

---

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO  
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW**

**ISSN 0039 2138**

**UDK 34**

**STRANI PRAVNI ŽIVOT**

**2/2015**

**Beograd, 2015.**

---

**Redakcija**

**Editorial board**

**Prof. dr Miodrag Orlić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

**Prof. dr Olga Cvejić-Jančić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

**Prof. dr Spiridon Vrelis**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

**Prof. dr Mikele Papa**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor Univerziteta u Firenci

**Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach**

redovni profesor, Državni Univerzitet u Beču

**Prof. dr Vid Jakulin**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

**Dr Stefanos Kareklas**

advokat iz Soluna

**Prof. dr Alesandro Simoni**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

**Prof. dr Đorđe Ignjatović**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

**Prof. dr Đorđe Đorđević**

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

**Prof.dr Dušan Vranjanac**

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

**Prof. dr Dejan Đurđević**

vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

---

**Ratomir Slijepčević**

sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije

**Doc. dr Goran Dajović**

docent Pravnog fakulteta u Beogradu

**Dr Branislava Knežić**

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

**Dr Ana Knežević Bojović**

naučni saradnik, NALED

**Dr Jovan Ćirić**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof.dr Nataša Mrvić Petrović**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof. dr Vladimir Čolović**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Aleksandra Rabrenović**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Doc. dr Jelena Ćeranić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Katarina Jovičić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof. dr Vladimir Đurić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

---

**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](mailto:institut@icl.org.rs), [www.comparativelaw.info](http://www.comparativelaw.info); tel. (011) 32 33  
213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

---

## SADRŽAJ

*Vid Jakulin*

**PRANJE NOVCA U AKTIMA EUROPSKE  
UNIJE I SAVETA EUROPE .....11**

*Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov*

**O POJMU PORESKE DRŽAVNE POMOĆI  
U PRAVU EVROPSKE UNIJE I UTICAJU  
NA SRPSKO PRAVO .....23**

*Nataša Mrvić-Petrović*

**PREVENTIVNE MERE PREMA OSUĐENICIMA  
OPASNIM PO DRUŠTVO U PRAVIMA  
SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA  
I VELIKE BRITANIJE .....41**

*Boris Krivokapić*

**REŠAVANJE MEĐUNARODNIH SPOROVA  
PRED MEĐUNARODNIM ORGANIZACIJAMA .....53**

*Natalia Erpyleva*

**EVOLUCIJA REGULISANJA SUKOBA ZAKONA  
U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU  
RUSIJE I POLJSKE .....79**

*Dejan Šuput*

**NASTAJANJE SPORTSKOG PRAVA  
EVROPSKE UNIJE .....99**

*Aleksandra Rabrenović*

**IZAZOVI PROCESA ZAPOŠLJAVANJA U  
DRŽAVNOJ SLUŽBI U BIH – PRAVNI I  
SOCIOLOŠKI ASPEKT .....117**

---

*Ana Knežević Bojović*

UČEŠĆE CIVILNOG SEKTORA U  
PROCESU PRIDRUŽIVANJA EVROPSKOJ UNIJI  
I PRAKSA NACIONALNOG KONVENTA O EU .....131

*Велимир Живковић*

КОДИФИКАЦИЈА, ЛЕГИТИМНОСТ И  
ТЕНЗИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ  
ИНВЕСТИЦИОНОМ ПРАВУ .....145

*Сања Стојковић – Златановић*

ГЕНЕТСКА ДИСКРИМИНАЦИЈА И  
ГЕНЕТСКО ТЕСТИРАЊЕ У ОБЛАСТИ РАДА  
И ЗАПОШЉАВАЊА – ОСНОВНА ПРАВНА ПИТАЊА .....157

*Ana Batričević*

VANSUDSKE MERE I VANSUDSKE  
SANKCIJE U MALOLETNIČKOM  
KRIVIČNOM PRAVU KANADE .....169

*Александра Вишекруна, Милош Станић*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СУПРУЖНИКА  
ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ У  
ПОЈЕДИНИМ ЕВРОПСКИМ  
ПОСТКОМУНИСТИЧКИМ ЗЕМЉАМА .....189

*Jasmina Vukotić*

STICANJE STVARNIH PRAVA NA NEPOKRETNOSTIMA  
U DOBROJ VERI U NEMAČKOM PRAVU .....209

*Jelena Lopičić Jančić*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ АСПЕКТ STATUSA  
JUGOSLOVENSKIH RATNIH ZAROBLJENIKA  
U LOGORU OSNABRIK U NEMAČKOJ  
OD 1941-1945. GODINE .....221

*Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin*

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVIČNOG DELA U  
PRAKSI TRIBUNALA ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU .....239

---

*Ana Janković Jovanović*

**OSNOVNI PROBLEMI I IZAZOVI U RADU  
NACIONALNIH PREVENTIVNIH MEHANIZAMA .....257**

*Vukan Slavković*

**SAVREMENO ANGLOAMERIČKO KRIVIČNO PRAVO  
I STADIJUMI IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA .....271**

*Tuxo B. Цакућ*

**УСТАВНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ  
ПРАВА НА ИМОВИНУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ .....281**

*Амра Мухомућ*

**СТАРОСНА ДИСКРИМИНАЦИЈА .....295**

*Iva Tošić*

**PRIMENA PRAVILA O SAOBRAĆAJU NA MLADE  
VOZAČE U SAD, ZEMLJAMA REGIONA I SRBIJI .....313**

*Ljubinko Mitrović*

**Prikaz udžbenika: Akademik Prof. dr Rajko Kuzmanović,  
Prof. dr Siniša Karan,  
USTAVNO PRAVO .....327**

---

**TABLE OF CONTENTS:**

*Vid Jakulin*

**MONEY LAUNDERING IN ACTS OF EUROPEAN  
UNION AND COUNCIL OF EUROPE .....11**

*Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov*

**ON THE NOTION OF FISCAL STATE AID IN THE EU LAW  
AND ITS IMPACT ON SERBIA'S LAW .....23**

*Nataša Mrvić-Petrović*

**PREVENTIVE MEASURES AGAINST  
DANGEROUS OFFENDERS IN LEGISLATIONS  
UNITED STATES AND UNITED KINGDOM .....41**

*Boris Krivokapić*

**SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES  
BEFORE THE INTERNATIONAL ORGANIZATIONS .....53**

*Natalia Erpyleva*

**THE EVOLUTION OF CONFLICT REGULATION  
IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF  
RUSSIA AND POLAND .....79**

*Dejan Šuput*

**ORIGIN OF THE EU SPORT LAW .....99**

*Aleksandra Rabrenović*

**KEY CHALLENGES IN THE RECRUITMENT AND  
SELECTION PROCESS IN THE BIH CIVI  
SERVICE – LEGAL AND SOCIOLOGICAL ASPECT .....117**

*Ana Knežević Bojović*

**CIVIL SECTOR PARTICIPATING IN THE EU  
ACCESSION PROCESS AND THE PRACTICE  
OF NATIONAL CONVENTIONS ON THE EU .....131**

---

*Velimir Živković*

**CODIFICATION, LEGITIMACY AND TENSIONS  
IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW .....145**

*Sanja Stojković-Zlatanović*

**GENETIC DISCRIMINATION AND GENETIC TESTING  
IN THE FIELD OF EMPLOYMENT  
– BASIC LEGAL ISSUES .....157**

*Ana Batričević*

**EXTRAJUDICIAL MEASURES AND EXTRAJUDICIAL  
SANCTIONS IN JUVENILE CRIMINAL JUSTICE  
SYSTEM OF CANADA .....169**

*Aleksandra Višekruna, Miloš Stanić*

**POSITION OF PRESIDENTIAL SPOUSE IN  
CERTAIN EUROPEAN POSCOMMUNIST COUNTRIES .....189**

*Jasmina Vukotić*

**ACQUISITION OF REAL ESTATE IN GOOD FAITH  
IN GERMAN LAW .....209**

*Jelena Lopičić Jančić*

**INTERNATIONAL LEGAL ASPECT OF STATUS  
OF YUGOSLAV PRISONERS OF WAR IN CAMP  
OSNABRUCK, GERMANY 1941-1945 .....221**

*Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin*

**PLEA BARGAINING BEFORE THE TRIBUNAL  
FOR THE FORMER YUGOSLAVIA .....239**

*Ana Janković Jovanović*

**MAIN NATIONAL PREVENTIVE MECHANISM  
ISSUES AND CHALLENGES .....257**

*Vukan Slavković*

**MODERN ANGLO-AMERICAN CRIMINAL LAW  
AND STAGES DURING THE COURSE  
OF COMMITTING CRIME .....271**

---

*Tiho B. Džakić*

**CONSTITUTIONAL ASPECTS OF PROTECTION  
OF RIGHT TO PROPERTY IN  
BOSNIA AND HERZEGOVINA .....281**

*Amra Muhović*

**AGE DISCRIMINATION .....295**

*Iva Tošić*

**USE OF TRAFFIC RULES AT YOUNG DRIVERS  
IN USA, REGIONAL COUNTRIES AND SERBIA .....313**

*Ljubinko Mitrović*

**Textbook review: Academician Prof. Rajko Kuzmanović Ph.D,  
Prof. Siniša Karan, Ph.D**

**CONSTITUTIONAL LAW .....327**

## PRANJE NOVCA U AKTIMA EUROPSKE UNIJE I SAVETA EUROPE

### Apstrakt

*Autor tretira pranje novca u aktima Europske Unije i Saveta Europe. Pranje novca svrstava u sklop međunarodnog privrednog krivičnog prava kao grane odnosno uže struke u okviru međunarodnog krivičnog prava. Mada se radi o relativno novom pojmu, koji još nije opšte priznat kao grana međunarodnog krivičnog prava, može se kao takav po sadržaju opredeliti u užem i širem smislu.*

*O sprečavanju pranja novca raspravljali su i doneli značajne akte između ostalih OUN, Europska unija i Savet Evrope. Europska unija donela je do sada tri direktive koje se odnose na sprečavanje pranja novca. Pranjem novca bavio se i Savet Evrope. Do sada je usvojio dve konvencije koje se odnose na sprečavanje pranja novca.*

*Predstavljeni pravni akti Europske unije i Saveta Europe dovoljno detaljno uređuju mere za sprečavanje, otkrivanje i gonjenje pranja novca. Važno je da ti akti traže od država potpisnica da urede pranje novca u domaćim zakonodavstvima u skladu s opredeljenjima pranja novca onako, kako su uređeni u evropskim aktima. To znači, traže da su uređenja pranja novca u nacionalnim zakonodavstvima slična, kako bi bila međunarodna saradnja olakšana, što je od posebno velikog značaja za sprečavanje i gonjenje pranja novca.*

**Ključne reči:** Europska unija, Savet Europe, pranje novca, finansiranje terorizma

### 1. Uvod

Pranje novca svrstavam u sklop međunarodnog privrednog krivičnog prava kao grane odnosno uže struke u okviru međunarodnog krivičnog

<sup>1</sup> Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani, Slovenija, e-mail: vid.jakulin@pf.uni-lj.si

prava. Mada se radi o relativno novom pojmu, koji još nije opšte priznat kao grana međunarodnog krivičnog prava, mogu ga kao takvog po sadržaju opredeliti u užem i širem smislu. Međunarodno privredno krivično pravo u užem smislu »pokriva« samo ona međunarodna krivična dela, koja se mogu počiniti isključivo prilikom obavljanja privredne delatnosti s prekograničnim uticajem, ili dela u vezi te vrste privredne delatnosti. U sklop međunarodnog privrednog krivičnog prava u širem smislu, međutim, moguće je ubrajati sve, što štetno utiče na globalne privredne struje odnosno prouzrokuje štetu svetskoj privredi. Takve pojave su:

- međunarodni organizovani kriminal
- pranje novca
- korupcija
- falsifikovanje novca
- povrede prava intelektualne svojine
- trgovanje na osnovu poverljivih unutrašnjih informacija i
- kibernetiski kriminal<sup>2</sup>

O sprečavanju pranja novca raspravljali su i doneli značajne akte između ostalih OUN, Evropska unija i Savet Evrope. Konvenciju OUN protiv nezakonitog prometa drogama i psihotropnim supstancijama iz 1988.<sup>3</sup> smatramo prvim međunarodnim dokumentom, koji definiše sadržaj krivičnog dela pranja novca, mada taj pojam u konvenciji uopšte nije pomenut. Konvencija opredeljuje krivično delo pranja novca deskriptivno, dok od država potpisnica, između ostalog, zahteva da opredele kao krivično delo sticanje, posedovanje ili upotrebu novca ili imovine za koje počinitelj zna da su stečeni trgovanjem drogom. Konvencija zahteva od država potpisnica i to da uredi zaplenu i oduzimanje imovinske koristi, koja proističe iz trgovine drogom, ili sredstava kojima je bilo počinjeno to krivično delo.<sup>4</sup>

Temeljni pravni akt OUN, koji određuje obaveze država potpisnica u borbi s pranjem novca, jeste Konvencija OUN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine.<sup>5</sup> Ta konvencija posvećuje pažnju pranju novca pre svega u članovima 6, 7 i 10. Konvencija obavezuje države potpisnice, da u skladu s principima svog unutrašnjeg prava usvoje zakonodavne i druge mere, koje su potrebne, da se kao krivična dela opredele sledeća dela učinjena s predumišljajem:

<sup>2</sup> L. Selinšek, u radu: M. Ambrož *et al.*, *Mednarodno kazensko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012, 309.

<sup>3</sup> United Nations Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

<sup>4</sup> L. Selinšek, 309.

<sup>5</sup> United Nations Convention against Transnational Organised Crime.

- zamena ili prenos imovine odnosno imovinske koristi za koju počinitelj zna da je bila stečena krivičnim delom, a želi prikriti nezakoniti izvor imovine, ili pomoć licu, koje je upleteno u činjenje prethodnog dela, kako bi se izbegle pravne posledice tog dela;
- sakrivanje ili prikriivanje pravne prirode, izvora, mesta, raspolaganja, kretanja ili vlasništva imovine ili imovinskih prava, kada počinitelj zna da je izvor imovine krivično delo;
- sticanje, posedovanje ili upotreba imovine, kada počinitelj u vreme njenog primanja zna, da se radi o imovini ili koristi koja proističe iz krivičnog dela, i
- učestvovanje, povezivanje ili tajni dogovor o činjenju ili pokušaju činjenja krivičnog dela pranja novca, kao i pomoć, navođenje, omogućavanje i savetovanje prilikom činjenja krivičnog dela.

Konvencija preporučuje državama potpisnicama da opredele kao prethodna krivična dela što širi krug krivičnih dela, a posebno sva teška krivična dela, <sup>6</sup> kriminalno udruživanje, korupcijska krivična dela i ometanje pravosuđa. <sup>7</sup>

Delimično se na pranje novca odnosi i Konvencija OUN protiv korupcije iz 2003. godine, <sup>8</sup> koja u četrnaestom članu opredeljuje mere za sprečavanje pranja novca, jer pranje novca često prati korupciju. <sup>9</sup>

U nastavku ću se fokusirati na pranje novca, kako je uređeno u aktima Evropske unije i Saveta Evrope.

## 2. Pranje novca u aktima Evropske unije

Evropska unija donela je do sada tri direktive koje se odnose na sprečavanje pranja novca. Prva jeste direktiva Saveta 91/308/EGS od 10. juna 1991. godine o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca. <sup>10</sup> Deset godina kasnije bila je prihvaćena Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2001/97/ES od 4. decembra 2001. o izmenama Direktive Saveta 91/308/EGS o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca. <sup>11</sup>

Treća po redu je Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2005/60/ES od 26. oktobra 2005. o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za

<sup>6</sup> Kao teška krivična dela smatraju se dela, za koja je zaprećena kazna zatvora od četiri godine ili više.

<sup>7</sup> Šesti, sedmi in deseti čl. Konvencije. V. takođe: L. Selinšek, 318.

<sup>8</sup> United Nations Convention against Corruption.

<sup>9</sup> L. Selinšek, 319.

<sup>10</sup> Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering OJ L 166, 28.6.1991.

<sup>11</sup> Directive 2001/97/EC of the European Parliament and the Council of 4 December 2001 amending Council directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering OJ L 344, 28.1.2001.

pranje novca i finansiranje terorizma,<sup>12</sup> koja je poništila obe prethodne. Predlog Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o sprečavanju upotrebe finansijskog sistema za pranje novca i finansiranje terorizma<sup>13</sup> već je pripremljen i zameniče Direktivu 2005/60/ES, no nije još moguće reći, kad će predlog biti prihvaćen.

Važeća Direktiva 2005/60/ES sadrži dosta obimnu preambulu i četrdeset i sedam članova. U preambuli nalaze se neke konstatacije koje zaslužuju pažnju.

Evropski parlament i Savet utvrđuju da obimni tokovi prljavog novca mogu štetiti stabilnosti i ugledu finansijskog sektora, ugrožavaju unutarnje tržište, a terorizam pretresa temelje našeg društva. Osim krivičnopravnim pristupom rezultate se može postići i preventivnim merama finansijskog sistema.

Pranje novca i finansiranje terorizma često se događaju na transnacionalnoj razini. Mere na isključivo nacionalnom nivou ili na nivou Zajednice, ali bez međunarodnog usklađivanja i saradnje, imale bi vrlo ograničene učinke. Mere, koje donese Zajednica na tom području, morale bi biti usklađene s drugim merama, donetim na međunarodnom nivou.

U poslednje vreme primećuju se velike izmene na području šire definicije pranja novca; definicija se na početku ograničavala na nezakonito trgovanje drogom i trebala bi obuhvatati dužu listu prethodnih krivičnih dela. Proširen obim prethodnih krivičnih dela olakšao bi prijavljivanje sumnjivih transakcija i međunarodnu saradnju na tom području.

Institucije i lica, na koje se ova direktiva odnosi, morali bi u skladu s njom identificirati i proveravati prave vlasnike. Prilikom ispunjavanja ovog zahteva institucije i lica sami odlučuju, da li će upotrebiti javni registar stvarnih vlasnika imovine, zamoliti svoje stranke za određene podatke, ili će te informacije steći na neki drugi način uz obaziranje na činjenicu, da je obim takvih mera za dobro upravljanje gazdinstvom (gospodarenje) vezan za opasnost pranja novca i finansijskog terorizma, što zavisi od stranke same, poslovnog odnosa, proizvoda ili transakcije.

Evropski parlament i Savet nadalje utvrđuju, da su bili počinioci krivičnih dela pranja novca i lica koja finansiraju terorizam, zbog pojačanog nadzora u finansijskom sektoru prinuđeni da traže nove metode za prikrivanje izvora sredstava stečenih krivičnim delima, a ujedno se ti putevi mogu upotrebiti i za finansiranje terorizma, zato bi se morale odnositi obavezne mere protiv pranja novca i finansiranja terorizma takođe i na ponudnike životnog osiguranja i na udruženja koja nude poduzetničke i fiducirane usluge.

<sup>12</sup> Directive 2005/60/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 2005 on the prevention of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing OJ L 309, 25.11.2005.

<sup>13</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing COM/2013/045 final - 2013/0025 COD.

Više puta se ispostavilo da prilikom plaćanja u gotovom veće svote predstavljaju veliki riziko, jer bi takav način plaćanja mogao značiti, da se radi o pranju novca i finansiranju terorizma. Zato bi se morala ta direktiva odnositi na plaćanje gotovinom u onim državama članicama, koje dopuštaju plaćanje gotovinom u visinama svota koje prelaze izvesan prag, i to za sva fizička i pravna lica koja trguju robom i pri tome primaju takve gotovine.

Pravno savetovanje još uvek je zaštićeno institutom profesionalne tajne, osim ako pravni savetnik učestvuje u pranju novca ili finansiranju terorizma, ili ako advokat zna, da stranka traži pravno savetovanje u vezi pranja novca ili finansiranja terorizma.

Pranje novca i finansiranje terorizma su međunarodni problemi, zato je potrebno boriti se s tim pojavama globalno. Da bi izbegli upotrebu različitih standarda u različitim institucijama ili grupi institucija, kreditne i finansijske institucije Zajednice, koje imaju svoje ekspoziture i filijale u trećim državama, u kojima je zakonodavstvo na tom području nepotpuno, morale bi upotrebiti standarde Zajednice odnosno obavestiti nadležne organe domaće države članice ako ta upotreba nije moguća.

Države članice moraju zbog izuzetne važnosti borbe protiv pranja novca i finansiranja terorizma doneti u svoja zakonodavstva efikasne, srazmerne i odvraćavajuće kazne za slučajeve nepoštovanja nacionalnih odredbi, donetih na osnovu te direktive. Potrebno bi bilo usvojiti i propise o kaznama za fizička i pravna lica. Obzirom da pravna lica često učestvuju u kompleksnim operacijama pranja novca ili finansiranja terorizma, kazne bi bilo potrebno prilagoditi delatnostima pravnih lica.

Direktivu čini sedam glava a sadrži četrdeset i sedam članova. Na osnovu prvog člana direktive države članice moraju garantovati, da su pranje novca i finansiranje terorizma zabranjeni. Prema toj direktivi pranje novca predstavljaju sledeće radnje ako su počinjene s namerom:

- a) transformiranje ili prenos imovine, znajući da ta imovina potiče iz krivičnog dela ili učestvovanja u takvom delu, s namerom prikrivanja ili skrivanja nelegalnog izvora imovine, ili pomoć licu koje je upleteno u činjenje tog dela da bi lice izbeglo pravne posledice svog dela;
- b) prikrivanje ili sakrivanje pravne prirode, izvora, mesta, raspolaganja ili proticanja imovine ili prava ili vlasništva na imovini, znajući da je izvor te imovine krivično delo ili učesništva u takvom delu;
- c) sticanje, vlasništvo ili upotreba imovine, znajući u vreme njenog primanja, da ta imovina izvire iz krivičnog dela ili učešća u takvom delu;
- d) učestvovanje udruživanje zbog izvršavanja pokušaj izvršavanja, pomoć, navođenje kao i omogućavanje i savetovanje u počinjenju bilo kog dela iz prošlih tačaka.

Kao pranje novca smatraju se i krivična dela od kojih potiče imovina namenjena pranju novca, a počinjena su na području druge države članice ili treće države.

U ovoj Direktivi »finansiranje terorizma« znači obezbeđenje ili skupljanje finansijskih sredstava na bilo koji način, direktno ili indirektno, s namerom ili znanjem da će biti delimično ili u celini upotrebljena za počinjenje jednog ili više krivičnih dela u smislu članova 1 do 4 Okvirnog zaključka Saveta 2002/45/PNZ od 13. juna 2002. o borbi protiv terorizma.

O znanju, predumišljaju ili nameri kao potrebnom elementu dela, koja su navedena u drugom i četvrtom stavu prvog člana, moguće je pretpostavljati na osnovu objektivnih okolnosti. U drugom članu opredeljen je krug fizičkih i pravnih lica za koja se ta direktiva upotrebljava.

U trećem članu opredeljeni su sledeći pojmovi: kreditna institucija, finansijska institucija, imovina, kriminalna delatnost, teško krivično delo, pravi vlasnik, društvo koje nudi poduzetničke ili fiducirane usluge, politički izloženo lice, poslovni odnos i prividna banka. »Kriminalna delatnost« podrazumeva svako učešće u činjenju teškog krivičnog dela. »Teškim krivičnim delom« prema toj direktivi smatra se najmanje:

- (a) delo kako je opredeljeno u članovima 1 do 4 Okvirnog zaključka 2002/475/PNZ;
- (b) svako krivično delo opredeljno u članu 3(1)(a) Konvencije Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa zabranjenim drogama i psihotropnim supstancijama iz 1988. godine;
- (c) aktivnosti kriminalnih organizacija kako su definisane u članu 1 Zajedničke mere Saveta 98/733/PNZ od 21. decembra 1998. o kažnjivosti učestvovanja u kriminalnim grupama u državama članicama Evropske unije;
- (d) prevara, barem ona teža, onako kao što je opredeljena u članovima 1(1) i 2 Konvencije o zaštiti finansijskih interesa Evropskih zajednica;
- (e) korupcija;
- (f) sva krivična dela, koja se kažnjavaju oduzimanjem slobode ili merama bezbednosti ili vaspitnim merama na period duži od godine dana, ili u slučaju država čiji pravni sistem predviđa minimalni prag za krivična dela, sva krivična dela, koja se kažnjavaju oduzimanjem slobode ili merama bezbednosti ili vaspitnim merama na period od najmanje šest meseci.

U drugoj glavi koja je podeljena na četiri dela, dosta detaljno je uređena dužnost obaveznika u utvrđivanju identiteta stranaka. Na osnovu šestog člana države članice moraju svojim kreditnim i finansijskim institucijama zabraniti vođenje anonimnih računa ili anonimnih bankovnih štednih knjižica.

Treća glava podeljena je na dva dela i uređuje dužnost izveštavanja obaveznika nadležnim organima. Na osnovu 20. člana direktive

države članice moraju zahtevati da institucije i lica, za koje važi ova direktiva, posvete posebnu pažnju svim radnjama za koje smatraju da bi mogle biti povezane s pranjem novca ili finansiranjem terorizma, a posebno komplikovanim ili neobično obimnim transakcijama i svim neuobičajenim uzorcima transakcija koje nemaju evidentan ekonomski ili očigledan pravno osnovani razlog.

U skladu s 21. članom direktive svaka država članica mora za efikasnu borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma osnovati FIU.<sup>14</sup> FIU mora biti osnovana kao centralni nacionalni organ. Taj organ nadležan je za primanje (i u dovoljnom obimu za zahtevanje), analiziranje i davanje podataka o eventualnom pranju novca, finansiranju terorizma ili bilo kakvih podataka, koje zahteva nacionalno zakonodavstvo, kao i za njihovo nuđenje nadležnim organima. Za obavljanje ovih zadataka FIU prima odgovarajuća sredstva. Države članice moraju FIU blagovremeno obezbediti direktno ili indirektno dostupanje do finansijskih upravnih podataka i podataka u vezi gonjenja. Ti podaci su toj instituciji potrebni za uspešno obavljanje svojih zadataka.<sup>15</sup>

Države članice moraju doneti odgovarajuće mere kojima će zaštititi od pretnji ili drugih neprijateljskih radnji zaposlene u institucijama ili zaposlene kod lica za koje važi ta direktiva i koja u slučaju sumnje pranja novca ili finansiranja terorizma obaveštavaju - bilo interno ili neposredno FIU.

Četvrta glava uređuje vođenje evidencija i statističkih podataka. U skladu s 32. članom direktive države članice moraju zahtevati da njihove kreditne i finansijske institucije uspostave sisteme, koji će im u skladu s nacionalnim zakonodavstvom omogućavati da se u celini i u trenutku odazovu na raspitivanja FIU ili drugih organa, da li imaju ili su u zadnjih pet godina imale poslovne odnose s određenim fizičkim ili pravnim licima i kakva je bila priroda tih poslovnih odnosa.

U petoj glavi, koja je podeljena na četiri dela, uređene su mere izvršavanja. U četvrtom razdelu uređuju se kazne. Države članice moraju garantovati da mogu biti fizička i pravna lica, na koja se ova direktiva odnosi, odgovorna za kršenja nacionalnih odredbi, donetih na osnovu te direktive. Kazne moraju biti efikasne, srazmerne i odvraćavajuće.<sup>16</sup>

Šesta glava direktive uređuje delegirane akte i mere sprovođenja, a u sedmoj su skupljene konačne odluke.

---

<sup>14</sup> FIU znači Financial Intelligence Unit (finansijska obaveštajna jedinica) - osrednji nacionalni organ, nadležan za primanje (i ako je tako dozvoljeno, traženje), analiziranje i obaveštavanje o finansijskim podacima nadležnih organa.

<sup>15</sup> 21. Čl. direktive.

<sup>16</sup> Prvi st. 39. Čl. direktive.

### 3. Pranje novca u aktima Saveta Evrope

Pranjem novca bavio se i Savet Evrope. Do sada je usvojio dve konvencije koje se odnose na sprečavanje pranja novca. Prvu konvenciju usvojio je već 1990. godine. To je bila konvencija br. 141 o pranju, otkrivanju, zapleni i oduzimanju imovinske koristi, stečene krivičnim delom.<sup>17</sup> Tu konvenciju 2005. godine zamenila je konvencija br. 198 o pranju, otkrivanju, zapleni i oduzimanju imovinske koristi, stečene krivičnim delom, i o finansiranju terorizma.<sup>18</sup> Sada važeća konvencija sadrži preambulu i 56 članova, a čini je sedam glava.

Prvu glavu sačinjavaju definicije pojmova koje konvencija upotrebljava. Među tim pojmovima je i zaplena (confiscation), koju konvencija definira kao kaznu ili meru određenu sudom prema krivičnom delu ili više krivičnih dela i čija posledica je definitivno oduzimanje imovine. Pri tome je potrebno specijalno upozoriti, da se ne radi o kazni zaplene imovine kakvu je nekada poznavalo jugoslavensko krivično pravo, a značila je da se može osuđenom bez nadoknade oduzeti praktično sva imovina, već se radi o meri, kojom sud počiniocu oduzme predmete, imovinsku korist stečenu krivičnim delom, ili imovinu koja po vrednosti odgovara takvoj imovinskoj koristi.

U drugoj glavi opredeljeno je finansiranje terorizma. U skladu s drugim članom konvencije, svaka država koja je potpisala ugovor mora doneti takve zakonodavne i druge eventualne mere, koje će joj omogućavati upotrebu odredbi konvencije u vezi finansiranja terorizma. Svaka potpisnica ugovora mora pre svega garantovati, da može otkriti, pratiti, prepoznati, zamrznuti, zapleniti i oduzeti imovinu legalnog ili nelegalnog izvora, koja se upotrebljava ili je u celini ili delimično i na bilo koji način namenjena finansiranju terorizma, ili imovinsku korist iz tog krivičnog dela i da za tu svrhu garantuje saradnju u najširem mogućem obimu. U trećoj glavi su navedene mere, koje moraju države potpisnice usvojiti na nacionalnoj razini. Među tim merama na prvom mestu se nalaze mere za oduzimanje (zaplenu). Treći član obavezuje potpisnice ugovora da donesu odgovarajuće zakonodavne i druge mere, kako bi se mogli oduzeti predmeti ili imovinska korist ili imovina, koja po vrednosti odgovara takvoj imovinskoj koristi ili opranoj imovini. Ta odredba je vrlo značajna, jer zahteva od potpisnica ugovora da usvoje takve mere, na osnovu kojih će biti moguće posezati i na legalno stečenu imovinu u onoj visini, koja odgovara vrednosti protivpravno stečene imovinske

<sup>17</sup> Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, European Treaty Series no 141.

<sup>18</sup> Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, European Treaty Series no 198.

koristi. Ta mera, naravno, uzima se u obzir samo ako nije moguće oduzeti predmete odnosno imovinsku korist stečenu krivičnim delom. Drugi stav trećeg člana, doduše, dozvoljava mogućnost da potpisnica ugovora posebnom izjavom odredi krivična dela ili vrste krivičnih dela za koja se ta mera upotrebljava, no ne može se isključiti upotreba te mere u celini.

Na osnovu četvrtog člana konvencije svaka država potpisnica ugovora mora usvojiti takve zakonske i druge eventualne mere, da može brzo prepoznati, ući u trag, zamrznuti ili zapleniti imovinu, koja se može na osnovu trećeg člana oduzeti, pre svega zato, da bi se kasnije omogućilo oduzimanje.

Peti član uređuje zamrzavanje, zaplenu i oduzimanje. Države potpisnice ugovora moraju usvojiti takve zakonodavne i druge moguće mere, kojima se jemči da mere za zamrznuće, zaplenu i oduzimanje obuhvataju takođe i:

- a) imovinu u koju se imovinska korist pretvorila ili izmenila;
- b) imovinu stečenu iz legalnih izvora, ako je bila imovinska korist u celini ili delimično pomešana s takvom imovinom, do ocenjene vrednosti imovinske koristi stečene krivičnim delom;
- c) prihod ili druge koristi iz imovinske koristi, iz imovine u koju se pretvorila ili izmenila imovinska korist koja proizlazi iz krivičnih dela, ili iz imovine sa kojom se ta imovinska korist izmešala, do ocenjene vrednosti imovinske koristi stečene krivičnim delom, na jednak način i u jednakom obimu kao za imovinsku korist.

U sedmom članu uređena su ovlašćenja i metode pretrage. Svaka država potpisnica ugovora mora doneti zakonske i druge moguće mere, kojima ovlašćuje svoje sudove ili druge nadležne organe da odrede, da se daju na raspoloženje bankarske, finansijske ili poslovne evidencije ili se zaplene u svrhu obavljanja radnji iz 3., 4. i 5. člana. Bankarska tajnost ne može predstavljati prepreku za izvršenje mere. U trećem stavu tog člana predviđena je upotreba posebnih metoda i sredstava pretrage za lakše prepoznavanje imovinske koristi i njeno praćenje kao i skupljanje dokaza u vezi toga. Od ove vrste metoda predviđeno je posmatranje, prestrezanje telekomunikacija, dostup do kompjuterskih sistema i zadataka za izradu posebnih (specijalnih) listina.

U osmom članu određena je obaveza država potpisnica ugovora da donesu zakone i druge eventualne mere da bi se licima, kojima je počinjena šteta na osnovu 3., 4. i 5. člana i na osnovu drugih odgovarajućih odredbi u tom delu, garantovala efikasna pravna sredstva za sačuvanje njihovih prava.

Deveti član je od izuzetne važnosti. Države potpisnice ugovora obavezuje, da će u unutrašnjim zakonodavstvima inkriminirati pranje novca kako je opredeljeno u tom članu. Kao pranje novca po toj konvenciji smatraju se sledeća dela, učinjena s umišljajem:

- a) zamena i prenos imovine za koju se zna da je imovinska korist, kako bi se sakrio ili prikrrio nezakoniti izvor imovine ili pomoglo licu koje je učestvovalo u izvršenju prethodnog krivičnog dela da bi izbeglo pravne posledice svojih postupaka;
- b) sakrivanje ili prikrivanje pravne prirode, izvora, mesta imovine, raspolaganja njome, njenog kretanja, vlasništva imovine ili prava u vezi s njom, kada se zna da takva imovina predstavlja imovinsku korist.

Uzimajući u obzir svoja ustavna načela i temelje pravnog sistema države potpisnice moraju opredeliti kao krivična i sledeća dela učinjena s umišljajem:

- a) sticanje, posedovanje ili upotrebu imovine, kada se u vreme primanja zna da takva imovina predstavlja imovinsku korist;
- b) učestvovanje, povezivanje ili tajni dogovor o činjenju ili pokušaju činjenja bilo kog krivičnog dela, opredeljenog u skladu s ovim članom, kao i pomoć, navođenje, omogućavanje i savetovanje prilikom činjenja takvog krivičnog dela.

Četvrti stav tog člana omogućava državama potpisnicama da posebnom izjavom odrede krivična dela ili vrste krivičnih dela, u vezi kojih će biti raspolaganje imovinskom korišću koja potiče iz tih dela inkriminisano kao pranje novca. Znači, državama potpisnicama ugovora je omogućeno, da inkriminiraju kao pranje novca samo raspolaganje imovinskom korišću koja potiče iz određenih krivičnih dela, ili da inkriminiraju kao pranje novca raspolaganje svakom imovinskom korišću, bez obzira iz kog krivičnog dela ona poticala. Slovenija se odlučila za drugu mogućnost i kao pranje novca inkriminirala raspolaganje imovinskom korišću koja potiče iz bilo kog krivičnog dela.

Četvrta glava uređuje međunarodnu saradnju. Ta glava je najobimnija i podeljena je u sedam delova. U tom delu uređena su načela međunarodne saradnje, pomoć u pretrazi, privremene mere, oduzimanje (zaplena), odbijanje i odlaganje saradnje, notifikacija i zaštita prava trećih lica, proceduralna i druga opšta pravila.

Od odredbi u toj glavi najinteresantnije su, a možda i najspornije, odredbe koje uređuju privremene mere. Prvi stav 21. člana obavezuje državu potpisnicu ugovora da na molbu (zahtev) druge potpisnice koja je započela krivični postupak ili postupak za oduzimanje (zaplenu) imovine, uvede privremene mere, kao što su zamrzavanje ili zaplena, kako bi se sprečili bilo kakvi poslovi s imovinom, njeno prenošenje ili raspolaganje njome, jer bi ta imovina kasnije mogla biti predmet zahteva za oduzimanje ili bi omogućavala udovoljenje takvom zahtevu. U drugom stavu određena je obaveza potpisnice ugovora koja dobije zahtev

za oduzimanje u skladu s 23. članom (uređuje obavezu oduzimanja), da na osnovu zahteva uvede mere, navedene u prvom stavu tog člana, za svaku imovinu, koja je predmet zahteva ili koja bi omogućavala ugođenje zakvom zahtevu. Odredba tog člana od velike je važnosti, jer od države potpisnice ugovora zahteva, da na osnovu zahteva druge države potpisnice pre zaključka krivičnog postupka u državi, koja je podnela zahtev, zamrzne ili zapleni bilo koju imovinu na svom ozemlju, u slučaju da ona predstavlja predmet ili imovinsku korist koja potiče iz krivičnog dela, ili čak legalno stečenu imovinu na koju se može posegnuti do visine protivpravno stečene imovinske koristi.

Peta glava uređuje saradnju između FIU. U šestoj glavi su uređeni kontrolni mehanizmi i rešavanje sukoba, a u sedmoj su konačne odluke.

#### 4. Zaključak

Pravni akti Evropske unije i Saveta Evrope, koje smo predstavili, dovoljno detaljno uređuju mere za sprečavanje, otkrivanje i gonjenje pranja novca. Važno je da ti akti traže od država potpisnica da urede pranje novca u domaćim zakonodavstvima u skladu s opredeljenjima pranja novca onako, kako su uređeni u evropskim aktima. To znači, traže da su uređenja pranja novca u nacionalnim zakonodavstvima slična, kako bi bila međunarodna saradnja olakšana, što je od posebno velikog značaja za sprečavanje i gonjenje pranja novca.

**Prof. Vid Jakulin Ph.D**

Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

## **MONEY LAUNDERING IN ACTS OF EUROPEAN UNION AND COUNCIL OF EUROPE**

### Summary

The author deals with the regulation of money laundering in the legal instruments of the European Union and Council of Europe. He ranges money laundering in the group of international economic crime law as a

branch or sphere of international criminal law. Although it is considered as a relatively new notion which has not been yet generally admitted as a branch of international criminal law, it could be nevertheless defined with regard to its subject in narrow and broader sense.

Money laundering has been also extensively discussed by the United Nations, European Union and Council of Europe which adopted important legal acts. The European Union has adopted so far three directives concerning the prevention of money laundering. Money laundering was also considered the Council of Europe which has adopted so far two conventions related to money laundering.

Legal acts of the European Union and Council of Europe which are presented in this paper regulate much precisely measures for prevention, detection, and prosecution of money laundering. It is important that the mentioned instruments require from the signatory states, for which they are legally binding, to regulate their national legislation in accordance with the definition of money laundering set up in these acts. It means that the regulation of money laundering in national laws should be very similar to the regulation in respective international instruments; this facilitates international cooperation which is particularly important for a successful prevention and prosecution of money laundering.

**Key words:** European Union, Council of Europe, money laundering, financing of terrorism

Prof. dr Dejan Popović<sup>1</sup>  
Prof. dr Gordana Ilić-Popov<sup>2</sup>

Originalni naučni rad

UDK: 346.542:336.225.66(497.11)(4-672EU)

## O POJMU PORESKE DRŽAVNE POMOĆI U PRAVU EVROPSKE UNIJE I UTICAJU NA SRPSKO PRAVO<sup>3</sup>

### *Apstrakt*

*Neka mera smatraće se državnom pomoći ako transferom državnih resursa korisnicima selektivno pruža ekonomsku pogodnost i time narušava konkurenciju i trgovinu između zemalja. Predmet rada su samo određeni aspekti državne pomoći u vidu umanjenja javnih prihoda. Autori podvrgavaju analizi svaki od elemenata pojma poreske državne pomoći, potkrepljujući je odgovarajućim presudama sudova EU. Sem toga, oni ističu da selektivnim poreskim merama mogu da se istovremeno naruše i osnovne slobode iz konstitutivnih sporazuma EU i pravila o državnoj pomoći. U radu je ukazano na uticaj prava EU na srpsko pravo državne pomoći dodeljene putem poreskih instrumenata.*

**Ključne reči:** Poreska državna pomoć, Poreska olakšica, Ekonomska pogodnost, Transfer državnih resursa, Selektivnost, Evropski sud pravde.

### 1. Uvodne napomene

Pravo državne pomoći postalo je deo srpskog nacionalnog prava pred kraj prve decenije XXI veka, kada je, u skladu s obavezom preuzetom čl. 38 Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane

<sup>1</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; e-mail: dejan.popovic@ius.bg.ac.rs

<sup>2</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; e-mail: gordana@ius.bg.ac.rs

<sup>3</sup> Ovaj članak napisan je u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“.

(dalje: PST),<sup>4</sup> donet Zakon o kontroli državne pomoći.<sup>5</sup> U čl. 2, tač. 1 tog zakona državna pomoć se određuje kao „svaki stvarni ili potencijalni javni rashod ili umanjeње javnog prihoda, kojim korisnik državne pomoći stiče povoljniji položaj na tržištu u odnosu na konkurente, čime se narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu”. Iz ovakve definicije proizlazi da instrumenti državne pomoći mogu biti različiti: subvencije, krediti pod povoljnijim uslovima, ulaganja u rizični kapital, otpis duga, državne garancije, kratkoročno osiguranje kredita, prodaja nepokretnosti u javnoj svojini, poreski podsticaji, otpis poreza i sl.<sup>6</sup>

Svaka državna pomoć koja narušava ili pretila da naruši konkurenciju davanjem prednosti određenim preduzećima ili određenim proizvodima nije u skladu sa SSP, u meri u kojoj može uticati na trgovinu između EZ i Srbije.<sup>7</sup> Svako postupanje suprotno zabrani ovakve državne pomoći ocenjuje se na osnovu kriterijuma iz čl. 87 Sporazuma o EZ<sup>8</sup> i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije EZ (Komisija i sudovi EZ). Otuda je Komisija za kontrolu državne pomoći<sup>9</sup> dobila ovlašćenja da odobrava šeme državne pomoći<sup>10</sup> i dodelu individualne pomoći u skladu sa kriterijumima propisanim na nivou EU, kao i pravo da naredi povraćaj državne pomoći koja je nezakonito dodeljena. Srbija se obavezala da pripremi sveobuhvatan popis šema pomoći koje su uspostavljene pre osnivanja ove Komisije. Te šeme moraju da budu usklađene s evropskim kriterijumima najdalje do 1.9.2017. godine.<sup>11</sup> Radi osiguranja transparentnosti na području državne

<sup>4</sup> PST, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08. Stupanjem na snagu (1.9.2013) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane – SSP, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08, PST je prestao da važi, a obaveze u pogledu državne pomoći postale su predmet uređivanja u čl. 73 SSP.

<sup>5</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 51/09. Zakon je počeo da se primenjuje 20.3.2010. godine, kada su stupile na snagu Uredba o pravilima za dodelu državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 13/10, ..., 119/14 i Uredba o načinu i postupku prijavljivanja državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 13/10.

<sup>6</sup> Čl. 5 Pravilnika o metodologiji izrade godišnjeg izveštaja o dodeljenoj državnoj pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 3/11.

<sup>7</sup> Čl. 73, st. 1, tač. 3 SPP.

<sup>8</sup> Po stupanju na snagu Lisabonskog sporazuma, konstitutivni ugovor postao je Sporazum o funkcionisanju EU – SFEU. Čl. 87 Sporazuma o EZ postao je čl. 107 SFEU. U daljem tekstu pozivaćemo se na numeraciju članova prema SFEU.

<sup>9</sup> Odluka o obrazovanju Komisije za kontrolu državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 112/09.

<sup>10</sup> Šema državne pomoći predstavlja svaki akt na osnovu kojeg pojedinačna pomoć može biti dodeljena preduzećima određenim u aktu na opšti način, kao i svaki akt na osnovu kojeg pomoć koja nije povezana sa nekim specifičnim projektom može biti pružena jednom preduzeću ili većem broju njih, na neodređeni period, odnosno na neodređenom iznosu. V. čl. 2, tač. 15 Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, OJ L 187, 26.6.2014. Za definiciju šeme državne pomoći u srpskom pravu, upor. čl. 12, st. 2 Zakona o kontroli državne pomoći.

<sup>11</sup> Čl. 73, st. 6 SPP. Pošto nije članica EU, Srbija je Uredbom o pravilima za dodelu državne pomoći preuzela u svoj pravni sistem kriterijume koji proističu iz primene čl. 107 SFEU i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije EU.

pomoći, Srbija i EU su se obavezale da jedna drugoj dostavljaju redovan godišnji izveštaj o državnoj pomoći, prateći metodologiju sadržanu u pregledu državne pomoći u EU.<sup>12</sup>

Popis postojećih neusklađenih šema državne pomoći Vlada Srbije je usvojila septembra 2011. godine, s tim što ih je do kraja 2012. godine trebalo uskladiti sa pravilima za dodelu državne pomoći. No, kako postupak usklađivanja nije okončan u utvrđenom roku, pri čemu su brojne popisane šeme u međuvremenu pretrpele izmene ili su stavljene van snage, Vlada je sredinom 2014. godine usvojila novi popis postojećih šema državne pomoći i zadužila nadležna ministarstva da ih usklade sa pravilima za dodelu te pomoći.<sup>13</sup>

## 2. Opšte o elementima definicije (poreske) državne pomoći u pravu EU

Sporazum o EU određuje da Unija ustanovljava unutrašnje tržište i ima za cilj održivi razvoj Evrope zasnovan na „veoma konkurentskoj socijalnoj tržišnoj privredi“.<sup>14</sup> Međutim, državna intervencija je, iz različitih razloga, prisutna u privrednom životu (npr. javna dobra, eksternalije, antimonopolska politika i dr.),<sup>15</sup> a „državna pomoć predstavlja samo jedan od kanala kroz koje vlade utiču na funkcionisanje tržišta i ekonomija“.<sup>16</sup>

Da bi se neka mera smatrala državnom pomoći, prema pravu EU, ona mora kumulativno da ispuni sledeće kriterijume, i to da:<sup>17</sup>

- 1) korisnicima pruža ekonomsku pogodnost;
- 2) je pogodnost pružena od strane države (uključujući niže političko-teritorijalne jedinice) ili putem državnih sredstava;
- 3) favorizuje određena preduzeća ili proizvodnju određenih dobara;
- 4) narušava konkurenciju i ima nepovoljne efekte na trgovinu između država članica.

Definicija državne pomoći je objektivna, odnosno neka mera se ne može isključiti iz njenog obuhvata samo zato što ima, recimo, socijalnopolitički

<sup>12</sup> Čl. 73, st. 5 SPP.

<sup>13</sup> Zaključci Vlade Republike Srbije 05-br. 401-6830/2011-1, 05-br. 401-2452/2012-1 i 05-br. 401-7468/2014. Devet šema s ove liste predstavljaju državnu pomoć u vidu umanjenja javnih prihoda: u pitanju su mere uređene u čl. 46 i 50a Zakona o porezu na dobit pravnih lica, čl. 21v i 21g Zakona o porezu na dohodak građana, čl. 45 i 45b Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje i čl. 86, 87 i 101 Zakona o zaštiti životne sredine.

<sup>14</sup> Čl. 3, st. 3 Consolidated Version of the Treaty on European Union, OJ C 83, 30.3.2010.

<sup>15</sup> Upor. B.Begović, M.Labus, A.Jovanović, *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 229 i dalje.

<sup>16</sup> K.Bacon *et al.*, *European Community Law of State Aid*, Oxford University Press, Oxford 2009, 7.

<sup>17</sup> Čl. 107, st. 1 SFEU.

cilj (npr. smanjenje stope socijalnih doprinosa u pojedinim granama)<sup>18</sup> ili teži ostvarivanju cilja od javnog interesa (npr. zaštiti životne sredine). Važan je, dakle, efekat koji ta mera proizvodi, a ne njen cilj.

Obeležja koja se odnose na državnu pomoć *en général* (koja se ponekad poistovećuje sa subvencijama) važe i za državnu pomoć u formi umanjenja javnog prihoda. Takve mere, koje obuhvataju:

- umanjenje poreske osnovice (odbici, ubrzana amortizacija, unošenje rezervi u poreski bilans i sl.);
- potpuno ili delimično umanjenje poreza (poresko oslobođenje, poreski kredit); i
- odlaganje, poništenje ili reprogramiranje poreskog duga,

nazvaćemo „poreskom državnom pomoći“ (eng. *fiscal State aid*), koristeći termin „poreska“ u najširem smislu, tako da se odnosi na sve vrste fiskalnih javnih prihoda (poreze u užem značenju, doprinose za obavezno socijalno osiguranje, takse i naknade za korišćenje javnih dobara).<sup>19</sup> Oko četvrtine državne pomoći u EU dodeljuje se posredstvom poreskih mera,<sup>20</sup> a u Srbiji gotovo jedna trećina.<sup>21</sup>

Upravo zbog razmera poreske državne pomoći, Komisija EU je krajem 1998. godine usvojila Obaveštenje o primeni pravila o državnoj pomoći na mere koje se odnose na neposredno oporezivanje poslovanja.<sup>22</sup> Države članice su dužne da svake godine podnose Komisiji izveštaje o svojim postojećim sistemima državne pomoći, uključujući procenu smanjenja budžetskih prihoda.

### 3. Državna pomoć u evropskom pravu

#### 3.1. Načelna zabrana državne pomoći

U državama članicama EU ozbiljno se shvata rizik da bi državna pomoć, čiji je udeo (bez potpore železnicama) u BDP u 2011. godini bio u proseku 0,51% BDP,<sup>23</sup> mogla da naruši konkurenciju. Za očuvanje

<sup>18</sup> ECJ, Case C-173/73 (*Italy v Commission*) [1974] ECR 709, par. 13.

<sup>19</sup> D.Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije, Beograd 2014, 11-12.

<sup>20</sup> Seventh Survey on State Aid in Slovenia for 2002, 2003 and 2004, June 2005, [www.mf.gov.si/fileadmin/mf.gov.si/pageuploads/drzavne\\_pomoci/a\\_sedma-studija\\_dr\\_pomoci.pdf](http://www.mf.gov.si/fileadmin/mf.gov.si/pageuploads/drzavne_pomoci/a_sedma-studija_dr_pomoci.pdf), 15.

<sup>21</sup> U 2013. godini poreski podsticaji su učestvovali sa 32,3% u dodeljenoj državnoj pomoći. V. Izveštaj o dodeljenoj državnoj pomoći u Republici Srbiji 2013. godine, Komisija za kontrolu državne pomoći, Beograd 2014, 26.

<sup>22</sup> Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation – Commission Notice, OJ C 384, 10.12.1998.

<sup>23</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat>, 12.4.2015. U Srbiji je učešće dodeljene državne pomoći bez potpore saobraćaju u BDP 2013. godine iznosilo 1,87%. V. Izveštaj o dodeljenoj državnoj pomoći u Republici Srbiji 2013. godine, 10.

konkurentnog unutrašnjeg tržišta važna je zajednička politika zabrane državne pomoći,<sup>24</sup> jer pružanje finansijske podrške od strane države jednom preduzeću remeti konkurenciju između tog preduzeća i njegovih konkurenata, koji takvu podršku nisu primili. Zbog toga čl. 107, st. 1 SFEU predviđa da je, u meri u kojoj utiče na trgovinu između država članica, svaka pomoć data od strane države članice ili putem državnih resursa, u bilo kojem obliku, koja narušava ili pretili da naruši konkurenciju favorizujući određena preduzeća ili proizvodnju određenih dobara, inkompatibilna s unutrašnjim tržištem.

### 3.2. Izuzeci od zabrane državne pomoći

Postoje, međutim, izuzeci kada je državna pomoć ipak dopuštena. Neki oblici državne pomoći su *uvek kompatibilni* s unutrašnjim tržištem, i to: (a) pomoć socijalnog karaktera, pružena pojedinačnim potrošačima, pod uslovom da nema diskriminacije povezane sa poreklom datog proizvoda; (b) pomoć za otklanjanje štete prouzrokovane prirodnim katastrofama; (c) pomoć pružena privredi u određenim područjima SR Nemačke, u meri u kojoj je ona potrebna da se kompenzuju negativne ekonomske posledice izazvane podelom Nemačke.<sup>25</sup>

S druge strane, pojedini oblici državne pomoći *moгу da budu kompatibilni* s unutrašnjim tržištem, što zavisi od diskrecione odluke institucija EU, i to da bi se: (a) unapredio ekonomski razvoj područja gde je životni standard izuzetno nizak ili postoji visoka stopa nezaposlenosti,<sup>26</sup> kao i „najudaljenijih” regiona (Gvadelupa, Francuska Gijana, Martinik, Reunion, Majot, Sen Marten, Azori, Madera i Kanarska ostrva),<sup>27</sup> imajući u vidu njihovu ekonomsku i socijalnu situaciju; (b) omogućilo sprovođenje projekta od zajedničkog evropskog interesa ili otklonio ozbiljan poremećaj u privredi države članice; (c) olakšao razvoj određenih ekonomskih delatnosti ili ekonomskih oblasti, gde takva pomoć ne utiče negativno na uslove trgovine u razmerama koje su suprotne zajedničkom interesu; (d) unapredilo očuvanje kulture i nasleđa, uz zaštitu zajedničkog interesa.

<sup>24</sup> Upor. D.Chalmers, G.Davies, G.Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 674-684, 910 i dalje.

<sup>25</sup> Čl. 107, st. 2 SPP.

<sup>26</sup> Tokom prvih pet godina od stupanja na snagu SSP Srbija se smatra takvim područjem prilikom ocene državne pomoći koju dodeljuje. V. čl. 73, st. 7, tač. (a) SPP.

<sup>27</sup> Čl. 349 SFEU.

Države članice imaju obavezu da obaveste Komisiju o svojim planovima da pruže ili izmene pomoć, te da pre primene mere dobiju njeno odobrenje.<sup>28</sup> Ali, Savet može doneti odgovarajuće uredbe,<sup>29</sup> na osnovu kojih je Komisija ovlašćena da od obaveze prethodnog obaveštavanja, pod određenim uslovima, izuzime: regionalnu pomoć u skladu sa mapom za svaku državu članicu, odobrenom od strane Komisije, pomoć malim i srednjim preduzećima, pomoć za istraživanje i razvoj, pomoć za zaštitu životne sredine, pomoć za zapošljavanje i obuku, pomoć za otklanjanje šteta prouzrokovanih prirodnim katastrofama, socijalnu pomoć za prevoz rezidenata udaljenih regiona, pomoć za *broadband* infrastrukturu, pomoć za inovacije, pomoć za očuvanje kulture i nasleđa, kao i pomoć za sportsku i multifunkcionalnu rekreacionu infrastrukturu. Na snazi je Uredba (EU) 651/2014, koja proglašava određene kategorije pomoći kompatibilnim s unutrašnjim tržištem, ukoliko one imaju podsticajni efekat.<sup>30</sup> U takvom kontekstu moguće je pronaći prostor za „slobodnije” pružanje državne pomoći sa karakterom regionalne pomoći u Srbiji u navedenom petogodišnjem periodu.

#### 4. Ekonomska pogodnost sa poreskog stanovišta

Određena mera države predstavljaće državnu pomoć ako preduzeće prima ekonomsku pogodnost „koju ne bi ostvarilo pod normalnim tržišnim uslovima“.<sup>31</sup> Otuda, pomoć postoji u meri u kojoj država pruža nekom preduzeću koristi u novcu, naturi ili u uslugama, a da za uzvrat ne prima fer tržišnu vrednost (tj. onu naknadu koja bi se ugovorila pod istim ili uporedivim tržišnim uslovima između dva nepovezana preduzeća). Ovakav pristup, podesan kod doprinosa u kapitalu, garancija ili preferencijalnih kamatnih stopa, ne može se primeniti kod poreza, pošto tada tržište nema ulogu.<sup>32</sup>

U analizi je neophodno ustanoviti objektivne kvalitete koji omogućuju da se neka mera identifikuje kao ekonomska pogodnost – poreski podsticaj, odnosno odstupanje od standardnog (eng. *normal*) poreskog režima.<sup>33</sup> Komisija EU naglašava da „mera mora pružati primaocima pogodnost koja ih oslobađa dažbina koje bi inače padale na teret njihovih budžeta“.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Čl. 108, st. 3 SFEU.

<sup>29</sup> Council Regulation (EC) No 994/98 of 7 May 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid, *OJL* 142, 14.5.1998 i Council Regulation (EU) No 733/2013 of 22 July 2013 amending Regulation (EC) No 994/98 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid, *OJL* 204, 31.7.2013.

<sup>30</sup> Čl. 6, st. 1 i 4 Uredbe (EU) 651/2014.

<sup>31</sup> ECJ, Case C-342/96 (*Tubacex*) [1999] ECR I-2459, par. 41.

<sup>32</sup> W.Schön, „Taxation and State Aid Law in the European Union“, *Common Market Law Review*, Vol. 36, 1999, 923.

<sup>33</sup> U pitanju je opšti poreski sistem ustanovljen u određenoj državi članici.

<sup>34</sup> Commission Notice, par. 9.

Ekonomska pogodnost u vidu određene poreske mere postoji ako je ta mera podesna da pojedinim preduzećima ili proizvodnji pojedinih dobara pruži finansijsku prednost u odnosu na druga preduzeća ili proizvodnju drugih dobara, koji se nalaze u sličnoj faktičkoj ili pravnoj situaciji. U slučaju *Ferring*, ESP je ustanovio da francuski porez od 2,5% na promet na veliko medicinskih proizvoda, koji farmaceutske laboratorije direktno vrše apotekama, a koji nije uveden na isporuku lekova apotekama od strane veledrogerija, ne predstavlja državnu pomoć veledrogerijama. Naime, oslobođenje veledrogerija sprovedeno je sa ciljem da im se nadoknade troškovi proizašli iz propisa koji od veledrogerija, ali ne i od farmaceutskih laboratorija, zahteva da na zalihama drže propisanu količinu medicinskih proizvoda, kako bi stanovništvu na određenom području uvek bilo garantovano snabdevanje lekovima. Ukoliko porez na direktne prodaje uveden farmaceutskim laboratorijama odgovara takvim dodatnim troškovima, oslobođenje veledrogerija od tog poreza se ne može smatrati državnom pomoći u smislu čl. 107 SFEU, jer one ne uživaju stvarnu ekonomsku pogodnost. Jedini efekat osporenog poreza je izjednačavanje konkurentske pozicije veledrogerija i farmaceutskih laboratorija.<sup>35</sup>

Poseban slučaj ekonomskih pogodnosti može se javiti kod tzv. parafiskalnih dažbina, pod kojima se u jurisprudenciji ESP podrazumevaju destinirane dažbine.<sup>36</sup> I u literaturi se naglašava da su parafiskaliteti „namenjeni finansiranju određenog zadatka, ekonomskog ili socijalnog karaktera“.<sup>37</sup> Dva njihova aspekta mogu uključiti državnu pomoć isto kao da su u pitanju klasični porezi – *uvođenje* parafiskalnih dažbina i *upotreba* ostvarenih prihoda. Tako, oslobođenje od parafiskaliteta može predstavljati državnu pomoć na identičan način kao i oslobođenje od poreza opšte namene.<sup>38</sup> I upotreba prihoda od parafiskaliteta, kojom se pruža ekonomska pogodnost određenom preduzeću, može se podvesti pod državnu pomoć. No, ako je primalac pogodnosti institucija koja ne obavlja ekonomsku delatnost, čl. 107 SFEU neće se primeniti.<sup>39</sup>

Međutim, da bi parafiskalitet bio tretiran u kontekstu propisa o državnoj pomoći potrebno je da:

<sup>35</sup> ECJ, Case C-53/00 (*Ferring*) [2001] ECR I-9067, par. 24, 25 i 27.

<sup>36</sup> ECJ, Joined cases 34-38/01 (*Enirisorse*) [2003] ECR I-14243, par. 167. Za pojam destiniranih poreza, upor. D.Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i Savremena administracija, Beograd 1997, 49-51.

<sup>37</sup> J.Lovčević, *Institucije javnih finansija*, Službeni list SFRJ, Beograd 1991, 72.

<sup>38</sup> ECJ, Case C-174/02 (*Streekgewest*) [2005] ECR I-85, par. 27 i 28.

<sup>39</sup> Npr. fond za penzijsko osiguranje samozaposlenih lica, koji upravlja osnovnom šemom socijalne sigurnosti na bazi mehanizma solidarnosti. Upor. ECJ, Joined cases C-266/04 to C-270/04, C-276/04 and C-321/04 to C-325/04 (*Distribution Casino France*) [2005] ECR I-9481, par. 54.

- dažbina predstavlja integralni deo mere koja čini pomoć. Tako je u slučaju *Van Calster* Sud konstatovao da se obaveza obaveštavanja Komisije o pomoći (u vidu korišćenja sredstava fonda za finansiranje borbe protiv stočnih bolesti) nužno odnosi i na metod finansiranja te pomoći (tj. na belgijski parafiskalitet na trgovinu stokom), jer je dažbina integralni deo ove mere, namenjena isključivo njenom finansiranju;<sup>40</sup>
- je dažbina destinirana za finansiranje pomoći, u skladu sa domaćim propisima. Prihod od takve namenske dažbine ima neposredan učinak na iznos pomoći i otuda na procenu kompatibilnosti pomoći s unutrašnjim tržištem. No, ukoliko javne vlasti diskreciono koriste prihode od parafiskaliteta za različite svrhe, a ne samo za finansiranje pomoći, takva dažbina neće potpadati pod odredbe čl. 107 i 108 SFEU.<sup>41</sup>

## 5. Transfer državnih resursa

Član 107, st. 1 SFEU primenjuje se samo na ekonomske pogodnosti pružene od strane države članice ili putem državnih sredstava.<sup>42</sup> Potrebno je, dakle, da je ekonomska pogodnost pružena preduzeću proistekla iz dodele državnih resursa i da je u pitanju transfer tih sredstava.

Državni resursi obuhvataju sredstva koja pripadaju centralnom nivou vlasti i užim političko-teritorijalnim jedinicama, kao i javnim preduzećima, kod kojih javne vlasti mogu ostvarivati, neposredno ili posredno, dominantan uticaj putem vlasništva ili finansijskog učešća u njima ili pravila kojima se njima upravlja.<sup>43</sup> Međutim, kako javno preduzeće može delovati sa manje ili više samostalnosti, sama činjenica da je neko javno preduzeće pod kontrolom države nije dovoljna da bi se državi pripisale mere preduzete od strane tog preduzeća (npr. pružanje finansijske potpore). Neophodno je ispitati da li su javne vlasti bile uključene u donošenje takvih mera.<sup>44</sup> Primera radi, u srpskom pravu poslovi obračuna i zaduženja obveznika naknade za korišćenje vodnih objekata i sistema povereni su javnom vodoprivrednom preduzeću, a osnov za utvrđivanje visine naknade je godišnji obračun troškova upravljanja i održavanja tih objekata i sistema, što otvara prostor za procenjivanje

<sup>40</sup> ECJ, Joined cases C-261/01 and C-262/01 (*Van Calster*) [2003] ECR I-12249, par. 44.

<sup>41</sup> ECJ, Case C-175/02 (*Pape*) [2005] ECR I-127, par. 16.

<sup>42</sup> Pod državnu pomoć potpadaju i pogodnosti dodeljene direktno od države, kao i one pružene od javnopravnih ili privatnopravnih tela, osnovanih ili određenih od strane države. V. ECJ, Case C-82/77 (*Van Tiggele*) [1978] ECR 25, par. 24 i 25.

<sup>43</sup> Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings (Article 2 (b)), OJ L 318/17, 17.11.2006.

<sup>44</sup> ECJ, Case C-482/99 (*Stardust Marine*) [2002] ECR I-4397, par. 52.

da li je nekom obvezniku pružena poreska državna pomoć.<sup>45</sup> Imajući u vidu da su odnosi između države i javnih preduzeća bliski, postoji stvarni rizik da bi državna pomoć mogla da bude pružena preko ovih preduzeća kao posrednika na netransparentan način, suprotno pravilima o državnoj pomoći iz SFEU. O pripisivosti državi određene mere preduzete od strane javnog preduzeća može se zaključivati na osnovu načina poslovanja javnog preduzeća, obima kontrole koju državni organi sprovode nad tim poslovanjem, uključivanja preduzeća u strukture javne uprave i dr.<sup>46</sup>

ESP je u slučaju *PreussenElektra*<sup>47</sup> afirmisao stanovište da je za kvalifikaciju poreske državne pomoći neophodno da postoji neposredni ili posredni transfer državnih resursa favorizovanom preduzeću,<sup>48</sup> odnosno da je fiskus „ostao uskraćen”. Međutim, isključivo oslanjanje na „smanjenje poreskih prihoda“ je neodgovarajuće. Moguće je da poreski podsticaj, pored toga što dovodi do inicijalnog smanjenja poreskih prihoda, privuče strane investitore i tako doprinese ukupnom povećanju poreskih prihoda.<sup>49</sup> Kod poreskih olakšica odlučujući faktor nije okolnost da li je fiskus pogođen, nego da li država članica propušta da naplati prihod koji zahteva od drugih preduzeća ili grana proizvodnje.<sup>50</sup>

Ako neka ekonomska pogodnost pružena određenim preduzećima ne generiše dodatni teret za fiskus, već samo menja pravni okvir nekog ugovornog odnosa, takva mera se ne smatra poreskom državnom pomoći, iako su zbog nje poreski prihodi manji. U tom smislu je ESP u slučaju *Sloman Neptun* zauzeo stav da nemačka norma koja dopušta brodarskim preduzećima da mornare iz trećih država (u ovom slučaju državljanke Filipina) plaćaju manje nego mornare koji su državljani Nemačke ne predstavlja državnu pomoć, iako dovodi do smanjenja prihoda po osnovu poreza i doprinosa za socijalno osiguranje, do kojeg će doći zbog nižih zarada mornara iz trećih država. Efekte takvog smanjenja prihoda na budžet Sud nije tretirao kao državne resurse upotrebljene da bi se ovim preduzećima pružila specifična pogodnost, već da je ono inherentno zakonu ove vrste.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Čl. 192, st. 4, u vezi sa čl. 176, st. 2 Zakona o vodama, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10 i 93/12.

<sup>46</sup> M.Heidenhain, “The Concept of State Aid”, *European State Aid Law* (ed. M.Heidenhain), Verlag C. H. Beck, München 2010, 34.

<sup>47</sup> ECJ, Case C-379/98 (*PreussenElektra*) [2001] ECR I-2099, par. 59-61.

<sup>48</sup> To znači da mere koje pogoduju nekim preduzećima, poput oslobađanja od obaveza koje se tiču ekoloških, građevinskih ili radnopravnih zahteva, ali ne podrazumevaju transfer državnih resursa u nekoj formi (subvencije, obezbeđivanje kapitala, preuzimanje gubitaka ili rizika, smanjenje ili odlaganje poreza i dr.), ne potpadaju pod zabranu iz čl. 107 SFEU. V. CFI, T-95/03 (*Estaciones de Servicio v Commission*) [2006] ECR II-4739, par. 93 i dalje.

<sup>49</sup> Upor. C.H. J. I. Panayi, „Limitation on Benefits and State Aid“, *European Taxation* 2-3/2004, 91.

<sup>50</sup> T.Jestaedt, “Taxes and Duties”, *European State Aid Law* (ed. Martin Heidenhain), Verlag C. H. Beck, München 2010, 121.

<sup>51</sup> ECJ, Case C-72/91 (*Sloman Neptun*) [1993] ECR I-887, par. 21.

## 6. Selektivnost poreskih mera

Iz dikcije norme iz čl. 107, st. 1 SFEU proizlazi da pod zabranu državne pomoći spadaju samo selektivne mere, koje pružaju preferencijalni tretman pojedinim preduzećima ili pojedinim privrednim sektorima, preduzete od strane država članica, koje imaju nepovoljne efekte na konkurenciju unutar EU. Mere koje podjednako pogoduju svim preduzećima na nacionalnoj teritoriji ne smatraju se državnom pomoći.<sup>52</sup> Stav Komisije je da opšte mere moraju da budu efektivno dostupne svim preduzećima na bazi jednakog pristupa i njihov obuhvat ne može biti *de facto* smanjivan putem npr. diskrecionog ovlašćenja države da ih odobrava.<sup>53</sup>

Da bi se neka poreska mera odredila kao selektivna, mora se, najpre, identifikovati „standardni“ režim u poreskom sistemu, koji se razlikuje od države do države, kao i unutar jedne države sa protekom vremena. Zatim se utvrđuje da li pogodnost pružena putem te poreske mere odstupa od „standardne“ poreske strukture, praveći time razlike između preduzeća koja se nalaze u uporedivoj činjeničnoj i pravnoj situaciji.<sup>54</sup> Ako se pokaže da postoji odstupanje koje dovodi do razlikovanja među preduzećima, ono ipak ne mora biti selektivno, ukoliko proizlazi iz prirode ili opšte šeme poreskog sistema (npr. različite metode za obračun poreske amortizacije i zaliha, katastarsko oporezivanje u poljoprivredi, oslobođenje za nedobitne organizacije, jednostavniji administrativni zahtevi u pogledu malih i srednjih preduzeća, mere kojima se sprovode ekonomskopolitički ciljevi kroz snižavanje poreskog tereta povezanog s određenim troškovima proizvodnje (R&D, životna sredina,<sup>55</sup> obuka, zapošljavanje) i dr.).<sup>56</sup>

Zato se pruža mogućnost državi članici da dokaže da postoji ovakvo opravdanje, te da konkretna poreska mera nije selektivna.<sup>57</sup> Mora da postoji direktna uzročno-posledična veza između unutrašnje logike (prirode ili opšte šeme) poreskog sistema i osporene mere: razlike u tretmanu između preduzeća moraju biti konzistentne s istaknutim opravdanjem. Tako je

<sup>52</sup> ECJ, Case C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*) [2001] ECR I-8365, par. 35.

<sup>53</sup> Mera otpisa poreza i sporednih poreskih davanja obvezniku koji se prodaje u postupku privatizacije, odnosno koji je u postupku restruktuiranja iz čl. 115, st. 1 srpskog Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, ..., 105/14, ne bi mogla položiti test opštosti, jer je Vladi dato diskreciono ovlašćenje da, na predlog ministra finansija, donosi odluku o delimičnom ili potpunom otpisu poreza i sporednih poreskih davanja ovim obveznicima.

<sup>54</sup> Upor. S.S. Surrey, P.R.McDaniel, “The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974”, *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, 5/1976, 680.

<sup>55</sup> Primer cilja zaštite životne sredine, dat u Obaveštenju Komisije EU, ne demantuje napred navedenu objektivnu definiciju državne pomoći iz čl. 107, st. 1 SFEU, jer se ovde, da bi se isključilo postojanje državne pomoći, insistira na opštim merama poreskog sistema.

<sup>56</sup> Commission Notice, par. 23-27.

<sup>57</sup> CFI, T-211/04 and T-215/04 (*Gibraltar v Commission*) [2008] ECR II-3745, par. 143-144.

ESP u slučaju *GIL Insurance*<sup>58</sup> prihvatio kao opravdanu britansku meru kojom je na premije osiguranja aparata za domaćinstvo uvedena povećana stopa poreza na premije osiguranja od 17,5%, umesto standardne stope od 4%, pri čemu je ta uvećana poreska stopa bila jednaka tadašnjoj standardnoj stopi PDV-a. Cilj ove poreske mere bio je da se spreči izbegavanje plaćanja PDV na pružanje usluga popravke i održavanja prodatih ili iznajmljenih aparata za domaćinstvo putem zaključivanja ugovora o osiguranju, koji su pratili ugovore o prodaji ili iznajmljivanju tih aparata, jer transakcije osiguranja ne podležu PDV-u. Velika Britanija je dokazala da povećana stopa poreza na premije osiguranja i PDV čine deo nerazdvojive celine, radi čega je uvedena povećana poreska stopa, inače osporena kao selektivna u korist pružalaca ostalih usluga osiguranja, podvrgnutih standardnoj (nižoj) stopi. Međutim, mnogo češće sudovi EU ne prihvataju opravdanje po osnovu prirode ili opšte šeme poreskog sistema. Primera radi, ESP je u slučaju *Mirabel* konstatovao da se odredba belgijskog zakona kojom se poslodavcima koji zapošljavaju manuelne radnike u većem broju privrednih grana smanjuju doprinosi za socijalno osiguranje može pravdati razlozima politike zapošljavanja, ali ne „suštinom i strukturom” belgijskog sistema socijalne sigurnosti.<sup>59</sup>

U jurisprudenciji sudova EU ukazuje se na poreske mere koje obezbeđuju selektivnost po različitim osnovama:

1) *Neposredna pogodnost određenom sektoru*. U evropskoj praksi je teško pronaći slučaj kada se određena poreska pogodnost vezuje samo za jedno preduzeće, kao što bi se mogao navesti primer u Srbiji, kada je Javnom preduzeću „Elektroprivreda Srbije“ odobren otpis 30% zatezne kamate.<sup>60</sup> Zbog toga je ESP u slučaju *Unicredito Italiano* konstatovao da pomoć može biti selektivna i kada se odnosi na čitav ekonomski sektor (bankarstvo).<sup>61</sup> Takođe, selektivne mere koje predstavljaju poresku državnu pomoć su i umanjenje poreza za lekare<sup>62</sup> ili kompanije koje se bave komercijalnim teretnim saobraćajem<sup>63</sup> i dr. U Srbiji je takva mera bio investicioni poreski kredit iz Zakona o porezu na dobit pravnih lica – ZPDPL, koji je obvezniku priznao pravo na poreski kredit od 80% ulaganja izvršenog u sopstvena osnovna sredstva ukoliko je razvrstan u neku od specifikovanih „proizvodnih delatnosti“ (poljoprivreda, proizvodnja tekstilnih prediva i tkanina, proizvodnja standardnih metalnih proizvoda,

<sup>58</sup> ECJ, Case C-308/01 (*GIL Insurance and Others*) [2004] ECR I-4777, par. 73-76.

<sup>59</sup> ECJ, Case C-75/04 (*Maribel bis/ter*) [1999] ECR I-3671, par. 39.

<sup>60</sup> Odluka o uslovima plaćanja dospelih obaveza po osnovu javnih prihoda JP „Elektroprivreda Srbije“, *Službeni glasnik RS*, br. 99/03 i 34/05.

<sup>61</sup> ECJ, Case C-148/04 (*Unicredito Italiano*) [2005] ECR I-11137.

<sup>62</sup> ECJ, Case C-172/03 (*Heiser*) [2005] ECR I-1627, par. 40 i dalje.

<sup>63</sup> ECJ, Case C-6/97 (*Italy v Commission*) [1999] ECR I-2981, par. 17.

proizvodnja mašina i uređaja i sl.).<sup>64</sup> Sem toga, u Srbiji se preduzeća za radno osposobljavanje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica oslobodaju od plaćanja poreza na dobit pravnih lica.<sup>65</sup> Ovakva selektivnost poreskog podsticaja, na koji imaju pravo samo navedena preduzeća, ukazuje da je u pitanju mera državne pomoći za naknadu dodatnih troškova zapošljavanja lica sa invaliditetom (troškovi prilagođavanja poslovnog prostora; troškovi zapošljavanja osoblja koje pruža pomoć zaposlenim licima sa invaliditetom; troškovi prilagođavanja ili nabavke opreme, uključujući i računске programe (software), koju koriste lica sa invaliditetom; posebni troškovi prevoza na i sa posla lica sa invaliditetom i dr.). S druge strane, oslobađanje poslodavca koji na neodređeno vreme zaposli lice sa invaliditetom od obaveze plaćanja obračunatog i obustavljenog poreza iz zarade tog lica, za period od tri godine od dana zasnivanja radnog odnosa,<sup>66</sup> ne bi se moglo okarakterisati kao selektivna, već kao mera opšteg karaktera, pošto na nju imaju pravo svi poslodavci koji zapošljavaju lica sa invaliditetom, kako bi se sprečila diskriminacija ovih lica.

2) *Posredna pogodnost određenim sektorima*. Presudom u slučaju *Commission v Italy* ESP je ustanovio da delimično preuzimanje od strane italijanske države plaćanja doprinosa za zdravstveno osiguranje na teret poslodavaca, koje je u slučaju ženske radne snage veće nego u slučaju muške, predstavlja državnu pomoć, jer favorizuje one privredne grane u kojima je zaposlen veliki broj žena.<sup>67</sup> U Srbiji su sredinom 2014. godine ukinute mere kojima je država za neko vreme preuzimala na sebe trošak doprinosa za obavezno socijalno osiguranje iz zarade i na teret poslodavca, ako ovaj zaposli kao pripravnika nezaposleno lice mlađe od 30 godina ili, pak, zaposli nezaposleno lice starije od 45 godina.<sup>68</sup> Ovim merama bila je pružena privilegija preduzećima koja zapošljavaju lica određene starosne dobi.

3) *Selektivnost po osnovu veličine preduzeća*. Pomoć malim i srednjim preduzećima koja nije dostupna ostalim, u načelu, je selektivna, ali je Komisija donela Uredbu kojom se određene kategorije pomoći proglašavaju kompatibilnim s unutrašnjim tržištem,<sup>69</sup> po kojoj mala i srednja preduzeća, pod određenim uslovima, mogu biti izuzeta od zahteva za prijavljivanjem državne pomoći. U Srbiji je svojevremeno obveznik koji je bio razvrstan u malo preduzeće imao pravo na investicioni poreski kredit u većem iznosu nego ostala preduzeća (40% umesto 20% od

<sup>64</sup> Ukinut od 1.1.2013. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 119/12).

<sup>65</sup> Čl. 46 ZPDPL, *Službeni glasnik RS*, br. 25/01, ..., 142/14.

<sup>66</sup> Čl. 21g Zakona o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/01, ..., 68/14.

<sup>67</sup> ECJ, Case C-203/82 (*Commission v Italy*) [1983] ECR 2525, par. 4.

<sup>68</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 57/14.

<sup>69</sup> V. fn. 7.

izvršenog ulaganja), a maksimalno umanjeno obračunatog poreza za njega je iznosilo 70%, a ne 50%.<sup>70</sup>

4) *Selektivnost po osnovu offshore statusa*. ESP je u slučaju *Gibraltar* utvrdio da, iako se poreska mera kojom se iznos poreza vezuje za broj zaposlenih i veličinu poslovnog prostora, formalno primenjuje na sva preduzeća, ona efektivno favorizuje preduzeća bez fizičkog prisustva na Gibraltaru (tj. *offshore* kompanije).<sup>71</sup> U Srbiji ne postoji *offshore* režim, pa selektivnost po ovom osnovu nije relevantna.

5) *Mere sa važenjem samo na određenom području*. U praksi ESP preferencijalni tretman svih preduzeća lociranih u pojedinim geografskim područjima često je tretiran kao selektivna mera. U slučaju *Azores*, Sud je zaključio da je moguće da niža političko-teritorijalna jedinica uživa pravni i faktički status koji je čini dovoljno autonomnom u odnosu na državu članicu, tako da bi mere preduzete od strane lokalne vlasti koje favorizuju sva preduzeća na njenoj teritoriji bile tretirane kao mere opšteg karaktera.<sup>72</sup> ESP je, međutim, konstatovao da u slučaju *Azores* mera lokalnih vlasti o sniženju stope poreza na dohodak za 20% i poreza na dobit za 30% ipak mora biti ocenjivana u odnosu na celokupnu teritoriju Portugalije, jer se iz centralnog budžeta transferiše iznos kojim se kompenzuje smanjenje poreskog prihoda na Azorskim ostrvima.<sup>73</sup>

U Srbiji se selektivnom može oceniti mera iz ZPDPL, prema kojoj je poreski obveznik koji je obavljao delatnost u nedovoljno razvijenom području bio, pod određenim uslovima, oslobođen plaćanja poreza na dobit pravnih lica za period od pet godina. Slično tome, obvezniku koji je ostvario dobit u novoosnovanoj poslovnoj jedinici, ali samo ako se ona nalazi u nedovoljno razvijenim područjima, mogao se umanjiti porez na dobit preduzeća u trajanju od dve godine. No, upravo zbog njihove selektivnosti, obe poreske mere su prestale da se primenjuju od početka 2013. godine.<sup>74</sup>

6) *Selektivnost po osnovu vršenja diskrecionih ovlašćenja upravnih organa*. Iako mera može podjednako koristiti svim preduzećima, ona može da bude selektivna ako njeno izvršenje zavisi od diskrecionih prava organa uprave. Ilustracije radi, belgijski Nacionalni zavod za socijalnu sigurnost omogućavao je kompaniji u problemima sa solventnošću da doprinose za socijalno osiguranje iz zarada zaposlenih uplaćuje sa značajnim kašnjenjem. Sud je utvrdio da je ovakva mera selektivna: kada državni organ koji pruža finansijsku potporu uživa određenu slobodu

<sup>70</sup> Ukinuto od 1.8.2004. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 84/04).

<sup>71</sup> ECJ, Joined cases C-106/09 and C-107/09 (*Gibraltar*) [2011] ECR I-11113, par. 102 i 106.

<sup>72</sup> U slučaju *UGT-Rioja* ovakvo rezonovanje je primenjeno na Zemlju Baska u odnosu na Španiju. ECJ, Case C-428/06 (*UGT-Rioja*) [2008] ECR I-6747, par. 4-14, 21-23 i 141-144.

<sup>73</sup> ECJ, Case C-88/03 (*Azores*) [2006] ECR I-7115, par. 58 i 75-79.

<sup>74</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 119/12.

koja mu omogućuje da izabere korisnike pomoći ili uslove pod kojima će finansijska pomoć biti pružena, takva pomoć se ne može smatrati opštom po svojoj prirodi.<sup>75</sup> U nameri da pruži podršku obveznicima u uslovima ekonomske recesije, u Srbiji su krajem 2008. godine doneti Zakon o otpisu kamate na dospele obaveze po osnovu određenih poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje<sup>76</sup> i Zakon o mirovanju i otpisu duga po osnovu doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje.<sup>77</sup> Pravo koje je ovim zakonima dato Poreskoj upravi da sprovodi otpis poreza određenim (neurednim) poreskim obveznicima može se oceniti kao selektivna mera, koja diskriminišući deluje na savesne i uredne poreske obveznike.

## 7. Osnovne slobode iz SFEU i selektivnost mera poreske državne pomoći

I osnovne slobode iz konstitutivnih sporazuma EU mogu biti narušene poreskim merama sa diskriminatorским ili restriktivnim dejstvima, ali je iz te vizure nebitno da li su poreske mere opšte ili specifične. Kod državne pomoći, međutim, selektivnost poreske mere je bitna karakteristika.

Naime, neka specifična poreska mera može narušiti i pravila o osnovnim slobodama, i pravila o državnoj pomoći. Tako je ESP u slučaju *Tax advantages for newspaper publishers* još 1985. godine ustanovio da se odredba francuskog *Code général des impôts*, kojom se preduzećima koja izdaju novine odobravaju neoporezive rezerve na račun dobiti za nabavku opreme ili odbijanje od osnovice rashoda izvršenih u tu svrhu, pri čemu se ovakva olakšica ne pruža novinskim izdavačima za publikacije koje štampaju izvan Francuske, smatra merom koja ima efekat ekvivalentan kvantitativnoj restrikciji zabranjenoj po osnovu čl. 34 SFEU. Ne prihvatajući argument Francuske da je ova poreska mera integralni deo šeme državne pomoći novinskoj industriji, ESP je istakao da čl. 107 SFEU ne može biti korišćen da bi se ometala pravila Sporazuma o slobodi kretanja dobara ili pravila o ukidanju diskriminatornih poreskih odredaba. Sud je smatrao da odredbe ovog Sporazuma, ništavosti diskriminatornih poreskih odredaba i državnoj pomoći imaju zajednički cilj – da obezbede slobodno kretanje dobara između država članica pod normalnim uslovima konkurencije.<sup>78</sup>

Ipak, mora se imati u vidu da državna pomoć pružena domaćim preduzećima iz čl. 107 SFEU ne potpada pod odredbe o osnovnim slobodama ako inostrana preduzeća uopšte nisu pogođena poreskom

<sup>75</sup> ECJ, Case C-256/97 (*Déménagements-Manutention Transport*) [1999] ECR I-3913, par. 27.

<sup>76</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 102/08.

<sup>77</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 102/08 i 31/09.

<sup>78</sup> ECJ, Case C-18/84 (*Tax advantages for newspaper publishers*) [1985] ECR 1339, par. 13.

merom o kojoj je reč, a poreski podsticaj samo prebacuje poreski teret između domaćih grupa poreskih obveznika. Primera radi, oslobođenje od poreza na premije neživotnih osiguranja u slučaju osiguranja od povreda na radu i profesionalnih oboljenja iz čl. 6 srpskog Zakona o porezu na premije neživotnih osiguranja,<sup>79</sup> koje se odnosi samo na domaća društva za osiguranje,<sup>80</sup> može predstavljati državnu pomoć, ali ne uključuje diskriminaciju ili restrikciju poslovanja stranih društava za osiguranje, jer ona nisu podvrgnuta domaćem porezu na dobit pravnih lica.

Međutim, poreski podsticaj za proizvodnju određenih dobara, koji mogu koristiti i domaća i strana preduzeća, te otuda nije diskriminatoran, može potpasti pod čl. 107 SFEU i biti zabranjen ako narušava konkurenciju u odnosu na druga dobra ili smatran kompatibilnim s unutrašnjim tržištem ukoliko ispunjava uslove iz čl. 107, st. 2 i 3 SFEU.

Konačno, osnovne slobode nisu narušene kada država članica pruža povoljniji tretman inostranom kapitalu i inostranim kompanijama. Tada se radi o „nepravilnoj poreskoj konkurenciji“, kojom se bavi Kodeks ponašanja kod oporezivanja poslovanja. Ova „obrnuta diskriminacija“ ne tiče se osnovnih sloboda, nego domaćeg prava.<sup>81</sup> Čl. 107 SFEU utiče na ovu praksu samo ako je poreski podsticaj selektivan.

## 8. Narušavanje konkurencije između država članica

Iako odredba čl. 107, st. 1 SFEU navodi na zaključak da se zahtev u pogledu narušavanja konkurencije i zahtev u pogledu uticaja na trgovinu između država članica pojavljuju kao odvojeni elementi definicije državne pomoći, u praksi sudova EU oni se posmatraju kao tesno povezani.<sup>82</sup>

Komisija nije dužna da dokazuje postojanje stvarnih nepovoljnih efekata na konkurenciju: bitno je pokazati da mera pretila da je naruši, kao i da je poboljšala finansijski položaj preduzeća.<sup>83</sup> Komisija nema obavezu ni da dokazuje postojanje stvarnih učinaka državne pomoći na intrakomunitarnu trgovinu, već samo da utvrdi da je ona u stanju da na nju utiče. „Sudovi EU iz preferencijalnog tretmana preduzeća izvlače zaključak da će njegova konkurentnost biti osnažena, a zatim iz toga zaključuju da će proizaći nepovoljan efekat na intrakomunitarnu trgovinu“.<sup>84</sup> Nije neophodno da sâmo preduzeće – korisnik državne pomoći bude uključeno u intrakomunitarnu trgovinu. Pomoć pružena od strane države članice nekom preduzeću – čak

<sup>79</sup> Službeni glasnik RS, br. 135/04 i 68/14.

<sup>80</sup> Čl. 7, st. 1 Zakona o osiguranju, Službeni glasnik RS, br. 55/04, ..., 139/14.

<sup>81</sup> W. Schön, 918-919.

<sup>82</sup> CFI, T-288/97 (*Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia*) [2001] ECR II-1169, par. 41.

<sup>83</sup> ECJ, Case C-730/79 (*Philip Morris*) [1980] ECR 2671, par. 11-12.

<sup>84</sup> ECJ, Case C-148/04 (*Unicredito Italiano*) [2005] ECR I-11137, par. 54.

i onom koje posluje isključivo u granicama te države – može doprineti da se poveća privredna aktivnost u njoj, što smanjuje izgleda da će preduzeća iz drugih država članica moći da se plasiraju na tržište države koja je dala pomoć. Štaviše, moguće je da državna pomoć naruši konkurenciju unutar EU i ako preduzeće – korisnik te pomoći izvozi gotovo celokupnu svoju proizvodnju na tržišta izvan Unije. Posebno u uslovima recesije, kad postoji višak kapaciteta u državama koje proizvode određeno dobro, svaka pogodnost dodeljena preduzeću u toj grani može poboljšati njegovu konkurentsku poziciju u odnosu na druga preduzeća. Ni mali obim državne pomoći (izuzimajući *de minimis* pravilo<sup>85</sup>) ne menja ovakav zaključak.

### 9. Zaključna razmatranja

Uprkos tome što se podvodi pod opštu definiciju državne pomoći iz čl. 107, st. 1 SFEU, koja je – posredstvom Zakona o kontroli državne pomoći i Uredbe o pravilima za dodelu državne pomoći, donetih u skladu s obavezama preuzetim SSP – *mutatis mutandis* postala deo srpskog prava, naša analiza je pokazala da poreska državna pomoć ipak ima specifična obeležja. U sferi oporezivanja tržište ne deluje, pa se kod kriterijuma ekonomske pogodnosti na mere poreske politike ne može primeniti standard da „korisnik ostvaruje prednost koju ne bi ostvario pod normalnim tržišnim uslovima”. Poreska mera mora da primaocima pruži pogodnost, koja ih oslobađa dažbina koje bi „normalno” padale na teret njihovih budžeta.

Analiza je pokazala da pod zabranu državne pomoći spadaju samo one mere koje pružaju preferencijalni tretman pojedinim preduzećima ili određenim privrednim sektorima, pošto takva selektivnost ima nepovoljne efekte na konkurenciju. Zahtev u pogledu jednakosti pristupa određenoj meri ne ograničava, međutim, pravo države da odlučuje o ekonomskoj politici koju će voditi i da na različite faktore proizvodnje raspodeljuje poreski teret na način koji smatra prikladnim.

Sadržina elemenata definicije poreske državne pomoći iz čl. 107, st. 1 SFEU, osvetljena kroz jurisprudenciju sudova EU, dopušta da se u postupku harmonizacije srpskog prava državne pomoći sa pravom EU, kako u procesu pridruživanja u skladu sa SSP, tako i tokom pristupnih pregovora u okviru Poglavlja 8 pravnih tekovina, bolje sagledaju zadaci koji stoje pred Komisijom za kontrolu državne pomoći, ali i pred Ministarstvom finansija, Vladom i Narodnom skupštinom. Dalja analiza

<sup>85</sup> Uredbom Komisije 1998/2006 (Commission Regulation (EC) No 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to *de minimis* aid, OJ 2006 L 379/5) je uvedeno pravilo o *de minimis* pomoći, tako da „pomoć koja ne prelazi cenzus od EUR 200.000 (EUR 100.000 u sektoru drumskog saobraćaja) tokom perioda od tri godine ne utiče na trgovinu između država članica, odnosno ne narušava konkurenciju, te stoga ne potpada pod čl. 107, st. 1 Sporazuma“.

postojećih fiskalnih i parafiskalnih dažbina pokazala bi da je obaveza usklađivanja propisa složenija i obuhvatnija nego što bi se zaključilo na osnovu popisanih šema državne pomoći, jer bi se pod poresku državnu pomoć mogle podvesti i brojne druge mere.

**Prof. Dejan Popović, Ph.D**

Faculty of Law, University of Belgrade

**Prof. Gordana Ilić Popov, Ph.D**

Faculty of Law, University of Belgrade

**ON THE NOTION OF FISCAL STATE AID IN THE EU LAW  
AND ITS IMPACT ON SERBIA'S LAW**

Summary

A measure will be considered as State aid if through the transfer of State resources to recipients selectively grants an economic advantage and thereby distorts competition and affects trade between countries. In the paper certain aspects of State aid in the form of public revenue reduction have been analysed. The authors research each of the elements of the definition of the fiscal State aid corroborating the analysis by relevant ECJ jurisprudence. They also point out that selective tax measures can simultaneously infringe both the rules on fundamental freedoms from TFEU and State aid law. The effects of the EU law on Serbian fiscal State aid law have been depicted throughout the paper.

**Key words:** Fiscal State aid, Tax relief, Economic advantage, Transfer of State resources, Selectivity, European Court of Justice.



## PREVENTIVNE MERE PREMA OSUĐENICIMA OPASNIM PO DRUŠTVO U PRAVIMA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA I VELIKE BRITANIJE

### *Apstrakt*

*Panična i represivna reakcija javnosti na ubistva i seksualne zločine učinjene nad decom i afere u vezi sa seksualnom zloupotrebom dece bile su povod da se krajem XX veka u anglosaksonskom pravnom sistemu iskoristi kazna zatvora neodređenog trajanja i mera prinudnog psihijatrijskog lečenja da bi se sprečila osuđena lica puštena iz zatvora da ponove zločin. Po uzoru na pravo SAD, mere preventivnog nadzora ili preventivnog pritvora prihvaćene su u drugim anglofonskim državama, ali i u kontinentalnom pravnom sistemu. Autor komparira zakonodavstva SAD (federalno, Vašingtona i Floride) i Velike Britanije sa ciljem da pokaže razlike u kreiranju mera zaštite društva od opasnih učinilica. U SAD je iskorišćen građanskopravni model prinudne psihijatrijske hospitalizacije, a sada se više teži krivičnopravnim merama zatvaranja ili pojačanog nadzora na slobodi. Pod uticajem iz SAD slične mere su uvedene i u Velikoj Britaniji, ali uz favorizovanje zatvora izrečenog zbog opasnosti učinioaca po društvo (Engleska i Vels) i doživotnih restrikcija osuđenih koji su na slobodi (u Škotskoj). Međutim, ti koncepti se sada napuštaju (Engleska) ili preispituju (Škotska) zbog nedovoljne efikasnosti i opasnosti od kršenja ljudskih prava osuđenih lica.*

**Ključne reči:** preventivni pritvor, preventivni nadzor, opasni učinioaci, sankcije, Sjedinjene Američke Države, Velika Britanija

### 1. Uvod

Od kraja 20. veka u kriminologiji postaje dominantno shvatanje da država treba racionalno da upotrebljava svoje resurse u borbi

<sup>1</sup> Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd; e-mail: petroviczdravko@ikomline.net.

protiv kriminaliteta, tako što će sprečavati one zločine koji su najteži i najopasniji po društvo, dok će se kroz selekciju krivičnih prijavi izbeći pokretanje postupaka prema učiniocima krivičnih dela male društvene opasnosti. Takve ideje tzv. upravljanja rizikom od pojave zločina našle su svoje uporište u „novoј penologiji“<sup>2</sup> u kojoj se, između ostalog, predlaže primena različitih mera nadzora, pa i naknadnog zatvaranja prema osuđenima koji su označeni kao opasni po društvo. To su osuđeni zbog teških krivičnih dela protiv polne slobode (naročito ako su žrtve njihove radnje bila deca), učinioci teških krivičnih dela sa elementima nasilja, potencijalni teroristi i slično (u daljem tekstu, radi skraćanja, koristiće se za njih izraz opasni učinioci). Kontrola ponašanja opasnih učinioca proteže se na period posle osude i postiže se primenom tzv. preventivnog zatvaranja (*preventive detention*) prema licu na probaciji ili prema osuđenom posle izvršene kazne zatvora. Umesto ili po isteku preventivnog zatvaranja, kontrola ponašanja tih lica koji su na slobodi postiže se primenom mera nadzora i korekcije (*preventive supervision*). Taj nadzor može biti neodređenog trajanja, pa i doživotan. Pored obaveze da trpi ograničenja slobode kretanja koje je povezano sa nadzorom, opasni učinilac može biti obavezan da učestvuje u odgovarajućim tretmanima i programima (medicinskim, obrazovnim, vaspitnim). Kršenje tih obaveza vodi do ponovnog njegovog zatvaranja čime se može uspostaviti „*circulus vitiosus*“ beskonačnog niza kažnjavanja i ograničenja prava lica koje je već „odužilo dug društvu“ za krivično delo koje je ranije izvršilo.

U teorijskom smislu mera naknadnog nadzora opasnih učinilaca je sporna: ne zna se da li je to kazna, mera bezbednosti ili pravna posledica osude, a u uporednim zakonodavstvima se različito tretira. Ali ono što nije sporno jeste da je mera nadzora osuđenih za teške zločine po izvršenoj kazni zatvora tipičan izraz modernizacije kažnjavanja koji odgovara potrebama savremenog potrošačkog društva. One se zasnivaju na proceni da je osuđeni pojedinac veoma opasan po druge (*risk-based sentence*), bez uvažavanja socijalnih i individualno-psiholoških uzroka njegovog kriminalnog ponašanja, niti je od značaja vrednosna ocena tog ponašanja. Zato je moguće rizik od kriminaliteta izjednačiti sa različitim rizicima sa kojima se pojedinci susreću tokom svojih života (od bolesti, povrede, nezaposlenosti, gubitka posla, pogibije i slično) te se tako sva pažnja članova društva usmerava na načine proaktivnog delovanja radi sprečavanja rizika od nastanka takvih pojava, bez obzira na to što se ti rizici ne mogu izjednačiti po svojim uzrocima i posledicama. Prema tome, reč je o modernoj meri tehno-korekcije pre svega primenjene radi smanjenja

<sup>2</sup> M. Felly, J. Simmon, „The New Penology: Notes on Emerging Strategy of Corrections and its Implications“, *Criminology* 4/1992, 449-474.

troškova zatvorskog sistema i minimalizacije rizika kriminaliteta<sup>3</sup>.

Programi nadzora opasnih učinilaca posle osude već su decenijama realnost u Sjedinjenim Američkim Državama, odakle su ubrzo prihvaćeni u Engleskoj i Velsu, Škotskoj i drugim anglofonskim državama, a nešto kasnije i u skandinavskim državama, Francuskoj, Belgiji i Nemačkoj. Tako se iz SAD-a praksa proaktivnog upravljanja rizikom zločina proširila na Evropu, uprkos različitoj socijalnoj politici<sup>4</sup>. Na to su uticala slična društvena kretanja i oštro obrušavanje javnosti i medija na „seksualna čudovišta“ posle otkrivanja organizovanih delatnosti pedofila i izvršenja niza otmica i brutalnih ubistava maloletnih žrtava u poslednjim decenijama XX u Velikoj Britaniji, Francuskoj, Belgiji i nizu drugih zemalja, kada je istovremeno uočen i porast dečje pornografije (na primer, od 1993. do 1997. u Češkoj, Poljskoj i Rusiji, ali i u drugim delovima Evrope)<sup>5</sup>.

Zato ne treba da čudi da je uvođenje nadzora nad opasnim učinocima posle izvršene kazne zatvora dobilo „blagoslov“ Saveta Evrope, kako pokazuje nova Preporuka Komiteta ministara (2014.) 3 u vezi opasnih učinilaca koja je usvojena 19. februara 2014.<sup>6</sup> Ona treba da obezbedi ujednačavanje nacionalnih zakonodavstava u pogledu upravljanja rizikom od kriminaliteta koji je označen kao naročito opasan po društvo i osnovnog nivoa poštovanje osnovnih ljudskih prava opasnih učinilaca. Prema tome, „kažnjavanje posle kazne“ opasnih učinilaca smatra se danas legitimnom merom koja se može preventivno primeniti radi zaštite društva od njihove dalje kriminalne aktivnosti, uprkos tome što značajno proširuje granice kaznenopravnog zahvata u prava određenih kategorija osuđenih lica.

Mere prema seksualnim prestupnicima koji su krivična dela učinila prema maloletnicima propisane su i zakonodavstvu Republike Srbije, ishitreno i to nekritičkim preuzimanjem tuđih rešenja, pre svega iz anglo-saksonskog prava. Zato je bilo potrebno analizirati slične mere koje postoje u pravu Sjedinjenih Američkih Država i u Velikoj Britaniji, objasniti razloge za njihovo uvođenje i iskustva u primeni.

<sup>3</sup> N. Mrvić, *Kriza zatvora*, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 2007, 230-231.

<sup>4</sup> B. Heberton and T. Thomas, „Tracking sex offenders“, *Howard Journal of Criminal Justice* 2/1996, 97-112; T. Thomas, „Sex Offender Registers and Monitoring“, in: H. Kemshall and G. McIvor (Eds.), *Managing Sex Offender Risk*, Research Highlights in Social Work 46, Robert Gordon University, Aberdeen, 2004, 227-233; R. Lieb, „Social Policy and Sexual Offenders: Contrasting United States and European Policies“, *European Journal on Criminal Policy* 8/2000, 424-425.

<sup>5</sup> P. Jenkins, „How Europe Discovered Its Sex Offender Crisis“, in: J. Best (Ed.), *How Clams Spread Cross-National Diffusion of Social Problems*, Walter de Gruyter, New York, 2001, 153-158.

<sup>6</sup> Recommendation CM/Rec(2014)3 of the Committee of Ministers to member States Concerning Dangerous Offenders, adopted by the Committee of Ministers on 19 February 2014 at the 1192nd meeting of the Ministers' Deputies.

## 2. Obračun sa opasnim seksualnim prestupnicima u Sjedinjenim Američkim Državama

Propisivanje mera nadzora prema osuđenim za krivična dela protiv polne slobode u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje SAD), a potom i u Velikoj Britaniji, Australiji, Novom Zelandu i drugim državama usledilo je kao neposredna reakcija na kriminalitet seksualnih „grabljivaca“<sup>7</sup> i „monstruma“ i očigledna je posledica moralne panike i udovoljavanja zahtevima javnosti da se oštrim kažnjavanjem i dodatnim merama društvo „obračuna“ sa onim vidovima kriminaliteta od koga posebno strahuje (tzv. *punitive populism*).

U Sjedinjenim Američkim Državama prvi put su statutarno bile propisane mere nadzora ili naknadnog zatvaranja opasnih učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode u *Washington's Sexually Violent Predator Laws* iz 1990. godine a iste te godine slične odredbe su unete i u „omnibus akt“ koji je nosio naslov *Community Protection Act*. Tako je, radi zaštite društva, omogućeno zadržavanje u zatvoru osuđenog za krivično delo protiv polne slobode i posle isteka kazne zatvora koja mu je izrečena, ako je utvrđen visoki rizik da će ponoviti takvo krivično delo bude li pušten na slobodu. Ista mogućnost prihvaćena je kasnije u odeljcima 225 i 226 *Criminal Justice Act*-a iz 2003. godine<sup>8</sup>.

Na federalnom nivou su 1994. godine odredbama *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*-a<sup>9</sup> propisane obaveze država SAD da registruju osuđene za krivična dela protiv polne slobode, koji će, po puštanju na slobodu, narednih deset godina biti u obavezi da nadležnim organima prijavljuju promene adresa boravka ili promene radnog mesta, dok su državni organi dužni da četiri puta u toku života osuđenog proveravaju da li se nalazi na prijavljenoj adresi. To zakonodavstvo je 1996. godine upotpunjeno usvajanjem *Sexual Offender Act*-a (popularno nazvan po imenu maloletne žrtve Megan Kanka 'Megan's law')<sup>10</sup> kojim se aktivnosti država i lokalnih samouprava usmeravaju na javno iznošenje podataka iz državnih registara seksualnih prestupnika, kako bi se postigla bolja zaštita društva. Iste godine je usvojen i *Pam Lyncher Sexual Offender Tracking and Identification Act*<sup>11</sup> ('Pam Lyncher' Act) kojim je propisana mogućnost

<sup>7</sup> Izraz *sexual predator* označava onog ko drugo ljudsko biće tretira kao plen (seksualni objekt) težeći da postigne dominaciju nad žrtvom, što je česta odlika psihopatski strukturiranih ličnosti sklonih recidivizmu. Ne može se prevesti adekvatno na srpski jezik, pa se umesto toga u ovom radu koriste izrazi opasni seksualni prestupnik ili opasni učinilac.

<sup>8</sup> J. M. McKinney, „Washington State's Return to Indeterminate Sentencing for Sex Offences: Correcting Part Sentencing Mistakes and Preventing Future Harm“, *Seattle University Law Review* 26/2002, 319-320, <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/viewcontent.c...>, 18. 5. 2015.

<sup>9</sup> Uveden kao deo *Omnibus Crime Bill* iz 1994, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103hr3355enr/pdf/BILLS-103hr3355enr.pdf>, 18. 5. 2015.

<sup>10</sup> Public Law 104-145, 110 Stat. 1345, 21. 7. 1997, in the Federal Register (62 FR 39009), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr2137enr/pdf/BILLS-104hr2137enr.pdf>, 18. 5. 2015.

<sup>11</sup> Public Law 104-236, published on October 3, 1996, 110 Stat. 3093, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ236/pdf/PLAW-104publ236.pdf>, 18. 5. 2015.

da opasni prestupnici i povratnici budu trajno registrovani uz mogućnost da države na Savezni istražni biro (FBI) prenesu odgovornost za registraciju seksualnih prestupnika i obavezu obaveštenja javnosti o prisustvu opasnog seksualnog prestupnika u njihovoj sredini. Istovremeno, FBI je zadužen za kreiranje nacionalne baze podataka opasnih seksualnih prestupnika. U sklopu uslova za sudsku procenu na osnovu koje se seksualni prestupnik registruje kao opasan zbog toga što je sklon nasilju zahteva se, osim mišljenja veštaka – stručnjaka za tretman, i mišljenje zastupnika žrtve, kao i predstavnika nadležnih organa koji primenjuju zakon. Zakonom su pojačane obaveze država da registruju i kontrolišu kretanje seksualnih prestupnika koji menjaju prebivalište ili radi zapošljavanja ili školovanja prelaze na teritoriju druge države, kao i da dostavljaju podatke za Nacionalni registar seksualnih prestupnika. Sve izmene statutarne odredbi objedinjene su 1997. u *The Jacob Wetterling Improvements Act*-u<sup>12</sup>, kojim su, osim obaveza registrovanih osuđenih lica da prijavljuju promenu adrese ili radnog mesta, ustanovljene i razgraničene nadležnosti saveznih organa i tela na registraciji, praćenju kretanja registrovanih seksualnih prestupnika i obaveštavanju javnosti o njihovom prisustvu u zajednici.

U periodu od 1998. do 2003. na saveznom nivou su donošenje odredbe usmerene na zaštitu dece od opasnih seksualnih prestupnika, od zlostavljanja i eksploatacije i ustanovljene su obavezne procedure u koje se primenjuju u visokoškolskim ustanovama radi registracije seksualnih prestupnika među nastavnim osobljem ili studentima. To je samo deo zakonodavnih aktivnosti kojima se postiže sveobuhvatnost kontrole opasnih učinilaca, jer je na velikom prostoru SAD teško efikasno nadzirati promene mesta boravka registrovanih prestupnika koji se ne prijavljuju u novoj sredini, tako da se ne mogu pronaći po adresama iz registara. Ubistvo maloletnog otag Adama Walsh-a bilo je povod za donošenje 2006. *Adam Walsh Child Protection and Safety Act*-a<sup>13</sup> kojim su postavljeni novi osnovni standardi u primeni statutarne odredbi koje se odnose na registriranje seksualnih prestupnika i obaveštavanje javnosti o njihovom prisustvu u zajednici, kada su pušteni na slobodu. Na osnovu tog akta je donet *Sex Offender Registration and Notification Act* (skr. SORNA) koji po novom modelu, preko posebne službe (tzv. SMART Office) i kroz naročiti program za upravljanja rizikom od seksualnih prestupnika uspostavlja nacionalni registracioni sistem opasnih seksualnih prestupnika na federalnom nivou i propisuje način obaveštavanja opšte javnosti o njihovom prisustvu u zajednici<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Public Law 105-119, 26. 11. 1997, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ119/pdf/PLAW-105publ119.pdf>, 18. 5. 2015.

<sup>13</sup> Public Act 109-247, from July 27, 2006, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ248/pdf/PLAW-109publ248.pdf>, 18. 5. 2015.

<sup>14</sup> <http://www.justice.gov/criminal/ceos/subjectareas/sorna.html>, 10. 5. 2015.

Kako se vidi, zakonodavac ne samo da je podržao represivno orijentisano javno mnjenje koje je zahtevalo oštre kažnjavanje i naročite preventivne mere prema onim opasnim, nasilnim ili seksualnim prestupnicima koji kao „grabljivice“ vrebaju svoje (maloletne) žrtve, nego je proteklih godina donosio statutarne odredbe kojima se jača nadležnost federalnih vlasti, olakšava razmena podataka među državama i obaveštavanje javnosti, kako bi se postigao „širi front“ u borbi protiv opasnog kriminaliteta. Istovremeno, sve države, uključujući i Distrikt Kolumbiju, pa čak i indijanski rezervati su usvojile Meganin zakon. Međutim, već prilikom donošenja prvih statuta u pojedinim državama javio se problem po kom kriterijumu izdvojiti iz šireg kruga seksualnih prestupnika one koji se smatraju naročito opasnim. U tom pogledu postoje razlike među državama. Po jednom rešenju, koje je prihvaćeno u državi Illinois, mere nadzora se primenjuju prema svim seksualnim prestupnicima ako su njihove radnje usmerene prema maloletnicima. U drugim državama se pravi razlika između seksualnih prestupnika i onih koji dobijaju status opasnih. Primer takve legislative, koja je u međuvremenu od 1990. do danas uvedena u zakonodavstva četrdeset dve američke države u cilju zaštite društva od onih koji su već bili osuđivani za istovrsna krivična dela je popularno nazvan po maloletnoj žrtvi *Jessica Lunsford Act* donet 2005. u Floridi. U članu 775.2 tog *Florida Sexual Predators Act*-a definisani su kriterijumi po kojima sud može određenu osobu proglasiti opasnim učinioecem seksualnih zločina: težina izvršenog zločina (na primer, kidnapovanje, seksualno nasilje, protivpravno lišenje slobode i slično), da je delo učinjeno u povratu, uz fizičko nasilje ili je usmereno prema deci. Za najteže seksualne zločine učinjene prema deci, osuđeni na kaznu zatvora tek posle 25 godina stiče pravo da traži uslovni otpust, a ako bude pušten na slobodu do kraja života se elektronski nadzire. Mere prema opasnim seksualnim prestupnicima mogu se primeniti i prema licima koja nisu krivično odgovorna, ali su bila prinudno hospitalizovana po odredbama građanskog prava (čl. 775.21(4)). Po čl. 947.1405(7) i čl. 948.30 propisano je da u celini ili delimično osuđeni može biti obavezan da plaća troškove nadzora kome se podvrgava<sup>15</sup>.

Odmah po početku primene novih mera koje znače ograničenje sloboda i prava već osuđenog lica postavilo se pitanje njihove ustavnosti. Ali, od ranije poznati model građanskopravnog zahteva za prinudnom hospitalizacijom po okolinu opasnog duševnog bolesnika pokazao se pogodnim da se izbegnu prigovori kršenja zabrana dvostrukog kažnjavanja i retroaktivne primene krivičnih zakona. Tako je u slučaju *Allen v Illinois* iz 1986. godine Vrhovni sud SAD potvrdio presudu Vrhovnog suda države Illinois da na štetu g-dina Alena nije povređen peti amandman Ustava SAD kada je

<sup>15</sup> *Florida Sexual Predators Act*, Florida Criminal Justice Network, <http://www.flcjn.net>, 15. 4. 2015.

odlukom državnog organa označen kao „opasni seksualni prestupnik“ (*sexually dangerous person*) i upućen na prinudno psihijatrijsko lečenje i tretman, iako se sam prijavio zbog izvršenog zločina. Odlučujući argument suda bio je da mera nije izrečena u sklopu krivične osude, nego kao posebna medicinska mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja opasnog duševnog bolesnika, koja se određuje po građanskom pravu (*civil commitment*) i to na osnovu datog mišljenja lekara psihijataru da je Alen opasan po okolinu<sup>16</sup>. Sličan argument prihvatio je i Vrhovni sud države Vašington kada je 1993. godine potvrdio ustavnost navedenog vašingtonskog Zakona o zaštiti zajednice, a potom i Vrhovni sud Kanzasa u slučaju *Hendricks v Kansas* (1996) konstatujući da izrečene prinudne mere prema Zakonu Kanzasa o nasilnim seksualnim prestupnicima nemaju funkciju retribucije ili odvracanja, što je odlika krivičnih sankcija, nego su građanskopravne prirode, tako da ne postoji povreda načela zabrana dvostrukog kažnjavanja i retroaktivne primene zakona. Međutim, sud je istovremeno utvrdio da postoji povreda Hendriksovih prava prema kome su naknadne mere izrečene zbog toga što je pedofil, što medicinski ne može biti klasifikovano kao „duševna bolest“, „duševna anomalija“ ili „poremećaj ličnosti“ koji su predviđeni u navedenom Zakonu Kanzasa kao osnovi zbog kojih se ta osoba može smatrati opasnom po okolinu. Interesantno je da je u obrazloženju presude Vrhovni sud Kanzasa pozvao državu da propisivanjem posebnih statutarnih odredbi kojima definiše medicinske termine koji imaju pravni značaj ne „vezuje ruke“ sudu u pogledu procene potrebe za prinudnom hospitalizacijom, kad je već moguće da se postigne po opštem pravnom režimu, a ne po posebnom osnovu o merama prema opasnim seksualnim prestupnicima<sup>17</sup>. Snižavanje psihijatrijskih standarda pri proceni opasnosti učinio se nastavlja: u slučaju *Selig v Young* 2001 višestruki specijalni povratnik (osuđivan za šest silovanja i prema tome uračunljiv) je upućen na prinudnu psihijatrijsku hospitalizaciju posle zatvorske kazne zato što ima „ozbiljne teškoće da kontroliše svoje ponašanje“, sa obrazloženjem da na taj način dobija adekvatnu pomoć i individualni tretman koji su mu neophodni<sup>18</sup>.

Zakonodavstava država SAD koje su među prvima uvele mere prema opasnim seksualnim prestupnicima mogla bi se grupisati u tri modela. Prvi je zastupljen u Ilinoisu i Minesoti i podrazumeva alternativno krivično gonjenje seksualnog prestupnika ili pokretanje

<sup>16</sup> B. McSherry, P. Keyzer, *Sex Offenders and Preventive Detention, Politics, Policy and Practice*, The Federation Press, Sydney, 2009, 57. Inače, te statutarne odredbe Ilionisa primenjuju se prema učinocima bilo kog krivičnog dela protiv polne slobode, bez obzira na težinu, ako je učinjeno prema maloletniku (slično kao i u pravu Republike Srbije).

<sup>17</sup> Supreme Court of Kansas, No. 95-1649, decided June 23, 1997, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/346/>, 13. 5. 2015.

<sup>18</sup> B. McSherry, P. Keyzer, *op. cit.*, 59-61.

postupka radi njegovog prinudnog lečenja seksualne psihopatije. Drugi model je isključivo građanskopravni i dopušta primenu mera nadzora u slučaju utvrđene duševne bolesti seksualnog prestupnika, kada se prinudno lečenje lica opasnog po okolinu određuje po opštim propisima (Nju Džersi). Treći, najšire primenjen model (Arizona, Kalifornija, Vašington, Kansas, Viskonzin) omogućava kumulaciju krivične osude i mere prinudnog lečenja koja se primenjuje tokom uslovnog otpusta ili po izvršenoj kazni zatvora (ili nekoj drugoj sankciji), pri čemu se u Vašingtonu takve mere sprovode u zatvorima, a u drugim državama u tzv. „sigurnosnim ustanovama“ ili u psihijatrijskim ustanovama<sup>19</sup>. Od 2000. godine u Vašingtonu, a i u drugim državama, po uzoru na izmene na federalnom nivou, promenjen je krivičnopravni sistem tako što se učinio u sudskom postupku utvrđuje kazna zatvora u rasponu (a ne fiksno). Po isteku minimalnog dela kazne, naročita komisija ispituje da li postoji rizik da bi opasni prestupnik ponovio krivično delo ako bi bio pušten na slobodu. Ako je rezultat negativan, nastavlja se sa izvršenjem kazne na dve godine, kada se ceo postupak ponavlja (moguće i više puta sve do isteka maksimuma na koji mu je kazna određena, ukoliko osuđeni zbog svog rizika ne zadovoljava uslove da bude pušten iz zatvora). Tako je „na mala vrata“ ponovo uvedena kazna neodređenog trajanja, za koju se tvrdi da vrlo uspešno kombinuje kažnjavanje sa preventivnim pritvaranjem osuđenog lica, bolje nego sistem građanskopravnog prinudnog zadržavanja ili hospitalizacije opasnih lica<sup>20</sup>.

### 3. Mere primenjive prema opasnim učinocima u Velikoj Britaniji

Otmice, seksualno zlostavljanje i ubistvo dece i otkrivanje organizovanog delovanja pedofila u Velikoj Britaniji tokom devedesetih godina XX veka bili su razlozi zbog kojih je britanska javnost insistirala na oštrijim merama prema opasnim seksualnim i nasilnim prestupnicima. Po uzoru na „Meganin zakon“ u Velikoj Britaniji je još 2006. predložen „Sarin zakon“ (po nesrećnoj Sarah Payne koja je ubijena 2000. godine), kojim je trebalo postići obaveštavanje javnosti o prisustvu pedofila u zajednici. Ali, drugačiji socijalni milje uticao je da je britanska vlada, kao problematičan po pravo na privatnost osuđenih (zbog čega mogu uslediti napadi na njih), više puta odbacivala predlog tog zakona, koji je usvojen 2008. godine izmenama *Criminal Justice and Immigration Act-a* i *Criminal Justice Act-a*. Zakon je prihvaćen sa argumentacijom da kriminološka istraživanja ukazuju na previsoku „tamnu brojku“

<sup>19</sup> R. Lieb, 5-6.

<sup>20</sup> J. M. Mc Kinney, 311-312.

seksualnog kriminaliteta<sup>21</sup>. Tek 2010. godine, posle dve godine provere pilot-projektima, vlada je odobrila da se *Child sex offender disclosure scheme* (u kojima su prihvaćene ideje iz „Sarinog zakona“) primene u 43 policijske uprave širom Engleske i Velsa (osim u Severnoj Irskoj).

Koncept „opasnog učinioca“ promovisan je *Criminal Justice Act-om* (CJA) iz 2003<sup>22</sup>, koji se primenjuje od 4. aprila 2005. godine, dok *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act*<sup>23</sup> iz 2000. predviđa uslove za koje vrste teških krivičnih dela i kojim kategorijama učinilaca moraju ili mogu biti izrečene kazna doživotnog zatvora, kao i kazne zatvora u neodređenom trajanju (*indeterminate imprisonment*) i „proširenog“ zatvora (*extended imprisonment*) zbog njihovog visokog rizika po društvo. Odredbe CJA koje se odnose na opasne učinioce i procenu rizika koji oni predstavljaju po društvo menjane su u skladu sa *Criminal Justice and Immigration Act-a* koji se primenjuje od 14. jula 2008. godine i *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act-om* donetim 2012. godine. Sudija je po njima imao obavezu da, ukoliko sudi učiniocu za jedno ili više učinjenih teških krivičnih dela (u vezi sa nasiljem, seksualnim zlostavljanjem ili terorizmom), ustanovi postojanje visokog rizika da taj učinilac ubuduće teško ošteti članove društva. Odredbe se odnose zločine taksativno navedene u čl. 224a i 226b CJA, a mogu se primeniti i učinioce drugih teških dela (procenjeno po vrsti i visini za njih predviđene kazne i/ili okolnosti da su učinjena u povratu). Pojačani nadzor opasnih učinilaca na uslovnom otpustu kojima je bila izrečena doživotna kazna zatvora, zatvor neodređenog trajanja ili je takvim nadzorom „proširena“ izrečena kazna određenog trajanja, prema stavu sudske prakse, ne predstavlja dodatno kažnjavanje zbog učinjenog dela, nego se određuje pod posebnim okolnostima slučaja radi neophodne zaštite društva od budućeg visoko rizičnog ponašanja učinioca, ali se postojanje visokog rizika vrlo fleksibilno procenjivalo, kako pokazuju primeri iz sudske prakse<sup>24</sup>. Značenje „teške štete“ koja može biti drugima naneta vezuje se za smrt ili tešku telesnu povredu (fizičke ili psihičke prirode). U skladu sa odredbama CJA, u Škotskoj, opasni prestupnik koji bi mogao naneti štetu drugom prema čl. 210a *Criminal procedure*

<sup>21</sup> L. Griffin, K. Blacker, “Megan’s Law and Sarah’s Law: A Comparative Study of Sex Offender Community Notification Schemes in the United States and the United Kingdom”, 46. *Criminal Law Bulliten* 987/2010, 46, <http://www.digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/750>, T. Thomas, The Sex Offender Register, Papers from the British Criminology Conference, 4/2008, 201, <http://www.britisocrim.org/volume8/6Thomas08.pdf>.

<sup>22</sup> [Http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents), 18. 5. 2015.

<sup>23</sup> [Http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/6/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/6/contents), 18. 5. 2015.

<sup>24</sup> *R. v Owen* [2009] EWCA 2259, *R. v Lang* [2005] EWCA Crim 2064, *R. v Johnson* [2006] EWCA Crim 2486, prema [http://www.cps.gov.uk/legal/s\\_to\\_u/sentencing\\_and\\_dangerous\\_offenders/](http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_and_dangerous_offenders/), 18. 5. 2015.

(Scotland) Act iz 1995, podleže naknadnom pojačanom nadzoru posle izvršene kazne u fiksnom trajanju (*extendend sentence*).

Rezultati istraživanja koje je sproveo Ralph Henham pokazali su da su odredbe o sankcijama radi zaštite društva nerado korišćene, jer su sudije bile rezervisane prema mogućnosti da se rezultatima psihijatrijskog i psihološkog veštačenja može uspešno prognozirati buduće opasno ponašanje učinio<sup>25</sup>. Ipak, vremenom se broj osuđenih stalno povećavao, da bi 31. marta 2012. iznosio 6000, a tada je 6. juna iznenada, posebnim zakonom, ukinut zatvor koji se izriče radi zaštite društva (i to za sve osuđene na dan 3. decembra 2012. i nakon toga, a izrečene osude su im zamenjene drugim sankcijama koje se mogu izreći opasnim učinio<sup>26</sup>). Razlozi ukidanja istaknuti u raspravi u Parlamentu proizilaze iz izveštaja Inspektorata za kaznene ustanove, u kome se ukazuje na nepoželjne efekte sankcija i propuste u praksi. Recimo, da period u kome se sprovodi naknadni nadzor nije u srazmeri sa težinom izvršenog krivičnog dela niti sa izdržanim delom kazne zatvora, da je načinom na koji se izvršavaju te sankcije onemogućen proces rehabilitacije osuđenih kao i da na osuđena lica nepovoljno utiče stanje stalne nesigurnosti izazvano nepravednim kažnjavanjem<sup>26</sup>.

Još od 1997. godine, po naročitom zakonu (sada je to *Sexual Offences Act* iz 2003)<sup>27</sup> opasni seksualni prestupnici koji su na slobodi obavezni su da se redovno javljaju policiji ili drugim nadležnim državnim organima (probacionoj službi). U te svrhe ustanovljeni su naročiti registri opasnih osoba. U Škotskoj, na primer, osuđene kojima su odlukom suda nametnute doživotno određene obaveze uz pojačani nadzor (*lifelong restriction*) prati posebno upravno telo (*Risk Management Authority*) ustanovljeno *Criminal Justice (Scotland) Act*-om iz 2003. godine (u primeni od 2006. godine)<sup>28</sup>. To telo nije zaduženo samo za izvršenje mera, nego i za pripremu izveštaja Vrhovnom sudu Škotske sa procenom rizika pojedinog učinio<sup>28</sup> na osnovu kog sud izriče te mere. Aktivnosti tog tela omogućavaju da se povežu one činjenice koje inače ne bi bile notirane u „klasičnom“ sudskom postupku kao što su sklonost nasilnim ispadima u periodu maloletstva ili kasnije, čak i slučajevima kada prema učinio<sup>28</sup> nije vođen krivični postupak ili je izostala osuda. Inače, doživotni pojačani nadzor sa posebnim obavezama (*lifelong restriction*) koja se primenjuju u Škotskoj

<sup>25</sup> R. Henham, "Sentencing Dangerous Offenders: Policy and Practice in the Crown Court", *Criminal Law Review* (September) 2001, 693-711.

<sup>26</sup> P. Stickland, G. Garton Grimwood, *The Abolition of Sentences of Imprisonment for Public Protection*, last updated November, 27, 2013, <http://www.researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06086/pdf>, 18. 5. 2015.

<sup>27</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdf>, 20. 5. 2015.

<sup>28</sup> V. Reducing the Risk-Improving the Response to Sex Offending, July 2001, <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2001/06/9284/File-1> ; RMA Scotland: Risk Management Plans <http://www.rmascotland.gov.uk/news-and-.../faq-s/risk-management-plans/>, 20. 5. 2015.

predstavlja najnoviji model organizovane formalne reakcije na učinioce koji se smatraju opasnim po društvo. Međutim, slično kao i u Engleskoj, početkom 2015. u škotskom parlamentu započeta je kritička diskusija o radu tela za procenu rizika opasnih učinilaca.

Kao i u SAD, duševno poremećene osobe koje su zbog svoje agresivnosti opasne po okolinu mogu biti zadržane u psihijatrijskim ustanovama po posebnom pravnom osnovu (*Mental Health Bill* 1983 sa kasnijim izmenama). Kroz stalne izmene tog zakona pokazuje se tendencija da se pod duševne poremećaje podvede i psihopatija, suprotno doktrini savremene psihijatrije<sup>29</sup>.

#### 4. Zaključak

Primeri iz SAD i Velike Britanije pokazuju da su zakonodavna rešenja iz SAD-a očigledno uticala i na zakonske reforme u Velikoj Britaniji u cilju sprečavanja recidivizma opasnih učinilaca i bolje zaštite društva od kriminaliteta. Međutim, različiti društveni milje i činjenica da je Velika Britanija kao članica Saveta Evrope obavezna da poštuje akte te organizacije opredelili su nešto drugačiji razvitak britanskog zakonodavstva. Oni utiču i na različite procene uspešnosti primene mera prema opasnim učiniocima, uprkos ujednačenim zahtevima represivno orijentisane javnosti da se država oštro suprotstavi nasilnicima i seksualnim prestupnicima, posebno onima koji napadaju decu. Mere preventivnog zatvaranja ili građanskopravni model prinudne hospitalizacije se već niz godina uspešno koriste u SAD. Novijim reformama se ipak pokušava da se takve mere „vrate“ u krivičnopravni okvir (verovatno kako bi se delotvornije nadziralo izvršenje i usmeravale aktivnosti na pronalaženju i registraciji opasnih učinilaca, kojima rukovode federalni organi i tela). Istovremeno, iskustva iz Velike Britanije pokazuju da je posle „revitalizacije“ zatvorske osude u neodređenom trajanju u svrhe zaštite društva od 2012. godine došlo do njenog ukidanja. Od početka 2015. i u škotskom parlamentu jačaju zahtevi da se preispita rad državnog dela za procenu rizika opasnih učinilaca. U tim društvima je očigledno uočeno da mere preventivnog nadziranja ili zatvaranja opasnih učinilaca imaju nepovoljni *net widening effect*, tj. doprinose necelishodnom i štetnom povećanju populacije koju kontroliše krivičnopravni sistem. Takva iskustva treba da su poučna za zakonodavca u Srbiji, jer ukazuju na to da nije jednostavno postići ravnotežu između potrebe zaštite društva od kriminaliteta i poštovanja osnovnih ljudskih prava.

<sup>29</sup> B. M. McSherry, P. Keyzer, A. Freiberg, "Dangerous" Offenders in Australia: A Critical Analysis and Proposals for Policy Development, Report to the Criminology Research Council, December 2006, 45-48, <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/200405-03.pdf>, 20. 5. 2015.

**Prof. Nataša Mrvić-Petrović, Ph.D.**

Full research professor, Institute for Comparative Law, Belgrade

## **PREVENTIVE MEASURES AGAINST DANGEROUS OFFENDERS IN LEGISLATIONS UNITED STATES AND UNITED KINGDOM**

### Summary

Panic and repressive public reaction to the murder and sexual crimes committed against children and detection networks of pedophiles are the reasons why at the end of the twentieth century in the Anglo-Saxon legal system utilized indeterminate prison sentence and compulsory psychiatric treatment to prevent repeated the crime of the prisoners who are released from prison. Following the example of American law, preventive supervision or preventive detention have been introduced in other English-speaking countries, but also in continental legal system. Author comparing US legislation (federal, states Washington and Florida) and the United Kingdom legislation to show the differences in the approach to the protection of society from dangerous offenders. The US has used civil law model of forced psychiatric hospitalization (civil commitment), but now more often measures into criminal justice system (preventive detention or preventive supervision). Under the influence of the US similar measures were introduced in the UK, but UK legislations favors imprisonment (lifelong or extended) to protect the public from high risk of offender (England and Wales) and lifetime restrictions (in Scotland). However, these concepts are now abandoned (England) or reviewed (Scotland) due to lack of efficacy and risk of violations of human rights of prisoners.

**Keywords:** preventive detention, preventive supervision, dangerous offenders, sanctions, United States, United Kingdom

## REŠAVANJE MEĐUNARODNIH SPOROVA PRED MEĐUNARODNIM ORGANIZACIJAMA

### *Apstrakt*

*Među načinima mirnog rešavanja međunarodnih sporova posebno mesto pripada rešavanju sporova pred međunarodnim organizacijama i njihovim organima.*

*Prvi deo rada bavi se međunarodnim sporovima, obavezom njihovog rešavanja isključivo mirnim sredstvima i opštom ulogom međunarodnih organizacija u tome; u drugom delu je izloženo rešavanje sporova pred UN, treci deo posvećen je rešavanju sporova pod okriljem ostalih univerzalnih međunarodnih organizacija, četvrti se bavi rešavanjem sporova od strane regionalnih organizacija, a peti se odnosi na međunarodna tela koja nisu međunarodne organizacije.*

*Autor zaključuje da je sve više međunarodnih organizacija, da su mehanizmi za rešavanje sporova u okviru njih sve raznovrsniji i sve efikasniji, ali da u praksi i dalje u nekim slučajevima sve to zataji. Kada je reč o političkim sporovima, u materijama gde se sudaraju suprotstavljeni interesi, sporovi i dalje često imaju tendenciju da budu rešavani otvorenom ili prikrivenom silom, mada je to zabranjeno međunarodnim pravom. Ovo posebno važi za sporove koji uključuju neku od velikih sila.*

**Ključne reči:** Međunarodno pravo, Međunarodni sporovi, Međunarodne organizacije, Mir, Mirno rešavanje sporova, Ujedinjene nacije.

### **1.Međunarodni sporovi**

**1.Međunarodni spor.** – Pod međunarodnim sporom ima se u vidu dovoljno ozbiljno neslaganje između dva ili više subjekata međunarodnog prava, odnosno međunarodnih odnosa u pogledu neke činjenice ili prava,

<sup>1</sup> Redovni profesor, Fakultet za pravo, javnu upravu i bezbednost, Univerzitet „Džon Nezbit“, Beograd, krivokapicboris@yahoo.com.

odnosno suprotstavljanje njihovih subjektivnih prava, različitih interesa, stavova i argumenata.<sup>2</sup>

Pošto su države osnovni subjekti i međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, od kojih u krajnjoj liniji zavisi sve što se dešava u međunarodnoj zajednici, međunarodni sporovi nastaju prevashodno između država i tiču se sukoba njihovih prava ili interesa.

Za postojanje međunarodnog spora nije nužno da je došlo do kršenja neke međunarodnopravne obaveze. On može nastati i bez povrede međunarodnog prava, samo zbog sukoba interesa.

Spor postoji uvek kada je na delu neslaganje oko nekog bitnog momenta (pravnog akta, subjektivnog prava, interesa, postupka, činjenice i sl.) koje je ozbiljno u toj meri da kvari ili makar ugrožava međusobne odnose datih država odn. drugih subjekata međunarodnog prava. Puka nepodudarnost stavova (npr. različito glasanje predstavnika država o određenom pitanju u organu neke međunarodne organizacije) nije sama po sebi spor.

**2. Obaveza mirnog rešavanja sporova.** - U prošlosti države su same odlučivale da li će svoj spor sa nekom drugom državom rešavati mirnim ili nasilnim putem. U naše vreme one tu slobodu nemaju.

Prema važećem međunarodnom pravu države su dužne da se uzdržavaju od pretnje silom i primene sile i uz to obavezne: 1) da nastoje da izbegnu, koliko je to moguće, bilo kakve međusobne sporove i konflikte, a ako do njih ipak dodje, da 2) što pre na miran način reše odnosnu situaciju, kako se ona ne bi iskomplikovala.

Dakle, u naše vreme nije više u pitanju *mogućnost*, već se radi o *obavezi* mirnog rešavanja spora.

Obaveza mirnog rešavanja sporova jasno je utvrđena Poveljom UN<sup>3</sup> i nizom drugih važnih međunarodnopravnih dokumenata na univerzalnom nivou.<sup>4</sup> Nju izričito predviđaju i razni regionalni aranžmani,<sup>5</sup> uključujući i statute, osnivačke ugovore i druge dokumente najvažnijih regionalnih

<sup>2</sup> Stalni sud međunarodne pravde definisao je spor kao „neslaganje o pravu ili činjenicama, sukob pravnih gledišta ili interesa između dva lica.“ *The Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Collection of Judgments, Series A, No 2, 1924, 11. Za neke od definicija međunarodnog spora vidi: J.Andrassy *Međunarodno javno pravo*, Zagreb 1978, 490; Г.И. Тункин (отв. ред.): *Международное право*, Москва 1982, 295; Ю. Д.Ильин, *Международное публичное право*, Москва 2008, 83; J.Merills, „The Means of Dispute Settlement“, in D.M.Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press 2010, 559-560.

<sup>3</sup> Shodno čl. 2/3 Povelje: „svi članovi rešavaju svoje međunarodne sporove mirnim načinima, tako da međunarodni mir i bezbednost kao ni pravda ne budu povređeni.“

<sup>4</sup> Pored ostalog, u okviru UN: Deklaracijom UN o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom UN (1970), Rezolucijom Generalne skupštine 37/10 o mirnom rešavanju sporova između država (1982), Deklaracijom o sprečavanju i otklanjanju sporova ili situacija koji mogu da ugroze međunarodni mir i bezbednost i o ulozi Ujedinjenih nacija na tom polju (1988) itd.

<sup>5</sup> Npr. čl. V Završnog akta Konferencije o bezbednosti i saradnji u Evropi (1975).

međunarodnih organizacija.<sup>6</sup> Postoje i višestrani sporazumi regionalnog karaktera koji su u celosti posvećeni problemu mirnog rešavanja međunarodnih sporova.<sup>7</sup>

Mnogi savremeni višestrani ugovori koji se bave raznim pitanjima, uključujući i kodifikaciju određenih oblasti međunarodnog prava, u posebnim glavama ili članovima bave se i mirnim rešavanjem sporova. Neki od njih izričito utvrđuju obavezu isključivo miroljubivog rešavanja sporova, drugi predviđaju obaveznu nadležnost međunarodnog suda na zahtev jedne od strana u sporu itd. Obaveza mirnog rešavanja sporova i s tim povezana pitanja regulisani su i mnogim bilateralnim sporazumima, posvećenim različitim oblastima međusobne saradnje.

Uz navedeno, obaveza mirnog rešavanja međunarodnih sporova prerasla je u univerzalno međunarodno običajno pravo.<sup>8</sup> To znači da važi za sve, pa i one države koje eventualno nisu članice UN ili nekog od ugovora koji izričito propisuju ovu obavezu.<sup>9</sup>

Prema izloženom, ne samo da obaveza mirnog rešavanja sporova ima samostalnu vrednost u odnosu na zabranu sile, već se može sa puno osnova tvrditi da predstavlja jedno od osnovnih načela savremenog međunarodnog prava, deo *jus cogens*. Države su dužne da pristupaju mirnom prevazilaženju svojih sporova i savesno saraduju u tome.

Koji će od mogućih načina za mirno rešavanje spora države odabrati, stvar je njihovog izbora. One se mogu odlučiti za neposredne pregovore, posredovanje, dobre usluge, mirenje, obraćanje međunarodnom sudu ili arbitraža itd., a mogu istovremeno i kombinovati razne mehanizme. U naše vreme važan način je rešavanje sporova pred UN i drugim međunarodnim organizacijama.

**3. Uloga međunarodnih organizacija.** – Međunarodne organizacije su, uz države, najvažniji subjekti međunarodnog prava. Njihov broj i značaj su u stalnom porastu.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Npr. čl. 1. Severnoatlantskog ugovora (1949) kojim je osnovan NATO članice su se obavezale da će sve svoje sporove rešavati mirnim sredstvima, na način utvrđen Poveljom UN, tako da međunarodni mir i bezbednost i pravda ne budu ugroženi, i da će se uzdržavati u svojim međunarodnim odnosima od pretnje silom i upotrebe sile na bilo koji način nespojiv sa ciljevima Ujedinjenih nacija.

<sup>7</sup> Primeri su Američki ugovor o mirnom rešavanju sporova (1948) i Evropska konvencija za mirno rešavanje sporova (1957).

<sup>8</sup> To je konstatovao i Međunarodni sud pravde, koji je istakao da princip prema kojem strane učesnice bilo kog spora, a posebno onog čije trajanje može da ugrozi očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti, trebaju da potraže rešenje putem miroljubivih sredstava, nije samo sadržan u čl. 33. Povelje, u kome je naveden jedan broj sredstava za mirno rešavanje sporova, već takođe ima i status pravila običajnog prava. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ, Judgment of 27 June 1986, par. 290, 135.

<sup>9</sup> Više: B. Krivokapić, „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend Revija – Megatrend Review* 3/2012, 63-65.

<sup>10</sup> Više: B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2014, 309-432.

Pojedine među njima su stvorene sa osnovnim ciljem staranja o očuvanju mira i bezbednosti u svetskim odnosno regionalnim okvirima, što obuhvata i strogo vođenje računa o tome da se svi sporovi rešavaju isključivo mirnim putem. Druge se bave saradnjom u određenoj oblasti, podrazumevajući da se svi sporovi koji u vezi sa tim nastaju, rešavaju samo mirnim sredstvima.

Većina međunarodnih organizacija, kako univerzalnih tako i regionalnih, ima razrađene mehanizme za mirno rešavanje sporova.<sup>11</sup> Ima ih i jedan broj međunarodnih tela, koja nisu međunarodne organizacije ali imaju međunarodnopravni subjektivitet.

Različitoost ovih subjekata, njihovih zadataka, sastava i ovlašćenja njihovih organa itd. utiču na to da se mnoga rešenja razlikuju, pa tako i u domenu materije mirnog rešavanja sporova. To je logična posledica različitosti uključenih subjekata, mogućih izvora sporova, značaja odnosnih materija za međunarodne odnose itd.

Mada svi međunarodni sporovi moraju da se rešavaju što pre, na miroljubiv način, organizacije čija je delatnost vezana za pitanja koja su u tesnoj vezi sa očuvanjem međunarodnog mira i bezbednosti (npr. OUN ili OEBS) po prirodi stvari imaju naročito efikasne mehanizme za pravovremeno reagovanje. To važi i za organizacije specijalizovane za oblasti saradnje u kojima postoji posebno izražena opasnost da se nešto što je počelo kao spor brzo izrodi u ozbiljan sukob. U tom smislu može se reći da sa stanovišta održanja međunarodnog mira veći značaj ima hitno rešavanje međudržavnih sporova u vezi sa miroljubivim korišćenjem atomske energije (Međunarodna organizacija za atomsku energiju) ili zabranom hemijskog oružja (Organizacija za zabranu hemijskog oružja) od sporova u vezi sa doslednom primenom konvencija i drugih preuzetih obaveza iz domena obrazovanja, nauke i kulture (UNESKO) ili radnog prava (Međunarodna organizacija rada).

Premda, na taj način, profil i nadležnost međunarodne organizacije utiču na prirodu sporova koji se mogu javiti odnosno mogu rešavati u okviru nje, a time i na konkretne načine rešavanja sporova, postoje i određene sličnosti.

U tom smislu, obično se već u najvišem aktu međunarodne organizacije utvrđuju rešenja, prema kojima strane u sporu treba da nastoje da ga same reše na način koji smatraju najpodesnijim, s tim da se često navode i konkretni mehanizmi kao što su neposredni pregovori, mirenje, posredovanje itd.

Uz ove, uslovno rečeno opšte načine mirnog rešavanja sporova, za sporove koji se rešavaju pod okriljem međunarodne organizacije

<sup>11</sup> Više: G.Malinverni, "The Settlement of Disputes Within International Organizations", in: M.Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievement and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers 1991, 545-585; *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, United Nations, New York 1992, 81-146; J.Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press 2002, 229-250; J.G.Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press 2005, 211-306.

karakteristično je da posebno mesto pripada raznim oblicima kontrole, s jedne, i političkim i drugim organima organizacije, sa druge strane.

Pre svega, većina međunarodnih organizacija ima određene mehanizme nadzora nad tim kako države članice izvršavaju obaveze iz statuta i drugih pravnih akata organizacije. Tu spadaju razni periodični i vanredni izveštaji, specijalni izveštaji, radne grupe itd. Ova kontrola je neka vrsta preventivne delatnosti koja treba da doprinese da do spora uopšte ne dođe. Takođe, procedura koju ona podrazumeva je često i poseban mehanizam za mirno rešavanje sporova.

Sa druge strane, u mnogim slučajevima najvišim organima organizacije poverava se važna uloga u mirnom rešavanju međunarodnih sporova, pa se čak obrazuju posebni organi i tela za mirno rešavanje sporova (sudovi, komisije, paneli i slično) odnosno preciziraju se određene posebne procedure za mirno rešavanje sporova među državama članicama.

Pored ostalog, jedan od novih oblika mirnog rešavanja sporova, koji se javlja u okviru međunarodnih organizacija, sastoji se u poveravanju spora političkom organu odnosno organizacije, s tim da se strane u sporu unapred obavezuju da odluku tog organa priznaju kao pravno obavezujuću.<sup>12</sup> Pomenuti organ nije arbitraža – on nije izabrani sud već je političko telo, njegove članove ne biraju strane u sporu da bi rešili konkretan spor, itd. Pa ipak, reč o nepristrasnom telu čiji autoritet priznaju obe strane i čija odluka je obavezujuća.

Vezano za međunarodne organizacije, pravila o načinima mirnog rešavanja sporova nalaze se, zavisno od slučaja u:

- 1) u ugovoru kojim je organizacija osnovana (osnivački ugovor) odnosno statutu ili drugom najvišem pravnom aktu organizacije;<sup>13</sup>
- 2) posebnom sporazumu o mirnom rešavanju sporova, zaključenom u okviru odnosno međunarodne organizacije (među članicama organizacije);<sup>14</sup>
- 3) posebnim ugovorima zaključenim pod okriljem date međunarodne organizacije, vezanim za određena konkretna pitanja, odnosno dodatnim

<sup>12</sup> *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, op. cit., 99-100.

<sup>13</sup> Tako npr. kada je reč o univerzalnim međunarodnim organizacijama i telima, čl. 23-29. Ustava Međunarodne organizacije rada (1919), čl. 69-70. Konvencije o Međunarodnoj pomorskoj organizaciji (1948. izm. 1977), čl. 119. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (1998) itd. Kada su u pitanju regionalne međunarodne organizacije, primeri su čl. 24-27 Povelje Organizacije američkih država (1948, sa kasnijim izmenama); čl. XIX Povelje Organizacije afričkog jedinstva (1963); čl. 16-18, 20/2, 32. Statuta Zajednice nezavisnih država (1993); čl. XXIX Konvencije o osnivanju Udruženja Karipskih država (1994); čl. 22. Povelje Sangajske organizacije za saradnju (2002) itd.

<sup>14</sup> Tako npr. u okviru Organizacije američkih država - Američki ugovor o mirnom rešavanju sporova (Pakt iz Bogote, 1948), u okviru Saveta Evrope - Evropska konvencija za mirno rešavanje sporova (1957), u OEBS - Konvencija o mirenju i arbitraži u okviru OEBS (1992), u ASEAN - Protokol o mehanizmima za rešavanje sporova (2010).

sporazumima (protokolima) radi rešavanja sporova koji mogu nastati u vezi sa tumačenjem i primenom pomenutog ugovora zaključenog među članicama;<sup>15</sup>

4) nekom drugom sporazumu čija je ugovornica sama organizacija (npr. sporazum o privilegijama i imunitetima organizacije, zaključen sa državom sedišta);<sup>16</sup>

5) odgovarajućim odlukama nadležnih organa organizacije.

## 2. Rešavanje sporova pred Ujedinjenim nacijama

**1. Opšte.** - O posebnom značaju napora koji se radi mirnog rešavanja sporova preduzimaju u okviru ili pod pokroviteljstvom UN dovoljno svedoče činjenice: 1) OUN je daleko najveća i najvažnija međunarodna organizacija današnjice, koja okuplja praktično sve države sveta; 2) njen osnovni zadatak i svrha postojanja sastoje u očuvanju svetskog mira i bezbednosti; 3) radi ostvarenja ovih ciljeva Organizacija je snabdevena posebnim ovlašćenjima i mehanizmima; 4) na razne načine u mirno rešavanje sporova uključeni su najviši organi UN.

Osnovno pravilo je da države same rešavaju svoje sporove, te da se organima UN obraćaju samo onda kada ne vide drugačiji izlaz.<sup>17</sup> To je, uostalom, razumljivo samo po sebi. Ogromna većina sporova može se uspešno okončati bez uplitanja UN – neposrednim pregovorima, posredovanjem, preko regionalne organizacije i slično. Sa druge strane, iz mnogo razloga, među kojima je i problem racionalnog trošenja vremena, finansija, materijalnih sredstava itd. UN ne treba opterećivati nepotrebnim zadacima.

Ako, međutim, strane u sporu ne uspeju da ga reše na neki od navedenih načina, dužne su da ga iznesu pred UN. Ovo posebno ako je

<sup>15</sup> Tako npr. pod okriljem UNESKO zaključena je Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete (1960), a uz nju i poseban Protokol o obrazovanju Komisije za mirenje i dobre usluge za rešavanje sporova koji mogu nastati među državama, članicama Konvencije o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete (1962). Takođe, mnoge konvencije zaključene u okviru Međunarodne pomorske organizacije predviđaju da će sporovi koji ne mogu biti rešeni putem pregovora biti povereni na rešavanje arbitraži ili međunarodnom sudu.

<sup>16</sup> Npr. čl. 28-29. takvog sporazuma iz 1954. između UNESKO i Francuske kao države sedišta. *Agreement between the Government of the French Republic and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization regarding the Headquarters of UNESCO and the Privileges and Immunities of the Organization on French Territory*, Basic Texts, UNESCO, Paris 2014, 201-214.

<sup>17</sup> Uostalom, i sama Povelja UN zahteva od država da svoje sporove rešavaju ("treba da traže rešenje") i to, razume se, mimim sredstvima, ali im ostavlja da se same dogovore koja će to sredstva biti. To mogu biti i neki od načina rešavanja sporova koji nemaju neposredne veze sa UN. Štaviše, Povelja strane u sporu upućuje da pokušaju rešenje spora prvo ("pre svega") tim putem.

spor takav da može da ugrozi međunarodni mir i bezbednost<sup>18</sup>

Povelja, pravi razliku između pravnih i drugih (političkih) sporova i, na toj osnovi, upućuje strane u sporu da se obrate za pomoć pravnom (Međunarodni sud pravde) ili političkim organima (Savet bezbednosti, Generalna skupština).<sup>19</sup>

Razlika nije samo u prirodi spora i vrsti organa za njegovo rešavanje, već i u tome što strane u sporu mogu da ga iznesu pred Međunarodni sud uvek kada o tome postignu saglasnost (bez uslova da su prethodno pokušale rešenje na neki drugi način) dok bi spor pred političke organe UN (Savet bezbednosti i Generalnu skupštinu) trebalo da iznose tek onda kada ne uspeju da ga same reše na drugi način.

To je sasvim razumljivo. Međunarodni sud je stvoren upravo za to da, postupajući nepristrasno, u pravnom postupku, na bazi prava rešava pravne sporove država. Naprotiv, Savet bezbednosti i Generalna skupština su politički organi koji su preopterećeni rešavanjem mnogobrojnih problema različite prirode. Uz to, ogromna većina nepravni sporova može se brže, efikasnije, ekonomičnije i bezboljnije rešiti na neki drugi način – neposrednim pregovorima, posredovanjem i sl. Međutim, ukoliko ovi načini iz nekog razloga ne daju rezultat, a spor ugrožava međunarodni mir i bezbednost, jasno je da Savet bezbednosti odn. pod određenim uslovima, Generalna skupština, ne mogu ostati po strani.<sup>20</sup>

Ovde će biti data samo osnovna podsećanja na ulogu određenih organa UN u mirnom rešavanju sporova.

*1. Međunarodni sud pravde.* – Povelja (čl. 36/3) izričito predviđa da bi stranke, po pravilu, trebalo da pravne sporove iznose pred Međunarodni

<sup>18</sup> Više o postupku rešavanja sporova pred UN: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, op. cit., 111-133; J.G.Merrills, 127-180, 237-278; Lj.Aćimović, "Odnos Saveta bezbednosti i Generalne skupštine u mirnom rešavanju sporova, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2/1956, 286-296; L.A.Bennett, *International Organizations*, Prentice-Hall, New Jersey 1984, 96-132; S.R.Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", *European Journal of International Law* 1/1995, 426-444; C.Peck, *The United Nations As a Dispute Settlement System*, Kluwer Law International 1996; E.U.Petersmann, "Proposal for Strengthening the UN Dispute Settlement System", *Max Plank Yearbook of United Nations Law* 3/1999, 105-156; H.Neuhold, "The United Nations System for the Peaceful Settlement of International Disputes", in: F.Cede, L.Sucharipa-Behrmann (eds.), *The United Nations: Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers 2001, 59-72; J.Berkovitch, R.Jackson, *Conflict Resolution in the Twenty-first Century: Principles, Methods, and Approaches*, University of Michigan 2012, 61-75.

<sup>19</sup> U praksi, međutim, ovu podelu nije lako izvesti zato što obično pravni sporovi imaju politički značaj, a politički sporovi imaju pravnu dimenziju.

<sup>20</sup> Štaviše, ako je reč o ozbiljnom sporu, posebno ako on preti da ugrozi međunarodni mir i bezbednost, Savet bezbednosti odn. Generalna skupština neće odbiti njegovo razmatranje samo zato da bi se prethodno pokušalo rešenje drugim sredstvima. Uostalom, u svetlu pravila da su učesnice u takvom sporu koje ne uspeju da ga same reše, dužne da ga iznesu pred Savet bezbednosti (čl. 37/1 Povelje) sama činjenica da se spor iznosi pred UN je u neku ruku dokaz toga da makar jedna od strana smatra da se on drugačije ne može rešiti ili da je toliko ozbiljan da to ne dozvoljava da se gubi vreme na neke druge puteve koji mogu, ali ne moraju dati rezultate

sud, u skladu sa odredbama Statuta Suda.<sup>21</sup>

Sud ima dvostruku funkciju: 1) da mirnim putem, u sudskom postupku rešava poverene mu sporove između država; i 2) da daje savetodavna mišljenja o pravnim pitanjima koja mu postavljaju za to ovlašćeni organi UN i specijalizovane agencije UN.

*1.1. Rešavanje sporova.* - Sud je nadležan za sve sporove koje države iznesu pred njega, pod uslovom da su obe strane u sporu prihvatile njegovu nadležnost.

Sporove pred Sudom mogu pokrenuti samo države i to samo one koje su članice njegovog Statuta. Sve članice UN su samim tim članice Statuta Suda. Pod utvrđenim uslovima članicom Statuta može postati i država koja nije među članicama UN. U sporu pred Sudom mogu učestvovati i države koje nisu članice Statuta, ali samo ako unapred prihvate nadležnost Suda u skladu sa Poveljom UN i Statutom Suda i obavežu se da će u dobroj veri izvršiti odluke Suda.

Presuda je konačna, bez prava žalbe. Ona ima obaveznú snagu, ali samo prema stranama u sporu i u odnosu na taj konkretan slučaj. Garant izvršenja presude je Savet bezbednosti.<sup>22</sup>

*1.2. Savetodavna mišljenja.* - Sud može i da na zahtev Generalne skupštine, Saveta bezbednosti i ovlašćenih organizacija i tela iz sistema UN daje savetodavna mišljenja.<sup>23</sup>

Pošto samo države mogu biti strane u sporu pred Sudom, a sporovi mogu nastati i između njih i pojedinih međunarodnih organizacija, između međunarodnih organizacija, pa čak i između najviših organa samih UN, uloga savetodavnih mišljenja je da popuni tu prazninu tako što će ponuditi argumentovano rešenje, tumačenje i slično.

<sup>21</sup> Više o Sudu: J.G.Merrills, 121-180; T.O.Elias, *The International Court of Justice and some contemporary problems*, Martinus Nijhoff Publishers 1983; S.Rosenne, *The World Court – What It is and how It works*, Martinus Nijhoff Publishers 1989; J.Collier, V.Lowe, *The settlements of disputes in international law: institutions and procedures*, Oxford University Press 1999, 124-187; V.Lowe, M.Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Oxford University Press 1996; A.S.Muller, D.Raič, H.Thuránszky (eds.), *The International Court of Justice: its Future Role After Fifty Years*, Martinus Nijhoff Publishers 1997; C.Peck, S.Lee Roy (eds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers 1997; M.N.Shaw, *International Law*, Cambridge 2003, 959-1005; S.M.Amr Mohamed: *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers 2003; G.L.Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press 2014; *The International Court of Justice Handbook*, B.Triangle, [http://www.icj-cij.org/publications/en/manuel\\_en.pdf](http://www.icj-cij.org/publications/en/manuel_en.pdf) (ovaj i ostali radovi sa Interneta poslednji put su konsultovani 14.5.2015).

<sup>22</sup> Ako neka strana ne ispuni obaveze koje na njoj leže prema presudi, druga strana može da se obrati Savetu bezbednosti koji može, ako smatra potrebnim, da da preporuke ili odluči o merama koje treba preduzeti da bi presuda bila izvršena (čl. 94/2 Povelje UN).

<sup>23</sup> Odredbe o traženju savetodavnih mišljenja Suda sadržane su u Povelji UN (čl. 96) Statutu Suda (čl. 65-68), Pravilima Suda, ali i u najvišim pravnim aktima ovlašćenih specijalizovanih agencija UN, ugovorima o njihovom osnivanju, sporazumima o sedištu i nekim drugim dokumentima.

Domašaj savetodavnih mišljenja je ograničen i to na razne načine: 1) uskim, precizno definisanim krugom subjekata koji ga mogu zatražiti; 2) time da pitanje mora da bude pravno; 3) pravom Suda da uskrati mišljenje ako smatra da njegovo davanje u datom slučaju ne bi bilo prikladno, i 4) neobaveznošću savetodavnog mišljenja.

Premda nisu pravno obavezujuća, savetodavna mišljenja, mogu pomoći ne samo pravnom razjašnjenju, već i rešenju sporne situacije. Ovo zbog njihove velike moralne snage koja proističe kako iz autoriteta samog Suda, tako i iz pravne argumentacije koja ih prati. To ima za posledicu da se, premda neobavazujuća, ova mišljenja u praksi poštuju.

Takođe, strane u sporu mogu se unapred obavezati da će kao pravno obavezujuću priznati savetodavno mišljenje Suda, Ono je tada za njih obavezno na osnovu njihovog sporazuma.<sup>24</sup>

**2.Politički ogani.** - Povelja UN upućuje strane u sporu da ga rešavaju pre svega putem nekog od načina koji sami po sebi nemaju neposredne veze sa organima UN. Kao takvi u čl. 33/1 izričito se pominju pregovori, istražne komisije, posredovanje, mirenje, arbitraža, sudsko rešavanje, pribegavanje regionalnim ustanovama ili sporazumima, ili drugi mirni načini. Strane u sporu same sporazumno biraju za koji će se od ovih načina opredeliti.

Ne samo da se od strana u sporu očekuje da same pribegnu pomenutim načinima mirnog rešavanja spora, već, kada smatra potrebnim, to od njih može zatražiti i Savet bezbednosti.<sup>25</sup> Premda u ovom slučaju, inicijativa dolazi od strane Saveta, traganje za prihvatljivim rešenjem i dalje ostaje u rukama strana u sporu, koje se same sporazumno opredeljuju za neki od mehanizama za rešenje spora.

Ukoliko ovi napori ostanu bezuspešni, članice UN koje nisu uspele da spor reše na neki drugi miroljubiv način, dužne da ga iznesu pred Savet bezbednosti ili Generalnu skupštinu UN.

Spor pred ove organe mogu izneti sve članice UN, što znači i one koje nisu uvučene u spor.<sup>26</sup> Pod određenim uslovima svoj spor pred Savet bezbednosti i Generalnu skupštinu može izneti i država nečlanica. Postupak mogu pokrenuti odnosno inicirati i Savet bezbednosti (čl. 34. Povelje), Generalna skupština<sup>27</sup> i Generalni sekretar.

<sup>24</sup> Više o savetodavnim mišljenjima Suda: S.Rosenne, *The World Court*, 103-107; M.N.Shaw, 1000-1004; *The International Court of Justice Handbook*, 81-93, 253-276; M.M.Aljaghoub, *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Springer 2006; S.Đorđević, „Savetodavna mišljenja Međunarodnog suda pravde“, *Pravni život* 13/2009, 783-807.

<sup>25</sup> Član 33/2 Povelje UN utvrđuje da Savet bezbednosti, kada to smatra potrebnim, poziva strane da svoj spor reše načinima navedenim u čl. 33/1.

<sup>26</sup> Prema Povelji UN, svaka članica UN može skrenuti pažnju Savetu bezbednosti ili Generalnoj skupštini na svaki spor ili svaku situaciju koja može dovesti do međunarodog trvenja ili se pretvoriti u spor.

<sup>27</sup> Pošto je ovlašćena da raspravlja o svim pitanjima iz Povelje UN, pa tako, razume se, i onima koja se tiču međunarodnog mira i bezbednosti, Generalna skupština može i da samoinicijativno razmotri spor i pokuša da doprinese njegovom rešenju.

*1. Savet bezbednosti.* – Posebna uloga poverena je Savetu bezbednosti. Pošto je, prema Povelji (čl. 24) prvenstveno odgovoran za održanje svetskog mira i bezbednosti, on je, pored ostalog, ovlašćen da ispita svaki spor ili svaku situaciju koja može dovesti do međunarodnog trvenja ili se pretvoriti u spor, kako bi utvrdio da li produžavanje spora ili situacije može da dovede u opasnost održanje međunarodnog mira i bezbednosti (čl. 34. Povelje).

Inicijativu za uključivanje Saveta bezbednosti u rešavanje spora može dati bilo koja članica UN, ali i država koja nije članica UN - u pogledu spora u kojem je ona jedna od strana i pod uslovom da u vezi s tim sporom unapred prihvati obaveze za mirno rešavanje koje su predviđene u Povelji.

Opšte uzev, ne postoji obaveza već samo mogućnost da se spor iznese pred Savet bezbednosti. Međutim, na osnovu čl. 37/1 Povelje, strane u sporu koje nisu uspele da ga same reše, a trajanje spora može da ugrozi održanje međunarodnog mira i bezbednosti, dužne su da ga iznesu pred Savet bezbednosti.

U određenim slučajevima postupak za rešenje međunarodnog spora pred Savetom bezbednosti mogu pokrenuti i same UN, samoinicijativno. One to mogu učiniti preko Saveta bezbednosti, Generalne skupštine ili Generalnog sekretara.<sup>28</sup>

I zaista, mnogi sporovi rešeni su zahvaljujući dobrim uslugama, posredovanju i drugim oblicima učešća Saveta bezbednosti,<sup>29</sup> u nekim slučajevima i putem njegovog uvođenja prinudnih mera (sankcija) sa pozivom na Glavu VII Povelje UN.

*2. Generalna skupština.* – Prema Povelji (čl. 10-11) Generalna skupština može raspravljati o svim pitanjima ili predmetima u okviru Povelje i posebno o svim pitanjima održanja međunarodnog mira i bezbednosti, koja iznese bilo koji član UN ili Savet bezbednosti ili država nečlanica UN i može da daje preporuke o svakom takvom pitanju zainteresovanoj državi ili državama ili Savetu bezbednosti ili i jednim i drugima. Ona može i da preporuči mere za mirno sređivanje svake situacije – nezavisno od njenog porekla – za koju smatra da može da šteti opštem blagostanju ili prijateljskim odnosima među nacijama (čl. 14).

Kada deluje na osnovu Rezolucije “Ujedinjeni za mir” (1950) Generalna skupština suštinski preuzima ulogu vetom paralisanog Saveta

<sup>28</sup> Na osnovu čl. 34. Povelje Savet bezbednosti može po svojoj inicijativi ispitati svaki spor ili svaku situaciju koja može dovesti do međunarodnog trvenja ili da se pretvori u spor, kako bi utvrdio da li produženje spora ili situacije može da dovede u opasnost održanje međunarodnog mira i bezbednosti. Pored toga, Povelja ovlašćuje Generalnu skupštinu (čl. 11/3) i Generalnog sekretara (čl. 99) da mogu skrenuti pažnju Savetu bezbednosti na situacije koje bi mogle ugroziti očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti.

<sup>29</sup> Za pregled najvažnijih slučajeva u kojima se Savet bezbednosti uključio u rešavanje spora vidi: *Representatives, Mediators, Coordinators and Good Offices*, Repertoire of the Practice of the Security Council, [http://www.un.org/en/sc/repertoire/subsidiary\\_organ/representatives.shtml](http://www.un.org/en/sc/repertoire/subsidiary_organ/representatives.shtml).

bezbednosti. Tada ona može da donese odluke koje su obavezne za strane u sporu, a može da naredi i prinudne mere, pa i one oružane prirode. Mada se tu, strogo uzev ne radi o rešavanju spora, već o prinudnim merama (sankcijama) one u krajnjoj liniji služe mirnom rešavanju sporne situacije.

3. *Generalni sekretar*. – Uloga Generalnog sekretara je dvostruka: on je istovremeno i najviši administrativni službenik i najvažniji politički funkcioner OUN.

Iskoristivši to što odredbe Povelje koje se odnose na njega nisu dovoljno precizne, Generalni sekretar je u praksi razvio izraženu političku funkciju, veću od one koja mu je namenjena Poveljom. To se, pored ostalog, vidi u domenu rešavanja sporova, gde on:<sup>30</sup>

- rukovodi Sekretarijatom i stara se o primeni odluka Saveta bezbednosti, Generalne skupštine i ostalih organa, uključujući i one njihove odluke koje se tiču mirnog rešavanja sporova;

- deluje preventivno, u cilju sprečavanja izbijanja sporova uopšte ili konkretnog spora, tako što, pored ostalog: predlaže teme i zadatke kojima će se baviti čitava Organizacija, kao i osnivanje novih tela i službi, podrazumevaći i teme, zadatke, tela i službe vezane za mirno rešavanje sporova; savetuje se sa svetskim liderima; iznosi predloge za rešavanje osetljivih međunarodnih situacija i kriza; tumači odredbe Povelje UN i rezolucija Saveta bezbednosti, uključujući i one koji se tiču rešavanja međunarodnih sporova i konflikata; proučava određena pitanja od opšteg interesa i tim povodom objavljuje studije, među kojima se neke makar delom odnose na mirno rešavanje sporova,<sup>31</sup> a ima i onih koje su u celini i na opšti način posvećene ovoj problematici;<sup>32</sup>

- na osnovu same Povelje UN (čl. 99) pozvan je da skreće pažnju Savetu bezbednosti na svako pitanje koje po njegovom mišljenju može da ugrozi očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti;

- često je u poziciji da se i neposredno formalno ili neformalno uključi u rešavanje međunarodnih sporova. To čini samoinicijativno, tako što, sam ili preko svojih specijalnih predstavnika, pruža dobre usluge, posreduje,

<sup>30</sup> Više: B.Rivlin, L.Gordenker (eds.), *The Challenging Role of the UN Secretary-General*, Greenwood Publishing Group 1993, 3-39; T.M.Franck, „The Secretary General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture“, *European Journal of International Law* 1/1995, 360-387; S.Chesterman (ed.), *Secretary or General? The UN Secretary-General in World Politics*, Cambridge University Press 2007; D.Vasić, „Uloga i nadležnosti generalnog sekretara UN u rešavanju međunarodnih kriza“, *Strani pravni život* 1/2010, 59-84; *The Role of the Secretary-General*, Secretary-General Ban Ki-moon, United Nations, [http://www.un.org/sg/sg\\_role.shtml](http://www.un.org/sg/sg_role.shtml).

<sup>31</sup> *Women, Peace and Security* (2002), *Rights of Child*, United Nations (2006), Guidance Note of the Secretary-General on Racial Discrimination and Protection of Minorities (2013); itd.

<sup>32</sup> Primer je Priručnik o mirnom rešavanju sporova između država (*Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, 1992) koji je nastao u izvršenju zahteva Generalne skupštine, formulisano u Rezoluciji 39/79 (1984) kojom je od Generalnog sekretara traženo da na bazi mišljenja izraženih u okviru relevantnih organa i tela UN izradi takav dokument.

pokušava mirenje, vrši istragu radi utvrđivanja činjeničnog stanja, pruža pomoć u primeni dogovorenog sporazuma o mirnom rešenju spora itd. On može samo da ponudi i pruži pomoć, ali nema pravo da stranama u sporu nameće svoje viđenje i svoje rešenje spora;<sup>33</sup>

- može da i sam konačno reši spor, tako što, kada se to od njega traži, prihvata ulogu arbitra. U tom slučaju njegova odluka je obavezna za strane u sporu, kao svaka arbitražna presuda.<sup>34</sup>

**3.Ostale organizacije, tela i ustanove iz sistema UN.** – Sistem UN je veoma složen. Njega uz glavne i veliki broj pomoćnih organa čine i razna druga tela, ali i specijalizovane agencije UN sa svojim sopstvenim članstvom, organima i mehanizmima, kao i razni fondovi i programi UN.<sup>35</sup>

Na sastancima tih organizacija, organa i tela učestvuju predstavnici država odnosno u nekim slučajevima nezavisni eksperti. To omogućava da se u najranijoj fazi izbegne spor ili spreči njegov razvoj, posebno kada je spor vezan za neku užu, konkretnu materiju (npr. ljudska prava, pravo mora, zaštita čovekove sredine, telekomunikacije, civilno vazduhoplovstvo, osvajanje kosmosa i slično).

Naime, ako dođe do ozbiljnih razmimoilaženja u stavovima delegacija država, ostale delegacije se javljaju u ulozi neke vrste posrednika. Svojim učešćem u raspravi, delovanjem van sednice i na druge načine, one doprinose smanjenju napetosti, deluju snagom svojih argumenata ali i ugleda, doprinose traganju za kompromisnim rešenjima.

Svoje mesto imaju i razna ekspertska tela u kojima sede kompetentni stručnjaci, a ne politički predstavnici država. Ova tela (npr. ugovorna tela iz materije ljudskih prava) često su u poziciji uslovno rečeno kvazisudskih organa.<sup>36</sup> Mada nisu pravno obavezujuće, njihove odluke imaju veliku moralnu i političku težinu i mogu da posluže sprečavanju nastanka ili narastanja spora odnosno njegovom rešavanju. Zavisno od slučaja, tome mogu doprineti ne samo odluke ovih tela (mišljenja, komentari) već i razni stručni izveštaji, analize, predlozi, preporuke i slično.

### 3.Univerzalne međunarodne organizacije

Pored UN postoji i veliki broj drugih međunarodnih organizacija na univerzalnom (svetskom) nivou. One se bave međunarodnom saradnjom u

<sup>33</sup> D.Vasić Dušan, 59-83.

<sup>34</sup> Tako je Generalni sekretar Perez de Kueljar arbitrirao 1986. u sporu između Francuske i Novog Zelanda povodom potapanja broda „Dugin ratnik“. *Case concerning the difference between New Zealand and France arising from the „Rainbow Warrior“ affair*; Ruling of the 6 July 1986 by the Secretary-General of the United Nations, [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XIX/199-221.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIX/199-221.pdf).

<sup>35</sup> Više: B.Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, 375-395.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 332-339.

određenoj tačnoj utvrđenoj oblasti<sup>37</sup> ili širokom i raznovrsnom saradnjom.

Neke od njih spadaju u krug specijalizovanih agencija UN, te kao takve ulaze u tzv. sistem UN. Međutim, to su samostalne organizacije, sa sopstvenim pravnim subjektivitetom, članstvom, sedištem, organima itd. Stoga njihov položaj je zapravo isti ili sličan kao položaj drugih univerzalnih međunarodnih organizacija, onih koje nisu tako tesno povezane sa UN.

Poostoji i niz subjekata koji bi se uslovno mogli nazvati kvazimeđunarodnim organizacijama. Oni liče na međunarodne organizacije, ali se od njih po nečemu jasno razlikuju. Pojedini među njima takođe imaju razrađene mehanizme mirnog rešavanja sporova.

Ovde će biti dat kratak osvrt na to kako su pitanja mirnog rešavanja sporova rešena u pojedinim specijalizovanim agencijama UN i određenim univerzalnim međunarodnim organizacijama izvan sistema UN.

Karakteristika mirnog rešavanja sporova pred ovim organizacijama i njihovim organima je u tome da se tako ne mogu rešavati svi sporovi, već samo oni iz materije koju pokriva odnosna organizacija. To je posledica činjenice da su ove organizacije u principu specijalizovane samo za određenu oblast međunarodne saradnje.<sup>38</sup>

**1.Specijalizovane agencije UN.** – Od dvadesetak specijalizovanih agencija UN ovde će biti pomenuti samo Međunarodna organizacija rada (ILO), Međunarodna pomorska organizacija (IMO), Svetska zdravstvena organizacija (WHO), Organizacija za ishranu i poljoprivredu (FAO), Međunarodna unija za telekomunikacije (ITU) i Organizacija UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO).

Izbor ovih organizacija posledica je činjenice da je ILO najstarija od svih specijalizovanih agencija (osnovana još 1919) i ima niz specifičnosti, dok, sa druge strane, praksa pokazuje da sporovi često izbijaju u vezi sa sudarima brodova, telekomunikacijama, nuklearnim programima pojedinih zemalja i slično. Podrazumeva se da svoje posebne mehanizme za mirno rešavanje sporova imaju i druge specijalizovane agencije UN.<sup>39</sup>

*1.Međunarodna organizacija rada (ILO).* – Pitanja koja se tiču mirnog rešavanja sporova regulisana u čl. 24-34. Ustava ove organizacije.

Tu je (čl. 24) predviđeno pravo profesionalne organizacije poslodavaca odnosno takve organizacije radnika da Međunarodnom

<sup>37</sup> Npr. saradnjom u domenu bezbednosti, zdravstva, saobraćaja, finansija, miroljubivog korišćenja atomske energije, obrazovanja i kulture, itd.

<sup>38</sup> Tako npr. sporovima u vezi sa razgraničenjem nije mesto pred organima Međunarodne organizacije rada; sporovi u vezi sa zabranom hemijskog oružja rešavaju se u okviru Organizacije za zabranu hemijskog oružja, a ne drugih organizacija (npr. Međunarodne unije za telekomunikacije); sporovima u vezi sa miroljubivim korišćenjem nuklearne energije mesto je pred organima Međunarodne organizacije za atomsku energiju (a ne npr. Svetskog poštanskog saveza).

<sup>39</sup> Više o mirnom rešavanju sporova u okviru pojedinih specijalizovanih agencija UN: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, 135-146.

biroa rada (sekretarijat ILO) podnose predstavke protiv članice za koju tvrde da ne ispunjava svoje obaveze iz bilo koje konvencije ILO, čija je ugovornica. Ako odnosna država ne pruži odgovor u razumnom roku, ili on prema mišljenju Biroa nije zadovoljavajući, Biro ima pravo da objavi predstavki i eventualni odgovor. Ovde dolazi do izražaja činjenica da Međunarodna organizacija rada postoji da bi popravila položaj radnika, doprinela stvaranju bezbednih i povoljnih uslova rada itd., te da su svi najviši organi ove organizacije zasnovani na tripartitnom sistemu, tako da su u njima predstavljene ne samo vlade, već (kao nezavisni od svojih vlada) i radnici i poslodavci.<sup>40</sup>

Odredbom iz čl. 26. predviđeno je pravo svake članice da podnese pritužbu odn. žalbu (engl. *complaint*) Međunarodnom biroa rada protiv druge države članice, kojom tvrdi da, prema njenom mišljenju, ta druga članica ne obezbeđuje na zadovoljavajući način primenu konvencija koje su obe države ratifikovale. Podnošenje pritužbe nije uslovljeno time da je navodnim kršenjem konvencije državi koja je podnela pritužbu ili njenom državljaninu naneta neposredna šteta, već je dovoljno postojanje opšteg interesa da se preuzete obaveze dosledno ostvaruju.<sup>41</sup>

Postupajući po pritužbi, Upravni savet može obrazovati istražnu komisiju sa zadatkom da prouči pitanje i podnese izveštaj. Svaki član, nezavisno od toga da li je zainteresovan u vezi sa predstavkom, dužan je da dostavi istražnoj komisiji sve podatke kojima raspolaže a tiču se spornog pitanja. Ove korake Savet može da preduzme i po sopstvenoj inicijativi ili po pritužbi nekog delegata Međunarodne konferencije rada. Država članica protiv koje je pokrenut ovaj postupak, a koja nije predstavljena u Upravnom savetu može odrediti svog predstavnika koji će učestvovati u rešavanju pitanja (čl. 26/5).

Istražna komisija u izveštaju izlaže svoj nalaz i preporučuje mere koje bi trebalo preduzeti. To uključuje i rokove u kojima mere trebaju biti preduzete. Generalni direktor Međunarodnog biroa rada dostavlja izveštaj istražne komisije Upravnom savetu, svim zainteresovanim članicama i obezbeđuje njegovo objavljivanje.

Svaka od zainteresovanih vlada dužna je da u roku od 3 meseca obavesti Generalnog direktora da li prihvata preporuke iz izveštaja komisije, a ako ih ne prihvata, da li želi da pokrene spor pred Međunarodnim sudom pravde. Sud može da potvrdi, promeni ili poništi zaključke i preporuke istražne komisije. Odluka Suda je konačna. Ako neka članica ne sprovede

<sup>40</sup> Najviši organ Organizacije - Međunarodna konferencija rada je plenarno telo u kome je svaka država članica zastupljena preko 4 delegata, s tim da vlada imenuje samo 2, a po jednog imenuju udruženja radnika i udruženja poslodavaca. Izvršni organ je Upravni odbor koji ima 56 članova, od kojih je 28 predstavnika vlada, 14 predstavnika radnika i 14 predstavnika poslodavaca.

<sup>41</sup> B.M.Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Beograd 2001, 148.

u utvrđenom roku preporuke sadržane u izveštaju istražne komisije ili u odluci Međunarodnog suda, Upravni savet može preporučiti Međunarodnoj konferenciji rada preduzimanje onih mera koje on smatra svrsishodnim za ostvarivanje pomenutih preporuka.

U okviru ILO funkcionišu i drugi oblici kontrole ispunjavanja preuzetih obaveza, a samim tim i rešavanje sporova.<sup>42</sup>

*2.Međunarodna pomorska organizacija (IMO).* - Konvencija o Međunarodnoj pomorskoj orhanizaciji (1948. izm. 1977) kojom je IMO osnovana i koja igra ulogu njenog statuta, sadrži u čl. 69-70. pravila u pogledu rešavanja sporova.

Tu je utvrđeno da će svako pitanje ili spor u vezi sa tumačenjem ili primenom Konvencije biti podneti na rešavanje Skupštini ili će biti rešeni na način na koji se dogovore strane u sporu. Istovremeno je, precizirano da ništa ne sprečava bilo koji organ Organizacije da rešava ona pitanja i sporove koji se mogu javiti u njegovom vršenju funkcija (čl. 69).

Odredbom iz čl. 70. propisano je da će povodom svakog pravnog pitanja koje ne bude moglo biti rešeno na način predviđen u čl. 69, Organizacija zatražiti savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde.

Prema tome, Konvencija predviđa da će se sporovi rešavati na način oko koga strane u sporu postignu saglasnost, s tim da ako ta saglasnost izostane, spor se iznosi pred Skupštinu. U meri u kojoj se spor pojavi pred drugim organima, i oni se mogu baviti njegovim rešavanjem.<sup>43</sup> Konačno, ostavljena je mogućnost da se u pogledu pravnih pitanja zatraži savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde.

*3.Svetska zdravstvena organizacija (WHO).* - Pitanja vezana za rešavanje sporova uređena su čl. 75-77. Ustava ove organizacije.

Tu je utvrđeno da će svako pitanje ili spor u vezi sa tumačenjem ili primenom Ustava koji ne budu rešeni putem pregovora ili od strane Svetske zdravstvene skupštine biti predat Međunarodnom sudu pravde, osim ako se strane u sporu ne dogovore oko drugačijeg načina mirnog rešenja spora (čl. 75). Takođe, precizirano je da po ovlašćenju Generalne skupštine UN ili na osnovu ovlašćenja iz bilo kog sporazuma između Organizacije i UN, Organizacija može tražiti od Međunarodnog suda pravde savetodavno mišljenje o bilo kom pravnom pitanju koje se javi u okvirima nadležnosti Organizacije. Prema odredbi iz čl. 77. Generalni direktor može se pojaviti pred Sudom u ime Organizacije u vezi sa bilo

<sup>42</sup> Više o mirnom rešavanju sporova u okviru ILO: B.M.Šunderić, 140-156; F.Maupain, „The Settlement of Disputes Within the International Labour Organization“, *Journal of International Economic Law* 2/1999, 273-293.

<sup>43</sup> Na osnovu čl. 11. Konvencije o Međunarodnoj pomorskoj organizaciji, ovi organi su: Skupština, Savet, Komitet za pomorsku bezbednost, Pravni komitet, Komitet za zaštitu morskog sredine, Komitet za tehničku saradnju i oni pomoćni organi koje Organizacija bude smatrala potrebnim, i Sekretarijat.

kojim postupkom koji proistekne iz bilo kod takvog zahteva za dobijanje savetodavnog mišljenja. On je dužan da postigne aranžmane u vezi sa prezentacijom slučaja pred Sudom, uključujući iznošenje različitih pogleda u vezi sa pitanjem.

4. *Organizacija za ishranu i poljoprivredu (FAO)*. – Ustav ove organizacije propisuje da svako pitanje ili spor koji se tiču tumačenja tog ustava koji ne budu rešeni od strane Konferencije biće predati na rešavanje Međunarodnom sudu pravde ili drugom takvom telu koje odredi Konferencija (čl. XVII/1).

Istovremeno je precizirano da će svako traženje savetodavnog mišljenja Organizacije od Međunarodnog suda pravde, u vezi sa pravnim pitanjima koja se javljaju u okvirima njene nadležnosti biti u skladu sa sporazumima između Organizacije i UN, te da će podnošenje bilo kog pitanja na rešavanje ili traženje savetodavnog mišljenja biti po postupku koji utvrđuje Konferencija.

5. *Međunarodna unija za telekomunikacije (ITU)*. - Pitanja koja se tiču mirnog rešavanja sporova regulisana su Ustavom ove organizacije i konvencije o njenom osnivanju, kao i posebnim Fakultativnim protokolom o obaveznom rešavanju sporova koji se odnose na Ustav Međunarodne unije za telekomunikacije, Konvenciju o Međunarodnoj uniji za telekomunikacije i administrativne pravilnike.<sup>44</sup>

Ustav u čl. 56. utvrđuje da države članice mogu rešavati svoje sporove u vezi sa tumačenjem i primenom tog ustava, Konvencije ili administrativnih pravilnika putem pregovora, putem diplomatskih kanala, ili u skladu sa postupkom utvrđenim dvostranim ili višestranim ugovorima zaključenim među njima za rešavanje međunarodnih sporova ili putem bilo kog drugog metoda o kojem su se sporazumele. Ako nijedan od ovih metoda za rešavanje spora nije usvojen, bilo koja država, koja je strana u sporu može se obratiti arbitraži, u skladu sa postupkom definisanim Konvencijom. Između strana u sporu koje su članice Fakultativnog protokola o obaveznom rešavanju sporova, primenjuju se njegova rešenja.

Prema tome, Ustav ostavlja stranama u sporu da same izaberu najpodesnije sredstvo za njegovo rešavanje, s tim da nabroja određene načine mirnog rešavanja koji će, ako je moguće biti primenjeni u slučaju da strane u sporu ne izaberu neko drugo rešenje. Za slučaj da se spor ne može rešiti na opisani način, svaka strana može pokrenuti postupak pred arbitražom, na način utvrđen Konvencijom. U slučaju da su obe strane članice Fakultativnog protokola, spor će biti rešavan prema njegovim odredbama.

Bliže gledajući, Konvencija u obimnom članu 41. sadrži detaljna pravila o arbitražnom postupku odnosno o načinu pokretanja tog

<sup>44</sup> Reč je o administrativnim pravilnicima navedenim u čl. 4/3 Ustava, konkretno Pravilniku o međunarodnim telekomunikacijama i Pravilniku o radio-vezama.

postupka, sastavu arbitraže, načinu rada i dr. Odluka arbitraže je konačna i obavezujuća.

Kao što mu ime sugerije, Fakultativni protokol se odnosi samo na sporove koji se tiču tumačenja i primene Ustava ITU, Konvencije o ITU i administrativnih pravilnika. Suštinski, osnovno novo rešenje sadržano je u čl. 1, koji potvrđuje pravilo o tome da se spor koji ne bude rešen na neki od načina navedenih u čl. 56. Ustava, na zahtev jedne od strana, predaje obaveznoj arbitraži, ali istovremeno menja arbitražnu proceduru iz čl. 41. Konvencije utoliko što precizira da u slučaju da jedna od strana u sporu u roku od 3 meseca ne imenuje svog arbitra, njega, na zahtev druge strane imenuje Generalni sekretar.<sup>45</sup>

*6. Organizacija UN za nauku i kulturu (UNESCO).* – Ustav ove organizacije u čl. XIV/2 propisuje da svaki spor koji se tiče tumačenja tog ustava biće predat na rešavanje Međunarodnom sudu pravde ili arbitražnom sudu, na način koji Generalna konferencija može utvrditi svojim pravilima postupka.

Postoje i posebni mehanizmi, predviđeni konkretnim sporazumima, zaključenim pod okriljem ove međunarodne organizacije. Primer je Protokol o obrazovanju Komisije za mirenje i dobre usluge za rešavanje sporova koji mogu nastati među državama, članicama Konvencije o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete (1962).

**2. Univerzalne organizacije izvan sistema UN.** – Od univerzalnih međunarodnih organizacija koje nisu specijalizovane agencije UN ovde će biti pomenute Međunarodna organizacija za atomsku energiju (IAEA), Svetska trgovinska organizacija (WTO), Organizacija za zabranu hemijskog oružja (OPCW).

*1. Međunarodna organizacija za atomsku energiju (IAEA).* – Osnovna rešenja o mirnom rešavanju sporova sadržana su u čl. XVII Statuta ove organizacije. Tu je utvrđeno da bilo koje pitanje ili spor koji se tiče tumačenja ili primene tog statuta, koji ne budu mogli biti rešeni putem pregovora, biće predate na rešavanje Međunarodnom sudu pravde, osim ako se strane u sporu sporazumeju oko drugog načina rešenja spora. Pored toga, Generalna konferencija i Odbor guvernera su posebno ovlašćeni, pod uslovom da se dobije ovlašćenje od strane Generalne skupštine UN, da traže od Međunarodnog suda pravde savetodavno mišljenje o bilo kom pravnom pitanju koje se može pojaviti u vezi sa aktivnostima Organizacije.<sup>46</sup>

Sa stanovišta sprečavanja i mirnog rešavanja sporova, bitne su i druge odredbe Statuta, kao npr. one iz čl. VII koje utvrđuju obavezu razmene

<sup>45</sup> Više: R.T. Bruce, R. Macmillan, *Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Directions*, ITU & World Bank 2004.

<sup>46</sup> Više: J.D. Fry, *Legal Resolution of Nuclear Non-Proliferation Disputes*, Cambridge University Press, 2013, 264-285.

informacija. Posebno su važna rešenja iz čl. XII koje ovlašćuju IAEA da vrši kontrole, inspekcije i slične mere nadzora (da bi se utvrdilo da odnosni objekti ne služe u vojne svrhe, da su poštovana utvrđena pravila bezbednosti i slično) s tim da inspektori podnose izveštaj Generalnom direktoru, koji ga prosleđuje Odboru guvernera. Kada utvrdi da je odnosna država prekršila utvrđena pravila, Savet guvernera obaveštava o tome sve članice IAEA, Savet bezbednosti u Generalnu skupštinu UN. Ako odnosna država u razumnom roku ne preduzme korektivne korake, Savet guvernera može odlučiti da smanji ili prekine pomoć koju odnosna strana dobija od IAEA ili nekog njenog člana, može zatražiti vraćanje materijala i opreme koju je odnosna strana dobila od IAEA, a može i suspendovati prava i povlastice odnosne članice IAEA.

Načini mirnog rešavanja sporova razrađeni su vezano za konkretne međunarodne sporazume koji su zaključeni pod okriljem IAEA. Tako uz Bečku konvenciju o građanskoj odgovornosti za nuklearnu štetu (1963) zaključen je Fakultativni protokol o obaveznom rešavanju sporova (1963). Odredbom iz njegovog čl. I utvrđeno je da pitanja koja se tiču tumačenja ili primene Konvencije spadaju u obaveznu nadležnost Međunarodnog suda pravde, te da, u skladu s tim, postupak kod Suda za rešenje spora može pokrenuti svaka država koja je strana u sporu i istovremeno članica Protokola. U čl. II precizirano je da se strane u sporu mogu sporazumeti, u roku od 2 meseca da se spor poveri ne Međunarodnom sudu pravde, već arbitražnom sudu, s tim da kada istekne navedeni period, svaka strana može podneskom pokrenuti postupak kod Međunarodnog suda pravde. U istom periodu od 2 meseca strane u sporu mogu se dogovoriti da pre nego što spor podnesu Sudu, pokušaju da nađu rešenje putem postupka mirenja. Komisija za mirenje treba da sastavi svoje preporuke u roku od 5 meseci od dana imenovanja. Ako ih strane u sporu ne prihvate tokom 2 meseca od dana njihovog proglašenja, svaka strana je slobodna da podneskom iznese spor pred Međunarodni sud pravde (čl. III).

*2. Svetska trgovinska organizacija (WTO).* – I u ovoj organizaciji prednost ima sporazumno rešenje, među samim stranama u sporu. Ako ono nije postignuto, spor se rešava u postupku koji uključuje razne faze i mehanizme, s tim da treba da traje najviše godinu dana, odnosno u slučaju postupka po žalbi, još najviše 3 meseca.<sup>47</sup> Spor rešava posebno

<sup>47</sup> Ako nije izjavljena žalba, trajanje postupka (ukupno najviše 1 godina) bi trebalo da se kreće u ovim okvirima: 1) pregovori, konsultacije, posredovanje i slično – do 60 dana; 2) imenovanje panela – do 45 dana; 3) konačni izveštaj panela stranama u sporu – do 6 meseci; 4) konačni izveštaj panela državam članicama – do 3 nedelje; 5) usvajanje izveštaja od strane Tela za rešavanje sporova – do 60 dana. Ako je na izveštaj panela izjavljena žalba, o njoj odlučuje stalno Apelaciono telo sastavljeno od 7 nezavisnih eksperata. Postupak po žalbi ima ove faze: 1) izveštaj Apelacionog tela, u roku od 60 do 90 dana i 2) usvajanje izveštaja od strane Tela za rešavanje sporova, u roku do 30 dana. *Understanding the WTO: Settling Disputes*, How long to settle a dispute?, WTO, [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/disp1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/disp1_e.htm).

kvazisudsko telo - *ad hoc* panel sastavljen od 3 eksperta iz raznih država. Njegov izveštaj podnosi se Telu za rešavanje sporova, koje je zapravo posebna sednica Opšteg saveta (plenarni organ Organizacije u kome su predstavljene sve države članice). U slučaju da je iz nekog razloga nezadovoljno izveštajem, Telo može da ga konsenzusom odbije. Ako to ne učini, izveštaj je prihvaćen i postaje obavezna odluka. Predviđena su i rešenja za slučaj da nezadovoljna strana ne izvrši odluku. Prvenstveni cilj je, međutim, da se sve reši još u prvoj fazi, saglasnošću volja strana u sporu, bez potrebe da se pribegava obrazovanju panela. U raznim fazama rešenja spora na razne načine mogu učestvovati i druga tela – Generalni direktor, sekretarijat, arbitri, eksperti itd.<sup>48</sup>

3. *Organizacija za zabranu hemijskog oružja (OPCW)*. – I ova međunarodna organizacija nije deo sistema UN, mada tesno saraduje sa UN. Posebna pravila o mirnom rešavanju sporova sadržana su u njenom osnivačkom dokumentu – Konvenciji o zabrani razvoja, proizvodnje skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništenju (1993). U čl. XIV Konvencije propisano je da će sporovi u vezi sa njenom primenom ili tumačenjem biti rešavani u skladu sa relevantnim odredbama Konvencije i Poveljom UN. Kada izbije spor između dve ili više ugovornica ili između jedne ili više ugovornica i Organizacije, strane u sporu treba da nastoje da ga što pre reše putem pregovora ili drugog načina za mirno rešenje, prema svom izboru, uključujući i obraćanje odgovarajućim organima predviđenim Konvencijom. Strane u sporu dužne su da o stanju stvari izveštavaju Izvršni savet, koji može doprineti rešenju spora na način na koji smatra da je najpodesniji, uključujući nuđenje dobrih usluga, poziv stranama u sporu da počnu proces njegovog rešavanja i predlaganje vremenskog limita za okončanje dogovorenog postupka za rešenje spora. Odgovarajući ulogu ima i Konferencija država članica. Ona razmatra pitanja koja se tiču sporova koje joj podnesu same strane u sporu ili na koje joj skrene pažnju Izvršni savet. Kada smatra da je to neophodno, Konferencija može obrazovati i posebne organe za rešavanje sporova. Oba organa (i Konferencija i Izvršni savet) imaju pravo da, nakon što im to odobri Generalna skupština UN, zatraže savetodavno mišljenje od Međunarodnog suda pravde. Kao što se vidi, ne samo da je predviđen u načelu širok dijapazon postupaka za mirno rešavanje sporova, već je samom Konvencijom precizirano da se to odnosi ne samo na sporove

<sup>48</sup> Više: *WTO Bodies involved in the dispute settlement process*, WTO, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_settlement\\_cbt\\_e/c3s1p1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c3s1p1_e.htm); E.U.Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International 1997; F.Ortino, E.U.Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003*, Kluwer Law International 2004; W.J.Davey, „The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years“, *Journal of International Economic Law* 1/2005, 17-50; M.Foltea, *International Organizations in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press 2012; M.Martin, *WTO Dispute Settlement Understanding and Development*, Martinus Nijhoff Publishers 2013.

između država članica, već i na sporove država članica sa Organizacijom.<sup>49</sup> Pored navedenog, Aneksom o zaštiti poverljivih podataka, kao pomoćni organ Konferencije obrazovana je posebna Komisija za rešavanje sporova u vezi sa poverljivim podacima, sastavljena od 20 članova i ovlašćena da rešava sporove između država članica, ali i između njih i Organizacije.

#### 4.Regionalne međunarodne organizacije

Mehanizme za mirno rešavanje sporova ima i veliki broj regionalnih međunarodnih organizacija.<sup>50</sup>

To je, prirodno, posebno naglašeno kod onih organizacija koje su osnovane za održavanje međunarodnog mira i bezbednosti (npr. OEBS), odnosno kao odbrambeni ili vojno-politički savezi (npr. NATO) ili kod onih koje kao jedan od ciljeva imaju obezbeđenje stabilnosti i bezbednosti odnosno regiona (npr. Udruženje zemalja Jugoistočne Azije – ASEAN).

Međutim, takve mehanizme imaju i druge regionalne organizacije. To uključuje velike i nešto manje, opštepolutičke i slične regionalne organizacije kakve su npr. Evropska unija, Organizacija američkih država, Afrička unija, Zajednica nezavisnih država itd., ali i one koje su specijalizovane za oblast ekonomske saradnje, za razne aspekte međunarodnog saobraćaja i slično.<sup>51</sup>

To je i razumljivo. Mada unutar regionalnih organizacija, ili makar većine njih, postoji bliskost stavova i interesa, povremeni sporovi su neminovni. Oni se javljaju čak i među članicama onih organizacija koje suštinski predstavljaju vojne saveze, u kojima su države već po logici stvari politički, vojno, i na mnogo drugih načina posebno tesno povezane. To što su članice iste regionalne organizacije ne znači da se među državama neće javiti ozbiljni sporovi koji mogu pokvariti njihove odnose, izroditi se u ozbiljno trvenje, a u nekim slučajevima čak ugroziti međunarodni mir. Primeri su sporovi u vezi sa razgraničenjem, položajem nacionalnih manjina, ribolovom, statusom vodotokova, teškim zagađenjem prirode i slično.

Mehanizmi mirnog rešavanja spora često su predviđeni, a u nekim slučajevima i relativno detaljno razrađeni već u statutu ili drugom

<sup>49</sup> Više o raznim aspektima rešavanja sporova, uključujući i postupke verifikacije: M.Bothe, N.Ronzitti, A.Rosas (eds), *The New Chemical Convention – Implementation and Prospects*, Kluwer Law International 1998.

<sup>50</sup> Više: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, op. cit., 81-97; M.N.Shaw, 930-950; J.G.Merrills, 279-307; K.A. Бекяшев (отв. ред.), *Международное публичное право*, Москва 2009., 249-256.

<sup>51</sup> Tako npr. Severnoameričkim sporazumom o slobodnoj trgovini (1992) stvorena je jedna vrsta regionalne organizacije odnosno trgovinskog bloka poznatog po engleskoj skraćenici NAFTA, čije članice su SAD, Kanada i Meksiko. Mada se određene odredbe o mirnom rešavanju sporova nalaze i u nekim drugim članovima Sporazuma, tom problemu posvećena je Glava XX (čl. 2001-2022).

najvišem aktu organizacije odn. konvenciji kojom se organizacija osniva.<sup>52</sup> Često se materija mirnog rešavanja sporova uređuje i dodatno, bilo putem posebnog sporazuma o tome (konvencije ili protokola)<sup>53</sup> bilo opštom odlukom (rezolucijom) najvišeg organa organizacije. Tim aktima se, pored ostalog ustanovljavaju i posebni organi za mirno rešavanje sporova (sudovi, arbitraže, komisije, paneli i slično) odnosno precizira se odgovarajuća uloga najviših i drugih organa organizacije.

Tako npr. u okviru OEBS postoji čitav niz mehanizama za rešavanje sporova i sprečavanje sukoba.<sup>54</sup> Pored ostalog, Konvencijom o mirenju i arbitraži u okviru OEBS (1992) osnovan je Sud za mirenje i arbitražu, sastavljen od Komisije za mirenje i Arbitražnog suda.<sup>55</sup> Članovi Komisije (posrednici) i Arbitražnog suda (arbitri) biraju se posebno za svaki spor, sa odgovarajuće liste. Međutim, važnu ulogu u prevenciji i rešavanju sporova igraju praktično sve institucije i mehanizmi OEBS, pored ostalog i predsedavajući OEBS, Stalni savet, Forum za saradnju u oblasti bezbednosti, Parlamentarna skupština OEBS, razne kratkoročne i dugoročne misije (misije za utvrđivanje činjeničnog stanja, radi prikupljanja podataka o stanju ljudskih prava, o vojnim zbivanjima, radi pokušaja posredovanja između sukobljenih strana i sl.), Visoki komesar za nacionalne manjine itd.<sup>56</sup>

S obzirom na veliki broj i raznovrsnost regionalnih međunarodnih organizacija ovde nije moguće davati osvrt na to kako je ova materija uređena u najvišim i drugim dokumentima odnosnih organizacija i kako se utvrđena rešenja ostvaruju u praksi. Način mirnog rešavanja sporova u svakoj regionalnoj međunarodnoj organizaciji je pitanje za sebe.

<sup>52</sup> Tako npr. čl. 24-27 Povelje Organizacije američkih država (1948, sa kasnijim izmenama); čl. XIX Povelje Organizacije afričkog jedinstva (1963); čl. 16-18, 20/2, 32. Statuta Zajednice nezavisnih država (1993); čl. XXIX Konvencije o osnivanju Udruženja Karipskih država (1994); čl. 22. Povelje Sangajske konvencije za saradnju (2002) itd.

<sup>53</sup> Tako npr. u okviru Organizacije američkih država - Američki ugovor o mirnom rešavanju sporova (1948), u okviru Saveta Evrope - Evropska konvencija za mirno rešavanje sporova (1957), u OEBS - Konvencija o mirenju i arbitraži u okviru OEBS (1992), u ASEAN Protokol o mehanizmima za rešavanje sporova (2010) itd.

<sup>54</sup> Više: M.Bothe, N.Ronzitti, A.Rosas (eds.), *The OSCE in Maintenance of Peace and Security*, Kluwer Law International 1997; H.Löberbauer, *The OSCE System: Institutional Design and Conflict Management in the 21<sup>st</sup> Century*, OSCE. Diplomatic Academy, Vienna 2006; *OSCE Mechanisms & Procedures*, OSCE 2011, *Mediation and Dialogue Facilitation in the OSCE*, Reference Guide, OSCE 2014.

<sup>55</sup> Više: L.Caflisch, „The OSCE Court of Conciliation and Arbitration: Some Facts and Figures“, in: M.Bothe, N.Ronzitti, A.Rosas, 381-408; P.Schneider, Müller-Wolf Tim J. Aristide: “The Court of Conciliation and Arbitration within the OSCE: Working Methods, Procedures and Composition”, *Centre for OSCE Research Working Paper 16*, Hamburg 2007, [http://edoc.vifapop.de/opus/volltexte/2008/597/pdf/CORE\\_Working\\_Paper\\_16.pdf](http://edoc.vifapop.de/opus/volltexte/2008/597/pdf/CORE_Working_Paper_16.pdf); *OSCE Court of Conciliation and Arbitration*, OSCE, <http://www.osce.org/cca>.

<sup>56</sup> Više, uključujući i konkretne primere: *OSCE Mechanisms & Procedures*, OSCE 2011, 28-37, <http://www.osce.org/cpc/34427?download=true>; *Mediation and Dialogue Facilitation in the OSCE*, Reference Guide, OSCE, 2014, <http://www.osce.org/secretariat/126646?download=true>.

Posebno je zanimljivo primetiti da sve veći broj regionalnih organizacija ima sopstvene sudske organe za rešavanje sporova. Mada određeni problemi i dalje postoje, stoji činjenica da je mreža ovih mehanizama za mirno rešavanje sporova sve potpunija i efikasnija.<sup>57</sup>

Zapravo, praksa pokazuje da se veliki broj međunarodnih sporova rešava upravo pred regionalnim međunarodnim organizacijama i telima.<sup>58</sup>

To je ne samo dobro, već i logično rešenje. Kao što su međusobni odnosi mnogo razvijeniji između država koje pripadaju određenom užem području – regionu, tako isto i sporovi, već po prirodi stvari, mnogo češće izbijaju između njih, a ređe između veoma udaljenih zemalja. Pri tome spor ugrožava pre svega odnose u regionu, a tek zatim i na široj, svetskoj sceni. S druge strane, regionalni organi za rešavanje sporova (npr. regionalni sudovi) su, opšte uzev, podesniji od univerzalnih – oni su bliži sporu, najčešće imaju određena makar elementarna predznanja o opštim okvirima i pozadini spora, troškovi pred njima (dolazak predstavnika država u sporu, dolazak svedoka, eksperata itd.) manji su nego u slučaju univerzalnih organa itd. Uostalom, jasno je i to da univerzalni organi ne mogu i ne treba da se bave svim međunarodnim sporovima, već samo onima koji nisu mogli biti rešeni na drugi način.

Posebno pitanje vezano za ulogu regionalnih međunarodnih organizacija u mirnom rešavanju sporova tiče se sve većeg učešća ovih organizacija kao posrednika i na drugi način u rešavanju sporova između trećih subjekata. Tako je npr. Evropska unija na razne načine angažovana u traganju za mirnim rešenjem spora između država koje nisu njene članice.<sup>59</sup>

## 5.Međunarodna tela

Razna međunarodna tela, najčešće osnovana posebnim višestranim sporazumom, postoje i na univerzalnom i na regionalnom nivou. Mada nisu međunarodne organizacije, neka od njih imaju međunarodnopravni subjektivitet što, pored ostalog, znači da mogu igrati zapaženu ulogu u mirnom rešavanju sporova.

Ovde će biti pomenut samo Međunarodni krivični sud koji se iz mnogo razloga čini posebno zanimljivim.

---

<sup>57</sup> Više: E.U.Petersmann, "Proposal for Strengthening the UN Dispute Settlement System", 128-130; J.Klabbers, 262-277; J.G.Merrills, 279-306; V.Barić Punda, „Mirno rješavanje sporova u suvremenim evropskim dokumentima“, *Adrias* 12/2005, 53-63.

<sup>58</sup> Za takvu praksu vezanu za Arapsku ligu, Organizaciju američkih država, tadašnju Organizaciju afričkog jedinstva i dr. vidi: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, 92-96.

<sup>59</sup> Više: F.Hoffmeister, "The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes", *Chinese Journal of International Law* 1/2012, 77-105.

On je već aktom o njegovom osnivanju (Rimski statut, 1998) definisan kao posebno međunarodno telo.<sup>60</sup> Mada je osnovan u saradnji sa UN, Sud nije deo sistema UN već je nezavisni međunarodni organ koji saraduje sa UN u skladu sa posebnim sporazumom o tome.<sup>61</sup>

Vezano za mirno rešavanje sporova Sud je zanimljiv iz dva razloga.

Pre svega, odlučujući u krivičnim stvarima o krivici i kazni lica optuženih da su izvršila najteže međunarodne zločine, Sud je u poziciji da doprinese individualizaciji krivice, pomirenju, sprečavanju izbijanja ili širenja konflikta.<sup>62</sup>

Sa druge strane, samim Rimskim statutom uređeno je pitanje mirnog rešavanja sporova unutar kruga država članica. Ovaj doklument u dva stava člana 119. sadrži dva rešenja. U prvom se utvrđuje da se svaki spor koji se odnosi na sudske funkcije (engl. *judicial functions*) Suda rešava odlukom samog Suda. Drugi stav precizira da bilo koji drugi spor između država-članica koji nastane povodom tumačenja ili primene Statuta i koji nije rešen pregovorima u roku od 3 meseca od početka spora prosleđuje se Skupštini država-članica, koja može sama da pokuša da pronađe način da se spor reši ili da predloži nove načine za njegovo rešavanje, uključujući i obraćanje Međunarodnom sudu pravde.<sup>63</sup>

## 6. Zaključak

Savremeno međunarodno pravo zabranjuje ne samo upotrebu sile, već i pretnju silom, a agresiju proglašava međunarodnim zločinom. Istovremeno, ono i izričito obavezuje države da sve svoje sporove rešavaju isključivo mirnim sredstvima.

Radi mirnog rešavanja međunarodnih sporova odavno su stvorena razna sredstva. Nekima koja su poznata od pamtiveka (neposredni

<sup>60</sup> Čl. 1-2, 4. Rimskog statuta. Bliže gledajući, u čl. 1. Sud se označava kao "stalna ustanova" (eng. *permanent institution*) dok se u čl. 4/1 za njega kaže da "ima svojstvo međunarodno priznatog pravnog lica" (*shall have international legal personality*).

<sup>61</sup> Sud je po definiciji nezavisan organ čija je svrha vršenje sudske funkcije u okviru utvrđene nadležnosti. Njeno vršenje povereno je posebno kvalifikovanim nezavisnim pojedincima, izabranim u u ličnom svojstvu, koji sude po svojoj savesti i pravdi. Po tome se Sud razlikuje od međunarodnih organizacija, koje su institucionalizovani oblici višestrane saradnje država, u čijim glavnim organima sede i odlučuju predstavnici država članica, koji postupaju po instrukcijama svojih vlada.

<sup>62</sup> Tako što će kaznivši krivce zadovoljiti pravdu i zahteve za pravdom žrtava, njihovih srodnika, zemljaka, ali i određenih posebno zainteresovanih država (npr. države u kojoj je većinski narod čiji su pripadnici bili žrtve genocida, zločina protiv čovečnosti i dr. u nekoj drugoj zemlji).

<sup>63</sup> Više: T. O'Neill, "Dispute Settlement under the Rome Statute of the International Criminal Court: Article 199 and the Possible Role of the International Court of Justice", *Chinese Journal of International Law* 1/2006, 67-78; J.C.S.Ochoa, "The Settlement of Disputes Concerning States Arising from the Application of the Statute of the International Criminal Court: Balancing Sovereignty and the Need for an Effective and Independent ICC", *International Criminal Law Review* 1/2007, 1-42.

pregovori, posredovanje, arbitraža) u novijoj praksi priključila su se nova (istražne komisije, mirenje, međunarodni sudovi). Među njima od XX veka sve su brojniji i raznovrsniji načini mirnog rešavanja međunarodnih sporova pod okriljem međunarodnih organizacija. To je posebno karakteristično u naše vreme kada je sve više međunarodnih organizacija i na univerzalnom i na regionalnom nivou, kada su njihovi organi i tela sve brojniji, a ovlašćenja sve veća.

Kratak osvrt dat u ovom radu trebalo je da pokaže da je savremena praksa u ovoj oblasti veoma raznovrsna i bogata. Pred međunarodnim organizacijama mogu se rešavati, zavisno od slučaja, svi ili sporovi u određenim materijama. Mogu se rešavati na sasvim različite načine, uz učešće sudskih, ekspertskih i političkih organa organizacije, pa i poveravanjem spora nekom organu van same organizacije (posebno, Međunarodnom sudu pravde). Takođe, mogu se rešavati u okviru međunarodne organizacije paralelno sa nekim drugim oblikom mirnog rešavanja (neposredni pregovori, posredovanje itd.).

Pa ipak, svet u kome živimo daleko je od idealnog. Sva mnogobrojna sredstva za mirno rešavanje sporova ponekad zataje. To važi i za ono što se dešava pod okriljem međunarodnih organizacija. Pri tome obično nisu u pitanju manjkavosti samog mehanizma. Razlozi se najčešće nalaze na drugoj strani - u rukama vlada odnosnih država, od kojih u krajnjoj liniji sve zavisi, pa i to da li će se obratiti nekom sredstvu za mirno rešenje spora, koje će sredstvo sporazumno izabrati itd. Nažalost, praksa pokazuje da kada je reč o političkim sporovima, u materijama gde se sudaraju suprotstavljeni interesi, sporovi i dalje često imaju tendenciju da budu rešavani otvorenom ili prikrivenom silom, mada je to zabranjeno međunarodnim pravom. Ovo posebno važi za sporove koji uključuju neku od velikih sila.

---

**Prof. Boris Krivokapić**

Full Professor

Faculty of Law, Public Administration and Security

John Naisbitt University, Belgrade

## **SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES BEFORE THE INTERNATIONAL ORGANIZATIONS**

### Summary

Among the various other means of peaceful settlement of international disputes special place belongs to the settlement of disputes by international organizations and their organs.

In the first part of the work the author briefly deals with international disputes, the obligation to resolve them exclusively by peaceful and the general role of international organizations in all of this.

The second part of the paper contains short presentation of disputes settlement before the United Nations, including International Court of Justice, Security Council, General Assembly.

The third part is dedicated to resolving disputes under the auspices of other universal international organizations (UN specialized agencies, IAEA, WTO, OPCW), the fourth deals with the settlement of disputes by the regional organizations, and the fifth refers to international bodies which are not international organizations (in particular, the International Criminal Court).

In his final remarks the author concludes that there are more and more international organizations, that there the mechanisms for resolving disputes within are more and more diverse and more efficient, but that in some cases the practice continues to fail. When it comes to political disputes, in matters where competing interests collide, disputes still often tend to be tackled in the open or hidden use of force, although this is prohibited by international law. This is especially true in cases involving some of the great powers.

**Keywords:** International law, International disputes, International organizations, Peace, Peaceful settlement of disputes, United Nations



---

Prof. dr Natalia Erpyleva<sup>1</sup>

Originalni naučni rad  
UDK: 341.9(470+571)(438)

## THE EVOLUTION OF CONFLICT REGULATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF RUSSIA AND POLAND<sup>2</sup>

### *Abstract*

*The present article examines the evolution of conflict regulation in the private international law of Russia and Poland. The author identifies the concept, structure and types of conflict rules, stressing that the conflict of laws is the most important category of private international law. A detailed classification of the types of connecting factor formulas under which connecting factors of bilateral conflict rules are formed is undertaken. The detailed analysis of conflict rules contained in Russian and Polish legislation set forth mainly in the Civil Code of the Russian Federation and the Law of Poland “On Private International Law” is conducted with the help of the comparative and formal-logical methods of research. The author also scrutinizes different conflict rules contained in the Treaty between Russia and Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters. The author concludes that modern conflict regulation in Russia and Poland is in accordance with those trends in private international law, which can be seen through the prism of the international dimension.*

**Key words:** Private International Law, conflict of laws rules, conflict regulation, connecting factor formulas, domestic legislation, international treaties.

---

<sup>1</sup> Professor, Head of the Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University “The Higher School of Economics”, Moscow, Russia; e-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru

<sup>2</sup> This research carried out in 2014-2015 was supported by grant (№14-01-0098) from “The National Research University ‘Higher School of Economics’ Academic Fund Program”.

\*  
\* \*

Traditionally, two methods of regulation are singled out in the science of private international law – conflict law and material law. The conflict law method dictates that, for the regulation of private law relations with foreign elements (international private relations), the question of which country's law must be applied should first be decided. This is possible only with the help of a conflict rule which contains specific criteria for choosing a national legal system depending on the connection of a concrete relation with the law of a particular state. The material law method excludes raising a conflict question concerning the choice of national law in so far as the essence of the legal relation is regulated by specially created material law rules unified in international treaties or by material law rules of direct operation contained in national law. In the foreign science of private international law, the material law method has been called the substantive regulation method.<sup>3</sup>

The choice of problem for this article resulted from recent significant changes in private international law in Russia and in Poland on the basis of the adoption of domestic normative acts; moreover, the form in which this development is taking place in Poland is substantially different from the form of development of private international law in Russia. It was thus all the more interesting to the author to analyze and point out such differences. The limitations of a single article indisputably do not allow the author to deal with all aspects of conflict law; therefore, the author has limited her investigation to an examination of only the main conflict rules contained in legislation of Russia and Poland, prefacing her account of such material with a theoretical discussion of the concept, nature and functions of conflict rules in private international law.

The most important category of private international law is the concept of conflict of laws. Historically, the conflict rules, which from the juridical-technical side constitute the most complex rules introduced into the domain of private international law, comprise the basis of private

<sup>3</sup> On the concept, subject-matter and method of private international law in foreign science, see: A. Briggs, *The Conflict of Laws* (Clarendon Law Series). Oxford University Press, 2013; N. Hatzimihail, *Pre-classic Conflicts of Laws*, Cambridge University Press, 2014; R. Minor, *Conflict of Laws Or Private International Law* (1923). Ulan Press, 2012; C. Morse, D. McClean, Lord Collins of Mapesbury (eds.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*. Sweet & Maxwell, 2012; P. Rogerson, J. Collier, *Collier's Conflict of Laws*. Cambridge University Press, 2013; J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*. The Lawbook Exchange Ltd., 2010; J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws: Foreign and Domestic, in Regard and to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. TheClassics.us, 2013; J. Westlake, *A Treatise on Private International Law Or the Conflict of Laws* (1858). Kessinger Publishing, 2010.

international law. The aggregate of those rules applicable to the regulation of private law relations complicated by a foreign element constitutes conflict law.<sup>4</sup> Although the content of private international law is by no means confined to conflict questions, conflict law is a complex and very important part of private international law. In translation from the Latin, the term “conflict” signifies a collision. When a legal relation is connected with more than one legal system potentially applicable to its regulation, a conflict or collision of laws is spoken of.

Conflict rules in private international law are rules of a special category, rules of a *renvoi* character. They have two peculiarities: in the first place, a conflict rule does not regulate directly the rights and duties of subjects of legal relations, but only contains a principle following which we can choose the law subject to application; second, the effect of legal regulation with the help of a conflict rule is achieved in aggregate with that material law rule to which it refers.<sup>5</sup> The *renvoi* character of conflict rules signifies that in the text thereof there is no combination of hypothesis, disposition and sanction – integral components of other legal rules. Conflict rules include scope and connecting factor, and their operation always presupposes the presence of corresponding material law. In doctrinal writings, a conflict rule in most cases is traditionally considered as a rule of civil law. L.A. Lunts stressed that the conflict rule together with that material law rule to which it refers form a genuine rule of conduct for participants in civil turnover. The conflict rule, just as any other civil law rule, can have either an imperative or dispositive character.<sup>6</sup> Such views are also held by other leading specialists in the field of private international law, for example, I.S. Pereterskii and S.B. Krylov. They believed that “a conflict rule regulates the settlement of a question,

<sup>4</sup> См.: А.В. Асосков, *Основы коллизионного права*. М., 2012; А.В. Асосков, *Коллизионное регулирование договорных обязательств*. М., 2012; В.П. Звекон, *Коллизии законов в международном частном праве*. М., 2007 [See A.V. Asoskov, *Fundamental Principles of Conflict Law*. Moscow, 2012; A.V. Asoskov, *Conflict Regulation of Contractual Obligations*. Moscow, 2012; V.P. Zvekon, *Conflict of Laws in Private International Law*. Moscow, 2007]; M. George, A. Dickinson, *Statutes on the Conflict of Laws*. Hart Publishing, 2014; M. Harding, *Conflict of Laws*. Routledge, 2013; P. Hay, R. Weintraub, P. Borchers, *Conflict of Laws: Cases and Materials* (University Casebooks Series). Foundation Press, 2013; K. Lipstein, *Principles of the Conflict of Laws National and International*. Springer, 2012; L. Little, *Conflict of Laws: Cases, Materials, and Problems* (Aspen Casebooks Series). Aspen Publishers, 2013.

<sup>5</sup> The concept of operation of a conflict legal rule in combination with a material legal rule was developed in detail in the works of the prominent Russian scholar, founder of the Russian science of private international law, Professor L.A. Lunts. См.: Л.А. Лунц, „О сущности коллизионной нормы“ // *ВИЮН. Ученые записки*. Вып. 9. М., 1959. С. 105-124. [See: L.A. Lunts, “Concerning the Essence of a Conflict Rule” // *Academic Papers*. Issue 9. Moscow, 1959. P. 105-124].

<sup>6</sup> См.: Л.А. Лунц *Международное частное право*: В 3 т. М., 2002. С. 171-172. [See L.A. Lunts *Private International Law*: 3 vols. Moscow, 2002. P. 171-172].

not autonomously, but together with that source of law to which it refers”.<sup>7</sup>

M.M. Boguslavsky completely justifiably notes that “the conflict rule is a rule determining the law of which state must be applied to a respective legal relation. The conflict rule has a *renvoi* character; it only refers to material rules providing for resolving the respective question. In so far as the conflict rule is a rule of *renvoi* character, it is possible to utilize it only together with the material law rules to which it refers – rules of legislation deciding a question substantively”.<sup>8</sup> In prerevolutionary doctrinal writings the idea was expressed that a conflict rule is not a rule of conduct for participants of civil turnover, and as a consequence, it is impossible to speak about its violation by the latter; rather, it is addressed to a court, to an administrative agency of the state. From this, a conclusion follows concerning the public law nature of conflict rules.<sup>9</sup>

Conflict rules constitute a special variety of rules of a *renvoi* character which choose the legal system to be applied, thereby effectuating a regulatory function. The specific quality of the legal nature of conflict rules has an influence in an important way on their structure. A conflict rule consists of two elements – scope and connecting factor. The scope points to the type of regulated legal relationship, but the connecting factor points to the law subject to application with the purpose of regulating the legal relationship complicated by the foreign element. Let us consider the following conflict rule as an example: “The inheritance relations are regulated by the law of that country where the testator had the last place of residence”. The scope of the given conflict rule points to the type of regulated legal relationship – this is an inheritance legal relationship, and the connecting factor points to the legal system subject to application for regulatory purposes. In the given case, this will be the legal system of the state on the territory of which the testator was domiciled at the moment of opening of an inheritance.

Conflict law rules can be contained in national legislation of a particular state and in international treaties. Both sources of conflict law find application in Russia and in Poland. The basic mass of conflict rules in private international law of Russia are contained in Section VI “Private International Law” (Articles 1186-1224) of Part Three of the Civil Code of the Russian Federation of 26 November 2001 as amended 5 May

---

<sup>7</sup> И.С.Перетерский, С.Б. Крылов *Международное частное право*. М., 1959. С. 11. [I.S. Pereterskii, S.B. Krylov *Private International Law*. Moscow, 1959. P. 11].

<sup>8</sup> М.М. Богуславский *Международное частное право*: Учебник. М., 2012. С. 89. [M.M. Boguslavsky *Private International Law*: Textbook. Moscow, 2012. P. 89].

<sup>9</sup> См.: М.И. Брун *Введение в международное частное право*. Петроград, 1915. С. 61; 78; 79. [See M.I. Brun *Introduction to Private International Law*. Petrograd, 1915. P. 61, 78, 79].

2014<sup>10</sup> (hereinafter: Russian Civil Code). In addition to civil legislation, conflict rules are contained in the Family Code of the Russian Federation of 29 December 1995, as amended of 4 November 2014<sup>11</sup>, in particular in Section VII “Application of Family Legislation to Family Relations with the Participation of Foreign Citizens and Stateless Persons” (Articles 156-167); in the Merchant Shipping Code of the Russian Federation of 30 April 1999, as amended 29 November 2014,<sup>12</sup> which includes Chapter XXVI “Applicable Law” (Articles 414-427).

The principal body of conflict rules in private international law of Poland is contained in the Law of Poland “On Private International Law” of 4 February 2011, which came into force 16 May 2011<sup>13</sup> (hereinafter: “Polish Law”). The Polish Law is a voluminous codified act consisting of 19 sections, including 81 articles and unifying conflict rules relating to the legal status of natural and juridical persons (Sections 2-3); conflict rules relating to representation, transactions, limitation of action (Sections 4-6); conflict rules relating to obligations (Section 7); conflict rules relating to an arbitration agreement (Section 8); conflict rules relating to the property rights (Section 9); conflict rules relating to the intellectual property rights (Section 10); conflict rules relating to family law (Sections 11-15); conflict rules relating to inheritance law (Section 16); conflict rules relating to other matters (Section 17).

It is evident that Russia and Poland are classical examples of the attitude of states to national legislation as the source of conflict law. Whereas in Russia the conflict rules of private international law are dispersed in individual laws and have a clearly expressed branch focus, then Poland took the path of creating a single codifying act in the field of private international law containing the entire body of conflict rules independently of their branch characteristics. This is the basic, cardinal difference in the approaches of these two states to the forming of their national conflict law. International treaties are another source of

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552; 2014. № 19. Ст. 2329. [Compendium of legislation of the Russian Federation. 2001. No. 49. Article 4552; 2014. No. 19 Article 2329]. A new version of Part III of the Russian Civil Code came into force on 1 July 2014.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. 2014. № 45. Ст. 6143. [Compendium of legislation of the Russian Federation. 1996. No. 1. 2014. No. 45. Article 6143]. A new version of the Family Code of the Russian Federation came into force on 1 January 2015.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207; Рос. газ., 03 декабря 2014 г., № 275. [Compendium of legislation of the Russian Federation. 1999. No. 18. Article 2207; Rossiskaya Gazeta, 3 December 2014, No. 275]. A new version of the Code of Merchant Shipping of the Russian Federation came into force on 1 January 2015.

<sup>13</sup> The text of this law translated into Russian by D.I. Zenkovich was published in the *Journal of Private International Law*. 2012. No. 2. P. 53-69. See also: T. Pajor “Introduction to the New Polish Act on Private International Law” // *Yearbook of Private International Law*. 2011. Vol. XIII. P. 381-388.

private international law of Russia and Poland containing conflict rules. Characteristically, a bilateral international treaty binds these states, the Warsaw Treaty between the Russian Federation and the Republic of Poland on Legal Assistance and Legal Relations on Civil and Criminal Matters of 16 September 1996<sup>14</sup> (hereinafter: “Treaty between Russia and Poland”) which contains, *inter alia*, conflict rules of an international quality.

How are rules of international treaties, the participants of which include Russia, and the rules of national legislation correlated? In accordance with Article 15(4) of the Constitution of the Russian Federation of 12 December 1993, as amended 21 July 2014,<sup>15</sup> international treaties of the Russian Federation are an integral part of its legal system. If an international treaty of the Russian Federation establishes rules other than those provided by a law, then the rules of the international treaty are applied. In accordance with the Decree No. 5 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation “On the Application by Courts of General Jurisdiction of Generally-Recognized Principles and Rules of International Law and International Treaties of the Russian Federation” of 10 October 2003, as amended 5 March 2013,<sup>16</sup> during the consideration of civil cases by a court, an international treaty of the Russian Federation which came into force and became binding upon Russia and the provisions of which do not require publication of domestic acts for their implementation and which are capable of giving rise to rights and duties for subjects of national law is directly applied (point 3). An incorrect application by a court of generally-recognized principles and rules of international law and international treaties of the Russian Federation can be grounds for vacating or changing the judicial act. The incorrect application of a rule of international law can occur when a rule of international law subject to application was not applied by a court or, the reverse, the court applied a rule of international law which was not subject to application or when an incorrect interpretation of a rule of international law was given by a court (point 9).

The foregoing means that in the presence of an international treaty containing conflict rules, they will be applied to regulate the respective legal relation and not the rules of the Russian Civil Code or the Polish Law; therefore, the rules of the Treaty between Russia and Poland will be applied exclusively to relations with a foreign element on the territory of Russia and Poland (in the case of subjects of private law of Russian

<sup>14</sup> БМД. 2002. № 5. [Bulletin of International Treaties. 2002. No. 5]. This treaty came into force on 18 January 2002.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398. [Compendium of legislation of the Russian Federation. 2014. No. 31. Article 4398]. The new version of the Constitution of the Russian Federation came into force on 22 July 2014.

<sup>16</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12; 2013. № 5. [Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation. 2003. No.12; 2013. No.5].

or Polish nationality, other localization, for example, property or legal facts in the given states contemplating the simultaneous involvement of a Russian and Polish foreign element), and only in the case of their inadequacy will the rules of Russian or Polish conflict law be applied.

We now consider the main types of connecting factor formulas in Russian and Polish conflict law (by connecting factor formulas, we have in mind the connecting factor of a bilateral conflict rule; *i.e.* the rule containing the criteria for choosing the legal system subject to application and not indicating concretely which legal system must be applied). The scope of the present study does not allow for an analysis of all connecting factor formulas; therefore, we will focus on some of these containing the most important differences in private international law of Russia and Poland.

### **1. Personal Law of a Juridical Person (*lex societatis*)**

The personal law of a juridical person encompasses a whole group of legal relations, including:

1. Status of the entity as a juridical person;
2. Organizational-legal form of a juridical person;
4. Requirements for naming of a juridical person;
5. Questions of foundation, reorganization and liquidation of a juridical person, including questions of legal succession;
6. Content of legal capacity of a juridical person;
7. Procedure for acquisition by a juridical person of civil rights and assuming civil duties;
8. Internal relations, including relations of a juridical person with its participants;
9. Legal capacity of a juridical person to be liable for its obligations;
10. Questions of responsibility of founders (or participants) of a juridical person for its obligations (Article 1202(2) of the Russian Civil Code).<sup>17</sup>

The sense of the given connecting factor formula is that the legal status of a juridical person is determined by the law of the state with which

---

<sup>17</sup> A similar list of types of relations regulated by the personal law of a juridical person are contained in Article 17(3) of the Polish Law. The list of such types includes the following: 1) the foundation, merger, division, transformation and liquidation of a juridical person; 2) the legal status of a juridical person; 3) name and also firm name of a juridical person; 4) legal capacity of a juridical person; 5) competence and principle of functioning as well as designation and recalling of members of organs; 6) representation; 7) acquisition and loss of status of a participant or of membership and also rights and duties connected with them; 8) responsibility of the participants or members for obligations of a juridical person; 9) consequences of violation by the representative of a juridical person of a law, foundation act or charter.

the juridical person has state affiliation (nationality).<sup>18</sup> The difficulty arises from the fact that the laws of various states regulate this question differently by virtue of a historical divergence in the formation of the criteria determining State affiliation (nationality) of a juridical person. The determination of nationality of a juridical person substantially influences the establishment of its affiliation to a concrete legal order – its own or foreign, which is its personal statute. Thus, the personal statute of a juridical person is established by means of determination of its state affiliation (nationality). Traditionally, the criteria of incorporation, localization, and place of conducting activity are applied.

The criterion of incorporation (the place of foundation) means that the nationality of that state on the territory of which the formalities of its foundation were fulfilled, where it is organized and registered, is recognized for a juridical person. The legislation of countries of the Anglo-Saxon system of law and a number of other states, including Russia, adheres to this criterion. In accordance with Article 1202(1) of the Russian Civil Code, the law of the country where the juridical person is founded is considered to be the personal law of the juridical person. In the case of a foreign entity which is not a juridical person in accordance with foreign law, the law of the country where that entity is founded (Article 1203 of the Russian Civil Code)<sup>19</sup> is the personal law. An analogous criterion is used in the Treaty between Russia and Poland, in which it is indicated that legal capacity of a juridical person is determined by the legislation of the Contracting Party in accordance with which the juridical person was founded (Article 19 (2)).

The criterion of “localization” (the location of the administrative center) proposes that the nationality of that state on the territory of which the administrative organs of a juridical person are situated is deemed to be the nationality of the juridical person. This criterion is provided for in legislation of the Roman-German system of law, although the concept of “localization” is not interpreted in the same manner in the practice of various

---

<sup>18</sup> See J.Borg-Barthet *The Governing Law of Companies in EU Law* (Studies in Private International Law Series). Hart Publishing, 2012; P.Paschalidis *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations* (Oxford Private International Law Series). Oxford University Press, 2012.

<sup>19</sup> Despite the clear consolidation of the criterion of incorporation, an innovation is contained in the modern conflict law of Russia. In accordance with Article 1202(4) of the Russian Civil Code, if a juridical person founded abroad effectuates its entrepreneurial activity principally on the territory of the Russian Federation, its founders (participants) or other persons who have the right to give binding instructions to it or otherwise have the possibility to determine its activity, then Russian law or, if the creditor chooses, the personal law of such juridical person applies to the responsibility for obligations of the juridical person. Such a formulation speaks to the possibility of the subsidiary application of the criterion of place of conducting economic activity, which in its pure form provides that a juridical person has the nationality of the state on the territory of which it effectuates its business activity.

states. In some cases, by “localization” is meant “charter localization” (the location of administrative organs consolidated in foundation documents), and in other cases, the actual “localization” arising from the *de facto* location of the administrative center of a juridical person.

The Polish Law names the criterion of “localization” as the basic criterion for determining the nationality of foreign juridical persons. In accordance with Article 17(1), a juridical person is subject to the law of the country in which it is situated. However, if in accordance with the above indicated law, the law of the country on the basis of which the juridical person was founded is subject to application, the law of that country is applied (Article 17(2)). Thus, the Polish conflict rules contain the personal law of the juridical person based on the criterion of “localization” as the basic connecting factor, but as a subsidiary criterion – the criterion of incorporation. “Subsidiariness” is presented in the form of adoption by Polish Law of *renvoi* of foreign law.

## 2. Law of Autonomy of Will (*lex voluntatis*)

The law of autonomy of will determines the status of obligation, which provides that it is regulated by the law of that State which the parties of that obligation have chosen. The presence of a foreign element and the obligations character of the relations between the subjects results in the possibility for the parties to the contract to choose the material law to be subject to application.<sup>20</sup> The law of autonomy of will occupies a central place in all national systems of private international law, and all remaining connecting factors formulas are considered to have an auxiliary character to be used only in the absence of a choice of applicable law by the parties concluding the contract. Broad application of the law of autonomy of will in practice has led to a certain stability of its content, which nevertheless has been subject to various legal evaluations.

Despite the existence of various approaches to identifying the nature and place of the law of autonomy of will in the legal system of a state,<sup>21</sup> the legislation of virtually all states consolidates it as a determinative

---

<sup>20</sup> The new version of Section VI of Part Three of the Russian Civil Code substantially broadens the principle of autonomy of will to extend this not only to contractual but also non-contractual obligations. Thus, in accordance with Article 1223<sup>1</sup>(1), unless otherwise provided by a law, after the performance of an action or the ensuing of another circumstance entailing the causing of harm or unjust enrichment, the parties can choose in accordance with an agreement between them the law applicable to the obligation arising as a consequence of the harm caused or as a consequence of unjust enrichment. The law chosen by the parties is applied without prejudice to the rights of third persons.

<sup>21</sup> Autonomy of will is considered either as a connecting factor formula or as a principle of contract law or as a principle of private international law as a whole.

principle in the regulation of contractual relations complicated by a foreign element. In accordance with Russian legislation, parties to a contract may when concluding a contract or subsequently choose in accordance with an agreement between them the law which is applicable to their rights and duties in accordance with that contract. The agreement of the parties concerning the choice of applicable law must be expressed directly or must definitely arise from the conditions of the contract or the aggregate of circumstances of the matter.<sup>22</sup> The choice by the parties of applicable law made after conclusion of a contract has retroactive force from the moment of conclusion of the contract and is considered to be valid, but without prejudice to the rights of third persons or the validity of transactions from the point of view of requirements related to its form (Article 1210(1)-(3) of the Russian Civil Code).<sup>23</sup> In accordance with the Treaty between Russia and Poland, contractual obligations are determined by legislation of the state which was chosen by the parties (Article 36(1)).

Polish Law contains a rather broad approach to the application of the law of autonomy of will, including it in Section I “General Provisions” of the Polish Law. In the cases provided by it, choice of the applicable law is possible. The choice of law must be clear or definitely follow from the circumstances of the transaction, excluding situations when provided otherwise by rules sanctioning the possibility of choice of law. The choice of law made after the legal relations have arisen must not violate the rights of third persons (Article 4(1)-(3)).<sup>24</sup> Thus, an obligation arising from a

<sup>22</sup> In accordance with Point 13 of the Information Letter of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, No. 158 “Survey of the Practice of Consideration by Courts of Cases with Participation of Foreign Persons” of 9 July 2013, an agreement on applicable law is considered reached if the parties to a disputed legal relation during substantiation of their demands and objections (for example, in a petition to sue and in the reply to it) refer to the same applicable law. Such a conclusion of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation was fully supported by subsequent court practice. See, e.g., Decree of the Federal Arbitrazh Court of the North-West District of 16 April 2014 in Case No. A56-6655/2013.

<sup>23</sup> The possibility of choosing an applicable law after the conclusion of a contract was confirmed in a Decree of 25 December 2013 of the Federal Arbitrazh Court of the Urals District in Case No. A60-16231/2013, where it states that parties of a contract have the right, guided by the principle of freedom of contract, to conclude an agreement regarding the law applicable to their legal relations of obligation both during conclusion of the contract and subsequently in a supplemental agreement. The Federal Arbitrazh Court of the Moscow District in the Decree of 19 May 2014 in Case No. A40-31270/2007 specially explained the following: Article 1210(3) of the Russian Civil Code provides that the choice by parties of applicable law made after conclusion of the contract has retroactive force and is considered valid, without prejudice to rights of third persons, from the moment of conclusion of the contract. Thus, Russian conflict regulation permits change of law applicable to a contract and such change will have retroactive force unless this prejudices the rights of third persons.

<sup>24</sup> The Polish Law gives the possibility of realizing the autonomous will to parties of a contract, including arbitration agreements and marriage contracts, to participants of non-contractual obligations, to subjects of unilateral transactions, to subjects of family and inheritance relations.

unilateral transaction is subject to the law chosen by the party concluding such transaction (Article 32(1)). An arbitration agreement is subject to the law chosen by the parties (Article 39(1)). A marriage property agreement is subject to the law chosen by the parties (Article 52(2)).

An interesting formulation is contained in Article 64(1), in accordance with which the testator in a will or other disposition in case of death has the right to subject inheritance questions to his national law, the law of the place of his residence or the law of the place of his usual sojourn at the moment of conclusion of such expression of will or at the moment of his death. In case of the absence of a choice of law with respect to inheritance, the national law of the testator at the moment of his death applies. This article of the Polish Law contains an alternative conflict rule having a single scope and several connecting factors. The alternative conflict rule allows the realization of the autonomous will of the testator but only within the framework of the alternatives prescribed by law. The “alternativeness” serves in this example as a form of realization of the law of autonomy of will, which by virtue of this acquires a rigid character.

Russian legislation also contains a rigid form of law of autonomy of will in the form of an alternative conflict rule allowing the choice of law applicable to non-contractual obligations. In accordance with Article 1221(1) of the Russian Civil Code, the victim can choose to apply the following law to a demand concerning compensation for harm caused as a result of defects of goods, work or services: 1) the law of the country where the seller or manufacturer of a good or other causer of harm has a place of residence or principal place of activity; 2) the law of the country where the victim has a place of residence or principal place of activity; 3) the law of the country where work was fulfilled or services were rendered or the law of the country where a good was acquired. However, the possibility to realize autonomy of will, even in rigid form, applicable to inheritance relations is not provided for by Russian legislation.

At the same time, a rule containing the possibility of choosing applicable law in non-contractual obligations is an absolute innovation of Russian conflict law. In accordance with Article 1223<sup>1</sup>(1)-(2) of the Russian Civil Code, unless it arises otherwise from a law, after the performance of an action or arising of another obligation entailing the causing of harm or unjust enrichment, the parties may choose by agreement between them the law applicable to the obligation arising as a consequence of the causing of harm or as a consequence of unjust enrichment. The law chosen by the parties is applied without prejudice to the rights of third persons. If at the moment of performance of the action or arising of another obligation entailing the causing of harm or unjust enrichment, all obligations relating to the essence of the relations of the parties are connected only with one

country, choice by the parties of the law of the other country cannot affect the mandatory rules of law of that country with which all the obligations relating to the essence of the relations of the parties are connected.

With respect to Polish conflict law, in the question of choice of applicable law in relation to separate types of obligations, it contains a direct reference to rules of European private international law, and in particular to the Regulations of the European Union, among which the following have paramount significance: Regulation EC No. 593/2008 “On the Law Applicable to Contractual Obligations” of 17 June 2008<sup>25</sup> (“Rome I Regulation”) (Article 28 of the Polish Law) and Regulation EC No. 864/2007 “On the Law Applicable to Non-Contractual Obligations” of 11 July 2007<sup>26</sup> (“Rome II Regulation”) (Article 33 of the Polish Law). In accordance with Rome I Regulation, a contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity or adversely affect the rights of third parties<sup>27</sup> (Article 3(1)-(2)).

The law chosen by the parties to a contract is considered the applicable law and regulates the following questions:

1. Interpretation of the contract;
2. Rights and duties of the parties to the contract;
3. Performance of the contract;
4. Consequences of failure to perform or improper performance of the contract;
5. Termination of the contract;
6. Consequences of invalidity of the contract (Article 1215(1) of the Russian Civil Code).

The law of autonomy of will found expression in the Treaty between Russia and Poland. In accordance with Article 36(1), contractual obligations are determined by the legislation of the state which is chosen by the parties. In accordance with Article 44(1), the parties to a labor contract can themselves choose the legislation regulating their labor

<sup>25</sup> OJ L 177, 04.07.2008, p. 6-16.

<sup>26</sup> OJ L 199, 31.7.2007, p. 40-49.

<sup>27</sup> See U.Magnus, P.Mankowsky (eds.) “Rome I Regulation” (*European Commentaries on Private International Law Series*. Sellier European Law Publishers, 2013.

relations. Thus, the parties to contractual obligations may choose the applicable law in their discretion. The Treaty between Russia and Poland says nothing about the provision regarding public policy and about the evasion of mandatory rules of legislation which would be applicable if the parties of the contractual obligations did not choose applicable law. This means that in case a dispute arises, the jurisdictional institution must address these questions to the national legislation of that state, *i.e.* the Russian Civil Code or the Polish Law.

### 3. Law of the Closest Connection (*lex connectionis fermitatis*)

The law with which a legal relation is most closely connected is an additional connecting factor formula in comparison with the law of autonomy of will and regulates a group of contractual legal relations. Historically, this connecting factor formula has appeared in the Anglo-Saxon system of law relatively recently; however, it has already received consolidation in European private law, in particular at first in the 1980 Rome Convention concerning the law applicable to contractual obligations and then in Rome I Regulation. In accordance with the latter, if the applicable law cannot be determined on the basis of Article 4(1)-(2), then the contract is regulated by the law of the country with which it is most closely connected (Article 4(4)). The closest connection of the contract and applicable law is determined by a whole series of factors specific for the particular contract. Thus, for a contract of international carriage of freight these factors may be the location of the principal commercial enterprise of the carrier, or the place of shipment of the goods. If the subject-matter of the contract is a property right with respect to immovable property, then the place where the immovable property is situated has the closest connection with the contractual obligation.

At the outset of the twentieth century the Russian science of private international law stressed the significance of a close connection regulating the legal relation with the legal system of a certain state. Thus, B.E. Nolde wrote that “any conflict rule is the answer to the question of which of various civil material laws from different places applies to a particular category of legal relations including international (or inter-regional) elements; the answer is given by recognition of the binding force of those laws with which a particular category of legal relations by one of its own international (or inter-regional) elements in the view of the particular conflict system is most closely connected”<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Б.Э. Нольде *Очерк международного частного права // Ф.Лист Международное право в систематическом изложении.* Юрьев, 1909. С. 470. [B.E. Nolde *Outline of Private International Law // In: F. List Private International Law in Systematic Exposition.* Yuriev, 1909. P. 470].

M.I. Brun suggested that “the choice between different-place laws of material character, in the event of the conflict thereof, assumes not only an assessment of the content of these laws (the social purpose thereof), but also to strengthen the links. The content of laws of material character is assessed so that a specific legislator may say whether he can allow the operation of a foreign law, whether any links have formed of a legal relation with a foreign element to his material legislation; a further assessment is essential in order to outline the conflict rule itself – towards which of the two pieces of legislation the legal relation is more closely tied”.<sup>29</sup>

When considering the question concerning the link of “the most closely connected” as an important factor of a general character, it is possible to refer to it as a concept of characteristic performance, embodied in Article 4(3) of Rome I Regulation. In accordance with this rule, if the contract does not fall under the operation of Article 4(1) or if the elements of the contract fall under operation of several sub-points (a)-(h) of Article 4(1), then the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly most closely connected with a country other than indicated in Article 4(1)-(2), the law of that other country shall apply (Article 4(3)).

The concept of characteristic performance is expressed in modern Russian legislation, which is, undoubtedly, an innovation and a step forward towards the unification of national conflict law and its harmonization with European private law. Moreover, the law of the closest connection is becoming the main, most important conflict link with respect to contractual obligations after the law of autonomy of will. In accordance with Article 1211 of the Russian Civil Code, in the absence of agreement of the parties on the law applicable to a contract, the law of the country where the place of residence or principal place of activity of the party who is effectuating the performance having decisive significance for the essence of the contract at the moment of concluding the contract is situated shall apply. The party which effectuates the performance having decisive significance for the essence of the contract is recognized as the party, in particular, which is the seller – in a contract of purchase-and-sale; donor – in a contract of donation; contractor – in a contract of services; financial agent – in a contract of factoring, etc. (Article 1211(1)-(2) of the Russian Civil Code).

The Polish Law incorporating rules of European private international law into the Polish legal system by means of direct reference to the Regulations of the EC also proposes application of the principle of the

<sup>29</sup> М.И. Брун *Публичный порядок в международном частном праве*. Петроград, 1916. С. 56. [M.I. Brun *Public Order in Private International Law*. Petrograd, 1916. P. 56].

closest connection to the mandatory relationships of the contracting parties because the Rome I Regulation, especially, and Rome II Regulation, in particular, rely precisely on this principle. The Polish Law directly provides that in relation to unilateral transactions, in the absence of a choice of law, the obligation from the unilateral transaction is subject to the law of that country in which the person carrying out the unilateral transaction has a usual place of sojourn or location. If from the circumstances it follows that the obligation is closely connected with the law of another country, the law of that country is applied (Article 32(2)). Moreover, the Polish Law contains a very interesting article consolidating the general rule of application of the law most closely connected in private relations complicated by a foreign element. In accordance with Article 67, in the absence of an indication of applicable law in the present law, special rules in force in the Republic of Poland, ratified international treaties and the law of the European Union in relation to the operation of the present law, the law of the country with which the relation is most closely connected should be applied.<sup>30</sup> Thus, the law most closely connected is considered by Polish conflict law as the general conflict link.

In accordance with the Treaty between Russia and Poland, if the parties did not choose the applicable legislation, the legislation of the Contracting Party on the territory of which the party lives, is founded or has a location, that is effectuating performance having decisive significance for the content of such contract shall apply (Article 36(1)). From the foregoing, it is possible to draw the general conclusion that conflict links which have formed over the centuries and perceived by numerous national legal systems (for example, *lex venditoris* – with respect to contracts of purchase-and-sale; *lex rei sitae* – with respect to contracts connected with immovable property; *lex cartae* – with respect to obligations arising from securities; *lex loci originis* – with respect to obligations connected with circulation of cultural valuables; *lex loci concursus* – with respect to obligations connected with bankruptcy; *lex loci laboris* – with respect to labor obligations; *lex loci celebrationis* – with respect to marriage obligations), act as indicators for the identification of the contract most closely connected with a legal system, whereas the very process of such identification is fully dependent on the discretion of a jurisdictional institution – court or arbitration.

---

<sup>30</sup> In accordance with Article 1 of the Polish Law, it determines the law applicable to private law relations connected with more than one country.

#### 4. Law of the Place of Commission of a Delict (*lex loci delicti commissi*)

The law of the place of commission of a delict regulates the legal obligation of a non-contractual character, underlying the arising of which is the legal fact of causing damage to the person or property<sup>31</sup>. This connecting factor formula signifies that the law of that state on the territory of which a delict was committed is applicable to delictual relations. The most complex question in connection with application of the given connecting factor formula is the question concerning what place is to be considered the place of the commission of a delict – the place of effectuation of the harmful action or the place of manifestation of the harmful consequences? The answer is given differently in the law-application practice of various states. Countries of the Anglo-Saxon system of law traditionally understood the place of commission of the delict as the place of effectuation of the harmful action, whereas the countries of the Roman-German system of law understand this to be the place of manifestation of the causing of damage.

However, at present, these provisions have undergone changes in connection with development of European private law and adoption of Rome II Regulation. In accordance with the latter the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.<sup>32</sup> However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other

<sup>31</sup> См.: В.П. Звекон *Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве*. М., 2007; Е. Кабатова „Модернизация коллизионного регулирования деликтов“ // *Хозяйство и право*. 2004. № 1; Х.Д. Пирцхалава „К вопросу о понятии и классификации внедоговорных трансграничных обязательств в международном частном праве РФ“ // *Актуальные проблемы российского права*. 2012. № 3. [See V.P. Zvekov *Obligations as a Consequence of Causing Harm in Conflict Law*. Moscow, 2007; E. Kabatova “Modernization of Conflict Regulation of Delict” // *Economy and Law*. 2004. No. 1; Kh.D. Pirtskhalava “The Question Concerning the Concept and Classification of Non-Contractual Cross-Border Obligations in Private International Law of the Russian Federation” // *Actual Problems of Russian Law*. 2012. No. 3].

<sup>32</sup> Thus, modern conflict regulation in European private international law effectuated a transition from a connecting factor formula of *lex loci delicti commissi* (law of the place of commission of the delict) to the form of connecting factor formula *lex loci damni* (the law of the place of causing of the harm).

than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a preexisting relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question (Article 4).<sup>33</sup>

At present Russian legislation uses a rather specific approach to this question. The law of the country where the activity or other circumstance took place which served as the grounds for the demand for compensation of harm applies to obligations arising as a consequence of the causing of harm. When as a result of such an action or other circumstance the harm occurred in another country, the law of the other country can be applied if the causer of harm foresaw or could have foreseen the occurrence of harm in that country (Article 1219(1) of the Russian Civil Code). If the parties to an obligation arising as a consequence of the causing of harm have a place of residence or principal place of activity in the same country, the law of that country applies. If the parties to the given obligation have a residence or principal place of activity in different countries, but they are citizens or juridical persons of the same country, the law of that country applies (Article 1219(2) of the Russian Civil Code).

Polish legislation on the question of conflict regulation of non-contractual obligations incorporates the rules of Rome II Regulation, directly referring to them in Article 33 of the Polish Law. In accordance with the Treaty between Russia and Poland, obligations arising as a consequence of the causing of harm (as a consequence of impermissible actions) are determined by legislation of the Contracting Party on the territory of which the circumstance which is the grounds for the claim for compensation for harm took place. If the plaintiff and defendant are citizens of one of the Contracting Parties, the legislation of that Contracting Party is applied.

The following is determined on the basis of the law which is applicable to obligations arising as a consequence of the causing of harm:

1. Capacity of a person to bear responsibility for harm caused;
2. Placing of responsibility for harm on a person who is not the causer of harm;
3. Grounds of liability;
4. Grounds of limitation of liability and relief therefrom;
5. Means of compensation of harm;

<sup>33</sup> См.: А.В. Банковский „Новый этап унификации международного частного права ЕС: Рим II” // *Журнал международного частного права*. 2006. № 3 [See A. V. Bankovskii “The New Stage of Unification of Private International Law of the EC: Rome II” // *Journal of Private International Law*. 2006. No. 3]; U. Magnus, P. Mankowsky (eds.) *Rome II Regulation (European Commentaries on Private International Law Series)*. Sellier European Law Publishers, 2013.

6. Extent and amount of compensation of harm (Article 1220 of the Russian Civil Code).

In conclusion, it should be stressed that modern conflict law in Russia and Poland is developing in accordance with the basic developmental trends of private international law, following its logic and using its instruments. The basic types of connecting factor formulas formed over the period of a hundred years have found expression in Russian and Polish legislation. The essential peculiarity of the structure of conflict law in Poland is determined by the circumstance that Poland is a member of the European Union and by virtue of this is obliged to apply on its territory the acts of European private law. Therefore, questions of conflict regulation of contractual and non-contractual obligations are relegated to the competence of Rome I Regulation and of Rome II Regulation. Moreover, Russian conflict law is oriented towards the best forms of legislative application of connecting factor formulas and thus is not at all inferior to the quality of foreign conflict law. With respect to domestic sources of private international law in Russia, the author remains convinced of the necessity to adopt a single codified act in the field of Russian private international law in the form of either a law or a code. In this context, the Law of Poland “On Private International Law”, analyzed in this article, is a good example for Russian legislation.

---

**Prof. dr Natalia Erpyleva**

Rukovodilac Odeljenja za Međunarodno javno i privatno pravo

Nacionalni istraživački Univerzitet "Viša ekonomska škola"

Moskva, Rusija

## **EVOLUCIJA REGULISANJA SUKOB A ZAKONA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU RUSIJE I POLJSKE**

### Rezime

U ovom članku se analizira evolucija regulisanja sukoba zakona u međunarodnom privatnom pravu Rusije i Poljske. Autor identifikuje koncept, strukturu i vrste pravila sukoba zakona, naglašavajući da je sukob zakona najvažnija kategorija međunarodnog privatnog prava. Detaljna klasifikacija tipova formula tačaka vezivanja pod kojima se formiraju i povezujući faktori bilateralnih pravila sukoba zakona bitna je zbog njihove pravilne primene. Detaljna analiza pravila sukoba zakona sadržanih u ruskom i poljskom zakonodavstvu navedenih, uglavnom, u Građanskom zakoniku Ruske Federacije i Zakonu o međunarodnom privatnom pravu Poljske se sprovodi uz pomoć uporednih i formalno-logičkih metoda istraživanja. Autor, takođe, razmatra različita pravila o sukobu zakona sadržanih u Ugovoru između Rusije i Poljske o pravnoj pomoći i pravnim odnosima u građanskim i krivičnim stvarima. Autor zaključuje da je savremeno regulisanje sukoba zakona u Rusiji i Poljskoj u skladu sa trendovima u međunarodnom privatnom pravu, što je vidljivo i preko međunarodne dimenzije.

**Ključne reči:** Međunarodno privatno pravo, pravila sukoba zakona, regulisanje sukoba, formule tačaka vezivanja, domaće zakonodavstvo, međunarodni sporazumi.



## NASTAJANJE SPORTSKOG PRAVA EVROPSKE UNIJE

*Apstrakt*

*U ovom radu autor je analizirao i objasnio evoluciju pravnih normi sadržanih u pravnim i političkim aktima Evropskih zajednica i Evropske unije, a koji su vremenom, po mišljenju autora, stvorili osnovu za nastanak sportskog prava EU. Posebno je analizirana sadržina odredbi Osnivačkih ugovora Evropskih zajednica i Evropske unije, a kako bi se odredila pozicija sporta kao društvene vrednosti u tim ugovorima. Istaknuta je činjenica da Ugovor o Evropskoj uniji potpisan u Matrihtu 1992. godine, ne sadrži odredbe kojima bi bile ugovorene posebne nadležnosti EU u oblasti sporta, kao i da je takvo stanje identično stanju koje je bilo predviđeno Sporazumom o osnivanju Evropske ekonomske zajednice u Rimu 1957. godine. Pojašnjen je način na koji su kasniji dokumenti EU uvažili sport kao delatnost od interesa za EU i njene građane i naglašeno je kako je u Amsterdamski ugovor iz 1997. godine uneta posebna Deklaracija o sportu, što je predstavljalo prekretnicu u delovanju EU na polju sporta. Osim toga, analizirane su i odredbe pojedinih direktiva EU koje, bilo neposredno, bilo posredno imaju uticaja na stvaranje pravnih pravila u nacionalnim propisima država članica EU koje uređuju materiju sporta.*

*U zaključnom delu teksta iznet je stav da je od presudnog značaja za transformaciju evropskog sporta, osim odredbi ugovora i direktiva EU, imala i praksa Evropskog suda pravde, a pogotovo stavovi izneti u presudama donetim u slučajevima Dona, Bosman, Deliege i Lethonen, a što je doprinelo ubrzanju komercijalizaciji sporta, ne samo u EU već i u čitavoj Evropi.*

**Ključne reči:** Evropska unija, sport, sportsko pravo, direktive, praksa Evropskog suda pravde.

<sup>1</sup> Docent Fakulteta za sport Univerziteta „Union-Nikola Tesla“; e-mail: dejan.suput@ikom.rs

## 1. Uvod

Od kraja 80-ih godina XX veka, paralelno sa ukupnom liberalizacijom privrede i jačanjem uloge tržišta u svim sferama društvenog života, dolazi do sve većeg upliva profitnog motiva u profesionalni sport.<sup>2</sup> Sport je osim izvora zabave i zdravog razvitka ljudskog tela i duha postao i privredna grana u okviru koje se ostvaruje ogroman profit. U poslednjih dvadeset godina stepen komercijalizacije sportskih aktivnosti dostigao je razmere koje do sada nisu zabeležene u istoriji. Sport se razvio u vid globalne industrijske grane, koja po ostvarenom prometu obuhvata više od 3% ukupne svetske trgovine, a po ukupnoj vrednosti kapitala vredi više od 1% bruto nacionalnog proizvoda Evropske unije (EU).<sup>3</sup> Države članice EU zauzimaju drugo mesto na svetu, odmah posle Sjedinjenih Američkih Država (SAD), po stepenu komercijalizacije sporta, tj. komercijalizaciji sportskih aktivnosti i delatnosti koje se odvijaju na njihovoj teritoriji. Osim toga, u okviru redovnih tržišnih istraživanja koja se sprovode u državama članicama EU, došlo se do podatka da troškovi za sport čine oko 2% od ukupne privatne potrošnje građana EU. Ako se tome doda činjenica da države članice EU, zavisno od svoje ekonomske moći, u svojim godišnjim budžetima za ostvarivanje javnog interesa u oblasti sporta izdvajaju u proseku od 1% do 3% budžetskih sredstava, postaje očigledno koliko socijalnu i ekonomsku važnost ima sport na nivou EU.

Navedene okolnosti bile su dovoljne da se od sredine 90-ih godina XX veka, Evropska unija, znatno više nego što je to bio slučaj u epohi delovanja triju evropskih zajednica, zainteresuje za pravno uređivanje pojedinih sportskih aktivnosti i delatnosti, ili delatnosti povezanih sa sportom. Vremenom, jačanjem regulatorne funkcije EU u oblastima povezanim sa sprovođenjem sportskih aktivnosti i delatnosti, stvarala se osnova za postepeni nastanak i profilisanje sportskog prava EU.

Potvrda stava da do nastanka EU 1992. godine, Evropska ekonomska zajednica (EEZ) nije izražavala posebno interesovanje prema sportu kao značajnoj ljudskoj delatnosti, a da samim tim nije postojala mogućnost za razvijanje evropskog sportskog prava kao zasebne pravne discipline, vidi se iz dve presdune okolnosti. Prva okolnost je da dokumenti EEZ nisu pominjali, niti tretirali sport kao posebnu delatnost od interesa za tu zajednicu. Druga bitna okolnost bila je praksa Evropskog suda pravde koji je, po mišljenju mnogih savremenih kritičara komercijalizacije sporta, sport posmatrao kroz „izobličavajuću prizmu” zakona tržišta. Još

<sup>2</sup> B. Cerović, „Kontroverze privatizacije u sportu”, Sport i privatizacija, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Cepter, Beograd 2009., 41.

<sup>3</sup> S. Gardiner, *Sports Law*, Cavendish Publishing Limited, London 2005., 37.

1974. godine Evropski sud pravde odlučio je da je komunitarno pravo primenjivo na sport kao privrednu delatnost u smislu člana 2. *Ugovora o Evropskoj zajednici* (EZ). Zapravo, Evropski sud pravde je presudio da se sport podvodi pod odredbe komunitarnog prava kada se sportske aktivnosti i delatnosti obavljaju kao privredne (komercijalne) aktivnosti. Takvo opredeljenje, koje nije predstavljalo samo pravno tumačenje suda, već i političku odluku i vrednosni sud o savremenom sportu, kasnije je potvrđeno i u slučajevima *Dona*, *Bosman*, *Deliege* i *Lethonen*, a doprinelo je daljoj komercijalizaciji sporta, ne samo u EU već i u čitavoj Evropi.<sup>4</sup>

## 2. Pozicija sporta u pravnim aktima EU

Ugovor o Evropskoj uniji potpisan u Matrihtu 1992. godine ne sadrži odredbe kojima bi bile ugovorene posebne nadležnosti EU u oblasti sporta i takvo stanje identično je stanju koje je bilo predviđeno Sporazumom o osnivanju Evropske ekonomske zajednice u Rimu 1957. godine. Iako bi na prvi pogled to moglo da znači da EU ne izražava nikakav interes za materiju sporta, kasniji dokumenti uvažili su sport kao delatnost od interesa za EU i njene građane. Tako je u Amsterdamski ugovor iz 1997. godine uneta posebna Deklaracija o sportu.

Deklaracijom iz Amsterdamskog ugovora, kao svojevrsnom političkom izjavom, prepoznat je i uvažen značaj sporta za EU i njene građane, istaknute su društvene vrednosti sporta kao ljudske delatnosti i naglašena je uloga koju sport ima u zbližavanju ljudi. Iako taj dokument nosi pompezan naziv „Deklaracija”, reč je zapravo o jednom u nizu priloga uz Ugovor. Taj prilog koji se odnosi na sport ima samo tri rečenice, ali je i pored toga njegov značaj za status sporta kao ljudske delatnosti u okviru EU imao veliku važnost. Deklaracija je sportu otvorila vrata EU, njenih organa i dokumenata i stvorila je osnov za kasnije veće interesovanje institucija EU za sport. Osim toga, izuzetno je važno što je Deklaracijom naglašeno da se pozivaju organi Evropske unije da saraduju sa sportskim organizacijama i da reaguju na važne događaje i pitanja koja prema mišljenju sportskih organizacija utiču na sport. Posebno je pomenuta i potreba za staranjem o amaterskom sportu i njegovim specifičnostima.

U Nici je na međuvladinoj konferenciji održanoj u decembru 2000. godine postignut politički dogovor koji je rezultirao Ugovorom iz Nice uz koji je Evropski savet usvojio: „Deklaraciju o specifičnim karakteristikama sporta – socijalna funkcija sporta u Evropi; ključni aspekt za implementaciju zajedničke politike”. Taj dokument za razliku od Deklaracije iz Amsterdama, znatno je obimniji i stvara osnov za mnogo

<sup>4</sup> D. Šuput, *Kaznenopravna zaštita sporta*, JP Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2011., 11.

šire postupanje organa i tela EU u oblasti sporta. U okviru Deklaracije izraženo je opredeljenje da sportske organizacije i države članice EU snose prevashodnu (primarnu) odgovornost za organizovawe i upravljanje sportskim manifestacijama. Naglašeno je da bi uprkos tome što nema direktne nadležnosti u sferi sporta, EU trebalo u svojim aktivnostima da uzima u obzir činjenicu da sport ima socijalnu, obrazovnu i kulturnu funkciju, te da je iz tog razloga nužno da delovanje EU utiče na to da se u evropski sport inkorporiraju posebni etički kodeksi i načelo solidarnosti, a kako bi se očuvala i unapredila socijalna funkcija sporta. Proklamovan je cilj EU da se u raznovrsnim sportovima koji se praktikuju u Evropi, u praksi moraju očuvati i primeniti principi kohezije i solidarnosti, kao i načelo poštenog takmičenja i da se uz to moraju štititi moralni i materijalni interesi, kao i fizički integritet svih pojedinaca uključenih u sportske aktivnosti. Istaknuta je potreba za posebnom zaštitom omladine i dece koja se bave sportom, što se sve zajedno svodi na stav izražen u Deklaraciji da je sport humana aktivnost i da bi sportske aktivnosti trebalo da budu dostupne svim ljudima (muškarcima i ženama) uz poštovanje njihovih želja i stremljenja u okviru svih vrsta organizovanih sportskih aktivnosti, ili jednostavnog – individualnog rekreativnog bavljenja sportom. Važnost Deklaracije iz Nice ogleda se i u tome što su Deklaracijom države članice EU izrazile stav da:

- podržavaju sve volonterske aktivnosti u sportu;
- da deo prihoda ostvarenih prodajom prava TV prenosa sportskih manifestacija, mora biti iskorišćen za finansirawe sportskih aktivnosti, pogotovo u onom delu u kome se ostvaruje načelo solidarnosti;
- je nužno poštovati načelo nezavisnosti sportskih organizacija njihovo pravo da se slobodno organizuju kroz odgovarajuće oblike institucionalnog - organizacijskog povezivanja, tj. udruživanja;
- države treba da podstaknu isplatu novčanih naknada za obrazovanje, stručno usavršavanje i obuku vrhunskih sportista;
- države imaju dužnost da stvaraju osnovne uslove za trening i rekreaciju mladih, kao i da podstiču mlade da se bave sportom;
- države, u saradnji sa sportskim organizacijama, imaju ulogu da kontrolišu, a po potrebi preduzmu i konkretne mere i prate događanja u vezi sa komercijalnim transakcijama maloletnika koji se bave sportom.

Iako se na prvi pogled može pomisliti da zbog toga što do Amsterdamskog ugovora nije bilo izričitog pominjanja sporta u pravnim aktima EU, ta organizacija nije uopšte delovala u oblasti sporta, EU je

ipak i pre toga započela sa brojnim institucionalnim aktivnostima koje su se odnosile na materiju sporta. „Adonino izveštaj” sačinjen u Komitetu za „Evropu građana” usvojen je na Evropskom savetu održanom u Milanu 1985. godine i predstavlja prvi dokument EZ koji je prepoznao i uvažio značaj sporta na tlu EU i u njenom društvu.<sup>5</sup> Kasnije, a sve do stvaranja „Bele knjige o sportu”<sup>6</sup> 2007. godine Evropska komisija je usvojila brojne izveštaje organa EZ, a kasnije organa EU koji su se odnosili na sport. Tako je Evropska unija sa željom da omogući dijalog između EU i zastupnika sportskih organizacija, još 1991. godine formirala Evropski sportski forum, čije sednice se održavaju jedanput godišnje u organizaciji i pod pokroviteljstvom Evropske komisije.<sup>7</sup> Evropski sportski forum je 1999. godine održao „Prvu evropsku sportsku konferenciju” koja je imala presudnu ulogu pri izradi Izveštaja o sportu koji je razmatran i usvojen od Evropskog saveta na samitu u Helsinkiju u decembru 1999. godine. Neophodno je napomenuti da su na „Prvoj evropskoj sportskoj konferenciji” usvojeni zaključci koji su se između ostalog odnosili i na Evropski model sporta. Zaključeno je da dva osnovna principa definišu evropski sport: demokratija i solidarnost; da je očuvanje ta dva principa interes državnih vlasti i sportskih organizacija i da je zbog toga posebno važno za sport da sačuva svoju operativnu autonomiju i da se posebno sačuva od političkih manipulacija i uticaja politike. Sa takvim stavom EU dovodi se u vezu i Zajedničko saopštenje FIBA EVROPA, UEFA, CEV i IHF (federacije ekipnih sportova sa tla Evrope), izdato nakon sastanka sa predstavnicima EU održanog 20. septembra 2006. godine kojim se podržava implementacija Deklaracije o specifičnim karakteristikama sporta koja je doneta u Nici i odobrena od šefova država EU 2000. godine, kao i implementacija Deklaracije o sportu donete u Amsterdamu 1997. godine. U zajedničkom saopštenju, naglašeno je da autonomija i nezavisnost sportskih upravljačkih tela/organa i dobro rukovođenje u svakoj sportskoj grani, jeste ključni faktor razvoja sporta u Evropi. Ta autonomija i nezavisnost posebno se ogledaju u nezavisnosti u radu sportskih organizacija i njihovih organa u odnosu na politička tela, političke stranke i političke uticaje. Na opisani način, EU je svojim institucionalnim delovanjem izrazila stav da će štititi vrednosti evropskog modela sporta. Navedeni stav dodatno je razrađen Ugovorom iz Lisabona potpisanim 2007. godine, a kojim su izmenjene odredbe Ugovora o Evropskoj uniji

<sup>5</sup> A. Kosovac, „Radno angažovanje profesionalnih sportista u državama članicama Evropske unije”, *Strani pravni život* 3/2009, 228.

<sup>6</sup> White Paper on Sport, Commission of the European Communities, Brussels, 11.07.2007, COM (2007) 391 Final, nalazi se na wb-stranici: [http://ec.europa.eu/sport/white-paper/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/sport/white-paper/index_en.htm). 21.03.2015.

<sup>7</sup> N. Đurđević, *Javne vlasti i sport*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2007., 74.

i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice. Za sport je posebno važna izmena člana 149. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, u skladu sa kojim EU doprinosi promociji evropske dimenzije sporta, pri tom vodeći računa o njegovim specifičnim obeležjima, njegovoj strukturi zasnovanoj na volonterskim aktivnostima, kao i njegovoj socijalnoj i obrazovnoj funkciji.<sup>8</sup> Izmenjenom odredbom ugovora predviđeno je da će aktivnosti EU imati za cilj razvoj evropske dimenzije sporta pomoću promovisanja načela poštenja i otvorenosti u sportskim takmičenjima i kroz saradnju organizacija odgovornih za sport. Osim toga, naglašeno je da će EU učestvovati u aktivnostima koje imaju za cilj zaštitu fizičkog i moralnog integriteta sportista, a pogotovo mladih sportista. Istaknuto je da će EU i njene države članice podsticati saradnju u oblasti sporta sa trećim državama i međunarodnim organizacijama, a pogotovo saradnju sa Svetom Evrope (SE). Posebnu važnost ima činjenica da je Ugovorom iz Lisabona predviđeno da će Evropski parlament i Evropski savet, kako bi se doprinelo ostvarivanju prethodno nabrojanih ciljeva EU u oblasti sporta, donositi odgovarajuće preporuke i podsticajne mere.

Svi do sada opisani pravni i politički dokumenti EU koji se odnose na sport, mogu se smatrati izvorima sportskog prava EU, iako oni ne predstavljaju konvencije koje na direktan i detaljan način uređuju pojedina pitanja od značaja za sport, a kako to na primer čine konvencije SE koje uređuju oblast borbe protiv dopinga u sportu, ili materiju borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Po svojoj pravnoj prirodi, prethodno navedeni akti EU, više podsećaju na sasvim drugačiji korpus međunarodnih izvora prava u oblasti sporta – političke deklaracije i rezolucije donete od međudržavnih organizacija. Reč je o pojedinim međunarodnim sporazumima političke prirode, koji nisu međunarodni ugovori u pravom smislu reči, već se pojavljuju u formi odluke neke međunarodne organizacije. Takvi sporazumi doneti u formi odluke, sadrže pravne norme bez pravnih sankcija, a u nauci savremenog međunarodnog prava nazivaju se meko pravo (*soft law*). Njihova pravna obaveznost izvire iz ovlašćenja organa koji ih donosi, a koji je statutom međunarodne organizacije ovlašćen da usvoji preporuke i rezolucije. Sadržina tako postignutih međunarodnih sporazuma koji se donose u formi preporuka i rezolucija, plod su dogovora političkih predstavnika država članica međunarodnih organizacija. Prilikom postizanja saglasnosti o sadržini pojedine preporuke ili rezolucije, politički predstavnici država članica međunarodne organizacije, koji su obično predstavnici političkih organa svojih država (npr. predstavnici vlade, članovi narodne skupštine, predstavnici ili izaslanici predsednika države) postupaju u skladu sa smernicama koje dobiju iz svojih država. Usled toga, a po usvajanju određene

<sup>8</sup> N. Đurđević, 74.

preporuke ili rezolucije od strane organa međunarodne organizacije, ti dokumenti ne prolaze kroz postupak usvajanja međunarodnih ugovora, tj. ne podležu ratifikaciji u predstavničkim telima. Obaveze koje države preuzmu na taj način manje su pravne, a više političke prirode, što znači da u slučaju nepoštovanja tih odluka sankcije neće biti pravne već političke. Međutim, ta činjenica nema velikog značaja u praksi, pošto političke sankcije za neizvršavanje preporuka i smernica iz pojedine odluke međunarodne organizacije, po svojoj efikasnosti i intenzitetu mogu biti jače nego pojedine pravne sankcije koje se mogu preduzeti prema nekoj državi koja ne poštuje postignuti dogovor. U slučaju EU, baš kao što je to slučaj sa prethodno pomenutim međudržavnim organizacijama, glavne sankcije za nepoštovanje odredbi Ugovora iz Lisabona i ostalih ugovora, ili za nepoštovanje preporuka koje se tiču sporta, a donete su od organa EU, bile bi političke prirode.

Osim značaja pojedinih odredbi Osnivačkih ugovora i kasnijih ugovora EU za oblast sporta, barem delimično, bilo neposredno, bilo posredno, od značaja za uređivanje materije sporta su i pojedine direktive Saveta EZ i kasnije Evropskog saveta. Većina tih direktiva, svojim odredbama, stvara obaveze za države članice koje se odnose na pravno uređivanje neke druge sfere društvenog života, a ne sporta, ali svojom sadržinom utiču na sportske aktivnosti i delatnosti. Te direktive uređuju pojedina pitanja od značaja za radne odnose, zaštitu na radu, zaštitu dece i omladine, stavljanje u promet medicinskih sredstava, medije i dr. Međutim, pojedine odredbe takvih direktiva imaju neposredno dejstvo u oblasti organizovanja sportskih aktivnosti i delatnosti. Jedna od retkih direktiva koja se direktno odnosi na sportsku materiju je Direktiva o trgovini sportskim konjima i njihovom učešću na konjičkim sportskim priredbama<sup>9</sup>. Iako se navedena direktiva odnosi prevashodno na konjički sport i doneta je sa namerom da se eliminiše neujednačenost pojedinih propisa država članica u oblasti pristupa konja takmičenju, ona osim sportskog ima i izrazito privredni, tj. trgovinski karakter, što samo potkrepljuje stav da je još EEZ posmatrala i tretirala sport, ne samo kao zabavu već i kao ozbiljnu poslovnu delatnost kroz koju se ostvaruju značajni prihodi. Tako na primer, Direktiva o zaštiti mladih ljudi na radu<sup>10</sup> kojom je za države članice EU propisana obaveza da sprovedu zabranu rada dece i obaveza propisivanja nacionalnim zakonodavstvom minimalnog uzrasta za rad ili zapošljavanje dece, članom 5. predviđa da su države dužne da donesu pravila (propise) o angažovanju dece za obavljanje

<sup>9</sup> Council Directive 90/428/EEC of 26 June 1990 on trade in equidae intended for competitions and laying down the conditions for participation therein.

<sup>10</sup> Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work.

kulturnih, umetničkih, sportskih ili reklamnih aktivnosti.<sup>11</sup> Angažovanje dece za nabrojane, a među njima i sportske aktivnosti, dozvoljeno je samo ako te aktivnosti nisu štetne za bezbednost, zdravlje, ili razvoj dece i za njihovo pohađanje nastave i profesionalnu orijentaciju, odnosno za mogućnost mladih da imaju koristi od školovanja. Konkretnije rečeno, a u skladu sa pravilom iz člana 5. Direktive, angažovanje dece, tj. uključivanje dece u sportske aktivnosti u formi koja ima oblik rada, uslovljeno je prethodnim odobrenjem nadležnog organa, datim u svakom pojedinačnom slučaju. Slično prethodnoj direktivi i Direktiva o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu<sup>12</sup> ima dejstvo u sferi sporta. Reč je o propisu koji se odnosi i primenjuje na sve delatnosti iz javnog i privatnog sektora, sa izuzetkom javnih službi čije specifičnosti radnih procesa ne dozvoljavaju da budu obuhvaćene pravilima iz Direktive (vojska, policija i sl.).<sup>13</sup> Za oblast sporta, tačnije za sportiste, veliku važnost ima sadržina člana 14. Direktive. Tim članom uređuje se materija nadzora nad zdravljem i propisuje se obaveza da radnici (u tu kategoriju spadaju i profesionalni sportisti) imaju pravo na zdravstveni nadzor koji odgovara zdravstvenim i bezbednosnim rizicima njihovog posla. Propisano je uvođenje adekvatnih mera koje bi trebalo da se zasnivaju na odredbama nacionalnog zakonodavstva ili prakse i koje bi trebalo da obuhvate i vršenje zdravstvenog nadzora, tj. periodičnih pregleda u tačno propisanim intervalima. Takvim pravilom stvorena je osnova da se u nacionalnim propisima država članica EU nađu odredbe koje propisuju obavezno periodično utvrđivanje zdravstvene sposobnosti sportista koji učestvuju na takmičenjima.

Osim navedenih direktiva, mnoge druge direktive koje uređuju pojedina pitanja iz oblasti privrednih odnosa i zdravstva sadrže odredbe koje utiču na sport i ostvarivanje i zaštitu prava sportista i sportskih radnika. Dovoljno je pomenuti sledeće direktive, bez objašnjavanja njihove sadržine i suštine pošto bi to prevazišlo obim primeren ovom radu: Direktiva o reklamiranju koje dovodi u zabludu<sup>14</sup>, Direktiva o ujednačavanju zakona, drugih propisa i upravnih radnji o medicinskim proizvodima<sup>15</sup> i Direktiva o stavljanju u promet medicinskih proizvoda<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> M. Dinkić, Lj. Kovačević, *Harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije – socijalna politika*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004., 195.

<sup>12</sup> Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work.

<sup>13</sup> M. Dinkić, Lj. Kovačević, 195.

<sup>14</sup> Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 realting of the approximation of the law, regulation and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising.

<sup>15</sup> Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of the provisions laid down by Law, Regulation or Administrative action realting to proprietary medicinal products.

<sup>16</sup> Second Council Directive 75/319/EEC of 20 May 1975 on the approximation of the provisions laid down by Law, Regulation or Administrative action realting to proprietary medicinal products – es amended by 93/39.

Značajan dokument EU za oblast sporta predstavlja i Akcioni plan EU o borbi protiv droga za period od 2000. do 2004. godine, koji je kasnije dopunjavan i menjan novim. On je donet od strane Saveta EU, a određuje između ostalog, ciljeve koje EU treba da ostvari u oblasti suzbijanja dopinga u sportu. Akcionim planom je određeno da na nivou čitave Unije treba: unaprediti informisanost najšire javnosti o doping u i posledicama koje on prouzrokuje; doprineti podizanju svesti lekara o ozbiljnosti problema koje prouzrokuje upotreba doping sredstava; uvesti i unaprediti koordinaciju zakonodavnih aktivnosti u oblasti dopinga; stvoriti preciznu definiciju dopinga i listu zabranjenih supstanci i standarde za testiranje na prisustvo tih supstanci; unaprediti zaštitu zdravlja mladih sportista. U istom dokumentu EU naglašava se da su države članice Evropske Unije zajedno sa Evropskom Komisijom postigle saglasnost o potrebi razvoja novih mera koje će biti preduzete na nivou čitave Unije kako bi se na što efikasniji način upotrebile tzv. zajedničke evropske politike i harmonizovalo zakonodavstvo. Istaknuta je važnost saradnje država članica EU u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, s obzirom na činjenicu da doping u sportu često obuhvata trgovinu drogom i drugim zabranjenim supstancama.

Posebnu važnost ima činjenica da je Akcionim planom EU naglašeno da problemu dopinga u sportu treba prići iz dva ugla posmatranja i delovanja. Tako dopingovanje profesionalnih sportista treba tretirati kao problem obavljanja jedne posebne profesije, a pravila koja se odnose na suzbijanje i kažnjavanje upotrebe dopinga u profesionalnom sportu treba da nastanu saradnjom država, sportskih organizacija i međunarodnih organizacija. Sa druge strane, ocenjeno je da borba protiv dopinga u amaterskom sportu treba da obuhvati veći broj uniformnih mera koje su već isprobane i potvrđene kao efikasne u borbi protiv upotrebe droge na evropskom tlu.

U Akcionom planu posebno je ukazano na činjenicu ogromnog uticaja sportskih aktivnosti na ponašanje čitave javnosti pojedinog društva i na uticaj koji velike zvezde sportskih takmičenja imaju na ponašanje omladine i dece. Zbog toga, borbu protiv dopinga u sportu, treba posmatrati kao odličnu priliku za širenje i jačanje ideja i programa opšte borbe protiv upotrebe droge u svakodnevnom životu evropljana, zaključuje se u Akcionom planu EU.

Prikazani akti EU koji se barem jednim svojim delom odnose na materiju sporta, samo su deo pravnog okvira EU koji sadrži brojne norme koje se odnose na sport, ili utiču na organizovanje i sprovođenje sportskih aktivnosti i delatnosti na teritoriji država članica EU. Jednako važan faktor za postavljanje osnova sportskog prava EU predstavlja i praksa Evropskog suda pravde koja će biti prikazana u kratkim crtama pomoću najreprezentativnijih slučajeva.

### 3. Uloga Evropskog suda pravde

Uprkos tome što je još 70-ih godina XX veka Evropski sud pravde zauzeo pravni stav da se sport podvodi pod odredbe komunitarnog prava kada se sportske aktivnosti i delatnosti obavljaju kao privredne (komercijalne) aktivnosti, praksa tog suda imala je znatno širi uticaj na evropski sport nego što je to razvoj privredne dimenzije organizovanja i sprovođenja sportskih aktivnosti i delatnosti. Presude tog suda imale su u poslednjih dvadesetak godina izuzetno veliki uticaj na menjanje i razvoj sportskog sistema država članica EU.

Jedno od osnovnih pitanja sa kojima su se suočile sportske organizacije država članica EU i njihove evropske asocijacije (evropski granski sportski savezi), bilo je da li će sport i sportska pravila, kao što je to bio slučaj sa stanjem i načelom primenjenim u okviru nacionalnih država, uživati punu autonomiju u pravnom uređivanju sportskih odnosa, tj. da li će sportska pravila i propozicije morati da budu usaglašeni sa pravom EU, ili će moći potpuno autonomno da se razvijaju i primenjuju.

Prva konkretna i sporna pitanja pojavila su se još pre četiri decenije i to u domenu radnopravnog statusa sportista i načina i uslova njihovog radnog angažovanja od strane sportskih klubova. Postavilo se pitanje da li pravila nacionalnih sportskih saveza moraju da poštuju slobodu kretanja radnika, kao jednu od četiri osnovne slobode proklamovane i garantovane dokumentima EZ i kasnije EU. Takođe, postavilo se i pitanje da li i načelo nediskriminacije pri zapošljavanju, kao jedno od osnovnih načela na kojima se temelji komunitarno pravo, ima primat u odnosu na pojedina pravila nacionalnih granskih sportskih saveza.

Jedan od mnogih slučajeva u kojima je Evropski sud pravde zauzeo stav o prethodno navedenim pitanjima bio je slučaj *Walrave protiv Union Cyclistiche Internationale*. U tom slučaju, sudska presuda sadržala je odgovor na dva bitna pitanja i to: 1) da li je komunitarno pravo relevantno i primenjivo na sportske odnose; 2) da li zabrana diskriminacije važi i za sportske saveze, tj. da li sadržina propisa koje ti savezi donose i primenjuju mora biti nediskriminatorna sa stanovišta komunitarnog prava i odredbi koje uređuju radno angažovanje sportista. U najkraćim crtama, u presudi je zauzet stav da se sportske delatnosti podvode pod odredbe komunitarnog prava u onoj meri u kojoj te delatnosti predstavljaju ekonomsku aktivnost u smislu člana 2. Ugovora o EEZ. Kada se sportske delatnosti karakterišu zapošljavanjem sportista koji za svoj sportski angažman primaju naknadu, tj. platu, dolazi do primene članova 48. do 51. Ugovora o EEZ i članova 59. do 66. Ugovora čija primena se dovodi u vezu sa primenom opšteg pravila iz člana 7. Ugovora kojim je zabranjena svaka diskriminacija zasnovana po osnovu državljanstva kada

je reč o vršenju radnih aktivnosti i uređivanju prava na rad.

Opisanim stavom suda ukinuta je mogućnost stvaranja prepreka u okviru sportskih propozicija za slobodu kretanja sportista i prižanja profesionalnih sportskih usluga između država i državljana država članica EZ. Slično prethodnom slučaju iz biciklističkog sporta, u sporu *Dona* protiv *Montera*, a koji se odnosio na problem zabrane igranja stranih igrača za nacionalne profesionalne fudbalske klubove, sud je u presudi naveo sledeće: „Aktivnosti profesionalnih i poluprofesionalnih fudbalera po svojoj prirodi predstavljaju vid plaćenog radnog angažovanja (zaposlenja ili vršenja usluga uz naknadu), pa se imajući u vidu ciljeve EZ, te delatnosti moraju vršiti u skladu sa odredbama komunitarnog prava, u onoj meri u kojoj predstavljaju ekonomsku aktivnost u smislu člana 2. Ugovora o EEZ”.

Bitno je da je u navedenim presudama Evropski sud pravde zauzeo načelan stav koji je sprečio mogućnost da se usled primene odredbi komunitarnog prava obesmisle pravila koja uređuju takmičenja između nacionalnih reprezentacija u pojedinom sportu. Sud je naglasio da ranije navedene odredbe komunitarnog prava o zabrani diskriminacije, ne sprečavaju donošenje i primenu propozicija sportskih saveza koji isključuju učešće inostranih igrača u pojedinim utakmicama iz razloga koji nisu ekonomske prirode, već se odnose na posebnu prirodu utakmica i kontekst takmičenja, a u vezi sa ostvarivanjem sportskog i takmičarskog interesa prilikom takmičenja između nacionalnih timova (reprezentacija) različitih država.

Mnogi drugi slučajevi u kojima je u vezi sa sportskim odnosima odlučivao Evropski sud pravde, pa čak i prethodno pomenuta dva slučaja, ostali su u senci najpoznatijeg sportskog slučaja o kome je taj sud odlučivao, a čijom je presudom došlo do „kreiranja” tzv. Bosmanovog pravila. Reč je o sudskom sporu *Union Royale Belge des Societes de Football Association (ASBL) and Others* protiv *Jean-Marc Bosmana*.<sup>17</sup> Žan Mark Bosman bio je profesionalni fudbaler, belgijski državljanin, koji je igrao za fudbalski klub iz Liježa. U trenutku kada mu je isticao ugovor, dobio je predlog kluba za koji je igrao da produži ugovor, uz uslov da mu plata bude umanjena za 40% u odnosu na platu koju je primao po osnovu ugovora koji je isticao. Pošto nije želeo da potpiše takav ugovor, uvršćen je u transfer listu. Pravila Belgijske kraljevske unije fudbalskih klubova propisivala su da je klub koji preuzima igrača dužan da plati naknadu poslednjem klubu za koji je igrač nastupao. Kada je hteo da pređe u francuski klub, belgijski klub je odbio da pošalje sertifikat o transferu pošto francuzi nisu želeli da plate naknadu i francuska strana se povukla iz pregovora o transferu. Apelacioni sud iz Liježa, na osnovu člana 177.

<sup>17</sup> Case C-415/93, nalazi se na web-stranici: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0415:EN:HTML>. 22.03.2015.

Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici, obratio se Evropskom sudu pravde za tumačenje članova 48, 85. i 86. Ugovora.

Tumačenje smila i načina primene navedenih članova Ugovora bilo je neophodno radi rešavanja nekoliko spornih pitanja nastalih između: 1) Belgijske kraljevske unije fudbalskih klubova (URBSFA) i Bosmana; 2) Liježskog kraljevskog kluba SA („RC Liege”) i Bosmana, Sindikata Dankerka, URBSFA i UEFA; 3) UEFA i Bosman-a. Nakon saslušanja mišljenja zastupnika Belgijske kraljevske unije fudbalskih klubova, UEFA-e, Žan Mark Bosmana, vlade Danske, vlade Nemačke, vlade Francuske, vlade Italije i Evropske komisije, kao i nakon izjave Opšteg pravobranioca na zasedanju od 20. septembra 1995. godine, Sud je doneo konačnu odluku. U presudi je naveden pravni stav da se fudbal igra u organizovanim klubovima koji su članovi jednog nacionalnog saveza, a da je u zemljama EU jedini izuzetak Ujedinjeno kraljevstvo, gde postoji više, tj. četiri saveza (nacionalni savezi Engleske, Velsa, Škotske i Severne Irske). URBSFA u konkretnom slučaju predstavlja belgijski nacionalni savez. Nacionalni savezi članovi su Međunarodne federacije fudbalskih saveza (FIFA), organizacije koja je osnovana i koja radi u skladu sa propisima švajcarskog prava, a bavi se organizovanjem fudbala i fudbalskih takmičenja na svetskom nivou. FIFA je podeljena na konfederacije po kontinentima, i za teritoriju Evrope nadležna je UEFA, koja takođe radi u skladu sa odredbama švajcarskih propisa. UEFA ima 54 člana, među kojima se nalaze i članovi iz država članica EU. U skladu sa statutom UEFA-e, svi članovi moraju da prilagode svoje statute sa pravilnicima i odlukama UEFA-e. Svaka fudbalska utakmica organizovana pod pokroviteljstvom nacionalnog saveza mora biti igrana između dva kluba koji su članovi tog (nacionalnog) saveza. Tim svakog kluba sastoji se od igrača koji su registrovani u nacionalnom savezu da igraju za odgovarajući klub. Svaki profesionalni fudbaler mora biti registrovan u nacionalnom savezu kao sadašnji ili bivši igrač određenog kluba. Imajući sve prethodno navedeno u vidu, evropski sud pravde je, odlučujući o pitanjima suda iz Liježa doneo odluku da član 48. Ugovora o EZZ sprečava primenu pravila sportskih saveza po kojima profesionalni fudbaler, koji je državljanin jedne države članice, ne može, po isteku ugovora sa klubom biti zaposlen u drugom klubu, u drugoj državi članici, osim ako budući klub ne plati bivšem klubu naknadu za transfer, treniranje i razvoj. Član 48. isključuje primenu pravila nacionalnih i međunarodnih sportskih saveza u skladu sa kojima u takmičarskim utakmicama koje oni organizuju, fudbalski klubovi mogu uključiti samo ograničeni broj profesionalnih igrača koji su državljani druge države članice EU. U tom slučaju, Sud je došao do zaključka da državljani zemalja članica EU imaju pravo koje im direktno proizlazi iz Ugovora da napuste zemlju porekla,

uđu na teritoriju druge države članice i nastane se iz ekonomskih razloga u drugoj državi i u njoj se bave delatnošću kojom žele. U slučaju Bosman došlo se do zaključka da je profesionalni fudbal ekonomska aktivnost, a samim tim i subjekt komunitarnog prava. Neophodno je napomenuti da je u slučajevima Walrave, Dona i Bosman, Evropski sud prihvatio jedan izuzetak od principa primene slobode kretanja sportista kao radne snage, ali iz razloga koji nisu ekonomske prirode. Taj izuzetak odnosi se na sastav nacionalnih reprezentacija i tada su ograničenja slobode kretanja radne snage dozvoljena, a kako se ne bi gubio smisao sportskih takmičenja koja se odigravaju između nacionalnih reprezentacija.<sup>18</sup>

Jedan broj slučajeva o kojima je odlučivao Evropski sud pravde odnosio se na pitanje autonomije sportskih saveza pri organizovanju sportskih takmičenja u odnosu na odredbe komunitarnog prava. Za tu oblast najreprezentativnija su dva slučaja – slučaj Deliege i slučaj Lethonen. U slučaju Deliege protiv Frankofonske džudo i lige srodnih disciplina, Belgijske džudo lige i Evropske džudo unije, Evropski sud pravde je zaključio da pravno pravilo koje se odnosi na profesionalne i poluprofesionalne igrače, ili osobe koje žele da učestvuju u profesionalnim, ili polu profesionalnim sportskim aktivnostima - takmičenjima, a odabrani su od strane svojih saveza da učestvuju na međunarodnim sportskim takmičenjima visokog ranga, koji ne uključuje takmičenja između nacionalnih reprezentacija, ne ustanovljava ograničenje slobode pružanja usluga, samo po sebi. U presudi, Sud je prepoznao veliki broj odvojenih, ali blisko povezanih sportskih aktivnosti koje se mogu podvesti pod član 49. Ugovora. Među tim aktivnostima su i one koje uključuju različite dobavljače i primaoce usluga, kao što su organizatori međunarodnog takmičenja koji mogu ponuditi sportisti priliku da se takmiči sa ostalima. S druge strane, tu su sportisti koji svojim učešćem na takmičenju omogućavaju organizatoru da organizuje takmičenje i omogućavaju sponzorima publicitet, uz publiku koja će prisustvovati takmičenju i televizijske kuće koje će prenositi sportski događaj. U slučaju Lehtonen protiv Belgijskog košarkaškog saveza, Sud je smatrao da postavljanje rokova za transfer igrača može da se sukobi sa ciljem obezbeđenja pravednosti sportskih takmičenja. Da bi se to opravdalo, pravila tog tipa propisana od strane sportskih organizacija moraju da steknu legitimitet kroz postizanje legitimnog cilja kome teže primenom pravne norme. U konkretnom slučaju, radilo se o košarkašu finske nacionalnosti koji je igrao za klub, koji je član Belgijskog košarkaškog saveza. Igrač je po pravilima Međunarodne košarkaške federacije (FIBA) propustio rok za transfer. Kao rezultat, klub je odbio da pusti igrača pre isteka igračke

<sup>18</sup> A. Kosovac, 234.

sezone. U tom slučaju, Sud je odlučio da profesionalni igrač koji ima potpisan ugovor sa klubom i dobija redovnu platu i bonuse treba da se smatra radnikom. Rad tog igrača treba da se tretira kao pružanje usluga i da se nalazi pod osnovnim pravima regulisanim Ugovorom. Ipak, Sud je smatrao da je precizno funkcionisanje prvenstva (takmičenja) kao celine svojstveno sportskim organizacijama i ograničenje transfera koji sprečava košarkaše da pređu u drugi klub za vreme takmičarske sezone može biti u vezi sa očuvanjem regularnosti takmičenja. Posle tog slučaja, bilo je još nekoliko slučajeva sa sličnim problematičnim pitanjima koja su se ticala: slobode kretanja radnika (ograničenje broja profesionalnih igrača koji imaju državljanstvo države koja nije članica EU koji mogu da igraju u klubu u okviru sportske federacije) - slučaj Deutcher Handballbund protiv Markos Kolpak; slučaj Igor Simutenkov protiv Ministerio de Education y Cultura i Real Federacion Espanola de Futbol nastao na osnovu primene sporazuma Evropska unija – Rusija (ograničeni broj profesionalnih igrača koji imaju državljanstvo države nečlanice koji nastupaju za klub u nacionalnim takmičenjima); slobode pružanja usluga - slučaj David Meca-Medina i Igor Majcen protiv Evropske komisije; slobode pružanja usluga (vezano za delatnost sportskih agenata) – slučaj Piau protiv Evropske komisije.

Rešavanje svih navedenih slučajeva uticalo je na postepeno stvaranje sportskog prava EU i zauzimanje definitivnog stava da se odredbe komunitarnog prava primenjuju na sportske aktivnosti i delatnosti i pravne odnose u sportu koji nastaju u okviru država članica EU.

#### 4. Zaključak

Nastajanje sportskog prava EU izuzetno je dugotrajan i segmentiran proces koji se karakteriše cikličnim donošenjem propisa koji samo delimično uređuju pojedinačna pitanja od važnosti za organizovanje i sprovođenje sportskih aktivnosti na tlu EU. Propisi EU i akti političke prirode koje usvajaju pojedini organi i tela EU, vremenom proširuju nadležnosti EU u regulisanju pravnih odnosa koji izviru iz sporta. Još uvek, najveći broj normi komunitarnog prava uređuje segmente sporta koji se odnose na: uređivanje sistema sporta u državama članicama EU; zaštitu ostvarivanja javnog interesa u oblasti sporta; zaštitu zdravlja sportista. S druge strane, pojedine pravne norme koje imaju privrednopravni i radnopravni karakter, dobile su kroz sudsku praksu Evropskog suda pravde direktnu primenu u oblasti sporta i pravnih odnosa koji nastaju u sportu.

Praksa evropskog suda pravde uticala je na suštinske promene u brojnim sportovima i sportskim disciplinama koje se tradicionalno upražnjavaju u najvećem broju evropskih država. Uticaj presuda Evropskog suda pravde na promene propozicija pojedinih sportskih igara bio je tako jak da su se

promene dogodile na celokupnoj evropskoj sportskoj sceni koja obuhvata, ne samo države članice EU, već i ostale evropske države. Tako je nastanak tzv. Bosmanovog pravila, koje je direktan proizvod presude donete od Evropskog suda pravde, zajedno sa drugim presudama pomenutim u ovom radu, izmenio karakter evropskog sporta i sportskih takmičenja. Izrazito nacionalna dimenzija klubskih sportskih takmičenja, koja je u Evropi bila zastupljena u periodu nakon Drugog svetskog rata pa do početka 90-ih godina XX veka, nestala je u periodu od samo nekoliko godina. Pravila koja su ograničavala broj stranih igrača koji mogu da nastupaju za pojedini nacionalni sportski klub, u najvećem broju sportova su ukinuta kada je reč o državljanima država članica EU, a značajno su ublažena u odnosu na sportiste koji su građani ostalih država sveta. Posledica takve prakse je sve manja nacionalna prepoznatljivost evropskih sportskih klubova i postepeno stvaranje monopolskog položaja sportskih klubova iz najbogatijih država članica EU u odnosu na siromašnije države članice EU i evropske države koje nisu članice EU. Negativan uticaj ekstremne komercijalizacije evropskog sporta najvidljiviji je u evropskom fudbalu i košarci, ali polako se preliva i na ostale sportove. Među evropskim sportskim radnicima sve više se čuje stav da su komercijalizaciji sporta i uvećanju problema koje ona prouzrokuje doprineli propisi EU, kao i praksa Evropskog suda pravde koji sport posmatra kroz „izobličavajuću prizmu” zakona tržišta. Došlo se do tačke u kojoj je dobra namera Evropskog suda pravde koji je insistirao na doslednom poštovanju slobode prometa radne snage u okviru EU, stvorila situaciju u kojoj sportski klubovi iz država istočne Evrope zamiru, gube interes za međunarodnim – evropskim sportskim takmičenjima i pretvaraju se u preduzeća za prodaju mladih talenata. Novačana nadmoć fudbalskih klubova iz Engleske, Nemačke, Španije, Italije i Francuske, potpomognuta pravilima o apsolutnoj slobodi prometa radne snage (igrača), dovela je do toga da klubovi iz ostalih država članica EU i ostalih evropskih država, jedva uspeavaju da učestvuju u napopularnijim evropskim klubskim takmičenjima kao što su „Liga šampiona” i „Liga Evrope”, iz razloga što klubovi iz bogatih država uspeavaju da otkupe sve najtalentovanije igrače iz Evrope i Afrike i na taj način stiču nesrazmernu snagu u odnosu na ostale klubove koje izbacuju iz takmičenja još u predkvalifikacionim fazama evropskih takmičenja. Time se stvara monopol najbogatijih evropskih klubova na učešće i pobedu u evropskim kupovima, sportska takmičenja postaju sve više poslovna aktivnost, a sve manje sportska aktivnost koja se zasniva na faktorima truda, talenta i sreće, a ne na korelaciji između uloženog novca i postignutog sportskog rezultata. Takvo stanje nije prisutno čak ni u SAD koje iako poseduju sportska takmičenja koja su po stepenu komercijalizacije iznad evropskih, imaju pravna pravila koja sprečavaju

da najbogatiji klubovi otkupe sve talente i takmičenje učine relativno izvesnim i monotonim. U SAD postoje pravila o tzv. draftovanju koja sprečavaju da najbogatiji klubovi otkupe sve najtalentovanije sportiste, dok u Evropi takvih pravila trenutno nema. Da li će EU uspeti da se izdigne iznad finansijskih interesa desetak najbogatijih evropskih fudbalskih i košarkaških klubova i da li će doneti pravila koja će sprečiti obesmišljavanje sportskih takmičenja zasnovanih isključivo na tržišnim principima, ostaje da se vidi u godinama koje slede.

**Assistant Prof. Dejan Šuput, Ph.D**

Faculty of Sport University Union - Nikola Tesla

## ORIGIN OF THE EU SPORT LAW

### Summary

The paper analyses and explains the evolution of legal norms from the legal and political acts of the European Communities and the European Union which in time, in the author's opinion, created the basis for the beginning of the EU sport law. The content of the provisions of the treaties establishing the European Economic Community and the European Union was analysed in particular, in order to determine the position of sport as a social value in the treaties. Attention is drawn to the fact that the Treaty on European Union, signed in Maastricht in 1992, does not contain any provisions conferring special competence on the EU in the field of sport, and neither does the Treaty establishing the European Economic Community, signed in Rome in 1957. The paper clarifies how the later EU documents recognized sport as an activity of interest for the EU and its citizens and notes, in particular, how a special Declaration on Sport was annexed to the Treaty of Amsterdam from 1997, this being a turning point in the EU's activity in the field of sport. Furthermore, the paper analyses the provisions of the EU directives that have impact, either indirect or direct, on the creation of legal rules in the national regulations of the Member States regulating sport.

---

In the closing part, the paper argues that, in addition to the provisions of the EU treaties and directives, the practice of the Court of Justice of the European Union was crucial to the transformation of the European sport, in particular the views expressed in the rulings in the cases of *Dona*, *Bosman*, *Deliege* and *Lethonen*, contributing to the accelerated commercialization of sport, not only in the EU, but in the entire Europe.

**Keywords:** European Union, sport, sport law, directives, practice of the Court of Justice of the European Union



## IZAZOVI PROCESA ZAPOŠLJAVANJA U DRŽAVNOJ SLUŽBI U BIH – PRAVNI I SOCIOLOŠKI ASPEKT

### Apstrakt

*Cilj rada je da identifikuje izazove sa kojima se različiti nivoi vlasti u BiH suočavaju u procesu zapošljavanja državnih službenika. Nakon analize evropskih standarda u oblasti zapošljavanja u državnoj upravi, autor analizira pravni okvir različitih faza procesa zapošljavanja u državnoj službi u BiH i osnovne probleme koji se javljaju u praksi. Autor zaključuje da se, i pored solidnog pravnog okvira, proces zapošljavanja u strukturama državne službe u BiH nalazi pred značajnim izazovima. Od početka ekonomske krize politički pritisci za zapošljavanje na osnovu partijskih veza umesto profesionalnih sposobnosti sve su prisutniji i snažniji, što je nesumnjivo i posledica efekata ekonomske krize koja je desetkovala zapošljavanje u privatnom sektoru i kandidatima sa tržišta rada ostavila mali prostor za traženje posla. U toku analize, kao i u poslednjem delu rada autor predlaže sistemsku poboljšanja pravnog okvira procesa zapošljavanja koja bi u srednjem i dugom roku mogla da unaprede trenutnu situaciju u ovoj važnoj i osetljivoj oblasti.*

**Ključne reči:** zapošljavanje, državna služba/uprava, izazovi.

### 1. Uvod

U kompleksnom sistemu javne uprave, kao što je bosanskohercegovački, proces odabira najboljih kadrova za rad u organima uprave predstavlja veliki izazov. Jedno od ključnih pitanja je kako obezbediti da selekcija kandidata bude izvršena na osnovu principa profesionalnih sposobnosti, a da u isto vreme bude ispoštovan ustavni princip nacionalne zastupljenosti. Ovaj izazov postaje još mnogo veći u vreme ekonomske krize, kada su moгуćnosti zapošljavanja u privatnom sektoru sve ograničenije, proces

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: arabrenovic@gmail.com

zapošljavanja u državnoj upravi limitiran, a državna uprava pod ogromnim pritiskom da primi kandidate koji imaju političku podršku.

Cilj ovog rada je da analizira probleme sa kojima se strukture državne službe u BiH trenutno suočavaju u procesu zapošljavanja. Analiza je sprovedena na osnovu ispitivanja pravnog okvira koji reguliše pitanja zapošljavanja na različitim nivoima vlasti u BiH, kao i na osnovu intervjua koji su sprovedeni sa predstavnicima Agencija za državnu službu/upravu i drugih organa državne službe u BiH.

Da bi analiza mogla da bude valjano sprovedena, potrebno je bilo najpre utvrditi osnovne standarde u ovoj oblasti kojima se teži, naspram kojih se može izvršiti poređenje sa trenutnim stanjem u BiH. Imajući u vidu da je strateški cilj BiH da postane članica EU, izvršen je uvid u evropske standarde u ovoj oblasti, na osnovu kojih Evropska komisija ocenjuje opšte upravne kapacitete zemalja koje se nalaze u procesu pridruživanja i pristupanja EU.

Prateći pomenutu logiku, rad je strukturiran je na sledeći način. U prvom delu predstavljeni su evropski standardi i dobra praksa u procesu zapošljavanja. U drugom delu izložena je analiza najvažnijih izazova sa kojima se suočavaju različiti nivoi državne službe u BiH u postupku zapošljavanja na osnovu javnog konkursa: državni nivo BiH i entiteti - Republika Srpska i Federacija BiH. U poslednjem delu predstavljene su generalne preporuke za poboljšanje trenutnog stanja u oblasti zapošljavanja u strukturama državne službe u BiH.

## **2. Evropski standardi i dobra praksa u oblasti zapošljavanja državnih službenika**

Osnovni evropski standard u oblasti zapošljavanja, kao i drugim segmentima upravljanja ljudskim resursima u javnoj upravi, jeste princip meritornosti ili profesionalnih sposobnosti (*merit based system*).<sup>2</sup> Princip profesionalnih sposobnosti ima za cilj da se osigura da je posao dobila osoba koja ima najbolje profesionalne sposobnosti (znanja, veštine, lične karakteristike) koji odgovaraju zahtvima konkretnog radnog mesta. On predstavlja protivtežu principu političke lojalnosti, koji se popularno zove »sistem plena« (spoils system), u kome se na radna mesta u državnoj

---

<sup>2</sup> Z. Vukašinić Radojičić, *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, 17-18.

upravi dolazi na osnovu političkih a ne profesionalnih zasluga<sup>3</sup>.

Pored principa profesionalnih sposobnosti, ključni princip u oblasti zapošljavanja je i princip jednakih mogućnosti. Ovaj princip podrazumeva pravo svakog pojedinca na pravedan proces i objektivno razmatranje prilikom konkurisanja za radno mesto za koje ispunjava uslove.<sup>4</sup> Ovo načelo takođe treba da osigura da pojedinci imaju priliku da se takmiče sa drugima za dobijanje posla u državnoj upravi, a ne da budu uskraćeni za mogućnost zapošljavanja zbog materijalnih mogućnosti, stavova, restriktivnih zahteva posla ili fizičkih barijera koje bi mogle da imaju diskriminatorni karakter.

Zapošljavanje putem konkursa osnovni je standard službeničkog sistema zasnovanog na principima meritornosti i jednakih sposobnosti.<sup>5</sup> Posebnu važnost ima sprovođenje *javnog* konkursa, kojim se daje pravo svim građanima na jednak pristup državnoj upravi,<sup>6</sup> koji je garantovan i ustavnim odredbama mnogih evropskih zemalja. Javni konkurs predstavlja odličan instrument za pronalaženje najboljih kandidata koji traže posao na tržištu rada, zbog toga što se putem njega celokupna javnost informiše o postojanju slobodnog radnog mesta i povećava mogućnost da će se na konkurs prijaviti veliki broj kvalitetnih kandidata koji ispunjavaju uslove konkursa.

Dobra evropska praksa, koju posebno promoviše Sigma<sup>7</sup>, je da konkursnu proceduru treba da sprovode konkursne komisije koje su u svom radu nezavisne od političkog uticaja<sup>8</sup>. Članovi komisije bi trebalo da imaju dobro razumevanje poslova koji se obavljaju na radnom mestu, kao i znanja i veštine koje su potrebne za njihovo vršenje. Članovi komisije takođe treba da budu obučeni da sprovode postupke selekcije da bi mogli da ih primene na konzistentan i pravičan način. Ukoliko se proces zapošljavanja

<sup>3</sup> Uspostavljanje »sistema plena«, koji je i danas zastupljen u mnogim zemljama, interesantno je i iz razloga što se početkom XIX veka u Sjedinjenim Američkim državama smatralo da je to zapravo i najbolji sistem uređenja državne uprave u demokratskom društvu. Američki Predsednik Džekson je tako ukazivao na to da: »u zemlji gde su službe stvorene isključivo u korist naroda nijedan pojedinac nema više prava na službu nego bilo koji drugi.« Funkcionisanje »sistema plena« dovelo je, međutim, do masovnog širenja korupcije i zloupotreba u sistemu federalne uprave SAD i ubrzanog napuštanja ovog sistema. V. E. Pusić, *Nauka o upravi*, 1973, (Školska knjiga, Zagreb), 178-179.

<sup>4</sup> G. K. Fry, "The British Civil Service System" u H. Bekke, F. van der Meer (ur.), *Civil Service Systems in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, 2000, 283.

<sup>5</sup> SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, SIGMA/OECD, Paris, 2014, <http://www.sigmaweb.org/publications/Principles-Public-Administration-Nov2014.pdf#page=49>, 7.6.2015, 48.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Prepoznavši važnost dobro uređene i organizovane državne uprave za ispunjenje obaveze članstva u svim sektorskim područjima, EU je 1992, u saradnji sa Organizacijom za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) osnovala program Sigma (SIGMA - *Support for Improvement in Governance and Management*). Cilj programa je da podrži aktivnosti (potencijalnih) zemalja kandidata za članstvo u EU na reformi javne uprave.

<sup>8</sup> SIGMA/OECD, *The Principles of Public Administration*, 48.

sprovodi u državnoj službi države u kojoj postoje različite etničke zajednice, u komisiji bi trebalo da budu zastupljeni i njihovi predstavnici.

Osnovni uslovi za selekciju bi trebalo da budu definisani zakonom.<sup>9</sup> Glavni kriterijumi za selekciju bi trebalo da uključuju znanja, veštine i lične karakteristike koje su potrebne za obavljanje poslova konkretnog upražnjenog radnog mjesta.<sup>10</sup> Pored znanja iz oblasti u kojoj se posao obavlja, veoma je važno da kriterijumi za odabir budu i veštine i sposobnosti koje su neophodne za efikasno vršenje posla.

Da bi izbor bio što objektivniji, preporučuje se sprovođenje pisanih ispita (pored intervjuja), jer se njima obezbjeđuje veći stepen objektivnosti u oceni znanja i veština prijavljenih kandidata.<sup>11</sup> Pisani ispiti esejnog tipa takođe mogu dati dobar osnov za testiranje veština kandidata (sposobnosti pisanja, organizovanja ideja i argumentacije itd).

Kada se sprovode intervjui, oni bi trebalo da budu strukturirani, što podrazumeva prethodno utvđivanje konkretnih pitanja koja će biti postavljena svim kandidatima, uzimanje detaljnih beleški tokom intervjuja i prethodno utvrđen sistem evaluacije odgovora kandidata. U dosadašnjoj praksi, strukturirani intervjui se pokazao kao mnogo bolji pokazatelj uspešnosti rada novozaposlenog, a informacije koje se dobiju na strukturiranom intervjuu su se pokazale tačnijim i pouzdanijim.<sup>12</sup> Važno je naglasiti da je praksa pokazala da većina pripremanja i postavljanja pitanja ne predstavlja prirodni talenat, pa je takođe neophodno da članovi komisije pohađaju obuke kroz koje će naučiti kako da postavljaju pitanja koja će im omogućiti da provere znanja, veštine i lične karakteristike kandidata i ocene ih na odgovarajući način.

Imenovanje kandidata koji je pokazao najbolji rezultat u procesu selekcije je sledeći važan standard. Uobičajena evropska dobra praksa je da se na radno mesto postavi osoba čije kompetencije (znanja, vještine i sposobnosti) najbolje odgovaraju opisu posla.<sup>13</sup> Sigma posebno insistira na principu da samo kandidat koji je ostvario najbolji rezultat u procesu selekcije treba da bude imenovan na datu poziciju.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> J.M. Sahling, "Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years After EU Accession", *SIGMA Papers*, No. 44, 2009, OECD Publishing. doi: 10.1787/5kml60pvjmbq-en, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/SIGMA\(2012\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/SIGMA(2012)1&docLanguage=En), 5.5.2015.

<sup>12</sup> Civil Service Resourcing, "Best Practice Guidance for using Competencies in Recruitment and Selection", <https://gcn.civilservice.gov.uk/wp-content/uploads/2013/03/Civil-Service-Resourcing-Best-Practice-Recruitment-Guidance.pdf>, 3.5.2015.

<sup>13</sup> SIGMA/OECD, "Can Civil Service Reforms Last?", SIGMA working paper, The European Union's 5<sup>th</sup> Enlargement and Future Policy Orientations, 2010, 11, <http://www.sigmaxweb.org/publicationsdocuments/44789492.pdf>, 4.5.2015.

### 3. Procedura zapošljavanja u državnoj službi u BiH - pravni okvir i problemi u praksi

#### 3.1. Objavljivanje javnog konkursa i prijavljivanje na konkurs

Na svim nivoima vlasti u BiH oglašavanje upražnjenih službeničkih radnih mjesta centralizovano je unutar agencija za državnu službu/upravu. Objavljivanje konkursa predstavlja početnu tačku procesa zapošljavanja i od ključnog je značaja za primenu načela jednakih mogućnosti, koje garantuje kompetetivnost i jednakost svih građana prilikom konkurisanja za posao u državnoj službi. Na državnom nivou Agencija za državnu službu objavljuje oglas na svojoj internet stranici, dok su institucije koje su inicirale raspisivanje konkursa zadužene da objave oglas i u još tri dnevna lista.<sup>14</sup> U FBiH, oglas se objavljuje u Službenim novinama FBiH i još najmanje dva dnevna lista koja se distribuiraju na celoj teritoriji BiH i na službenoj internet stranici Agencije.<sup>15</sup> Troškove objavljivanja javnog konkursa snosi organ državne službe za čije se potrebe sprovodi taj konkurs. Da bi se troškovi smanjili, oglas u Službenim novinama i dnevnim listovima objavljuje se u skraćenoj formi, dok se celi tekst oglasa, sa detaljnijim opisom radnog mesta može naći na sajtu Agencije. Slična praska postoji i u Republici Srpskoj.

Glavni problem koji se javlja u ovoj fazi procesa zapošljavanja je što opisi radnih mesta iz pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta ne daju dobru osnovu za započinjanje regrutacije i odabira. Generalni problem je što opisi radnih mesta ne sadrže potrebne veštine i lične karakteristike (kompetencije) koje lice treba da poseduje da bi moglo da efikasno obavlja poslove radnog mesta, pa se dati elementi ne navode u oglasu, niti se kasnije testiraju u postupku selekcije. Imajući u vidu da pravilnike o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji odobrava Veće ministara, odn. Vlade entita, nakon prethodno pribavljenih mišljenja ministarstva pravde/uprave i lokalne samouprave, ministarstva finansija i ureda za zakonodavstvo, Agencije za državnu službu/upravu nemaju ovlašćenja da vrše suštinske promene u opisima radnih mesta, što im znatno otežava delotvorno oglašavanje.

Poseban problem koji se javlja u nekim organima uprave koji imaju veći broj zaposlenih je što, iako znaju da će imati potrebu za novim ljudskim resursima (na pr. zbog odlaska službenika u penziju) nisu u mogućnosti da pokrenu proceduru javnog konkursa sve dok radno mesto ne bude i fizički upražnjeno, čime se dodatno usporava proces popune radnih mesta.

<sup>14</sup> Član 21, stav 2, Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12.

<sup>15</sup> Član 24. stav 3. Zakona o državnoj službi FBiH, *Sl. novine FBiH* br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05 i 8/06, 4/12.

### 3.2. Sastav i rad komisija za izbor

Kao što smo pomenuli u delu o evropskim standardima, jedna od glavnih garancija primene principa meritornosti je postojanje profesionalne i nepristrasne konkursne komisije, čiji sastav se razlikuje na pojedinačnim nivoima vlasti. Na državnom nivou BiH postupak sprovodi petočlana konkursna komisija - dva člana predlaže institucija koja popunjava slobodna radna mjesta, a tri člana imenuje Agencija za državnu službu sa svoje liste eksperata<sup>16</sup>. Slična situacija postoji i u Federaciji BiH, gdje proceduru selekcije kandidata sprovodi komisija sastavljena od najmanje tri člana (u najvećem broju slučajeva od pet članova) od kojih su najmanje dva člana predstavnici organa uprave u kome se radno mjesto popunjava, jedan je predstavnik sindikata, dok se ostali članovi imenuju sa liste nezavisnih eksperata koju utvrđuje Agencija za državnu službu<sup>17</sup>. U ovim slučajevima, komisija je sastavljena od manjeg broja državnih službenika iz organa u kojem se popunjavaju slobodna radna mesta, i većeg broja (barem formalno) nepristrasnih lica, kao što su nezavisni eksperti, što bi trebalo da smanji potencijalni politički uticaj na proces izbora kandidata. U Republici Srpskoj konkursna komisija sastoji se od tri službenika iz organa u kojem se sprovodi konkurs i dva eksperta, koji su na listu došli nakon provedene konkursne procedure.<sup>18</sup> U ovom slučaju, veći je broj lica koja dolaze iz organa uprave koji popunjava upražnjeno radno mjesto, što kao posledicu može imati veću pristrasnost komisije u izboru kandidata.

Interesantno je primetiti da čak i na državnom nivou BiH, gde sastav komisije daje najviše garancija za nepristrasnost njenog rada, neretko dolazi do pritiska na njen ekspertski deo da se usaglase sa mišljenjem državnih službenika iz institucija u kojima se radno mjesto popunjava. Ova praksa ukazuje na objektivne probleme sa kojima se suočavaju državne službe u BiH u nastojanjima da proces zapošljavanja bude obavljen u skladu sa principom meritornosti, posebno poslednjih godina u vreme globalne ekonomske krize, kada sigurnost posla koja odlikuje rad u državnoj službi naročito dobija na značaju.

Sledeći problem koji se odnosi na rad komisija za izbor odnosi se na sposobnost njenih članova da obavljaju odabir profesionalno i na osnovu objektivnih kriterijuma. Način na koji se članovi komisije biraju, kao i angažman koji se od njih traži, vodi ka prilično visokoj stopi fluktuacije, čime se znatno otežava upostavljanje grupe iskusnih stručnjaka za izbor.

<sup>16</sup> Član 26. stav 2. Zakona o državnoj službi u institucijama BiH.

<sup>17</sup> Član 27. stav 2. Zakona o državnoj službi FBiH.

<sup>18</sup> Član 34, stav 2 Zakona o državnim službenicima, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 118/08, 117/11 i 37/12.

Članovi komisije sa liste eksperata često nisu dovoljno osposobljeni da uzmu puno učešće u konkursnoj proceduri, posebno pri formulisanju pitanja, što otežava posao članova komisije koji dolaze iz reda državnih službenika. Zbog toga bi bilo veoma korisno ukoliko bi članovi komisije iz reda eksperata, kao i članovi konkursnih komisija iz reda državnih službenika prošli odgovarajuću obuku, koja bi ih osposobila da budu efikasniji i pravičniji u procesu odabira.

Ovi problemi mogli bi biti u potpunosti prevaziđeni ukoliko bi agencijama za državnu službu/upravu bilo dato u nadležnost da sprovede celokupnu proceduru selekcije, kao što je to na primer slučaj u Belgiji, Španiji i Portugaliji<sup>19</sup>. Pitanje je, međutim, da li bi ovo rešenje dobilo političku podršku na različitim nivoima vlasti u BiH. Ovakvo rešenje bi takođe zahevalo i značajno jačanje kapaciteta agencija i povećanje broja zaposlenih, što je veoma teško obezbediti u uslovima ekonomske krize.

### 3.3. Testiranje

Svi nivoi vlasti prihvatili su testiranje kandidata kao osnov za donošenje odluke o zapošljavanju zasnovom na principu profesionalnih sposobnosti<sup>20</sup>, što je u skladu sa primerima iz uporedne prakse, ali se razlikuju po vrsti i načinu obavljanja testiranja.

Interesantno je primetiti da se na svim nivoima zahteva od kandidata koji prolaze konkursnu proceduru da najpre polože ispit o osnovama sistema javne uprave, koji uključuje pitanja iz oblasti ustavne materije, radnih odnosa u organima državne službe, upravnog postupka i spora i sl<sup>21</sup>. Cilj ovog ispita je da utvrdi da li kandidati koji konkurišu na radno mjesto državnog službenika poseduju dovoljan stepen znanja iz oblasti javne uprave koja su neophodna za obavljanje poslova državnog službenika i svaki ga nivo organizuje na sopstveni način. Ako kandidat položi ovaj ispit, a ne bude primljen u državnu službu, njegovo važenje mu traje i u budućnosti nije u obavezi da ga ponovo polaže. Izuzetak od ovog pravila je državni nivo BiH, gde od kraja 2012. godine ovaj ispit (koji se zove

<sup>19</sup> F. Cardona, "Recruitment in Civil Service Systems of EU Members and in Some Candidate Countries", rad predstavljen na seminaru *Civil Service Recruitment Procedures*, Vilnius, 2006. J.P de la Cruz, "Legal Framework and Practical Procedures and Mechanisms for Selection in Spain", rad predstavljen na seminaru *Civil Service Recruitment Procedures*, Vilnius, 2006, <http://www.oecd.org/countries/lithuania/36762550.pdf>, 10.4.2015; SIGMA/OECD,

<sup>20</sup> N. Akšamija, "Zaštita prava kandidata- pravni lijekovi u postupku javnog konkursa", ZIPS br. 1311, Sarajevo, 2015.

<sup>21</sup> Naziv ovog ispita, koji se obavlja na različite načine (putem opcijskih odgovora ili usmeno), ima i različite nazive: javni ispit na državnom nivou BiH; ispit općeg znanja u FBiH; stručni ispit za rad u upravi Republike Srpske; i ispit za rad u organima uprave u Brčko distriktu BiH. Različiti nazivi ovog ispita dovode do zabune kandidata koji planiraju da konkurišu na različitim nivoima državne službe u BiH.

“javni ispit“) važi samo za konkretan oglas/konkurs i kandidat je dužan da ga polaže i na sledećem oglasu<sup>22</sup>. Nivo Federacije BiH planira da u toku 2015. godine usvoji slično rešenje. Kandidati koji imaju položen pravosudni ispit, koji se polaže kod Ministarstva pravde, nemaju obavezu da polažu ovaj ispit.

Na državnom nivou BiH i u Federaciji BiH, nakon polaganja javnog ispita odnosno ispita općeg znanja, kandidati su dužni da polažu stručni ispit, koji se sastoji od pisanog i usmenog dela. Iako nosi isti naziv, sadržina ovog ispita značajno se razlikuje na državnom nivou i u Federaciji BiH. Na državnom nivou BiH, pisani deo stručnog ispita sastoji se od jednog do četiri pitanja esejnog tipa, u zavisnosti od radnog mesta koje se popunjava<sup>23</sup>. Svi članovi Komisije ocenjuju pisani deo testa gdje se najmanja i najveća ocjena odbacuju i uzima se prosečna ocena od preostale tri ocene.<sup>24</sup> Minimalna prolaznost ovog dela testa je 75 bodova, odn. 75 posto od najvećeg broja bodova koji se može dobiti na pisanom testu.<sup>25</sup> U Federaciji BiH pisani deo stručnog ispita sastoji se od opcijskih odgovora, gde je kandidat u obavezi da zaokruži jednu od ponuđenih opcija. Minimalna prolaznost na pisanom delu testa u FBiH je 70 posto.<sup>26</sup> U Republici Srpskoj ne sprovodi se pisani ispit koji testira da li kandidat ima znanja i vještine potrebne za obavljanje konkretnog radnog mjesta, već se testiranje obavlja samo putem intervjua<sup>27</sup>.

Može se tvrditi da sprovođenje pisanog ispita esejnog tipa ima očiglednih prednosti u odnosu na sistem opcijskih odgovora. Njime se pored znanja proveravaju i veštine, kao što su analitičko razmišljanje, logičko zaključivanje, pismeno izražavanje, a takođe i rad na računaru. Negativne strane, međutim, su što se ne postavlja veliki broj pitanja, što smanjuje mogućnost provere, a ocena takođe može biti prilično subjektivna. Radi smanjenja subjektivnosti bilo bi važno da se članovi komisije još u toku pripremanja pitanja dogovore o osnovnim standardima prema kojima će se ocenjivati pismeni rad kandidata. Najzad, najbolji lek za smanjenje subjektivnosti bio bi uvođenje šifrovane ocene rada kandidata, tako da članovi komisije ne znaju i ne mogu znati kog kandidata ocenjuju.

<sup>22</sup> Član 12. Odluke o načinu polaganja javnog i stručnog ispita, *Službeni glasnik BiH* br. 96/07, 43/10 i 103/12.

<sup>23</sup> Jedan zadatak daje se za radno mesto stručnog saradnika; dva zadatka za radna mesta višeg stručnog saradnika i stručnog savetnika; tri zadatka za radno mesto šefa unutrašnje organizacione jedinice i četiri zadatka za radna mesta rukovodećih državnih službenika. V. Član 18. Odluke o načinu polaganja javnog i stručnog ispita.

<sup>24</sup> Član 22. st. 2. i 3. Odluke o načinu polaganja javnog i stručnog ispita.

<sup>25</sup> Član 22. stav 6. Odluke o načinu polaganja javnog i stručnog ispita.

<sup>26</sup> Član 24. stav 2. Uredbe o uslovima, načinu i programu za polaganje ispita općeg znanja i stručnog ispita za kandidate za državnu službu u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH* br. 69/06, 63/08, 27/14.

<sup>27</sup> Član 34. stav 7. Zakona o državnim službenicima Republike Srpske.

Osnovni problem prilikom sprovođenja pisanih ispita je da pitanja «cure» i dolaze do kandidata pre početka testiranja. Ovaj problem nije lako rešiv i mogao bi biti u potpunosti prevaziđen samo ukoliko bi se testiranje obavljalo od strane nezavisnog tela, na pr. agencija za državnu službu, koje bi sprovodile ukupan postupak testiranja bez učešća članova iz organa uprave, kao što je to slučaj, na primer, u Španiji, Portugalu i Belgiji, o čemu je i prethodno bilo reči.

U Federaciji BiH nedavno su učinjeni važni koraci u obezbeđenju «sigurnosti» pitanja. Naime, Uputstvom o provođenju stručnog ispita<sup>28</sup>, kojim se bliže razrađuje način polaganja stručnog ispita, propisana su pravila ponašanja članova komisije za vreme pripreme pitanja i cele procedure pisanog dela stručnog ispita. Tako, za vreme utvrđivanja pitanja i sprovođenja testa članovi komisije ne mogu napuštati prostoriju, osim iz objektivnih razloga, uz odobrenje Agencije za državnu službu. Takođe, svaki član komisije dužan je da preda službenicima Agencije na revers, ukoliko poseduje, propise i literaturu koja se odnosi na predmetni konkurs, tehnička sredstva (mobilne telefone, usb stikove i sl) koji mu se uz potvrdu vraćaju na kraju stručnog ispita.<sup>29</sup> Nadalje, Komisija za izbor dužna je najranije dva sata pre početka pismenog dela ispita da utvrdi dvostruko veći broj pitanja u obliku testa sa tri ili četiri opcijaska odgovora u odnosu na propisan broj pitanja.<sup>30</sup> Od dvostruko utvrđenog broja iz baze podataka pomoću računarskog programa metodom slučajnog izbora komisija formira test za pismeni deo stručnog ispita.<sup>31</sup>

Najzad, poslednji važan deo procedure selekcije jeste sprovođenje intervjuua. U Federaciji BiH trenutno se koriste elementi standardizovanog intervjua (kroz prethodno utvrđen sistem evaluacije kandidata, utvrđen Uredbom)<sup>32</sup>, dok je na državnom nivou BiH u pripremi uputstvo kojim bi se utvrdila pravila sprovođenja strukturiranog intervjuua, što je veoma pozitivan korak. Kao što smo pomenuli u delu o evropskim standardima, strukturirani intervjua podrazumeva prethodno utvrđivanje konkretnih pitanja koja će biti postavljena svim kandidatima, uzimanje detaljnih

<sup>28</sup> Uputstvo o provođenju stručnog ispita u konkursnim procedurama za izbor i prijem državnih službenika u organe državne službe F BiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 27/2013.

<sup>29</sup> Tačka 17. Uputstva o provođenju stručnog ispita u konkursnim procedurama za izbor i prijem državnih službenika u organe državne službe F BiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 27/2013.

<sup>30</sup> Tačka 19. Uputstva o provođenju stručnog ispita u konkursnim procedurama za izbor i prijem državnih službenika u organe državne službe F BiH.

<sup>31</sup> Tačka 22. Uputstva o provođenju stručnog ispita u konkursnim procedurama za izbor i prijem državnih službenika u organe državne službe F BiH.

<sup>32</sup> V. Prilog Uredbe o Uredbe o uslovima, načinu i programu za polaganje ispita općeg znanja i stručnog ispita za kandidate za državnu službu u Federaciji Bosne i Hercegovine - Obrazac za ocjenu kandidata.

beleški tokom intervjua i prethodno utvrđen sistem evaluacije odgovora kandidata. Putem strukturiranih intervjua takođe je moguće proceniti određene veštine i crte ličnosti (kompetencije) kandidata, što nije moguće tokom pisanih ispita. Imajući u vidu da su se u dosadašnjoj evropskoj praksi strukturirani intervjui pokazali kao mnogo bolji pokazatelj uspešnosti novozaposlenog, a dobijene informacije tačnijim i pouzdanijim, bilo bi veoma korisno kada bi se ova praksa sprovođenja strukturiranog intervjua proširila na sve nivoe državne službe u BiH.

Posebno pitanje koje se postavlja na gotovo svim nivoima vlasti u BiH je prednost koja se u toku testiranja daje kandidatima koji su prethodno primljeni na određeno vreme, posebno tokom sprovođenja intervjua. Iako su propisi na svim nivoima prilično jasni kada je zasnivanje radnog odnosa na određeno vreme u pitanju (obično u slučajevima povećanja obima posla ili potrebe hitnosti zapošljavanja), ovaj institut zna biti zloupotrebljen i korišćen da se određena lica zaposle u upravi, a zatim uz podršku okruženja, promovišu tokom procesa testiranja. Vrlo je logično da će kandidat koji je obavljao poslove konkretnog radnog mesta na određeno vreme moći da pruži bolje odgovore koji se tiču rada na datom radnom mestu od kandidata koji za to nisu imali priliku. Zbog toga je važno da se praksa zapošljavanja lica na određeno vreme limitira i kontinuirano prati.

### 3.4. Postavljena

Kao što je pomenuto u delu o evropskim principima, jedan od standarda na kome se insistira je da kandidat koji ostvari najbolji rezultat u postupku testiranja bude primljen u radni odnos. Iako je ovo načelo zastupljeno, u manjoj ili većoj meri, na različitim nivoima vlasti u državnoj službi u BiH, interesantno je napomenuti i da je većina nivoa ostavila određeni stepen diskrecije u završnoj fazi procesa zapošljavanja rukovodstvu organa u kojem se popunjava slobodno radno mesto. Naime, prilično često, rukovodilac organa ima pravo da izabere jednog kandidata sa uže liste najbolje rangiranih kandidata, koju sastavlja konkursna komisija, umesto da ima obavezu da zaposli najbolje rangiranog kandidata. Time se u značajnoj mjeri ograničava primena principa meritornosti u praksi.

Na državnom nivou BiH, za nerukovodeća radna mesta, Agencija za državnu službu automatski postavlja najbolje rangiranog kandidata na osnovu rezultata postignutih u procesu testiranja što je zakonska obaveza<sup>33</sup>, koja je u potpunosti u skladu sa dobrom evropskom praksom. Ne postoji diskreciono pravo rukovodstva u procesu izbora kandidata - kandidat koji osvoji najveći broj bodova na pismenom i usmenom ispitu dobija

<sup>33</sup> Član 28. stav 1. Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine.

zaposlenje u državnoj službi. U slučaju rukovodećih državnih službenika, sistem dozvoljava primenu određenog stepena političke diskrecije kod konačnih imenovanja<sup>34</sup>, što takođe nije neuobičajena praksa, imajući u vidu da se radi o najvišim pozicijama koje su politički «osetljive».

Na nivou entiteta, međutim, zakonski propisi nisu izričiti kada je u pitanju postavljenje najboljeg kandidata sa liste, što može kompromitovati primenu ovog principa u praksi. U Republici Srpskoj, postavljenje državnih službenika nadležnost je pojedinačnih institucija dok je uloga Agencije za državnu upravu ograničena na predlog za postavljenje kandidata sa najboljim rezultatima. Imajući, međutim, u vidu činjenicu da se u Republici Srpskoj državni službenici biraju samo na osnovu intervjuja, ne postoji značajno ograničenje da komisija već u toku ocene intervjuja najveći broj bodova da kandidatu za koga postoji politička ili druga podrška. U Federaciji BiH, Agencija za državnu službu takođe je imala ovlašćenje da preporuči organu da postavi najbolje rangiranog kandidata, što se u velikoj mjeri i poštovalo, ali je nedavnim izmenama podzakonskih propisa ovo pravo izostavljeno. Agencija je sada dužna samo da dostavi rukovodiocu organa državne službe listu uspešnih kandidata,<sup>35</sup> a ministar, odnosno drugo ovlašćeno lice, ima pravo da izabere bilo kojeg od kandidata sa liste, što ukazuje na visok stepen diskrecije u finalnom procesu izbora kandidata. Da bi se postojeći problemi prevazišli, Agencija za državnu službu FBiH pripremila je nacrt Uredbe o smjernicama kadrovske politike, u kojoj su bliže utvrđeni kriterijumi za izbor kandidata sa liste uspešnih kandidata, čije se usvajanje očekuje u bliskoj budućnosti.

Izmene do kojih je proteklih nekoliko godina došlo u regulisanju procesa postavljenja u FBiH (a takođe i na nivou Brčko distrikta) govore o rastućim političkim pritiscima da određeni kandidati dobiju zaposlenje u državnoj službi. Ova praksa verovatno ne bi trebala da čudi, imajući u vidu efekte ekonomske krize, koja je značajno ograničila mogućnosti zapošljavanja u privatnom sektoru. Može se očekivati da će ovi pritisci postajati sve jači i na državnom nivou BiH, koji se, za sada, «najbolje drži» u pogledu postavljenja najboljeg kandidata, u čemu je sigurno pomoglo i zakonsko utemeljenje ove dobre prakse.

#### 4. Zaključak

Proces zapošljavanja u strukturama državne službe u BiH nalazi se pred značajnim izazovima. Iako su osnovni uslovi za obezbeđenje

<sup>34</sup> U skladu sa članom 28. stav 2 Zakona o državnoj službi u institucijama BiH, rukovodeće državne službenike imenuje nadležna institucija, po prethodno pribavljenom mišljenju Agencije, sa liste uspešnih kandidata koji su prošli javni konkurs.

<sup>35</sup> Član 30, stav 2 Uredbe o Uredbe o uslovima, načinu i programu za polaganje ispita općeg znanja i stručnog ispita za kandidate za državnu službu u Federaciji Bosne i Hercegovine.

primene principa meritornosti uspostavljeni kroz solidan normativni okvir, državna služba nalazi se pod rastućim pritiscima da u radni odnos primi lica koja imaju odgovarajuću političku ili drugu podršku. Od početka ekonomske krize ovi pritisci su sve prisutniji i snažniji. To je nesumnjivo posledica efekata ekonomske krize koja je desetkovala zapošljavanje u privatnom sektoru i kandidatima sa tržišta rada ostavila mali prostor za traženje posla. U cilju smanjenja fiskalnog deficita, Vlade svih nivoa vlasti u BiH takođe su znatno ograničile zapošljavanje, čime je nadalje smanjena mogućnost pronalaženja posla u državnoj službi, kao najsigurnijem poslodavcu koji solidno plaća svoje zaposlene.

Pri davanju preporuka za poboljšanje procesa zapošljavanja postojeće ograničavajuće objektivne okolnosti moraju se uzeti u obzir. U suprotnom, postoji rizik da dosadašnja dostignuća u izgradnji sistema zapošljavanja, zasnovanom na principu profesionalnih sposobnosti, budu ugrožena. U tom smislu, valja imati na umu iskustvo novih država članica EU, kao što su Slovačka, Poljska, Češka a delom i Estonija i Mađarska, koje su nedugo nakon ulaska u EU, pod političkim pritiskom i u odsustvu EU uslovljavanja, gotovo u potpunosti napustile službeničko zakonodavstvo i ukinule centralnu institucionalnu strukturu upravljanja ljudskim resursima<sup>36</sup>. Da bi se ovaj scenario izbegao potrebno je uspostaviti jasna pravila u postupku zapošljavanja, koja će u određenoj mjeri moći da apsorbuju i spoljne pritiske. S druge strane, važno bi bilo da centralne institucije koje su zadužene za upravljanje ljudskih resursima dobiju jasnu podršku od drugih organa uprave i tako osiguraju svoju poziciju u sistemu. To će biti moguće ukoliko one jasno pokažu drugim organima da ne predstavljaju samo ograničavajuće faktore (što one i predstavljaju po samoj svojoj prirodi), već i daju puni doprinos odabiru najboljih kandidata, njihovom profesionalnom razvoju, praćenju razvoja karijere itd.

Dodatan problem u procesu zapošljavanja u strukturama državne službe u BiH, o kome zbog ograničenosti teksta nije prethodno bilo puno reči, je kako obezbediti da selekcija kandidata bude izvršena na osnovu principa profesionalnih sposobnosti, a da u isto vreme bude ispoštovan ustavni princip nacionalne zastupljenosti. Ova dva principa su, bar naizgled, u priličnoj koliziji i vrlo je teško postići da oba budu zadovoljena na odgovarajući način. Jedan od načina na koji bi se postojeći problem u pomirenju ova dva principa mogao prevazići predložen je još u

<sup>36</sup> World Bank (2006), *EU-8 Administrative Capacity in the New Member States: the Limits of Innovation?*, The World Bank, Washington DC; Meyer-Sahling, J. (2009), "Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years After EU Accession", *SIGMA Papers*, No. 44, OECD Publishing. doi: 10.1787/5kml60pvjmbq-en

okviru Sistemskog pregleda javne uprave u BiH<sup>37</sup>, koji predlaže uvođenje kombinovanog sistema afirmativne akcije i sistema kvota. Smatramo da bi ovaj predlog mogao da pruži značajan doprinos rešenju ovog značajnog pitanja u sistemu upravljanja ljudskim potencijalima u BiH.

Najzad, da bi se proces zapošljavanja unapredio potrebno je graditi svest svih učesnika, posebno političara (kao ključnih donosilaca odluka) da je za efikasnost rada državne službe neophodno imati profesionalce, a ne amatere, u državnoj službi, jer će to i njima omogućiti da delotvorno sprovedu svoje programe i dobiju poverenje građana na sledećim izborima. Privlačenje kvalitetnih ljudskih resursa treba da bude zajednički cilj svih aktera koji rade u državnoj službi, jer se samo na taj način može obezbediti kvalitetan i delotvoran rad državne službe, koji će biti u stanju da odgovori savremenim izazovima vođenja države koja teži ka članstvu u EU.

**Aleksandra Rabrenović, Ph. D**

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

### **KEY CHALLENGES IN THE RECRUITMENT AND SELECTION PROCESS IN THE BIH CIVIL SERVICE – LEGAL AND SOCIOLOGICAL ASPECT**

The objective of the paper is to identify key challenges with which different Government levels in BiH are faced during the recruitment and selection process for civil service candidates. After reviewing the European standards regarding the recruitment and selection in the civil service, the author analyses legal framework of various phases of recruitment and selection process and key problems which occur in practice. The author concludes that, in spite of the solid legal framework, the recruitment and selection process in the civil service structures of BiH currently faces significant challenges. Since the beginning of the economic crises, political pressures for selection of candidates on the basis of political connections instead of merit are ever more present,

---

<sup>37</sup> Ured koordinatora za reformu javne uprave, *Sistemski pregled javne uprave u BiH, Završni izvještaj*, 2005, 64-65.

which is undoubtedly one of the consequences of the economic crises which has significantly reduced entering into employment at the private sector and left little room for unemployed people to find a job at the labour market. In the course of the analysis and in the last part of the paper the author proposes systemic improvements of the legal framework of the recruitment and selection process in the BiH civil service, which are expected to improve the current situation in this important and sensitive field in the mid and long term.

**Key words:** recruitment, civil service, challenges.

---

Dr Ana Knežević Bojović<sup>1</sup>

Originalni naučni rad

UDK: 061.2:061.1EU(479.11)

## UČEŠĆE CIVILNOG SEKTORA U PROCESU PRIDRUŽIVANJA EVROPSKOJ UNIJI I PRAKSA NACIONALNOG KONVENTA O EU

### *Apstrakt*

*Još od sredine 1990-ih, odnosi između Evropske unije i civilnog sektora postali su jedno od ključnih pitanja u okviru debate o demokratskom deficitu Evropske unije. Stoga je Evropska unija preduzela dodatne napore da uspostavi dijalog sa civilnim sektorom i uključi ga u proces donošenja politika i propisa na nivou Evropske unije. 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, kroz koje se jačaju ne samo ključna demokratska načela, već i zajedničke vrednosti Evropske unije. Stoga Evropska unija u svojim Strategijama proširenja dosledno ističe potrebu za uspostavljanjem aktivnog dijaloga sa civilnim sektorom u ovom procesu. neke države su pokušale da u proces pridruživanja integrišu sopstveni, drugačiji pristup, zasnovan na potrebama i programima lokalnih organizacija civilnog društva. Jedan od takvih uspešnih modela, koji je pokrenut u Slovačkoj a potom repliciran u državama Zapadnog Balkana, Ukrajini i Moldaviji, jeste Nacionalni konventa o Evropskoj uniji. U radu je prikazan rad Konventa u Slovačkoj, i analiziran uticaj Nacionalnog konventa o Evropskoj uniji u Srbiji na jačanje dijaloga civilnog sektora i države u procesu pridruživanja Srbije Evropskoj uniji.*

**Ključne reči:** civilno društvo, Evropska unija, proces pridruživanja, Nacionalni konvent, politike.

---

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo.e-mail: akbojovic@gmail.com

## 1. Uloga civilnog sektora u procesu pridruživanja Evropskoj uniji

Još od sredine 1990-ih, odnosi između Evropske unije i civilnog sektora postali su jedno od ključnih pitanja u okviru debate o demokratskom deficitu, odnosno o nedostatku legitimiteta Evropske unije.<sup>2</sup> Evropska komisija je stoga 2001. godine izdala Belu knjigu<sup>3</sup> u kojoj se obavezala na unapređenje procesa donošenja odluka u okviru Evropske unije, i istakla značaj dijaloga sa civilnim sektorom u procesu donošenja politika i propisa na nivou Evropske unije – ipak, ovaj dijalog je pre svega shvaćen kao zadatak koji se ostvaruje na nivou država članica.<sup>4</sup> Civilni sektor je ovde prevashodno shvaćen kao posrednik između lokalnog nadnacionalnog centra u Briselu, kroz koji se identifikuju i formulišu lokalne potrebe i stavovi, i na taj način obezbeđuje raznovrsnost stavova i mišljenja u procesu usvajanja politika i propisa, kao i legitimitet procesa i usvojenih rešenja.<sup>5</sup>

Ipak, kako O'Brenan ističe,<sup>6</sup> civilni sektor se susreće i sa značajnim ograničenjima u pokušajima da utiče na politike Evropske unije – za uspostavljanje odnosa sa donosiocima odluka u Evropskoj uniji, pripremu predloga politika i prisustvovanje sastancima potrebni su značajni resursi. Stoga, iako Evropska unija dosledno zagovara pluralističko shvatanje pojma civilnog društva, koje obuhvata ne samo nevladine organizacije već i stručne organizacije, sindikate i privredne komore<sup>7</sup> iskustvo je pokazalo da je ovaj pluralizam zapravo jako usmeren i da se tumači vrlo usko, te da je učešće civilnog sektora u formulisanju politika i propisa Evropske unije rezervisano za elite, dok Komisija civilni sektor prevashodno vidi kao izvor stručnih i tehničkih informacija koje mogu doprineti procesu usvajanja politika, i, sa druge strane, doprineti tome da građani bolje razumeju i lakše prihvate politike i propise EU.<sup>8</sup>

Uprkos ograničenjima sistema, jasno je da je legitimitet koji dijalog sa civilnim sektorom i njegovo učešće u zakonodavnom procesu predstavljaju uticao na Evropsku uniju da iskoristi proces pridruživanja za razvijanje civilnog sektora u državama sa kojima se pregovara o

<sup>2</sup> B. Kohler-Koch "Civil Society and EU Democracy: "Astroturf" Representation?", *Journal of European Public Policy*, Vol. 17 (1), 2010), 101

<sup>3</sup> Communication from the Commission of 25 July 2001 "European governance - A white paper", [COM(2001) 428 final - Official Journal C 287 of 12.10.2001.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> J. O'Brennan, "The European Commission, Enlargement Policy and Civil Society in the Western Balkans", *Civil Society and Transitions in the Western Balkans. New perspectives on South-East Europe* (eds. V. Bojicic-Dzelilovic, J. Ker-Lindsay, D. Kostovicova), 2013, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 30.

<sup>6</sup> J. O'Brennan, 31.

<sup>7</sup> B. Kehler-Koch, 107. Za više o širem procesu konsultacija sa civilnim sektorom i transparentnosti v. [http://ec.europa.eu/transparency/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transparency/index_en.htm), 27.5.2015.

<sup>8</sup> J. O'Brennan, 31.

pridruženju i na taj način obezbedi dodatni legitimitet i ovom procesu.

Naime, nakon pada Berlinskog zida i aktivnog doprinosa civilnog sektora u procesu obezbeđivanja legitimiteta pridruživanju Evropskoj uniji,<sup>9</sup> EU je prepoznala značaj civilnog sektora i počela da podstiče njegov razvoj kroz konkretne programe. Prvi takav program bio je posebni PHARE program demokratije<sup>10</sup>, uspostavljen 1992. godine na inicijativu Evropskog parlamenta, čiji je jedan od ciljeva bilo i pružanje podrške razvoju civilnog sektora. Kako O'Brien ističe,<sup>11</sup> u ovom slučaju se radilo o potrebi Komisije da kroz ojačan civilni sektor olakša proces pridruživanja – inicijativa nije potekla od lokalnih organizacija civilnog društva, već od Evropske unije. Ovakav pristup umnogome je zadržan i u procesu pridruživanja država Zapadnog Balkana.

Naime, 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, kroz koje se jačaju ne samo ključna demokratska načela, već i zajedničke vrednosti Evropske unije. Stoga Evropska unija u svojim Strategijama proširenja dosledno ističe potrebu za uspostavljanjem aktivnog dijaloga sa civilnim sektorom, ali takođe i pruža finansijsku podršku za dalji razvoj civilnog sektora u državama Zapadnog Balkana.<sup>12</sup>

Iako je doprinos Evropske unije razvoju civilnog sektora u državama Zapadnog Balkana, uključujući i Srbiju, nesumnjivo značajan, pristup Komisije nailazi na slične kritike kao i pristup Komisije primenjen

<sup>9</sup> *Ibid*, 34.

<sup>10</sup> PHARE Program podrške državama Centralne i Istočne Evrope, uspostavljen je Uredbom Saveta 3906/86 ( Council Regulation (EEC) No 3906/89 of 18 December 1989 on economic aid to the Republic of Hungary and the Polish People's Republic OJ L 375, 23.12.1989) predstavljao je ključni instrument finansijske i tehničke pretpristupne pomoći državama Centralne i Istočne Evrope. Posebni PHARE program demokratije uspostavljen je 1992. godine. Programme of Community aid to the countries of Central and Eastern Europe (Phare) is the main financial instrument of the pre-accession strategy for the Central and Eastern European countries (CEECs) which have applied for membership of the European Union.

<sup>11</sup> J. O'Brien, 35.

<sup>12</sup> O potrebi za unapređenim učešćem civilnog sektora u procesu pridruženja v. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2011-2012, COM(2011) 666 final, 12.10.2011, 5. , Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, European Commission, October 2012, Brussels [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2012/package/strategy\\_paper\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/strategy_paper_2012_en.pdf), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee And the Committee of the Regions Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15, Brussels, 8.10.2014, COM(2014) 700 final, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2014/20141008-strategy-paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-strategy-paper_en.pdf). 28.5.2015. Finansijska podrška se pruža pre svega kroz program Civil Society Facility, naročito kroz organizaciju i podršku konferencijama u regionu koje imaju za cilj uključivanje OCD u proces proširenja i dijalog sa OCD u državama članicama EU. V. M. Bobić, R. Božić, *Civilno društvo u procesu evropske integracije – od konstruktivnog dijaloga do uspešnih pregovora*, Evropski pokret u Srbiji, Beograd, 2012, 6

u uključivanje civilnog sektora u formulisanje politika EU – kroz institucionalizovane kontakte Evropska komisija traži informacije o konkretnim pitanjima ali i stavovima o predloženim zakonodavnim rešenjima. Stoga, kao i u slučaju učešća predstavnika civilnog sektora iz država članica EU u formulisanju politika Unije, civilni sektor predstavlja “posrednika” između države i Komisije i donekle smanjuje demokratski deficit u procesu pridruživanja. Ono što, međutim, ostaje problematično jeste činjenica da se ovaj dijalog odvija sa malim brojem „omiljenih“ organizacija civilnog društva<sup>13</sup> te je nekada teško oceniti u kojoj meri se odista utiče na formulisanje pristupa Evropske komisije reformama koje su u toku u državi u kojoj se pregovori vode, a u kojoj meri ovaj dijalog predstavlja platformu za iskazivanje stvarnih potreba i stavova predstavnika civilnog društva.

Za razliku od modela koji je prvo kroz PHARE programe, a kasnije i druge programe podrške civilnom sektoru, razvila Evropska komisija, i koji je, kako je napomenuto, takozvani „top-down“ model, neke države su pokušale da u proces pridruživanja integrišu sopstveni, drugačiji pristup, zasnovan na potrebama i programima lokalnih organizacija civilnog društva. Jedan od takvih uspešnih modela, koji je repliciran u državama Zapadnog Balkana, jeste Nacionalni konventa o Evropskoj uniji. Nacionalni konvent je platforma koja je po prvi put uspostavljena u Slovačkoj, a potom uspostavljena u Srbiji, Crnoj Gori, i Albaniji, Ukrajini i Moldaviji a osnovan je i regionalni Konvent.

## 2. Slovački Nacionalni konvent o Evropskoj uniji

Slovačka je, kao mala buduća država članica Evropske unije, koja se u procesu pridruživanja stalno suočavala sa izazovom prilagođavanja pravilima i propisima Evropske unije, koji su se konstantno menjali, pokrenula platformu za širu nacionalnu debatu o evropskoj budućnosti Slovačke.

Ova platforma, zasnovana na ideji da svi ključni donosioci odluka u jednoj državi treba da učestvuju u strukturisanoj debati o njenoj evropskoj budućnosti, uspostavljena je na inicijativu Slovačke asocijacije za spoljnu politiku<sup>14</sup> i slovačkog Ministarstva spoljnih poslova pod imenom

<sup>13</sup> J. O’Brennan, 35. Neposredna iskustva autorke, koja je u svojstvu koordinatora za regulatornu reformu Nacionalne alijanse za lokalni ekonomski razvoj učestvovala u dijalozima sa predstavnicima Evropske komisije i Evropskog parlamenta donekle potvrđuju ove tvrdnje – proces kroz koji se jedna nevladina organizacija legitimise kao relevantan sagovornik predstavnika Komisije u vezi sa pitanjima od značaja za proširenje je dugotrajan i neretko zavisi i od toga da li je ta institucija prepoznata kao partner domaće vlade u procesu regulatorne reforme. To nipošto ne umanjuje ocenu o značaju doprinosa tako odabranih predstavnika civilnog sektora unapređenju nacionalnih politika i njihovoj usklađenosti sa pravnim tekovinama Evropske unije, ali potvrđuje tezu o neophodnosti značajnih resursa kako bi se jedna organizacija civilnog društva uopšte našla u prilici da takav doprinos pruži.

<sup>14</sup> <http://www.sfpa.sk/en/>, 27.5.2015.

Nacionalni konvent o evropskoj budućnosti Slovačke. Tako je Slovačka postala prva među državama kandidatima koja je institucionalizovala debatu o bućnosti Evropske unije.<sup>15</sup> Nacionalni konvent o Evropskoj uniji je tokom tri godine pre pridruživanja služio kao otvorena platforma za profesionalnu i fokusiranu debatu o značajnim pitanjima u vezi sa Evropskom unijom.

Kako bi se osiguralo učešće svih relevantnih aktera zainteresovanih za učesnike zainteresovane kako za process planiranja politike, tako i za proces stvaranja politike vezane za EU, sastav učesnika Konventa morao je biti širok, i otvoren. Stoga su u Nacionalnom konventu učestvovali predstavnici političkih političkih stranaka, izvršne vlasti, parlamenta, nevladine organizacije, interesne grupe, verske organizacije i predstavnici lokalnih samouprava.<sup>16</sup>

Prvi sastanak Nacionalnog konventa održan je u maju 2001. godine u Bratislavi. Tom prilikom najznačajniju ulogu imali su članovi Parlamenta,<sup>17</sup> koji su tu priliku iskoristili da izraze svoju podršku planiranim načelima reforme Evropske unije<sup>18</sup> a naročito ideji budućeg federalističkog uređenja Evropske unije.<sup>19</sup>

Druga sednica Konventa održana je u oktobru 2001. godine, a na njemu su svoje stavove iznosili uglavnom predstavnici političkih stranaka, dok su predstavnici verskih organizacija i nevladinih organizacija takođe uzeli učešće u raspravi. Sama rasprava zasnivala se na izveštaju koju je pripremila Radna grupa Ministarstva spoljnih poslova Slovačke, u kojem je podržana inicijativa da Povelja o osnovnim pravima Evropske unije postane obavezujući dokument. Ujedno, tom prilikom je izražen stav je je potrebno jasnije i preciznije razgraničenje nadležnosti između država članica i Evropske unije, u skladu sa načelom supsidijarnosti.

Treća sednica Konventa održana je 3. marta 2002. godine, i njoj je prisustvovao tadašnji predsednika Slovačke Republike, Rudolf Šuster. Rasprava se uglavnom odnosila na predstavljanje interesa građana Evropske unije kroz njihovo bolje informisanje, kao i unapređenje obrazovanja i nauke. Nadalje, istaknuta je potreba za boljom koordinacijom između ključnih

---

<sup>15</sup> V. Bilčík, "Slovakia and the Discussion on the Future of the European Union", Slovak Foreign Policy Affairs, spring 2002, 15.

<sup>16</sup> Tabelarni pregled članova Konventa dostupan je u M. Gress, „The Convention on the Future of Europe and Slovakia“, Young Scholar Conference 2002, dostupno na <http://ysc.sweb.cz/program2002.html>, 27. 5.2 015. godine

<sup>17</sup> V. Bilčík, 15.

<sup>18</sup> Podsetimo, radi se o periodu nakon Samita u Nici i Samita u Lakenu, kada je pokrenuta inicijativa za usvajanje Evropskog ustava.

<sup>19</sup> V. Bilčík, 16.

aktera u cilju formulisanja jedinstvenih stavova.<sup>20</sup> Ujedno, predloženo je i formiranje posebnih radnih grupa, koje će se baviti posebnim temama – što je i do danas ostao model rada Nacionalnog konventa kako u Slovačkoj, tako i u drugim državama u kojima je ovaj model repliciran. Ocene o uspešnosti rada Nacionalnog konventa u Slovačkoj u ovom periodu su dvojake – iako je Konvent poslužio kao platforma za raspravu o različitim političkim, institucionalnim i ekonomskim stavovima, Bilčík<sup>21</sup> ocenjuje da su slovačke političke stranke razvile veoma mali broj pozitivnih inicijativa usmerenih na reforme u okviru Evropske unije. Ujedno, uprkos činjenici da je Konvent uspostavljen kao široka platforma za predstavnike svih sektora društva, utisak je da u su ranoj fazi njegovim radom ipak dominirali predstavnici državnih institucija i političkih stranaka, pre no predstavnici civilnog sektora.

Budući da je Nacionalni konvent u Slovačkoj formiran kao odgovor na vrlo specifičan zadatak – uključenje u debatu o evropskoj budućnosti – i to nakon usvajanja Ugovora iz Nice, kada se Evropska unija pripremala za prijem velikog broja novih država članica, to je odredilo i izbor pitanja koja su razmatrana na sednicama Konventa u njegovoj ranoj fazi, kao i njegovo trajanje.

Ipak, tokom 2004. godine uočeno je da postoji potreba da se aktivnosti Nacionalnog konventa obnove, te je od početka 2004. godine koncept Nacionalnog konventa o Evropskoj uniji (NKEU) izmenjen tako da ispuni prilično ambiciozne ciljeve, formulisane na sledeći način:

1. Obezbediti institucionalnu podršku za opštenacionalnu debatu o EU kroz široku zastupljenost predstavnika svih sfera javnog života;
2. Stvoriti platformu za razvoj zajedničkih „nacionalnih pozicija“ o posebnim pitanjima koja se tiču zajedničke i sektorske politike i institucijama Unije;
3. Obezbediti redovne, ažurne i objektivne informacije za slovačku javnost u vezi sa posledicama pristupanja EU, institucijama EU i zajedničkim politikama Unije;
4. Jačati legitimitet slovačke pozicije u institucijama Evropske unije kada se predstavljaju nacionalni interesi Slovačke; i
5. Jačati regionalnu dimenziju javne debate o EU.<sup>22</sup>

Ključne aktivnosti NKEU-a u ovom periodu sadržale se u radu specijalizovanih, tematski fokusiranih radnih grupa, dok se NKEU

<sup>20</sup> Report on National Debate on the future of Europe: – Slovakia, CONV 109/02, Brussels, 18 June 2002, dostupno na <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/02/cv00/cv00109.en02.pdf>, 22.5.2015.

<sup>21</sup> V. Bilčík, 31

<sup>22</sup> <http://www.eurokonvent.sk/defaulten.aspx?lang=en>, 28.5.2015.

sastajao u Plenarnim sednicama dva puta godišnje.<sup>23</sup>

Na Plenarnim sednicama su razmatrana strateška pitanja, rukovodioci radnih grupa podnosili su izveštaje o svojim aktivnostima i njima je prisustvovalo Predsedništvo NKEU, koga su *ex officio* činili potpredsednik vlade zadužen za evropske integracije, ljudska prava i manjine, ministar spoljnih poslova Republike Slovačke, predsedavajući Odbora za evropske integracije Nacionalnog saveta Republike Slovačke, predsedavajući Odbora za spoljne poslove Nacionalnog saveta Republike Slovačke, predsedavajući Odbora direktora SASP-a, predsednik Asocijacije privrednika, predstavnik Asocijacije lokalnih i regionalnih vlasti.<sup>24</sup> Kao što se vidi, Predsedništvo NKEU bilo je izrazito hijerarhijski ustrojeno kako bi se obezbedio pun legitimitet preporuka koje NKEU formuliše tokom svog rada.

Sa druge strane, ključni deo stručnih aktivnosti sprovodio se u okviru radnih grupa – one su se formirale na osnovu stručnih interesovanja učesnika – formirano je 11 takvih grupa:

- RG I. Ekonomska politika i preduzetništvo
- RG II. Poljoprivreda i seoski razvoj
- RG III. Životna sredina
- RG IV. Regionalna politika i regionalni razvoj
- RG V. Pravosuđe i pravosudna saradnja
- RG VI. Zajednička spoljna i bezbednosna politika
- RG VII. Institucionalne reforme
- RG VIII. Nauka, obrazovanje, kultura
- RG IX. Jezička politika u okviru Evropske unije
- RG X. Saobraćaj
- RG XI. Unutrašnji poslovi i policijska saradnja<sup>25</sup>

Konsultacije i glasanje u radnim grupama vodila su dva kopredsedavajuća: jedan predstavnik državnog sektora (iz nadležnog ministarstva ili državne agencije) i jedan predstavnik nedržavnog sektora (privatni sektor, lokalna vlast, NVO-i, univerzitet i slično), koga su birali članovi radne grupe.<sup>26</sup> Radne grupe su sastajale četiri puta godišnje, a s obzirom na to da su se u prve dve godine postojanja Konventa njegove sednice održavale samo u Bratislavi, od 2004. godine je kroz rad Radnih grupa učinjen iskorak i uvedena obaveza da se tri sednice Radnih grupa

<sup>23</sup> A. Duleba, „Nacionalni konvent o Evropskoj uniji u Slovačkoj“, *Institucionalni kapaciteti SCG za evropsku integraciju*, Upporedna studija SCG i Slovačke i prilozi sa konferencije, Evropski pokret u Srbiji, Beograd, 2006, 63.

<sup>24</sup> Ibid. V. takođe <http://www.eurokonvent.sk/defaulten.aspx?lang=en#1>, 29.5.2015.

<sup>25</sup> <http://www.eurokonvent.sk/defaulten.aspx?lang=en#1>, 29.5.2015.

<sup>26</sup> A. Duleba, 63.

održavaju van Bratislave. Jasno je da je kroz ovakvu organizaciju rada u Radnim grupama učinjen pokušaj da se predstavnicima civilnog i privatnog sektora, kao i predstavnicima lokalnih samouprava omogući da daju veći doprinos radu Konventa i ostvarenju njegovih ciljeva.

Glavni rezultat rada Konventa bile su preporuke sa Plenarnih sednica i sa Radnih grupa, koje su se objavljivale na internet stranici Konventa, a ujedno je postojalo pravilo da se sazove konferencija za štampu nakon svakog zasedanja – plenarnog ili radne grupe.<sup>27</sup>

Sa ovim ciljevima i strukturom koja, Nacionalni konvent o Evropskoj uniji (NKEU) funkcionisao je u do 2007. godine, i to je model koji je, uz određene modifikacije, repliciran u Srbiji, Crnoj Gori, Ukrajini, Moldaviji i Bosni i Hercegovini.

Nacionalni konvent o Evropskoj uniji je kao platforma obnovljen 2013. godine, na inicijativu slovačkog ministarstva spoljnih i evropskih poslova, a na osnovu odluke slovačke vlade. Ciljevi i ideja Konventa su prilagođeni potrebama Slovačke 10 godina nakon pridruživanja - da obezbedi forum za široku diskusiju o izazovima integracije i budućnosti Slovačke, odnosno, da pruži odgovor na pitanje “Kakvu Evropu želimo” a da istovremeno približi pitanja evropske integracije i politike najširoj javnosti.<sup>28</sup> Ipak, čini se da je obnovljeni Konvent zatvorenija platforma nego što su to bili njegovi prethodnici, i da mu se mogu uputiti iste kritike kao i platformi Evropske unije za saradnju sa civilnim sektorom – najpre svojevrsni elitizam, koji nije odlikovao prethodnu platformu, u kojoj je učešće u radnim grupama bilo otvoreno za sve.

Kao što se vidi, Nacionalni konvent u Slovačkoj je predstavljao inovativnu platformu za uključivanje svih sektora društva u raspravu o budućnosti Evropske unije, ali i o budućnosti Slovačke u Evropskoj uniji. Ono što je naročito zanimljivo jeste da je Slovačka vrlo rano identifikovala model Nacionalnog konventa kao model koji je podoban za replikaciju. Naime, budući da je Slovačka država koja ima relativno malu teritoriju, privredu i međunarodni uticaj, ona je morala da pronađe oblast u kojoj može da da aktivan doprinos razvoju evropskih politika, i pametno je odabrala da svoja iskustva u procesu tranzicije prenese na druge države koje sa nalaze dalje na svom evropskom putu – dakle, države Zapadnog Balkana i Istočne Evrope.<sup>29</sup> Kako Najšlova ističe,<sup>30</sup> projekat replikacije Nacionalnog konventa o Evropskoj uniji objedinjuje

<sup>27</sup> A. Duleba, 64

<sup>28</sup> [http://www.europeanaffairs.sk/sites/europeanaffairs.sk/files/attachments/national\\_convention\\_brochure.pdf](http://www.europeanaffairs.sk/sites/europeanaffairs.sk/files/attachments/national_convention_brochure.pdf), 29.5.2015.

<sup>29</sup> L. Najšlova, „Slovakia in the East: Pragmatic Follower, Occasional Leader“, *Perspectives Review of International Affairs*, Vol. 19, No. 2, 2011, 102.

<sup>30</sup> L. Najšlova, 113-114

solidarnost i pragmatičnost slovačke razvojne pomoći, a istovremeno odgovara potrebama država u kojima je uspostavljen, dok zbog učešća visokih predstavnika državnih organa, doprinosi jačanju ugleda Slovačke. Nacionalni konventi o Evropskoj uniji za sada su uspostavljeni, ponovimo, u Bosni i Hercegovini ( u periodu 2008-2011. godine)<sup>31</sup>, Ukrajini (od 2010. godine do danas)<sup>32</sup>, Moldaviji (od 2010. godine do danas)<sup>33</sup>, Crnoj Gori (od 2011. godine do danas)<sup>34</sup> i Srbiji (od 2005. godine do danas).<sup>35</sup>

Budući da se ovaj model do sada najduže primenjuje u Srbiji, u nastavku rada se analizira način na koji je Konvent implementiran u Srbiji i mera u kojoj je on do sada doprineo učešću civilnog sektora u Srbiji u procesu pridruživanja Evropskoj uniji.

### 3. Nacionalni konvent o Evropskoj uniji u Srbiji

Nacionalni konvent o Evropskoj uniji uspostavljen je pod okriljem Evropskog pokreta u Srbiji, saradnji sa Slovačkom asocijacijom za spoljnu politiku (SFPA), i uz podršku Beograd Bratislava fonda. Podsetimo, Slovačka asocijacija za spoljnu politiku bila je jedan od inicijatora osnivanja slovačkog Nacionalnog konventa.

Nacionalni konvent o EU je počeo sa radom plenarnim zasedanjem koje je bilo održano 30. septembra 2006. godine u Domu Narodne skupštine Republike Srbije. Cilj ovog plenarnog zasedanja je bio da se kroz najavu zvaničnog početka rada NKEU javnosti predstavi sama ideja partnerstva između državnih organa, nevladinih organizacija, akademskih institucija i političkih partija u procesu pregovaranja sa Evropskom unijom.<sup>36</sup>

Kao i slučaju Slovačke, Nacionalni konvent o Evropskoj uniji u Srbiji trebalo je da odgovori na sledeće izazove:

- mnogobrojne strukture društva će biti bolje informisane o evropskim integracijama dok bi njihova sposobnost da ovladaju evropskim temama i izazovima unapređena
- državni organi dobijaju utemeljeniju i širu osnovu za proces pregovaranja
- pregovaranje sa EU se značajno legitimizuje i demokratizuje.

Kao i u slučaju slovačkog Nacionalnog konventa, i Nacionalni konvent o EU u Srbiji organizovan je tako da ima Predsedništvo i radne grupe, koje

<sup>31</sup> [www.eukonvent.ba](http://www.eukonvent.ba), 29.5.2015.

<sup>32</sup> <http://www.euconvention.org.ua>, 29.5.2015.

<sup>33</sup> <http://conventia.md/>, 29.5.2015.

<sup>34</sup> [www.eukonvencija.me/](http://www.eukonvencija.me/), 29.5.2015.

<sup>35</sup> <http://eukonvent.org/pages/2010/index.htm> 29.5.2015.

<sup>36</sup> *Nacionalni konvent o Evropskoj uniji – Knjiga preporuka* (ur. V. Milošević), Evropski pokret u Srbiji, Beograd, 2008, 8

su imale svoje predsedavajuće i kopredsedavajuće. Rad Konventa odvijao se kroz plenarne sednice i sednice sledećih šest radnih grupa:

1. Politički kriterijumi i domaće institucije
2. Regionalna saradnja
3. Pravosuđe, slobode i bezbednost
4. Kapital i usluge
5. Roba
6. Poljoprivreda

U ovoj fazi rada Nacionalnog konventa, čije aktivnosti i rezultati rada su predstavljeni u Knjizi preporuka,<sup>37</sup> dinamika rada radnih grupa je varirala između 2 i 4 sastanka po radnoj grupi u periodu od 2006. do 2008. godine, dok su predsedavajući ugovnom imenovani iz redova predstavnika resornih ministarstava, što svedoči o potrebi da se Konvent kao platforma za saradnju civilnog sektora i državnih institucija legitimise prevashodno kroz aktivno učešće predstavnika države u radu radnih grupa. Sam rad Nacionalnog konventa bio je usmeren na praćenje toka pregovora o Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju, a kasnije i na druge važne teme u procesu pridruživanja Evropskoj uniji. Otuda ne treba da iznenađuje to što je jedan broj preporuka usmeren na unapređenja domaće prakse i jačanje kapaciteta Srbije, koji nisu nužno neposredno vezani za potpisivanje SPP ili proces pridruživanja Evropskoj uniji, ali je trebalo da doprinesu izgradnji institucija i posledično, ispunjavanju političkih i ekonomskih kriterijuma iz Kopenhagena.

Nesumnjivo je da je kroz svoj rad Nacionalni konvent značajno doprineo obaveštenosti stručne i opšte javnosti o pojedinim aspektima procesa pridruživanja<sup>38</sup> – što znači da je ispunjen jedan od ključnih ciljeva Konventa. Ujedno, činjenica da su predstavnici države aktivno učestvovali u radu radnih grupa doprinela je legitimitetu formulisanih preporuka. Ipak, utisak je da je najpre zbog toga što proces pregovora sa Evropskom unijom u trenutku uspostavljanja Konventa u Srbiji nije bio daleko odmakao ova platforma ostala nedovoljno iskorišćena, te da je bilo potrebno dodatno informisati, osnažiti i animirati civilni sektor da uzme aktivno učešće u njoj.

Stoga je ponovno pokretanje Nacionalnog konventa o Evropskoj uniji (NKEU) u trenutku kada je Srbija dobila status kandidata za članstvo u Evropskoj uniji i kada je već otpočeo proces skrininga sa sobom nosilo i mnogo veći potencijal da odista predstavlja sveobuhvatnu platformu za učešće civilnog sektora u procesu pridruživanja Evropskoj uniji. Ovo je naročito značajno u svetlu iskustva Hrvatske i odsustva

<sup>37</sup> Ibid

<sup>38</sup> Ovo je jasno vidljivo iz prikaza rada radnih grupa u Knjizi preporuka.

institucionalizovanog učešća organizacija civilnog društva u procesu pridruživanja.<sup>39</sup>

Sama struktura NKEU u Srbiji preuzeta je u velikoj meri iz Slovačkog modela:

1. Predsedništvo NKEU strateški usmerava rad NKEU. Ono je sačinjeno od predstavnika institucija koje imaju ključnu ulogu u procesu pridruživanja EU- članovi Predsedništva su, ex officio, Predsednik Narodne skupštine Republike Srbije, predstavnik Vlade Republike Srbije/Ministar zadužen za EU, šef Pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Srbije EU, Predsednik Odbora za evropske integracije Narodne skupštine Republike Srbije, direktor Kancelarije za evropske integracije, predsednik Stalne konferencije gradova i opština (SKGO), kao i tri predstavnika civilnog društva. Budući da je NKEU u Srbiji uspostavljen prevashodno kao telo za posebnu saradnju Narodne skupštine Republike Srbije i civilnog društva u procesu pristupnih pregovora,<sup>40</sup> u skladu sa dobrom praksom strateške saradnje civilnog društva sa parlamentom u procesu pristupanja<sup>41</sup> ne iznenađuje što su čak dva predstavnika Narodne skupštine članovi Predsedništva. Ovu saradnju NKEU i Parlamenta dodatno je učvrstila Odluka Odbora za evropske integracije Narodne skupštine Republike Srbije o postupku razmatranja predloga pregovaračke pozicije u procesu pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji, kojom je predviđeno da će, pre razmatranja predloga pregovaračke pozicije, Odbor obavezno razmotriti predloge, priloge i preporuke NKEU.<sup>42</sup>

2. Programski savet (PS) ima presudnu ulogu u obezbeđivanju programskih smernica za kontinuirani rad NKEU i njegovih radnih grupa, budući da daje preporuke i smernice za unapređenje rada NKEU i usmerava aktivnosti informisanja i zagovaranja u okviru NKEU, kako ka državnim institucijama, tako i ka građanima i medijima. Članovi Programskog saveta su predstavnici organizacija koalicija koje su prihvatile da koordiniraju radom Radnih grupa, a Predsedavajući se bira iz redova članova na šest meseci.

3. Radne grupe (RG) tematski prate strukturu Pregovaračkih radnih grupa za pregovore sa EU – trenutno je u okviru NKEU formirana 21 radna grupa, u okviru čijeg rada se prati pregovarački proces za svih 35 poglavlja. Rad radnih grupa predvode i koordiniraju organizacije civilnog

<sup>39</sup> Vid. G. Bosanac, *Civil Society and EU Accession: The Croatian Experience*, dostupno na <http://eu-monitoring.ba/en/gordan-bosanac-civil-society-and-eu-accession-the-croatian-experience/>, 26.5.2015.

<sup>40</sup> <http://eukonvent.org/o-nacionalnom-konventu/>, 3.6.2015.

<sup>41</sup> Rezolucija o ulozi Narodne skupštine i načelima u pregovorima o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji, usvojena 16. decembra 2013. godine.

<sup>42</sup> Odluka je usvojena 4. juna 2014. godine

društva, u skladu sa svojom stručnošću i kapacitetima.<sup>43</sup> Radne grupe čini između 25 i 30 stručnjaka, predstavnika nevladinih organizacija, privrede, sindikata, instituta, profesionalnih organizacija, lokalnih samouprava, medija i drugih zainteresovanih grupa relevantnih i zainteresovanih za određene teme. Radna grupa definiše posebne teme svakog zasedanja, predlaže eksperte, gostujuće predavače i sagovornike u dogovoru sa članovima i odgovarajućom Pregovaračkom grupom, Kancelarijom za evropske integracije, Pregovaračkim timom i drugim relevantnim institucijama i uz njihovo aktivno učešće.

Sastav Programskog saveta i Radnih grupa u Srbiji predstavlja odstupanje od slovačkog modela, kao i od prethodnog saziva Nacionalnog konventa u Srbiji utoliko što je upravo civilnom sektoru data ključna uloga u upravljanju radom radnih grupa i Konventa – predstavnici civilnog sektora su koordinatori radnih grupa, a predstavnici državnih organa su učesnici u tematskoj diskusiji. Ovakav, izmenjeni pristup, zapravo doprinosi legitimizaciji NKEU kao platforme za saradnju civilnog sektora i države u procesu pridruživanja Evropskoj uniji, i predstavlja značajan iskorak ka modelu koji predstavlja odgovor na potrebe civilnog sektora za aktivnim učešćem u ovom procesu, a ne odgovor na potrebu države da pronade dodatni legitimitet za svoje postupanje. Potreba za kreiranjem takve vrste platforme, koja će okupljati predstavnike civilnog sektora i njihove zajedničke zaključke i preporuke zastupati pred građanima i državnim organima potvrđena je još ranije, kada je osnovana koalicija prEUgovor, sa zadatkom da nadgleda politike iz poglavlja 23 i 24 i predlaže mere za unapređenje stanja, koristeći proces EU integracija za dalju demokratizaciju Srbije.<sup>44</sup>

Novi saziv NKEU u Srbiji do sada još uvek nije izdao svoju prvu knjigu preporuka, ali su sednice radnih grupa nesumnjivo poslužile u formiranju dodatnih modaliteta saradnje između civilnog sektora i državnih organa u procesu pridruživanja – na primer, organizacije civilnog društva- članice radnih grupe koje u okviru NKEU prate proces pridruživanja za poglavlja 23 i 24 su aktivno učestvovala u izradi Akcionih planova za pridruživanje za oba ova poglavlja, kroz dostavljanje pisanih komentara na nacрте ovih planova. Ovo svakako predstavlja odličan primer dobre prakse, za čiju se institucionalizaciju NKEU zalaže, zajedno sa osiguravanjem javnosti i dostupnosti što više podataka o procesu pridruživanja što ranije u toku

<sup>43</sup> Informacije o koordinatorima i sednicama Radnik grupa dostupne su na internet stranici Konventa - <http://eukonvent.org/radne-grupe/>, 3.6.2015.

<sup>44</sup> Koalicija prEUgovor je osnovana na inicijativu Beogradskog centra za bezbedonosnu politiku i čini je još pet organizacija civilnog društva: ASTRA, Centar za istraživačko novinarstvo Srbije, Centar za primenjene evropske studije, Grupa 484 i Transparentnost Srbija.

procesa.<sup>45</sup> Zanimljivo je to da su organizacije koje su članice prEUgovora, ali i druge organizacije koje se bave pitanjima ljudskih prava iskoristile priliku da putem NKEU dodatno legitimišu i zastupaju svoje pozicije pred domaćim državnim organima.

#### **4. Može li civilni sektor da utiče na formulisanje politika EU u procesu pridruživanja**

Čini se da Nacionalni konvent o Evropskoj uniji u Srbiji odista ima potencijal da, nastavljajući sa svojim dosadašnjim aktivnostima, predstavlja najozbiljniju i najsveobuhvatniju platformu za saradnju civilnog sektora i države, a koja predstavlja odgovor na potrebe civilnog sektora. Njegov značaj za razvoj civilnog društva prepoznala je i Evropska komisija u godišnjim izveštajima o napretku,<sup>46</sup> a pažljivo proučavanje preporuka i zaključaka organizacija civilnog društva koje su u NKEU angažovane i njihovo poređenje sa zaključcima koje Evropska komisija iznosi u godišnjim Izveštajima o napretku svedoči o tome da je moguće proaktivno doprineti razvoju politika Evropske unije. Ono što je svakako potrebno jeste da se ceo proces unapredi kako bi se izbegla „elitizacija“ ovog dijaloga, i čini se da NKEU, koji trenutno okuplja oko 570 organizacija civilnog društva koje su aktivne širom Srbije, ovaj zadatak može da ispuni. Ono što svakako ostaje ključni izazov za sve organizacije civilnog društva jeste njihov sopstveni kapacitet da iskoriste NKEU, informišu se o bitnim pitanjima procesa pridruživanja i zagovaraju svoje stavove.

---

<sup>45</sup> <http://eukonvent.org/odrzana-druga-plenarna-sednica-nacionalnog-konventa-o-eu/>, 2.6.2015.

<sup>46</sup> Commission staff working document Serbia 2014 progress report {COM(2014) 700 final}, 11.

**Ana Knežević Bojović, Ph. D**

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

## **CIVIL SECTOR PARTICIPATING IN THE EU ACCESSION PROCESS AND THE PRACTICE OF NATIONAL CONVENTIONS ON THE EU**

### Summary

From the mid 1990ies, the relations between the EU and the civil sector have become one of the key issues in the debate of the democratic deficit of the European Union. The EU has since made additional efforts to establish a productive dialogue with the civil sector and include it the policy and regulation planning and adoption process on the EU level. EU accession experience has shown that it is necessary, in all countries, particularly those that were under autocratic rule, to strengthen democratic institutions and put democratic practices in place, and thus strengthen not only the key democratic principles but also the common values of the European Union. This is why the European Union consistently repeats the need for establishing an active dialogue with the civil sector in the accession process in its strategic documents. Some countries have also tried to integrate their own approaches to this issue in the accession process, basing it on the needs and programmes of the local civil society organizations. One such model is the National Convention on the European Union, which was set up in Slovakia and then replicated in Western Balkan countries, Moldova and Ukraine. The paper outlines the work of the Convention in Slovakia, and analyzes the impact of the National Convention on the EU in Serbia on the strengthening of the public-private dialogue in Serbia.

**Keywords:** Civil sector, European Union, accession process, National Convention, policy

## КОДИФИКАЦИЈА, ЛЕГИТИМНОСТ И ТЕНЗИЈЕ У МЕЃУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОНОМ ПРАВУ

### *Апстракт*

*Међународно инвестиционо право је у стању интензивног развоја, који карактеришу све гласнији позиви за дубљу анализу и реформу. Поред предлога усмрених на техничка и процедурална побољшања решавања спорова између инвеститора и држава, све више у први план долазе и питања основа легитимности читавог система. Историјат развоја ове области илуструје тенденцију да првобитно децентрализовани и слабо коришћени систем решавања спорова постаје нови режим глобалног управљања, што је развој који завређује пажљиву анализу.*

*У овом раду се ближе истичу одређени проблеми и опасности који могу настати у домену легитимности као резултат напора да се правила настала у арбитражној пракси кодификују. У кратким цртама представља се и могући правац развоја овакве кодификације који би могао имати значајнију улогу у унапређењу легитимности система, насупрот даљим тензијама.*

**Кључне речи:** међународно право, право заштите страних улагања, међународна арбитража

### 1. Увод

Тема легитимности међународног права и међународних организација постала је честа тема у пракси и правној науци. Од радова Томаса Франка почетком деведесетих година,<sup>2</sup> дискурс у теорији међународног јавног права је приметно померен са позитивноправне

<sup>1</sup> мастер, MJur (Oxford), докторант; истраживач – сарадник Институт за упоредно право, Београд; e-mail: velimir85@yahoo.com

<sup>2</sup> T.M Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990.

анализе. Нове области истраживања су могућност примене теорије политичких наука и међународних односа зарад потпунијег разумевања дешавања и развоја у међународном праву.<sup>3</sup> Овакве тенденције поклапају се са крајем Хладног рата, догађајем који је допринео настанку великог броја нових феномена и изазова у међународном праву. Како је глобална сцена постала у то време суштински једнополарна, идеолошка конвергенција (права или привидна) омогућила је настанак и развој нових режима глобалног управљања (енг. *global governance*) заснованих, на пример, на уверењу у предности слободне трговине и универзалности људских права. Слабљење вестфалског модела суверених држава у сукобу са порастом глобализације и регионалних супранационалних ентитета (попут ЕУ) пружило је мноштво материјала за размишљање и истраживање у домену легитимности. Од посебног значаја је све слабија и натегнутија веза између појединаца у појединачним државама и доносилаца одлука које утичу на њихов живот (који могу бити позиционирани на различитим наднационалним нивоима), као и улога коју међународно право има у овом односу.

Област овог рада је међународно инвестиционо право (даље: МИП) као једна од области међународног права која је посебно релевантна за проблематику легитимности. Циљ је да се на примеру потенцијалне кодификације правила МИП прикажу тензије које постоје између легитимности која проистиче из основа система (базираног на сагласности држава) и процедуралних аспеката који су довели до неочекиваног развоја МИП као новог система глобалног управљања. Посебан акценат је на чињеници да предлози за реформу могу довести до продубљења кризе легитимности и до отвореног незадовољства држава као твораца инструмената на којима је МИП иницијално настало.

## 2. МИП и предлози за реформу

Током претходних деценија, највећи део политичке, медијске и научне пажње био је посвећен расту и преображају ентитета као што су ЕУ, Светска трговинска организација и тзв. институције Бретон Вудса. Много мање експониран, феномен права заштите страних инвестиција развијао се у сенци ових догађаја. Билатерални споразуми о заштити страних инвестиција (даље билатерални инвестициони споразуми - БИС, енг. *BIT*) су постали део међународне правне сцене 1959. године са потписивањем споразума између Пакистана и СР

<sup>3</sup> R.Wolfrum, „Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations” у Rüdiger Wolfrum, Volker Röben (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, 2-5.

Немачке. Заједно са врло малим бројем мултилатералних споразума који садрже одредбе о третману страних инвестиција, међународних инвестиционих споразума према тренутним подацима има око 3000 широм света. Иако се њихове одредбе унеколико разликују, и развијале су се током деценија, временом су се искристалисале одлике од посебног значаја за савремене расправе о међународном праву и легитимности.

У домену материјалних одредби, најбитнија одлика је да БИС садрже стандарде третмана које је држава домаћин дужна да поштује у вршењу власти над страним инвеститором. Док су два од три најчешће присутна стандарда - национални и третман најповлашћеније нације - познати из других области међународног права,<sup>4</sup> специфичани у пракси најзначајнији стандард је стандард „фер и правичног“ (енг. *fair and equitable* - *FET*) третмана.<sup>5</sup> Известан број БИС везује тумачење ове не нарочито дефинисане али потенцијално врло далекосежне одредбе за минимални ниво третмана странаца у међународном обичајном праву, али то није случај са великим бројем БИС. Према ставу у литератури, али и Уједињених нација, ово указује на аутономну природу овог стандарда у области МИП.<sup>6</sup>

Истовремено, значајна одлика највећег броја БИС је решавање спорова о наводним повредама стандарда третмана (и одредаба о експропријацији) путем *ad hoc* арбитража. Према почетној концепцији, ове арбитраже су биле у највећој мери сличне међународној трговинској арбитражи, тј. споровима међу приватним ентитетима. Овај својеврсни хибрид приликом кога се понашање државе у јавноправном својству процењује уз употребу механизма прилагођених привредним споровима лежи у позадини великог броја дебата које окружују МИП.<sup>7</sup> Мада су потенцијални проблеми услед овакве ситуације могли вероватно бити препознати и током закључивања самих БИС, чињеница је да су дебате добиле на значају кад је систем решавања спорова заправо почео да буде употребљаван у иоле већем броју случајева у другој половини деведесетих година XX века.

Број закључених БИС доживео је врхунац деведесетих година XX века, у складу са већ наглашеним трендовима идеолошке конвергенције у погледу слободног тржишта и неолибералних

<sup>4</sup> Видети, на пример, J.Kurtz, „The Merits and Limits of Comparativism: National Treatment in International Investment Law and the WTO” у Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010.

<sup>5</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, New York/Geneva, 2012, 39.

<sup>6</sup> UNCTAD, нав. дело, 17-35.

<sup>7</sup> Видети посебно A.Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, *American Journal of International Law*, 107/2013.

економских принципа.<sup>8</sup> У корелацији са великим бројем нових споразума, уследио је изненадан и нагли порасту броју нових случајева који је кулминирао у прве две декаде XXI века.<sup>9</sup> Од споредне теме у арбитражној пракси и литератури, инвестициона арбитража постала је центар дискусија о низу важних тема. Низ арбитражних пресуда против тужених држава, притом велике монетарне вредности, у великој мери је истакао значај оваквог облика решавања спорова и довео до даљег пораста броја случајева.<sup>10</sup> Значајно је истаћи и да је пораст броја БИС као и арбитражних одлука заинтригирао и истраживаче из других области друштвених наука. Прилози из области економије и политичких наука који анализирају МИП и читав систем заштите страних инвестиција постају све бројнији, доприносећи пожељном ширењу перспектива у овој материји.<sup>11</sup>

Нагли пораст јуриспруденције у комбинацији са децентрализованом структуром арбитражних трибунала и широко постављеним одредбама БИС довео је, међутим, и до различитих интерпретација сличних или чак истоветних норми, чак и у случају идентичних чињеница.<sup>12</sup> Перцепција да је овакав развој ситуације неприхватљив мотивисао је највећи број постојећих предлога за реформу МИП који се могу наћи у литератури.<sup>13</sup> За потребе овог рада довољно је поделити предлоге за реформу у две главне групе. Једна је фокусирана на процедуралне аспекте система, а друга на супстантивне измене. Предлози у првој групи односе се на сам арбитражни поступак, пре свега на унапређење транспарентности и могућност учешћа трећих страна као пријатеља суда (*amicus curiae*). Ови предлози у начелу нису контроверзни у погледу предности које доносе и све више се примењују у пракси,<sup>14</sup> али остаје отворено питање

<sup>8</sup> M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2010<sup>3</sup>, 2; A. Kaushal, „Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime”, *Harvard International Law Journal*, 50/2009, 504-507.

<sup>9</sup> Од 4 ICSID случаја у току 1995. године, стигло се до 150 2012. године. Видети за више R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012<sup>2</sup>, 239.

<sup>10</sup> Видети C.N. Brower, S.W. Schill, „Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law*, 9/2008-2009.

<sup>11</sup> На пример, K. Tienhaara, „Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science” у C. Brown, K. Miles (eds.), *Evolution in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, 2012. и J.P. Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg, 2011.

<sup>12</sup> Као што је био случај у добро познатим *CME/Lauder* арбитражама. Видети T. Baldwin, „The Right to be Heard: The Messy Business of Due Process” у I.A. Laird et al (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 7*, Huntington, 2014, 237-242.

<sup>13</sup> За ово посебно видети прилоге у одељку III у R. Ehandi, P. Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013.

<sup>14</sup> Недавни пример су UNCITRAL правила и конвенција о транспарентности у арбитражама између инвеститора и државе. Видети више на [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency.html?lf=100&lng=en](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html?lf=100&lng=en), 01.06.2015.

да ли могу да суштински допринесу унапређењу легитимности или да једноставно учине постојеће проблеме јаснијим стручној и широј јавности. С друге стране, један део супстантивних предлога односи се на „рекалибрацију” одредби постојећих одредби БИС кроз измене и преговоре о новој генерацији споразума која пружа шире поље аутономије државама у критичним областима попут здравства и животне средине.<sup>15</sup> Мада би ово у теорији био најнепосреднији начин унапређења БИС (иако, имајући у виду њихов велики број, релативно спор), пракса показује да до сада закључени споразуми нове генерације не доносе превише значајна унапређења у погледу ближе дефинисаности и предвидљивости примене предвиђених стандарда третмана.<sup>16</sup>

У погледу унапређења предвидљивости у одлучивању трибунала, најразматранији предлози односили су се на увођење јединственог апелационог тела за све инвестиционе трибунале, као и на прогресивну кодификацију правила МИП. У претходној деценији, предлози о установљењу апелационог тела били најприсутнији у литератури, а у великој мери су инспирисани стандардним одговором правних система на мањак кохерентности у судској пракси - стварањем више инстанце.<sup>17</sup> Мада је тема и даље присутна у литератури, врло значајне практичне и правне препреке за стварање таквог тела су допринеле повећаном интересу за друге опције за реформу.<sup>18</sup> Иако је стварање „светског инвестиционог суда» у сваком случају тема вредна истраживања у домену легитимности, овај рад је фокусиран на кодификацију МИП из више практичних и теоријских разлога.

Кодификација МИП, у којој год финалној форми била, би неспорно директно утицала на супстантивне аспекте. Ово би највероватније било у виду утицаја на начин на који трибунали тумаче и ближе дефинишу одредбе БИС у пракси. Илустрације ради, Асоцијација за међународно право је 2008. године установила радну групу са мандатом да истражи изводљивост неформалне кодификације тренутног стања МИП.<sup>19</sup> Мада рад није био усмерен на израду саме кодификације, индикативно је да је један од кључних циљева био покушај идентификације довољно

<sup>15</sup> Видети, на пример, J.Kurtz, „The Shifting Landscape of International Investment Law and its Commentary”, *American Journal of International Law*, 106/2012, 686.

<sup>16</sup> F.Ortino, „Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making”, *ICSID Review*, 28/2013, 158.

<sup>17</sup> За добар преглед видети прилоге у К.Р. Sauvant (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008.

<sup>18</sup> Видети В. Legum, „Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes” у К.Р. Sauvant (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008.

<sup>19</sup> А.К. Bjorklund, August Reinisch, „Introduction: the ILA Study Group on the role of soft law instruments in international investment law” у А.К. Bjorklund, А. Reinisch (eds.), *International Investment Law and Soft Law*, Cheltenham/Northampton, 2012, 1.

уједначене праксе у циљу пружања арбитрама и другим учесницима лаког прегледа постојећег стања јуриспруденције.<sup>20</sup> Позиви за кодификацију у сличном маниру долазе и од извесног броја аутора.<sup>21</sup> Оваква кодификација би поседовала би неспорно могла да значајно утиче на исходе случајева, појача конвергенцију у пракси и буде де факто начин реформе садржаја БИС, а да при томе не укључи нужно саме државе које су потписнице истих.

Ова последња одлика привлачи посебну пажњу. Стварање неформалних, али опет врло утицајних кодификација не захтева учешће државе. Бројни примери из даље<sup>22</sup> и ближе<sup>23</sup> прошлости служе као илустрација оваквог става. Успех и прихваћеност оваквих инструмената вреди истраживати више кроз призму социолошко-правних студија него чистог позитивизма. Са формалноправног становишта није лако објаснити како су, на пример, ристејтменти права САД (енг. *Restatements*) као чисто академски пројекти, постали ванредно утицајни у судској пракси. Оно што примери говоре је да неформалне кодификације могу бити врло моћно оруђе у случајевима када су околности погодне, поготово у погледу одлика правне заједнице којој су намењене. Такав је случај и са заједницом арбитра, посебно у области инвестиционе арбитраже, коју карактерише релативно узак круг људи који решавају велики број спорова и генерално имају значајан утицај на развој теорије у овој области.

Услед фокусирања на супстантивну реформу уз могућност искључивања држава из овог процеса посебно је релевантно макар прелиминарно истражити легитимност оваквих иницијатива. Тешко је да област МИП и овакви предлози могу остати ван ширих дискусија о легитимности међународног права. Напротив, јединствене одлике БИС и система решавања спорова ову област чине од посебног интереса у том погледу.

### 3. Шта кодификовати?

Тема легитимности није непозната у радовима о МИП. Сам појам (мада можда не претерано дефинисан) релативно је значајан у низу

<sup>20</sup> А. Bjorklund, А. Reinisch, 2.

<sup>21</sup> На пример, J.Karton, „Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons From International Uniform Law”, *Transnational Dispute Management* 11/2014; P.C. Mavroidis, „All Clear on the Investment Front: A Plea for Restatement” у J.E. Alvarez *et al.* (eds), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford, 2011.

<sup>22</sup> N.Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, 2010, 14-50.

<sup>23</sup> N. Jansen, 51-78; R.Michaels, „Restatements”, доступно на: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3013&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3013&context=faculty_scholarship), 02.06.2015.

често цитираних радова у овој области, поготово у контексту решавања спорова. Ипак, суштинска амбивалентност овог појма повећава ризик да се у литератури говори о различитим стварима под окриљем овог термина. Стога је важно разјаснити концептуални оквир у коме ће бити нешто више речи о односу кодификације и легитимности.

Према утицајној подели Рудигера Волфрума, елементи који подстичу легитимност могу се поделити на изворне, процедуралне, исходне или неку комбинацију наведених.<sup>24</sup> У међународном јавном праву изворна легитимност традиционално потиче од сагласности или понашања држава које одређеном правилу даје правну снагу. Процедурално, легитимност се гради ако се одлуке (нпр. у процесу решавања спорова) доносе у процедурама које се могу сматрати одговарајућим и пошвеним услед устројства институције која их доноси и начина доношења одлука.<sup>25</sup> Коначно, легитимност одређеног типа власти/управљања може бити изграђен кроз коначне исходе, односно ефекте - чак и демократски успостављена тела уз поштовање процедура временом долазе у кризу легитимитета ако не постижу никакве или минималне резултате. Ипак, како се истиче у литератури, исход сигурно није једини мерни елемент и државе или друге заједнице не могу се задовољити тиме да је резултат добар притом потпуно игноришући начин на који се до њега стигло.<sup>26</sup>

Дискусија која следи базирана је пре свега на тензијама између изворне и процедуралне легитимности МИП. Ово је пре свега узроковано тиме што је исходна легитимност (тј. процена ефеката БИС на прилив страних улагања) врло контроверзна област у којој једноставно не постоје неспорни емпиријски подаци.<sup>27</sup> Процедурална легитимност у области МИП заснива се пре свега на ауторитету арбитра као експерата.<sup>28</sup> У том контексту, процес решавања спорова не обухвата само процедуру у ужем смислу (вођење поступка, рокови, транспарентност поступка) већ и елементе кохерентности правног резоновања и нивоа уједначености примене стандарда који су присутни у јуриспруденцији арбитражних трибунала.

Изворна легитимност МИП остаје везана за схватање по коме је вршење власти једног ентитета (арбитражних трибунала) над другим (држава) оправдано јер је тај други ентитет дао своју сагласност на

<sup>24</sup> R. Wolfrum, 6.

<sup>25</sup> R. Wolfrum, 6.

<sup>26</sup> R. Wolfrum, 7.

<sup>27</sup> За добар преглед видети K.P.Sauvant, L.E.Sachs (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford, 2009.

<sup>28</sup> C.A.Thomas, „Of Facts and Phantoms: Economics, Epistemic Legitimacy and WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, 14/2011, 298-299.

то унапред. У складу са теоријом међународног јавног права, основ за обавезивање државе на ограничење свог суверенитета (у материји међународних уговора) је сагласност. Оно на шта класична теорија не може дати лак одговор је да ли све оно што настане као резултат рада несумњиво легалних арбитражних трибунала може бити просто обухваћено том сагласношћу и с тога неспорно и са становишта легитимности? Ако се ситуација посматра са становишта дугорочне одрживости система, одговор не може бити безрезервно потврдан.

#### 4. Улога кодификације

Ако је заиста могуће идентификовати несклад између начина на који је МИП настало и нивоа сагласности који је неопходан за легитимно преношење власти, постаје јасно и да кодификација правила МИП није подухват који је неутралан са становишта легитимности. Оваква кодификација може постати важан фактор у постојећим тензијама и својеврсној клацкалици између процедуралне и изворне легитимности МИП.

Укратко, базирање кодификације на покушајима да се „учврсте” области МИП чија правила делују зрело за тако нешто (што је приступ који је генерално усвојила Асоцијација за међународно право)<sup>29</sup> је не само практично тешко изводљив подухват услед хетерогене праксе већ је и упитно са становишта легитимности ако се МИП види као самоникли режим глобалног управљања. Није спорно да уколико би се практични изазови кодификације превазишли компромисима или креативношћу то могло значајно допринети виђењу МИП као предвидивог правног режима. Различита схватања која постоје у садашњој пракси би хипотетички могла бити повезана у једну целину и тиме заменити ослањање на прецеденте - нешто што није нереално имајући у виду склоност арбитра ка прихватању неформалних инструмената.<sup>30</sup> Релативно отворен приступ ка изворима правних правила је у сваком случају присутан у међународном решавању спорова. Примера ради, обимно истраживање Јана Клаберса показује да међународни судови и трибунали често примењују норме са уз мањак интереса ка типу инструмента у коме се те норме налазе.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Видети посебно A.Reinisch, „Is expropriation ripe for codification? The example of the non-discrimination requirement for lawful expropriations” и A.R.Ziegler, „Is the MFN principle in international investment law ripe for multilateralization and codification?” у издању ILA наведеном у фусноти 18 *supra*.

<sup>30</sup> N. Jansen, нав. дело, стр.139-142.

<sup>31</sup> J.Klabbers, „The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, 67/1998, 388-389. Видети такође T. Schultz, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford, 2014., 10.

Шири поглед на тренутну ситуацију би ипак захтевао значајно опрезнији приступ. Кодификација која би садржала решења већ присутна у самом режиму би са правом могла бити виђена као још једна манфестација самониклог правног поретка<sup>32</sup> који се развио од децентрализованих арбитражних трибунала у режим управљања који намеће сопствено схватање владавине закона у погледу страних инвеститора<sup>33</sup> и прети огромним новчаним износима уколико се државе не повинују. Могао би такође бити виђен и као својеврсни уставни акт новог режима, достигнуће након кога правни поредак МИП има пуно право да се тако и зове.

Да ли нешто може бити прихваћено као правни поредак није само ствар семантике - у овом случају то одређеним институцијама или појединцима даје право да стварају правила која се „рачунају” као право и обвезују државе.<sup>34</sup> Према Рајсману, ширење концепта права како би обухватио и неформалне инструменте ствара редистрибуцију политичке моћи у одређеним сферама међународног права.<sup>35</sup> За неке од критичара МИП, посебна опасност је мањак баланса снага при таквој реформи - државе извознице капитала, мултинационалне корпорације и правне канцеларије могу утицати на решења повољна за инвеститоре док им се у том погледу могу супротставити само мање утицајне земље у развоју, НВО и одређени број правних аутора у овој области.<sup>36</sup> Чак иако се сматра да ситуација није тако неизбалансирана, ипак је јасно да давање макар и де факто правне снаге било којој групи правила није чин који би требало предузимати олако.

У исто време, сва ова дешавања у погледу реформе и кодификације би теоретски могла проћи уз државе (и њихово становништво) у улози посматрача. У том смислу, предлози за кодификацију су проблематичнији од оних који се базирају на стварању апелационог тела - стварање новог апелационог тела би у сваком случају захтевало учешће држава, које су данас далеко свесније значаја и ризика МИП него у раним данима настанка БИС.

Порука коју би требало имати у виду је да приступ кодификацији МИП као догматском, чисто техничком задатку уз прикупљање „зрелих” правила и постизање компромиса у погледу других представља нелегитимно узак приступ читавој проблематици. Такав начин превиђа

<sup>32</sup> Како је то чувено описано у погледу арбитраже у Gunther Teubner, *Global Law without a State*, Aldershot, 1997.

<sup>33</sup> За критику овог аспекта видети Р. В. Stephan, „International investment law and municipal law: substitutes or complements?”, *Capital Markets Law Journal*, 9/2014.

<sup>34</sup> Т. Schultz, 12-13.

<sup>35</sup> W.M.Reisman, „A Hard Look at Soft Law: Remarks”, *American Society of International Law Proceedings*, 82/1988, 376.

<sup>36</sup> М. Sornarajah, 33.

дубље проблеме и контроверзе које леже испод површине. Како се у литератури истиче у погледу реформе МИП, „мудар зидар не попуњава рупе у зиду а да прво не провери солидност темеља”.<sup>37</sup>

### 5. Уместо закључка - поглед унапред

Дебате које данас окружују МИП су једна од манифестација неизбежних тензија које настају када било која институционална творевина започне независни развој, са сопственим интересима и уз удаљавање од својих твораца. Овакве тензије су појачане у овој материји услед специфичног и некоординисаног закључивања БИС и непредвиђене еволуције према де факто мултилатералном режиму управљања понашањем држава. Процедурални аспекти су услед тога под посебном лупом, а постизање јединствене оцене о функционисању решавања спорова од стране свих заинтересованих страна не чини се претерано изгледним.

Било каква форма интервенције у циљу усмеравања арбитражних трибунала у начину решавања спорова стога захтева посебну пажњу са становишта легитимности. Поставља се питање да ли је неформална кодификација нужно проблематична? Да ли потенцијалне предности које доноси у погледу процедуралне и супстантивне кохерентности нужно значе и наставак удаљавања од воља држава које су, можда ненадано, створиле читави систем МИП као нови правни поредак? Чини се да то није случај. Могуће је у врло кратким цртама изложити правце даљег истраживања у области принципа на којима би кодификација требало да се заснива у циљу подизања легитимности система МИП како са становишта процедуралне тако и изворне (пре свега демократске) легитимности.

Кључ у унапређењу оба аспекта лежи у суштинском разумевању функције коју систем решавања спорова у МИП врши, као и начина на који то утиче на методологију, принципе и садржину неформалне кодификације. Мада хибридна природа инвестиционе арбитраже унеколико отежава јасно разграничавање улоге коју трибунали играју, пажљивом анализом овлашћења и ефеката донетих одлука могуће је јасније сагледати ту функцију. Како се све више истиче у литератури, инвестициони арбитражни трибунали спроводе специфичан облик „судске» контроле вршења власти од стране државе, и то свих грана власти.<sup>38</sup> Заснивајући се на томе, могуће је рећи да постоје облици

<sup>37</sup> A.Mills, „Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 14/2011, 503.

<sup>38</sup> Видети, на пример, F.Ortino, „The Investment Treaty System as Judicial Review”, *American Review of International Arbitration*, 24/2013.

овакве контроле који су много ближи ономе што су државе могле да очекују када су потписивале БИС. Акте државе би требало оцењивати у складу са сопственим националним правом, у смислу контроле начина на који институције државе спроводе сопствено право (уколико сам национални правни акт није очигледно у супротности са међународним правом и стандардима, што је ретко случај). Оно што не би требао да буде случај је често ретроактивно увођење, од стране трибунала, нових (и претерано пословно оријентисаних) транснационалних принципа управљања и очекивање да их се државе беспоговорно придржавају.

Овакво разумевање улоге инвестиционих трибунала, чини се, постаје све заступљеније у пракси<sup>39</sup> и у суштини је у позадини позива за примену упоредног јавног права као начина за унапређење квалитета и легитимности арбитражних одлука.<sup>40</sup> Кодификација која не би била ограничена на синтетизацију онога што већ постоји може бити вредна прилика да се овакво схватање улоге трибунала продуби и успостави нова веза према државама и њиховим правним поретцима. Судска контрола државних институција је практично свеprisутна у националним правним системима широм света.<sup>41</sup> Спровођење упоредноправног истраживања како би се утврдили заједнички принципи ових права и коришћење ових принципа као водича у тумачењу одредаба БИС би не само елиминисало потребу за истраживањем у сваком појединачном случају<sup>42</sup> и помогло конзистентности праксе, већ би допринело и изворној легитимности. Национални правни системи би у том смислу били својеврсни представници држава у разматрању реформи МИП. Ако се и оригинална сагласност држава на БИС може сматрати проблематичном услед каснијег непредвидивог развоја МИП, враћање принципа заједничких државама може бити важан фактор у поновној легитимизацији и прихватљивости режима за државе учеснице.

<sup>39</sup> Интересантно је запазити да је овај приступ примењен у једном од најранијих познатих случајева, *Saar Papier v Poland* - видети J. Hepburn, „*Saar Papier v Poland: Comparative Public Law and the Second-Ever Investment Treaty Award*”, доступно на: <http://www.ejiltalk.org/saar-papier-v-poland-comparative-public-law-and-the-second-ever-investment-treaty-award/>.

<sup>40</sup> На пример, S.W. Schill, „Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, *Virginia Journal of International Law*, 52/2011-2012.

<sup>41</sup> Што, наравно, не значи да и функционише на жељени начин у свим тим правним системима.

<sup>42</sup> Проблем који је идентификован, на пример, и у UNCTAD, 23.

**Velimir Živković,**

LL.M, MJur (Oxford), PhD Candidate

Associate Researcher, Institute of Comparative Law, Belgrade

## **CODIFICATION, LEGITIMACY AND TENSIONS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW**

### Summary

International investment law is in a state of intensive development, which is characterised by increasingly vocal call for deeper analysis and reform. Apart from proposals aimed at technical and procedural improvements of dispute settlement between investors and states, the questions of the basis of legitimacy of the overall system are increasingly coming to the forefront. History of development of this area demonstrates the tendency for an initially decentralized and rarely utilized system of dispute settlement to become a new regime of global governance, which is a development that requires careful analysis and reflection.

This article particularly focuses on certain problems and dangers legitimacy-wise that can materialize as a result of efforts to codify rules which sprung from arbitral practice. Briefly, a possible way of developing a codification is presented, a way that could have significant role in enhancing the legitimacy of the system, as opposed to furthering existing tensions.

**Keywords:** international law, law on protection of foreign investments, international arbitration

## ГЕНЕТСКА ДИСКРИМИНАЦИЈА И ГЕНЕТСКО ТЕСТИРАЊЕ У ОБЛАСТИ РАДА И ЗАПОШЉАВАЊА – ОСНОВНА ПРАВНА ПИТАЊА<sup>2</sup>

### *Апстракт*

*У раду се указује на значај правног регулисања забране генетске дискриминације као изазова савременог права и последице развоја медицине као науке. Крај 20. и почетак 21. века обележила су велика техничка и технолошка достигнућа укључујући и иновације у области медицинских наука чиме је омогућено истраживање „најосетљивије“ области медицине – хумане генетике. Право је у обавези да такве промене прати и спречи могуће злоупотребе генетских информација човека. Применом упоредноправног и нормативног метода дефинише се генетска дискриминација, генетско тестирање и указује на основна правна питања генетског тестирања у области рада и запошљавања.*

**Кључне речи:** генетска дискриминација, генетско тестирање, приватност, радни односи, запошљавање.

### 1. Увод

Осамдесетих година двадесетог века отворена је дебата, у оквиру интернационалне конференције одржане у Санта Фе-у под окриљем Департмана за енергију Сједињених Америчких Држава, за покретање истраживања са циљем одређивања генетске

---

<sup>1</sup> Истраживач – сарадник; Институт друштвених наука Београд, Центар за правна истраживања; e-mail: sanjazlatanovic1@gmail.com

<sup>2</sup> Рад је део научног пројекта III бр. 410004 подржаног од стране Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије, чији је носилац Центар за правна истраживања Института друштвених наука у Београду.

информације садржане у ћелијама човека.<sup>3</sup> Конференција је довела до покретања иницијативе за истраживање људског генома (HUMAN GENOME INITIATIVE) 1987. године, те се ова година сматра почетком међународног пројекта Хумани геном (Human Genome Project).<sup>4</sup> Године 2000. научној и стручној јавности приказани су први резултати пројекта, односно сазнање да се људски геном састоји од преко 3 билиона нуклеотидних парова<sup>5</sup> и да садржи између 30 000 и 40 000 гена<sup>6</sup> што истовремено представља и прву „слику“ људског генома икада. Године 2010. истраживање је проширено и на Европу, односно истраживачима из Сједињених Америчких Држава придружили су се и истраживачи из Велике Британије, Француске, Немачке али и из Јапана.<sup>7</sup> У прилог истраживањима људског генома наводи се проналажење лекова и начина лечења за најтеже болести, затим примена ефикасних третмана за уобичајне болести али и боље разумевање човека као људског бића.<sup>8</sup> Већина болести које се сматрају тешким и са утицајем на живот човека јесу наследне болести, односно реч је о болестима које су условљене одређеним променама (мутацијама) на генима. Идентификација људског генома, утврђивање тачног броја гена човека, њиховог распореда на хромозомима, као и одређивање редоследа база у наследном материјалу омогућава утврђивање порекла (патогенезе) многих наследних али и ретких болести,<sup>9</sup> утврђивање предиспозиције на одређене болести, као и могућност њихове превенције и налажење одговарајућих начина и средстава лечења. Под геном се подразумева укупан потенцијал наследних особина (генетских информација) једног организма који се преноси на потомство.<sup>10</sup> Са друге стране, поред позитивних аспеката истраживања, анализа људских гена и поседовање генетских информација човека покрећу многа етичка и правна питања услова под којима је дозвољено истраживање гена, затим могућности одавања генетске информације након долажења у њен посед, те у

<sup>3</sup> М. Стевановић, Етичка питања и достигнућа у анализи хуманог генома, 108, <http://www.dsgsgenetika.org.rs/pdf/Stevanovic.pdf>, 15.09.2014.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> C.S. Diver, J. Maslow Cohen, „*Genophobia: What is Wrong with Genetic Discrimination?*“, University of Pennsylvania Law Review, 149/2001, 1439.

<sup>6</sup> М. Стевановић, 109.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> P.A. Roche, „*The Genetic Revolution at Work: Legislative Efforts to Protect Employees*“, American Journal of Law&Medicine, 28 /2002, 261.

<sup>9</sup> Према Препоруци Европске уније у области ретких болести из 2009. године ретким болестима се сматрају све оне болести које погађају мање од 5 лица на 10 000 људи.

<sup>10</sup> В. Клајн-Татић, Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2012., 221.

складу са тим, и проналажење адекватних начина за сузбијање и кажњавање могућих злоупотреба. Савремено право познаје генетску дискриминацију као посебну врсту дискриминације, и већина развијених држава предвиђа забрану генетске дискриминације. Међу њима предњаче Сједињене Америчке Државе које су 2008. године донеле Закон о забрани дискриминације на основу генетских информација у области здравственог осигурања и у области рада. Забрана генетске дискриминације подразумева обезбеђење поштовања начела једнакости и начела приватности јер генетске информације спадају у домен приватности односно осигурање поверљивости информација о здравственом и генетском статусу човека чиме се штити његово достојанство. У раду се применом упоредноправног и нормативног метода одређује појам генетске дискриминације са посебним нагласком на генетску дискриминацију у области рада и запошљавања. Даје се појам генетског тестирања и одређују се основне врсте генетског тестирања на местима рада у упоредном праву, нарочито у Сједињеним Америчким Државама које и имају најразвијенију регулативу када је реч о овој области. У завршном делу указује се на основна правна питања која се јављају у поступку регулисања генетске дискриминације и генетског тестирања у области рада и запошљавања.

## 2. Појам генетске дискриминације

Питање регулисања забране генетске дискриминације јавило се неколико година након почетка реализације пројекта Хумани геном, тачније, деведесетих година двадесетог века. Идентификација људског генома и анализа генетског материјала човека захтевала је разматрање етичких, законских и социолошких аспеката везаних за пројекат истраживања хуманог генома. Тако је генетска дискриминација постала предмет различитих етичких студија, као и студија спроведеним у оквиру социолошких, али и правних наука. Међутим, регулисање генетске дискриминације праћено је проблемом неуједначености у његовом дефинисању односно у одређивању појма ове релативно нове врсте дискриминације. Поред тога, јавила се и потреба утврђивања да ли генетска дискриминација јесте део или је синоним за дискриминацију на основу здравственог стања односно здравственог статуса или је реч о две посебне врсте дискриминације, као и диференцирање генетске дискриминације од дискриминације по основу инвалидитета насталог изменом/мутацијом на генима.

Постоје два различита концепта у дефинисању генетске дискриминације и дискриминације уопште. Први концепт се

заснива на употреби термина дискриминација са циљем указивања на неоправдано разликовање одређених чланова људске заједнице у односу на осталу популацију које се сматра друштвено неприхватљивим.<sup>11</sup> Наиме, термин дискриминације се користи да означи врсту разликовања која неизбежно јесте или треба да буде друштвено неприхватљива. Као пример наводи се дефинисање у Позиционом папиру о генетској дискриминацији Савета за одговорну генетику (Council for Responsible Genetics) где се не даје прецизна дефиниција дискриминације али се указује на њено негативно значење, те се повезује са „вредновањем људи на основу стереотипа, а не на основу њихових личних заслуга и способности чиме се врши повреда начела приватности, затим повреда етичких начела што је морално и друштвено неприхватљиво раслојавање чланова заједнице на оне који „имају“ и на „оне који немају, односно не поседују“ чиме се људи „кажњавају“ за нешто што није у њиховој контроли, јер се на тај начин угрожава једнакост и социјална правда.“<sup>12</sup> Овај концепт дефинисања указује на повезаност дискриминације са људским правима, те се као прави одговор на дискриминацију предлаже њено санкционисање правним нормама.<sup>13</sup> Други концепт подразумева коришћење термина дискриминација у оним случајевима када постоји устаљена пракса прављења разлике међу људима где се друштвено неприхватљивим сматра само оно разликовање које је ирационално у одређеним околностима.<sup>14</sup> На пример, овде се полази од тога да нпр. дискриминација у области осигурања није забрањена уколико се односи на класификацију за потребе преузимања ризика јер је то пословно оправдано.<sup>15</sup>

Сходно концептуалним разликама и комплексношћу проблема, у литератури, постоје различите дефиниције генетске дискриминације. Ротстеин (Rothstein) дефинише генетску дискриминацију као „различити третман заснован на генетском статусу“,<sup>16</sup> Гостин (Gostin) као „ускраћивање права, привилегија, прилика на основу информација добијених путем дијагностичких или предиктивних генетских тестова.“<sup>17</sup> Са друге стране, у првој студији о генетској

<sup>11</sup> M. A. Rothstein, M.R. Anderlik, „*What is genetic discrimination, and when and how can it be prevented?*“, *Genetics in Medicine*, Vol. 3, No. 5, 2001, 354.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> L. Gostin, „*Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers*“, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. XVII No. 1 & 2, 1991, 110.

дискриминацији она је дефинисана као „дискриминација усмерена против појединца или члана његове породице која је заснована искључиво на основу стварне или претпостављене разлике његових гена у односу на тзв. „нормалне“ гене.“<sup>18</sup> Последња дефиниција је и најприхватљивија јер прави дистинкцију између генетске дискриминације, дискриминације по основу здравственог стања и дискриминације по основу инвалидитета, те указује да жртве генетске дискриминације поред самог лица код кога су утврђене промене у генетској структури могу бити и чланови његове породице. Критеријум за разликовање наведених врста дискриминација јесте манифестација болести у случајевима када су утврђене промене/мутације на генима. Наиме, уколико је болест неманифестована, а постоји различито поступање и уколико је оно последица стварне или претпостављене промене/мутације на генима реч је о генетској дискриминацији, уколико је дошло до манифестације болести реч је о дискриминацији на основу здравственог стања, док ако је такво здравствено стање довело до инвалидитета онда је реч о дискриминацији по основу инвалидитета. У Сједињеним Америчким Државама пре доношења Закона о забрани дискриминације на основу генетских информација<sup>19</sup> (2008) поједини аутори су тумачили одредбе Закона о лицима са инвалидитетом (1990) у смислу забране генетске дискриминације у области здравственог осигурања.<sup>20</sup> Основ је законска дефиниција инвалидитета, где се под инвалидитетом алтернативно сматра: 1) физичко или ментално оштећење које ограничава у већој или мањој мери животне активности појединца; 2) медицинску документацију која указује на физичко или ментално оштећење; или 3) случај када се сматра да појединац има такво оштећење. Трећа дефиниција инвалидитета – „сматра се да има оштећење“ тумачена је као неманифестовано здравствено/генетско стање, што је и тумачење Комисије за једнаке шансе у запошљавању<sup>21</sup> (Equal Employment Opportunity Commission).<sup>22</sup> Међутим, већинско је становиште, што је потврђено и одлукама Врховног суда Сједињених Америчких Држава да Закон о лицима са инвалидитетом (1990) не

<sup>18</sup> T. Lemmens, „*Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance: Should We Single Out Genes in Our Laws?*”, McGill Law Journal, 45/2000, 355.

<sup>19</sup> Genetic Nondiscrimination Act, Public Law No. 110-223, 2008.

<sup>20</sup> K. Setoyama, „*Legal Protection Restricting Genetic Discrimination in U.S.A.*”, Osaka University Law Review, 2006, 143.

<sup>21</sup> Комисија за једнаке шансе у запошљавању јесте федерално тело одговорно за спровођење федералних анти –дискриминаторских закона у области запошљавања и рада. [www.eeoc.gov/eeoc/](http://www.eeoc.gov/eeoc/) 02.09.2014.

<sup>22</sup> N. Lee Jones, *Genetic discrimination: Legal Issues Relating to Discrimination and Privacy*, Report for Congress, Congressional Research Service, The Library of Congress, 2001., 7.

покрива, барем не директно, дискриминацију на основу генетских информација односно генетског статуса појединца али да у одређеним случајевима, одредбе закона могу да се тумаче на начин да се односе на тачно одређени генетски поремећај, као и да досадашња судска пракса указује на јако индивидуални (појединачни) приступ Врховног суда САД-а приликом тумачења шта се сматра инвалидитетом, а шта не, у смислу Закона о лицима са инвалидитетом (1990).<sup>23</sup> Неслагања су отклоњена усвајањем Закона о забрани дискриминације на основу генетских информација 2008. године где је законом генетска дискриминација дефинисана као различитост у третману према оним лицима код којих још увек није дошло, а постоји могућност да и никада неће доћи до манифестације болести али чији генетски склоп указује да су та лица носиоци одређених патолошких гена.<sup>24</sup> Закон предвиђа забрану дискриминације на основу генетских информација у области рада и запошљавања и ограничава приступ послодаваца генетским информацијама запослених,<sup>25</sup> полазећи од тога да ограничење приступа послодаваца генетским информацијама запослених истовремено онемогућава генетску дискриминацију. Послодавцима је забрањено да траже, захтевају, или купују информације о генетском статусу запослених или чланова њихове породице.<sup>26</sup> Међутим, закон, предвиђа и одступања од овог правила у следећим случајевима - ако запослени добровољно прихвати да учествује у велнес програмима који укључују генетско саветовање у том случају послодавац има право да добије информације о генетском статусу запосленог; затим уколико послодавац захтева медицинске/генетске информације како би обезбедио спровођење федералних или закона федералних држава из области породичног права и одсуства због болести; као и у случајевима када послодавац спроводи генетски мониторинг као део програма заштите здравља и безбедности на раду.<sup>27</sup>

Генетско тестирање са циљем анализе и истраживања људских гена има позитиван ефекат по јавно здравље у погледу превенције и лечења многих тешких болести. Међутим, оно може довести до генетске дискриминације у оним областима које су од великог значаја за социо-економски положај људи, односно до угрожавања и повреде права на заштиту здравља уколико постоји генетска

<sup>23</sup> K. Setoyama, 144.

<sup>24</sup> Ch. Erwin, "Legal update: Living with the Genetic Information Nondiscrimination Act", *Genetics in Medicine*, Vol. 10, No. 12, 2008, 869.

<sup>25</sup> P. Kim, "Regulating the Use of Genetic Information: Perspectives from the U.S. Experience", *Comp. Labor Law & Pol'y Journal*, 31/ 2009 - 2010, 694.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 700.

<sup>27</sup> *Ibid.*

дискриминација у области здравственог осигурања, као и до повреде права на достојанствен рад уколико постоји дискриминација по основу генетских информација у области рада и запошљавања. Одређивање појма генетског тестирања на местима рада, регулисање услова под којима је оно дозвољено и услова за коришћење генетских информација добијених на тај начин од стране послодавца основне су претпоставке за законско регулисање сузбијања и забране генетске дискриминације у области рада и запошљавања.

### 3. Генетско тестирање – појам и врсте

Експертска група Европске комисије донела је 2004. године документ под називом: „25 Препорука о етичким, правним и социјалним импликацијама генетског тестирања.“ У овом документу као основна препорука наведено је усвајање прецизне дефиниције генетског тестирања и њено глобално признавање.<sup>28</sup> Експертска група је за потребе израде наведеног документа који није правно обавезујући за државе чланице дала следећу дефиницију генетског тестирања – „сваки тест који даје генетске податке; недвосмислено открива основне информације ДНК; или који открива ембрионске линије и где коришћена технологија/метод тестирања није од важности под условом да је генетска информација добијена.“<sup>29</sup> У оним државама чланицама Европске уније где постоји дефиниција генетског тестирања дефинисање се углавном врши путем правно необавезујућих инструмената тзв. меког права, с тим што су дефиниције обично везане за тачно одређене области.<sup>30</sup> У питању су следеће области – 1. област рада; 2. биобанке; 3. осигурање; 4. заштита података о личности; 5. здравствена заштита и регулисање медицинских услуга; 6. форензичка/криминална генетика; 7. породица; 8. приватност/поверљивост информација и 9. међународно право.<sup>31</sup> Генетско тестирање је обично дефинисано у документима из области здравствене заштите односно у оквиру дела о поверљивости информација о здравственом стању пацијента, док врло мали број докумената из области рада и осигурања садрже дефиниције генетског тестирања.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> O. Varga, S. Sioni et al., „Definitions of genetic testing in European legal documents”, *Journal of Community Genetics* 3/2012, 126.

<sup>29</sup> O. Varga, J. Sequierios, *Definitions of Genetic Testing in European and other Legal Documents*, EuroGentest, 2, <https://eshg.org/fileadmin/templates/eugt/pdf/BackgroundDocDefinitionsLegislationV10-FinalDraft.pdf>, 13.05.2014.

<sup>30</sup> O. Varga, S. Sioni et al., 130.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, 138.

Дефиниције генетског тестирања могу бити опште и посебне у зависности од области регулисања. Опште дефиниције засноване су на употреби медицинских и научних термина као што је ДНК, гени итд.<sup>33</sup> Пример јесте дефиниција садржана у аустралијским „Етичким смерницама о употреби асистираних репродуктивне технологије у клиничкој пракси и истраживањима (енг. Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research) где је генетски тест дефинисан „као тест који открива генетску информацију и који се може спроводити на ДНК, РНК, на протеинима или може да се заснива на мерењу супстанци које се директно одражава на функцију гена.“<sup>34</sup> Са друге стране, посебне дефиниције генетског тестирања заснивају се на наглашавању циља тестирања и циљне групе, а не на изворима добијања генетских информација.<sup>35</sup> Пример јесте британски Документ о употреби личних података у области рада (енг. The Use of Personal Data in Employer/Employee Relationships), где стоји да „послодавци не могу да од запослених захтевају подвргавање генетском тестирању (или било ком другом тесту којим се утврђује предиспозиција на одређене болести) осим уколико то није оправдано јаким јавним, или разлозима заштите здравља и безбедности на раду. У том случају, тестирање се спроводи на основу претходне сагласности запосленог и то од стране квалификованог здравственог радника који је прошао посебну специјалистичку обуку из области клиничке генетике.“<sup>36</sup>

Постоје две основне врсте генетског тестирања на местима рада и оне се разликују према циљу тестирања - генетски мониторинг и генетски скрининг. Генетски мониторинг спроводи се са циљем утврђивања генетских абнормалности потенцијално узрокованих изложеношћу запослених одређеним токсичним материјама на местима рада у оквиру спровођења мера заштите здравља и безбедности на раду.<sup>37</sup> Генетски скрининг се спроводи са циљем утврђивања урођених генетских карактеристика за које се сматра да повећавају подложност/осетљивост за каснији настанак одређених болести<sup>38</sup> Док је оправдање генетског скрининга на местима рада, са становишта већине аутора, етички и правно проблематично, генетски мониторинг се оправдава као део спровођења мера заштите здравља

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, 138-139.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> C. MacDonald, B. Williams-Jones, "Ethics and Genetics: Susceptibility in the Workplace", *Journal of Business Ethics*, 35/2002, 235.

<sup>38</sup> *Ibidem.*

и безбедности на раду. Ипак поставља се питање ефикасности генетских тестова као мере заштите здравља и безбедности на раду јер се сматра да је предиктивна вредност ових тестова за настанак одређених болести укључујући и професионалне слаба када се говори о појединачним случајевима.<sup>39</sup> Разлог је тај што је настанак болести код појединца последица веома сложених интеракција гена и животне средине.<sup>40</sup> Једино у случајевима генетског детерминизма (концепт у биологији и медицини који се заснива да схватају да генетски склоп има пресудан утицај на манифестацију одређене болести) предвиђање настанка одређене болести у будућности може бити поуздано, а то је доказано код малог броја наследних болести.<sup>41</sup> Као пример наследне болести где је поузданост генетског теста велика и где само постојање гена сигурно доводи до манифестације болести у будућности без икаквих утицаја фактора животне и радне средине узима се Хантингтонова болест. Хантингтонова болест (Хантингтонова хореа) је генетско обољење настало због промена (мутација) на доминантном гену, где лица погођена овом болешћу немају никакве симптоме све до средине свог животног века, када између 35. и 40. године долази до појаве деменције и немогућности контроле покрета тела, да би у периоду од 15 година болест напредовала и довела до губитка памћења и немогућности говора, и на крају до смрти болесника.<sup>42</sup>

#### 4. Основна правна питања генетског тестирања на местима рада

Основна правна питања повезана са генетским тестирањем на местима раде јесу под којим условима је генетско тестирање дозвољено, ко је овлашћен да спроводи таква тестирања, у које сврхе се може користити генетска информација добијена на тај начин.

Генетско тестирање на местима рада оправдано је уколико је циљ тестирања елиминисање и смањење ризика по здравље и безбедност запослених, односно уколико оно има за циљ обезбеђење одговарајућих услова рада (премештај на друго одговарајуће радно место, скраћење радног времена, обезбеђење дужих пауза у току рада) запосленима са повећаним ризицима за настанак одређених болести

<sup>39</sup> K. Van Damme, *Genetic testing in the workplace: the scientific aspects*, Secretariat – General of the Commission, Brussels, 2000, 3, [http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/opoce\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/opoce_en.pdf), 04.05. 2014.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> В. Рadoјићић, *Клиничка неврологија*, VII допуњено и прерађено издање, Институт за стручно усавршавање и специјализацију здравствених радника, Београд, 1980., 473.

чиме се остварује начело социјалне правде односно истовремено обезбеђује заштита здравља запослених и заштита права на достојанствен рад. Предиктивно генетско тестирање односно тзв. генетски скрининг којим се утврђују генетске карактеристике за које се сматра да повећавају ризик од настанка болести у будућности само по себи није дозвољено, односно генетско тестирање не сме бити услов за заснивање радног односа, услов за напредовање или чињеница која се узима у обзир приликом одлучивања о престанку радног односа запосленог. У супротном, такво генетско тестирање сматра се генетском дискриминацијом која представља повреду основног социјалног права – права на достојанствен рад. Циљ генетског тестирања може бити једино обезбеђење заштите здравља и безбедности запосленог/лица које тражи запослење. То потврђује и члан 11. Конвенције Савета Европе о људским правима и биомедицини из 1996. године којим се забрањује било који облик дискриминације лица на основу њиховог генетског наслеђа и предвиђа да се предиктивни генетски тестови, односно генетски тестови којима се утврђује подложност/осетљивост лица на настанак одређених болести у будућности могу користити само са циљем заштите здравља или у научне сврхе повезане са заштитом здравља.<sup>43</sup> Конвенција чланом 26. установљава да је националним правом могуће предвиђање предиктивних генетских тестова али само у случајевима када је то оправдано разлозима јавне безбедности, превенције кривичних дела, заштите јавног здравља или заштите права и слободе осталих грађана.<sup>44</sup>

У случајевима када је дозвољено генетско тестирање оно се спроводи од стране овлашћеног лица уз обавезан информисани пристапак запосленог. Под овлашћеним лицем за спровођење генетског тестирања сматра се квалификовани здравствени радник који је прошао обуку из области клиничке генетике и који поседује одговарајућу дозволу за рад (лиценцу).<sup>45</sup> Запослени треба да буде информисан како у усменом тако и у писаном облику о циљу тестирања, врсти и методу, могућим ризицима тестирања, могућим ризицима по запослење/рад, о начину чувања резултата тестирања, као и о условима преношења генетске информације.<sup>46</sup> Здравствени радник који спроводи тестирање у обавези је и да генетске информације запослених добијене генетским тестирањем чува и

<sup>43</sup> L. Nielsen, *The legal aspects of occupational health*, Secretariat – General of the Commission, Brussels, 2000., 35, [http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/opoce\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/opoce_en.pdf), 09. 10. 2014.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> C. MacDonald, B. Williams-Jones, 238.

<sup>46</sup> L. Nielsen, 38.

третира као поверљиве.<sup>47</sup> Резултати генетског тестирања предају се искључиво запосленима који имају моралну, не и правну обавезу да о њима обавесте послодавца.<sup>48</sup> На тај начин, обезбеђује се заштита приватности запослених, заштита здравља и безбедности на раду, као и право на достојанствен рад.

## 5. Закључак

Значај генетског тестирања уопште и генетског тестирања у области рада и запошљавања са циљем обезбеђења заштите здравља и безбедности на раду је велики. Генетским тестирањем и идентификацијом генетског наслеђа човека омогућава се утврђивање порекла многих болести, њихова превенција и налажење нових начина и средстава лечења најтежих болести. Генетским тестирањем у области рада и запошљавања стварају се услови за обезбеђење бољих услова рада за оне запослене код којих је утврђен могући настанак одређених болести у будућности чиме се делује превентивно, односно истовремено се обезбеђује заштита права на здравље и права на рад, као основних социјалних права. Међутим, генетско тестирање може бити злоупотребљено од стране послодавца у смислу ускраћивања запослења, спречавања напредовања или раскида уговора о раду, као и ускраћивања других погодности запосленом коме је утврђен ризик од настанка одређене болести у будућности због чега се јавља потреба за законским регулисањем ове релативно нове области. Предлаже се законско предвиђање забране генетске дискриминације у области рада и запошљавања и прецизно дефинисање генетског тестирања, услова за његово спровођење и коришћење резултата тестирања. Како би се заштитило здравље запослених, осигурала заштита приватности и обезбедила поверљивост здравствених/генетских информација, те спречила њихова злоупотреба, као и обезбедило несметано остваривање права на рад, генетско тестирање запослених не сме бити предвиђено као обавеза запослених већ као могућност. Са друге стране, послодавци су у обавези да понуде запосленима генетско тестирање, и уколико оно буде прихваћено, запослени након његовог спровођења од стране овлашћеног лица самостално доносе одлуку о томе да ли ће или неће послодавца обавестити о резултатима тестирања. На тај начин исказује се брига послодавца за здравље запослених у складу са обавезом обезбеђења здравих и безбедних услова рада и спречавају могуће злоупотребе генетских информација у друге сврхе које представљају повреду

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, 39.

права на достојанствен рад, са једне стране, али и поштује принцип аутономије запослених као пацијената у погледу њиховог права на доношење одлука о сопственом здрављу, принцип приватности, као и поверљивости здравствених/генетских информација.

**Sanja Stojkovic-Zlatanovic, LL.B**

Research Assistant

Institute of Social Sciences Belgrade

## **GENETIC DISCRIMINATION AND GENETIC TESTING IN THE FIELD OF EMPLOYMENT – BASIC LEGAL ISSUES**

### Summary

The paper points out the importance of legal regulation of genetic discrimination as a challenge to modern law and the consequence of the development of medicine as a science. The end of the 20th and beginning of the 21st century was marked by great technical and technological achievements including innovations in the field of medical science, enabling research “sensitive” areas of medicine - human genetics. Law is required to follow such changes and prevent the possible abuse of genetic information. We applied comparative and normative methods in order to define genetic discrimination and genetic testing in the workplace. Also we try to identify the basic legal issues of genetic testing in the field of employment and labor. Genetic testing in the workplace is allowed only in order to protect health and safety of the employees but only as an option not an obligation for employees. Employers have an obligation to offer and pay genetic testing and if this offer has been accepted from employee, employee will decide about the revealing results of genetic testing to employer. The results will be treated as confidential. It ensures the respect of the right to work, right to privacy and the protection of health and safety at work.

**Key words:** genetic discrimination, genetic testing, privacy, employment.

## VANSUDSKE MERE I VANSUDSKE SANKCIJE U MALOLETNIČKOM KRIVIČNOM PRAVU KANADE

### Apstrakt

*Cilj ovog rada jeste da predstavi i analizira pojam, sadržinu, karakteristike i svrhu specifičnih vansudskih mera i vansudskih sankcija predviđenih u sistemu maloletničkog krivičnog prava Kanade, kao i da preispita doprinos ovih mera, odnosno sankcija ostvarivanju osnovnih ideja i načela restorativne pravde. Takođe, autor nastoji da ukaže na mogućnosti vansudskih mera i vansudskih sankcija kada je u pitanju suzbijanje recidivizma maloletnih prestupnika, ali i da ove mere predstavi kao moguće uzore i smernice, koje bi doprinele unapređenju postojeće situacije u primeni sličnih mera prema maloletnim prestupnicima u Srbiji. Osnovne teme u izlaganju obuhvataju: sumarni istorijski osvrt na razvoj maloletničkog krivičnog prava Kanade, definisanje pojma, smisla, sadržine i konkretnih modaliteta izricanja i izvršenja vansudskih mera i sankcija u skladu sa važećim kanadskim Zakonom o maloletničkom krivičnom pravosuđu, kao i nastojanje da se proceni u kom obimu i kvalitetu primena ovih mera omogućava ostvarivanje koncepta restorativne pravde i ideje da svrha post delictum intervencije ne treba da bude kažnjavanje ili prevaspitanje maloletnika, već stvaranje uslova da se popravi šteta pričinjena izvršenjem krivičnog dela aktiviranjem kod prestupnika mehanizma reintegrativnog umesto dezintegrativnog postidičivanja. Konačno, u okviru ovog rada biće razmotrena i mogućnost implementacije nekih od ideja zastupljenih u kanadskom sistemu u okvirima pozitivnopravnih rešenja u maloletničkom krivičnom pravu Srbije, a pre svega vaspitnih naloga iz Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.*

**Ključne reči:** maloletnici, restorativna pravda, vansudske mere, vansudske sankcije, Kanadski Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu.

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd; e-mail: a.batricevic@yahoo.com

## 1. Uvod

Ostvarivanje restorativne pravde, kao kontrasta dosadašnjem retributivnom konceptu kriminalne politike i primeni krivičnih sankcija prema maloletnicima,<sup>2</sup> jedan je od fundamentalnih principa na kojima počivaju savremeni sistemi maloletničkog krivičnog pravosuđa. Kao osnovna vrednost čijem ostvarenju teži restorativna pravda ističe se postizanje ravnoteže između interesa prestupnika, žrtve i zajednice. Ona polazi od shvatanja da krivično delo primarno predstavlja povredu ljudi (direktnih, ali i indirektnih žrtava) i međuljudskih odnosa, pa tek onda povredu određene krivičnopavne norme. Pretpostavka je da se koreni krivičnog dela nalaze u narušenim odnosima u socijalnoj sredini, te da stoga posledice i buduće implikacije kriminaliteta nije moguće ukloniti ukoliko svi akteri (prestupnik, žrtva i zajednica) ne preuzmu aktivnu ulogu u njihovom popravljanju. Kako bi se omogućila aktivna uloga navedenih subjekata u procesu restoracije narušenih odnosa, neophodno je da pravosudne mere budu dovoljno fleksibilne u smislu uvažavanja njihovih potreba i interesa.<sup>3</sup> Ovaj koncept prožima mnoge institute savremenog maloletničkog krivičnog prava i dobija širu afirmaciju, kako na nivou sve većeg broja nacionalnih zakonodavstava, tako i na univerzalnom, odnosno međunarodnom planu. Premda se na međunarodnom nivou sve više zalaže za primenu principa restorativne pravde i u odnosu na punoletne učinioce<sup>4</sup>, restorativni programi se i dalje smatraju naročito podobnom za maloletne prestupnike. U prilog tome govore i brojne evaluacione analize koje su kao jedan od osnovnih parametara uspešnosti restorativnih programa uzimali recidivizam. One su pokazale da primena restorativnih programa ima pozitivniji uticaj na smanjenje recidiva kod maloletnih nego kod punoletnih prestupnika.<sup>5</sup> U skladu sa tim, brojni međunarodni dokumenti posvećeni proklamovanju osnovnih principa propisivanja, izricanja i izvršenja maloletničkih krivičnih sankcija i drugih mera prema maloletnicima i deci u sukobu sa zakonom, insistiraju upravo na primeni instituta koji su po svojoj sadržini, smislu i duhu u potpunosti usklađeni sa principima restorativne pravde. Sve odredbe međunarodnih dokumenata iz

<sup>2</sup> Z. Nikolić, I. Joksić: *Maloletnička delinkvencija, socijalnopsihološki i krivičnopravni aspekti*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2011., 130.

<sup>3</sup> Prema: Lj. Stevković: *Koncept restorativne pravde kao savremeni društveni odgovor na kriminalitet maloletnika, Prevencija kriminala i socijalnih devijacija – od razumevanja ka delovanju*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2009., 248-249.

<sup>4</sup> Više o tome: S. Čopić, *Restorativna pravda i međunarodnopravna regulativa: postavljanje standarda za primenu restorativnih programa*, u: *Prevencija kriminaliteta i socijalnih devijacija-od razumevanja ka delovanju*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 109-124, Beograd 2009.

<sup>5</sup> Lj. Stevković, 252.

oblasti maloletničkog krivičnog pravosuđa koje se odnose na *post delictum* delovanje, odnosno, takozvanu tercijarnu prevenciju<sup>6</sup> maloletničkog kriminaliteta prožimaju četiri osnovne ideje: 1) skretanje (*diversion*) krivičnog postupka na teren porodičnog prava ili prava socijalne zaštite, 2) primena principa restorativne pravde, 3) pribegavanje lišenju slobode maloletnika kao krajnjem sredstvu i 4) sprovođenje postinstitucionalnih programa preko probacionih i rehabilitacionih službi<sup>7</sup>.

U savremenim krivičnopravnim sistemima postoji obilje raznovrsnih alternativnih krivičnih sankcija i mera<sup>8</sup> i diverzionih modela koji se primenjuju i prema punoletnim učiniocima i u odnosu na maloletne prestupnike, a osvrt na prednosti i nedostatke pojedinih uporednopravnih rešenja treba da doprinese unapređenju solucija koje su u oblasti vaspitnih naloga prisutne u našem pozitivnom pravu. Komparativnopravna analiza pokazuje da restorativna pravda, kao vrednost kojoj treba težiti prilikom primene različitih krivičnih sankcija, a posebno *sui generis* „parapenalnih“ mera koje nemaju karakter krivičnih sankcija (kao što su vaspitni nalozi, preporuke ili uputstva<sup>9</sup>) i, uopšte, alternativnih ili diverzionih postupaka prema maloletnicima, naročito dolazi do izražaja u kanadskom sistemu maloletničkog krivičnog pravosuđa, koji predstavlja jedinstveni i po mnogo čemu specifični rezultat sinteze evropsko – kontinentalnih i anglo – saksonskih uticaja. Naime, važeći kanadski Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu (*The Youth Criminal Justice Act*) iz 2002. godine, propisuje posebne vansudske mere (*Extrajudicial Measures*) – upozorenja, opomene i uputstva (*Warnings, Cautions and Referrals*) i vansudske sankcije (*Extrajudicial Sanctions*), koje se izrču maloletnicima u sukobu sa zakonom i primenjuju kroz posebne programe koncipirane na lokalnom nivou. Ali, kanadski sistem vansudskih mera i vansudskih sankcija za maloletnike nije specifičan samo zbog toga što se kanadsko maloletničko krivično pravo razvijalo pod uticajem kako evropsko – kontinentalne tako i anglo – saksonske pravne tradicije, već i zbog svoje usmerenosti i prilagođenosti na delovanje na lokalnom nivou, odnosno na nivou lokalne

<sup>6</sup> Više o pojmu primarne, sekundarne i tercijarne prevencije kriminaliteta videti u: Z. Nikolić: *Kriminologija sa socijalnom patologijom*, Narodna knjiga, Beograd 2000., 342 – 343.

<sup>7</sup> A. Batrićević: Međunarodni standardi u prevenciji nasilničkog kriminaliteta kod maloletnika, Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2010., 331 – 332.

<sup>8</sup> Više o pojmu alternativnih sankcija u: M. Škulić: Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive, Zbornik radova sa XLVI redovnog godišnjeg savetovanja Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Intermex, Beograd 2009., 28 – 53. i u: M. Kostić: Alternativne sankcije u domaćem zakonodavstvu, Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije – Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije, Niš 2006., 461-479.

<sup>9</sup> D. Jovašević: *Krivično pravo, Opšti deo*, Nomos, Beograd 2006., 305.

zajednice, porodice, prijatelja, škole i zaposlenja svakog pojedinačnog maloletnika, što je naročito važno za uspešnost izvršenja bilo koje krivične sankcije, odnosno mere, kod ove kategorije prestupnika. Dakle, kanadski sistem ujedno predstavlja i primer diverzionog modela koji je zakonom uređen uglavnom na nivou osnovnih načela, dok se njegova detaljnija razrada vrši preko posebnih oficijelno, tačnije, od strane za to ovlašćenih organa potvrđenih, programa, koji se sprovode na lokalnom nivou, što u znatnoj meri omogućava prilagođavanje sadržine, načina i okolnosti pod kojima se ove mere izvršavaju potrebama i uslovima svakog konkretnog maloletnog prestupnika kome su one izrečene, odnosno određene, i realnim mogućnostima i kapacitetima sredine u kojoj on živi.

Ove osobenosti vansudskih mera i vansudskih sankcija za maloletnike prisutnih u kanadskom pravu čini ih naročito vrednim razmatranja kao mogućeg uzora, koji bi trebalo slediti prilikom praktične primene vaspitnih naloga koje propisuje važeći Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica Republike Srbije<sup>10</sup>. To je posebno značajno ako se ima u vidu učestalo isticanje od strane kako stručnjaka iz oblasti maloletničkog krivičnog prava i uopšte maloletničke delinkvencije, tako i predstavnika nadležnih državnih organa zaduženih za primenu ovih „parapenalnih mera“ u Republici Srbiji na nemogućnosti njihovog adekvatnog, efikasnog i svrsishodnog sprovođenja u praksi usled nedostatka ili nedovoljno jasno koncipiranih podzakonskih akata i manjka prostornih, kadrovskih i materijalnih kapaciteta<sup>11</sup>.

U tom kontekstu, treba ukazati i na sličnost između svrhe vaspitnih naloga, kako je ona određena u maloletničkom krivičnom pravu Republike Srbije, i svrhe koju vansudske mere i vansudske sankcije imaju u maloletničkom krivičnom pravu Kanade. Naime, prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima, u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija<sup>12</sup>, jeste da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu.<sup>13</sup> Za razliku od maloletničkih krivičnih sankcija, vaspitni nalozi osim uticaja na pravilan razvoj maloletnika i

<sup>10</sup> Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005. (u daljem tekstu: ZOMUKD)

<sup>11</sup> U tom smislu: Z. Nikolić: Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela – stvarne ili prividne promene: šest meseci posle, *Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd 2006., 485.

<sup>12</sup> Čl. 4. Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

<sup>13</sup> Čl. 10. st. 1. ZOMUKD

jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična dela, imaju za svrhu i izbegavanje ili zaobilaženje pokretanja odnosno vođenja krivičnog postupka prema njemu i skretanje (*diversion*) sa „terena krivičnog prava“ na druge grane prava (porodično pravo i pravo socijalnog staranja)<sup>14</sup>. Zakon kao osnovnu svrhu vaspitnih naloga navodi upravo nastojanje da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi postupak, odnosno da se primenom vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična dela.<sup>15</sup>

Upravo takav „dvostruki“ smisao imaju i vansudske mere odnosno vansudske sankcije zastupljene u kanadskom maloletničkom krivičnom pravu. Ono što im je takođe zajedničko sa vaspitnim nalozima, a što ujedno predstavlja i svojstvo krivičnih sankcija za maloletnike, jeste nastojanje da se njihovom primenom doprinese suzbijanju recidivizma kod maloletnika. Treba naglasiti da se u ovom slučaju pod pojmom recidivizma ne podrazumeva samo povrat u kriminološkom, penološkom ili krivičnopravnom smislu<sup>16</sup>, već i vraćanje maloletnika devijantnim, delinkventnim i socijalno – patološkim, odnosno, uopšte, društveno neprihvatljivim i latentno kriminogenim obrascima ponašanja. Takođe, potrebno je preispitati i potencijale ovih mera u pogledu suzbijanja povrata kod maloletnih prestupnika i pozitivne efekte koje bi na borbu sa ovom negativnim i opasnim društvenim fenomenom „kopiranje“ kanadskog modela moglo imati u našem pravnom sistemu. Pri tome treba imati u vidu da se i Kanada i Srbija, kao i veliki broj drugih zemalja širom sveta, suočavaju sa povećanim brojem maloletnih recidivista<sup>17</sup> te da se perzistentno traganje za inovativnim načinima za suzbijanje ove pojave pojavljuje kao jednako zahtevan izazov za maloletničko krivično pravosuđe obe zemlje, bez obzira na njihove geografske, istorijske, kulturološke i socio – ekonomske različitosti.

---

<sup>14</sup> D. Jovašević: *Maloletničko krivično pravo*, Beosing, Beograd 2008., 70 – 71.

<sup>15</sup> Čl. 6. ZOMUKD

<sup>16</sup> Više o pojmu povrata (recidiva) u kriminološkom, penološkom i krivičnopravnom smislu videti u: S. Konstantinović Vilić, V. Nikolić Ristanović, M. Kostić: *Kriminologija*, Pelikan print, Niš 2009., 232 – 233. Nikolić, Z.: *Savremena penologija – studija kazni i kažnjavanja*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2009., 281 – 282.

<sup>17</sup> O porastu recidivizma među maloletnim prestupnicima u Kanadi videti: H. Linton: *Victim-Offender Restorative Justice Conferencing and the Youth Criminal Justice*, pozivajući se na: Tustin and Lutes, *A Guide to the Youth Criminal Justice Act*, Butterworths, 2002., [http://www.riverdalemediation.com/pdfs/learn/restorative\\_justice/YCJA\\_Restorative\\_Justice.pdf](http://www.riverdalemediation.com/pdfs/learn/restorative_justice/YCJA_Restorative_Justice.pdf), 11.05.2012.

## 2. Istorijski razvoj maloletničkog krivičnog prava Kanade

Kanadski sistem maloletničkog krivičnog pravosuđa razvijao se pod uticajem ideja koje su iseljenici prenosili na teritorije kolonija iz svojih država matica – Velike Britanije i Francuske. Otuda je odnos ranog kanadskog društva prema maloletnim prestupnicima predstavljao jedinstven spoj stavova, običaja i zakona kako evropsko – kontinentalnog tako i *common law* sistema, koji su prilagođeni društvenim, ekonomskim i političkim okolnostima i potrebama „pionirskih“ iseljeničkih zajednica.

Sve do 1908. godine, kada je usvojen Zakon o maloletnim delinkventima (*The Juvenile Delinquents Act*)<sup>18</sup>, kanadsko krivično pravo nije pravilo značajnije razlike u pogledu položaja maloletnih i punoletnih učinilaca krivičnih dela. Pod uticajem precedentnog prava Velike Britanije i pred sudovima kolonija neretko je u korist optuženih maloletnika iznošen argument pod nazivom „*the doli incapax defence*“, odnosno odbrana maloletnika na osnovu njegove „nesposobnosti da čini zlo“. U odnosu na decu uzrasta do sedam godina važila je praktično neoboriva pretpostavka nesposobnosti za činjenje krivičnih dela. Kada su u pitanju deca uzrasta od sedam do trinaest godina, ova pretpostavka se mogla obarati tako što bi se dokazivalo da je dete bilo dovoljno inteligentno i iskusno da spozna prirodu i posledice svog ponašanja i da proceni da je to ponašanje pogrešno i neprihvatljivo. Ako bi navedena pretpostavka bila oborena, dete uzrasta od sedam do trinaest godina tretirano je kao „minijturni prestupnik“ i mogla mu se izreći identična kazna kao i odraslom prestupniku, uključujući i vešanje, doživotno lišenje slobode i izuzetno stroge telesne kazne.<sup>19</sup>

Iako su deca formalnopravno i dalje bila podvrgnuta pravnim standardima koji su važili za odrasle, prve naznake promene odnosa prema najmlađim prestupnicima javljaju se već početkom XIX veka i to pod uticajem ideja prosvetiteljskog pokreta koji se u Evropskim zemljama razvijao od počevši od XVIII veka. Prosvetiteljske ideje prihvaćene su i u Kanadi, pa je već 1816. godine jednim zakonom Nove Škotske bilo propisano da izricanje kazne zatvora učiniocima lakših krivičnih dela znači nepotreban finansijski izdatak za društvo, čime je prednost data primeni vaninstitucionalnih sankcija kad god je to bilo opravdano. Značajniji izraz reformatorskih ideja sadržan je u izveštaju Čarlsa Dankoma Skupštini Gornje Kanade iz 1836. godine. Autor ovog izveštaja zalagao se za dramatične promene u tretmanu mladih prestupnika, posebno insistirajući na uključivanju celokupne zajednice u rešavanje problema maloletničke

<sup>18</sup> The Juvenile Delinquents Act, Statutes of Canada 1908, Chapter 40.

<sup>19</sup> The Evolution of Juvenile Justice in Canada, Department of Justice Canada, The International Cooperation Group, 2004., 1.

delinkvencije.<sup>20</sup> Već na ovom mestu, mogu se nazreti obrisi pristupa koji danas važe u kanadskom maloletničkom krivičnom pravu, kao i tragovi ideje restorativne pravde, posebno onog njenog segmenta koji se odnosi na tretiranje prestupa kao fenomena koji istovremeno dotiče i prestupnika i žrtvu i društvenu zajednicu.

Prvi kanadski federalni zakon posvećen isključivo problematici maloletničke delinkvencije bio je Zakon o hapšenju, suđenju i zatvaranju mladih prestupnika (*The Act Respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders*) iz 1894. godine<sup>21</sup>. Federalni krivični zakonik (*The Criminal Code*) iz 1892. godine<sup>22</sup> sadržao je odredbe o maloletnicima i to mahom iz domena procesnog prava, kao što je, na primer, odredba kojom je predviđeno da licima uzrasta do 16 godina bude suđeno odvojeno od odraslih optuženih<sup>23</sup>. Takođe, njime je bilo propisano da lice uzrasta do 7 godina ne može biti osuđeno<sup>24</sup>, kao i da deca uzrasta do 14 godina mogu odgovarati samo ukoliko su bila sposobna da spoznaju prirodu i posledice svog ponašanja i da ocene da je ono pogrešno.<sup>25</sup>

Tretman maloletnih učinilaca krivičnih dela približen je praksi socijalnog zbrinjavanja (staranja) nakon usvajanja Zakona o maloletnim delinkventima (*The Juvenile Delinquents Act*)<sup>26</sup>. Principi postavljeni ovim zakonom održali su se u kanadskom maloletničkom krivičnom pravu narednih 75 godina. Prema ovom zakonu maloletni prestupnik nije smatran kriminalcem već detetom koje je pogrešno usmereno. Njime su uspostavljeni posebni sudovi za maloletnike, a maloletnici su pre saslušanja umesto u pritvor upućivani u posebne domove za zadržavanje ili u prihvatilišta.<sup>27</sup>

Nakon usvajanja Kanadske povelje o pravima i slobodama (*The Canadian Charter of Rights and Freedoms*) 1982. godine, koja je postala integralni deo kanadskog Ustava<sup>28</sup>, ispostavilo se da mnoge odredbe Zakona o maloletnim delinkventima nisu u skladu sa ovim dokumentom. U cilju prilagođavanja i usklađivanja maloletničkog krivičnog zakonodavstva sa odredbama Povelje, izrađen je novi zakon – Zakon o mladim prestupnicima (*Young Offenders Act*), koji je stupio na

<sup>20</sup> The Evolution of Juvenile Justice in Canada, Department of Justice Canada, The International Cooperation Group, 2004., 8-10.

<sup>21</sup> The Act Respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders, Statutes of Canada 1894, Vol. 1., Chapter 58.

<sup>22</sup> The Criminal Code, Statutes of Canada 1892, Vol. 1 and 2, Chapter 29.

<sup>23</sup> Čl. 550.

<sup>24</sup> Čl. 9.

<sup>25</sup> Čl. 10.

<sup>26</sup> The Juvenile Delinquents Act, Statutes of Canada 1908, Chapter 40.

<sup>27</sup> The Evolution of Juvenile Justice in Canada, Department of Justice Canada, The International Cooperation Group, 2004., 21.

<sup>28</sup> The Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, <http://www.canlii.org/en/ca/const/const1982.html>, 11.05.2012.

snagu 1984. godine<sup>29</sup>. Ovaj zakon posvetio je mnogo više pažnje pravima maloletnih prestupnika i predvideo široku lepezu vaninstitucionalnih sankcija za ovu kategoriju učinilaca krivičnih dela, kao što su, na primer, restitucija i rad u korist države u cilju nadoknade štete pričinjene krivičnim delom. Na taj način omogućeno je uspostavljanje ravnoteže između prava maloletnika, zaštite društva i specifičnih potreba mladih prestupnika, kao elementarnih postulata restorativne pravde. Sa druge strane, kao osnovni nedostatak ovog zakona često je isticano njegovo omogućavanje prekomerne primene zavodskih sankcija prema maloletnicima<sup>30</sup>. Navedena kritika se čini sasvim opravdanom, budući da savremeni međunarodni izvori maloletničkog krivičnog prava insistiraju na potpuno oprečnom pristupu, tačnije, da se zavodske sankcije primenjuju kao *ultima ratio* u borbi protiv maloletničkog kriminaliteta, te da se, ukoliko ipak, izuzetno, budu primenjene, njihovo trajanje ograniči na najkraći mogući period. Tako, Havanska pravila, usvojena 1990. godine od strane Rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija,<sup>31</sup> zahtevaju isključenje ili svodenje na minimum bilo kakvog oblika lišenja slobode u odnosu na maloletni učinioce krivičnih dela. Imajući to u vidu, može se konstatovati da bi ostatak na snazi kanadskog Zakona o mladim prestupnicima iz 1984. godine predstavljao *de facto* ignorisanje univerzalno prihvaćenih i od strane Ujedinjenih nacija zvanično priznatih načela maloletničkog krivičnog prava.

### 3. Vansudske mere (*Extrajudicial Measures*) i Vansudske sankcije (*Extrajudicial Sanctions*) u pozitivnom pravu Kanade

Uprkos brojnim kritikama upućivanim na račun njegovog prethodnika, važeći kanadski Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu (*The Youth Criminal Justice Act*) stupio je na snagu tek 1. aprila 2003. godine<sup>32</sup>. U odnosu na raniji Zakon o mladim prestupnicima (*The Young Offenders Act*) on dopušta znatno širu primenu ideja restorativne pravde kao i raznovrsnih parapenalnih mera vansudskog karaktera, koje su i po sadržini i po smislu vrlo slične vaspitnim nalogima. Inače, već u samoj Preambuli Zakona o maloletničkom krivičnom pravosuđu istaknuto je da treba redukovati preteranu upotrebu zavodskih sankcija i da, u skladu sa tim, najstroži oblici intervencije treba da budu rezervisani isključivo za najteža krivična

<sup>29</sup> The Young Offenders Act, Revised Statutes of Canada, 1985, C.Y-1, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1/page-1.html>, 11.05.2012.

<sup>30</sup> The Evolution of Juvenile Justice in Canada, Department of Justice Canada, The International Cooperation Group, 2004., 25.

<sup>31</sup> Čl. 11, tačka b Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode (Havanska pravila), Rezolucija Generalne skupštine UN br. 45/113 od 14. decembra 1990.

<sup>32</sup> The Youth Criminal Justice Act, Statutes of Canada 2002, Chapter 1, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/FullText.html>, 11.05.2012.

dela.<sup>33</sup> Nastojeći da izbegne pokretanje i vođenje krivičnog postupka prema maloletniku kad god je to moguće i celishodno, navedeni Zakon predviđa dve grupe alternativnih (diverzionih) mera: vansudske mere (*Extrajudicial Measures*)<sup>34</sup> i vansudske sankcije (*Extrajudicial Sanctions*)<sup>35</sup>.

Njihova primena moguća je samo u odnosu na maloletnike, odnosno, prema slovu zakona, mlade osobe (*Young Persons*) ili adolescente (*Adolescents*). Tu spadaju lica koja su u momentu izvršenja krivičnog dela navršila dvanaestu, ali nisu navršila osamnaestu godinu života.<sup>36</sup> Donja granica za krivičnopravnu odgovornost u Kanadi je dvanaesta godina života, dok se lica uzrasta do dvanaest godina smatraju decom<sup>37</sup>, te, u skladu sa tim, ne mogu biti krivičnopravno odgovorna<sup>38</sup> niti im može biti određena bilo koja od mera propisanih Zakonom o maloletničkom krivičnom pravosuđu<sup>39</sup>. Upoređujući uzraste koji su u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima određeni kao donja granica za krivičnopravnu odgovornost, može se zaključiti da je kanadski zakonodavac istu postavio dosta nisko. U većini razvijenih zemalja, krivičnopravna odgovornost stiže se sa navršenom četrnaestom ili petnaestom godinom života<sup>40</sup>, a Konvencija o pravima deteta decom smatra lica uzrasta do osamnaest godina<sup>41</sup>, te se kanadsko rešenje prema kome osoba prestaje u krivičnopravnom smislu biti dete već nakon navršene dvanaeste godine života čini dosta rigoroznim<sup>42</sup>. Zbog toga insistiranje na zaobilaženju pokretanja i vođenja krivičnog postupka prema maloletniku kad god je to moguće u Kanadi zemlji ima specifičnu težinu i poseban značaj, budući da je u ovoj zemlji reč o licima koja su zbog svog uzrasta naročito osetljiva i u biološkom, psihološkom, emocionalnom i intelektualnom smislu nedovoljno razvijena u odnosu na „odrasle“ prestupnike.

<sup>33</sup> Videti: Preamble, The Youth Criminal Justice Act, Statutes of Canada 2002,

<sup>34</sup> Čl. 4-6.

<sup>35</sup> Čl. 10-12.

<sup>36</sup> Preamble, The Youth Criminal Justice Act, Statutes of Canada 2002

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Čl. 13. Criminal Code (R.S., 1985, c. C - 46) Act current to 23.04.2012. sa poslednjim izmenama i dopunama od 04.05.2102. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>, 13.05.2012.

<sup>39</sup> Smith, K.: The Intricacies of Youth Criminal Justice Act, May 26, 2009, <http://www.sooperarticles.com/law-articles/intricacies-youth-criminal-justice-act-3462.html>, 13.05.2012.

<sup>40</sup> D. Jovašević, 2008, 64 – 68.

<sup>41</sup> Čl. 1. Konvencija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ-međunarodni ugovori*, br. 15 /1990

<sup>42</sup> Inače, interesantno je napomenuti da se i u Grčkoj osoba smatra detetom do navršene dvanaeste godine života, dok se kao mlađi maloletnici tretiraju lica uzrasta od dvanaeste do sedamnaeste godine, a kao stariji maloletnici lica koja su navršila dvanaestu, a nisu navršila dvadeset i prvu godinu života. (D. Jovašević, 2008, 67.)

#### 4. Vansudske Mere (*Extrajudicial Measures*)

Prema Zakonu o maloletničkom krivičnom pravosuđu Kanade, vansudske mere (*Extrajudicial Measures*) obuhvataju tri posebne grupe mera parapenalnog karaktera. Tu spadaju: 1) upozorenja (*Warnings*), 2) opomene (*Cautions*) i 3) uputstva (*Referrals*). Ovim zakonom je propisano da ovlašćeni policijski službenik može pre pokretanja sudskog postupka prema maloletniku kome se stavlja na teret da je učinio krivično delo, odrediti neku od ovih mera, ako proceni da bi bilo dovoljno da ga upozori, odnosno da mu izda opomenu. Ako se maloletnik sa time saglasi, ovlašćeni policijski službenik može ga u okviru vansudskih mera uputiti i na program, odnosno službu u okviru lokalne zajednice, koji treba da mu pomognu da u budućnosti ne čini krivična dela.<sup>43</sup>

U samom tekstu Zakona o maloletničkom krivičnom pravosuđu podvučeno je da vansudske mere često predstavljaju najpodobniji i najdelotvorniji način reagovanja na maloletnički kriminalitet. Smatra se da primena ovih mera omogućava efektivnu i blagovremenu intervenciju usmerenu na ispravljanje prestupničkog ispoljavanja maloletnika. U Zakonu je takođe istaknuto da se vansudske mere smatraju najadekvatnijim, najpodobnijim, sredstvom da se kod maloletnika razvije osećaj odgovornosti za sopstvene postupke, a da je njihovo izricanje naročito poželjno u slučaju primarnih i nenasilnih prestupnika. Međutim, naglašeno je da vansudske mere mogu biti primenjene ne samo prema primarnim, odnosno slučajnim ili situacionim prestupnicima, već i prema maloletnicima koji su prethodno bili podvrgnuti takvim merama, odnosno koji su već bili oglašeni krivim za učinjeno krivično delo. Dakle, primena vansudskih mera dolazi u obzir i prema maloletnicima koji su već ranije ispoljili sklonost prema kriminalnom ponašanju znači, i prema povratnicima. Ipak, to je moguće samo pod uslovom da nadležni organ proceni da su one podobne da i kod takvog maloletnika stvore osećaj odgovornosti za sopstveno ponašanje i da njihova primena nije u suprotnosti sa opštim principima sadržanim u Zakonu o maloletničkom krivičnom pravosuđu.<sup>44</sup>

Sprovođenje vansudskih mera treba da bude uređeno tako da se obezbedi efektivno i blagovremeno reagovanje na prestupničko ponašanje maloletnika bez angažovanja sistema maloletničkog krivičnog pravosuđa.<sup>45</sup> Njima se ni na koji način ne ugrožavaju diskreciona ovlašćenja policije u domenu odlučivanja o daljem toku postupka prema maloletniku, već se samo nastoji omogućiti zaobilaznje krivičnog postupka, kada je to

<sup>43</sup> Čl. 6.

<sup>44</sup> Čl. 4. st. 1.

<sup>45</sup> Čl. 5. st. 1. tačka a

izvodljivo i u skladu sa Zakonom unapred utvrđenim setom kriterijuma.<sup>46</sup> U tom smislu, njihova svrha je ista kao i svrha vaspitnih naloga iz Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica – izbegavanje, zaobilaženje, skretanje krivičnog postupka prema maloletniku i rešavanje njegovog „sukoba sa zakonom“ na način kojim će se izbeći njegova traumatizacija i stigmatizacija koje se po pravilu javljaju kao neželjene posledice pokretanja i vođenja krivičnog postupka i izricanja i izvršenja krivičnih sankcija prema maloletniku.

Vansudske mere treba da budu uređene i sprovedene tako da podstaknu mlade da priznaju štetu koju su krivičnim delom prouzrokovali žrtvi i zajednici, kao i da je poprave (kroz aktivnosti u okviru programa i lokalnih službi – agencija).<sup>47</sup> Pri tome je naglašeno da efekti vansudskih mera nisu i ne treba da budu ograničeni samo na maloletne prestupnike, već da one treba da podstaknu i njihove porodice, ali i širu zajednicu da se uključe u osmišljavanje i konkretnu primenu programa za primenu tih mera.<sup>48</sup> Izuzetno je važno što je obaveza uključivanja porodice i društvene zajednice u proces izvršenja ovih mera propisana Zakonom, jer se na taj način stvara dodatna garantija da maloletni prestupnik neće biti „prepušten sam sebi“, već da će de odgovornosti za (ne)uspeh njegove resocijalizacije i reintegracije snositi i njegovo okruženje, u prvom redu porodica i lokalna zajednica, kao značajni agensi socijalizacije ličnosti i, istovremeno, kao uticajni predstavnici neformalne socijalne kontrole<sup>49</sup>.

U Zakonu je izričito naglašeno da vansudske mere treba da budu koncipirane tako da i žrtvama bude dopušteno da učestvuju u donošenju odluka relevantnih za njihovu primenu. Takođe je naglašeno da žrtvama mora biti omogućeno da prime nadoknadu štete koja im je krivičnim delom pričinjena (reparaciju).<sup>50</sup> Na taj način je jedan od osnovnih principa restorativne pravde zaodenut u formalno ruho, budući da je samim zakonskim tekstom predviđeno da se proces reparacije sprovodi na relaciji: prestupnik – zajednica – žrtva, čime je ne samo teorijski nego i formalnopravno zajemčeno da žrtva u tom postupku neće biti marginalizovana. Ova odredba ima naročitu težinu ako se uzme u obzir

<sup>46</sup> Videti: The Youth Criminal Justice Act Extrajudicial Sanctions Program, authorized by the Honourable David G. Hancock Q.C. Minister of Justice and Attorney General pursuant to section 10(2) of the Youth Criminal Justice Act after consultation with the Honourable Heather Forsyth, Solicitor General, na snazi od 01.04. 2003., [http://justice.alberta.ca/programs\\_services/criminal\\_pros/crown\\_prosecutor/Pages/youth\\_extrajudicial\\_sanctions\\_program.aspx](http://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/crown_prosecutor/Pages/youth_extrajudicial_sanctions_program.aspx), 12.05.2012.

<sup>47</sup> Čl. 5. st. 1. tačka b., The Youth Criminal Justice Act, Statutes of Canada 2002

<sup>48</sup> Čl. 5. st. 1. tačka c

<sup>49</sup> Više o porodici kao agensu socijalizacije videti u: Z. Nikolić: *Prevenција kriminaliteta – metodika rada savetovališta za roditelje i decu*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2006., 42. i Z. Nikolić, 2000, 177 – 181.

<sup>50</sup> Čl. 5. st. 1. tačka d

činjenica da su, generalno posmatrano, žrtve maloletnih prestupnika često i same maloletnici, pa čak i deca<sup>51</sup>, što osobito dolazi do izražaja kod sve šire zastupljenog fenomena vršnjačkog nasilja (*bullying*).

Kao što je već istaknuto, Zakonom su propisane samo osnovne smernice za izricanje i izvršenje vansudskih mera, dok je njihovo sprovođenje regulisano posebnim oficijelno autorizovanim programima koji se sprovode na lokalnom nivou.

### 5. Vansudske sankcije (*Extrajudicial Sanctions*)

Vansudske sankcije (*Extrajudicial Sanctions*) primenjuju se supsidijarno, odnosno samo ukoliko s obzirom na težinu krivičnog dela, prirodu i broj prethodno učinjenih krivičnih dela ili druge otežavajuće okolnosti ne bi bilo prikladno da se maloletniku odredi neka od vansudskih mera. Zakon ne navodi u čemu se konkretno sastoje vansudske sankcije, već njihovu detaljniju razradu prepušta posebnim programima koji moraju biti provereni i potvrđeni bilo od strane nadležnog javnog tužioca bilo od strane ovlašćenih predstavnika federalnih jedinica, odnosno provincija. U skladu sa tim, može se primeniti samo vansudska sankcija koja predstavlja deo tzv. autorizovanog programa i to pod uslovom da se proceni da bi to bilo prikladno imajući u vidu kako interese maloletnika tako i interese društva. Potrebno je da maloletnik prihvata odgovornost za činjenje odnosno nečinjenje koje predstavlja biće krivičnog dela koje mu se stavlja na teret, da prema mišljenju javnog tužioca ima dovoljno dokaza za pokretanje krivičnog postupka prema njemu kao i da ne postoje zakonske smetnje za krivično gonjenje. Ako maloletnik poriče učestvovanje ili bilo kakvu drugu povezanost sa izvršenjem krivičnog dela, prema njemu se ne može primeniti vansudska sankcija.

Vansudske sankcije ne mogu se odrediti bez potpune i slobodno izražene saglasnosti maloletnika sa njihovom primenom. Pre davanja saglasnosti da bude podvrgnut vansudskoj sankciji maloletnik mora biti poučen o svom pravu da bude zastupan i da se konsultuje (posavetuje) sa svojim zastupnikom. Ukoliko maloletnik izrazi želju da umesto podvrgavanja vansudskoj sankciji prema njemu bude pokrenut krivični postupak, takva sankcija mu se ne može odrediti. Ako je protiv maloletnika podignuta tužba, sud za maloletnike će takvu tužbu odbaciti ako oceni da je maloletnik u potpunosti ispunio uslove i obaveze određene u okviru vansudske sankcije. Sud za maloletnike može odbaciti tužbu i ako nađe da je maloletnik samo delimično ispunio obaveze i uslove iz vansudske sankcije pod uslovom da, prema mišljenju suda, nastavljanje postupka ne bi bilo pravično s obzirom

<sup>51</sup> Videti, na primer: M. Škulić: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd 2003., 289. i 295.

na okolnosti i odnos koji je maloletnik ispoljio prema obavezama koje su mu bile određene.<sup>52</sup>

Odabir konkretne vansudske sankcije i određivanje njene pojedinačne sadržine zavisi od uzrasta maloletnika, njegovih školskih obaveza ili drugih dnevnih aktivnosti i slobodnog vremena u kome može da ispunjava obaveze koje mu budu određene. U Zakonu o maloletničkom krivičnom pravosuđu je podvučeno da prilikom primene svih vansudskih sankcija treba uložiti maksimalne napore da žrtvi bude osigurana puna restitucija, naravno, imajući u vidu imovinsko stanje maloletnika. U svakom slučaju, vansudske sankcije treba da budu koncipirane tako da ne sadrže strože obaveze od onih koje bi maloletniku za isto krivično delo bile određene nakon sprovedenog sudskog postupka, a njihovo trajanje ograničeno je na period od 3 meseca.

Kao što je već istaknuto, sama sadržina vansudskih sankcija nije uređena zakonskim tekstom, već je sastavljanje programa za njihovu konkretizaciju prepušteno nadležnim organima federalnih jedinica, odnosno provincija. Dobar primer ovakvog programa za sprovođenje vansudskih sankcija predstavlja Program za sprovođenje vansudskih sankcija u skladu sa Zakonom o maloletničkom krivičnom pravosuđu (*The Youth Criminal Justice Act Extrajudicial Sanctions Program*) provincije Alberta od 20. maja 2008. godine<sup>53</sup>. Kao prvu vansudsku sankciju, Program preporučuje sprovođenje nadzora nad maloletnim prestupnikom od strane ovlašćenog službenog lica posebnog odeljenja Službe za prevaspitanje (*Correctional Service*). Osim nadzora, Program predviđa i bogat spektar mera koje se prema maloletniku mogu primeniti pod uslovom da se žrtva krivičnog dela sa tim saglasi. One obuhvataju sledeće aktivnosti: nalaganje maloletniku da se usmeno ili u pisanoj formi izvini žrtvi ili da lično obavi određene poslove u njenu korist, obavljanje društveno korisnog rada u neprofitnoj organizaciji ili državnoj službi, restituciju (povraćaj imovine žrtvi), donaciju u korist registrovane dobrotvorne organizacije, pohađanje savetovanja u okviru Službe za mentalno zdravlje ili Službe za podršku porodici i zajednici pokrajine Alberta, sastavljanje eseja ili postera (sa prigodnom tematikom) kao i učestvovanje u postupku izmirenja sa žrtvom. Posebno je interesantna vansudska sankcija koja se sastoji u učestvovanju u kulturnim ili duhovnim aktivnostima nacionalnih manjina, odnosno lokalnih kulturnih i etničkih zajednica.

U okviru sličnog Programa (*Restorative Community Conference Program*) Službe za socijalnu i zdravstvenu zaštitu provincije Jukon (*Government of Yukon Health and Social Services*) postavljen je i

<sup>52</sup> Čl. 10.

<sup>53</sup> The Youth Criminal Justice Act Extrajudicial Sanctions Program, authorized by the Honourable David G. Hancock Q.C. Minister of Justice and Attorney General pursuant to section 10(2) of the Youth Criminal Justice Act after consultation with the Honourable Heather Forsyth, Solicitor General, na snazi od 01.04. 2003. [http://justice.alberta.ca/programs\\_services/criminal\\_pros/crown\\_prosecutor/Pages/youth\\_extrajudicial\\_sanctions\\_program.aspx](http://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/crown_prosecutor/Pages/youth_extrajudicial_sanctions_program.aspx), 12.05.2012.

neformalan, odnosno pravno neobavezujuć spisak pod nazivom „Sto deset načina da se popravi šteta“ (*One Hundred and Ten Ways to Repair the Harm*)<sup>54</sup>. Iako ne poseduje formalnu snagu zakona ili podzakonskog akta, ova lista obaveza ima važnu savetodavnu, odnosno upućujuću funkciju, budući da na jednostavan, neposredan i razumljiv način pokazuje na koje sve načine maloletni prestupnik kome je određena vansudska sankcija može „vratiti dug“ žrtvi i zajednici u skladu sa idejom restorativne pravde. Spisak uključuje niz aktivnosti maloletnika, od kojih se kao najreprezentativnije mogu navesti sledeće: pisanje pisma u kome bi se izvinio za svoje postupke, pisanje zahvalnice svojim roditeljima ili starateljima zbog iskazane brige prema njemu, pisanje članka (eseja) na temu restorativne pravde, učestvovanje u programu za savladavanje i kontrolu besa, posećivanje sastanaka anonimnih alkoholičara, lično izvinjenje porodici žrtve, zapošljavanje i nadoknada pričinjene štete od sopstvene zarade, popravljavanje štete ličnim radom i angažovanjem, izrada poklona za žrtvu, učestvovanje u sportskim aktivnostima, prisustvovanje sportskim priredbama, sastavljanje liste razloga za izbegavanje kriminalnog ponašanja i njihovo glasno izgovaranje, volontiranje u centru za reciklažu, volontiranje u lokalnoj policijskoj stanici, volontiranje u skloništu (azilu) za napuštene životinje, rad u dobrotvornoj (humanitarnoj) organizaciji, čitanje knjiga starijim licima koja borave u gerontološkim centrima, redovan odlazak u školu i blagovremeno ispunjavanje nastavnih obaveza, obavljanje kućnih poslova poput iznošenja smeća, održavanja higijene, odlaska u kupovinu životnih namirnica, staranja o kućnim ljubimcima, gajenja biljaka itd. Iz spiska se jasno vidi da ostvarivanje ideja restorativne pravde ne zahteva nužno izdvajanje velikih novčanih sredstava iz državnog ili lokalnih budžeta i da za njihovo ispunjenje nije uvek potrebno angažovanje značajnijih prostornih ili kadrovskih kapaciteta. Ono što je, međutim, *conditio sine qua non* za uspešnu realizaciju te ideje jeste postojanje volje, kreativnosti i inventivnosti na strani predstavnika i formalne i neformalne socijalne kontrole da na pravi način kod maloletnika aktiviraju evidentno delotvoran mehanizam reintegrativnog postidiivanja i osmisle program prilagođen ličnim osobenostima svakog pojedinačnog maloletnog prestupnika, njegove žrtve i njihovog okruženja.

## 6. Zaključak

Vansudske mere i vansudske sankcije predviđene važećim kanadskim Zakonom o maloletničkom krivičnom pravosuđu predstavljaju veoma

<sup>54</sup> *One Hundred and Ten Ways to Repair the Harm, Government of Yukon Health and Social Services Restorative Community Conference Program, Whitehorse, Yukon, Canada, [http://www.hss.gov.yk.ca/pdf/110\\_ways\\_to\\_repair\\_the\\_harm.pdf](http://www.hss.gov.yk.ca/pdf/110_ways_to_repair_the_harm.pdf), 12.05.2012.*

dobar primer alternativnih, odnosno diverzionih mera za maloletnike u sukobu sa zakonom. Ove mere *sui generis*, kao i način na koji je koncipirana njihova primena sadrže brojne prednosti u odnosu na klasične maloletničke krivične sankcije i nose sa sobom velike potencijale za suzbijanje recidivizma maloletnih prestupnika. Zbog sličnosti sa vaspitnim nalogima propisanim Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica Republike Srbije, ali i zbog izražene tendencije porasta broja krivičnih dela učinjenih u povratu od strane maloletnika i u Srbiji i u Kanadi, analiza ovog uporednopravnog rešenja ima višestruk značaj. Sa jedne strane, ona omogućava de se pozitivni primeri iz kanadskog prava i prakse nadležnih državnih organa tretiraju kao uzori i transplantuju u naš pravni sistem, dok, sa druge, doprinosi kritičkom preispitivanju postojećih solucija, uočavanju njihovih nedostataka i iznalaženju „inspiracije“ a njihovo poboljšanje.

Vansudskim merama i vansudskim sankcijama svojstvene su, pre svega, one prednosti koje se pripisuju svim alternativnim, odnosno diverzionim modelima reagovanja na kriminalitet maloletnika. Pored toga, kanadsko rešenje poseduje i određene kvalitete koji ga čine specifičnim u odnosu na ostala uporednopravna rešenja. Od „opštih“ prednosti vansudskih mera i vansudskih sankcija najvažnije su: omogućavanje zaobilaženja pokretanja i vođenja krivičnog postupka i izricanja krivične sankcije prema maloletniku i doprinos ostvarivanju ideja restorativne pravde, uvažavanje interesa žrtve i kapaciteti za aktiviranje mehanizma reintegrativnog postidiivanja kao moćnog sredstva za suzbijanje recidivizma kod maloletnika.

Kao osnovna prednost kanadskih vansudskih mera i vansudskih sankcija ističe se činjenica da su one samo u osnovnim crtama propisane zakonom, te da je njihova detaljna razrada prepuštena posebnim oficijelno potvrđenim programima koji se sprovode na lokalnom nivou. Osim što dozvoljava da se izvršenje vansudskih mera i sankcija prilagodi uslovima svake pojedinačne lokalne zajednice i okruženja u kome meloletnik živi, ovakvo rešenje ima još jednu dobru stranu – fleksibilnost. Naime, programi usvojeni na lokalnom nivou mogu se mnogo lakše, brže i jednostavnije izmeniti u slučaju novonastalih okolnosti, dok izmena zakona i podzakonskih akata koji važe na teritoriji cele države zahteva znatno komplikovaniju proceduru i duži vremenski period.

Jedna od prednosti vansudskih sankcija prisutnih u maloletničkom krivičnom pravu Kanade sastoji se i u tome što je samim Zakonom propisano uključivanje porodice maloletnika, ali i celokupne zajednice i žrtve u postupak njihove primene. Na taj način se i formalnopravno, a ne samo teorijski, potencira značaj sprovođenja restorativnog procesa na relaciji prestupnik – zajednica – žrtva i omogućava da maloletnik ne

bude stigmatiziran a njegova žrtva marginalizovana i isključena iz tog postupka. Slično kanadskom rešenju, Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica predviđeno je da se izbor (kao i primenjivanje) vaspitnog naloga vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiocem ili staraocem maloletnika i nadležnim organom starateljstva.<sup>55</sup> Ova odredba ukazuje na nameru zakonodavca da u sprovođenje vaspitnih naloga budu uključeni i predstavnici neformalne socijalne kontrole (porodica) kao i prva karika u lancu formalne socijalne kontrole (organ starateljstva, odnosno nadležni centar za socijalni rad<sup>56</sup>). Ipak, ona je samo načelnog karaktera te bi bilo korisno da se odgovarajućim podzakonskim aktom podstakne intenzivnije učestvovanje članova uže i šire porodice maloletnog prestupnika u izvršenju obaveza iz vaspitnog naloga, kao što je to u Kanadi učinjeno programima lokalnog karaktera. Na taj način bi se dodatno osiguralo da maloletnik zahvaljujući podršci roditelja, usvojioca ili staraoca ili drugih njemu bliskih lica u koja ima poverenje internalizuje vrednosti koje se sprovođenjem vaspitnih naloga nastoje promovisati. Pored toga, uključivanje roditelja u sprovođenje vaspitnih naloga (pre svega kroz saradnju sa predstavnicima organa starateljstva) imalo bi za cilj i njihovo „prevaspitanje“ kroz savetovanje, usmeravanje i podučavanje kako da pravilno vrše svoja roditeljska prava i dužnosti.

Konačno, kao poseban kvalitet predstavljenih programa za izvršenje vansudskih mera i sankcija u Kanadi reba naglasiti njihovu usmerenost na podsticanje kreativnog i inovativnog pristupa rešavanju problema prestupništva mladih. Pri tome je akcenat stavljen na karakteristike i kvalitet aktivnosti koje maloletnik treba da obavlja tokom izvršenja svojih obaveza, uz insistiranje na iskorišćavanju kapaciteta koji već postoje u lokalnoj zajednici, kao što su, na primer, dobrotvorne organizacije, azili za napuštene životinje, gerontološki centri itd. To govori u prilog stavu da ograničeni finansijski resursi i prostorni i kadrovski kapaciteti nadležnih ustanova, koji se u našoj zemlji često ističu kao osnovni razlozi za nedovoljno frekventnu i uspešnu primenu vaspitnih naloga, nisu ni jedini ni presudni faktori od kojih će zavisiti efikasnost državne reakcije na maloletnički kriminalitet. Nasuprot tome, sadržina opisanih programa upravo pokazuje da fokus treba da bude usmeren na intelektualno angažovanje odnosno aktiviranje onih lica koja učestvuju u sprovođenju aktivnosti u okviru izvršenja vaspitnih naloga (psihologa, pedagoga, stručnjaka za poremećaje u ponašanju iz oblasti specijalne edukacije i rehabilitacije) U tom smislu treba naglasiti i potrebu za konstantnom

<sup>55</sup> Čl. 8. st. 3. ZOMUKD

<sup>56</sup> Videti: Zakon o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2011, čijim stupanjem na snagu je prestao da važi raniji Zakon o socijalnoj zaštiti i obezbeđenju socijalne sigurnosti građana, *Službeni glasnik RS*, br. 101/05

edukacijom ovih lica i unapređenju njihovog znanja i praktičnih veština, kako bi se one uskladile sa tendencijama koje su u ovoj oblasti zastupljene u razvijenim zemljama sveta, poput Kanade.

Uviđanje prednosti analiziranog rešenja iz uporednog prava navodi na uočavanje određenih nedostataka i propusta domaćeg zakonodavca u istoj oblasti. Upoređujući naše rešenje sa kanadskim, nameće se zaključak da je njegov osnovni nedostatak i dalje manjak odgovarajućeg podzakonskog akta koji bi omogućio detaljniju razradu zakonskih odredbi i njihovo sprovođenje u svakom konkretnom slučaju. Iako postojeći pravni okviri u Republici Srbiji ne dopuštaju usvajanje programa izvršenja vaspitnih naloga na lokalnom nivou, usvajanje odgovarajućeg podzakonskog akta – pravilnika o njihovom izvršenju predstavljalo bi značajan progres.

Podzakonskim aktom trebalo bi osmisliti i sistem odabira humanitarnih i drugih sličnih organizacija u kojima bi maloletnici mogli da obavljaju poslove socijalnog, lokalnog i ekološkog sadržaja i detaljnije normirati mehanizam saradnje između ovih organizacija, organa koji su zaduženi za određivanje vaspitnih naloga, nadležnih organa starateljstva i samog maloletnika, odnosno njegove porodice. Iz zakonskog teksta jasno proizlazi da je smisao ovog vaspitnog naloga da se maloletni prestupnik uključi u aktivnosti altruističkog i društveno korisnog karaktera, ali bi podzakonskim aktom trebalo preciznije odrediti u koje bi on organizacije mogao da bude upućen, koju vrstu poslova bi obavljao i na koji način bi bila vršena evaluacija njegovog rada i angažovanja. Takođe, trebalo bi da pri nadležnim organima starateljstva postoje spiskovi organizacija (sa kratkim opisom njihovih delatnosti) za koje je procenjeno da su podbne i voljne da omoguće da maloletnik u njima ispunjava obaveze iz vaspitnog naloga. Na taj način bi se unapred znalo u koje organizacije maloletnik može biti upućen, a od raspoloživih organizacija bi mogla da se odabere ona čija delatnost najviše odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima.

Ma koliko bilo neophodno, usvajanje podzakonskog akta koji bi bio posvećen primeni vaspitnih naloga ne bi samo po sebi i automatski omogućilo da ovaj institut zaista zaživi u našem pravnom sistemu. Takav pravni akt bi predstavljao samo prvi korak na putu ka široj implementaciji ovog instituta. Naime, primena vaspitnih naloga uslovljena je i spremnošću relevantnih subjekata da učestvuju u sprovođenju konkretnih obaveza maloletnika i volje da mu pruže podršku. Zbog toga bi bilo umesno da se predstavnici ovih organizacijana na prikladan način (kroz edukaciju tj. podizanje svesti) motivišu da svoje kapacitete stave na raspolaganje u tu svrhu. U tom smislu je važno da oni prepoznaju ne samo ozbiljnost problema maloletničkog prestupništva već i potrebu da celokupna zajednica aktivno učestvuje u njegovom suzbijanju.

Prilikom traženja najadekvatnijeg načina da se ostvari šira i doslednija primena vaspitnih naloga ne treba zaboraviti da, uprkos višegodišnjoj egzistenciji u zakonskom tekstu, ovaj institut i dalje predstavlja novinu u našem pravnom sistemu. Kako je preuzet iz pravnih sistema koji već decenijama konstantno neguju i razvijaju raznovrsne diverzione modele, ne može se očekivati da i ovde odmah doživi istu učestalost i kvalitet primene. Da bi se u napravio pomak u tom pravcu ne sme se zaustaviti samo na preuzimanju rešenja iz uporednog prava, već treba nastojati da se u našu pravnu teoriju, izvore i praksu postepeno presađuju ideje na kojima su inostrana rešenja zasnovana. Reč je, pre svega o ideji restorativne pravde – insistiranju na aktivnoj ulozi žrtve i zaštiti njenih interesa, promovisanju posredovanja, pregovaranja, izmirenja i vansudskog rešavanja sporova i podsticanju cele zajednice da se aktivno uključi u proces suzbijanja maloletničkog prestupništva.

**Ana Batrićević, PhD**

Research Fellow

Institute of Criminological and Sociological Research

## **EXTRAJUDICIAL MEASURES AND EXTRAJUDICIAL SANCTIONS IN JUVENILE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF CANADA**

### Summary

The aim of this paper is to present and analyze the term, contents, characteristics and purpose of specific Extrajudicial Measures and Extrajudicial Sanctions prescribed in juvenile justice system of Canada, as well as to question the contribution of these measures i.e. sanctions when it comes to the accomplishment of fundamental ideas and principles of restorative justice. The author also attempts to point out the possibilities of Extrajudicial Measures and Extrajudicial Sanctions when it comes to the suppression of recidivism among juvenile offenders, and to present these measures as possible role – models and guidelines that would contribute to the improvement of present situation regarding the application of

similar measures against juvenile offenders in Serbia. Basic issues that will be discussed include the following: brief historical review of the development of juvenile criminal law in Canada, the definition of the term, essence, contents, and actual ways in which Extrajudicial Measures and Extrajudicial Sanctions are imposed and applied in accordance with current Canadian Youth Criminal Justice Act, as well as the attempt to estimate the scope and quality in which the application of these measures allows the concept of restorative justice to be fulfilled along with the idea that the purpose of post delictum intervention is not supposed to be punishment or re – education but the establishment of preconditions for the reparation of damage caused by criminal offence through the activation of the mechanism of re – integrative instead of disintegrative shaming. Finally, the possibility of implementing some of the ideas that exist in Canadian system within the frames of present legislative solutions in juvenile criminal law of Serbia will also be discussed in this paper, particularly in the context of educational orders prescribed by Law on juvenile perpetrators of criminal offences and criminal – legal protection of minors.

**Key words:** juveniles, restorative justice, Extrajudicial Measures, Extrajudicial Sanctions, Canadian Youth Criminal Justice Act



Александра Вишекруна<sup>1</sup>  
Милош Станић<sup>2</sup>

Прегледни научни рад  
UDK: 342.511.6:342.511.8(4-664)

## ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СУПРУЖНИКА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ У ПОЈЕДИНИМ ЕВРОПСКИМ ПОСТКОМУНИСТИЧКИМ ЗЕМЉАМА

### *Апстракт*

*У домаћој и страниој литератури много се писало о правном положају председника у различитим државама, односно уставним системима. Међутим, правни положај супружника председника (председнице), бар колико је ауторима познато, није привукао толику пажњу. Управо је то подстакло ауторе да покушају да ову материју истраже и да на тај начин пруже подстицај за нека будућа проучавања. Предмет анализе су само неке европске земље, јер је намера била да се анализа ограничи на европске државе које су биле део тзв. комунистичког блока. Овакав избор делује логично, јер је управо и наша земља припадала овом миљеу. Рад је структуриран тако да се у уводном делу укратко и крајње уопштено приказује положај председника у овим земљама, у средишњем делу се наводе конкретна решења, док закључак представља покушај сублимације резултата до којих се дошло након спроведеног истраживања.*

**Кључне речи:** председник републике, супружник председника, европске земље, комунистички блок.

### 1. Уводна разматрања

Европске посткомунистичке земље су се доношењем нових устава вратиле вредностима либерално-демократског

<sup>1</sup> Дипломирани правник-мастер; истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд, mail: avisekruna@gmail.com.

<sup>2</sup> Дипломирани правник-мастер; Истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд, mail: stanicmisa@gmail.com.

конституционализма. Уместо совјетског модела организације власти заснованог на начелу јединства власти, оне су у својим уставима институционализовале начело поделе власти.<sup>3</sup> Председнички систем поделе власти је потпуно стран традицији европске уставности, те су при креирању својих уставних решења све државе за основу прихватиле парламентарни институционални оквир. Ипак, само мали број ових држава је својим уставним решењима остао у оквирима чистог парламентарног система.<sup>4</sup> Највећи број тих земаља је установио непосредан избор шефа државе, што је уз постојање одговорности владе пред парламентом и основна претпоставка постојања полупредседничког система власти. Политички легитимитет који добија на непосредним изборима рађа у шефу државе тежњу за активним учешћем у свакодневним политичким процесима.<sup>5</sup> Устави највећег броја посткомунистичких земаља додељују шефу државе веома широк круг овлашћења, на основу чега се његов положај унеколико разликује од парламентарног шефа државе који је ограничен на вршење искључиво протоколарних функција.<sup>6</sup>

Без обзира на положај председника републике у уставном систему једне земље, тешко је у уставима пронаћи норме којима се регулишу права и обавезе његовог супружника.<sup>7</sup> Норме које уређују правни положај председниковог супружника налазе се, пре свега, у различитим законима чија ће решења бити изложена у наставку рада. Међутим, и када посматрамо те прописе, можемо уочити да је положај супружника председника маргинализован и уређен спорадично, најчешће у свега неколико чланова. Ипак, иако се уређењу његовог положаја не посвећује велика пажња у легислативи, то не значи да је сама улога супружника шефа државе занемарљива. Може се уочити велика улога коју председников животни партнер има у друштвеном и културном, али и политичком животу своје земље. Борба за одређене друштвене циљеве, промовисање вредности и културног наслеђа земље су неки од основних упоришта његовог ангажовања у националним и међународним оквирима. Управо са циљем представљања јавности свог рада, у многим случајевима супружник председника користи предности модерне технологије, те путем интернет странице износи основне правце свог деловања.

<sup>3</sup> Д. Симовић, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник”, Београд 2008., 215.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> За потребе проучавања у овом раду, изразом супружник председника републике означавају се равноправно супруга и супруг председника републике, као и (ванбрачни) партнер, односно партнерка председника. Израз *председник* републике употребљава се у мушком роду (облику) и њиме се обухватају председник и председница републике.

## 2. Решења у појединим европским земљама

### 2.1. Словенија

Устав Републике Словеније предвиђа да председник Републике представља Републику Словенију и да је командант њених одбрамбених снага.<sup>8</sup> Председник се бира на непосредним општим изборима, тајним гласањем, а изабраним се сматра кандидат који добије већину важећих гласова. Председник Републике бира се на период од пет година и може бити биран највише два узастопна мандата. Ако мандат истиче за време ратног или ванредног стања, продужава се тако да траје шест месеци од дана престанка ратног или ванредног стања.<sup>9</sup> Каже се да словеначко државно уређење спада у ред парламентаризама са непосредно изабраним председником, при чему је улога председника у Словенији мала.<sup>10</sup>

У Закону о условима за обављање функције председника Републике Словеније постоје посебне одредбе посвећене положају и правима супружника председника Републике у вези са испуњавањем протоколарних и других друштвених обавеза.<sup>11</sup>

Супружник председника Републике (као и лице са којим председник живи у заједници у складу са породичним законодавством) има право на месечну накнаду трошкова који су настали услед обављања протоколарних и других друштвених обавеза у износу од 15% од зараде председника Републике.

Ако је супружник председника Републике у радном односу, има право на накнаду на име плаћеног одсуства са рада за време обављања протоколарних и других обавеза у износу који одговара висини зараде за његово радно место. Такође, супружник председника Републике који је у радном односу, током трајања мандата председника, има право на мировање радног односа. У том случају има право на месечну накнаду у износу од 20% од плате председника Републике, а период мировања се рачуна као радни стаж, односно рачуна се у период осигурања у складу са прописима којима се регулишу радни односи и социјално осигурање. Средства за исплату наведене месечне накнаде и свих других бенефиција обезбеђују се из државног буџета.

На основу Уредбе о обезбеђењу појединих лица и објеката,

<sup>8</sup> Вид. чл. 102. Устава Републике Словеније.

<sup>9</sup> Вид. чл. 103. Устава Републике Словеније.

<sup>10</sup> М. Cerar, "Uloga predsednika Republike u slovenskom (ustavno)pravnom i političkom sustavu", *Politička misao* 4/2005, 40.

<sup>11</sup> Вид. чл. 14-15. Zakon o zagotavljanju pogojev za opravljanje funkcije predsednika republike, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 15/2003, 109/2012.

супружник председника (брачни, ванбрачни, односно истополни партнер), као члан породице, има право на обезбеђење које му пружа полиција.<sup>12</sup>

## 2.2. Хрватска

Председник Републике Хрватске представља и заступа Републику Хрватску у земљи и иностранству и брине за редовно и усклађено деловање и за стабилност државне власти и одговара за одбрану, независност и територијалну целовитост Републике Хрватске.<sup>13</sup> Председник се бира на основу општег и једнаког бирачког права на непосредним изборима, тајним гласањем са дужином трајања мандата од пет година. Нико не може да буде биран више од два пута. Председник Републике се бира већином гласова свих бирача који су гласали, а ако ниједан од кандидата не добије потребну већину избори се понављају након 14 дана. На поновљеним изборима избор се врши између два кандидата који су приликом првог гласања добили највише гласова.<sup>14</sup>

Положај супружника председника Републике није уређен у Хрватској у прописима којима је то учињено у већини других земаља, будући да Устав и други закони не садрже посебне одредбе о правима супружника председника, укључујући Закон о правима председника Републике Хрватске након престанка обављања дужности и Закон о обавезама и правима државних функционера.<sup>15</sup> Овим прописима се предвиђају бројна права и обавезе за (садашњег и бившег) председника, али се она не односе на његовог супружника, односно на чланове породице.

Ипак, Законом о спречавању сукоба интереса утврђена је обавеза за државне и јавне функционере да пријаве своје имовинско стање, па је председник Републике дужан, у року од 30 дана од дана ступања на дужност, да поред извештаја о својој имовини поднесе и извештај о имовини свог супружника, као члана породице. Овакву обавезу, председник има и ако буде поново изабран на исту дужност.<sup>16</sup> Законом се предвиђа и забрана за супружника који има 0,5% или више учешћа у власништву неког привредног друштва да на било који начин, преко

<sup>12</sup> Вид. чл. 6. и 8. Uredba o varovanju določenih oseb, prostorov, objektov in okolišev objektov, ki jih varuje policija, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 63/2013.

<sup>13</sup> Вид. чл. 94. Устава Републике Хрватске.

<sup>14</sup> Вид. чл. 95. Устава Републике Хрватске.

<sup>15</sup> *Zakon o pravima Predsjednika Republike Hrvatske po prestanku obnašanja dužnosti*, *Narodne Novine*, бр. 105/04, 22/13, 102/14; *Zakon o obvezama i pravima državnih dužnosnika (Narodne Novine*, бр. 101/98, 135/98, 105/99, 25/00, 73/00, 30/01, 59/01, 114/01, 153/02, 163/03, 16/04, 30/04, 121/05, 151/05, 141/06, 17/07, 34/07, 107/07, 60/08, 38/09, 150/11, 22/13, 102/14, 103/14, 03/15.

<sup>16</sup> Вид. чл. 8. *Zakon o sprječavanju sukoba interesa (pročišćeni tekst)*, *Narodne novine*, бр. 48/13.

тог привредног друштва, ступа у пословни однос са органима јавне власти у којима председник Републике обавља дужност. Ова забрана се односи на стицање предметног учешћа у периоду од две године пре избора председника, па све до престанка председничког мандата.<sup>17</sup>

### 2.3. Црна Гора

Председник Црне Горе представља Црну Гору у земљи и иностранству.<sup>18</sup> Председник Црне горе се бира на основу општег и једнаког бирачког права, непосредним и тајним гласањем.<sup>19</sup> Мандат председника Црне Горе траје пет година и исто лице може да буде бирано највише два пута.<sup>20</sup>

У Црној Гори, супружник председника Републике имао је право на породичну пензију, као члан породице умрлог председника (који је користио пензију или је стекао право на њу), према Закону о зарадама и другим примањима државних и јавних функционера.<sup>21</sup> Међутим, ово право је укинато Одлуком Уставног суда од 2009. године, којом је Уставни суд Црне Горе прогласио неуставним одредбе Закона о зарадама и другим примањима државних и јавних функционера (чл. 12-19) које се односе на право на пензију државних и јавних функционера.<sup>22</sup>

Уставни суд је сматрао да су привилеговане пензије прописане одредбама поменутог закона изразито несразмерне просечним пензијама у Црној Гори, па су, стога, несагласне са чл. 1 Устава, који Црну Гору дефинише као грађанску државу засновану на принципима демократије, владавине права и социјалне правде. Поред тога, Суд је утврдио да су права појединих функционера на привилеговане пензије уређена ретроактивно. Из изнетог следи да председник Републике и његов супружник своја права на пензију могу да остваре по општим прописима о пензијском и инвалидском осигурању.

Према Закону о спречавању сукоба интереса, супружник, односно ванбрачни супружник председника Републике (као повезано лице), не сме да прима новац, хартије од вредности или драгоцени метал, без обзира на њихову вредност, као ни поклоне, осим протоколарних и пригодних поклона. Забрана примања поклона постоји ако је оно у

<sup>17</sup> Вид. чл. 17-18. Закон о спречавању сукоба интереса.

<sup>18</sup> Вид. чл. 95. Устава Црне Горе.

<sup>19</sup> Вид. чл. 96. Устава Црне Горе.

<sup>20</sup> Вид. чл. 97. Устава Црне Горе.

<sup>21</sup> Вид. чл. 16. Закона о зарадама и другим примањима државних и јавних функционера, *Службени лист Црне Горе*, бр. 33/2008.

<sup>22</sup> Вид. Одлука У. бр. 86/08, 43/09, 103/09 и 108/09 од 24. децембра 2009. године, *Службени лист Црне Горе*, бр. 7/2010; Закон о зарадама и другим примањима државних и јавних функционера, *Службени лист Црне Горе*, бр. 33/2008, 76/2009, 7/2010.

вези са положајем председника Републике, као јавног функционера, односно вршењем јавне функције.<sup>23</sup>

Председник Републике је обавезан да поднесе извештај о својој имовини и приходима, као и о имовини и приходима брачног и ванбрачног супружника. Извештај се подноси у року од 30 дана од дана ступања на функцију, као и током вршења јавне функције, једном годишње или и чешће у случају промене података из извештаја. Након престанка мандата, председник је дужан да подноси једном годишње извештај о приходима и имовини у наредне две године по престанку функције.<sup>24</sup>

## 2.4. Македонија

Председник Републике Македоније представља Републику и врховни је командант њених оружаних снага.<sup>25</sup> Председник се бира на општим и непосредним изборима, тајним гласањем и мандат му траје пет година, а исто лице може да буде бирано највише два пута. За председника може да буде изабрано лице које је држављанин Македоније, које је на дан избора напунило четрдесет година живота и које је на дан избора живело у Македонији бар десет од последњих петнаест година.<sup>26</sup>

У Македонији се положај супружника председника Републике регулише Законом о правима председника Републике Македоније и чланова његове породице по престанку функције<sup>27</sup> и Уредбом о лицима и објектима који се обезбеђују, врстама мера, активностима и степену обезбеђења.<sup>28</sup>

Законом се предвиђа да супружник бившег председника Републике, у случају његове смрти, има право на пензију која износи 70% зараде председника Македоније.<sup>29</sup> У случају смрти председника за време трајања мандата, супружник, као члан породице, има право на месечну накнаду која је једнака износу зараде председника

<sup>23</sup> Вид. чл. 14. Закона о спрјечавању сукоба интереса, *Службени лист ЦГ*, бр. 1/2009, 41/2011, 47/2011, 52/2014.

<sup>24</sup> Вид. чл. 19. Закона о спрјечавању сукоба интереса.

<sup>25</sup> Вид. чл. 79. Устава Републике Македоније.

<sup>26</sup> Вид. чл. 80. Устава Републике Македоније.

<sup>27</sup> Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 46/04, 109/06 и 157/07.

<sup>28</sup> Уредба за личностите и објектите што се обезбедуваат, видовите на мерки и активности и степените на обезбедување, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 56/14.

<sup>29</sup> Висина пензије се одређује према заради председника Републике, тако што се зарада умањује за 30%. Вид. чл. 3. и 11. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

Републике Македоније, и ово право му се трајно признаје.<sup>30</sup> У том случају, супружник, као члан породице председника, има право и на паушалну једнократну накнаду на име накнаде нематеријалне штете у износу који је утврдила Влада Републике Македоније.<sup>31</sup>

У случају смрти председника Републике за време трајања мандата, породица има право својине на неизграђеном грађевинском земљишту ради изградње породичне куће и на накнаду трошкова ради изградње породичне куће са регулисаном накнадом за уређење грађевинског земљишта или право на сопствени стан. Средства за изградњу породичне куће или куповину стана обезбеђују се из државног буџета, али је њихова висина ограничена на износ који је потребан за изградњу или куповину простора чија површина не прелази 300m<sup>2</sup>, а према тржишној вредности m<sup>2</sup> у тој грађевинској зони. Уколико породица користи право својине на неизграђеном грађевинском земљишту, до стицања услова за живот у породичној кући, може да користи непокретност чији је власник Република Македонија или закупљену непокретност без накнаде за коришћење и одржавање имовине, али најдуже у периоду од три године од дана предаје земљишта и стицања права својине.<sup>32</sup>

У случају смрти председника Републике Македоније током трајања мандата, супружник, као члан породице, може да користи друга права као што су: лично обезбеђење, употреба службеног возила и возача; службене просторије, према потреби, приликом пријема домаћих и страних делегација; финансијска средства и службену пратњу приликом путовања поводом званичног позива да присуствује на неком догађају у иностранству.<sup>33</sup> Средства за остваривање свих наведених права супружника председника Републике обезбеђују се у државном буџету.<sup>34</sup>

Уредбом о лицима и објектима који се обезбеђују, врстама мера, активностима и степену обезбеђења предвиђа се да супружник, као најужи члан породице председника, има право на посебно обезбеђење које му пружа Министарство унутрашњих послова (чл. 4 и 6). Уколико се процени да постоји опасност по живот и лични интегритет

<sup>30</sup> Вид. чл. 12. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

<sup>31</sup> Вид. чл. 14. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

<sup>32</sup> Вид. чл. 15. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

<sup>33</sup> Вид. чл. 16. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

<sup>34</sup> Вид. чл. 18. Закон на правата на претседателот на Република Македонија и неговото семејство по престанување на функцијата.

супружника бившег председника, министар унутрашњих послова може да одреди ванредне и посебне мере ради његовог обезбеђења, а све док опасност траје (чл. 6). Осим тога, Министарство унутрашњих послова, Министарство одбране и Војска Републике Македоније стално обезбеђују објекте као што су кабинет и резиденцијални објекат председника у којем живи са најужом породицом (чл. 9).

Супруга председника Македоније има своју интернет страницу (на македонском и енглеском језику), у оквиру званичног сајта председника Републике, која се редовно ажурира и на којој се објављују све информације о њеним активностима, укључујући фотографије са свих догађаја.<sup>35</sup> Посебно је ангажована у области заштите деце (борба против аутизма, учешће на конференцијама (у оквиру Скупштине УН), посете установама у иностранству, подршка бројним конференцијама и кампањама), заштите жена (оснаживање положаја жена, подршка женама оболелим од рака дојке), унапређења културе и заштите културног наслеђа, заштите природе, као и у дипломатији (прати супруга током званичних посета, састаје се са супругама амбасадора у Македонији, организује пријеме и сл.).

## 2.5. Мађарска

Мандат председника Мађарске траје пет година, а разлика у односу на земље бивше Југославије је та што председника у Мађарској бира парламент. Кандидат може да буде мађарски држављанин са навршених 35 година живота, а изабрани председник може само једном да буде реизабран.<sup>36</sup> Потребно је да у првом кругу за кандидата гласа двотрећинска већина од укупног броја парламентарца. Уколико се таква већина не постигне, онда у другом кругу гласања бива изабран онај кандидат који освоји већину важећих гласова посланика.<sup>37</sup> Председник изражава јединство нације и представља чувара демократског функционисања државе.<sup>38</sup>

Посебне дужности и права супружника председника Мађарске уређују се Законом о положају и накнадама председника Републике (2011. évi CX. törvény a köztársasági elnök jogállásáról és javadalmazásáról). У року од 30 дана од дана ступања на дужност, сваке наредне године до 31. јануара и 30 дана након престанка мандата, председник Мађарске мора да поднесе изјаву о својој имовини, која укључује изјаву о имовини његовог супружника или партнера, као

<sup>35</sup> Вид. <http://www.president.gov.mk/mk/pretsedatel/pretimi.html>, <http://www.president.gov.mk/en/president/mrs-maja-ivanova.html>, 30.04.2015.

<sup>36</sup> Вид. чл. 10. Основног закона Мађарске.

<sup>37</sup> Вид. чл. 11. Основног закона Мађарске.

<sup>38</sup> Вид. чл. 9. Основног закона Мађарске.

члана породице. У случају непоштовања обавезе пријаве имовине, канцеларија председника нема право да поступа, нити да прима накнаду, а о повреди ове обавезе одлучује скупштина. На захтев Одбора за уставна питања, председник мора, у писаној форми, да поднесе додатне податке о имовини, приходима и интересима које има он и његов супружник, као члан породице.<sup>39</sup>

Супружник, односно партнер председника Републике, има право да за потребе одмора користи државно одмаралиште, као и право на покривање трошкова смештаја, исхране и рекреације.<sup>40</sup>

У случају смрти бившег председника, удовац, односно удовица остварује право на породичну пензију, али се висина пензије одређује у складу са правилима о старосној пензији.<sup>41</sup> Удовац, односно удовица бившег председника има право да му се, на његов, односно њен захтев, обезбеде стамбене просторије, секретаријат (до два лица), бесплатна здравствена нега и лично возило. Ова права могу да се остваре под истим условима који важе за бившег председника који жели да оствари ова права, а новчана средства за њихово остваривање, осим за лично возило, обезбеђују се из буџета.<sup>42</sup>

Искуства супруга досадашњих председника Мађарске показују да супруга председника Републике има велики значај у Мађарској, иако њен положај није институционализован. Супруга актуелног председника има свој секретаријат (и помоћника) у оквиру Канцеларије председника, као и своју интернет презентацију на званичном сајту председника која се редовно ажурира и уређује, на мађарском и енглеском језику.<sup>43</sup> Она се бави добротворним радом, истичући да наставља оно што су њене претходнице чиниле да би промовисале мађарску културу и традицију и да би помогле онима којима је помоћ најпотребнија, посебно великим породицама и особама са инвалидитетом. Поред тога, она активно помаже талентованој деци, подстиче их и охрабрује, помаже школама и целој заједници, наглашавајући значај породице у мађарском друштву.

Оваква пракса у Мађарској одраз је и традиције, будући да су супруге свих претходних председника биле друштвено ангажоване на овај начин, а остале су активне и након престанка мандата њихових супруга. Супруга првог председника Републике у демократској Мађарској била је прва која је учествовала у обуци социјалних радника

<sup>39</sup> Вид. чл. 6. 2011. évi CX. törvény a köztársasági elnök jogállásáról és javadalmazásáról.

<sup>40</sup> Вид. чл. 12. 2011. évi CX. törvény a köztársasági elnök jogállásáról és javadalmazásáról.

<sup>41</sup> Вид. чл. 18, ст. 4. 2011. évi CX. törvény a köztársasági elnök jogállásáról és javadalmazásáról.

<sup>42</sup> Вид. чл. 19. и 20. 2011. évi CX. törvény a köztársasági elnök jogállásáról és javadalmazásáról.

<sup>43</sup> Вид. <http://herczeghanita.keh.hu/bemutakozas>, <http://herczeghanita.keh.hu/introduction>, 30.04.2015.

у Мађарској, а касније је њена мисија била помагање онима којима је помоћ најпотребнија, учешћем у невладиним организацијама и помагањем тим организацијама. Заједно са својим мужем основала је посебну фондацију коју још увек води као председник надзорног одбора. Њено учешће такође помаже да се побољшају услови неге и развоја деце која имају менталне тешкоће и оних са вишеструким инвалидитетом. Имала је значајну улогу у усвајању закона који су усмерени на промовисање једнаких могућности за оне који живе са инвалидитетом, што је имало снажан међународни одјек.<sup>44</sup>

Супруге осталих председника следиле су њен пример, па су поред испуњавања протоколарних дужности и помагања председнику током званичних посета, посећивале припаднике мађарске мањине у иностранству, помагале жртвама поплава у угроженим подручјима, подржавале социјалну инклузију особа са инвалидитетом, оснивале и водиле посебне фондације (које нпр. пружају подршку талентованој деци из сиромашних породица из руралних области у њиховом образовању или породицама са великим бројем деце), учествовале у покретима који пружају подршку немоћнима, посебно смртно болесним особама или особама оболелим од тумора. Посебно су посвећене промоцији културне баштине Мађарске, неговању народне традиције и заштити мађарских производа, па се отуда редовно организују скупови за супруге дипломата да би се оне боље упознале са природним, индустријским и културним вредностима Мађарске.<sup>45</sup>

## 2.6. Словачка

Председник Словачке Републике представља Словачку у земљи и иностранству и своју функцију би требало да обавља у складу са својом савешћу и убеђењима и нико у томе не може да га ограничава.<sup>46</sup> Председника бирају грађани Словачке са активним бирачким правом и мандат му траје 5 година.<sup>47</sup>

У Словачкој, положај супружника председника републике није уређен Уставом или другим прописима, а протоколарна правила не предвиђају посебне обавезе за супружника, што значи да председник нпр. није обавезан да у званичне посете путује са супружником.<sup>48</sup>

Посебним актом о организацији Канцеларије председника Републике,

<sup>44</sup> Вид. <http://herczeghanita.keh.hu/elodok>, 30.04.2015.

<sup>45</sup> Вид. <http://herczeghanita.keh.hu/elodok>, 30.04.2015.

<sup>46</sup> Вид. чл. 101. Устава Словачке Републике.

<sup>47</sup> Вид. чл. 101. Устава Словачке Републике.

<sup>48</sup> Вид. „Kiska pôjde do Česka bez manželky, protokol neporuší“, <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/323028-kiska-pojde-do-ceska-bez-manzelky-protokol-neporusi>, 30.04.2015.

донетим на основу Закона о Канцеларији председника, предвиђено је да Канцеларија помаже супружнику председника, као и самом председнику, приликом обављања активности које су у складу са уставним положајем председника. Секретаријат председника Републике гарантује овакво опслуживање супружника председника, а средства за помоћ супружнику се обезбеђују из републичког буџета, будући да се Канцеларија финансира из буџета.<sup>49</sup> То значи да супружник председника може да користи буџетска средства, односно средства Канцеларије за извршавање дужности и остваривање права председника предвиђених Уставом и законима.

## 2.7. Чешка

У Чешкој Републици, председника бирају оба дома чешког парламента на заједничкој седници.<sup>50</sup> Сваки држављанин Чешке који има пасивно бирачко право на изборима за Сенат може да буде кандидат на председничким изборима.<sup>51</sup> Мандат председника је 5 година<sup>52</sup> и нико не може да буде биран више од два узастопна мандата.<sup>53</sup> Надлежности председника Чешке Републике су очекиване, а имајући у виду и начин његовог избора.<sup>54</sup>

У Чешкој, положај супружника председника Републике није регулисан посебним актима, иако супружник учествује у бројним друштвеним догађајима и помаже председнику приликом представљања земље, што значи да има искључиво церемонијалну улогу. За обављање таквих активности супружник не прима плату, нема здравствено и социјално осигурање и нема право на накнаду трошкова остварених за личне потребе (нпр. куповина одеће, фризер).<sup>55</sup>

Ипак, у оквиру Кабинета председника Републике (који се налази у оквиру Канцеларије председника), постоји Секретаријат председникове супруге (*Oddělení sekretariátu manželky prezidenta republiky*) који пружа административне и друге услуге које су повезане са супругом председника у погледу протокарних обавеза и других активности председника.<sup>56</sup> Будући да је саставни део Канцеларије председника,

<sup>49</sup> Вид. Organizačný poriadok Kancelárie prezidenta Slovenskej republiky – Podľa §2 ods. 1 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 16/1993 Z. z. o Kancelárii prezidenta Slovenskej republiky, <https://www.prezident.sk/?kp-sr>, 30.04.2015.

<sup>50</sup> Вид. чл. 54. Устава Чешке Републике.

<sup>51</sup> Вид. чл. 57. Устава Чешке Републике.

<sup>52</sup> Вид. чл. 55. Устава Чешке Републике.

<sup>53</sup> Вид. чл. 57. Устава Чешке Републике.

<sup>54</sup> Вид. чл. 62. Устава Чешке Републике.

<sup>55</sup> Вид. <http://www.parlamentnilisty.cz/arena/monitor/Vsechno-si-musim-platit-sama-sdelila-novinam-Zemanova-manzelka-287780>, 30.04.2015.

<sup>56</sup> Вид. Kancelář prezidenta republiky – Organizační struktura, <https://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/kancelar-prezidenta-republiky/organizacni-struktura.shtml>, 30.04.2015.

Секретаријат председникове супруге финансира се из буџета, пошто се и средства за рад Канцеларије обезбеђују из државног буџета.<sup>57</sup>

Канцеларија председника Републике основала је посебну организацију (*Správa Pražského hradu*, енг. *Prague Castle Administration*) која се стара о вршењу услуга које су у корист Канцеларије и активности из надлежности Канцеларије. Оснивачким актом ове организације предвиђено је да се она стара о вршењу следећих активности: организовање друштвених догађаја и образовних програма, конгреса и симпозијума, њихово спровођење и пружање услуга везаних за ове активности; издавачка делатност; продаја промотивног материјала; кетеринг; редовно одржавање Канцеларије председника (прање веша, пеглање, превоз постелјине и др.).<sup>58</sup> То значи да супруга председника може да користи средства предвиђена за рад Канцеларије, уколико се она користе за наведене активности.

## 2.8. Естонија

Председника Естоније бира парламент или посебно електорско тело, а у складу са Уставом.<sup>59</sup> За председника Естоније може да буде бирано лице које је естонски држављанин и које је навршило 40 година живота.<sup>60</sup> Мандат председника траје пет година и може бити биран највише два узастопна мандата.<sup>61</sup>

Законом о привилегијама председника Републике (у чл. 8, 10 и 11) предвиђена су бројна посебна права супружника председника Естоније, као и права која се односе на све чланове породице председника (укључујући и његовог супружника), а истим законом је утврђен основ да се и неким другим актом предвиде привилегије за супружника.<sup>62</sup>

Као члан породице председника, супружник има право на обезбеђење током трајања мандата председника које му пружају полицијске снаге. Право на обезбеђење може остварити и удовац, односно удовица бившег председника, на основу посебне одлуке министра унутрашњих послова, под следећим условима: да

<sup>57</sup> Вид. чл. 2. Закона о Канцеларији председника Републике, *Zákon č. 114/1993 Sb. ze dne 24. března 1993 o Kanceláři prezidenta republiky (Změna: 224/1999 Sb., 220/2000 Sb., 49/2004 Sb., 281/2004 Sb.*

<sup>58</sup> Вид. *Zřizovací listina příspěvkové organizace „Správa Pražského hradu“* ze dne 19. dubna 1993, <https://www.hrad.cz/cs/sprava-prazskeho-hradu/statut.shtml>, 30.04.2015.

<sup>59</sup> Вид. чл. 79. Устава Републике Естоније.

<sup>60</sup> Вид. чл. 79. Устава Републике Естоније.

<sup>61</sup> Вид. чл. 80. Устава Републике Естоније.

<sup>62</sup> Вид. *Vabariigi Presidendi ametihüve seadus*, RT I 1996, 51, 966; RT I 2000, 55, 359; RT I 2001, 43, 240; RT I 2006, 7, 41; RT I 2008, 42, 240; RT I 2009, 15, 94; RT I 2010, 1, 2; RT I, 28.12.2010, 6; RT I, 28.12.2011, 1; RT I, 29.12.2011, 1; RT I, 29.12.2012, 1.

Канцеларија председника Републике поднесе такав захтев и да је полиција проценила да је обезбеђење неопходно због потенцијалне опасности за удовца, односно удовицу.

За време трајања мандата председника, супружник има следеће привилегије:

- право на секретара који је државни службеник запослен у Канцеларији председника Републике;
- право на коришћење, на терет буџетских средстава, службеног возила и услуга које су повезане са употребом и одржавањем истог;
- право на месечну накнаду за покривање трошкова репрезентације, у износу 30% плате председника;
- право на накнаду путних и других оправданих трошкова.<sup>63</sup>

Након престанка трајања мандата председника, супружник има право на доживотну месечну накнаду за покривање трошкова репрезентације у износу 20% плате председника. Ово право супружник губи уколико је осуђен за неко од кривичних дела против државе или против службене дужности (за које је, у складу са Кривичним законом Естоније, прописана казна затвора у трајању од најмање 5 година).

Преживели супружник председника Републике има право да захтева од Владе продужење права на коришћење службеног возила и услуга које су повезане са његовом употребом и одржавањем.

У случају смрти председника, супружник, као члан породице који је неспособан за рад, има право на породичну пензију у висини једне половине председничке пензије, с тим да укупан износ пензија које примају чланови породице председника не може бити виши од износа председничке пензије. Право на породичну пензију се у овом случају остварује у складу са условима за породичну пензију предвиђеним Законом о државном пензијском осигурању (*Riikliku pensionikindlustuse seadus*).

Преживели супружник бившег председника има право на породичну пензију без обзира на ограничења и услове који важе за супружника у случају смрти председника, под условом да је удовац, односно удовица, био у браку са председником током трајања његовог мандата. Исплата породичне пензије се у сваком случају обуставља за време издржавања казне или принудног лечења.

---

<sup>63</sup> Супружник председника који је осуђен за неко од кривичних дела против државе или против службене дужности (у складу са Кривичним законом Естоније (Глава 15 и Одељак 2 Главе 17) – *Karistusseadustik*), за које је прописана казна затвора у трајању од најмање 5 година, губи право на наведене посебне привилегије.

У случају смрти председника за време трајања мандата или у року од годину дана након престанка трајања мандата председника, Влада може преживелом супружнику одобрити коришћење просторија за живот, собу за пријем и канцеларије или му може надокнадити разумне трошкове одржавања резиденције до смрти удовца, односно удовице.

Пракса у Естонији показује да је улога супруге председника церемонијална – она је домаћица приликом посета страних државника Естонији и прати председника током званичних посета (у земљи и иностранству). Такође учествује у догађајима који имају важан историјски значај за Естонију (нпр. прослава дана независности) и на званичним пријемима, подржава рад на подизању свести о здравом животу и покровитељ је бројних покрета створених да допринесу бољитку друштва. У оквиру званичне интернет презентације председника Естоније, донедавно постојао је одељак посвећен његовој супрузи на којем су се редовно објављивале информације о њеним активностима и организацијама које она подржава.<sup>64</sup>

У оквиру Културне фондације председника (*Vabariigi Presidendi Kultuurirahastu*), формирана је посебна фондација супруге председника (*Vabariigi Presidendi abikaasa allfond*), у циљу ангажовања у добротворним делатностима и промовисања здравог живота и спортских активности. Фондација додељује награде, стипендије, школарине и подржава образовање деце из најмање привилегованих породица, као и децу и породице у ванредним околностима, стара лица, особе са инвалидитетом и друге људе којима је потребна помоћ.<sup>65</sup>

## 2.9. Литванија

Председник Литваније представља своју земљу у иностранству, шеф је државе и обавља своје дужности у складу са Уставом и законима.<sup>66</sup> За председника може да буде изабран литвански држављанин, али само под условом да има и литванско порекло, који је навршио 40 година живота на дан избора и који је последње три године живео у Литванији, те који би могао да буде биран у Сејм, односно у тамошњи парламент. Председника бирају држављани Литваније који имају активно бирачко право и мандат му траје пет

<sup>64</sup> Вид. <http://www.president.ee/en/president/velin-ilves/index.html>, <http://www.president.ee/ru/president/velin-ilves/index.html>, 30.04.2015. Интернет презентација супруге председника више се не ажурира, јер се председник Естоније у међувремену развео. Вид. <http://www.president.ee/et/vabariigi-president/elulugu/index.html>, 01.05.2015.

<sup>65</sup> Вид. <http://www.president.ee/et/vabariigi-president/institutsioonid/66-vabariigi-presidendi-kultuurirahastu/4911-sihtasutuse-vabariigi-presidendi-kultuurirahastu-pohikiri/layout-institution.html>, <http://www.president.ee/en/president/institutions/146-cultural-foundation-of-the-president-of-the-republ/5063-first-ladys-foundation/layout-institution.html>, 01.05.2015.

<sup>66</sup> Вид. чл. 77. Устава Републике Литваније.

година, уз могућност да буде биран највише два узастопна мандата.<sup>67</sup>

Законом о Председнику Републике Литваније,<sup>68</sup> предвиђено је да супружник председника има следећа права:

- право на обезбеђење, као члан породице (чл. 14, ст. 2);
- право на једнократну накнаду у случају смрти председника за време трајања мандата, у случају нарушавања здравља председника и супружника због вршења дужности које су предвиђене у државном и/или дипломатском протоколу, односно због разлога који су повезани са вршењем функције председника, као и у случају инвалидитета председника или супружника. Износ накнаде зависи од броја преживелих сродника које је председник издржавао и од степена нарушености здравља, односно инвалидитета (чл. 17);
- запослени супружник председника има право на одсуство са посла да би испуњавао дужности одређене државним и/или дипломатским протоколом и право на накнаду за ово време у износу који није мањи од његове просечне зараде (чл. 19, ст. 1);
- право на накнаду трошкова репрезентације у земљи и иностранству који ће бити обрачунати у складу са међународном дипломатском праксом, као и право на месечну накнаду у износу од 15% месечне накнаде председника за трошкове репрезентације, независно од претходно наведених трошкова (чл. 19, ст. 2);
- преживели супружник (садашњег и бившег) председника има право, ако то жели, да му се обезбеди смештај (резиденција) по основу уговора о закупу у складу са поступком који је утврдила Влада Литваније, као и право на једнократну накнаду уколико је утврђено да је бивши председник преминуо због разлога који су повезани са вршењем председничке функције (чл. 23).

## 2.10. Русија

Председник Руске Федерације (даље: Русија) ће бити гарант Устава Русије и људских и грађанских права и слобода. У складу са процедуром утврђеном Уставом, он (она) треба да усвоји мере за заштиту суверенитета Русије, њене независности и интегритета државе, и да обезбеди координирани рад и интеракцију државних

<sup>67</sup> Вид. чл. 78. Устава Републике Литваније.

<sup>68</sup> Lietuvos Respublikos Prezidento Įstatymas, *Žin.*, 1993, Nr. 5-89; 1994, Nr. 94-1835; 1998, Nr. 20-506; 2001, Nr. 21-688; 2003, Nr. 17-702, Nr. 112-4992; 2004, Nr. 98-3631; 2006, Nr. 141-5404; 2008, Nr. 135-5234.

органа власти. Председник ће, у складу са Уставом и федералним законима, одредити основне циљеве унутрашње и спољне политике државе. Председник, као шеф државе, представља Русију у земљи и у иностранству.<sup>69</sup> Председника Русије бирају држављани Руске Федерације са активним бирачким правом на основу општег, једнаког, непосредног изборног права тајним гласањем, а мандат му траје 6 година, што је незнатно дуже у односу на петогодишњи мандат у досад поменутих земљама. Сваки држављанин Русије који је навршио 35 година живота и који је имао пребивалиште у Русији најмање 10 година може да буде биран за председника. Једно лице не може да врши дужност председника више од два узастопна мандата.<sup>70</sup>

Посебна права супружника председника Русије предвиђена су Федералним законом о гаранцијама председнику Руске Федерације и члановима његове породице након престанка обављања дужности председника, а њихово остваривање финансира се средствима из федералног буџета.<sup>71</sup>

Овим законом се супружнику, као члану породице председника којем је престао мандат, гарантује здравствена заштита коју је имао у моменту престанка мандата (чл. 2, ст. 2). Након смрти председника којем је престао мандат, супружник, као члан породице, има следећа права: 1) право на месечну накнаду у износу шестомесечне пензије чија висина се одређује према правилима о висини пензије за одређене категорије осигураника, према федералном закону о државним пензијама; 2) право на коришћење службеног возила и 3) право на здравствену заштиту у периоду од пет година након смрти бившег председника (чл. 8.).

## 2.11. Белорусија

Председник Републике Белорусије је шеф државе, гарант Устава, права и слобода човека и грађанина. Он персонификује јединство нације, гарантује примену основних смерница унутрашње и спољне политике, представља Републику Белорусију у односима са другим државама и међународним организацијама. Председник ће предузимати мере ради заштите суверенитета Републике Белорусије, њене националне безбедности и територијалног интегритета, обезбеђења њене политичке и економске стабилности. Председник ужива имунитет, а његова част и достојанство ће бити заштићени

<sup>69</sup> Вид. чл. 80. Устава Руске Федерације.

<sup>70</sup> Вид. чл. 81. Устава Руске Федерације.

<sup>71</sup> Федералный закон от 12 февраля 2001 г. N 12-ФЗ о гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи, с изменениями и дополнениями от: 24 июля 2007 г., 28 декабря 2010 г., 21 июля 2014 г.

законом.<sup>72</sup> Сваки грађанин Белорусије који је навршио 35 година живота, а који је имао пребивалиште у овој земљи најмање 10 година може да постане председник Белорусије.<sup>73</sup> Председник се бира непосредно, тј. бирају га грађани Белорусије и мандат му траје 5 година.<sup>74</sup> Не постоје ограничења у погледу броја мандата које једно лице може да служи као председник.

На основу Закона о Председнику Републике Белорусије (Закон аб Прэзідэнце Рэспублікі Беларусь, № 3602-ХІІ, 21 лютага 1995), регулисано је само да супружник председника, као члан његове породице, има право на посебне медицинске услуге и на бањско лечење (чл. 37, ст. 7).<sup>75</sup>

## 2.12. Јерменија

Председник Републике Јерменије је шеф државе, који ће настојати да се придржава Устава и да се обезбеди редовно функционисање законодавне, извршне и судске власти. Председник ће бити гарант независности, територијалног интегритета и безбедности Републике Јерменије.<sup>76</sup> Бирају га јерменски држављани и мандат му траје пет година. Свако лице које је навршило 35 година живота, које је држављанин ове земље и са пребивалиштем у њој претходних десет година, са активним бирачким правом може да буде изабрано за председника. Исто лице не може бити бирано више од два узастопна мандата.<sup>77</sup>

На основу посебног закона којим се уређују примања председника Јерменије, његово опслуживање и обезбеђење, супружник председника, као члан породице, има право на обезбеђење и на опслуживање које председнику гарантују државне службе.<sup>78</sup>

<sup>72</sup> Вид. чл. 79. Устава Републике Белорусије.

<sup>73</sup> Вид. чл. 80. Устава Републике Белорусије.

<sup>74</sup> Вид. чл. 81. Устава Републике Белорусије.

<sup>75</sup> Закон Републики Беларусь 21 февраля 1995 г. № 3602-ХІІ о Президенте Республики Беларусь. Изменения и дополнения: Закон Республики Беларусь от 18 апреля 1996 г. № 236-ХІІІ (Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь, 1996 г., № 12, ст.157), от 3 мая 1996 г. № 440-ХІІІ (Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь, 1996 г., № 21, ст.380), от 7 июля 1997 г. № 52-3 (Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь, 1997 г., № 24, ст.463); от 9 июля 1999 г. № 285-3 (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 1999 г., № 54, 2/56), от 9 октября 2000 г. № 428-3 (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2000 г., № 100, 2/203), от 6 октября 2006 г. № 166-3 (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2006 г., № 166, 2/1263).

<sup>76</sup> Вид. чл. 49. Устава Републике Јерменије.

<sup>77</sup> Вид. чл. 50. Устава Републике Јерменије.

<sup>78</sup> Вид. чл. 4. Закон Республики Армения о вознаграждении, обслуживании президента Республики Армения и обеспечении его безопасности, 5.03.1996; 29.04.2008; 26.02.2013; 12.12.2013; 04.03.2015.

### 2.13. Молдавија

Председник Молдавије је шеф државе, представља земљу и гарант је националне суверености, као и територијалног интегритета државе.<sup>79</sup> Председника бира парламент,<sup>80</sup> а мандат му траје 4 године и једно лице може да врши дужност највише два узастопна мандата.<sup>81</sup>

Према Закону о омогућавању активности председника Републике Молдавије, супружник председника, као члан породице, има право на лекарску помоћ (бесплатна лекарска нега, право на личног доктора и право на бесплатно бањско лечење) и право на обезбеђење.<sup>82</sup> Средства за остваривање ових права обезбеђују се из буџета.<sup>83</sup>

### 3. Закључна разматрања

Када се са упоредноправног становишта погледа на који је начин регулисана материја положаја супружника председника у некадашњим комунистичким земљама, уочава се шароликост. Постоје земље у којима су ова питања детаљно регулисана, али и оне у којима су једва и дотакнута. Могуће је, ипак, уочити и заједничку нит - положај супружника шефа државе је углавном регулисан када је реч о правима која су у домену радноправне материје, као и права из социјалног осигурања у најширем смислу. Такође, супружницима се гарантују бројне привилегије које се тичу протокола, те им се у неким земљама обезбеђују и одговарајуће службе које им у томе помажу и омогућава им се да користе службена возила и просторије. У случају потребе, председников супружник има и право да се о његовој безбедности, уколико је угрожена, старају државни органи. Када је реч о обавезама, оне су одраз настојања да се избегну потенцијални случајеви сукоба интереса па се, пре свега, концентришу на обавезу пријављивања имовине председника и његовог супружника, како за време, тако и након престанка трајања мандата.

Евидентно је да се у регулисању положаја супружника шефа државе углавном пошло од минималистичког приступа и да су бројна питања остала изван разматрања законодавца. Ипак, та чињеница не спречава да брачни друг шефа држава има богату и значајну улогу кроз бројне друштвене ангажмане и рад на унапређењу бољитка

<sup>79</sup> Вид. чл. 77. Устава Републике Молдавије.

<sup>80</sup> Вид. чл. 78. Устава Републике Молдавије.

<sup>81</sup> Вид. чл. 80. Устава Републике Молдавије.

<sup>82</sup> Вид. чл. 8. и 10, Lege Nr. 1111 din 11.03.1997 privind asigurarea activității Președintelui Republicii Moldova, *Monitorul Oficial*, Nr. 16-17/1997, 121-123/2010, 65-68/2011).

<sup>83</sup> Вид. чл. 18, Lege Nr. 1111 din 11.03.1997 privind asigurarea activității Președintelui Republicii Moldova.

друштва. Моћ супружника председника у многоме не извире из норми које уређују његов положај, јер њих готово и да нема, већ из снаге његове личности и посвећености коју показује у одржању и промовисању вредности своје земље.

На крају, намеће се питање да ли је исправнији приступ у оним земљама у којима је ова материја овлаш дотакнута или у оним државама које су је детаљније регулисале. Мишљења смо да је боље да се ова проблематика уреди, што је више могуће, баш због њене важности, иако се она можда не види на први поглед. Супружник председника је лице чија се улога понекад довољно јасно не уочава, али често може да буде од велике друштвене важности. Због тога би требало правно регулисати, оно што се правом дâ уредити, опет водећи рачуна да се то уради са правом мером, јер би се и на тај начин у овој области постигла већа правна сигурност, а тиме би се положај председника и поверење у њега додатно ојачали.

**Aleksandra Višekruna, M.A.**

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

**Miloš Stanić, M.A.**

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

## **POSITION OF PRESIDENTIAL SPOUSE IN CERTAIN EUROPEAN POSCOMMUNIST COUNTRIES**

### **Summary**

Position of president of the republic worldwide has been vastly discussed in domestic and foreign literature. However, the position of presidential spouse, as far as the authors know, hasn't been under much scrutiny. That very fact has instigated the authors to research this matter and give incentive for further scientific research. The object of analysis are only certain European countries, because the intention was to analyse European countries that were the part of so-called 'communist bloc'. This

is logical choice, having in mind that our country was also part of that milieu. The paper consists of three parts – introduction that gives brief overview of the position of president in these countries, main part that contemplates concrete solutions and concluding remarks that intent to summarize findings of the research.

**Keywords:** president of republic, presidential spouse, European countries, communist bloc.

## STICANJE STVARNIH PRAVA NA NEPOKRETNOSTIMA U DOBROJ VERI U NEMAČKOM PRAVU

### *Apstrakt*

*Nemačko pravo predviđa mogućnost sticanja stvarnog prava na nepokretnosti ili takvog prava na već postojećem stvarnom pravu na nepokretnosti u dobroj veri od strane savesnog sticaoca, te u njegovu korist važi neoboriva pretpostavka da je zemljišna knjiga tačna iako to u stvarnosti nije, pod uslovom da u istu nije upisan protest zbog netačnosti - Widerspruch ili da sticaocu netačnost nije bila poznata. Sticanje u dobroj veri je predviđeno u korist sticaoca koji stiče na osnovu pravnog posla, a odgovarajuće se primenjuje kada je osnov sticanja drugo raspolaganje lica koje je upisano kao imalac prava u korist savesnog sticaoca, te kada imalac nekog stvarnog prava upisanog u zemljišnoj knjizi na osnovu tog prava ima obavezu na odgovarajuće činidbe prema upisanom imaoocu nekog drugog stvarnog prava, a koji nije i njegov stvarni imalac. Uz ispunjenje svih zakonskih pretpostavki sticanje savesnog sticaoca je konačno.*

**Ključne reči:** sticanje u dobroj veri, raspolaganje, zemljišna knjiga, stvarno pravo, nemačko pravo.

### 1. Uvod

U § 892 BGB<sup>2</sup> je predviđena mogućnost sticanja stvarnih prava na nepokretnosti ili stvarnih prava na nekom već upisanom pravu na nepokretnosti u dobroj veri i to u slučaju da se takva prava stiču na osnovu pravnog posla. U § 893 BGB proširena je oblast primene ovog instituta i na slučajeve kada je onaj čije je pravo upisano u zemljišnoj knjizi

<sup>1</sup> Univerzitet Privredna akademija Novi Sad; e-mail: vukotic.jasmina@mts.rs

<sup>2</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Nemački građanski zakonik) - BGB, *RGBl*, S. 195, Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBl*, I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, poslednje izmene od 1. oktobra 2013, *BGBl*, I S. 3719.

obavezan na osnovu tog prava na određene činidbe prema drugom licu koje je upisano kao imalac nekog drugog stvarnog prava, kao i na druga raspolaganja upisanog imaoca prava u korist savesnog sticaoca kojima nije osnov pravni posao. Prema sticaocu u dobroj veri deluje neoboriva pretpostavka<sup>3</sup> <sup>4</sup> tačnosti zemljišne knjige tj. ista važi kao da je tačna iako u stvarnosti to nije slučaj, osim ako je protiv netačnosti zemljišne knjige upisan protest - *Widerspruch* ili ako je sticaocu poznata netačnost zemljišne knjige. Takođe, relativna ograničenja prava raspolaganja prenosioca deluju prema savesnom sticaocu samo u slučaju ako je njihovo postojanje vidljivo iz zemljišne knjige ili ukoliko je poznato sticaocu.

Iz gore navedenog proizilazi da savesni sticalac stiče neko stvarno pravo na nepokretnosti od lica koje nije stvarni imalac tog prava - *Nichtberechtigter*, ali je to lice upisano u zemljišnu knjigu i kao takvo je legitimisano da vrši raspolaganje tj. postoji privid da je to lice imalac stvarnog prava iako to u stvarnosti nije - *Rechtsschein*.<sup>5</sup>

U radu će najpre biti razmatrana sadržina zemljišne knjige i prepreke za sticanje u dobroj veri tj. koji podaci upisani u zemljišnoj knjizi uživaju poverenje savesnog sticaoca i kada to poverenje ne uživaju, a zatim će biti reči o vrstama raspolaganja *Nichtberechtigter*-a odn. o sticanjima koja se smatraju sticanjima u dobroj veri.<sup>6</sup>

## 2. Merodavna sadržina zemljišne knjige<sup>7</sup> za sticanje u dobroj veri

Pod sadržinom zemljišne knjige se podrazumeva ukupnost, prema zemljišnoknjižnom sistemu, dopuštenih upisa koji se odnose na pravno

<sup>3</sup> Za razliku od § 891 BGB gde je pretpostavka tačnosti i potpunosti zemljišne knjige oboriva kod sticanja u dobroj veri ona je neoboriva, što proširuje oblast njene primene. Naime, pretpostavka iz § 891 BGB je oboriva pretpostavka samo o tačnosti zemljišne knjige (tj. da upisana prava važe kao postojeća i da izbrisana prava važe kao nepostojeća), dok shodno § 892 BGB u korist savesnog sticaoca važi ne samo neoboriva pretpostavka o tačnosti već i o potpunosti zemljišne knjige (tj. da se smatraju kao nepostojeća i neupisana prava i ograničenja raspolaganja). Sa druge strane neoboriva pretpostavka iz § 892 deluje samo u korist savesnog sticaoca, dok oboriva pretpostavka iz § 891 deluje kako u korist, tako i na štetu upisanog i na nju se može pozvati svako zainteresovano lice.

<sup>4</sup> Shvatanje o neoborivoj pretpostavci nije opšte prihvaćeno. Shodno vladajućem mišljenju ovde se radi o fikciji. V. K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht*, München 2003., 101, F. Lent, *Sachenrecht - ein Studienbuch*, München und Berlin 1960., 59-61, kao i M. E. Rinne, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2004., 293-294 i fn.2.

<sup>5</sup> Postoje teorije koje na različite načine opravdavaju sticanje u dobroj veri. Po jednoj-legitimacionoj teoriji odlučujuće je ovlašćenje raspolaganja dodeljeno upisanom licu na osnovu zakona odn. legitimacija za raspolaganje sadejstvom, a po drugima dobra vera sticaoca. V. K. H. Schwab, H. Prütting, 106.

<sup>6</sup> Postoje specifičnosti sticanja određenih stvarnih prava u dobroj veri, o kojima ovde nećemo bliže govoriti. Više o sticanju hipoteke u dobroj veri V. J. Schapp, *Sachenrecht*, München 1989., 235-241. Bliže o savesnom sticanju hipoteke u obliku pisma V. W. Gerhardt, *Immobilarsachenrecht - Grundeigentum und Grundhandrechte*, München 2001., 114-17.

<sup>7</sup> Pod zemljišnom knjigom se u gore navedenom kontekstu podrazumeva list zemljišne knjige u koji je upisana predmetna nepokretnost - *Grundbuchblatt*. O ovome V. M. E. Rinne, 295.

stanje<sup>8</sup> određene nepokretnosti.<sup>9</sup> To znači da su merodavni upisi u svim odeljcima zemljišnoknjižnog lista (naravno upisi koji su predmet dobre vere), te da javno poverenje uživaju i upisi učinjeni na pogrešnim mestima u okviru jednog zemljišnoknjižnog lista. Takođe, sadržini zemljišne knjige pripadaju i dopuštena pozivanja na odobrenje za upis shodno § 874 BGB<sup>10</sup>, ali ne i sadržina ostalih akata priloženih prilikom upisa.<sup>11</sup>

U korist savesnog sticaoca neoboriva pretpostavka tačnosti zemljišne knjige obuhvata postojanje upisanih prava, njihovu sadržinu, njihov rang, kao i nepostojanje neupisanih tereta i ograničenja. Takođe, ukoliko je neko stvarno pravo stečeno pod uslovom, a isti nije vidljiv iz zemljišne knjige, u korist savesnog sticaoca važi pretpostavka njegovog nepostojanja. Kao što je rečeno ova pretpostavka važi u korist savesnog sticaoca, a ne na njegovu štetu, a takođe pretpostavka važi i u korist njegovih naslednika.<sup>12 13</sup>

Dalje, u odnosu na neka stvarna prava čiji se upis vrši u različite zemljišnoknjižne listove odn. u različite zemljišne knjige potrebno je odrediti koji upisi čine podlogu za sticanje u dobroj veri. Tako je kod stvarnih službenosti merodavan upis u list poslužnog dobra, a ne i eventualni upis na odgovarajućem mestu u listu povlasnog dobra. Kod prava građenja za njegovo postojanje i rang je merodavan upis u listu poslužnog dobra (gde se ovo pravo upisuje kao opterećenje poslužnog dobra), a za njegovu sadržinu, obim, opterećenja i otuđenja merodavan je upis u posebnoj knjizi koja se formira za upis prava građenja.<sup>14</sup>

Takođe, poverenje uživaju i podaci o graničnoj liniji između dve nepokretnosti jer ovi podaci određuju sadržinu i obim prava svojine ili nekog

<sup>8</sup> Na pravno stanje nepokretnosti odnose se svi upisi stvarnih prava na nepokretnosti (npr. svojina, modifikacije prava svojine, pravo građenja, založna prava, prava službenosti i druga ograničena stvarna prava), kao i svi upisi stvarnih prava na već postojećim stvarnim pravima na nepokretnosti (plodouživanje i založno pravo).

<sup>9</sup> M. E. Rinne, 295.

<sup>10</sup> Ovaj paragraf predviđa da se, prilikom upisa nekog prava kojim se vrši opterećenje nepokretnosti, može za bliže određenje sadržine tog prava pozvati na odobrenje za upis, ukoliko zakon ne propisuje nešto drugo.

<sup>11</sup> M. E. Rinne, 295.

<sup>12</sup> O ovome bliže V. *Ibid.*

<sup>13</sup> Postavlja se pitanje da li merodavnu sadržinu zemljišne knjige za sticanje u dobroj veri čine i stvarna prava koja su sposobna za upis, ali čiji upis nije neophodan. Shodno starijim shvatanjima u pravnoj teoriji ova prava su isključena od sticanja u dobroj veri pre nego što budu upisana, a nakon upisa u zemljišnu knjigu dopušteno je njihovo sticanje u dobroj veri. Sa druge strane, ukoliko ova stvarna prava nisu upisana njihov imalac rizikuje da ih izgubi usled sticanja u dobroj veri jer sticalac u dobroj veri stiče nepokretnost bez tereta koji nisu upisani. Drugačije je kod starih stvarnih službenosti koje se mogu suprotstaviti i savesnom sticaocu povlasnog dobra iako nisu upisane (te ne postoji ni posredna obaveza upisa), ali ako su upisane onda potpadaju pod opšta pravila. O ovome V. M.E. Rinne, 296-297.

<sup>14</sup> Ovakav upis prava građenja posledica je dvostruke pravne prirode ovog prava, koje je sa jedne strane stvarnopravno opterećenje nepokretnosti na kojoj se zasniva, a sa druge strane posebno stvarno pravo slično nepokretnosti, iz čega proizilazi obaveza njegovog dvostrukog upisa (u listu poslužnog dobra i u posebnoj zemljišnoj knjizi u posebno za njega formiranom listu).

drugog zemljišnoknjižnog prava. Ovo znači da će savesni sticalac steći npr. svojinu i na delovima neke nepokretnosti koji u stvarnosti pripadaju susednoj nepokretnosti ako su u zemljišnoj knjizi oni označeni kao delovi nepokretnosti koja se otuđuje, sem ako se u stvarnopravnoj saglasnosti - *Auflassung*-u<sup>15</sup> ugovorne strane dogovore da će nepokretnost biti stečena u njenim stvarnim granicama.<sup>16 17</sup>

Predmet javnog poverenja čine i upisana relativna ograničenja raspolaganja u korist određenog lica, te ukoliko su takva ograničenja vidljiva iz zemljišne knjige ili ukoliko su poznata sticaocu isti ne može steći stvarno pravo u dobroj veri. Podobna za upis su samo relativna ograničenja raspolaganja odn. zabrane (tj. takva ograničenja koja deluju u korist određenog lica), u koja spadaju pre svega ograničenja odnosno zabrane koje izriču sudovi ili drugi organi javne vlasti (zabrana raspolaganja nastala usled zaplene u izvršnom postupku, zabrana raspolaganja na osnovu privremene mere i sl.), mada se ista mogu zasnivati i na zakonu.<sup>18 19</sup> Nasuprot tome, apsolutne zabrane i ograničenja nisu podobna za upis i ista deluju prema svima iako nisu upisana, pa prema tome i prema sticaocu u dobroj veri. Ovdje je potrebno istaći da i relativna ograničenja raspolaganja proizvode dejstvo i bez upisa tj. da upis nije konstitutivni momenat za njihovo dejstvo, ali da njihov neupisivanje u zemljišnu knjigu dovodi do toga da su ona bez dejstva u odnosu na sticaoca u dobroj veri ukoliko on nije znao za njihovo postojanje. Za razliku od stvarnih prava na nepokretnosti i stvarnih prava na već postojećim stvarnim pravima na nepokretnosti kod kojih upis ima konstitutivno dejstvo, tako da se savesni sticalac u dobroj veri može pozvati kako na njihovo postojanje (pozitivni publicitet), tako i na njihovo nepostojanje (negativni publicitet)<sup>20</sup>, kod ograničenja raspolaganja koja deluju u korist određenog lica postoji samo negativni publicitet tj. savesni sticalac može steći

<sup>15</sup> *Auflassung* je stvarnopravna saglasnost koja je usmerena na prenos prava svojine i ista mora biti sačinjena pred nadležnim organom (obično notarom) uz istovremeno prisustvo obe ugovorne strane. *Auflassung* je regulisan u § 925 i § 925a BGB.

<sup>16</sup> V. M. E. Rinne, 296 i u fn. 24 citirana literatura.

<sup>17</sup> Ovo znači da će i činjenice koje služe individualizaciji nepokretnosti biti predmet javnog poverenja. V. K.H. Schwab, H. Prütting, 100-101, kao i K. Schreiber, *Sachenrecht*, Boorberg Verlag, Stuttgart 1993., 241 i F. Lent, 58-59.

<sup>18</sup> Nasuprot tome ugovorena ograničenja raspolaganja nisu sposobna za upis jer nemaju stvarnopravno dejstvo. V. K. H Schwab, H. Prütting, 104-105 i F. Lent, 61.

<sup>19</sup> Neki autori smatraju da se § 892 BGB shodno primenjuje i na određena apsolutna ograničenja raspolaganja, kao što ograničenja koja se odnose na testamentalne naslednike i na prethodne naslednike. Bliže o ovome, kao i o odnosu između zabrana i ograničenja raspolaganja V. J. Schapp, 202-203

<sup>20</sup> Razlikovanje između pozitivnog i negativnog publiciteta ne treba da zbuni jer i u jednom i u drugom slučaju lice koje je upisano u zemljišnu knjigu kao ovlašćeno lice u stvarnosti to nije i njegovo raspolaganje tuđim pravom imaće dejstvo ukoliko su ispunjene sve pretpostavke za sticanje u dobroj veri. Kod pozitivnog publiciteta raspolaganje se odnosi na samo pravo koje je netačno upisano u korist prividnog imaoaca prava, dok se kod negativnog publiciteta radi o tome da upisano lice raspolože pravom koje mu stvarno pripada, ali koje je u zemljišnoj knjizi netačno upisano kao besteretno iako u stvarnosti tereti ili ograničenja postoje.

u dobroj veri neko pravo ukoliko postojanje ograničenja raspolaganja nije bilo vidljivo iz zemljišne knjige ili sticaocu nije bilo poznato.<sup>21</sup>

Nasuprot tome, postoje upisi koji ne uživaju javno poverenje, te u pogledu tih upisa nije moguće sticanje u dobroj veri. Ovde se mogu ubrojiti ništavi upisi<sup>22</sup>, upisi koji su sadržinski nedopušteni<sup>23</sup>, upisi prava koja nisu sposobna za upis, upisi činjeničnih podataka o nepokretnosti (geografski položaj, veličina, kultura, obradivost i sl.), obligacioni zahtevi, podaci o udelima sanaslednika ili bračnih drugova na zajedničkoj imovini, *Widerspruch*, nedostatak identiteta između upisanog lica i lica koje vrši raspolaganje, lični odnosi upisanog lica i sl.<sup>24</sup> Takođe, u slučaju postojanja dvostrukog upisa (dva upisa koja su međusobno suprotna) isključeno je sticanje u dobroj veri već je merodavno stvarno stanje.<sup>25 26</sup>

### 3. Prepreke za sticanje u dobroj veri

Neće doći do sticanja u dobroj veri ukoliko je protiv tačnosti zemljišne knjige bio upisan protest - *Widerspruch* ili ukoliko je njena netačnost bila poznata sticaocu.

#### 3.1. *Widerspruch*

Upisani protest protiv tačnosti zemljišne knjige sprečava sticanje u dobroj veri čak i kada njegov upis nije bio poznat sticaocu. Merodavan je samo protest upisan u korist stvarnog imaoca prava, a ne i protest upisan u korist nekog drugog lica.<sup>27</sup> Upisani protest u korist stvarnog vlasnika sprečava prenos prava svojine od strane upisanog lica, kao i opterećenje prava svojine. Potrebno je da *Widerspruch* bude upisan u zemljišnu knjigu pre upisa prava savesnog sticaoca da bi sprečio njegovo sticanje u dobroj veri. Ovde nije merodavan momenat kada je podnet zahtev za upis, tako

<sup>21</sup> Nasuprot tome, u slučaju da je relativno ograničenje raspolaganja ostalo upisano u zemljišnoj knjizi, a u stvarnosti je prestalo da postoji, s obzirom da ovaj upis nema konstitutivno dejstvo za postojanje ograničenja raspolaganja, isto nema značaja za sticanje u dobroj veri. Sporno je samo da li jedan pravni odnos nastao na osnovu netačno upisanog ograničenja raspolaganja ima pozitivni publicitet. Uglavnom se na ovo pitanje odgovara negativno. O ovome bliže V. J. Schapp, 203.

<sup>22</sup> Ništavost upisa morada bude očigledna (npr. upisi izvršeni od nenadležne vlasti, od funkcionalno nenadležnog službenika i sl.). O tome da ništavi upisi ne uživaju javno poverenje V. K. H. Schwab, H. Prütting, 101 i F. Lent, 59.

<sup>23</sup> Sadržinski nedopušteni upisi su npr. upisi koji su nepotpuni, protivurečni, nejasni i sl. O ovome bliže V. M. E. Rinne, 298.

<sup>24</sup> Bliže o upisima koji ne uživaju javno poverenje V. *Ibid.*, 297-300.

<sup>25</sup> Ovo važi i u slučaju upisa istog prava u više zemljišnoknjižnih listova, što se može desiti ako je izvršena deoba nepokretnosti, a nije sproveden otpis iz zemljišnoknjižnog lista u kome je ranije bila upisana nepodeljena nepokretnost.

<sup>26</sup> O dvostrukom upisu i o tome da se u tom slučaju niko ne može pozvati na zemljišnoknjižno stanje V. F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1970., 189.

<sup>27</sup> V. M. E. Rinne, 307 i fn. 142 i J. Kropholler, *Bürgerliches Gesetzbuch - Studienkommentar*, München 2003., 622.

da je moguće da kasnije podneti *Widerspruch*, koji bude upisan pre prava savesnog sticaoca isključujući njegovo sticanje u dobroj veri.<sup>28</sup> Ukoliko je protest izbrisan smatra se da nije ni bio upisan. Međutim, ukoliko je isti izbrisan a nisu postojali razlozi za njegovo brisanje, a to je sticaocu bilo poznato, on se smatra postojećim.<sup>29</sup>

### 3.2. Nesavesnost sticaoca

Nesavestan je sticalac ukoliko je znao da je zemljišna knjiga netačna. Potrebno je njegovo pozitivno znanje, nije dovoljna gruba nepažnja. S obzirom da sticalac nema obavezu uvida u zemljišnu knjigu i da i u tom slučaju u njegovu korist deluje neoboriva pretpostavka tačnosti i potpunosti zemljišne knjige, isti u slučaju sumnje da postoji netačnost zemljišne knjige nije u obavezi da je istražuje. Činjenicu znanja je teško dokazati, po vladajućem shvatanju u teoriji nije dovoljan *prima-facie* dokaz<sup>30</sup>, tako je uloga suda prilikom slobodne ocene dokaza veoma značajna. Dalje, za nesavesnost nije dovoljno da su sticaocu bile poznate činjenice na kojima se zasniva netačnost zemljišne knjige već je potrebno da je on iz tih činjenica izvukao zaključak o netačnosti zemljišne knjige. Znači, da relevantna pravna zabluda isključuje znanje sticaoca i pored toga što su mu poznate činjenice. Pitanje je koja će se pravna zabluda smatrati relevantnom. To nije npr. pogrešna pravna procena jednog valjanog upisa ili neznanje promenjenog pravnog značenja koji jedan upis ima usled promene zakona.<sup>31</sup> Sticalac nije obavezan da dokazuje svoju pravnu zabludu<sup>32</sup>, ali mora se raditi o verodostojnoj pravnoj zabludi, koja može biti opovrgnuta dokazom da je on shodno svom znanju, sposobnostima i opštem životnom iskustvu bio sposoban da dođe do zaključka na osnovu činjenica koje su mu bile poznate.<sup>33</sup> Tako onaj kome je poznata nesposobnost raspolaganja otuđioca zna na osnovu opšteg životnog iskustva da tako upisani otuđilac nije mogao punovažno postati vlasnik.<sup>34</sup> U slučaju da je sticalac zastupano lice odlučujuće je znanje zastupnika o netačnosti zemljišne knjige.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> V. M.E. Rinne, 307 i fn. 140 i 141, kao i K. H. Schwab, H. Prütting, 100 i O. Palandt *et al.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003., 1364.

<sup>29</sup> V. M.E. Rinne, 308 i fn. 147.

<sup>30</sup> V. *Ibid.*, 309 i fn. 157, kao i H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar*; Luchterhand, Köln 2009., 1782.

<sup>31</sup> V. M.E. Rinne, 309 i fn. 162 i 163.

<sup>32</sup> V. *Ibid.*, 309 i fn. 168. Teret dokazivanja je na strani oštećenog tj. stvarnog imaooca prava. V. F. Baur, 192.

<sup>33</sup> V. M.E. Rinne, 310 i fn. 169, kao i F. Baur, 192.

<sup>34</sup> V. M.E. Rinne, 310 i fn. 170.

<sup>35</sup> Samo u slučaju da je ovlašćenje za zastupanje takvo da je zastupnik vezan uputstvima vlastodavca, vlastodavac se u slučaju svoje nesavesnosti ne može pozivati na savesnost zastupnika. V. F. Baur, 193.

Za savesnost je merodavan momenat podnošenja zahteva za upis odn. momenat ispunjavanja poslednje pretpostavke za sticanje nekog stvarnog prava, a čije preduzimanje zavisi od sticaoca (npr. postignuta stvarnopravna saglasnost - *Einigung* nakon podnošenja zahteva za upis, predaja hipotekarnog pisma, kao i isplata hipotekarnog potraživanja<sup>36</sup>). Zahtev je podnet kada je stigao kod zemljišnoknjižne vlasti, a nije merodavan momenat kada je notar ovlašćen za njegovo podnošenje.<sup>37</sup> Ukoliko nakon predaje zahteva za upis sticalac sazna za netačnost zemljišne knjige on ostaje savestan jer mu ova naknadna nesavesnost ne može da škodi. Što se tiče *Vormerkung*-a potrebno je da sticalac bude savestan u trenutku podnošenja zahteva za njegov upis.<sup>38</sup> Specifičan slučaj je kada *Nichtberechtigzte* još uvek nije upisan u zemljišnu knjigu, a vrši raspolaganja u korist savesnog sticaoca. U tom slučaju sticalac mora biti savestan sve do momenta upisa njegovog prethodnika u zemljišnu knjigu iako je ranije podneo zahtev za upis svog prava odn. mora biti savestan do momenta nastupanja ostalih pretpostavki bitnih za sticanje prava ako one nastupaju posle upisa.<sup>39</sup> Ukoliko *Nichtberechtigzte* ne bude nikada upisan u zemljišnu knjigu onda neće moći doći do primene § 892 BGB.<sup>40</sup>

#### **4. Priznata raspolaganja<sup>41</sup> od strane lica koje je upisano kao imalac prava – *Nichtberechtigzte***

Shodno odredbama § 892 i § 893 BGB raspolaganja na koja je *Nichtberechtigzte* ovlašćen mogu biti:

- raspolaganje stvarnim pravom na nepokretnosti ili stvarnim pravom na takvom stvarnom pravu na osnovu pravnog posla;
- izvršenje činidbe u korist *Nichtberechtigzte*-a (tj. njegovo primanje iste) kada činidbu izvršava lice čije je stvarno pravo upisano u zemljišnoj knjizi, na osnovu kog prava ima obavezu izvršenja određene činidbe;

<sup>36</sup> Ovaj poslednji slučaj je sporan u teoriji, V. M.E. Rinne, 311 i fn. 182a.

<sup>37</sup> V. *Ibid.*, 311 i fn. 180.

<sup>38</sup> Ovaj momenat ostaje merodavan za kasnije sticanje kroz *Vormerkung* obezbeđenog stvarnog prava. V. Odluku BGH NJW 1981, 446 - Nacherben, u: H. Braunschneider, K. C. Bode, *Best of BGB - die wichtigsten Entscheidungen zum Zivilrecht*, BGH, RG, BVerfG, OLG, Ach-So! Verl., Köln 1994., 466-469.

<sup>39</sup> V. M.E. Rinne, 312 i fn. 188 i 191.

<sup>40</sup> V. *Ibid.*, 312 i fn. 192.

<sup>41</sup> Posmatrano sa strane savesnog sticaoca može se govoriti o sticanjima u njegovu korist (na osnovu pravnog posla ili na osnovu drugog raspolaganja koje nije pravni posao) odn. kada su u pitanju činidbe o oslobađanju od obaveze na izvršenje te činidbe ukoliko je ista izvršena licu koje je u zemljišnu knjigu upisano kao prividni imalac prava koje ga ovlašćuje da zahteva određenu činidbu.

- drugo raspolaganje stvarnim pravom koje se ne može podvesti pod raspolaganje na osnovu pravnog posla.

#### 4.1. Raspolaganje na osnovu pravnog posla

Kada govorimo o raspolaganju nekim stvarnim pravom na nepokretnosti odn. stvarnim pravom na tom pravu na osnovu pravnog posla tj. sticanju istog u korist savesnog sticaoca, možemo reći da se na taj način mogu steći sledeća prava: pravo svojine na nepokretnosti, neko ograničeno stvarno pravo na nepokretnosti na osnovu uspostavljanja istog od strane upisanog prividnog imaoca prava, prenos takvog ograničenog stvarnog prava, besteretno sticanje prava svojine ili nekog ograničenog stvarnog prava ukoliko su ispunjene sve pretpostavke za sticanje u dobroj veri i sticanje ograničenog stvarnog prava na već upisanom stvarnom pravu na nepokretnosti (opterećenjem ovog prava plodouživanjem ili založnim pravom).

Nasuprot tome, ne smatra se sticanjem na osnovu pravnog posla prenošenje ovlašćenja za raspolaganje sa jednog lica na drugo koje time ne postaje imalac prava (npr. prenošenje ovlašćenja na stečajnog upravnika u stečajnom postupku), kao ni fiducijarni prenos nekog prava.<sup>42 43</sup>

Kada govorimo o pravnom poslu treba imati u vidu tzv. raspoložuci pravni posao - *Verfügungsgeschäft*, a ne obavezujući, obligacioni pravni posao - *Verpflichtungsgeschäft* jer ovaj poslednji ne dovodi do promene u nekom stvarnom pravu i isti ne može biti osnov za sticanje u dobroj veri. Stvarnopravna promena nastupa na osnovu uzajamnog postojanja stvarnopravne saglasnosti - *Einigung* i upisa - *Eintragung*.<sup>44</sup>

Dalje, ne mogu svi pravni poslovi biti osnov sticanja u dobroj veri. To mogu biti samo takvi pravni poslovi kojima se istovremeno vrši promet nekog prava - *Verkehrsgeschäft* tj. kod kojih se na strani sticaoca pojavljuju druga lica koja se razlikuju od otuđioca. Bitno je da sticalac ni na koji način (ni posredno odn. poslovno) ne pripada drugoj ugovornoj strani tj. da postoji privredna razmena dobara između privredno različitih lica.<sup>45 46</sup>

<sup>42</sup> V. M. E. Rinne, 301.

<sup>43</sup> Nasuprot tome kod sticanja na osnovu zakona i na osnovu akata nadležnih javnih vlasti (kao npr. sticanja u izvršnom postupku, u postupku eksproprijacije, na osnovu nasleđivanja i sl.) je isključena primena pravila o sticanju u dobroj veri. Bliže o pojedinim vrstama sticanja koja nisu sticanja na osnovu pravnog posla V. M. E. Rinne, 301-304 i na tim stranama citirana literatura, kao i F. Baur, 190-191 i H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, 1781, te W. Rother, *Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Sachenrecht*, Heidelberg 1977., 47-48.

<sup>44</sup> V. § 875 BGB.

<sup>45</sup> To znači da nije dovoljna samo promena subjekata u pravnotehničkom smislu, potrebno je da se strane međusobno razlikuju i u privrednom smislu.

<sup>46</sup> Nasuprot tome za sticanje u dobroj veri nije od značaja dalije pravni posao teretan ili dobročin. V. F. Baur, 191.

U teoriji postoje različita određenja tzv. prometnog pravnog posla (kao pravnoposlovno sticanje od strane trećeg - *rechtgeschäftlicher Dritterwerb* ili kao *rechtgeschäftliche Sondernachfolge*)<sup>47</sup> Imajući u vidu gore navedene karakteristike prometnog pravnog posla pod isti se ne mogu podvesti: spajanje i pripis nepokretnosti odn. delova nepokretnosti, ustanovljenje vlasničkog zemljišnog duga, promena pravne forme veze između vlasnika nepokretnosti (npr. pretvaranje zajedničke svojine u susvojину)<sup>48</sup>, kao i uspostavljanje zemljišnog duga u korist jednog zajedničara od strane ostalih zajedničara.<sup>49</sup> Dalje, pitanje karaktera pravnog posla kao prometnog se postavilo i u slučajevima kada otuđilac upisan kao imalac prava (koji nije i njegov stvarni imalac) otuđi to pravo trećem licu a za sebe zadrži<sup>50</sup> neko delimično odn. ograničeno stvarno pravo.<sup>51</sup> Po vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji sticanje takvog delimičnog prava nije moguće u dobroj veri.<sup>52 53</sup>

Pod prometni pravni posao ne spadaju ni slučajevi kada se izvrši prodaja pravnog lica na sve njegove članove i obrnuto (jer postoji faktički identitet između otuđioca i sticaoca)<sup>54 55</sup>

## 4.2. Izvršenje činidbe u korist *Nichtberechtigte*-a

U § 893 st. a je regulisan slučaj kada onaj ko je upisan u zemljišnu knjigu kao imalac nekog stvarnog prava na nepokretnosti ili na nekom stvarnom pravu na nepokretnosti, na osnovu tog prava ima obavezu

<sup>47</sup> O ovome bliže V. M. E. Rinne, 304 i fn. 105 i 106.

<sup>48</sup> Ne radi se o prometnom pravnom poslu i u slučaju kada se na strani sticaoca nalazi manje lica nego na strani otuđioca (npr. kada zajedničari otuđe zajedničku imovinu jednom ili nekolicini zajedničara), međutim ukoliko na strani sticaoca postoji više lica nego na strani otuđioca biće reči o prometnom pravnom poslu. O ovome V. *Ibid.*, 305 i fn. 117 i 118.

<sup>49</sup> V. *Ibid.*, 306 i fn. 122.

<sup>50</sup> Sticalac vrši ustanovljenje ograničenog stvarnog prava u korist ranijeg otuđioca.

<sup>51</sup> Npr. u slučaju kada jedan sanaslednik prenese svoj naslednički udeo drugom sanasledniku koji postaje vlasnik nepokretnosti uz obavezu da u korist drugog sanaslednika ustanovi hipoteku do potpune isplate njegovog nasledničkog udela tzv. *Restkaufgeldhypothek*. O ovome bliže V. L. Wittkowski, *Die Lehre vom Verkehrsgeschäft*, Berlin 1990., 170-181.

<sup>52</sup> O shvatanjima o nemogućnosti sticanja u dobroj u ovom slučaju, argumentima tih shvatanja, kao i o shvatanjima koja se zalažu za primenu § 892 BGB V. *Ibid.*

<sup>53</sup> L. Wittkowski se zalaže da se ovaj slučaj reši tako što će se učenje o prometnom pravnom poslu zameniti primenom § 816 BGB (koji § reguliše odnose između *Nichtberechtigte*-a i stvarnog imaoa prava i obavezuje ovog prvog na predaju onoga što je dobio od suprotne strane kao naknadu za pravo kojim je raspolagao). V. *Ibid.*, 180-181.

<sup>54</sup> Naravno, ukoliko na strani sticaoca ne postoji više lica nego na strani otuđioca, u kom slučaju dolazi do primene § 892 BGB (ovo pod daljim uslovom da ta ostala lica nisu u funkciji izigravanja pravne norme) O ovome V. M. E. Rinne, 306.

<sup>55</sup> O ostalim poslovima kojise ne mogu podvesti pod prometne pravne poslove V. M. E. Rinne, 304-306.

određene činidbe prema drugom licu, a to drugo lice je upisano kao imalac nekog drugog stvarnog prava na toj nepokretnosti odn. stvarnom pravu iako to u stvarnosti nije - *Nichtberechtignte*. Izvršenjem činidbe takvom licu imalac prava koje je opterećeno činidbom se oslobađa ove činidbe kao da ju je izvršio licu koje je stvarno ovlašćeno da primi tu činidbu. Činidbe u smislu gore pomenute odredbe su plaćanja hipotekarnog duga, zemljišnoknjižnog duga, plaćanja rente kod rentnog zemljišnog duga, činidbe koje proizilaze iz realnih tereta, te činidbe koje proizilaze iz plodouživanja ili založnog prava na nekom drugom stvarnom pravu. Prema vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji relevantne su samo činidbe koje proizilaze iz nekog stvarnog prava, te izvršenje ovih činidbi dovodi do prestanka ili prenosa upisanog stvarnog prava koje ovlašćuje na ove činidbe. Nasuprot tome, nisu zaštićene činidbe koje proizilaze iz nekog obligacionog zahteva.<sup>56</sup> Tako, kod založnih prava mora činidba proizilaziti iz samog založnog prava (ne iz potraživanja)<sup>57, 58</sup>

### 4.3. Druge vrste raspolaganja upisanim pravom

U § 893 st. 2 BGB predviđena odgovarajuća primena § 892 BGB i na takva raspolaganja koja ne predstavljaju raspolaganja na osnovu pravnog posla. Ovde su obuhvaćena prvenstveno takva raspolaganja koja imaju za predmet promenu sadržine nekog stvarnog prava, promenu ranga, kao i njegov prestanak.<sup>59</sup> Slično kao i kod raspolaganja na osnovu pravnog posla gde je merodavan samo raspoloživi pravni posao - *Verfügungsgeschäft*, tako i u ovom slučaju nije dovoljan obavezujući pravni posao - *Verpflichtungsgeschäft* za primenu § 893 BGB. Sporno je da li zakup spada u raspolaganje shodno § 893 st. 2 BGB ili predstavlja samo obavezujući pravni posao. Shodno jednom shvatanju koje nije vladajuće prenos poseda na osnovu zakupa prekoračuje kategoriju čistog obavezujućeg posla, te to predstavlja raspolaganje na koje se primenjuje § 893 st. 2 BGB.<sup>60</sup> Dalje, pod druge vrste raspolaganja shodno vladajućem shvatanju ubraja se i odobravanje *Vormerkung*-a (neposredna primena § 893 st. 2), s tim što ima autora koji na *Vormerkung* neposredno primenjuju § 892 BGB, kao i

<sup>56</sup> Ovo čak ni u slučaju kada ovakvi zahtevi proizilaze iz povrede ili korišćenja nekog upisanog stvarnog prava.

<sup>57</sup> Tako lični dužnik koji nije i hipotekarni dužnik izvršava svoju obavezu na osnovu potraživanja i ne može se pozvati na § 893 BGB. Isti slučaj je i kad se vrši isplata poverioca u čiju je korist upisan *Vormerkung* jer isti samo obezbeđuje obligacioni zahtev, a nije stvarno pravo.

<sup>58</sup> O kritici ovog shvatanja V. M. E. Rinne, 321.

<sup>59</sup> Bliže o vrstama drugih raspolaganja, o njihovom jednostranom preduzimanju prema zemljišnoknjižnoj vlasti (kada je takođe potrebna savesnost onoga u čiju se korist vrši preduzimanje) V. M. E. Rinne, 321-322.

<sup>60</sup> O ovom shvatanju, kao i o vladajućem shvatanju i argumentima V. *Ibid.*, 322 i fn. 37-40.

onih koji primenjuju analogno § 893 st. 2 BGB.<sup>61</sup> Potrebno je razlikovati izvorno sticanje *Vormerkung*-a i njegov prenos. U prvom slučaju lice koje je upisano u zemljišnu knjigu kao imalac prava (*Nichtberechtigte*) može u korist savesnog kupca ustanoviti *Vormerkung* radi obezbeđenja njegovog potraživanja za sticanje prava svojine, tako da u tom slučaju ukoliko su ispunjene pretpostavke za sticanje u dobroj veri kupac stiće *Vormerkung* u dobroj veri. Ovde se ne radi o sticanju nekog stvarnog prava na osnovu pravnog posla jer *Vormerkung* nije stvarno pravo, ali ustanovljavanje *Vormerkung*-a predstavlja ipak raspolaganje svojinom, što potpada pod neposrednu primenu § 893 BGB. S obzirom na princip akcesornosti kod *Vormerkung*-a potrebno je za njegovo sticanje u dobroj veri da stvarno postoji potraživanje obezbeđeno *Vormerkung*-om.<sup>62</sup> Sa druge strane, samo obligaciono potraživanje ne može biti predmet sticanja u dobroj veri. Pitanje prenosa *Vormerkung*-a u dobroj veri nije tako jednostavno s obzirom na princip akcesornosti. Ukoliko je *Vormerkung* upisan, ali potraživanje čijem obezbeđenju on služi nije nastalo, ne može doći do sticanja u dobroj veri. Međutim, ukoliko potraživanje postoji, ali nije došlo do punovažnog sticanja *Vormerkung*-a u korist prvog sticaoca (a isti je upisan u zemljišnoj knjizi) jer je pravni posao koji vodi njegovom sticanju bez dejstva, moguće je da dođe do njegovog sticanja u dobroj veri u korist drugog sticaoca tj. moguć je prenos *Vormerkung*-a na drugog sticaoca u dobroj veri.<sup>63 64</sup>

## 5. Zaključak

Neoboriva pretpostavka sticanja u dobroj veri deluje u korist sticaoca i omogućava istom ukoliko su ispunjeni uslovi koje zakon traži da stekne neko stvarno pravo na nepokretnosti ili na takvom stvarnom pravu u dobroj veri. Sticalac će steći pravo onako kako je ono upisano u zemljišnoj knjizi, zajedno sa svim njegovim sastavnim delovima i oslobođeno od svih tereta koji nisu upisani ili su izbrisani.<sup>65</sup>

Dalje, ova pretpostavka otklanja samo nedostatak prava na strani otuđioca odn. onoga ko je upisan kao imalac nekog prava u zemljišnoj knjizi - *Nichtberechtigte*, ista ne može otkloniti druge eventualne prepreke

<sup>61</sup> V. *Ibid.*, 323 i fn.43-45.

<sup>62</sup> Naravno raspolaganje koje predstavlja osnovu za ustanovljenje *Vormerkung*-a mora biti punovažno, kao što je to inače slučaj uopšte kod sticanja u dobroj veri.

<sup>63</sup> V. bliže o sticanju *Vormerkung*-a u dobroj veri J. Schapp, 206-209.

<sup>64</sup> Upor. M. Wolf, *Sachenrecht*, München 1978., 130-131 i V. Beuthien *et al.*, *Studienkommentar zum BGB*, Frankfurt am Main 1979., 576.

<sup>65</sup> Shodno ranijem vladajućem shvatanju dejstvo ove pretpostavke nije važno u postupku upisa tj. ukoliko je zemljišnoknjižna vlast imala saznanja o netačnosti zemljišne knjige ona je i pored ispunjenja pretpostavki za sticanje u dobroj veri trebala da odbije zahtev za upis. Ovo shvatanje je kritikovano i napušteno kao suprotno zakonu. Bliže o ovome V. M. E. Rinne, 315-316 i fn. 213-222.

za sticanje. To znači da između prividnog imaoca prava i sticaoca mora postojati punovažna stvarnopravna saglasnost - *Einigung* i mora sticalac podneti zahtev za upis - *Eintragung*, u kom trenutku po pravilu isti mora biti savestan. Sticanje u dobroj veri uz ispunjenje svih zakonskih pretpostavki se smatra konačnim, te kada savesni sticalac kasnije raspolaže pravom on njime raspolaže kao istinski vlasnik.

**Ass.Prof. Jasmina Vukotić, Ph.D**

University Business academy Novi Sad

## ACQUISITION OF REAL ESTATE IN GOOD FAITH IN GERMAN LAW

### Summary

In German law is provided the possibility of acquiring in good faith of real estate rights or such rights on existing real estate rights by the bona fide acquirer and in his favor is valid irrefutable presumption that the land register is correct, although it is not, provided that in the land register has not been written protest against the transferee or the inaccuracy is known to the acquirer. Acquisition in good faith is provided for the benefit of the acquirer who acquires by the contract and the appropriate use of this rule is provided for the acquiring on the basis of the other disposition of the registered transferee in favor of the acquirer (which isn't the contract) and for performances in favor of not entitled but registered holder of one real estate right. With the fulfillment of all legal conditions bona fide acquirer obtains unconditionally.

**Keywords:** acquisition in good faith, disposition, land registry, Real Estate Law, German civil law

---

Prof. dr Jelena Lopičić Jančić<sup>1</sup>

Pregledni naučni rad

UDK: 341.34(497.1:430)“1941/1945“

**MEĐUNARODNOPRAVNI ASPEKT STATUSA  
JUGOSLOVENSkih RATNIH ZAROBLJENIKA U LOGORU  
OSNABRIK U NEMAČKOJ OD 1941-1945. GODINE**

*Apstrakt*

*U ovom članku je obrađen međunarodnopravni aspekt statusa jugoslovenskih ratnih zarobljenika u logoru Osnabrik u Nemačkoj za vreme Drugog svetskog rata 1941-1945. godine. Osnabrik je bio oficirski logor jugoslovenskih ratnih zarobljenika u kome se nalazilo oko 6.000 aktivnih i rezervnih oficira i nešto vojnika koji su služili za održavanje logora. O logoru Osnabrik u našoj literaturi je relativno dosta pisano, ali to su bili uglavnom memoarski i drugi slični radovi koji su značajni i važni, ali su veoma retki radovi koji su obrađivali međunarodno pravni aspekt. U ovom članku je izložen samo jedan deo ukazivanja na međunarodnopravni aspekt kršenja Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. Jer, nacističke nemačke vojne vlasti u zarobljeničkom oficirskom logoru u Osnabniku su skoro svakodnevno kršile Ženevsku konvenciju o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. U ovom radu pored postojeće literature i dokumentacije korišćena je originalna dokumentacija Registar imena oficira Oflag VI. C Osnabrik, Protokol umrlih Oficirskog logora Oflag VI. C kao i originalni Dnevnik ratnog zarobljenika poručnika Bogomira S. Jovanovića.*

**Ključne reči:** logor Osnabrik, ratni zarobljenici, Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine, savezničko bombardovanje logora 6. decembra 1944. godine.

---

<sup>1</sup> Fakultet za Diplomaciju i bezbednost, Univerzitet „Union -Nikola Tesla“ Beograd; e-mail:jelena.lopicic@vektor.net

## 1. Uvod

U ovom radu obradićemo materiju vezanu za jugoslovenske ratne zarobljenike u Drugom svetskom ratu i njihov međunarodno pravni aspekt statusa u oficirskom logoru u Osnabriku u Nemačkoj. U toku agresije nacističke Nemačke i fašističke Italije na Jugoslaviju 6. aprila 1941. godine, kao i kada je Jugoslavija kapitulirala 16. aprila 1941. godine znatan deo vojnika, podoficira i oficira jugoslovenske vojske otišao je u zarobljeništvo. Tačan broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika u raznim dokumentima i izvorima varira. Nemački podaci navode da su Nemci zarobili 398.000, a Italijani 30.000 jugoslovenskih vojnika i oficira. Prema Hitlerovoj izjavi od 4. maja 1941. godine nemačka vojska je zarobila 337.0864 vojnika i podoficira, 6.298 oficira. U pojedinim nemačkim publikacijama se navodi da je broj jugoslovenskih zarobljenika bio 344.000.<sup>2</sup> Nemački izvori navode i drugi broj zarobljenika, da je do 21. juna 1941. godine zarobljeno 181.258. Smanjenje broja zarobljenika je objašnjeno zato što su Nemci i Italijani oslobađali iz zarobljeništva Hrvate, Makedonce, Slovence, Muslimane, Bunjevce i pripadnike nacionalnih manjina-Mađare, Bugare, Rumune, Albance, Italijane, Grke i Nemce-folksdojčere.<sup>3</sup> Zatim, oslobođen je i jedan manji broj Srba, Crnogoraca i Slovenaca koji su pristali da budu pripadnici kvislinških vojnih jedinica u Jugoslaviji. Jugoslovenski izvori navode da je broj jugoslovenski ratnih zarobljenika bio 337.864 vojnika, podoficira i oficira.<sup>4</sup> Kada se od ukupnog broja zarobljenih jugoslovenskih vojnika odbiju oni koji su od strane nemačkih i italijanskih vojnih vlasti oslobođeni pošto su pristali da budu u kvislinškim vojnim jedinicama, kao i Hrvata, Muslimana, Makedonaca, Mađara, Bugara, Rumuna, Italijana, Albanaca i Nemaca folksdojčera, računa se da je u Nemačkoj bilo oko 210.000, a u Italiji oko 10.000 vojnika, podoficira i oficira. Nacionalni sastav navedenih ratnih zarobljenika bio je: 90% su bili Srbi, dok su 10% bili Crnogorci, Slovenci, manji broj jugoslovensko orijentisanih Hrvata i aktivni i rezervni oficiri Jevreji. Najveći broj navedenih jugoslovenskih ratnih zarobljenika bio je smešten u zarobljeničkim logorima u Nemačkoj, a manji deo u Italiji, kao i nekoliko hiljada u Norveškoj.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> V. Glišić, *Teror i zločini nacističke Nemačke u Srbiji 1941-1944*, Beograd 1970, 36; J. Lopičić Jančić, *Krivičnopravna zaštita ratnih zarobljenika u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Beograd 2005., 86-111.

<sup>3</sup> S.Vinaver, *Godine poniženja život u nemačkim "Oflazima"*, Beograd 1945., 8-9; S.Milošević, „Zarobljavanje vojnika Kraljevine Jugoslavije u aprilskom ratu“, *Vojnoistorijski glasnik broj 1/1991*, Beograd, 160.

<sup>4</sup> M.Stevanović, *Narodna vlast i državni razvitak Jugoslavije 1941-1945*, Gornji Milanovac 1958., 4.

<sup>5</sup> V. Glišić, 36.

Broj zarobljenih jugoslovenskih oficira koji je odveden u zarobljeničke logore u Nemačku iznosio je oko 13.000 rezervnih i aktivnih oficira, a u Italiju je odvedeno oko 2.000 rezervnih i aktivnih oficira. Zarobljeni jugoslovenski oficiri su smešteni u oficirske logore u Nirnbergu, Hamelburgu, Osnabriku, Strieu, a kasnije u Strasbourgu i Barkenbrige. Zarobljeni jugoslovenski vojnici su bili u odvojenim logorima od oficira i sili su razmešteni u bezbroj logora i radnih komandi po Nemačkoj.<sup>6</sup>

Nemačka vojska je imala zadatak da sve jugoslovenske zarobljenike sprovede u zarobljeničke logore u Nemačku. Međutim, ovaj zadatak nije bio jednostavan iz razloga što je bio u pitanju broj od preko 300.000 zarobljenih vojnika, koje je prvo trebalo smestiti u privremene logore, odnosno sabirne centre u Jugoslaviji pa posle odatle transportovati u Nemačku. Zarobljene jugoslovenske vojnike nemačka vojska je smeštala u postojeće jugoslovenske vojne kasarne, razne magacine, fabričke hale i druge veće postojeće državne zgrade. Negde su ratni zarobljenici bili smešteni čak i po desetak i više dana na otvorenom prostoru, ograđeni bodljikavom žicom, izloženi nevremenu, kiši i bez ikakve makar i minimalne zaštite od nevremena. Mnogi ratni zarobljenici su se usled toga razboleli, a nikakva lekarska pomoć im nije bila pružena. Na ovaj način nemačka vojska je već na početku zarobljavanja jugoslovenskih ratnih zarobljenika izvršila povredu Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine, gde član 10. precizno predviđa da će ratni zarobljenici biti smešteni u zgrade ili barake koje pružaju sve moguće higijenske i zdravstvene garancije.

Prilikom zarobljavanja jugoslovenskih vojnika, nemački vojnici su se veoma često ponašali veoma osiono, vređali su, maltretirali, pa čak i ubijali jugoslovenske ratne zarobljenike. Ovakvi slučajevi su zabeleženi u Kosovskoj Mitrovici, Nišu, Kragujevcu i Šapcu prilikom sprovođenja u sabirne logore. Zabeležen je i slučaj gde su nemački tenkovi gazili ratne zarobljenike.<sup>7</sup> Ovakvi postupci nemačke vojske su bili protivni Ženevskoj konvenciji o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine, gde je u članu 2. izričito predviđeno:

*“Ratni zarobljenici su u vlasti neprijateljske Sile, ali ne i u vlasti pojedinih lica ili trupnih odreda koji su ih zarobili.*

*S njima se mora, u svako doba, postupati čovečno i oni se imaju zaštićivati naročito protiv akta nasilja, protiv uvreda i protiv javne radoznalosti.*

*Represivne mere prema njima zabranjene su.”<sup>8</sup>*

<sup>6</sup> M. Carević, „Borba za osiguranje pravnog položaja Jugoslavena ratnih zarobljenika u nemačkim logorima“ *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2/1961*, Beograd, 275.

<sup>7</sup> N. Živković, *Ratna šteta koju je Nemačka učinila Jugoslaviji u toku Drugog svetskog rata*, Beograd, 1975., 149.

<sup>8</sup> *Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti*, Zagreb 1979., 338

Kršenje člana 2. Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine od strane nemačke vojske nastaje prilikom dugotrajnog transporta jugoslovenskih ratnih zarobljenika iz Jugoslavije u Nemačku. Naime, nemačka vojska je vršila transport ovih ratnih zarobljenika u stočnim ili teretnim vagonima u nekim slučajevima i bez krova. Na tim vagonima je bila službena oznaka kapaciteta nosivosti: "40 vojnika ili 8 konja". Za nacističku odredbu nije značila ništa, pa su u teretne vagone stavljali po 70 do 80 lica, s tim što je dobra četvrtina vagona morala biti slobodna za dva – tri nemačka stražara-sprovodnika. Putovanja do Nemačke trajala su deset do petnaest dana, a na usputnim stanicama su se samo jednom dnevno zadržavali da se ratni zarobljenici napiju vode i obave fiziološke potrebe. O zdravstvenom stanju i higijeni niko se od nemačke vojske nije starao. Hranu su retko dobijali, jednom dnevno i to u veoma maloj količini. Praktično ovi transporti jugoslovenskih ratnih zarobljenika su bili potpuno ostavljeni na milost i nemilost stražara-sprovodnika, koji su mogli da rade šta hoće i bez bojazni da će biti pozvani na odgovornost. Navedeni postupci nemačke vojske prilikom sprovođenja jugoslovenskih ratnih zarobljenika u zarobljeničke logore u Nemačkoj gde su flagrantno stalno vršili povrede Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine predstavljaju masovno izvršenje ratnih zločina protiv ratnih zarobljenika.

Nemačka vojska je od samog početka agresije na Jugoslaviju pokazala da neće poštovati Ženevske konvencije iz 1929. godine i da će njena vojska vršiti masovne ratne zločine protiv civilnog stanovništva, ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika. Tako su pripadnici SS Divizije 11. aprila 1941. godine u Alibunaru streljali 30 jugoslovenskih zarobljenih vojnika, koje su pri upadu nemačkih trupa zatekli na položaju i koji su pružali izvestan otpor. Zatim su 20-21. aprila 1941. godine nemačke jedinice puka "Gros Dojčland" tokom sprovođenja kolone jugoslovenskih ratnih zarobljenika od Beograda do Pančeva, gonili ih kao zveri pred motornim vozilima, dok bi one koji bi u toj jurnjavi zaostajali, bili bi udarani kundacima i bodeni bajonetima. Kod Pančevačkog mosta ubili su tom prilikom 6 jugoslovenskih ratnih zarobljenika. Zatim, u dvorištu kasarne koje je bilo premalo da primi tu masu zarobljenika, u dvorište su uterali jedan tenk, i sa njim se zaletali u masu zarobljenika, sabijajući ih uza zid dvorišta kasarne, kojom prilikom je više zarobljenika teže i lakše povređeno.<sup>9</sup>

Posle završetka Drugog svetskog rata jugoslovenski vojni sudovi su, kao nadležni za ratne zločine nemačkim oficirima i vojnicima, sudili i za ratne zločine izvršene u Alibunaru 11. aprila 1941. godine i kod Pančevačkog mosta 20-21. aprila 1941. godine. Jugoslovenski Vojni sud III. Armije je 7. juna 1947. godine presudom IS Br. 53./47. osudio Vagner

<sup>9</sup> J. Lopičić-Jančić, *Ratni zločini protiv ratnih zarobljenika-sudska praksa*, Beograd 2005.,23-24.

Jirgena, nemačkog general-majora SS na kaznu smrti streljanjem, zbog izvršenja ratnih zločina protiv civilnog stanovništva i ratnih zarobljenika 11. aprila 1941. godine u Alibunaru, jer je komandovao trupama koje su izvršile navedene ratne zločine, a čiji je pretpostavljeni bio Fon Klajst. Vojni sud u Beogradu presudom sud.br. 268/48 od 4. avgusta 1948. godine osudio je feldmaršala Fon Klajst Evalda na kaznu lišenja slobode u trajanju od 15 godina, jer je tada bio general-pukovnik i komandant SS Divizije "Das Rajh" čiji su vojnici izvršili ratne zločine nad ratnim zarobljenicima 11. aprila 1941. godine u Alibunaru i 20-22. aprila 1941. godine u Pančevu. Navedeni ratni zločini protiv jugoslovenskih ratnih zarobljenika bili su samo najava da će nemačka vojska tokom čitavog Drugog svetskog rata i okupacije Jugoslavije vršiti masovne ratne zločine protiv ratnih zarobljenika, ranjenika, bolesnika i civilnog stanovništva i da se neće pridržavati Ženevske konvencije iz 1929. godine. Sasvim je izvesno da nemačka vojska nije imala nikakvog razloga da primeni bilo kakvu retoriziju prema jugoslovenskim ratnim zarobljenicima koji su bili legalna i regularna vojska koja je branila svoju državu od agresije. Činjenica je da se nemačka vojska u toku čitavog rata u Jugoslaviji nije obazirala na međunarodno ratno pravo i Ženevsku konvenciju o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine iako je bila potpisnik iste.<sup>10</sup>

O zarobljeničkim logorima u kojima su bili smešteni jugoslovenski ratni zarobljenici kod nas je napisano dosta knjiga, monografija, zbornika radova, članaka, prikaza, osvrta i feljtona kako u dnevnoj štampi, tako i u nedeljnoj štampi kao i u raznim periodičnim časopisima. Ova literatura je veoma važna i značajana jer su to, pre svega, istorijski dokumenti o kakvim su veoma teškim i nehumanim uslovima bili podvrgnuti naši ratni zarobljenici, koji su u mnogim slučajevima izgubili živote ili im je zdravlje bilo zauvek teško narušeno, kao i o masovnom flagrantnom kršenju Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine što predstavljaju ratne zločine izvršene protiv ratnih zarobljenika.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> *Ratni zločini nemačkih okupatora u Jugoslaviji 1941-1945. godine-Presude jugoslovenskih vojnih sudova*, priredila J. Lopičić-Jančić, Beograd 2010., 24-25

<sup>11</sup> Navodimo samo neke radove koji obrađuju problematiku naših ratnih zarobljenika u nemačkim i italijanskim zarobljeničkim logorima: S. Vinaver, *Godine poniženja i borbe u nemačkim "Oflazima"*, Beograd 1945; S. Jakovljević, *Velika zabuna*, Novi Sad, 1954; Lj. Radovanović, *Kroz tmine logorske*, Beograd 1961; M. J. Đorđević, *Između crnog i crvenog fašizma-u Osnabričkom logoru 1941-45*, London 1962; N. Vujanović, *Front u žicama*, Beograd 1979; P. Anagosti, *Kodlic-Libek 1941-1943, uspomene iz kaznenih oficirskih međunarodnih zarobljeničkih logora*, Beograd 1983; V. Džaković, *Zublja u tami-fašistički logori*, Beograd 1976; G. Vujović, *Klos, Hronika o konclogoru u Albaniji 1941-1942*, Opatija, 1983; T. Žugić, *Ropstvo u Norveškoj 1942-1945*, Beograd 1996; D. Kočić, *Jugosloveni u koncentracionom logoru Buhenvald 1941-1945*, Beograd 1989; B. Lazić, *Svedočenja o ratnim vojnim zarobljenicima Kraljevine Jugoslavije u Drugom svetskom ratu 1941-1945*, Beograd 1998.

## 2. Status Jugoslovenskih ratnih zarobljenika u logoru Osnabrik

Kao što smo napred naveli, u ovom radu će biti sumarno obrađen međunarodnopravni aspekt statusa jugoslovenskih ratnih zarobljenika u zarobljeničkom logoru u Osnabniku u Nemačkoj iz više razloga. Prvo, Osnabrik je bio oficirski logor gde je bio smešten najveći broj zarobljenih jugoslovenskih aktivnih i rezervnih oficira. U prvo vreme 1941. godine, u oficirski logor u Osnabniku bilo je smešteno preko 10.000 oficira.<sup>12</sup> Kasnije, krajem 1941. godine, posle otpuštanja Hrvata, Slovenaca, Makedonaca, Muslimana, Mađara, Nemaca folksdojčera, Rumuna, Bunjevaca i Albanaca, kao i jednog manjeg broja teško bolesnih ratnih zarobljenika, računa se da je u logoru u Osnabniku bilo smešteno oko 6.000 aktivnih i rezervnih jugoslovenskih oficira. U svakom od ostalih oficirskih zarobljeničkih logora Nirnberg, Hamalburg, Strie, Strasbourg i Brakenbrige bilo je manji broj jugoslovenskih aktivnih i rezervnih oficira. Zatim, iako se uglavnom u knjigama, monografijama, zbornicima radova, memoarskoj literaturi, člancima, prikazima, osvrtima i feljtonima pisalo o zarobljeničkom logoru u Osnabniku, što je veoma važno i značajno za našu nacionalnu istoriju, jer su dokumentovane i opisivane činjenice, pre svega masovni ratni zločini, ipak se relativno malo pisalo sa međunarodno pravnog aspekta, što je takođe veoma važno i značajno.

Nacistička Nemačka je napravila kategorizaciju zarobljeničkih logora, i svaki od njih je imao svoj naziv. Tranzitni ili prolazni logor za razliku od stalnog imao je naziv DULAG to je skraćeno od DURCHGANGLAGER. Podoficirski logor imao je naziv STALAG to je skraćeno od STAMLAGER FUR KRIEGSGEFANGENE. Oficirski logor imao je naziv OFLAG skraćeno od OFIZIERS KRIERSGEFANGENENLAGER. Postojali si još i sledeći zarobljenički logori: LUFTLAG za zarobljenje vazduhoplovce. MARLAG skraćeno od MARINELAGER je bio logor za zarobljenike iz mornarice. Za zarobljena vojna lica koja nisu bila uvršćena u vojsku postojao je logor ILAG skraćeno od INTERNIERTENLAGER.<sup>13</sup>

Pored navedenih zarobljeničkih logora, nacistička Nemačka je imala posebne kažnjeničke logore koje je oformila polovinom 1943. godine: Logor D u Osnabniku, Strij u Galiciji, Bizmark u Starsburgu, Bakenbrige i Hamelštajn u Pomeraniji, međunarodni kažnjenički logor u Libeku i drugo. U navedene kažnjeničke logore u kojima je bio mnogo lošiji smeštaj, loša ishrana, vlaga u prostorijama za smeštaj, bez grejanja, odsustvo zdravstvene zaštite, loši higijenski uslovi, strožiji režim kretanja, stalna maltretiranja, kao i mogućnost ubijanja od strane stražara, nacistička Nemačka slala je

<sup>12</sup> M.Carević, 278-279.

<sup>13</sup> S.Milošević, 162.

pristalice i simpatizere Narodnooslobodilačke borbe, aktivne i rezervne oficire Jevreje kao i sve pojedince koji su protestovali ili podnosili žalbe i zahteve vojnim vlastima zarobljeničkih logora. Usled boravka u navedenim kažnjeničkim logorima mnogi ratni zarobljenici su se ozbiljno razboleli što je za neke imalo fatalne posledice.<sup>14</sup> Osnivanje ovih kažnjeničkih logora za ratne zarobljenike je bilo očigledno grubo kršenje Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. Naime, nigde u navedenoj Ženevskoj konvenciji nije predviđeno osnivanje bilo kakvih kažnjeničkih logora za ratne zarobljenike. Sve je ovo predstavljalo masovne ratne zločine izvršene od strane nacističke nemačke vojske protiv jugoslovesnkih ratnih zarobljenika.

Zarobljenički oficirski logor u Osnabriku, gde je bilo smešteno oko 6.000 jugoslovenskih oficira kao i manji broj običnih vojnika koji su bili pomoćna radna snaga na održavanju logora, sastojao se od pedesetak drvenih i zidanih baraka. Logor je bio okružen bunkerima, jakom bodljikavom žicom kroz koju je puštena struja, visokim stražarskim kulama na kojima su bili postavljeni puškomitraljezi uvek spremni za dejstvo i reflektori koji su noću osvetljavali ceo logor kao i prostor oko logora. Pored toga, sa stražarima i dresirani su bili psi nemački ovčari, koji su noću pušteni u celom logoru i koji nisu dozvoljavali izlazak iz baraka. Praktično, iz ovog logora se nije moglo neopaženo pobeći.<sup>15</sup> Činjenica je da je bilo više neuspelih i uspehli pokušaja bekstva.<sup>16</sup> Svaka baraka imala je više soba. U jednoj sobi smešteno je bilo po dvadesetak oficira, kreveti na sprat, što je bilo pretrpano i vrlo skućeno u odnosu na

<sup>14</sup> B. Radovanović, *Povratak u domovinu 1945. godine (izvodi iz dnevnika)*, Beograd 1998; „Svedoćenja o ratnim vojnim zarobljenicima Kraljevine Jugoslavije u Drugom svetskom ratu 1941-1945“, *Zbirka tekstova i dokumenata o ratnoj šteti i obeštećenjima ratnih vojnih zarobljenika Vojske, Mornarice i Vazduhoplovstva Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 324; S. Vinaver, 49-51.

<sup>15</sup> Ipak i iz Osnabrika je pobešlo nekoliko ratnih zarobljenika. Jedan od njih bio je poznati književnik Oto Bihalji-Merin, koji je bio uhvaćen na holandskoj granici i vraćen u logor. Iz svih logora za ratne zarobljenike u Nemačkoj pokušalo je bekstvo nekoliko hiljada jugoslovenskih ratnih zarobljenika. Samo 800 ratnih zarobljenika je uspelo da pobjegne iz tih logora i da se prebaci u neku od neutralnih država Švajcarsku, Švedsku, Španiju, Portugaliju ili u Francusku. Svakom ratnom zarobljeniku koji je uspeo da pobjegne iz zarobljeničkog logora, prilikom jednog obeležavanja Dana pobjede uručena su odlikovanja Orden za hrabrost. Mnogi jugoslovenski ratni zarobljenici koji su bili uhvaćeni pri bekstvu, u većini slučajeva su bili ubijani na licu mesta ili kasnije streljani, a samo mali broj je bio poslat u posebne logore sa najgorim tretmanom za begunce-logor Kodlic i drugi. I ovi postupci nemačke vojske da ubijaju begunce iz zarobljeničkih logora je kršenje Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine i predstavlja ratni zločin. Naime, navedena Ženevska konvencija vrlo precizno predviđa u članovima 47, 50. i 51. da bekstvo čak i ponovljeno bekstvo predstavlja samo disciplinski prestup, a ne krivično delo, i za taj disciplinski prestup je predviđen samo specijalni režim nadzora, koji ipak neće moći sadržavati ukidanje ni jedne od garancija priznatih zarobljenicima ovom Konvencijom.

<sup>16</sup> Pored već navedenog bekstva Ota Bihalji-Merina, ratni zarobljenik Miodrag J. Đorđević u svojoj knjizi: *Između crno i crvenog fašizma-u Osnabričkom logoru 1941-45*, London 1962., 95. navodi bekstva koja su uspela: majora Nikolu Milikića, kapetana Manču Piletića, rezervnog poručnika Paranosa i kapetana Ljubišu Terzića.

postojeći prostor. Svaka baraka imala je svog starešinu barake. Svako jutro je bilo postrojavanje na tzv. apel placu. Raport je predavao starešina barake divizijskom generalu Milanu Lj. Popoviću, on je raportirao armijskom generalu Dimitriju Živkoviću, a on raportirao nemačkom komandantu logora o brojnom stanju u logoru.

Sam zarobljenički život u oficirskom logoru u Osnabriku bio je u prvo vreme relativno podnošljiv, mislimo pre svega da život nije bio ugrožen kao u drugim nacističkim koncentracionim logorima u Nemačkoj<sup>17</sup>, Italiji<sup>18</sup>, Austriji, Poljskoj<sup>19</sup>, Mađarskoj<sup>20</sup>, Rumuniji, Bugarskoj, Norveškoj<sup>21</sup>, tzv. Nezavisnoj Državi Hrvatskoj<sup>22</sup> i Albaniji,<sup>23</sup> koji su bili logori smrti gde se svakodnevno na razne načine ubijalo na hiljade ljudi.<sup>24</sup>

Shodno Ženevskoj konvenciji o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine-član 27. stav 1. zarobljeni jugoslovenski oficiri nisu morali da obavljaju fizičke poslove. Međutim, smeštaj u tim na brzinu napravljenim barakama, bio je neadekvatan. Pre svega, bilo je veoma slabo grejanje, tako da su se mnogi zarobljenici porazboljevali. Hrana je takođe bila veoma loša, što je doprinelo pogoršanju bolesti. Dosta zarobljenika je dobilo tuberkulozu, koja je bila zarazna i brzo se širila. Iako je postojala ambulanta, lekova nije bilo, tako da je smrtnost od 1941-1945. godine bila znatna. Prema Protokolu umrlih Oficirskog logora u Osnabriku evidentirano je po imenima 265 smrtnih slučajeva. Od ovog broja treba odbiti 116 zarobljenika koji su poginuli prilikom bombardovanja logora od strane engleske avijacije 6. decembra 1944. godine. Znači, umrlih od raznih bolesti bilo je ukupno 103 zarobljenika. Prema navedenom Protokolu zapisano je da je najviše umrlih bilo od zapaljenja pluća i tuberkuloze, što nesumnjivo govori da je u pitanju bio nedostatak lekova, jer su se te bolesti mogle sa tada postojećim lekovima izlečiti.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> D. Kočić,35; M.Milić, *Jugosloveni u koncentracionom logoru Mauthausen (1941-1945)*, Beograd 1992.

<sup>18</sup> Đ. Đurašković, N. Živković, *Jugoslovenski zatočnici u Italiji 1941-1945*, Beograd 2001.

<sup>19</sup> T. Žugić, M.Milić, *Jugosloveni u koncentracionom logoru Aušvic (1941-1945)*, Beograd 1989.

<sup>20</sup> V. Rotbart, *Jugosloveni u Mađarskim zatvorima i logorima 1941-1945*, Novi Sad 1988.

<sup>21</sup> M. Ašković, B. Marinković, Lj. Petrović, *U logorima u severnoj Norveškoj*, Beograd, 1979.

<sup>22</sup> M. Peršen, *Ustaški logori*, Zagreb 1990; M. Bulajić, *Jasenovac-ustaški logor smrti-srpski mit?*, Beograd 1999; J.Mirković, *Objavljeni izvori i literatura o Jasnovačkim logorima*, Banja Luka-Beograd 2000.

<sup>23</sup> V. Vujović Gavroš, *Klos Hronika o konclogoru Klos u Albaniji*, Opatija 1983.

<sup>24</sup> E. Kogon, *Država SS-a Sistem njemačkih koncentracionih logora*, Zagreb 1982; J. Kerbler, T. Novak: *Istina o Buchenwaldu*, Zagreb 1978.

<sup>25</sup> Protokol umrlih oficirskog logora Oflag VI C u Osnabriku od 27. maja 1945. do 4. septembra 1945. godine, koji je vodio rezervni oficir kapetan druge klase sveštenik Milan Jovanović (1910-1993.), a koji nam je poznato da je ovo jedini autentični dokument o umrlim i poginulim jugoslovenskim ratnim zarobljenicima u Osnabriku od 1941-1945. godine.

Kao što smo napred naveli, u oficirskom logoru u Osnabriku su u najvećem broju bili Srbi i Crnogorci i neznatan broj projugoslovenskih Slovenaca i Hrvata koji nisu hteli da budu otpušteni i odu u Nezavisnu Državu Hrvatsku i u kvislinšku Rupnikovu Sloveniju. Pored njih u logoru je bilo oko 500 Jevreja, koji su bili aktivni ili rezervni jugoslovenski oficiri. Nemačke vojne vlasti ove zarobljene Jevreje u prvo vreme nisu dirali, ali svi su se osnovano pribojavali obzirom da su Nemci u čitavoj okupiranoj Evropi i u mnogobrojnim koncentracionim logorima masovno ubijali Jevreje. Jer praktično, niko nije mogao da ih u tome spreči, kao što nije mogao da ih spreči u čitavoj Evropi pre rata i za vreme rata, iako su za fizičko uništenje Jevreja znali i SAD i Velika Britanija, koji nisu ništa konkretno preduzimali. Naš zaključak je da su se Nemci pribojavali Međunarodnog Crvenog krsta iz Ženeve, koji je pored ostalog bio nadležan i za ratne zarobljenike, a koji bi im kasnije mogao zatrebati za eventualne intervencije za nemačke ratne zarobljenike. Posle oslobođenja, u Nemačkoj se pronela vest da je navodno u toku čitavog rata postojao stalni spor između nacističkog političkog rukovodstva i rukovodstva Vermahta u vezi postojećeg statusa ratnih zarobljenika Jevreja. Rukovodstvo Vermahta je smatralo da su ratni zarobljenici Jevreji prvo vojnici, pa tek posle Jevreji i da ih kao takve treba tretirati, dok je rukovodstvo nacističke partije smatralo da ih treba sve ubiti. Ipak, prevladao je stav Vermahta, tako da su Jevreji kao ratni zarobljenici ostali u životu. Međutim, pri kraju rata, kada su nacisti videli da je rat izgubljen, hteli su da pobiju sve Jevreje koji su se nalazili u zarobljeničkim logorima u Nemačkoj, ali u tome nisu uspeli usled brzog pobedonosnog nadiranja Crvene armije.<sup>26</sup>

Na početku osnivanja logora u Osnabriku doneta je odluka da jugoslovenski ratni zarobljenici Jevreji na oficirskoj uniformi nose žutu traku sa oznakom "JUDE". Zatim su oficire Jevreje izdvojili u posebne barake i izolovali od ostalih jugoslovenskih ratnih zarobljenika. Nastao je odlučan protest i otpor svih ratnih zarobljenika u logoru Osnabrik, pa su nemačke vlasti povukle ovu odluku, tako da oficiri Jevreji nisu nosili žutu traku i oznaku "JUDE" i vraćeni su među ostale ratne zarobljenike.<sup>27</sup>

U samom logoru u Osnabriku bila je elita srpske oficirske inteligencije. Navodimo da je u logoru bilo 109 jugoslovenskih generala.<sup>28</sup> Među rezervnim oficirima je takođe bio veliki broj poznatih srpskih intelektualaca, naučnika, univerzitetskih profesora, književnika, umetnika, advokata,

<sup>26</sup> J. Presburger, „Oficiri Jevreji u zarobljeničkim logorima u Nemačkoj“, *Zbornik jevrejski istorijski muzej* 3/1975, Beograd 229-230.

<sup>27</sup> M. Carević, 278; S. Vinaver, 27-28.

<sup>28</sup> Podaci navedeni prema originalnom Registru imena oficirskog Oflaga Osnabrik od 1944. godine koje je sačinio Poverenik Oflaga VI C. Navedeni originalni Registar je sačuvao rezervni oficir kapatan druge klase sveštenik Milan Jovanović (1910-1993), i isti nam je ustupio njegov sin Prof. dr Slobodan M. Jovanović iz Beograda.

sudija, novinara, publicista, javnih radnika, političara, visokih državnih službenika, pevača, muzičara, privrednika, poslovnih ljudi.<sup>29</sup>

Generalno posmatrajući, tretman i status jugoslovenskih ratnih zarobljenika u nemačkim zarobljeničkim logorima je bio veoma loš i često protivan Ženevskoj konvenciji o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine uz svakodnevno kršenje navedene Konvencije. Navedeni tretman je bio deo sprovođenja politike samog najvišeg vojnog, političkog i partijskog vrha Trećeg Rajha, gde se posebno ispoljavala mržnja prema jugoslovenskim ratnim zarobljenicima. Ovakav tretman se najbolje video kroz osoblje tih zarobljeničkih logora, gde su kao stražari i drugo vojno osoblje bili angažovani profesionalni tamničari, bivši kriminalci, esesovci, policajci kao i lica koja su završila specijalne kurseve za maltretiranje i mučenje ratnih zarobljenika i koji su svakodnevno na razne načine vršili maltretiranje jugoslovenskih ratnih zarobljenika.<sup>30</sup>

U samom zarobljeničkom logoru u Osnabriku jugoslovenski ratni zarobljenici su odmah po dolasku organizovali politički i kulturno-prosvetni život, u granicama koje je nemačka vojna vlast u logoru to dopuštala. Organizovana su razna predavanja iz raznih oblasti počev od vojnih, pa do književnih, kao i kurseva stranih jezika. Održavane su razne priredbe, pozorišne predstave, muzički koncerti, horska pevanja i orkestarska izvođenja kao i sportska takmičenja u fudbalu.<sup>31</sup> U logoru je postojala i biblioteka koja je imala pretežno beletristiku, naučne knjige, rečnike i udžbenike. Knjige su stizale iz Jugoslavije, a zatim i iz Ženeve. Dobijana je i nemačka štampa kao i štampa iz Beograda. Čak je postojala gimnazija "Sveti Sava" gde su komisijski polagani ispiti.<sup>32</sup>

Shodno članu 16. Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine dozvoljavalo se ratnim zarobljenicima

<sup>29</sup> Navešćemo samo neke od poznatih ličnosti: Milan Bogdanović književnik, Stanislav Vinaver književnik i diplomata, Milan Konjević slikar, Dušan Timotijević novinar, dr Milan Bartoš profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, dr Albert Vajs advokat, dr Andrija Gams advokat, Stevan Jakovljević književnik, Oto Bihalji Merin književnik, Ljubomir Radovanović advokat, Miloš Carević advokat, Vladimir Simić advokat, dr Aleksandar Baltić profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, Vita Petrović pravnik, Mile Vitorović novinar, Uroš Bijelić advokat, dr Josip Presburger advokat, Cvi Azarija rabin, Andrija Petrović Njegoš advokat, Rafael Blam muzičar, Stanislav Pišlar muzičar, Isak Amar pravnik i glumac, Vuko Pavićević profesor, Đorđe Karaklajić kompozitor, Vojin Guzina pravnik, dr Nikola Balog advokat, dr Andrija Radenić istoričar, Aleksandar Levi advokat, dr Pavle Vasić istoričar umetnosti i drugi.

<sup>30</sup> S. Vinaver, 20-21.

<sup>31</sup> N. Vujanović, *Front u žicama*, Beograd 1979., str. 67-100; R. Žižić, *Osnabrički zvuci i odjeci*, Beograd 1981.

<sup>32</sup> Zapisnici o osnivanju i radu osnivačke skupštine nastavnika u Osnabriku 30. decembra 1943. godine, kao i zapisnici i protokoli razrednih veća i ispita do kraja 1944. godine. Navedene Zapisnike i protokole nam je ustupio Prof. dr Slobodan M. Jovanović iz Beograda, a koje je nasledio od svog oca rezervnog oficira kapetana druge klase sveštenika Milana Jovanovića (1910-1993.).

da obavljaju religijske običaje, pod uslovom da se pridržavaju reda i policijskih mera propisanih od vojne vlasti. Tako je u oficirskom zarobljeničkom logoru u Osnabriku obavljana i verska služba. Pošto su u najvećem broju bili Srbi i Crnogorci, versku službu obavljao je rezervni oficir pravoslavni sveštenik Milan Jovanović (1910-1993). Pošto je u logoru Osnabriku bilo i oko 500 aktivnih i rezervnih oficira Jevreja rezervni kapetan rabin i pisac Cvi Azarija u logoru je organizovao malu sinagogu, gde je vršio versku službu i držao časove hebrejskog jezika.<sup>33</sup>

Jugoslovenski ratni zarobljenici su u svim zarobljeničkim logorima u Nemačkoj, Italiji, Austriji, Mađarskoj i Norveškoj pružali organizovan otpor fašizmu i kršenju prava ratnih zarobljenika, putem raznih protesta i žalbi pozivajući se na Ženevsku konvenciju o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. U mnogim protestima i žalbama su uspevali. Posebno najveći broj ratnih zarobljenika je dao podršku Narodnooslobodilačkoj borbi koja se vodila u Jugoslaviji, a o kojoj su bili obavestavani vestima radio Londona, radio Moskve i radio "Slobodna Jugoslavija" iz Moskve putem tajnih prošvercovanih radio aparata.

U logoru u Osnabriku je još krajem 1941. godine osnovano Antifašističko veće koje je koordiniralo sve akcije protesta, žalbi i organizovanog rada i života u logoru. Činjenica je da veliki broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika nije bio upoznat sa Ženevskom konvencijom o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. Naročito obični vojnici, kao i rezervni oficiri nisu bili dovoljno upoznati sa navedenom Ženevskom konvencijom koja im je pružala pravni osnov za njihova prava kao ratnih zarobljenika u zarobljeničkim logorima. Pošto su kršenja navedene Ženevske konvencije od strane nemačkih vojnih vlasti u logoru u Osnabriku bile veoma česte usledili su protesti i žalbe. Naročito su se u protestima, žalbama, pismima i podnescima na kršenje Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine isticali rezervni oficiri koji su u građanstvu bili stručnjaci za međunarodno javno pravo i advokati: dr Albert Vajs, dr Andrija Gams, Miloš Carević, prof. dr Milan Bartoš, Aleksandar Levi, Vita Petrović, dr Josip Presburger, dr Nikola Balog, Uroš Bijelić, Milan Dragović, Ninko Petrović, Ljubiša Dimitrijević, dr Ananije Ilić, Vladimir Simić, Nikola Vujanović, Lavoslav Kadelburg, Dušan Lukić, Jovan Popović, Sergije Popović, Stojan Nešić, Vlado Nikolić, Vojislav Korać, Stevan Đakonović, Milić Matijašević, Nikola Vojvodić, Savić Bogetić, Dragoslav Vlajić, Dušan Protić, kao još čitav niz drugih pravnika, advokata kao i aktivnih i rezervnih oficira. Navedeni advokati koji su bili stručni za međunarodno javno pravo kao i nekoliko aktivnih oficira držali su često popularna predavanja za logoraše o Ženevskoj konvenciji o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> *Znameniti Jevreji Srbije: biografski leksikon*, Urednik A. Gaon, Beograd 2011., 5.

<sup>34</sup> N. Vujanović, 49-53.

Nemačka nije priznavala da Jugoslavija može imati po međunarodnom pravu Silu zaštitnicu, koja bi se brinula o statusu jugoslovenskih ratnih zarobljenika. Nijedna od neutralnih država nije htela da bude Sila zaštitnica iz straha od nacističke Nemačke. Posle okupacije Jugoslavije i njenog rasparčavanja, stav nacističke nemačke je bio da se zvanično proglasi da "Jugoslavija više ne postoji". Na osnovu takvog stava, logorske vlasti su smatrale da ne postoje logori jugoslovenskih ratnih zarobljenika, pa su te logore nazivali logorima "srpskih zarobljenika". Nemačke logorske vlasti su saopštile da "srpski ratni zarobljenici nemaju Silu zaštitnicu,<sup>35</sup> pošto ni jedna država nije htela da primi tu ulogu." Radi toga nemački Crveni krst se ponudio logoru da preuzme "svoju zaštitu". Kvislinško starešinstvo logora je bilo spremno da prihvati ovu ponudu, ali je došlo do spontanog protesta ogromne većine logoraša, pa je taj predlog odbijen i tražili su samo neposredan kontakt sa Međunarodnim Crvenim krstom iz Ženeve radi regulisanja ovog pitanja.<sup>36</sup>

Još na početku Drugog svetskog rata 1940. godine, nemačka avijacija je počela da bombarduje engleske gradove i tom prilikom je stradao veliki broj civilnog stanovništva, naročito u Londonu, Koventriju, Liverpulu kao i u nizu drugih gradova, luka i naseljenih mesta. Engleska avijacija je odgovorila retorzijom i počela da bombarduje nemačke gradove naročito u industrijskoj Rurskoj oblasti gde su bile smeštene nemačke najveće železare i fabrike oružja i municije, a zatim lučke gradova Hamburg, Bremen kao i glavni grad Berlin.

Engleska avijacija je 6. decembra 1944. godine uveče bombardovala i zarobljenički logor Osnabruk gde su bili smešteni jugoslovenski ratni zarobljenici. Tada je poginulo 116 jugoslovenskih ratnih zarobljenika, a 128 je teže ili lakše ranjeno. Koji je bio razlog da se bombarduje zarobljenički logor Osnabruk do sada o tome nije pisano u našoj literaturi. Činjenica je da su logorske barake bile vidno obeležene, da su engleski i američki avioni više puta za te tri godine nadletali zarobljenički logor u Osnabruku i leteli u pravcu Hanover-Berlin i da su tada videli da je u pitanju zarobljenički logor koji je vidno obeležen, ograđen bodljikavom žicom i stražarskim kulama, i da tu nije moglo da bude nikakve zabune. Naročito je u drugoj polovini 1944. godine bilo svakodnevno i noćno nadletanje savezničkih aviona, ali to nije bio razlog za strah logoraša. Međutim, nemačke protivavionske baterije su se locirale vrlo blizu zarobljeničkog logora, iako je to bilo protivno članu 9. Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. Nemačka protivavionska

<sup>35</sup> O Sili zaštitnici bliže videti: K. Obradović, "Uputstvo sile zaštitnice u savremenom humanitarnom pravu" *Međunarodni problemi broj 1/1974*, Beograd 65-84; J.Lopičić-Jančić, „Sila zaštitnica u oružanom sukobu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine broj 3-4/2004*, Novi Sad, 129-136.

<sup>36</sup> M.Carević 277-278.

artiljerija koja je bila u blizini logora otvorila je vatru na savezničke avione, koji su raketama osvetlili čitav kraj kao usred dana. Da bi uništili nemačku protivavionsku artiljeriju Britanci su zasuli bombama čitavu okolinu uključujući i zarobljenički logor. Nikakvo opravdanje za ovo bombardovanje nije postojalo, jer su znali da je u pitanju bio zarobljenički logor.<sup>37</sup>

Kao što smo napred naveli, u bombardovanju oficirskog logora od strane britanske avijacije od 6. decembra 1944. godine poginulo je 116 oficira i vojnika.<sup>38</sup> U prilici smo da na osnovu originalnog dokumenta navedemo sledeće podatke o poginulim oficirima i vojnicima. Poginuli su: general Despot A. Damjanović, 3 pukovnika, 9 potpukovnika, 13 majora, 37 kapetana, 25 poručnika, 25 potporučnika i 3 redova.<sup>39</sup>

Za bombardovanje logora jugoslovenskih ratnih zarobljenika u Osnabriku koje su izvršili engleski avioni 6. decembra 1944. godine u kojem su poginula 116, a ranjena 128 oficira i vojnika, niko od naredbodavaca kao ni od direktnih izvršilaca ovog bombardovanja nije nikada odgovarao. Ovo bombardovanje zarobljeničkih logora predstavlja flagrantno kršenje Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine, odnosno masovni ratni zločin izvršen protiv ratnih zarobljenika.

Najzad dolazi do безусловne kapitulacije nacističke Nemačke 9. maja 1945. godine. Kao prioritarno pitanje postavilo se povratak oslobođenih jugoslovenskih ratnih zarobljenika iz cele Nemačke u Jugoslaviju. Međutim, taj organizovani povratak nije bilo lako realizovati iz više razloga. Tada se u Nemačkoj nalazilo preko 20 miliona bivših ratnih zarobljenika, interniraca i prinudnih radnika iz raznih država Evrope. Za njihov prevoz bilo bi potrebno preko 20.000 kompozicija vozova ili 600.000 kamiona ili 500.000 aviona. Veliki deo železničkih pruga i mostova prema Jugoslaviji je bio razrušen, tako da saobraćaj nije funkcionisao. Zatim, tada je u punom jeku bilo prebacivanje američkih

<sup>37</sup> M. Ćirić, „Bombardovanje zarobljenika u Osnabriku“, 4. Jul od 24. decembra 1963, Beograd.

<sup>38</sup> Preciznu evidenciju o umrlim oficirima u logoru Osnabrik od 27. maja 1941. godine kada je umro prvi oficir od infarkta, rezervni potpukovnik Dr Stevan Popović, pa sve do kraja rata maja 1945. godine vodio je sveštenik rezervni oficir Milan Jovanović. Navedene podatke smo preuzeli iz Protokola umrlih Oficirskog logora-Osnabrik sveštenika rezervnog oficira kapetana druge klase Milana Jovanovića (1910-1993.), koji nam je ustupio njegov sin Prof. Dr Slobodan M. Jovanović iz Beograda.

<sup>39</sup> Saopštenje Br. 60. Starešine Oficirskog logora Oflaga VI C, zarobljenih Jugoslovenskih oficira u Osnabriku armijskog đenerala Dimitra Živkovića za 12. XII. 1944; Ratni zarobljenik aktivni major M.J. Đorđević u svojoj knjizi: *Između crnog i crvenog fašizma-u Osnabričkom logoru 1941-45*, London, 1962. str. 119-122. opisuje bombardovanje, ali navodi 117 poginulih i 80 ranjenih. Smatramo da je ipak zvanično Saopštenje Starešine Oficirskog logora pouzdaniji podatak naročito o broju ranjenih logoraša gde je navedeno 128.

i britanskih trupa iz Nemačke prema nemačkim lukama na moru, gde su se ukrcavali na brodove koji su ih prevozili na Daleki istok gde su nastavljali borbu protiv Japana. Radi toga većina jugoslovenskih ratnih zarobljenika je ostala do daljeg u zarobljeničkim logorima, s tim što su sada bili slobodni, a hranu i sve ostalo su dobijali od saveznika.

Hladnoratovska politika Zapada, pre svega SAD, vrlo brzo se odrazila i na odnose sa Jugoslavijom. U nemačkim zarobljeničkim logorima nalazilo se oko 250.000 ratnih zarobljenika, i to oko 230.000 u Zapadnoj Nemačkoj koju su zauzeli zapadni saveznici, a u istočnom delu Nemačke koju je zauzela Crvena armija nalazilo se oko 20.000 ratnih zarobljenika. Ovome treba dodati i još 100.000 do 150.000 jugoslovenski građana koji su u Nemačku bili dovedeni na prislini rad, kao i u druge koncentracione logore širom Nemačke. Pošto je repatrijacija ratnih zarobljenika zbog napred navedenih objektivnih okolnosti bila onemogućena i trajala je mesecima, ratni zarobljenici su ostali u svojim zarobljeničkim logorima. Tada se na njih vršila propaganda od strane zapadnih država da se ne vrate u Jugoslaviju. Takođe su propagandu u istom smislu vršili i poraženi kolaboracionisti svih vrsta koje su podržavale zapadne države. Rezultat ove propagande je bio taj da je određen broj ratnih zarobljenika podlegao toj propagandi i nije se vratio u Jugoslaviju, iako nisu izvršili nikakvo krivično delo. Procene su da se od aktivnih i rezervnih zarobljenih oficira 60-70% vratilo se u Jugoslaviju. Od ratnih zarobljenika i običnih vojnika prema procenama se 85-95% vratilo u Jugoslaviju.<sup>40</sup>

Iz zarobljeničkog logora u Osnabriku gde je bilo preko 6.000 ratnih zarobljenika, u Jugoslaviju se vratilo 4.000 dok se oko 1.000 nije vratilo, nego su ostali u Nemačkoj, a kasnije jedan deo se iselio u SAD, Englesku, Kanadu, Australiju, Francusku i Južnu Ameriku.<sup>41</sup>

Tačan broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika koji je odbio da se vrati u Jugoslaviju nikada nije utvrđen. Procene su razne, koje se kreću od 30 do 50 hiljada. Činjenica je da se određen broj ovih ratnih zarobljenika postepeno vraćao posle par godina. Naime, ovi ratni zarobljenici su ostali u svojim zarobljeničkim logorima ili u nemačkim vojnim kasarnama, s tim da su imali slobodno kretanje, gde su bili na punom izdržavanju zapadnih saveznika, pre svega SAD i Velike Britanije. Zapadni saveznici SAD, Velika Britanija i Francuska su odmah posle završetka Drugog svetskog rata 1945. godine priznali novu Jugoslaviju jer je ista bila saveznik i član antihitlerovske koalicije, ali obzirom da je tadašnja Jugoslavija bila u bloku sa Sovjetskim Savezom, prema njoj su imali dosta rezervi i čestih neprijateljskih akata. Smatrali su da će se komunistički režim u Jugoslaviji vrlo brzo srušiti i da će jugoslovenski

<sup>40</sup> B.Radovanović, 323-324.

<sup>41</sup> N.Vujanović, 456.

ratni zarobljenici biti prethodnica upada u Jugoslaviju i njenom rušenju i u preuzimanju vlasti. Međutim, to je trajalo sve do 1948. godine kada su zapadni saveznici, pre svega SAD, uvideli da od rušenja Jugoslavije nema ništa i da desetine hiljada jugoslovenskih ratnih zarobljenika u Nemačkoj nemaju svog opravdanja za ostanak i da je to samo ogroman finansijski trošak za SAD. Zato, zapadni saveznici donose odluku da se najveći broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika prebaci u SAD, Veliku Britaniju, Kanadu, Francusku i Australiju. U tim državama im je ponuđeno zaposlenje. Najviše jugoslovenskih ratnih zarobljenika se iselilo u SAD i to u gradove Čikago, Detroit, Pitsburg, Klivlend, Milvoki i druge. Uglavnom gde se nalaze najveći industrijski objekti, fabrike, železare i drugo. Život jugoslovenskih ratnih zarobljenika u novim državama bio je veoma težak. Jer, najveći deo nije znao jezik države domaćina što je bilo osnovno za bilo kakvo zaposlenje. Zatim, to su bili aktivni oficiri koji nisu imali potrebne kvalifikacije za bilo kakav stručni posao u fabrikama i preduzećima. Rezervni oficiri takođe nisu imali tražene kvalifikacije, jer su to u građanstvu bili uglavnom činovnici ili lica koja su imala kvalifikacije iz oblasti društvenih nauka, koje u tim drugim državama nisu značile ništa. Zato su oni u najvećem broju slučajeva radili kao nekvalifikovana radna snaga najteže fizičke poslove u fabrikama i železarama. Posle izvesnog vremena jedan broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika se vraćao u Jugoslaviju pre svega zbog teškog života koji su imali u tim zemljama.

Najbolji primer odavanja priznanja svim jugoslovenskim ratnim zarobljenicima dao je maršal Josip Broz Tito u svom govoru u oktobru 1945. godine u Zemunu koji je održao prilikom povratka ratnih vojnih zarobljenika u Jugoslaviju:

*“ Vi ste došli iz zarobljeništva gde ste pokazali da ostajete vjerni svom narodu i svojoj zemlji koja se borila na život i smrt protiv neprijatelja u čijim ste se kandžama vi nalazili. Ja bih hteo da vam kažem ovom prilikom da između vas koji ste bili u njemačkom zarobljeništvu, u onom njemačkom paklu i između ovih boraca ovdje, nema razlike. Vi ste 1941. godine, pošli u borbu rešeni da date i svoje živote za stvar svoje otadžbine. Nije bila vaša krivica što su se našle neznalice koje nisu znale, a većinom izdajice koje nisu htjele da brane domovinu od njemačkog, italijanskog, mađarskog i drugog neprijatelja...*

*I vi u zarobljeništvu bili ste na frontu. Vi ste tamo vršili svoju dužnost, samo što ste bili onemogućeni da je vršite s oružjem u ruci. Ali vi ste ostali vjerni novoj, Demokratskoj Federativnoj Jugoslaviji.”*<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Svedočenja o ratnim vojnim zarobljenicima Kraljevine Jugoslavije u Drugom svetskom ratu 1941-1945. Zbirka tekstova i dokumenata o ratnoj šteti i obeštećenjima ratnih vojnih zarobljenika Vojske, Momarice i Vazduhoplovstva Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1998, str. 325.

### 3. Umesto zaključka

Prema jugoslovenskim ratnim zarobljenicima u zarobljeničkom logoru u Osnabriku u vremenu od 1941-1945.godine vršeni su masovni ratni zločini koji su se sastojali od ubijanja, mučenja, zlostavljanja, maltretiranja i drugih vidova nehumanih postupaka koji su u suprotnosti sa Ženevskom konvencijom o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929.godine. Nacistička Nemačka je bila potpisnik navedene Ženevske konvencije iz 1929.godine, ali istu je svakodnevno kršila.

Činjenica je da je najveći broj jugoslovenskih ratnih zarobljenika koji su se vratili u Jugoslaviju, pre svega aktivnih oficira i podoficira, bio primljen u Jugoslovensku narodnu armiju sa istim ili većim činovima koje su imali u Kraljevini Jugoslaviji i da su svojim znanjem, stručnošću i iskustvom doprineli izgradnji Jugoslovenske narodne armije.

Jugoslovenski rezervni oficiri koji su bili ratni zarobljenici i koji su se vratili u Jugoslaviju takođe su odmah bili primljeni u zavisnosti od svoje struke u razne državne organe, ministarstva, preduzeća, naučne institute, univerzitete i druge ustanove i institucije, gde su svojim znanjem, patriotizmom i stručnošću veoma doprineli izgradnji ratom opustošene i razorene Jugoslavije. Navodimo da su mnogi od njih na osnovu svog rada postali poznati i čuveni književnici, akademici, profesori univerziteta, naučnici, lekari, diplomate, umetnici, kompozitori, glumci, muzičari, pevači, narodni poslanici, javni radnici, publicisti, novinari, direktori raznih fabrika i preduzeća i dr.

---

**Prof. Jelena Lopičić Jančić, Ph.D**

Faculty of Diplomacy and Security

University „Union - Nikola Tesla“ Belgrade

**INTERNATIONAL LEGAL ASPECT OF STATUS OF  
YUGOSLAV PRISONERS OF WAR IN CAMP OSNABRUCK,  
GERMANY 1941-1945**

Summary

This paper discusses and reviews from the international aspect the status of Yugoslav POW in the camp in Osnabruck in Germany in the period from 1941 to 1945. In the mentioned period in POW camp in Osnabruck were approximately 6,000 active and reserve Yugoslav officers. In this POW camp on a daily basis German military authorities in various ways violated the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War from 1929. These violations represent war crimes against prisoners of war and violation of international law. This paper also shows the activities of Yugoslav POW in the camp Osnabruck in opposing these grave violations of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War from 1929. The paper also underlines that this Convention from 1929 was a legal basis for protection of prisoners of war also in the POW camp in Osnabruck which was signed by Nazi Germany, but unfortunately was not respected by the Nazi Germany. This paper emphasizes the unreasonable bombing of the POW camp in Osnabruck on 6 December in 1944 by British aviation prison, during which was killed 116 and wounded 128 Yugoslav POW.

**Keywords:** Osnabruck camp, prisoners of war, the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War In 1929, The Allied bombing of the camp on 6 December in 1944.



Mr Dragana Čvorović<sup>1</sup>  
Veljko Turanjanin<sup>2</sup>

Pregledni naučni rad  
UDK: 343.144:341.645.5(497.1)

## SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVIČNOG DELA U PRAKSI TRIBUNALA ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU<sup>3</sup>

### *Apstrakt*

*Autori u radu obrađuju sporazum o priznanju krivičnog dela u međunarodnom pravu, i to pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Međunarodno pravo, koje se sa jedne strane glorifikuje, a sa druge kritikuje, postepeno se razvilo i u domenu krivičnog procesnog zakonodavstva. Ovaj razvoj je, ipak, pretežno bio uslovljen političkim faktorima, što se najbolje može videti u postupcima pred Tribunalom, pred kojim su pojedina pravila postupka krojena za vreme trajanja krivičnog postupka, praćena implementiranjem zakonskih rešenja iz američkog prava uprkos svim kritikama upućenim istim pravilima u ovom sistemu, kao i različitim mišljenjima sudija u Tribunalu. Nakon uvodnih razmatranja, autori su objasnili zakonske osnove zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela, a potom obrazložili većinu krivičnih predmeta u kojima je došlo do priznanja krivice. Kroz te krivične postupke autori su došli do zaključka da, iako u nacionalnim pravnim sistemima pregovaranje o priznanju krivice i zaključenje nagodbe doprinosi efikasnosti krivičnog postupka, šturo propisivanje pravila njenog zaključenja, a potom i njihova primena, još jednom su dokazali izrazitu selektivnost u deljenju pravde pred Tribunalom.*

**Ključne reči:** sporazum o priznanju krivičnog dela, Tribunal za bivšu Jugoslaviju, pregovaranje, selektivnost

<sup>1</sup> Asistent, Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, e-mail: d.cvorovic@sbb.rs.

<sup>2</sup> Asistent, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu; e-mail: turanjaninveljko@gmail.com

<sup>3</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu: “Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije”, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska Akademija u Beogradu, ciklus naučnih istraživanja 2015- 2019. godina

## 1. Uvodna razmatranja

Poslednjih godina dve sfere međunarodnog prava se konstantno razvijaju: zaštita ljudskih prava i međunarodno krivino pravo.<sup>4</sup> Ideja o nastanku međunarodnih sudova koji bi presuđivali krivične predmete javila se u predvečerje Drugog svetskog rata. Naime, za vreme i u toku rata pravna praksa i *opinio iuris* su pokazale da kršenje zakona i običaja u ratu podležu odgovornosti, pa zverstva ratnih zločina mogu biti procesuirana i kažnjena, pri čemu su se Sovjetski Savez, Velika Britanija i Sjedinjene Američke Države složile da su lica koja prekrše zakone i običaje rata, to jest, počine ratne zločine u svom užem značenju, podložna krivičnom gonjenju i presuđenju, ukoliko budu uhvaćena.<sup>5</sup> Na osnovama ovih ideja osnovan je stalni Međunarodni krivični sud, kao i *ad hoc* tribunali za bivšu Jugoslaviju, Ruandu, Sijera Leone, Istočni Timor i Kambodžu. Iako se smatra da budućnost leži u Međunarodnom krivičnom sudu,<sup>6</sup> u ovom radu će pažnja biti usmerena na Tribunal za bivšu Jugoslaviju.

Prva suđenja u tribunalima nisu ispunila očekivanja,<sup>7</sup> usled mnogobrojnih problema u radu i postupku u sudu.<sup>8</sup> Pojava sporazumevanja o krivici je, kao i u nacionalnim pravnim sistemima, usledila zbog želje tužilaca za brzim i efikasnim procesuiranjem osumnjičenih,<sup>9</sup> u ovom slučaju, za ratne zločine. No, uvođenje tržišnih principa pregovaranja i *laissez-faire* doktrine u praksu sudova koji sude za najteža krivična dela nije bilo jednostavno. Tribunali za bivšu Jugoslaviju i Ruandu su, u početku, izbegavali primenu sporazuma o priznanju krivice, s jedne strane zbog toga što su smatrali da je ovaj pravni institut nespojiv sa njihovim ovlašćenjima da izreknu kazne u visokom iznosu pojedincima za koje se utvrdi da su učinili najteža krivična dela iz njihove nadležnosti, a sa druge strane, zbog jednoglasne kritike kako opšte i pravničke javnosti

---

<sup>4</sup> J. Gilbert, „Justice not Revenge: The International Criminal Court and the ‘grounds to exclude criminal responsibility’: defences or negation of criminality?“, *The International Journal of Human Rights* vol. 10, 2/2006, 143.

<sup>5</sup> K. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge – New York 2009., 69.

<sup>6</sup> D. Scheffer, „The International Criminal Court“, u zborniku: W. Schabas, N. Bernaz, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, London – New York 2011., 67.

<sup>7</sup> S. Kutnjak-Ivkovich, J. Hagan, *Reclaiming Justice: The International Tribunal for the Former Yugoslavia and Local Courts*, Oxford 2011., 3-4.

<sup>8</sup> M. Swart, „Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and “Adventurous Interpretation”“, *Heidelberg Journal of International Law* 3/2010, 460.

<sup>9</sup> V. V. Turanjanin, “Sporazum o priznanju krivice u pravu evropskih zemalja: primjer Italije”, *Strani pravni život* 2/2011, 147-166.

tako i žrtava rata.<sup>10</sup> Odbijena je bilo koja forma sporazuma. Dakle, nije prihvaćena ideja kako sporazuma o krivičnoj sankciji tako ni ona (koju su iznele Sjedinjene Američke Države) da tužioci treba da nagrade okrivljene koji ponude svoje svedočenje protiv drugih optuženih, u zamenu za potpuni ili delimični imunitet od krivičnog gonjenja (sporazum o svedočenju).<sup>11</sup> Ipak, očekivano, prevladale su težnje za bržim okončanjem krivičnog postupka, koji se, kao što je vreme pokazalo, mogu odužiti više godina. Stalni Međunarodni krivični sud nije Statutom ni predvideo, ali ni zabranio mogućnost dogovornog priznanja krivice (s tim što je izričito zadata obaveza sudu da pronade istinu bez obzira na sporazume između stranaka)<sup>12</sup>, dok su Tribunali za bivšu Jugoslaviju i Ruandu istu mogućnost predvideli tek nakon amandmana na Statut.

## 2. Zakonske osnove za zaključenje sporazuma o priznanju krivice u Tribunalu za bivšu Jugoslaviju

Budući da se sporazum o priznanju krivice, kao i postupci njemu analogni, javlja u sve većem broju država i razvija kao standardna procedura u sistemu krivičnih postupaka, ne predstavlja iznenađenje činjenica da je ovaj pravni institut pronašao svoje mesto i u međunarodnim sudovima.<sup>13</sup> Kao što smo naveli, kao inicijator za postojanje pregovaranja o krivici u Tribunalu za bivšu Jugoslaviju pojavile su se Sjedinjene Američke Države, što je bilo i očekivano, s obzirom na brojnost predmeta koji se u ovoj državi završavaju nagodbom. Nakon početnog odbijanja predloga usledilo je naglo povećanje broja predmeta praćeno nemogućnošću Tribunalu da održe redovan krivični postupak prema svakom optuženom, što je dovelo do uvođenja sporazumevanja o krivici. Smatra se da je presudan uticaj na uvođenje sporazuma imao sudija Mekdonald, koji je na mestu predsednika suda zamenio sudiju Antonia Kasezea, koji je bio

<sup>10</sup> N. A. Combs, *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Stanford 2007., 4; T. Coonan, „Prosecuting and Defending Violations of Genocide and Humanitarian Law: The International Tribunal for the Former Yugoslavia“, *American Society of International Law Proceedings* 1994, 248. Bez obzira na kritike koje se upućuju sporazumevanju o krivici, kako zbog primene u Tribunalu za bivšu Jugoslaviju tako i u nacionalnim pravnim sistemima, sigurno je da jednoj kritici neće i nema mesta kada je u pitanju Tribunal – sasvim sigurno neće doći do lažnog priznanja izvršenja krivičnog dela. Za više o tome: B. Simonović, V. Turanjanin, „Sporazum o priznanju krivičnog dela i problem neistinitog priznanja“, *Pravni život* 10/2013, 17-31.

<sup>11</sup> N. A. Combs, (2007), 60.

<sup>12</sup> M. Findlay, *International and Comparative Criminal Justice: A Critical Introduction*, Oxon-New York 2013., 48.

<sup>13</sup> R. Rauxloh, *Plea Bargaining in National and International Law: A Comparative Study*, New York 2012., 204-205; M. Scharf, „Trading Justice for Efficiency“, *Journal of International Criminal Justice* vol. 2, 4/2004, 1070-1071; J. Cook, „Plea Bargaining and the Hague“, *Yale Journal of International Law* vol. 30/2005, 504.

protivnik pregovaranja o krivici.<sup>14</sup> Zapaženo je da mnoštvo kritika koje su upućene sporazumevanju o krivici pred ovim sudom minimalizuju ili teže da ignorišu probleme s kojima se susrelo tužilaštvo.<sup>15</sup> Sporazumom je smanjen broj krivičnih postupaka, a samim tim i broj izjavljenih žalbi, izbegnuti su duži krivični postupci u kojima je neizbežan veliki broj odlaganja, dok priznanje krivice predstavlja olakšavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne.<sup>16, 17</sup>

Statutom nigde nisu nabrojane okolnosti koje sud treba da uzme u obzir prilikom odmeravanja kazne. Navedeno je da sud treba da vodi računa o težini krivičnog dela i okolnostima koje su u vezi sa optuženim licem, ali je takođe i provučena odredba da sud ceneći olakšavajuće okolnosti treba da vodi računa o saradnji optuženog sa tužiocem, gde se ubraja i priznanje krivice (pravilo 101). Iako pojedini autori smatraju da stepen priznanja kao olakšavajuće okolnosti zavisi od faze postupka u kojoj je dato (pri čemu priznanje do kojeg se došlo u ranijoj fazi postupka ima veću vrednost kao olakšavajuća okolnost od onog koje je dato kasnije),<sup>18</sup> Tribunal je zauzeo stav da faza postupka nije od značaja po vrednost priznanja kao okolnosti koja utiče na blaže kažnjavanje.<sup>19</sup>

Kao osnovni pravni akti kojima su propisana krivična dela i krivični postupak u Tribunalu za bivšu Jugoslaviju izdvajaju se Statut i Pravilnik o postupku i dokazima.<sup>20</sup> Statut je momentom donošenja bio izuzetno siromašan odredbama, zahvaljujući pretpostavci da Savet sigurnosti ne treba da ima zakonodavnu funkciju, te postavljenim ograničenjima prilikom pravljenja Statuta. Zbog toga je Statut predstavljao samo minimalan okvir, kojim je ustanovljena nadležnost suda, te postavljene

<sup>14</sup> L. Burens „Plea Bargaining in International Criminal Tribunals: The end of truth-seeking in International Courts?“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7-8/2012, 327; M. Scharf, 1073-1074. O debati pogledati još: S. Linton, „Reviewing the Case of Drazen Erdemovic: Unchartered Waters at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Leiden Journal of International Law* vol. 12/1999, 251-270; S. Yee, „The Erdemovic Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* vol. 26, 2/1997, 263.

<sup>15</sup> M. Harmon, „Plea Bargaining: The Uninvited Guest at the International Tribunal for the Former Yugoslavia“, u zborniku: J. Doria, H. Gasser, C. Bassiouni, *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in the Honour of professor Igor Blishchenko*, Leiden-Boston 2009., 171.

<sup>16</sup> M. Bohlander, *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007., 220.

<sup>17</sup> Prosečno posmatrano, nakon priznanja krivice optuženim je izricana kazna zatvora u trajanju od jedanaest godina, dok im je nakon održanog redovnog krivičnog postupka izricana kazna zatvora od sedamnaest godina. R. Dixon, A. Demirdjian, „Advising Defendants about Guilty Pleas before International Courts“, *Journal of International Criminal Justice* 3/2005, 681.

<sup>18</sup> M. Scharf, 1073.

<sup>19</sup> M. Bohlander, 222.

<sup>20</sup> D. Nikolić, *Stranački sporazum o krivici*, Beograd 2009., 36.

samo opšte smernice za njegov rad.<sup>21</sup> Pravilnik o postupku i dokazima je trebalo da donesu novoizabrane sudije, i on je konstantno menjan i dopunjavan, u skladu sa praksom suda i problemima u radu, pomerajući težište sa *common law* sistema ka kontinentalnom krivičnom postupku.

Kao što je navedeno, na početku rada suda sporazumevanje o priznanju krivice nije bilo dozvoljeno, ali je u pojedinim slučajevima, o čemu će kasnije biti više reči, dolazilo do priznanja krivice na osnovu pravila 62*bis*, kojim je predviđen postupak u slučaju potvrdnog izjašnjenja o krivici.<sup>22</sup> Međutim, 13. decembra 2001. godine došlo je do usvajanja pravila 62*ter*, kojim je regulisan postupak za sporazum za izjašnjavanje o krivici. Prema njemu, tužilac i odbrana se mogu sporazumeti da će, nakon što se optuženi potvrdno izjasni o krivici po jednoj ili više tačaka optužnice, da će tužilac pred pretresnim većem:

1. zatražiti da se optužnica shodno tome izmeni, ili
2. izneti stav da je primerena neka konkretna kazna ili raspon kazne, ili
3. se neće usprotiviti zahtevu optuženog za izricanje konkretne kazne ili raspona kazne.

Međutim, pretresno veće ne obavezuje nijedan od tri navedena sporazuma. Konačno, ako stranke postignu sporazum o izjašnjenju o krivici, pretresno veće će zatražiti da se taj sporazum objavi na otvorenoj sednici, ili, ako mu je iznesen valjan razlog, na zatvorenoj sednici, u trenutku kada se optuženi potvrdno izjasni o krivici ili kad zatraži da svoje negativno izjašnjenje promeni u potvrdno.

Sporazum o priznanju krivice se pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju pojavio u dva svoja oblika, i to kao sporazum o sankciji i sporazum o optužnici. Kod sporazuma o optužnici okrivljeni priznaje krivicu za krivično delo za koje ga tereti tužilaštvo u zamenu za smanjenje kazne, dok kod sporazuma o optužnici tužilac u zamenu za priznanje krivice za pojedine tačke odustaje od gonjenja za druge tačke optužnice. U osnovi, sporazum o priznanju krivice je jedinstven akt, ali se u njemu nalaze elementi ili jednog ili drugog, a najčešće oba sporazuma. Kada je u pitanju dogovaranje o krivičnoj sankciji, tužilaštvo mahom nije predlagalo tačno

<sup>21</sup> F. Pocar, „The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, u zborniku: R. Bellelli, *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Farnham 2010., 68.

<sup>22</sup> Prema ovom pravilu, ako se optuženi izjasni da je kriv ili zatraži da se njegova izjava o krivici izmeni u potvrdnu, a pretresno veće se uveri da je potvrdnu izjavu o krivici dao dobrovoljno, raspoložujući potrebnim informacijama, zatim, da ista nije dvosmislena, te da postoje dovoljne činjenične osnove za postojanje krivičnog dela i učestvovanje optuženog u njemu, bilo na osnovu nezavisnih indicija, bilo na osnovu toga što ne postoji nikakvo bitno neslaganje između strana u pogledu predmetnih činjenica, pretresno veće može proglasiti optuženog krivim i uputiti sekretara da odredi datum za pretres o odmeravanju kazne.

određenu kaznu, već je pred Tribunal dostavlja predlog u kom rasponu kazna treba da se kreće. Sudu je pripadala konačna odluka o konkretnoj kazni, s tim što preporučeni raspon ni u kom pravcu nije bio obavezujući za sud.<sup>23</sup> Samim tim, ni sudska praksa nije pokazala konzistentnost u tom pogledu.<sup>24</sup>

Iz navedenog proizilazi da kada okrivljeni prizna krivicu, sud treba da proveri da li je priznanje dato dobrovoljno, da li je jasno, te da postoji li dovoljna činjenična osnova koja govori u prilog tome da je optuženi učinio krivično delo. Ovi zahtevi služe kao osiguranje optuženom da su zagarantovana njegova prava u krivičnom postupku u momentu kada se odriče svog fundamentalnog prava na suđenje.<sup>25</sup> Ukoliko se utvrdi da je sporazum validan prelazi se na saslušanje radi izricanja kazne, te donošenje presude. Saslušanje radi izricanja kazne traje relativno kratak vremenski period, pa se najčešće završi u toku jednog dana, nakon čega dolazi do izrade manje komplikovane i kraće presude.<sup>26</sup> Takođe, treba skrenuti pažnju da, pored američkog, ovo predstavlja jedini sistem suđenja u kome nijednog momenta nije bila sporna mogućnost za zaključenje sporazuma bez obzira na zaprećenu kaznu, što je logično, jer su za krivična dela za koja sudi Tribunal zaprećene najteže krivične sankcije.

### 3. Sporazumi o krivičnoj sankciji

#### 3a. Predmet *Erdemović*

Do danas je pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju sporazum o priznanju krivice zaključilo ukupno dvadeset lica: Milan Babić, Predrag Banović, Miroslav Bralo, Ranko Češić, Miroslav Deronjić, Damir Došen, Dražen Erdemović, Miodrag Jokić, Goran Jelisić, Dragan Kolundžija, Darko Mrđa, Dragan Nikolić, Momir Nikolić, Dragan Obrenović, Biljana Plavšić, Ivica Rajić, Duško Sikirica, Milan Simić, Stevan Todorović i Dragan Zelenović.<sup>27</sup> Međutim, zbog obima rada ovde je nemoguće obraditi svaki sporazum, pa ćemo skrenuti pažnju samo na pojedine. Kao što ćemo videti, pitanje kažnjavanja je veoma različito i Tribunal nije imao jedinstvenu politiku po ovom pitanju.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Smatra se da predlaganje sudu raspona u kome će kazna biti odmerena reflektuje rezultat pregovora i poverenje stranaka da će odmerena kazna biti pravedna. Međutim, primećeno je i da sudije nisu bile u dovoljnoj meri kooperativne kada su odmeravale kaznu, bilo iznad bilo ispod ponuđenog raspona kazne. W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge 2006., 426-427.

<sup>24</sup> R. Cryer *at al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2010., 468.

<sup>25</sup> M. Bohlander, 218.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> <http://www.icty.org/sections/TheCases/GuiltyPleas>, 08.07. 2014.

<sup>28</sup> Za više o tome: G. Boas, J. Bischoff, N. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library – volume II: Elements of Crimes Under International Law*, Cambridge 2008., 359-363.

Zanemarujući da li je sporazum bio regulisan ili ne, mnoštvo okrivljenih je pregovaralo sa tužiocem i priznalo krivicu, pa je tako sporazum o priznanju krivice nerazdvojan deo postupka pred Tribunalom za Bivšu Jugoslaviju.<sup>29</sup> Razvoj sporazumevanja o krivici se može pratiti kroz tri faze. U prvoj fazi, koja je obuhvata kako period pre, tako i nakon statutarnog regulisanja sporazuma, zaključeno je malo sporazuma, dok je u drugoj fazi, koja obuhvata 2002. i 2003. godinu došlo do naglog povećanja broja zaključenih sporazuma. Konačno, u trećoj fazi njihov broj opada, i to, prema pojedinim autorima, iz tri razloga: prvo, zbog toga što su različita udruženja žrtava i pravnih teoretičara kritikovala blagu kaznenu politiku i izbegavanje javnog suđenja;<sup>30</sup> drugo, zbog odlaska Majkla Džonsona koji je bio veliki zagovornik sporazuma o priznanju krivice, i treće, zbog odbacivanja pojedinih sporazuma od strane suda optuženi su izgubili veru da njihovo priznanje krivice i ustupci koje mogu da dobiju ne mogu da opstanu.<sup>31</sup>

Prvi slučaj primene sporazuma o priznanju krivice pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju bio je slučaj Dražena Erdemovića, koji je u dogovoru sa tužiocem priznao krivicu za ratni zločin, izražavajući kajanje zbog učinjenog dela i svedočeci protiv drugih optuženih. Tužilaštvo je njegovo priznanje i saradnju ocenilo kao značajne i sveobuhvatne, a upoznao ih je i sa činjenicama koje tužilaštvu nisu bile poznate.<sup>32</sup> Tribunal mu je izrekao kaznu zatvora u trajanju od deset godina, uzimajući u obzir njegovu spremnost za saradnju i jako izraženo kajanje. Međutim, Žalbena veće je poništilo sporazum, s obrazloženjem da optuženi nije bio informisan o svim elementima koje nosi priznanje krivice.<sup>33</sup> U presudi, sudije sa anglo-

<sup>29</sup> A. Tieger, M. Shin, „Plea Agreements and the ICTY“, *Journal of International Criminal Justice* 3/2005, 667; M. Bohlander, 219.

<sup>30</sup> Ovakva udruženja često naglašavaju da sporazum o priznanju krivice eliminiše mogućnost da žrtva ponudi svedočenje i ispriča svoju priču, pri čemu ignorišu činjenicu da je svedočenje žrtve najčešće tramatično iskustvo. Zbog toga se ističe da suđenje pred Tribunalom nije nikakav forum za individualno ili kolektivno lečenje i iscelenje, dok eventualno ročište za izricanje kazne može da predstavlja manje sresno područje za susret optuženog sa žrtvom. M. Bohlander, 224.

<sup>31</sup> N. A. Combs, „Procuring Guilty Pleas for International Crimes: The Limited influence of Sentence Discounts“, *Vanderbilt Law Review* vol. 59, 1/2006, 98-99.

<sup>32</sup> N. A. Combs, „Copping a Plea to a Genocide: the Plea Bargaining of International Crimes“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, 1/2002, 110.

<sup>33</sup> Apelaciono veće je zauzelo stav da priznanje krivice pre svega mora da bude dobrovoljno, a ne posledica pretnje, nagovora ili obećanja. Optuženi mora biti poučen da se priznanjem krivice odriče prava na postupak u kome se smatra nevinim dok se njegova krivica ne dokaže, te da gubi pravo na direktno i unakrsno ispitivanje. Zatim, priznanje mora biti dato svesno, od strane lica koje je mentalno sposobno za to, jer priznanje krivice ne sme da bude prihvaćeno od strane lica koje priznaje krivicu za imaginarne zločine kako bi zadovoljilo psihološku sklonost ka samooptuženju. Zbog toga, tužilaštvo mora da raspoláže i sa dovoljnim kvantumom dokaza koji govore u prilog krivici. Potom, optuženi mora biti potpuno svestan svih pravnih posledica priznanja. Konačno, priznanje ne sme da bude nejasno niti dvosmisleno. Na primer, veće je dalo primer da sud ne sme da prihvati priznanje krivice optuženog koji s jedne strane priznaje krivicu, dok s druge strane ističe da je postupao u samoodbrani. Presuda je preuzeta sa adrese: [www.icty.org/](http://www.icty.org/), 15.07. 2014.

američkog pravnog područja su tom prilikom istakle značaj priznanja krivice, budući da smanjuje materijalne i vremenske resurse, a omogućava izbegavanje neprijatnosti kojima bi bili izloženi, pre svega, svedoci.<sup>34</sup> S ovakvim stanovištem se složio i Kaseze, koji je inače bio protivnik sporazuma.<sup>35</sup> Nakon toga, Erdemović je ušao u novo pregovaranje sa tužilaštvom – pri čemu je dogovorena kazna od sedam godina zatvora (koja je kasnije smanjena na pet godina) kao kazna primerena izvršenom delu. Za svaki slučaj, tužilaštvo je obavestilo sud da je optuženi ponudio priznanje ne očekujući povlastice od strane tužioca.<sup>36</sup> Dakle, iako u ovom slučaju nije došlo do pravih pregovora, gde bi u zamenu za priznanje krivice tužilac ponudio određene povlastice, debata koja je vođena oko njegovog priznanja popločala je put za kasnije uvođenje i regulisanje pregovaranja oko priznanja krivice.<sup>37</sup>

Inače, za vreme ovog suđenje podiglo se više pitanja, među kojima se izdvajaju: da li je prinuda od strane pretpostavljenog opravdanje ili izgovor za izvršenje dela, te da li vladavina prava onemogućava prinudu kao odbranu u krivičnom delu ubistva. Na ova pitanja sud nije dao jasne odgovore.<sup>38</sup> Pojedini autori izričito daju negativan odgovor na prvo pitanje, pogotovo kada je u pitanju slučaj Srebrenica,<sup>39</sup> dok drugi dopuštaju ovu mogućnost. Prvostepeno veće u ovom predmetu je zauzelo stav da prinuda može biti efikasna odbrana u krivičnom postupku (mada je u konkretnom slučaju nije pronašlo), ali Žalbena veće, u kom je došlo do podele mišljenja među sudijama, nije prihvatilo ovakvo rezonovanje. Antonio Kaseze je odbacio većinsko mišljenje anglo-amerikih sudija, smatrajući da međunarodni sudovi treba da dopuste i ovaj vid odbrane. U tom slučaju, optuženi treba da dokaže da šteta koju je napravio preduzimajući radnju kojom će da povredi nije veća od one koja bi nastala u slučaju da je odbio da postupi po naređenju.<sup>40</sup> Ipak, u ovom predmetu su prevladali politički nad pravnim elementima, što i nije predstavljalo neko veće iznenađenje. Nakon analize nacionalnih pravnih sistema u različitim zemljama, zaključeno je da prinuda u ubistvu nedužnih civila ne može da

<sup>34</sup> U praksi Tribunala je izričito navedeno da se prednost sporazuma javlja sprečavanje žrtve da svedoči, budući da je to za većinu traumatično iskustvo. M. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and the International Law*, Cambridge 2007., 165.

<sup>35</sup> N. A. Combs, (2002), 112-113.

<sup>36</sup> N. A. Combs, (2006), 61.

<sup>37</sup> R. Rauxloh, 206.

<sup>38</sup> L. E. Chiesa, „Duress, Demanding Heroism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 41/2008, 743-744.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Prosecutor v. Erdemovic, Case No. IT-96-22-A. Pogledati izdvojeno mišljenje sudije Kasezea. Preuzeto sa adrese: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>, 15.07. 2014.

predstavlja opravdanje, smatrajući da je osnovni zadatak međunarodnog humanitarnog prava zaštita slabih i ranjivih lica, zbog čega tribunal ne sme da dozvoli optuženima da izbegnu svoju odgovornost pozivanjem na prinudu (to jest na naređenje pretpostavljenog).<sup>41</sup> Većina sudija je odbila argument sudije Kasezea da sud treba da implementira, kao jedan od kriterijuma za uspešnu odbranu usled prinude, test proporcionalnosti, kako bi se odredilo da li zbog radnje optuženog nastaje veća šteta od one koja bi nastala da je propustio radnju. Ovakvo shvatanje Kaseze je oštro kritikovao, navodeći da se na taj način u međunarodno krivično pravo uvode elementi imanentni samo određenim pravnim sistemima.<sup>42</sup> U konkretnom slučaju, šteta ne bi mogla nikako da se izbegne, bez obzira na Erdemovićevu radnju,<sup>43</sup> zbog čega bi mogao da se poziva na poslušnost kao odbranu,<sup>44</sup> i izbeći kaznu.<sup>45</sup> Zbog obima rada nećemo se duže baviti ovom temom, ali treba napomenuti da je slučaj, zbog velikog neslaganja u mišljenjima između sudija, pitanje tretmana prinude kao odbrane postavio u širi kontekst pravne prakse o međunarodnoj krivičnoj odgovornosti.<sup>46</sup>

### 3b. Predmet *Jelisić*

Sledeći predmet u kome je došlo do priznanja krivice jeste slučaj Gorana Jelisića,<sup>47</sup> koji je po jednoj tački optužnice bio optužen za zločin genocida, a po trideset devet tačaka za zločine protiv čovečnosti<sup>48</sup> i povredu prava i običaja rata. Nakon što se izjasnio da nije kriv za zločin genocida, izrazio je, uprkos savetu branioca, spremnost da prizna krivicu za trideset jednu tačku optužnice za zločine protiv čovečnosti. Zbog toga, tužilaštvo je pripremilo određenu formu sporazuma za njegovo priznanje krivice (*Agreed Factual Basis for the Guilty Pleas to be Entered by Goran Jelisić*), odbacujući preostalih osam tačaka optužnice za zločine protiv čovečnosti.<sup>49</sup> Na taj način, suđenje je moglo da se održi samo za zločin

<sup>41</sup> S. Heim, „The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians“, *Cornell International Law Journal* vol. 46/2013, 174-175.

<sup>42</sup> Izdvojeno mišljenje sudije Kasezea.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> P. Gaeta, „The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Courts versus Customary International Law“, *European Journal of International Law* 10/1999, 181, 184.

<sup>45</sup> B. Risacher, „No Excuse: The Failure of the ICC’s Article 31 “Duress” Definition“, *Notre Dame Law Review* vol. 89/2014, 1425.

<sup>46</sup> V. Epps, „The Soldier’s Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself“, *New England Law Review* vol. 37/2003, 988-990.

<sup>47</sup> *Prosecutor v Jelisić*, Case No. IT-95-10-PT.

<sup>48</sup> O tom više u: J. Blake, A. Mahmud, „The Arab Spring’s Four Seasons: International Protections and the Sovereignty Problem“, *The Penn State Journal of Law & International Affairs* vol. 3, 1/2014, 167.

<sup>49</sup> N. A. Combs, (2006), 61.

genocida, za koji Jelisić nije priznao krivicu. Tužilaštvo je, međutim, smatralo da treba da nastavi gonjenje za zločin genocida, posmatrajući ovaj predmet kao test za buduća optuženja.<sup>50</sup> Za deo optužnice za koji je priznao krivicu prepustio se odluci suda da mu odmeri kaznu, smatrajući da je priznanje krivice olakšavajuća okolnost. Međutim, suđenje je pružilo potpuno drugačiju sliku. Nakon saslušanja argumenata tužilaštva, veće je odlučilo da oslobodi optuženog optužbi za zločin genocida.<sup>51</sup> Za deo optužnice za koji je priznao krivicu, tužilaštvo je zahtevalo najveću kaznu koju Tribunal može da izrekne – kaznu doživotnog zatvora. Na taj način tužilaštvo očigledno nije ponudilo Jelisiću ništa u zamenu za priznanje, dok je za osam tačaka optužnice odustalo ne kako bi učinilo ustupak optuženom, nego zbog deficita dokaza.<sup>52</sup> Veće takođe nije odalo nikakvu važnost priznanju. Iako nije prihvatilo predlog tužilaštva za izricanjem najteže sankcije, prišlo mu je jako blizu izricanjem zatvorske kazne od četrdeset godina, koja je potvrđena i nakon žalbe.<sup>53</sup> Žalbena veće je odbilo žalbu tužioca, koji je insistirao na *mens rea* Jelisića,<sup>54</sup> da vrati predmet da novo suđenje, smatrajući da je bez obzira na zločin genocida kazna koju je izreklo prvostepeno veće pod datim okolnostima zadovoljavajuća.<sup>55</sup> Kao što je prethodni predmet otvorio pojedina pitanja, tako je ovde došlo do otvaranja diskusije oko toga da li je za genocid neophodna namera ili ne,<sup>56</sup> pri čemu se pravi razlika između motiva i namere.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> W. Schabas, „Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Fordham International Law Journal* vol. 25/2001, 28-29.

<sup>51</sup> Inače, za zločin genocida optuženo je ukupno 15 lica, od kojih su četiri osobe osuđene, dok od preostalih jedanaest dvoje nije doživelo kraj krivičnog postupka, troje je zaključilo sporazum o priznanju krivice, kroz koje je tužilaštvo odustalo od optužnice za genocid, a šest lica je oslobođeno od optužbe za ovo krivično delo. Zbog toga pojedini autori kritikuju rad Tribunala. Pogledati: G. Kent, „Justice and Genocide in Bosnia: An Unbridgeable Gap Between Academe and Law?“, *Law, Crime and History* 2/2013. Međutim, Tribunal je razjasnio zbog čega u konkretnom slučaju nije došlo do zločina genocida. Videti paragraph 108. presude, te: K. Kittichaisaree, „The NATO Military Action and the Potential Impact Of the International Criminal Court“, *Singapore Journal of International & Comparative Law* 4/2000, 513. Ovdje treba naglasiti i to da je Tribunal zauzeo stav da bi pokušaj definisanja nacionalne, etničke ili rasne grupe korišćenjem objektivnih kriterijuma bio opasna vežba, te da to treba rešavati od slučaja do slučaja. D. Bettwy, „The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding Under Customary International Law?“, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 1/2011, 172.

<sup>52</sup> N. A. Combs, (2006), 61-62.

<sup>53</sup> Optužnica, dopuna optužnice i presude se mogu preuzeti sa adrese: <http://www.icty.org/case/jeliscic/4>, 02.08.2014..

<sup>54</sup> W. Schabas, „Mens Rea and The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *New England Law Review* vol. 37, 4/2003, 1023.

<sup>55</sup> P. Wald, „ICTY Judicial Proceedings – An Appraisal From Within“, *Journal of International Criminal Justice*, 2/2004, 469.

<sup>56</sup> W. Schabas, (2001), 29; P. Behrens, „Assessment of International Criminal Evidence: The Case of the Unpredictable Génocidaire“, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* vol. 71, 4/2011, 664.

<sup>57</sup> T. Sainati, „Toward a Comparative Approach to the Crime of Genocide“, *Duke Law Review* vol. 62/2012, 175.

### 3c. Predmet Todorović

Prvi pravi sporazum o priznanju krivice, koji je usledio nakon statutarnog regulisanja ovog pravnog institua i pregovora između optuženog i tužilaštva, zaključen je u slučaju Stevana Todorovića.<sup>58</sup> Međutim, sporazum je više bio ishodovan teškoćama u funkcionisanju međunarodne istrage i hapšenja nego zbog efikasnosti u krivičnom postupku.<sup>59</sup> Naime, Todorović je postavio pitanje zakonitosti svog hapšenja, usled čega je na pritisak država koje su imale snage u SFOR-u došlo do zaključenja sporazuma kako bi se od javnosti sklonile problematične i sramotne informacije o lišenju slobode.<sup>60</sup> Prethodno, Todorović se izjasnio da nije kriv ni za jednu od dvadeset sedam tačaka optužnice. Nakon toga je pristao na zaključenje sporazuma, pod uslovom da prizna krivicu za jednu tačku optužnice i da se odrekne žalbe i zahteva protiv NATO-a, te da saraduje sa tužilaštvom svedočeći protiv drugih optuženih, dok se tužilaštvo obavezalo da odbaci preostalih dvadeset šest tačaka optužnice i preporučiti sudećem veću da optuženom izrekne kaznu zatvora u rasponu od pet do dvanaest godina.<sup>61</sup> Smatra se da je u ovom slučaju došlo do značajnog redukovanja kazne, koja bi se optuženom, u slučaju da je tražio redovan krivični postupak kretala u rasponu od petnaest do dvadeset pet godina zatvora.<sup>62</sup> Sudeće veće je prihvatilo sporazum, uzelo u obzir izraženo kajanje optuženog<sup>63</sup> i priznanje krivice<sup>64</sup> kao olakšavajuće okolnosti i izreklo kaznu zatvora u trajanju od deset godina,<sup>65</sup> kao srazmernu izvršenom delu.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> Prosecutor v. Todorović, Case No.: IT-95-9/1. Presuda se može pronaći na adresi <http://www.icty.org/sid/7966>, 08.07. 2014.

<sup>59</sup> R. Rauxloh, 206.

<sup>60</sup> N. A. Combs, (2006), 62. O tom pogledati više u: J. Sloan, „Prosecutor v Todorovic: illegal capture as an obstacle to the exercise of international criminal jurisdiction“. *Leiden Journal of International Law* vol. 16. 1/2003, 85-113. Todorović je u više navrata pokušao da dođe do dokumentacije koja je u vezi sa njegovim hapšenjem od SFOR-a, ali bezuspešno. Sud je takođe odbijao njegove zahteve. Međutim, sud je uzburkao vodu 2000. godine kada je usvojio zahtev optuženog i izdao naredbu SFOR-u i NATO-u da obelodani ove dokumente. Zemlje koje su bile direktno pogođene ovom odlukom su alarmirane zahtevale preispitivanje ove odluke od Apelacionog veća, a u međuvremenu su uložile napor kako bi optuženi zaljučio sporazum o priznanju krivice. K. Magliveras, „The Interplay Between the Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law“, *European Journal of International Law* vol. 13, 3/2002, 672.

<sup>61</sup> R. Rauxloh, 207.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> B. Hola, „Sentencing of International Crimes at the ICTY and ICTR: Consistency of Sentencing Case Law“, *Amsterdam Law Forum* 4/2012, 20.

<sup>64</sup> R. Henham, „The internationalization of sentencing: reality or myth?“, *International Journal of the Sociology of Law* vol. 30/2002, 274.

<sup>65</sup> O tome i u: K. Askin, „Reflections on Some of the Most Significant Achievements of the ICTY“, *New England Law Review* vol. 37, 4/2003, 912.

<sup>66</sup> D. Đukić, *Transitional Justice and the ICC: In the „Interests of Justice“*, Geneva 2006., 13.

#### 4. Sporazumi o optužnici

Nakon predmeta Todorović, došlo je do naglog porasta broja predmeta koji su okončani sporazumom o priznanju krivice, čime se ušlo u drugu fazu razvoja pregovaranja o krivici pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Ovu fazu karakteriše, pored povećanja broja sporazuma, i njihova raznovrsnost. Naime, u početnoj fazi preovladavao je sporazum o krivičnoj sankciji, tačnije, sporazum o rasponu zatvorske kazne koja će biti izrečena optuženom u zamenu za priznanje. Sporazum o optužnici, kao sporazum u kome se tužilac obavezuje da odustane od pojedinih tačaka optužnice, ili da ne procesuirá optuženog za pojedina krivična dela. Nije postojao. Iako je dolazilo i do odustajanja tužilaštva od pojedinih tačaka optužnice, to nije bio rezultat pregovora, već pre nemoći tužilaštva da ih dokaže,<sup>67</sup> što nije bilo od uticaja ni na kazne koje je Tribunal izricao.<sup>68</sup> Dovoljno je podsetiti se da je tužilaštvo u predmetu *Jelisić* odustalo od osam tačaka, a u predmetu *Todorović* od dvadeset šest od ukupno dvadeset sedam!

Prvi predmet u kome je primenjen sporazum o optužnici predstavlja slučaj *Simić*.<sup>69</sup> Simića je tužilaštvo teretilo sa jednom tačkom optužnice za progon, dve tačke optužnice za torturu i dve tačke za nehumani tretman kao oblike zločina protiv čovečnosti, te sa dve tačke za okrutan tretman kao narušavanje zakona i običaja rata. Suđenje je, zbog teškog zdravstvenog stanja optuženog, teklo sporo. Optuženi se tako našao u dobroj pregovaračkoj poziciji, budući da je tužilaštvo po svaku cenu želelo da ubrza postupak protiv saoptuženih, koji su tražili redovan krivični postupak. Osam meseci nakon njegovog početka, Simić je sklopio sporazum o priznanju krivice, priznavajući krivicu za dve tačke optužnice, kojima je terećen za torturu kao oblik zločina protiv čovečnosti, dok je tužilaštvo odbacilo preostalih pet tačaka optužnice. Interesantno je naglasiti da je Simić, za razliku od većine drugih optuženih koji su sklopili sporazum, odbio da tužilaštvu obezbedi informacije koje bi, potencijalno, moglo da koristi protiv drugih okrivljenih lica, a sporazum sadrži klauzulu kojom se zabranjuje tužilaštvu da sporazum uvrsti u dokaze protiv saoptuženih.<sup>70</sup> Tužilaštvo je tražilo izricanje petogodišnje zatvorske kazne, dok je odbrana zahtevala smatrala da je tri godine zatvora prikladna

<sup>67</sup> Pribegavanje sporazumevanju o krivici u slučaju nedostatka dokaza nije retkost ni u nacionalnim pravnim sistemima. O odnosu sporazuma o priznanju krivice i dokazivanju videti: B. Simonović, V. Turanjanin, „Sporazum o priznanju krivice i problemi dokazivanja“, u zborniku: *Kriminalistički i krivičnoprocesni aspekti dokaza i dokazivanja*, Sarajevo 2013., 17-31.

<sup>68</sup> N. A. Combs, (2006), 63.

<sup>69</sup> Prosecutor v. Simic, Case no. IT-95-9/2. Presuda se može preuzeti sa adrese: [www.icty.org](http://www.icty.org), 02.08. 2014.

<sup>70</sup> N. A. Combs, (2006), 64.

kazna. U suštini, time je sudu predloženo izricanje kazne zatvora od tri do pet godina. Takođe, tužilaštvo je insistiralo na brojnim olakšavajućim okolnostima, naglašavajući da u postupku nije došlo do pojave niti jedne olakšavajuće okolnosti. Sud, međutim, nije prihvatio sve navode tužilaštva, pa je, pored prihvatanja otežavajućih okolnosti,<sup>71</sup> našao da je izraženo kajanje optuženog olakšavajuća okolnost, kao i činjenica da se radi o bolesnom licu, što predstavlja posebnu okolnost koja se nije mogla ignorisati. Tribunal je izrekao optuženom kaznu zatvora u trajanju od pet godina.

Sporazum o svedočenju zauzeo je značajno mesto i u krivičnim postupcima protiv Biljane Plavšić<sup>72</sup>, Momira Nikolića<sup>73</sup> i Dragana Obrenovića<sup>74</sup>, u kom su, prevashodno, prvo dvoje optuženih bilo optuženo za zločin genocida, dok je Obrenović bio optužen za pomaganje u izvršenju zločina genocida. Kod sve troje optuženih tužilaštvo je odlučilo da odbaci optužbu za ovo najteže krivično delo u jurisdikciji Tribunala u zamenu za priznanje krivice za preostale tačke optužnice,<sup>75</sup> što se u osnovi svodilo na priznanje krivice za neki oblik zločina protiv čovečnosti. Na taj način tužilaštvo je počelo da u zamenu za priznanje odustaje od optužnice za teže krivično delo. Pojedini autori, kao i sud u predmetu Nikolić, naglašavaju da zbog toga ni sud ni javnost ne mogu doći do prave istine o tome šta zaista leži iza sporazuma o priznanju krivice.<sup>76</sup> U predmetu *Plavšić* optužena je priznala krivicu za jedan oblik zločina protiv čovečnosti, a kao protivuslugu tužilaštvo je odbacilo sve druge tačke optužnice i predložilo sudu izricanje kazne zatvora između petnaest i dvadeset pet godina. Kada je u pitanju sporazum, nije bilo sumnji u to da je optužena u proces pregovaranja ušla potpuno informisana, te da je priznala krivicu dobrovoljno, ali je sporno da li je sud utvrđivao njenu psihičku sposobnost da shvati posledice priznanja, te da li se priznanje

<sup>71</sup> Tribunal je kao otežavajuću okolnost prihvatio i diskriminatornu nameru, koja predstavlja obeležje krivičnog dela zločina protiv čovečnosti, iako se jasno naglašava da ova okolnost ne može biti uzeta u obzir i kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. U suštini, radi se zabrani dvostrukog kvalifikovanja iste okolnosti, jednom prilikom propisivanja krivičnog dela, a drugi put prilikom odmeravanja kazne. P. De Man, „The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Institute for International Law*, Working Paper No 131, Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law, 2009, 33.

<sup>72</sup> Prosecutor v. Plavšić, Case No.: IT-00-40/1. Presuda se može preuzeti sa adrese: <http://www.icty.org/case/plavsic/4>, 05.08. 2014.

<sup>73</sup> Prosecutor v. Nikolić, Case no. IT-02-60/1. Presuda se može preuzeti sa adrese: <http://www.icty.org/case/nikolic/4>, 05.08. 2014.

<sup>74</sup> Prosecutor v. Obrenović, Case no. IT-02-60/2. Presuda se može preuzeti sa adrese: <http://www.icty.org/case/obrenovic/4>, 05.08. 2014.

<sup>75</sup> N. A. Combs, (2006), 65 i dalje; A. Asuncion, “Pulling the Stops on Genocide: The State or the Individual“, *The European Journal of International Law* vol. 20, 4/2010, 1211.

<sup>76</sup> Prosecutor v. Dragan Nikolić, Case no. IT-94-2-S; L. Burens, 329.

dato pod uticajem pretnje ili određenih obećanja.<sup>77</sup> Tribunal je ovoga puta zanemario predlog tužilaštva i izrekao kaznu zatvora od jedanaest godina.<sup>78</sup> Kada su u pitanju predmeti *Nikolić* i *Obrenović*, tužilaštvo je predložilo izricanje kazne u rasponu od petnaest do dvadeset godina zatvora, dok je Tribunal izrekao prvom kaznu zatvora u trajanju od sedamnaest godina, a drugom dvadeset sedam. Dakle, u drugom slučaju sud nije prihvatio ni stav tužilaštva niti odbrane (odbrana je kaznu zatvora od deset godina smatrala adekvatnom), jer, prema mišljenju suda, takva kazna nije reprezentovala dela koja su predmet optužbe.<sup>79</sup> Ova kazna je nakon postupka po žalbi smanjena na dvadeset godina zatvora.

Verovatno jedan od najproblematičnijih sporazuma je zaključen u predmetu *Deronjić*.<sup>80</sup> Naime, Miroslav Deronjić je optužen 1992. godine, a pet godina nakon toga počeo je saradnju sa tužilaštvom. Kao rezultat informacija koje je pružio tužilaštvu, optuženom je obezbeđen sporazum kojim se tužilaštvo obavezalo da ništa što je izjavio neće biti upotrebljeno protiv njega. Inicijalna optužnica protiv njega je sadržala šest tačaka, a nakon pregovaranja tužilaštvo je odbacilo sve tačke izuzev jedne.<sup>81</sup> Optuženom je izrečena kazna zatvora u trajanju od deset godina. Međutim, sudija Šomberg nije bio zadovoljan sporazumom, sumnjajući da je odbačeno više događaja za koje je moglo da se sudi nego što je prijavljeno, pa je izneo odvojeno mišljenje u kojem je izrečenu kaznu okvalifikovao kao nepravednu, smatrajući kaznu od dvadeset godina zatvora prikladnom.<sup>82</sup> Takođe, istakao je vrednost utvrđivanja istine u krivičnom postupku iznad svega, ali prihvatajući da sporazumom o priznanju krivice može biti postignut određen njen stepen.<sup>83</sup>

<sup>77</sup> J. Cook, "Plea Bargaining at The Hague", *The Yale Journal Of International Law* vol. 30/2005, 484.

<sup>78</sup> U literaturi se ističe da je ovo jedan od primera kako brojnost olakšavajućih okolnosti ima uticaja na umanjenje kazne koja se izrekne optuženom. M. Basset, "Defending International Sentencing: Past Criticism to the Promise of the ICC", *Human Rights Brief* 16, no. 2/2009, 24. Međutim, pojedini autori navode da u ovom predmetu među olakšavajućim okolnostima ne postoji kajanje optuženog, već ovakvo priznanje krivice predstavlja taktički potez. F. Mégret, "The Legacy of the ICTY as Seen Through Some of its Actors and Observers", *Goettingen Journal of International Law* vol. 3, no. 3/2011, 1033. Pri tom, naglašava se koliko je u ovom slučaju odbacivanje optužnice za genocid imalo uticaja na odmeravanje kazne. U slučaju Radislava Krstića, kazna koja je izrečena optuženom iznosila je četrdeset šest godina zatvora. N. A. Combs, (2006), 66.

<sup>79</sup> Tako i u: J. N. Clark, "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *The European Journal of International Law* vol. 20 no. 2/2009, 429.

<sup>80</sup> Prosecutor v. Deronjić, Case no. **IT-02-61**. **Presuda se može preuzeti sa adrese:** <http://www.icty.org/case/deronjic/4>, 05.08. 2014.

<sup>81</sup> N. A. Combs, (2006), 68.

<sup>82</sup> R. Rauxloh, 207; A. Petrig, "Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals With a Focus on the Plea-Bargaining Practice of the ICTY and the Legal Framework of the ICC", *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* vol. 8/2008, 20.

<sup>83</sup> L. Burens, 328-329.

U predmetu *Sikirica*, sporazum o priznanju krivice je zaključen sa Duškom Sikiricom, Damirom Došenom i Draganom Kolundžijom.<sup>84</sup> Ono što je karakteristično za ove sporazume jeste činjenica da do njih nije došlo u ranijim fazama krivičnog postupka, kao što je to bio slučaj u većini drugih. Naprotiv, u ovim predmetima je do njihovog sporazumnog okončanja došlo tek pri kraju postupka. Naime, 31. avgusta 2001. godine, nakon izvođenja dokaza odbrane za Sikiricu i Došena, Kolundžija je pristupio sporazumnom priznanju krivice, i to za držanje zarobljenika u nehumanim uslovima kao oblik zločina protiv čovečnosti. Sedam dana kasnije, oba saoptužena su takođe pristupila pregovaranju i priznala krivicu za pojedine oblike zločina protiv čovečnosti. Budući da su gotovo pred kraj postupka pristupili sporazumu, tužilaštvu nije ponuđeno gotovo ništa, jer su dokazi već bili izvedeni. Zbog toga je tužilaštvo predložilo izricanje kazne između deset i sedamnaest godina zatvora za Sikiricu, od pet do sedam godina za Došena, te od tri do pet godina zatvora za Kolundžiju, ali je takođe preporučilo izricanje najteže kazne iz tog okvira za svakog od optuženih.<sup>85</sup> Sud, međutim, nije prihvatio argumente tužilaštva da sporazum u ovom predmetu ne predstavlja značajnu uštedu vremena u postupku, pa je prvooptuženom izrekao kaznu zatvora u trajanju od petnaest godina, drugooptuženom pet godina, te trećeoptuženom tri godine zatvora.

Kada su u pitanju preostali sporazumi, njih ne odlikuju neke veće karakteristike. Svakom okrivljenom je u određenom iznosu smanjena kazna u odnosu na zaprećenu, pa je tako u predmetu *Češić* izrečena kazna zatvora u trajanju od osamnaest godina (tužilaštvo je predložilo raspon od trideset do četrdeset godina!); u predmetu *Banović* osam godina; u predmetu *Mrđa* sedamnaest godina (predložen je raspon od petnaest do dvadeset godina); u predmetu *Jokić* sedam godina (tužilaštvo je predložilo deset godina, ali je dato odobrenje optuženom da traži i nižu kaznu, nakon čega je odbrana preporučila kaznu zatvora od dve godine); u predmetu *Babić*, nakon što je dva puta odbio kaznu predloženu od strane tužilaštva, Tribunal je izrekao kaznu u trajanju od trinaest godina; u predmetu *Nikolić* dvadeset godina; u predmetu *Bralo* dvadeset godina, te u najmlađem predmetu u kom je došlo do sporazuma, u slučaju *Rajić*, dvanaest godina zatvora.<sup>86</sup>

## 5. Zaključak

Sporazum o priznanju krivice pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju predstavlja kompleksno pitanje, o čemu govori i neodlučnost oko

<sup>84</sup> Prosecutor v. Sikirica et al., Case no. IT-95-8. Presuda se može preuzeti sa adrese: <http://www.icty.org/case/sikirica/4>, 05.08. 2014.

<sup>85</sup> N. A. Combs, (2006), 72.

<sup>86</sup> Sve presude se mogu preuzeti sa sajta Tribunala.

uvođenja ove forme pojednostavljenja krivičnog postupka. Vođeni idejom za što senzacionalnijim suđenjima, pre svega Srbima, i otkrivanju „istine“, ideja o sporazumevanju o krivici je u početku bila odbačena kao „gnusna“. Međutim, realnost je pokazala da će se postupci izuzetno teško okončati na drugi način. Nakon početnih priznanja krivice, do kojih je došlo bez pregovora i bez očekivanja bilo kakvih beneficija – kako je to tužilaštvo isticalo), Statutom je šturo propisan i postupak za pregovaranje za zaključenje sporazuma o priznanju krivice.

Za dosadašnji period funkcionisanja Tribunala, došlo je do zaključenja dvadeset sporazuma o priznanju krivice. Prevažodno, tužilaštvo i optuženi bi odredili elemente sporazuma, pri čemu je tužilačka strana često odustajala od mnogih tačaka optužnice, ali ne zbog popuštanja već zbog nedostatka dokaza. Nakon preciziranja delova sporazuma i njegovog zaključenja, tužilaštvo i odbrana su sudu prepuštali izricanje kazne u određenom rasponu. No, pošto sud ne obavezuje predloženi okvir kazne, primetno je različito postupanje suda prilikom njenog tačnog određivanja. Ukratko, ne može se pronaći bilo kakvo pravilo u tome. Uglavnom, sud je određivao kaznu u predloženim granicama, ali je ponekad, neočekivano išao mnogo iznad ili ispod očekivanih granica. Nije na odmet ni napomenuti da je sud je različito postupao i kada je u pitanju redukcija kazne u odnosu na fazu postupka u kojoj je došlo do sporazuma o priznanju krivice. Na primer, kada je u pitanju predmet *Todorović*, Tribunal je stao na stanovište da je priznanje dato u ranijoj fazi postupka od većeg uticaja na iznos kazne nego ono do kojeg se došlo kasnije, da bi u predmetu *Sikirica* zauzeo drugačiji pristup, ceneći priznanje kao da je dato na početku postupka, a u nekim, poput predmeta *Dragan Nikolić*, nije uopšte dao važnost fazi priznanja.

Nije sporno da sporazum o priznanju krivice predstavlja efikasno sredstvo, kako u nacionalnim tako i u međunarodnim okvirima. Ono što je ovde sporno jeste način određivanja kazne. Na koji način sud može da pravedno odmeri kaznu u slučajevima (kojih je bilo najviše) u kojima nije došlo do potpunog, ili čak nikakvog, izvođenja dokaza? Pogotovo ukoliko ta kazna odstupa daleko iznad kazne koja je predviđena predloženim rasponom? Po našem mišljenju, nikako, čime se opet vraćamo na staru temu o selektivnom deljenju pravde pred Tribunalom za bivšu Jugoslaviju.

---

**Dragana Čvorović,**  
**An Assistant, The Academy of Criminalistic and Police Studies**  
**Veljko Turanjanin,**  
**An Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac**

## **PLEA BARGAINING BEFORE THE TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA**

### **Summary**

The authors in the work deal with the plea agreement in the international law – before the Tribunal for the former Yugoslavia. International law, which is glorified from the one side, and criticized for the other, gradually developed in the field of criminal procedure. This development is, however, largely influenced by political factors, which can be best seen in the proceedings before the Tribunal, where the individual rules are created during the criminal proceedings and particular amendments, followed by implementation of American legal solutions, despite all critics of the same rules in that system, as well as different opinions of the trial judges in the Tribunal. After the introductory remarks, the authors explain the legal basis of the plea bargaining. Then, they explain the majority of criminal cases in which occurred guilty plea. Through these cases, the authors came to the conclusion that, although in the national legal systems plea negotiation and plea agreement contributes to the efficiency of the criminal proceedings, briefly prescribed legal rules for its conclusion and application before the Tribunal once again proved a distinct selectivity in the delivering of justice in this area of international law.

**Key words:** plea bargaining, Tribunal for former Yugoslavia, plea negotiation, selectivity



---

Ana Janković Jovanović<sup>1</sup>

Pregledni naučni rad

UDK: 343.85:343.12

341.231.14

## OSNOVNI PROBLEMI I IZAZOVI U RADU NACIONALNIH PREVENTIVNIH MEHANIZAMA

### *Apstrakt*

*Rad analizira i daje objašnjenja za glavne probleme i izazove u radu Nacionalnih preventivnih mehanizama (NPM), odnosno problem prevencije torture na nacionalnim nivoima. Razlog ovog istraživanja je prikazivanje postojećih NPM modela i onih problema i izazova sa kojima se oni u svom radu susreću.*

*Rad se sastoji iz istorijskog dela, odnosno istorije prevencije torture, sa fokusom na osnovne međunarodne akte protiv torture, pogotovo Opcioni protokol na Konvenciju Ujedinjenih Nacija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, koji je jegan od glavnih međunarodnih akata na polju prevencije torture. Prikazuju se postojeći modeli NPM-a u svetu i analizira se posebno svaki problem i izazov sa kojim se susreću.*

**Ključne reči:** Nacionalni preventivni mehanizam, tortura, Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Opcioni protokol, lica lišena slobode.

### 1. Tortura

Koreni pojama torture pronalaze se još u istoriji Antičke Grčke i Rimskog carstva, gde je nazivana *basanos*<sup>2</sup> i *quaestio*<sup>3</sup>, i gde se koristila da opiše postupanje dobijanja istine od nekoga u slučajevima izvršenja

---

<sup>1</sup> LL.M. (University of London); Pravna savetnica, Komitet pravnika za ljudska prava – YUCOM, email: ana.jankovic@yucom.org.rs

<sup>2</sup> Starogrčki naziv za torturu

<sup>3</sup> Starorimski naziv za torturu

teških krivičnih dela.<sup>4</sup> Tada se verovalo da će rob ako se podvrgne mučenju uvek reći istinu, ali su čak i stari Rimljani prepoznavali akt torture opasnim poslom, *res fragilis et periculosa*.<sup>5</sup>

Istorija međunarodne zabrane torture počinje 1948. godine Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima Ujedinjenih Nacija, koja ustanovljava ideju koja je kasnije korišćena u većim međunarodnim aktima:

*“Niko se ne sme podvrgnuti mučenju ili svirepom,  
nečovečnom ili ponižavajućem postupku ili  
kažnjavanju.”<sup>6</sup>*

U narednim godinama, zabrana i prevencija torture se dalje razvijala na dva paralelna nivoa: na međunarodnom nivou kroz Ujedinjene Nacije<sup>7</sup>, i na regionalnim nivoima kroz Savet Evrope, Organizaciju Američkih država i Organizaciju Afričke unije.<sup>8</sup>

## 2. Konvencija protiv torture

Generalna skupština Ujedinjenih Nacija je 10. decembra 1984. godine u Njujorku usvojila Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (Konvencija), a ista je stupila na snagu 26. juna 1987. godine, danas ima 157 država članica i 81 država potpisnica.<sup>9</sup>

Konvencija je unapredila definiciju torture koja je bila postavljena u Univerzalnoj deklaraciji, i kao takva danas predstavlja međunarodno priznatu definiciju torture.<sup>10</sup> Osnovni zadatak Konvencije jeste da postavi obavezu svim državama članicama da preduzmu sve potrebne mere u

<sup>4</sup> M. Evans, R. Morgan, *Preventing Torture: A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Clarendon Press, UK 1998, 1-21

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija, rez. 217A(III), UN Doc. A.810, 1948

<sup>7</sup> Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija, rez. 2200A (XXI), 1966, Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija rez. 39/46, 1984, Opcioni protokol na Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija UN Doc. A/RES/57/199, 2002

<sup>8</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Savet Evrope 4.XI.1950, Konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, Savet Evrope ETS No.126, 1987, Američka Konvencija o ljudskim pravima “Pact of San Jose, Costa Rica”, Organizacija Afričkih država (B-32), 1967, Afrička povelja o ljudskim i građanskim pravima “Banjul Charter”, Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, 1981

<sup>9</sup> Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Zbirka pravnih akata Ujedinjenih Nacija, [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en), 24.02.2015.

<sup>10</sup> Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka – Konvencija protiv torture, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija rez. 39/46, 1984

cilju prevencije torture. Prethodno pomenuto podrazumeva sve potrebne promene u zakonodavstvu, pravosuđu i upravi, kao i u svim drugim segmentima gde se uspostavi kao neophodno.<sup>11</sup> Konvencija obavezuje države članice da sprovedu nepristrasnu istragu u svim slučajevima gde postoji sumnja da je učinjen akt torture.<sup>12</sup> Dodatno, ovom Konvencijom se uspostavlja Komitet protiv torture (Komitet), koji se sastoji od 10 nezavisnih eksperata koji nadgledaju implementaciju Konvencije od strane država potpisnica.<sup>13</sup> Države potpisnice ove Konvencije su u obavezi da Komitetu dostavljaju periodične izveštaje sa detaljima o preduzetim merama u cilju usklađivanja propisa države sa samom Konvencijom.<sup>14</sup>

### 3. Opcioni protokol

Samo postojanje Konvencije nije delovalo kao dovoljno da bi se uspelo u prevenciji torture, te se pojavila potreba za uspostavljanjem novih tela koja bi imala preventivnu ulogu. Prvobitno je ideja bila da se osnuje međunarodno telo za posete u okviru Ujedinjenih Nacija, no potom u 2001. godini, Meksička delegacija prepoznaje problem nedovoljno čestih poseta koje bi organizovalo to centralno telo, te predlažu da se svaka država članica obaveže da uspostavi telo koje bi na nacionalnom nivou vršilo posete.<sup>15</sup> Kompromis je napravljen kombinovanjem međunarodnog i nacionalnog elementa, i to kroz Opcioni protokol na Konvenciju.

Veliki progres u kontroli i prevenciji torture je napravljen 2002. godine kada je 18. decembra usvojen Opcioni protokol na Konvenciju protiv torture (Opcioni protokol).<sup>16</sup> Opcioni protokol je stupio na snagu 22. juna 2006. godine u skladu sa članom 28(1). Danas, Opcioni protokol ima 77 država članica i 75 država potpisnica.<sup>17</sup> Među prvim državama članicama je, između ostalih bila i Srbija.

Opcionim protokolom je ustanovljen sistem redovnih poseta ustanovama, gde su lica lišena slobode ili gde ona mogu biti, od strane nezavisnog međunarodnog i nezavisnih nacionalnih tela, a u cilju prevencije torture, kao i osnovni principi o funkcionisanju i pravilima osnivanja ovih preventivnih tela. Glavni motiv jeste omogućavanje poseta ustanovama u

<sup>11</sup> Konvencija protiv torture, Art. 5

<sup>12</sup> *Ibid.*, Ar. 2

<sup>13</sup> Kancelarija Visokog Komesara za ljudska prava Ujedinjenih Nacija, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>, 24.02.2015.

<sup>14</sup> Konvencija protiv torture, Art. 19

<sup>15</sup> Association for the Prevention of Torture, <http://www.apt.ch/en/history-of-the-opcat-1/>, 24.02.2015.

<sup>16</sup> Opcioni protokol na Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka – Opcioni protokol, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija UN Doc. A/RES/57/199, 2002, deo 2 i 4

<sup>17</sup> Opcioni protokol, Zbirka pravnih akata Ujedinjenih Nacija, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en), 24.02.2015.

kojima se nalaze lica lišena slobode kako bi se preventivno delovalo na suzbijanju torture.<sup>18</sup> Opcioni protokol je fokusiran na stavljanje obaveze svim državama članicama da aktivno učestvuju u prevenciji torture, upravo omogućavajući ekspertske posete u skladu sa samim Opcionim protokolom.<sup>19</sup> Upravo u tom cilju, Opcioni protokol ustanovljava dva nova preventivna tela, Potkomitet za prevenciju torture, kao međunarodno telo, i preventivna tela na nacionalnim nivoima.<sup>20</sup>

### 3.1. Potkomitet za prevenciju torture

Potkomitet za prevenciju torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka (Potkomitet) je novo preventivno telo osnovano Opcionim protokolom na Konvenciju.<sup>21</sup> Potkomitet se danas sastoji od 25 nezavisnih eksperata, visokih moralnih kvaliteta, sa dokazanom stručnošću u oblasti relevantnoj za postupanje prema licima lišenim slobode.<sup>22</sup> Potkomitet ima ovlašćenja da sprovodi nenajavljene posete ustanovama u kojima se nalaze ili se mogu naći lica lišena slobode, sastavlja preporuke i pomaže državama članicama u osnovanju Nacionalnih preventivnih mehanizama, kao i da u cilju prevencije torture saraduje sa drugim međunarodnim telima.

### 3.2. Nacionalni preventivni mehanizmi

Prema Opcionom protokolu, svaka država članica je dužna da ima jedan ili više nezavisnih mehanizama za prevenciju torture na svom nacionalnom nivou – Nacionalni preventivni mehanizam (NPM), i to najkasnije u roku od godinu dana od ratifikacije Opcionog protokola, no uz mogućnost odlaganja.<sup>23</sup>

NPM obavlja svoj mandat u skladu sa Pariskim principima<sup>24</sup>, principima u vezi statusa nacionalnih ustanova za promociju i zaštitu ljudskih prava. Države članice moraju da garantuju punu funkcionalnu nezavisnost, kao i nezavisnost zaposlenih u NPM-u. Dodatno, države treba da omoguće sve neophodne resurse potrebne za funkcionisanje NPM-a.

<sup>18</sup> The Global Forum on the OPCAT, *Preventing Torture, Upholding Dignity: From Pledges to Actions*, Association for the Prevention of Torture (APT), 2012, 13-24

<sup>19</sup> I. Brownlie, G. Goodwin-Gill, *Brownlie's documents on Human Rights*, Oxford University Press, 2010, 446-457

<sup>20</sup> Opcioni protokol, Art. 2 i 3

<sup>21</sup> Kancelarija Visokog Komesara za ljudska prava Ujedinjenih Nacija, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>, 24.02.2015.

<sup>22</sup> Opcioni protokol, Art. 5

<sup>23</sup> Opcioni protokol, Art. 17 and 24

<sup>24</sup> Principi koji se odnose na status i funkcionisanje nacionalnih institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava – Pariski principi, Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija, rez A/RES/48/134 (Aneks), 1993

Glavni zadatak NPM-a jeste prevencija torture na mestima u kojima se nalaze lica lišena slobode, i u tom cilju oni ispituju postupanje sa ovim licima, pišu preporuke relevantnim organima kako bi se poboljšao sam tretman ili uslovi u kojima borave lica lišena slobode, podnose predloge i opservacije koje se tiču pravnog okvira.<sup>25</sup> Države članice su dužne da ispituju date preporuke i da budu u konstantnom dijalogu sa NPM-om u vezi implementacije upućenih preporuka. Države članice su dužne da objave godišnji izveštaj o radu NPM-a, i moraju da omogućće NPM-u pristup svim mestima na kojima se nalaze ili se mogu nalaziti lica lišena slobode, kao i da im omogući poverljive razgovore kako sa tim licima, tako i sa bilo kojim licima koja bi mogla biti svedoci akta torture, kao i da im daju sve potrebe podatke koje im mogu biti od koristi za prevenciju torture.<sup>26</sup>

#### 4. Postojeći Nacionalni preventivni mehanizmi

Danas, od 77 država članica Opcionog protokola, 60 država je uspostavilo NPM.<sup>27</sup>

Kako sam Opcioni protokol ne daje neku određenu strukturu NPM-a, danas postoji mnogo različitih modela NPM-a u svetu:

- Prema načinu na koji je osnovan, danas razlikujemo NPM koji je osnovan Zakonom o ratifikaciji Opcionog protokola (Švedska<sup>28</sup>, Slovenija<sup>29</sup>, Srbija<sup>30</sup>), NPM osnovan drugim koncom (Francuska<sup>31</sup>, Španija<sup>32</sup>, Švajcarska<sup>33</sup>, Danska<sup>34</sup>, Moldavija<sup>35</sup>), NPM osnovan odlukom Predsednika ili Vlade (Ujedinjeno Kraljevstvo<sup>36</sup>, Nemačka<sup>37</sup>);

<sup>25</sup> Opcioni protokol, Art. 19

<sup>26</sup> I. Brownlie, G. Goodwin-Gill, 446-457

<sup>27</sup> Association for the Prevention of Torture: Spisak uspostavljenih NPM-ova - <http://www.apt.ch/en/list-of-designated-npm/>, 24.02.2015.

<sup>28</sup> Švedski godišnji izveštaj o radu NPM-a, <http://www.jo.se/Page.aspx>

<sup>29</sup> Slovenački godišnji izveštaj o radu NPM-a, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/SloveniaAnnualReport2011.pdf>

<sup>30</sup> Srpski godišnji izveštaj o radu NPM-a, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia\\_JulyDec2011.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia_JulyDec2011.pdf)

<sup>31</sup> Francuski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2011, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Annual\\_report\\_France2011.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Annual_report_France2011.pdf)

<sup>32</sup> Španski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2010, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/NPMAAnnual\\_Report2010\\_spain\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/NPMAAnnual_Report2010_spain_en.pdf)

<sup>33</sup> Švajcarski NPM website, <http://www.nkyf.admin.ch/content/nkyf/en/home.html>, 15.06.2015.

<sup>34</sup> Danski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2009, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/DenmarkAnnualReport2009.pdf>

<sup>35</sup> Moldavski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2009, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Moldova\\_AnnualReport2009.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Moldova_AnnualReport2009.pdf)

<sup>36</sup> Ujedinjeno Kraljevstvo godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2009-2010, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/NPMAAnnualReportUK2009-2010.pdf>

<sup>37</sup> Nemački godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2009-2010, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/ngos/Jahresbericht\\_engl\\_2009-2010.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/ngos/Jahresbericht_engl_2009-2010.pdf)

- Prema formi, razlikujemo NPM kao novoosnovano telo (Francuska, Švajcarska, Nemačka), NPM kao postojeće telo (Ujedinjeno Kraljevstvo, Španija, Meksiko<sup>38</sup>, Švedska, Albanija<sup>39</sup>, Češka<sup>40</sup>, Poljska<sup>41</sup>, Srbija, Moldavija, Azerbejdžan<sup>42</sup>);
- Prema broju tela, razlikujemo NPM kao jedinstveno telo (Španija, Francuska, Nemačka), NPM kao jedno telo sa formalnim učešćem drugog/drugih tela (Slovenija, Srbija, Moldova) i NPM koji se sastoji od nekoliko tela kojima koordinira jedno telo (Ujedinjeno Kraljevstvo, Švedska, Danska);
- Prema sastavu, NPM koji se sastoji isključivo od državnog/državnih tela (Španija, Francuska, Švedska, Nemačka, Azerbejdžan), NPM koji se sastoji od državnog tela i saraduje sa civilnim društvom/nevladinim sektorom (Ujedinjeno Kraljevstvo, Danska, Srbija, Slovenija).

Neke države su osnovale NPM kao nacionalnu ustanovu za ljudska prava, neki kao specijalnu instituciju za NPM, neke države imaju više institucija koje obavljaju poslove NPM-a, neke imaju međuvladino telo koje obavlja poslove NPM-a, a neke države imaju NPM kao nacionalnu ustanovu za ljudska prava sa formalnim učešćem nevladinog sektora u okviru mandata NPM-a.<sup>43</sup>

## 5. Problemi Nacionalnih preventivnih mehanizama

Postoji veliki broj problema koji se tiču rada postojećih NPM-ova, kao što su pitanje njihove nezavisnosti, materijalnih resursa, zaposlenih, organizacije rada i koordinacije i kooperacije sa organima vlasti.

### 5.1. Nezavisnost

Kako bi NPM mogao da ispuni svoj mandat, neophodno je da ono bude nezavisno telo.<sup>44</sup> Jedan od načina na koji se može postići nezavisnost jeste

<sup>38</sup> Meksički godišnji izveštaj o radu NPM-a, <http://www.cndh.org.mx>, 10.06.2015.

<sup>39</sup> Albanski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2008-2010, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/AnnualReports2008-2010\\_Albania.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/AnnualReports2008-2010_Albania.pdf)

<sup>40</sup> Češki godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2008, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/CzechRepublic2008.pdf>

<sup>41</sup> Poljski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2010, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/PolandAnnualReport2010.pdf>

<sup>42</sup> Azerbejdžanski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2011, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Azerbaijan-NPM-Report-2011\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Azerbaijan-NPM-Report-2011_en.pdf)

<sup>43</sup> Association for the Prevention of Torture: Spisak uspostavljenih NPM-ova - <http://www.ap.torture.ch/en/list-of-designated-npm/>, 24.02.2015.

<sup>44</sup> Opcioni protokol, Art. 18

osnivanje NPM-a putem zakona ili čak Ustava.<sup>45</sup> No, izbor i razrešenje članova NPM-a od strane Parlamenta, uz kvalifikovanu većinu glasova predstavlja određen stepen garancije nezavisnosti, ali s druge strane otvara pitanje nezavisnosti od onog ko ih bira i ko može i da ih razreši. Problem ponovnog izbora je što ukoliko postoji težnja da se bude ponovo izabran, verovatno će se ponašati u skladu sa onim “kako bi trebalo” da se ponaša. S obzirom da aktivnosti NPM-a vode do neke vrste konfrontacije sa vlastima, javlja se problem da te vlasti ne bi ponovo izabrale onoga ko daje veliku kritiku samoj vlasti.

Drugi problem kod nezavisnosti jeste činjenica da je država finansijer NPM-a. Država mora da obezbedi dovoljno sredstava NPM-u kako bi NPM mogao da ispuni svoj mandat. Problem nastaje ukoliko ta činjenica utiče na preporuke i izveštaj NPM-a, odnosno ukoliko bi oni bili u skladu sa voljom države. U ovom kontekstu neke nevladine organizacije koje učestvuju u radu NPM-a često odbijaju da prime finansiranje od NPM-a s obzirom da je to državni novac, no u tom slučaju se postavlja pitanje ko finansira nevladin sektor i tako u krug.

Imunitet članova NPM-a je određen Opcionim protokolom.<sup>46</sup> U suprotnom, i ovde bi se javio problem nezavisnosti, u smislu da ukoliko bi članovi NPM-a mogli biti pozivani na odgovornost za akte koje su učinili u svojstvu NPM-a, to bi stvorilo dodatni strah. Imunitet mora biti garantovan zakonom ili drugim aktom koji nije jednostavno promeniti.<sup>47</sup>

## 5.2. Materijalni uslovi

Ispunjenje materijalnih uslova je neophodno za efikasan rad NPM-a. Izričito je predviđeno Opcionim protokolom da su države članice dužne da obezbede sva neophodna sredstva NPM-u za njegov rad.<sup>48</sup> Budžet NPM-a treba da omogućiti ispunjenje svih neophodnih troškova za efikasan rad NPM-a, u zavisnosti od veličine zemlje, broja institucija i ekonomske situacije u predmetnoj zemlji. Problem bi nastao ukoliko ovi budžeti ne bi bili adekvatni. Loša ekonomska situacija ne sme biti razlog za neodobravanje minimalnog finansiranja NPM-a.<sup>49</sup> Budžeti NPM-ova se veoma razlikuju od države do države: u Francuskoj 4.000.000 EUR<sup>50</sup>, u Švajcarskoj 360.000 EUR<sup>51</sup>, u Srbiji 70.000 EUR<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> The Global Forum on the OPCAT, 25-36

<sup>46</sup> Opcioni protokol, Ar. 35

<sup>47</sup> *Ibid.*, Art. 35

<sup>48</sup> *Ibid.*, Art. 18

<sup>49</sup> The Global Forum on the OPCAT, 47-56

<sup>50</sup> Francuski godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2011, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Annual\\_report\\_France2011.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Annual_report_France2011.pdf)

<sup>51</sup> Švajcarski NPM website, <http://www.nkvf.admin.ch/content/nkvf/en/home.html>, 15.06.2015.

<sup>52</sup> Srpski godišnji izveštaj o radu NPM-a, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia\\_JulyDec2011.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia_JulyDec2011.pdf)

### 5.3. Osoblje

NPM mora da bude sastavljen od dovoljnog broja, dobro obučnih članova, rodno i etnički izbalansiran, kao i da ima spoljne eksperte koji im pomažu po potrebi. Broj zaposlenih u NPM-u zavisi od veličine države, broja ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode, kao i od modela NPM-a. U praksi, postoje različiti podaci o brojnom stanju zaposlenih u NPM-ovima, i često oni nisu u saglasnosti sa prethodno pomenutim.<sup>53</sup> Ukoliko je NPM osnovan kao novo telo, broj zaposlenih mora biti veći, no u modelima gde je NPM već postojeće telo ili ukoliko NPM radi zajedno sa civilnim društvom, broj zaposlenih u samom NPM-u može biti manji, s obzirom na već postojeće zaposlene.

Kako bi ispunio svoj mandat, NPM mora biti sastavljen od dobro edukovanog osoblja i sa relevantnim ekspertizama, a to uključuje pravnike, lekare, osobe sa iskustvom u radu policije, zatvora, NVO-a, i socijalnih radnika.<sup>54</sup> Veoma često je potrebno angažovanje spoljnih eksperata i to forenzičara, fizijatra, psihijatra i drugih iz branša medicine relevantni za rad NPM-a.<sup>55</sup>

### 5.4. Organizacija

Prema Opcionom protokolu, organizacija NPM-a mora da bude operativna. Kada je NPM jedno telo, problem može predstavljati mali broj zaposlenih. Kada je NPM sastavljen od nekoliko tela, problem se može javiti u koordinaciji tih tela. Primer dobre prakse jeste Ujedinjeno Kraljevstvo, gde svaki od 18 NPM-ova ima mandat da posećuje određene ustanove sa jednim koordinirajućim telom<sup>56</sup>, kao i u Srbiji, gde Republički Zaštitnik građana obavlja poslove NPM-a sa 9 nevladinih organizacija od kojih je svaka odgovorna za određenu vrstu ustanova ili posvećuje posebnu pažnju određenoj grupi<sup>57</sup>.

### 5.5. Kooperacija

Kako bi NPM mogao da ispuni svoj mandat, pravi posete, sastavlja preporuke i kako bi došlo do implementacija tih preporuka, neophodna

<sup>53</sup> The Global Forum on the OPCAT, 47-56

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Association for the Prevention of Torture, *Visiting places of detention, What role for physicians and other health professionals?*, 2008, [http://www.apr.ch/content/files\\_res/RoleForPhysicians.pdf](http://www.apr.ch/content/files_res/RoleForPhysicians.pdf)

<sup>56</sup> Ujedinjeno Kraljevstvo godišnji izveštaj o radu NPM-a, 2009-2010, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/NPMAAnnualReportUK2009-2010.pdf>

<sup>57</sup> Srpski godišnji izveštaj o radu NPM-a, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia\\_JulyDec2011.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/Serbia_JulyDec2011.pdf)

je kooperacija između njega i državnih vlasti. Upravo je cilj da država poštuje date preporuke, u cilju suzbijanja torture.<sup>58</sup> Ukoliko kooperacija ne bi postojala, NPM ne bi mogao da ispuni svoj mandat, i samim tim bi i svrha postojanja NPM-a bila dovedena u pitanje. Bilo koja vrsta opstrukcije rada NPM-a od strane državnih vlasti bi dovela do smanjenja efikasnosti samog NPM-a.

## 6. Izazovi Nacionalnih preventivnih mehanizama

Uspešno prevazilaženje prethodno pomenutih problema dovodi do efikasnog rada NPM-a, koji je kao takav suočen sa velikim brojem izazova u realizaciji svog mandata.

### 6.1. Česte posete ustanovama

Možda najveći problem ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode jeste da su one zatvorene i nepristupačne, odnosno da nisu transparentne. U ovakvim ustanovama postoji mogućnost izvršenja radnje torture i drugih oblika nečovečnog postupanja prema licima koja u njima borave. Jasno je da je kao jedan od načina zaštite lica lišenih slobode od torture upravo sprovođenje čestih poseta ovim ustanovama.<sup>59</sup>

*“Cilj ovog protokola je da uspostavi sistem redovnih poseta mestima gde se nalaze lica lišena slobode od strane nezavisnih međunarodnih i domaćih tela, radi prevencije torture i drugih surovih neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.”<sup>60</sup>*

Dakle, glavni cilj NPM-a jesu upravo česte posete ustanovama u kojima se nalaze lica lišena slobode i to u što kraćim vremenskim razmacima.<sup>61</sup> Ne samo da je potrebna česta poseta ovim ustanovama, nego i svakom delu te ustanove, svakoj ćeliji, a pogotovo samicama, i to minimum jednom u 2-4 godine, u zavisnosti od veličine države i broja ovakvih ustanova.<sup>62</sup> Zaključak se sam izvodi, kvantitet poseta koje NPM sprovede govore o kvalitetu rada samog NPM-a i ujedno predstavljaju možda najveći izazov u njegovom radu.

<sup>58</sup> Specijalni izvestilac o torturi Ujedinjenih Nacija, *Izveštaj Generalnoj Skupštini Ujedinjenih Nacija*, UN Doc. A/61/259, 2006, par 72, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/468/15/PDF/N0646815.pdf?OpenElement>

<sup>59</sup> Opcioni protokol, Preambula

<sup>60</sup> Opcioni protokol, Art. 1

<sup>61</sup> Association for the Prevention of Torture, Inter-American Institute for Human Rights, *Optional Protocol to the UN Convention Against Torture: Implementation Manual*, rev.izd. 2010, 240-255

<sup>62</sup> Association for the Prevention of Torture - APT, *Establishment and Designation of National Preventive Mechanisms*, Association for the Prevention of Torture (APT), 2006, 14-25

## 6.2. Nenajavljene posete ustanovama

Opcionim protokolom se želelo postići sistem redovnih poseta mestima gde se nalaze lica lišena slobode, a što znači da te posete treba da budu najavljenije. Iako prema samom Opcionom protokolu NPM nema eksplicitno pravo da sprovodi nenajavljene posete, u praksi NPM sprovodi nenajavljene posete, te je to postalo običajno pravo.<sup>63</sup> Čak kao to navodi Evans, sve države treba da imaju nacionalna tela koja bi nenajavljeno i nesmetano ulazila u ustanove u kojima se nalaze lica lišena slobode, i to kao glavno sredstvo prevencije i eliminacije torture.<sup>64</sup>

Mnogo je veći značaj nenajavljenih poseta u odnosu na najavljene. Nenajavljene posete daju uvid u pravo stanje stvari, dok najavljene daju mogućnost ustanovama da sakriju i eventualno zataškaju pravo stanje.

## 6.3. Ustanovljavanje metodologije poseta

Značajan izazov u radu NPM-a jeste ustanovljavanje metodologije poseta. Kako bi se postigla kvalitetna poseta, neophodno je da postoji unapred određena metodologija posete, a koja mora da bude u saglasnosti sa generalno prihvaćenim principima monitoringa<sup>65</sup>. Svaka poseta mora da bude u saglasnosti sa planom posete, posebno napravljenim za određen tip posete i određenu ustanovu, jer loše isplanirana ili nepripremljena poseta, ili poseta koja nije sprovedena poštujući metodologiju ili osnovne principe, može zapravo učiniti više lošeg nego doprineti boljem.<sup>66</sup> Metodologija treba da omogući sistem brzog saznavanja iz raznih izvora (posmatranjem, intervjuima, uvidom u dokumentaciju, fotografije).

## 6.4. Određivanje strukture izveštaja

Izveštaji NPM-a bi trebalo da predstavljaju glavne aspekte i probleme posećenih ustanova, kao i preporuke za eliminisanje nedostataka koji dovode ili bi mogli dovesti do akata torture.<sup>67</sup> Izveštaji treba da budu jasno napisani i argumentovani.

Mora postojati struktuiran model izveštaja za svaki tip posete, izveštaj o redovnim posetama, izveštaj o kontrolnim posetama, o ad-hoc

<sup>63</sup> The Global Forum on the OPCAT, 13-24

<sup>64</sup> M. Evans, *Presentation of the SPT Report to United Nations General Assembly*, 2012, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12693&LangID=E>, 15.06.2015.

<sup>65</sup> United Nations Training Manual on Human Rights Monitoring

<sup>66</sup> Association for the Prevention of Torture, *Monitoring places of detention – Practical guide*, 2004, 13-36, [http://www.apt.ch/content/files\\_res/Monitoring%20Guide%20EN.pdf](http://www.apt.ch/content/files_res/Monitoring%20Guide%20EN.pdf)

<sup>67</sup> Association for the Prevention of Torture - APT, *Establishment and Designation of National Preventive Mechanisms*, Association for the Prevention of Torture (APT), 2006, 63-68

posetama ili tematikim posetama, zatim u zavisnosti od vrste posećene ustanove, izveštaj o poseti policijskoj stanici, zatvoru, psihijatrijskoj bolnici...<sup>68</sup> Takav način sastavljanja izveštaja olakšava njihovu pripremu i dovodi do standardizacije istih, a što stvara uslove za razvoj analitike i komparacije nalaza u različitim ustanovama.<sup>69</sup>

Izveštaji moraju da prikažu relevantne okolnosti, primećeno stanje zasnovano na različitim izvorima, na onome što je viđeno, izjavama lica lišenih slobode ili zaposlenih u tim ustanovama, kopije dokumenata, uključujući fotografije koje se prave tokom svake posete.

### 6.5. Blagovremenost izrade izveštaja

Sastavljanje izveštaja je kompleksan postupak koji može dugo trajati. Često u posetama učestvuje veliku broj članova tima, različitih profesija, i svaki od njih daje svoj doprinos za izveštaj, te zna da bude veoma teško od svega toga napraviti jedan skladan izveštaj.<sup>70</sup>

Glavno je da izveštaj o poseti mora biti podnet u što kraćem periodu nakon izvršene posete.<sup>71</sup> Ne samo da je bitno da izveštaj bude urađen na vreme, već i da na vreme bude dostavljen i ispitan od strane posećene ustanove, u suprotnom gubi na značaju. Idealno bi bilo ukoliko bi bilo moguće u periodu od nekoliko meseci, jer sve kasnije bi obesmisllilo samu posetu.<sup>72</sup>

### 6.6. Javnost i poverljivost izveštaja

Veoma je bitno da NPM stvori odnos uzajamnog poverenja sa državnim vlastima, ali isto tako je veoma važno da se gradi i javna svest o radu NPM-a. Mora postojati balans između javnosti i održavanja kooperativnog dijaloga sa organima vlasti i ustanovama. NPM to može postići ukoliko ima jasne procedure o podnošenju izveštaja ustanovama (na primer tako što bi prvo bilo poslato kao poverljivo) i objavljivanju informacija.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> The Global Forum on the OPCAT, 23-36

<sup>69</sup> Association for the Prevention of Torture, *Detention Monitoring Briefings: Briefing No.1*, Association for the Prevention of Torture (APT), 2008, [http://www.apr.ch/content/files\\_res/Briefing1\\_en.pdf](http://www.apr.ch/content/files_res/Briefing1_en.pdf)

<sup>70</sup> Association for the Prevention of Torture, Asia-Pacific Forum of National Human Rights Institutions and National Institutions and Regional Mechanisms Section – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Preventing Torture*, 2010, 90

<sup>71</sup> Association for the Prevention of Torture and Inter-American Institute for Human Rights, *Optional Protocol to the UN Convention Against Torture: Implementation Manual*, rev.izd., 2010, 243

<sup>72</sup> Association for the Prevention of Torture, *Detention Monitoring Briefings: Briefing No.1*, Association for the Prevention of Torture (APT), 2008, [http://www.apr.ch/content/files\\_res/Briefing1\\_en.pdf](http://www.apr.ch/content/files_res/Briefing1_en.pdf)

<sup>73</sup> The Global Forum on the OPCAT, 32

Mediji mogu da budu dobar partner NPM-u, ali NPM mora da bude veoma pažljiv i da dobro definiše strategiju komunikacije sa medijima.

### 6.7. Kooperativni dijalog sa organima vlasti

Nakon što je izveštaj napravljen, veoma je važno i veliki izazov za NPM predstavlja postizanje i održavanje konstantne i efikasne kooperacije sa posećenim ustanovama i nadležnim ministarstvima kroz otvoren i konstruktivan dijalog.<sup>74</sup> NPM ne bi trebalo da se doživljava kao pas čuvar, već kao svakodnevni sagovornik sa preporukama kao bazom ove interakcije.<sup>75</sup>

Državne vlasti bi trebalo da uspostave službenike koji bi bili odgovorni za komunikaciju sa NPM-om.<sup>76</sup>

### 6.8. Izrada efikasnog godišnjeg izveštaja

Godišnji izveštaj o radu NPM-a bi trebalo da sadrži najnovije informacije o funkcionisanju i radu NPM-a u ogleđanom periodu, sa fokusom na osnovne probleme i izazove u prevenciji torture, glavne preporuke i nivo implementacije preporuka NPM-a.<sup>77</sup> Državne vlasti su dužne da objave i učine dostupnim godišnji izveštaj NPM-a.<sup>78</sup>

## 7. Zaključak

Nacionalni preventivni mehanizmi se, kao što smo videli susreću sa velikim brojem problema i izazova u vršenju svog mandata, no ohrabrujuće je što oni uprkos tome rade i funkcionišu. Iako još uvek ima veliki broj zemalja članica Opcionog protokola koje nisu osnovale NPM, dobar je podatak da 60 od 77 država članica ima nacionalno telo za prevenciju i suzbijanje akata torture.

Za kraj, veoma je korisno citirati bivšeg člana Potkomiteta Viktora Rodrigeza i njegov pogled na prevenciju torture:

*“Prevencija torture nije u postavljanju pitanja šta se desilo i kako se to desilo, već u postavljanju pitanja zašto se to desilo i kako da preventivno delamo da se više ne dešava.”<sup>79</sup>*

<sup>74</sup> *Ibid.*, 37-56

<sup>75</sup> *Ibid.*, 50

<sup>76</sup> *Ibid.*, 81

<sup>77</sup> Association for the Prevention of Torture, *National Preventive Mechanisms: Drafting effective annual reports*, Association for the Prevention of Torture, 2012, [http://www.apt.ch/content/files\\_res/OPCATBriefing\\_NPM\\_reports\\_en.pdf](http://www.apt.ch/content/files_res/OPCATBriefing_NPM_reports_en.pdf)

<sup>78</sup> Opcioni protokol, Ar. 23

<sup>79</sup> The Global Forum on the OPCAT, 39

---

**Ana Janković Jovanović, LL.M. (University of London)**  
Lawyers' Committee for Human Rights, Belgrade

## **MAIN NATIONAL PREVENTIVE MECHANISM ISSUES AND CHALLENGES**

### Summary

This Article is analysing and explaining main issues and challenges in the work of National Preventive Mechanisms (NPM), more precisely the problem of torture prevention on national levels. The purpose of this investigation is to outline the existing NPM models and those issues and challenges that NPM is faced with.

On the beginning the history of torture prevention is presented, with the focus on the main international torture acts, especially Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which is one of the main international torture prevention acts. What follows is presentation of the existing NPMs in the world, with detailed analysis of every issue and challenge that they are faced with in their work.

**Keywords:** National Preventive Mechanism, Torture, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Optional Protocol, persons deprived of their liberty.



## SAVREMENO ANGLOAMERIČKO KRIVIČNO PRAVO I STADIJUMI IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA

### *Apstrakt*

*Kroz istoriju krivičnog prava, u svakom anglosaksonskom zakonodavstvu postojala su dva elementa pokušaja krivičnog dela - namera (mens rea) i radnja (actus reus). Nijedna radnja ne može činiti pokušaj, ako ne predstavlja korak ka izvršenju zločinačke namere i ako nije direktno usmerena i trenutno povezana sa ostvarenjem nameravanog prestupa. Njena priroda mora biti takva da ona sama po sebi predstavlja dokaz o nameri da se izvrši krivično delo. Angloameričko pravo na karakterističan način vrši razgraničenje pripremnih radnji od pokušaja.*

**Ključne reči:** pokušaj, pripremljene radnje, mens rea, actus reus.

### 1. Uvod

Pokušaj krivičnog dela predstavlja institut koji je i danas široko prisutan sa različitim modalitetima u zakonodavstvu velikog broja savremenih zemalja. U osnovi ovih zakonskih rešenja nalaze se pravnoteorijska shvatanja, pravna tradicija, potreba sudske prakse, obim, dinamika i struktura kriminaliteta, sistem inkriminacija, ali i zahtevi kriminalne politike (politike suzbijanja kriminaliteta). U zapadnom zakonodavstvu prvi zabeleženi slučaj definisanja instituta pokušaja krivičnog dela javlja se u francuskom Krivičnom zakoniku iz 1810. godine. Zakonodavac je u članu 2. definisao granicu pokušaja formulacijom *le commencement d'exécution* (početak izvršenja), koja će kasnije postati simbol zapadnog načina razmišljanja u ovoj oblasti. U trenutku kada je izvršenje krivičnog dela započeto (ali ne pre toga) učinilac podleže krivičnoj odgovornosti. Ova formulacija prenesena je u pruski Krivični zakonik iz 1851. godine

---

<sup>1</sup> e-mail: vukanslavkovic@yahoo.com

(član 31), a zatim i u nemački Krivični zakonik iz 1871. godine (član 43).

Slični standardi našli su svoje mesto i u engleskom *common law* XIX. veka. Modifikovane verzije ove odredbe još uvek su rasprostranjene u evropskom krivičnom zakonodavstvu. Nezavisno od toga da li je jednostavno primeniti odredbu francuskog zakonika ili ne, ona ipak predstavlja težnju da se pokušaj dovede u vezu sa konkretnim krivičnim delom i na taj način izbegne opasnost od „elastične“ norme, koju bi sudija primenjivao po svom nahođenju.<sup>2</sup> „Početak izvršenja“ uzet je kao momenat koji deli sferu nekažnjivog od kažnjivog, kao granica između pripremnih radnji i pokušaja, kao tačka gde započinje kaznena intervencija. Ova formulacija postala je predmet mnogobrojnih rasprava i bila je tumačena na različite načine.

Formulacijom *le commencement d' exécution* povučena je granica, budući da su pripremnje radnje određene kao nekažnjiva ponašanja. Razgraničena je sfera državnog uticaja od sfere ličnih sloboda. Kao početak izvršenja mogla se uzeti samo ona aktivnost koju je zakon opisao kao radnju izvršenja određenog krivičnog dela, jer bi svako drugo shvatanje bilo u suprotnosti sa principom *nullum crimen sine lege* i ostavljalo bi mogućnost da dođe do izražaja diskreciona vlast sudije. Samo takvo tumačenje člana 2. navedenog zakona u skladu je sa vladajućim filozofskim i pravnim načelima tog vremena – da se osigura poštovanje zakona i prava i sloboda građana.<sup>3</sup>

## 2. Subjektivni element (*mens rea*)

A. Ashwort ističe da pravna nauka bez većih teškoća prilazi rešavanju subjektivnog elementa kod pokušaja krivičnog dela: mora se dokazati da je optuženi nameravao da prouzrokuje zabranjenu posledicu i da je tom prilikom imao neophodno znanje o svim činjenicama i okolnostima.<sup>4</sup> Prema jezičkom tumačenju insistira se na tome da reč „pokušaj“ krivičnog dela označava pokušavanje, a pokušavanje podrazumeva svrsishodno ponašanje i stoga ne možemo govoriti o postojanju nehata prilikom pokušaja. Suprotno stanovište fokusira se na element sreće, odnosno

<sup>2</sup> G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, New York 1998., 171-172.

<sup>3</sup> F. Bačić, *Početak izvršenja krivičnog djela i kažnjive pripremnje radnje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 1954., 16.

<sup>4</sup> Navešćemo slučaj povodom kojeg je podneta žalba. Jedno lice je optuženo za pokušaj nanošenja teške telesne povrede, tako što je prilikom vožnje usmerilo automobil u pravcu drugog lica, a odbrana je glasila da optuženi nije imao nameru da povredi druge ljude. Ova žalba uticala je na sudove da ustanove da se za pokušaj krivičnog dela ne zahteva svrha: ono što se traži, prema James LJ-u u *Mohan-u* (1976) je dokaz da je doneta odluka da se izvrši krivično delo, nezavisno od toga da li je optuženi želeo posledicu ili ne. Ovo bi trebalo da usaglasi pojam namere sa njenim opštim značenjem u krivičnom pravu, kao i da uključi i predviđanje stvarne izvesnosti (*virtual certainty*).

da li ponašanje tog lica rezultira nastupanjem posledice ili ne.<sup>5</sup> Prema subjektivnoj teoriji, subjektivni elemenat koji se zahteva kod pokušaja treba da bude isti kao i onaj koji se traži kod dovršenog krivičnog dela. To se odnosi na nehanatne radnje optuženog koje stvaraju rizik od nastupanja smrti i zbog kojih bi bio osuđen za ubistvo, da je zaista došlo do smrtnog ishoda; ili nehanatne radnje koje stvaraju rizik od oštećenja tuđe imovine, zbog kojih bi bio osuđen za nanošenje imovinske štete u slučaju da je ona nastupila. Učinilac je izabrao da preduzme nerazuman rizik prouzrokovanja smrti (štete) i taj izbor čini ga krivično odgovornim.

Sama činjenica da smrt ili šteta nije nastupila neće umanjiti odgovornost; učinilac mora biti kažnjen, kao da je posledica usledila. Nehanatni učinilac koji (sticajem okolnosti) ne izazove štetu, nije ništa manje odgovoran od onog koji je prouzrokuje: sama slučajna činjenica da nema posledice, ne umanjuje odgovornost za njegov izbor da preuzme rizik od nastupanja štete. „Osnovni subjektivistički principi odgovornosti“ i „jednakost tretmana“ zahtevaju da se učinilac osudi za pokušaj ubistva ili pokušaj nanošenja štete tuđoj imovini. „Ukoliko dopustimo da učinilac izbegne krivičnu odgovornost, to bi značilo da se ona određuje na osnovu ishoda krivičnog dela (*outcome-luck*)“.

Nekolicina subjektivistata, iako smatra ovu tvrdnju značajnom, ne prihvata je lako. D. Stuart npr. ne podržava više „prošireno pravo o pokušaju“.<sup>6</sup> A. Ashwort tvrdi da će takvo proširivanje prava povećati ovlašćenja policije i individualnu odgovornost, kako za zakonitu, tako i za nezakonitu policijsku intervenciju. Sada subjektivistata ne moraju da prihvate „osnovne principe odgovornosti“ i „jednakost tretmana“ kao apsolutne: razmatranja o zakonodavnoj i krivičnoj oskudnosti i potrebi da se građani zaštite od represije policije, takođe treba uzeti u obzir.

Ponovo imamo ono što se može nazvati čistom posledicom subjektivističkih principa, koji zahtevaju radikalnu promenu pozitivnog prava. Treba naglasiti da subjektivističko shvatanje „izbora“ kao ključne odrednice krivične odgovornosti, proizvodi ozbiljne konsekvence po krivično pravo i pokušaj krivičnog dela. Ako uzmemo u obzir posledice koje stvara na nepodoban pokušaj, subjektivni elemenat kod pokušaja i kažnjavanje za pokušaj, rezultati će biti dramatični.<sup>7</sup>

Prema M. Allen-u, suština pokušaja krivičnog dela je u nameri. Dok se sa jedne strane mora dokazati da je optuženi izvršio više od pripremnih radnji, *actus reus* proističe iz namere učinioca. Radnje same po sebi mogu

<sup>5</sup> A. Ashwort, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, New York 2009., 441.

<sup>6</sup> v. D. Stuart, „Mens Rea, Negligence and Attempts“, *Criminal Law Review* (1968), „The Actus Reus in Attempts“, *Criminal Law Review* (1970), *Canadian Criminal Law*, Carswell, Toronto, 1982.

<sup>7</sup> A. Duff ., *Criminal attempt*, Oxford University Press, New York 1996., 145-146.

biti bezazlene, ali će zajedno sa namerom obrazovati određeno krivično delo. Na primer, ako optuženi upali upaljač pored zavese u nekom restoranu, ovo može, ali ne mora da konstituiše krivično delo podmetanja požara, zavisno od toga da li je on nameravao da zavesu zapali ili da pripali cigaretu.<sup>8</sup> Slično tome, ako optuženi ponudi neko lice čokoladom, to će biti potpuno bezopasan znak velikodušnosti, ili pokušaj ubistva, ako žrtvu nudi u nameri lišenja života, pogrešno verujući da čokolada sadrži otrov. U oba slučaja, radnje su potpuno iste, ali namera optuženog drugu situaciju pretvara u *actus reus* pokušaja ubistva.<sup>9</sup>

Žalbeni sud je u *Pearman*-u [1984]<sup>10</sup> istakao da reč „namera“ ima isto značenje kao i u *common law*. Prema shvatanju Žalbenog suda u slučaju *Whybrow* [1951]<sup>11</sup>, iako su kod tužbe za ubistvo dokazi o postojanju namere nanošenja teške telesne povrede dovoljni da se ustanovi *mens rea*, u slučaju tužbe za pokušaj ubistva namera postaje najvažniji elemenat krivičnog dela. Stoga, kada je neko lice optuženo za pokušaj, mora se dokazati da je imalo nameru da izvrši krivično delo. Slično tome, ako u odnosu na posledicu postoji nehat, to će biti dovoljno za dovršeno krivično delo, ali kod pokušaja je neophodno da u odnosu na posledicu postoji namera.<sup>12</sup> Ovo je logično, obzirom da se za jedno lice ne može reći da je pokušavalo da proizvede posledicu, kada ona nije njegov cilj ili objekt, već se samo predviđa kao mogući rezultat prilikom ostvarivanja cilja.

U *common law* sistemu termin „namera“ definisan je od strane Žalbenog suda u *Mohan*-u [1970]<sup>13</sup> kao „donošenje odluke da se izvrši krivično delo, sve dok se ona nalazi pod kontrolom optuženog. Odluka predstavlja potvrdu pokušaja, nezavisno od toga da li je optuženi želeo da proizvede posledicu svojom radnjom ili ne“. Ova definicija obuhvatala je direktan i eventualni umišljaj.

U *Pearman*-u, Žalbeni sud je prihvatio ovu definiciju i objasnio značenje fraze „nezavisno od toga da li je optuženi želeo da proizvede posledicu svojom radnjom ili ne“: „Ova formulacija je verovatno ovako sročena, kako bi se primenjivala u slučajevima kada je radnja optuženog

<sup>8</sup> A. Schönke, razlikuje radnju bića krivičnog dela (*Tatbestandhandlung*) od radnje izvršenja krivičnog dela. Prva predstavlja radnju koju zakon na bilo koji način određuje u biću krivičnog dela; druga predstavlja određenu radnju, koja još nije delimično ostvarenje bića krivičnog dela, ali koja se zbog svoje neposredne povezanosti sa radnjom zakonskog bića pojavljuje kao njen deo. Bitno je da radnja koja leži izvan bića krivičnog dela bude u neprekidnoj povezanosti (*ununterbrochene Zusammenhang*) sa radnjom bića krivičnog dela, obzirom na plan učinoca; na primer, prinošenje sredstava za paljevinu može prema planu učinoca biti ili pripremna radnja ili pokušaj ovog krivičnog dela. (F. Bačić, 52-53).

<sup>9</sup> M. Allen, *Textbook of Criminal Law*, Oxford University Press, New York 2003., 274.

<sup>10</sup> 80 Cr App R 259.

<sup>11</sup> 35 Cr App R 141.

<sup>12</sup> *O` Toole* [1987] Crim LR 759, gde je poništena presuda kojom se okrivljeni osuđuje za pokušaj podmetanja požara.

<sup>13</sup> QB 1, 11.

bila usmerena ka drugom objektu, jer ima drugačiju svrhu. Na primer, ako je neko lice podmetnulo bombu u avion, znajući da će uzleteti, njegova osnovna namera je zahtev za odštetu osiguravajućem društvu, kada avion sa teretom padne u more. Porota bi tada mogla da istakne kako je on nameravao da ubije posadu, jer iako nije hteo ili duboko želeo da ih usmrti, to je ipak bilo obuhvaćeno njegovim umišljajem. Slično tome, kada učinioca opkoli policija dok je on u kolima, njegov osnovni cilj je da se izbavi iz te situacije. Međutim, ako u punoj brzini vozi u pravcu njih, porota će verovatno zaključiti da je on nameravao da povredi policajce i možda im nanese teške telesne povrede“.

Izvesna sporenja u pogledu stepenovanja namere i predviđanja posledice, kada je reč o eventualnom umišljaju, izazvao je Žalbeni sud svojom odlukom u *Walker and Hayles*-u [1990].<sup>14</sup> U ovom slučaju Walker i Hayles su bacili lice V. sa terase trećeg sprata. Prethodno su udarali njegovom glavom o zid, pretili mu nožem i govorili da će ga ubiti. Lice V. je preživelo, a Walker i Hayles su optuženi za pokušaj ubistva. Sve ove radnje podrazumevale su direktan umišljaj, tako da je jedino ostalo sporno da li su bacanjem sa terase imali nameru da ga ubiju ili ne. Ako su nameravali samo da ga povrede, neće postojati pokušaj ubistva. Porota je bila neodlučna i zatražila je razjašnjenje od sudije. Nažalost, sudija je usmerio porotu da izvede zaključak na osnovu toga kolika je mogućnost nastupanja smrti: ako su optuženi znali da postoji velika verovatnoća da će doći do smrtnog ishoda, porota će imati pravo da zaključi da su nameravali da ga ubiju. Žalbeni sud nije odobrio korišćenje „velike verovatnoće“ kao sredstva, već je dao prednost izrazu „stvarna izvesnost“ (*virtual certainty*).

Međutim, ovo nije suština problema. Ukoliko postoji direktan umišljaj, to znači da je optuženi prilikom izvršenja konkretnog krivičnog dela za jedinu svrhu svoje radnje imao prouzrokovanje posledice koje to delo nosi sa sobom, nezavisno od toga da li je njeno nastupanje moguće, verovatno ili izvesno. Ako je postizanje tog rezultata njegov cilj, postojaće namera, bez obzira na verovatnoću nastupanja posledice. Kod ovog slučaja bilo bi opravdano ukazati da što je izvesniji rezultat, veća je verovatnoća da je to namera optuženog, ali ovo ne sme biti konačan zaključak, jer se svi dokazi moraju uzeti u obzir. To je moguće samo u slučaju kada postoje dokazi da je cilj učinioca bilo nešto drugo, a ne lišenje života.

Ovo shvatanje, zasnovano na slučaju *Nedrick* [1986],<sup>15</sup> a modifikovano u slučaju *Woollin* [1998],<sup>16</sup> treba uzeti u razmatranje. Reklo bi se da takvih dokaza nije bilo u *Walker and Hayles*-u. U svakom slučaju, ako je porota uverena da su optuženi sa direktnim umišljajem nameravali da žrtvi

<sup>14</sup> 90 Cr App R 226.

<sup>15</sup> 1 WLR 1025.

<sup>16</sup> 3WLR 382.

nanesu teške telesne povrede, ona ih može (mada ne mora) osuditi za pokušaj ubistva, ako je ubeđena da su učinioci znali da je nastupanje smrti izvesno (*virtual certainty*).<sup>17</sup>

### 3. Objektivni element (*actus reus*)

Obzirom da je cilj odredbi o pokušaju da prošire kažnjavanje, pitanje minimalne radnje koja je neophodna za postojanje pokušaja krivičnog dela ima veliki značaj. Ovo pitanje tiče se nesvršenog pokušaja: Kada je neko lice otišlo toliko daleko da to povlači njegovu odgovornost? Tu postoje dva pristupa.

Prvi pristup je subjektivno orijentisan i tu se ističe da je svrha pokušaja tendencija ka izvršenju krivičnog dela i sve što sud u tom slučaju treba da zahteva za krivičnu odgovornost je dokaz o postojanju namere i bilo koje radnje usmerene na ostvarenje te namere. Obrazloženje ove argumentacije je sledeće: svako lice koje je otišlo toliko daleko u pogledu pretvaranja zločinačke namere u radnju krivičnog dela, prelazi prag odgovornosti i zaslužuje kaznu (premda će, zbog razloga koji su prethodno navedeni, a koji se odnose na mogućnost dobrovoljnog odustajanja, kazna biti blaža nego kod svršenog pokušaja).

Sa druge strane, postoji objektivno orijentisani pristup, po kojem se razlikuju dva shvatanja. Prvo shvatanje zasniva se na argumentu da ne možemo biti sigurni da je preventivni efekat krivičnog prava zakazao, sve dok učinilac ne izvrši sve neophodne radnje. Krivičnopravni sistem je ostvario svoju preventivnu ulogu, ako bi se učinilac zaustavio pre poslednje navedene radnje, ali ne zbog straha od otkrivanja i kazne. Ovim se sugerše da samo radnje koje su blizu dovršenog krivičnog dela treba da se inkriminišu.

Drugo shvatanje objektivno orijentisanog pristupa zastupa se od strane onih teoretičara koji vide veliku opasnost u krivičnopravnoj intervenciji kojom se ugrožavaju lične slobode ukoliko granica odredbi o pokušaju nije jasno određena. Ako je bilo koja javna (očita) radnja dovoljna za postojanje objektivnog elementa pokušaja krivičnog dela, nezakonita hapšenja bi mogla postati još brojnija; presude bi se u velikoj meri zasnivale na dokazima o nameri okrivljenog, tako da bi policija došla u iskušenje da vrši pritisak u cilju dobijanja priznanja; sudske greške mogle bi se povećati, naročito ako bi se dopustilo da se izvode zaključci na osnovu uskraćivanja iskaza. Da bi se neko osudio za pokušaj, treba zahtevati dokaz o izvršenju nedvosmislene radnje koja je blizu dovršenja krivičnog dela, kako bi se osigurala zaštita slobode građana i obezbedilo pravično upravljanje pravosuđem. U suprotnom, rizikujemo da uđemo u

<sup>17</sup> M. Allen, 274-276.

svet „misaonih” krivičnih dela i policije koja tada interveniše.<sup>18</sup>

Nije „gola“ zločinačka namera ono što učinioča čini odgovornim, što ga preobraća u kriminalca, već je to njegova mogućnost da je sprovede u delo, a ona može biti realizovana samo putem radnje. Neko ko je formirao samo nameru da izvrši krivično delo, još uvek nije „izabrao” da izvrši zločin, jer se mora odlučiti i da je aktualizuje (od čega može i odustati); samo ga preduzimanje daljih koraka može označiti kao kriminalca.<sup>19</sup>

Stoga, radnja koja čini objektivni elemenat kod pokušaja, nije samo dokaz o postojanju krivične odgovornosti, već ona leži u njenoj osnovi. Zašto onda da prihvatimo ovo shvatanje, ako je neko ko poseduje samo zločinačku nameru sigurno već kriv? Deo odgovora može se naći u sledećem. Da bi se „izbor“ ozbiljno uzeo za osnovu krivične odgovornosti, neophodno je da se shvati i naš status, kao odgovornih i samostalnih lica. Tu se očekuje od prava da nam dopusti da, koliko je moguće, koristimo našu sposobnost da determinišemo svoje radnje: da nas pusti da sami odlučimo da li ćemo odustati ili ćemo istrajati u našem nameravanom kriminalnom poduhvatu.

Drugi deo odgovora odnosi se na činjenicu da se krivica učinioča koji je svoju zločinačku nameru počeo da sprovodi u delo kategorički razlikuje od krivice subjekta koji još nije počeo da preduzima radnju izvršenja. Prvo lice se na drugačiji način posvetilo krivičnom delu; on je odbacio jedan značajan *locus poenitentiae* (mesto pokajanja) prelaskom sa (gole) namere na radnju i započeo je nanošenje štete.<sup>20</sup>

Angloameričko pravo na karakterističan način vrši razgraničenje pripremnih radnji od pokušaja. Postoji velika raznolikost sudskih i teoretskih napora u cilju davanja odgovora na ovo pitanje, koji se mogu svrstati u dve kategorije.<sup>21</sup> Prva kategorija fokusira se na tok odvijanja radnje optuženog i nastoji da otkrije momenat kada je optuženi sa radnji pripremanja prešao na pokušaj. „Test prve i poslednje radnje“ („The

<sup>18</sup> A. Ashwort, 442-443.

<sup>19</sup> Budući da donošenje odluke predstavlja nevidljiv, unutrašnji, psihološki proces, sve dok odluka ne bude saopštena ili na drugi način izražena u spoljnom svetu, ona ne može biti saznata, pa prema tome, ne može biti ni predmet krivičnopravne represije. Ma kakva bila zločinačka, kriminalna misao i ma kakva bila volja za njeno ostvarenje, ona ne može da prouzrokuje nikakvu posledicu, sve dok se ne izrazi, materijalizuje u spoljnom svetu. To je osnovni razlog što se u savremenom krivičnom pravu ne kažnjava za misli i želje, odnosno za donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela, što odgovara duhu stare maksime „*cogitationis poenam nemo patitur*”. (D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Nomos, Beograd 2010., 146).

<sup>20</sup> A. Duff, 141-142.

<sup>21</sup> U *R. v. Robinson* optuženi je lažirao pljačku, nakon čega je planirao da podnese zahtev osiguravajućem društvu, što po mišljenju suda predstavlja samo pripremanje, a ne korak ka pokušaju da se pribavi novac na nezakonit način (*R. v. Robinson* [1915] 2 K. B. 342). U *R. v. Sorrel and Bondett* optuženi je sa oružjem kucao na vrata restorana, a menadžer je rekao da ne rade, nakon čega je okrivljeni otišao. Ovo ponašanje pokazalo se kao dovoljno za postojanje *actus reus*-a kod pokušaja razbojništva. (*R. v. Sorrel and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9 (Ont. C.A.).

first act i The last act test“) zavise od optuženog koji „prelazi Rubikon i spaljuje njegove mostove“. Ovi testovi su po svemu sudeći osuđeni na neuspeh, jer ne postoji čvrsta veza između vremenskog podešavanja jedne radnje i dovršenja krivičnog dela.

Test u drugoj kategoriji usredsređuje se na karakter radnje optuženog, a ne na vremenski momenat. Reklo bi se da ova shvatanja više obećavaju, jer u daleko većoj meri vode računa o ponašanju optuženog u celini, nego o potrazi za veštački formiranom granicom razdvajanja. Ovo gledište ne priznaje odgovornost optuženog, osim ako njegova radnja nije na neki značajniji način povezana sa spoljnim svetom. Sama namera da se izvrši krivično delo, ispoljena kroz minimalan kontakt sa stvarnošću, ne može biti dovoljna za krivičnu odgovornost.<sup>22</sup>

Lord Goddard C. J. istakao je da se odgovarajući „test“, u pogledu toga da li je izvršen pokušaj može naći u odluci B. Park-a u slučaju *Regina v Eagleton* [1885] gde je rečeno: „Neka radnja mora postojati, ali ne smatramo da svaka radnja koja se preduzima u cilju izvršenja krivičnog dela treba da bude kažnjiva. Radnje koje ni najmanje ne vode ka izvršenju zločina, ne mogu se smatrati pokušajem, već samo u slučaju kada su neposredno povezane sa ostvarenjem krivičnog dela.“<sup>23</sup>

#### 4. Završna razmatranja

Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvaruje posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu na objektu napada. No, česte su u životu situacije da usled preduzete delatnosti nekog lica, posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela (*lat. conatus delicti*) ili nedovršeno (nepotpuno) delo. Moguće je takođe da se za preduzimanje radnje izvršenja zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog dela. Realna opasnost povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje na strani učinioca za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja, čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca.<sup>24</sup>

Ukoliko nameravamo da pronađemo koherentni, razumni mehanizam,

<sup>22</sup> S. Hamish, „The centrality of the act requirement for criminal attempts“, *University of Toronto Law Journal* 2001, 402-403.

<sup>23</sup> The dividing line between preparation and attempt to commit a crime, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/sasklr19&div=20&id=&page=>, 14. 05. 2014.

<sup>24</sup> D. Jovašević, „Pokušaj u evropskom krivičnom pravu“, *Strani pravni život* 2/2011, 117.

koji bi se pokazao kao uspešan u pogledu pokušaja krivičnog dela, to bi bilo, ako ne nemoguće, onda podjednako frustrirajuće kao da tražimo iglu u plastu sena. J. Hall tim povodom ističe: „Svako ko istražuje pokušaj krivičnog dela, složiće se da ovaj problem koliko je fascinant, toliko je i komplikovan.“ Njegovo rešenje, kao *la belle dame sans merci* (nemilosrdna lepa žena) izmaklo je mnogim revnosnim tragačima.<sup>25</sup> Osnovna teškoća ogleda se u odlučivanju do koje mere, u pravcu inicijalne faze kriminalnog ponašanja, treba da doseže krivično pravo. Većina krivičnih dela prolaze kroz izvesne uobičajene stadijume na putu ka njihovom dovršenju. Prva faza se može ilustrovati na sledeći način: „Ideja je započeta, lice je duboko razmislilo i odluka je doneta“. *Mens rea* krivičnog dela može biti ostvarena, ali učinilac još uvek nije izvršio ništa što je kažnjivo. Ustanovljen je princip da sama namera da se izvrši zločin ne predstavlja kažnjivu radnju. Kao opšte pravilo važi da su radnja i um međuzavisni i ne mogu potpadati pod kriminal ili *reus*, osim ako nisu u kombinaciji. Sama namera nije kažnjiva, jer se zahteva i radnja. Koraci koji slede nakon formiranja zločinačke namere mogu se kategorizovati kao radnje pripremanja krivičnog dela, pokušaj (koji može biti prekinut pre nego što je nameravana radnja dovršena) i konačno, potpuno delo.<sup>26</sup>

**Vukan Slavković PhD**

## **MODERN ANGLO-AMERICAN CRIMINAL LAW AND STAGES DURING THE COURSE OF COMMITTING CRIME**

### Summary

Throughout the history of the criminal law, in every Anglo-Saxon jurisdiction, there were two elements of an attempt to commit crime - an intention (*mens rea*) and an act (*actus reus*). No act is indictable as an **attempt**, unless it is a step toward the execution of the **criminal** purpose and is an act directly approximating or immediately connected with the commission of the offense that the person has in mind. An **attempt** is

<sup>25</sup> J. Hall, *General Principles of Criminal law*, Bobbs-Merrill, New York 1960., 89.

<sup>26</sup> N. Garton, „The actus reus in criminal attempts”, *Queen's Law Journal*/1973-1974, 183.

an act of such a nature that it is itself evidence of the **criminal** intent with which it is done. Anglo - American criminal law, characteristically distinguishes between preparation and attempt.

**Key words:** criminal attempt, preparation, mens rea, actus reus.

## УСТАВНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ИМОВИНУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

### Апстракт

*Од права које је било највише оспоравано, право на имовину у Босни и Херцеговини је постало право које се највише поштује. Један од разлога за то је и његова уставно – правна заштита. Ово право се у БиХ штити Анексом 4 (Устав БиХ) и Анексом 7 Општег оквирног споразума за мир у БиХ. Захваљујући статусу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у правном поретку БиХ, право на имовину се штити и овом конвенцијом и њеним Протоколом број 1. Посебно се значај Европске конвенције и праксе Европског суда за људска права можемо видјети кроз одлуке Уставног суда БиХ приликом одлучивања о заштити права на имовину. Осим Уставног суда БиХ, велику улогу у заштити овог права одиграла је и Комисија за расељена лица и избјеглице.*

**Кључне ријечи:** право на имовину, врсте својине, Европска конвенција, Протокол број 1, Комисија за расељена лица и избјеглице.

### 1. Увод

У току грађанског рата у Босни и Херцеговини који је трајао од априла 1992. године до новембра 1995. године дошло је до масовног кршења људских права, па и права на имовину. Дошло је до великог помјерања становништва које је морало бити смјештено у напуштене куће и станове из којих су претходно отишли или чак истјерани други грађани Босне и Херцеговине.

---

<sup>1</sup> Мастер правник, Докторант на Правном факултету Универзитета у Београду; Руководилац Групе за хармонизацију прописа МУП Републике Српске Бањалука; e-mail: t.dzagic@yahoo.com.

Посматрајући статистичке податке о поврату имовине пријератним власницима видљиво је да је тај проценат био 69 % у 2002<sup>2</sup>. години, 92.95 % у 2005<sup>3</sup>. године, а према извјештају из 2009<sup>4</sup>. године тај проценат износи 99.7 %. Наравно ови резултати нас упућују на претпоставку да је право на имовину у Босни и Херцеговини добро заштићено, како кроз Устав, тако и кроз законе који прописују ову област. Предмет нашег интересовања у овом случају је уставна заштита овог права.

Да би утврдили тачност овакве претпоставке рад је подијелен на више дијелова. Прво ћемо се упознати са појмом и врстама имовине и правним изворима. Након тога обрадићемо заштиту права на имовину у БиХ кроз Анекс 4, гдје је посебан осврт направљен на члан 1. Протокола број 1 и на крају кроз Анекс 7, гдје је направљен посебан осврт на Комисију за избјегла и расељена лица имајући у виду њен значај у заштити права на имовину.

## 2. Право на имовину и његови извори

У основи грађанског економског поретка налази се плуралистичка својинска структура, приватна и јавна својина.<sup>5</sup> Право на имовину можемо појаснити кроз дефинисање појама својине, врста својине и правне изворе у којима се то право штити.

### 2.1. Појам и врсте својине

#### 2.1.1. Појам својине

Када говоримо о праву на имовину онда морамо поћи од њене грађанско – правне дефиниције по којој “право својине је најшире, у границама закона, право држања, кориштења и располагања једном ствари, које се може истицати према свим трећим лицима”<sup>6</sup>. Оно се састоји од три врсте овлаштења: 1. овлаштење држања, 2. овлаштења кориштења, 3. овлаштење располагања. Ово би била садржина права својине. Предмет права својине је индивидуално одређена

<sup>2</sup> Statistics implementation of the property laws in Bosnia Herzegovina 31.12.2002, <http://www.oscebih.org/documents/689-bos.pdf>, 04.05.2010.

<sup>3</sup> Statistics implementation of the property laws in Bosnia Herzegovina 31.01.2005, <http://www.oscebih.org/documents/1413-bos.pdf>, 04.05.2010.

<sup>4</sup> “Циљ формалног поврата имовине и станарских права је готово окончан. Од 225 000 захтјева ријешено је 99.7 %.”, Извјештај о стању људских права у Босни и Херцеговини (јануар - децембар 2008. године), Хелсиншки комитет за људска права у Босни и Херцеговини, <http://www.bh-hchr.org/Izvjestaji/Izvjestaj%20o%20stanju%20ljudskih%20prava%20u%20BiH%20za%202008.pdf>, 12.05.2010., 3.

<sup>5</sup> Д. Стојановић, Уставно право, књига прва, Свен, Ниш 2004., 447.

<sup>6</sup> О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Номос д.о.о, Београд 1996., 56.

непокретна или покретна ствар, осим оних које нису за то подобне или је законом другачије одређено.<sup>7</sup>

Функција својине се састоји у омогућавању људима да задовоље своје потребе. Као основни елемент својине је присвајање, које се може јавити као присвајање од природе или од другог човјека. “Или са уставно – правног становишта, својина (право својине) је слободно кориштење, располагање и управљање покретним и непокретним стварима на бази објективног права.”<sup>8</sup>

### 2.1.2. Врсте својине

Можемо рећи да постоји више врста својине<sup>9</sup>. То су: лична, приватна, друштвена, државна и мјешовита својина.

Лична својина је својина над предметима који служе за личну употребу и потрошњу у циљу задовољења личних потреба. Лична својина се може само изузетно ограничити.

“Приватна својина је својина на стварима (предметима, средствима) помоћу којих се ствара добит (вриједност).”<sup>10</sup> Она се обично везује за својину над средствима за производњу, али поред средстава за производњу можемо навести и било који други предмет својине, све док он служи за стицање добити. Управо ово представља кључну разлику између личне и приватне својине.

Државна својина је такав облик својине гдје се као титулар јавља држава. Ово је својина колективног карактера и можемо је посматрати као колективну капиталистичку и колективну социјалистичку својину.<sup>11</sup> Она обухвата јавна добра и природна богатства.

Друштвена својина је облик својине који се јавља у друштвима без класа. У суштини титулар је друштво, иако се сматра да оваква својина не припада никоме, јер је право присвајања искључено. Најчешће се веже за својину над средствима за производњу.<sup>12</sup>

Мјешовита својина постоји када право својине има више различитих титулара. То може бити држава, друштво, физичка и

<sup>7</sup> Закон о стварним правима (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 124/08 и 03/09), чл. 6. ст. 1.

<sup>8</sup> Р. Кузмановић, *Уставно право правотеоријски и историјски дио (књига прва)*, Бањалука 1997, 190.

<sup>9</sup> Према Закону о стварним правима, чл. 3. ст. 2. само је једна врста права својине, без обзира о којем се носиоцу права својине ради.

<sup>10</sup> Р. Кузмановић, 194.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> У бившој Југославији овај облик својине је уведен Уставним законом из 1953. године, задржан је кроз Устав из 1974. Међутим због злоупотребе друштвене својине извршене су промјене Устава 1988. године, чиме је по први пут уведен својински плурализам.

правна лица. Као примјер можемо навести предузећа у мјешовитој својини, настала као посљедица приватизације, у којим држава има контролни пакет дионица, а остатак имају физичка лица.

Захваљујући процесу приватизације доминантан облик својине у БиХ је лична и приватна својина. Приватизација је такође довела до настанка мјешовите својине. Држава као титулар се јавља у великим предузећима и у области природних ресурса. Сви облици својине имају једнаку правну заштиту.

## 2.2. Правни извори

Право на имовину је заштићено кроз низ међународних и регионалних и аката. То је прије свега Универзална декларација о људским правима, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Повеља о основним правима Европске уније.

Према Универзалној декларацији о људским правима свако има право на властиту имовину, као и на имовину у заједничком власништву са другима. Нико се не може лишити својине арбитрарно.<sup>13</sup> Интресантно је то да у Универзалној декларацији није предвиђено право на накнаду у случају одузимања имовине и да је предвиђен колективни титулар имовине.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода право на имовину штити кроз Протокол 1, члан 1. Заправо штите се три права, а то су право на неометано уживање своје имовине, право да не можемо бити лишени имовине и право државе да доноси и примјењује законе којима регулише кориштење имовине у складу са општим интересима или да би обезбједила наплату пореза или других дажбина или казни.

Повеља о основним правима Европске уније<sup>14</sup> такође штити право на имовину у члану 17, према којем свако има право да посједује, користи, располаже и оставља у наслеђе законски стечена добра. Лишавање имовине може се јавити само у случају када за то постоји јавни интерес и под условима предвиђеним законом, за што се мора одредити правична компензација. Кориштење имовине може бити регулисано у оној мјери у којој је то потребно ради заштите општег интереса. Интелектуална својина је такође предмет заштите овог члана.

<sup>13</sup> Универзална декларација о људским правима, чл. 17, <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, 05.05.2010.

<sup>14</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, (2007/C 303/01), 14.12.2007 EN Official Journal of the European Union C 303/1.

### 3. Заштита права имовине у БиХ

Заштиту права на имовину у БиХ можемо посматрати кроз Општи оквирни споразум за мир у Босни Херцеговини и његове анексе. Анекс 4 који представља Устав БиХ у члану II, који се бави заштитом људских права и слобода, а самим тим и овог права, је најважнији правни извор. С друге стране потребно је објаснити и улогу Анекса 7 са посебним освртом на Комисију за расељена лица и избјеглице и њеном улогом у заштити права на имовину.

#### 3.1. Заштита права на имовину у Анексу 4

У Анексу 4, тј. Уставу БиХ, у члану II став 1. предвиђено да ће Босна и Херцеговина обезбједи највиши ниво заштите међународно признатих људских права. Једна посебна карактеристика која одликује заштиту људских права у БиХ је директна примјена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и њених протокола, као и приоритет над свим законима у БиХ<sup>15</sup>.

Право на имовину је заштићено чланом II, став 3, тачка к) Устава Босне и Херцеговине<sup>16</sup> и Протоколом 1 члан 1. који чини саставни дио Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода<sup>17</sup>. Ради се о истом механизму заштите. Имајући у виду ово и да се у пракси Уставног суда БиХ приликом рјешавања случајева који се односе на повреду права на имовину користи теорија и пракса Европског суда за

<sup>15</sup> Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, Анекс 4, Устав Босне и Херцеговине, чл. II, ст. 2. [http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV\\_BOSNE\\_I\\_HERCEGOVINE\\_srp.pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf), 04.05.2010.

<sup>16</sup> Устав Републике Француске у Декларацији права човјека и грађанина из 1789. године у чл. 17. каже се да је право на имовину свето и неповредиво и да га нико не може бити лишен осим ако то није из разлога јавне потребе. При томе то мора бити правно утврђено и мора бити предвиђена правична надокнада. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 <http://www.senat.fr/connaître/constitution.pdf>, 04.05.2010.

У Уставу Шпаније из 1978. године у чл. 33. признаје се право на приватно власништво и на наслеђивање, чија социјална функција ограничава њихов садржај у складу са законом. Нико не може бити лишен својих добара без оправданог разлога од јавног или друштвеног интереса уз одговарајућу надокнаду и уз сагласност са законом. Constitución Española (1978) [http://www.senado.es/constitu/indices/consti\\_esp.pdf](http://www.senado.es/constitu/indices/consti_esp.pdf), 04.05.2010.

У Уставу Републике Њемачке у чл. 14. штити се право својине и наслеђивања, чији садржај и границе се дефинишу законом. Екпропријација ће бити дозвољена само због јавног интереса у складу са законом који одређује природу и мјеру надокнаде. Надокнада ће бити одређена водећи рачуна о балансу између јавног интереса и интереса оних који су погођени овом мјером. Спорови поводом висине надокнаде могу бити упућени редовним судовима. Basic Law for the Federal Republic of Germany, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> 04.05.2010.

<sup>17</sup> В. одлуку Уставног суда БиХ У 12/01. тач. 34. "Право на имовину је, такођер, заштићено чл. III.3.к) Устава. Међутим, та заштита не превазилази заштиту предвиђену чл. 1. Протокола број 1 Европске конвенције."

људска права, јасно је да се ради разјашњења заштите овог права у БиХ мора размотрити заштита коју пружа члан 1. Протокола број 1.

### **3.1.1. Заштита права на имовину према члану 1. Протокола број 1**

Анализом Протокола број 1 видљиво је да је за заштиту права на имовину битан само члан 1. Поставља се питање каква је садржина овог члана, шта обухвата појам права на имовину према њему и која права и принципи су заштићени. Иако сам члан 1. не регулише право на накнаду, судска пракса намеће потребу да се размотри и питање правичне накнаде у случајевима у којима се одузима имовина.

#### **3.1.1.1. Садржина члана 1. Протокола број 1**

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>18</sup> је међународни уговор потписан у Риму 4. новембра 1950. који је ступио на снагу 3. септембра 1953. године. Од тада до данас увојено је 14 Протокола који представљају саставни дио Европске конвенције. “У ствари, Конвенција се односи првенствено на грађанска и политичка права, а у знатно мањој мјери на економска, културна и социјална права, јер су она заштићена другим међународно – правним инструментима.”<sup>19</sup>

У првобитном тексту Европске конвенције није било регулисано право на имовину због немогућности договора између држава потписница. То је учињено 20. марта 1952. године, када је у Паризу потписан Протокол бр. 1 који је у свом члану 1. садржавао и заштиту поменутог права<sup>20</sup>.

#### **3.1.1.2. Појам права на имовину**

Када погледамо шта штити члан 1. Протокола бр. 1 онда је видљиво да се кроз праксу Европског суда за људска права штити само право држања, кориштења и право располагања на постојећу имовину или имовину за коју постоји легитимно (оправдано) очекивање да ће је добити, у односу на државу. Својина се не ограничава само на власништво материјалних добара.

<sup>18</sup> У даљем тексту Европска конвенција.

<sup>19</sup> М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП “Службени гласник”, Београд 2006, 14.

<sup>20</sup> Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Протокол 1, чл. 1. [http://www.ccbh.ba/public/down/konvencija\\_srp.pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/konvencija_srp.pdf), 04.05.2010.

Не штити се право на стицање имовине.<sup>21</sup> Као предмет заштите овог члана можемо одредити стварна права, ауторско право, облигациона права, акције, патенти, дугови утврђени пресудом, накнада коју утврди арбитража, генерално сва права која имају новчани израз<sup>22</sup>.

“Овако широко тумачење дозвољава употреба ријечи “biens” у француској верзији члана 1. Протокола бр. 1.”<sup>23</sup> У француском праву овај термин обухвата сва имовинска права.

Под заштиту члана 1. Протокола број 1 спадају и доприноси уплаћени у фондове у којима се ствара удио уплатиоца који се може у сваком тренутку одредити, за разлику од доприноса у фондове у којима то није могуће. Према ставу Уставног суда БиХ право на пензију за одрђени период представља имовину у смислу члана 1. Протокола број 1.<sup>24</sup>

Под појам имовина подводимо и одштетне захтјеве у погледу којих подносилац тужбе може образложити да има бар легитимно очекивање да ће они бити реализовани.<sup>25</sup> Под овај појам је обухваћено и станарско право, које “иако није власништво укључује широк опсег имовинских интереса који представљају економску вриједност.

### 3.1.1.3. Права и принципи

Члан 1. Протокола број 1 садржи два става у којима су регулисана три права. То су право на неометано уживање своје имовине, право да не може бити лишен своје имовине и право државе да регулише кориштење имовине.

<sup>21</sup> Постоје схватања да европска судска пракса ипак признаје стицање права својине одржајем на основу савјесне државине. В. Ж. Озер, “Људска права у француском праву”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3 - 4, 2004, 393.

<sup>22</sup> Према пракси Уставног суда БиХ видљиво је да се штити постојећа имовина али не и стицање имовине. В. Одлуку Уставног суда БиХ, У 12/01 од 25. фебруара 2002. године која је објављена у Службеном гласнику БиХ број 21/02. У предмету број У 159/03 у тач. 38. каже се да “право на имовину није ограничено на имовину физичких добара, не да и економски интерес представља имовину” при чему се Уставни суд БиХ позива на одлуку Европског суда за људска права *Bramild, Malmstrom* против Шведске од 12. октобра 1982. године, ОИ, број 29.

<sup>23</sup> А. Гргић et al., *Право на имовину према Европској конвенцији о људским правима*, Савјет Европе, 2007, 6. <http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/1092.pdf>, 04.05.2010.

<sup>24</sup> АП 639/04, ст. 20. стр. 7.

<sup>25</sup> АП 921/07, ст. 21. стр. 7. В. Европски суд за људска права, *Jantner* против Словачке, пресуда од 4. марта 2003. године, апликација број 39050/97, ст. 27; *Pressos Compania Naviera S.A.* и остали против Белгије, пресуда од 20. новембра 1995. године, серија А број 332, стр. 19-24. Као примјер легитимног очекиваног потраживања можемо навести право на накнаду судских трошкова, што је потврђено пресудом АП 2422/07, ст. 25. стр. 7-8.

Кршење права на мирно уживање имовине подразумева ситуацију када власнику “није пружена могућност да користи ту својину”<sup>26</sup>. Дакле, није одузета својина ни посјед. Заштита обухвата само ометања која су посљедица активности државе, али не и приватних лица. Оно се примјењује само у случају да друга два правила нису примјењива.

Одузимање, односно лишавање имовине представља гашење права власништва неког лица експропријацијом, национализацијом и конфискацијом. Ово се у суштини своди на пренос имовине држави или физичком лицу. Привремено одузимање имовине не може бити лишавање, али се оно може посматрати као ограничење употребе.<sup>27</sup>

Одузимање мора бити у складу са јавним интересом, регулисано законом и у складу са општим начелима међународног права и не смије се на страни појединца ставити претјеран терет.<sup>28</sup> Европски суд за људска права је изразио свој став да домаће власти уживају широко поље процјене приликом доношења одлуке о лишавању имовинских права непосредног познавања друштва и његових потреба. Овакво одлучивање често укључује и разматрање политичких економских и социјалних питања. Пресуде домаћих власти се поштују осим ако је очигледно без оправданог основа.<sup>29</sup>

Контрола кориштења имовине омогућава држави да уреди чин употребе имовине у складу са општим интересом. У пракси ово се своди на ограничење употребе или располагања имовином. Дакле, власник задржава право на имовину али је ограничен неком мјером.

“Ова три правила нису различита, у смислу да нису повезана: друго и треће правило се односи на поједине случајеве мијешања у право на мирно уживање имовине и требају бити тумачена у свјетлу општег принципа израженог у првом правилу.”<sup>30</sup>

<sup>26</sup> P. van Dijk et al., Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима, Müller, Сарајево 2001, 589. Као примјер може се узети случај Лоизиду који се бавио забраном приступа имању које се налазило на подручју које је окупирао турска војска. Упор. са случајем Sprogong, Lönnroth, М Пауновић, 168.

<sup>27</sup> M. Cars - Frisk, Право на имовину – Водич за имплементацију члана 1. Првог протокола Европске конвенције о људским правима, (преводац: Беус Споменка), Графичар промет д.о.о, Сарајево 2002, 31.

<sup>28</sup> У 159/03, “43. (...) Уставни суд мора утврдити да ли је лишавање апеланта права на имовину било: а) законски предвиђено, б) ускладу са јавним интересом. Осим тога, а у складу са праксом Европског суда за људска права, лишавање имовине мора бити у складу са принципом пропорционалности, тј. мора бити разуман однос између средстава која су законом прописана и циља који се жели постићи. Таква пропорционалност се не може постићи ако је на појединца стављен претјеран терет (в. пресуду Европског суда за људска права, Lithigov и други, против Велике Британије, од 8. јула 1986. године, серија А, број 102, ст. 120).”

<sup>29</sup> У 15/07, ст. 30, стр. 20.

<sup>30</sup> Предмет број АП 2235/08 у којем се поред наведеног Уставни суд БиХ позива и на праксу Европског суда за људска права у предмету Sprogong, Lönnroth против Шведске, пресуда од 23. септембра 1982. године, серија А, број 52 ст. 61.

Уколико постоји интервенција државе у области права на имовину тада морају бити испуњена три услова кумулативно: да је у складу са законом (принцип законитости), да је у складу са јавним интересом и да је неопходно у демократском друштву (принцип легитимног циља) и да је испоштован принцип равнотеже, у противном имамо повреду права на имовину.

Принцип законитости подразумева да држава има право да усвоји законом који дозвољава мијешање јавних власти у право на имовину. У том закону морају се предвидјети услови под којим је то мијешање легитимно. Подразумева се да такав закон мора бити прво објављен и доступан грађанима у једној држави.<sup>31</sup> Наравно да би таква опција могла да буде предвиђена законом или подзаконским актом она мора бити такође предвиђена и Уставом<sup>32</sup> или то може бити и акт међународно – правног карактера.

Принцип легитимног циља полази од јавног интереса да се изврши мијешање у право на имовину од стране јавних власти. Овај принцип треба имати на уму не само при доношењу закона него и при његовој примјени. Осим тога мијешање мора да буде у јавном интересу односно у општем интересу. Ово је веома широк појам и његова садржина зависи од схватања шта је то у интересу једног друштва.

Принцип равнотеже подразумева да мјера мијешања у право на имовину мора бити неопходна у демократском друштву и мора постојати пропорционалан однос између интереса друштва и права поједнца. Према томе кршење права на имовину би постојало у случају да законом није успостављена правична равнотежа између јавног интереса и захтјева да се заштити право на имовину.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> В. предмет АП 2843/07 ст. 27. стр. 11.

<sup>32</sup> Устав БиХ нема одредби о том питању, за разлику од Устава Републике Србије гдје се у чл. 58. ст. 2. каже да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне. У Уставу Републике Хрватске се према чл. 50. ст. 1. законом може ограничити или одузети власништво уз накнаду тржишне вриједности ако је то у интересу Републике. У Уставу Републике Црне Горе се у чл. 58. ст. 2 предвиђа да се нико не може лишити или ограничити у праву својине, осим када то захтјева јавни интерес, уз правичну накнаду.

<sup>33</sup> Као примјер може се навести случај гдје је Парламент Федерације БиХ усвојио Закон о измјенама и допунама Закона о раду (Службене новине Федерације БиХ, број 32/00) којим је знатно смањена отпремнина у случају престанка радног односа запосленика на чекању. Уставни суд је у предмету У 26/00 процијенио да ово не представља кршење права на мирно уживање имовине нити права на недискриминацију ако је законодавац био принуђен на смањење услед екстремних економских услова. Дакле, сматра се да је задржана разумна равнотежа између јавног интереса и интереса запосленика на чекању. Такође в. АП 2843/07, ст. 44. стр. 17.

Одступање од ових услова је могуће само у доба рата или друге јавне опасности која пријети опстанку нације.<sup>34</sup> Наравно ова одступања могу бити само у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације, с тим да те мјере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.<sup>35</sup>

### 3.1.1.4. Правична надокнада

Тумачењем члана 1. Протокола бр. 1. видимо да би дошло до лишавања имовине то мора бити у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Међутим, направљен је велики пропуст што није додат став којим се регулише право на накнаду.

Ово је исправљено кроз праксу Европског суда за људска права који води рачуна о равнотежи између вриједности одузете имовине и износа накнаде, мада постоје и случајеви у којима је заузет став да држава, када врши економске реформе или жели да постигне циљеве који су везани за оставрење социјалне правде у друштву, дугује власнику, којем је одузела имовину, мању одштету од тржишне вриједности.<sup>36</sup> Као примјер овакве праксе најчешће се наводи случај Џејмс и други против Уједињеног Краљевства.<sup>37</sup>

Члан 1. не гарантује право на реституцију имовине која је национализована, конфискована или која је по неком другом основу прешла из приватног у друштвено или државно власништво.

У суштини у БиХ свака експропријација некретнина се компензира другом некретнином, а ако корисник експропријације не може осигурати такву некретнину одређује се правична новчана накнада која је у суштини једнака тржишној вриједности.

## 3.2. Заштита права на имовину у Анексу 7

У Анекс 7 Општег оквирног споразума о миру у Босни и Херцеговини, који носи назив Споразум о избјеглицама и расељеним лицима, направљена је веза између права на повратак и поштовања

<sup>34</sup> Сличан став је заузео Уставни суд БиХ у предмету У 14/00 гдје у ст. 34. прихвата оправданост давања на кориштења напуштене имовине за смјештај избјеглица за вријеме рата. Према чл. 13. Анекса 7, дозвољен је привремени смјештај избјеглица ирасељених лица у куће без власника.

<sup>35</sup> Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, чл. 15. ст. 1. [http://www.ccbh.ba/public/download/konvencija\\_srp.pdf](http://www.ccbh.ba/public/download/konvencija_srp.pdf), 04.05.2010.

<sup>36</sup> М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи међународних људских права*, Мегатренд универзитет, Београд 2007, 263.

<sup>37</sup> В. М. Пауновић, *Основи људских права – изворник и појмовници*, Досије, Београд 2002, 169.

права на имовину. Јасно је да би дошло до повратка избјеглих и расељених лица да је потребно претходно вратити тим лицима имовину. Да би тај процес повратка имовине текао што успјешније било је потребно основати Комисију за расељена лица избјеглице, која је одиграла велику улогу заштити права на имовину у БиХ.

### 3.2.1. Комисија за расељена лица и избјеглице

У Анексу 7 у члану I став 1. регулисано је да избјегла и расељена лица имају право да се врате својим кућама и да имају право на повраћај имовине која им је одузета у току непријатељстава или право на накнаду, ако им имовина не може бити враћена.

Овим Анексом је установљена је Комисија за расељена лица и избјеглице. Комисија се састоји од 9 чланова, од којих су 4 са територије Федерације БиХ, 2 са територије Републике Српске и 3 члана које именује предсједник Европског комитет за људска права.<sup>38</sup>

Надлежност Комисије се састоји у примању и рјешавању потраживања некретнина у БиХ. Ради се о имовини која није на добровољан начин продата или замјењена рачунајући од 1. априла 1992. године. Потрживање се односи на некретнине или њихову накнаду.

Ако се у поступку пред Комисијом утврди да је подносилац захтјева за повратом имовине или правичном надокнадом законити власник, у том случају биће му враћена имовина односно додјељена правична надокнада. Процјена вриједности имовине вршиће се на основу процјене вриједности имовине до 1. априла 1992. године или по другим разумним критеријумима које одреди Комисија.<sup>39</sup>

Приликом одређивања законитог власника Комисија ће водити рачуна да се не ради о незаконитим имовинским трансакцијама извршеним под принудом. Особа којој се врати имовина има право да слободно располаже имовином. Имовину за коју су власници примили правичну надокнаду, као и имовину која је проглашена напуштеном, Комисија ће имати право да је прода, изда у закуп или заложи. Имовину над којом је питање власништва нерјешено, Комисија може издати у закуп. У имовину без власника дозвољен је смјештај избјеглица и расељених лица. Све одлуке које Комисија донесе су коначне и признате на цијелој територији БиХ.

Наравно, да би Комисија могла да ради и да додјељује накнаде предвиђено је оснивање Имовинског фонда при Централној банци

<sup>38</sup> Општи оквирни споразум о миру у Босни и Херцеговини, Анекс 7, Споразум о избјеглицама и расељеним лицима, Чл. IX, ст. 1., <http://www.oscebih.org/overview/gfap/bos/>, 04.05.2010.

<sup>39</sup> Ibid. чл. XII ст. 4.

БиХ. Фонд ће бити финансиран од страна потписница Споразума о избјеглицама и расељеним лицима<sup>40</sup>, међународних и невладиних организација, али и преко продаје, давања у закуп и залагањем имовине која је предмет захтјева пред Комисијом.

С обзиром да је предвиђено да ће се за пет година од ступања на снагу овог Споразума, одговорност за финансирање и рад пребацити на Савјет министара БиХ, “(...) Стране су се новембра 2000. године споразумјеле да се Комисији продужи мандат до 31. децембра 2003. године, након чега ће се финансирање Комисије вршити из буџета Босне и Херцеговине.”<sup>41</sup>

Рад Комисије је продужаван више пута на основу Споразума између Босне и Херцеговине, Фередрације Босне и Херцеговине и Републике Српске о преносу надлежности и начину финансирања рада Комисије за имовинске захтјеве расељених лица и избјеглица у складу са чланом XVI Анекса 7 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини.<sup>42</sup>

#### 4. Закључак

Када говоримо о праву на имовину његова заштита је извршена у Анексу 4 и Анексу 7 Општег оквирног споразума о миру у Босни и Херцеговини и у Протоколу број 1 Европске конвенције.

У Анексу 4 заштиту права на имовину можемо посматрати кроз члан II, ставове 1, 2, 3. и 5. У ставу 1. предвиђено је да ће БиХ и ентитети обезбједити највиши ниво међународно признатих људских права и слобода, а у ставу 2. да се права и слободе предвиђене Европском конвенцијом директно примјењују у БиХ и имају припритет над свим законима.

Члан 1. Протокола број 1. Европске конвенције штити право на мирно уживање имовине, право да не будемо лишени имовине и право државе да законом уреди кориштење имовине. У случају мијешања државе у имовину грађана морају бити кумулативно испоштовани принцип законитости, легитимног циља и равнотеже. Иако право на накнаду није регулисано, оно се кроз праксу поштује.

Право на имовину је директно заштићено кроз члан II став 3. тачка к), гдје су набројана људска права која штити Устав БиХ.

У ставу 5. члана II Устава БиХ предвиђено је право избјеглих и расељених лица да се врате својим домовима. Овај члан се позива на

<sup>40</sup> Те стране су Босна и Херцеговина, Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине.

<sup>41</sup> М. Пилиповић, Устав Босне и Херцеговине – нормативно и стварно, Комесграфика, Бањалука 2008., 188.

<sup>42</sup> Споразум је објављен у Службеном гласнику БиХ број 32/04.

Анекс 7 гдје је прописано право на поврат имовине и право на накнаду имовине која не може бити враћена. На овај начин је успостављена директна веза између права на повратак и права на поврат имовине, које представља предуслов реализације права на повратак.

Анекс 7 установљава Комисију за расељена лица и избјеглице чија недлежност је поступаће по имовинским захтјевима за поврат непокретне имовине или исплату њене накнаде.

На основу свега наведеног можемо с правом закључити да је право на имовину у БиХ заштићено у складу са највишим свјетским стандардима и то прије свега стандардима које намеће Европска конвенција. Статистика указује на то да је поврат имовине скоро завршен и да се право на имовину поштује. Чињеница да се о праву на имовину говори кроз два анекса указује да је намјера творца Дејтонског мировног споразума била да се ово право у потпуности поштује. Ако знамо да је један од циљева твораца Дејтонског мировног споразума био и повратак избјеглица, који се није могао остварити без поштовања права на имовину, прије свега њеног враћања пријератним власницима, не треба да нас чуди овакав начин нормирања, али ни резултати остварени у заштити овог права у БиХ.

**Tiho B. Džakić, LLB, LLM**

Head of the Law Harmonization Group

Ministry of the Interior of the Republic of Srpska, Banja Luka

## **CONSTITUTIONAL ASPECTS OF PROTECTION OF RIGHT TO PROPERTY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **Summary**

The right to property was the most contested, but now the right to property in Bosnia and Herzegovina has become entitled to the highest respect. One reason for that is his constitutional protection. This right is protected in BiH in Annex 4 (Constitution of BiH) and Annex 7 of the

General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. Due to the status of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the legal system of BiH, the right to property is protected by the present Convention and its Protocol No. 1. In particular, the importance of the European Convention and the European Court of Human Rights, we can see in the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina when deciding on the protection of right to property. In addition to the Constitutional Court, a major role in protecting of this right was played by the Commission for Displaced Persons and Refugees.

**Keywords:** right to property, types of property, European Convention, Protocol No. 1, Commission for Displaced Persons and Refugees.

## СТАРОСНА ДИСКРИМИНАЦИЈА

### *Апстракт*

*Старење становништва је процес присутан у читавом свету, представља изазов за друштво и доводи до импликација у свим сферама живота. У раду је указано на проблем старосне дискриминације, размотрени су кључни аспекти овог облика дискриминације у области запошљавања, као и у вези са престанком радног односа. Посебан осврти је дат на проблем раног пензионисања старијих радника и констатовано да је веома битно пружити подршку активном старењу које подразумева прикладне радне услове, побољшање здравствене заштите на послу и адекватне подстицаје за рад. На тај начин људи у тзв. трећем добу активним учешћем у изградњи друштвеног поретка лакше подносе терет старости.*

**Кључне речи:** демографске промене; старост; старосна дискриминација; рано пензионисање; активно старење

### 1. Демографске промене у Европи и Србији

Модеран свет налази се у процесу демографске транзиције, не само због смањења природног прираштаја, већ и због промена у старосној структури становништва, при чему се смањује број младих, а повећава број старих особа. Средином прошлог века уочена је трансформација старосне пирамиде, да би ефекти исте данас добили забрињавајуће размере.

---

<sup>1</sup> Студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду; e-mail: s.muhotic@gmail.com

Табела 1 - Демографске промене у ЕУ ( 25)

	2005-2050	2005-2010	2010-2030	2030-2050
Укупно становништво	-2.1 %	+1.2 %	+1.1 %	-4.3 %
Деца (0-14)	-19.4 %	- 3.2 %	-8.9 %	-8.6 %
Млади (15-24)	-25 %	- 4.3 %	- 12.3 %	-10.6 %
Млађи одрасли (25-39)	-25.8 %	-4.1 %	-16,0 %	- 8,0 %
Одрасли ( 40-54)	-19.5 %	+4.2 %	-10,0 %	-14.1 %
„ Старији радници “ (55-64)	+8.7 %	+9.6 %	+15.5 %	-14.1 %
Старији (65-79)	+44.1 %	+3.4 %	+ 37.4 %	+ 1.5 %
Веома стари (80 и више)	+180,5 %	+ 17.1 %	+57.1 %	+52.4 %

Извор: Eurostat (2004), Demographic Projections ( Baseline scenario)

На основу приказане табеле може се закључити да се у периоду до 2050. године очекује смањење броја деце ( 0-14) за готово 20% и радно активног становништва, док ће део старе популације порасти за преко 44 %, а „најстаријих старих“ за чак 180%.

Сличне тенденције могу се уочити и у Србији, имајући у виду да припада врло старим популацијама у Европи – са 1.233.412 старих преко 65 година, који сачињавају 16,9% њене укупне популације, дошло је до изједначавања броја становника млађих од 15 година и броја становника преко 65 година. Становништво високе старости ( 80 и више година) износи 1,9% укупне домаће популације<sup>2</sup>.

Истраживања популационе политике показују да демографско старење у Србији последњих неколико година карактерише тз. „популациона рецесија“ односно смањење укупног фертилитета (уз повећани морталитет) што је основна мера обнављања становништва. Ниво рађања у Србији недовољан је за замену генерација. Србија се већ неколико година налази испод репродуктивног граничног нивоа од 2.1 детета по жени, јер се стопом од 2.0 обезбеђује проста репродукција (обнављање) становништва, а тек виша стопа доноси популациони раст.<sup>3</sup>

Један од најпоузданијих аналитичких показатеља старосне структуре становништва је изражен преко односа старог и младог становништва – индекса старења.<sup>4</sup> Уколико индекс старења премаши вредност 40 (40 старих на 100 младих становника) говоримо о старој популацији. У Србији је овај индекс већ неколико деценија изнад

<sup>2</sup> РЗС, Статистички календар Републике Србије 2011, Републички завод за статистику

<sup>3</sup> Социјална заштита и бригаа о старима, <http://socdevelopment.wordpress.com/2012/08/13/socijalna-zastita-i-briga-o-starima/>, 20.12.2014.

<sup>4</sup> *Ibid.*

граничне вредности са тенденцијом даљег раста. Пре две деценије сваки други становник Србије имао је преко 37 година, данас сваки други становник Србије има 41 и више година.<sup>5</sup>

## 2. Ејџизам, старосна дискриминација

Првенствено, неопходно је нагласити да термин ејџизам и старосна дискриминација нису синоними.

Иако се често истиче да је ејџизам проблем новијег датума и творевина модерног друштва, он то није. Колико је стар и уједно актуелан овај проблем можда ће најбоље дочарати једна реченица из Платонове “Државе” изречена у дијалогу између старца Кефала и Сократа: “Рећи ћу ти о Сократе, Зевса ми ... да стари људи трпе увреде од својих укућана и рођака ...”. Дискриминација старих се раније одвијала у породицама, иза затворених врата, али ју је савремен начин живота и промене које је он донео, учинио уочљивијим и масовнијом.<sup>6</sup>

Званично термин “ејџизам” први је употребио Батлер 1969. године, под истим се подразумева дискриминација базирана на годинама старости, односно неједнак третман или ускраћивање неког права због година старости.<sup>7</sup> После расизма и сексизма, сматра се трећом великом, по неким, најсуровијом предрасудом. Оно што диференцира ејџизам од наведених предрасуда јесте да сви можемо постати његове жртве, само уколико живимо довољно дуго.<sup>8</sup>

Негативан утицај ејџизма је видљив у три сфере друштвеног живота:

- Дискриминација на радном месту,
- Неравноправан положај у систему здравствене заштите ,
- Социјалне стигматизација.

Бројна истраживања су показала да је ејџизам у највећем броју случајева производ и последица социјализације. Савремени вредносни систем промовише идеале попут брзине, промена, снаге, успеха, такмичења, моћи, лепоте, здравља, тј. вредности које се

<sup>5</sup> С. Михаиловић, В. Михаиловић, Старији радници-неки на послу, а неки ни посла ни пензије, <http://www.centaronline.org/userfiles/files/publikacije/fcd-stariji-radnici-brosura.pdf>, 15.12.2014.

<sup>6</sup> Геријатријски практикум, <http://www.gerontology.co.rs/slike/Gerijatrijski%20praktikum.pdf>, 12.12. 2014. године

<sup>7</sup> Ејџизам-дискриминација старих, <http://www.pravapomoc.rs/pitali-ste/ejdzizam-diskriminacija-starih>, 21.12. 2014. године

<sup>8</sup> Геријатријски практикум, <http://www.gerontology.co.rs/slike/Gerijatrijski%20praktikum.pdf>, 12.12. 2014. године

искључиво везују за младост. Иако се овде нигде експлицитно не говори против старости, чак се и не помиње, јасно је да су особине које њу карактеришу сушта супротност ономе што је пожељно те и старост добија негативну конотацију.<sup>9</sup>

Узрок ејџизма је осећај угрожености младих генерација и страх да неће доћи до жељених позиција у друштву или до радних места, јер је старих људи сваким даном све више. Према истраживањима УН број старијих лица од 65 година ће се на глобалном нивоу увећати за 10%, колико је регистровано 1998. године, на 15 % у 2025. години.<sup>10</sup> Ејџизам више погађа женску популацију с обзиром да у већини држава жене живе дуже од мушкараца. Тако, број женских особа старости 80 и више година је 14 милиона, док је мушкараца 8 милиона у развијеним земљама, односно 35 милиона жена наспрам 24 милиона мушкараца у неразвијеним земљама.<sup>11</sup>

Када ејџизам поприми систематски облик понашања према старијим радницима, то прераста у старосну дискриминацију на раду. Старосна дискриминација је наметање радницима једне старосне групе захтева или услова које радници друге старосне групе нису у обавези да испуњавају у раду на истим пословима. Дискриминација на основу старосне доби није тако лако препознатљива због суптилне манифестације.

## 2.1. Старост као основ дискриминације

Демографске промене генеришу бројне промене. Мењају се границе младости, а још више границе старости. Оне у све већој мери добијају социјални карактер, па се за почетак доба старости узимају разне године, већ почев од четрдесете. Тако по Међународној организацији рада (МОП), тј. Одбору за економски развој МОРа, старијим радницима се сматрају они који су старији од 45 година.<sup>12</sup> С обзиром да је данас просечно трајање живота у развијеним земљама 75 година, комотно можемо рећи да последња трећина живота почиње након педесете<sup>13</sup>. Наравно, остаје питање да

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Б. Маричић, „ Активно старење и солидарност међу генерацијама“, Часопис удружења стручних радника социјалне заштите Републике Србије, број 7-8/2012., 58.

<sup>11</sup> A.Samorodov, *Ageing and labour markets for older workers*, Employment and Training Department, International Labour Office Geneva, 1999, 3.

<sup>12</sup> С. Михаиловић, В. Михаиловић, Старији радници-неки на послу, а неки ни посла ни пензије, <http://www.centaronline.org/userfiles/files/publikacije/fcd-stariji-radnici-brosura.pdf>, 15.12.2014.

<sup>13</sup> У популарној психологији последња трећина човековог живота дели се на касно средње доба (50-60 година), млађу старост (60-70 година), средњу старост (70-80 година) и на високу старост која се односи на оне старије од 80 година.

ли се за педесетогодишњака може рећи да је стар? У статистичким извештајима, старијим лицима се редовно сматрају лица старија од 60 година, док се старијим радницима неретко сматрају радници старији од 50 година (нпр. у извештајима Организације за економску сарадњу и развој /ОЕСД/), односно радници између 55 и 64 године (нпр. у актима Европске уније), док се у праву Сједињених Америчких Држава, у складу са одредбама Закона о старосној дискриминацији у запошљавању (1967), старијим радницима сматрају лица са навршених 40 година старости, у Македонији старији радници су запослени са навршених 57 година старости за жене и 59 година старости за мушкарце<sup>14</sup>, а у Србији лица са навршених 45 година старости.<sup>15</sup>

Извештај Европске Комисије је приказао занимљиве ставове Европљања на изузетно актуелне теме перципирања старости. Испитаници су, најпре, одговарали шта сматрају старошћу, а шта подразумевају под младошћу. У просеку одговор је гласио да су стари људи они који имају преко 64 године живота, а да више нису млади након 42 године живота. Малтежани и Швеђани сматрају да старе већ са 36.7 година, док Холанђани тек са 70.4 године. Жене сматрају да старе са 65 година, што говори да за њих старост почиње нешто касније него за мушкарце (62.7 година).<sup>16</sup>

У нашем језику речи „старост“ не приписује се јединствено значење, већ она једнако означава и одређени узраст, тј. животно доба, као и животно период у који ступамо у познијим годинама живота.<sup>17</sup>

У домаћем праву, могуће је уочити разлику између старосне дискриминације у ширем и ужем смислу, тако да се као адресати старосне дискриминације у ширем смислу могу појавити све старосне групе, и то, због својих година (млади, одрасли, старија лица), док се под старосном дискриминацијом у ужем смислу подразумева дискриминација према старијим лицима.

Животно доба се јавља као општи услов за заснивање радног односа у Србији (15 година живота<sup>18</sup>, односно завршетак основног обавезног образовања). Поред општег услова, кандидат мора испунити и посебне услове које одређује послодавац аутономним актом о организацији и систематизацији послова, а за одређене послове и законодавац.

<sup>14</sup>Л.Јовевски, докторска дисертација, *Заштита здравља и безбедности на раду, с посебним освртом на заштиту *ratione personae**, Правни факултет у Београду, Београд 2012., 373.

<sup>15</sup> Према подацима Института за социолошка истраживања.

<sup>16</sup> Active ageing Raport, [http://ec.europa.eu/public\\_opinion7index-en.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion7index-en.htm), 19.01. 2014.

<sup>17</sup> М. Миланков, Старосна дискриминација, Геронтологија, бр.1/2010, 79.

<sup>18</sup> Закон о раду - *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09,32/13 и 75/14, чл. 24.

Битна карактеристика уговора о раду је да се закључује *intuitu personae*, тако да личност кандидата има суштински значај за закључење уговора када то захтева природа понуђених послова. Ово, тим пре, што обавеза личног извршавања престације рада чини битан елемент радног односа (и уговора о раду). Самим тим, од послодавца се, очекује да у доброј вери бира кандидате на основу способности, вештина и умећа значајних за успешно обављање послова за које се заснива радни однос, тако да послодавац може да прави разлику између лица која траже запослење, али не сме да их дискриминише.<sup>19</sup>

Реч је дакле о забрани искључивања као најтежем облику непосредне дискриминације, под условом да су одређене године утврђене као услов за заснивање радног односа иако то није неопходно за успешно обављање оглашеног посла, иако то не захтевају услови професионалне нужности.<sup>20</sup> На пример, већина авио компанија запошљава стјуардесе са експлицитном назнаком у уговору да ће компанија раскинути уговор о раду са стјуардесом када напуни 32 године или у појединим случајевима 35 година живота.<sup>21</sup> Слични облици директне дискриминације постоје и у модној индустрији где је особа од 30 година исувише стара да би била модел.<sup>22</sup> Директна дискриминација је у неким законодавствима чак и изричито забрањена, па и запређена кривичним санкцијама (нпр. у Француској).

У одсуству директних доказа да је дошло до дискриминације по основу старости, она се може доказати на основу диспаратног третмана. На пример, уколико квалификованог радника, старијег од 45 година одбију на конкурс због значајно млађе особе или ако је старија особа која је задовољавајуће обављала радне задатке отпуштена, а значајно млађа особа је остала у радном односу, такво диспаратно поступање имплицира на дискриминацију.

Такође, забрањена је и посредна дискриминација која настаје када се исти услови и исти критеријуми који нису од одлучујућег значаја за обављање посла примењују на сва лица, али производе несразмерно теже последице на неке кандидате због животног доба. На пример, у питању су послови који се тичу издржљивости, физичке способности, будући да се њиховим утврђивањем за послове за које такве способности нису неопходне за успешно извршавање посла, неоправдано ограничава приступ старијих лица (лица са

<sup>19</sup> Љ.Ковачевић, "Забрана старосне дискриминације у светлу концепције активног старења и међугенерациске солидарности", *Радно и социјално право*, XVI (I/2012), 93.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> В. Woodruff, „Unprotected Until Forty The limited Scope of the Age discrimination in Employment“, *Indiana Law Journal*, Vol. 73, Article 7, 9.

<sup>22</sup> *Ibid.*

инвалидитетом и жена).<sup>23</sup> Примери посредне дискриминације су и услови поседовања возачке дозволе, будући да овај услов не могу да испуне особе са ослабљеним видом у старијем добу.

Старији радници су суочени неретко са још једним проблемом у области запошљавања будући да послодавци настоје да са њима закључе уговор о раду на одређено време. Радни суд у Минхену је Европском суду правде упутио неколико питања везаних за тумачењем Директиве Савета 1999/70/ЕЗ у вези са уговором на одређено време. У складу са немачким радноправним прописима, радник када наврши 52 године, може да закључује уговор о раду на одређено време,<sup>24</sup> независно од ограничења која важе за друге запослене. Ово правило је усвојено из судске праксе, тачније пресуде *Werner Mangold vs. Helm*, захваљујући којој су године старости постале једини критеријум за законито закључење уговора о раду на одређено време код послодавца, без обзира да ли је или није био запослен пре закључења тог уговора.<sup>25</sup> Законодавац је образложио решење потребом да се унапреди запошљавање старијих радника и смањи њихова незапосленост. Међутим, Суд је закључио да је спорним законским одредбама као једини критеријум за закључивање уговора о раду на одређено време била утврђена старост као таква, дакле независно од структуре радне снаге и личне ситуације сваког запосленог. Наведено имплицира да је велики број радника, детерминисаних једино на бази година, током суштинског дела радног века у опасности да буде изузет од бенефиција стабилног запослења, констатује Европски суд правде и додаје да стабилно запослење представља главни елемент у заштити радника.<sup>26</sup> Европски суд правде наводи да спорне законске одредбе превазилазе оно што је прикладно и нужно решење за обезбеђивање заштите старијих радника и имају за последицу непосредну дискриминацију на основу старости.

## 2.2. Оправдана разлика у третману на основу година старости

Најопштије посматрано, изузеци у којима послодавац има оправдан разлог да различито поступа према кандидатима односе се на ситуације у којима би забрана различитог поступања могла да доведе у питање обављање конкретних послова, јер одређено животно доба представља

<sup>23</sup> N. Ghoseh, *Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context*, International Office Geneva, 2008., 23.

<sup>24</sup> R. Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012., 551.

<sup>25</sup> Пресуда *Werner vs. Helm*, C-144/04

<sup>26</sup> Ж.Новичић, Директна хоризонтална примена директиве и општег принципа забране старосне дискриминације-случај *Mangold vs Helm* (2005), [http://www.diplomacy.bg.ac.rs/pdf/E\\_Zakonodavstvo/33-34/33\\_19\\_ZNovicic.pdf](http://www.diplomacy.bg.ac.rs/pdf/E_Zakonodavstvo/33-34/33_19_ZNovicic.pdf), 16.01. 2015.

прави и одлучујући услов за успешно обављање посла.<sup>27</sup> Тако, примера ради, утврђивање услова за заснивање радног односа који се састоји у одређеним годинама живота може бити оправдано разлозима аутентичности (нпр. у случају заснивања радног односа са уметницима у позоришту), као и здравственим и безбедносним разлозима.

Друга група разлога оправдава и одређивање старосне границе за рад на пословима са повећаним ризиком, о чему, између осталог, сведочи и пресуда Европског суда правде којом је потврђено да навршених 30 година живота може бити утврђено као горња старосна граница за запошљавање ватрогасаца, јер је то неопходно за обезбеђивање „операционалне способности и доброг функционисања професионалне ватрогасне службе“.<sup>28</sup> Ово, пре свега, зато што се нарочите здравствене способности које се захтевају од ватрогасаца, посебно када је реч о њиховим респираторним и мускуларним капацитетима, смањују са годинама, тако да изузетно мали број старијих радника има довољне способности за безбедно и делотворно учешће у акцијама гашења пожара и спасавања људи.<sup>29</sup>

Јуриспруденција Суда у Луксембургу баштини још неколико пресуда од значаја за разумевање старосне дискриминације, с тим што су у њима, поред разлога професионалне нужности, као оправдани разлози за разликовање радника с обзиром на њихово животно доба квалификовани, између осталог, и следећи разлози:

- унапређење могућности младих радника за запослење;
- стварање услова за делотворно планирање запошљавања радника;
- правичнија међугенерациска расподела могућности за запослење;
- обезбеђивање заступљености различитих генерација у радној средини, ради размене искустава и нових идеја;
- стварање услова за лакше учешће старијих радника у тржишту рада.<sup>30</sup>

Тако је, примера ради, пред Судом разматран колективни уговор закључен за авио-компанију Луфтханза (Lufthansa) којим је било предвиђено да, због безбедности ваздушног саобраћаја, лицима запосленим на пословима посаде авиона аутоматски престаје радни однос када наврше 60 година живота.

<sup>27</sup> „В.“: Конвенција Међународне организације рада број 111 о дискриминацији у области занимања и запослења (*Службени лист СФРЈ*-додатак, број 3/1961), чл. 1, ст. 2; Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, број 22/09), члан 16 став 3; Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32//13 и 75/14) чл. 22, ст. 1.

<sup>28</sup> Пресуда у случају C-229/08, од 12.01. 2010. године

<sup>29</sup> Љ.Ковачевић, 99.

<sup>30</sup> *Ibid.*

Суд правде Европске уније је закључио да одређени број година живота може представљати услов за обављање послова пилота, јер они морају имати посебне здравствене способности које им омогућавају да раде без угрожавања јавне безбедности, а, које се, по правилу, смањују са годинама јер је то важно за заштиту јавне сигурности и сразмерно овом циљу. У том смислу, Суд је констатовао да безбедности ваздушног саобраћаја делотворно доприносе правила о контроли здравствених и других способности пилота (која се предузима у циљу избегавања аеронаутичких незгода) и онда када су пилоти старији од 60 година. Ипак, у средишту одлуке Суда нашао се други аргумент, аргумент да спорне одредбе колективног уговора нису биле усклађене са меродавним немачким законима, као ни са одговарајућим међународним стандардима летења (Joint Aviation Requirements – Flight Crew Licensing 1.060a). Потоњим изворима је, наиме, било утврђено да титулари пилотске лиценце имају право да лете као чланови посаде авиона до 65. године живота, истина, уз одређена ограничења, која укључују и правило да пилоти старији од 60 година не смеју да лете уколико се у летачкој екипи не налази још један пилот који је млађи од 60 година.<sup>31</sup> Иако би потоња мера предострожности могла сугерисати да навршених 60 година живота може да угрози способност за обављање посла, Суд је протумачио меродавне немачке и међународне изворе права на начин да пилоти који су млађи од 65 година живота испуњавају физичке и друге захтеве за безбедно обављање послова (издржљивост, снагу, концентрацију и др.), што је било довољно за одлуку да је пилотима Луфтханзе неоправдано престао радни однос.

### **3. Досадашњи рад на регулисању питања старосне дискриминације**

У упоредном праву се забрана старосне дискриминације (ретко) непосредно уређује законом – нпр. САД, Велика Британија, Холандија, а предвиђа се и посебна заштита старијих запослених – нпр. хрватско право предвиђа да послодавац може да откаже уговор о раду запосленом старијем од 60 година само уз претходну сагласност савета запослених,<sup>32</sup> а на америчком тлу Законом о забрани дискриминације при запошљавању<sup>33</sup> прописано је да ниједан радник не може бити присиљен да се пензионише и да уколико није посебно оправдано, било које фиксно утврђено доба за одлазак у пензију,

<sup>31</sup> Љ.Ковачевић, 100.

<sup>32</sup> ЗРХ (2009), чл.150, ст.1,ал.4.

<sup>33</sup> Age Discrimination in Employment Act

65,70 или чак 80 година, представља повреду наведеног закона.

Предвиђање старосне доби као услова за заснивање радног односа представља дискриминишући основ, што потврђује Препорука МОР-а бр.162<sup>34</sup>(1980), РЕСП – Право старијих лица на социјалну заштиту (чл. 4 Додатног протокола уз ЕСП од 1988) и пракса СПЕУ.

Забрана старосне дискриминације се предвиђа и у погледу престанка радног односа - животна доб није оправдан отказни разлог. Неједнако поступање у погледу стицања услова за старосну пензију између мушкараца и жена се сматра обликом непосредне дискриминације у праву ЕУ (Директива 2000/78).<sup>35</sup> У Холандији су мушкарци и жене изједначени у погледу година живота као услова за стицање права на старосну пензију, што се постепено постиже у домаћем праву.<sup>36</sup>

У праву Републике Србије, питање старосне дискриминације није уређено посебним законом, док Устав изричито забрањује „старост“<sup>37</sup>, а Закон о забрани дискриминације „старосно доба“<sup>38</sup>, као основ дискриминације. Слично, Закон о раду изричито забрањује старост као основ разликовања лица која траже запослење и запослених<sup>39</sup>.

На основу члана 45 став 1. Закона о Влади, Влада је донела Националну стратегију о старењу за период од 2006. до 2015. године. Национална стратегија о старењу усклађена је са Препорукама и обавезама Мадридског плана акције о старењу (2002). Национална стратегија о старењу сугерише шире укључивање старијих у токове дешавања од локалне заједнице до републичког нивоа и упозорава на неопходност напуштања предрасуда о раду старијих лица и стварања могућности да старији радници, у складу са својим способностима и жељама, задржавају постојеће послове или се враћају на тржиште рада након прекида у професионалној каријери.<sup>40</sup>

У пракси Повереника за заштиту равноправности забележени су случајеви давања мишљења, као и препоруке послодавцу да приликом оглашавања радних места и избора кандидата буде спречено нарушавање једнаких могућности за заснивање радног

<sup>34</sup> , В. [http://www.ilo.org/public/english/employment/skills/hrdr/instr/r\\_162.htm](http://www.ilo.org/public/english/employment/skills/hrdr/instr/r_162.htm) 20.01.2015.

<sup>35</sup> Б. Лубарда, Радно право: расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012., 137.

<sup>36</sup> , В. Закон о пензијском и инвалидском осигурању - Сл. гласник РС, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014)

<sup>37</sup> Устав Републике Србије - *Службени гласник РС*, бр. 83/06, чл. 21, ст. 3;

<sup>38</sup> Закон о забрани дискриминације - *Службени гласник РС*, бр. 22/09, чл. 2, тачка 1;

<sup>39</sup> Закон о раду - *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14, чл. 18.

<sup>40</sup> Међу 754.967 незапослених који су до средине 2012. године уведени у евиденцију Националне службе за запошљавање налази се и 275.732 лица старијих од 45 година, од којих је 127. 910 жена

односа по основу старосне доби или било ком личном својству (осим ако лично својство не представља стварни и одлучујући услов за обављање посла у оквиру радног места, с обзиром на природу и особеност посла и услове у којима се обавља).<sup>41</sup>

#### 4. Рано пензионисање

Упоредо са променом демографске слике радне снаге, многе организације су угрожене недостатком расположивих талената, изазваног с једне стране губљењем специфичних знања експерата који се пензионишу, те с друге стране смањеним бројем радно способних људи.

Неповољније поступање послодавца према старијим радницима засновано је на бројним предрасудама и стереотипима (нпр. о нежнијем здрављу, мањој продуктивности, мањој креативности, неспремности да се усавршавају и усвајају нова знања).

Отказ уговора о раду који нема ваљан разлог, сматра се неоправданим. Незаконит је отказ дат запосленом због његових година старости. Недопуштено је и услед решавања питања вишка запослених отпуштање старијих радника. Таква чињеница не може се правдати чињеницом да ће старији радници ускоро испунити услове за пензију.

Према Закона о раду Републике Србије, уколико се ради о предузећу које запошљава више од 20 а мање од 100 особа, отпуштањем више од 10 запослених у току једног месеца, послодавац је у обавези да направи Програм решавања вишка запослених.<sup>42</sup>

У упоредном праву, проблем отпуштања старијих радника приликом послодавчевих мера решавања вишка запослених решен је у САД Законом о заштити интереса старијих радника<sup>43</sup>, усвојеног 1990. године. Овај закон је право средство заштите старијих радника уколико је за њиховим радом престала потреба. Односи се на раднике у приватној индустрији који су најмање старосне доби 40 година . Основна сврха овог закона је да спречи:

- да се користи годиште запосленог као основ за дискриминацију у давању неких предности;
- да компаније не циљају на старије раднике при њиховим програмима отпуштања особља.

<sup>41</sup> В.: мишљење и препоруку Дому здравља С. по притужби М.Ђ. поводом конкурса за упис на специјализацију и ужу специјализацију-, стављање у неравноправан положај особа старијих од 40 година у односу на млађе кандидате и кандидаткиње"-мишљење бр. 07-00-614/2013-02 од 23. 12. 2013. године

<sup>42</sup> Закон о раду - Службени гласник РС, бр. 24/05,61/05 54/09, 32/13 и 75/14), чл. 153.

<sup>43</sup> The Older Workers Benefit Protection Act

Социолошка истраживања су показала да питање пензионисања није једноставно и да рано пензионисање може бити нужно за нека лица, док је за друге избацавање из активног живота. О томе говори истраживање Виноградова у коме је установљено да рад утиче на објективно стање здравља. У испитивању је учествовало преко 300 особа од 55 до преко 70 година који живе у Москви. По занимању су били службеници. Један број њих је престао да ради, други је остао активан у свом занимању. Резултати наведеног истраживања су следећи: када нема постепеног, пре свега психолошког припремања на нови начин живота, пензија постаје извор негативних емоција и конфликта који доводе до негативних последица по здравље. Код оних који нису радили стање здравља се знатно погоршало ( 60% код жена и 55% код мушкараца) наспрам оних који су у истом животном добу наставили да раде ( 35,5% код мушкараца и 31,3% код жена ).<sup>44</sup> Код особа које се баве умним радом количина и квалитет производа се постепено повећава до 50-54 године, а даље до 65-69 се одржава на прилично високом нивоу. У прилог наведеној тврдњи може се навести стваралачки рад индијског књижевника, Рабиндрант Тагоре, који је први успон имао са 34 године, а други у 49-ој години, који је био два пута значајнији од првог. Трећи стваралачки зенит доживео је у 69-ој години и у том добу имао је значајнија дела него са 34 године.<sup>45</sup>

Националне владе и законодавна тела имају важну улогу у стварању окружења погодног за обликовање квалитетних пракси управљања запосленима старије животне доби. Активности које везано уз наведено предузимају владе су, на пример, повећање старосне границе (или година стажа) за пензионисање, укидање прописа о годинама живота за пензионисање, дестимулисање раног пензионисања односно стимулирање каснијег пензионисања<sup>46</sup>, подстицање комбинације пензионисања и рада, финансирање или субвенционисање иницијатива управљања запосленима старије животне доби, спречавање старосне дискриминације и слично.

Битност истицања завређује и чињеница да рад заузима фокусно место у савременом животу и гарантује социјалну укљученост, губитак посла води ка социјалној искључености, а неналажење запослења у годинама у којима радник још може да ради пуним капацитетом и када му је запослење итекако потребно узрокује бројне последице:

<sup>44</sup> В. Смиљанић, Психологија старења, Нолит, Београд 1979., 152.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>46</sup> Нпр. према швајцарском законодавству, запослени који остану у радном односу пет година након стицања услова за пензију, у години у којој оду у пензију имају већу пензију за 5 000 франака. Можда је управо захваљујући наведеном чак 60 % особа у доби између 55 и 64 године још увек радно активно, за разлику од 30% у Италији или Белгији

- губитак самопоштовања,
- радикално смањење средстава за живот-економска депривација,
- насилна промена идентитета,
- прерано „старење“.<sup>47</sup>

Имајући у виду претходно изнето, искљученост са рада у случајевима дуготрајне незапослености ( дуже од 12 месеци) доводи до сиромаштва и социјалне искључености. Структурне карактеристике према узрасту показују да је ризик од сиромаштва највећи код деце-20% и старих изнад 65 година ( стопа ризика већа код жена). Стари су сиромашнији од општег дела популације (19% и 17%) у највећем броју земаља чланица Европске уније. Стопа ризика у 2008. години за лица са више од 65 година кретала се од 4 % у Мађарској и 5% у Луксембургу до 30% и више у Великој Британији, Бугарској, Естонији, Кипру (49%) и Латвији ( 51%). Разлике у положају старих у земљама чланицама резултат су великог броја фактора, укључујући и адекватност пензионог система, полну структуру старије популације и сл.<sup>48</sup>

## 5. Активно старење

У документима Светске здравствене организације, активно старење се дефинише као:

- процес унапређења здравља, партиципације, сигурности и квалитета живота са годинама;
- подразумева стварање услова за физичку, социјалну и менталну добробит и учешће старијих лица у друштву, уз приступ одговарајућој заштити, сигурности и потребној нези.<sup>49</sup>

Придев „ активно“ служи да истакне партиципативну природу концепције, будући да активно старење, поред могућности старијих лица да буду физички активни и учествују у тржишту рада, укључује и њихово континуирано учешће у друштвеним, економским, културним, духовним, и грађанским активностима. Осим наведеног, активно старење подразумева и право старијих лица на континуирано образовање, које би истима омогућило да

<sup>47</sup>С. Михаиловић, В. Михаиловић, Старији радници-неки на послу, а неки ни посла ни пензије, [http://www.centaronline.org/postavljen/60/Stariji\\_radnici\\_brosura.pdf, str.29., 15.12.2014](http://www.centaronline.org/postavljen/60/Stariji_radnici_brosura.pdf, str.29., 15.12.2014).

<sup>48</sup> Д.Вуковић, Сиромаштво и социјална искљученост у земљама Европске уније, <https://bib.irb.hr/datoteka/521699.Socijalne-reforme.pdf>, 12.12.2014.

<sup>49</sup> World Health Organization, Active ageing: a policy framework, Geneva, 2002, 11.

се прилагођавају континуално променама у радном окружењу, да се лакше изборе са новим технологијама и да избегну суочење са читавим низом квалификација одједном. У Данској се, на пример, организују програми преквалификације, доквалификације, као и различита саветовања за старије раднике. Перманентно образовање треба да се промовише не само у циљу веће интеграције у радно место, већ и за остваривање партиципације у друштво уопште.<sup>50</sup>

Степен учешћа старих радника (изнад 55 година) у радној снази је значајно опао у Европи и САД у односу на Јапан. Јапан је држава са највећим степеном учешћа старих мушкараца (око 95% учешћа људи старости између 55 и 59 година, 75% оних старости између 60 и 64 године). Најнижи је проценат учешћа старих у Аустрији (око 61% људи старости између 55 и 59 година и 13% оних старости између 60 и 64 године).<sup>51</sup>

Подршка активном старењу подразумева прикладне радне услове, побољшање здравствене заштите на послу, адекватне подстицаје за рад и дестимулисање раног пензионисања.

Мере у циљу подршке активном старењу су:

- ширење праксе флексибилних облика рада,
- прераспоређивање старијих запослених на послове на којима у потпуности задовољавају постављене стандарде радне успешности,<sup>52</sup>
- веће укључивање у програме активног тражења посла,
- развој система сертификације стечених знања и искуства,
- подршка равноправности полова кроз законску регулативу и побољшање положаја жена на тржишту рада.

Кључни разлози због којих би требало задржати запослене старије животне доби, а који имају упориште у пословним потребама, су:

- Задржавање базе знања – многе су организације дошле до закључка да знања и искуства која су старији запослени стекли током своје каријере представљају посебну вредност, те да се недостатак тих искуства код млађих запослених не може надокнадити без

<sup>50</sup> Доступно на : [http://www.amity-yu.org/images/pdf/integracija\\_i\\_ucesce\\_starijih\\_u\\_drustvu.pdf](http://www.amity-yu.org/images/pdf/integracija_i_ucesce_starijih_u_drustvu.pdf)

<sup>51</sup> P. Auer, M. Fortuny, Ageing of the Labour force in OECD countries: Economic and social consequences, *Employment Sector, International Labour Office*, Geneva 1999., 10.

<sup>52</sup> Тако нпр. Tallin bus из Естоније возаче старије животне доби са смањеном брзином реакције и отпорности на стрес прераспоређују на линије изван града и најпрометнијих улица, а оне који не могу савладати ни такве линије преусмеравају на друге послове, као, на пример, чувар на паркиралишту (Eurofound, 2006. а).

значајних улагања у образовање и развој.<sup>53</sup>

- Искоришћавање предности које произилазе из различитости (енгл. diversity) – показало се да хетерогени тимови с обзиром на доб запослених остварују синергијске учинке. Док млађи запослени у своју радну околину уносе енергију и иновативност, запослени старије животне доби доносе знање и искуство.
- Тржишне потребе – ангажовање запослених старије животне врло је често наметнуто од стране тржишта.<sup>54</sup> Доказано је да у неким индустријама запослени старије животне доби имају више успеха при продаји производа/услуга организације због тога што уливају поверење потрошачима (посебно значајно у финансијском сектору где се показало да клијенти немају поверења свој новац поверити младима које сматрају неискуснима).
- Решавање „уског грла“ на тржишту рада – у регијама у којима демографска слика указује на скори мањак радне снаге или специфичних знања и вештина, организације су присиљене проактивно улагати у запослене старије животне доби како би осигурале задовољавање потреба за радном снагом.<sup>55</sup>
- Поштовање законске регулативе – управљање запосленима старије животне доби подстакнуто је законским прописима, као што су на пример закони против старосне дискриминације, прописи везани за одлазак у пензију и сл.

## 6. Закључак

Чињеница је да је у развијеним западним земљама проблем како запослити младе, данас замењен проблемом како на послу задржати старе раднике – због њиховог искуства, вештина и знања.

У Србији, пак, није дошло до замене једног акутног проблема другим, већ до њихове кумулације. Дакле, проблем је како запослити младе, али и како продужити радни век старијих како би се смањио притисак на пензиони фонд.

У овом контексту, значајна питања се везују за статус старијих радника, тј. оних између 45 или 50 година живота. Ту се поставља

<sup>53</sup> Eurofound. (2006a). *A guide to good practice in age management*, Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, [http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_files/pubdocs/2005/137/en/1/ef05137en.pdf](http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2005/137/en/1/ef05137en.pdf), 20.12.2014.

<sup>54</sup> Eurofound. (2006a). *A guide to good practice in age management*, Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, [http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_files/pubdocs/2005/137/en/1/ef05137en.pdf](http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2005/137/en/1/ef05137en.pdf), 20.12.2014.

<sup>55</sup> *Ibid.*

питање мотивисања људи на касније пензионисање. Јако је битно стимулисати остајање на послу и дестимулисати рано пензионисање. Радници морају да раде дуже како би могли да финансирају здравствено и пензионо осигурање. Међутим и онима који желе да раде дуже треба се то и омогућити. Старосна доб од 60 или 65 година за одлазак у пензију је дискриминаторска и треба је мењати. Пензија је право, не дужност!

Укорееено мишљење у свести друштва о ограниченим способностима старијих радника не може бити брзо измењено, али на тржишту рада могу бити организовани механизми евалуације индивидуалне радне способности пре него што се појединац, само на основу старосне доби, етикетира као непродуктиван. Запослени старије животне доби, наиме, поседују знања и вештине које се стичу дуготрајним и напорним радом, представљају важан умни и стручни ресурс послодавцима, па стога постоји висока стопа ризика да се и експлицитна и имплицитна знања која поседују изгубе њиховим одласком из организације. Управо се из тог разлога „одлив знања“ сматра једним од највећих ризика везаних за запослене старије животне доби.

У складу с наведеним, пожељне методе које се користе за преношење знања старијих запослених су, на пример: менторство, ангажовање старијих запослених као предавача у склопу образовних програма, те индивидуалне инструкције односно преузимање улоге (млађи запослени под директним надзором старијег запосленог, преузима његову улогу). Управљање запосленима старије животне доби подразумева и задржавање експертизе запослених старије животне доби и преношење знања на млађе колеге путем њиховог ангажовања и након одласка у пензију кроз различите алтернативне радне ангажмане, као што су привремено запошљавање, рад на позив (енгл. on-call work), те ангажовање пензионера путем уговора о делу као консултанта и сл.

Постоји велика потреба за развијањем концепта активног старења и његове имплементације у Србији. Свака особа треба да проведе старост у сигурности и достојанству и да буде у позицији из које може да даје свој допринос друштву на најсмисленији начин. Такво окружење је у корену стабилних, безбедних и праведних друштава где сви чланови, укључујући оне угрожене, уживају једнакост шанси.

Интеграција и партиципација стога су тесно повезани са концептом социјалне кохезије, виталним елементом здравог друштва. Он означава капацитет друштва да обезбеди благостање својим припадницима, уз свођење на најмању меру разлика и избегавање поларизовања и сукоба, а захтева поспешивање солидарности и реципроцитета међу генерацијама.

Паралелно са промовисањем активног старења треба донети одговарајуће законе који би омогућили старијим радницима да ускладе своје могућности са захтевима послодаваца и да буду заштићени од било каквог облика старосне дискриминације. До промене перцепције старих људи може доћи ако им се посвети пажња, у законодавном смислу, пружи прилика и покаже виши степен толеранције.

Стога би реформа система запошљавања требало да обухвати и питање ангажовања старијих радника, посебно за рад код куће, рад на даљину и рад са непуним радним временом, признавање права на посебну заштиту здравља и безбедности на раду, посебну заштиту од отказа на раду, питање ограничавања ноћног и прековременог рада ( само уз писану сагласност старијег радника), укидање прописа о годинама живота обавезним за пензионисање, финансијска дестимулација раног пензионисања и финансијска стимулација каснијег пензионисања ( они који остану на послу после стицања услова за пензију, добијају већи износ пензије у години у којој оду у пензију), промоција доживотног учења.

Није исто бити стар данас и не више од двадесетак година раније. Стари, у овим нашим транзиционим временима себе доживљавају као губитнике и крај живота често проводе у сиромаштву и социјалној изолацији. Заштита од сиромаштва дела популације у Србији која прима ниске пензије може бити постигнута увођењем минималне пензије, као што су урадиле Немачка и Данска, које су установиле основну или минималну пензију која има за циљ превенцију сиромаштва старих и која је због тога одређена на нивоу изнад линије сиромаштва.

Неопходно је истаћи да су проблеми старих одраз, с једне стране, могућности и потреба које доноси процес старења, а, с друге стране, друштва које одговара на њих. У тим релацијама треба проучавати, истраживати и проналазити излазе и решења, законодавна и шире друштвена, како би сигурност живота у старости достигао ниво савремених друштава, у којима је главни проблем како ће старији људи пребродити тзв. пензионерски шок.

Не заборавимо, старење је неизбежан процес и сви се једног дана можемо наћи у улози жртве сопствених година. Као што је рекао J.L.Runeberg: „ Поштуј старца, ако због ничег другог, а оно због тога што је тако дуго носио терет живота“.

**Amra Muhotić**

PhD student. Faculty of Law, University of Belgrade

## **AGE DISCRIMINATION**

### Summary

Population ageing is a process present throughout the world, is a challenge for society and leads to the implication in all spheres of life. The paper points out the problem of age discrimination, discussed the key aspects of this form of discrimination in employment, as well as in connection with termination of employment. Special attention was paid to the problem of early retirement of older workers and concluded that it is important to support active aging by means of a suitable working conditions, better health care at work and adequate incentives to work. In this way the so-called people. third age active participation in building the social order more easily bear the burden of age.

**Keywords:** demographic changes, age, age discrimination, early retirement, active ageing.

## PRIMENA PRAVILA O SAOBRAĆAJU NA MLADE VOZAČE U SAD, ZEMLJAMA REGIONA I SRBIJI

### *Apstrakt*

*U radu će se obraditi regulacija zakona o saobraćaju u odnosu na mlade vozače, kako u Srbiji, tako i u inostranstvu. Iako zakoni o saobraćaju sadrže norme koje se odnose na mlade vozače one se nisu pokazale kao dovoljne. Iz tog razloga javlja se potreba da se izvrše određene izmene. Poslednjih godina intezivno se radi na povećanju bezbednosti u saobraćaju kroz donošenje novih zakona i propisa, preko sve agresivnije medijske kampanje pa do profesionalnih škola za obuku vozača koje, simulacijom realnih okolnosti u saobraćaju, spremaju vozače za snalaženje u različitim situacijama. Međutim, iako se svest građana o ovom problemu povećava i dalje je zabrinjavajući broj mladih ljudi koji život izgube u saobraćajnim nesrećama, a ono što još više brine je što taj broj neprestano raste. Ne može se zanemariti ni činjenica da je u trenutku nesreće veliki broj vozača pod dejstvom alkohola i narkotika. Ako uzmemo u obzir značaj pitanja jasno je zašto mu je posvećena tolika pažnja i zašto je neophodno preduzeti nešto radi njegovog što kvalitetnijeg rešavanja. U daljem tekstu izložićemo neka zakonska rešenja i izvršiti njihovo upoređivanje.*

***Ključne reči:*** zakon o saobraćaju, mladi vozači, saobraćajna nesreća

### 1. Uvod

Da bi se uopšte mogao razumeti problem prvo treba definisati koja se lica smatraju „mladim vozačima”. Iako ovo pitanje deluje jedostavno, u svetu, povodom njega ne postoji jedinstveno rešenje. Neujednačenost zakonskih rešenja ide od razlike u godinama vozača (negde su ograničenja predviđena do 18 godine, negde 19, negde do 24 itd.), pa sve do toga da

---

<sup>1</sup> Apsolvent Pravnog fakulteta u Beogradu, e-mail: iva\_tosic@hotmail.com

se negde mladim vozačima smatraju sva lica koja prvi put stiču vozačku dozvolu, bez obzira na godine.

Pored definisanja ovog pitanja, glavni cilj je da se sagledaju neka različita zakonska rešenja u svetu, da se razmotre njihove prednosti i mane i ukaže koji pružaju najadekvatniju zaštitu.

Prema izvršenim analizama ponašanja vozača utvrđeno je da su mladi između 16 i 25 godina češći učesnici saobraćajnih nesreća nego stariji vozači. Kao razlog tome navodi se njihova sklonost ka rizičnoj vožnji.<sup>2</sup>

Istraživanja navode nekoliko faktora koji, samostalno ili u kombinaciji, povećavaju rizik od sudara kod mladih vozača, a to su:

- nevezivanje sigurnosnog pojasa - zbog čega dolazi do smrtnih slučajeva ili teških telesnih povreda
- manjak vozačkog iskustva - iako većina mladih precenjuje svoje vozačke sposobnosti i na dobijanje vozačke dozvole gledaju kao na potvrdu istih
- riskantna vožnja -brza vožnja i ne držanje adekvatnog odstojanja između vozila,
- rastresenost pri vožnji - lako im se odvrti pažnja, npr. razgovorom ili mobilnim telefonom
- vožnja pod uticajem alkohola ili droge, noćna vožnja i pospanost.

Istraživanja su pokazala da iskusnom vozaču treba 2 sekunde da uoči opasnost na putu, prepozna taj događaj kao opasnost i u skladu sa tim na odgovarajući način odreaguje. Neiskusni vozač opasnost uočava deo sekunde kasnije. Pored toga, neiskusno utiče i na proces donošenja odluke i preduzimanje odgovarajućih postupaka. Neiskusni vozač može uočiti događaj, ali ga proceniti bezopasnim što dovodi do nesreće. Suprotno tome, može događaj proceniti opasnim, ali se mora osloniti na proces pokušaja i grešaka kako bi adekvatno reagovao na opasnost što može dovesti do nesreće.

Značajan problem je i sklonost mladih ka brzom vožnji. Brza vožnja predstavlja jedan od najznačajnijih problema bezbednosti saobraćaja. Ona ne utiče samo na težinu saobraćajnih nezgoda, već je povezana i sa rizikom nastanka saobraćajnih nezgoda. OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) i ECMT (The European Conference for Ministers for Transport) su naveli da je brza vožnja najznačajniji problem bezbednosti saobraćaja. Brza vožnja povećava vozačke zahteve,

<sup>2</sup> B. A. Johan, Accident risk and risk-taking behaviour among young drivers, Accident Analysis & Prevention, 1986, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0001457586900412>, 20.01.2015

smanjuje se vreme reagovanja vozača, zaustavna dužina vozila je veća, a posledice saobraćajnih nezgoda su teže zbog veće emisije kinetičke energije. Brza vožnja doprinosi i drugim mogućim rizičnim ponašanjima, kao što je preticanje i vožnja na kraćem odstojanju. U SAD-u u periodu od 2002. do 2011. godine, brza vožnja je bila doprinoseći faktor skoro trećine saobraćajnih nezgoda sa smrtnim posledicama.<sup>3</sup>

Mladi vozači se uglavnom kategorizuju kao bezobzirni, agresivni ili kao opasnost na putu. Takvo kategorisanje može uzrokovati da se mladi počnu i ponašati u skladu sa tim. Zbog toga bi trebalo stavljati veći naglasak na pozitivne modele u vožnji.

Takođe, pokazalo se da reklame koje izazivaju strah (npr. reklame protiv vožnje u alkoholisanom stanju), iako su dramatične, nisu delotvorne. U SAD-u su se najdelotvornijim pokazale poruke, koje koriste pozitivan vršnjački pritisak (npr. „Prijatelj neće dopustiti prijatelju da vozi pijan.“).

Neophodno je promeniti društvenu svest o vožnji koja se povezuje s odrastanjem i muževnošću. Korisno je pronaći drugačije načine kojima bi mladi mogli pokazati svoje vozačke veštine (npr. karting, organizovana i odobrena takmičenja). Potrebni su programi koji bi edukovali mlade o opasnim situacijama i naučili ih da pravilno i na vreme reaguju na njih. Jedan od načina bi bio uvođenjem predmeta u školama koji bi se bavio problemima u saobraćaju. Naravno, stroži zakoni i veće kazne, koje će se primenjivati, trebalo bi da većinu odvrate od rizičnog ponašanja.

## 2. Sjedinjene Američke Države

Sjedinjene Američke Države specifične su po tome što vozačku dozvolu mogu dobiti lica sa navršениh 16 godina, u nekim državama čak i mlađa lica uz značajna ograničenja. Države unutar SAD na različite načine regulišu pitanje mladih vozača. Razlike idu od godina za sticanje dozvole, preko različitih ograničenja u pogledu noćne vožnje, do toga da neke čak zabranjuju da mladi vozači prevoze lica mlađa od 18 ili 21 godine. U SAD postoji više različitih vrsta dozvola:

- Learner's permit - vrsta ograničene dozvole koju lice može dobiti između 14 i 18 godine, zavisno od države. Sa ovom vrstom dozvole lica mogu voziti eventualno do škole ili posla;
- Provisional license- dozvoljava vožnju od i do škole ili posla. Lice je najčešće može steći sa navršениh 15 godina;

<sup>3</sup> M.Matović et al., Najznačajniji faktori koji utiču na nameru vozača da brzo voze u urbanim sredinama, III Međunarodna Konferencija „Bezbednost saobraćaja u lokalnoj zajednici“, Banja Luka <http://absrs.org/sajt/doc/File/D-08.pdf>, 05.02.2015.

- Restricted license- za ograničenu dozvolu lice mora biti određene starosti kao i posedovati dozvolu određeno vreme, što se razlikuje od države do države;
- Junior operator licence- javlja se u nekim državama i takođe predstavlja vrstu ograničene vozačke dozvole;
- Intermediate license- nešto poput probne vozačke dozvole;
- Full license- potpuna vozačka dozvola.

Kao primer navešćemo par država i njihova rešenja povodom sticanja vozačke dozvole.

## 2.1. Aljaska

Na Aljasci sa 14 godina lica mogu učiti da voze, uz pratnju vozača koji ima barem 21 godinu, kao i minimum godinu dana vozačkog iskustva. Tzv. "provisional license" mogu dobiti lica sa navršenih 16 godina uz uslov od 40 časova vožnje, od čega 10 mora biti u izazovnim situacijama, kao što je noćna vožnja ili vožnja po nevremenu. Pored toga neophodno je da 6 meseci poseduje tzv "learner's permit. Ukoliko je lice optuženo za povredu saobraćaja moraće da sačeka 6 meseci, pre nego što konkuriše za navedenu dozvolu. U slučaju da dobije 6 ili više kaznenih poena za 12 meseci, ili 9 i više za 24 meseca vozač je obavezan da upiše nacionalno sertifikovan vozački odbrambeni kurs, u suprotnom mu se može suspendovati pravo da vozi. Vozačima sa tom vrstom dozvole zabranjena je vožnja lica mlađih od 21 godine, kao i vožnja između 01,00 i 05,00 sati. Izuzetno, odstupiće se od ovog pravila, ukoliko se lice vraća sa posla ili ide na posao, kao i ukoliko vozi u pratnji osobe starije od 21 godine koja poseduje vozačku dozvolu. Sa 18 godina dobija se potpuna dozvola.<sup>4</sup>

## 2.2. Kolorado

U Koloradu da bi lice steklo „ograničenu dozvolu“ (restricted licence) mora najmanje godinu dana posedovati tzv. "learner's permit". Pored toga mora voziti 50 sati vožnje, od čega 10 mora biti noću. Vozači mlađi od 18 godina prvih 6 meseci ne smeju voziti lica mlađa od 21 godine, osim ako je u pitanju član uže porodice. Nakon 6 meseci dozvoljeno je voziti jednu osobu mlađu od 21 godine, a zabrana se ukida nakon godinu dana. Ukoliko je u pitanju hitan medicinski slučaj dozvoljeno je odstupanje od navedenog pravila i pre proteka roka od godinu dana. Pričanje mobilnim

<sup>4</sup> Alaskas department of administration, <http://doa.alaska.gov/dmv/akol/original.htm>, 01.02.2015

telefonom ili kucanje tekstualnih poruka je strogo zabranjeno, osim ukoliko je neophodno obaviti poziv upućen policiji. Takođe, vozači koji su mlađi od 18 godina ne smeju voziti između 00,00 i 05,00 sati. Izuzeci su predviđeni u nekoliko slučajeva:

- ukoliko je lice u pratnji roditelja ili staratelja;
- ukoliko ide u školu ili se iz nje vraća, kao i ukoliko se vraća sa školske aktivnosti, a škola ne obezbeđuje prevoz;
- ukoliko ide ili se vraća sa posla (uz dokaz od poslodavca);
- u hitnim medicinskim slučajevima<sup>5</sup>.

### 2.3. Illinois

Sa 15 godina lice može konkurisati za dobijanje tzv. “learner’s permit”. Neophodan uslov je da je lice upisano u auto školu, koja je odobrena od strane države. Sa tom dozvolom sme voziti samo u pratnji lica koje ima 21 godinu i validnu vozačku dozvolu. Dozvoljeno mu je da vozi jedno lice napred u vozilu, a pozadi onoliko lica koliko automobil poseduje sigurnosnih pojaseva. Aplikant mora voziti 50 sati vožnje, pokazati dokaz o upisu u školu i posedovati tzv “learner’s permit” 9 meseci pre nego što aplicira za dozvolu. Ako izvrši prekršaj za vreme tog perioda, period od 9 meseci kreće od početka. Ukoliko je lice mlađe od 18 godina ne može voziti između 22,00 i 06,00 sati od ponedeljka do četvrtka i od 23,00 do 06,00 od petka do nedelje. U slučaju da se lice vraća sa posla, školske aktivnosti ili porodičnog događaja ovo vreme se može produžiti, uz dokaz gde je bio, do završetka događaja. Vozači koji su mlađi od 18 godina prvih 12 meseci ili do navršetka 18 godine, u zavisnosti od toga koji uslov prvi nastupi, mogu voziti samo jednog putnika mlađeg od 20 godina, osim ukoliko se radi o članu uže porodice. Vozačima mlađim od 18 godina zabranjeno je korišćenje sredstava komunikacije, osim u hitnim slučajevima. Vozači ne smeju biti osuđeni za prekršaj u kretanju 6 meseci pre nego što napune 18 godina da bi dobili vozačku dozvolu, u suprotnom, ograničenja će biti produžena.<sup>6</sup>

### 2.4. Masačusets

U državi Masačusets, lice sa 16 godina može konkurisati za tzv. “learner’s permit”. Sve vreme mora voziti sa vozačem starijim od 21

<sup>5</sup> Colorado the Official site Web Portal, <https://www.colorado.gov/pacific/dmv/minor-license>, 01.02.2015

<sup>6</sup> Department of Motor Vehicles, <http://www.dmv.org/il-illinois/teen-drivers.php>, 01.02.2015

godine, i mora proći 40 sati obuke. Takođe, zabranjena je vožnja između 00,00 i 05,00 sati osim u pratnji roditelja ili staratelja. Sa 16 i po godina lice stiče pravo na tzv. "junior operator licence". Za dobijanje iste potrebno je da je prethodno 6 meseci posedovao "learner's permit", da je prošao 40 sati vožnje i da je roditelj ili staratelj uzeo 2 sata obrazovnih instrukcija vožnje. Sa ovom vrstom dozvole zabranjena je vožnja između 00,00 i 05,00 sati i korišćenje mobilnog telefona u toku vožnje. Prvih 6 meseci zabranjen je prevoz lica koja su mlađa od 18 godina, osim ukoliko je u pitanju član uže porodice. Sa 18 godina, ukoliko je prošlo sve predviđene korake, lice će dobiti potpunu vozačku dozvolu.<sup>7</sup>

## 2.5. Njujork

Država Njujork obuhvata grad Njujork, Long Ajlend i "sve ostale okruge (uključujući Vestčester i Roklend)"

"Learner's permit": Njujork ima najstrožiju regulaciju u regionu. Predviđeno je da kočnica za instruktora mora biti ugrađena, uz obaveznu pratnju vozača od strane roditelja ili instruktora. Zabranjena je vožnja u periodu između 21,00 i 05,00 sati. Na Long Ajlendu, osoba mora biti u pratnji staratelja ili profesionalnog instruktora i takođe ne sme voziti između 21,00 i 05,00 sati. Ona sme prevoziti samo jedno lice mlađe od 21 godine, osim ukoliko su u pitanju članovi uže porodice. U ostalim delovima države vožnja je dozvoljena uz pratnju iskusnog vozača starijeg od 21 godine, između 05,00 sati i 21,00 sat, dok je tokom ostalih sati potrebna roditeljska ili profesionalna pratnja. Što se tiče lica mlađih od 21 godine isto je rešenje kao na Long Ajlendu.

Tzv. "junior drivers license" (junior dozvola) se može dobiti, ukoliko vozač ima "learner's permit" 6 meseci i prošao je 50 sati obuke, od čega 15 mora biti noću. Dozvoljava vožnju bez pratnje u periodu između 05,00 sati i 22,00 sata, osim na Long Ajlendu gde je u principu vožnja bez pratnje zabranjena. Ipak, postoji par izuzetaka kao što su vožnja na putu od kuće do posla, na dozvoljeni edukativni kurs vožnje, edukativni program odobren od strane države itd. Vožnja van ovog vremena dozvoljena je samo u slučaju vožnje od i do škole, posla, dozvoljenog edukativnog kursa vožnje, osim u slučajevima kada je vozač u pratnji svog roditelja, staratelja ili sertifikovanog instruktora vožnje.

Kurs za dobijanje potpune vozačke dozvole u Njujorku nije potreban. Stiče se sa navršenih 18 godina. Za sedamnaestogodišnjake, tzv. "junior operator license" (junior dozvola) se pretvara u potpunu ukoliko vozač priloži vozački sertifikat o obrazovanju i završenih 50 sati vožnje uz 15

<sup>7</sup> Department of Motor Vehicles, <http://www.dmv.org/ma-massachusetts/teen-drivers.php>, 01.02.2015

sati u zahtevnom i teškom saobraćaju. U suprotnom, će biti pretvorena u potpunu na vozačev osamnaesti rođendan.<sup>8</sup>

## 2.6. Florida

Na Floridi uslov za dobijanje tzv. "learner license" je da lice ima najmanje 15 godina. Sa tom vrstom dozvole dozvoljena je vožnja samo danju u pratnji lica starijeg od 21 godine, koje poseduje vozačku dozvolu. Sa 16 godina se može dobiti tzv. "intermediate license" ukoliko je vozač godinu dana imao "learner permit" i za to vreme nije napravio ni jedan prekršaj. Ukoliko vozač ima 16 godina ne sme da vozi od 23,00 do 06,00 sati godinu dana osim uz pratnju lica od 21 godine ili starijeg koje poseduje vozačku dozvolu. Drugi izuzetak od zabrane noćne vožnje je u slučaju da ide ili se vraća sa posla. Ukoliko lice ima 17 godina zabranjeno mu je da vozi između 01,00 i 05,00 sati. Izuzeci su isti kao i u prethodnom slučaju.

## 2.7. Luizijana

Kao i na Floridi, sa 15 godina može se dobiti tzv. "learner's permit". U tom slučaju lice je obavezno da obavi 30 časova školskog obrazovanja i 8 časova vožnje. Sa ovom vrstom dozvole nije mu dozvoljeno da vozi samostalno već samo u pratnji lica starijeg od 21 godine, koje poseduje vozačku dozvolu.

Sa 16 godina, može se dobiti tzv. „intermediate license“ ( nešto poput probne vozačke dozvole, ili vozačke dozvole za vozače početnike). Za dobijanje iste neophodno je posedovati tzv. „learner's permit“ najmanje 180 dana, proći 50 sati vožnje, uključujući 15 sati noćne vožnje. Zabranjena mu je vožnja između 23,00 i 05,00 sati bez nadzora. Između 18,00 i 05,00 sati u automobilu se ne sme nalaziti više od jednog lica mlađeg od 21 godine, osim ukoliko lice vozi sa pratnjom.

„Potpuna dozvola“ ( full license) dobija se sa navršениh 17 godina, uz uslov da poseduje prethodne dve navedene dozvole, ili da je lice koje prvi put aplicira starije od 17 godina.<sup>9</sup>

## 3. Zemlje regiona

### 3.1. Hrvatska

Hrvatska prednjači u pogledu ograničenja u saobraćaju u odnosu na mlade vozače. Mladim vozačima u Hrvatskoj se smatraju osobe starosti do 24 godine. Oni ne smeju upravljati vozilima čija snaga prelazi 80kw<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Department of Motor Vehicles, <http://www.dmv.org/ny-new-york/teen-drivers.php>, 02.02.2015

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sigurnosti prometa na cestama Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 74/11

, a za nepoštovanje tog pravila predviđena je novčana kazna koja iznosi 1000 kuna (130 evra). Vožnja na autoputu je ograničena na 120 km/h, dok je za ostale ograničenje 130 km/h, na brzjoj cesti 100 km/h, a na ostalim 80 km/h. Kao zamerku ovom rešenju možemo navesti okolnost da se ograničenje odnosi na godine starosti, a ne na godine vozačkog iskustva. Ipak, ne može se poreći da je Hrvatska najviše uradila u cilju rešenja problema kome zbog svojih ogromnih razmera treba pružiti veliku pažnju.

Mladi vozači ne smeju upravljati vozilom ako u organizmu imaju opojnih droga, alkohola ili pokazuju znake alkoholisanosti.<sup>11</sup>

### 3.2. Bosna i Hercegovina

Vozačka dozvola u Bosni i Hercegovini se dobija sa navršenih 18 godina, posle završene obuke i položenog ispita. Dve godine od dana izdavanja vozačke dozvole lice ne sme vozilom na putu upravljati brzinom većom od 70 km/h, na putu namenjenom isključivo za saobraćaj motornih vozila i brzom putu brzinom većom od 90 km/h, a na autoputu 120 km/h. Lice mlađe od 23 godine, ne sme upravljati vozilom između 23,00 i 05,00 sati, osim upratnji lica starijeg od 25 godina koje poseduje vozačku dozvolu, i kom u poslednjih godinu dana nije izrečena zaštitna mera ili mera sigurnosti zabrane upravljanja motornim vozilom.

Za lica mlađa od 18 godina, ili sa manje od 3 godine vozačkog iskustva smatraće se da su pod dejstvom alkohola ako se bilo kojom metodom za utvrđivanje alkohola u krvi utvrdi da ta količina iznosi više od 0 g/kg, ili ako se bez obzira na količinu alkohola u krvi, stručnim pregledom utvrdi da pokazuju znake poremećenosti izazvane alkoholom.<sup>12</sup>

### 3.3. Slovenija

Vozački ispit u Sloveniji mogu polagati osobe sa navršenih 17 ipo godina, s tim što do 18 godine mogu voziti isključivo u pratnji starije osobe sa položenim vozačkim ispitom. Ovo ograničenje se ne može smatrati preterano oštrim zahvaljujući tome što je predviđeno isključivo starosno ograničenje i to samo do 18 godine. Za razliku od Bosne i Hercegovine i Hrvatske ovaj zakon ne predviđa ograničenja u pogledu brzine kretanja, kao ni jačine motora automobila. Takođe, ne predviđa ni ograničenja u pogledu noćne vožnje.

Tolerancija alkohola u krvi iznosi 0 promila.

<sup>11</sup> Zakon o sigurnosti prometa na cestama, *Narodne novine* br. 67/08

<sup>12</sup> Zakon o osnovama bezbednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, br. 6/06

### 3.4. Crna Gora

U Crnoj Gori nema posebnih ograničenja za mlade vozače. Uslov za dobijanje vozačke dozvole je navršениh 18 godina života i položen vozački ispit, uz ispunjavanje zdravstvenih uslova neophodnih za upravljanje vozilom.

Tolerancija alkohola u krvi se ne razlikuje u odnosu na ostale vozače i iznosi 0.3 promila, sve preko toga se rigorozno kažnjava.

Kao što se vidi u Crnoj Gori su mladi vozači u potpunosti izjednačeni sa iskusnim vozačima, bez ograničenja u pogledu brzine kretanja, jačine motora automobila i noćne vožnje. Iz tih razloga, ovom zakonu se može uputiti oštra kritika.<sup>13</sup>

### 4. Srbija

Prema važećem zakonu u Republici Srbiji licu koje ispunjava sve uslove za upravljanje vozilom B kategorije, a nije navršilo 18 godina života, izdaće se probna vozačka dozvola kada navrší 17 godina, sa rokom važenja od godinu dana. Probna vozačka dozvola se može koristiti samo u Republici Srbiji.

Vozač koji ima probnu vozačku dozvolu B kategorije ne sme upravljati vozilom bez nadzora lica u vozilu koje ima vozačku dozvolu B kategorije u trajanju od najmanje 5 godina.

Vozač koji ima probnu vozačku dozvolu ne sme upravljati motornim vozilom u periodu od 23:00 do 05:00 sati, koristiti telefon i druga sredstva za komunikaciju za vreme vožnje.

Ne sme se kretati brzinom većom od 90% od brzine koja je dozvoljena na delu puta kojim se kreće.

Lice koje vrši nadzor dužno je da se stara da vozač vozilom upravlja na bezbedan način i u skladu s propisima.

Motorno vozilo, kojim upravlja vozač koji ima probnu vozačku dozvolu, mora biti označeno posebnom oznakom P, koja se mora nalaziti na vidljivom mestu sa prednje i zadnje strane.

Probna dozvola se izdaje i licu koje je navršilo 18 godina, a prvi put stiče pravo na upravljanje motornim vozilom B kategorije. Što se tiče tih lica predviđeno je takođe da dozvolu mogu koristiti samo u Republici Srbiji, ne smeju voziti između 23,00 i 05,00 sati, koristiti telefon i druga sredstva za komunikaciju za vreme vožnje. Takođe, vazi i odredba na osnovu koje se ne smeju kretati brzinom većom od 90% brzine koja je dozvoljena na delu puta kojim se kreću, kao i da vozilo mora imati posebnu oznaku "P", na vidljivom mestu sa prednje i zadnje strane. Probna dozvola mu se izdaje na period od godinu dana.

Na osnovu zakona vozač ne sme da ima u organizmu psihoaktivnih

<sup>13</sup> Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni list Crne Gore*, br. 33/2012

supstanci ili alkohola, ili da pokazuje znake poremećaja koji su posledica konzumiranja alkohola ili psihoaktivnih supstanci.<sup>14</sup>

Međutim, s obzirom na povećan broj stradalih u sobračajnim nesrećama, najavljuju se ponovne izmene zakona. Ono što je bila prekretnica ovoj odluci je tzv. slučaj “BMW-a smrti”. Reč je o saobraćajnoj nesreći u kojoj je troje mladih izgubilo život, nakon što je automobil sleteo u Dunav. Lice koje je vozilo nije imalo položen vozački ispit i vozilo je pod dejstvom alkohola. Da bi se sprečili ovako tragični događaji, svakako je neophodno pooštriti zakon.

Prvi predlog izmena je da vozači do 21 godine kao i svi koji prvi put stiču vozačku dozvolu u prve 2 godine ne smeju da voze od 23.00 do 06.00 sati, iz razloga što se po statistikama najveći broj nezgoda dogodi između 5 i 6 časova ujutru. Takođe se predlaže da se probna vozačka dozvola produži na 2 godine, kao i da vozač sa probnom vozačkom dozvolom može da napravi najviše 9 kaznenih poena, nakon čega će trajno izgubiti dozvolu i moraće opet da ide na obuku i polaganje ispita.

Ministarstvo saobraćaja pored toga predlaže da vozači do 21 godine ne mogu da voze automobile jače od 56 kilovata što iznosi 76 konjskih snaga.

## 5. Zaključak

Ako bi se uporedili navedeni sistemi i njihova zakonska rešenja, primećuje se da, od navedenih zemalja, Hrvatska ima najstrožiji zakon u odnosu na mlade vozače, s tim što su njena ograničenja predviđena u odnosu na godine starosti, a ne godine iskustva.

Sa druge strane, kao potpuna suprotnost, javljaju se se zakoni o saobraćaju u SAD, prema kom lica mogu voziti već sa 16 godina, negde čak i mlađa, uz određena ograničenja zavisno od države. Međutim, ta ograničenja su predviđena, uglavnom, najkasnije do 18 godine.

Može se konstatovati, da svako od pomenutih rešenja ima prednosti i mane, ali po mišljenju autora kombinacijom rešenja različitih država došlo bi se do najadekvatnijeg.

Što se tiče Hrvatske, iz priloženog vidi se da ona ima jedan od najstrožijih zakona, lica mogu dozvolu steći sa 18 godina, ali ograničenja u pogledu snage automobila i brzine kretanja su čak do 24 godine. Ono što se može zameriti ovom rešenju jeste što ne sadrži ograničenje u pogledu godina iskustva, što znači da ako bi lice sa 24 godine, ili starije tada prvi put steklo vozačku dozvolu, moglo bi odmah voziti bez dana bilo kakvih ograničenja. Zašto pretpostaviti da su starija lica bolji, ili iskusniji vozači? Možemo pretpostaviti da je zakonodavac pošao od toga da su starija lica zrelija i odgovornija.

<sup>14</sup> Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Sužbeni glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013- odluka US i 55/2014

Sa druge strane, u Bosni i Hercegovini ograničenja su predviđena do 23 godine, ili 2 godine od sticanja vozačke dozvole ukoliko se radi o starijim licima. Ovo rešenje je adekvatnije iz razloga što obuhvata i starija lica koja prvi put stiču vozačku dozvolu, ali da li je 2 godine iskustva dovoljno? Za odgovor na to pitanje bi morali da konsultujemo statistike koje se vode o saobraćajnim nesrećama, i koje utvrđuju koje su starosti, kao i koliko godina vozačkog iskustva imaju lica koja ih najčešće prouzrokuju. Svakako, ovo rešenje je adekvatnije nego u domaćem zakonu. U Srbiji probna vozačka dozvola se izdaje na svega godinu dana. Ostaje nam samo da se nadamo da će najavljene izmene sadržati adekvatnije rešenje. Posmatrajući zakone zemalja bivše Jugoslavije, može se doći do zaključka da Crna Gora ima ubedljivo najliberalniji zakon. Mladi vozači su gotovo potpuno izjednačeni sa iskusnim vozačima.

U mnogim zemljama, mladim vozačima se zabranjuje vožnja noću, bez ikakvih izuzetaka. Šta bi u tom slučaju bilo, na primer, sa licima koja rade noću, kada ni gradski saobraćaj nije u funkciji? Ili licima kojima je automobil neophodan za obavljanje posla? Da li bi bilo opravdano i u tim slučajevima zabraniti noćnu vožnju? Neki zakoni su sagledali i tu mogućnost, pa tako, na primer, u Illinoisu se predviđa izuzetak od zabrane noćne vožnje u slučaju da se lice vraća sa posla, porodičnog događaja, ili školske aktivnosti, uz dokaz gde je bilo. Ovakvu odluku smatramo adekvatnom, i moglo bi se o njoj razmisliti i u domaćem zakonu.

Alkohol je jedan od odlučujućih faktora u saobraćajnim nesrećama, pogotovo kada su u pitanju mladi. Iz tog razloga veliki broj zakona predviđa razliku u dozvoljenoj količini alkohola u krvi u odnosu na iskusne vozače. Tako, na primer, u Austriji iako je prema opštoj odredbi dozvoljeno do 0,05%, za lica koja imaju dozvolu kraće od 2 godine, smanjuje na 0,01 %. U Grčkoj je takođe dozvoljena količina alkohola u krvi 0,05 %, ali za lica koja imaju dozvolu manje od 2 godine, ograničena je na 0,02 %. Nemačka, sa druge strane, kao između ostalog i domaći zakon, ne dozvoljava ni minimalnu količinu alkohola u krvi ako su u pitanju mladi.

Socijalni faktor koji može doprineti riskantnoj vožnji su suvozači. Istraživanja su pokazala da mladi vozači brže voze i prave više grešaka, ako su u automobilu njihovi vršnjaci. Zbog toga, na primer, zakon na Novom Zelandu zabranjuje novim vozačima da prevoze putnike prvih 9 – 18 meseci od polaganja vozačkog ispita. Takođe, u mnogim zemljama je predviđeno da mladi vozači moraju voziti određeni period u pratnji (obično roditelja). Kako su to godine kada se mladi udaljavaju od roditelja i pokušavaju biti samostalni, vožnja uz pratnju može im biti iritantna i izazivati anksioznost. Ipak, istraživanja su pokazala da mladi vozači u pratnji roditelja ili starijih osoba voze sporije i uz manje prekršaja. Roditelji igraju važnu ulogu jer su oni modeli čiji vozački stil deca

preuzimaju. Oni, takođe, treba da ocene koliko su mladi zreli i spremni za polaganje vozačkog ispita i vožnju. Osim toga, treba u dogovoru sa decom, da postave jasne granice kada smeju uzeti automobil i ograničiti izlaganje izazovnim vozačkim situacijama (npr. vožnja noću, prevoženje putnika, vožnja autoputevima). Povlastice treba povećavati postepeno. Istraživanja su pokazala da takvi dogovori između roditelja i deteta umanjuju rizik od nesreća.

Iz svega navedenog može se zaključiti da bi ovaj problem trebalo sagledati sa mnogo aspekata, da bi se došlo do najadekvatnijeg rešenja prilikom donošenja Zakona o saobraćaju. Takođe, treba imati u vidu, da mladi mogu biti buntovni, pa je neophodno voditi računa da ne dođe do kontra-efekta. Ostaje nam samo nada, da će se naći odgovarajuće rešenje, koje će dovesti do smanjenja saobraćajnih nesreća u kojima su učesnici mladi vozači.

**Iva Tošić**

Final year student on University of Belgrade, Faculty of Law

## **USE OF TRAFFIC RULES AT YOUNG DRIVERS IN USA, REGIONAL COUNTRIES AND SERBIA**

### Summary

This article deals with the subject of traffic law regulations regarding young drivers, in Serbia as well as abroad. Although different traffic laws do contain norms referring to young drivers, they did not turned out to be satisfying. From that reason rises the need for certain corrections to be made. In the last few years, it has been intensively worked on the improvement of traffic safety, throughout new laws and orders, aggressive media campaigns and professional driving schools simulating realistic circumstances in traffic and preparing drivers to cope with different situations. Despite the fact that citizens' awareness of this problem is growing, , the number of young people losing life in accidents still remains frightening. Moreover, that number constantly grows. On the other hand, we cannot turn a blind eye to the fact that in the moment of

---

traffic accident, most drivers turn out to be influenced by drugs, alcohol etc. If we consider the significance of this problem, it is clear why so much attention has been dedicated to it and also why it is necessary to take certain steps in order to solve it in a quality way. In the text below, we will demonstrate few law solutions and do their comparison.

**Key words:** traffic law, young drivers, traffic accident.



---

**Prof. dr Ljubinko Mitrović<sup>1</sup>**

**Prikaz udžbenika:**

Akademik Prof. dr Rajko Kuzmanović i Prof. dr Siniša Karan

**USTAVNO PRAVO**

Banja Luka, 2015.

U izdanju Panevropskog Univerziteta APEIRON u Banjoj Luci, početkom juna 2015. godine iz štampe je izašlo peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje udžbenika Ustavno pravo dvojice eminentnih autora: akademika prof. dr Rajka Kuzmanovića i prof. dr Siniše Karana, vanrednog profesora Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON (koji je napisao izmjene i dopune drugog, posebnog, dijela - ustavna dinamika, odnosno glave: od petnaeste do dvadesete), namijenjeno studentima Fakulteta pravnih nauka ovog Univerziteta, ali i studentima drugih pravnih fakulteta u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini. Na ovaj način, dopunjena je postojeća obavezna literatura za nastavni predmet pod nazivom Ustavno pravo koji se izučava na drugoj godini Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON. Radi se o inoviranom i dopunjenom tekstu već postojećeg udžbenika po kome su mnoge generacije studenata izučavale materiju ustavnog prava. S druge strane, izdavanjem ovog udžbenika istovremeno je i ostvaren strateški cilj Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta APEIRON koji se odnosi na permanentno osavremenjavanje vlastitog nastavnog programa, te jasno zacrtanu politiku izdavačke djelatnosti, a sve sa jasnim zadatkom da se pomogne studentima da bolje razumiju osnovne pojmove ustavnog prava.

Recenziju ovog udžbenika uradili su akademik prof. dr Snežana Savić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, prof. dr Pavle Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i prof. dr Aleksandar Đurđev, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerzita u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Dekan Fakulteta pravnih nauka Univerziteta "Apeiron" Banja Luka  
e-mail: ljubinko.n.mitrovic@apeiron-edu.eu

Inače, ovaj udžbenik prati osnovne programske i konceptualne osnove predmeta Ustavno pravo i prilagođen je Nastavnom planu i programu studijskog programa Pravo. Polazeći od utvrđenog obima, sadržaja i ciljeva nastavnog predmeta, autori su sačinili zaokružen, cjelovit i upotrebljiv udžbenik nastavnog predmeta pod nazivom Ustavno pravo. Sama koncepcija, struktura, sistem i metod izlaganja ovog udžbenika upravo su i postavljeni na način da se olakša rad studentima u savladavanju gradiva za pripremanje ispita iz istoimenog predmeta. Na ovaj način, kroz ovaj udžbenik, u potpunosti i sistematski je obrađena problematika ustavnog prava, svakako prema visokim naučnim kriterijumima i didaktičkim zahtjevima najnovije pedagoške prakse.

Udžbenik je koncipiran na način da on sadrži dva dijela: opšti dio (ustavna teorija) i posebni dio (ustavna dinamika). U prvom dijelu udžbenika obrađene su sljedeće tematske cjeline, i to: Pojmovne i teorijske osnove ustavnog prava i ustava; Nastanak i razvoj ustava i ustavnosti u svijetu; Razvoj ustavnosti Jugoslavije od 1918-1990 godine; Suverenitet i oblici ostvarivanja suverenosti; Prava i slobode čovjeka i građanina; Demokratija i političke institucije u ustavnom sistemu; Oblici državnog uređenja i vladavine; Sistem državne vlasti; Pravosudni sistem - sudska vlast; Vladavina prava - ustavnost i zakonitost; Ustavni sudovi i Teritorijalna autonomija i lokalna samouprava.

Drugi, posebni, dio sadrži sljedeće podoblasti, i to: Ustavno uređenje država nastalih raspadom SFRJ; Ustav i ustavno uređenje u Bosni i Hercegovini; Sistem vlasti u Bosni i Hercegovini; Organizacija vlasti u Bosni i Hercegovini; Distrikt Brčko - jedinica lokalne samouprave pod suverenitetom Bosne i Hercegovine; Organizacija vlasti u Republici Srpskoj i Organizacija vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Predstavljajući ovu knjigu želim istaći da već pomenuti, široj pravničkoj javnosti itekako poznati recenzenti u svojoj zajedničkoj recenziji naglašavaju da "o ovom udžbeniku Ustavnog prava nije potrebno mnogo govoriti. Naime, radi se o inoviranom i dopunjenom tekstu po kome su mnoge generacije studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i šire izučavale materiju ustavnog prava. Takođe, radi se o tekstu jednog od najvećih autoriteta iz oblasti ustavnog prava uopšte, akademiku prof. dr Rajku Kuzmanoviću koji je svojevremeno, pored profesorskog poziva, obavljao najznačajnije ustavne funkcije u Republici Srpskoj kao što su funkcije predsjednika i sudije Ustavnog suda Republike Srpske i predsjednika Republike Srpske. Profesor Kuzmanović danas je predsjednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske". S druge strane, ne treba zaboraviti ni činjenicu da je profesor Kuzmanović i danas aktivan u profesorskom pozivu, i to kao profesor emeritus baš na Panevropskom Univerzitetu APEIRON u Banjoj Luci, dok je kouator ovog udžbenika, prof. dr Siniša Karan, nekadašnji postdiplomac i doktorant

Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci, a danas vanredni profesor, takođe na istom Univerzitetu. Aktivnost autora, ali i izdavača na izdavanju ovog udžbenika svakako je za posebnu pohvalu jer je očigledno da će se i na ovaj način, bogato iskustvo i znanje profesora Kuzmanovića nastaviti koristiti od strane generacija studenata koje tek dolaze.

Iz svega navedenog, može se zaključiti da je udžbenik autora akademika prof. dr Rajka Kuzmanovića i prof. dr Siniše Karana, vanrednog profesora Fakulteta pravnih nauka, pod naslovom *Ustavno pravo posvećen studentima Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON* za pripremu ispita iz nastavnog predmeta *Ustavno pravo*, s tim da on itekako može biti od koristi i studentima drugih pravnih ali i ostalih društvenih fakulteta koji žele da prošire svoja znanja, ali i u pripremanju nekih drugih ispita. Udžbenik je pisan, sistematično, pregledno, sasvim jasnim i razumljivim jezikom i po obimu optimalan za razumijevanje materije, sa jasnim ciljem da pojasni opšte teorijske modele, ali i konkretizuje na primjeru Bosne i Hercegovine i Entiteta, najvažnije pojmove, odnosno institute ustavnog prava.