ili ne, pozivaju na kakvo iskustvo. Njega ne možemo zanemariti. Pojedinci su mahom okrenuti sebi u svakim a pogotovo u kalkulacijama o važnijim životnim pitanjima. A sa njima se susrećemo gotovo svakodnevno. Čovek je sklon pojednostavljivanju. U njemu zakorači na utilitarističko polje, namerno ili nehotice. Kakva je korist od bilo kog načela? Zar to nije sasvim promišljeno pitanje, i primereno svetu u kome živimo? Sama pomisao Rolsa o saglasnosti oko temeljnih načela pravde je aproksimativna. Kao i njeni delotvorni ishodi. Ako bi se izbor načela pravde u početnom položaju uzeo kao ispravan, tada nijedna koncepcija pravednosti koja se zasniva na sticanju ovlašćenja ne bi bila ispravna, naglašava Nozik.

4. Komunitarizam i Rolsova teorija pravde

Komunitaristička kritika Rolsovih stavova kreće se u poznatim koordinatama odnosa komunitarista i liberala.²¹ Zajednica je vrhovna vrednost društva i pojedinac se ostvaruje tek unutar nje, i u okviru društva koje je utemeljeno na ovoj paradigmi. Bez zajednice i osećaja za zajedništvo, ni društvo ne može opstati. Ličnosti moraju polaziti od interesa kolektiva, i nikako ne mogu imati primat nad njima. Zajednice omogućavaju da pojedinci izgrade lični identitet kao i moralne predstave. To naglašava i D. Bel u knjizi *Komunitarizam i njegovi kritičari*. Zašto bi sa moralnog aspekta bilo pogrešno prihvatati ciljeve ili se odlučiti za određeno ponašanje koje nam sugeriše porodica ili država, a da to nije isključivo naš izbor, pitaju se komunitaristi?²² Međutim, ovde je zanemarena Rolsova ideja prelamanja individualnog i društvenog,

²¹ Komunitarizam se javio krajem dvadesetog veka. U knjizi Danijela Bela *Komunitarizam i njegovi kritičari* mogu se pronaći osnovne teze komunitarističkih teorija. One nisu sasvim jedinstvene. O tome Tvrтко Jolić kaže: "Naime, filozofi za koje se komunitarizam obično veže (Taylor, MacIntyre, Sandel i Walzer) u svojim djelima nikada nisu iznijeli što je bit njihova pristupa filozofiji politike odbijajući čak i da se svrstaju u red komunitarista (str. 4). Pored tih autora ukazuje se i na izvore komunitarizma u povijesti filozofije, pri čemu se 'starim komunitaristima', Aristotelu i Hegelu, pridodaje i Heidegger". T. Jolić, Daniel Bell, *Komunitarizam i njegovi kritičari*, s engleskog prevela Maja Hudoletnjak Grgiæ, KruZak, Zagreb 2004, 261 – Prikazi knjiga, *Prolegomena* 3 (1/2004), 90.

²² T. Jolić, 91.

liberalnog i socijalnog, pravne i socijalne države. Komunitaristi zameraju Rolsu stavove kojima gradi učenje o početnom položaju. Početni položaj izrasta na racionalnosti pojedinaca i usaglašavanju njihovih interesa i ciljeva. Ali, rezonuju oni, pojedinci su u tom usaglašavanju interesno orijentisani isključivo prema sebi. Mislimo da je ovo preterano, jer se upravo iz korpusa mogućnosti pojedinaca izostavljaju mnoge mogućnosti (i nemogućnosti) da bi usaglašavanje imalo smisla. Naravno, posmatrano iz ugla obezbeđene sigurnosti pojedinaca. Individuum sa svešću i savešću vrši izbor. Mada se kreće liberalnom putanjom, Rols ipak ne predstavlja pojedinca u početnom položaju kao lice koje je isključivo okrenuto sebi. Tu komunitarizam ide u drugu krajnost: ustupa slobodu pojedinca zbog nejasno definisane ideje opšteg dobra zajednice. Bez nje čovek ne bi bio društveno biće. Autarhičnost nije njegova osobina nezavisno o kom se teorijskom konceptu radilo: Rolsovom ili Marksovom, na primer. Zamerka da liberalima više odgovaraju liberalni principi pravde, sasvim je razumljiva. I ne može se osporiti.

Moral odgovara karakteru zajednice. Braneći moral sa stanovišta zajednice komunitaristi su skliznuli u deskriptivni moralni relativizam (kulturni relativizam). Moralna načela i moralne norme imaju relativnu vrednost jer proishode iz pluralnih kultura i razvijaju se u pluranim društvima. Ovaj relativizam može ići toliko daleko da kao etička prihvata sasvim različita moralna iskustva. Bilo da se radi o verovanju, sudovima, osećanjima. Idenitet zajednice je temelj samosvojnosti određenog tipa morala koji je svojstven za nju. Oni su liberalima zamerili na nerealnoj slici čoveka koji nije apsolutno autonomno biće, a liberali njima na nerealnoj slici sveta u kojoj zajednice određuju lični identitet i usmeravaju postupanja pojedinaca prema njenim standardima.²³ Postoje i mišljenja da su liberalizam i komunitarizam zapravo dve korekcije savremene demokratije²⁴.

4.1. Sandelovo kritičko promišljanje Rolsovog koncepta pravde

Rolsova teorija pravde je utemeljena na deontološkom liberalizmu jer ispravnost čina ima primat nad dobrim. Ako liberalna država gradi poredak na slobodi građana koji mogu da samostalno biraju vrednosti od kojih treba polaziti i ciljeve kojima treba težiti, onda se taj poredak temelji da konkretnim načelima, konstatuje Sandel. Šta se dešava, pita se on, ako se ne pronađu ili ne izgrade takva načela? Šta je onda sa pravednim i moralnim životom? Sklanjajući svoj koncept od klasičnih

²³ *Ibid.*

²⁴ „Diskusiju koju su pokrenuli Amerikanci ne stimuliraju stare teorije već novi životni problemi”. D. Rodin, *Liberalizam i komunitarizam: dvije korekcije suvremene demokratije, Politička misao* Vol. XXXII, 1995., 20.

utilitarističkih postavki, on svesno pribegava deontološkoj profilisanosti teorije pravde.²⁵ Objektivno, taj koncept ne počiva na ideji dobra, smatra Sandel. Pravda i dobro moraju imati primat nad ispravnim. To kod Rolsa nije slučaj, a što ukazuje i na nedostatke samog liberalizma a ne samo njegovog učenja.²⁶ Postavljajući konstrukciju pravde kao nepristrasnosti, Rols tvrdi da svi pojedinci moraju usaglasiti i integrisati svoje ciljeve i ličnu slobodu. Tu Rols ulaže priličan trud, stav je Sandela. Volja čoveka ishodi iz razuma, i potom gradi motiv za datu praksu ili odustajanje od nje. On je autonoman u svojoj volji, a nije proizvod nečije volje.²⁷ Raspodela po principu razlike omogućava da oni koji imaju više, preraspodele svoja dobra onima koji imaju manje. To je moguće, kaže Sandel, samo ukoliko su sva dobra zajedničko vlasništvo društva. Rols ne polazi od sposobnosti kao vrline pojedinaca koja im obezbeđuje ono što im prema tome pripada. Sve sposobnosti su inkorporirane kod njega u zajednički interes. Pojedinci raspolazu različitim vrlinama. Njih opterećuju i nizovi mana. Svesti sve njih, sa vrlinama i manama, na uniformnu ličnost je pogrešno. Rols upravo to izbegava ustanovljavajući koncepciju ličnosti koja svoje ciljeve, potrebe, motive i intrese stavlja ispred interesa zajednice. Sandel nije saglasan sa tim konceptom, ali ne uzima u obzir da se i na taj način može štititi i unapređivati zajednica. Razlike ne moraju razgrađivati zajednicu. Na različitosti u kulturološkom i funkcionalnom smislu, može se u pravednom poretku razvijati i integrisati zajednica ljudi. I u ovom delu prigovara Rolsu na nedovoljnoj vezi teorije sa praktičnim, iskustvenim životom. Ako je pravda osnovna vrлина društvenih institucija, da li Rols može da dokaže da ta činjenica važi za sva društva, pita se Sandel?²⁸ Mada Rols i u ovom slučaju pruža odgovor na koja društva se odnosi njegova koncepcija pravde.

Sandel ističe da pojedinci gube sopstveni identitet i zanemaruju lične interese, želje, motive u početnom položaju, skriveni iza koprene neznanja. Ali, u tom položaju pojedinci se nalaze u jednakim pozicijama prema drugima, koriste se razumom i tragaju za ispravnim odabirom pravednog rešenja. Svoju saglasnost kao razumni izbor, brane jasnim iskustvenim argumentima. Tako da se u tom smislu ne može opravdati

²⁵ O tome piše i D. Pavlović. V. Dušan Pavlović, Komunitaristička kritika rolsijanskog liberalizma, www.policy.hu/pavlovic/Bibliografija/Komunitaristicka_kritika.pdf

²⁶ Brent L. Pickett, Sandel, Ontology, and Advocacy, <https://isistatic.org/journal-archive/.../pickett.pdf>.

²⁷ V. M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982., 19-20. U sličnom kontekstu raspravlja i D. Pavlović. V. Dušan Pavlović, Komunitaristička kritika rolsijanskog liberalizma, www.policy.hu/pavlovic/Bibliografija/Komunitaristicka_kritika.pdf.

²⁸ V. Brent L. Pickett, Sandel, Ontology, and Advocacy, <https://isistatic.org/journal-archive/.../pickett.pdf>.

Sandelova teza o nekoherentnosti ove teorije. Sandel upozorava na već oformljene moguće stereotipe kod pojedinaca, nekakva sasvim lična ili internalizovana uverenja. Sve se to mora potisnuti, nezavisno na vrednost formiranih stavova. Samim tim, gubi se njegov identitet, naglašava Sandel. Pitamo se, zašto se nakon početne pozicije pojedinci ne mogu orijentisati prema ličnom u kontekstu strukturiranog? Liberalizam i ne počiva na strogoj odvojenosti ličnog i zajedničkog. Naprotiv, on pokušava da jednim zaštiti drugo, istovremeno čuvajući autonomnost oba.

Rols smatra da pojedinac treba i da je u stanju da slobodno bira, da je izbor stvar njegove autonomije. Svesnost o sopstvu pretpostavka je samosvojnosti. Ali Sandel zamera Rolsu zbog personalnog ignorisanja stava drugog o moralnom identitetu pojedinca.²⁹ On misli da pojedinac u učenju Rolsa ima metafizički prioritet. Čovek raspolaže osobinom da bira i selektuje ciljeve. Ona mu dominantno određuje identitet. Sve ostale osobine su potisnute ovom. Rols smatra da ciljevi nisu vešte kategorije. Oni se kod pojedinaca mogu menjati. I to je potvrda njegove racionalnosti kao i želje da se racionalnost ugradi u pravedno.

Zaklonjeni velom (koprenom) neznanja, ljudi racionalno biraju principe pravde koji će konstituisati optimalni ambijet za realizaciju njihovih ciljeva, potreba, interesa. Međutim, Sandel napominje da deontološki koncept Džona Rolsa onemogućava pojedince da ostvare sopstveno dobro, podređujući sopstveni identitet nekakvim apstraktnim ciljevima. Početna pozicija nije samo osnov za neutralnu teoriju pravde kao nepristrasnosti. Ona je, pre svega, liberalni koncept koji treba da obezbedi svakom pojedincu pouzdano utvrđivanje i odabir načina kako postići sopstveno dobro. A to mora učiniti bez ugrožavanja dobra, prava i sloboda drugih³⁰. Rolsov deontološki liberalizam se ne oslanja na bilo koju teoriju prava, pravde ili ličnosti, navodi Sandel. Rols to čini svesno, jer želi da ukloni sve koncepte koji nisu saglasni sa liberalnim vrednostima. Taj koncept ličnosti se protivi nepristrasnosti početne pozicije, tvrdi Sandel. Iz tog razloga se i liberalistička paradigma dovodi u pitanje.

4.2. Volzerovi prigovori Rolsovom konstruktivizmu

Konstruktivizam se zasniva na ideji da je potrebno urediti osnovu strukturu društva na nepristrasan način, a što je osnovan njegove pravednosti. Majkl Volzer misli da se Rols svojom teorijom pravde udaljio od realne društvene strukture, istovremeno uporno insistirajući na njenoj pravičnosti.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Sličnu primedbu iznosi i Negel. Vidi: T. Nagel, Rawls on Justice, *The Philosophical Review*, Vol. 82, No. 2/1973, 220-234. u: N. Daniels, *Reading Rawls*, Stanford University Press, Stanford 1989., 10. Ovde se može povući paralela sa Kantovim poimanjem slobode.

Konstruktivistička paradigma za njega nema uporište u realnom svetu. A teorija i teoretičari ne smeju izgubiti tu vezu, tu nit koja spaja iskustveno i teorijsko. Društva su oduvek, a posebno u savremenim uslovima, morala sadržavati odgovarajući kulturni model koji je obezbeđivao toleranciju među različitostima. Tako se grade i pretpostavke njihovog zajedničkog života. Bez tolerancije nema ozbiljnijeg praktikovanja morala svojstvenih različitim zajednicama. Odričući se političkog konstruktivizma, Volzer se zalaže za formalizovan način društvene kritike koja je odgovarajuća za sve slojeve i grupe u društvu. Volzer, dakle, smatra da je Rolsova teorija pravde jedna vrsta očiglednog invencionizma jer mu načela pravde ne ishode iz društvene realnosti.³¹ Rols, nastavlja Volzer, u konstruisanju vela neznanja isključuje niz objektivnih društvenih činjenica. Na koji način onda ta teorija može pravilno formulisati pojmove ispravno, dobro, pravda, pravednost? Društvena ravnoteža se ne može predstaviti kao refleksivna ukoliko se ne izgrađuje u stvarnom društvenom kontekstu. Sporazum među pojedincima, koga razmatra Rols, takođe nije proizvod realnog života. On je hipotetički i kao takav ostaje u domenu filozofske spekulacije. Život je stvaran, ljudi kao njegovi akteri takođe. Kako onda da se temeljna načela koncepcije izvode na osnovu spekulacija, i da u isto vreme budu uslov realnoj i pravednoj društvenoj strukturi? Da bi istinski zaživeo u društvenoj stvarnosti, da bi omogućavao očekivanu posledičnost aktivnosti ljudi, ugovor među njima mora biti objektivn, naglašava Volzer. Pored toga, Rolsova teorija pravde nije relevantna ni u pogledu ustanovljenja takvih društvenih uslova koji će u kulturnom, pravnom i političkom pogledu garantovati tolerantnost među raznim grupama u društvu – nacionalnim, religioznim, rasnim i td. Veo neznanja ne ispunjava onaj zadatak koji joj je namenio Rols. Nasuprot tome, on istinski projektuje neznanje racionalnih ljudi koji, zahvaljujući takvoj koncepciji, gube orijentaciju u društvenom prostoru. Anahronost u stavovima, sasvim je očekivana posledica, zaključuje Volzer. Poput većine komunitarista i Volzer zastupa ideje deskriptivnog moralnog relativizma. Ne postoji univerzalno moralno načelo. Teorijski koncept koji nudi normativna etika ne odgovara stvarnosti u kojoj ljudi žive. Norme moralnog vrednovanja i postupanja zavise od kriterijuma moralnosti svakog društva ponaosob³². Ali, Volzer ne odstupa od potrebe intelektualne kritike sveta u kome živimo i njegovih nemoralnosti. One postoje, nezavisno kako im pristupali, sa kog teorijskog aspekta. Nije svet onakav kakav bi trebao da bude. Stoga su politički angažovani

³¹ V. Dušan Pavlović, Komunitaristička kritika rolsijanskog liberalizma, www.policy.hu/pavlovic/Bibliografija/Komunitaristička_kritika.pdf.

³² M. Walzer, *Spheres of Justice*, Basic Books, New York 1983., 314.

intelektualci u obavezi da ga kritički promišljaju³³. Postoji i određen broj tačaka u kojima se dodiruje i /ili prožima Rolsova i Volzerova teorija. Jedna od njih je sadržana u problemu građanske neposlušnosti. Zakoni i moralnost se ne moraju poklapati. Neki zakoni su moralno neodbranjivi iako se donose po legalnoj proceduri. Građanskom neposlušnošću koja je nelegalna ali legitimna, može se suprostaviti takvim zakonima. Ona se javlja zbog "odbrane sopstvenih sloboda i dužnosti suprostavljanja nepravdi"³⁴. Mirnim, nenasilnim putem. Građanska neposlušnost se nalazi na sredokrašću između pravnog protesta i odbijanja na osnovu prigovora savesti³⁵ Volzer takođe polazi od legitimnosti građanske neposlušnosti iz moralnih razloga, bez obzira da li je ona usmerena protiv nepravедnog zakona ili veće društvene grupe, države, pre svega³⁶.

5. Zaključna razmatranja

Kritičari Rolsove teorije nastupaju iz različitih paradigmatiskih pravaca. Nozik kritiku teorije pravde kao pravičnosti usmerava u nekoliko smerova: a) odnos prava i sloboda građana i suvereniteta države, b) teorija ovlašćenja celovitije rešava problem pravednog društva, c) neadekvatnost proceduralnih pravila u konstruisanju osnovnih principa pravde kao pravednosti, d) odnos načela pravde i istorijskog iskustva, e) prvobitni položaj i objektivnost saradnje pojedinaca. U tekstu smo nastojali da što jezgrovitije objasnimo vlastito viđenje ovih primedbi upućenih Rolsu. Generalno posmatrano, komunitarizam zamera Rolsu potiskivanje zajednice u korist pojedinca. Neosporno je da liberalizam počiva na personalitetu kao i da ga kao takvog favorizuje. Ali, to ne znači da time ignoriše zajednicu. Naprotiv, na taj način ona jača u svim perspektivama a posebno na planu vrednosnih integracija. Institucije obezbeđuju pravednu strukturu. Zar se predstave koje niču na ovoj podlozi, ne internalizuju kod slobodnih pojedinaca? Odnos pojedinca i društva Rols predstavlja kao dinamičan proces koji je rukovođen ciljevima, motivima, potrebama i interesima. Sandelova zamerka da se kod Rolsa radi o deontološkom liberalizmu, ne mora da se shvati kao bilo kakva kritika. Njegova kritika je zapravo kritika liberalne teorije. U tom

³³ M. Volzer, *Moral i prljave ruke*, Albatros Plus, Beograd 2010., 8.

³⁴ Dž. Rols, *Teorija pravde*, JP službeni list SFRJ, CID, Beograd 1998., 330. Rols određuje građansku neposlušnost na sledeći način: "Ja ću početi tako što ću definisati građansku neposlušnost kao javni, nenasilni, mada svjesno politički čin suprotan zakonu ili politikama vlasti." Dž. Rols, 331.

³⁵ V. Z. Nikolić Maksimović, Rolsova teorija pravde i njeni kritičari, master rad, Pravni fakultet univerziteta u Novom Sadu 2013., 27-28.

³⁶ V. Michael Walzer, *Obligations, Essays on Disobedience, War, and Citizenshi*, <http://books.google.rs> 5.12.2012.

kontekstu i on se pridružuje stavovima onih mislilaca koji ne prihvataju Rolsov stav o primatu ispravnog u odnosu na dobro. Ispravnost činjenja i njegovog ishoda gradi predstavu o dobrom. Zar je dobro ono što donosi loše ljudima? Sloboda ličnosti podrazumeva slobodu njegovih izbora. Da nije tako, o kakvom bi se liberalizmu radilo? Sandel smatra da Rolsova teorija pravde ne počiva na ideji dobra. Skriveni iza vela neznanja pojedinci gube vlastiti identitet, misli Sandel. Kritika Volzera je zapravo kritika političkog konstruktivizma uopšte. Ali, ne vidimo ništa loše u ideji da se nepristrasno uređenje strukture društva uzima kao temelj njegove pravednosti. To da li se Rolsova teorija udaljila od realnog života je pitanje koje se može postaviti svakoj teoriji i teoretičaru. Volzer ima puno pravo na njega.

Zorana Nikolic Maksimovic
master lawyer

CRITIQUE OF RAWL'S DOCTRINE

Summary

The doctrine of John Rawls has aroused the attention of the scientific public for more than forty years. A Theory of Justice brought out a special way of looking at the structure of the liberal-democratic societies. It offers not only new knowledge but also the methods and techniques to reach them. As with any successful theory, this one too was met with acclaim but criticism as well. What unites both approaches to Rawls's learning is a rational foundation of theoretical positions regardless of the epistemological outcomes. Communitarians like Sandel and Volzer were the sharpest critics of the liberal views of John Rawls. Libertarianism of M. Nozick was practically built on the criticism of Rawls's key ideas. Rawls's scientific reputation was not built on his work only but also on the thinkers who mostly criticized his ideas. And that was a success in itself. Rawls became especially popular in the post-socialist countries after the radical change of the social system. Criticism of Rawls's learning was related to its key parts: the theory of justice as fairness, veil of ignorance technique, the two principles of justice, the relationship between the individual and the community, social relations and the rule

of law, freedom and equality, questions of morality, constructivism and so on. The author of this paper has tried to present and analyze the basic theoretical objections to the attitudes of John Rawls.

Key words: theory of justice, the veil of ignorance, liberalism, constructivism, communitarianism, freedom, equality.

OSNOVNE KARAKTERISTIKE CMR KONVENCIJE

Apstrakt

U ekonomski razvijenim zemljama delatnost osiguranja tradicionano predstavlja važan instrument socijalne zaštite i najznačajniju oblast privrednog života. O njegovom značaju govori pre svega veliki broj propisa, bogata sudska praksa i pravna doktrina. U ovom radu autor se bavi pitanjem uslova za osiguranje od odgovornosti prevozioca, kako u nacionalnom, tako i u međunarodnom pravu. Najpre će biti reči o značaju transportnog osiguranja, pre svega u drumskom prevozu zatim o izvorima prava, a najveći akcenat stavljen je na osiguranje od odgovornosti prevozioca u svetlu CMR konvencije, uz osvrt na domaće pravo. Sa aspekta harmonizacije i unifikacije prava pitanje odgovornosti prevozioca je od ključnog značaja, s obzirom da zauzima centralno mesto prilikom regulisanja određene grane saobraćaja. U okviru pitanja o osiguranju od odgovornosti prevozioca analizaraće se: predmet osiguranja, osnov osiguranja, širina pokrića, dopunsko osiguranje, ograničenje osiguranja, pokriće stete, premija osiguranja itd.

Cljučne reči: *CMR konvencija, osiguranje, drumski transport, odgovornost*

1. Značaj transportnog osiguranja

Osiguranje kao privredna delatnost u savremenom značenju razvilo se tokom XVIII i XIX veka, dakle, svoj puni razvoj dostiglo je u razvijenom kapitalizmu.² Transportno osiguranje je jedna od najstarijih vrsta osiguranja. Rudimentarni oblici snošenja rizika na rekama, dakle u transportnom osiguranju, javili su se još pre tri hiljade godina u Kini, odnosno pre dve hiljade godina u Vavilonu. Rodski zakon sadržao je odredbu da šteta koja nastane izbacivanjem tereta u more da bi se sprečila veća šteta, mora biti nadoknađena od strane svih učesnika u tom pomorskom poduhvatu. Sa daljim razvojem trgovine na kopnu i moru razvijalo se i osiguranje.

¹ Student master studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; e-mail: iva_tosic@hotmail.com

² B. Ivošević, *Transportno osiguranje*, Tivat 2010, 17

U zavisnosti od razvoja proizvodnih snaga društva mogu se razlikovati tri kvalitativno odvojene faze razvoja transportnog osiguranja. Prva faza obuhvata vreme od pojave prvih elemenata i primitivnih oblika osiguranja u robovlasničkom i feudalnom sistemu, pa do prvih samostalnih ugovora o osiguranju krajem srednjeg veka. Druga faza obuhvata vreme od pojave prvih samostalnih ugovora o osiguranju, pa do osnivanja krupnih kapitalističkih osiguravajućih društava u XVIII veku. Treća faza obuhvata period od osnivanja krupnih osiguravajućih društava do danas.

O transportnom osiguranju u savremenom smislu reči možemo govoriti tek od razvoja pomorskog osiguranja vezanog za londonski Lloyd. Danas Lloyd predstavlja jedno od najvažnijih tržišta osiguranja u svetu. Lloyd nije osiguravajuće društvo već skup inokosnih osiguravača, od kojih svaki odgovara samo za svoje obaveze. Pri tome Lloyd pruža svojim članovima (kojih ima preko 28000) dragocene usluge koje im omogućavaju uspešno poslovanje i konkurenciju s velikim osiguravajućim društvima.

U današnje vreme međunarodna trgovina i transport robe, naročito pomorskim putem, ne može se uopšte zamisliti bez transportnog osiguranja. Transportno osiguranje je važno naročito iz razloga što je vrednost pojedinih brodova i pošiljaka nesrazmerno veća, nego što je bila ranije. Ono pruža svim učesnicima u međunarodnoj trgovini sigurnost, bez koje se moderni instrumenti spoljne trgovine ne mogu ni zamisliti, a polisa osiguranja dokument bez kojeg se dokumentarna prodaja danas više ne može realizovati.

Osnovni cilj transportnog osiguranja sastoji se u tome da se pruži obezbeđenje osiguranicima kao i da se u slučaju ostvarenja osiguranog slučaja da naknada za eventualne štete koje su osiguranici usled toga pretrpeli.

Kada govorimo o opštoj podeli transportnog osiguranja mislimo na: 1) Kasko osiguranje - osiguranje prevoznih sredstava (pomorski, rečni i avionski) i 2) Kargo osiguranje – osiguranje robe u prevozu.

Transportno osiguranje je od velikog značaja za međunarodnu trgovinu iz više razloga:

- 1) Velika vrednost sredstava uključenih u odvijanje operacija drumskih prevoza
- 2) Fenomen “kumuliranja rizika“: suština kumuliranja rizika sastoji se u tome da su opasnostima i rizicima u isto vreme izložene stvari koje pripadaju različitim licima. Nastupanje osiguranog slučaja može u isto vreme naneti štetu i vlasniku drumskog prevoznog sredstva i vlasniku tereta.
- 3) Obezbeđenje sigurnosti: u uslovima distancione prodaje kupac često nema mogućnost da sam vidi robu koja je predmet ugovora o prodaji. Roba koja je predmet trgovinskih transakcija u toku prevoza često prelazi iz ruke u ruku. Ako se ima vidu da se roba može naći u rukama

različitih lica jasno je da u mnogim slučajevima neće biti lako utvrditi u kom trenutku je šteta nastupila i ko je za nju odgovoran. U takvim situacijama teško je potraživati i ostvariti naknadu od odgovornog lica.³

2. Izvori prava

Glavni nosioci unifikacije saobraćajnog prava su međunarodne institucije (vladine i nevladine) putem bilateralnih i multilateralnih sporazuma, konvencija, direktiva i drugih propisa kojima se međusobno usaglašavaju nacionalni propisi. Pitanja međunarodnog drumskog saobraćaja su regulisana većim brojem međunarodnih i nacionalnih propisa. Srbija kao naslednik bivše Jugoslavije, potpisnik je velikog broja međunarodnih konvencija, multilateralnih i bilateralnih sporazuma kojima su regulisana pitanja iz domena međunarodnog saobraćaja. Sve konvencije i sporazumi koje je naša zemlja ratifikovala su integrisani u njen pravni sistem i praktično se primenjuju.

2.1. Nacionalni propisi

Značajan broj nacionalnih propisa reguliše problematiku međunarodnog drumskog transporta putem zakona, bilateralnih sporazuma, odluka, uredbi, rešenja i drugih dokumenata koji se koriste u regulativi naše zemlje. Osnovnu pravnu regulativu donosi Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture Repulike Srbije, Sektor za drumski transport, puteve i bezbednost saobraćaja, pri čemu:

- obavlja poslove koji se odnose na pripremanje i izvršavanje propisa, u vezi sa uspostavljanjem i funkcionisanjem međunarodnog drumskog, železničkog, vazdušnog i cevovodnog transporta,
- učestvuje u pripremi bilateralnih sporazuma i prati njihovo sprovođenje sa svim državama sa kojima postoji zajednički interes u bilateralnom transportu roba i putnika,
- priprema zaključivanje međunarodnih ugovora i sporazuma iz oblasti međunarodnog transporta, saraduje sa drugim državama i inostranim institucijama u kojima je Srbija članica,
- dogovara kontigente bilateralnih i CEMT dozvola (multilateralna dozvola na osnovu koje je dozvoljeno obavljanje međunarodnog prevoza tereta između država članica ITF-a ili u tranzitu preko državnog područja jedne ili više država članica CEMT-a vozilima koja

³ N. Petrović Tomić, "Odgovornost i osiguranje drumskog prevozioca po CMR konvenciji", Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU 2013., 339-340

- su registrovana u jednoj od država članica⁴) i drugih isprava koji se koriste u međunarodnom transportu,
- obavlja raspodelu i distribuciju CEMT dozvola domaćim prevoznicima,
 - obavlja poslove izdavanja dozvola (licenci) prevoznicima za međunarodni transport putnika i roba,
 - obavlja usklađivanje međunarodnih redova vožnje i utvrđuje osnovne principe i koordinaciju aktivnosti,
 - saraduje sa državama u okviru pakta stabilnosti po pitanju transporta, saraduje sa nadležnim organima entiteta i dr.

Pomenućemo i najvažnije unutrašnje propise u ovoj oblasti:

- *Zakon o međunarodnom prevozu u drumskom saobraćaju*⁵- Ovim zakonom uređeni su uslovi za obavljanje međunarodnog javnog prevoza, međunarodni javni prevoz putnika, međunarodni javni prevoz stvari, međunarodni prevoz za sopstvene potrebe, naknada za puteve i druga pitanja od značaja za obavljanje međunarodnog prevoza u drumskom saobraćaju.
- *Zakon o sporazumima o transportu u drumskom saobraćaju*⁶ sadrži čitav niz ugovora u transportu:
 - Ugovor o osiguranju od odgovornosti prevoznika za štete na robi u domaćem drumskom saobraćaju
 - Ugovor o transportu lomljivih stvari
 - Ugovor o transportu robe u drumskom saobraćaju
 - Ugovor o transportu robe u međunarodnom drumskom saobraćaju
 - Ugovor o uskladištenju robe
 - Ugovor o uskladištenju i prodaji robe
 - Ugovor o drumskom transportu robe
 - Ugovor o otpremanju i transportu robe (Špediciji)
 - Ugovor o transportu putnika
 - Ugovor o kontroli kvaliteta robe
 - Generalna polisa o osiguranju pošiljki u drumskom transportu itd.
- *Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju*⁷
- *Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima*⁸

⁴ D. Kušević, „Konvencije i dokumenti u cestovnom prevozu robe“, *Sveučilište u Zagrebu Fakultet prometnih znanosti* 2015., 9

⁵ *Sl.list SFRJ* br. 60/98, 5/99 – ispr., 44/99, 74/99 i 4/2000 – ispr; *Sl.glasnik RS* br.101/2005, 101/2005 – dr.zakon, 18/2010 i 68/2015 – dr.zakoni

⁶ *Sl.list SRJ* br. 26/95

⁷ *Sl.glasnik RS* br. 46/95, 66/2001, 61/2005, 91/2005, 62/2006, 31/2011 i 68/2015 – dr.zakoni

⁸ *Sl.glasnik RS* br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013, - odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr.zakon i 9/2016 – odluka US.

2.2. Zakonska regulativa EU

Komitet za suvozemni transport je komitet u okviru Sektora saobraćaja Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu. Svoj rad on obavlja kroz podkomitete u okviru kojih je formiran veći broj radnih grupa. Najznačajniji rezultat dugogodišnjeg rada ovog sektora je donošenje čak 55 međunarodnih sporazuma i konvencija koje obezbeđuju zakonski i tehnički okvir za razvoj drumskog, železničkog, unutrašnjeg vodnog i kombinovanog transporta u regionu. Ovi međunarodni sporazumi, od kojih se mnogi primenjuju i u zemljama koje nisu članice ECE⁹, odnose se na različitu problematiku saobraćaja za koju su odgovorne Vlade zemalja članica i koja ima značajan uticaj na međunarodni transport. Ovo uključuje koherentnu međunarodnu infrastrukturnu mrežu, ujednačene i pojednostavljene procedure prelaska granica i ujednačena pravila i propise koji imaju za cilj obezbeđenje visokog nivoa efikasnosti, sigurnosti i zaštite životne sredine u okviru saobraćajne delatnosti. Pomenuti sporazumi i konvencije, koje se stalno ažuriraju, pravno povezuju zemlje potpisnice u oblasti saobraćaja.

U drumskom transportu, donet je veliki broj direktiva koje obavezuju našu zemlju, a to su:

- Direktiva 1999/62/EC¹⁰ koja se odnosi na utvrđivanje putarine teškim drumskim vozilima pri upotrebi određene infrastrukture (pitanje reciprociteta).
- Direktive 92/81/EEC¹¹ i 92/82/EC¹² koje se odnose na obračun troškova goriva u drumskom prevozu.
- Direktiva 96/49/EC¹³ reguliše prevoz opasnih materija drumom-dodatak priložima A i B ADR-a.
- Direktiva 96/35/EC¹⁴ definiše obavezu postojanja institucije sa ulogom "savetnika za bezbednost" u procesu transporta opasnih materija, bez obzira na vid prevoza.
- Direktiva 2002/15/EC¹⁵ se odnosi na definisanje minimalnih standarada zaštite zdravlja i bezbednosti radnika na putevima, sprečavanje nelojalne konkurencije unutar EU i povećanje bezbednosti na putevima.
- Direktiva 2003/96/EC¹⁶ se odnosi na oporezivanje energenata i goriva

⁹ Ekonomska komisija Ujedinjenih nacija za Evropu

¹⁰ *Official Journal of the European Communities*, 17. Jun 1999

¹¹ *Official Journal of the European Communities*, 19. Oktobar 1992

¹² *Official Journal of the European Communities*, 19. Oktobar 1992

¹³ *Official Journal of the European Communities*, 23. Jul 1996

¹⁴ *Official Journal of the European Communities*, 03. Jun 1996

¹⁵ *Official Journal of the European Communities*, 11. Mart 2002

¹⁶ *Official Journal of the European Communities*, 27. Oktobar 2003

sa ciljem povećanja energetske efikasnosti i smanjenja zagađenja životne sredine.

- Direktiva 98/70/EC¹⁷ se odnosi na kvalitet benzina i dizel goriva itd.

2.3. Međunarodni izvori

Na međunarodnom nivou donet je veliki broj bilateralnih i multilateralnih sporazuma, konvencija, a jedna od najznačajnijih je svakako Konvencija o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom (CMR)¹⁸. Srbija kao naslednik SFRJ potpisala je više od 32 Sporazuma o međunarodnom drumskom prevozu robe i/ili putnika sa sledećim zemljama: Albanijom (Sl.list 12/84), Austrijom (10/61), Belgijom (4/64), Belorusijom (3/66), Bugarskom (12/66), V.Britanijom i S.Irskom (35/70), Grčkom (51/68), Danskom (1/69), Holandijom (12/75), Hrvatskom (1/98), Iranom (Ratifikovan Uredbom SIVa 271/91), Irskom (6/90), Italijom (11/84), Kiprom (11/84), Luksemburgom (10/97), Mađarskom (7/66 putnički i 11/84 prevoz robe), Makedonijom (5/96), Nemačkom (11/78), Norveškom (39/73), Poljskom (50/70), Portugalijom (10/84), Rumunijom (9/69), Rusijom (SSSR, Ruskom federacijom, 1/99 i 2/87), Turskom (11/84), Finskom (4/78), Fransuskom (37/71), Češkom i Slovačkom (12/81), Švajcarskom (9/81), Španijom (286/89), koji se i danas nalaze u primeni. Nakon osamostaljenja, Srbija je potpisala još nekoliko sporazuma sa Slovenijom (2002), Bosnom i Hercegovinom (2005), i dr.

Ovim Sporazumima regulisana su pitanja iz oblasti prevoza i saobraćaja, od najznačajnijih definicija, povremni saobraćaj motornim vozilima, prekogranični linijski saobraćaj, tranzit, dozvole i izuzeci od režima dozvola, važnost i kontigenti dozvola, isprave u vozilima, poštovanje nacionalog i međunarodnog prava, prekršaji, porezi i naknade, mase i dimenzije vozila, sankcije, kontrola dokumenata i dr. Svi ovi sporazumi objavljeni su u Službenim listovima. Naša zemlja aktivno učestvuje u radu međunarodnih organizacija gde je potpisala i ratifikovala veći broj sporazuma i konvencija, a na području motornih vozila donet je čitav niz drugih sporazuma koji takođe regulišu materiju u drumskom saobraćaju, a to su:

- *Evropski sporazum o glavnim međunarodnim pravcima*, kojim je definisan plan koordinirane akcije planiranja, izgradnje i rekonstrukcije drumskih saobraćajnica koje su od međunarodnog značaja.
- *Evropski sporazum o radu posada na vozilima koja obavljaju međunarodni prevoz u drumskom saobraćaju*, utvrđuje uslove koje vozači moraju da ispunjavaju u pogledu dnevnog odmora, vremena trajanja vožnje u

¹⁷ *Official Journal of the European Communities*, 13. Oktobar 1998

¹⁸ *Sl.list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 11/58

toku jednog dana, maksimalnom trajanju vožnje u toku sedam dana i u toku 14 uzastopnih dana, sedmičnog odmora, kao i način registrovanja podataka i vršenja kontrole, tzv. AETR¹⁹.

- *Evropski sporazum o međunarodnom prevozu opasnih materija u drumskom saobraćaju* - ADR²⁰, utvrđuje postupke u toku prevoza opasnih roba, kroz opšte zahteve i zahteve u pogledu opasnih materija i predmeta (opšti propisi, klasifikacija, spisak opasnih roba prema UN-brojevima i slovnom rasporedu, posebni propisi i slobodne količine opasnih roba, granične količine, pakovanja i odredbe za cisterne, propisi za isporuku, propisi za izradu i ispitivanje ambalaže, velikih sredstava za pakovanje, velikih pakovanja i cisterni, propisi za prevoz, utovar, istovar i manipulacije) i kroz uslove u pogledu transportne opreme i transportnih operacija (propisi za posadu, vozila, opremu, postupanje i dokumentacija, propisi za izradu i odobrenje tipa vozila).
- *Evropski sporazum o minimalnim uslovima za izdavanje i važnost vozačkih dozvola*, kojim je regulisana problematika jednobraznosti propisa za izdavanje i važnost vozačkih dozvola, selekcija kandidata, redosled polaganja ispita i dr.
- *Opšti ekonomski sporazum za međunarodni drumski transport*, kojim su regulisana pitanja ekonomije drumskog saobraćaja, cene drumskih vozila, naplata putarina, carinski problemi i dr. Postoje Konvencije po ostalim vidovima saobraćaja.
- *Sporazum koji se odnosi na infrastrukturu međunarodnih puteva* (AGR²¹)
- *Sporazum koji se odnosi na kombinovani transport* (AGTC²²)
- *Sporazum o međunarodnom prevozu lakokvarljivih namirnica u specijalnim vozilima za njihov prevoz*- ATP²³. Ovim sporazumom određuju se: minimalna temperatura koja se mora održavati za različite kategorije smrznutih ili rashlađenih namirnica, dozvoljeno trajanje prevoza, zahtevi koje mora da zadovolji vozilo i oprema i postupak ispitivanja njihove termičke efikasnosti.

Jedan od najznačajnijih je i *Sporazum o usvajanju jednoobraznih tehničkih propisa za vozila sa točkovima, opremu i delove koji mogu biti ugrađeni i/ili korišćeni na vozila sa točkovima i uslovima za uzajamno priznavanje dodeljenih homologacija na osnovu ovih propisa* (Sl.glasnik RS br.011/11). Na osnovu ovog sporazuma dosada je doneto 113 ECE

¹⁹ European Agreement concerning the Work of Crews of Vehicles engaged in International Road Transport, 1999

²⁰ European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road

²¹ European Agreement on Main International Traffic Arteries, 1975

²² European Agreement on Important International Combined Transport Lines and Related Installations, 1991 sa Protokolom iz 1997. koji uključuje i vodni transport po unutrašnjim plovnim putevima

²³ Agreement on the International Carriage of Perishable Foodstuffs and on the Special Equipment to be Used for such Carriage, 1970

pravilnika a u pripremi je još nekoliko. Ovim pravilnicima su definisani zahtevi i načini ispitivanja, kako motornih vozila u celini, tako i njihovih delova i opreme, i to u pogledu bezbednosti i ekoloških karakteristika. Na osnovu ovih pravilnika vrši se homologacija motornih vozila, njihovih delova i opreme. Naša zemlja je usvojila i primenjuje 55 ECE pravilnika. Primena usvojenih pravilnika je obavezna i reguliše se odgovarajućim Uredbama, odnosno Naredbama, koje donosi vlada Srbije i koje se objavljuju u službenom glasniku RS. Za sprovođenje ovih pravilnika nadležan je Savezni zavod za standardizaciju.

Konvencije su vrlo značajni međunarodni dokumenti jer obavezuju zemlje potpisnice usklade svoje unutrašnje zakonodavstvo sa odredbama konvencije i moraju dozvoliti odvijanje međunarodnog saobraćaja po svim putevima na svojoj teritoriji a ne samo na međunarodnim putnim pravicima. Konvencije dozvoljavaju ograničenje saobraćaja zbog razloga bezbednosti (gabarita, bruto i neto mase, neobebeženog vozila i dr.). U osnovi postoji dve grupe konvencija: Svetske carinske organizacije i donete pod pokroviteljstvom Ujedinjenih Nacija.

Bazna je *Konvencija o saobraćaju na putevima* (doneta 1968) sa nekoliko aneksa u kojima su regulisani najznačajniji faktori od kojih zavisi razvoj i bezbednost drumskog saobraćaja kako u teretnom tako i putničkom saobraćaju. Propisani su uslovi prihvatanje stranih vozila na teritoriji drugih država i uslovi koje ta vozila mora da ispunjavaju, pravila saobraćaja, vozačke isprave, pristupanje i otkazivanje konvencije i dr. Zakon o bezbednosti saobraćaja je usaglašen sa ovom Konvencijom.

- *Konvencija o ugovoru u međunarodnom prevozu drumom* (CMR), kojom su standardizovani uslovi za izvršenje međunarodnog prevoza tereta, posebno u delu prateće dokumentacije (tovarni list) i u pogledu odgovornosti prevoznika, za gubitak ili oštećenje, zakašnjenje u isporuci i sl.
- *Konvencija o ugovoru o međunarodnom prevozu putnika i prtljaga drumom* (CVR)²⁴, kojom su regulisane obaveze prevoznika za izdavanje karata, povrede ili smrt u putu, štete, odgovornost prevoznika i dr.
- *Carinska konvencija o međunarodnom prevozu robe na osnovu karneta TIR*²⁵ – Konvencija, kojom se pojednostavljuje i ubrzava carinski postupak, a naročito u oblasti tranzita.
- *Konvencija o zajedničkom tranzitu, zajednički tranzitni postupak* (Common transit procedure) – sadrži u osnovi dve konvencije: Konvenciju o zajedničkom tranzitu i Konvenciju o pojednostavljenim formalnostima u trgovini robom za robu van zajednice (T1) i robu iz zajednice (T2).

Ima i drugih konvencija, koje su značajne u međunarodnom

²⁴ *Sl.list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 8/77

²⁵ *Sl.list SRJ – Međunarodni ugovori*, br.9/2001 i *Sl.list SCG – Međunarodni ugovori* br. 5/2003

drumskom transportu i saobraćaju, kao što su: Konvencija o privremenom uvozu ambalaže, Carinska konvencija (ATA karnet), Carinska konvencija o privremenom uvozu privatnih drumskih vozila, Carinska konvencija o privremenom uvozu komercijalnih drumskih vozila, Evropska konvencija o tretmanu paleta koje se koriste u međunarodnom transportu, Međunarodna konvencija o harmonizaciji postupaka pregleda robe na graničnim prelazima, CRTD - Konvencija o civilnoj odgovornosti za štete prouzrokovane tokom prevoza opasnih materija drumom, železnicim i plovidbom po unutrašnjim plovnim putevima, Bazelska konvencija o prekograničnom kretanju otpada i dr.²⁶

3. Uslovi za osiguranje od odgovornosti prema CMR

CMR konvencija definiše obaveze prevoznika i dokumente koji se moraju nositi u vozilu koje obavlja međunarodni prevoz robe između dve zemlje od kojih je barem jedna potpisnica CMR konvencije. Pored toga, Konvencija dalje definiše određene odgovornosti pošiljaoca i primaoca roba. Prema ovim uslovima vrši se osiguranje odgovornosti prevozioca (osiguranika) prema korisniku prevoza pošiljaka preuzetih na prevoz na osnovu zaključenog ugovora o prevozu a u skladu sa odredbama Konvencije o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom (CMR). Prema ovim uslovima predmet osiguranja ne može biti odgovornost:

1. za prevoz koji se obavlja bez zaključenog ugovora o prevozu,
2. za prevoz koji se obavlja za sopstvene potrebe,
3. za besplatan prevoz (nije obračunata vozarina),
4. za prevoz poštanskih pošiljaka, vrednosnih pošiljaka (kovani novac, papirni novac, hartije od vrednosti, dokumenta i isprave), umetničkih predmeta (slika, skulptura i dr.).

3.1. Predmet osiguranja

Predmet osiguranja je osiguranikova odgovornost kao prevozioca prema korisniku prevoza sa isključenjem odgovornosti u slučaju:

- 1) nepopunjenih rubrika u tovarnom listu²⁷;
- 2) gubitka ili netačnog korišćenja dokumenata navedenih u tovarnom listu²⁸;
- 3) kašnjenja isporuke²⁹;

²⁶ B. Davidović, *Međunarodni transport i špedicija*, Kragujevac 2013

²⁷ Konvencija o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom-CMR 1956, čl. 7 st. 3

²⁸ CMR, čl. 11 st. 3

²⁹ CMR, čl. 19

- 4) plaćanja pouzećem³⁰;
- 5) Deklarisane vrednosti³¹ ili posebnog interesa³² za odgovornost koja premašuje limit odgovornosti;
- 6) dela nelikvidnog vozara prilikom prevoza koji obavljaju sukcesivni vozari³³;
- 7) odgovornosti veće od definisane u skladu sa čl. 37. a koju je osiguranik preuzeo po dogovoru;
- 8) reklamacije usled provalne krađe, razbojničke krađe ili krađe celog vozila sa robom (dokazana krađa) ukoliko nije drugačije ugovoreno.

3.2. Osnov odgovornosti i polje primene

Prevozilac odgovara za sve gubitke i oštećenja, osim za one za koje je odgovornost isključena. On odgovara po pravilima objektivne odgovornosti, za gubitak i oštećenje, kao i za docnju u isporuci.³⁴ Polje primene:

Racione loci- primenjuje se na ugovore o prevozu robe u drumskom saobraćaju ako se mesto otpreme i opredeljenja nalaze u različitim državama od kojih je bar jedna potpisnica konvencije CMR, bez obzira na domicil i nacionalnost stranaka.³⁵

Ratione personae- drumski prevozilac ne odgovara samo za svoje propuste i greške, vec i za greške njegovih pretstavnika i službenika, i drugih lica čije je usluge koristio.

Ratione materie- prevozilac odgovara za potpuni ili delimični fizički gubitak ili oštećenje robe koje nastupi od vremena preuzimanja do isporuke, kao i za zakašnjenje u isporuci.³⁶

3.3. Širina pokrića

Osiguravač je obavezan da osiguraniku (korisniku prevoza) nadoknadi sve iznose koji su osnovani i koje osiguranik treba da plati iz osnova prevoznike odgovornosti, ako je šteta nastala kao neposredna posledica saobraćajne nezgode (udes) prevoznog sredstva, požara i/ili eksplozije (osim štete nastale kao posledica samozapaljenja ili eksplozije same robe), provalne krađe, razbojničke krađe ili krađe celog vozila sa robom (dokazana krađa).³⁷ Osiguravač će takođe nadoknaditi

³⁰ CMR, čl. 13

³¹ CMR, čl. 24

³² CMR, čl. 26

³³ CMR, čl. 38

³⁴ CMR, čl. 17 st. 1

³⁵ CMR, čl. 1 st. 1

³⁶ N. Petrović Tomić, 353-354

³⁷ N. Petrovic Tomic, 358

troškove spora i pravnih radnji koje je osiguranik preduzeo uz odobrenje osiguravača radi odbrane od neosnovanih ili previsokih zahteva trećih lica. Ove troškove nadoknađuje i kada oni zajedno sa štetom premašuju iznos maksimalne odgovornosti (limita osiguravača).

3.4. Ograničenje osiguranja

U slučaju odgovornosti za štete koje mogu nastati usled netačnog prikazivanja sadržaja ugovora o osiguranju odgovornosti korisnicima prevoza, tvrdnjom da je osigurana sama pošiljka, za štete koje su nastale van zakonske-deliktne odgovornosti ili za štete pokrivenne iz osnova odgovornosti prema trećim licima sa kojima osiguranik nije u ugovornom odnosu osiguranja nema.

3.5. Limit odgovornosti i trajanje pokrivača

Odgovornost osiguravača za svaki pojedinačni slučaj, bez obzira na broj nosioca prava, je ograničena Konvencijom CMR na 25 franka po kilogramu bruto težine manjka³⁸ i navodom u polisi osiguranja. Osiguravač prema ovim uslovima pokriva odgovornost osiguranika samo za vreme dok je roba bila u pritežanju prevozioca i to od momenta završenog utovara u prevozno sredstvo do momenta istovara³⁹, ili do momenta stavljanja prevoznog sredstva na raspolaganje primaocu (javnom ili carinskom skladištu) radi istovara.

3.6. Zastarelost

Rok zastarelosti prava na pokretanje postupka iznosi jednu godinu. U slučaju delimičnog gubitka štete ili zakašnjenja u isporuci rok teče od dana isporuke, a u slučaju potpunog gubitka tridesetog dana po isteku ugovorenog roka, ili kada taj rok ne postoji, šezdesetog dana od dana, kad je prevozilac preuzeo robu. U ostalim slučajevima rok zastarelosti počinje da teče po isteku roka od 3 meseca od datuma zaključenja ugovora o isporuci⁴⁰. U slučaju namerno neispravnog postupka, ili propusta koji se smatra jednakim namerno neispravnom postupku rok zastarelosti iznosi 3 godine.⁴¹

³⁸ CMR, čl. 23, st. 3

³⁹ CMR, čl.17, st.1

⁴⁰ CMR, čl 32, t. 1

⁴¹ CMR, čl. 32, st. 1

3.7. Obaveze osiguranika

Osiguranik je dužan da prilikom sklapanja ugovora o osiguranju osiguravaču pruži podatke o prevoznom sredstvu: vrsti vozila (cisterna, hladnjača, kiper, vozilo za prevoz paletiziranog tereta, vozilo za prevoz kontejnera, itd.), nosivosti vozila, registarskim oznakama, koji se unose u polisu osiguranja. Svaku promenu registarskih tablica prevoznik je obavezan da pismeno prijavi osiguravaču, a osiguravač je obavezan da o prijavljenoj promeni izda dodatak polise.

Osiguranik je obavezan da ispuni zahtev iz pravnih propisa i ovih uslova u pogledu izdavanja i sadržine tovarnog lista. Tovarni list treba da sadrži: - ime i adresu prevozioca, - ime i adresu pošiljaoca, - mesto i adresu primaoca, - mesto otpreme, - mesto istovara, . registarski broj vozila, - opis stvari i način pakovanja, - broj paketa i njihove oznake, - bruto masu ili količinu izraženu na drugi način,- troškove u vezi sa prevozom itd.⁴²

Osim navedenih podataka, u teretni list mogu se uneti i podaci kao što su: iznos osiguranja, uputstva pošiljaoca prevozniku u pogledu osiguranja robe, ugovorni rok prevoza, naznaku vrednosti robe, troškove koje preuzima pošiljaoc. Osim navedenog, stranke mogu uneti u teretni list i druge podatke koje smatraju korisnim.⁴³

Osiguranik je obavezan da pažnjom dobrog privrednika brine o ispravnosti pakovanja robe, protestovanju za svaku nepravilnost tokom utovara ili istovara, odgovarajućem spoljnom stanju i slaganju robe u odnosu na njenu deklaraciju.

Osiguranik je, takođe, dužan da brine i preuzima sve mere radi nadziranja utovarenog prevoznog sredstva, posebno tokom prekida u vožnji (zvanični parking), kod obavljanja carinskih obaveza, čekanja na istovar, itd. On je obavezan da neprekidno kontroliše tehničko stanje prevoznog sredstva u eksploataciji kao i da nastale tehničke nedostatke odmah otkloni. Osiguranik plaća premiju osiguranja za ceo period trajanja osiguranja, odjednom, prilikom zaključenja ugovora.

3.8. Obaveze u slučaju nastanka štete, isplata štete i regresno pravo

Prevozilac je odgovoran za potpuni ili delimični gubitak robe i za oštećenje koje nastupi od vremena preuzimanja do vremena isporuke, kao i za zakašnjenje u isporuci⁴⁴ Osiguranik je dužan da svaku vidljivu štetu, koja je u smislu ovih uslova pokrivena osiguranjem, zapisnički utvrdi sa primaocem, a pre predaje pošiljke, na način koji omogućava utvrđivanje

⁴² CMR, čl. 6, st. 1

⁴³ D. Kušević, 13

⁴⁴ CMR, čl. 17, st. 1

uzroka, visine, odnosno obima oštećenja pošiljke. On je dužan da preduzme sve mere u cilju sprečavanja tj smanjenja štete. Svaku eventualnu štetu osiguranik je dužan da prijavi osiguravaču bez odlaganja.

Osiguravač je dužan da posle prijema svih neophodnih dokumenata i utvrđene odgovornosti osiguranika, kao i utvrđene obaveze osiguravača za naknadu nastale štete, isplati štetu osiguraniku ili po njegovom nalogu korisniku prevoza u ugovorenom roku. Nijedan odštetni zahtev neće se likvidirati bez priložene pismene isprave o preuzimanju pošiljke na prevoz (tovarni list).

Kod dopunskog osiguranja rizika krađe celog vozila sa robom, osigurani slučaj nastaje po isteku roka od 30 dana od kada je vozilo sa robom ukradeno, uz dokaz da nije pronađeno.

Ako osiguranik sazna na bilo koji način gde se nalaze ukradene stvari, dužan je da preduzme sve potrebne mere radi povraćaja istih i bez odlaganja o tome izvesti osiguravača.

Isplatom naknade za nastalu štetu, na osiguravača prelaze sva prava osiguranika koja ovaj ima prema licima odgovornim za štetu. Osiguranik je dužan da na vreme preduzme sve potrebne mere radi obezbeđenja regresnog prava prema licima odgovornim za štetu. Ukoliko osiguranik ne postupi u skladu sa tim odgovoran je osiguravaču za iznos koji ovaj nije mogao ostvariti putem regresa od lica odgovornog za štetu.

Ukoliko oštećeno lice podnese odštetni zahtev, osiguranik je dužan da ga odmah prosledi osiguravaču, sa svim dokumentima neophodnim za utvrđivanje prevozičke odgovornosti.

Osiguravač može naknadno zahtevati i druge dokaze radi prihvatanja odštetnog zahteva. Osiguranik ne može bez saglasnosti osiguravača da izvrši priznanje svoje obaveze na naknadu štete, niti da izvrši plaćanje iste. Ukoliko postupi drugačije, osiguravač će odbiti isplatu naknade potpuno ili delimično, ukoliko utvrdi ili smatra da osiguranik nije bio odgovoran za nastalu štetu ili da je njegova odgovornost manja od one koju je priznao.

Prevozičar se oslobađa odgovornosti ako je gubitak, šteta ili zakašnjenje prouzrokovano pogrešnom radnjom ili nehatom potražioca, instrukcijama potražioca, prirodnom greškom robe, okolnostima koje prevozičar nije mogao izbesci ili posledicama koje nije mogao sprečiti.⁴⁵

4. Uslovi za osiguranje od odgovornosti prevozičara u domaćem prevozu

Predmet osiguranja je osiguranikova odgovornost kao prevozičar prema korisniku prevoza na osnovu Zakona o ugovorima o prevozu u

⁴⁵ CMR, čl. 17, st. 2

drumskom saobraćaju i Zakona o obligacionim odnosima, uz isključenje odgovornosti u slučaju :

1) nepopunjenih rubrika u tovarnom listu od strane pošiljaoca; 2) gubitka ili netačnog korišćenja dokumenata navedenih u tovarnom listu od strane pošiljaoca; 3) kašnjenja isporuke; 4) plaćanja pouzecem; 5) iznosa naknade za odgovornost koja premašuje limit odgovornosti⁴⁶; 6) reklamacije usled provalne krađe, razbojničke krađe ili krađe celog vozila sa robom (dokazana krađa) ukoliko nije drugačije ugovoreno.

U domaćem pravu za razliku od rešenja CMR konvencije postoji pretpostavka odgovornosti prevozioca za gubitak i oštećenje robe, kao i za docnju u isporuci.⁴⁷

U pogledu širine i trajanja pokrića, ograničenja osiguranja, isključenja štete, premije osiguranja i nadležnosti suda u domaćem prevozu važe ista pravila kao i u CMR konvenciji.

Neusklađenost osiguranja koje nude domaći osiguravači u odnosu na CMR konvenciju ogleđa se pre svega u 3 elementa:

- 1) Pravo na direktnu tužbu se ne priznaje za štete proizašle iz odgovornosti prema trećim licima sa kojima osiguranik nije u ugovornom odnosu
- 2) Pokriće koje pružaju domaći osiguravači identično je za međunarodni i domaći prevoz, iako se CMR i domaći propisi razlikuju, što ga čini preuskim i neprilagođenim potrebama drumskog prevozioca.
- 3) Postoji problem neusklađenosti sume osiguranja i iznosa ograničenje odgovornosti prema merodavnim propisima.⁴⁸

5. Zaključak

Osiguranje od odgovorosti drumskog prevozioca je od izuzetnog značaja za pravo osiguranja, pre svega u cilju zaštite pošiljaoca a i samih prevoznika. O ovom značaju svedoči veliki broj izvora prava, ogroman značaj CMR konvencije uz činjenicu da je ratifikovana od strane velikog boja zemalja u Evropi, kao i to da se ona primenjuje uvek kada je barem jedna od strana ugovornica potpisnica konvencije. Samim tim možemo zaključiti da je cilj da se CMR konvencija i njene odedbe primenjuju u većini slučajeva međunarodnog prevoza robe u drumskom transportu, kao i da države potpisnice sve više usklađuju svoje nacionalne propise sa

⁴⁶ Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju, *Službeni list SRJ br. 26/95 i Službeni list SCG br. 1/2003*, čl. 96 st. 1

⁴⁷ Zakon o prevozu robe u drumskom saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br 46/95, 66/2001, 61/2005, 91/2005, 62/2006, 31/2011 I 68/2015

⁴⁸ N. Petrović Tomić, 368-370

odredbama konvencije. Imajući u vidu pravo osiguranja Srbije, možemo primetiti da je proteklih godina dosta urađeno u cilju razvoja osiguranja, ali neusaglašenosti sa konvencijom idalje ima, o čemu je već bilo reči. Treba dobro razmisliti o položaju prevoznika na tržištu drumskog prevoza, jer je njihov opstanak jako težak zbog niza razloga: cene goriva, nužnih investicija itd. Ostaje nam samo da pratimo dalji razvoj i nadamo se da će u skoroj budućnosti doći do potpunog usklađivanja nacionalnih prava sa odredbama konvencije i što potpunije zaštite kako prava osiguranika, tako i prava prevoznika.

Iva Tosić

Master's student

Faculty of Law, University of Belgrade

BASIC CHARACTERISTICS OF CMR CONVENTION

Summary

In economically developed countries, insurance sector traditionally represents important instrument of social protection and the most important area of economic life. It's relevance is primarily told by large number of regulations, rich case law and legal doctrine. In this article, the author deals with the issue of conditions of insurance, both nationally and in international law. First, the importance of transport insurance, primarily in road traffic will be discussed. Then will discuss the sources of law in road traffic, and the biggest focus will be on liability insurance carrier according to CMR convention and referring to national law. In terms of harmonization and unification of the law questions of responsibility of the transporter is crucial, since it occupies a central place in regulation of certain sectors of transport. In the question of liability insurance carrier, the subject of insurance, insurance basics, breadth of coverage, supplementary insurance, and exclusion of damages will be analyzed.

Key words: CMR convention, insurance, road traffic, responsibility.

ČASOPIS „STRANI PRAVNI ŽIVOT“ UPUTSTVO ZA AUTORE

U časopisu Strani pravni život u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu objavljuju se naučni (originalni i pregledni) i stručni članci, komentari sudskih odluka, izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl. Pre svega, radovi treba da se odnose na prava i zakonodavstva drugih zemalja. Godišnje izlazi 4 broja časopisa. Tri broja se objavljuju na srpskom jeziku, (na latinici ili ćirilici), dok je rezime članka na engleskom jeziku. Četvrti broj se objavljuje na engleskom jeziku.

Radovi se dostavljaju redakciji Stranog pravnog života elektronskom poštom na adresu redakcije: **redakcijaspz@gmail.com**, odnosno, na **institut@icl.org.rs**, kao i neposredno, na CD-u, na adresu: Institut za uporedno pravo, Terazije 41, Beograd. Prilikom dostavljanja, uz rukopis treba priložiti i lične podatke o autoru, sa izjavom da rad ili bilo koji njegov deo nije prethodno objavljivan, kao i svim dodatnim informacijama koje bi mogle koristiti redakciji. Pristigli radovi se ne vraćaju. **Radove koji ne zadovoljavaju navedene kriterijume časopisa u pogledu teme rada, strukture rada i pravila citiranja, REDAKCIJA NEĆE UZETI U RAZMATRANJE, NITI ĆE POSLATI NA RECENZIJU.** Ukoliko rukopis odgovara standardima Stranog pravnog života, upućuje se na anonimnu recenziju. Svaki rad ocenjuju najmanje dva objektivna recenzenta, odabrana iz reda priznatih stručnjaka. Po recenziji, rukopisi se šalju autorima s primedbama i predlozima za otklanjanje nedostataka. Ispravljene rukopise, autori treba da vrate redakciji u roku od pet dana od dana prijema zahteva za ispravku rada. Ukoliko recenzenti utvrde da u radu ima više nepravilnosti vezanih za odnos sadržine rada i teme, strukture rada, nedostataka u korišćenju izvora, kao i drugih nepravilnosti, redakcija će odbiti objavljivanje članka, iako recenzenti nisu predložili odbijanje istog za objavljivanje. **REDAKCIJA DONOSI KONAČNU ODLUKU O OBJAVLJIVANJU ČLANAKA. REDAKCIJA MOŽE DA DONESE ODLUKU O NEOBJAVLJIVANJU I KAD ČLANAK DOBIJE POZITIVNE RECENZIJE. RAZLOZI ZA DONOŠENJE TAKVIH ODLUKA MOGU BITI VEZANI ZA VELIKI BROJ ČLANAKA KOJI SU DOBILI POZITIVNE RECENZIJE I NEMOGUĆNOST NJIHOVOG OBJAVLJIVANJA, UTVRĐIVANJE NEPRAVILNOSTI U ČLANKU, KOJE NISU UTVRĐENE OD STRANE RECENZENATA, UTVRĐIVANJE DA JE ČLANAK PRETHODNO OBJAVLJIVAN ILI NEKI NJEGOV**

DEO, KAO I DRUGI RAZLOZI, KOJE UTVRDI REDAKCIJA. Dostavljanjem rukopisa za objavljivanje u Stranom pravnom životu, autori pristaju na postavljanje svojih radova na internet stranici časopisa, odnosno, na internet stranici Instituta za uporedno pravo. Časopis zadržava i sva ostala prava, izuzev ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

PRAVILA IZRADE NAUČNIH I STRUČNIH ČLANAKA

1. Naučni i stručni članci moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, latiničnim ili ćiriličnim pismom, fontom **Times New Roman**, veličine **12 pt.** Prored 1,5;
2. Rukopisi ne treba da budu duži od jednog autorskog tabaka. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno, ukupno **28.800** kompjuterskih znakova. Članci duži od jednog autorskog tabaka neće biti objavljeni u časopisu. Izuzetno, mogu se objaviti i članci većeg obima o čemu redakcija donosi odluku;
3. Izvori (literatura) se navode u fusnotama, fontom veličine 10 pt. Ne navodi se literatura na kraju teksta;
4. Ime i prezime autora se navodi u gornjem levom uglu. Ostali podaci kao što su zvanje, titula, radno mesto, ustanova gde radi i mejl autora se navode u fusnoti;
5. Naslov rada se navodi velikim slovima na sredini, font 14. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10-12 reči;
6. Apstrakt se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Apstrakt ne sme da bude duži od 1000 znakova bez razmaka. Veličina fonta **11 pt.** Ključne reči se navode odmah ispod apstrakta. Veličina fonta **11 pt.** Apstrakt se piše u italiku;
7. Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima (**font 12**) i boldom, i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko u okviru podnaslova ima više celina, one se takođe označavaju arapskim brojevima (npr. 1.1., 1.1.1., itd.). Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima;
8. Rezime na engleskom jeziku običnim fontom se piše na kraju teksta. Iznad rezimea se navodi ime i prezime autora, sa podacima o zvanju, tituli, ustanovi gde radi i mestu na kome radi. Rezime ne sme da ima više od 1500 znakova bez razmaka. Ključne reči se navode ispod rezimea. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista;
9. Ceo članak, uključujući i rezime na stranom jeziku, podleže stručnoj lekturi.

Ostali prilozi

Komentari sudskih odluka ne smeju da budu duži od pola autorskog tabaka, odnosno, mogu da imaju najviše 15.000 kompjuterskih znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl., ne smeju biti obima većeg od 7.000 kompjuterskih znakova. Ostali prilozi ne sadrže apstrakt i rezime.

PRAVILA CITIRANJA

1. Knjige, monografije, udžbenici se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja.

Primer: J.Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45.

Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 20083). Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćena „fn.“.

Primer: J.Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45 fn. 83.

2. Članci se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godišće, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćena pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: J.Ćirić, „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život* 2/2012, 310.

3. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zapeatom.

Primer: J.Ćirić, P.Petrović, J.Jovanović

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćenice reči et alia (et al.) kurzivom.

Primer: J.Ćirić et al.,

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi samo broj strane i tačka (bez dodataka op. cit., nav. delo i sl.).

Primer: J.Ćirić, 310.

Ukoliko se citira više radova istog autora, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: J.Ćirić, (2012a), 310.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crtom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: J.Ćirić, 310–316.

Primer: J.Ćirić, (2012a), 310 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za ibidem u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid.*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

7. Propisi se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zapete broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćena pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osiguranju imovine i lica, *Sl.list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99

8. Član, stav i tačka propisa označava se skraćenicama čl., st. i tač.

Primer: čl. 6, st. 2, tač. 4. ili čl. 6, 8, 9 i 10. ili čl. 6–12, itd.

9. Navođenje sudskih odluka treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

10. Latinske i druge strane reči, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

11. Citiranje tekstova s interneta treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice i datum pristupa stranici.

Primer: Hodson David, EU approves European divorce enhanced cooperation, www.davidhodson.com/assets/documents/enhancedcoop.pdf, 14.04.2011.

12. Za „vidi“ koristi se skraćena „V.“, a za „uporedi“ skraćena „Upor.“.