

NPR

NOVA PRAVNA REVUIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Izdavački savjet:

Prof. Mag. Mag. Dr. Tomislav Borić (Austrija)
 Prof. dr. Tatjana Josipović (Hrvatska)
 Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel (Njemačka)
 Prof. dr. Dušan Nikolić (Srbija)
 Prof. dr. Borislav Petrović (Bosna i Hercegovina)
 Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder (Njemačka)

Izdavači:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
 INTERNATIONALE RECHTLICHE
 ZUSAMMENARBEIT E.V.



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche
 Zusammenarbeit, e.V. (IRZ – Stiftung)
 Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu
 saradnju (IRZ – Stiftung)



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika
 Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravnika
 Нјемачко-босанскохерцеговачко удружење правника
 Deutsch-Bosnisch-Herzegowinische Juristenvereinigung

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava
 (Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts
 und seiner Rezeption)

Iz sadržaja:

Interview:

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, ministrica
 pravde SR Njemačke (zastupnica u Bundestagu)

Članci:

Prof. dr. Wolfgang Schomburg, Sudska praksa o
 ujedinjenom zločinačkom poduhvatu (UZP)
 – ponovni osvrt na jednu priču bez kraja

Dr. Nataša Hadžimanović, Kritički prilog o pitanju
 mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava
 obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti
 fenomena fiducije u jugoistočnoj Evropi

Osim toga:

Aktuelnosti iz evropskog prava
 Aktuelnosti iz njemačkog prava
 Aktuelnosti iz prava regiona

Težište broja:

20 godina IRZ fondacije



Stabilitätspakt für Südosteuropa
 Gefördert durch Deutschland
 Stability Pact for South Eastern Europe
 Sponsored by Germany

2/2012

Godina 3, vol. 5.
 Decembar / prosinac 2012.
 stranice 1-108

NOVA PRAVNA REVIIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo
Časopis izlazi dva puta godišnje

Izdavači:



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit, e.V. (IRZ Stiftung)
Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju
(IRZ Stiftung)
Ubierstraße 92
D-53173 Bonn
Projektna oblast: Bosna i Hercegovina
Kontakt osoba: dr. Stefan Pürner (voditelj projektnog odjela)
E-Mail: puerner@irz.de
Tel: 0049-(0)2289555103



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika/
Deutsch-bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung
DBHJV
c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
71 000 Sarajevo
Tel. 00387 33 206350 lok./ext. 240

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava
Ljubiše Jovanovića 1
34 000 Kragujevac
Srbija
E-mail: gesellschaft.deutschesrecht@gmail.com

Glavni i odgovorni urednici:
Prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Redakcijski kolegij:
Doc. dr. Slavko Đorđević, doc. dr. Zlatan Meškić,
prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Izvršna urednica:
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M., Naida Šehić,
Dragana Radisavljević

Prijevodni:
Selma Mezetović, Dragan Simić, Naida Šehić

Izdavačke usluge i štampa:
University Press – izdanja Magistrat, Sarajevo

Kontakt:
Nova pravna revija
Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo
Adresa: c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
n/r Darja Softić Kadenić
e-mail: novappravnavrevija@gmail.com
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



Poštovane čitateljke i čitaoci,
poštovane kolegice i kolege,

Ovo izdanje “NPR – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo” u potpunosti stoji u znaku obilježavanja 20. jubileja Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (skraćeno IRZ), koja je, zajedno s Njemačko-bosanskohercegovačkim udruženjem pravnika (DBHJV) i Društvom za istraživanje i recepciju nemačkog prava, jedan od suizdavača ovog časopisa.

S tim u vezi, na prvom mjestu treba spomenuti ekskluzivni intervju s njemačkom saveznom ministricom pravde i članicom njemačkog Saveznog parlamenta, gospođom Sabine Leutheusser-Schnarrenberger. U ovom intervjuu se ne govori samo o aktuelnom razvoju prava važnom kako za Njemačku, tako i za zemlje u tranziciji, nego on na impresivan način pokazuje i da djelatnost IRZ-a čini značajan sastavni dio saradnje Savezne vlade s partnerskim državama širom svijeta.

Jubilej IRZ-a je u Njemačkoj obilježen s dvije velike manifestacije i publikacijom jedne knjige. Već u junu 2012. godine je u Bonu, gdje se nalazi glavno sjedište IRZ-a, održana konferencija o reformi pravosuđa u tranzicijskim zemljama s visoko pozicioniranim učesnicima. Na konferenciji je, između ostalih, govorio i bivši ministar pravde i vanjskih poslova Savezne Republike Njemačke dr. Klaus Kinkel, na čiju inicijativu je 1992. godine osnovana IRZ fondacija. Zatim je u mjesecu oktobru u Berlinu održana svečana jubilarna konferencija. U okviru ovih dviju manifestacija su eksperti i dužnosnici iz Njemačke i iz partnerskih zemalja IRZ-a izvještavali o transformaciji prava i ulozi IRZ-a u okviru nje. Na konferenciji u Berlinu predstavljena je i spomenica povodom 20. jubileja IRZ-a, u kojoj su njemački i strani autori obradili različite aspekte međunarodne pravne saradnje i transformacije prava. Kako spomenica, tako i navedene dvije manifestacije detaljno su oslikale uspjeh koji je IRZ fondacija zajedno s njenim partnerima ostvarila u posljednjim decenijama, kao i perspektive međunarodnog pravnog savjetovanja. U ovom izdanju nalaze se izvještaji o navedenim konferencijama, kao i poseban prikaz spomenice.

I neki drugi prilozi u ovom izdanju su u vezi s djelatnošću IRZ fondacije i njenim 20. jubilejom:

- To je prije svega članak bivšeg sudije Saveznog suda i Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u Den Haagu, prof. dr. Wolfganga Schomburga, o pravnom institutu udruženog zločinačkog poduhvata. Pitanje krivičnopravne odgovornosti osoba u pozadini naročito u postkonfliktnim zemljama igra značajnu ulogu, zbog čega su pitanja u vezi s tim također predmet djelatnosti IRZ-a. Neposredna veza između ovog priloga i IRZ-a, međutim, postoji i u činjenici da je poznati autor član IRZ-a. Prilog time pokazuje i da članovi IRZ aktivno podržavaju njen rad. Drugi članovi, koji na teritoriju na kojem izlazi časopis NPR na različite načine, a naročito putem održavanja manifestacija za stručno usavršavanje i edukaciju, kao i putem donacija za IRZ biblioteku njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu, abecednim redoslijedom su: Generalno udruženje njemačke privrede iz oblasti osiguranja (GDV), Njemački institut za arbitražu (DIS), Njemački savez sudija (DRB), Njemačko udruženje advokata (DAV), Njemačko udruženje notara (DNotV), Savezna advokatska komora (BRAK) i Savezna notarska komora (BNotK).
- Osim toga, treba spomenuti i prilog u okviru rubrike “Propisi i materijali”, koji se ovog puta sastoji od prevoda 10. knjige njemačkog Zakona o parničnom postupku (Zivilprozessordnung, ZPO), s uvodom sačinjenim od strane generalnog sekretara već spomenutog instituta DIS, advokata Jensa Bredowa. Ovaj prevod je pripremljen od strane jednog srbijanskog advokata u okviru hospitacije na DIS-u u Kelnu finansirane od strane IRZ-a, a kasnije je prerađen i lektoriran od strane jednog docenta s Pravnog fakulteta u Kragujevcu, te se već kao radni materijal upotrebljava na skupovima o njemačkom arbitražnom pravu u regionu. S obzirom na tu genezu i ovaj prilog pokazuje kako se različite aktivnosti međusobno isprepliću i dugoročno dopunjuju.

- U vezi s djelatnošću IRZ-a stoji i prilog o 4. danu njemačkog prava u Bosni i Hercegovini, koji je održan 30. novembra u svečanoj sali Rektorata Univerziteta u Sarajevu. Na ovoj već tradicionalnoj zajedničkoj manifestaciji IRZ-a i DBHJV-a, prof. dr. Jutta Limbach, bivša predsjednica Saveznog ustavnog suda, održala je svečano predavanje. Pored toga prezentirani su i rezultati nekoliko uspješnih aktivnosti IRZ-a. Prijepodne promovirane su dvije nove knjige objavljene na bosanskom/srpskom/hrvatskom jeziku u okviru "IRZ edicije njemačkog prava" – prva, autorice Jutte Limbach "Savezni ustavni sud Njemačke" i druga, autora Hansa Vorländera "Ustav – Ideja i historija". Poslijepodne je uslijedilo zvanično otvorenje kako "Pratećeg studija njemačkog prava" uspostavljenog u saradnji IRZ-a i Pravnog fakulteta u Sarajevu, tako i "IRZ biblioteke njemačkog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu" koja je velikodušnim donacijama knjiga podržana od strane članova IRZ-a. Osim toga je i firma Juris GmbH besplatno stavila na raspolaganje pristup svojoj pravnoj online bazi podataka.
- Konačno, i rubrika "Pravo na internetu" je u ovom izdanju posvećena IRZ-u. Predstavljena je web-stranica Fondacije koja, pored informacija o djelatnosti IRZ-a sadrži i opće priloge o međunarodnom pravnom savjetovanju i o pravu nekih partnerskih zemalja, te linkove prema različitim značajnim njemačkim pravnim institucijama.

U ovom izdanju ponovo možemo izvijestiti o nekim redakcijskim novinama i naprecima. Već je s prošlim izdanjem Izdavački savjet kao savjetodavni organ koji čine ugledni pravници iz regiona, Austrije i Njemačke, otpočeo svoju djelatnost. Pored toga, s prošlim izdanjem proširen je krug izdavača Društvom za istraživanje i recepciju njemačkog prava sa sjedištem u Srbiji, a proširena je i redakcija novim članovima iz Bosne i Hercegovine i Srbije. Od ovog izdanja je uređivanje rubrike "Aktuelnosti iz evropskog prava" preuzeo autor iz regiona.

Od posljednjeg izdanja smo također uspjeti značajno poboljšati logistiku za distribuciju elektronskog izdanja NPR. Naročito nas raduje što internet-adrese preko kojih se može doći do elektronskog izdanja NPR, jednako kao i Izdavački savjet, Redakcija, autori i prilozi unutar časopisa, oslikavaju regionalni pristup ovog časopisa. NPR je moguće preuzeti preko web-stranica značajnih institucija u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Hrvatskoj i Srbiji.

Pored Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine (<http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>), elektronsku verziju NPR stavlja na raspolaganje i internet-stranica mreže Harmonius – Mreže naučnika i istraživača u oblasti pravnih studija s ciljem harmonizacije prava u regionu jugoistočne Evrope s pravom EU i opštim principima međunarodnog prava pod: <http://www.harmonius.org/npr.php>. Zahvaljujemo se kolegicama i kolegama iz Harmonius mreže i koristimo priliku da im čestitamo na uspješnom prvom izdanju njihovog novog časopisa "HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe", koji takođe podržava IRZ i koji ćemo predstaviti u sljedećem izdanju NPR.

Na izrazito pristupačan način sadržaj NPR stavlja na raspolaganje baza podataka Singipedia (Naučno istraživački portal Univerziteta Singidunum, Srbija) <http://www.singipedia.com/content/3214-nova-pravna-revija> odnosno http://www.singipedia.com/content/3215-vol.4-no.1_1). Na ovoj optički i redakcijski atraktivnoj stranici zainteresirani čitaoci mogu unaprijed naći sažetke pojedinačnih priloga iz NPR. Pored toga postoji mogućnost pojedinačnog preuzimanja priloga. Za ovako pažljiv pristup prilikom prezentacije NPR srdačno se zahvaljujemo prof. dr. Mariji Kostić, na čiju inicijativu je NPR preuzeta od strane ovog portala i gospodinu Dušanu Stamenkoviću, mr. sc., odgovornom sistem administratoru.

U međuvremenu i druge web-stranice koje koriste pravni praktičari i naučnici upućuju na ove mogućnosti preuzimanja elektronske verzije časopisa. Jedan primjer je web-stranica Univerziteta Mediteran u Podgorici, Crna Gora (<http://pf.unimediterran.net/index.php/o-nama/linkovi>). Pojedini prilozi iz NPR nalaze se i pod http://bib.irb.hr/lista-radova?sif_znan=5.02&period=2007, na web-stranici Hrvatske znanstvene bibliografije.

Ni ovaj put ne želimo propustiti da se zahvalimo svima onima koji su sudjelovali u nastanku ovog izdanja. Pored članova Izdavačkog savjeta to su prije svega autori, recenzenti, prevodioci, članovi redakcije, kao i izdavačka kuća. Posebno hvala pripada saveznoj ministrici pravde i članici njemačkog Saveznog parlamenta, gospođi Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, za intervju, te Saveznom ministarstvu pravde kao i Ministarstvu vanjskih poslova SR Njemačke, koji djelatnost IRZ-a u jugoistočnoj Evropi, a time i izdavanje ovog časopisa podržavaju sredstvima iz njemačkog učešća u Paktu stabilnosti za jugoistočnu Evropu.

Prof. dr. Meliha Powlakić
Predsjednica
Njemačko-bosanskohercegovačkog
udruženja pravnika

Advokat dr. Stefan Pürner
Voditelj projektnog odjela Bosna i Hercegovina
Makedonija, Crna Gora i Srbija
IRZ fondacije

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

diese Ausgabe der "Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" ("Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht") steht ganz im Zeichen des 20. Jubiläums der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (kurz: IRZ), die zusammen mit der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (kurz: DBHJV) und der "Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts und seiner Rezeption" Mitherausgeber der vorliegenden Zeitschrift ist.

An erster Stelle ist hier das Exklusivinterview mit der deutschen Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB, zu nennen. Dieses Interview spricht nicht nur aktuelle rechtliche Entwicklungen, die sowohl für Deutschland als auch für die Transformationsstaaten von Bedeutung sind, an, sondern es zeigt auch eindrucksvoll, dass die Arbeit der IRZ ein wesentlicher Bestandteil der rechtlichen Zusammenarbeit der Bundesregierung mit den Partnerstaaten in den verschiedenen Teilen der Welt ist.

Das Jubiläum der IRZ wurde in Deutschland mit zwei großen Veranstaltungen und einer Buchveröffentlichung begangen. Bereits im Juni 2012 fand in Bonn, wo sich der Hauptsitz der IRZ befindet, eine hochrangig besetzte Konferenz zur Justizreform in Transformationsstaaten statt, bei der unter anderem der ehemalige Justiz- und Außenminister der Bundesrepublik Deutschland Dr. Klaus Kinkel, auf dessen Initiative die Gründung der IRZ im Jahre 1992 zurückging, sprach. Im Oktober fand dann in Berlin die eigentliche Jubiläumskonferenz statt. Bei beiden Veranstaltungen berichteten Experten und Verantwortliche aus Deutschland und aus den Partnerstaaten der IRZ über die Rechtstransformation und die Rolle der IRZ hierbei. Bei der Berliner Veranstaltung wurde zudem die Festschrift zum 20. Jubiläum der IRZ vorgestellt, in der wiederum deutsche und ausländische Autoren verschiedenste Aspekte der internationalen Rechtsberatung und der Rechtstransformation bearbeiteten. Die Festschrift sowie die beiden genannten Veranstaltungen zeichneten ein detailliertes Bild dessen, was die IRZ in den vergangenen Jahrzehnten zusammen mit ihren Partnern erreicht hat, und der Zukunftsperspektiven der internationalen Rechtsberatung. Über beide Veranstaltungen finden sich in der vorliegenden Ausgabe der NPR Berichte, ebenso eine gesonderte Besprechung der Festschrift.

Auch weitere Beiträge in dieser Ausgabe haben Bezug zur Arbeit der IRZ und deren 20. Jubiläum:

- Da ist zum einen der Aufsatz des ehemaligen Richters am Bundesgerichtshof und am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag, Prof. Dr. Wolfgang Schomburg, zur Rechtsfigur des Joint Criminal Enterprises zu nennen. Die darin behandelte Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von "Hintermännern" hat insbesondere in Postkonflikt-Staaten, zu denen einige Transformationsstaaten zählen, eine erhebliche Bedeutung, weshalb Fragen im Zusammenhang damit auch Gegenstand der Tätigkeit IRZ sind. Ein direkter Zusammenhang dieses Beitrages zur Tätigkeit der IRZ besteht aber auch darin, dass der prominente Autor Mitglied der IRZ ist. Der Beitrag belegt also, dass die Arbeit der IRZ durch ihre Mitglieder aktiv unterstützt wird. Weitere Mitglieder, die die Arbeit der IRZ im Erscheinungsgebiet der NPR in verschiedenster Weise, insbesondere durch die gemeinsame Ausrichtung von Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen sowie durch Spenden für die "IRZ-Bibliothek des deutschen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo" aktiv unterstützen, sind, in alphabetischer Reihenfolge: die Bundesnotarkammer (BNotK), die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), der Deutsche Anwaltsverein (DAV), der Deutsche Notarverein (DNotV), die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), der Deutsche Richterbund (DRB) und der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV.)
- Zum anderen ist der Beitrag in der Rubrik "Vorschriften und Dokumente" zu nennen, der dieses Mal die Übersetzung des 10. Buches der deutschen ZPO mit einer vom Generalsekretär der bereits erwähnten DIS, Rechtsanwalt Jens Bredow verfassten Einleitung enthält. Diese Übersetzung wurde von einem serbischen Rechtsanwalt im Rahmen einer von der IRZ unterstützten Hospitation bei der DIS in Köln vorbereitet, später von einem Dozenten aus Kragujevac lektoriert und überarbeitet und bereits bei Veranstaltungen zum deutschen Schiedsverfahrensrecht in der Region als Arbeitsmaterial verwendet. Durch diese Genese belegt dieser Beitrag auch, wie die verschiedenen Aktivitäten der IRZ miteinander verzahnt sind und sich auf nachhaltige Weise ergänzen.
- Bezug zum Jubiläum hat auch der Bericht über den "4. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina", der am 30. November im Festsaal des Rektorats der Universität Sarajevo stattfand. Bei dieser bereits traditionellen gemeinsamen Veranstaltung von IRZ und DBHJV hielt die ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Jutta Limbach den Festvortrag. Außerdem wurden die Ergebnisse von mehreren erfolgreichen Aktivitäten der IRZ präsentiert. Am Vormittag wurden mit "Das Bundesverfassungsgericht" von Jutta Limbach und "Die Verfassung – Idee und Geschichte" von Hans Vorländer zwei neue Bücher der in Bosnisch-Kroatisch-Serbisch erscheinenden Reihe "IRZ-Edition des deutschen Rechts" vorgestellt. Nachmittags erfolgte dann die offizielle

Eröffnung sowohl des von der IRZ in Zusammenarbeit mit der Juristischen Fakultät Sarajevo eingerichteten "Begleitstudiums im deutschen Recht" wie auch der "IRZ-Bibliothek des deutschen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo", die von Mitgliedern der IRZ großzügig mit Büchern unterstützt wurde. Außerdem stellte die juris GmbH einen kostenlosen Anschluss zu ihrer juristischen Online-Datenbank zur Verfügung.

- Schließlich ist in dieser Ausgabe auch die Rubrik "Recht im Internet" der IRZ gewidmet, da deren Internetseite vorgestellt wird, die nicht nur Informationen über die Tätigkeit der IRZ selbst, sondern auch allgemeine Beiträge zur internationalen Rechtsberatung und zum Recht einiger Partnerstaaten sowie Links zu verschiedenen wichtigen deutschen juristischen Institutionen enthält.

Auch in dieser Ausgabe der NPR können wiederum einige redaktionelle Neuigkeiten und Entwicklungen berichtet werden. Mit der letzten Ausgabe hat ja bereits ein Herausgeberrat, der mit angesehenen Juristen aus der Region und aus Deutschland sowie Österreich besetzt ist, als beratendes Organ, die Tätigkeit aufgenommen. Außerdem wurden mit der letzten Ausgabe der Kreis der Herausgeber um die "Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts und seiner Rezeption", mit Sitz in Serbien sowie die Redaktion um weitere Redaktionsmitglieder aus Bosnien und Herzegowina und Serbien erweitert. Ab dieser Ausgabe wurde auch die Bearbeitung der Rubrik "Aktuelles aus dem Europarecht" von einem Autor aus der Region übernommen.

Schließlich konnten wir seit der letzten Ausgabe auch die Logistik für die Verbreitung der elektronischen Ausgabe der NPR erheblich verbessern. Hier freuen wir uns besonders, dass die Internetadressen, über die man zu den elektronischen Ausgaben der NPR gelangt, ebenso wie der Herausgeberrat, die Redaktion, die Autoren und der Inhalt der Beiträge, den regionalen Ansatz dieser Zeitschrift widerspiegeln. Zur NPR führen nämlich Webseiten einschlägiger Institutionen in Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Montenegro und Serbien.

Zum einen hält, nach dem Hohen Justiz- und Staatsanwaltsrats Bosnien und Herzegowinas (<http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>)), nun auch die Internetseite des Harmonius-Netzwerks von Rechtswissenschaftler, das sich der Harmonisierung des Rechts Südosteuropas mit dem Recht der EU sowie den generellen Prinzipien des internationalen Rechts verschrieben hat, unter <http://www.harmonius.org/npr.php> die NPR zum Download bereit. Wir danken den Kolleginnen und Kollegen von Harmonius und möchten diesen bei dieser Gelegenheit zur gelungenen ersten Ausgabe ihrer neuen Zeitschrift "HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe", die ebenfalls von der IRZ unterstützt wird und die wir in der kommenden Ausgabe der NPR näher besprechen werden, gratulieren.

Besonders servicefreundlich wird die NPR in der Belgrader wissenschaftlichen Internetdatenbank Singipedia (Naučno istraživački portal Univerziteta Singidunum, Srbija/Wissenschaftliches und Forschungsportal der Universität Singidunum, Serbien) zum Herunterladen bereit gestellt (<http://www.singipedia.com/content/3214-nova-pravna-revija> bzw. http://www.singipedia.com/content/3215-vol.4-no.1_1). Auf dieser redaktionell und optisch ansprechend aufbereiteten Seite finden Interessierte nämlich vorab Zusammenfassungen der einzelnen Beiträge aus der NPR. Außerdem haben sie dort die Möglichkeit, die einzelnen Beiträge jeweils gesondert herunterzuladen. Für diese Sorgfalt und Liebe zum Detail bei der Präsentation der NPR möchten wir uns herzlich bei Prof. Dr. Marija Kostić, von der die Initiative zur Übernahme der NPR auf diesem Portal ausging, und bei Herrn Dušan Stamenković, M.Sc., dem verantwortlichen Systemadministrator, bedanken.

Schließlich verweisen zwischenzeitlich auch weitere Webseiten, die von juristischen Praktikern und Wissenschaftlern genutzt werden, auf diese Downloadmöglichkeiten. Ein Beispiel hierfür ist die Website der Universität Mediteran in Podgorica, Montenegro (<http://pf.unimediteran.net/index.php/o-nama/linkovi>). Einzelne Beiträge aus der NPR finden sich zudem unter http://bib.irb.hr/lista-radova?sif_znan=5.02&period=2007 auf der Website der "Kroatischen wissenschaftlichen Bibliographie" (Hrvatske znanstvene bibliografije).

Auch dieses Mal möchten wir es nicht versäumen, all jenen, die am Zustandekommen dieser Ausgabe mitgewirkt haben, zu danken. Neben den Mitgliedern des Herausgeberrates sind dies die Autoren, die Rezensenten, die Übersetzer, die Redaktionsmitglieder sowie der Verlag. Besonderer Dank gelten der Frau Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB, für das Interview sowie dem Bundesministerium der Justiz und dem Auswärtigen Amt, das die Tätigkeit der IRZ in Südosteuropa und damit auch das Erscheinen dieser Zeitschrift mit Mitteln aus der deutschen Beteiligung am Stabilitätspakt für Südosteuropa unterstützt.

Professor Dr. Meliha Povolakić
Vorsitzende der
Deutsch-bosnisch-herzegowinischen
Juristenvereinigung

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner
Leiter der Projektbereiche
Bosnien und Herzegowina, Mazedonien,
Montenegro und Serbien der IRZ-Stiftung

Sadržaj

INTERVIEW

- Intervju s ministricom pravde SR Njemačke, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (zastupnica u Bundestagu) za "Novu pravnu reviju" – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo 9

ČLANCI

- Prof. dr. Wolfgang Schomburg*: Sudska praksa o ujedinjenom zločinačkom poduhvatu (UZP) – ponovni osvrt na jednu priču bez kraja 12
- Dr. Nataša Hadžimanović*: Kritički prilog o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u jugoistočnoj Evropi 32

AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

- Doc. dr. Zlatan Meškić*: Aktuelnosti iz evropskog prava 44
- Mag. sci. Adnan Mahmutović*: Praksa Suda pravde Evropske unije: Komentar slučaja C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG* 46
- Mag. sci. Berin Riđanović*: Posebni oblici unifikacije – Regulativa EU 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja 52

AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

- Dr. Stefan Pürner*: Aktuelnosti iz njemačkog zakonodavstva i sudske prakse 61

AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA

- Вељко Турањанин*: Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије 65

PROPIISI I MATERIJALI

- Jens Bredow*: Uvod
- Doc. dr. Slavko Đorđević, Nikola Tica*: 10. knjiga nemačkog Zakona o parničnom postupku: Nemačko arbitražno pravo (prevod) 73

PRIKAZI KNJIGA

- Lazar Glišović*: Prikaz spomenice: Stefan Hülshörster/Dirk Mirow (Hrsg.) "Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland: 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale Zusammenarbeit" ("Nemačka kao savetnik u reformi prava i pravosuđa u inostranstvu: 20 godina Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju") 81
- Selena Tomović*: Davor Babić, Christa Jessel Holst, "Međunarodno privatno pravo – Zbirka unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa" 83
- Mag. sci. Vildana Vranj*: Alenka Šelih, Aleš Završnik (Editors), "Crime and Transition in Central and Eastern Europe" 85
- Prof. dr. Mladen Vukčević*: Bosa Nenadić, "O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova – sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije" 89

ZNAČAJNI NJEMAČKI PRAVNICI

- Dr. Stefan Pürner*: Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr 91

RAZNO

<i>Mag. sci. Ivana Grubešić: Međunarodna naučna konferencija “Legal Perspectives on Gender Equality in South East Europe”</i>	92
<i>Doc. dr. Kanita Imamović-Čizmić: Izvještaj s radionice “Aktualna pitanja oporezivanja u Bosni i Hercegovini” (Sporazum o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i zakoni EU o oporezivanju prihoda u kontekstu primanja ostvarenih u inostranstvu, potrebne izmjene u procesu kandidature za članstvo u EU)</i>	95
<i>Ivana Kanceljak: “First South East European (SEE) Post-Doc Colloquium in Private Law” – prikaz</i>	96
<i>Mag. sci. Aleksandar Lj. Spasov: Izvještaj za tematsku konferenciju “Reforma pravosuđa u zemljama u tranziciji – 20 godina Fondacije IRZ”</i>	98
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić: Međunarodna konferencija “20 godina IRZ-Fondacije”, Berlin, 25. oktobra 2012.</i>	99
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić: Međunarodna konferencija “4. dan njemačkog prava”, Sarajevo, 30. novembra 2012.</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner: Pravo na internetu</i>	102
Poziv za dostavljanje radova	103

Inhaltsverzeichnis

INTERVIEW

- Interview mit der Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB 9

AUFSÄTZE

- Prof. Dr. Wolfgang Schomburg*: Die Rechtsprechung über das Joint Criminal Enterprise (JCE):
Ein neuerlicher Blick auf eine scheinbar unendliche Geschichte. 12
- Dr. Nataša Hadžimanović*: Kritischer Beitrag zur Frage der Möglichkeit der nicht-kausalen und
nicht-akzessorischen Ausgestaltung von Sicherungsrechten – zugleich eine Untersuchung
zur Wünschbarkeit der Forcierung des Phänomens der *fiducia* in Südosteuropa 32

AKTUELLES AUS DEM EU-RECHT

- Doc. Dr. Zlatan Meškić*: Aktuelles aus dem Europarecht 44
- Mag. Sci. Adnan Mahmutović*: Besprechung der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union
in der Rechtssache C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG* 46
- Mag. Sci. Berin Riđanović*: Besondere Formen der Unifikation: Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des
Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs - und
Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung
oder großer Verspätung von Flügen 52

AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT

- Dr. Stefan Pürner*: Aktuelles aus der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung 61

AKTUELLES AUS DEM RECHT REGION

- Veljko Turanjanin*: Die Absprache über die Aussage des Angeklagten im serbischen Strafprozessrecht 65

DOKUMENTE UND VORSCHRIFTEN

- Jens Bredow*: Einleitung
- Doc. Dr. Slavko Đorđević/Nikola Tica*: 10. Buch der Zivilprozessordnung:
Das Schiedsverfahren (Übersetzung) 73

BUCHBESPRECHUNGEN

- Lazar Glišović*: Stefan Hülshörster/Dirk Mirow (Hrsg.) "Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen
im Ausland: 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale Zusammenarbeit" 81
- Selena Tomović*: Davor Babić/Christa Jessel Holst, "Međunarodno privatno pravo – Zbirka
unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa" ("Internationales Privatrecht,
Sammlung nationaler, europäischer und internationaler Vorschriften") 83
- Mag. Sci. Vildana Vranj*: Alenka Šelih, Aleš Završnik (Eds), "Crime and Transition in Central
and Eastern Europe" 85
- Prof. Dr. Mladen Vukčević*: Bosa Nenadić, "O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova – sa posebnim
osvrtnom na Ustavni sud Srbije" ("Über die Garantie der Unabhängigkeit der Verfassungsgerichte
– unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsgerichts Serbiens") 89

BEDEUTENDE DEUTSCHE JURISTEN

- Dr. Stefan Pürner*: Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr 91

VERSCHIEDENES

<i>Mag. Sci. Ivana Grubešić: Internationale wissenschaftliche Konferenz “Legal Perspectives on Gender Equality in South East Europe”</i>	92
<i>Doc. Dr. Kanita Imamović-Čizmić: Bericht über den Workshop “Aktuelle Fragen des Steuerrechts in Bosnien und Herzegowina”</i>	95
<i>Ivana Kanceljak: “First South East European (SEE) Post-Doc Colloquium in Private Law” – Bericht</i>	96
<i>Mag. Sci. Aleksandar Lj. Spasov: Bericht über die Fachkonferenz “Justizreform in Transformationsstaaten – 20 Jahre IRZ-Stiftung”</i>	98
<i>Prof. Dr. Meliha Powlakić: Internationale Konferenz “Demokratie- und Rechtsstaatsförderung durch die IRZ – 20 Jahre internationale rechtliche Zusammenarbeit” Berlin, 25. Oktober 2012</i>	99
<i>Prof. Dr. Meliha Powlakić: Internationale Konferenz “4. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina”, Sarajevo, 30. November 2012</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner: Recht im Internet</i>	102
Call for Papers	106

Intervju s ministricom pravosuđa SR Njemačke Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (zastupnica u Bundestagu)

za *Novu pravnu reviju* – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo (*“Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht”*), Bosna i Hercegovina

NPR: BiH želi postati članicom EU. Šta članstvo jedne zemlje u EU zapravo predstavlja za ministre i ministricu pravosuđa zemalja članica? Naime, uvijek iznova čujemo i čitamo o tome da je zakonodavni postupak u zemljama članicama EU pod velikim utjecajem Brisela. Koliko tu još ostaje prostora za inicijative ministara pravosuđa i ministara drugih resora u zemljama članicama EU?

Leutheusser-Schnarrenberger: Članstvo u EU generalno pruža šansu daljnjeg ujedinjenja evropskog kontinenta i širenja prednosti koji proces integracije pruža. Zajednička politika i zajedničko pravo, naravno, ostavljaju određeni prostor djelovanja nacionalnim vladama, to važi kako za Njemačku, tako i za svaku drugu zemlju članicu. Zajednička pravila igre, međutim, ne znače pravljenje ustupaka na uštrb demokratije. Političke debate se zasigurno neće više voditi isključivo na nacionalnoj, nego i na evropskoj razini, naročito u Evropskom parlamentu. Za bolju prihvaćenost politike u vlastitoj zemlji i u Evropi, biće odlučujuće da li pravo saodlučivanja građana i građanki može držati korak s takvim razvojem.

NPR: Koja težišta rada ste sebi zacrtali u okviru svog ministarskog mandata?

Leutheusser-Schnarrenberger: Građanin stoji u žarištu liberalne pravne politike. Kao savezna ministrica pravde naročito se zalažem za građanske slobode. Svoju funkciju shvatam kao šansu za jačanje zaštite podataka, privatnosti i građanskih prava. Cilj moje politike jeste vratiti ljudima povjerenje u pravnu državu, postavljajući granice sve većem državnom nadzoru. “Pravo je ono što služi slobodi.” Ovo načelo, koje potiče od mog prethodnika Thomasa Dehlera, sam postavila i kao cilj mog rada.

NPR: Jedan od velikih međunarodnih izazova na polju prava je efektivna borba protiv međunarodnog terorizma pri istovremenom čuvanju prava građanina. Koji put Vi kao savezna ministrica pravde u tom smislu slijedite?



Izvor: Fotograf Butzmann

Leutheusser-Schnarrenberger: U godinama nakon 11. septembra 2001. donesen je u jednom stakato tempu veliki broj zakona koji se tiču sigurnosti. Savezna vlada je ovo ugrožavanje prava građana i građanki zaustavila i dijelom čak preokrenula u njihovu korist. Zakoni o sigurnosti neće doprinijeti sigurnosti, ako se ne oslanjaju na pravnu državu. Savezni ustavni sud je u zadnjih nekoliko godina mnoge zakone proglasio potpuno ili djelimično ništavim, pošto su predstavljali nesrazmjerni zahvat u građanska prava. Naročito je u zemljama u tranziciji sjećanje na državni nadzor i špijuniranje sigurno još svježije. Vjerujem da ćete dijeliti moje mišljenje, prema kojem sigurnost može biti garantovana samo jačanjem povjerenja građana u vladavinu prava, a u njenom središtu je i jačanje prava građana.

NPR: U Njemačkoj kao i u BiH obrazuje se veoma veliki broj pravnika da uopće nije sigurno hoće li svi oni, koji danas studiraju pravo, moći da obavljaju neke od klasičnih pravnih poslova. Koji biste savjet dali budućim pravnicima u toj situaciji?

Leutheusser-Schnarrenberger: Birajući pravo, odlučujemo se za studij koji nudi mnogo opcija. Naravno da je moguće raditi kao advokat, sudija, tužilac ili notar. Ja, međutim, poznajem i mnogo pravnika, koji su zaposleni u državnoj upravi, u poduzećima ili udruženjima. Prema mojim opažanjima potreba za pravničkim savjetovanjem stalno je u porastu. Moj savjet je: studenti bi tokom prvih semestara studija trebali postati svjesni toga, da li im pravnički način razmišljanja leži. Onaj ko se oduševi pravom, kasnije će se dokazati i na poslovnom planu.

NPR: U BiH i drugim zemljama u tranziciji u okviru transformacije prava potrebno je odlučiti i da li će se pri reformi prava slijediti eventualno i vanevropski pravni modeli ili će se oni kombinovati s evropsko-kontinentalnim modelima. Da li mislite da je ovo dobar način postupanja? Koje su, prema Vašem mišljenju, prednosti njemačkog prava (kao "prava u knjigama" ali i kao prava koje se primjenjuje u praksi) za zemlje u transformaciji, naročito za zemlje Jugoistočne Evrope?

Leutheusser-Schnarrenberger: "Made in Germany" nije samo žig kvaliteta za njemačke automobile ili mašine, već i za njemačko pravo. Naše pravo štiti privatnu imovinu i građanske slobode, ono osigurava društveni mir i privredni napredak. Stoga "Law Made in Germany" može poslužiti i kao model za druge zemlje, ukoliko odgovara pravnim pretpostavkama tih zemalja i uz prethodnu prilagodbu njemačkog modela lokalnim uvjetima. "Law Made in Germany" ne znači preuzimanje njemačkog prava, nego je ponuda za preuzimanje pravne tehnike, koja se u Njemačkoj, ali i u mnogim drugim zemljama kontinentalne Evrope, pokazala uspješnom.

NPR: Sljedeće pitanje se nadovezuje na prethodno: trenutno se u zemljama u transformaciji u Istočnoj i Južnoj Evropi, ali i u Aziji, odvija reforma prava, pri kojoj dolazi do intenzivnog transfera prava, a pri čemu se razni pravni sistemi nalaze u međusobnoj konkurenciji. Da li bi "Law Made in Germany" u tom smislu trebalo nuditi agresivnije nego što je to sada bio slučaj?

Leutheusser-Schnarrenberger: Uopće nema potrebe za agresivnom ponudom "Law Made in Germany". Savezno ministarstvo pravde zainteresovane zemlje želi uvjeriti stručnim argumentima. Kao primjer se može uzeti njemačko pravo privrednih društava. Ono nudi za svaki privredni poduhvat odgovarajuću formu. Pri tome se pravi razlika između društava lica i društava kapitala. Svaki poduzetnik može zavisno od cilja koji slijedi, od željene uloge članova društva, potrebne fleksibilnosti pri kreiranju osnivačkog akta društva, a djelimice i od poreskih kriterija birati formu društva koja njemu odgovara. Ova fleksibilnost je prednost koja govori sama za sebe. Da bi se razumjelo njemačko pravo, nije potrebno poznavati hiljadu pojedinačnih

slučajeva. Poduzeća širom svijeta su shvatila da njemačko pravo zaista daje prednost u tržišnoj utakmici, budući da je predvidivo, plativo i provodivo. Njemačko pravo je svoj kvalitet dokazalo i u teškim i naročito u tranzicijskim periodima. Nakon Drugog svjetskog rata omogućilo je tzv. *Wirtschaftswunder* (privredno čudo – nap. prev.) u Zapadnoj Njemačkoj, a nakon pada Berlinskog zida podržalo je velike ekonomske promjene u Istočnoj Njemačkoj. Danas u čitavoj Njemačkoj vladaju blagostanje i demokratija. Za ovo je, i to ne na posljednjem mjestu, zaslužno i naše pravo.

NPR: Pojedine zemlje u transformaciji, koje se smatraju vrlo uspješnima, sprovele su vrlo opsežnu deregulaciju. Tamo poduzeća danas mogu biti osnovana u nekoliko dana. I građevinske i druge dozvole u tim zemljama se dodjeljuju sada relativno brzo. Ova deregulacija je s druge strane vezana i za značajne opasnosti, pošto je moguće da se dogodi da se neki relevantni sigurnosni aspekti ne provjere dovoljno detaljno. Kakvo je Vaše mišljenje o tome i kako se pronalazi pravi omjer između deregulacije i sigurnosti?

Leutheusser-Schnarrenberger: Oslobođanje privrede od nepotrebnih obaveza bio je važan preduslov za ekonomski rast u zemljama u transformaciji. I njemačkoj privredi potrebne su slobodne mogućnosti za razvoj. Privredni rast se, međutim, ne može posmatrati kao jednodimenzionalni kvantitativni pojam. Stabilno društvo i društvo blagostanja karakteriše i veliki nivo socijalne sigurnosti kao i održavanje naših prirodnih životnih temelja. Oba ova aspekta moraju pažljivo biti odmjerena, kako bi se našao pravi omjer. U sumnji, međutim, prednost treba dati slobodi.

NPR: Prije dvije godine u Saveznom ministarstvu pravosuđa održana je konferencija povodom finansijske krize pod naslovom "Pravom do sigurnosti". Da li mislite da je ova tema od univerzalnog značaja za zemlje u transformaciji?

Leutheusser-Schnarrenberger: Nema patentnih recepata za mnogobrojne pojavne oblike i probleme krize na finansijskom tržištu. Stoga se na pitanje, da li tema konferencije ima univerzalni značaj za zemlje u transformaciji, ne može odgovoriti samo prostim "da" ili "ne". Jednostavni i grubi instrumenti nisu primjenljivi na ovom vrlo osjetljivom polju privrednih aktivnosti. Ko prijete krivičnim pravom i administrativnim zabranama, neće u tome uspjeti, te će oštetiti svoju zemlju kao mjesto poslovanja. Politika i zakonodavstvo mogu izravnati i poboljšati okvirne uslove, ali one ne mogu preuzeti na sebe neophodne procese usklađivanja i učenja kroz koje banke i osiguravajuće kuće moraju da prođu same. Potrebni su nam dugoročni, trajni okvirni uslovi; modeli koji nisu ograničeni na pojedinačne zemlje.

NPR: U BiH je nedavno uveden institut notarijata koji se obavlja kao isključivo zanimanje. Ova odluka je naišla na kritiku u redovima advokata. Koje su iz

njemačkog ugla posmatranja prednosti notarijata, naročito notara koji tu funkciju izvršava kao jedino zanimanje, posebice u zemljama u transformaciji?

Leutheusser-Schnarrenberger: Notari u Njemačkoj svakodnevno doprinose sigurnosti i efikasnosti pravnog prometa. Notari se u Njemačkoj iz historijskih razloga pojavljuju u dva moguća organizaciona oblika (kao notar koji tu funkciju izvršava kao svoje jedino zanimanje i kao advokat-notar). Oba modela nude individualne prednosti, ali je i njihovo zajedničko postojanje moguće. Od centralnog značaja je Savezna notarska komora. Ona je njemačka pravna osoba javnog prava, čiji su članovi 21 notarska komora s područja cijele Njemačke. Notarskim komorama saveznih zemalja pripadaju za to područje izabrani notari, kojih trenutno ima oko 8000.

NPR: U Bosni i Hercegovini, ali i u drugim zemljama u regiji, se pri donošenju novih propisa često ne sprovodi procjena njihovih pravnih posljedica. Zakoni se donose bez ozbiljnih analiza mogućih posljedica; analiza troškova ili ekonomska analiza se ne sprovodi. Nerijetko se u obrazloženjima prijedloga zakona nalazi formulacija, da će biti potrebna sredstva iz državnog budžeta, ali se ne navodi u kojoj će visini ona biti potrebna. Kako se u Njemačkoj pristupa ovoj problematici?

Leutheusser-Schnarrenberger: U Njemačkoj se pri donošenju novog zakona uvijek prikazuju i njegove posljedice, što između ostalog podrazumijeva i financijske posljedice po javne budžete. U to spadaju javni rashodi Saveza, saveznih zemalja i komuna, rashodi privrede i sistema socijalnog obezbjeđenja. Također se navode i učinci zakona na pojedinačne cijene i nivo cijena. Pored toga je potrebno izlistati pojedine stavke izdataka, tj. od čega se ti izdaci tačno sastoje.

NPR: Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ), koja, financirajući se iz sredstava Saveznog ministarstva pravosuđa od 2000. godine, djeluje u BiH i drugim zemljama Jugoistočne Evrope, u 2012. godini slavi svoju dvadesetu godišnjicu rada, a kroz svoje raznovrsne aktivnosti u BiH i susjednim zemljama stekla je veliki ugled. Za BiH su aktivnosti IRZ vrlo korisne. No, koji motivi pokreću Savezno ministarstvo pravde da podržava ove aktivnosti? Koji su tačno interesi Saveznog ministarstva pravde i Savezne Republike Njemačke, kada podržavaju aktivnosti IRZ fondacije u zemljama kao što je BiH?

Leutheusser-Schnarrenberger: U mnogobrojnim partnerskim zemljama, kao što je npr. Bosna i Hercegovina, IRZ fondacija uspješno pruža podršku pri provođenju reformi

u pravosuđu i pri izgradnji pravne države i demokratije kao garantima građanskih prava i sloboda. Naše interesovanje za rad IRZ fondacije u Bosni i Hercegovini leži naročito u tome da se preventivno sprečavaju konflikti, tako što će se sprovoditi standardi pravne države i stvoriti pravna sigurnost za investicije. Koncept osnivanja jedne fondacije specijalizirane za pravo, razvijen za vrijeme tadašnjeg saveznog ministra pravosuđa, dr. Klause Kinkela, nama se pokazao važnim i ispravnim. I dalje ćemo podržavati IRZ fondaciju, kako bi se mogle nastaviti aktivnosti na polju obrazovanja i daljeg obrazovanja, da bi se i dalje mogle publicirati stručne publikacije iz oblasti prava i naročito kako bi se mogla osnovati i održati "IRZ biblioteka njemačkog prava" kao oblik podrške pravnoj nauci na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

Interview mit der Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB

(Zusammenfassung)

Anlässlich des 20. Jubiläums der IRZ gab die Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB, der NPR ein Interview. In diesem betonte sie u.a. die Bedeutung der Bürgerrechte sowohl im Rahmen der EU-Integration wie auch im Rahmen der Sicherheitspolitik, da eine solche Politik keine Sicherheit bringt, wenn sie nicht rechtlich abgestützt ist. In diesem Zusammenhang verweist sie auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und nennt den Satz Thomas Dehlers, nach dem "Recht ist, was der Freiheit dient", als eines der Ziele ihrer Arbeit.

Hinsichtlich der Rolle des deutschen Rechts bei der Rechts-transformation stellt sie fest, dass dieses ein "Angebot" ist, das nicht aggressiv beworben werden muss, da es auf sachlicher Ebene überzeugt. Dabei nennt sie insbesondere den Umstand, dass dieses Recht kalkulierbar, bezahlbar und durchsetzbar ist und in schwierigen Zeiten und gerade in Transformationszeiten seine Qualität bewiesen hat. Zur Arbeit der IRZ führt die Ministerin aus, dass sich das unter dem damaligen Bundesjustizminister Dr. Klaus Kinkel entwickelte Konzept für den Aufbau einer auf das Recht spezialisierten Stiftung als wichtig und richtig erwiesen hat. Außerdem verweist sie darauf, dass das Interesse des Bundesjustizministeriums an der Arbeit der IRZ-Stiftung in Bosnien und Herzegowina auch darin besteht, durch rechtsstaatliche Standards präventiv Konflikte zu vermeiden. Abschließend merkt sie an, dass das Bundesjustizministerium in Bosnien und Herzegowina insbesondere die vielfältigen juristischen Aus- und Weiterbildungsaktivitäten, die Tätigkeit der IRZ im Bereich der Fachpublikationen und die "IRZ-Bibliothek des deutschen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo", die derzeit zur Unterstützung der diesbezüglichen Lehre und Forschung im Lande aufgebaut wird, unterstützt.

Weitere Fragen betrafen die Juristenausbildung, die Rolle der Rechtsfolgenabschätzung bei Gesetzgebungsvorhaben und die Organisation des Notariats in Deutschland.

Članci

Sudska praksa o ujedinjenom zločinačkom poduhvatu (UZP) – ponovni osvrt na jednu priču bez kraja*

Prof. dr. Wolfgang Schomburg**

Uvod

Dana 20. maja 2010. godine žestoka debata o primjenjivosti doktrine udruženog zločinačkog poduhvata (u daljem tekstu: "UZP")^{1, 2} pred ECCC³ (engleska kratica za Vanredna vijeća Suda u Kambodži; *prim. prev.*) privremeno je završila⁴ odlukom koju je donijelo Pretretresno vijeće.⁵ Ova odluka je vrijedna divljenja zbog svoje detaljne analize nekih odluka koje su donesene nakon 2. svjetskog rata. Rezultat je više nego dobrodošao nakon godina opasne zbrke. Nažalost, u svom sistematičnom pristupu odluka od početka uzima zdravo za gotovo da u međunarodnom krivičnom pravu postoji oznaka zvana UZP.

* Prevod teksta s engleskog jezika od strane OKO Sarajevo.

** Bivši stalni sudija MKSJ/MKSR (2001–2008.). Bivši sudija Saveznog suda pravde Njemačke (Bundesgerichtshof). Kontakt adresa: Schomburg@fps-taw.de. Autorska prava zadržava autor.

¹ Ova skraćena ne znači "Samo optužite svakoga" /*prim. prev.*: Just Convict Everyone, fraza na engleskom čija je skraćena JCE identična je skraćeni za Joint Criminal Enterprise, tj. udruženi zločinački poduhvat/, kako su je neki autori protumačili. Uporedi npr. Badar, M. E. "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again ("Samo optužite svakoga!" – zajedničko počinjenje: od Tadića do Stakića i nazad), 6 *International Criminal Law Review* (2006.), str. 293 i sljedeće, u kojem se citira autor ove cinične opaske, Bili Schabas.

² Uporedi npr. Badar, M. E. "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again ("Samo optužite svakoga!" – zajedničko počinjenje: od Tadića do Stakića i nazad), 6 *International Criminal Law Review* (2006.), str. 293 i sljedeće, u kojem se citira autor ove cinične opaske, Bili Schabas.

³ Vanredna vijeća Suda u Kambodži.

⁴ Očekuje se da će presuda Pretretresnog vijeća u predmetu br. 002 biti donesena 26. 7. 2010. godine.

⁵ ECCC, Pretretresno vijeće, Odluka po žalbama protiv Naredbe istražnih sudija o udruženom zločinačkom poduhvatu (UZP), predmet br. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (20. 5. 2010.) [Odluka ECCC].

Teško da je u bliskoj prošlosti ijedno drugo pitanje u međunarodnom krivičnom pravu toliko podijelilo teoretičare i praktičare koliko je ovaj dogmatski obrazac koji je stvoren u svrhu dosuđivanja individualne krivične odgovornosti u situacijama masovnih zločina i kolektivnih krivičnih djela. Ovo je naročito tačno u odnosu na treću kategoriju ove doktrine, takozvani prošireni UZP (UZP III). S velikim olakšanjem primjećujem da je Pretretresno vijeće preinačilo prethodnu naredbu istražnih sudija od 8. 12. 2009. godine koja je smatrala da se UZP III može primijeniti na zločine po međunarodnom pravu kojima se sudi pred ECCC, iako samo pod (navodno) pooštrenim uslovom *mens rea*. Na isti način Pretretresno vijeće je utvrdilo da se UZP I i UZP II mogu primijeniti pred Sudom u odnosu na zločine iz međunarodnog prava jer smatra da su ove kategorije doktrine neosporno bile priznate vrste odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu u vrijeme na koje se odnosi predmet pred Vijećem.⁶ Time Sud izbjegava da razmotri potrebu da se daju nove etikete tim priznatim vrstama odgovornosti prema međunarodnom krivičnom pravu, a naročito prema univerzalnoj nacionalnoj praksi.

Ured istražnih sudija je UZP proglasio neprimjenjivim jedino u odnosu na zločine prema domaćem, kambodžanskom zakonu, što je potvrdilo i Pretretresno vijeće.⁷

Po mišljenju Pretretresnog vijeća ECCC, UZP III nije priznat kao vrsta odgovornosti primjenjiva na povrede međunarodnog humanitarnog prava u vrijeme relevantno za predmet koji se pred Sudom procesuirao, te ga, stoga, Sud ne može primijeniti u odnosu na zločine prema međunarodnom krivičnom pravu.⁸ On ovo mišljenje temelji na kritičkoj analizi ovlaštenja na koja se MKSJ⁹ oslanjao u predmetu protiv Tadića¹⁰, što je temeljna presuda o UZP u međunarodnom krivičnom pravu. Prvo, Pretretresno vijeće ne nalazi nikakvo utemeljenje za postojanje UZP III kao međunarodnog običajnog prava u međunarodnim instrumentima na koje se poziva presuda u predmetu *Tadić*¹¹. Što se tiče međunarodne sudske prakse,

⁶ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 69.

⁷ Uporedi ECCC/Kancelarija istražnih sudija, Naredba o primjeni u ECCC vrste odgovornosti poznate kao udruženi zločinački poduhvat, predmet br. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (8. 12. 2009.) [Naredba ECCC].

⁸ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 77.

⁹ Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju.

¹⁰ Tužilac protiv Tadića (presuda Žalbenog vijeća), predmet br. IT-94-1 (15. 7. 1999.).

¹¹ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 78.

Pretpretresno vijeće odbilo je da se osloni na predmete kao što su “Ostrvo Borkum” /*Borkum Island*/ i “Linčovanje u Essenu” /*Essen Lynching*/ pošto presude u njima nisu obrazložene.¹² Također, Pretpretresno vijeće je mišljenja da se nacionalna sudska praksa na koju se oslonilo Vijeće u predmetu *Tadić* ne treba smatrati ispravnim presedanom za određivanje statusa običajnog prava, jer ona ne dostiže nivo međunarodne sudske prakse.¹³ Štaviše, iako se Pretpretresno vijeće potrudilo da razmotri moguće postojanje opštih principa prava koji dokazuju UZP III, ono je ipak zauzelo stanovište da ne treba da odluči da li jedan broj nacionalnih sistema koji su reprezentativni za vodeće pravne sisteme u svijetu priznaje standard *mens rea* analogan onome u UZP III, jer nije uvjereno da su optuženi mogli predvidjeti takvu odgovornost u periodu 1975–1979.¹⁴ U takvim okolnostima Pretpretresno vijeće zaključuje da “princip zakonitosti zahtijeva od ECCC da se ne oslanja na prošireni oblik UZP-a u svojim postupcima”.¹⁵

Svrha današnjih komentara je da pokaže da je doktrina UZP u potpunosti nepotrebna, pa čak i opasan pokušaj da se opiše vrsta odgovornosti koja nije predviđena u statutima savremenih međunarodnih sudova, naročito statutima MKSJ i MKSR¹⁶, ali koju su izmislila i koju primjenjuju žalbena vijeća oba suda. Ovo sredstvo još uvijek ima snagu da dovede do djelimične povrede temeljnog prava prema kojem nema kazne bez zakona (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*). Ovaj potencijalni rizik se, na žalost, ostvario po prvi put ikada pred PS/SL¹⁷ kako ćemo pokazati kasnije.

Prvo ćemo opisati definiciju koja je razvijena pred MKSJ, a kasnije i MKSR. Ovo ćemo uraditi isključivo predstavljajući sažetak sudske prakse MKSJ i MKSR, uključujući i internu kritiku i izdvojena mišljenja, čime će se predstaviti samo autentični korijeni ove doktrine.

Zašto je uopšte bilo potrebno iznova nametnuti jednu novu doktrinu (UZP), apsolutno nepoznatu u pravu obje regije za koje su sudovi nadležni (“teritoriji bivše Jugoslavije” i Ruandi)? Potreba da se odstupa od tog prava ukazala se tek onda kada su nacionalni zakoni mogli ili čak namjeravali da od krivične odgovornosti zaštite odgovorne na najvišim položajima. Mora se priznati da MKSJ nikada nije imao stvarni opšti dio materijalnog krivičnog prava kakav je bio potreban i kakav je izvrsno ostvaren po prvi put na međunarodnom nivou u vidu Rimskog statuta za stalni Međunarodni krivični sud (MKS).

Predmet protiv *Tadića*, konkretno, počeo je ukazujući, a bez navođenja potrebnih zaključaka o posljedicama, da ne postoje odredbe međunarodnog običajnog prava kojima se potkrepljuje pretpostavka da su van razumne sumnje

postojale odredbe međunarodnog običajnog prava o vrstama krivične odgovornosti u sudskoj praksi poslije 2. svjetskog rata. Citirana (ograničena) sudska praksa bila je previše raznolika da bi smatrala da sve tri kategorije UZP predstavljaju međunarodno običajno pravo. Univerzalna nacionalna praksa nije se nikad komparativno analizirala, a naročito je zanemarena praksa u bivšoj Jugoslaviji. Zaista, što se tiče zakona, iz perspektive međunarodnog krivičnog prava, koji je zakon *sui generis*, te imajući u vidu marginu diskrecionog prava (ne slobodnog izbora), može se smatrati nepotrebnim pozivanje na nacionalne zakone koji su se primjenjivali u bivšoj Jugoslaviji ili Ruandi.

Nesumnjivo da član 15 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) propisuje i dozvoljava istovremenu primjenjivost tri nivoa prava: nacionalnog, međunarodnog, i djela ili propusta (činjenje ili nečinjenje) koji su smatrani krivičnim djelom u trenutku izvršenja, shodno opštim pravnim načelima koja priznaju svi (civilizovani¹⁸) narodi. Međutim, nije od pomoći za misiju čuvanja mira koja se zasniva na Poglavlju VII Povelje Ujedinjenih nacija da bespotrebno odstupa od zakona koji se primjenjuje na nacionalnom nivou te time samo počiniocima pruži opravdanje za tvrdnju da ih se kažnjava na osnovu zakona koji nisu mogli predvidjeti. Ovo je naročito slučaj kada se nacionalno i međunarodno pravo moraju primijeniti s različitim posljedicama na vrste odgovornosti, kako sada pokazuje iskustvo pred ECCC.¹⁹ Ne smije se nikad potcijeniti potreba za širokim prihvatanjem krivičnog zakona. Ne samo da pravda mora biti zadovoljena, već to zadovoljenje pravde moraju vidjeti ljudi (žrtve, rodbina, svjedoci, navodni počinioci, pojedinci koji se nađu u nekoj situaciji) kao oni na koje se sve sudske odluke odnose.

Vratimo se našoj polaznoj tački, tj. predmetu *Tadić*. Što se mene tiče, apsolutno je jasno da bi opšti dio primjenjivog nacionalnog prava bio čak i bolji nego UZP da bi se postiglo što je potrebno:

- uopšteno govoreći: da se djelotvorno i bez pravnih praznina privedu pravdi najodgovorniji protagonisti u kampanjama genocida i/ili etničkog čišćenja;
- da se privedu odgovornosti počinioci koji stoje iza počinilaca, oni koji su navodno nedodirljivi;
- da se ne rizikuje da takvi počinioci umaknu neokaljanih ruku kao obični pomagači i podržavaoci (što je trivijalizacija koja se desila u kasnijim presudama MKSJ/MKSR);
- da se ne pomiješa pripadnost UZP-u s pripadnošću kriminalnoj grupi, jer ova druga predstavlja posebnu

¹² Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 79–81.

¹³ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 82.

¹⁴ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 87.

¹⁵ Odluka ECCC, fusnota 4 gore, stav 87.

¹⁶ Međunarodni krivični sud za Ruandu.

¹⁷ Posebni sud za Sijera Leone.

¹⁸ Uporedi ovo sa malo drugačijom formulacijom člana 7. Evropske konvencije o ljudskim pravima, štagod “civilizovani narodi” značilo.

¹⁹ Kako piše u, dosada potvrđenoj, izreci pobijane prvostepene odluke: “– Odlučuje da vrsta odgovornosti poznata kao udruženi zločinački poduhvat se ne primjenjuje na zločine prema nacionalnom zakonu.”

širu (te time najmanje tešku) vrstu učešća²⁰, koja nije predviđena u statutima *ad hoc* sudova Ujedinjenih nacija, ali jeste u Rimskom statutu stalnog MKS (član 25. stav 3., tačka d), što je jedan dodatni argument kojim se dokazuje suprotno);

- e) da se ne rizikuje da, upravo suprotno plemenitom prvenstvenom cilju međunarodnog krivičnog prava (uporedi stav a) gore), pripadnici grupe ili etničke grupe budu kažnjeni isključivo na osnovu zajedničkog cilja ili namjere, što bi uključivalo skoro svakog istomišljenika.

To nije samo zato da bi se, kao što je ECCC uradio u svojoj odluci, istakla i pojasnila uloga i obim međunarodnog običajnog prava u ovom kontekstu. Mi želimo da pokažemo da ni u Statutu MKSJ ni u Statutu MKSR ne postoji utemeljenje za treću kategoriju UZP (UZP III).²¹ Princip *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta* zabranjuje primjenu doktrine UZP, barem njene kategorije broj III, prema jasnom tekstu oba statuta.

Treba od početka naglasiti da se o prvoj i drugoj kategoriji UZP neće raspravljati detaljnije jer se ove kategorije uglavnom preklapaju s tradicionalnim definicijama pojma “počinjenje”, stoga je to pitanje nepotrebnog etiketiranja i nije vrijedno nikakve detaljnije rasprave. Što se tiče ove dvije kategorije, to je bila samo bespotrebna akademska igra, prvo da se izmisli jedna nova doktrina, a zatim da se ta doktrina uključi pod jednu vrstu odgovornosti koja je eksplicitno predviđena u Statutu. To je bio gubitak vremena i ljudskih resursa za *ad hoc* sudove. To je još uvijek zgodan izazov za teoretičare, ali koji navodi na pogrešan put.

Izvan obrazloženja odluke o kojoj se raspravlja, treća kategorija je prvenstveno ta koja svojom širinom i neodređenošću krši princip *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Samo se treća kategorija suprotstavlja osnovi međunarodnog humanitarnog prava po kojoj “zločine protiv međunarodnog prava čine ljudi a ne apstraktni subjekti, i samo se kažnjavanjem pojedinaca koji počinje te zločine mogu provesti odredbe međunarodnog prava”.²² Znači, opet se radi o principu individualne odgovornosti da se kriminalizuje *mens rea* neke osobe bez detaljno i precizno opisanog *actus reusa*. Ukratko, samo pripadništvo npr. etničkoj grupi ne može se nikad kazniti. Pripadništvo zločinačkoj grupi nije kažnjivo po statutima MKSJ i MKSR, za razliku od mnogih nacionalnih zakona²³ ili, što je još važnije, Statuta

MKS²⁴. Međutim, očita sličnost s konceptom UZP trebala je biti upozorenje.

Zatim, što se tiče sudske prakse MKS²⁵, mora se naglasiti da u međunarodnom krivičnom pravu može postojati samo jedno detaljno navođenje vrsta odgovornosti. U ovu svrhu također je potrebno ponovo se osvrnuti na praksu PS/SL²⁶.

II) Sudska praksa MKSJ i MKSR od Tadića do Serombe

Ovo poglavlje će se koncentrisati isključivo na sudsku praksu i pokazati razvoj UZP od momenta kada je koncept stvoren u predmetu *Tadić* iz nepoznatih razloga na osnovu nekih izdvojenih presuda iz prošlosti, preko predmeta *Ojdanić*²⁷, u kom se UZP ograničava na definiciju “počinjenja”, do predmeta *Seromba*²⁸, presude po žalbi koja se u suštini bez eksplicitnog navođenja upustila u objektivno ograničenje prema kriteriju “Tatherrschaft” (kontrole nad radnjom izvršenja).²⁹

Počet ćemo sa sljedećim predmetom:

1) Tužilac protiv Tadića (presuda Žalbenog vijeća) IT-94-1 (15. 7. 1999.), stavovi 192, 201, 220, 227–228, koja uvodi tri kategorije UZP.³⁰ Prije toga, potrebno se podsjetiti šta je zaista kažnjivo u skladu s članom 7. stav 1. Statuta MKSJ i članom 6. stav 1. Statuta MKSR. Zajednički im je sljedeći

²⁴ Član 25. stav 3. tačka d) Statuta MKS glasi: “U skladu sa ovim statutom, osoba će biti krivično odgovorna i kazniće se za zločin koji je u nadležnosti Suda ako ta osoba: [...] na bilo koji drugi način doprinese izvršenju ili pokušaju izvršenja takvog zločina od strane grupe osoba koje djeluju sa zajedničkim ciljem. Takav doprinos mora biti namjeran i mora biti: (i) učinjen sa ciljem unapređenja krivičnih aktivnosti ili krivičnog cilja grupe, kad takve aktivnosti ili ciljevi uključuju izvršenje zločina koji je u nadležnosti Suda; ili (ii) učinjen uz poznavanje namjere grupe da učini zločin [...]” Međutim, ova norma reguliše novu vrstu učešća. Ne bavi se oblikom izvršenja, nego predstavlja najširi i najmanje težak način učešća (uporedi *Werle, G.*, “Principles of International Criminal Law”, 2. izdanje, The Hague, 2009., stav 493).

²⁵ MKS u predmetu *Tužilac protiv Lubange* (Odluka Pretpretnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/04-01/06 (29. 1. 2007.); *Tužilac protiv Katange i drugih* (Odluka Pretpretnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/04-01/07 (30. 9. 2008.); *Tužilac protiv Bembe* (Odluka Pretpretnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/05-01/08 (15. 6. 2009.).

²⁶ Posebni sud za Sijera Leone u predmetu *Tužilac protiv Sesaya, Kallona i Gbaa* (presuda Žalbenog vijeća), SCSL-04-15-A (26. 10. 2009.).

²⁷ *Tužilac protiv Milutinovića i drugih* (Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost – Udruženi zločinački poduhvat), IT-99-37-AR72 (21. 5. 2003.).

²⁸ *Tužilac protiv Serombe* (presuda Žalbenog vijeća), ICTR-2001-66-A (12. 3. 2008.).

²⁹ *Ibid.*, stav 171–174.

³⁰ *Tužilac protiv Tadića* (presuda Žalbenog vijeća), IT-94-1 (15. 7. 1999.), stav 185–229.

²⁰ Uporedi *Werte, G.*, “Principles of International Criminal Law”/ “Principi međunarodnog krivičnog prava”, The Hague, 2006., stav 493, str. 184.

²¹ Član 7. Statuta MKSJ, član 6. Statuta MKSR.

²² Suđenje glavnim ratnim zločincima pred Međunarodnim vojnim sudom, Nürnberg, 1949, str. 223.

²³ Vidi npr. član 129. stav 1. Krivičnog zakona Njemačke koji kaže: “Ko formira organizaciju čiji cilj ili djelatnost su usmjereni ka činjenju krivičnih djela, ili ko učestvuje u takvoj organizaciji kao pripadnik, vrbuje pripadnike ili pristalice grupe ili joj pruža podršku, kazniće se kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom”.

tekst koji mora služiti kao polazište jer strogo obavezuje sudije:

“Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od krivičnih djela navedenih u članovima [] ovog Statuta snosi individualnu odgovornost za to krivično djelo.”

U ovom kontekstu potrebno je podsjetiti da je Tadića već bio optužio njemački savezni tužilac (Generalbundesanwalt) i da je predmet bio spreman za ročište pred sudom u Minhenu kada se MKSJ pozvao na pravo prvenstva, te je predmet morao biti prebačen u Den Hag u oktobru-novembru 1994. godine.³¹ On je u Njemačkoj optužen da je “počinio” zločine na osnovu jakog stepena sumnje kako bi bio i u bivšoj Jugoslaviji. Kao što je pokazano, i Statut MKSJ takođe propisuje “počinjenje” kao vrstu odgovornosti. Zašto je bilo potrebno ovo pretočiti u UZP? Može se dozvoliti pretpostavka da su neke sudije osjećale obavezu da utvrde ono što su uvijek htjeli da izraze, a bez pozivanja na činjenice ili zakon. Tako doktrinu UZP-a treba nazvati onim što jeste: *obiter dictum*, usputna primjedba koja nije presudna, jer nije imala nikakvog uticaja na rezultat datog predmeta.

Presuda počinje kako treba u stavovima 192–201:

“192. U tim okolnostima smatrati krivično odgovornom kao izvršioca samo osobu koja fizički izvodi krivično djelo značilo bi zanemariti saizvršilačku ulogu svih onih koji su na neki način omogućili počiniocu da fizički izvrši to krivično djelo. Istovremeno, ovisno o okolnostima, smatrati ove druge odgovornim samo kao pomagače i podržavatelje moglo bi potcijeniti stepen njihove krivične odgovornosti.”

“201. Treba primijetiti da su u mnogim suđenjima nakon Drugog svjetskog rata održanim u drugim zemljama sudovi usvojili isti pristup slučajevima zločina u kojima su učestvovala dvije ili više osoba sa različitim stepenom umiješanosti. Međutim, oni se nisu oslanjali na koncept zajedničke nakane ili zajedničkog plana, nego na koncept saizvršilaštva. Ovo se posebno odnosi na italijanske³² i njemačke predmete³³.”

³¹ Uporedi: Schomburg, W. i Nemitz, J. u: Schomburg i drugi, *Internationale Rechsthilfe in Strafsachen*, 4. izdanje, Minhen, 2006., VI, A, 3, stav 27. na str. 1747.

³² Vidi na primjer sljedeće odluke italijanskog Kasacionog suda koje se odnose na zločine milicije i snaga *Repubblica Sociale Italiana* nad italijanskim partizanima i oružanim snagama: *Annalberti et al*, 18. 6. 1949., u *Giustizia Penale* 1949, dio II, col. 732, no. 440; predmet *Rigardo et al*, 6. 7. 1949., *ibid.*, cols. 733 i 735, no. 443; *P. M. v. Castoldi*, 11. 7. 1949., *ibid.*, no. 444; *Imolesi et al*, 5. 5. 1949., *ibid.* col. 734, no. 445. Vidi takođe *Ballestra*, 6. 7. 1949., *ibid.*, cols. 732–733, no. 442.

³³ Vidi na primjer odluku njemačkog Vrhovnog suda za Britansku zonu od 10. 8. 1948. u *K. and A.*, u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, sv. I, str. 53–56; odluku od 22. 2. 1949. u *J. and A.*, *ibid.*, str.

Međutim, u stavu 220 se, nažalost, kaže:

“220. [...] Žalbeno vijeće je mišljenja da je koncept zajedničkog plana kao oblik saučesničke odgovornosti čvrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu i da ga pored toga potvrđuje, iako u implicitnom obliku [*sic: ne daje se nikakvo obrazloženje za ovu tvrdnju*], Statut Međunarodnog suda. (...)”

“227. Ukratko, objektivni elementi (*actus reus*) ovog načina učestvovanja u jednom od krivičnih djela predviđenih Statutom (u vezi sa svakom od tri kategorije slučajeva) navedeni su kako slijedi:

- i. *Više osoba*. One ne moraju biti organizovane u vojnu, političku ili upravnu strukturu, kao što jasno pokazuju predmeti *Essensko linčovanje*³⁴ i *Kurt Goebell*³⁵.
- ii. *Postojanje zajedničkog plana, zamisli ili nakane koja predstavlja ili uključuje počinjenje krivičnog djela predviđenog Statutom*. Nema potrebe da taj plan, zamisao ili nakana budu prethodno dogovoreni ili formulisani. Zajednički plan ili nakana može biti improvizovana na licu mjesta, a izvodi se iz činjenice da više osoba djeluje zajedno kako bi sprovele u djelo zajednički zločinački poduhvat.
- iii. *Učestvovanje optuženog u zajedničkom planu koji uključuje počinjenje jednog od krivičnih djela predviđenih Statutom*. To učesće ne mora uključivati izvršenje nekog konkretnog krivičnog djela iz jedne od tih odredbi (na primjer, ubistvo, istrebljenje, mučenje, silovanje, itd.), nego se može sastojati u pomoći ili doprinosu izvršenju zajedničkog plana ili nakane.³⁶

228. Nasuprot tome, element *mens rea* razlikuje se zavisno od kategorije zajedničkog plana o kome se radi.

Što se tiče prve kategorije, traži se umišljaj da se izvrši određeno krivično djelo (a taj umišljaj dijele svi saizvršiooci).

Što se tiče druge kategorije (koja je, kao što smo gore primijetili, zapravo varijanta prve), traži se lična svijest o sistemu zlostavljanja (dokazana bilo eksplicitnim svjedočenjem bilo izvlačenjem razumnog zaključka na osnovu položaja vlasti optuženog), kao i namjera da se sprovede taj zajednički dogovoren sistem zlostavljanja.

310–315; odluku Okružnog suda (*Landgericht*) u Kelnu od 22. i 23. 1. 1946. u *Hessmer et al.* u *Justiz und NS-Verbrechen*, sv. I, str. 13–23, na str. 13, 20; odluku Okružnog suda (*Landgericht*) u Frankfurtu na Majni od 21. 12. 1946. u *M. et al.* (*ibid.*, str. 135–165, 154) i presudu Višeg suda (*Oberlandesgericht*) od 12. 8. 1947. u istom predmetu (*ibid.*, str. 166–186, 180); kao i odluku Okružnog suda u Braunschweigu od 7. 5. 1947. u *Ajfeldt*, *ibid.*, str. 383–391, 389.

³⁴ *Suđenje Erichu Heyeru i šestorici drugih*, Britanski vojni sud za suđenje ratnim zločincima, Essen, 18–19. i 21–22. decembra 1945., UNWCC, tom I, str. 88, pasus 91.

³⁵ Takođe zvan i predmet *Ostrvo Borkum*. Vidi Optužnicu u Nacionalnom arhivu mikrofilmovanih publikacija SAD (U. S. National Archives Microfilm Publications), I.

³⁶ Podvukao autor.

Što se tiče treće kategorije, traži se *namjera* da se učestvuje i sprovodi zločinačka aktivnost ili zločinačka nakana grupe i da se doprinese zajedničkom zločinačkom poduhvatu ili u svakom slučaju izvršenju krivičnog djela od strane grupe. Nadalje, do odgovornosti za krivično djelo različito od onog koje je dogovoreno zajedničkim planom dolazi samo ako je, u uslovima tog slučaja, (i) bilo *predvidivo* da će jedan ili drugi pripadnik grupe počiniti takvo krivično djelo i (ii) optuženi je *hotimično pristao na taj rizik*.

Na žalost, posljednji element je povremeno ignorisan. Samo je u predmetima "*Blaškić*"³⁷ i "*Kordić i Čerkez*"³⁸ pojašnjeno da počinilac mora voljno pristati na ili odobriti taj rizik da bi se zadovoljio standard *dolus eventualis* (posredna namjera).

2) Tužilac protiv Milutinovića i drugih (Odluka po prigovoru Dragoljuba *Ojdanića* na nenadležnost – Udruženi zločinački poduhvat), IT-99-37-AR72 (21. 5. 2003.), stavovi 18–20, *koja ograničava UZP na "činjenje"*.

Već u ovoj odluci MKSJ je imao jedinstvenu priliku da usaglasi svoje vrste odgovornosti s onima koje su opisane kao međunarodno običajno pravo u Rimskom statutu. Međutim, Žalbeno vijeće je propustilo tu priliku.

"18. Žalilac u ovom predmetu nije izneo nikakav uverljivi razlog zašto bi Žalbeno veće trebalo da donese drugačiji zaključak od onog koji je donelo u predmetu *Tadić*, tj. da je udruženi zločinački poduhvat predviđen Statutom Međunarodnog suda i da je u relevantno vreme postojao u međunarodnom običajnom pravu. Prvi argument odbrane je to da je Žalbeno veće pogrešno protumačilo nameru sastavljača; da su sastavljači nameravali da nadležnost Međunarodnog suda obuhvata i taj vid odgovornosti, tvrdi odbrana, oni bi ga izričito pomenuli. Kao što je gore istaknuto, Statut Međunarodnog suda definiše okvir unutar kojeg Međunarodni sud vrši svoju nadležnost. Krivično delo ili vid odgovornosti koji nisu predviđeni Statutom ne mogu biti osnova za osuđujuću presudu pred ovim Međunarodnim sudom.³⁹ No, nije potrebno da to krivično delo odnosno vid odgovornosti budu izričito pomenuti da bi potpadali pod nadležnost Međunarodnog suda.⁴⁰ Za razliku od, na primer, Rimskog statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda, Statut MKSJ-a nije i nema nameru da bude pažljivo razrađen kodeks koji izričito predviđa svaku moguću situaciju i njeno rešenje. On više-manje

uopšteno definiše okvir nadležnosti unutar kojeg je Međunarodnom sudu poveren mandat da deluje."

Posljednje dvije rečenice otkrivaju presudno pitanje: Da li UZP može proći test *nullum crimen sine lege stricta*? Zašto ne prigrliti Rimski statut? Da li je to postalo pitanje pogrešno shvaćenog samopoštovanja i takmičenja s MKS? Zašto je bilo potrebno nastaviti s očitim začaranim krugom ili zaključkom koji se vrti u krug:

"19. Kao što je rečeno u drugostepenoj presudi u predmetu *Tadić*, u Izveštaju generalnog sekretara stoji da 'sva lica' koja učestvuju u planiranju, pripremi ili izvršenju teških kršenja međunarodnog humanitarnog prava doprinose činjenju kršenja te su stoga individualno odgovorna.⁴¹ Također, iz teksta člana je na prvi pogled vidljivo da član 7(1) ne daje zatvorenu listu kršenja, kao što to sugeriše izraz 'ili na drugi način pomogla i podržala'. No Žalbeno veće ne mora da razmatra da li i drugi vidovi odgovornosti osim onih koji su izričito pomenuti u Statutu mogu da se podvedu pod član 7(1). Veće je potpuno uvereno da je udruženi zločinački poduhvat obuhvaćen tom odredbom.

20. (...) Tužilac je u optužnici protiv *Ojdanića* istakao da korišćenjem reči "počinili" nema nameru da sugeriše da je ijedan od optuženih lično fizički počinio bilo koji od zločina koji se terete. "Reč 'počiniti', naveo je tužilac, "se u ovoj optužnici odnosi na učesće u udruženom zločinačkom poduhvatu u svojstvu saizvršioaca".⁴² Ako ostavimo po strani primerenost izraza 'saizvršilaštvo' u takvom kontekstu, čini se, dakle, da optužba tereti za saizvršilaštvo u udruženom zločinačkom poduhvatu kao vid "činjenja" iz člana 7(1) Statuta, a ne kao oblik odgovornosti saučesnika. Pristup optužbe je ispravan utoliko što se učesnik, budući da deli cilj udruženog zločinačkog poduhvata (što je uslov da bi se smatrao učesnikom), za razliku od nekog ko samo zna za njega, ne može smatrati samo pomagačem i podržavaocem krivičnog dela o kojem je reč. Stoga Žalbeno veće smatra udruženi zločinački poduhvat vidom "činjenja" iz člana 7(1) Statuta.⁴³"

Šta je dodana vrijednost ovog zaključka? Zar ne bi bilo primjerenije da se prvo ispravno definisao termin "činjenje" kako ga propisuje Statut, a da je zatim ustanovljeno do koje mjere je ova definicija utemeljena u međunarodnom običajnom pravu? Žalbeno vijeće je sistematično grijehilo tako što bi se prvo zapitalo šta kaže običajno pravo, a onda to podvelo (ili radije: uguralo) pod obavezujuće odredbe Statuta.

3) U predmetu *Tužilac protiv Stakića* (presuda Pretresnog vijeća), IT-97-24-T (31. 7. 2003.), stavovi 437–442, Pretresno vijeće II (sastavljeno isključivo od sudija iz nacionalnih jurisdikcija) učinilo je neuspješan pokušaj da izvuče najbolje iz toga tako što će premostiti jaz između dva glavna pristupa u međunarodnom krivičnom pravu:

³⁷ *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, presuda Žalbenog vijeća, predmet br. IT-95-14-A, 29. 7. 2004.

³⁸ *Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza*, presuda Žalbenog vijeća, predmet br. IT-95-14/2-A, 17. 12. 2004.

³⁹ Citirana odluka na ovom mjestu u fusnoti upućuje na dodatnu literaturu i sudsku praksu čije navođenje ovdje zbog ograničenosti prostora nije moguće, pošto su fusnote MKSJ izrazito opširne.

⁴⁰ Međunarodni sud je, na primjer, prihvatio da je član 3 Statuta rezidualna klauzula i da krivična djela koja nisu izričito pobrojana u članu 3 Statuta svejedno mogu podlijegati nadležnosti Međunarodnog suda (predmet *Tadić*).

⁴¹ Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, stav 190, gdje se citira Izveštaj generalnog sekretara, stav 54.

⁴² Optužnica, stav 16.

⁴³ Podvukao autor.

“438. Pretresno vijeće naglašava da je udruženi zločinački poduhvat samo jedno od nekoliko mogućih tumačenja termina “počinjenje” u skladu s članom 7(1) Statuta i da u obzir valja uzeti i druge definicije saizvršenja. Osim toga, prije no što prijedemo na razmatranje odgovornosti u smislu pravnog termina “udruženog zločinačkog poduhvata”, valjalo bi se nešto izravnije pozabaviti “počinjenjem” u tradicionalnom smislu te riječi.

439. Pretresno vijeće prednost daje definiciji “počinjenja” u smislu značenja da optuženi, bilo fizički, bilo na neki drugi neposredan, odnosno posredan način,⁴⁴ svojim pozitivnim radnjama, odnosno – ako postoji obaveza djelovanja – propustima, učestvuje individualno ili zajedno s drugima u materijalnim elementima krivičnog djela za koje se tereći.⁴⁵ Sâm optuženi ne mora učestvovati u svim aspektima inkriminisanog ponašanja.

440. Pretresno vijeće smatra da je u vezi s gore navedenom definicijom “počinjenja” potrebno detaljnije analizirati pojam saizvršenja. Za saizvršenje je dovoljno da je postojao izričit sporazum ili prešutna saglasnost da se postigne zajednički cilj koordiniranom saradnjom i zajedničkom kontrolom nad krivičnim ponašanjem. Za ovu vrstu saizvršenja tipično je, mada ne i obavezno, da jedan od počinitelja posjeduje sposobnosti ili ovlasti kojima drugi počinitelj ne raspolaže. To se može opisati kao zajedničke radnje kojima se, kada se one dovedu u vezu, postiže zajednički cilj na temelju istog stepena kontrole nad izvršenjem zajedničkih radnji. Ili, kako bi to rekao Roxin: “Saizvršilac ništa ne može postići sam ... Plan ‘funkcioniše’ samo ako saučesnik⁴⁶ djeluje zajedno s drugom osobom”.⁴⁷ Dakle, oba su počinioca u istom položaju. Roxin dalje pojašnjava: “Oni svoj plan mogu ostvariti samo utoliko ukoliko djeluju zajedno, no svaki posebno može cijeli plan upropastiti ako ne izvrši svoj dio. U tom smislu on ima kontrolu nad djelom”.⁴⁸ Roxin nastavlja: “Ovaj tip ‘ključnog položaja’ svakog saizvršioca tačno opisuje strukturu udružene kontrole nad djelom”.⁴⁹ Na kraju, Roxin nudi sljedeći veoma tipičan primjer:

Ako dvoje ljudi zajedno upravljaju nekom zemljom – ako su udruženi vladari u doslovnom smislu riječi – uobičajena posljedica toga jeste da djela svakog od njih dvoje ovise o saizvršenju onog drugog. Druga strana

medalje je neizbježna činjenica da svaka osoba pojedinačno može osujetiti djelovanje ukoliko odbije da učestvuje.⁵⁰

441. Pretresno vijeće je svjesno da je konačni ishod njegove definicije saizvršilaštva blizak gorepomenutom udruženom zločinačkom poduhvatu, s kojim se čak djelomično i preklapa. Međutim, Pretresno vijeće smatra da je ova definicija bliža shvatanju “počinjenja”⁵¹ u većini pravnih sistema, čime se izbjegava zbunjujući dojam da se na mala vrata uvodi novo krivično djelo⁵² koje nije obuhvaćeno Statutom Međunarodnog suda.⁵³

442. Što se pak elementa *mens rea* tiče, Pretresno vijeće ponovo naglašava da vidovi odgovornosti ne mogu promijeniti niti zamijeniti obilježja krivičnih djela definisanih u Statutu, te da se također traži da je optuženi djelovao uz svijest da postoji znatna vjerovatnoća da će uslijed koordinirane saradnje, koja se temelji na jednakom stepenu kontrole nad sprovođenjem zajedničkih djela, doći do kažnjivog ponašanja. Osim toga, optuženi mora biti svjestan da je njegova uloga od bitne važnosti za postizanje zajedničke svrhe.

4) Slično tome, u predmetu *Tužilac protiv Simića* (presuda Pretresnog vijeća), IT-95-9-T (17. 10. 2003.), u svom Izdvojenom i djelimično protivnom mišljenju sudija *Per-Johan Lindholm* naveo je u stavovima 2 i 5:

“2. Ograđujem se od pojma ili doktrine udruženog zločinačkog poduhvata kako u ovom predmetu tako i inače. Pojam takozvanog osnovnog vida udruženog zločinačkog poduhvata, po mom mišljenju, nema nikakav svoj zasebni sadržaj. Riječ je o pukom novom nazivu za pojam ili doktrinu koja je već odavno poznata u većini pravosudnih sistema i u međunarodnom krivičnom pravu, a to je saučesništvo. U svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Milutinović, Šainović i Ojdanić*, sudija Hunt je vrlo jasno obrazložio šta sve obuhvata osnovni vid udruženog zločinačkog poduhvata.⁵⁴ Ilustrativno je i obrazloženje iz prvostepene presude u predmetu *Kupreškić*.⁵⁵ Počinjenje i doprinošenje počinjenju krivičnih djela od strane saizvršilaca moguće je, naravno, razlikovati na razne načine.⁵⁶ Ako je pojam udruženog zločinačkog poduhvata zamišljen tako da osim učesća saizvršilaca obuhvata i nešto drugo, taj pojam je, čini

⁴⁴ Posredno učestvovanje kako je definirano u njemačkom zakonu (*mittelbare Täterschaft*) ili “počinitelj iza počinioca”); ovi se termini obično koriste u kontekstu privrednog kriminala ili drugih oblika organizovanog kriminala.

⁴⁵ Prvostepena presuda u predmetu *Kvočka*, stav 251.

⁴⁶ U ovom kontekstu termin “saucešnik” koristi se naizmjenično s terminom “saizvršilac” (bilješka dodata). Vidi takođe prvostepenu presudu u predmetu *Krnojelac*, stav 77.

⁴⁷ *Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, /Izvršenje i kontrola nad radnjom izvršenja/, 6. izdanje, Berlin, New York, 1994., str. 278.*

⁴⁸ (Tekst fusnote u originalnom tekstu izostavljen, prim. ur.)

⁴⁹ (Tekst fusnote u originalnom tekstu izostavljen, prim. ur.)

⁵⁰ *Ibid.*, str. 279.

⁵¹ Vidi *supra* Roxin kao jedan od primjera za pristup tipičan za kontinentalno pravo. U vezi s pristupom u anglosaksonskom pravu, vidi Sworth, Andrew, *Principals of Criminal Law / Načela krivičnog prava/, 2. izdanje, Oxford 1995., str. 409 i dalje;* i Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law, /Promišljanje krivičnog prava/, Oxford, 2000., str. 637 i dalje.*

⁵² Npr. “članstvo u zločinačkoj organizaciji”.

⁵³ Završni podnesak odbrane, stav. 168, 170 i 178.

⁵⁴ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁵⁵ Tužilac protiv Kupreškića i drugih, predmet br. IT-95-16-T, prvostepena presuda, 14. 1. 2000., stav 772, 782.

⁵⁶ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

se, u opreci s upotrebom izraza “počiniti” iz člana 7(1) Statuta. Naposljetku, i prvostepena presuda u predmetu *Stakić* se u tumačenju “počinjenja” u obliku saučesništva ograničila na jasnu formulaciju iz Statuta. U Presudi u predmetu *Stakić* se kao uslov navodi da saizvršioци “svoj plan mogu ostvariti samo utoliko ukoliko djeluju zajedno, no svaki posebno može cijeli plan upropastiti ako ne izvrši svoj dio. U tom smislu on ima kontrolu nad djelom”.⁵⁷ Na osnovu doktrine “kontrola nad radnjom izvršenja” (*Tatherrschaft*), prvostepenu presudu u predmetu *Stakić* moguće je tumačiti kao ograđivanje od pojma udruženog zločinačkog poduhvata.⁵⁸

5. ... “Taj pojam ili “doktrina” izazvao je pomutnju i doveo do uzaludnog trošenja vremena i, po mom mišljenju, nije koristan za rad Međunarodnog suda ni razvoj međunarodnog krivičnog prava.”

5) Rigidan odgovor je uslijedio odmah u **presudi Žalbenog vijeća** (mora se navesti da se nijedna strana nije žalila na pravne kvalifikacije Pretresnog vijeća): **Tužilac protiv Stakića** IT-97-24-A (22. 3. 2006.), stav 62.

“62. Nakon što je pažljivo i iscrpno razmotrilo relevantne dijelove prvostepene presude, Žalbeno vijeće konstatuje da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je odgovornost žalioca analiziralo u okviru “saizvršilaštva”. Taj vid odgovornosti – ovako kako ga je definisalo i primijenilo Pretresno vijeće – nema potvrdu u međunarodnom običajnom pravu kao ni u praksi prihvaćenoj na ovom sudu, koja je obavezujuća za pretresna vijeća. Nasuprot tome, udruženi zločinački poduhvat je vid odgovornosti “čvrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu”⁵⁹ i rutinski se primjenjuje u praksi Međunarodnog suda. “⁶⁰”

6) I na kraju, u predmetu **Tužilac protiv Serombe** (presuda Žalbenog vijeća) ICTR-2001-66-A (12. 3. 2008.), stavovi 171–172, zajedničko Žalbeno vijeće je prihvatilo prečutno preklapanje:

“171. Na osnovu ovih osnovnih činjeničnih nalaza, Žalbeno vijeće zaključuje da je Athanase Seromba odobrio i

prihvatio kao svoju odluku koju su donijeli Kavishema, Ndahimana, Kanvarukiga, Habarugira i druga lica da se uništi crkva da bi se ubile izbjeglice iz reda Tutsija. Nebitno je to što Athanase Seromba nije lično vozio buldožer kojim je uništena crkva. Ono što je bitno je da je Athanase Seromba u potpunosti vršio uticaj na vozača buldožera koji je, kako to pokazuju nalazi Pretresnog vijeća, prihvatio Athanasa Serombu kao jedini autoritet čija je upustva provodio. Žalbeno vijeće nalazi, osim sudije Liua koji je izdvojio svoje mišljenje, da su djela Athanasa Serombe, koja ne mogu biti adekvatno opisana ni jednom drugom vrstom odgovornosti prema članu 6. stav 1. Statuta osim kao “činjenje”, zaista bila integralni dio zločina genocida u onoj mjeri u kojoj su to bila i sama ubistva izbjeglica Tutsija.⁶¹ Athanase Seromba nije bio samo pomagač i podržavalac, već je postao i jedan od glavnih počinitelja samog zločina.⁶²

172. Žalbeno vijeće nalazi, osim sudije Liua koji je izdvojio svoje mišljenje, da ponašanje Athanasa Serombe nije bilo ograničeno na pružanje praktične pomoći, ohrabrenja ili moralne podrške glavnim počiniocima zločina, što bi činilo samo *actus reus* (radnju izvršenja) pomaganja i podržavanja.⁶³ Sasvim suprotno, nalazi Pretresnog vijeća dozvoljavaju samo jedan zaključak, a to je da je Athanase Seromba bio jedan od glavnih počinitelja ubistva izbjeglica u crkvi u Nvangeu. Stoga Žalbeno vijeće nalazi da se ponašanje Athanasa Serombe može kvalifikovati samo kao “činjenje” tih zločina.”

U svom izdvojenom mišljenju koje je dodato ovoj presudi sudija Liu, koji je svjestan ovog poteza u sudskoj praksi, naveo je sljedeći argument:

“8. Treće, opšte je priznato da se u različitim pravnim sistemima “činjenje” tumači drugačije, na način da se saizvršilaštvo i posredno izvršilaštvo takođe priznaju kao oblici “činjenja”.⁶⁴ Saizvršioци dijele isti cilj, bilo putem izričitog ili prešutnog slaganja, a mogu ga ostvariti jedino koordiniranim djelovanjem i dijeljenom kontrolom nad zločinačkim ponašanjem. Svaki saizvršilac mora dati odlučujući doprinos počinjenju zločina.⁶⁵ S druge strane, za posredno izvršilaštvo potrebno je da posredni počinitelj koristi neposrednog i fizičkog počinioca kao prosti “instrument” da bi postigao svoj cilj, tj. počinjenje zločina. U takvim slučajevima neposredni počinitelj je krivično odgovoran zato što

⁵⁷ Citira se *Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft /Izvršenje i kontrola nad radnjom izvršenja/*, 6. izdanje, Berlin, New York, 1994., str. 278.

⁵⁸ Tužilac protiv Stakića, predmet br. IT-97-24-T, Presuda, 31. 7. 2003., stav 436–438.

⁵⁹ Drugostepena presuda u predmetu Tadića stav 220.

⁶⁰ Vidi drugostepenu presudu u predmetu Kvočka, stav 79; drugostepenu presudu u predmetu Vasiljević, stav 95; drugostepenu presudu u predmetu Krstić, stav 79–134; Odluku po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost, stav 20, 43; drugostepenu presudu u predmetu Furundžija, stav 119; drugostepenu presudu u predmetu Krnojelac, stav 29–32; drugostepenu presudu u predmetu Čelebići, stav 366; drugostepenu presudu u predmetu Tadić, stav 220, Tužilac protiv Radoslava Brđanina i Momira Talića, predmet br: IT-99-36-PT, Odluku o formi dodatno izmijenjene optužnice i zahtjevu Tužilaštva za izmjenu optužnice, 26. 6. 2001., stav 24; Presudu po žalbi na kaznu u predmetu Babić, stav 27, 38, 40.

⁶¹ Uporedi presudu Žalbenog vijeća u predmetu Gacumbitsi, stav 60.

⁶² Podvukao autor.

⁶³ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Blaškić, stav 46.

⁶⁴ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Gacumbitsi, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga, stav 16.

⁶⁵ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Gacumbitsi, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga, stav 17 i fusnota 31, u kojoj se citira C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft /Izvršenje i kontrola nad radnjom izvršenja/*, 7. izdanje (2000.), str. 275–305. Vidi takođe K. Ambos, u O. Triffler (ur.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court /Komentar na Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda/* (1999.), članak 25, br. na margini 9.

ima kontrolu nad radnjom izvršenja i voljom neposrednog i fizičkog počinioca.⁶⁶ Većina je bila mišljenja da “je nebitno to što Athanase Seromba nije lično vozio buldožer kojim je uništena crkva” da bi se smatrao odgovornim za činjenje genocida, i da “ono što jeste važno je da je Athanase Seromba u potpunosti vršio uticaj na vozača buldožera koji je, kako to pokazuju nalazi Pretresnog vijeća, prihvatio Athanasa Serombu kao jedini autoritet čija je uputstva provodio.”⁶⁷ Ono što je očito u ovom obrazloženju je pripisivanje odgovornosti za “počinjenje” “počiniocu iza počinioca”⁶⁸ bez očitog kvalifikovanja ponašanja Athanasa Serombe kao saizvršilaštva ili posrednog izvršilaštva.

9. Iako bi uz pristup većine bilo mnogo lakše smatrati krivično odgovornim kao glavne počiniocice one osobe koje nisu direktno počinile krivična djela, taj pristup je protivrječan sudskoj praksi. Žalbeno vijeće u predmetu *Stakić* konstatovalo je u svojoj presudi da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je analiziralo odgovornost žalioca u okviru saizvršilaštva i jednoglasno i nedvosmisleno ustanovilo da “taj vid odgovornosti – ovako kako ga je definisalo i primijenilo Pretresno vijeće – nema potvrdu u međunarodnom običajnom pravu kao ni u praksi prihvaćenoj na ovom Sudu, koja je obavezujuća za pretresna vijeća.”⁶⁹ Stoga je Žalbeno vijeće zaključilo da to “nije valjana pravna norma u okviru nadležnosti ovog Suda.”⁷⁰

III) Mišljenje autora o ovoj sudskoj praksi

Da se ne bih ponavljao (ili još gore: protivrječio samom sebi), citiraću dijelove iz mojih izdvojenih mišljenja navedenih kako slijedi između ostalog u:

1) Tužilac protiv Simića (presuda Žalbenog vijeća) IT-95-9-A (28. 11. 2006.)

“3. Tekst Statuta u krajnjoj liniji ograničava mogućnost njegovog tumačenja. Slijedi da su jedina krivična djela ili vidovi odgovornosti oni predviđeni Statutom. Čak i u okviru Statuta, svako tumačenje mora biti u granicama priznatim međunarodnim pravom.”⁷¹ Stoga je potrebno, a

istovremeno i dovoljno, navesti optužbu za konkretno krivično djelo i konkretan oblik učestvovanja onako kako su navedeni u konkretnim odredbama Statuta. Od optužbe se, dakle, ne traži da navodi bilo kakvo pravno tumačenje ili pravnu teoriju u pogledu oblika odgovornosti koji se ne javljaju u Statutu, kao što je udruženi zločinački poduhvat, naročito s obzirom na to da je Žalbeno vijeće bilo mišljenja da udruženi zločinački poduhvat treba smatrati oblikom “počinjenja”⁷²

“11. Uopšteno govoreći, želio bih istaći da se član 7(1) Statuta⁷³ mogao tumačiti kao monistički model počinjenja (*Einheitstäterschaft*) u kojem se svaki učesnik u krivičnom djelu smatra počiniocem bez obzira na stepen njegovog učestvovanja.”⁷⁴ Takav pristup bi omogućio optužbi da tereti po članu 7(1) u cijelosti, a da se ne mora opredijeliti za neki određeni vid učestvovanja. U tom slučaju, sudije bi bile u mogućnosti da značaj doprinosa pojedinog optuženog krivičnom djelu iz Statuta procijene u fazi odmjerenja kazne, čime bi se Sud poštudio truda da razrađuje nepotrebnou doktrinu učestvovanja. Nažalost, pokazalo se da se u jurisprudenciji Međunarodnog suda razlika između raznih vidova odgovornosti pravi od predmeta do predmeta.

12. U ovom predmetu, Pretresno vijeće je primijenilo teoriju udruženog zločinačkog poduhvata. Međutim, taj koncept nije izričito sadržan u Statutu i predstavlja samo jedno od mogućih tumačenja “počinjenja” u odnosu na krivična djela iz Statuta.⁷⁵

⁶⁶ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Gacumbitsi, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga, stav 18 i fusnota 33, u kojoj se citira C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft /Izvršenje i kontrola nad radnjom izvršenja/*, 7. izdanje (2000.), str. 142-274. Vidi takođe K. Ambos, u O. Triffler (ur.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999.), članak 25, br. na margini 9.

⁶⁷ Presuda Žalbenog vijeća, stav 171.

⁶⁸ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Gacumbitsi, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga, stav 20 i fusnota 36 (“Budući se posredno izvršilaštvo fokusira na kontrolu koju posredni izvršilac ima nad voljom neposrednog i fizičkog počinioca, to se ponekad shvata tako da zahtijeva neki posebni “hendikep” kod neposrednog i fizičkog počinioca koji isključuje njegovu krivičnu odgovornost.”)

⁶⁹ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Stakić, stav 62.

⁷⁰ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Stakić, stav 62.

⁷¹ Vidi Izvještaj generalnog sekretara, U. N. Doc. S/25704, stav 34.

⁷² U vezi s tim, vidi predmet Tužilac protiv Karemere, Ngirumpatsea i Nzirorere, Odluka po zahtjevima odbrane kojima se osporava navođenje udruženog zločinačkog poduhvata u tači Izmijenjene Optužnice koja se odnosi na saučesništvo u genocidu, 18. 5. 2006., stavovi 8 i 5; Odluka u vezi s udruženim zločinačkim poduhvatom u predmetu Ojđanić, stav 20.

⁷³ Vidi Statut MKSJ-a, član 7(1): Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala [...] (ovdje naglašeno). Član 6(1) Statuta MKSR-a sadrži identičnu odredbu. Moje gledište se, prema tome, odnosi i na Statut MKSR-a kako je navedeno u drugostepenoj presudi u predmetu Gacumbitsi, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga o krivičnoj odgovornosti žalioca za počinjenje genocida, stav 6.

⁷⁴ Vidi, na primjer, *Strafgesetzbuch* (Austrija), član 12: “Svi učesnici smatraju se počiniocima”; za više detalja, vidi W. Schöberl, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell* (2006.), str. 50–65; 197–227. Vidi i *Straffeloven* (Danska), član 23(1), reprint na danskom i u njemačkom prijevodu u K. Cornilsa i V. Grevea, *Das Dänische Strafgesetz*, 2. izd. (2001.); za više detalja, vidi K. Cornils, *ibid.*, str. 9. Vidi i *Straffeloven* (Norveška), član 58; za više detalja u vezi s Norveškom, vidi W. Schöberl, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell* (2006.), str. 67–102; 192–227.

⁷⁵ Vidi konkretno “Učestvovanje u krivičnom djelu: Krivična odgovornost vođa zločinačkih grupa i mreža”, Stručno mišljenje naručeno od strane Ujedinjenih nacija Međunarodni sud za bivšu Jugoslaviju, Tužilaštvo – Koordinator projekta: prof. dr Ulrich Sieber., priv. doc. dr. Hans-Georg Koch, Jan Michael Simon, Max-Planck-Institut für ausländisches und

13. Štaviše, i zakoni bivše Jugoslavije i zakoni država sljednica na teritoriji bivše Jugoslavije svi uključuju koncept saizvršilaštva:

Država	Relevantna odredba (dijelom neslužbeni prijevod)
Bivša Jugoslavija (<i>Krivični zakon</i> , 1990.)	Član 22: “Ako više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivično delo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to delo.”
Bosna i Hercegovina (<i>Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine</i> , 2003.)	Član 29: “Ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela, zajednički učine krivično djelo, svaka od njih kaznit će se kaznom propisanom za to krivično djelo.”
Hrvatska (<i>Kazneni zakon</i> , 1999.)	Član 35 (3): “Supočinitelji kaznenog djela su dvije ili više osoba koje na temelju zajedničke odluke počine kazneno djelo tako da svaka od njih sudjeluje u počinjenju ili na drugi način bitno pridonosi počinjenju kaznenog djela.”
Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija (<i>Krivičen zakonik</i> , 2004.)	Član 22: “Ako dvije ili više osoba, svojim učestvovanjem ili bilo kojim drugim posebnim doprinosom počinjenju krivičnog djela, zajedno počine krivično djelo, svaka od njih kazniće se kaznom propisanom za to krivično djelo.”
Crna Gora (<i>Krivični zakonik</i> , 2004.)	Član 23: “Ako više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički izvrše krivično djelo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo.”
Srbija (<i>Krivični zakon Republike Srbije</i> , 2005.)	Član 33: “Saizvršilaštvo: Ako više lica učestvovanjem u radnji izvršenja zajednički učine ili iz nehata zajednički izvrše krivično delo, ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to delo.”
Slovenija (<i>Kazenski zakonik</i> , 1995.)	Član 25: “Ako dvije ili više osoba zajedno učestvuju u počinjenju krivičnog djela saradujući u njegovom izvršenju ili vršeći bilo kakvu radnju koja čini odlučujući dio počinjenja tog krivičnog djela, svaka od tih osoba kazniće se u okviru raspona kazni propisanih zakonom za to krivično djelo.”

U Statutu Međunarodnog suda, u članu 24(1), izričito je predviđeno samo to da će Međunarodni sud imati u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije. Međutim, to ne isključuje mogućnost da se Međunarodni sud, po istom principu, i (barem) u cilju sudačke pravičnosti i uvažavanja osloni na relevantne materijalnopravne odredbe primjenjive na teritoriji bivše Jugoslavije.

14. Štaviše, u mnogim drugim pravnim sistemima, tumačenje počinjenja razlikuje se od onog u jurisprudenciji Međunarodnog suda. Od vremena Nirnberga i Tokija, i u nacionalnom i u međunarodnom krivičnom pravu postalo je posebno prihvaćeno saizvršilaštvo kao oblik

počinjenja.⁷⁶ Na primjer, nedavna Komparativna analiza pravnih sistema, koju je proveo Institut “Max Planck” u Freiburgu, u Njemačkoj, pokazuje da su, *inter alia*, saizvršilaštvo u svoje krivične zakone uključile sljedeće države:⁷⁷

⁷⁶ Uz dužno poštovanje, ostajem pri svom stavu da je saizvršilaštvo čvrsto ukorijenjeno u običajnom međunarodnom pravu. Nažalost, kada je donijeta prvostepena presuda u predmetu Stakić, Pretresno vijeće – sastavljeno isključivo od sudija iz nacionalnih jurisdikcija – podrazumijevalo je da se pojam saizvršilaštva ne mora akademski potkrepljivati primjerima iz nacionalne prakse. Sada kada postoji Stručno mišljenje, fusnota 19 gore [tj. fusnota 63 gore u ovom članku], moguće je dati takvu empirijsku potkrepu.

⁷⁷ Vidi Stručno mišljenje, fusnota 19 gore [tj. fusnota 63 gore u ovom članku]. Štaviše, to istraživanje pokazuje da taj koncept priznaju čak i države koje saizvršilaštvo nisu kodifikovale u svojim krivičnim zakonima, kao što pokazuje ustaljena jurisprudencija. To se odnosi i na Švedsku (Stručno mišljenje,

internationales Strafrecht, Freiburg, Njemačka (u daljnjem tekstu: Stručno mišljenje), 2006.

Država	Relevantna odredba (dijelom neslužbeni prijevod)
Kamerun (<i>Livredu Code Penal</i>)	Član 96: “Est coautor celui qui participe avec autrui et en accord avec lui á la commission de Pinfraction.”
Čile (<i>Código Penal</i>)	Član 15: “Se consideran autores: 3 Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.”
Češka Republika (<i>Trestni zakon</i>)	Član 9(2): “Ako se krivično djelo počinu zajedničkim ponašanjem dvije ili više osoba, svaka od njih biće krivično odgovorna kao da je sama počinila krivično djelo (saučesnik).”
Njemačka (<i>Strafgesetzbuch</i>)	Član 25(2): “Ako više osoba zajedno počinu krivično djelo, svaka od njih biće kažnjena kao počinitelj (saizvršitelj).”
Grčka (<i>Poinikos Kodikas</i>)	Član 45: “Saizvršitelji: Ako dvije ili više osoba zajedno počine krivično djelo, svaka od njih biće kažnjena kao počinitelj.”
Mađarska (<i>1978. évi IV. Torvény a Büntető Törvénykönyvről</i>)	Član 20(2): “Saizvršitelji su osobe koje zajedno ostvare zakonski opis namjernog krivičnog djela sa sviješću o djelovanju drugih.”
Izrael	Član 29(b): “Učesnici u počinjenju krivičnog djela, koji izvrše radnje da se ono počinu jesu udruženi počinioци, a nevažno je da li su sve radnje počinjene zajednički ili je neke počinila jedna osoba, a neke druga.”
Japan	Član 60: “(Saizvršitelji): Dvije ili više osoba koje zajedno počine krivično djelo smatraće se glavnim počinioциma.”
Meksiko (<i>Código Penal</i>)	Član 13(3): “Son autores o partícipes del delito: Los que lo realicen conjuntamente.”
Nizozemska (<i>Wetboek van Strafrecht</i>)	Član 47(1): “Kao počinioци krivičnog djela biće kažnjeni: oni koji počine krivično djelo, koji prouzrokuju počinjenje krivičnog djela ili koji zajedno počine krivično djelo.”
Poljska (<i>Kodeks Karny</i>)	Član 18, par. 1: “Ne samo osoba koja je počinila zabranjeno djelo sama ili u dogovoru s drugom osobom, nego i osoba koja je upravljala počinjenjem zabranjenog djela od strane druge osobe ili iskoristila to što joj je druga osoba potčinjena i toj osobi naredila da počinu zabranjeno djelo, biće odgovorna za počinjenje.”
Portugal (<i>Código Penal</i>)	Član 26: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermedio de outrem, ou tomar parte directa na sua execucao, por acordó ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa á prática do facto, desde que haja execucao ou comeco de execucao.”
Republika Koreja (<i>Hyeong-beop</i>)	Član 30: “Saizvršilaštvo: Ako dvije ili više osoba zajedno počine krivično djelo, svaka od njih biće kažnjena kao počinitelj.”
Španija (<i>Código Penal</i>)	Član 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

Izveštaj o Švedskoj, str. 10) i Francusku (Stručno mišljenje, Izveštaj o Francuskoj, str. 6). Mada nisu uključeni u analizu u Stručnom mišljenju, švajcarski sudovi su takođe razvili sličan pristup: vidi M. A. Niggli i H. Wiprächtiger (ur.), Basler Kommentar – Strafgesetzbuch I, Vor član 24, br. na margini 7 i ostali koji slijede.

I sljedeće države su prihvatile koncept saizvršilaštva:

Država	Relevantna odredba (dijelom neslužbeni prijevod)
Kolumbija (<i>Código Penal</i>)	Član 29: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.”
Finska (<i>Rikoslaki</i>)	Glava 5, član 3: “Ako su dvije ili više osoba zajedno počinile namjerno krivično djelo, svaka od njih može biti kažnjena kao počinilac.”
Paraguay (<i>Código Penal</i>)	Član 29(2): “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.”

“17. Kao međunarodni krivični sud, ovaj sud ima obavezu da se ne ogлуši o te nove momente u razvitku savremenog krivičnog prava i da pokaže nepristrasnost, poštovanje i tolerantnost – neotuđive preduslove svih vrsta nadnacionalne ili međunarodne saradnje u pitanjima krivičnog prava – tako što će prihvatiti priznata pravna tumačenja i teorije, kao što je pojam saizvršilaštva. Saizvršilaštvo se ponešto razlikuje od udruženog zločinačkog poduhvata u pogledu ključnog elementa atribucije.⁷⁸ Međutim, ta dva pristupa se u velikoj mjeri preklapaju i moraju se stoga uskladiti u jurisprudenciji oba *ad hoc* međunarodna suda. Adekvatnim kombinovanjem objektivnih i subjektivnih komponenata, takvo usklađivanje bi istovremeno moglo jasnije omeđiti sve kategorije udruženog zločinačkog poduhvata. Kao što je istaklo Žalbeno vijeće u drugostepenoj presudi u predmetu *Kunarac*, “ratni zakoni ‘nisu statični, oni se neprekidno prilagođavaju potrebama svijeta koji se mijenja’”.⁷⁹ Uopšteno govoreći, usklađivanje će u budućnosti dovesti do veće prihvaćenosti jurisprudencije Međunarodnog suda od strane međunarodnih krivičnih sudova, kao i u nacionalnim sistemima, u kojima se podrazumijeva da propisana krivična odgovornost za “počinjenje” uključuje saizvršilaštvo [...]”

“20. Savremeno krivično pravo sada primjenjuje koncept posrednog izvršilaštva čak i kad je neposredni i fizički počinilac krivično odgovoran (“počinilac iza počinioća”).⁸⁰ To je naročito relevantno ako su krivična djela počinjena putem organizovane strukture vlasti. Budući da je identitet neposrednog i fizičkog počinioća/počinilaca irelevantan, kontrola i, prema tome, glavna odgovornost za počinjene

zločine prelazi na osobe koje zauzimaju vodeći položaj u takvoj organizovanoj strukturi vlasti.⁸¹ Te osobe se stoga moraju smatrati počinioćima bez obzira na to da li su neposredni i fizički počinioći sami krivično odgovorni ili (u izuzetnim okolnostima) nisu.”

2) Tužilac protiv Martića (presuda Žalbenog vijeća) IT-95-11-A (8. 10. 2008.)

“2. Međutim, smatram da je nužno da napišem izdvojeno mišljenje jer sam čvrsto uvjeren da Martićevo kažnjivo ponašanje treba da se okvalifikuje kao ponašanje (sa)izvršioća shodno vidu odgovornosti “počinjenja” prema članu 7(1) Statuta Međunarodnog suda. Brine me činjenica da je Martićevo kažnjivo ponašanje prevashodno okvalifikovano na osnovu pripadništva grupi – takozvanom udruženom zločinačkom poduhvatu (UZP) – što je nespojivo sa

⁷⁸ Dok se udruženi zločinački poduhvat zasniva prvenstveno na zajedničkom stanju svijesti počinilaca (subjektivni kriterijum), saizvršilaštvo ovisi i o tome da li je počinilac imao kontrolu nad krivičnim djelom (objektivni element).

⁷⁹ Drugostepena presuda u predmetu *Kunarac*, stav 67, gdje se citira Međunarodni vojni sud u Nirnbergu.

⁸⁰ Za detaljnu analizu i reference, vidi drugostepenu presudu u predmetu *Gacumbitsi*, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga o krivičnoj odgovornosti žalioca za počinjenje genocida; vidi i C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. izd. (2006.), str. 141–274; vidi i Hector Olásolo i Ana Perez Cepeda, 4 ICLR (2004.), str. 475–526.

⁸¹ U jednom od svojih glavnih predmeta, predmetu *Politbüro*, njemački Savezni vrhovni sud (Bundesgerichtshof) zauzeo je stav da su tri visoko pozicionirana političara bivše Demokratske republike Njemačke odgovorna kao posredni počinioći za ubistva osoba na istočnonjemačkoj granici od strane graničnih stražara (njemački Savezni vrhovni sud (Bundesgerichtshof), presuda od 26. 7. 1994., BGNSt. 40, str. 218–240); Argentinski sudovi su donijeli osuđujuće presude za krivična djela koja su počinili pripadnici hunte na osnovu posrednog izvršilaštva (vidi argentinski Državni žalbeni sud, Presuda za kršenje ljudskih prava od strane bivših vojnih vođa od 9. 12. 1985. Za pregled i prijevod ključnih dijelova te presude, vidi 26 ILM (1987), str. 317–372. Argentinski Državni žalbeni sud je ocijenio da je pojam posrednog izvršilaštva sadržan u članu 514 argentinskog Vojnog krivičnog zakona i u članu 45 argentinskog Krivičnog zakona. Argentinski Vrhovni sud podržao je tu presudu 30. 12. 1986.). U Stručnom mišljenju navode se sljedeći primjeri: u Portugalu je donesen zakon da se riješi pitanje krivičnih djela tokom Estado Novo koji je omogućio da se osude oni koji su organizovali zločine “iza kulisa” oslanjajući se samo na svoju funkciju i vlast u okviru organizovanog sistema: Lei n.º 8/75 de 25 Julho de 1975., objavljeno u Boletim do Ministerio da Justica Nº 249 de Outubro de 1975., str. 684 i sljedeće, (citirano u Izvještaju o Portugalu, str. 15). Španski Tribunal Supremo upotrijebio je pojam “počinilac iza počinioća” u predmetu iz 1994.: Sentencia Tribunal Supremo núm. 1360/1994 (koji je citiran u Izvještaju o Španiji, str. 15). U opštim crtama, vidi C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. izd. (2006.), str. 242–252.

Statutom i što, naprotiv, izgleda kao da trivijalizuje njegovu krivicu. Na Martića se mora gledati kao na visokopozicioniranog glavnog izvršioca, a ne samo kao na pripadnika zločinačke grupe.”

“5. Statut ne sankcionira individualnu krivičnu odgovornost na osnovu učešća u UZP. Statut ne inkriminira pripadništvo udruženjima ili organizacijama. Svrha ovog Međunarodnog suda jeste da kažnjava pojedince, a ne da odlučuje o odgovornosti država, organizacija ili udruženja. Kao što je rečeno u Nirnbergu:

Zločine protiv međunarodnog prava čine ljudi, ne apstraktni entiteti, i odredbe međunarodnog prava mogu se sprovesti samo kažnjavanjem pojedinaca koji su počinili takve zločine.⁸²

U skladu s tim, svaka ideja o kolektivnoj odgovornosti, prebacivanju krivice s pojedinaca na udruženja ili organizacije i izvođenju krivične odgovornosti iz pripadništva takvim udruženjima ili organizacijama mora se odbaciti ne samo kao postupanje *ultra vires*, nego i kao kontraproduktivno za mandat Međunarodnog suda da donese mir i pomirenje prostorima bivše Jugoslavije. Iz tog razloga, ne mogu da se složim s ovom presudom kada izvršioca opisuje kao “učesnika u UZP”,⁸³ kada govori o “učesnicima u UZP [kojima se] može pripisati odgovornost za zločine koje su počinili glavni izvršioci koji nisu učesnici tog UZP”⁸⁴ i kada pominje “druge učesnike [u UZP]” pored optuženog.⁸⁵ Iako je Žalbeno vijeće ranije izričito navelo da “krivična odgovornost na osnovu udruženog zločinačkog poduhvata nije odgovornost za puko članstvo niti udruživanje radi činjenja krivičnih djela”,⁸⁶ stalno proširivanje koncepta UZP u praksi Međunarodnog suda navodi na suprotan zaključak. U tom kontekstu, podsjećam na izvještaj generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, u kojem je on rekao slijedeće:

Postavlja se pitanje [...] da li se pravno lice, kao što je udruženje ili organizacija, može smatrati zločinačkim kao takvo i da li se onda njegovi članovi, samo iz tog razloga, mogu staviti pod nadležnost Međunarodnog suda. Generalni sekretar smatra da takav koncept ne bi trebalo da bude prihvaćen kada je u pitanju Međunarodni sud. Krivična djela navedena u ovom Statutu počinila su fizička lica; takva lica bi potpadala pod nadležnost Međunarodnog suda, bez obzira na članstvo u grupama.⁸⁷

⁸² Međunarodni vojni sud, Presuda i kazna od 1. 10. 1946. godine, u: *Criminâis Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946*, tom L, str. 223.

⁸³ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁸⁴ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁸⁵ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁸⁶ Tužilac protiv Milana Milutinovića i drugih, Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost – udruženi zločinački poduhvat, 21. 5. 2003., stav 26.

⁸⁷ Generalni sekretar, Izvještaj generalnog sekretara u skladu s

6. Ne treba da ponavljam da je Žalbeno vijeće ovog Međunarodnog suda nepotrebno i bez ikakvog obrazloženja *proprio motu* odbacilo međunarodno prihvaćene definicije pojma “počinjenje”, kao što su koncepti saizvršilaštva, izvršioca iza izvršioca ili posrednog izvršioca, koji svi čine dio međunarodnog običajnog prava,⁸⁸ kao što je, konkretno, zaključeno u nedavnim ključnim odlukama Međunarodnog krivičnog suda.⁸⁹ Dovoljno je reći da u ovoj fazi razvoja međunarodnog krivičnog prava nije nimalo korisno to što sada postoje dva suprotstavljena koncepta počinjenja kao vida krivične odgovornosti. Nedvosmislenim formulacijama obje odluke koje je donijelo Pretresno vijeće I Međunarodnog krivičnog suda, prilikom tumačenja riječi “počinjenje” shodno članu 25(3) (a) Statuta MKS, prihvaćen je koncept saizvršilaštva.⁹⁰ U međunarodnom krivičnom pravu može postojati samo jedna definicija tog vida odgovornosti.⁹¹

7. Pored toga, to što Žalbeno vijeće stalno prilagođava sadržaj pojma UZP⁹² izaziva veliku zabrinutost u pogledu poštovanja načela *nullum crimen sine lege*. Posebno je zabrinjavajuća činjenica da takozvanoj trećoj (“proširenoj”) kategoriji UZP nedostaje objektivni element. Ne može biti dovoljno da se kaže da optuženi snosi krivičnu odgovornost za djela koja su eventualno počinila druga lica, ako je “činjenje zločina [...] bilo prirodna i predvidiva posljedica zajedničkog kašnjenog cilja”.⁹³ Tu nedostaje dodatni objektivni element, kao što je kontrola nad zločinom,⁹⁴ koji bi postojao da su primijenjeni koncepti saizvršilaštva ili posrednog izvršilaštva. Taj neophodni element kontrole

paragrafom 2 Rezolucije 808 Savjeta bezbjednosti (1993), U. N. Doc S/25704 (3. maj 1993. godine), stav 51.

⁸⁸ Za podrobnu argumentaciju, vidi Tužilac protiv Blagoja Sirnića, predmet br. IT-95-9-A, drugostepena presuda, Protivno mišljenje sudije Schomburga, 28. 11. 2006. godine, i Sylvestre Gacumbitsi protiv tužioca, predmet br. ICTR-2001-64-A, drugostepena presuda, Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga o krivičnoj odgovornosti žalioca za počinjenje genocida, 7. 7. 2006. godine.

⁸⁹ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁹⁰ Tužilac protiv Germaina Katange i Mathieua Ngudjola Chuaia, predmet br. ICC-01/04-01/07, Odluka o potvrđivanju optužnice, 30. 9. 2008. godine, stav 510. Tužilac protiv Thomasa Lubanga Dyila, predmet br. ICC-01/04-01/06, Odluka o potvrđivanju optužnice, 29. 1. 2007. godine, stav 338.

⁹¹ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁹² Vidi, na primjer, razne formulacije iz drugostepene presude u predmetu Tadić (stav 204 et seq., stav 228), drugostepene presude u predmetu Brđanin (stav 410 et seq., stav 418 et seq.), drugostepene presude u predmetu Limaj (stav 119), kojima se izričito ograničava odgovornost za zločine koje su počinili učesnici [sic] u UZP, dok je u ovoj presudi, u stavu 171, takvo ograničavanje izričito odbačeno.

⁹³ Presuda, stav 171.

⁹⁴ Vidi Tužilac protiv Germaina Katange i Mathieua Ngudjola Chuaia, predmet br. ICC-01/04-01/07, Odluka o potvrđivanju optužnice, 30. 9. 2008. godine, stav 485 s daljim iscrpnim referencama.

nad zločinom bi, s jedne strane, služio kao zaštita za adekvatno ograničavanje obima *individualne* krivične odgovornosti a, s druge strane, omogućio bi da se napravi primjerena razlika između glavnog izvršioca i saučesnika. Nasuprot tome, trenutna promjenjiva definicija treće kategorije UZP mogla bi stvarno dovesti do sistema u kojem bi se krivica pripisivala samo zbog povezanosti.

8. Da ne bi bilo zabune, u ovom predmetu, iz zbira svih zaključaka Pretresnog vijeća slijedi da je Martić vršio neopodno kontrolu nad kažnjivim ponašanjem i, prema tome, bio glavni izvršilac svih zločina za koje je proglašen krivim. Njegova fizička udaljenost od mnogih od tih zločina je nebitna. Kao što je istakao Okružni sud u Jerusalemu u predmetu *Eichmann*:

Kod tako ogromnog i složenog zločina kao što je ovaj kojim se sad bavimo, u kojem su na raznim nivoima i u raznim oblicima aktivnosti učestvovali mnogi ljudi – oni koji su, shodno svojim različitim položajima, planirali, organizovali i oni koji su vršili djela – nema mnogo smisla da se koriste uobičajeni koncepti nagovaranja i podsticanja na činjenje zločina. Naime, ti zločini su činjeni masovno, ne samo u pogledu broja žrtava, nego i u pogledu broja onih koji su činili zločin, pa mjera u kojoj je neki od tih brojnih zločinaca bio blizu stvarnog ubice žrtve ili od njega udaljen ne znači ništa u pogledu mjere njegove odgovornosti. Naprotiv, uopšte uzevši, stepen odgovornosti raste kako se udaljavamo od čovjeka koji je svojim rukama upotrijebio smrtonosni instrument i približavamo se višim strukturama komandovanja ...⁹⁵

9. Isto tako, sa zabrinutošću konstatujem da ni vještački koncept UZP ni njegova podijeljenost u tri kategorije nisu dali nikakav doprinos pitanju odmjeravanja kazne. U načelu, odlučujući element mora da bude individualni doprinos optuženog. Ponekad se stiče pogrešan utisak da treća kategorija UZP povlači niže kazne samo zbog svog sveobuhvatnog karaktera. Međutim, mora se reći da nečija krivica u pravilu raste uporedo s njegovim položajem u hijerarhiji: što je viši položaj kreatora politike ili što je veća njegova udaljenost od lica koje svojim rukama čini zločin, to je njegova odgovornost veća.⁹⁶

3) Gacumbitsi protiv tužioca (presuda Žalbenog vijeća ICTR-2001-64-A (7. 7. 2006.))

“19. Pojam posrednog izvršenja se naročito primjenjuje u predmetima organizovanog kriminala, terorizma, privrednog kriminala ili zločina koji podstiče država. Na primjer, argentinski sudovi su donijeli osuđujuće presude za krivična djela koja su počinili pripadnici hunte na osnovu posrednog izvršilaštva.⁹⁷ U jednom od svojih glavnih pred-

meta, predmetu *Politbüro*, njemački Savezni vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*) zauzeo je stav da su tri visoko pozicionirana političara bivše Demokratske republike Njemačke odgovorna kao posredni počinioци za ubistva osoba na istočnonjemačkoj granici od strane graničnih stražara.⁹⁸

20. Savremeno krivično pravo sada primjenjuje koncept posrednog izvršilaštva čak i kad je neposredni i fizički počinilac krivično odgovoran (“počinilac iza počinioца”).⁹⁹ Ovo je naročito relevantno ako su krivična djela počinjena putem organizovane strukture vlasti u kojoj neposredni i fizički počinilac ne predstavlja ništa više od karike u lancu koju može odmah zamijeniti neko drugi. Budući da je identitet neposrednog i fizičkog počinioца irelevantan, kontrola i, prema tome, glavna odgovornost za počinjene zločine prelazi na osobe koje zauzimaju vodeći položaj u takvoj organizovanoj strukturi vlasti.¹⁰⁰ Te osobe se stoga moraju smatrati počinioцима bez obzira na to da li su neposredni i fizički počinioци sami krivično odgovorni ili (u izuzetnim okolnostima) nisu. Ovaj pristup su primjenjivali, na primjer, njemački sudovi u predmetima koji su se odnosili na ubistva na istočnonjemačkoj granici: oni istočnonjemački graničari koji su počinili ubistva, a koji su identifikovani i kojima je suđeno, su uglavnom bivali osuđeni kao počinioци. Međutim, to nije umanjilo krivičnu odgovornost onih koji su djelovali “iza kulisa”. Kao što je njemački Savezni vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*) smatrao u gorepomenutom predmetu *Politbüro*:

U određenim grupama predmeta, čak i ako neposredni počinilac ima neograničenu odgovornost za svoje postupke, doprinos osobe iza kulisa skoro automatski dovodi do pojave sastavnih elemenata krivičnog djela čije je izvršenje namjeravala ta osoba iza kulisa. Takav je slučaj, na primjer, kada osoba iza kulisa iskoristi određene temeljne uslove kroz određene

Ljudskih prava od strane bivših vojnih vođa od 9. 12. 1985. Za pregled i prijevod ključnih dijelova te presude, vidi 26 JXM (1987), str. 317–372. Argentinski Državni žalbeni sud je ocijenio da je pojam posrednog izvršilaštva sadržan u članu 514 argentinskog Vojnog krivičnog zakona i u članu 45 argentinskog Krivičnog zakona. Argentinski Vrhovni sud podržao je tu presudu 30. 12. 1986. Vidi i K. Ambos i C. Grammer, *Tatherrschaft qua Organisation, Die Verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann*, u: T. Vormbaum (ur.), *4 Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte* (2002/2003), str. 529–553 (zvanično Pravno mišljenje o odgovornosti argentinskih vojnih vođa za smrt Elisabeth Käsemann, koje je naručila (njemačka) Koalicija protiv nekažnjivosti). O (njemačkoj) Koaliciji protiv nekažnjivosti, vidi <http://www.fdcl-berlin.de>.

⁹⁸ Njemački Savezni vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*), presuda od 26. 7. 1994., BGHSt. 40, str. 218–240.

⁹⁹ Budući se posredno izvršilaštvo fokusira na kontrolu koju posredni izvršilac ima nad voljom neposrednog i fizičkog počinioца, to se ponekad shvata tako da zahtijeva neki posebni “hendikep” kod neposrednog i fizičkog počinioца koji isključuje njegovu krivičnu odgovornost.

¹⁰⁰ Vidi C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. izd. (2000.), str. 242–252.

⁹⁵ Državni tužilac Izraela protiv Adolfa Eichmanna, Okružni sud u Jerusalemu, presuda od 12. 12. 1961. godine, 361LR 18 (168), stav 197.

⁹⁶ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

⁹⁷ Vidi argentinski Državni žalbeni sud, Presuda za kršenje

organizacione strukture i kada njegov doprinos događajima pokrene redovne postupke. Takvi temeljni uslovi uz redovne postupke se naročito često mogu naći u organizacionim strukturama države [...] kao i komandnoj hijerarhiji. Ako osoba iza kulisa djeluje potpuno svjesna tih okolnosti, a naročito ako iskorištava bezrezervnu spremnost neposrednog izvršioca da dovede do pojave sastavnih elemenata zločina, te ako želi da dođe do rezultata kao posljedice njegovog vlastitog djelovanja, onda je on izvršilac putem posrednog izvršenja. On ima kontrolu nad izvršenjem [...] U takvom slučaju, ako se osoba iza kulisa ne bi smatrala jednim od izvršilaca to bi značilo da se ne bi pravilno cijenila važnost njegovog doprinosa zločinu, naročito zato što odgovornost često raste, a ne smanjuje se, što je neko udaljeniji od mjesta zločina [...] ¹⁰¹

21. Iz ovih razloga pojam posrednog izvršilaštva naročito dobro odgovara i potrebama međunarodnog krivičnog prava. ¹⁰² To je sredstvo da se premosti bilo koja potencijalna fizička udaljenost od mjesta zločina osoba koje se moraju smatrati glavnim počiniocima zbog svoje ukupne uključenosti i kontrole nad počinjenim zločinima. Ovo je priznato nakon uspostave MKS, čiji Statut u članu 25(3)(a), uključuje i koncept saizvršilaštva i posrednog izvršilaštva (“počinilac iza počinioca”) ... S obzirom na opšte prihvatanje saizvršilaštva i posrednog izvršilaštva, Statut MKS ne stvara novi zakon u tom smislu, nego odražava postojeći.”

Sada ću se osvrnuti na:

IV) Odluke koje je donio MKS da bi prekinuo primjenu koncepta UZP

Već u predmetu *Tužilac protiv Lubange* (Odluka Pretpresnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/04-01/06 (29. 1. 2007.), ¹⁰³ MKS jasno odstupa od previše

¹⁰¹ Njemački Savezni vrhovni sud (Bundesgerichtshof), presuda od 26. 7. 1994., BGHSt. 40, str. 218–240, str. 236.

¹⁰² Izgleda da ovo priznaje i Pretpresno vijeće I MKS koje je navelo u nedavnoj odluci: po mišljenju Vijeća, postoje razumne osnove da se vjeruje da, s obzirom na navodni hijerarhijski odnos između g. Thomasa Lubange Dyila i ostalih pripadnika UPC i FPLC (Unija patriota Konga i Patriotske snage za oslobođenje Konga), koncept posrednog saizvršilaštva, koji je zajedno s konceptom saizvršilaštva koji se zasniva na zajedničkoj kontroli nad zločinom na koji se odnosi podnesak Tužilaštva propisan u članu 25(3) Statuta, može se primijeniti na navodnu ulogu koju je g. Thomas Lubanga Dyilo imao u počinjenju zločina koji su navedeni u podnesku Tužilaštva. Tužilac protiv Thomasa Lubange Dyila, Odluka koja se odnosi na odluku Pretpresnog vijeća I od 10. 2. 2006. godine i o uključenju dokumenata u spis predmeta protiv g. Thomasa Lubange Dyila, ICC-01/04-01/06, 24. 2. 2006., Aneks I: Odluka o podnesku tužioca kojim se traži nalog za hapšenje, član 58, stav 96 (naglašavanje autorovo).

¹⁰³ Tužilac protiv Lubange (Odluka Pretpresnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/04-01/06 (29. 1. 2007.), stavovi 322–367.

subjektivnog koncepta UZP, naročito u stavovima 235 i onim koji slijede.

MKS je nastavio svoju dubinsku analizu ove vrste odgovornosti u predmetu *Tužilac protiv Katange i drugih* (Odluka Pretpresnog vijeća o potvrđivanju optužnice) ICC-01/04-01/07 (30. 9. 2008.):

“495. Izvršenje zločina putem druge osobe je jedan model krivične odgovornosti koji priznaju vodeći pravni sistemi u svijetu. ¹⁰⁴ Glavni izvršilac (“izvršilac sredstvom”) koristi izvršioca (direktnog izvršioca) kao alatku ili instrument za izvršenje zločina. Uobičajeno je da izvršilac kojeg koriste kao puki instrument neće imati punu krivičnu odgovornost za svoja djela. ¹⁰⁵ Kao takvom, nevinost će mu zavisiti od dostupnosti prihvatljivih opravdanja i/ili izgovora za njegova djela. Prihvatljiva opravdanja i izgovori uključuju i situacije kada osoba: i) djeluje u pogrešnom uvjerenju; ii) djeluje pod prinudom; i/ili iii) ne može se smatrati krivom.

496. U pravnoj doktrini razvijen je jedan koncept koji priznaje mogućnost da osoba koja djeluje kroz neku drugu osobu može biti lično krivično odgovorna, bez obzira na to da li je izvršilac (neposredni izvršilac) također odgovoran. Ova doktrina zasniva se na ranim radovima Clausa Roxina i imenovana je po pojmu “počinilac iza počinioca” (Täter hinter dem Täter). ¹⁰⁶

497. Obrazloženje iza ove vrste krivične odgovornosti je da je počinilac iza počinioca odgovoran zato što kontroliše volju neposrednog izvršioca. Prema nekim scenarijima moguće je da oba počinioca, kao takvi, budu krivično odgovorna kao glavni počinioci: neposredni počinilac zbog toga što ispunjava subjektivne i objektivne elemente zločina, a počinilac iza počinioca zbog svoje kontrole nad zločinom putem svoje kontrole nad voljom neposrednog počinioca.

498. Nekoliko grupa predmeta predstavljeni su kao primjeri kada se počiniocu iza počinioca dodjeljuje glavna odgovornost uprkos postojanju jednog odgovornog neposrednog počinioca (tj. onog koji se za svoja djela ne oslobađa odgovornosti zbog greške, prinude, nepostojanja mogućnosti da ga se smatra krivim). ¹⁰⁷ Bez obzira na

¹⁰⁴ Vidi Fletcher, O. P., *Rethinking Criminal Law* (Ponovno razmatranje krivičnog prava), New York, Oxford University Press, 2000., str. 639; Werle, G., “Individual Criminal Responsibility under Article 25 of the Rome Statute” (“Individualna krivična odgovornost prema članu 25. Rimskog statuta”), 5 J. Int’l Criminal Justice 963 (2007.).

¹⁰⁵ Ambos, K., “Article 25: Individual Criminal Responsibility” (Član 25: Individualna krivična odgovornost), u Triffterer, O. (ur.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Komentar na Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda), Baden-Baden, Nomos, 1999., str. 479; Jiménez de Asúa, L., *Lecciones de Derecho Penal*, México, Colección Clásicos del Derecho, 1995., str. 337.

¹⁰⁶ Roxin, C., “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* \963\ str. 193–207.

¹⁰⁷ ³⁰⁷ Takvi scenariji uključuju, između ostalog, predmete u

to, predmeti koji su najvažniji za međunarodno krivično pravo su oni u kojima je počinitelj iza počinio zločin putem druge osobe kroz "kontrolu nad organizacijom" (Organisationherrschaft).¹⁰⁸

a. Kontrola nad organizacijom

500. U svrhe ove odluke pristup "kontrole nad zločinom" zasnovan je na institutu "kontrole nad organizacijom" glavnog izvršioca. Vijeće se oslanja na ovaj institut "kontrole nad organizacijom" iz više razloga, uključujući i sljedeće: (i) uključen je u okvir Statuta; (ii) sve se češće koristi u domaćoj praksi i (iii) razmatran je u praksi međunarodnih tribunala. Takav institut je također prepoznat u praksi Pretpresnog vijeća III ovog Suda.

506. Ovaj institut je također primjenjivan u međunarodnom krivičnom pravu u praksi međunarodnih tribunala.¹⁰⁹ U presudi u predmetu protiv Milomira Stakića, Pretpresno vijeće II MKSJ pozvalo se na saizvršilački vid odgovornosti počinjenjem zločina putem druge osobe kako bi izbjeglo nedosljednosti u primjeni teorije krivične odgovornosti tzv. "udruženog zločinačkog poduhvata" koja se primjenjuje na visoko pozicionirane vođe i komandante.¹¹⁰

507. Kako navodi odbrana Germaina Katange,¹¹¹ presuda Pretpresnog vijeća je ukinuta po žalbi. Međutim, obrazloženje presude Žalbenog vijeća MKSJ je od suštinske važnosti za razumijevanje razloga zbog kojih pobijana odluka ne poništava validnost ovog oblika odgovornosti po Rimskom statutu.

508. Žalbeno vijeće je odbilo ovaj vid odgovornosti navodeći pritom da on nije dio međunarodnog običajnog prava.¹¹² Međutim, po članu 21. stav 1. tačka a) Statuta, prvi izvor relevantnog prava je Statut. Principi i pravila

međunarodnog prava čine sekundarni izvor koji se primjenjuje samo u slučaju da Statut ne nudi pravno rješenje. U svjetlu toga, te imajući u vidu da Rimski statut izričito propisuje ovaj konkretan vid odgovornosti, pitanje da li običajno pravo priznaje ili odbacuje "zajedničko izvršenje kroz drugu osobu" nije relevantno za ovaj Sud. Ovo je dobar primjer potrebe da se praksa *ad hoc tribunala ne transponira mehanički u praksu Suda*.¹¹³

509. Konačno, najrecentniji primjer da je Pretpresno vijeće III Suda koje je također podržalo ovaj princip individualne krivične odgovornosti u predmetu protiv Jean-Pierra Bembea Gomboe. Nakon što je utvrdilo položaj osumnjičenog kao vođe organizacije i opisalo funkcionisanje paravojnih snaga, Pretpresno vijeće III konstatuje:

S obzirom na gore navedeno, Vijeće smatra da postoje razumni razlozi za sumnju da je, uslijed njegovog autoriteta nad njegovom vojnom organizacijom, gospodin (...) imao načina da izvrši kontrolu nad zločinima koje su počinile jedinice MLC raspoređene u CAR.¹¹⁴

510. U konačnici, prihvatanje instituta "kontrole nad organizovanim aparatom moći" u modernoj pravnoj doktrini,¹¹⁵ njegovo priznavanje u domaćim pravnim

kojima počinitelj iza počinio zločin putem neposrednog počinio pogrešno mu predstavljajući ozbiljnost tog zločina; kvalifikatorne okolnosti zločina; i/ili identitet žrtve. Vidi Straten Werth, G. & Kuhlen L. Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. izdanje, Kein, Heymanns, 2004., § 12/59–67; Roxin, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Minhen, C. H. Beck, 2003., §25/94–104.

¹⁰⁸ Roxin, C., "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", Goldammer's Archiv für Strafrecht (1963.), str. 193–207; Ambos, K., La parte general del derecho penal internacional, Montevideo, Ternis, 2005., str. 240.

¹⁰⁹ MKSR, Tužilac protiv Gacumbitsi, predmet br. ICTR-2001-64-A, presuda Žalbenog vijeća, "Izdvojeno mišljenje sudije Schomburga", 7. 7. 2006, stav 14–22; MKSJ, Tužilac protiv Milomira Stakića, predmet br. IT-97-24-T, Presuda, 31. 7. 2003, stav 439 i dalje; stav 741 i dalje. Prema Ambos, K., Internationales Strafrecht, München Beck 2006, §7/29, njegovi principi priznaju se u praksi Nirnberškog suda. SAD protiv Alstotter i dr. ("The Justice Case"), 3 T. W. C. 1 (1948), 6 L. R. T. W. C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948).

¹¹⁰ MKSJ) Tužilac protiv Milomira Stakića, predmet br. IT-97-24-T, presuda Pretpresnog vijeća, 31. 7. 2003, stav 439, 741 [ostatak izostavljen].

¹¹¹ ICC-01/04-01/07-698, stav 26.

¹¹² Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

¹¹³ Werle, G., "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", /Individualna krivična odgovornost po članu 25. Statuta MKS/ 5 J. Int'l Criminal Justice 953 (2007), str. 961–962: "Statut MKS mora se posmatrati kao odvojen set pravila. Stoga mehaničko preuzimanje prakse ad hoc tribunala definitivno nije ispravan pristup; Werle, G., Völkerstrafrecht, 2nd ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, stav 425 i dalje.

¹¹⁴ ICC-01/05-01/08-14-tENG, stav 78.

¹¹⁵ Sancinetti, M., Teoría del delito y disvalor de acción • una investigación sobre las consecuencias practicas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, str. 712 i dalje.; Sancinetti, M., Derechos humanos en la Argentina post dictatorial, Buenos Aires, Lea, 1988, str. 27 i dalje.; Sancinetti, M. & Ferrante, M., El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, str. 313; Bacigalupo, E., Principios de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, str. 334; Ambos, K., La parte general del derecho penal internacional, Montevideo, Ternis, 2005, str. 216–240; Ambos, K., Internationales Strafrecht, München, Beck, 2006, §§ 7/29 i dalje; Straten Werth, G. & Kuhlen, L., Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5 ed., Köln, Heymanns, 2004, § 12/65 i dalje; Kühl, K., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4th ed., München, Vahlen, 2002, § 20/73 i dalje; Wessels, J. & Beulke, W., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36th ed., Heidelberg, Müller, 2006, n. 541; Roxin, C., "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", Goldammer's Archiv für Strafrecht (1963), str. 193–207; Roxin, C., Täterschaft und Tatherrschaft, 8th ed., Berlin, De Gruyter, 2006, str. 248 i dalje; Roxin, C., "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", 7 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2006), str. 294; Roxin, C., "Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg", in Amelung, K. (Ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, Pro Universitate, 2000, str. 55 i dalje; Herzberg, R.

sistemima,¹¹⁶ njegovo razmatranje u praksi *ad hoc tribunala koju, kako je rečeno, treba razdvojiti od primjene pred ovim Sudom, njegovo potvrđivanje u praksi Pretpretresnog vijeća III Međunarodnog krivičnog suda i što je najbitnije, njegovo uključivanje u zakonski okvir Suda, predstavlja uvjerljiv razlog da Vijeće dopusti ovaj pristup krivičnoj odgovornosti u svrhe ove Odluke.*

521. Saizvršilaštvo zasnovano na zajedničkoj kontroli nad zločinom podrazumijeva podjelu osnovnih zadataka između dvije ili više osoba koje djeluju u dogovoru s ciljem izvršenja tog zločina. Kako je ranije objašnjeno, osnovne zadatke mogu direktno izvršiti saizvršioци ili se zadaci izvršavaju putem druge osobe.

a. Postojanje dogovora ili zajedničkog plana između dvije ili više osoba

522. Stav Vijeća je da je prvi objektivni uslov za postojanje saizvršilaštva na osnovu zajedničke kontrole nad zločinom postojanje dogovora ili zajedničkog plana između osoba koje fizički izvršavaju krivičnopravne radnje ili između onih koji izvršavaju krivičnopravne radnje putem druge osobe. Učešće u zločinima koje su počinile druge osobe bez saradnje sa saučesnicima ne predstavlja saizvršilaštvo u značenju iz člana 25, stav 3. tačka a) Statuta.

523. Kako je objašnjeno u odluci Lubanga, zajednički plan mora uključiti izvršenje zločina.¹¹⁷ Nadalje, Vijeće je smatralo da dogovor ne mora biti eksplicitan te da njegovo postojanje može proizlaziti iz kasnijeg usklađenog djelovanja saizvršilaca.¹¹⁸

D., Täterschaft und Teilnahme, München, Beck, 1977, str. 42 et seq.; Hirsch, H., Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1996, str. 22–23; Bloy, R., “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (1996), str. 425–442; Schönke, A. & Schröder, H., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26 ed., München, Beck, 2001, § 25/25a; Tröndle, H. & Fischer, T., Strafgesetzbuch, Kommentar, 53rd ed., München, Beck, 2006, § 25/7; Küpper, G., “Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen”, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (1998), p. 524; Schlösser, J., Soziale Tatherrschaft, Berlin, Duncker und Humblot, 2004, str. 145 i dalje; Radtke, H., “Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht”, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (2006), str. 350 i dalje.

¹¹⁶ Savezni vrhovni sud Njemačke, BGHSt 40, 218, na str. 236 i dalje; 45, 270 na str. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767 na str. 769. Savezno žalbeno vijeće Argentine, suđenje Juntas, predmet br. 13/84, poglavlje 7/5. Presuda Vrhovnog suda Perua, predmet br. 5385–200. 14. 12. 2007. Vrhovni sud Čilea (istražni sudija), Fallos de Mes, ano XXXV, noviembre de 1993, 12. 11. 1993; Vrhovni sud Španije, kazneno vijeće, predmet br. 12966/1994, 2. 7. 1994. (sudija Bacigalupo). Nacionalni sud Španije, Središnji istražni sud, br. 5, 29. 3. 2006.

¹¹⁷ ICC-01/04-01/06-803-OEN, stav 344.

¹¹⁸ ICC-01/04-01/06-803-tEN, stav 345.

b. U koordinisanom suštinskom doprinosu svakog saizvršioца ostvaruju se objektivni elementi krivičnog djela

524. Vijeće smatra da je drugi objektivni uslov za postojanje saizvršilaštva na osnovu zajedničke kontrole nad zločinom koordinisani suštinski doprinos svakog saizvršioца kojim se ostvaruju objektivni elementi krivičnog djela.

525. Kada radnje u kojima se stiču objektivni elementi krivičnog djela izvrši više osoba koje djeluju u okvirima zajedničkog plana, samo oni kojima su dodijeljeni suštinski zadaci i koji, slijedom toga, mogu onemogućiti izvršenje krivičnog djela neizvršenjem svojih zadataka, mogu se smatrati osobama koje imaju zajedničku kontrolu nad krivičnim djelom. Kada takve osobe počine zločine putem drugih, njihov značajan doprinos može se sastojati od aktiviranja mehanizama koji vode automatskom izvršenju njihovih naređenja, odnosno izvršenju zločina.

526. Iako neki autori vezuju suštinsku prirodu zadatka, a samim tim i mogućnost zajedničke kontrole nad krivičnim djelom, za obavljanje zadatka u fazi izvršenja djela,¹¹⁹ Statut ne uključuje takvo ograničenje. Osmišljavanje napada, dostava oružja i municije, korištenje ovlasti da se ranije okupljene i obučene snage rasporede na teren, odnosno koordinacija i nadzor aktivnosti tih snaga mogu predstavljati doprinos koji se mora smatrati suštinskim, bez obzira na to kada se on desio (prije ili tokom faze izvršenja krivičnog djela).

Ova je praksa prihvaćena i doručena u predmetu **Bemba** (Odluka Pretpretresnog vijeća o potvrđivanju navoda optužnice) ICC-01/05-01/08 (15. 6. 2009.) i to u stavovima 350–353 i 369–371. Ograničeni prostor ne dopušta daljnju razradu detalja, no pažljiva analiza sve tri odluke (Lubanga, Kataga, Bemba) je itekako potrebna.

¹¹⁹ Roxin, C., Täterschaft und Tatherrschaft, 8th ed., Berlin, De Gruyter, 2006, str. 292 i dalje. Prema Roxinu, oni koji doprinose samo izvršenju krivičnog djela u fazi pripreme ne mogu se okvalifikovati kao saizvršioци, čak iako izvršavaju zadatke s ciljem provođenja zajedničkog plana. Ovo gledište dijeli Mir Puig, S., Derecho Penal, Parte General, Editorial Reppertor, 6 ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2000, p. 385; Herzberg, R. D., Täterschaft und Teilnahme., München, Beck, 1977, str. 65 i dalje; Köhler, M., Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Springer, 1997, str. 518. Međutim, mnogi drugi autori nemaju isto mišljenje. Vidi između ostalog: Muñoz Conde, F., “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho”, 6 Revista Penal (2000), str. 113; Perez Cepeda, A., “Criminalidad en la empresa: problemas de autoría y participación”, 9 Revista Penal (2002), str. 106 i dalje; Jescheck, H. & Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5th ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1996, str. 680; Kühl K., Strafrecht Allgemeiner Teil, 2nd ed., München, Vahlen, 1997, str. 111; Kindhäuser, U., Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden, Nomos, 2002, stav 25, br. 38.

V) **Neočekivano, ali ne i iznenađujuće oživljavanje instituta UZP pred hibridnim sudovima/sudovima s međunarodnom komponentom**

1) **Posebni sud/Sijera Leone**

Predmet Sesay, Kallon i Gbao

(presuda Žalbenog vijeća), SCSL-04-15-A
(26. 10. 2009), stavovi 400–402, 475, 485

“400. Na osnovu pravnih autoriteta i obrazloženja ovih zaključaka, te uzimajući u obzir da su oni kontinuirano potvrđivani u kasnijoj praksi kako MKSJ, tako i MKSR,¹²⁰ Žalbeno vijeće nalazi da zaključci odražavaju međunarodno običajno pravo u vrijeme izvršenja zločina u ovom predmetu te se stoga na njih i poziva. Stoga se odbacuje argument optuženog Kallona da se odgovornost po UZP-u ne može pripisati zločinima koje su počinili glavni izvršiocu za koje pripadnost UZP-u nije dokazana.

401. Kallon nije obrazložio da li su, te ako jesu na koji način, gorenavedeni zaključci iz predmeta *Brđanin* u suprotnosti s njegovim stavom da mora biti dokazano da je optuženi “kauzalno” učestvovao u barem jednom elementu *actus reusa* glavnog izvršioaca.¹²¹ Iako učešće optuženog u UZP ne mora biti *sine qua non* bez kojeg zločini ne bi mogli ili ne bi bili počinjeni,¹²² mora postojati bar značajan doprinos zločinima za koje se optuženi tereti.¹²³ Kako je pojašnjeno u predmetu *Brđanin*, ovaj standard primjenjuje se i u slučajevima kada optuženi učestvuje u UZP tako što koristi osobe koje nisu članovi UZP za izvršenje zločina u korist zajedničkog cilja.¹²⁴

402. Konačno, Kallonov argument da zaključci iz predmeta *Brđanin* nisu primjenjivi na ovaj predmet zasniva se na pretpostavci da zajednički kriminalni cilj koji je utvrdilo Pretresno vijeće nije sam po sebi bio kriminalan. S obzirom na to da se radi o pogrešnoj pretpostavci, ovaj argument ne stoji.¹²⁵

475. Ovdje se primarno radi o elementima *mens rea* za UZP 1 i UZP 3. Po UZP 1, poznatom i kao “osnovni” vid UZP-a, odgovornost se pripisuje optuženom koji je namjeravao počinuti konkretno krivično djelo i namjeravao učestvovati u zajedničkom planu usmjerenom na izvršenje krivičnog djela.¹²⁶ Drugim riječima odgovornost po UZP 1

odnosi se na zločine sa zajedničkim kriminalnim ciljem.¹²⁷ S druge strane odgovornost po UZP 3 pripisuje se za zločine koji *nisu* dio zajedničkog kriminalnog cilja.¹²⁸ Zbog toga se on često naziva “proširenim” oblikom UZP-a.¹²⁹ Međutim, da bi se optuženi mogao teretiti po odgovornosti kroz UZP 3, potrebno je dokazati da je imao “namjeru da učestvuje i podržava kriminalnu aktivnost ili kriminalni cilj grupe”.¹³⁰ Stoga i UZP 1 i UZP 3 iziskuju postojanje zajedničkog kriminalnog cilja koji moraju imati svi članovi UZP uključujući i optužene.¹³¹ Kada je taj osnovni uvjet ispunjen, odgovornost po UZP 3 može se pripisivati za zločine izvan zajedničkog kriminalnog cilja koje su počinili učesnici UZP-a ili osobe koje nisu učesnici UZP-a, ali su ih koristili učesnici UZP-a, ukoliko su optuženi mogli razumno predvidjeti da bi drugi članovi grupe u ostvarivanju zajedničkog kriminalnog cilja mogli počinuti zločin izvan zajedničkog kriminalnog cilja, pri čemu su optuženi dobrovoljno preuzeli taj rizik (*dolus eventualis*).¹³²

485. Pretresno vijeće definira zajednički kriminalni cilj UZP-a kao cilj pribavljanja i korištenja političke moći i kontrole na teritoriji Sijera Leonea, posebno područja bogatih rudnicima dijamanata, a zločine počinjene kako je navedeno u tačkama 1 do 14 kao sredstvo ostvarivanja tog cilja.¹³³ Pretresno vijeće nadalje nalazi da je Gbao bio “učesnik” u UZP.¹³⁴ Žalbeno vijeće, uz izdvojeno mišljenje sudija Winter i Fisher, smatra da je kao posljedica toga, Gbao, kao i drugi učesnici u UZP, bio odgovoran za sva krivična djela koja su predstavljala prirodnu i predvidivu posljedicu ostvarivanja tog kriminalnog cilja.”

U prilogu se nalaze dva izuzetna **Djelomično izdvojena i saglasna mišljenja (sudija Shireen Avis Fisher, stavovi 17–19, 26, 44–45 i predsjednik Vijeća sudija Renate Winter, saglasno u datim dijelovima).**

“17. Prilikom potvrđivanja osuđujuće presude protiv Gbaoa na osnovu UZP, većina prihvata cirkularno obrazloženje Pretresnog vijeća, ali pritom uslozjava pogrešku Pretresnog vijeća ukidajući razliku između UZP 1 i UZP 3. Većina obrazlaže da je bilo dovoljno da Pretresno vijeće

¹²⁰ Martić presuda Žalbenog vijeća, stav 168–169; Limaj i dr. presuda Žalbenog vijeća, stav 120; Krajišnik presuda Žalbenog vijeća, stav 225–226; Milutinović i dr. presuda Pretresnog vijeća, Dio I, stav 98, 99; Zigranyirazo presuda Pretresnog vijeća, stav 384.

¹²¹ Kallon Žalba, stav 48.

¹²² Kvočka i dr. presuda Žalbenog vijeća, stav 98; Tadić presuda Žalbenog vijeća, stav 191, 199.

¹²³ Krajišnik presuda Žalbenog vijeća, stav 675; Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 430.

¹²⁴ Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 430.

¹²⁵ Ibid. stav 305.

¹²⁶ Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 365.

¹²⁷ Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 418; Martić presuda Žalbenog vijeća, stav 82.

¹²⁸ Vidi npr. Stakić, presuda Žalbenog vijeća, stav 87.

¹²⁹ Vidi npr. Kvočka i dr., presuda Žalbenog vijeća, stav 83.

¹³⁰ Tadić presuda Žalbenog vijeća, stav 228.

¹³¹ Vidi npr. Stakić, presuda Žalbenog vijeća, stav 85, 86 (gdje se utvrđuje da je zajednički kriminalni cilj postojao i da je optuženi imao istu namjeru i učestvovao u tome, prije nego što se pređe na ocjenu da li se optuženi može smatrati odgovornim za UZP 3 za “zločine izvan okvira tog poduhvata”).

¹³² Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 365; Stakić, presuda Žalbenog vijeća, stav 87; Tadić presuda Žalbenog vijeća, stav 228; Kvočka i dr. presuda Žalbenog vijeća, stav 83. Žalbeno vijeće podsjeća da nije presudno da li su ovi drugi učesnici UZP-a izvršili *actus reus* zločina sami ili su koristili glavne izvršioce koji nisu imali zajednički cilj. Ibid. stav 393–455.

¹³³ Presuda Pretresnog vijeća, stav 1979–1985; vidi gore, stav 305

¹³⁴ Presuda Pretresnog vijeća, stav 1990.

zaključiti da je Gbao bio “učesnik” u UZP i stoga imao isti zajednički kriminalni cilj.¹³⁵ Na temelju tog zaključka, kako obrazlaže većina, on je odgovoran za sve zločine koje su počinili učesnici u UZP za koje je on imao namjeru ili koji su se mogli razumno predvidjeti.¹³⁶ Dakle, obrazlaže većina, nije bitno da li je Gbao imao namjeru za zločine u Bou, Kenemi i Konou.¹³⁷ S obzirom na to da je bio “učesnik u UZP”, odgovoran je za izvršenje “zločina u okruzima Bo, Kenema i Kono, koji su bili dio zajedničkog kriminalnog cilja” jer je bilo “razumno moguće predvidjeti da će neki od učesnika UZP-a ili osobe pod njihovom kontrolom počiniti zločine”¹³⁸

18. Ovo obrazloženje ne samo da je cirkularno, već i opasno. Kao prvo, pogrešno je za Gbaou u ovoj teoriji reći da je bio “učesnik”, jer pitanje da li je bio “učesnik” ili ne značajno je samo ukoliko to znači da je imao zajedničku namjeru UZP-a, odnosno zajednički kriminalni cilj. Nalazi Pretresnog vijeća, koje većina ne osporava, već čak i citira, nedvojbeno ukazuju da on to nije imao.¹³⁹

19. Drugo, većina ukida razliku između *mens rea* potrebne za UZP 1 i *mens rea* svojstvene UZP 3, zaključujući da Gbao može biti odgovoran za zločine unutar zajedničkog kriminalnog cilja za koje nije imao namjeru i koje je samo mogao razumno predvidjeti. Ovakvo širenje odgovornosti po UZP eklatantno krši princip *nullum crimen sine lege* jer nameće krivičnu odgovornost bez zakonskog osnova u međunarodnom običajnom pravu koje je bilo na snazi u vrijeme počinjenja djela. Većina ne pokušava obrazložiti zbog čega smatra da je ovo širenje odgovornosti po UZP predstavljalo dio prava primjenjivog na Gbaou u vrijeme počinjenja ovih djela. Većina ne citira ni jedan predmet u kojem je proširenje odgovornosti prepoznato kao dio međunarodnog običajnog prava. Ovaj nedostatak uporišta u praksi prepoznalo je i tužilaštvo koje je na žalbenom ročištu priznalo da “možda ne postoji autoritet” u međunarodnom krivičnom pravu koji bi karakterizirao ili primijenio element *mens rea* za UZP kako ga je primijenilo Pretresno vijeće u slučaju Gbaou.¹⁴⁰

“26. Greška Pretresnog vijeća u vezi s elementom svijesti Gbaou nije tek bezopasna pogreška koja se može ispraviti ili zanemariti po žalbi. Upravo suprotno, zbog ove pogreške cjelokupna pravna konstrukcija koju su izgradili Pretresno vijeće i većina u slučaju Gbaou odgovornosti po UZP-u je do te mjere pogrešna da je osuđenje koje na njoj počiva neodrživo”.

“44. Konačno moram primijetiti da je institut UZP-a sve od njegove definicije u presudi Žalbenog vijeća MKSJ u predmetu *Tadić* bio izložen kritici zbog potencijalne

pretjerane upotrebe. Međunarodni krivični sudovi moraju takva upozorenja shvatiti ozbiljno¹⁴¹ i pobri nuti se da strogo tumačeni pravni elementi UZP-a budu dosljedno primijenjeni¹⁴² kako bi se izbjegla preširoka primjena UZP-a ili opasnost od utvrđivanja krivice zbog povezanosti.¹⁴³

45. U slučaju Gbaou su Pretresno vijeće i većina zanemarili garancije koje su utvrdili drugi sudovi u skladu s tradicijom međunarodnog običajnog prava. To za posljedicu ima osuđenje Gbaou zbog izvršenja krivičnih djela koja nije namjeravao, kojima nije dao značajan doprinos i koja nisu bila razumno predvidiva posljedica zločina koje jeste namjeravao. Odluka većine da podrži ovu osuđujuću presudu je vrijedna žaljenja. Mogu se samo nadati da će primarni značaj te odluke biti da podsjeća na teret koji je na prosuditeljima činjenica koji odlučuju o UZP-u i da bude upozorenje na nemile posljedice neadekvatnog iznošenja tog tereta.”

2) Vanredna vijeća u sudovima u Kambodži (ECCC)

Intenzivna debata o primjenjivosti doktrine o UZP pred ECCC-om¹⁴⁴ je 20. maja 2010. godine pronašla privremeni rezultat u prvoj odluci donesenoj od strane Pretpretresnog vijeća. Ova odluka je impresivna zbog veoma detaljne analize pojedinih odluka iz perioda poslije II svjetskog rata.

Prema stavu Pretpretresnog vijeća ECCC-a UZP III nije bio prepoznat kao oblik odgovornosti koji se primjenjuje na kršenja međunarodnog humanitarnog prava u vrijeme na koje se odnosi slučaj, te se tako ne može primijeniti od strane suda u odnosu na međunarodne zločine.¹⁴⁵ Ovaj stav se temelji na kritičkom posmatranju vlasti na koje se oslanja i MKSJ¹⁴⁶ u presudi *Tadić*¹⁴⁷, koja se smatra pretečom instituta UZP u međunarodnom krivičnom pravu. Prvo, Pretpretresno vijeće ne nalazi podršku za postojanje UZP III kao običajnog međunarodnog prava u međunarodnim dokumentima na koje se upućuje u presudi *Tadić*.¹⁴⁸ Kad je riječ o međunarodnoj sudskoj praksi, Pretpretresno vijeće odbija da se poziva na presude u slučajevima kao što su Borkum Island i Essen Lynching zbog nedostatka valjanog obrazloženja u istim.¹⁴⁹ Nacionalna

¹³⁵ Presuda Žalbenog vijeća, stav 486, 492.

¹³⁶ Presuda Žalbenog vijeća, stav 485, 492.

¹³⁷ Presuda Žalbenog vijeća, stav 492, 493.

¹³⁸ Presuda Žalbenog vijeća, stav 493.

¹³⁹ Presuda Žalbenog vijeća, stav 488–491.

¹⁴⁰ Navođenje sadržaja fusnote iz odluke je izostavljeno, vidi fn 39.

¹⁴¹ Vidi npr. Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 426; Krajišnik presuda Žalbenog vijeća, stav 657–659, 670, 671; Krajišnik presuda Žalbenog vijeća, Izdvojeno mišljenje sudije Shahabuddeen; Milutinović i dr. Odluka o nadležnosti – UZP stav 24–26; Rwamakuba Odluka o UZP.

¹⁴² Krajišnik presuda Žalbenog vijeća, stav 671.

¹⁴³ Brđanin presuda Žalbenog vijeća, stav 426–431.

¹⁴⁴ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Vanredna vijeća u sudovima u Kambodži).

¹⁴⁵ ECCC Odluka, supra n. 4, para. 77.

¹⁴⁶ Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju.

¹⁴⁷ Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment) IT-94-1 (15 July 1999).

¹⁴⁸ ECCC Odluka, supra n. 4, para. 78.

¹⁴⁹ ECCC Odluka, supra n. 4, para. 79–81.

sudska praksa se oslanjala na presudu Tadić, a po mišljenju Pretpresnog vijeća ne može se smatrati odgovarajućim presedanom u svrhu utvrđivanja statusa običajnog prava, jer se ne smatraju međunarodnom sudskom praksom.¹⁵⁰ Nadalje, Pretpresno vijeće, prilikom uzimanja u obzir mogućeg postojanja generalnih principa prava u svrhu podrške za UZP III, zauzima stav da nije moralo odlučiti da li brojni predstavnici svjetskih najvećih pravnih nacionalnih sistema priznaju standard *mens rea* analogno onom iz UZP III s obzirom na to da nije bio zadovoljen kriterij da takva odgovornost bude predvidiva osuđenim licima u periodu 1975–1979.¹⁵¹ U takvim okolnostima Pretpresno vijeće pravilno i jednoglasno zaključuje da “načelo zakonitosti zahtijeva da se ECCC suzdrži od primjene proširenog oblika UZP u svojim postupcima.”¹⁵² U kasnijim odlukama ECCC-a ovaj pristup i detaljna analiza odluka iz perioda poslije Drugog svjetskog rata zadržani su, te čak dosta poboljšani.

VI) Zaključci

Doktrina udruženog zločinačkog poduhvata ima svoje porijeklo u prvoj ikada izrečenoj presudi donesenoj od Žalbenog vijeća nezavisnog nepristrasnog krivičnog suda koji nije osnovan od strane pobjednika rata. Autori su očito željeli postaviti ton i standard za još uvijek nepostojeći općio međunarodnih zločina.

Međutim, ni pravno ni činjenično nije bilo potrebno odstupiti od stroge formulacije Statuta MKSJ. Slučaj Tadić kao takav nije zahtijevao ovakvu akademsku vježbu.

Namjera je, bez sumnje, bila dobra. Cilj je bio, za vrijeme koje dolazi, razviti model odgovornosti koji će obuhvatiti sve oblike odgovornosti ukidajući “nekažnjavanje” u makro-kriminalu u humanitarnom pravu za vrijeme oružanog sukoba na temelju običajnog međunarodnog prava. Razviti nešto za vječnost. Na taj način i pišući jako dugo, sudije su otišle preko svojih ovlaštenja u slučaju koji se nalazio pred njima. Nisu pokazale neophodno samooograničenje. Međunarodno običajno pravo i potreba da se primjenjuje, u okviru člana 15 ICCPR¹⁵³, princip *nullum crimen sine lege stricta* su kao psi i mačke. Postoji priželjkivanje¹⁵⁴ da nešto “mora biti kažnjivo”, fraza koja se veoma često čuje u pravnim diskusijama, i ograničenje za oboje, formulacija obavezujućeg statutarnog prava, te nalog da se ne stvara retroaktivno novo krivično pravo.

¹⁵⁰ ECCC Odluka, supra n. 4, para. 82.

¹⁵¹ ECCC Odluka, supra n. 4, para. 87.

¹⁵² ECCC Odluka, supra n. 4, para. 87.

¹⁵³ Engleska skraćena za Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (prim. prev.).

¹⁵⁴ Simma, B./Alston, P. u ovom tekstu upućuje na citat Johna Humphreyja koji je smatrao da su “pravници koji se bave ljudskim pravima pravnici koji puno priželjkuju.” Simma, B./Alston, P., *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 Aust. YBIL 82 (84) (1988–1989).

UZP beba je rođena. Bila je i još uvijek je pod stalnom kontrolom roditelja, sudija MKSJ i MKSR. Ubijeden sam da danas ni prema jednom počinitelju nije učinjena nikakva šteta u postupcima pred MKS/MKSR zbog primjene UZP doktrine. S druge strane, kako je prikazano iznad, krivično ponašanje počinioca je banalizirano u nekoliko slučajeva od počinjenja do pomaganja i poticanja, ponekad ispravljeno od Žalbenog vijeća (*Seromba*). Žalbeno vijeće MKSJ/MKSR je zadržalo kontrolu nad činom (*Tatherrschaft*) u kojem je većina sudija, koja je željela zadržati ovu doktrinu, uvijek spremna da istu prilagodi potrebama konkretnog slučaja.

Međutim, sudska praksa nekih hibridnih sudova pokazuje da dijete raste i postaje nezavisno od roditeljske kontrole. Predvidivi i predviđeni rizik koji proizlaze iz nedorečenosti treće kategorije UZP je pronašao svoju realizaciju u dijelu finalne osude optuženog Gboa pred PS/SL što se pokazalo i protestom sudija. Ovo se ne smije nikada više desiti. Lekcija koju se treba naučiti je da sudije ne bi trebale popuštati izazovu da djeluju kao neka vrsta zakonodavca, te kad samo razvijaju pravo sa svojom legitimnom “sudskom kreativnošću”, moraju postupati s najvišim stepenom ispitivanja uvijek upućujući: šta može biti rezultat u najgorem slučaju, kako može biti izbjegnuto pretjerano tumačenje ili primjena ako doktrina više nije predmet vlastite kontrole.

Trebalo bi pozdraviti autore Rimskog statuta. On pokazuje kako dobar nacrt općeg dijela propisa o krivičnom postupku (uz dovoljno vremena, koje nije bilo na raspolaganju prilikom sačinjavanja kostura statuta MKSJ i kasnije MKSR) može da se suoči s izazovima današnjeg makrokriminaliteta. Na kraju, striktni modeli odgovornosti tu utvrđeni i pažljivo primjenjivani od strane postupajućih sudija će biti jedini preostali dobitak u međunarodnom krivičnom pravu, bez obzira na to kako su nazvani: počiniteljstvo u svim svojim varijantama ili, suviše ali obuhvata upravo to, UZP I ili II.

Nema sumnje da će se međunarodno krivično pravo i dalje zasnivati na skromnom, strpljivom ali samopouzdanom pristupu korak-po-korak uzimajući u obzir i individualne specifičnosti oblasti odgovornosti, samo ako one ne govore protiv zajedničkog cilja: ostvariti mir putem pravde i pokušati ostvariti pravdu pronalaskom istine koliko god je to moguće. Nema istine bez pravde, ni pravde bez istine! I konačno, neće biti mira, ako putem neokolonijalizma novi sudski sistem i novo materijalno pravo budu nametnuti od strane bilo koga i protiv volje demokratski izabranog zakonodavca.

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg

Die Rechtsprechung über das Joint Criminal Enterprise (JCE): Ein neuerlicher Blick auf eine scheinbar unendliche Geschichte.

(Zusammenfassung)

Der Beitrag untersucht die von den internationalen UN-Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) angewandte Rechtsfigur des Joint Criminal Enterprise (JCE). Diese Form der Zurechnung strafbarer Handlungen wird anhand einschlägiger Rechtsprechung vorgestellt, analysiert und kommentiert.

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass das JCE insgesamt ein überflüssiger, nicht vom Wortlaut der Statuten der UN-Tribunale gedeckter, zeitraubender akademischer Exkurs ist. Dieser missachte einerseits das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Rückwirkungsverbot und werfe andererseits täterschaftliche Begehung mit der nur gesinnungsmäßigen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in einen Topf. Während sich die erste und zweite Kategorie des JCE wenigstens noch in dem auch durch allgemeine Staatenpraxis belegbaren Strafbarkeitsbereich täterschaftlichen Handelns bewege, falle die dritte, erweiterte (extended) Kategorie des JCE auch aus dem nur subsidiären "Völkergewohnheitsstrafrecht" heraus. Bestätigt sieht sich der Autor u.a. durch Entscheidungen der Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia (ECCC).

Weiter wird hervorgehoben, dass ein Rückgriff auf das JCE auch deshalb nicht notwendig sei, da die Mehrheit nationaler Strafrechtsordnungen, insbesondere auch alle diejenigen der

Staaten auf dem Territorium des ehemaligen Jugoslawien sowie Ruandas geeignet präzise Beteiligungsformen vorsehen, die es erlauben, zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen. Ein UN-Tribunal habe bei der Anwendung des Statuts als invasiver Maßnahme im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf diesen schonendsten, zudem den Opfern und der Bevölkerung vertrauten Eingriff abzustellen. Insbesondere bestünden jedoch durchgreifende Bedenken gegen JCE III, da nicht auszuschließen ist, dass sich diese nur vage definierte, artifizielle Rechtsfigur in dem Sinne zunehmend grenzenlos verselbständigt, wie schon nach der ersten Leitentscheidung des JugoslawienStGH in der Literatur gewarnt wurde (Just Convict Everybody). Als Beispiel für diese mögliche gefährliche Entwicklung wird die Verurteilung im Fall Gboa durch das Spezialtribunal für Sierra Leone (SCSL-04-15-A) unter Hinweis auf die dort zu findenden dissenting opinions der Richterinnen Fisher und Winter hingewiesen.

Der Autor weist abschließend darauf hin, dass sich die Staatenkonferenz durch Verständigung auf das Römische Statut des internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) nach fundierter Ausarbeitung und in Kenntnis der Rechtsprechung der UN-Tribunale zum JCE auf andere Begehungsformen für das Internationale Strafrecht verständigt hätten. Es gälte nunmehr im Interesse eines glaubwürdigen und effektiven internationalen Strafrechts schnellstens diese überflüssigen und denklologisch nicht akzeptablen Divergenzen zu beseitigen. Es könne es nur ein einheitliches internationales Strafrecht geben, gerade wenn in diesem auf Striktheit und Vorhersehbarkeit angewiesenen Rechtsgebiet auf weiches ungeschriebenes "customary international law" abgestellt werde.

Napomena urednika: Udruženi zločinački poduhvat problematizira i Christoph Barthe u svojoj disertaciji "Joint Criminal Enterprise (JCE). Ein (originär) völkerrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?" ("Joint Criminal Enterprise (JCE). (Originarni) međunarodnopravni model krivične odgovornosti sa perspektivom?"), Berlin 2009, koja je bila predmet detaljne recenzije autora Davida Pasewalda u časopisu "Zeitschrift für Internationale Strafdogmatik", a koja se može besplatno preuzeti s interneta u obliku pdf-dokumenta preko http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_4_661.pdf

Vrijedni pažnje su i sljedeći prilozii o srodnim temama:

- *Claudia Hoefler*, Bericht über die Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals (ICTY) im Zeitraum von Oktober 2010 bis Juni 2011 (Izveštaj o sudskoj praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u razdoblju između oktobra 2010. i juna 2011. godine) (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_10_625.pdf)
- *Christoph Safferling, Philipp Graebke, Florian Hansen, Sascha Hörmann*, Das Monitoring-Projekt des Forschungs- und Dokumentationszentrums für Kriegsverbrecherprozesse (ICWC) (Monitoring projekat Istraživačkog i dokumentacionog centra za procesuiranje ratnih zločina (ICWC)) (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_7_592.pdf)
- *Simon M. Meisenberger* Rezension von Björn Jesse, Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts. Ein Beitrag zu einer statuts-immanenten Strukturanalyse des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, Schriften zum internationalen und ausländischen Strafrecht, Berlin 2009 (*Simon M. Meisenberger*, recenzija Björna Jessea, Termin zločinca u Rimskom statutu. Prilog statusno imanentnoj strukturalnoj analizi Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda), Spisi iz međunarodnog i stranog krivičnog prava, Berlin 2009) (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_4_553.pdf)
- *Lars Christian Berster* ECCC (Pre-Trial Chamber), *Beschl. v. 20. 5. 2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 38)* (Zu der Frage, ob die unter dem Oberbegriff des "Joint Criminal Enterprise" (JCE) zusammengefassten völkerstrafrechtlichen Beteiligungsformen bereits vor 1975 völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung erlangt hatten) (Odluka od 20. 5. 2010 – 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 38) (O pitanju da li su međunarodne krivičnopravne forme učešća uvrštene u nadpojam "udruženi zajednički poduhvat" (JCE) postale međunarodnim običajima još prije 1975. godine) (http://www.zis-Online.com/dat/artikel/2010_9_482.pdf))
- *Michael E. Kurth*, Besprechung zu Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl. 2004 (Prikaz knjige Kai Ambos, Opći dio Međunarodnog krivičnog prava – Pokušaji jedne dogmatizacije, 2. izdanje, 2004) (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_2_116.pdf))
- *Kai Ambos*, Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori (Politička i pravna pozadina presude protiv bivšeg peruanskog predsjednika Alberta Fujimoria) (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_368.pdf)

Kritički prilog¹ o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi

Dr. Nataša Hadžimanović*

I. Cilj istraživanja

Ovaj rad se prvenstveno bavi pitanjem koje je centralno za stvarno pravo: da li je moguće nekauzalno i neakcesorno uređenje prava obezbeđenja? Pitanje se postavlja iz razloga što je založno pravo uvek akcesorno i u većini pravnih poredaka se shvata kao kauzalno pravo, dok to nije uvek slučaj kod prenosa svojine radi obezbeđenja (fiducija; *Sicherungsübertragung*).

Odgovor na ovo pitanje je važan. Fiducija (prenos svojine radi obezbeđenja – *prim. prev.*) je u skoro svim državama naslednicama bivše Jugoslavije zakonski uređena. A u nemačkom pravu, koje ima funkciju modela za uređenje fiducije u Jugoistočnoj Evropi, prenos svojine radi obezbeđenja uživa i dalje veliku popularnost. Prema tome, istraživanje može imati za cilj da se preispita valjanost postojećih rešenja i da se eventualno predlože nova rešenja. S druge strane, istraživanje kauzaliteta i akcesornosti odnosno njihove negacije kod prava obezbeđenja takođe je važno iz dogmatskih razloga, jer ono može voditi boljem razumevanju funkcionisanja stvarnog prava. Rezultat ovih istraživanja takođe daje povoda da se učini nekoliko napomena o tome da li je poželjno forsirati fenomen fiducije.

Zbog ograničenog obima ovog rada razmatraće se samo dva zakonska rešenja: slovenačko i hrvatsko. S obzirom na to da nemačko pravo ima ulogu modela, kritičkoj analizi biće podvrgnuta i pravila nemačkog prava o prenosu svojine radi obezbeđenja potraživanja.

Zbog ograničenog obima rada u radu se takođe neće analizirati ni problemi koji su vezani za prava u očekivanju (*Anwartschaftsrecht*).

II. Renesansa fiducije u državama naslednicama SFRJ

Fiducijarni prenos potraživanja bio je već uređen u bivšem jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 445.)². Sve države naslednice Jugoslavije zadržale su ova

pravila³. Takođe, zadržavanje prava svojine bilo je uređeno u ZOO SFRJ i zadržano je u svim ZOO država naslednica Jugoslavije. Nasuprot tome, prenos svojine radi obezbeđenja je ostao neregulisan u jugoslovensko vreme. Da li je uprkos tome bilo dopušteno njegovo zasnivanje, ostalo je sporno. U Sloveniji je to u novijoj literaturi o bivšem pravu potvrđeno⁴. U Srbiji, gde još uvek nema zakonske regulative, pitanje je i dalje otvoreno. U srpskoj sudskoj praksi doneto je nekoliko protivrečnih odluka⁵.

U novije vreme većina država naslednica SFRJ uredila je prenos svojine radi obezbeđenja⁶. Pritom je nemačko pravo imalo značajnu ulogu modela⁷. Ali za razliku od nemačkog prava, sve države naslednice su uvele registrovanu zalogu na pokretnim stvarima (vid. npr. čl. 170–177. slovenačkog Stvarnopravnog zakonika – SPZ-Slo), tako da sada postoje dva stvarnopravna sredstva obezbeđenja na pokretnim stvarima kod kojih nije potrebno da davalac obezbeđenja preda stvar poveriocu.

Države naslednice nisu postigle harmonizaciju pravila o prenosu svojine radi obezbeđenja. To je veoma za žaljenje upravo s obzirom na prekogranične odnose, do kojih često dolazi kada je reč o pokretnim stvarima (čl. 18. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja bivše SFRJ iz 1982. godine⁸, koji je još uvek, iako

³ Vid. npr. za hrvatsko pravo Jurica Cvjetko, "Ugovor o cesiji (ustupu tražbine) kao pravni institut obveznog prava s posebnim osvrtom na personalnu subrogaciju", *Pravnik*, 43, 1 (87), 2009, str. 148 i dalje. Vidi za slovenačko pravo čl. 207 i dalje slovenačkog Stvarnopravnog zakonika (dalje: SPZ-Slo), Uradni list RS, 87/02.

⁴ Meliha Powlakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2003, str. 194–243, str. 212, fn. 102.

⁵ O tome kritički Powlakić, op. cit. fn. 4, str. 214; vid. kritiku Presude Vrhovnog suda Srbije, *Prev.* 347/96 od 16. 10. 1996., kod Nenad Tešić, "Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja", *Pravni život* 10/2012, str. 107–115, str. 113; vid. kritiku srpske sudske prakse kod Ljiljana Đurović, "Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine", *Pravni život* 10/1998, str. 811–826, str. 820 i dalje. Razlozi koje srpski sudovi navode protiv fiducije su s jedne strane njihova zakonska neuređenost, a s druge strane postupanje protiv zabrane *lex commissoria*. Poslednji argument uopšte ne stoji u konkretnom slučaju. Čini se da su ovi argumenti stavljeni u prvi plan kako ne bi došlo do široke primene instituta fiducije.

⁶ Vid. Powlakić, op. cit. fn. 4, str. 195. i dalje.

⁷ Vid. Renato Vrenčur, "Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu" u: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen 2003, str. 291–303, str. 292.

⁸ Službeni list SFRJ 43/1982. Vidi o tom problemu Christa Jessel Holst, *Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa u: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (izdavač), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen 2003, str. 66–84, str. 79–80; Meliha Powlakić, *Kollisionsrechtliche Probleme der Mobiliarsicherheiten auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens – eine Skizze*, u: Mirko Vasiljević/Rainer Kulms/Tatjana

* Autorica je naučna referentica na Max Planck institutu za strano i međunarodno privatno pravo u Hamburgu.

¹ Autorica zahvaljuje prof. dr. Ulrichu Drobniću sa Max Planck instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu na korisnim sugestijama prilikom izrade ovog rada.

² U daljem tekstu: ZOO SFRJ (Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89).

verovatno ne zadugo, na snazi u većini država naslednica). U pojedinim pravnim porecima postoje značajne razlike, npr. u pogledu stvari koje mogu biti predmet obezbeđenja⁹ i prirode prava: u slovenačkom pravu je ponuđeno veoma fleksibilno rešenje, jer stranke mogu u načelu same utvrditi sve modalitete; otuda, prenos svojine radi obezbeđenja može biti neakcesorno, apstraktno konstruisano pravo obezbeđenja. Ovo pravo obezbeđenja je, međutim, u principu zasnovano pod rezolutivnim uvjetom (ono prestaje isplatom potraživanja – *prim. prev.*)¹⁰. Iako se u hrvatskom pravu polazi od akcesornosti prenosa potraživanja radi obezbeđenja (čl. 81. st. 1. Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske – dalje ZOO-Hrv)¹¹; ipak i hrvatsko pravo poznaje i neakcesorne oblike fiducije koji postoje onda kada fiducija ne deluje *erga omnes*. U međuvremenu izmenjeni Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije (u daljem tekstu: Drugi Nacrt-Srb) uređuje pitanje relativnosti, tj. orijentacije obezbeđenja ka cilju na sledeći način: u pogledu pitanja da li se pravo obezbeđenja prenosi zajedno sa obezbeđenim potraživanjima čini se da se to pitanje potpuno prepušta ugovornom regulisanju (čl. 644. st. 1. i 2. Drugog Nacrta-Srb)¹²; prema članu 644. stav 5. Drugog Nacrta-Srb, pretpostavlja se da su stranke ugovorile da treće lice dobije kako potraživanje tako i obezbeđujuću svojinu. A član 648. stav 1. Drugog Nacrta-Srb predviđa da sa prestankom potraživanja prestaje i pravo

obezbeđenja, a fiducijar vraća stvar fiducijantu. S druge strane, kod bezdržavinskog prenosa radi obezbeđenja pravo obezbeđenja prestaje tek brisanjem upisa u javni registar (čl. 648. st. 3. Drugog Nacrta-Srb). Kod ovog koncepta radi se o “stepenastoj akcesornosti”; ona treba da obezbedi neophodnu fleksibilnost¹³. To je drugačiji koncept od onog predviđenog članom 437. stav 1. ZOO-Srb koji predviđa akcesornost svih prava obezbeđenja.

Uređenje prenosa stvarnih prava država naslednica Jugoslavije izvršeno je u načelu kauzalno, ne apstraktno (vidi u vezi s tim različitim konceptima detaljno IV.A.).

III. Potpuna prava kao prava obezbeđenja

– sa kojim obrazloženjem?

Zadržavanje prava svojine koje se ugovara kod kreditiranja koje daje isporučilac robe nema svoj funkcionalni ekvivalent u formi nekog ograničenog stvarnog prava. To nije slučaj kod prenosa svojine radi obezbeđenja koji osigurava kredite koje odobravaju banke¹⁴. Njenu funkciju može veoma dobro ostvariti bezdržavinsko založno pravo.

Ovo objašnjava zašto Nacrt Opšteg referentnog okvira (Draft Common Frame of Reference – DCFR) sadrži posebna pravila o zadržavanju prava svojine (DCFR, Knjiga IX, čl. 1:103), a ne o prenosu svojine radi obezbeđenja i cesiji radi obezbeđenja. Oni potpadaju pod pravila o zalozi (DCFR, Knjiga IX, čl. 1:102 st. 3. i 4.). Takođe član 6. Model Zakona o osiguranim transakcijama Evropske banke za obnovu i razvoj (*EBRD Model Law on Secured Transactions*), član 9. američkog Uniforme Commercial Code (UCC)¹⁵ kao i primera radi holandski Građanski zakonik (čl. 3:84 stav 3.) iskazuju, svako na svoj način, istu ideju. Nebitno je što holandski Vrhovni sud (*Hoge Raad*) već nekoliko godina nakon uvođenja zabrane fiducije u holandsko pravo, dopušta “*sale and lease-back*” konstrukcije koje jasno oslabljuju zabranu fiducije, a holandski zakonodavac u specijalnim zakonima ublažava zabranu fiducije. Ipak ovo jedino pokazuje da se u Holandiji nije mogla nametnuti ideja o funkcionalnom ekvivalentu¹⁶. Ali, koncept holandskog zakonodavca ostaje još uvek vidljiv.

Josipović/Maja Stanivuković (urednici), *Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Belgrade: Faculty of Law University of Belgrade 2010, str. 478–497, str. 480.

⁹ U hrvatskom, makedonskom i crnogorskom pravu mogu se fiducijarno preneti pokretne i nepokretne stvari, kao i prava. Prema slovenačkom pravu, samo se pokretne stvari (čl. 63. i 201 SPZ-Slo) i prava (čl. 207 i dalje SPZ-Slo) mogu fiducijarno prenositi, s obzirom na to da prenos svojine na nepokretnim stvarima mora nastupiti bezuslovno i neograničeno (čl. 37. st. 2. SPZ). U Srbiji je fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja za sada jedino predviđen u Drugom Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (čl. 633. i dalje Drugog Nacrta-Srb); on može biti zasnovan samo na pokretnim stvarima. Srpska sudska praksa se koleba u pogledu pitanja, da li je fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja dopušten u važećem pravu. Nasuprot tome, fiducijarni prenos potraživanja je zakonski uređen (čl. 445. ZOO-Srb). Vid. detaljno o tome Povlakić, op. cit. fn. 4, str. 203. i dalje.

¹⁰ Čl. 201. st. 2. SPZ-Slo.

¹¹ Narodne novine Republike Hrvatske 35/05, 41/08. Više o tome kod Hano Ernst, “Stvarnopravna osiguranja na nekretninama u Republici Hrvatskoj” in: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Cavtat 2010, Vol. II*, Beograd 2010, str. 576 i dalje; Nikola Gavella, in: Nikola Gavella/Tatjana Josipović/Igor Gliha/Vlado Belaj/Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak II, 2. izdanje, Zagreb: Narodne novine 2007, str. 477.

¹² Vid. nemački prevod čl. 657. 1. Nacrta Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima: GTZ/Republika Srbija Ministarstvo pravde, *Auf dem Weg zu einem neuen Sachenrecht Serbiens, Entwurf eines Gesetzbuches zur Regelung des Eigentums*, Beograd: Sanimeks 2007, str. 271. i dalje, 302. i dalje. Prema mom mišljenju, Nacrt je zaista komplikovano formulisan.

¹³ Miloš Živković, “Gradual Accessory of Security Rights in Real Property” u: Mirko Vasiljević/Rainer Kulms/Tatjana Josipović/Maja Stanivuković (urednici), *Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Belgrade: Faculty of Law University of Belgrade 2010, str. 399–412, 411.

¹⁴ Rolf Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band II, Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH 1965 (u daljnjem tekstu: Serick II), str. 263.

¹⁵ O američkom pravu koje u čl. 9. UCC predviđa jednoobrazno pravo obezbeđenja, Elisabeth Schütze, *Zession und Einheitsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, str. 28 i dalje.

¹⁶ “Tiho” bezdržavinsko založno pravo (holandski Građanski zakonik čl. 3:237 st. 1) zamenilo je raniju “tihu” bezdržavinsku obezbeđujuću svojinu kao i “tihu” fiducijarnu cesiju, obezbeđenja koja su nakon reforme holandskog Građanskog zakonika zabranjena. O tome

Takođe, istorijski razvoj pokazuje šta znači kada jedno pravo obezbeđenja ima ili nema svog funkcionalnog ekvivalenta. U rimskom pravu fiducija, koja je predstavljala polaznu tačku u obezbeđenju kredita putem pokretnih stvari¹⁷, postala je nepotrebna kada se razvio izdiferencirani sistem obezbeđenja¹⁸. I tek je docnije u Nemačkoj zbog jednog deficita došlo do njenog ponovnog uvođenja¹⁹: u Nemačkoj je prenos svojine radi obezbeđenja razvijen upravo onda kada je trebalo nadomestiti ukidanje mobilijarne hipoteke opšteg prava, koje se baziralo na rimskom pravu (donošenjem nemačkog Građanskog zakonika (BGB) 1900 – *prim. prev.*); fiducija je od tada postala deo običajnog prava²⁰. I ranije holandsko pravo je uvelo ovaj pravni institut da bi ublažilo probleme koji su nastali uvođenjem ručne zaloge (koja je pretpostavljala predaju založene stvari u posed – *prim. prev.*) u holandsko pravo²¹.

Dakle, fiducijarni pravni poslovi su u jednom trenutku postali suvišni i morali su da ustupe mesto drugim sredstvima obezbeđenja, a u drugom trenutku morali su da nadomeste deficit i da potisnu druga sredstva obezbeđenja. Ako bi u DCFR, EBRD *Model Law on Secured Transactions*, u članu 9. UCC ili u novom holandskom Građanskom zakoniku jedno sredstvo obezbeđenja moralo, u meri u kojoj je to moguće (ali ne u potpunosti), da nadomesti nedostatak nekog drugog sredstva obezbeđenja ili bi ovi propisi sadržali jedan suvišan posao obezbeđenja, to bi ukazivalo na pogrešan koncept.

Zbog ovog razloga rešenja koja predviđaju za jednu te istu funkciju dvostruka sredstva obezbeđenja, kakav je slučaj sa onima iz novih zakona i nacrtu zakona zemalja u tranziciji u našem regionu, zahtevaju dodatno obrazloženje, a ne rešenja DCFR-a, EBRD Model zakona, člana 9. UCC i holandskog Građanskog zakonika.

vid. Bob Wessels, "Pfandrecht nach Niederländischem Recht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 1996, str. 425–443, 425 i dalje; Takođe i Willem H. M. Reehuis, "Forderungen als Sicherheit in den Niederlanden", u: Hadding, Walther/Schneider, Uwe H., *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlin: Duncker & Humblot 1999, str. 469–508, 472. Svakako, Hoge Raad je 1995. dopustio zaobilazne zabrane fiducije. Takođe, holandski zakonodavac je ponovo ograničio obim zabrane fiducije specijalnim zakonima, o tome vid. Willem H. M. Reehuis, "Omvang en werking van het Nederlandse "fiducia-verbod", *J. S. Afr. L.*, 1997, str. 66–84, 76 i dalje kao i J. H. M. van Erp/L. P. W. van Vliet, "Real and Personal Security", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.4, December 2002, <http://www.ejcl.org/64/art64-7.pdf>, str. 115–126, 119, 126.

¹⁷ Kratak pregled kod Wolfgang Wiegand, "Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand", in: Wolfgang Wiegand (izdavač), *Berner Bankrechtstag*, Bd. 5, Bern: Stämpfli 1998, str. 75–132, 79.

¹⁸ Wolfgang Wiegand, "Fiduziarische Sicherungsgeschäfte", *ZBJV*, 116, 1980, str. 537–567, 543.

¹⁹ Philipp Heck, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1930, str. 432, naziva ovo veoma upečatljivo "obrt pravne istorije" ("*Umkehr der Rechtsgeschichte*").

²⁰ Heck, op. cit. fn. 19, str. 432.

²¹ Van Erp/Van Vliet, op. cit. fn. 16, str. 118. i dalje.

Potpunu raznovrsnost sredstava za obezbeđenje kredita, koja je predviđena u srpskim nacrtima Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, redaktori Zakonika objašnjavaju time da je oblast obezbeđenja kredita do sada najslabije razvijena kako u zakonu tako i u teoriji i praksi. Shodno tome, ne postoji nikakvo iskustvo u pogledu pojedinih instituta obezbeđenja kredita, te stoga kompletna paleta sredstava obezbeđenja kredita koji su razvijeni u kontinentalnim pravnim porecima treba da stoji na raspolaganju, kako bi se u praksi pokazalo koje je sredstvo obezbeđenja kredita optimalno²². U slovenačkom pravu dualitet registarske zaloge i prenosa svojine radi obezbeđenja opravdava se time da je pored akcesornog ograničenog stvarnog prava potrebno i neakcesorno puno pravo²³.

Iz ugla međunarodnog privatnog prava, velika raznovrsnost prava obezbeđenja koju daje *lex rei sitae* znači da strana prava obezbeđenja mogu i dalje da postoje nakon što je predmet obezbeđenja promenio pravni poredak. Velika paleta pravnih instituta svakako ima smisla, samo ako se njome više problema rešava nego što se stvara. U pogledu činjenice da fiducija širom otvara vrata (teoretski²⁴) veoma komplikovanom pitanju prava u očekivanju (*Anwartschaftsrecht*), koje (barem teoretski²⁵) nastaje već kod

²² Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens, op. cit. fn. 12, str. 181. i dalje; vid. slično obrazloženje za slovenačko pravo Vrenčur, op. cit. fn. 7, str. 291.

²³ Vrenčur, op. cit. fn. 7, str. 291.

²⁴ O tome instruktivno Dieter Zobl, "Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht", in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG 1982, str. 495–525, 524: "Pretpostavljanje da postoji posebno pravo u očekivanju koje je odvojeno i samostalno od pravnog položaja onog koji očekuje sticanje prava i od nastanka samog punog prava treba i ubuduće odbiti u švajcarskom pravu. Pravna priroda je još uvek nedovoljno jasna i povezana sa bezbroj delimično veoma neproaktivnih kontroverzi od kojih se švajcarska doktrina može spasiti." Jasno je da i švajcarsko pravo poznaje fenomen prava u očekivanju. Ipak švajcarsko pravo ne treba deduktivno da odgovori na pojedina pitanja koja se postavljaju u vezi sa pravom u očekivanju, jer ono ne poznaje institut prava u očekivanju. Ono može postupiti induktivno. Nasuprot nemačkom pravu, švajcarsko pravo može ići takvim putem, jer zadržavanje svojine u švajcarskom pravu nema značajnu ulogu, a prenos svojine u svrhu obezbeđenja nije atraktivan jer se i kod zasnivanja tog prava traži predaja stvari u posed. U Nemačkoj su, naprotiv, oba ova sredstva obezbeđenja kredita centralna, tako da je iz razloga pravne sigurnosti neophodno, a na osnovu velikog broja slučajeva moguće, definisanje jednog takvog prava. Veliki broj kontroverzi o ovoj temi svakako pokazuje da se pravna nada ne može uklopiti u jednu čvrstu šemu.

²⁵ Preduzeća, čije se proizvodne jedinice nalaze u Nemačkoj i Austriji, po pravilu ugovaraju u svojim opštim uslovima poslovanja zadržavanje prava svojine. Vid. o tome na primer u Srbiji i Hrvatskoj: <http://www.elumatec.com/RS/Produkte/AGB/agb.html>, http://www.rehau.com/cms/servlet/segment/RS_st/kompanija/Uslovi_isporuka_i_placanja/ kao i <http://www.indu-tech.rs/moduli.php?naziv=info&akcija=uslovi> i <http://www.gume.com>.

zadržavanja prava svojine, postavlja se u stvari pitanje, da li je jedna široka paleta pravnih instituta optimalna. Još više od toga, potrebno je odgovoriti na pitanja o postizanju ciljeva novih sredstava obezbeđenja koja, kao što ćemo pokazati, uzrokuju velike poteškoće. Reč je o potpuno tradicionalnim pitanjima – za razliku od prava u očekivanju.

IV. Problemi u vezi sa obezbeđujućom svojinom:

Akcesornost obezbeđujuće svojine – da ili ne?

A. Akcesornost – Neakcesornost – Kauzalitet – Apstrakcija: Značenje i njihov odnos

Stvarnopravni sistemi poznaju kako kauzalni tako i apstraktni prenos stvarnih prava. Pravni poreci neretko poznaju obe forme ili u najmanju ruku sadrže fragmente alternativnog principa. Tako u švajcarskom pravu kod cesije (ustupanja) potraživanja nije odlučeno da li prednost treba dati apstrakciji ili kauzalitetu. U švajcarskoj teoriji i praksi zastupaju se oba shvatanja²⁶, ali je nesporno da je

hr/AGB-Reifendirekt.html. Postoje takođe domaća preduzeća koja ugovaraju zadržavanje svojine: http://www.quadragraphic.com/uslovi/uslovi_poslovanja.pdf. U vezi sa finansijskim lizingom vid. čl. 2. Zakona o finansijskom lizingu Srbije, Službeni glasnik br. 55/2003; 61/2005; 31/2011. Svakako, zadržavanje svojine na osnovu činjenice da je za njeno dejstvo prema trećim licima neophodna isprava overena od strane suda odnosno notara izgleda da jedva može imati praktičnog značaja (čl. 540. st. 2. ZOO-Srb; vidi takođe čl. 462. ZOO- Hrv). U hrvatskom pravu za dejstva zadržavanja svojine prema trećim licima potreban je upis u registar, ukoliko se bez upisa ne može steći određena stvar (čl. 34. st. 5 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09).

²⁶ Detaljno o ovom pitanju Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Zürich: Schulthess 1988, str. 554 i dalje, koji daje prednost shvatanju da je cesija apstraktna. Drukčije mišljenje Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, Zürich: Schulthess 2008, br. 3537, koji daju prednost kauzalitetu, pošto je samo ovo u skladu sa "sistemom privatne autonomije koji je zasnovan na slobodnoj volji"; u konačnici će odluka u prilog kauzaliteta biti ispravna. Prema mom mišljenju, nije ubedljivo obrazloženje koje privatnu autonomiju stranaka stavlja u centar, jer moglo bi se isto tako prigovoriti da bi stranke mogle želeći promenu prava, prenos potraživanja u svojinu (vid. kritičke napomene o ovoj argumentaciji koja zagovara apstrakciju kod Philipp Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] 1937, str. 12. i dalje). Osim toga je kod cesije uključeno više učesnika, a ne samo cedent i cesionar, tako da to što su ove stranke želele ne može biti mera svih stvari. Pitanje na koje treba odgovoriti jeste da li cedent zasluhuje veću zaštitu od sticaoca potraživanja (interesi cesusa naprotiv ovim pitanjem nisu pogođeni, jer on ne treba da objasni kome pripada potraživanje. Uporedi čl. 167. i dalje Zakona o obligacionim odnosima Švajcarske (OR). Drukčije mišljenje Ernst von Caemmerer, "Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergang", *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 12 [1938/1939], str. 675–714, 709. Prema mom mišljenju, razlozi koje je on izneo nisu ubedljivi). Kod hartija od vrednosti sticalac mora da bude zaštićen; naprotiv kod potraživanja za koje

ostalo švajcarsko stvarno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima (čl. 974. st. 2. Švajcarskog građanskog zakonika) kauzalno, ako se izuzmu određene činjenične radnje kao što je prenos državnine na novcu ili neki zakonski osnovi (kao što je na primer održaj), koji u svakom slučaju na apstraktni način vode prenosu svojine. Međutim, i u švajcarskom pravu je moguće naći po neko upućivanje na stvarnopravni ugovor (*dinglicher Vertrag; dinglicher Vertrag* je stvarnopravni ugovor kojim se prvenstveno u njemačkom apstraktnom stvarnom pravu vrši prenos svojine za razliku od obligacionog ugovora koji zasniva prava i obaveze prodavca i kupca – *prim. prev.*)²⁷. S druge strane,

nije izdata hartija od vrednosti, gde je zaštita savesnosti i poštenja (dobrog poverenja) u nedostatku interesa zaštite prometa veoma mala, cedent mora biti dobro zaštićen (isto tako Heck, op. cit. fn. 19, str. 61). Sledstveno tome, nije neophodno da se cesija apstraktno zasnjuje. Za kauzalitet (iz nemačkog ugla) takođe vidi Gerhard Kegel, *Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?* in: Werner Flume/Hugo J. Hahn/Gerhard Kegel/Kenneth R. Simmonds (izdavači), *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977*, München: C. H. Beck 1977, str. 57–86, 82. Apstraktnu prirodu cesije prihvatao je Savezni sud Švajcarske u dugom vremenskom periodu, da bi kasnije pitanje ostavio otvorenim. Apstrakcija je potvrđena u odluci Saveznog suda Švajcarske BGer. 27. 5. 1924, BGE 50 II 150, 154 Razlog 4; BGer. 21. 10. 1924, BGE 50 II 389, 393 Razlog 2b; BGer. 1. 7. 1941, BGE 67 II 123, 127 Razlog 4; BGer. 12. 6. 1945, BGE 71 II 167, 169 Razlog 3; BGer. 13. 3. 1958, BGE 84 II 355, 363 i dalje Razlog 1 sa ukazivanjem na mogućnost preispitivanja pitanja apstrakcije; u BGer. 4. 2. 1969, BGE 95 II 109, 112 Razlog 2b pitanje je ostavljeno otvoreno. Ciriški Viši sud pošao je od apstraktnosti cesije: OGer. ZH, II. Zivilkammer, ZR 87 (1988), Nr. 129, 26. 2. 1988, str. 305, 307. Drukčije III. civilno veće Kantonalnog suda St. Gallen; ono smatra cesiju u svojoj presudi od 29. 8. 2011, BO.2011.11 kauzalnim poslom. Savezni sud Švajcarske, koji je razmatrao ovu odluku, prema mom mišljenju ponovo nije zauzeo stav o ovom pitanju u svojoj presudi 4A_604/2011 od 22. 5. 2012.

²⁷ Vid. o tome Peter Liver, *Das Eigentum*, u: Arthur Meier-Hayoz, *Schweizerisches Privatrecht*, 5. Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG 1977, str. 318 i dalje. Žestoko protiv toga da u švajcarskom pravu pored kauzalnog ugovora treba da postoji samostalan stvarnopravni ugovor vidi Werner Scherrer, Art. 714 br. 36. i dalje u: Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl (izdavači), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641 bis 729*, 2. izdanje, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1977, budući da jedan takav dodatni pravni posao pored kauzalnog posla o prenosu svojine nije potreban u švajcarskom stvarnom pravu. Bilo bi pogrešno iz toga zaključiti da se švajcarsko pravo opire principu odvajanja (elementa, koji dovodi obligacionom efektu, od elementa, koji dovodi stvarnopravnom efektu – *prim. prev.*), jer ovaj princip jedino zahteva uzimanje u obzir dva različita aspekta kod prenosa stvarnih prava, a koliko pravnih poslova postoji, zapravo je nebitno. O tome vidi instruktivno Stefan Habermeier, "Das Trennungdenken, Ein Beitrag zur europäischen Privatrechtstheorie", *AcP* (195) 1995, str. 293. Takođe čak i francusko pravo uzima u obzir ovaj princip, iako ono naglašava značaj ugovora; uporedi Habermeier, op. cit. fn. 27, str. 291 i dalje.

austrijsko stvarno pravo je potpuno kauzalno (par. 380. i par. 451. austrijskog Građanskog zakonika; vidjeti o cesiji par. 1392.²⁸). Ali za razliku od francuskog prava (član 711. francuskog Građanskog zakonika), koje kod odnosa *titulus* i *modus*, kao što je bilo već shvatanje Grotiusa, principijelno naglašava vrednost subjektivnog elementa (u francuskom pravu sam ugovor prenosi stvarna prava na pokretninama, predaja je samo potrebna radi perfekcije, radi efekta *erga omnes*, vidi fn. 29 – *prim. prev.*) i značaja ideje (utoliko je interesantna suprotna odredba člana 1141. francuskog Građanskog zakonika koji svedoči o jednom ranijem stupnju razvoja), bez da se pri tome *modus* u potpunosti izostavi²⁹, u austrijskom pravu je za sticanje prava principijelno potreban i *modus*, odnosno kod pokretnih stvari i predaja (videti ipak paragrafe 427. i dalje Građanskog zakonika Austrije gde razlika u odnosu na francusko pravo biva relativirana. U ovom kontekstu videti još paragraf 452. Građanskog zakonika Austrije gde je preterano sa principom surogata predaje³⁰). Uprkos kauzalitetu austrijsko pravo dodeljuje stvarnopravnom ugovoru mesto³¹. Kao apstraktno definira se nemačko³² stvarno pravo, koje

počiva na idejama Donellusa i Savignya.³³ *Titulus* ovde ne nestaje potpuno; on se nalazi u stvarnopravnom ugovoru, ali zbog toga biva u svom značenju jako reduciran. Takođe su i založno pravo i prenos svojine u svrhu obezbeđenja apstraktno konstruisani. Ipak i nemačko pravo poznaje kauzalna stvarna prava. Osim toga nemačko pravo upućuje na određeni broj surogata tradicije, kroz šta biva minimizirana razlika sa francuskim pravom koje je naglašeno kauzalno.

Kauzalitet i akcesornost proističu iz uređenja cilja. Kauzalitet proističe iz činjenice da stvarnopravno obezbeđenje treba da nastane, samo ako uz sporazum o svrsi obezbeđenja (*Sicherungsabrede*) ili uz ugovor o zalozi postoji i punovažan obligacioni pravni osnov (*causa*); ovaj osnov sadrži cilj obezbeđenja. Ne insistira se na tome da posledica kasnijeg otpadanja kauze kao kriterijuma za kauzalitet dovodi do ukidanja stvarnog prava. Dakle o kauzalitetu se već govori i kada stvarno pravo ne može nastati bez obligacionopravne kauze. Ako otpadanje kauze ne vodi vindikaciji, to ne znači da se zbog toga jedan stvarnopravni sistem opisuje kao delimično kauzalan odnosno delimično apstraktan. To je dosledno, jer ako se dogodi da se, uprkos tome što kauza kasnije otpadne, kod uspešnih raspolaganja jedino može podneti zahtev

²⁸ Matthias Neumayr, § 1392 ABGB Nr. 5, u: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger (izdavači), *ABGB, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 3. Auflage, Wien/New York: Springer 2010.

²⁹ *Modus* ima za posledicu da prenos svojine deluje prema trećima: Eleanor Cashin Ritaine, National Report on the Transfer of Movable in France, u: Wolfgang Faber/Brigitta Lurger (izdavači), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*, Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, Munich: Sellier 2011, str. 27; Kegel, op. cit. fn. 26, str. 74; Henri Capitant je bio, kako je tvrdio Ernst Rabel, shvatanja da prenos svojine koji ne deluje prema trećima (vid. o tome član 1583. *Code Civil*), ne može ni biti prenos svojine. Vid. o tome Ernst Rabel, *The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume Three, Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations*, 2. izdanje, Ann Arbor: The University of Michigan Press 1964, str. 79 fn. 2. Međutim, drugog je mišljenja Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, Paris: Litec 2009, str. 204, koji smatra da prenos svojine koji je perfekturan samim ugovorom automatski deluje prema trećima.

³⁰ Odredba, koju u sličnom obliku – ali i u odnosu na princip predaje u posed založene stvari očigledno doslednije nego ABGB – već poznaje pruska Deklaracija iz 1785. u par. 2 III kao i pruski Opći zemaljski zakonik u par. 271, ograničena je na slučajeve u kojima se ne može preneti predmet obezbeđenja prema svojoj vrsti i masi ili se može preneti samo uz velike troškove. Deposedovanje se treba zameniti označavanjem na predmetu zaloge. Svakako ta odredba ne ispunjava svoj cilj. Jer deposedovanje, koje zahteva princip predaje u zalogu, mora voditi isključenju davaoca obezbeđenja od pristupa predmetu zaloge (uporedi Bernhard A. Koch, § 452 ABGB br. 2, u: Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger [izdavači], *ABGB, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 3. Auflage, Wien/New York: Springer, 2010 sa uputama na sudsku praksu). Označavanje ne može da proizvodi takva dejstva.

³¹ Andreas Kletečka/Helmut Koziol/Rudolf Welsler, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Auflage, Wien: Manzsch Verlag- und Universitätsbuchhandlung 2006, str. 311.

³² Izvan Nemačke se doktrina o apstraktnosti gotovo nije mogla

probiti. Grčka je sledila nemačko pravo: Christina Kloudatou, “National Report on the Transfer of Movable in Greece”, Wolfgang Faber/Brigitta Lurger (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe, Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary*, Munich: Sellier 2011, str. 193–332, str. 246. i dalje. A Gruzija, iako je svoje novo građansko pravo uredila ugledajući se na nemačko pravo, nije preuzela apstrakciju.

³³ Franz Hofmann, *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*, Wien: Verlag der B. J. Manzsch Buchhandlung 1873, str. 60. i dalje. Planiranim Narodnim zakonikom koji je trebao zameniti BGB u vreme nacionalsocijalizma, trebao je biti ukinut princip apstraktnosti, budući da je on, između ostalog, bio smatran stran životu (vid. o tome opširno Astrid Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Siebeck) 1996, str. 77). U Građanskom zakoniku DDR-a je princip apstrakcije u odnosu na prenos svojine na pokretnim stvarima iz ovog razloga odista docnije i bio ukinut; videti o političkim tokovima i pozadini veoma opširno kod Ulrich Eisenhardt, “Die Entwicklung des Abstraktionsprinzips im 20. Jahrhundert”, in: Gerhard Köbler/Hermann Nehlsen (izdavači), *Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1997, str. 215–232, str. 218. i dalje. Odluka protiv principa apstraktnosti nije bila – iako se može činiti drugačije – ideološki obojena. Razlozi koji su tada u Nemačkoj bili navedeni protiv principa apstrakcije, su se navodili i u Švajcarskoj, kako bi se kauzalitetu prokrčio put u vlastitom stvarnom pravu na pokretnim stvarima. Uporedi o tome presudu Saveznog suda Švajcarske BGer. od 29. 11. 1929, BGE 55 II 302, str. 306. i dalje, koja ipak uprkos argumentima protiv principa apstrakcije baca pogled i u pravcu Eugena Hubera (Eugen Huber, *Zum schweizerischen Sachenrecht, Drei Vorträge mit Anmerkungen*, Bern: Verlag von Stämpfli & Cie. 1914, str. 120, fn. 1.) i prilično osebjuno kumulira različite koncepte. Vidi kritiku te presude kod Scherrer, op. cit. fn. 27, Art. 714 br. 36.

zbog neosnovanog obogaćenja, to nije rezultat razdvajanja od obligacionopravne osnove i njene beznačajnosti. To je rezultat interferencije drugih principa, koji su imali jači efekat (nego npr. u Francuskoj i Italiji) u pravnim porecima nemačkog jezičkog područja: neprepoznavanje značaja sinalagmatičnog vezivanja ispunjenja obaveze i protivispunjenja, prastari koncept “večne” svojine, koncept prethodnog dejstva prava u nastajanju, ideja zaštite trećih lica (i eventualno i “zračenje” principa apstrakcije, koji je bio uveden u 19. veku, za vreme pandektistike, i koji je tada bio jako moderan). To je u vezi sa raskidom ugovora zajedno sa problemom, da je u principu potreban *modus*, da bi se vratila svojina, vodilo čistom obligacionopravnom povraćaju u pređašnje stanje uprkos odsustvu kauze i time je značaj kauze sakriven. Bitno je, da se o tome vodi računa, kada se razmišlja o značaju kauzaliteta i akcesornosti kod prava obezbeđenja.

Akcesornost proizlazi, s jedne strane, iz činjenice da stvarno pravo obezbeđenja u svom postojanju treba da zavisi od toga da li postoji cilj zbog kojeg se ono uspostavlja; veoma često ovaj cilj se ogleda u vraćanju zajma koji treba da bude obezbeđen. Ukoliko postizanje cilja to nalaže, postoji takođe jednakost prigovora kod potraživanja i stvarnopravnog obezbeđenja. Vezanost za cilj najzad vodi i tome da potraživanje i stvarnopravno obezbeđenje prelaze na treće lice, ako ono treba da primi ispunjenje. Kao što ćemo kasnije još pokazati, ovo shvatanje o akcesornosti samo delimično predstavlja refleksiju zakona i stavova literature; štaviše, postoji ideja da stvarnopravno obezbeđenje ne obezbeđuje ispunjenje, već potraživanje i naslanja se na njega³⁴. Ciljem obezbeđenja mora se doduše smatrati kako cilj stvarnopravnog obezbeđenja tako i cilj potraživanja (npr. onog koje obezbeđuje povraćaj zajma); ako je cilj ispunjen, tj. ako je dato ispunjenje, potraživanje prestaje kao i stvarnopravno obezbeđenje. Dakle, nije ubedljivo reći da stvarnopravno obezbeđenje prestaje samo zbog toga što je prestalo potraživanje.

Apstrakcija (kao suprotnost kauzalitetu) i neakcesorno uređenje su principi koji stvarno pravo odvajaju od njegovog cilja. Oba ova principa, koja vode apsolutnosti stvarnih prava, odgovaraju jedan drugom. Obratno, kauzalitet i akcesornost su principi koji vezuju stvarno pravo za njegov cilj. Utoliko ova dva principa odgovaraju jedan drugom. Već je pomenuto da principi koji su među sobom usklađeni nisu identični. Kauzalitet i akcesornost imaju zajedničke tačke preseka – cilj obezbeđenja: jer pravni osnov (npr. ugovor o zalozi), od čije punovažnosti zavisi posao

raspolaganja, sadrži cilj obezbeđenja; i stvarnopravno obezbeđenje se upravlja prema cilju obezbeđenja.

Otuda, jedno neakcesorno apstraktno pravo može putem kauzalnog uređenja (putem uslova u stvarnopravnom ugovoru, par. 158 BGB, par. 449 BGB) da postane nepotpuno akcesorno pravo. Nemačka pravna praksa se tim putem često služi, da bi kod fiducije izbegla jedan deo posledica neakcesornosti.

I činjenica da sporazum o obezbeđenju (kauza) imenuje cilj obezbeđenja i da obezbeđenje ne nastaje npr. kod nepostojanja cilja obezbeđenja, vodi ka tome da je jedno “u biti” apstraktno pravo (založno pravo u nemačkom pravu), koje je na osnovu cilja obezbeđenja akcesorno, uređeno u stvari kauzalno³⁵. Ovo se pravo ponaša drugačije nego je to slučaj kod prenosa svojine npr. po nemačkom pravnom poretku, gde može biti dovoljno da se stranke apstraktno saglase o tome da svojina na jednoj određenoj stvari jedne stranke pređe na drugu stranku (par. 929 BGB; *dinglicher Vertrag*; stvarnopravni ugovor). Saglasnost o trojstvu stranke-predmet-pravo koje se želi steći dovoljna je kod prenosa svojine; tu znači može biti dovoljan stvarnopravni ugovor kao reduciran *titulus*; jer svojina nema drugi cilj nego da prenese fizičku vlast na objektu koji su stranke označile i na njoj zakonom utvrđena prava (par. 985 i dalje BGB; ona je utoliko apsolutna; otuda, kod prenosa svojine se može apstrahovati kauza³⁶). Nasuprot tome, stvarnopravno obezbeđenje ima relaciju sa nečim što nije standardizovano; ono ima (kao realna obligacija) vezu sa ciljem obezbeđenja i u tom smislu je oblikovano kauzalno.

Da bi se zasnovalo stvarnopravno obezbeđenje, nije dakle dovoljno da se stranke saglase o tome da se apstraktno uspostavi pravo stvarnopravnog obezbeđenja na jednom određenom objektu (međutim, tako određuje problematični čl. 201. st. 2. reč. 2. SZP-Slo). Zapravo poseban cilj obezbeđenja postaje deo stvarnog prava. Tako npr. založno pravo kao tipično stvarnopravno obezbeđenje daje zalogoprimcu pored državine i, između ostalog, pravo da založenu stvar proda i da se iz prihoda namiri (par. 1204. st. 1. BGB). Pod kojim okolnostima se može izvršiti pravo prodaje, utvrđuje se ugovorom o zalozi: može biti da se obezbeđuje samo potpuno određena i već postojeća obaveza, a moguće je obezbediti više obaveza koje tek u budućnosti mogu nastati (upoređi par. 1204. st. 2. BGB i sudsku praksu

³⁴ Vidi o tome npr. Dieter Zobl/Christoph Thurnherr, Systematischer Teil br. 246, u: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 3. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag AG 2010; Jürgen Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, München: C. H. Beck 2009, § 55 br. 4, str. 748 i dalje.

³⁵ Isto tako Otto Wendt, “Rechtssatz und Dogma: Glossen zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 29 = N. F. Bd. 17, 1890, str. 29–106, 39: “Davanje u zalogu je uvek materijalnopravni posao (tj. obligacionopravni ugovor), koji svoju kauzu uvek ispoljava i njegova dejstva zavise od nje. Kako bi se drugačije uopšte mogla shvatiti akcesorna priroda obezbeđenja?”; Robert Krawielicki, *Grundlagen des Bereicherungsanspruchs*, Breslau: M. & H. Marcus 1936, str. 31 i dalje; Kegel, op. cit. fn. 26, str. 72; Gerhard Bähr, “Akzessorietätersatz bei der Sicherungszession”, *NJW*, 1983, str. 1473–1475, 1474.

³⁶ Wendt, op. cit. fn. 35, str. 37 ff.

u vezi sa ovom odredbom). Ako se uporedi nastanak založnog prava sa prenosom svojine, uočava se jedan važan element, koji dovodi do te velike razlike: cilj transakcije. Apstrakcija ne uspeva iz tog razloga. Založno pravo je uvek kauzalno. Isto mora važiti i za prenos svojine radi obezbeđenja. Apstrakcija ne može čak ni u nemačkom pravu biti koncept stvarnopravnog obezbeđenja.

Samo tamo gde je apstrakcija pogodna, kao što je npr. kod čistog zemljišnog duga, jer je i tu, kao kod prenosa svojine, za određivanje svih pravnih posledica dovoljna saglasnost o trojstvu stranke-objekt-određeno pravo, ona ima potpunog smisla³⁷.

O zaštiti prometa staraju se pravila o savesnom sticanju (par. 1207. BGB)³⁸; ona je redukovana, ukoliko ne dođe do prenosa državnine³⁹. Znači nije potrebno, da se uvede apstrakcija, da bi se štitio promet. Za to postoje druga pravila.

Strogo dogmatski stvarnopravni poredak tendenciozno teži ka tome da fenomene, koji ne odgovaraju dogmi, prilagodi i uključi u postojeće oblike ili da ih isključi i to uprkos tome što postoji dovoljno primera za to da načela svuda bivaju prekršena, ograničena ili menjana⁴⁰; načela, koja su podignuta na nivo aksioma, moraju se – to svaki pravnik zna – uzimati sa velikim oprezom⁴¹: jurisprudencija mora imati mogućnost da iznova zauzme novo stanovište o glavnom problemu – o pitanju, šta je ovde i sada pravično⁴². Ali, izgleda da tako mora da bude, da se prihvata dovode nje u pitanje nekih principa a drugih ne.

Otuda, ne može da čudi da se za nemački stvarnopravni poredak u vezi sa pitanjem koja su prava stvarna prava (to treba da budu samo ona koja su u svom nastanku, dejstvima i prestanku pojmovno neophodno nezavisna od kauzalnih pravnih poslova⁴³) kaže da se akcesorna zavisnost založnog prava ne može porediti sa zavisnošću od prvog pravnog osnova (causa)⁴⁴. Jer založno pravo je

“upravo zbog toga apstraktno, jer je ono već na osnovu zakona nezavisno od svog pravnog osnova, naime obaveze zasnivanja obezbeđenja”⁴⁵. Ovo shvatanje (koje nije usmereno na cilj obezbeđenja i odgovarajući sporazum, već na ispunjenje obaveze o zasnivanju obezbeđenja i koje time problem ostavlja po strani⁴⁶) je u pravom smislu konzervativno. Jer na taj način je cilj da se čuva dogmatika apstraktnog stvarnog prava, koja međutim može imati potpunog smisla samo u vezi sa sticanjem svojine (kao i u vezi sa čistim zemljišnim dugom)⁴⁷. Iz ovog razloga očuvanja dogme kao i na osnovu od strane zakona i literature prihvaćenog koncepta oslanjanja stvarnopravnog obezbeđenja na potraživanje umesto na činidbu (a koje je nekonzistentno) se u citiranom mišljenju uočavaju kod založnog prava dva različita obligacionopravna elementa (od kojih jedan element – koji se sastoji iz navedenog, ali gotovo irelevantnog pravnog osnova⁴⁸ i pravog, ali nenavedenog pravnog osnova – od samog početka ne treba da bude uzet u obzir), a ne cilj obezbeđenja koji je oboma zajednički i koji im daje smisao. Snaga zakona ovde mora delovati (par. 1295 st. 1 BGB), što je protivno logici.

Isto tako začuđuje shvatanje u vezi sa nemačkim stvarnim pravom da su sudska praksa i literatura “s pravom”⁴⁹ suzdržane kod prihvatanja prećutnih uslova uz čiju pomoć bi princip apstrakcije u nemačkom mobilijarnom stvarnom pravu mogao biti uklonjen.

Otuda se čini da odluka o načelnoj neakcesornosti punih prava⁵⁰, barem ukoliko se ona načelno tiče apstraktnog stvarnopravnog poretka, nema veze samo sa tim da se puno pravo ne može “degradirati” spuštanjem na nivo sporednog prava (što predstavlja pogrešni “matematički” stav), već uz to postoji nelagoda da je odlukom u prilog akcesornosti uzdrmana osnovna dogmatska odluka. Kao što će biti pokazano u narednom odeljku, ovi razlozi nisu valjani.

³⁷ Realne obligacije, koje same za sebe postoje, jesu švajcarska zemljišna renta [Gült] (čl. 847. st. 3. Građanskog zakonika Švajcarske) i njemački zemljišni dug (uporedi par. 1113. BGB sa par. 1191. BGB, gde prilikom definiranja zemljišnog duga kao prava namirenja, kakva je i hipoteka, nedostaje, za razliku od hipoteke, dodatak “za namirenje potraživanja koje mu pripada”), Heck, op. cit. fn. 19, str. 321 br. 7; Wendt, op. cit. fn. 35, str. 38 i dalje.

³⁸ Kegel, op. cit. fn. 26, str. 78. smatra zaštitu dobre vere u kombinaciji sa kauzalitetom boljim izborom u cilju obezbeđenja zaštite prometa; jer apstraktnost štiti svakog, čak i nesavesnog drugog sticaoca, Kegel, op. cit. fn. 26, str. 80. Sa tim se treba složiti.

³⁹ Kritički o tome Heck, op. cit. fn. 19, str. 250, fn. 33.

⁴⁰ Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Auflage, München: C. H. Beck 1974, str. 109.

⁴¹ Viehweg, op. cit. fn. 40, str. 109.

⁴² Viehweg, op. cit. fn. 40, str. 96, 109.

⁴³ Kritički o tome Stadler, op. cit. fn. 33, str. 101.

⁴⁴ Rolf Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band I, Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg: Verlagsgesellschaft “Recht und Wirtschaft”, 1963, str. 247.

⁴⁵ Serick I, op. cit. fn. 44, str. 247.

⁴⁶ Uporedi sa kritikom kod Krawielicki, op. cit. fn. 35, str. 35.

⁴⁷ Wendt, op. cit. fn. 35, str. 37 i dalje; i Kegel, op. cit. fn. 26, str. 78 ff. smatra da je apstraktno uređenje raspolaganja manje srećna varijanta. Isto tako zaključna razmatranja kod Heck, op. cit. fn. 19, str. 67 i dalje.

⁴⁸ Vidi Krawielicki, op. cit. fn. 35, str. 35.

⁴⁹ Stadler, op. cit. fn. 33, str. 101; kritički o tome Krawielicki, op. cit. fn. 35, str. 34 sa upućivanjem na Heck, op. cit. fn. 19, str. 433.

⁵⁰ O tome vidi Claus von Rintelen, *Der Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten bei der Forderungszession*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 1996, str. 4 i dalje. Manjina smatra da se par. 401. BGB može analogno primeniti na stvarna prava, dok vladajuće mišljenje daje cesionaru obligacionopravni zahtev prema cedentu za saprenošenje ili naknadno prenošenje obezbeđenja. Suprotno shvatanje, koje treba uzeti u obzir, odbija međutim kod obezbeđujuće svojine i prenosa potraživanja radi obezbeđenja obligacionopravnu obavezu prenošenja obezbeđenja sa cesijom potraživanja, pošto ovo protivreči fiducijarnoj strukturi neakcesornih prava obezbeđenja.

B. Prenos svojine radi obezbeđenja:

– zar ono stvarno samo može da bude neakcesorno pravo obezbeđenja?

1. Akcesornost, nepotpuna zamena akcesornosti i čisto obligacionopravni odnos povratnog prenošenja svojine radi obezbeđenja i prenošenja svojine radi obezbeđenja zajedno sa obezbeđenim potraživanjem [Rückabwicklungs- und Mitübertragungsverhältnis] – varijacije mehanizma povezivanja svrhe obezbeđenja u nemačkom, slovenačkom, hrvatskom i austrijskom pravu

Prema nemačkom pravu, koje za prenos svojine predviđa princip apstrakcije, prenos svojine radi obezbeđenja je prema vladajućem mišljenju (kao što je već navedeno) apstraktno i neakcesorno pravo⁵¹. Međutim, stranke su slobodne da stvarnopravni ugovor vežu raskidnim uslovom za sporazum o obezbeđenju; i to one u praksi vrlo često i rade. Mogućnost da prenos svojine radi obezbeđenja bude neakcesorno uređen takođe predviđa slovenačko stvarno pravo koje je u načelu kauzalno. Dok je u nemačkom pravu pretežno prihvaćeno da su se stranke odlučile, ukoliko nešto drugo nije ugovoreno, da će nakon isplate svojina biti vraćena zbog dejstva obligacija iz ugovora o povratnom prenosu svojine [Rückabwicklung]⁵², u slovenačkom pravu važi zakonska pretpostavka da su stranke ugovorile raskidni uslov po kome ispunjenjem obaveze fiducijarni vlasnik gubi svoju poziciju (dolazi do automatskog povratnog prenosa svojine – *prim. red.*) (čl. 201. st. 2. reč. 2. SPZ-Slo).

U kauzalnom austrijskom pravu fiducijarna svojina je naprotiv prema ustaljenoj sudskoj praksi akcesorno sredstvo obezbeđenja⁵³. Takođe kauzalno hrvatsko stvarno pravo predviđa u načelu akcesornost⁵⁴ (čl. 81. st. 1. ZOO-Hrv); doduše, fiducijarno preneti svojina se automatski vraća davaocu obezbeđenja kada prestane cilj obezbeđenja, samo onda ako je fiducija uređena tako da proizvodi dejstva

prema trećim licima, što se odnosi na mali broj predmeta obezbeđenja (čl. 34. st. 4. reč. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). Hrvatsko pravo konstruiše rezultat uz pomoć rezolutivnog uslova. Ako fiducija – kao što je po pravilu – dejstvuje samo *inter partes*, prema hrvatskom shvatanju je potrebno kasnije povratno preneti svojinu na davaoca obezbeđenja (čl. 34. st. 4. reč 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).

Vezivanje prava obezbeđenja za svrhu (akcesornost) – kao što je već pomenuto – dovodi ne samo do automatskog vraćanja svojine prilikom ispunjenja cilja, već i prilikom prenosa potraživanja do automatskog saprenosa vlasništva na cesionara; pritom postoji jednakost prigovora kod potraživanja i stvarnopravnog obezbeđenja, ukoliko to naravno cilj nalaže. U slučaju nepotpune zamene akcesornosti (raskidni uslov) vodi se jedino računa o automatskom povraćaju, čim cilj obezbeđenja prestane da postoji; za saprenošenje potrebni su obligacionopravni osnov i pravni posao raspolaganja. A ako postoji samo obligacionopravna obaveza na povratni prenos, za povraćaj i za saprenošenje potreban je dodatni pravni posao raspolaganja.

U gorenavedenim pravnim porecima nalaze se (skoro) sve mogućnosti: tradicionalno shvaćena akcesornost, nepotpuna zamena akcesornosti i čisto obavezni odnos povraćaja u pređašnje stanje i prenošenje fiducijarne svojine zajedno sa potraživanjem. Mehanizmi za povraćaj odnosno saprenošenje stvarnog prava su neophodni. Jer pravo obezbeđenja ne treba jednostavno da ostane kod (primarnog) primaoca obezbeđenja; ono uvek sledi neki cilj (koji nakon ispunjenja više ne postoji – *prim. red.*).

U vezi sa činjenicom da svako pravo obezbeđenja, ako ono više ne ispunjava svoj cilj, treba ponovo pripasti svom prvobitnom vlasniku ili prema sporazumu o svrsi osiguranja treba da bude preneseno zajedno sa potraživanjem, postavlja se sledeće pitanje: zašto prenos svojine radi obezbeđenja, koji zajedno sa potraživanjem ima za cilj da se obezbedi ispunjenje (znači ispunjenje se obezbeđuje dvostruko: potraživanjem, tj. čisto obligacionim obezbeđenjem, i stvarnopravnim obezbeđenjem), nije uvek sa mehanizmom povezivanja, koji nadilazi čisto obligacionopravni odnos povratnog prenosa i saprenosa? Analizu treba sprovesti na osnovu nemačkog prava; jer ono izgleda najmanje prijemljivo za takvu ideju. Ako se može za nemačko pravo naći dobro obrazloženje za određivanje svrhe obezbeđenja, onda to može biti preuzeto od strane drugih pravnih poredaka, naročito onih kod kojih je, kada je reč o prenosu obezbeđujuće svojine, nemačko pravo služilo kao uzor.

2. Teza: Ciljno orijentisani mehanizam povezivanja kod prava obezbeđenja kao univerzalno pravilo

a. Potvrđivanje teze putem analize nemačkog prava

Ako se prilikom analize prenosa svojine radi obezbeđenja izvode zaključci u vezi sa pravnim karakteristikama prenosa svojine radi obezbeđenja polazeći od svojine kao

⁵¹ Vidi o tome Von Rintelen, op. cit. fn. 50, str. 4. i dalje.

⁵² Vidi o obavezi povratnog prenosa prema nemačkom pravu Baur/Stürner, op. cit. fn. 34, § 57 B II br. 10, str. 789.

⁵³ Kritiku o tome vidi kod Kletečka/Koziol/Welser, op. cit. fn. 31, str. 407.

⁵⁴ Ernst, op. cit. fn. 11, str. 576. i dalje; Gavella, op. cit. fn. 11, str. 477. Oba autora ukazuju na posebnosti kod prenosa fiducijarne svojine. Ovde se više ne tretira obligacionopravna fiducija, koja je u hrvatskom pravu svakako moguća, ali retka (fiducija koja fiducijaru očigledno daje samo obligacionopravne zahteve za povratni prenos. O tome vidi Gavella, op. cit. fn. 11, str. 474 i dalje), već i sudski i notarski prenos svojine radi obezbeđenja koja je uređena u Ovršnom zakonu. Svakako su tumačenja, koja su u ovom radu data u pogledu uređenja fiducijarne svojine, primenjiva na ove oblike; vidi za poslednja dva oblika obezbeđujuće svojine detaljno Gavella, op. cit. fn. 11, str. 496 i dalje. Ova mnogostrukost oblika obezbeđujuće svojine u hrvatskom pravu je, prema mom mišljenju, zbunjujuća i trebalo bi je *de lege ferenda* ukloniti.

punog prava i njegovog mehanizma prenošenja, apstrakcija i neakcesornost su u nemačkom pravu konsekventni; pravo svojine se principijelno stiže (videti međutim par. 139. BGB) na osnovu punovažnog stvarnopravnog ugovora i predaje (par. 929. BGB). Za prenos svojine je nebitno to što je cilj sticanja fiducijarnog prava određen sporazumom o obezbeđenju koji je blisko (usko) povezan sa kreditnim odnosom⁵⁵. Kauzalni mehanizmi, dakle, nedostaju, ali su stranke i dalje slobodne (izuzetak: par. 925. BGB) da stvaraju ove mehanizme postavljanjem raskidnog uslova u stvarnopravnom ugovoru vezanog za sporazum o obezbeđenju. Ugrađivanje takvih mehanizama se, međutim, ne pretpostavlja. Ako se stavlja akcenat na puno pravo i njegov mehanizam prenošenja, jasno je osim toga da je pravo neakcesorno. Znači i mehanizmi kojim se svojina prenosi na cesionara prilikom prenosa potraživanja moraju dakle biti ugovoreni od strane stranaka; ni njihovo postojanje se ne pretpostavlja. Prilikom takvog razmatranja potpuno se izostavlja razmatranje o funkciji fiducijarne svojine.

Ako se naprotiv ima u vidu funkcija obezbeđujuće svojine, koja se gotovo ne razlikuje od funkcije založnog prava (o tome vidi detaljno pod IV.A.), i funkcije zadržavanja prava svojine⁵⁶, apstrakcija i neakcesornost ne odgovaraju⁵⁷. Ne samo založno pravo, već i zadržavanje prava svojine (par. 449. BGB) su i u nemačkom pravu kauzalni. Prihvata se da je prenos svojine na kupca pod odložnim uslovom⁵⁸ (par. 449. st. 1. BGB). Pravo svojine prelazi na kupca, ako plati kupoprodajnu cenu (par. 158. st. 1. BGB). Ako se ugovor o prodaji poništi, kupac ne može više postati vlasnik. Za raspolaganja, koja se tiču svojine, u ovom u načelu apstraktnom stvarnopravnom poretku, odlučujući su, dakle, kauzalni mehanizmi⁵⁹.

Uprkos identičnoj interesnoj situaciji kakva postoji i kod založnog prava, kod zadržavanja prava svojine ne treba da bude dopuštena ni direktna ni analogna primena paragrafa 401. BGB. Paragraf 401. BGB predviđa, da kod cesije sporedna prava automatski prelaze na cesionara. Zadržavanje prava svojine treba, dakle, da bude neakcesorno, uprkos njegovom kauzalitetu. Na taj način se samo postižu dva od tri dejstva određivanja svrhe obezbeđenja. Da ovo nema pravog smisla, potvrđuje i to što

je neophodno izvršiti nepraktični⁶⁰ odvojeni prenos prava zadržavane svojine (par. 931 BGB)⁶¹: ugovor se redovno dopunjuje tako što se osigurani poverilac (prodavac – *prim. red.*) obavezuje na prenos zadržavane svojine⁶². Očigledno je da se pritom radi o jednoj konstrukciji koja treba otkloniti nedostatak koji postoji samo zbog dogmatske krutosti⁶³. Ne može da čudi što se ovo kritikuje u teoriji i postulira analogna primena paragrafa 401. BGB⁶⁴. Prethodna izlaganja o zadržavanju prava svojine i založnom pravu pokazuju da funkcija treba da odredi pravne karakteristike svih stvarnih prava obezbeđenja, a time i svojine prenesene radi obezbeđenja⁶⁵. Takođe, svojina prenesena radi obezbeđenja treba da postoji samo ako postoji cilj obezbeđenja te ako je cilj prema shvatanju stranaka ispunjen, ona se vraća davaocu obezbeđenja. Uz to, ukoliko dođe do prenosa potraživanja, ona prelazi na cesionara, jer ona ispunjava zajednički cilj zajedno sa potraživanjem. To nalaže kauzalno i akcesorno uređenje fiducijarne svojine. Ovo nikako ne vodi tome da se prenos svojine radi obezbeđenja ne bi mogao upotrebiti za obezbeđenje više činidbi obaveza: paragraf 1204. stav 2. BGB i tumačenje ove odredbe u pogledu založnog prava pokazuje da založno pravo može postojati i kada je reč o obezbeđenju više budućih obaveza, ukoliko su one određive s obzirom na njihov osnov⁶⁶. Ovaj zahtev je ispunjen i kada je reč o svim budućim obavezama koje određeni dužnik mora da ispuni određenom poveriocu⁶⁷. Takođe, zadržavanje prava svojine se može proširiti tako da ono obezbeđuje ispunjenje svih budućih obaveza kupca koje proističu iz celokupnog poslovnog odnosa između kupca i prodavca. Veoma često se i sa prenosom svojine radi obezbeđenja obezbeđuje više obaveza. Takođe pitanje istovremenog prenosa obezbeđenja npr. u slučaju cesije može se fleksibilno rešiti: i ono se upravlja prema cilju obezbeđenja.

b. Fleksibilnost i granice cilja obezbeđenja

Založno pravo, zadržavanje prava svojine i fiducijarna svojina vrše veoma slične funkcije. Za postojanje prava obezbeđenja uvek su u centru pažnje samo cilj i njegovo

⁵⁵ Vidi o tome Serick II, op. cit. fn. 14, str. 44 i dalje.

⁵⁶ Privilegovani tretman zadržavanja prava svojine u stečaju (izlučno pravo) je očigledan u pogledu na njenu funkciju koju založno pravo ne može da ispuni; svakako, pri čemu bi se reduciranje na stepen razlučnog prava (kao kod fiducijarnog prenosa svojine i založnog prava) moglo obrazložiti interesima u stečaju. O kritici privilegije Gerhard Pape/Wilhelm Uhlenbruck/Joachim Voigt-Salus, *Insolvenzrecht*, 2. Auflage, München: C. H. Beck, 2010, Kapitel 25 br. 30 ff. (elektronsko izdanje).

⁵⁷ Isto tako Bähr, op. cit. fn. 35, str. 1474; Jochen Richrath, *Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten*, Bayreuth: Verlag P. C. O. 1995, str. 9.

⁵⁸ Vidi o tome Serick I, op. cit. fn. 44, str. 76.

⁵⁹ Serick I, op. cit. fn. 44, str. 69 br. 5.

⁶⁰ O tome kritički Roland Michael Beckmann, § 449 BGB br. 83, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Schuldrecht*, Berlin: Sellier - de Gruyter 2004; on se izjašnjava za analognu primenu par. 401 BGB.

⁶¹ Vidi BGH (Bundesgerichtshof – Savezni sud Nemačke – *prim. red.*), Presuda od 27. 3. 2008. – IX ZR 220/05 (OLG Oldenburg), NJW 2008, str. 1803, 1805.

⁶² Beckmann, op. cit. fn. 60, § 449 BGB br. 83.

⁶³ Beckmann, op. cit. fn. 60, § 449 BGB br. 83.

⁶⁴ Beckmann, op. cit. fn. 60, § 449 BGB br. 83 sa daljim prikazima.

⁶⁵ Isto tako Bähr, op. cit. fn. 35, str. 1474.

⁶⁶ Gerd Nobbe, § 1204 BGB br. 6, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (izdavači), *BGB Kommentar*, 6. Auflage, Köln: Luchterhand 2011.

⁶⁷ Nobbe, op. cit. fn. 66, § 1204 BGB br. 6.

postojanje. Na to ukazuje i paragraf 1204. stav 2. BGB: ako se ostvari cilj kada je ispunjena činidba, prestaje da postoji pravo obezbeđenja. Ako se cilj ostvaruje tek kada dužnik ispuni sve buduće činidbe, pravo obezbeđenja prestaje tek tada. To pruža veliku fleksibilnost. U pogledu cilja, čije postizanje treba da bude obezbeđeno stvarnim pravom, postoje svakako granice; cilj se ne može proizvoljno utvrditi. Ove granice se nalaze tamo gde bi davalac obezbeđenja i njegovi neobezbeđeni poverioci bili neopravdano oštećeni (vidi par. 449. st. 3. BGB). Stoga je zadržavanje prava svojine tipa tzv. "konzern-zadržanja svojine" zabranjeno, jer ono određuje da obezbeđenje postoji sve dok treća lica nisu ispunila činidbe prema prodavcu. U tom slučaju davalac obezbeđenja i njegov neobezbeđeni poverilac gotovo da nisu u poziciji ovo da kontrolišu⁶⁸ te bi sledstveno tome i isplata založnog prava od strane trećeg, kako je ona prikazana u paragrafu 268. BGB-a, bila gotovo nemoguća. Paragraf 449. stav 3. BGB-a na taj način čuva prirodu prava obezbeđenja. Objekat treba da pripadne davaocu obezbeđenja (nakon ispunjenja obaveze – *prim. prev.*). Ovim se vodi računa o tome da se odnos sinalagmatičnosti kod ugovora o prodaji poštuje; jer tako nije moguće, da zadržana svojina ostaje kod prodavaoca, bez da kupac može da utiče na to. Ova ideja o očuvanju prirode jednog pravnog instrumenta izražena je takođe u paragrafu 307. stav 2. br. 2 BGB-a.

Odnos između činidbe s jedne strane, kao i potraživanja i stvarnopravnog prava obezbeđenja, s druge strane, treba da se shvati kao mehanizam vezivanja. Ta bi se veza (u meri u kojoj dva prava osiguranja – jedno stvarnopravno i jedno obligacionopravno – postoje uz činidbu) mogla nazvati akcesornost, pri čemu bi "interesna zajednica zasnovana u cilju ispunjenja činidbe" [*Zweckgemeinschaft befriedigungshalber*] bio odgovarajući izraz⁶⁹, jer su i obligaciono i stvarnopravno pravo obezbeđenja zasnovani da bi se obezbedilo ispunjenje činidbe⁷⁰; ispunjenje činidbe je cilj koji treba postići uz pomoć prava potraživanja i stvarnopravnog prava obezbeđenja.

To je drukčiji koncept od onog koji se nalazi u paragrafu 1204. BGB-a i mnogim drugim zakonima (uporedi npr. čl. 885. st. 1. švajcarskog Građanskog zakonika). Jer ove odredbe znače da je potraživanje obezbeđeno stvarnim

pravom⁷¹. Ovo je iritirajuće, jer ovaj zakonski koncept nije u stanju npr. da objasni kako stvarno pravo obezbeđenja ostaje da postoji, iako potraživanje usled zastarelosti nije više moguće pred sudom utužiti (par. 216. st. 1. BGB-a, čl. 140. švajcarskog Zakona o obligacijama).

Uvek bi se, dakle, moralo kod procene takvog "zajedništva" stvarnog i obligacionog prava postaviti pitanje, šta je njegov cilj. Kontinuitet cilja takođe vodi kontinuiranom postojanju obligacionog i stvarnog prava za obezbeđenje kasnije nastalih ili novih obaveza kao i za prenošenje jednog prava, u slučaju prenosa drugog. Iz ugovora bi se moglo zaključiti šta predstavlja cilj koji treba da bude osiguran; tek ako nedostaju odgovarajuće odredbe ugovora ili su one nejasne, uvela bi se dispozitivna pravila o modalitetu povezivanja ispunjenja činidbe sa potraživanjem i stvarnim⁷² pravom obezbeđenja. Kao što je rečeno, davaocu obezbeđenja mora biti jasno kada je cilj ostvaren. Takođe bi s tim u vezi morale postojati granice, kako je određeno u paragrafu 449. stav 3. BGB; tj. stranke su obavezne da sporazum o obezbeđenju sastave tako da pravo obezbeđenja može (ponovo) da pripadne davaocu obezbeđenja nakon ostvarenja cilja (vidi i o raširenoj zabrani *lex commissoria* par. 1229 BGB).

c. Ciljno orijentisani mehanizam povezivanja kod prava obezbeđenja kao uslov?

Postizanje cilja ima veoma slična dejstva kao uslov. Tako na primer kod zadržavanja prava svojine prenos svojine sledi tek sa potpunom isplatom kupoprodajne cene. Klauzula o zadržavanju prava svojine je sastavni deo obaveznog osnovnog posla⁷³, jedna sporedna klauzula; kauza koja je neophodna za sticanje svojine ne ograničava se, dakle, na ugovor o prodaji, već se prostire na zadržavanje prava svojine⁷⁴. Poseban (svojstveni) uslov ne postoji, ali sastavni deo osnovnog posla može se netehnički označiti kao "uslov" za sticanje svojine⁷⁵, a "uslovljeno" pravo mora na osnovu odgovarajućeg interesnog položaja uživati zaštitu koja pripada pravu u očekivanju (pravnoj nadi) (par. 160. BGB-a; vidi i čl. 152. švajcarskog Zakona o obligacijama kao i čl. 34 st. 4. reč. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske⁷⁶). Bilo bi, dakle, pogrešno obligacionopravni ugovor o prodaji u vezi sa zadržavanjem

⁶⁸ Baur/Stürner, op. cit. fn. 34, § 59, str. 829, fn. 5; Peter Bülow, "Der erweiterte Eigentumsvorbehalt nach der Insolvenzrechtsreform", *DER BETRIEB*, Heft 43 vom 29. 10. 1999, str. 2196–2199, str. 2196.

⁶⁹ Heck, op. cit. fn. 19, str. 327 i dalje. Vidi i navode kod Klaus Behrens, *Die Rückabwicklung der Sicherungsübereignung bei Erledigung oder Nichterreichung des Sicherungszwecks*, Berlin: Duncker & Humblot 1989, str. 77 i dalje, koji ukazuje da je cilj obezbeđenja jednak *causa solvendi*, pošto oba treba da ostvare dugovani učinak. Ipak on označava potraživanje kao "vodeće pravo", Behrens, op. cit., str. 79, što reflektuje zakonsko rešenje, ali nije dovoljno objašnjenje (uporedi čl. 140 Zakona o obligacijama Švajcarske).

⁷⁰ Vidi o tome Heck, op. cit. fn. 19, str. 327.

⁷¹ O istorijskoj pozadini ovih rezultata vidi Heck, op. cit. fn. 19, str. 325 i dalje.

⁷² U ovom radu se jedino analiziraju stvarnopravna obezbeđenja.

⁷³ Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 br. 48. Vidi takođe o tome Gerhard Frotz, "Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts", *Verhandlungen des vierten österreichischen Juristentages Wien 1970, Band I, 3. Teil*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1970, str. 130 za austrijsko pravo, ali u rezultatu sa drukčijom konstrukcijom.

⁷⁴ Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 br. 48.

⁷⁵ Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 br. 48; o ostalim stavovima vidi Zobl, op. cit. fn. 24, str. 506; o rezolutivnom uslovu Liver, op. cit. fn. 27, str. 22. i dalje; takođe Huber, op. cit. fn. 33, str. 108.

⁷⁶ Uporedi Gavella, op. cit. fn. 11, str. 495.

prava svojine razmatrati kao da je suspenzivno uslovljen,⁷⁷ jer učinci ugovora o prodaji nastaju odmah čim se on zaključi. Otuda je neophodno da vlasnik zbog docnije dužnika izjavi raskid ugovora, kako bi se mogao pozvati na svoje pravo svojine⁷⁸.

Zadržavanje svojine kao sastavni deo obaveznog osnovnog posla potpuno automatski zbog kauzaliteta izaziva odložni (suspenzivni) efekat na posao raspolaganja (prenos vlasništva – *prim. prev.*). Stvarnopravni ugovor je tu suvišan⁷⁹. U nemačkom pravu, u kome stvarnopravni ugovor samo iz dogmatskih razloga ne izgleda suvišno ni kod kauzalnog uređenja prava obezbeđenja, mora važiti da je ovaj vezan za sporednu klauzulu i njen cilj.

Kod fiducijarnog prenosa svojine, koji kao što je već navedeno mora biti kauzalan, kao što je to i slučaj sa zadržavanjem prava svojine (i založnim pravom), povezivanje sa sporazumom o obezbeđenju deluje *mutatis mutandis*. Uslov takođe ne postoji. Nažalost, u hrvatskom (čl. 34. st. 3. i 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske) i slovenačkom stvarnom pravu (čl. 201. st. 2. reč. 1. SPZ-Slo) postoji uvjetna svojina⁸⁰, pri čemu takva terminologija maskira funkciju kauzaliteta.

d. Rezime

Prava obezbeđenja su uvek ciljno orijentisana. Ona obezbeđuju ispunjenje činidbe. To znači da ona nastaju samo ako postoji cilj obezbeđenja, da ona prestaju ako cilj više ne postoji i da ona prelaze na treće lice ako ono treba da primi ispunjenje. Ukoliko to nalaže ostvarenje cilja, isti se prigovori mogu istaći po osnovu potraživanja i stvarnopravnog obezbeđenja. Prava obezbeđenja su sledstveno tome uvek kauzalna i akcesorna. Nebitno je pritom, da li je reč o punim pravima ili ograničenim stvarnim pravima i da li je stvarnopravni poredak kauzalni ili apstraktan.

Da bi se različiti interesi pravično ostvarili, cilj zbog kojeg se obezbeđenje osniva može se formulirati fleksibilno. Cilj može biti ispunjenje jedne činidbe ili više njih. Davalac obezbeđenja svakako mora biti u poziciji da kontroliše da li je cilj ostvaren. Mora postojati mogućnost da mu pravo obezbeđenja (nakon ostvarenja cilja – *prim. red.*) (ponovo) pripadne.

U narednom odeljku je potrebno na osnovu obrađenih kriterija ispitati u kojoj meri hrvatsko i slovenačko pravo sadrže pogodna pravila o fiducijarnom vlasništvu.

e. Kritika rešenja u hrvatskom i slovenačkom pravu

Hrvatsko pravo samo tada kada fiducija ima dejstva u odnosu na treća lica vodi računa o tome da svojina automatski pripada davaocu obezbeđenja čim prestane cilj obezbeđenja (čl. 34. st. 4. reč 2. ZV RH⁸¹). Načelo kauzaliteta i akcesornosti (čl. 81. st. 1. ZOO-Hrv) obezbeđujuće svojine se tako krši. To ne predstavlja adekvatno rešenje.

Hrvatsko rešenje dopušta strankama da utvrde cilj obezbeđenja shodno svojim potrebama, jer je prema hrvatskom pravu dopušten svaki cilj koji nije suprotan zakonu (čl. 34. st. 1. ZV RH). Ova granica prema mom mišljenju treba da bude povučena tamo gde bi davaocu obezbeđenja sporazumom o obezbeđenju ili utvrđenjem cilja bilo onemogućeno da pravo obezbeđenja ponovo stekne (vidi o tome više pod IV.B.2.b i d).

Prema mom viđenju, problematičnije je slovenačko rešenje, jer za razliku od hrvatskog prava ono ne ostavlja granice relativno otvorenim, već dopušta eksplicitno da se fiducija zasnjuje bez neophodnog navođenja visine i dospelosti potraživanja u notarski obrađenoj ispravi (ova isprava međutim nije neposredno izvršna) (čl. 201. st. 2. reč 2 SPZ-Slo; u širem smislu čl. 202. SPZ-Slo⁸²). To vodi do koncepta apstraktnog (tj. nekauzalnog) i neakcesornog uređenja fiducije, jer stranke jedino određuju da se zasnjuje pravo obezbeđenja, ali ne utvrđuju konkretan cilj. Kod jednog takvog koncepta ni automatsko vraćanje vlasništva davaocu osiguranja nakon ispunjenja činidbe ni prenošenje prava obezbeđenja nisu u principu mogući. Jasno je da se ovim ide dalje nego što je potrebno: jer mogućnost, da se cilj u zakonom dopuštenom okviru odredi tako da on odgovara potrebama stranaka, dopušta i da se obezbeđenjem obezbedi više ispunjenja činidbi te omogućava primereno konkretnom slučaju da pravo obezbeđenja ostane kod primaoca obezbeđenja. Dakle, uopšte nije neophodno da se apstraktno (tj. nekauzalno) i neakcesorno uređenje predvidi zakonom. Apstrakcija kod uobičajenog prenosa svojine koji nema za cilj obezbeđenje nekog potraživanja može u načelu biti prikladna, kao što to pokazuje nemačko stvarno pravo. Ali jedno takvo uređenje ne odgovara funkciji prava obezbeđenja: ono je zbog svog cilja uvek kauzalno i akcesorno (vidi o tome više gore pod IV.B.2 a. i d.). Slovenačko stvarno pravo može sa takvim pravilima koja se oslanjaju na nemačko stvarno pravo da spreči da davalac obezbeđenja ponovo stekne svojinu na predmetu obezbeđenja, jer onaj je upućen na to da se primalac obezbeđenja saglasi da prenese natrag svojinu i da to učini putem *brevi manu traditio*. Ipak fiducijantu koji ima neposrednu državinu može na osnovu pravnog posla kojim je zasnovano obezbeđenje pripadati obligaciono pravo da zahteva povratni prenos svojine ili mu takav zahtev može pripadati po osnovu

⁷⁷ Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 ZGB br. 48.

⁷⁸ Isto tako Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 ZGB br. 48. Za austrijsko pravo vidi Frotz, op. cit. fn. 73, str. 131. i dalje, u kome se pravo raskida realizuje uz pomoć dopunskog tumačenja ugovora.

⁷⁹ Na to ukazuje i Scherrer, op. cit. fn. 24, Art. 716 ZGB br. 48 kao i Robert Haab/August Simonius, Art. 714 ZGB br. 36, in: Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl (izdavači), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, Schulthess Polygraphischer Verlag: Zürich 1977.

⁸⁰ Gavella, op. cit. fn. 11, str. 476.

⁸¹ Ernst, op. cit. fn. 11, str. 576 f.; Gavella, op. cit. fn. 11, str. 477.

⁸² Vrenčur, op. cit. fn. 7, str. 295.

neosnovanog obogaćenja, ali biće teško da se takvi zahtevi dokažu, jer u notarski obrađenoj ispravi nedostaju podaci o obezbeđenom potraživanju (visina i dospelost). Uz to, ovi obligacionopravni zahtevi mogu zastariti.

Slovenačko stvarno pravo sadrži pretpostavku da se fiducijarna svojina vezuje rezolutivnim uslovom za cilj obezbeđenja (čl. 201. st. 2. reč. 1. SPZ-Slo). I u hrvatskom pravu (čl. 34 st. 3 ZV) postoji uslov u vezi sa svojinom⁸³. To je suvišno, jer kauzalitet je ovde sasvim dovoljan bez ikakvog postavljanja uslova⁸⁴.

Prethodno navedeno pokazuje koliko je teško na odgovarajući način zakonom urediti prenos svojine radi obezbeđenja.

V. Zaključak

Prenos svojine radi obezbeđenja nije jednostavan instrument obezbeđenja potraživanja. Njegova dvostruka priroda (s jedne strane potpuno pravo, a sa druge pravo uvjetovano ciljem obezbeđenja) često zaklanja pogled na ono što je suštinsko: na njegovu funkciju. Funkcija određuje suštinsku prirodu fiducijarne svojine. Funkcija dovodi do toga, da je fiducijarna svojina podvrgnuta vrlo sličnim pravilima kao i zaloga. Jedino to što davalac obezbeđenja, za razliku od zalagodavca, uglavnom ima zaštićeno pravo u očekivanju vodi do niza osobenosti u poređenju sa založnim pravom. To pravo u očekivanju dovodi do izuzetno komplikovanih pitanja i u svakom slučaju, tamo gde se kao u Nemačkoj fiducijarna svojina veoma često koristi kao sredstvo obezbeđenja kredita, pokazuje teret koji pravni poredak opterećuje sa jednim instrumentom obezbeđenja koji odstupa od založnog prava. U pogledu činjenice da se pravnoj nadi (pravu u očekivanju) ne mogu odrediti konture, sudovi su obavezni da kreiraju pravična rešenja za veoma teške probleme. Na taj način se od njih veoma mnogo traži.

Pošto fiducijarna svojina ima dugu tradiciju u nemačkom pravu, države u tranziciji su se povele za tim da preuzmu rešenja nemačkog prava prilikom kreiranja sopstvenih rešenja, koja vode do ozbiljnih posledica: nedostajući kauzalitet i akcesornost, zamena akcesornosti putem raskidnog uslova. Prilikom pravilnog razmatranja fiducijarne svojine koje u centar pažnje stavlja njenu funkciju, ova rešenja međutim ne odgovaraju čak ni nemačkom stvarnom pravu.

Ova navođenja bi trebalo da budu dovoljna da se pokaže da fiducija nije instrument obezbeđenja kojim bi se jedan pravni poredak trebao proizvoljno opteretiti. Tim pre ako postoji valjana alternativa u vidu mobilijarne hipoteke.

Jer ako je cilj obezbeđenja od početka (u okviru dopuštenog, vid. o tome gore pod IV.B.2.b.) široko postavljen, tada ni zahtev za upisom u registar kod mobilijarne hipoteke sa konstitutivnim dejstvom nema za posledicu, da su stranke uvek obavezne da vrše novu registraciju. Ako mobilijarna hipoteka, kao što je slučaj u Holandiji, može da bude "tiha" ili je upis u registar čisto deklaratoran, time se postiže da se mobilijarna hipoteka bez dodatnih formalnosti takođe može upotrebljavati za cilj obezbeđenja koji su stranke kasnije promenile.

Rešenja srpskih sudova, koja su nastala u vezi sa zakonski neuređenom fiducijom i zbog toga su imala za posledicu da njeno postojanje nije bilo zaštićeno, mogu se kritikovati na osnovu malo ubedljivih argumenata. Ali, ove presude se mogu vrednovati i kao veoma ispravni i važni indikatori za nelagodnost koju izaziva ovaj instrument obezbeđenja, i kao pohvalan pokušaj da se sopstveni pravni poredak od toga zaštiti.

Dr. Nataša Hadžimanović

Kritischer Beitrag zur Frage der Möglichkeit der nicht-kausalen und nicht-akzesorischen Ausgestaltung von Sicherungsrechten – zugleich eine Untersuchung zur Wünschbarkeit der Forcierung des Phänomens der *fiducia* in Südosteuropa

(Zusammenfassung)

Diese Untersuchung zeigt auf, dass die Rechtsnatur des Sicherungseigentums aufgrund seiner zwitterhaften Natur (Vollrecht mit Sicherungszweck) selbst in Rechtsordnungen verkannt wird, in denen es eine lange Tradition hat. Dies führt dazu, dass sachgerechte Lösungen, die jedes traditionelle Sicherungsrecht erfordert, ausbleiben: die akzesorische und kausale Ausgestaltung.

Die Rechtsordnungen der Nachfolgestaaten Jugoslawiens stellen eine möglichst grosse Palette an dinglichen Sicherungsrechten bereit und empfinden dabei die fiducia in weiten Teilen der deutschen Sicherungsübereignung nach. Daher übernehmen sie jedoch auch weitgehend die Probleme des deutschen Rechts, statt diese zu lösen.

Nach Ansicht der Autorin wäre es sinnvoller, statt die fiducia de lege ferenda zu optimieren, diese ganz zu verbieten, so dass Parteien auf die Mobilienhypothek ausweichen müssten. Eine solche Lösung ist sachgerecht und entspricht auch dem allgemeinen Trend (vgl. dazu z.B. DCFR, EBRD Model Law on Secured Transactions, Art. 9 UCC).

⁸³ Gavella, op. cit. fn. 11, str. 476.

⁸⁴ Isto tako Vrenčur, op. cit. fn. 7, str. 292.

Aktuelnosti iz evropskog prava

U okviru rubrike Aktuelnosti iz evropskog prava detaljnije je objašnjena Uredba EU 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja, te odluka Suda EU u predmetu C-555/07, *Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*. Nastavljajući pristup kakav je, vodeći ovu rubriku do sada, uspostavio dr. Stefan Pürner, na ovom mjestu želimo predstaviti planiranu zakonodavnu djelatnost EU, kao i zakonodavne akte EU u pripremi, pridržavajući se podjele na oblast krivičnog, javnog i građanskog prava koja, naravno, nije uvijek precizna. Pri tome će se relevantna praksa Suda EU i Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) navoditi unutar oblasti iz koje je odluka donesena. Svrha ovakvog informativnog pristupa jeste s jedne strane da se prikaže uticaj prava EU na sve pravne oblasti, i s druge strane da čitaoci na jednom mjestu mogu biti u toku s najnovijim zakonodavnim razvojem u oblastima EU od interesa.

Doc. dr. Zlatan Meškić

Krivično pravo

U okviru krivičnog prava, kojem je posvećeno nekoliko radova ovog izdanja Nove pravne revije, glavni predmet diskusije predstavlja Prijedlog Direktive o pravu na pravnog zastupnika u krivičnom postupku i prava na komunikaciju prilikom hapšenja (KOM (2011) 326 konačno). Težište diskusije leži u osiguranju povjerljivosti između zastupnika i stranke, te poštivanja osnovnih prava kako su tumačena od strane ESLJP na osnovu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP). Direktiva o pravu na pravnog zastupnika treba se posmatrati iz ugla sveobuhvatnije inicijative za harmonizacijom procesnih prava optuženog i žrtve u krivičnom postupku, kao nužne pretpostavke za uspostavljanje Evropskog tužioca. Podsjećamo da prema čl. 86. UFEU, u posebnom zakonodavnom postupku, Vijeće može jednoglasno uz saglasnost Parlamenta, u svrhu suzbijanja krivičnih djela koja štetno utiču na finansijske interese Unije, putem uredbe od Eurojusta uspostaviti Javno tužilaštvo EU.

Daljnji razvoj zapažen je u pogledu Prijedloga Direktive o zamrzavanju i konfiskovanju prihoda iz krivičnih djela u EU (KOM (2012) 85 konačno). Posebnu pažnju izazvao je čl. 4. Prijedloga Direktive koji bi omogućio sudu da oduzme imovinu za koju na osnovu konkretnih činjenica smatra da je značajno vjerovatnije da potiče iz sličnih kriminalnih aktivnosti optuženog nego iz drugih aktivnosti. Prema mišljenju Vijeća, oduzimanje imovine zasnovano na vjerovatnoći da potiče iz kriminalnih aktivnosti nije prihvatljivo iz ugla nacionalnih zakonodavstava u ovoj oblasti, te treba biti ograničeno samo na teška krivična djela u kojima se bar posredno stiče ekonomska prednost (Vijeće, 3. 12. 2012, br. 17117/12).

Prema odluci ESLJP, zakonska obaveza advokata da prijavljuje informacije stečene o pranju novca svog klijenta zasnovana na direktivama EU o pranju novca, vrijeđa načelo povjerljivosti komunikacije između advokata i klijenta i poslovne tajne, ali je opravdana i time legalna (ESLJP, 6. 12. 2012, 12323/11). ESLJP je povredu čl. 8. EKLJP smatrao proporcionalnom cilju koji slijedi, između ostalog zbog toga što je ograničena samo na određene radnje, te podrazumijeva prijavu predsjedniku advokatske komore, a ne direktno finansijskoj ustanovi. Vijeće evropskih advokata (CCBE) upozorilo je na fatalne posljedice presude po efikasnost odbrane.

Javno pravo

U javnom pravu prepoznaje se novi razvoj na putu ka zajedničkom evropskom sistemu azila. U pogledu diskutovane reforme Direktive 2003/9/EZ o utvrđivanju minimalnih standarda za prihvatanje potražioca azila u državama članicama, o kojoj je Komisija dostavila već nekoliko izmijenjenih prijedloga, čini se da je na pomolu usaglašavanje političkih stavova Vijeća i Parlamenta. Paralelno, Sud EU nastavlja da razvija svoju praksu na temelju važeće verzije Direktive 2003/9/EZ. U predmetu C-179/11 (*Cimade i GSTI*), odlučio je da je država članica u kojoj je postavljan zahtjev za azil dužna osigurati minimalne standarde iz Direktive 2003/9/EZ i kada ta država članica prema Uredbi br. 343/2003 (Uredba Dublin II) odluči da od druge države članice koju smatra nadležnom zahtijeva prihvatanje azilanta koji je podnio zahtjev. Razvoju evropskog prava azila dalje doprinosi nova praksa ESLJP. U predmetu br. 22341/09 odlučivalo se o podnosiocu zahtjeva za azil, kojem je Velika Britanija odobrila privremeni boravak. Supruzi koju je oženio nakon podnošenja zahtjeva za azil nije odobrena viza, s argumentom da su prema tadašnjim propisima pravo na

spajanje porodice imali samo supružnici koji su već bili u braku u vrijeme podnošenja zahtjeva za azil. ESLJP je ovdje prepoznao diskriminaciju u skladu s čl. 14. EKLJP u vezi s čl. 8 EKLJP, jer se ne smije razlikovati prema tome da li je do stupanja u brak došlo prije ili poslije podnošenja zahtjeva za azil. Ovakvo razlikovanje nije opravdano, jer nije proporcionalno cilju koji slijedi. Ovaj propis već je izmijenjen u Velikoj Britaniji.

Građansko pravo

U oblasti građanskog prava aktuelnosti je obilježila reforma jednog od temeljnih akata evropskog građanskog prava, Uredbe Brisel I o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, te usvajanje dugo planiranog paketa akata u oblasti patentnog prava.

Vijeće je 6. 12. 2012. dalo svoju saglasnost za reformisanu verziju Uredbe Brisel I. Time osnovni i najstariji akt međunarodnog privatnog prava EU ulazi u narednu fazu. Iz reforme izdvajamo dvije tačke. Kao prvo, ukida se nužnost provođenja postupka o proglašenju izvršnosti strane odluke u državi članici izvršenja (čl. 39. Uredbe Brisel I). Dalje se suzbija mogućnost da stranka podnošenjem tužbe protivno prorogacionom sporazumu pred sudom druge države članice dobiva na vremenu (tzv. torpedo parnice). Naime, prema čl. 31. st. 2. i 3. Uredbe Brisel I u slučaju da izabrani sud utvrdi svoju nadležnost, sudovi pozvani protivno sporazumu proglašavaju se nenadležnim.

Paket iz oblasti patentnog prava usvojen je dobivanjem saglasnosti od Parlamenta 11. 12. 2012., a sastoji se iz tri akta: Uredbe o provođenju pojačane saradnje u oblasti stvaranja jedinstvene zaštite patenta (KOM (2011) 215), Uredbe o odgovarajućim pravilima prevoda u tom pogledu (KOM (2011) 216) i međunarodnom sporazumu o stvaranju jedinstvenog sudskog sistema za sporove o patentima. U pojačanoj saradnji učestvuje 25 država članica (sve države članice osim Italije i Španije), u kojima će navedeni akti vrijediti neposredno. Prema mišljenju Komisije, po okončanju postupka ratifikacije međunarodnog sporazuma i formalnog usvajanja Uredbe o odgovarajućim pravilima prevoda, prvi jedinstveni patent EU mogao bi biti priznat u aprilu 2014. godine.

Dalji razvoj u oblasti građanskog prava zabilježen je u pregovorima o Prijedlogu Uredbe o statutu Evropske fondacije (KOM (2012) 35). Osim toga, Komisija je donijela Prijedlog Direktive o ravnopravnoj zastupljenosti muškaraca i žena u nadzornim odborima privrednih društava (KOM (2012) 614).

Napomena: Svi navedeni prijedlozi Komisije mogu se pronaći na stranici službenog lista EU koja omogućava pretragu putem broja akta (vidi http://eur-lex.europa.eu/RECH_naturel.do). Na toj stranici odaberete "COM final und JOIN final" što predstavlja akte Komisije, te ispod unesete godinu donošenja i broj akta.

Doc. Dr. Zlatan Meškić

Aktuelles aus dem Europarecht

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe der Rubrik "Aktuelles aus dem Europarecht" werden wichtige Rechtssetzungsvorhaben und Rechtssetzungsakte der EU in Vorbereitung vorgestellt, wobei ausgewählte Neuerungen, die diese durch ihr In-Kraft-Treten zur Folge haben werden, näher erläutert werden. Im Rahmen des Strafrechts, mit dem sich mehrere Artikel in dieser Ausgabe der NPR befassen, steht die Diskussion des Vorschlags für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme (KOM (2011) 326) im Mittelpunkt. Hierbei liegen die Schwerpunkte der Diskussion in der Garantie der Vertraulichkeit zwischen Mandant und Beistand sowie die Einhaltung der Grundrechte. Diese Debatte muss im Zusammenhang mit den Plänen zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft betrachtet werden, die vom Deutschen Anwaltverein und der Bundesrechtsanwaltskammer insbesondere wegen des mangelnden unionsrechtlichen Schutzes der Verfahrensrechte des Beschuldigten kritisiert wird.

Im Bereich des Zivilrechts hat der Rat am 6. 12. 2012 der neuen Fassung der Brüssel I-Verordnung zugestimmt (KOM (2010) 748). Damit tritt dieser grundlegende Rechtsakt des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts der EU in die nächste Phase. Der Schwerpunkt der Reform liegt in der Abschaffung der Vollstreckbarerklärung einer im Anwendungsbereich der Verordnung in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung sowie in der Stärkung der Gerichtsstandsvereinbarungen. Ein wahrer Meilenstein im EU-Patentrecht ist die Einigung des Rates und des Parlaments über das EU-"Patentpaket". Das erste einheitliche EU-Patent könnte bereits ab April 2014 vergeben werden. Über weitere Fortschritte kann zum Verordnungsvorschlag über das Statut der Europäischen Stiftung (KOM (2012) 35) berichtet werden.

Im Öffentlichen Recht sind neue Entwicklungen auf dem Weg zu einem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS) zu beobachten. In Bezug auf die diskutierte Neufassung der Richtlinie 2003/9/EG zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, zu der bereits mehrere geänderte Vorschläge der Kommission vorlagen, scheint eine politische Einigung zwischen Parlament und Rat bevorzuzustehen. Der EGMR rundet diesen Prozess mit neuer Rechtsprechung zu Flüchtlingen ab (Beschwerde Nr. 22341/09). Danach darf zwischen Flüchtlingen gemäß Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 nicht danach differenziert werden, ob die Familienzusammenführung vor oder erst nach dem Asylantrag stattgefunden hat.

Praksa Suda pravde Evropske unije:

Komentar slučaja C-555/07

Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG

Mag. sci. Adnan Mahmutović*

Sažetak

U ovom kratkom osvrtu na presudu Suda pravde Evropske unije u predmetu C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, 2010 WL 152458 od 19. januara 2010. godine analiziran je njen značaj s aspekta razvoja prava Evropske unije. Cilj je da se ukaže na to da presuda, osim što tumači i obuhvata pitanje zabrane diskriminacije na temelju dobi, dotiče vrlo osjetljivo pitanje horizontalnog dejstva normi prava EU, tj. mogućnosti direktnog dejstva odredbi Direktive 2000/78/EZ između privatnopravnih subjekata. Iako je kao polazna osnova uzeta odredba iz člana 288. stav 3. UFEU prema kojoj direktive ne mogu imati horizontalno dejstvo, Sud pravde je kroz naglašavanje obaveze država članica, koja proizlazi iz toga da se ostvari cilj predviđen direktivom, te njihove dužnosti da poduzmu sve prikladne mjere, bilo općenite ili pojedinačne, kako bi osigurale ostvarenje te obaveze, ipak našao načina kako da odredbe navedene direktive stavi u horizontalni kontekst utvrdivši postojanje općeg pravnog načela zabrane diskriminacije na temelju dobi kojem je odnosna direktiva dala "specifičan izraz".

Ključne riječi: Sud pravde, Küçükdeveci, horizontalno dejstvo direktiva, opća pravna načela, nacionalno zakonodavstvo, zabrana diskriminacije na temelju dobi

1. Uvod

Dana 19. januara 2010. godine, dakle, nepuna dva mjeseca nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona,¹ Veliko vijeće Suda pravde Evropske unije donijelo je presudu u predmetu *Küçükdeveci*.² Sud pravde se u ovoj presudi po prvi put poziva na odredbe Ugovora iz Lisabona. Osim toga, ova presuda se oslanja na neke ranije presude Suda pravde u predmetima *Mangold*³

* Autor je doktorski kandidat na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

¹ Ugovor iz Lisabona je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine. Više pojedinosti o samom ugovoru, između ostalih, u: M. Dougan, "The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts," 45 *Common Market Law Review*, 2008, 617–703.

² Presuda Suda pravde u predmetu C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, 2010 WL 152458 od 19. januara 2010.

³ Case C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm (Mangold)*, 2005 E. C. R. 1-9981. Više pojedinosti o ovom slučaju u: D. Schiek, "The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation," 2006; M. Schmidt, "The Principle of Non-Discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ's *Mangold* Judgment," *German Law Journal*, Vol. 07 No. 05,

i *Bartsch*.⁴ U predmetu *Küçükdeveci* od Suda pravde je zatraženo tumačenje u vezi s primjenom i opsegom općih načela o nediskriminaciji prava EU i validnosti mjera nacionalnog radnog prava. Drugim riječima, Sud je morao da odluči o odnosu između Direktive 2000/78/EZ⁵ i općih načela o zabrani diskriminacije na temelju dobi, mogućnosti opravdanja različitog postupanja na osnovu nacionalnih socijalnih i politika zapošljavanja, opsegu doktrine indirektnog dejstva ili konzistentne interpretacije, i direktnog horizontalnog dejstva direktiva.⁶

2. Činjenice *de facto* i *de jure*

Spor se u glavnom postupku vodio između dvaju pojedinaca, gđe Küçükdeveci s jedne i poslodavca Swedexa, s druge strane. Gđa Küçükdeveci je državljanka SR Njemačke, rođena 12. februara 1978. godine. Od svoje 18. godine ili tačnije, od 4. juna 1996. godine bila je zaposlena kod Swedexa. Swedex je gđi Küçükdeveci, zajedno s još njenih trinaest radnih kolega, dao otkaz kada je imala navršenih 28 godina pismom od 19. decembra 2006. godine računajući jednomjesečni otkazni rok, od 31. januara 2007. godine. Poslodavac je otkazni rok računao kao da je zaposlenica radila tri godine, iako je kod njega bila zaposlena punih 10 godina. Naime, Swedex je svoj postupak temeljio na drugoj rečenici paragrafa 622(2) njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*)⁷ prema

2005, 505–524, također o ovome je pisao i P. Craig, "The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions," 34 *European Law Review*, 2009, 349–375.

⁴ Case C-427/06, *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH (Bartsch)*, 2008 E.C.R. 1-7245. Više o ovome slučaju može se pročitati u: F. Bayreuther, "Altersdiskriminierung bei Ausschluss eines Ruhegeldanspruches bei fünfzehn Jahre jüngerem Ehegatten," *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, 698-700; D. Martin, "De Mangolda Bartsch: Heurts et Malheurs du Principe d' Egalite en Droit Communautaire," *Journal des Tribunaux du Travail*, 2008, 425–429. Na povezanost ovih presuda posebno su ukazivali neki autori, vidi u: M. de Mol, "Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, 293–308.

⁵ Direktiva Vijeća br. 2000/78 usvojena 27. novembra 2000. godine, objavljena u *Official Journal* 2. decembra 2000. godine, No. L. 303.

⁶ A. Wiesbrock, "Case Note – Case C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010," *German Law Journal*, Vol. 11, No. 05, 2010, str. 539–550.

⁷ Njemački Građanski zakonik od 18. augusta 1896. godine [*Bürgerliches Gesetzbuch BGB*], *Reichsgesetzblatt [RGB]* 195, para. 622(2), rečenica 2. čl. 622 njemačkog Građanskog zakonika propisuje: "(1) Obavijest kojom se raskida radni odnos zaposlenika može se dati s otkaznim rokom od četiri sedmice do datuma 15. ili kraja kalendarskog mjeseca. (2) Kod raskida od strane poslodavca, otkazni rok, ako je radni

kojem se predviđa da se dužina otkaznog roka u slučaju otpusta povećava u odnosu na dužinu staža, ali ne uzima u obzir zapošljavanje prije navršenih 25 godina života. To je bio razlog da gđa Küçükdeveci podnese tužbu njemačkom Radničkom sudu (Arbeitsgericht Mönchengladbach) primarno na osnovu nacionalnog prava⁸ gdje je tvrdila da joj je otkazni rok trebao biti 4 mjeseca na osnovu tačke 4 druge rečenice paragrafa 622(2) BGB,⁹ a zatim je navodila da je druga rečenica paragrafa 622(2) BGB mjera koja diskriminira na osnovu dobi, suprotno pravu Evropske unije i stoga nije primjenjiva.¹⁰

U žalbenom postupku, drugostepeni Radnički sud (Landesarbeitsgericht Düsseldorf) najprije je našao da je do dana otkaza rok za implementaciju Direktive 2000/78 istekao.¹¹ Nadalje, drugostepeni sud je ukinuo presudu prvostepenog suda iz Mönchengladbacha koja se odnosila na primarnu tvrdnju gđe Küçükdeveci na osnovu nacionalnog prava, te je s tim u vezi uzeo u obzir kako član 622(2) BGB-a propisuje razliku u postupanju koja se odnosi na starost i da njenu usklađenost s pravom Evropske unije smatra upitnom. Žalbenom sudu ostaje nejasno treba li egzistentnost diskriminacije na osnovu dobi ocjenjivati u svjetlu primarnog prava Evropske unije kako to sugerise odluka u predmetu C-144/04 Mangold [2005] ECR I-9981

odnos u poslovanju ili preduzeću: 1. trajao dvije godine, iznosi jedan mjesec do kraja kalendarskog mjeseca, 2. trajao pet godina, iznosi dva mjeseca do kraja kalendarskog mjeseca, 3. trajao osam godina, iznosi tri mjeseca do kraja kalendarskog mjeseca, 4. trajao 10 godina, iznosi četiri mjeseca do kraja kalendarskog mjeseca, 5. trajao 12 godina, iznosi pet mjeseci do kraja kalendarskog mjeseca, 6. trajao 15 godina, iznosi šest mjeseci do kraja kalendarskog mjeseca, 7. trajao 20 godina, iznosi sedam mjeseci do kraja kalendarskog mjeseca. Pri izračunavanju trajanja radnog odnosa, razdoblja prije nego što je zaposlenik navršio 25 godina neće biti uzeta u obzir.”

⁸ Arbeitsgericht Mönchengladbach [AG] [Labor Court] June 15, 2007, 7 Ca 84/07 9 (F. R. G.).

⁹ Case C-555/07, para. 14.

¹⁰ Ibid, para. 15.

¹¹ Čl. 18. (1) Direktive 2000/78/EC predviđa da Direktiva treba biti transponirana u pravni sistem država članica najkasnije do 2. decembra 2003. Međutim, čl. 18. (2) Direktive navodi da države članice mogu, ako je to potrebno, dobiti dodatni period od 3 godine računajući od 2. decembra 2003. godine da se implementiraju odredbe direktive koje se odnose na pitanja diskriminacije na temelju dobi i invaliditeta. Njemačka je koristila ovu opciju što znači da je trebala ovu direktivu transponovati u svoj pravni sistem najkasnije do 2. decembra 2006. godine. Ovo je potvrđeno u predmetu Case C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981, para. 12–13, 28, 66. Dakle, ovdje je važno naglasiti da je Direktiva 2. decembra 2006. godine uvela u opseg prava EU nacionalno zakonodavstvo iz glavnog postupka koje se odnosi na pitanja uređena tom direktivom, u ovom slučaju pitanje uvjeta otkaza. Ovo zbog toga jer, da bi se načelo zabrane diskriminacije na temelju dobi primijenilo u sporu poput ovog u glavnom predmetu, taj spor mora ući u nadležnost prava EU.

ili u svjetlu Direktive 2000/78. Stoga, je ovaj sud uputio zahtjev za prethodnim pitanjem Sudu pravde EU.¹² On se sastojao iz dva pitanja.¹³ Prvo, da li njemačko nacionalno pravo krši odredbe prava EU o zabrani diskriminacije na temelju dobi i da li se to procjenjuje prema primarnom pravu EU ili prema Direktivi 2000/78? Drugo pitanje se odnosi na mogućnost neprimjenjivanja nacionalnog prava u slučaju kada ono krši odredbe prava EU u sporu između pojedinaca. Zapravo, Landesarbeitsgericht je pitao da li su nacionalni sudovi dužni da u skladu s tada važećim članom 234. UEZ zahtijevaju prethodnu odluku Suda pravde prije nego što odluče da ne primjenjuju nacionalnu odredbu?

3. Presuda Suda pravde Evropske unije

a) Prvo pitanje

Što se tiče prvog pitanja, Sud je pošao od toga da je Vijeće Evropske unije Direktivu 2000/78 usvojilo na temelju ranijeg člana 13. UEZ (sada čl. 19. UFEU), te da sama direktiva ne ustanovljava načelo jednakog postupanja u području zapošljavanja i radnih odnosa, koje proizlazi iz različitih međunarodnih instrumenata i iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, nego ima isključivu svrhu uspostaviti u tom području opći okvir za suzbijanje diskriminacije na različitim osnovama uključujući starost.¹⁴ U tom kontekstu, Sud je, pozivajući se na ranije odluke u predmetu *Mangold* kao i na odredbe prava na nediskriminaciju iz člana 21. (1) Povelje o temeljnim pravima¹⁵ priznao postojanje i primjenjivost općeg pravnog načela zabrane diskriminacije na temelju dobi. U ovom slučaju riječ je o direktivi kojoj je rok za implementaciju u nacionalno zakonodavstvo istekao i time je opće načelo kojem je direktiva dala specifičan izraz dovedeno u opseg prava EU. To je skladu s onim što je pravobranilac *Sharpston* u svom mišljenju u presudi *Bartsch* istakao, kako opća pravna načela trebaju služiti usmjeravanju mjera nacionalnog zakonodavstva koje spadaju u opseg prava EU, tj. kada nacionalne mjere nisu u opsegu prava EU, opća pravna načela se nemaju na što nadovezati.¹⁶

Za razliku od mišljenja nezavisnog pravobranioca *Yvesa Bota*,¹⁷ Sud je konstatovao da Direktiva 2000/78/EZ samo “daje specifičan izraz” ovom načelu, unoseći u nacionalno

¹² Landesarbeitsgericht Düsseldorf [LAG] [Labor Court of Appeals] Nov. 21, 2007, 12 Sa 1311/07 92 (F. R. G.).

¹³ Case C-555/07, para 17.

¹⁴ Ibid, para. 20 i Case C-144/04, para. 74.

¹⁵ U skladu s članom 6. (1) UEU Ugovor i Povelja o temeljnim pravima imaju jednaku pravnu snagu.

¹⁶ Opinion of Advocate General Sharpston, Case C-427/06, Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH (Bartsch), 2008 E.C.R. I-7245, para. 88.

¹⁷ Opinion of Advocate General Bot, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, 2009 WL 1917328, 49 (July 9, 2009).

pravo mogućnost otkaza u okviru prava EU.¹⁸ Prema tome, Sud je utvrdio da, ako je cilj bio dati poslodavcu mogućnost veće fleksibilnosti u upravljanju osobljem kojom se ublažava pritisak na njega kod uručivanja otkaza mladim radnicima, onda se odnosna odredba ne može smatrati adekvatnom u pravcu postizanja tog cilja jer utiče na druge osobe koje su preduzeću pristupile prije navršene 25. godine starosti. Drugim riječima, prema članu 2. (1) Direktive 2000/78, za potrebe te direktive, "načelo jednakog postupanja" znači da neće biti nikakve direktne ili indirektno diskriminacije iz člana 1. Direktive. Član 2. (2) (a) Direktive propisuje da za potrebe člana 2. (1) do direktne diskriminacije dolazi kada se prema osobi postupaju manje povoljno nego prema drugoj osobi u usporedivoj situaciji na osnovu bilo kojeg razloga iz člana 1. Direktive.¹⁹ Tako u slučaju dva zaposlenika od kojih svaki ima 20 godina staža u radnom odnosu, onaj koji se pridružio poslodavcu s 18 godina bit će ovlašten na otkazni rok u trajanju pet mjeseci dok će otkazni rok za onog koji se pridružio s 25 godina biti sedam mjeseci.²⁰ Konačno, Sud je u odgovoru na prvo pitanje zaključio da se pravo EU i posebno opće pravno načelo zabrane diskriminacije na temelju dobi koje je dobilo specifičan izraz u Direktivi 2000/78, ima tumačiti na način da se ne primjenjuju nacionalne odredbe iz druge rečenice paragrafa 622(2) BGB-a, prema kojima se radni staž ostvaren prije nego radnik navršši 25 godina života ne uzima u obzir pri računanju trajanja otkaznog roka.²¹

b) Drugo pitanje

U smislu drugog pitanja nacionalni sud je, da podsjetimo, tražio pojašnjenje da li treba, u slučaju gdje se spor odvija između privatnopravnih osoba i u svrhu da iz primjene izuzme nacionalne odredbe koje smatra suprotnim pravu EU, radi osiguranja zaštite legitimnih očekivanja osoba podložnih zakonu, postaviti prethodno pitanje Sudu pravde u skladu s članom 267. UFEU kako bi Sud pravde mogao potvrditi da je zakonodavstvo suprotno pravu EU. Sud pravde je utvrdio da bez obzira na to da li je nacionalni sud iskoristio mogućnost iz člana 267. UFEU on je dužan da osigura poštivanje načela zabrane diskriminacije kako je navedeno u Direktivi 2000/78, odnosno da osigura pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz odredaba prava EU, te puni učinak tih odredaba.²² Također, Sud je oslanjajući se na poznati slučaj *Faccini Dori* reafirmisao svoj tradicionalni stav u pogledu horizontalnog direktnog dejstva direktiva i izričito naveo da kada se radi o sporovima između privatnopravnih osoba, Direktiva sama od sebe ne može stvarati obaveze za pojedinca i stoga se on na nju ne može

oslanjati protiv drugog pojedinca.²³ Sud je, nadalje, iznio da države članice imaju dužnost da poduzmu sve prikladne mjere neophodne za osiguranje ciljeva predviđenih Direktivom i da je to obaveza svih nadležnih vlasti država članica uključujući i nacionalne sudove.²⁴ U tom kontekstu, Sud je ponovo naznačio obavezu konzistentne interpretacije ističući da je dužnost nacionalnih sudova da u svjetlu odredbi direktiva, koliko je to moguće, interpretiraju nacionalno pravo kako bi se postigao cilj kojem teži direktiva i tako zadovoljio treći stav člana 288. UFEU.²⁵ Što se tiče dijela pitanja da li nacionalni sud koji odlučuje u sporu između pojedinaca treba da, prije nego li iz primjene izuzme nacionalne odredbe za koje smatra da su suprotne pravu EU i uputi Sudu pravde zahtjev za prethodno pitanje, treba kazati sljedeće. Ovo pitanje se pojavilo jer nacionalni sud prema nacionalnom pravu ne može odbiti primjenu važeće nacionalne odredbe prije nego je Savezni ustavni sud (Bundesverfassungsgericht) proglasi neustavnom.²⁶ Sud pravde je samo potvrdio odredbu iz člana 267 (2) UFEU prema kojoj bilo koji nacionalni sud može, ali se ne mora obratiti Sudu pravde, međutim iz razloga načela nadređenosti prava EU, koje također obuhvaća načelo zabrane diskriminacije na temelju dobi, konfliktno nacionalno pravo koje ulazi u opseg prava EU mora biti izuzeto iz primjene.²⁷

4. Komentari

a) Odluka u predmetu *Küçükdeveci* ima progresivan karakter

Analizom Odluke u predmetu *Küçükdeveci* mogu se, prije svega, identifikovati dvije značajke koje upućuju na njegov progresivni karakter. Prvo, s njim se po prvi put uvodi postlisabonska terminologija u *case law* Suda pravde EU. Drugo, Sud pravde je uzeo u obzir dodatne argumente koji idu u prilog postojanju načela zabrane diskriminacije na temelju dobi sadržane u Povelji o temeljnim pravima EU.

¹⁸ T. Roes, "Case Law: Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG," 16 Columbia Journal of European Law, 2010, 497–519.

¹⁹ Case C-555/07, para. 28.

²⁰ Ibid, para. 30.

²¹ Ibid, para. 43.

²² C-268/06 Impact [2008] ECR I-2483, para. 42.

²³ Case C-555/07, para. 46. Sud se u ovom smislu pozvao na slučajeve: Case C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl. [1994] ECR I-3325, para. 20; Case 152/84 M.H. Marshall v. Southampton and SouthWest Hampshire Area Health Authority (Teaching) [1986] ECR 723, para. 48; Joined Cases C-397/01 to C-403/01 Bernhard Pfeiffer et al. v. Deutsches Rotes Kreuz [2004] ECR I-8835, para. 108.

²⁴ Ibid, para. 47.

²⁵ Između ostalih vidi: Case 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land NordrheinWestfalen [1984] ECR 1891, para. 26; Case 152/84 M. H. Marshall v. Southampton and SouthWest Hampshire Area Health Authority (Teaching) [1986] ECR 723; Case C-160/01 Karen Mau v. Bundesanstalt für Arbeit [2003] ECR I-4791, para. 34; Joined Cases C-397/01 to C-403/01 Bernhard Pfeiffer et al. v. Deutsches Rotes Kreuz [2004] ECR I-8835, para. 119–120.

²⁶ Case C-555/07, para. 52 i 54.

²⁷ Ibid, para. 54.

aa) Postlisabonska terminologija

U kontekstu uvođenja postlisabonske terminologije treba naglasiti da bez obzira na to što su činjenice u sporu nastale prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, odnosno što je nacionalni sud prethodno pitanje uputio na osnovu člana 234. UEZ,²⁸ te da je staru terminologiju u svome mišljenju naveo i nezavisni pravobranilac *Bot*, Sud pravde je u svom odgovoru na drugo pitanje primjenjivao odredbe člana 267. UFEU.²⁹ Naravno, da ovakav postupak Suda pravde nije unio nikakve promjene u pravo nacionalnog suda da podnese zahtjev za prethodno pitanje, nego je on rezultat primjene prenumerisanih odredbi novog ugovora koji je stupio na snagu u međuvremenu. Osim toga, Sud pravde se u ovom slučaju prilagodio činjenici da je s Ugovorom iz Lisabona nastupila erozija u trostubnoj strukturi dotadašnje EZ, te da od stupanja na snagu tog Ugovora ona pravno egzistira pod novim nazivom Evropska unija. Ovo je, između ostalog, vidljivo u paragrafu 15. Presude u kojem se navodi “(...) suprotna pravu Evropske unije (...)” što predstavlja razliku u odnosu na njegovu presudu u predmetu *Bartsch*³⁰ gdje je stajalo “(...) u okviru prava Evropske zajednice (...)” i mišljenja pravobranioca *Bolta* koja ponovo koristi staru terminologiju.³¹

bb) Argument *per se* ili retroaktivno dejstvo Povelje?

Povelja o temeljnim pravima predstavlja prvi dokument Evropske unije kojim su na jedinstven način sistematizovana i kodifikovana temeljna prava EU. Na taj način Povelja je doprinijela vidljivosti temeljnih prava, ali i pravnoj sigurnosti građana u vezi sa zaštitom temeljnih prava koja su ranije egzistirala kao opća pravna načela u okviru *case lawa* Suda pravde. Princip zabrane diskriminacije na temelju dobi, iako sadržan u Direktivi 2000/78, potvrđen u *Mangoldu*, sa stupanjem na snagu Povelje o temeljnim pravima biva i kodifikovan. Progresivni značaj ovaj slučaj crpi iz toga da se uzimaju u obzir dodatni argumenti iz Povelje o temeljnim pravima EU.³² Međutim, *de facto* činjenice u predmetu *Küçükdeveci* datiraju iz vremena kada Povelja nije imala pravno obavezujući karakter? Ovdje se, stoga, postavilo pitanje da li je zbog uzimanja u obzir dodatnih argumenata iz Povelje priznato njeno retroaktivno dejstvo. Naše je mišljenje da ovakvo pitanje ne može imati potvrđan odgovor, nego da se u ovom slučaju radi samo o tome da je Sud pravde želio da naglasi značaj Povelje kao dokumenta koji sadrži pravo na zabranu diskriminacije na temelju dobi. Drugim riječima, ovim se iznosi argument da je pravo na zabranu diskriminacije na temelju dobi kao takvo predviđeno u jednom dokumentu, što je na neki način nastavak

argumentacije iz slučaja *Mangold* u kojem je Sud pravde to iznio kao argument, mada je tada bilo jasno da niti u jednom od međunarodnih instrumenata nije propisana izričita zabrana diskriminacije na temelju dobi. Kao razlog za našu tvrdnju iznosimo da Sud u presudi *Küçükdeveci*³³ samo konstatuje u vezi s pravnom snagom Povelje i kodifikacijom prava na zabranu diskriminacije na temelju dobi. Sud pravde nigdje ne navodi da Povelja ima direktnu primjenu u ovom slučaju iz čega se da zaključiti da je svjesno izbjegnuta takva kvalifikacija, jer bi ona mogla upućivati na retroaktivno dejstvo Povelje. Međutim, ne možemo reći da kodifikacija prava na zabranu diskriminacije na temelju dobi koja je nastupila s članom 21. (1) Povelje automatski nešto mijenja u okviru općih pravnih načela prava EU, niti da uvodi neke posebne novine u raspravu o ovom pitanju. Njen doprinos je, između ostalog, u pravnoj sigurnosti s obzirom na činjenicu da opće pravno načelo o zabrani diskriminacije na temelju dobi prije presude *Mangold* nije bilo poznato u okviru *case lawa* Suda pravde.

b) Horizontalno dejstvo direktiva – argumenti *contra* i *pro*

aa) “Contra”

Predmet *Küçükdeveci* omogućio je da nacionalni sud uputi zahtjev za prethodno pitanje koje se odnosi na to da li se pojedinci protiv drugih pojedinaca mogu direktno oslanjati na odredbe o zabrani diskriminacije sadržane u direktivi EU. S tim u vezi, postavlja se pitanje kakve su implikacije odluke Suda pravde u ovom predmetu po poslodavca i uposlenika kao privatnopravne strane ili pojedinaca. Prije svega, predmet *Küçükdeveci* je samo jedan od nekoliko predmeta koji se odnose na sporove između pojedinaca iz radnopravnih odnosa i s tim povezanog različitog tretmana zasnovanog na diskriminaciji na temelju dobi koja proizlazi iz nacionalnih propisa.³⁴ Za sve te predmete zajedničko je to da oni uključuju Direktivu 2000/78 koja uspostavlja opći okvir za jednako postupanje u slučaju zapošljavanja i zanimanja. Međutim, Sud pravde je do sada u nekoliko navrata kategorički odbio mogućnost direktnog horizontalnog dejstva direktiva.³⁵ Pri tome, Sud je naveo nekoliko argumenata u prilog negiranja horizontalnog dejstva direktiva. Prvo, član 288. (3) UFEU spominje da direktive obavezuju samo države članice, a ne i građane EU. Drugo, država ne može od privatnih lica zahtijevati da ispune

³³ Ibid.

³⁴ Predmeti *Mangold*, *Bartsch* i *Case C-411/05, Felix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* 2007 (Palacios de la Villa), 2007 E. C. R. I-8531

³⁵ *Case C-91/92, Faccini Dori v. Recreb Srl* 1994 E. C. R. I-3325, para. 20; *Joined Cases C-397-403/01, Pfeiffer, et al. v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, 2004 E. C. R. I-8835, para. 108–09; *Case 152/84, Marshall v. Southampton and S. W. Hampshire Area Health Auth. (Teaching)*, 1986 E. C. R. 723, para. 48; *Case C-192/94, El Corte Inglés SA v. Rivero*, 1996 E. C. R. I-1281, para. 16–17.

²⁸ Treaty Establishing the European Communities, art. 234(3), Dec. 29, 2006, O. J. (C321E).

²⁹ Ibid, para. 44 i 54.

³⁰ *Bartsch*, 2008 E. C. R. I-7245, para. 15 i 18.

³¹ T. Roes, loc. cit. 507.

³² *Case C-555/07*, para. 22.

obaveze predviđene direktivom koju svojim propustom ona nije u određenom roku implementirala u unutrašnji pravni poredak. Treće, priznavanjem direktnog horizontalnog dejstva direktivama narušila bi se razlika između njih i uredbi kao sekundarnih akata Unije, što bi za posljedicu imalo poremećaj sistema pravnih akata i distribucije nadležnosti koji su utvrđeni Ugovorom, odnosno konačno vladavine prava.³⁶ Osim toga, često se ističe da nije potrebno odobriti direktno horizontalno dejstvo direktiva jer postoje i drugi mehanizmi koji osiguravaju direktno dejstvo, kao što je konzistentna interpretacija koja je utvrđena u predmetu *Francovich*.³⁷

bb) "Pro"

Prethodno izneseno rezonovanje Suda naišlo je na brojne kritike pravnih komentatora i analitičara koji su ga smatrali isuviše formalističkim.³⁸ Oni ističu da oslanjanje na tekst Ugovora, odnosno člana 288. (3) UFEU često nije odlučujuće u *case lawu* Suda pravde. Stoga, Sud pravde se ne treba isključivo oslanjati na spomenuti član, jer ako bi to bio slučaj, onda bi bilo kakvo nametanje obaveze pojedincu u tom smislu bilo nemoguće.³⁹ Drugo, u uspostavi direktnog dejstva direktiva odlučujući su priroda i sadržaj pravnog akta EU, a ne pitanja kome je odnosni akt upućen ili o kakvoj formi akta je riječ.⁴⁰ Konačno, priznavanje direktnog horizontalnog dejstva direktivama neće narušiti postojeću razliku između uredbi i direktiva. Ovo zbog toga jer razlika proizlazi iz njihove pravne prirode prema kojoj uredbi obavezuju u cijelosti i one se ne transponuju kroz nacionalne mjere implementacije, što predstavlja bitnu razliku u odnosu na direktive koje obavezuju samo u pogledu cilja koji se njima ima postići. S druge strane, odabir forme i metode u pogledu nacionalne implementacije ostavlja se kao diskreciono pravo državi članici. Prema tome, direktno horizontalno dejstvo direktive neće proizvesti situaciju obaveze u cijelosti što je dovoljan argument za razlikovanje ove dvije vrste pravnih akata Unije.

c) *De facto* direktno horizontalno dejstvo direktive?

Sud pravde je u predmetu *Mangold* u pravni poredak po prvi put uveo zabranu diskriminacije na temelju dobi kao opće pravno načelo. Direktiva 2000/78 je u predmetu *Kücükdeveci* navedena kako daje poseban izraz tom načelu.⁴¹ Umjesto da osigura pojedincima mogućnost izričitog pozivanja na spomenutu direktivu u sporu s drugim pojedincem, Sud pravde je prihvatio šire tumačenje načela posrednog učinka. Načelo podrazumijeva, u smislu načela lojalnosti iz člana 4. (3) UEU, obavezu nacionalnih vlasti da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se osiguralo ispunjavanje obaveza koje proizlaze iz ugovora ili su rezultat akata institucija Unije, te da ne poduzimaju nikakve mjere koje bi mogle ugroziti postizanje ciljeva Unije. To uključuje obavezu nacionalnih sudova da odbiju primijeniti nacionalne odredbe koje su u suprotnosti s pravom EU. Ova doktrina, iako izvorno primjenjiva na vertikalne situacije, također vrijedi u slučajevima između pojedinaca, te na taj način ona, u određenoj mjeri, zaobilazi isključenje horizontalnog direktnog učinka.⁴² Preciznija analiza otkriva da je u predmetu *Kücükdeveci*, kao i u *Mangold* Sud pravde Direktivu 2000/78 koristio da isključi primjenu nacionalnog zakonodavstva u pitanju.⁴³ Kao što je pravobranilac *Bot* navela u svom mišljenju⁴⁴ treba praviti razliku između nadređenog i direktnog dejstva, odnosno između korištenja direktive da se isključi konfliktno nacionalno pravo i korištenja određenih odredbi direktive da se zamijene ili popune postojeće praznine u nacionalnom pravu. Prema tome, u predmetu *Kücükdeveci* moglo bi se zaključiti da je Sud pravde samo koristio Direktivu 2000/78 da bi naglasio nadređenost prava EU, odnosno dao "specifičan izraz" općem pravnom načelu. Drugim riječima, iako je pravni ishod praktično identičan s horizontalnom primjenom direktiva bilo bi previše slobodno i neprecizno ako bismo prihvatili to da je Sud pravde na ovaj način priznao direktno horizontalno dejstvo direktive i time prekršio odredbu iz člana 288. stav 3. UFEU. Dakle, Sud pravde priznaje postojanje općeg pravnog načela zabrane diskriminacije na temelju dobi kako je izraženo u Direktivi 2000/78, predmetu *Mangold* i Povelji o temeljnim pravima, te shodno tome svaka odredba nacionalnog zakonodavstva koja ne poštuje ovo opće pravno načelo mora biti isključena iz primjene od strane nacionalnih sudova, pa čak i onda kada se radi o sporu između dva ili više pojedinaca.

³⁶ Case C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl. [1994] ECR I-3325, para. 24.

³⁷ V. Krzeminski, "The Küçükdeveci Judgment – A Horizontal Direct Effect for Directives?" Master Thesis, University of Leiden, the Netherlands, 2010, str. 33.

³⁸ P. Craig, de Burca, EU Law, Oxford, 2007, 283–285, A. Dashwood, "From Van Duyn to Mangold via Marshall Reducing Direct Effect to Absurdity?", 9 Cambridge Y. B. European Legal Studies, 2006, 81; T. Tridimas, "Horizontal Direct Effect of Directives: a Missed Opportunity?" 19 European Law Review, 1994, 621.; P. Craig, "Directives, Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation," 22 European Law Review, 1997, 519.

³⁹ V. Krzeminski, loc. cit.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Case C-555/07, para. 21.

⁴² A. Wiesbrock, 543.

⁴³ Mangold, para. 77, Küçükdeveci, para. 51.

⁴⁴ Opinion Advocate General, Küçükdeveci, 2009 WL 1917328, para. 63–64, 88–89.

5. Zaključna razmatranja

Na kraju, presuda u predmetu *Kücükdeveci* može se smatrati jednom od najznačajnijih presuda Suda pravde u 2010. godini. Ovakva konstatacija nije samo rezultat činjenice da Sud pravde po prvi put uvodi postlisabonsku terminologiju i uključuje odredbe Povelje o temeljnim pravima EU, nego i zbog toga jer se s ovom presudom dodatno pojašnjava opseg presuda u predmetima *Mangold* i *Bartsch*, te posebno način na koji se koriste odredbe Direktive 2000/78 i opća pravna načela o jednakom tretmanu. Drugim riječima, Sud pravde u ovom predmetu s više detalja elaborira učinke Direktive u horizontalnim situacijama gdje ona uspostavlja okvir za primjenu općeg pravnog načela zabrane diskriminacije na temelju dobi. Sud pravde nastavljajući s poricanjem direktnog horizontalnog dejstva direktiva svoj kurs okreće prema primarnom pravu u formi općih pravnih načela. Stoga bi se moglo zaključiti da presuda na određeni način ukazuje na mogućnost dodatnog razlikovanja između direktnog učinka i same nadređenosti normi prava Evropske unije.

Iz činjenice da je Sud pravde dopustio da se uzme u obzir "specifični izraz" direktive u jednoj horizontalnoj situaciji, tj. između privatnopravnih subjekata, mogli bismo zaključiti da je Sud pravde uveo jednu novu kategoriju direktiva, tj. direktiva koje daju specifičan izraz općim pravnim načelima. Da li će se ovaj slučaj zbog toga uzeti kao osnova za uspostavu određene klasifikacije direktiva kao izvora prava EU ostaje da se vidi, ali jedno je sigurno: Sud pravde je u ovom slučaju napravio određeni prodor u područje suvereniteta država članica i u pravo EU uveo jednu novu doktrinu koju bi smo mogli nazvati doktrina *Kücükdeveci*.

Konačno, imajući u vidu činjenicu da postoji određeni broj direktiva u kojima su izražena temeljna prava, ostaje otvoreno pitanje da li će se svaki put pojedinačno o tome očitovati Sud pravde Evropske unije ili će se uzeti da opća pravna načela mogu biti primjenjiva u horizontalnim situacijama jer ova, veoma instruktivna, presuda daje dovoljno argumenata za odobrenje općim pravnim načelima isključivog dejstva zbog nadređenosti prava Evropske unije. Međutim, ostavljajući mogućnost

nacionalnim sudovima da se svaki put u ovakvim situacijama prethodnim pitanjem obrate Sudu pravde daje nam za pravo da tvrdimo da će presuda *Kücükdeveci* imati više incidentalan, nego generalan značaj. Bez obzira na prethodnu dilemu, jasno je da Sud pravde i dalje nastavlja da svojom praksom pruža snažnu podršku u pravcu jačanja i razvoja integracijskih elemenata ne osvrćući se na sve prisutnije kritike iz područja pravnog sučeljavanja s nacionalnim instancama. Ne treba zaboraviti da je zbog toga, velikim dijelom, i ostvaren uspjeh u razvoju prava Evropske unije.

Mag. Sci. Adnan Mahmutović

Besprechung der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-555/07 Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG

(Zusammenfassung)

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Darstellung der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, 2010 WL 152458 vom 19. Januar 2010. Es wird die Bedeutung dieser Entscheidung aus dem Aspekt der Entwicklung des EU-Rechts analysiert, mit dem Ziel aufzuzeigen, dass die Entscheidung nicht nur die Frage des Diskriminierungsverbotes wegen des Alters behandelt, sondern auch die äußerst sensible Frage der horizontalen Wirkung EU-rechtlicher Normen, bzw. der Möglichkeit der direkten Wirkung der Bestimmungen der Richtlinie 2000/78/EZ zwischen Privatrechtssubjekten, berührt. Obwohl als Ausgangslage die Bestimmung des Art. 288. Abs. 3. AEUV genommen wurde, nach der Richtlinien keine horizontale Wirkung entfalten, hat der Gerichtshof durch die Betonung der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die aus der Notwendigkeit der Erfüllung des mit der Richtlinie gesetzten Zieles hervorgeht, und der Verpflichtung der Mitgliedstaaten alle angemessenen Maßnahmen, ob allgemein oder einzeln, vorzunehmen, um dieser Verpflichtung gerecht zu werden, einen Weg gefunden, um die Bestimmungen dieser Richtlinie in einen horizontalen Kontext zu rücken, indem er das Bestehen eines allgemeinen Rechtsprinzips des Diskriminierungsverbots wegen des Alters festgelegt hat, der durch diese Richtlinie einen "besonderen Ausdruck" bekommen hat.

Posebni oblici unifikacije – Regulatorna EU 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja

Mag. sci. Berin Riđanović*

1. Uvod

Regulatorna EU broj 261/2004 o uspostavljanju zajedničkih pravila i pružanju pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnih kašnjenja (u daljem tekstu: Regulatorna EU broj 261/2004) predstavlja osnovni i najvažniji propis kojim se propisuju prava putnika u zračnom prevozu unutar EU i zračnom prevozu putnika kojim je krajnja destinacija država EU. Putnici koji koriste zračni prevoz, kao najbrži vid prevoza, očekuju jednak stepen zaštite svojih prava, a svoja prava će lakše ostvariti, ako su jedinstveno regulirana na određenom geografskom području, u konkretnom slučaju na prostoru EU.

Regulatornom EU broj 261/2004 zahtijeva se od zračnih prevoznika da nadoknade štetu putniku u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja i da pruže odgovarajuću pomoć putniku, sadržanu u zbrinjavanju putnika ili omogućavanja alternativnog prevoza putniku. Cilj Regulatorne EU broj 261/2004 je stvaranje jedinstvenog tržišta, pa tako i na području zračnog prevoza, čime se omogućava tržišna utakmica zračnih prevoznika pod jednakim uslovima u cijeloj EU. S obzirom na to da se radi o nadnacionalnom propisu koji sadrži unifikacijske elemente, Regulatorna EU broj 261/2004 je konkurentski propis Montrealskoj konvenciji i kao takav je više puta osporavan pred evropskim sudovima. Zračni prevoznici smatraju da Regulatornom EU broj 261/2004 nije napravljen balans između prava putnika i obaveza zračnog prevoznika. Premda su sudovi na stanovištu da je Regulatorna EU broj 261/2004 u skladu s pravnim poretkom EU, zračni prevoznici su na sve načine pokušali da izbjegnju primjenu predmetne regulatorne. U nastavku se daje pregled prava putnika u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazanog leta i dugotrajnog kašnjenja leta. Propis EU o kojem se najčešće diskutuje u oblasti prava putnika doživio je mnoge teorijske i sudske interpretacije i kao takav zaslužuje da bude predstavljen bosanskohercegovačkim pravnim krugovima.

2. Područje primjene Regulatorne EU broj 261/2004

Predmet Regulatorne EU broj 261/2004 su prava putnika u slučaju:

- 1) da je ukrcavanje uskraćeno protiv volje putnika,
- 2) da je let otkazan i
- 3) dugotrajnog kašnjenja.

Regulatorna EU broj 261/2004 primjenjuje se na letove ugovornih i stvarnih zračnih prevoznika unutar EU, kao i na letove ugovornih i stvarnih zračnih prevoznika, kojima je polazni aerodrom država nečlanica EU, a krajnja destinacija država EU, izuzev u slučaju da putnik nadoknadi štetu i dobije pomoć u neevropskoj državi. Pored navedenog, uslov za primjenu Regulatorne EU broj 261/2004 je da putnik ima potvrđenu rezervaciju za određeni let, izuzev ako let bude otkazan, i prijavu na mjestu za registriranje putnika na let:

- 1) u vrijeme kada je zračni prevoznik, organizator putovanja, ili ovlašteni turistički posrednik unaprijed u pisanom ili elektronskom obliku odredio u putnoj karti, ili ako vrijeme nije unaprijed određeno, najkasnije 45 minuta prije objavljenog vremena polijetanja zrakoplova ili
- 2) da je zračni prevoznik ili organizator putovanja premjestio putnike s leta za koji su imali rezervaciju na drugi let, bez obzira na razlog.¹

Pravo na naknadu štete imaju putnici kojima je karta izdata u okviru frequent fly programa ili drugog komercijalnog programa zračnog prevoznika ili organizatora putovanja.²

Regulatorna EU broj 261/2004 ne primjenjuje se na: (1) međunarodni i domaći (unutrašnji) zračni prevoz van EU, (2) međunarodni zračni prevoz u kojem je polazni aerodrom države članice EU, a krajnja destinacija država nečlanica EU, (3) putnike koji putuju besplatno ili po sniženoj tarifi koja neposredno ili posredno nije dostupna široj javnosti, (4) međunarodni prevoz zrakoplovom koji nije registrovan u EU, iz države nečlanice, ka državi članici EU, (5) putnike koji se ne prevoze sa zrakoplovom s motorom,³ (6) u slučaju kašnjenja na povezujući let u državi nečlanici EU, za putovanje koje je započeto u državi EU, a krajnja destinacija je država nečlanica EU, (7) prevoz helikopterom i (8) na privatne čarter letove. Pored navedenog, Regulatorna EU broj 261/2004 ne primjenjuje se na prevoz prtljaga i tereta i ne reguliše pravne posljedice nastale kašnjenjem prtljaga i tereta. Njemačka organizacija za zaštitu potrošača provela je 2010. godine istraživanje koje je pokazalo da odredbe Regulatorne EU broj 261/2004 ne poštuju gotovo svi zračni prevoznici i to da: 1) veliki broj zračnih prevoznika ne pruža pomoć i ne isplaćuje štetu putnicima, 2) samo 25% zračnih prevoznika nudi

* Stručni saradnik za zračno pravo i pravne poslove na Međunarodnom aerodromu u Sarajevu.

¹ Član 3. st. 1. i 2. Regulatorne EU broj 261/2004.

² Član 3. stav 3. Regulatorne EU broj 261/2004.

³ Član 3. stav 4. Regulatorne EU broj 261/2004.

putnicima odštetu, i to tek nakon zahtjeva putnika, 3) preko 50% putnika nije informisano o svojim pravima, 4) većina zračnih prevoznika veoma sporo rješava zahtjeve putnika, 5) zračni prevoznici nisu odgovorili na 22% zahtjeva putnika i 6) u samo 3% slučajeva zračni prevoznici su blagovremeno i adekvatno pružili pomoć i nadoknadili štetu putnicima.⁴ Istraživanje pokazuje da zračni prevoznici imaju snažan otpor prema Regulatorni EU broj 261/2004, što ne iznenađuje, zbog stava zračnih prevoznika da postoji disbalans prava u korist putnika, tj. da Regulatorna EU broj 261/2004 ne sadrži dovoljan broj zaštitnih mehanizama u korist zračnih prevoznika, a i činjenice da su zračni prevoznici pred Evropskim sudom pravde pokretali postupke u cilju proglašavanja Regulatorne EU broj 261/2004 u suprotnosti s Montrealskom konvencijom u dijelu koji se odnosi na kašnjenje.

3. Uskraćivanje ukrcavanja prema Regulatorni EU broj 261/2004

Uskraćivanje ukrcavanja je uskraćivanje mogućnosti putnicima da se ukrcaju na let, premda su se registrirali za let u vrijeme kada je zračni prevoznik, organizator putovanja, ili ovlaštenu turistički posrednik unaprijed u pisanom ili elektronskom obliku odredio u putnoj karti, ili ako vrijeme nije unaprijed određeno, najkasnije 45 minuta prije objavljenog vremena polijetanja zrakoplova, ili je zračni prevoznik ili organizator putovanja premjestio putnike, bez obzira na razlog, s leta za koji su imali rezervaciju na drugi let.⁵ Ako stvarni zračni prevoznik osnovano očekuje da će doći do uskraćivanja ukrcavanja, dužan je da pozove dobrovoljce koji su voljni da odustanu od rezervacije u zamjenu za pogodnosti, pod uslovima koje ti putnici i stvarni zračni prevoznik dogovore. Ako se ne javi dovoljan broj dobrovoljaca, kako bi se ostali putnici koji imaju rezervaciju ukrcali na let, stvarni zračni prevoznik može uskratiti putnicima ukrcavanje protiv njihove volje. Praksa je pokazala da je traženje dobrovoljaca prije uskraćivanja ukrcavanja nesvrhsihodno, budući da se danas putnici mogu putem interneta registrirati za let nekoliko dana ili sedmicu dana prije leta i kao takvi nisu zainteresirani da dobrovoljno odustanu od leta.⁶

Putnici kojima je uskraćeno ukrcavanje imaju pravo na naknadu štete, vraćanje troškova ili preusmjeravanje putovanja i zbrinjavanje.⁷

U slučaju uskraćivanja ukrcavanja protiv volje putnika, stvarni zračni prevoznik je obavezan putniku nadoknaditi štetu i to: 250 EUR za sve letove do 1.500 kilometara i manje, 400 EUR za sve letove unutar EU za letove preko

1.500 kilometara, i za sve druge letove između 1.500 do 3.500 kilometara i 600 EUR za ostale letove.⁸

Ako je putniku ponuđeno preusmjeravanje putovanja ili alternativni let, zračni prevoznik može smanjiti iznos naknade štete u visini od 50% gorenavedenog iznosa kilometraže i to, ako je putnik na određenu destinaciju stigao sa zakašnjenjem u odnosu na ugovoreno vrijeme predviđeno ugovorom o prevozu, i to: 2 sata u pogledu svih letova do 1.500 kilometara, 3 sata u pogledu letova preko 1.500 kilometara unutar EU i za sve druge letove koji iznose između 1.500 do 3.500 kilometara, 4 sata za ostale letove.⁹

U slučaju uskraćivanja ukrcavanja protiv volje putnika i otkazivanja leta, stvarni zračni prevoznik je obavezan putniku pružiti slijedeću pomoć, i to alternativno: (1) vratiti troškove u roku od 7 (sedam) dana u visini putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koja nisu ostvarena i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće; (2) preusmjeriti putovanje, prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta, (3) preusmjeriti put prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma, kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta.¹⁰

Pored jedne od gore navedenih alternativnih mogućnosti, putnik ima pravo na besplatan obrok i osvježenje srazmjerno vremenu čekanja, hotelski smještaj (ako je neophodno jedno ili više noćenja, ili je neophodno da putnik ostane duže nego što je planirao), prevoz od aerodroma do mjesta smještaja (hotela) i dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte.¹¹

Imajući u vidu navedeno, putnik u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, ima pravo na:

- 1) naknadu štete srazmjerno kilometraži leta,
- 2) pravo na zbrinjavanje (besplatan obrok, osvježenje, dva telefonska poziva, dvije poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte i pravo na hotelski smještaj u slučaju da je neophodno jedno ili više noćenja) i
- 3) pravo na naknadu troškova putovanja i povratni let u prvu tačku polaska ili promjenu rute putovanja.

Zračni prevoznik je dužan odmah nadoknaditi štetu kod uskraćivanja ukrcavanja¹² za razliku od vremenskog perioda od 7 dana predviđenih za nadoknadu troškova (npr. član 8. stav 1. Regulatorne broj 261/2004). Opravdanost propisivanja standardiziranog iznosa nadoknade štete sadržana je u kašnjenju putnika na određenu destinaciju

⁴ Air Passenger Rights after Sturgeon, Air and Space Law, Issue 4/5, Volume 36 p. 259, 260.

⁵ Član 2. stav 1. tačka (j) Regulatorne EU broj 261/2004

⁶ European Commission, Evaluation of Regulation 261/2004, February 2010, Final Report, Main Report p. 94.

⁷ Član 4. Regulatorne EU broj 261/2004.

⁸ Član 7. stav 1. regulatorne EU broj 261/2004.

⁹ Član 7. stav 2. Regulatorne EU broj 261/2004.

¹⁰ Čl. 4. stav 1. Regulatorne EU broj 261/2004.

¹¹ Član 4. stav 3. Regulatorne EU broj 261/2004.

¹² Član 4. stav 3. Regulatorne EU broj 261/2004.

zbog uskraćivanja ukrcavanja i korelaciji cijene prevoza s kilometražom leta.

Zračni prevoznik ne može ugovorom o prevozu ograničiti ili isključiti odgovornost, posebno putem derogirajućih ili ograničavajućih klauzula u ugovoru o prevozu. Ako zračni prevoznik putniku nadoknadi štetu ili pruži pomoć u suprotnosti s Regulativom EU broj 261/2004, putnik će moći pokrenuti postupak za dodatnu naknadu štete pred međunarodno nadležnim sudom.¹³ Izuzev u slučaju dobrovoljnog odustajanja od rezervacije, putnici imaju pravo na dodatnu naknadu štete, koja je predviđena posebnim propisima. Naknada štete odobrena u skladu s Regulativom EU broj 261/2004 može se odbiti u slučaju dosuđene ili isplaćene dodatne štete.¹⁴

Pored naknade štete nastale uslijed uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja (pružanje pomoći), putnik ima pravo na naknadu troškova u slučaju da stvarni zračni prevoznik smjesti putnika u klasu nižu od one, za koju je putnik kupio putničku kartu. U tom slučaju, stvarni zračni prevoznik je dužan putniku nadoknaditi: 30% cijene putničke karte za sve letove do 1.500 kilometara, 50% cijene putničke karte za letove unutar EU, i za sve druge letove između 1.500 – 3.500 kilometara i 75% cijene putničke karte za sve ostale letove preko 3.500 kilometara.¹⁵

U cilju izbjegavanja diskriminacije putnika, opravdano je propisivanje prava na naknadu troškova putovanja i povratni let u prvu tačku polaska ili promjenu rute putovanja. Međutim, zračni prevoznici su obavezu obezbjeđivanja povratnog leta restriktivno tumačili, obezbjeđujući isključivo vlastiti zračni prevoz do određene destinacije, što je dovodilo do višednevnih kašnjenja putnika na određenu destinaciju. Ciljno tumačenje upućuje da je zračni prevoznik dužan omogućiti zamjenski zračni prevoz u što skorijem roku, što podrazumijeva da zračni prevoz može izvršiti i drugi zračni prevoznik, a ne zračni prevoznik s kojim je putnik zaključio ugovor o zračnom prevozu.

U praktičnoj primjeni Regulative EU broj 261/2004 zračni prevoznici često ne učestvuju aktivno u zbrinjavanju putnika. Premda jezičko tumačenje nedvosmisleno ukazuje da je zračni prevoznik dužan zbrinuti putnika u slučaju uskraćivanja ukrcavanja, putnici se u pravilu samostalno zbrinjavaju, pa potražuju troškove zbrinjavanja od zračnog prevoznika. Zračni prevoznici troškove zbrinjavanja

smatraju nesvrishodnim, skupim i teškim za ispuniti.¹⁶ Uporište za ovakav stav zračnih prevoznika sadržano je u obavezi zbrinjavanja putnika u slučaju otkazivanja leta uzrokovanog vanrednim okolnostima, nastalim prirodnim katastrofama, kao što je bila erupcija vulkana na Islandu. Postojeće rješenje čini se nepravičnim i doprinosi neravnoteži prava i obaveza ugovornih strana.

Putnik nema pravo na naknadu štete, zbog uskraćivanja ukrcavanja, ukoliko ne posjeduje, ili posjeduje neadekvatne dokumente (pasoš, putnička karta), jer opći uslovi prevoza zračnog prevoznika koji određuju da zračni prevoznik može odbiti prevoz iz sigurnosnih, bezbjednosnih i zdravstvenih razloga, nisu u suprotnosti s Regulativom EU broj 261/2004.

4. Otkazivanje leta prema Regulativi EU broj 261/2004

Otkazivanje leta je izostanak leta koji je prethodno bio predviđen, i na kome je rezervirano najmanje jedno mjesto.¹⁷ U slučaju otkazivanja leta u skladu sa uslovima predviđenim Regulativom EU broj 261/2004 putnici imaju identična prava uz izvjesne modifikacije, kao i kod otkazivanja leta, i to: (1) pravo na naknadu štete; (2) pravo na zbrinjavanje; (3) pravo na vraćanje cijene prevoza i povratak u polazište ili pravo na preusmjeravanje, ako nastavljaju put, kako je navedeno u poglavlju 3.¹⁸ Putnici kojima je otkazan let, jednako kao i putnici kojim je uskraćen ukrcaj imaju pravo na zbrinjavanje (besplatan obrok i osvježjenje srazmjerno vremenu čekanja i dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte), a u slučaju promjene rute putovanja, ako je realno očekivano vrijeme polijetanja zrakoplova najkasnije jedan dan od dana otkazivanja redovnog leta, putnik ima pravo na hotelski smještaj (ako je neophodno jedno ili više noćenja, ili je neophodno da putnik ostane duže nego što je planirao) i prevoz od aerodroma do mjesta smještaja (hotela).¹⁹

Za razliku od uskraćivanja ukrcavanja, u slučaju kojeg je zračni prevoznik odmah obavezan putniku nadoknaditi štetu, putnik u slučaju otkazivanja leta ima pravo na naknadu štete, osim ako je: (1) informisan o otkazivanju leta najmanje dvije sedmice prije ugovorenog polaska po redu letenja; ili (2) obaviješten o otkazivanju leta između sedam do četrnaest dana prije polaska predviđenog po redu letenja i ako mu je ponuđeno preusmjeravanje putovanja koje omogućava da otputuje najviše dva sata prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru četiri sata od vremena polaska predviđenog po

¹³ Član 15. regulative EU broj 261/2004.

¹⁴ Član 12. Regulative EU broj 261/2004. Pored putnika, tužbu za naknadu štete protiv stvarnog zračnog prevoznika može podići i organizator putovanja, ukoliko je neizvršenjem ili manjkavim izvršenjem ugovora pretrpio štetu (član 13. regulative EU broj 261/2004). U slučaju uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja, prioritet u postupanju i pružanju pomoći od strane stvarnog zračnog prevoznika imaju fizička lica sa smanjenom pokretljivošću ili posebnim potrebama (član 11. Regulative EU broj 261/2004).

¹⁵ Član 10. stav 2. Regulative EU broj 261/2004.

¹⁶ Kinga Arnold, Application of Regulation (EC) No 261/2004 on Denied Boarding, Cancellation and Long Delay of Flights, Air and Space Law, Issue 2, Volume 32 p. 93.

¹⁷ Član 2. stav 1. tačka (l) Regulative EU broj 261/2004.

¹⁸ Član 5. stav 1. tačka (a) Regulative EU broj 261/2004.

¹⁹ Član 5. stav 1. tačka (b) Regulative EU broj 261/2004.

redu letenja ili 3) obaviješten o otkazivanju leta u roku od sedam dana, prije vremena predviđenog po redu letenja i ponuđeno mu je preusmjeravanje puta, na način da otputuje najviše jedan sat prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru dva sata od vremena dolaska, predviđenog po redu letenja.²⁰

Regulatorna EU broj 261/2004 "šuti" o roku u kojem je zračni prevoznik dužan nadoknaditi štetu. Drugim riječima, zračni prevoznici su ovlašteni da u opštim uslovima prevoza odrede rok u kojem je putnik ovlašten potraživati odštetu od zračnog prevoznika zbog otkazivanja leta, odnosno rok u kojem je zračni prevoznik obavezan nadoknaditi štetu putniku. Pojedini zračni prevoznici odbijaju zahtjeve za nadoknadu štete, ukoliko odštetni zahtjev nije upućen zračnom prevozniku odmah nakon otkazivanja leta.²¹ Ovakva postupanja su u suprotnosti s ciljem Regulatorne EU broj 261/2004, budući da Regulatorna EU broj 261/2004 ne propisuje obavezu putnika da uputi odštetni zahtjev zbog otkazivanja leta ka zračnom prevozniku.

Ako putnik leti na određenu destinaciju s jednim ili više povezujućih letova, a jedan povezujući let bude otkazan, postavlja se pitanje, kako se računa dužina leta o kojoj zavisi visina naknade štete. Odgovor na pitanje nije sadržan u Regulatorni EU broj 261/2004, nego je odgovor dala Evropska komisija, prema kojoj se dužina leta računa od tačke na kojoj je došlo do otkaza leta do odredišta na koje je putnik na kraju sletio, a ne one na koju je trebao sletjeti da nije bilo otkaza leta.²²

Također, stvarni zračni prevoznik nije dužan nadoknaditi štetu, ako dokaže da je otkazivanje leta uzrokovano vanrednim okolnostima koje nisu mogle da se izbjegnu, iako su preduzete sve razumne mjere. Teret dokazivanja, da li je i kada putnik obaviješten o otkazivanju leta je na stvarnom zračnom prevozniku.

5. Alternativni zračni prevoz u slučaju uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta

I u slučaju uskraćivanja ukrcavanja i otkazivanja leta, putnik ima pravo na preusmjeravanje puta,²³ prema sličnim uslovima prevoza, što je prije moguće do krajnjeg odredišta, ili preusmjeravanje puta prema sličnim uslovima prevoza, do krajnjeg odredišta nekog kasnijeg datuma,

kako je putniku prihvatljivo, u zavisnosti od dostupnosti slobodnih mjesta. Zračni prevoznik u opštim uslovima prevoza može utvrditi pod kojim uslovima će putniku omogućiti alternativni zračni prevoz u slučaju otkazivanja leta ili uskraćivanja ukrcavanja. Međutim, zračni prevoznik nije dužan ponuditi putniku preusmjeravanje puta i alternativni zračni prevoz, u slučaju da je:

- 1) nemoguće putniku omogućiti alternativni prevoz,
- 2) alternativni prevoz nesvrshodan i skup i
- 3) ugovoreni prevoz strogo lični ugovor.²⁴

Putniku je nemoguće omogućiti prevoz u slučaju da let treba da se obavi prema državi, koja je iznenada ili u dužem vremenskom razdoblju zahvaćena ratnim dešavanjima. Zračni prevoznik prije nego što ocijeni da je alternativni prevoz skup ili nesvrshodan, dužan je da ispita sve mogućnosti koje mu stoje na raspolaganju za alternativni prevoz.

Ugovor o prevozu nije lični ugovor, jer causa ugovora je prevoz putnika do određene destinacije, a ne prevoz putnika koji treba da izvrši tačno određeni zračni prevoznik.

U pravilu, irelevantno je, da li zračni prevoz treba da izvrši ugovorni zračni prevoznik ili neki drugi zračni prevoznik, jer ugovor o prevozu nije lični ugovor. Drugim riječima, umjesto ugovornog zračnog prevoznika, alternativni prevoz može izvršiti i drugi zračni prevoznik. Sukcesivni zračni prevoz može se obaviti i željeznicom, autobusom, čak i brodom, ukoliko je to svrshodnije.

Ako alternativni zračni prevoz ne korespondira s ugovorenim zračnim prevozom, tj. izvršeno je preusmjeravanje puta, na način da je prevoz obavljen do najbližeg aerodroma, u odnosu na aerodrom na koji je trebao biti prema ugovoru o prevozu s ugovornim zračnim prevoznikom, u tom slučaju putnik ima pravo na naknadu troškova kopnenog, željezničkog ili cestovnog prevoza do određene aerodroma. U slučaju slijetanja zrakoplova na aerodrom Gatwick, umjesto na aerodrom Heathrow, putnik ima pravo na naknadu troškova do aerodroma Heathrow, ili do određene destinacije koja je u zoni aerodroma Heathrow, osim u slučaju da ti troškovi nisu svrshodni. Također, na liniji Minhen – Sarajevo, u slučaju alternativnog zračnog prevoza do Mostara, umjesto prvobitnog ugovorenog slijetanja zrakoplova na Međunarodni aerodrom Sarajevo, putnik ima pravo na naknadu troškova prevoza od Mostara do Sarajeva od strane ugovornog zračnog prevoznika. Pravni standard je da alternativni zračni prevoz treba biti obezbijeden u razumnom roku. Šta se podrazumijeva pod razumnim rokom, utvrđuje se u svakom slučaju posebno. Sporno je, da li putnik bez saglasnosti zračnog prevoznika može obezbijediti alternativni prevoz ili alternativni prevoz treba biti obezbijeden od strane zračnog prevoznika. Zamjenski zračni prevoz može pored zračnog prevoznika i putnik obezbijediti, s tim da troškove zamjenskog zračnog

²⁰ Član 5. stav 1. tačka (c) Regulatorne EU broj 261/2004.

²¹ Kinga Arnold, Application of Regulation (EC) No 261/2004 on Denied Boarding, Cancellation and Long Delay of Flights, Air and Space Law, Issue 2, Volume 32 p. 102.

²² Information Document of Directorate – General for Energy and Transport: Answers to Questions on the Application of Regulation 261/2004, p. 6–7, http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q

²³ Pored preusmjeravanja puta, putnik ima pravo na vraćanje troškova u slučaju uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta. Međutim, zračni prevoznici u pravilu putnicima ne nude naknadu troškova, jer im je isplativije putniku ponuditi alternativni zračni prevoz.

²⁴ Josep M. Bech Serrat, Re-routing under the Air Passenger Rights Regulation, Air and Space Law, November 2011. Issue 6, Volume 36. p. 443.

prevoza treba snositi ugovorni zračni prevoznik.²⁵ U praksi može postojati problem, ako je ugovor o prevozu zaključen s niskotarifnim zračnim prevoznikom, a putniku je uskraćeno ukrcavanje protiv njegove volje ili je let otkazan, a putnik je sebi obezbijedio zamjenskog redovnog zračnog prevoznika, po cijeni većoj ili znatnoj većoj od cijene ugovorene s niskotarifnim (*low cost carrier*) zračnim prevoznikom. Niskotarifni zračni prevoznici mogu odbijati naknadu troškova zamjenskog leta, jer Regulativa EU broj 261/2004 štiti o mogućnosti obezbjeđivanja alternativnog leta od strane putnika, dok kod redovnih zračnih prevoznika, mogućnost naplate troškova zamjenskog leta, bit će znatno izglednija. U slučaju nedobrovoljnog uskraćivanja ukrcavanja ili otkazivanja leta, putnik može izabrati naknadu troškova umjesto preusmjerenja puta.²⁶

6. Kašnjenje prema Regulativi EU broj 261/2004 i njen odnos prema Varšavskom sistemu i Montrealskoj konvenciji

Putnik ima pravo na pomoć, ako stvarni zračni prevoznik očekuje da let započne kasnije u odnosu na vrijeme polaska po redu letenja i to:

- 1) 2 sata ili više za letove do 1.500 kilometara,
- 2) 3 ili više sati za sve letove unutar EU i za sve druge letove koji traju između 1.500 do 3.000 kilometara,
- 3) 4 ili više sati za ostale letove.²⁷

U slučaju kašnjenja, kao i kod uskraćivanja ukrcavanja i otkazivanja leta, stvarni zračni prevoznik obavezan je zbrinuti putnika, kako je navedeno u poglavlju 3 i 4.²⁸ Ako let kasni najmanje 5 (pet) sati, stvarni zračni prevoznik je obavezan vratiti troškove u roku od 7 (sedam) dana u visini putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koja nisu ostvarena i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno, povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće.²⁹

²⁵ Josep M. Bech Serrat, Re-routing under the Air Passenger Rights Regulation, November 2011. Issue 6, Volume 36. Air and Space Law p. 443

²⁶ Opći uslovi Croatia Airlinesa u pogledu nedobrovoljnog vraćanja novca su, kako slijedi: (1) ako nijedan dio putne karte nije iskorišten, zračni prevoznik je dužan vratiti iznos plaćene prevoznine, (2) ako je dio putne karte bio iskorišten, vraćeni iznos neće biti manji od razlike između plaćene prevoznine i prevoznine za iskorišteni prevoz, (3) ako je dio putne karte bio iskorišten, vraćeni iznos neće biti manji od razlike između plaćene prevoznine i prevoznine za iskorišteni prevoz, (4) ako nijedan dio putne karte nije bio upotrijebljen, onoliko koliko je plaćena prevoznina, umanjeno za bilo koju razumnju naknadu za usluge, te za naknadu za otkazivanje, (5) ako je dio putne karte bio upotrijebljen, iznos jednak razlici između plaćene prevoznine i prevoznine za putovanje između mjesta za koje je putna karta bila iskorištena, umanjeno za bilo koju razumnju naknadu za usluge, te za naknadu za otkazivanje.

²⁷ Član 6. stav 1, tačka (a), (b) i (c) Regulative EU broj 261/2004.

²⁸ Član 6. stav 1. tač. (i) i (ii) Regulative EU broj 261/2004.

²⁹ Član 6. stav 1. tačka (iii) Regulative EU broj 261/2004.

Zračni prevoznici su osporovali zakonitost Regulative EU broj 261/2004, smatrajući da njen predmet ne mogu biti dugotrajna kašnjenja, s obzirom na to da je odgovornost zračnog prevoznika za štetu nastalu kašnjenjem definisana odredbama Varšavskog sistema i Montrealske konvencije. Sudovi su, utvrđujući opravdanost prigovora zračnih prevoznika, smatrali da Regulativa EU broj 261/2004 nije u suprotnosti s Montrealskom konvencijom i njenim odredbama o kašnjenju, kao ni s kažnjavajućim odredbama Varšavske i Montrealske konvencije, iz slijedećih razloga:

- 1) šteta nastala kašnjenjem je skoro identična za sve putnike na predmetnom letu, standardizirana je i predstavlja oblik hitne pomoći ili njege za svakog putnika i
- 2) individualna šteta je varijabilna i utvrđuje se u svakom pojedinačnom slučaju.³⁰

Predmet Regulative EU broj 261/2004 je naknada identične štete koju su pretrpjeli svi putnici na letu, a predmet Montrealske konvencije je individualna šteta, koja se utvrđuje posebno za svakog putnika.³¹ Drugim riječima, putnici mogu potraživati naknadu štete i prema odredbama Regulative EU broj 261/2004 i prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije.

Evropski sud pravde smatra da su standardizirani iznosi utvrđeni Regulativom EU broj 261/2004 nezavisni u primjeni od Montrealske konvencije.³² Sudska praksa Varšavskog sistema i Montrealske konvencije je neprimjenjiva za Regulativu EU broj 261/2004.³³

U slučaju Sturgeon, Evropski sud pravde presudio je da kašnjenje zrakoplova od tri sata predstavlja pravni osnov za naknadu štete prema Regulativi EU broj 261/2004, tj. kašnjenje od tri sata je izjednačeno s otkazivanjem leta. Međutim, ne može se raditi o otkazivanju leta, ma koliko bilo kašnjenje, ako su svi drugi aspekti leta ostali nepromijenjeni, prije svega broj leta. Također, kašnjenje od

³⁰ Sud EU, 10. 1. 2006 Case C-344/04, IATA and European Law Affairs Airline Association v Department for Transport, 2006., I-465 i I-466, tačka 43.

³¹ Sud smatra da standardizirana i hitna mjera pomoći i njege ne sprječava putnika da podigne tužbu u skladu sa odredbama Montrealske konvencije. Dobrovoljno osiguranje nije adekvatna zamjena za pomoć zračnog prevoznika, jer dobrovoljno osiguranje ne garantuje da će zračni prevoznik odmah pružiti pomoć putniku, a što je propisano Regulativom EU broj 261/2004. Neugodnost koju je doživio putnik ne smije biti u vezi sa cijenom karte i ne može biti faktor na osnovu kojeg se utvrđuje obaveza zračnog prevoznika. Također, različito dosuđivanje odštete, u skladu sa cijenom putničke karte je u suprotnosti sa načelima prava EU. Naknada štete u slučaju otkazivanja leta nije nepravična, jer zračni prevoznik može isključiti odgovornost, ako dokaže da je do štete došlo zbog više sile. – Quenn v. Department of Transport ECJ Celex Lexis 10 (2006), Case C – 344/04.

³² Peter Rehler v. Air Baltic Corporation Case C-204/08, Air and Space Law, Volume 235, Issue 2, April 2010.

³³ Sud EU, 22. 12. 2008, Case C-549/07 Wallentin – Herman v. Alitalia – Linee Aeree Italiane Spa, 2008. tačka 2.

tri sata ili više ne pruža pravni osnov putniku za naknadu štete, pod uslovom da je dugotrajno kašnjenje uzrokovano vanrednim okolnostima, koje se nisu mogle predvidjeti, čak i da su sve razumne mjere poduzete, prije svega okolnosti koje su van kontrole zračnog prevoznika.³⁴

Zračni prevoznik nije dužan nadoknaditi putniku štetu u slučaju kašnjenja manjeg od tri sata na određenu destinaciju. Drugim riječima, u slučaju kašnjenja manjeg od tri sata na određenu destinaciju, a pod uslovom da je primjenjiva Regulatorna EU broj 261/2004, zračni prevoznik je dužan omogućiti putniku besplatan obrok i osvježanje srazmjerno vremenu čekanja, kao i dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte. Prema jezičkom i ciljnom tumačenju Regulatorne EU broj 261/2004, dužnost naknade štete postoji u slučaju otkazivanja leta i uskraćivanja ukrcavanja, a ista obaveza ne postoji u slučaju kašnjenja, dok prema presudi Evropskog suda pravde dužnost naknade štete postoji u slučaju kašnjenja od tri ili više sati na određenu destinaciju. Interesantno je primijetiti da se Evropski sud pravde nije referirao na član 5. stav 1. tačka ii), kojim je predviđeno da putnik nema pravo na naknadu štete u slučaju da je obaviješten o otkazivanju leta između sedam do četrnaest dana prije polaska predviđenog po redu letenja i ako mu je ponuđeno preusmjerenje putovanja koje omogućava putniku da otputuje najviše dva sata prije polaska predviđenog po redu letenja i da stigne na krajnje odredište u okviru četiri sata od vremena polaska predviđenog po redu letenja. Drugim riječima, kašnjenje preko četiri sata stvorilo bi pravni osnov za naknadu štete. Međutim, Evropski sud pravde nije išao tom logikom, budući da je osnov za naknadu štete baziran na otkazivanju leta i preusmjerenju puta, a ne na kašnjenju, već je postavio standard da kašnjenje treba biti preko tri sata, kako bi se nadoknadila šteta prema Regulatorni EU broj 261/2004. Do otkazivanja leta u pravilu dolazi zbog jednog uzroka, sadržanog u vanrednim okolnostima, koje zračni prevoznik nije mogao predvidjeti, čak i da je poduzeo sve razumne mjere. S druge strane, uzroci kašnjenja mogu biti višestruki. Uzrok kašnjenja na određenu destinaciju preko tri sata može biti kombinacija faktora, kao što su loše vremenske prilike i tehnički kvar na zrakoplovu. S obzirom na to da je Evropski sud pravde izjednačio dugotrajno kašnjenje preko tri sata s otkazivanjem leta, a samim time i omogućio primjenu vanrednih okolnosti na dugotrajna kašnjenja u cilju isključenja odgovornosti, postavlja se pitanje, da li zračni prevoznik može isključiti odgovornost za kašnjenje preko tri sata, ako je djelimično odgovoran za kašnjenje, a kašnjenje je djelimično nastalo zbog vanrednih okolnosti. Sudska praksa nije dala odgovor na ovo pitanje, jer su sve dosadašnje presude i tumačenja išli u pravcu

utvrđivanja jednog uzroka koji je doprinio šteti, a ne utvrđivanju više uzroka i njihovoj korelaciji u odnosu na štetnu posljedicu.

Između štetne radnje kao uzroka i štete kao posljedice mora postojati uzročna veza, a uzrok mora biti događaj koji znači *conditio sine qua non*, tj. uzrok mora biti takav da bez njega ne bi bilo štetne posljedice.³⁵ Postoje različite teorije o uzročnim vezama između protivpravne radnje i nastale štete i to, kako slijedi: 1) teorija uslova, 2) teorija neposrednog uzroka i 3) teorija adekvatne uzročnosti. Prema teoriji uslova, dovoljno je da je zračni prevoznik stvorio jedan od uslova nastanka štete, pa da odgovara za cjelokupnu štetu (npr. odgovoran je za kvar zrakoplova, pa je odgovoran za cjelokupno kašnjenje), dok prema teoriji neposrednog uzroka, pravno je relevantan samo događaj koji je prostorno ili vremenski najbliži uzrok štete. Prema ovoj teoriji u slučaju loših vremenskih prilika, uslijed čega je došlo do kašnjenja polijetanja zrakoplova i manjeg kvara na zrakoplovu za vrijeme leta, koje naposljetku dovede do dugotrajnog kašnjenja, zračni prevoznik je odgovoran isključivo za kašnjenje nastalo kvarom zrakoplova. S druge strane, teorija adekvatne uzročnosti predviđa da, ukoliko više događaja djeluje na nastanak štete, za uzrok se uzima onaj događaj koji je adekvatan učinjenoj šteti, tj. tipičan za nastanak konkretne štete.³⁶ Teorija uslova predstavlja teoriju koja ne može da odgovori zahtjevima konkurencije uzroka koji su doveli do štete, dok teorija neposrednog uzroka previše daje primat najbližem prostornom i vremenskom faktoru. Teorija adekvatne uzročnosti predstavlja srednji put između teorije uslova i teorije neposrednog uzroka i najadekvatnije odgovara modernim shvatanjima odgovornosti zračnog prevoznika za štetu. Ako je više kumulativnih uzroka doprinijelo šteti, zračni prevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu kašnjenjem preko tri sata, ukoliko može dokazati da nije odgovoran za uzrok štete koji je doprinio određenom kašnjenju (npr. loše vremenske prilike, pa ukoliko kašnjenje iznosi tri sata i četrdeset minuta, zračni prevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu kašnjenjem, ukoliko je kašnjenje od 50 minuta nastalo zbog loših vremenskih prilika, koje se smatraju kao vanredne okolnosti, a preostalo kašnjenje je nastalo zbog tehničkog kvara zrakoplova).

Postavlja se pitanje naknade štete u slučaju kašnjenja putnika na povezujući let. Regulatorna EU broj 261/2004 ne određuje transferna slijetanja zrakoplova, već određuje krajnje odredište leta, kao odredište koje je navedeno u putnoj karti, koja se prezentuje na pultu za prijavljivanje putnika za let, ili u slučaju direktno povezanih letova, odredište posljednjeg leta. Dostupni alternativni letovi se ne računaju, ako je poštovano prvobitno planirano vrijeme

³⁴ Sud EU, 19. 11. 2009, Joined C-402/07 and C-432/07 Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon, Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz v Condor Flugdienst GmbH Air France SA, 2009. tačka 61.

³⁵ Vilim Gorenc, Zakon o obveznim odnosima s komentarom. Pravna biblioteka, Zagreb, 1998. godina, str. 212.

³⁶ Abedin Bikić, Obligaciono pravo, opći dio, Pravni fakultet u Sarajevu, 2004. godina, str. 208.

dolaska.³⁷ Regulativa EU broj 261/2004, kao polazište za kašnjenje uzima kašnjenje polijetanja zrakoplova, dok presuda Evropskog suda pravde uzima kašnjenje na određenu destinaciju. Njemački Federalni sud pravde presudio je da se kašnjenje na povezujući let, ne može smatrati uskraćivanjem ukrcavanja, a samim time i ne pruža pravni osnov za naknadu štete.³⁸ Sudovi se nisu izjašnjavali, da li propuštanje ukrcavanja na povezujući let zbog kašnjenja zrakoplova, može biti pravni osnov za naknadu štete, budući da prema presudi Evropskog suda pravde, kašnjenje preko tri sata stvara pravni osnov za naknadu štete. Presuda Evropskog suda pravde ide u pravcu zaštite putnika i u suprotnosti je s ciljnim tumačenjem čl. 5. 6 i 7. Regulative EU broj 261/2004. U slučaju propuštanja povezujućeg leta, neophodno je utvrditi da li su letovi nezavisni jedan od drugog, ili su povezani i čine jednu cjelinu.

Ukoliko se radi o nezavisnim letovima, zračni prevoznik koji je prevezao putnika, odgovoran je za štetu, ukoliko ista iznosi preko tri sata.

U slučaju direktnih povezujućih letova, i kašnjenja na povezujući let od 15–30 minuta mogu dovesti do propuštanja ukrcavanja na povezujući let i u konačnici do ukupnog kašnjenja putnika od 3 ili više sati na određenu destinaciju. Kašnjenje na direktni povezujući let je posredna šteta, a neposredna šteta sadržana je u kašnjenju na određenu destinaciju u trajanju preko tri sata. Nepravilno bi bilo zračnog prevoznika proglasiti odgovornim za štetu nastalu kašnjenjem na povezujući let, a kašnjenje je manje ili više od 30 minuta.³⁹ U slučaju kašnjenja na povezujući let manjem od dva sata, putnik je lišen pravnog sredstva za naknadu štete, ali će umjesto toga štetu moći nadoknaditi prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije.

Premda Regulativa EU broj 261/2004 izričito ne predviđa, čini se opravdanim u slučaju kašnjenja na povezujući let od dva sata ili više, da putnik ima pravo na:

- 1) besplatan obrok i osvježanje srazmjerno vremenu čekanja i
- 2) dva besplatna telefonska poziva, poruke putem teleksa ili faksa ili elektronske pošte, a u slučaju kašnjenja od 5 sati ili više da putnik ima pravo na u roku od 7 (sedam) dana isplatu cijene putne karte koja je kupljena za dio ili dijelove putovanja koja nisu ostvarena i za dio ili dijelove koji su ostvareni, ako let više ne služi svrsi koju je putnik prvobitno planirao, zajedno sa, kad je to relevantno povratnim letom u prvu tačku polaska, što je prije moguće.

³⁷ Član 2 stav 1. tačka h) Regulativa EU broj 261/2004

³⁸ XA ZR 78/08, NJW (2009). 2740, potvrđena XA ZR 113/08, NJW 2009: 2743.

³⁹ Ludger Giesberts and Guido Kleve, Compensation for Passengers in the Event of Flight Delays, Air and Space Law, Issue 4/5, Volume 35, p. 302.

Statistika Eurocontrola za period od 2006. do 2009. godine pokazuje da je manje od 0,5% letova s polaznom tačkom u državi članici EU imalo kašnjenje preko tri sata. Presuda Evropskog suda pravde u slučaju Sturgeon je primjenjiva i u čak manjem broju slučajeva, jer se kašnjenje ne određuje prema momentu polijetanja zrakoplova, nego u momentu slijetanja zrakoplova, te zračni prevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu kašnjenjem, dokazujući postojanje vanrednih okolnosti.⁴⁰

Imajući u vidu ciljeve i jezik Regulative EU broj 261/2004, kao i podjelu vlasti, jasno je da sudovi ne smiju zamijeniti zakonodavno tijelo, kako bi dobili odgovarajući rezultat, koji sud smatra pravičnim u cilju zaštite putnika. U cilju primjene odredbe, u skladu s njenim jasno definisanim ciljem, takvo izjednačavanje ne smije biti nenamjerno nedovršeno, uprkos pojedinačnim interesima. Otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje su tri različita pojma, s različitim pravnim posljedicama.⁴¹

7. Distinkcija između dugotrajnog kašnjenja i otkazivanja leta prema Regulativi EU broj 261/2004

U pravnoj teoriji evropsko-kontinentalnog prava većinski zastupljeno je mišljenje da se u slučaju otkazivanja leta radi o neizvršenju ugovorne obaveze, dok u slučaju kašnjenja postoji nepotpuno izvršenje ugovorne obaveze.⁴² S druge strane, pravo skandinavskih država i pravo SAD-a u sadržajnom smislu pod kašnjenjem podrazumijevaju

⁴⁰ Cees van Dam, Air Passenger Rights after Sturgeon, Volume 36, Issue 4/5, Air and Space Law, p. 267.

⁴¹ Također, razlika između uskraćivanja ukrcavanja, otkazivanja leta i dugotrajnog kašnjenja postaje beznačajna i zastarjela, ako se različite pravne posljedice prilagođavaju presudi Evropskog suda pravde. Nejasno je, kako je Evropski sud pravde izjednačio dugotrajno kašnjenje sa otkazivanjem leta, imajući u vidu tačku 15. preambule Regulative EU broj 261/2004. Tačka 15. pojašnjava vanredne okolnosti iz tačke 14. preambule. Druge tačke preambule ne upućuju na zaključak da bi otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje imale iste pravne posljedice. Tačka 9. i tačka 12. preambule za svoj predmet imaju otkazivanje leta i uskraćivanje ukrcavanja. Objektačke spominju naknadu štete. S druge strane, tačka 17. koja za svoj predmet ima posljedice dugotrajnog kašnjenja, isključivo se referira na pružanje pomoći i mogućnost otkazivanja leta sa naknadom troškova ili obezbjeđenja leta za nastavak putovanja, pod zadovoljavajućim uslovima. U tom smislu, kod dugotrajnih kašnjenja ne jamči se naknada štete. - Local Court Nuertingen, Local Court Charlotteburg, judgement No. 211 c 268/10 dated 13. Jan 2011, Local Court Frankfurt, Dated 21. 12. 2010, judgement No 30 C 1351/10-20, Local Court Cologne Judgement dated 1 March 2011. No 147 C 210/10, Local Court Wedding, 13 May 2011, No 4 C 392/09, Local Court Luebeck, 20 Jan 2011 No 33 C 3038/10, Air and Space Law, Volume 36, Issue 4/5 p. 217. August/September 2011.

⁴² Paul Stephen Dempsey and Svante O. Johansson, Montreal v Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage, Air and Space Law. Volume 35, Issue 3, June 2010, p. 210.

i zakašnjelo ispunjenje obaveze i neizvršenje ugovorne obaveze.⁴³

Do otkazivanja leta dolazi prije operacije zrakoplova, dok do kašnjenja može doći i prije polijetanja zrakoplova (čekanje odobrenja za polijetanje zrakoplova od kontrole leta, kašnjenje putnika s ukrcavanjem u zrakoplov, pregled zrakoplova od strane policijskih i carinskih organa, itd.) i za vrijeme leta zrakoplova (loše vremenske prilike, nedobijanje odobrenja za slijetanje zrakoplova od strane kontrole leta, tehnički kvar na zrakoplovu, itd.).

Postavlja se pitanje, postoji li trenutak, kada se dugotrajno kašnjenje može smatrati otkazivanjem leta. Evropski sud pravde utvrdio je da se kašnjenje, ma koliko dugotrajno bilo, ne može smatrati otkazivanjem leta u slučaju da je zrakoplov poletio s aerodroma u skladu s planom leta. Let se može smatrati otkazanim u slučaju da je ugovorni zračni prevoznik omogućio putniku let sa zamjenskim zračnim prevoznikom, čiji plan leta ne odgovara rezervisanom i prvobitno ugovorenom letu.⁴⁴ Na ovaj način napravljena je jasna distinkcija između dugotrajnog kašnjenja i otkazivanja leta, s primarnim kriterijem razmatranja broja leta i ugovorenog datuma i sata polijetanja i slijetanja zrakoplova.

8. Isključenje odgovornosti za štetu prema Regulativi EU broj 261/2004

Regulativa EU broj 261/2004 predviđa dvije zaštitne klauzule za zračnog prevoznika, sadržane u mogućnosti isključenja odgovornosti, ako je šteta nastala uslijed vanrednih okolnosti koje nije mogao predvidjeti⁴⁵ i mogućnosti podizanja regresne tužbe od strane stvarnog zračnog prevoznika protiv bilo koga, uključujući i organizatora putovanja ili drugog fizičkog ili pravnog lica, s kojim ima zaključen ugovor, ako je stvarni zračni prevoznik isplatio štetu i/ili ispunio druge obaveze.⁴⁶ Da bi zračni prevoznik isključio odgovornost zbog otkazivanja leta prema članu 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 mora dokazati postojanje vanrednih okolnosti, koje se nisu mogle izbjeći da su sve razumne mjere poduzete.

Pod vanrednim okolnostima podrazumijeva se situacija u kojoj ishod odluke u pogledu upravljanja zračnim prometom u vezi s određenim zrakoplovom određenog dana dovode do dužeg kašnjenja, kašnjenja preko noći, ili otkazivanja jednog ili više letova tim zrakoplovom, čak i ako je zračni prevoznik poduzeo sve mjere da se kašnjenje ili otkazivanje leta izbjegne.⁴⁷ Tačka 14. preambule Regulative

EU broj 261/2004 tačno definiše šta se podrazumijeva pod vanrednim okolnostima, koje obuhvataju, kako slijedi: (1) političku nestabilnost, (2) meteorološke uslove u suprotnosti s operacijom zrakoplova, bezbjedonosne rizike, (3) neočekivane nedostatke vezane za bezbjednost leta i (4) štrajkove koji utiču na operaciju zrakoplova.

Izuzeće iz člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 je drugog pravnog osnova u odnosu na izuzeće iz člana 20. Varšavske konvencije i člana 19. Montrealske konvencije, kojim se zračni prevoznik izuzima od odgovornosti, ako je poduzeo sve neophodne mjere da do štete ne dođe. Izuzeće od odgovornosti prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije odnosi se na isključenje odgovornosti za štetu nastalu kašnjenjem, dok se isključenje odgovornosti za štetu prema odredbama Regulative EU broj 261/2004 odnosi na isključenje odgovornosti za štetu nastalu otkazivanjem leta i uskraćivanjem ukrcavanja.

Seizmičke aktivnosti na Islandu koje su dovele do erupcije vulkana 20. 3. 2010. godine, dovele su do mnogobrojnih otkazivanja letova i zatvaranja zračnog prostora unutar EU. U slučaju prirodnih katastrofa, vulkanskih erupcija, zemljotresa, poplava i dr., zračni prevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta, jer se radi o vanrednom događaju, sadržanom u tački 14. preambule Regulative EU broj 261/2004, tj. meteorološkim uslovima u suprotnosti s operacijom zrakoplova. Imajući u vidu tačku 14. preambule Regulative EU broj 261/2004, jasno je da zračni prevoznik u slučaju ratnog stanja ili kriznih političkih situacija nije dužan platiti štetu, a sve pod uslovom da se primjenjuje Regulativa EU broj 261/2004 (npr. let Damask – Minhena, ili let Tripoli – Frankfurt). Također, štrajkovi aerodromskog operatora, kontrole leta ili pružatelja zemaljskih usluga, npr. štrajk kontrole leta aerodroma Frankfurt na letu Frankfurt – Pariz, ili štrajk zaposlenika aerodromskog operatora na letu Ljubljana – Prag osnov su za isključenje odgovornosti zračnog prevoznika za štetu nastalu otkazivanjem leta. Sporno je, da li zračni prevoznik može isključiti odgovornost za štetu nastalu štrajkom zaposlenika zračnog prevoznika, dokazujući postojanje vanrednih okolnosti koje nije mogao predvidjeti i da je poduzeo sve razumne mjere. Drugim riječima, zračni prevoznik mora kumulativno dokazati da štrajk svojih zaposlenika nije mogao predvidjeti i da je poduzeo sve razumne mjere da do štrajka ne dođe. U praksi, u svakom konkretnom slučaju, cijenit će se postoji li pravni osnov za isključenje odgovornosti za štetu nastalu otkazivanjem leta zbog štrajka zaposlenika zračnog prevoznika, premda će u većini slučajeva zračni prevoznik teško moći isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta, zbog štrajka njegovih zaposlenika.

Zračni prevoznik je i pored isključenja odgovornosti za štetu, u slučaju otkazivanja leta zbog vanrednih okolnosti, čije nastupanje se nije moglo izbjeći i da su sve razumne mjere poduzete, dužan putniku omogućiti, i to alternativno:

⁴³ Paul Stephen Dempsey and Svante O. Johansson, *Montreal v Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage*, Air and Space Law. Volume 35, Issue 3, June 2010, p. 210.

⁴⁴ Cees van Dam, *Air Passenger Rights after Sturgeon*, Volume 36, Issue 4/5 Air and Space Law, p. 260.

⁴⁵ Član 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004.

⁴⁶ Član 13. Regulative EU broj 261/2004.

⁴⁷ Tačka 15. preambule Regulative EU broj 261/2004.

- 1) Pravo na vraćanje cijene prevoza i povratak u polazište (ako odustaju od daljeg putovanja, kako je navedeno u poglavlju 3),
- 2) Pravo na preusmjeravanje (ako nastavlja putovanje), kako je navedeno u poglavlju 3 i
- 3) Pravo na zbrinjavanje, kako je navedeno u poglavlju 3 i 4.

Imajući u vidu navedeno, jasno je da u slučaju vulkanskih erupcija, štrajkova kontrole leta, pružatelja zemaljskih usluga i aerodromskih operatora, zračnim prevoznicima nastaju značajni materijalni gubici. Naravno, nesporno je da nakon naknade troškova i pružene pomoći putnicima, zračni prevoznik može uputiti regresni zahtjev za naknadu štete pružatelju zemaljskih usluga, aerodromskom operatoru ili kontroli leta, u zavisnosti od toga ko je kriv za štrajk. Međutim, u slučaju prirodnih katastrofa, vulkanskih erupcija, zemljotresa ili poplava, sporno je ko je pasivno legitimisana strana. U praksi, zračni prevoznici neće moći putem regresnih zahtjeva nadoknaditi štetu u slučaju prirodnih katastrofa, budući da se radi o višoj sili.

Pravni standard je da su vanredne okolnosti, okolnosti koje se nalaze van kontrole zračnog prevoznika. Nastupanje vanrednih okolnosti nije vezano za pojedinu fazu leta, tj. do nastupanja vanrednih okolnosti može doći i prije polijetanja zrakoplova i za vrijeme leta. Otkazivanje leta zbog tehničkih nedostataka treba tumačiti restriktivno, jer postoje dvije vrste vanrednih okolnosti, i to: redovne i izuzetne vanredne okolnosti. U slučaju redovnih vanrednih okolnosti, zračni prevoznik neće moći isključiti odgovornost za štetu, jer je njihovo nastupanje mogao predvidjeti, a u slučaju postojanja izuzetnih vanrednih okolnosti moći će isključiti odgovornost za štetu nastalu otkazivanjem leta. U slučaju da je zračni prevoznik ispoštovao tehničke zahtjeve za plovidbenost zrakoplova, u tom slučaju smatra se da je poduzeo sve mjere da ne nastupe tehnički nedostaci na zrakoplovu, tj. da ne nastupe vanredne okolnosti. Ispunjavanje tehničkih uslova za plovidbenost zrakoplova je osnovni kriterij za utvrđivanje postojanja vanrednih okolnosti.⁴⁸ Drugim riječima, u slučaju neispunjavanja uslova za plovidbenost zrakoplova, zračni prevoznik se neće moći pozivati na postojanje vanrednih okolnosti. Ispunjavanje uslova za plovidbenost zrakoplova je osnovni uslov za sigurnost leta, tj. plovidbenost zrakoplova je osnovni preduslov za sigurnost leta.⁴⁹

Sporna je primjena člana 5. stav 3. Regulative EU broj 261/2004 u slučaju postojanja tehničkih nedostataka na zrakoplovu, jer okolnosti događaja moraju biti

okarakterizirane kao vanredne, u smislu događaja iz alineje 14. preambule, koji nije svojstven za normalnu operaciju zrakoplova i van kontrole je zračnog prevoznika u pogledu porijekla i prirode događaja. Tehnički problemi koji su otkriveni za vrijeme održavanja zrakoplova ili ako je zračni prevoznik propustio da provede aktivnosti u vezi održavanja zrakoplova, ne mogu se smatrati vanrednim okolnostima.⁵⁰

Svaki nacionalni sud treba da utvrdi, da li pojedini tehnički problem na zrakoplovu proizlazi iz događaja koji nije svojstven za normalnu zrakoplovnu operaciju i van kontrole je zračnog prevoznika. Učestalost tehničkih kvarova na zrakoplovu, nije faktor iz čijeg postojanja, odnosno nepostojanja zavisi utvrđivanje vanrednih okolnosti.⁵¹

Činjenica da zračni prevoznik zadovoljava minimum standarda o tehničkom održavanju zrakoplova, ne znači da je poduzeo sve razumne mjere u smislu člana 5 stav 3. Regulative EU broj 261/2004.

9. Zaključak

Značaj Regulative EU broj 261/2004 sadržan je u proširenju zaštite putnika u međunarodnom zračnom prevozu. Odredbe Varšavskog sistema i Montrealske konvencije definišu prava putnika u slučaju kašnjenja, dok se za otkazivanje leta, uskraćivanje ukrcavanja i dugotrajno kašnjenje nisu mogle primjenjivati odredbe Varšavskog sistema i Montrealske konvencije, već nacionalno pravo međunarodno nadležnog suda ili nacionalno pravo države na čiju primjenu upućuju kolizione norme međunarodno nadležnog suda.

Regulativa EU broj 261/2004 utvrđuje standardizirane i identične iznose štete za sve putnike na pojedinom letu. Drugim riječima, Regulativom broj 261/2004 propisuje se naknada koju je zračni prevoznik dužan platiti putniku u slučaju neizvršenja ili zakašnjenja u izvršenju ugovora o prevozu. Putnici mogu potraživati naknadu štete i prema odredbama Regulative EU broj 261/2004 i prema odredbama Varšavskog sistema ili Montrealske konvencije, jer standardizirani iznosi utvrđeni Regulativom EU broj 261/2004 nezavisni su u primjeni od Montrealske konvencije.

Nezadovoljstvo zračnih prevoznika pojačano je presudom Evropskog suda pravde u slučaju *Sturgeon*, kojom su zračni prevoznici obavezani da nadoknade štetu putniku u slučaju da kašnjenje iznosi preko tri sata na određenu destinaciju. Prema jezičkom i ciljnom tumačenju Regulative EU broj 261/2004, dužnost naknade štete postoji u slučaju otkazivanja leta i uskraćivanja ukrcavanja, a ista obaveza ne postoji u slučaju kašnjenja, dok prema presudi

⁴⁸ Kinga Arnold and Pablo Mendes de Leon, Regulation EC 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a change?, *Air and Space Law*, Volume 35, Issue 2, April 2010, p. 106.

⁴⁹ Kinga Arnold and Pablo Mendes de Leon, Regulation EC 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a change? *Air and Space Law*, Volume 35, Issue 2, April 2010, p. 107.

⁵⁰ Opinion Of Advocate General Sharpston, 27. 9. 2007., Case C 396/06, *Eivind F. Kramme v SAS Scandinavian Airlines Danmark A/S*, 2007. tačka 73.

⁵¹ Sud EU, 22. 12. 2008., Case C-549/07 *Wallentin –Herman v. Alitalia – Linee Aeree Italiane Spa*, 2008. tačka 3.

Evropskog suda pravde dužnost naknade štete postoji u slučaju kašnjenja od tri ili više sati na određenu destinaciju.

S druge strane, zračni prevoznici mogu isključiti odgovornost za štetu, ako dokažu postojanje vanrednih okolnosti, koje se nisu mogle izbjeći da su sve razumne mjere poduzete. Pod vanrednim okolnostima podrazumijeva se politička nestabilnost, postojanje meteoroloških uslova u suprotnosti s operacijom zrakoplova, bezbjedonosni rizici, neočekivani nedostaci vezani za bezbjednost leta i štrajkovi koji utiču na operaciju zrakoplova.

Iz svega navedenog vidljivo je da se EU odlučila za pojačanu zaštitu prava u međunarodnom zračnom prevozu, nauštrb razvoja civilnog zrakoplovstva u EU, omogućivši pored Montrealske konvencije putnicima dodatno *sui generis* sredstvo za nadoknadu štete.

Sui generis rješenje o zaštiti prava putnika u zračnom prevozu na nivou EU, zbog nedovoljne neupućenosti putnika, kojoj su doprinijeli i zračnici prevoznici svjesnim izigravanjem obaveza prema Regulativi broj 261/2004, dovelo je do vještačke ravnoteže prava i obaveza putnika i zračnih prevoznika i narušavanja primarnog cilja Regulative broj 261/2004, a to je zaštita putnika u zračnom prevozu u EU.

Mag. sci. Berin Riđanović

**Besondere Formen der Unifikation:
Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des
Europäischen Parlaments und des Rates über
eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs – und
Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall
der Nichtbeförderung und bei Annullierung
oder großer Verspätung von Flügen**

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält eine Darstellung der wichtigsten Passagierrechte, die die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung vorsieht. Es wird hervorgehoben, dass die Passagiere meistens nicht ausreichend über ihre Rechte, die aus der Verordnung hervorgehen, informiert sind. Daher ist es das Hauptziel des Beitrags, die bosnisch-herzegowinische juristische und sonstige Öffentlichkeit über den Inhalt der Verordnung und die wichtigsten Standpunkte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bezüglich der Verordnung zu informieren. Dies ist insbesondere deshalb wichtig, da sich viele Fluggesellschaften über die Verpflichtungen, die aus der Verordnung hervorgehen hinwegsetzen und vielfach bemüht waren, die Verordnung als nicht in Einklang mit den Abkommen von Montréal und Warschau erklären zu lassen, was jedoch vom Europäischen Gerichtshof abgelehnt wurde.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Dr. Stefan Pürner

Iz zakonodavstva

Usvojen “Zakon protiv netransparentnih troškova na internetu”

Prednosti interneta su brojne (između ostalog, nudi mogućnost svakodobnog čitanja Nove pravne revije: <http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>), ali isto tako su mnogobrojni i njegovi nedostaci kao i opasnosti kojima se korisnici interneta mogu izložiti. Najbolji primjer za to su tzv. internet stranice s netransparentnim troškovima, kod kojih korisnik misli da besplatno koristi određenu uslugu, a potom biva suočen s nekom vrstom troškova, zbog (navodnog) zaključenja ugovora (vidjeti na njem. jeziku npr. <http://de.wikipedia.org/wiki/Abofalle>).

Ovome se pokušava stati na kraj Zakonom protiv netransparentnih troškova na internetu (BGBI. XX), kojim se od 1. augusta 2012. godine uvodi takozvano “button rješenje”. Zakon prodavce u elektronskom poslovanju obavezuje na “jasno i razgovijetno” isticanje ukupnog iznosa

cijene robe i troškova njenog slanja. Ukoliko prodavac ovu obavezu ne ispuni, zaključeni ugovor između njega i kupca nema pravne valjanosti. K tome je kod pretplate na određene usluge ili robu, obavezno navođenje minimalnog trajanja pretplate. Ovo zakonsko rješenje u suštini reguliše pravnu valjanost svih narudžbi za koje se traži određena protuvrijednost u novcu. Te narudžbe će biti pravno valjane samo onda kada ih naručitelj klikom na dugme (button) na kojem je jasno naznačeno “poručiti s obavezom plaćanja” izričito potvrdi.

Ovo “button rješenje” je po njemačkom uzoru uneseno i u evropsku Direktivu o zaštiti potrošača. Pomenuta Direktiva, koja je na snagu stupila 12. decembra 2011. godine, zemljama članicama daje rok do 13. decembra 2013. godine da nacionalno zakonodavstvo usklade s odredbama Direktive. Njemačka je zbog velikog praktičnog značaja ove problematike odlučila već sad sprovesti odredbe Direktive u nacionalno pravo.

Prema informacijama iz Saveznog ministarstva pravde, u Njemačkoj je više od pet miliona internet korisnika (dakle više ljudi nego što BiH ima stanovnika ili deset puta

više od broja stanovnika Crne Gore) već jednom zaključilo neku vrstu ugovora preko interneta, bez da su to htjeli, te su bili primorani platiti račun zbog navodnog zaključenja ugovora.

Pravno-tehnički je button rješenje u njemačko zakonodavstvo sprovedeno uvođenjem novog paragrafa 312 g u Građanski zakonik (BGB). BGB je na njemačkom jeziku dostupan preko http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312g.html. Više informacija na ovu temu dostupno je preko http://www.bmj.de/DE/Buerger/verbraucher/KostenfallenInternet/kostenfallenInternet_node.html.

Iz sudske prakse

Presuda Zemaljskog suda u Kelnu o obrezivanju dječaka pokrenula kontroverznu diskusiju u Njemačkoj

Veliku diskusiju u Njemačkoj, ali i u svijetu (vidi članke na engleskom jeziku, npr. u Velikoj Britaniji <http://www.guardian.co.uk/world/2012/jun/27/circumcision-ruling-germany-muslim-jewish>, u islamskom svijetu <http://insideislam.wisc.edu/index.php/archives/14579>, kao i u izraelskim medijima <http://www.jpost.com/JewishWorld/JewishNews/Article.aspx?id=283252>) izazvala je presuda Zemaljskog suda u Kelnu o kažnjivosti obrezivanja djece koja još nisu u stanju dati svoj pristanak na to, pod uslovom da je obrezivanje motivisano isključivo religijskim razlozima.

U slučaju se radilo o sljedećem:

Optuženi je bio doktor medicine, koji je u novembru 2010. godine izvršio obrezivanje četverogodišnjeg dječaka, bez da je bilo medicinskih indikacija. Roditelji djeteta, pripadnici islamske vjeroispovijesti, dali su prethodnu saglasnost za ovaj medicinski zahvat. (Prema medijskim izvještajima je dječak dva dana nakon obrezivanja primljen na dječiji odjel hitne pomoći zbog ponovnog krvarenja, gdje je zadržan deset dana na liječenju. Ovo je vjerovatno i bio razlog zašto je slučaj raspravljan pred sudom).

Okružni sud u Kelnu, kao prvostepeni sud, 21. 9. 2011. godine je donio oslobađajuću presudu (Az. 528 Ds 30/11) za ljekara optuženog za krivično djelo nanošenja teške tjelesne ozljede. U obrazloženju presude se navodi, da je medicinski zahvat zbog pravnovaljano date saglasnosti roditelja bio pravno osnovan. Odluka se vodila dobrobiti djeteta, pošto je običaj cirkumcizije izraz kulturološke i religijske pripadnosti pojedinca, čime se sprečava stigmatizacija djeteta. Pored toga ne treba zaboraviti, da je cirkumcizija poznata i u američkom i anglosaksonskom prostoru, te se tamo izvodi iz higijenskih razloga.

Tužilaštvo u Kelnu podnijelo je žalbu Zemaljskom sudu u Kelnu protiv oslobađajuće presude Okružnog suda. Iako je Zemaljski sud žalbu Tužilaštva odlukom od 7. 5. 2012. godine odbio, i time potvrdio oslobađajuću presudu

Okružnog suda (Az. 151 Ns 169/11, presudu Zemaljskog suda u Kelnu na njemačkom jeziku moguće je preuzeti s http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html), došao je do zaključka, da religijski motivisano obrezivanje muške djece u svakom slučaju ispunjava sve elemente krivičnog djela nanošenja tjelesne povrede u smislu § 223 njemačkog Krivičnog zakonika (StBG).

Potom dolazi do rezultata, da takvo ponašanje prema njemačkom StBG ni u fazi provjere protupravnosti ne može biti opravdano kao neprotupravno. Stoga je (tek) u fazi provjere krivnje, Sud isključio kažnjivost djela. Ovo obrazloženje presude ima velikog utjecaja na utvrđivanje kažnjivosti radnje obrezivanja muške djece, koja nisu u stanju dati pristanak na ovaj zahvat, a koja se poduzima iz isključivo religijskih razloga. Prije nego se posvetimo toj problematici, slijedi prevedeni dio obrazloženja presude Zemaljskog suda, u kojem Sud odbija mogućnost opravdanja čina obrezivanja davanjem saglasnosti roditelja:

“Medicinski ispravno izvedeno obrezivanje dječaka, koje se izvodi iz religijskih razloga, a za koje je postojala roditeljska saglasnost, jer dječak nije u stanju dati pristanak na medicinski zahvat, ne može na osnovu takozvane “socijalne adekvatnosti” biti isključeno iz elemenata krivičnog djela. Razvoj suprotnog mišljenja kroz učenja Exnera (“Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung”, Berlin 2011, naročito Bl. 189 i dalje) nije uvjerljivo. Roditeljima, odnosno izvršitelju radnje obrezivanja prema tom učenju § 17 StGB (pravna zabluda, *op. prev.*) ne može poslužiti kao osnov isključenja krivične odgovornosti. Izvođenje obrezivanja po nalogu roditelja također ne može biti osnov isključenja odgovornosti, pošto pravo roditelja na religijski odgoj djece nema prednost u odnosu na pravo djeteta na tjelesni integritet, te na njegovo pravo na samoodređenje. Stoga pristanak na obrezivanje nije spojiv s dobrobiti djeteta. Ipak, formalna nekažnjivost čina obrezivanja (koji nije spojiv s dobrobiti djeteta, niti dolazi do isključenja krivične odgovornosti) obrazlaže se njegovom socijalnom neupadljivošću, općom prihvaćenošću i karakteristikom historijskog običaja.

Prema ispravnom mišljenju, socijalna adekvatnost, pored uslova osude određenog ponašanja, ne može biti vrednovana samostalno. Štaviše, socijalna adekvatnost je samo naličje činjenice, da se neko ponašanje ne može pravno osuditi. Socijalna adekvatnost nema funkciju uklanjanja već postojeće osude (vidjeti Freund u: Münchener Kommentar zum StGB, 2. izd., prije §§ 13 i dalje. Rn. 159; u suštini i: Fischer, StGB, 59. izd., § 223 Rn. 6 c, drugačije mišljenje zastupano sve do 55. izd., § 223 Rn. 6 b; kao ovdje: Herzberg, JZ 2009, 332 i dalje.; idem, Medizinrecht 2012, 169 i dalje.; Putzke NJW 2008, 1568 i dalje.; Jerouschek NStZ 2008, 313 i dalje.; drugo mišljenje također: Rohe JZ 2007, 801, 802 i Schwarz JZ 2008, 1125 i dalje).

Radnja optuženog nije bila opravdana pristankom na povredu. Pristanak djeteta od tada četiri godine nije postojao, niti je mogao biti dat, s obzirom na nedovoljnu duševnu zrelost djeteta. Pristanak roditelja jeste postojao, ali nije mogao opravdati predmetnu tjelesnu povredu.”

Pretpostavivši da se optuženi našao u neotklonjivoj pravnoj zabludi, Zemaljski sud je samo iz tog razloga izrekao oslobađajuću presudu. U tom slučaju, prema § 17 reč. 1 njemačkog StGB, ne dolazi do izricanja kazne. U presudi to doslovno glasi:

“Optuženi je postupao subjektivno dobre savjesti, što je uvjerljivo dokazao na glavnoj raspravi. Čvrsto je polazio od toga, da mu je kao pobožnom muslimanu i stručnom ljekaru dopušteno obrezivanje djeteta, na želju roditelja, iz religijskih razloga. Također je čvrsto polazio od zakonitosti svoje radnje.

Neotklonjiva pravna zabluda optuženog bila je neminovna. Optuženi se nije informisao o važećim zakonskim propisima, ali mu se to ovdje ne može staviti na teret. Pravno savjetovanje, naime, ne bi dovelo do jasnog rezultata. Neotklonjiva pravna zabluda se pretpostavlja kod nerazjašnjenih pravnih pitanja, o kojima u stručnoj literaturi ne postoji jedinstveno mišljenje, pogotovo kada je generalno pravno stanje vrlo nejasno (vidjeti Joecks u: Münchener Kommentar zum StGB, 2. izd., § 17 Rn. 58; Vogel u: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. izd., § 17 Rn. 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950. o običajnopravnom pravu tjelesnog kažnjavanja nastavnika u vremenskom periodu 1971./1972.).

Na pitanje zakonitosti obrezivanja dječaka na osnovu saglasnosti roditelja sudska praksa i pravna nauka daju nejedinstvene odgovore. Iz naprijed navedenog može se zaključiti, da postoje sudske presude, koje, bez studioznijeg proučavanja osnovnih pitanja, polaze od dopuštenosti obrezivanja, koje je ljekar izveo u skladu s pravilima struke. U pravnoj nauci također postoje autori koji, sigurno ne neopravdano, ne dijele mišljenje Sudskog vijeća.”

Tako je Sud na osnovu izloženog donio oslobađajuću presudu. Istovremeno je, međutim, došao do zaključka, da obrezivanje dječaka koji nisu u stanju dati svoj pristanak na povredu, iz isključivo religijskih razloga, nije opravdano samim pristankom roditelja na zahvat. U konkretnom slučaju su neke lične okolnosti optuženog dovele do isključenja krivične odgovornosti, stoga je izrečena oslobađajuća presuda. To na koncu znači, da prema mišljenju Zemaljskog suda u Kelnu obrezivanje dječaka koji nisu u stanju dati svoj pristanak na povredu, iz isključivo religijskih razloga, uvijek ispunjava elemente krivičnog djela nanošenja tjelesne povrede.

Ova presuda izazvala je žestoku javnu debatu, u kojoj je, između ostalog, predsjednik Konferencije evropskih rabina presudu ocijenio “najžešćim napadom na židovski

život od holokausta”, utvrdivši da “Židovi u Njemačkoj više ne bi imali budućnosti”, ukoliko bi presuda o obrezivanju postala ustaljenom praksom njemačkih sudova (uporediti na njemačkom jeziku <http://www.sueddeutsche.de/politik/rabbiner-zu-beschneidungsurteil-schwerster-angriff-auf-juedisches-leben-seit-dem-holocaust-1.1410909>; vidjeti također <http://www.sueddeutsche.de/politik/muslimen-und-juden-reagieren-heftiger-widerstand-gegen-beschneidungsurteil-1.1402167>).

Vlada Savezne Republike Njemačke, sada saveznim zakonom, želi pojasniti da obrezivanje dječaka (samo o muškoj djeci je riječ, obrezivanje djevojčica, kako god se opravdavalno, u Njemačkoj će i dalje ostati krivično djelo) ne predstavlja krivično djelo (uporediti <http://www.welt.de/newsticker/news3/article109065412/Regierung-will-Gesetz-zu-Beschneidung-vorlegen.html>). Nacrt novog zakona Vlada je odobrila početkom novembra 2012. godine, te se nalazi u zakonodavnom postupku. Odgovarajuća zakonska promjena izvršit će se uvođenjem novog § 1631 d u Građanski zakonik, koji će pojasniti, da roditeljsko staranje obuhvata i pravo na “davanje saglasnosti za obrezivanje muškog djeteta, kada obrezivanje nije neophodno iz medicinskih razloga, a dijete još nije sposobno za rasuđivanje, pod uslovom da se obrezivanje vrši prema pravilima medicinske struke.”

Njemački Savezni ustavni sud nije spriječio “padobran za spašavanje eura”

Rijetko kad se širom svijeta tako opsežno izvještavalo o nekoj odluci njemačkog Saveznog ustavnog suda kao što je to bio slučaj s odlukom o ustavnosti njemačkog učešća u paketu mjera za spašavanje eura, tzv. “padobranu za spašavanje eura” (*Eurorettungsschirm*), skraćeno ESM, od septembra tekuće godine. Tako je s druge strane Atlantika CNN svoj prilog o ovoj odluci naslovio: “German Constitutional Court backs European rescue fund” (Njemački Ustavni sud odbio Evropski fond za spašavanje) (<http://edition.cnn.com/2012/09/12/business/german-constitutional-court-esm/index.html>), dok je na Arabijskom poluotoku Oman Daily Observer pisao kako “German Constitutional Court rejects delay to euro ruling” (Njemački Ustavni sud odbacio odlaganje odluke o euru) (<http://main.omanobserver.om/node/109296>). Na drugoj polovici zemaljske kugle se u Sidnex Morning Herald moglo pročitati: “German court approves bailout fund” (Njemački sud odobrio fond za spašavanje) (<http://www.smh.com.au/business/world-business/german-court-approves-bailout-fund-20120912-25sfg.html>).

Pozadina je sljedeća: njemački Savezni parlament je, poput drugih parlamenata u euro-zoni, odobrio ugovor od 2. februara 2012. godine o uspostavljanju “Evropskog stabilizacijskog mehanizma” (*Bundestagsdrucksachen* [Parlamentarne službene novine] 17/9045, 17/10126) i usvojio Zakon o finansijskom učešću u Evropskom stabilizacijskom mehanizmu (*Bundestagsdrucksachen*

[Parlamentarne službene novine] 17/9048, 17/10126). Na ovaj način je preuzeto veliko opterećenje njemačkog saveznog budžeta. Podnosioci zahtjeva su od Suda zahtijevali da, do donošenja konačne odluke, putem privremene mjere zabrani saveznom predsjedniku potpisivanje ovih zakona. Na taj način bi Njemačka faktički trebala istupiti iz "padobrana za spašavanje eura", što bi dovelo do političke izolacije Njemačke u Evropi.

Podnosioci zahtjeva su istakli kako je Savezni parlament svojim odlukama (koje je donio dvotrećinskom većinom) prekoračio svoje nadležnosti. U prilog svojih tvrdnji su između ostalog naveli da odobravanje Ugovora o uspostavljanju Evropskog stabilizacijskog mehanizma znači prenos značajnih nadležnosti sa Saveznog parlamenta na Evropski stabilizacijski mehanizam, što nije u skladu s temeljnim ustavnim principima, a naročito s principom demokratije iz člana 20. st. 1. i 2 Ustava. Odobravanjem paketa mjera za spašavanje kojim je Savezna Republika Njemačka preuzela odgovornost u visini od 190 milijardi eura (190.024.800.00,00 EUR), njemački se Savezni parlament na način protivan Ustavu odrekao svoje autonomije u odlučivanju o budžetu, što ima za posljedicu ograničavanje ove autonomije i svih sljedećih saziva Saveznog parlamenta.

Osim toga obaveze koje proizlaze iz ESM-ugovora nepomirljive su s "kočnicom dugova" ("Schuldenbremse") predviđenom Ustavom (čl. 109. st. 3, 115. st. 2). Podnosioci zahtjeva su nadalje argumentirali da, s obzirom na obaveze naknadnih uplata predviđene u čl. 9. st. 2 i 3, te čl. 25. st. 2 ESM-ugovora, obim kapitala koji ima uplatiti Njemačka nije određen Ugovorom nego ovisi o odlukama drugih država.

Savezni ustavni sud nije slijedio ovo stanovište, ali je istovremeno postavio dva uslova koja moraju biti ispunjena prije ratifikacije Ugovora i Zakona, odnosno njihovog stupanja na snagu. Prvi uslov je zahtijevao da se gornja granica od 190 milijardi eura međunarodnopravnim instrumentima utvrdi kao obavezujuća, te da ova gornja granica može biti prekoračena samo uz saglasnost Saveznog parlamenta. Komentatori su ovim povodom ukazali na to da je ova gornja granica svakako već bila predviđena Ugovorom. Drugi uslov je zahtijevao da obaveza čuvanja tajne od strane uposlenika ESM-a ne smije ići tako daleko da se uskraćuju informacije Parlamentu. Obaveza informiranja Parlamenta mora biti jača od obaveze čuvanja tajne.

Ova odluka je bila i još uvijek je predmet žustre diskusije u Njemačkoj. Naglašeno je da je Saveznom ustavnom sudu pošlo za rukom da nađe "zlatnu sredinu" (Joachim Wieland "Der Rettungsschirm wird aufgespannt" ("Padobran za spašavanje se otvara") u Legal Tribune Online od 12. 9. 2012. god., <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-lehnt-einstweilige-anordnung-ab-der-rettungsschirm-wird-aufgespannt/>). Naime, s jedne strane je Sud jasno utvrdio da Savezni ustavni sud itekako posjeduje nadležnost za ispitivanje procesa integracije u

pogledu njegovih posljedica po Njemačku, a u odnosu na ustavno pravo kao mjerilo, dok s druge strane nije spriječio planirane mjere za spašavanje eura. U tom smislu je potvrdio ulogu parlamenta, ali istovremeno izbjegao dojam da je protiv Evrope.

U pogledu postupka treba ukazati i na specifičnost prema kojoj Savezni ustavni sud u ovom slučaju prilikom ispitivanja pravnog sredstva privremene pravne zaštite iznimno nije samo ispitao moguće posljedice osporene mjere i njenog privremenog obustavljanja, nego je i sadržajno ispitao i moguće ustavnopravne dileme.

Dijelovi odluke prevedeni na engleski jezik nalaze se pod: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012en.html

Cijeli tekst odluke na njemačkom jeziku se nalazi pod: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html

Zvanična izjava za štampu Saveznog ustavnog suda na njemačkom jeziku nalazi se pod: <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg12-067.html>, a na engleskom jeziku pod: <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg12-067en.html>.

Dr. Stefan Pürner

Aktuelles aus der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Aktuelles aus dem deutschen Recht" werden in dieser Ausgabe das Gesetz gegen Kostenfallen im Internet sowie zwei wichtige Urteile – einerseits das Urteil des Landgerichts Köln zur Beschneidung von Jungen, und andererseits die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zur Vefassungsmäßigkeit der deutschen Beteiligung am sogenannten "Eurorettungsschirm" dargestellt. Das Gesetz gegen Kostenfallen im Internet regelt, dass ein Vertrag mit einem Verbraucher im elektronischen Geschäftsverkehr nur dann zu Stande kommt, wenn der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt hat, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. So wird erreicht, dass nur Internetnutzer, die die Kostenpflicht wirklich kennen, für Downloads u.a. zahlen müssen. Diesbezüglich ist die "Button-Lösung" auf deutsches Betreiben auch in die europäische Verbraucherrichtlinie eingeflossen, die am 12. Dezember 2011 in Kraft getreten ist. Das Beschneidungsurteil des Landgerichts Köln wurde kontrovers in der deutschen und internationalen Presse diskutiert. Im Beitrag werden Sachverhalt und Urteil sowie seine Wirkung auf die deutsche Gesetzgebung dargestellt. Hinsichtlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werden die vom Gericht gemachten Vorbehalte (völkerrechtliche Verbindlichkeit der Obergrenze und Unterrichtungspflicht der EMS-Mitarbeiter gegenüber dem Bundestag) dargestellt und es werden Kommentatoren zitiert, die betonen, dass es dem BVerfG gelungen sei, einen "goldenen Mittelweg" zu finden. Zu den behandelten Themen werden Hinweise zu weiterführenden Quellen im Internet in deutscher, aber auch in englischer Sprache gegeben.

Aktuelnosti iz prava regiona

Споразум о сведочењу окривљеног у кривичном процесном законодавству Србије

Вељко Турањанин*

Аутор у раду обрађује споразум о сведочењу окривљеног, као врсту споразума о признању кривичног дела са проширеном садржином, који је у кривично процесно законодавство Србије имплементиран најновијим законодавним променама, односно Закоником о кривичном поступку чије су поједине одредбе почеле да се примењују почетком 2012. године, међу којима су одредбе којима је регулисан споразум о сведочењу, док целокупан законски текст треба да ступи на снагу почетком 2013. године. Будући да овај правни институт потиче из англосаксонског правног система, то аутор на почетку рада даје кратак осврт на решење заступљено у америчком правном систему, а потом објашњава решење српског законодавца. Споразум о сведочењу окривљеног уноси у законодавство низ специфичности, од којих су поједине и више него дискутабилне. Стога аутор анализира све законске одредбе које регулишу споразум о сарадњи, правећи на одговарајућим местима паралелу са споразумом о признању кривичног дела, те указујући како на предности тако и на мане појединих решења.

Кључне речи: споразум о сведочењу окривљеног, споразум о признању кривице, преговарање, тужилац, окривљени

1. Уводна излагања

Сведоци сарадници су дуги низ година познати у компаративним кривичним законодавствима, а у појединим, попут америчког, чине главну потпору читавог система. Под појмом сведока сарадника (*cooperator*) подразумева се окривљени који обезбеђује тужиоцу информације и своје сведочење против других окривљених у замену за блажу казну или редуцију оптужнице, док се под преговарањем о сарадњи и закључивањем споразума (*cooperation agreement*) подразумева процес у коме окривљени признаје кривицу за извршено кривично дело и пристаје да сведочи против других окривљених.¹ Сарадња је

заснована на обостраној користи, јер окривљени жели оно што му једино тужилац може понудити, а то је блаже кажњавање или редуција оптужнице, док тужилац жели оно што му искључиво окривљени може понудити – информације о криминалној организацији. Ова врста споразумне сарадње представља облик споразума о признању кривице, чија је основна форма уведена и у српско кривично процесно право, издвојена и регулисана под посебним називом споразум о сарадњи окривљеног. Правни институт споразума о сведочењу потиче из америчког правног система, у коме се око 20% предмета оконча сарадњом окривљеног са тужиоцем и његовим сведочењем против других окривљених.² Такође, доступни подаци указују на чињеницу да се готово сваки кривични поступак у вези са трговином опојним дрогама заврши уз употребу споразума о сведочењу.³

Споразум о сведочењу представља врсту споразума о признању кривице, који је у кривично процесно законодавство Србије уведен Изменама и допунама Законика о кривичном поступку 2009. године,⁴ а чији је циљ поједностављење поступка и повећање његове ефикасности. Кривични предмет се решава споразумом тужиоца и оптуженог, без одржавања суђења, и састоји се у признању кривице од стране оптуженог у замену за тужиочево обећање да ће га теретити за мање него што омогућавају докази, затим да га неће теретити за нека дела, или да ће тражити одређену казну, која је у нижем износу од оног који би му био изречен у случају да се водио редован кривични поступак. Заживљавање овог института довело је до измене у регулисању законских одредаба према предстојећем Закоником о кривичном поступку, који треба да ступи на снагу почетком 2013. године, али су поједине његове одредбе, које су у вези са кривичним

Аутор већ на почетку објашњава појаву и терминологију “сведока сарадника” у многим животним ситуацијама, превасходно везаним за криминалне активности. Тако, ова врста сведока за чланове криминалних организација представља пацова, за трговце опојним дрогама потказивача, за директоре фирми такозване узбуњиваче (*whistle-blower*), док за децу тај појам означава тзв. “тужибабу”. За више о узбуњивачима погледати: Ј. Ђирић, *Whistleblowers*, Правна ријеч, број 23/2010, 533–544.

² *Ibidem*, 7.

³ A. Natapoff, *Snitching: The institutional and communal consequences*, University of Cincinnati Law Review, vol. 73, 2004, 655.

⁴ “Службени гласник Републике Србије” број 72/09.

* Аутор је дипломирани правник, сарадник у настави на кривичноправном смеру на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу; e-mail: turanjaninveljko@gmail.com

¹ M. Simons, *Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement*, Vanderbilt Law Review, vol. 56, no. 1, 2003, 2.

делима организованог криминалитета, а међу којима се налазе и одредбе о споразуму о сведочењу, почеле да се примењују од 15. јануара 2012. године.⁵

Превасходно, законодавац новим ЗКП-ом, у складу са постојећом техником детаљног регулисања споразума о признању кривице, пружа знатно веће могућности за закључење истог, али уноси и висок проценат промена приликом прописивања овог правног института. Пре свега, у новом ЗКП-у промењен је назив института у споразум о признању кривичног дела, а регулисан је, први пут у српском законодавству, споразум о сведочењу окривљеног, који је на латентан начин постојао и раније као споразум са сведоком сарадником. ЗКП уводи нови појам за окривљеног који склопи споразум о сарадњи – окривљени сарадник. Међутим, оно што раније није било регулисано, а није ни постојало у практичном поступању тужилаца, а што регулише нови ЗКП, јесте могућност закључења споразума о сведочењу осуђеног лица. На овај начин у српском законодавству сада су јасно регулисане све врсте споразумевања о кривици: споразум о признању кривичног дела (где спада како споразум о одређеној казни тако и споразум о оптужници), споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног. Због обима рада, овде се нећемо упуштати у разматрања других врста споразума, него ћемо се само ограничити на споразум о сведочењу, као битну новину у српском законодавству. Будући да споразум о сведочењу води порекло из америчког правног система, као и правни институт споразума о признању кривице, незаобилазно је приказати за почетак њихово решење.

2. Споразум о сведочењу у праву Сједињених Америчких Држава

Споразумом о сведочењу (*testimony plea bargaining, cooperation agreement*) окривљени се обавезује да призна кривицу и да сведочи против других окривљених у кривичном поступку,⁶ односно, код овог споразума долази до смањења казне једном лицу у замену за

информације које доказују кривицу неког другог лица или радњу које је то лице извршило, како га дефинише Национално удружење форензичара Сједињених Америчких Држава.⁷ Дакле, овде окривљени добија статус сведока сарадника. Да би постао сведок сарадник у америчком праву, окривљени преговара са тужиоцем. Тужилац, у замену за његово признање кривице и сведочење против других извршилаца кривичних дела (што представља две основне обавезе окривљеног),⁸ предлаже окривљеном изрицање блаже кривичне санкције, односно, све оне могућности које може да му понуди приликом преговарања о кривици. Суд не мора чак ни да зна о чему се преговарало и који су резултати преговора. Ова врста споразума о признању кривице понекад захтева пружање информација тужиоцу за дужи временски период, а за то време кривични поступак може бити обустављен, док окривљени не испуни свој део нагодбе.⁹ Такође, за закључење споразума о сведочењу ирелевантно је за које је кривично дело оптужен окривљени и за које кривично дело треба да сведочи.

Споразум о сведочењу се, међутим, сматра неправедним,¹⁰ али не из разлога да се само склапање споразума и давање блаже казне окривљеном у замену за сведочење сматра неправедним, већ начин на који је то учињено у праву Сједињених Америчких Држава. Наиме, у овом поступку може учествовати свако лице, па и организатор извршења кривичних дела. Сасвим је логично да он има највише података о непосредним извршиоцима, јер их је он организовао. Због тога је сасвим оправдано постављено питање постојања праведности у чињеници да организатор може бити осуђен на блажу казну затвора од других извршилаца, који су по свим критеријумима мање криви од њега.¹¹ Јасно је да ова врста споразума доприноси ефикасности кривичног поступка, као једном од постављених циљева, али у исто време, не доприноси и постизању једног другог циља – правичности у кривичном поступку.

Приликом закључивања ове врсте договора са тужиоцем, оптужени мора бити опрезан из још једног разлога. Наиме, до реализације споразума са клаузулом о сведочењу најчешће долази тек након што оптужени сведочи против других лица, дакле, након што испуни

⁵ “Службени гласник Републике Србије” број 72/11, у даљем тексту: ЗКП.

⁶ Последњих година забележено је више случајева који су завршени споразумом о сведочењу против саучесника. Ови предмети су углавном били везани за спорт, па можемо издвојити кривичне предмете *United States Vs Michael Vick*, из друге половине 2007. године (пресуда *no. 3:07CR274*) и *United States Vs O. J. Simpson* из 1994. године (пресуда *no. 06-10119*). За детаљније информације о овим предметима, видети: http://www.justice.gov/usao/vae/Pressreleases/casedocuments/us_v_peace_phillips_taylor_and_vick/20070824vicksof.pdf, приступ: јануар 2011. године и *The O. J. Simpson Trial: The Jury*, <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/simpson/jurypage.html>, приступ: јануар 2011. године.

⁷ Преузето са: http://www.forensiconline.net/forum/local_links.php?action=jump&catid=61&id=685, приступ: јануар 2011. године.

⁸ A. Vinegrad, *Proffer, Plea and Cooperation Agreements in the Second Circuit*, *New York Law Journal*, vol. 230, no. 27, 2003, 2.

⁹ B. Hull, *Plea Bargaining*, *A Jailhouse Lawyer's Manual*, 8/2008, 192.

¹⁰ *Resolved: In the United States, plea bargaining in exchange for testimony is unjust*, <http://debatepedia.idebate.org/>, преузето: март 2011. године.

¹¹ *Ibidem*.

своје обавезе из споразума. Тужиоци обично сматрају да ће сведочење оптуженог бити ефикасније уколико му још увек није изречена блажа казна која је обећана споразумом, а чије се изрицање одлаже за неколико мјесеци. У том моменту тужилац може да прекрши своју обавезу из споразума, што се у пракси већ догађало. Било намерно, било ненамерно. Тужилац може једноставно да одлучи да не испуни своју обавезу из споразума, при чему оптужени има могућност да одступи од споразума и повуче признање, али при томе је у много лошијој и неправеднијој ситуацији јер је сведочио против других лица. С друге стране, тужилац може и ненамерно да не испуни своју обавезу у случају када, на пример, да препоруку суду у погледу изрицања одређене казне за окривљеног, превише верујући у делегирање овлашћења на кажњавање, а без одређеног залагања, па суд не прихвати такву препоруку.¹² Оваквим понашањем тужиоца долази до нарушавања праведности поступка, што је прокламовано пресудом *Santobello v. New York*.¹³

3. Закључење споразума о сведочењу у законодавству Србије

Споразум о сведочењу, према новом ЗКП-у, не може бити закључен за сва кривична дела, већ само за она на која упућује члан 162. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку, односно, за кривична дела из надлежности тужиоца посебне надлежности, а што се своди на кривична дела за која је надлежно Тужилаштво за организовани криминалитет и Тужилаштво за ратне злочине. Овде ЗКП као да следи свог претходника поводом нејасног регулисања одређених ситуација. Иако неће представљати потешкоћу одредити која су то кривична дела за која се закључује споразум о сведочењу, законодавац је ипак могао да буде много одређенији. Овде је неопходно нагласити да је акценат стављен на кривична дела за која ће сведочити окривљени, а не на дела за која је окривљен. Дакле, окривљени може бити оптужен за било које кривично дело, али споразум о сведочењу може закључити искључиво како би сведочио против другог лица за извршење неког од кривичних дела за која су надлежна посебна тужилаштва.

Процесни моменат до ког је могуће закључити ову врсту споразума је широко одређен, а што је у његовој природи. Тако, споразум о сведочењу јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге до завршетка главног претреса.¹⁴ Овај период је знатно шири од оног у коме је могуће закључење споразума о признању кривичног дела, за који је одређено да се може склопити од доношења

наредбе о спровођењу истраге до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу.¹⁵ Међутим, упада у очи чињеница да овде није одређено који главни претрес је у питању, односно, да ли је у питању главни претрес који се води против окривљеног сарадника или претрес који се води против других саокривљених против којих сведочи.¹⁶ По природи ствари, то би требало да буде главни претрес који се води против њега.

Претходни услов за закључење споразума о сведочењу јесте да је окривљени у потпуности признао извршење кривичног дела за које се терети, док је основни услов за његово склапање везан за значај исказа. Наиме, значај исказа за откривање, доказивање или спречавање извршења кривичног дела за које се може закључити ова врста споразума мора бити претежнији од последица кривичног дела које је учинио.¹⁷ Окривљени мора уверити тужиоца у вредност информација које поседује. Субјекат који је овлашћен да процењује да ли је претежнији исказ окривљеног сарадника или последице извршеног кривичног дела, а што је *questio facti*, је превасходно тужилац када одлучује о преговарању, а потом, уколико до њих дође те се исти успешно заврше, суд, који одлучује о споразуму, по слободном судијском уверењу.¹⁸ Превасходно ће се спремност за преговарање о сарадњи исказати тужиоцу који саслушава окривљеног, а који ће потом предмет проследити специјалном тужиоцу како би поступак преговарања био настављен. Иницијативу за преговоре ће најчешће дати окривљени,¹⁹ мада није занемарљива ни могућност сазнања тужиоца да окривљени поседује одређене информације за кривични поступак који води тужилац посебне надлежности. Дакле, иако у законском тексту нема јасне одредбе о томе, очигледно је да у овом поступку могу (али не морају, уколико се оба поступка воде пред специјалним тужиоцем, што је много једноставнији случај закључивања споразума о сведочењу) јавити два тужиоца, што је у зависности од врсте кривичног дела за чије је извршење окривљено лице које намерава да стекне статус окривљеног

¹² *Wight v. Rindskopf*, 43. Wis, 344, 354–355 (1977).

¹³ *Santobello v. New York*, 404 US 257 (1971).

¹⁴ Члан 320. ЗКП-а.

¹⁵ Члан 313. ЗКП-а. У односу на још увек важећи законски текст, који предвиђа као крајњи процесни моменат за подношење споразума о признању кривице суду завршетак првог рочишта за одржавање главног претреса, за који је остало прилично недефинисано шта то значи, нови ЗКП предвиђа изјашњење окривљеног на главном претресу као последњи моменат до којег је могуће поднети споразум суду.

¹⁶ М. Шкулић, Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – реформа у стилу “један корак напред – два корака назад”*, Београд, 2012, 100, 172.

¹⁷ Члан 320. став 2. ЗКП-а.

¹⁸ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2010, 988.

¹⁹ Е. Rasmusen, *Mezzanato and the Economics of Self-incrimination*, *Cardozo Law Review*, 1997, 14.

сарадника. Такође, истим поводом, јављају се и два суда, односно, специјални суд пред којим се води поступак у коме окривљени сарадник треба да сведочи и суд који доноси одлуку у вези са кривичним делом за које је окривљени сарадник осумњичен или оптужен.

За разлику од америчког правног система, у коме је дозвољено да свако лице, па и организатор криминалне групе, закључи споразум о сарадњи, у српском праву то није могуће. Изричито је законском одредбом постављена забрана да организатор буде окривљени сарадник, али је немогућност склапања споразума о сарадњи ограничена само на њега, док сва друга лица из организоване криминалне групе могу бити сарадници. Будући да су организоване криминалне групе такве да су ријетко организоване само од стране једног лица, то се у улози организатора може појавити више лица. Уколико је група организована од стране више лица, сва се сматрају организаторима и не могу бити субјекти ове врсте споразума. За елиминисање могућности његове/њихове појаве у поступку, неопходно је, али и довољно, постојање основане сумње да се ово лице јавља као организатор.

Субјекти закључења споразума о сарадњи су тужилац, са једне стране, и окривљени са браниоцем, са друге стране. Предлог за вођење преговора за закључење споразума могу дати обе стране. Приликом закључења споразума о сарадњи обавезно је присуство браниоца, тако да ЗКП уводи још један моменат када је одбрана обавезна, и то од почетка преговора са јавним тужиоцем па до доношења судске одлуке о споразуму.²⁰ Преговори о сведочењу представљају нужност за тужиоца, који у потрази за правдом²¹ тражи најефикаснији начин да процесуира извршиоце тежих кривичних дела, у ком циљу је понекад неопходно да склопи овакав “уговор са ђаволом”.

Након што постигну споразум о сарадњи, јавни тужилац ће пре писменог састављања истог позвати окривљеног да самостално и својеручно, а што детаљније и потпуније, истинито опише све што зна о кривичном делу поводом којег се води поступак против њега, те о делима за које је могуће склопити споразум о сарадњи. Рок у коме је тужилац дужан да позове окривљеног на давање исказа износи 30 дана од дана постизања сагласности. Неписмени окривљени ће да диктира свој прелиминарни исказ у апарат за снимање гласа. Споразум о сведочењу се сачињава у писменој форми и подноси се суду до завршетка главног претреса, а уз споразум се прилаже и записник о описаном исказу окривљеног.²²

4. Садржина споразума о сведочењу

Споразум о сведочењу има опширнију садржину него што је то случај са споразумом о признању кривичног дела, те садржи:²³

1. опис кривичног дела које је предмет оптужбе;
2. изјаву окривљеног да у потпуности признаје кривично дело, да ће дати исказ о свему што му је познато о кривичном делу за које треба да сведочи и да ништа неће прећутати, да је дужан да говори истину и да не сме ништа да прећути, као и упозорење да давање лажног исказа представља кривично дело, као и заклетву окривљеног сарадника, односно, белешку о одбијању давања заклетве, те да се не може позивати на погодност ослобођења од дужности сведочења и дужности одговарања на поједина питања;
3. споразум о врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена, о ослобођењу од казне или о обавези јавног тужиоца да одустане од кривичног гоњења окривљеног у случају давања исказа на главном претресу;
4. споразум о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и о имовинскоправном захтеву,²⁴ уколико је поднет;
5. изјаву о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке којом је суд потпуно прихватио споразум и
6. потпис странака и браниоца.

Поред наведених елемената, споразум о сведочењу може садржати и споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног.²⁵

Као што произилази из наведеног, елементе споразума о сведочењу делимо на обавезне и факултативне, при чему је првонаведених шест елемената обавезно за сваки споразум, док је једини факултативни елемент споразум у погледу имовине проистекле из кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног. Пре свега, законодавчева терминологија ни овде није у складу са овако озбиљним законским текстом, јер се не признаје кривично дело него његово извршење. Затим, сматрамо

²⁰ Члан 74. тачка 8. ЗКП-а. .

²¹ R. Galin, *Above the Law: The Prosecutor's Duty to Seek Justice and the Performance of Substantial Assistance Agreements*, *Fordham Law Review*, vol. 68, no. 4, 2000, 1245–1284.

²² Члан 320. став 5–6 ЗКП-а

²³ Овде је наведена садржина споразума о сарадњи, без навођења чланова на које преупућују поједини ставови овог члана, већ са текстом који је садржан у њима.

²⁴ И поред предвиђања имовинскоправног захтева као једног од обавезних елемената споразума, сматрамо да је заштита оштећеног неадекватно постављена и да је недовољна. За више о овом питању погледати: М. Шкулић, *Један поглед на положај оштећеног у кривичном поступку за кривична дела организованог криминалитета*, Темида, вол. 7, број 1, 2004, март 2004, 26–28.

²⁵ Члан 321. ЗКП-а.

да је непотребно наводити да је окривљени сарадник дужан да каже све о делу и да не сме ништа прећутати, а потом преупутити на одговарајући члан ЗКП-а којим се регулише управо ова обавеза.

Већина наведених саставних делова споразума позната је још од увођења споразума о признању кривице у српско кривично процесно право. Новина је одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења на главном претресу, а што је у зависности од момента склапања споразума о сарадњи, који може бити закључен како пре почетка главног претреса тако и у току истог. Услед тога, уколико су преговори између тужиоца и окривљеног завршени успешно у току главног претреса, саставиће писмени споразум који ће доставити суду, а у склопу њега ће стајати изјава јавног тужиоца да одустаје од кривичног гоњења, али под условом да окривљени испуни обавезе успостављене споразумом.

ЗКП уводи још једну значајну новину када је у питању утврђивање казне у споразуму. Наиме, постоје два система одмеравања казне, који имају и предности и недостатке.²⁶ Прво, казна може бити одређена у апсолутном износу, када тужилац и окривљени прецизирају стриктно казну која ће бити изречена ако суд прихвати споразум. То је систем апсолутног одређивања казне. Други систем је систем релативног одређивања казне када тужилац и окривљени одређују распон у оквиру којег ће се кретати казна, а суд у поступку верификације споразума прецизира казну. Још увијек важећи ЗКП изричито не придаје предност ниједном систему, што може изазивати проблеме у пракси, али се у складу са природом споразума о признању кривице предност даје апсолутном систему одмеравања казне. Међутим, новим ЗКП-ом законодавац уводи у законодавство оба система утврђивања казне, предвиђајући да споразум о сведочењу садржи "... споразум о врсти и мери или распону казне или друге санкције која ће бити изречена...". У вези са тим, сматрамо да систем апсолутно одређених казни мора да буде правило, а систем релативно одређених казни изузетак. Замислива је ситуација да се тужилац и окривљени сарадник споразумеју о свим елементима споразума изузев о износу казне или друге санкције, када њихову индивидуализацију могу да препусте суду. У свим

другим случајевима, што би отклонило неизвесност, али и спремност окривљеног сарадника на сведочење, треба бити унапред, још пре подношења споразума суду, индивидуализована казна. Казна, односно кривична санкција, ће у сваком случају да буде утврђена у знатно нижем износу него што би то био случај када би се водио редован кривични поступак. То је, једноставно, цена коју тужилац мора да плати. Блажу казну окривљени сарадник у овом случају не добија због тога што је заслужује, већ из разлога што је то нужност и део тужиоачеве стратегије процесуирања извршилаца знатно тежих кривичних дела.

Затим, сматрамо да је од свих наведених елемената најспорнија факултативна могућност споразумевања о одузимању имовине проистекле из извршења кривичног дела која ће бити одузета од окривљеног. С једне стране, према законодавчевој терминологији, овде се ради о инкорпорисању једне врсте споразума у други, док је са друге стране остало нејасно око којих питања се тужилац и окривљени уопште могу споразумевати. Наиме, под имовином проистеклом из извршења кривичног дела сматра се имовина окривљеног, сведока сарадника (према ЗКП-у: окривљеног сарадника) или оставиоца која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима, као и приход или друга корист остварена на посредан или непосредан начин из кривичног дела, али и добро у које је она претворена или са којом је помешана.²⁷ Из основних начела ЗКП-а произлази да нико не може задржати корист проистеклу из извршеног кривичног дела, те стога сматрамо да ни до каквог споразума између тужиоца и окривљеног у вези са таквом имовином не може доћи. Тачно је да сваки споразум доводи до уштеде значајних материјалних и временских ресурса, али до њега у овом случају не може да дође, изузев уколико је у питању договор око начина одузимања имовине. Због тога сматрамо да је било какав договор око квантитета имовине која ће бити одузета с аспекта српског кривичног процесног права неодржив. Признање кривице окривљеног без обзира на врсту и меру казне која ће му бити изречена, или ослобођење од казне, не може довести до неодузимања имовине проистекле из извршења кривичног дела.

5. Судске одлуке у вези са споразумом о сведочењу

Функционална надлежност за одлучивање о споразуму о сведочењу је двојака, те је подељена између судије за претходни поступак и председника расправног већа, што зависи од момента његовог подношења суду на верификацију. Према томе,

²⁶ Због обима рада не можемо улазити у суштинско разјашњавање предности и недостатака наведена два система за одмеравање казне. За више о тим питањима погледати: В. Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредноправни приказ*, Београд, 2009, 169; *Скраћени казни поступци*, Модул 4, Кривична област, Сарајево, 2006, 39; Д. Николић, *Споразум о признању кривице*, Ниш, 2007, 160–164; Д. Николић, *Странацки споразум о кривици*, Београд, 2009, 182–187; М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2008, 941, *Обавезно Упутство о примени и закључењу Споразума о признању кривице*, Јавно-тужилачки приручник, Београд, 2009, 215–222.

²⁷ Члан 3. Закона о одузимању имовине проистекле из извршења кривичног дела, "Службени гласник Републике Српске" број 97/2008.

уколико је споразум састављен и поднет суду до потврђивања оптужнице, за одлучивање о истом биће надлежан судија за претходни поступак, а њеног након потврђивања надлежност прелази на председника већа. Суд може донети три врсте одлука, и то одлуку којом одбија споразум, одлуку којом га прихвата и одлуку којом одбацује споразум о сведочењу. При том, одлука којом се одбацује споразум је формална, док су друге две одлуке материјалне, јер се приликом њиховог доношења улази у садржину споразума, што није случај са одлуком којом се одбацује споразум.

Форма одлуке је решење, а доноси се на рочишту на које се позивају тужилац, окривљени и бранилац. Међутим, обавезан позив не значи и обавезно присуство за сва позвана лица, па у зависности од тога наступају и различите последице по њих. Тако, уколико на заказано рочиште не дође уредно позвани окривљени нити оправда изостанак, суд ће донети решење о одбацивању споразума. Ово решење ће бити донето у још једном случају, а то је када споразум не садржи неки од обавезних елемената.²⁸ Што се тиче недоласка тужиоца и браниоца на рочиште, ЗКП не садржи одговарајуће одредбе, па би аналогно требало применити одговарајуће одредбе закона које регулишу недолазак ових субјеката на главни претрес. Дакле, изричито је санкционисан само недолазак окривљеног сарадника на рочиште, док у случају недоласка тужиоца или браниоца рочиште може бити одложено. Међутим, уколико пођемо од чињенице колики је значај овог споразума за поступак, мала је вероватноћа да тужилац посебне надлежности не приступи рочишту, поготово из разлога што суд не мора да усвоји споразум, при чему тужичева усмена аргументација може бити од великог значаја.

На овом рочишту јавност није искључена, због чега законодавац упада у још једну нелогичност. Наиме, ЗКП-ом је прописано да је јавност искључена на рочишту за доношење одлуке о споразуму о признању кривичног дела. Због чега законодавац успоставља различите услове за одржавање овог рочишта за два различита споразума? Штавише, будући да се споразум о сведочењу склапа у вези са сведочењем у другим кривичним поступцима, који су често знатно тежи од поступака у којима се закључује споразум о признању кривичног дела, сматрамо да је важније искључити јавност на рочишту за споразум о сведочењу. Ово нарочито важи уколико се доведе у везу са различитим начинима заштите сведока.

Како би донео решење о прихватању споразума о сведочењу, суд мора да утврди три чињенице. Прво, да је окривљени свесно и добровољно пристао да сведочи под прописаним условима. Друго, да је окривљени у потпуности свестан свих последица

закљученог споразума, а посебно да се одриче права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума о сведочењу. Треће, да је казна, друга санкција или мера, ослобођење од казне или одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења предложен у складу са законом.²⁹ Што се тиче првог услова, у пракси не би требало да постоје никакве недоумице, а појам свесности и добровољности одговара истим појмовима као код споразума о признању кривичног дела. Свест о последицама споразума претпоставља да је окривљени свестан чињенице да се одриче редовног суђења и да прихвата предложено кривичну санкцију. Посебно је наглашено да је окривљени свестан да се одриче права да изјави жалбу против одлуке суда, што се у суштини своди на решење суда којим је усвојен споразум о сарадњи, јер је на одлуку суда којом је одбијен споразум жалба дозвољена. На крају, предвиђено је да суд мора да провери да ли је прихваћена санкција односно друга мера у складу са одговарајућим законом, односно, Закоником о кривичном поступку и Кривичним закоником. Такође, будући да се као факултативни елемент јавља и споразум о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, то се морају имати у виду и одговарајуће одредбе Закона о одузимању имовине проистекле из извршења кривичног дела, али и било ког другог закона из кривичне материје до чије примене може доћи у конкретном предмету.

Трећа врста судских одлука у овом поступку јесте решење о одбијању споразума о сведочењу. Ово решење суд ће донети у случају када није испуњен један или више услова који се захтевају да би споразум био прихваћен или уколико постоји неки од разлога за обуставу кривичног поступка,³⁰ односно, ако суд установи да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности, или да је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које искључују кривично гоњење, или ако нема довољно доказа да је окривљени учинио кривично дело које је предмет оптужбе.³¹ Против овог решења дозвољена је жалба у редовном року од 3 дана за изјављивање жалбе против решења. Будући да нигде у ЗКП-у није прописано ко одлучује о жалби, сматрамо да то мора бити ванрасправно веће суда. Основ за схватање да је против овог решења дозвољена жалба налазимо у формулацији ЗКП-а: ... Када решење из става 1. овог члана постане правноснажно...,³² јер да жалба није дозвољена онда би решење моментом доношења постало правноснажно,

²⁹ Члан 323. ЗКП-а.

³⁰ Члан 324. ЗКП-а.

³¹ Члан 338. ЗКП-а.

³² Члан 324. став 1. ЗКП-а.

²⁸ Чланови 316. и 322. ЗКП-а.

те је оваква формулација сувишна. Међутим, основ за другачији став може се пронаћи применом аналогije у одредбама ЗКП-а које регулишу споразум о признању кривичног дела, где је изричито предвиђена забрана жалбе против овог решења. Затим, законодавац у наставку регулише искључиво правноснажно решење о одбијању споразума, не спомињући могућност изјављивања жалбе и доношења супротне одлуке од одбијајуће. Ипак, формулација целог члана је таква да постоји могућност изјављивања жалбе. Уколико решење о одбијању споразума о сведочењу постане правноснажно, споразум и сви списи који су са њим у вези уништавају се у присуству судије који је донео решење, о чему се саставља записник. Судија који је донео решење о одбијању споразума изузима се у даљем току кривичног поступка, чиме је дошло до успостављања још једног разлога за обавезно изузеће.³³

6. Испуњавање споразумом преузетих обавеза

Основна обавеза окривљеног сарадника јесте да сведочи против другог лица које је окривљено за кривично дело из надлежности тужиоца за организовани криминалитет или за ратне злочине. Дакле, судећи према ЗКП-у, кривични поступак према њему треба да је већ покренут или да је у току, па се сведочење окривљеног сарадника јавља као један од кључних доказа. Уколико поступак још увек није покренут онда је неопходно да је у изгледу његово покретање, јер у супротном читав поступак закључивања споразума о сведочењу губи свој смисао. Наиме, и ова врста споразума је заснована на обостраном попуштању и бенефицијама, тако да и окривљени и тужилац морају у што скоријем времену да испуне преузете обавезе, с тим што обавеза коју је преузео јавни тужилац везује суд од момента када прихвати споразум и донесе одлуку. Окривљени сарадник је приликом сведочења дужан да говори истину и не сме ништа да прећути, мада је ова опомена већ садржана у самом споразуму. Он се испитује одмах након саслушања оптуженог и одмах након тога се удаљава из суднице.³⁴

Према ЗКП-у, решење о прихватању споразума о сведочењу окривљеног обавезује првостепени и суд правног лека приликом доношења одлуке о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, под условом да је окривљени сарадник у потпуности прихватио обавезе из споразума.³⁵ Будући да се обавезе окривљеног протежу у правцу потпуног признавања кривичног дела које је предмет оптужбе и сведочење

против другог оптуженог за неко од наведених кривичних дела, то ће окривљени да испуни преузете обавезе, с једне стране, приликом закључења споразума када призна извршење кривичног дела, и с друге стране, моментом завршетка сведочења против другог окривљеног. Међутим, не треба заборавити да је поред доказивања извршења одређеног кривичног дела исказ окривљеног битан и за спречавање и откривање кривичног дела.

Суд ће ставити ван снаге прихваћени споразум у два случаја, и то уколико окривљени не испуни споразумом преузете обавезе или уколико јавни тужилац покрене истрагу против окривљеног сарадника, или сазна за његову ранију осуђиваност и поднесе предлог суду за стављање ван снаге споразума.³⁶ Превасходно, споразум ће се ставити на снагу уколико окривљени не испуни своју основну обавезу – да сведочи, јер признање кривичног дела мора бити садржано већ у споразуму, па до прихватања истог не би ни дошло без признања. Затим, суд ће ставити ван снаге споразум у још два случаја, и то уколико тужилац покрене истрагу против окривљеног сарадника или сазна за његову ранију осуђиваност. У оба случаја неопходан услов јесте да тужилац поднесе такав предлог суду. Међутим, оно што ће у пракси представљати проблем јесте питање момента сазнања тужиоца за ранију осуђиваност окривљеног сарадника или за раније учињено кривично дело. Такође, овде се појављује услов о ком није било речи раније, а то је да окривљени, по правилу, треба бити лице које раније није осуђивано. На јавном тужиоцу лежи одлука да ли ће поднети предлог суду за стављање ван снаге споразума у случају да открије раније учињено кривично дело или претходну осуђиваност окривљеног сарадника. Овде је могуће поставити питање сврсисходности постављања овог услова. Наиме, уколико је основни циљ овог поступка добијање значајног сведочења, није јасно какав утицај на то може имати ранија осуђиваност сарадника. То би пре имало утицаја на врсту и износ кривичне санкције која би се споразумом утврдила, а не на могућност приступања закључењу споразума о сарадњи.

У првом случају тужилац може покренути истрагу стављајући суду предлог за стављање ван снаге споразума, док у другом случају може одлучити да ранија осуђиваност не буде од утицаја на судбину споразума о сарадњи. Уколико јавни тужилац стави предлог за стављање ван снаге споразума, те суд тако и учини, долази до обавезног уништавања споразума о сведочењу као и свих материјала који су с њим у вези, док судија који је ставио ван снаге споразум не може више учествовати у даљем току кривичног поступка.³⁷ Наведено повлачи за собом последицу да

³³ Члан 324. став 2–3 ЗКП-а.

³⁴ Члан 325. ЗКП-а.

³⁵ Члан 326. став 1. ЗКП-а.

³⁶ Члан 326. став 2. ЗКП-а.

³⁷ Члан 326. став 2. ЗКП-а.

суд који је надлежан за суђење за кривично дело за које је окривљени сарадник оптужен још увек није донео пресуду.

Будући да ЗКП-ом ниједном одредбом није прописано поступање суда након доношења одлуке о прихватању споразума, сматрамо да је овде неопходно аналогно применити законске одредбе о доношењу пресуде. Наиме, након што суд прихвати споразум и окривљени испуни предвиђене и преузете обавезе, суд који је надлежан за суђење за кривично дело за које је оптужен окривљени сарадник треба да донесе пресуду, чија ће садржина зависити од споразума о сарадњи. Овај суд је везан одлуком о кривичној санкцији, о трошковима кривичног поступка, о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом, о имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Такође, будући да на ову пресуду не постоји забрана изјављивања жалбе, то је наведеним одлукама везан и суд правног лека.

7. Закључна разматрања

Последњих година процес пресађивања англосаксонских правних транспланата захватио је и српско кривично процесно право. Један од најпознатијих правних транспланата данас јесте правни институт споразума о признању кривице, који се, према новом ЗКП-у огледа у три врсте споразума: споразуму о признању кривичног дела, споразуму о сведочењу окривљеног и споразуму о сведочењу осуђеног. Споразум о сведочењу окривљеног, као предмет анализе у овом раду, је свакако институт који са собом уноси у законодавство више корисних него пратећих штетних ефеката, који су, међутим, неизбежни у овом поступку. Ипак, његово заживљавање у пракси неће протећи без проблема, који су пре свега везани за недореченост појединих одредаба. Превасходно, сматрамо да је неопходно јасно прописати поступања у свакој етапи закључивања споразума, јер се ради о тексту из кривичноправне материје који не сме да садржи елементе који се подразумевају, као што је случај већ са појединим одредбама о споразуму

о сведочењу окривљеног. Тек дубоком анализом одређених одредаба могуће је проникнути у њихово право значење. Такође, иако нигде није скренута пажња на то, константно треба пратити који тужилац и суд поступа у сваком моменту. Затим, остаје нејасно због чега јавност није искључена у овом поступку, а јесте на рочишту на коме се одлучује о споразуму о признању кривичног дела. Посебан проблем изазива недостатак заштите оштећеног у кривичном поступку, те споразум о одузимању имовине проистекле из извршења кривичног дела, који је неспојив са овим поступком. Овде су наведени само неки од проблема који се могу, и вероватно хоће, појавити, па се због тога и наведена законска решења стављају под знак питања. Споразуми о сарадњи су у сваком случају за поздравити, али за већу ефикасност неопходна је ревизија постојећих решења. Овакво законодавно решење није савршено, али представља корак напред.

Veljko Turanjanin, BA

Die Absprache über die Aussage des Angeklagten im serbischen Strafprozessrecht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag behandelt die Absprache über die Aussage des Angeklagten als eine Art der Absprache über das Geständnis einer Straftat mit erweitertem Inhalt, die durch die neue serbische Strafprozessordnung, deren Vorschriften in bestimmten Ermittlungsverfahren seit Anfang 2012 angewendet werden, in das serbische Strafprozessrecht eingeführt wurde. Unter diesen Vorschriften befinden sich auch solche die die Absprache über eine Aussage regeln. Da dieses Rechtsinstitut aus dem angelsächsischen Rechtsraum stammt, gibt der Autor am Anfang eine Übersicht der Regelungen im amerikanischen Recht und geht dann auf die Regelungen im serbischen Recht ein. Die Absprache über die Aussage des Angeklagten bringt eine Reihe von Besonderheiten mit sich, von denen einige sehr umstritten sind. Daher analysiert der Autor alle gesetzlichen Vorschriften, die die Absprachen über die Zusammenarbeit im Strafprozess regeln und zieht an geeigneten Stellen Parallelen zur Absprache über das Geständnis einer Straftat und zeigt die Vor- und Nachteile der neuen Regelungen auf.

Propisi i materijali

10. knjiga nemačkog Zakona o parničnom postupku: Nemačko arbitražno pravo

– Uvod

Jens Bredow*

Nemački Zakon o arbitražnom postupku stupio je na snagu 1. 1. 1998. godine¹. On je jedan zaokružen propis koji je kao 10. knjiga sadržan u nemačkom Zakonu o parničnom postupku (članovi 1025.–1066). Podeljen je u 10 zasebnih tematskih odeljaka koji se odnose na opšte odredbe, sporazum o arbitraži, konstituisanje arbitražnog suda, nadležnost arbitražnog suda, sprovođenje arbitražnog postupka, arbitražnu odluku i okončanje postupka, pravni lek protiv arbitražne odluke, pretpostavke za priznanje i izvršenje arbitražnih odluka, sudski postupak i vanugovorne arbitražne sudove.

Nemački Zakon o arbitražnom postupku oslonjen je prema sadržaju, strukturi i drugim bitnim karakteristikama na (engleski) tekst UNCITRAL model zakona iz 1985. godine.²

Nemačka je bila jedna od prvih industrijski razvijenih zemalja koja je gotovo doslovno usvojila model zakona.

Nemački Zakon o arbitražnom postupku, iako je kao 10. knjiga ZPP uvršten u nemački Zakon o parničnom postupku, integralno i kompletno uređuje arbitražni postupak, što ga čini pogodnim za rukovanje ne samo nemačkim, nego i inostranim pravniciima. Međutim, nemački Zakon o arbitražnom postupku razlikuje se od UNCITRAL modela zakona u znatnoj meri utoliko što ne obuhvata samo međunarodne, već i nacionalne sporove. Osim toga,

on ne sadrži ograničenje na komercijalne predmete koje je sadržano u UNCITRAL modelu zakona. Samim tim se izbegavaju brojni potencijalni problemi razgraničenja u pripremi samog spora između stranaka. Nemački zakonodavac je, nakon detaljne analize potencijalnih potreba za diferencijacijom prema gorenavedenim kriterijumima došao do zaključka da za tim nema potrebe.

Nemački zakon pridržava se opštevažećeg teritorijalnog principa, tj. nemački Zakon o arbitražnom postupku može se primeniti kada se mesto održavanja arbitražnog postupka nalazi u Nemačkoj. Pored toga, Zakon stavlja jasno na znanje da se u određenim konstelacijama slučaja iz praktičnih razloga Zakon može primenjivati i kada se mesto održavanja arbitražnog postupka nalazi u inostranstvu ili kada još uvek nije određeno. Na taj način je osigurano da nemački sudovi mogu pružiti potrebnu pomoć za pokretanje ili sprovođenje postupka. Opšte odredbe utvrđuju da se odredbe nemačkog Zakona o arbitražnom postupku dele na obavezne i dispozitivne.

Odstupanja od dispozitivnih propisa ne mogu se više isticati ukoliko protiv njih nije odmah, odnosno u predviđenom roku, uložen prigovor. Nemački Zakon o arbitražnom postupku je tako na samom početku jasno stavio do znanja da se strankama omogućava dalekosežna fleksibilnost u formiranju postupka. Zakon se rukovodi principom da se, koliko god je to moguće, moraju sprečavati taktike odugovlačenja i neekonomičnog postupanja.

Ključnu tačku predstavlja član 1030. ZPP koji reguliše arbitrabilnost. Svaki imovinskopravni zahtev može biti predmet arbitraže. Kod neimovinskopravnih zahteva postoji arbitrabilnost ukoliko su stranke ovlašćene da o predmetu spora zaključče poravnanje.

Posebnost nemačkog zakona predstavlja član 1032. ZPP, prema kojem postoji mogućnost da, kako bi se izbegli nepotrebni postupci, stranke do konstituisanja arbitražnog suda državnom sudu mogu podneti zahtev za utvrđenje dopuštenosti ili nedopuštenosti vođenja arbitražnog postupka.

Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud može na osnovu člana 1041. ZPP da donese privremene mere. Nemački zakon kod donošenja privremenih mera od strane arbitražnih sudova dozvoljava *ex parte* odluke, tj. arbitražni sud može naložiti privremene mere a da prethodno nije saslušao protivnika predlagrača. Nemački Zakon o arbitražnom postupku reguliše i mogućnosti izvršenja privremene mere koju je doneo arbitražni sud.

Prema nemačkom Zakonu o arbitražnom postupku, arbitražni sud u odlučivanju u sporu mora da primenjuje

* Advokat Jens Bredow je generalni sekretar Nemačkog instituta za arbitražu (DIS). Detaljnije informacije o DIS-u na engleskom jeziku nalaze se pod: www.dis-arb.de. Materijali na ovoj web-stranici su prevedeni i na francuski i ruski jezik. Osim toga tamo se nalazi i dopadljiv film povodom 20. jubileja DIS-a.

¹ Izmena o kojoj je reč usledila je u Službenom listu (BGBl.) I/1997, str. 3224 i dalje. Zakon trenutno važi u izmenjenoj verziji učinjenoj putem Zakona o reformi parničnog postupka, skraćeno ZPO-RG od 27. jula 2001. god. Službeni list (BGBl.) Dio I/2001, str. 1887). Izmene u međuvremenu ticala su se paragrafa 1063 i 1065 Zakona o parničnom postupku.

² Ovaj tekst na engleskom jeziku uključujući izmene nalazi se na internetu: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

pravo ili zakonske propise koje su ugovorile stranke. Ako stranke nisu postigle odgovarajući sporazum, arbitražni sud primenjuje zakone one države s kojom predmet postupka ima najtešnju vezu. Arbitražni sud može doneti odluku na osnovu pravičnosti, samo ako su ga stranke na to izričito ovlastile. Za priznanje i izjavu o izvršnosti arbitražne odluke u Nemačkoj nadležan je Vrhovni pokrajinski sud. Na njegovu odluku može se podneti žalba Saveznom sudu.

Domaća arbitražna odluka može se proglasiti izvršnom na osnovu člana 1060. ZPP, pri čemu odnosni zahtev

nije vezan za rokove. Izvršenje će se odbiti ukoliko postoje razlozi za ukidanje iz člana 1059. ZPP. Razlozi za ukidanje se u principu moraju isticati u roku od 3 meseca. Strana arbitražna odluka se prema članu 1061. ZPP priznaje i proglašava izvršnom u Nemačkoj. Član 1061. ZPP poziva se na Konvenciju UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine. Zahtev nije vezan za rokove.

Konačno, državni sud je nadležan za pružanje pomoći arbitražnom sudu prilikom prihvatanja dokaza i drugih sudskih radnji, za koje arbitražni sud nije ovlašćen. S tim u vezi nadležni su prvostepeni sudovi.

Knjiga 10 Arbitražni postupak³

Odeljak 1 Opšte odredbe

Par. 1025 Polje primene

- (1) Odredbe ove knjige primenjuju se kada je mesto arbitražnog postupka u Nemačkoj u smislu par. 1043 st. 1.
- (2) Odredbe par. 1032, 1033 i 1050 primenjuju se i kada se mesto arbitražnog postupka nalazi u inostranstvu ili još nije određeno.
- (3) Dok se mesto arbitražnog postupka ne odredi, nemački sudovi su nadležni da preduzimaju sudske radnje koje su predviđene odredbama par. 1034, 1035, 1037 i 1038, ako tuženi ili tužilac ima svoje sedište ili uobičajeno boravište u Nemačkoj.
- (4) Na priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka primenjuju se odredbe par. 1061 do 1065.

Par. 1026 Uloga suda

Sud može postupati u stvarima koje su uređene odredbama par. 1025 do 1061, samo kada je to predviđeno odredbama ove knjige.

Par. 1027 Gubitak prava na prigovor

Ako se nije postupilo u skladu sa odredbom ove knjige, od čije primene stranke mogu da odustanu, ili u skladu sa uslovom iz arbitražnog sporazuma, stranka koja nije bez odlaganja ili u predviđenom roku stavila prigovor na ovo propuštanje, ne može to kasnije učiniti. Ova odredba se ne primenjuje, ako stranka nije znala za propuštanje.

Par. 1028

Prijem pismena kada boravište stranke nije poznato

- (1) Ako je boravište jedne od stranaka ili lica ovlašćenog za prijem pismena nepoznato, danom prijema pismena smatra se, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumele, dan kada su pismena mogla biti primljena preporučenom pošiljkom sa povratnicom ili na neki drugi način kojim se dokazuje da je poslednja poznata adresa, poslednje poznata poslovna jedinica ili poslednje poznato uobičajeno boravište primaoca bilo dostupno.
- (2) Odredba st. 1 ne primenjuje se na saopštenja u sudskom postupku.

Odeljak 2 Sporazum o arbitraži

Par. 1029 Pojam

- (1) Sporazum o arbitraži je sporazum stranaka kojim one poveravaju arbitražnom sudu da reši njihove sporove koji su nastali ili će nastati u vezi sa određenim pravnim odnosom ugovorne ili vanugovorne prirode.
- (2) Sporazum o arbitraži može biti zaključen kao samostalni sporazum (arbitražni sporazum) ili u obliku ugovorne klauzule (arbitražna klauzula).

Par. 1030 Arbitrabilnost

- (1) Svaki imovinskopravni zahtev može biti predmet sporazuma o arbitraži. Sporazum o arbitraži o neimovinsko-pravnim zahtevima proizvodi pravno dejstvo, ako su stranke ovlašćene da o predmetu spora zaključče poravnanje.
- (2) Sporazum o arbitraži, koji za predmet ima sporove o postojanju zakupnog odnosa na stambenom prostoru koji se nalazi u Nemačkoj, ne proizvodi pravno dejstvo. Ova odredba se ne primenjuje, ako je reč o stambenom prostoru kome je, shodno odredbama par. 549 st. 2 Građanskog zakonika, određena posebna namena.
- (3) Odredbe ove knjige ne utiču na primenu odredbi ovog ili drugog zakona koje predviđaju da se sporovi ne

³ Prevod teksta s njemačkog jezika priredili su doc. dr. Slavko Đorđević/Kragujevac i Nikola Tica/Beograd.

mogu poveriti arbitraži ili se mogu poveriti arbitraži, ali samo uz ispunjenje određenih uslova.

Par. 1031

Forma arbitražnog sporazuma

- (1) Arbitražni sporazum mora biti sadržan u ispravi koju su stranke potpisale ili u pismenima, faksimilima, telegramima koje su stranke među sobom razmenile ili u drugim oblicima razmene informacija kojima se obezbeđuje dokaz o postojanju sporazuma.
- (2) Forma iz stava 1 smatra se ispunjenom i kada je sporazum o arbitraži sadržan u ispravi koju je jedna stranka dostavila drugoj ili koju je treće lice dostavilo strankama i čija se sadržina, pod uslovom da prigovor nije blagovremeno stavljen, može smatrati sadržinom ugovora prema poslovnim običajima.
- (3) Ako se u ugovoru, koji ispunjava uslove forme iz st. 1 i 2, stranke pozivaju na ispravu koja sadrži arbitražnu klauzulu, smatra se da je sporazum o arbitraži zaključen, ukoliko je cilj tog pozivanja da arbitražna klauzula postane sastavni deo ugovora.
- (4) Sporazum o arbitraži se smatra zaključenim i ako je izdata teretnica u kojoj se izričito poziva na arbitražnu klauzulu sadržanu u ugovoru o čarteru.
- (5) Sporazumi o arbitraži, u kojima učestvuje potrošač, moraju biti zaključeni u formi pismene isprave koju su svojeručno potpisale stranke. Pismena forma iz reč. 1 može biti zamenjena elektronskom formom u smislu par. 126a Građanskog zakonika. Isprava ili elektronski dokument ne može sadržati druge sporazume koji se odnose na arbitražni postupak; ova odredba se ne primenjuje, ako je isprava sačinjena i overena od strane notara.
- (6) Smatra se da su formalni nedostaci otklonjeni, ako se tuženi upusti u raspravu o predmetu spora pred arbitražnim sudom.

Par. 1032

Sporazum o arbitraži i tužba sudu

- (1) Sud kome je podneta tužba u stvari koja je predmet sporazuma o arbitraži odbacuje tužbu kao nedopuštenu, ako je tuženi stavio prigovor pre početka usmene rasprave o glavnoj stvari, osim ako utvrdi da je sporazum o arbitraži ništav, da je bez dejstva ili da ga nije moguće izvršiti.
- (2) Do konstituisanja arbitražnog suda, sudu se može podneti zahtev za utvrđenje dopuštenosti ili nedopuštenosti vođenja arbitražnog postupka.
- (3) Ako je postupak iz st. 1 ili 2 u toku, arbitražni postupak se i pored toga može pokrenuti ili nastaviti i arbitražna odluka može biti doneta.

Par. 1033

Sporazum o arbitraži i privremene sudske mere

Sporazum o arbitraži ne sprečava sud da pre pokretanja ili u toku arbitražnog postupka na zahtev jedne od stranaka

odredi privremenu ili zaštitnu meru koja se odnosi na predmet spora arbitražnog postupka.

Odeljak 3

Konstituisanje arbitražnog suda

Par. 1034

Sastav arbitražnog suda

- (1) Stranke mogu sporazumno odrediti broj arbitara. Ako se stranke nisu sporazumele, broj arbitara biće tri.
- (2) Ako sporazum o arbitraži daje jednoj stranci prednost u konstituisanju arbitraže i time stavlja drugu stranku u neravnopravan položaj, ova stranka može zahtevati od suda da arbitra ili arbitre imenuje nezavisno od već sprovedenog postupka imenovanja ili ugovorenih pravila za imenovanje arbitara. Zahtev se može podneti najkasnije u roku od dve sedmice od dana kada je strankama postao poznat sastav arbitražnog suda. Par. 1032 st. 3 shodno se primenjuje.

Par. 1035

Imenovanje arbitara

- (1) Stranke se mogu sporazumeti o postupku imenovanja arbitra ili arbitara.
- (2) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, svaka stranka postaje vezana svojom odlukom o imenovanju arbitra, čim druga stranka primi obaveštenje o imenovanju.
- (3) U odsustvu sporazuma o imenovanju arbitara, sud imenuje arbitra pojedinca na zahtev jedne od stranaka, ako se stranke ne mogu saglasiti o njegovom imenovanju. U arbitražnim postupcima sa trojicom arbitara svaka stranka imenuje po jednog arbitra; imenovani arbitri zajedno imenuju trećeg arbitra koji postaje predsednik arbitražnog suda. Ako jedna od stranaka nije imenovala arbitra u roku od mesec dana od dana prijema odgovarajućeg zahteva druge stranke ili ako se oba arbitra ne mogu saglasiti o trećem arbitru u roku od mesec dana od dana svog imenovanja, sud imenuje arbitra na zahtev jedne od stranaka.
- (4) Ako su se stranke sporazumele o postupku imenovanja arbitara, a jedna od stranaka ne postupa u skladu sa ovim postupkom ili stranke ili oba arbitra ne mogu postići saglasnost koja je u skladu sa ovim postupkom ili treće lice ne ispunjava zadatke koji su mu ovim postupkom povereni, svaka stranka može tražiti od suda da naredi neophodne mere za imenovanja arbitara, osim ako ugovorenim postupkom imenovanja nije drukčije određeno.
- (5) Prilikom imenovanja arbitra sud vodi računa o svim uslovima koji su sporazumom stranaka predviđeni za izbor arbitra i uzima u obzir sve relevantne činjenice kako bi se obezbedilo imenovanje nezavisnog i nepristrasnog arbitra. Kada imenuje arbitra pojedinca ili trećeg arbitra, sud uzima u obzir i celishodnost imenovanja arbitra koji ima različito državljanstvo od stranaka.

Par. 1036**Izuzeće arbitra**

- (1) Lice koje je predloženo za arbitra dužno je da saopšti sve okolnosti koje bi mogle izazvati sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost. Nakon imenovanja arbitar je dužan da do okončanja arbitražnog postupka strankama bez odlaganja saopšti takve činjenice, ako ih nije ranije saopštio.
- (2) Arbitar može biti izuzet, samo ako postoje okolnosti koje mogu izazvati osnovanu sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost ili ako ne ispunjava uslove koje su stranke sporazumom utvrdile. Stranka može tražiti izuzeće arbitra koga je imenovala ili u čijem je imenovanju učestvovala, samo iz razloga koji su joj postali poznati nakon imenovanja.

Par. 1037**Postupak izuzeća**

- (1) Ne dirajući u odredbe st. 3, stranke se mogu sporazumeti o postupku za izuzeće arbitra.
- (2) U nedostatku takvog sporazuma, stranka koja želi da pokrene postupak za izuzeće arbitra pismeno obaveštava arbitražni sud o razlozima za izuzeće u roku od dve nedelje od dana kada joj je postao poznat sastav arbitražnog suda ili okolnost predviđena par. 1036 st. 2. Ako se arbitar, protiv koga je pokrenut postupak za izuzeće, ne povuče sa svoje dužnosti ili se suprotna stranka ne saglasi sa izuzećem, o izuzeću odlučuje arbitražni sud.
- (3) Ako se postupak izuzeća o kome su se sporazumele stranke ili postupak predviđen st. 2 ne okonča izuzećem arbitra, stranka koja je tražila izuzeće može u roku od mesec dana od saznanja za oduku kojom je odbijen zahtev za izuzeće, tražiti od suda da donese odluku o izuzeću; stranke mogu ugovoriti drugačiji rok. Dok traje postupak po takvom zahtevu, arbitražni sud, uključujući i arbitra o čijem se izuzeću odlučuje, može nastaviti arbitražni postupak i doneti arbitražnu odluku.

Par. 1038**Neaktivnost ili nemogućnost obavljanja dužnosti**

- (1) Ako arbitar zbog pravnih ili činjeničnih razloga nije u stanju da obavlja svoju dužnost ili ako iz drugih razloga ne ispunjava svoje obaveze u primerenom roku, njegova dužnost prestaje ako se povuče sa dužnosti ili ako se stranke sporazumeju o njegovom opozivu. Ako se arbitar ne povuče sa dužnosti ili ako se stranke ne mogu saglasiti o njegovom opozivu, svaka stranka može tražiti od suda da donese odluku o prestanku dužnosti.
- (2) Ako se arbitar povuče sa dužnosti u slučajevima predviđenim odredbama st. 1 ili par. 1037 st. 2 ili se stranaka saglasi sa opozivom arbitra, to ne znači da se time priznaje postojanje razloga za prestanak dužnosti arbitra koji su navedeni u st. 1 ili par. 1036 st. 2.

Par. 1039**Imenovanje novog arbitra**

- (1) Ako dužnost arbitra prestane na osnovu par. 1037, 1038 ili usled povlačenja sa dužnosti iz nekog drugog razloga ili usled opoziva o kome su se stranke sporazumele, imenuje se novi arbitar. Imenovanje se vrši prema pravilima koja su primenjena na imenovanje arbitra koji se zamenjuje.
- (2) Stranke se mogu drukčije sporazumeti.

Odeljak 4**Nadležnost arbitražnog suda****Par. 1040****Ovlašćenje arbitražnog suda da odluči o sopstvenoj nadležnosti**

- (1) Arbitražni sud može da odlučuje o svojoj nadležnosti i, shodno tome, o postojanju ili punovažnosti sporazuma o arbitraži. Pri tom, arbitražna klauzula se smatra sporazumom nezavisnim od ostalih odredaba ugovora.
- (2) Prigovor nenadležnosti arbitražnog suda podnosi se najkasnije kad i odgovor na tužbu. Pravo stranke na podnošenje prigovora nenadležnosti nije isključeno time što je ona imenovala arbitra ili učestvovala u njegovom imenovanju. Prigovor da arbitražni sud prekoračuje svoja ovlašćenja podnosi se čim pitanje za koje se tvrdi da prelazi granice ovlašćenja arbitražnog suda bude izneto u arbitražnom postupku. U oba slučaja arbitražni sud može dozvoliti da se prigovori podnesu kasnije, ako je do zakašnjenja došlo iz opravdanih razloga.
- (3) Ako oceni da je nadležan, arbitražni sud o prigovorima iz st. 2 po pravilu odlučuje međuodlukom. U tom slučaju svaka stranka može u roku od mesec dana od dana dostavljanja pismene odluke da zahteva od suda da odluči o tom pitanju. Dok je u toku postupak pred sudom o prigovorima, arbitražni sud može nastaviti postupak i doneti arbitražnu odluku.

Par. 1041**Privremene mere**

- (1) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud može, na predlog jedne stranke, da odredi privremene ili zaštitne mere koje smatra potrebnim s obzirom na predmet spora. Arbitražni sud može istovremeno od svake stranke zahtevati da položi odgovarajuće obezbeđenje.
- (2) Sud može na predlog stranke dozvoliti izvršenje mere iz st. 1, ako takva ili slična mera zaštite nije već zatražena pred sudom. Sud može doneti i drukčiju odluku, ako je to neophodno za izvršenje mere.
- (3) Sud može na predlog stranke ukinuti ili izmeniti odluku iz st. 2.
- (4) Ako je određenje mere iz st. 1 od početka bilo neopravdano, stranka koja je tražila njeno izvršenje

dužna je da suprotnoj strani naknadi štetu koja je nastala izvršenjem mere ili polaganjem obezbeđenja radi sprečavanja izvršenja. Zahtev za naknadu štete se može istaći u toku arbitražnog postupka.

Odeljak 5

Sprovođenje arbitražnog postupka

Par. 1042

Opšta pravila postupka

- (1) U postupku pred arbitražnim sudom stranke su ravnopravne. Svakoj stranci mora biti omogućeno da iznese svoje stavove.
- (2) Advokati kao zastupnici stranaka ne mogu biti isključeni iz postupka.
- (3) Ne dirajući u imperativne odredbe ove glave, stranke mogu same urediti postupak ili uputiti na primenu odgovarajućih pravila kojima se uređuje arbitražni postupak.
- (4) Ako se stranke nisu sporazumele o pravilima arbitražnog postupka, a ova knjiga ne sadrži odgovarajuća pravila, arbitražni sud određuje pravila postupka na osnovu slobodne ocene. Arbitražni sud je ovlašćen da odlučuje o dopuštenosti izvođenja dokaza, da izvede dokaze i da ih ceni po svom slobodnom uverenju.

Par. 1043

Mesto arbitražnog postupka

- (1) Stranke mogu sporazumno da odrede mesto arbitražnog postupka. Ako se stranke nisu sporazumele, mesto arbitražnog postupka određuje arbitražni sud. Pri tom, arbitražni sud vodi računa o okolnostima slučaja, uključujući i pogodnost određenog mesta za stranke.
- (2) Izuzetno od odredbe st. 1, ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud se može sastati u bilo kom mestu koje smatra prikladnim, radi sprovođenja usmene rasprave, ispitivanja svedoka, veštaka ili stranaka, savetovanja (većanja) arbitara, pregleda robe ili uvida u isprave.

Par. 1044

Početak arbitražnog postupka

Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni postupak o određenom sporu počinje na dan kad je tuženi primio zahtev kojim je spor podnet na rešavanje arbitražnom sudu. Zahtev mora da sadrži imena stranaka, podatke o predmetu spora, kao i podatak o postojanju sporazuma o arbitraži.

Par. 1045

Jezik arbitražnog postupka

- (1) Stranke mogu sporazumno odrediti jezik ili jezike na kojima će se voditi arbitražni postupak. Ako takvog sporazuma nema, o tome će odlučiti arbitražni sud. Ako drukčije nije određeno, jezik određen sporazumom stranaka ili odlukom arbitražnog suda prime-

njuje se na pismene izjave stranaka, usmenu raspravu, arbitražne odluke, druge odluke i ostala saopštenja arbitražnog suda.

- (2) Arbitražni sud može odrediti da se uz pismene dokaze mora priložiti prevod na jezik ili jezike koje su stranke sporazumno odredile ili koje je odredio arbitražni sud.

Par. 1046

Tužba i odgovor na tužbu

- (1) U roku koji su stranke sporazumno odredile ili koji je odredio arbitražni sud, tužilac podnosi tužbeni zahtev u kome navodi činjenice na kojima zasniva svoj zahtev, a tuženi odgovara na tužbu i izjašnjava se o činjenicama i tužbenom zahtevu. Uz tužbu odnosno odgovor na tužbu stranke mogu priložiti sve isprave koje smatraju značajnim ili naznačiti druga dokazna sredstva kojima žele da se služe.
- (2) Ako se stranke nisu drugačije sporazumele, svaka stranka može u toku arbitražnog postupka da izmeni ili dopuni tužbu ili sredstva kojima napada ili se brani, osim ako arbitražni sud odluči da se time odugovlači postupak bez opravdanog razloga. Odredbe st. 1 i 2 shodno se primenjuju na protivtužbu.

Par. 1047

Usmena rasprava i pismeni postupak

- (1) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud odlučuje da li treba održati usmenu raspravu ili postupak voditi na osnovu isprava i drugih pismenih dokumenata. Ako stranke nisu isključile usmenu raspravu, arbitražni sud će održati usmenu raspravu u odgovarajućem delu postupka, ukoliko to traži jedna od stranaka.
- (2) Stranke će biti blagovremeno obavestene o svakoj usmenoj raspravi i svakom sastanku arbitražnog suda koji se održava radi izvođenja dokaza.
- (3) Svi podnesci, isprave i druga saopštenja koje je arbitražnom sudu dostavila jedna stranka dostavljaju se drugoj stranci, a mišljenja veštaka i druga pismena dokazna sredstva na kojima arbitražni sud može zasnovati svoju odluku dostavljaju se obema strankama.

Par. 1048

Propuštanje

- (1) Ako tužilac propusti da podnese tužbu u skladu sa par. 1046 st. 1, arbitražni sud će obustaviti postupak.
- (2) Ako tuženi propusti da odgovori na tužbu u skladu sa par. 1046 st. 1, arbitražni sud će nastaviti postupak, pri čemu se ne smatra da ovo propuštanje znači priznavanje navoda i tvrdnji tužioca.
- (3) Ako jedna od stranaka ne dođe na usmenu raspravu ili ne podnese pismeni dokaz u utvrđenom roku, arbitražni sud može da nastavi postupak i donese odluku na osnovu saznanja kojima već raspolaže.

- (4) Ako arbitražni sud smatra da je do propuštanja došlo iz opravdanih razloga, takvo propuštanje se ne uzima u obzir. U svim ostalim slučajevima, stranke se mogu o posledicama propuštanja drukčije sporazumeti.

Par. 1049

Imenovanje veštaka od strane arbitražnog suda

- (1) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud može odrediti jednog ili više veštaka radi davanja stručnog mišljenja o pitanjima koja odredi arbitražni sud. Arbitražni sud može da naloži stranci da veštaku pruži sve potrebne informacije ili da mu preda sve potrebne isprave ili stvari ili da mu omogući pristup ispravama ili pregled stvari.
- (2) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, veštak je dužan da posle podnošenja pismenog ili usmenog stručnog mišljenja učestvuje u usmenoj raspravi, ako to zahteva jedna stranka ili tako odredi arbitražni sud. U toku rasprave stranke mogu veštaku da postavljaju pitanja ili da pozovu druge veštake da se izjasne o spornim pitanjima.
- (3) Na veštake koje je odredio arbitražni sud shodno se primenjuju odredbe par. 1036 i par. 1037 st. 1 i 2.

Par. 1050

Pomoć suda u izvođenju dokaza i druge sudske radnje

Arbitražni sud ili stranka uz saglasnost arbitražnog suda može od suda tražiti pomoć radi izvođenja dokaza ili preduzimanje drugih sudskih radnji za koje arbitražni sud nije ovlašćen. Sud će postupiti po zahtevu u skladu sa važećim procesnim pravilima o izvođenju dokaza ili preduzimanju drugih sudskih radnji, osim ako utvrdi da je zahtev nedopušten. Arbitri imaju pravo da učestvuju u sudskom izvođenju dokaza i da postavljaju pitanja.

Odeljak 6

Arbitražna odluka i okončanje postupka

Par. 1051

Merodavno pravo

- (1) Arbitražni sud odlučuje o sporu primenom pravnih pravila koje su stranke odredile merodavnim za sadržinu spora. Upućivanje na pravo ili pravni poređak određene države smatraće se neposrednim upućivanjem na materijalno pravo te države, a ne na njeno koliziono pravo, osim ako se stranke nisu izričito drukčije sporazumele.
- (2) Ako stranke nisu odredile merodavna pravna pravila, arbitražni sud će primeniti pravo države sa kojom predmet postupka ima najbližu vezu.
- (3) Arbitražni sud može doneti odluku na osnovu pravičnosti, samo ako su ga stranke na to izričito ovlastile. Ovlašćenje se može dati do donošenja odluke arbitražnog suda.

- (4) Arbitražni sud će uvek odlučivati u skladu sa odredbama ugovora i vodiće računa o postojećim trgovačkim običajima.

Par. 1052

Odluka arbitražnog veća

- (1) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, u arbitražnim postupcima u kojima ima više od jednog arbitra svaka odluka se donosi većinom glasova svih članova arbitražnog veća.
- (2) Ako jedan arbitar odbije da glasa, ostali arbitri mogu doneti odluku bez njegovog glasa, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumele. Strankama se prethodno saopštava da postoji namera da se glasa o arbitražnoj odluci bez arbitra koji je odbio da učestvuje u glasanju. Kada je reč o ostalim odlukama, stranke se naknadno obaveštavaju o odbijanju glasanja.
- (3) O pitanjima vezanim za postupak predsedavajući arbitar može sam doneti odluku, ako su ga stranke ili ostali članovi arbitražnog suda na to ovlastili.

Par. 1053

Poravnanje

- (1) Ako se stranke u toku arbitražnog postupka poravnaju o predmetu spora, arbitražni sud će okončati postupak. Na zahtev stranaka poravnanje se može zaključiti u formi arbitražne odluke o čijem tekstu su se stranke sporazumele (arbitražna odluka na osnovu poravnanja), osim ako je sadržina poravnanja suprotna javnom poretku.
- (2) Arbitražna odluka na osnovu poravnanja donosi se u skladu sa par. 1054 i mora se naznačiti da je reč o arbitražnoj odluci. Takva arbitražna odluka proizvodi isto dejstvo kao i svaka duga arbitražna odluka.
- (3) Ako je za punovažnost izjava volje stranaka neophodno sastavljanje isprave i overa od strane notara, smatra se da je ovaj uslov ispunjen prihvatanjem izjava stranaka u formi arbitražne odluke koja se donosi na osnovu poravnanja.
- (4) Arbitražna odluka na osnovu poravnanja može se, uz saglasnost stranaka, oglasiti izvršnom i od strane notara koji ima svoje sedište na teritoriji suda koji je na osnovu par. 1062 st. 1 i 2 nadležan za izvršenje. Notar će odbiti da odluku oglasi izvršnom, ako nisu ispunjeni uslovi iz st. 1 reč. 2 ovog člana.

Par. 1054

Forma i sadržina arbitražne odluke

- (1) Arbitražna odluka se donosi u pismenoj formi i mora biti potpisana od strane arbitra ili arbitara. U arbitražnim postupcima u kojima učestvuje više od jednog arbitra dovoljno je da odluku potpiše većina članova arbitražnog suda, pod uslovom da se navede razlog uskraćivanja potpisa.
- (2) Arbitražna odluka mora biti obrazložena, osim ako su stranke sporazumele da ne mora biti obrazložena ili

ako je u pitanju arbitražna odluka na osnovu poravnanja u smislu par. 1053.

- (3) U arbitražnoj odluci se navodi datum donošenja odluke i mesto arbitražnog postupka koje je određeno u skladu sa par. 1043 st. 1. Smatra se da je arbitražna odluka doneta na dan i u mestu koji su njoj navedeni.
- (4) Arbitražna odluka potpisana od strane arbitara dostavlja se strankama.

Par. 1055

Dejstvo arbitražne odluke

Arbitražna odluka ima dejstvo pravosnažne sudske presude u odnosu na stranke.

Par. 1056

Okončanje arbitražnog postupka

- (1) Arbitražni postupak se okončava donošenjem konačne arbitražne odluke ili rešenjem arbitražnog suda u smislu st. 2 ovog člana.
- (2) Arbitražni sud rešenjem utvrđuje da je arbitražni postupak okončan ako
 1. tužilac
 - a) propusti da podnese tužbu u smislu par. 1046 st. 1 i kada ne postoji slučaj iz par. 1048 st. 4, ili
 - b) povuče tužbu, osim ako se tuženi tome usprotivi, a arbitražni sud oceni da tuženi ima opravdani interes da se *done* konačna arbitražna odluka o sporu; ili
 2. stranke sporazumno odluče o okončanju postupka; ili
 3. stranke, i pored zahteva arbitražnog suda, ne vode arbitražni postupak ili je iz nekog drugog razloga nastavak arbitražnog postupka postao nemoguć.
- (3) Dužnost arbitara prestaje okončanjem arbitražnog postupka, izuzev u slučajevima predviđenim odredbama par. 1057 st. 2, par. 1058 i par. 1059 st. 4.

Par. 1057

Odluka o troškovima

- (1) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, arbitražni sud u arbitražnoj odluci odlučuje u kojoj srazmeri stranke snose troškove arbitražnog postupka, uključujući i troškove stranaka koji su bili neophodni za svrsishodno vođenje postupka. Arbitražni sud će doneti odluku nakon brižljive procene, uzimajući u obzir okolnosti pojedinačnog slučaja, posebno ishod postupka.
- (2) Čim utvrdi troškove arbitražnog postupka, arbitražni sud će odlučiti i u kom iznosu će ih stranke snositi. Ako nije utvrđen iznos troškova ili ako je to moguće utvrditi tek nakon okončanja arbitražnog postupka, arbitražni sud će o troškovima odlučiti posebnom arbitražnom odlukom.

Par. 1058

Ispravka, tumačenje i dopuna arbitražne odluke

- (1) Svaka stranka može tražiti od arbitražnog suda da
 1. ispravi tehničku, pisanu i štamparsku grešku ili grešku slične prirode u arbitražnoj odluci;
 2. da tumači određene delove arbitražne odluke;
 3. da donese dopunsku arbitražnu odluku o zahtevima iznetim u arbitražnom postupku o kojima nije odlučio u arbitražnoj odluci.
- (2) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, zahtev se mora podneti u roku od mesec dana od dana prijema arbitražne odluke.
- (3) Arbitražni sud treba da odluči o ispravci ili tumačenju arbitražne odluke u roku od mesec dana, a o dopuni arbitražne odluke u roku od dva meseca.
- (4) Arbitražni sud može ispraviti arbitražnu odluku i kada stranka nije podnela zahtev.
- (5) Odredbe par. 1054 primenjuju se na ispravku, tumačenje i dopunu arbitražne odluke.

Odeljak 7

Pravni lek protiv arbitražne odluke

Par. 1059

Zahtev za ukidanje

- (1) Protiv arbitražne odluke može se podneti samo zahtev za sudsko ukidanje u skladu sa odredbama st. 2 i 3 ovog člana.
- (2) Arbitražna odluka može biti ukinuta samo
 1. ako podnosilac zahteva osnovano tvrdi
 - a) da jedna od stranaka, koje su zaključile sporazum o arbitraži u skladu sa odredbama par. 1029 i par. 1031, nije imala sposobnost za zaključenje sporazuma o arbitraži po svom personalnom pravu ili da sporazum o arbitraži nije punovažan po pravu koje su stranke sporazumno odredile ili po nemačkom pravu, ako stranke nisu odredile drugo pravo; ili
 - b) da nije bio uredno obavešten o imenovanju arbitra ili o arbitražnom postupku ili da iz nekog drugog razloga nije mogao da upotrebljava pravna sredstva i iznosi svoje stavove ili
 - c) da je arbitražnom odlukom rešen spor koji nije obuhvaćen sporazumom o arbitraži ili arbitražnom klauzulom ili da arbitražna odluka sadrži odluke kojima se prekoračuju granice sporazuma o arbitraži; međutim, ako se deo arbitražne odluke, kojim je odlučeno o pitanjima koja su bila obuhvaćena arbitražnim postupkom, može odvojiti od dela odluke kojim je odlučeno o pitanjima koja njime nisu bila obuhvaćena, može se ukinuti samo taj deo arbitražne odluke; ili
 - d) da konstituisanje arbitražnog suda ili arbitražni postupak nije bio u skladu sa odredbama ove

knjige ili sa sporazumom stranaka, a to je imalo uticaja na arbitražnu odluku; ili

2. ako sud utvrdi da

a) po pravu Nemačke predmet spora nije arbitražnobilan ili

b) priznanje ili izvršenje arbitražne odluke vodi rezultatu koji je u suprotnosti sa javnim poretkom (*ordre public*).

(3) Ako se stranke nisu drukčije sporazumele, zahtev za ukidanje odluke mora biti dostavljen sudu u roku od tri meseca. Rok počinje da teče od dana kada je podnosilac zahteva primio arbitražnu odluku. Ako je podnet zahtev iz par. 1058, rok se produžava za najviše mesec dana od dana prijema odluke o ovom zahtevu. Zahtev za ukidanje arbitražne odluke ne može se isticati, ako je nemački sud arbitražnu odluku oglasio izvršnom.

(4) Ako je podnet zahtev za ukidanje, sud može prilikom odlučivanja o ukidanju arbitražne odluke da, na zahtev stranke, vrati predmet arbitražnom sudu, ukoliko oceni da je to prikladno.

(5) U slučaju sumnje, ukidanje arbitražne odluke ima za posledicu da u pogledu predmeta spora sporazum o arbitraži i dalje obavezuje stranke.

Odeljak 8

Pretpostavke za priznanje i izvršenje arbitražnih odluka

Par. 1060

Domaće arbitražne odluke

(1) Prinudno izvršenje se sprovodi kada se arbitražna odluka ogłosi izvršnom.

(2) Zahtev za oglašavanje odluke izvršnom odbija se i istovremeno se arbitražna odluka ukida, ako postoji neki od razloga za ukidanje iz par. 1059 st. 2. Razlozi za ukidanje se neće razmatrati, ako je u trenutku dostavljanja zahteva za oglašavanje arbitražne odluke izvršnom pravosnažno odbijen zahtev za ukidanje koji se oslanjao na te razloge. Razlozi za ukidanje iz par. 1059 st. 2 br. 1 neće se razmatrati ni kada su istekli rokovi iz par. 1059 st. 3, a suprotna strana nije podnela zahtev za ukidanje arbitražne odluke.

Par. 1061

Strane arbitražne odluke

(1) Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka uređeno je Konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka od 10. juna 1958. godine (BGBI. 1961 IIS. 121). Ne dira se u odredbe drugih međunarodnih ugovora o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka.

(2) Ako se odbije oglašavanje arbitražne odluke izvršnom, sud donosi odluku da se arbitražna odluka ne može izvršiti u Nemačkoj.

(3) Ako je arbitražna odluka ukinuta nakon što je oglašena izvršnom, može se tražiti ukidanje izvršnosti.

Odeljak 9

Sudski postupak

Par. 1062

Nadležnost

(1) Viši zemaljski sud koji je određen sporazumom o arbitraži ili na čijoj teritoriji se nalazi mesto arbitražnog postupka, nadležan je da odlučuje o zahtevima koji se odnose na

1. imenovanje arbitra (par. 1034, čl. 1035), izuzeće arbitra (čl. 1037) ili prestanak dužnosti arbitra (čl. 1038);

2. utvrđenje dopuštenosti ili nedopuštenosti arbitražnog postupka (par. 1032) ili na odluku arbitražnog suda u kojoj je potvrđena njegova nadležnost (par. 1040);

3. izvršenje, ukidanje ili izmenu odluke arbitražnog suda o privremenim ili zaštitnim merama (par. 1041);

4. ukidanje (čl. 1059) ili oglašavanje arbitražne odluke izvršnom (par. 1060 i sl.) ili ukidanje oglašavanja izvršnosti (par. 1061).

(2) Ako u slučajevima iz st. 1 br. 2 prva alternativa, br. 3 ili br. 4 mesto arbitraže nije u Nemačkoj, za odlučivanje je nadležan viši zemaljski sud na čijoj teritoriji protivnik podnosioca zahteva ima sedište ili uobičajeno boravište ili se nalazi njegova imovina ili stvar koja se arbitražnom tužbom traži ili na kojoj su određene privremene mere, odnosno alternativno je nadležan viši zemaljski sud u Berlinu (Kammergericht).

(3) U slučajevima iz par. 1025 st. 3 nadležan je viši zemaljski sud na čijoj teritoriji tužilac ili tuženi ima sedište ili uobičajeno boravište.

(4) Za pomoć u izvođenju dokaza i druge sudske radnje (čl. 1050) nadležan je osnovni sud na čijoj teritoriji treba preduzeti sudske radnje.

(5) Ako je u jednoj pokrajini osnovano više viših zemaljskih sudova, pokrajinska vlada može uredbom preneti nadležnost na jedan viši zemaljski sud ili na najviši zemaljski sud; pokrajinska vlada može uredbom preneti ovlašćenje na pokrajinsko ministarstvo pravde. Više pokrajina se može sporazumeti da se nadležnost jednog višeg zemaljskog suda prostire izvan granica pokrajina.

Par. 1063

Opšte odredbe

(1) Sud odlučuje rešenjem. Pre donošenja odluke saslušaće se suprotna strana.

(2) Sud će odrediti usmenu raspravu, ako je traženo ukidanje arbitražne odluke ili ako se prilikom odlučivanja o zahtevu za priznanje ili izvršenje razmatraju razlozi za ukidanje iz par. 1059 st. 2.

(3) Predsedavajući sudskog građanskog veća može, bez prethodnog saslušanja suprotne strane, odlučiti da podnosilac zahteva može do odluke o zahtevu tražiti

sprovođenje prinudnog izvršenja arbitražne odluke ili izvršenje privremenih ili zaštitnih mera arbitražnog suda u skladu sa par. 1041. Prinudno izvršenje arbitražne odluke se ne može sprovesti, ako postoje mere obezbeđenja. Protivnik predlagača može sprečiti prinudno izvršenje davanjem obezbeđenja u visini iznosa zbog kojeg je podnosilac zahteva tražio izvršenje.

- (4) Sve dok se ne odredi usmena rasprava, stranke mogu postavljati zahteve ili davati objašnjenja na zapisnik u sudskoj pisarnici.

Par. 1064

Posebности kod oglašavanja arbitražne odluke izvršnom

- (1) Uz zahtev za oglašavanje arbitražne odluke izvršnom dostavlja se arbitražna odluka ili njen overen prepis. Advokat koji je ovlašćen da učestvuje u sudskom postupku može izvršiti overu.
- (2) Rešenje, kojim je arbitražna odluka oglašena izvršnom, oglašava se privremeno izvršnim.
- (3) Odredbe st. 1 i 2 primenjuju se na strane arbitražne odluke, osim ako nešto drugo nije predviđeno međunarodnim ugovorima.

Par. 1065

Pravni lek

- (1) Protiv odluka navedenih u par. 1062 st. 1 br. 2 i 4 može se podneti žalba. Ostale odluke donete u postupcima iz par. 1062 ne mogu se osporavati.
- (2) Žalba se može podneti i ako su povređene odredbe međunarodnog ugovora. Odredbe par. 707, 717 shodno se primenjuju.

Odeljak 10

Vanugovorni arbitražni sudovi

Par. 1066

Shodna primena odredaba 10. knjige

Propisi ove knjige shodno se primenjuju na arbitraže koje su, na zakonom dopušten način, organizovane poslednjom voljom jednog lica (testamentom) ili na način koji se ne zasniva na sporazumu stranaka.

Rechtsanwalt Jens Bredow (Verfasser der Einführung)

Doz. Dr. Slavko Đorđević/ Rechtsanwalt Nikola Tica (Übersetzer)

Dokumente und Vorschriften:

Das 10. Buch der Zivilprozessordnung:

Das Schiedsverfahren

– Einführung

(Zusammenfassung)

Dieser Beitrag in der Rubrik "Vorschriften und Dokumente" enthält eine Übersetzung des im 10. Buch der deutschen Zivilprozessordnung geregelten deutschen Schiedsverfahrensrecht mit einer Einführung, die von Rechtsanwalt Jens Bredow, dem

Generalsekretär der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), verfasst wurde. Die Übersetzung wurde von Rechtsanwalt Nikola Tica, Belgrad, während einer von der IRZ unterstützten Hospitation bei der DIS vorbereitet und zusammen mit Doz. Dr. Slavko Djordjevic, Kragujevac, finalisiert.

Prikazi knjiga

Lazar Glišović*

Prikaz spomenice

"Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland: 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale Zusammenarbeit"

("Nemačka kao savetnik u reformi prava i pravosuđa u inostranstvu: 20 godina Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju")

Priredivači: Stefan Hülshörster/Dirk Mirow

Berlin, 2012, 466 strana

ISBN 978-3-8305-3125-8

Države tranzicije, poput država Zapadnog Balkana, prolazeći kroz fazu stabilizacije i priključivanja Evropskoj uniji suočene su, sve do jedne, sa izazovom harmonizacije celokupnog pravnog sistema s pravnim sistemom Evropske unije. Može se konstatovati da pomenuta grupa zemalja u tranziciji, kao i one u kojima je tranzicija završena, ali i one kojima tranzicija tek predstoji (poput zemalja tzv. "arapskog proleća") prouzrokuju svojevrstu renesansu recepcije prava. Značaj recepcije rimskog prava za stvaranje temelja evropskog kontinentalnog prava (Alan Votson, *Pravni transplanti, pristup uporednom pravu*. Beograd, 2010.), može se uporediti sa savremenim procesom ujednačavanja prava na evropskom tlu, ali i šire, uz primedbu da je osnovna razlika u odnosu na prvobitnu veliku recepciju, aktivna uloga i na strani emitenta.

Upravo Nemačka, tačnije nemačko pravo, koje se velikim delom temelji na rimskom pravu, danas "emituje" svoje pravne institute onim državama kojima nemačko pravo stoji kao uzor, tačnije primer kome se teži. Upravo je taj postupak pravnog savetovanja delatnost kojom se bavi Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju.

U godini u kojoj Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) slavi 20 godina postojanja, stručnoj javnosti je predstavljen Zbornik radova pod naslovom "Nemačka kao savetnik u reformi prava i pravosuđa u inostranstvu: 20 godina Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju."

* Autor je lokalni predstavnik IRZ fondacije u Beogradu.

U želji autora prikaza ovog Zbornika, da se izbegnu brojne floskule i opšta mesta karakteristična za predstavljanje knjiga, pokušaćemo da izbegnemo i sintagme poput one česte "ova je knjiga, po obimu mala, ali po značaju velika". Razlog tome leži u činjenici da ovoj knjizi takvi opisi nisu potrebni da bi nadomestili kakve njene nedostatke. Naravno, ona ima svojih dobrih i manje dobrih strana, tačnije stranica. Bez upuštanja u vrednovanje knjige, a tek naročito u iznošenje vrednosnih sudova o pojedinim radovima (što je nezahvalno kada se ima u vidu da je reč o zborniku radova, dakle o velikom broju različitih autora), predstojeći će redovi, koliko je to moguće, osvetliti deo sadržaja, u poznatom pravničkom, lapidarnom, stilu *claro et distincta*.

Naime, na više od četiristo pedeset stranica, autori (skoro pedeset eksperata i partnera na projektima IRZ-a iz Nemačke, ali i iz brojnih drugih država, kao i saradnika IRZ-a) raspravljaju o međunarodnoj pravnoj saradnji, kako uopšteno o fenomenu pravnih transplanata, tako i konkretno, navodeći primere reformi u partnerskim državama, iznoseći svoj lični stav, stečena iskustva, kao i izazove pravnog savetovanja.

S obzirom na brojnost članaka i obrađenih tema, nemoгуće je dati jedan sveobuhvatni opis ovog zbornika. Ipak, akcenat se može staviti na pojedine, konkretne primere pravnog savetovanja, tačnije reformi pojedinih oblasti pravnih sistema određenih država.

S početka dela, svojim uvodnim rečima, savezna ministarka pravosuđa, Sabine Lojthojsler-Šmarenberger (Sabine Leutheusser-Schmarrenberger) kao i bivši savezni ministar pravosuđa i svojevremeno spoljnih poslova, Klaus Kinkel (Klaus Kinkel), daju važne smernice ka postojećoj stručnoj literaturi iz oblasti međunarodnog pravnog savetovanja, ujedno navodeći značaj pravnih transplanata.

Ne treba pomisliti da se govori samo o pojedinim projektima, ili pak, o uopštenim pitanjima, poput članaka o ulozi advokata u pravnoj državi – Aksel A. Filages (Axel A. Filages, predsednik Savezne advokatske komore), o nastajanju građanskih zakonika – Rolf Kniper (Rolf Knieper) ili o poštovanju ljudskih prava u postupcima pred upravnim sudovima – Oto Malman (Otto Mallmann, predsednik Saveznog upravnog suda u penziji) već i o preduslovima međunarodnog pravnog savetovanja, kao i o modusima u kojima se pravno savetovanje sprovodi (bilateralna saradnja, twinning projekti i projekti Evropske unije).

U ovom Zborniku, prostora su našli i pojedini prilozi, koji uvažanim čitaocima *Nove pravne revije* mogu biti od naročitog značaja, imajući u vidu da govore upravo o delatnosti IRZ-a u regionu. Tu se ističe prilog Kaja Koklua (Kaya Köklü) i Matiasa Lampinga (Mathias Lamping), inače dvojice saradnika Maks Plank Instituta (Max Planck Institut) u Minhenu, o "usaglašenosti srpskog prava intelektualne svojine sa evropskim smernicama za njegovu primenu", zatim članak "Akademija za sudije i javne tužioce Republike Makedonije i saradnja sa IRZ-om" od direktorke ove Akademije, Anete Arnaudovske (Aneta Arnaudovska), i naposletku prilog Rainera Devila (Rainer Deville) i Inge Todrie (Inga Todria) o izboru sudija, koji se oslanja na iskustva iz brojnih projekata u državama bivše Jugoslavije.

U vezi sa navedenim državama, zapažen je stav Fridriha Kristijana Šredera (Friedrich Christian Schroeder) u prilogu "Međunarodno pravno savetovanje nakon sloma socijalizma u domenu pravne nauke", u kome navodi iznenađenje brojem mladih pravnika u BiH koji besprekorno vladaju nemačkim jezikom. Ovakvo zapažanje dobija još više na značaju imajući u vidu značaj višejezičnosti i prevođenja tzv. *pravnih tekovina EU (acquisa)* u procesu evropskih integracija u cilju harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država u regionu sa zakonodavstvom EU.

Većina radova pisana je na nemačkom jeziku, ipak mogu se naći i oni na engleskom. To su izveštaj Aleksandrua Olaru (Alexandru Olaru) "Activities of the Ministry of Justice in Collaboration with the German Foundation for International Legal Cooperation – IRZ" iz Rumunije, te članak "The Role of the Lawyer working with the European Convention on Human Rights in the Transformation Process Towards a State governed by the Rule of Law" kao i rad američkog profesora Džejsma R. Maksajnera (James R. Maxeiner) "Law – Made in Germany: Global Standort or Global Standard?" (NPR 1/2012 str. 72f.) Upravo ovaj rad karakteriše naročita posebnost imajući u vidu materiju koju raspravlja. Naime, autor pomenutog rada, američki profesor, inače vrsni poznavalac američkog, ali i nemačkog pravnog sistema, u svojevrsnoj komparativnoj analizi, navodi prednosti (pa čak i nadmoć) nemačkog pravnog sistema u odnosu na američki pravni sistem.

Summa summarum, ovo delo pruža detaljan uvid u pravne reforme brojnih država, dok uz to, čitaoci bivaju upućeni u stručnu delatnost IRZ-a, ali i u geografsko prisustvo, tačnije delovanje IRZ-a: Istočna i Jugoistočna Evropa, preko Azije (Turska, Kazahstan, Tadžikistan, Uzbekistan, Vijetnam) pa sve do Severne Amerike.

Najzad, ovo delo može služiti kao vodič, tačnije uput brojnim državnim funkcionerima i službenicima, da učeći iz iskustva drugih država, odnosno svojih kolega, na pravi način sprovedu reformu pravnog sistema. Poučeni dosadašnjim iskustvom da "čak i u slučajevima kada je izvršena formalno-pravna recepcija pravnodržavnih institucija zapadnoevropskog liberalnog tipa, njihovu sadržinu će još dugo karakterisati uporno zadržavanje i delovanje ustanova političke, partijske države kao antipoda pravnoj državi i(li) vladavini prava". (Jovica Trkulja, *Osnovi političkog sistema*, Beograd 2009. str. 155)

Lazar Glišović

Buchbesprechung

Stefan Hülshörster/Dirk Mirow (Hrsg.)

"Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland: 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale Zusammenarbeit"

Seiten: 466 Berlin, 2012,
ISBN 978-3-8305-3125-8

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält eine Besprechung der Festschrift zum 20. Jubiläum der IRZ.

Selena Tomović*

Međunarodno privatno pravo – Zbirka unutarnjih, evropskih i međunarodnih propisa

Autori: **Davor Babić i Christa Jessel Holst**

str. 1621, 2011 (Narodne novine, Zagreb)

ISBN: 978-953-234-157-7

Zbirka unutrašnjih, evropskih i međunarodnih propisa iz oblasti međunarodnog privatnog prava objavljena je 2011. godine u Zagrebu. Ovo izdanje je još jedno u nizu koje je podržano od strane Nemačkog društva za međunarodnu saradnju (GIZ) i Saveznog ministarstva za ekonomsku saradnju i razvoj Savezne Republike Nemačke (BMZ) u okviru projekta "Otvoreni regionalni centar za jugoistočnu Evropu – reforma pravosuđa". Zbirka sadrži unutrašnje propise zemalja jugoistočne Evrope i najvažnije evropske i međunarodne propise iz oblasti međunarodnog privatnog prava. Stvorena je sa ciljem da pravnu zajednicu zemalja jugoistočne Evrope snabde izvorima međunarodnog privatnog prava objedinjenim na jednom mestu.

Svi propisi u zbirci objavljeni su na dva jezika, hrvatskom i engleskom. Upravo zbog dvojezičnog pristupa ova zbirka ima veliki značaj, jer će domaćim pravnicima olakšati pristup propisima EU i drugim međunarodnim propisima koje primenjuju ili će uskoro početi da primenjuju. Prilikom prevođenja tekstova komunitarnih propisa autori su u nekoliko slučajeva i odstupili od zvaničnih verzija prevoda, objavljenih u službenim glasilima država, kako bi u nameri poboljšanja prevoda doprineli jasnoći i pravnoj sigurnosti.

Zbirka se sastoji iz tri dela. U prvom delu su sadržani zakoni međunarodnog privatnog prava koji važe na prostoru zemalja naslednica SFRJ. Pre svega, predložen je hrvatski Zakon o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima iz 1991. godine, zatim Zakon o međunarodnom privatnom pravu Republike Makedonije iz 2007. godine, a na kraju i Zakon o međunarodnom privatnom pravu i postupku Republike Slovenije iz 1999. godine. Zakoni drugih zemalja bivše Jugoslavije nisu deo ove zbirke, jer je na teritoriji SFRJ važio Zakon o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja, donet 1983. Ovaj zakon je nakon odvajanja republika ostao u neizmenjenom obliku na snazi u Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji. U slučaju Slovenije i Makedonije, ovaj zakon je značajno izmenjen, pa su stoga autori prikazali ZRSZ Republike Hrvatske kao predstavnika starog zakona i ova dva izmenjena propisa. Norme MPP-a kojima se regulišu pojedina pitanja i koje su deo drugih

posebnih zakona takođe su isključene iz ove zbirke, što ne možemo zameriti, jer će u najvećem broju slučajeva ti propisi biti derogirani nakon ulaska zemalja jugoistočne Evrope u EU.

Drugi deo zbirke sadrži izvore međunarodnog privatnog prava Evropske unije. Komunitarni propisi su objavljeni u celosti, uključujući i priloge koji se odnose na međunarodnu pravosudnu saradnju. Pre svega, objavljene su odredbe Ugovora o funkcionisanju EU koje se odnose na međunarodno privatno pravo. To su odredbe iz drugog dela Ugovora koje se odnose na zabranu diskriminacije i status građanina EU kao i odredbe koje se odnose na pravosudnu saradnju u građanskim stvarima, međunarodne ugovore i pravne akte EU. Kao sekundarni izvori EU objavljene su sve uredbe od značaja za međunarodno privatno pravo, kao i određene direktive i odluke. Takođe, autori su u Zbirku uneli i predlog Uredbe Rim V o nasleđivanju¹ i predlog Uredbe Rim III o razvodu i rastavi braka².

Prema tome, predstavljeni su sledeći sekundarni komunitarni akti:

- Uredba (EC) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Uredba Rim I),
- Uredba (EC) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Uredba Rim II),
- Uredba Saveta (EC) br. 44/2001 od 22. decembra 2001. o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Brisel I),
- Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 30. oktobra 2007. (Lugano konvencija),
- Uredba Saveta (EC) br. 2201/2003 od 27. novembra 2003. o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i postupcima o roditeljskoj odgovornosti (Uredba Brisel II-bis),
- Uredba Saveta (EC) br. 4/2009 od 18. decembra 2009. o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u stvarima vezanim za izdržavanje (Uredba o izdržavanju),
- Uredba Saveta (EC) br. 1346/2000 od 29. maja 2000. o stečajnim postupcima,
- Uredba Saveta (EC) br. 1206/2001 od 28. maja 2001. o saradnji između sudova država članica u izvođenju

¹ U međuvremenu, doneta je: Uredba EC br. 650/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 4. jula 2012. godine, o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u naslednopravnim stvarima i o uvođenju evropskog uverenja o nasleđivanju.

² Objavljena kao Uredba EC 1259/2010 Evropskog saveta od 20. decembra 2010. godine o uvođenju pojačane saradnje na području merodavnog prava za razvod i rastavu braka. U čl. 2. st. 1 ove uredbe je predviđeno da će od 21. juna 2012. godine početi da se primenjuje u 14 članica Evropske unije.

* Saradnica u nastavi na međunarodnopravnoj katedri na Pravnom fakultetu u Kragujevcu.

dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima (Uredba o izvođenju dokaza),

- Uredba (EC) br. 805/2004 Evropskog parlamenta i Saveta od 21. aprila 2004. kojom se uvodi evropski izvršni naslov za nesporne tužbe,
- Uredba (EC) br. 1896/2006 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2006. o uvođenju postupka za evropski platni nalog,
- Uredba (EC) br. 861/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. o uvođenju evropskog postupka za sporove male vrednosti,
- Uredba (EC) br. 1393/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 13. novembra 2007. o dostavi sudskih i vansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima u državama članicama (Uredba o dostavi),
- Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u naslednopravnim stvarima i o uvođenju Evropskog uverenja o nasleđivanju (Uredba Rim V) i
- Predlog Uredbe Saveta (EU) od 24. marta 2010. o uvođenju pojačane saradnje na području merodavnog prava za razvod i rastavu braka (Uredba Rim III).

Takođe unete su i:

- Direktiva Saveta 2003/8/EC od 27. januara 2003. o unapređenju pristupa pravosuđu u međunarodnim sporovima utvrđivanjem minimalnih zajedničkih pravila o pomoći u snošenju troškova postupka u takvim sporovima,
- Direktiva 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 21. maja 2008. o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima i
- Odluka Saveta od 28. maja 2001 o uspostavi Evropske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EC).

Treći deo zbirke posvećen je međunarodnim ugovorima. Pojedini međunarodni ugovori iz ove zbirke nisu potpisani od strane članica bivše SFRJ, ali zbog svog velikog značaja za međunarodno privatno pravo našli su mesto u ovoj zbirci. To su međunarodni ugovori koje bi države na ovim prostorima trebalo da potpišu i tako olakšaju međunarodnu saradnju u onim oblastima prava gde to još uvek nije slučaj. U ovom delu su predstavljene konvencije iz oblasti MPP-a, donete od strane Haške konferencije, i druge međunarodne konvencije koje su značajne za MPP.

Objavljene su sledeće Haške konvencije:

- Haška konvencija o merodavnom pravu za oblik testamentalnih raspolaganja (1961),
- Haška konvencija o merodavnom pravu za saobraćajne nesreće (1971),
- Haška konvencija o merodavnom pravu za odgovornost proizvođača (1973),
- Haška konvencija o građanskom postupku (1954),

- Haška konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava (1961),
- Haška konvencija o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim ili trgovačkim stvarima (1965),
- Haška konvencija o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima (1965),
- Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (1980),
- Haška konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (1980),
- Haška konvencija o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o merama za zaštitu dece (1996),
- Haška konvencija o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (1973),
- Haška konvencija o merodavnom pravu za zastupanje (1978),
- Haška konvencija o zaštiti dece i saradnji na području međunarodnog usvojenja dece (1993),
- Haška konvencija o sporazumima o izboru suda (2005) i
- Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (2007).

Ostale konvencije značajne za MPP:

- Konvencija UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka – Njujorška konvencija (1958),
- Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (1961),
- Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih zemalja – Vašingtonska konvencija (1965),
- Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe – Bečka konvencija (1980),
- Konvencija o zastarelosti u području međunarodne prodaje robe – Njujorška konvencija o zastarelosti (1974),
- UNIDROIT konvencija o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima (1995) i
- Konvencija Evropskog saveta o saznavanju stranog prava (1968).

Nakon što su zemlje bivše SFRJ potpisale sporazume o stabilizaciji i pridruživanju EU i krenule putem evropskih integracija, harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa propisima EU i izučavanje prava EU dobili su centralno mesto u reformskim procesima koji se odvijaju u ovim zemljama. Imajući u vidu da će, po dobijanju punopravnog članstva u EU, gorenavedene uredbe postati neposredni izvori prava u državama bivše SFRJ, Zbirka unutrašnjih, evropskih i međunarodnih propisa iz MPP biće od velike pomoći praktičarima, teoretičarima i studentima prava, jer će na jednom mestu moći da pronađu sve izvore MPP-a.

Selena Tomović

**Međunarodno privatno pravo,
Zbirka unutarnjih, europskih i
međunarodnih propisa
– Internationales Privatrecht,
Sammlung nationaler, europäischer
und internationaler Vorschriften**

Autoren: **Davor Babić und Christa Jessel Holst**,

Seiten: 1621, 2011 (Narodne novine, Zagreb)

ISBN: 978-953-234-157-7

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält eine Besprechung des 2011 in Zagreb erschienenen Werks des Autorenteam Davor Babić und Christa Jessel Holst, "Internationales Privatrecht, Sammlung nationaler europäischer und internationaler Vorschriften". Dieses umfangreiche Werk enthält in insgesamt drei Teilen die nationalen Vorschriften der Länder Südosteuropas (Teil I), sowie die wichtigsten europäischen (Teil II) und internationalen (Teil III) Vorschriften im Bereich des Internationalen Privatrechts in zwei Sprachen – Kroatisch und Englisch. Dieser zweisprachige Zugang macht dieses Werk sehr wertvoll, da es den einheimischen Rechtsanwendern den Zugang zu EU-rechtlichen und anderen internationalen Vorschriften, die diese bereits anwenden, oder sie in naher Zukunft anwenden werden, erleichtern wird. Bei der Übersetzung der europarechtlichen Vorschriften sind die Autoren teilweise von den offiziellen Übersetzungen, die in den Amtsblättern der einzelnen Länder erschienen sind, abgewichen um bestehende Unklarheiten in der Übersetzung zu beheben und so einem höheren Maß an Rechtssicherheit beizutragen.

Mag. sci. Vildana Vranj*

Crime and Transition in Central and Eastern Europe

(**Alenka Šelih, Aleš Završnik** Editors, Springer, 2012, 282 str.)

U uvodnoj raspravi o kretanju kriminaliteta i tranziciji u zemljama Centralne i Istočne Evrope urednici ove knjige prof. dr. Alenka Šelih i doc. dr. Aleš Završnik podsjetili su nas da je Czeslav Milosz, poljski nobelovac, 1959. godine objavio memoare o svojim studentskim danima. Memoari su bili naslovljeni: "Rodzinna Europa" – "The Native Realm" u standardnom engleskom prijevodu, ili više doslovno, "The native Europe". Kada je knjiga prevedena na francuski jezik, urednik francuskog izdanja sugerirao je da bi naslov trebao biti malo promijenjen u "L'autre Europe" – "The other Europe". Činilo se da se Istočna Evropa u potpunosti ne kvalificira kao "native". Mnogo godina je prošlo od tada i desile su se kolosalne

promjene kako u Evropi tako i u svijetu, ali ovaj posebni osjećaj da Centralna i Istočna Evropa nisu baš evropske još uvijek se povremeno javlja. Čini se da anegdota obuhvata "l'esprit de corps", stanje duha, kada je riječ o Centralnoj i Istočnoj Evropi: mješavinu nesigurnosti, egzotičnosti i manjak znanja koji prožima većinu rasprava o njoj. Ovakav doživljaj Centralne i Istočne Evrope prisutan je i u raspravama o kriminalitetu u državama koje se prostiru tim dijelovima našeg kontinenta.

Kretanje kriminaliteta, etiologija i fenomenologija kriminaliteta i njegovo suzbijanje u zemljama Centralne i Istočne Evrope bili su tema mnogih istraživanja, kako iz regije tako i sa Zapada. Vremenom, želja da se istraže problemi s kriminalitetom i kriminalnom politikom u posljednjih 20 godina u državama Centralne i Istočne Evrope bila je polazna tačka kolektivnog projekta i napora čiji je rezultat ova knjiga. Ideja o takvom projektu inicirana je od strane istraživača s Instituta za kriminologiju Pravnog fakulteta Univerziteta u Ljubljani (tokom 2009.), na kojem se kriminološka istraživanja provode već više od 50 godina. Jedna od urednica ove knjige, prof. dr. Alenka Šelih, okupila je istraživače iz država Centralne i Istočne Evrope. Uočeno je da se istraživanje treba provesti u državama koje su – barem u nekoj mjeri – imale slična historijska iskustva i zajedničko nasljeđe: Češka Republika, Mađarska i Poljska (u jednom dijelu svoje teritorije), zajedno sa Slovenijom i Hrvatskom bile su dijelovi Austro-Ugarske monarhije tokom dužeg perioda, dok su Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Slovenija i Srbija bile sastavni dijelovi nekadašnje Jugoslavije. Pored očigledne činjenice da je riječ o socijalističkim državama, mnoge od ovih država dijelile su sličnu kulturu i sistem vrijednosti, uz jake historijske i geografske veze.¹

Glavna ideja projekta bila je što potpunije predstaviti kretanje kriminaliteta u proteklih 20 godina – onako kako ih zapažamo i procjenjujemo danas; osvijetliti posebne izazove u vezi s kriminalitetom i kontrolom kriminaliteta u socijalističkom sistemu i kako se oni transformiraju buđenjem političkih promjena. S tim u vezi, projektni tim se složio da bi se odabrane teme trebale odnositi na: određene komponente kriminalne politike na koje su se promjene snažno odrazile (npr. uloga politike ili medija); one segmente sistema kontrole kriminaliteta koji su direktno iskusili velike institucionalne i operativne promjene (nadzor, policijsko djelovanje, kaznena politika); i, na kraju, ona krivična djela koja su pobudila posebnu brigu tokom posljednjih 20 godina (npr. ekonomski i organizirani kriminalitet, korupcija, trgovina ljudima, maloljetnička delinkvencija). U ovoj knjizi, ova pitanja su analizirana na dva nivoa: davanjem opšteg pregleda u državama Centralne i Istočne Evrope, a potom njihova

¹ Odlučeno je da nekadašnja Istočna Njemačka ne treba biti uključena u projekat jer se njena transformacija nakon 1989. u potpunosti razlikovala od one u ostalim bivšim socijalističkim državama.

* Viša asistentica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

sveobuhvatna analiza u određenoj zemlji. Kao prolog ovim analizama posebnih problema, komparativno poglavlje bavi se isključivo problemima kriminaliteta u ovim državama u cjelini.

Knjiga je sastavljena kako slijedi: uvodno poglavlje o problemima kriminaliteta u državama Centralne i Istočne Evrope iz komparativne perspektive, popraćeno studijama slučaja koje se bave posebnim izazovima kriminaliteta i kontrole kriminaliteta koji su identificirani kao tipični za regiju centralne i istočne Evrope u postsocijalističkoj tranziciji (dio I); uticaj medija na percepciju kriminaliteta, širenje straha od kriminaliteta i politizacija kriminaliteta (dio II); nadzor, policijsko djelovanje i kaznena politika (dio III); organizirani i ekonomski kriminalitet, korupcija, trgovina ljudima i maloljetnička delinkvencija (dio IV); i konačno, teoretsko poglavlje o tome šta tranzicija znači u političkom i filozofskom smislu (dio V). Autori priloga su: Alenka Šelih, Aleš Završnik, Primož Gorkič i Zoran Kanduč (Slovenija); Anna Kossowska, Konrad Buczkowski, Witold Klaus, Irena Rzeplinska i Dagmara Wozniakovska-Fajstiz (iz Poljske); Martin Cejp i Miroslav Scheinost (Češka Republika); Miklos Levay (Mađarska); Velinka Grozdanić i Igor Martinović (iz Hrvatske); Vesna Nikolić Ristanović (Srbija), te Hajrija Sijerčić-Čolić (Bosna i Hercegovina).

Prvi dio nosi naziv: "Promjene u kriminalitetu i kontroli kriminaliteta" (*Changes in Crime and Crime Control*) i obuhvata poglavlje pod naslovom: "Kriminalitet i kontrola kriminaliteta u tranzicijskim državama" (*Crime and Crime Control in Transition Countries*) autorice Alenke Šelih. Ovo poglavlje odnosi se na pojavu i forme tranzicija te posljedice i promjene koje su one donijele u pogledu fenomena kriminaliteta, u 20. i početkom 21. vijeka na području Centralne i Istočne Evrope. U tom smislu, spominju se tranzicije nakon Prvog svjetskog rata raspadom Austro-Ugarske monarhije, zatim promjene nakon Drugog svjetskog rata (uspostavljanje Savezne Republike Njemačke i Italije), te tranzicija šezdesetih i sedamdesetih godina u Grčkoj, Španiji i Portugalu. Kao najdublje tranzicije autorica cijeni tranzicije iz socijalizma u kapitalizam od 1989. godine. Posebno naglašava razlike između pojedinih država, te s obzirom na sve transformacije koje su pojedine države pretrpjele, autorica se posebno osvrće na one koje su direktno uticale na kriminalitet, kriminalnu politiku i kontrolu kriminaliteta. Pored toga što se bavi fenomenom kriminaliteta, navela je i niz drugih političkih promjena i posljedica koje su te promjene prouzrokovale, dajući posebnu pažnju ulozi političara i medija u tom periodu. Također, autorica u ovom dijelu posebnu pažnju posvećuje pravnom okviru i konstatuje da su učinjene velike promjene u oblasti krivičnog prava (na zakonodavnom planu i u praksi) tako što su redefinjirana krivična djela i reformisan krivični postupak. Sve te promjene nastale su zbog niza uzroka koji sa sobom nose tako duboki procesi tranzicije. U zaključku svojih izlaganja autorica se pita koliko represivna ili koliko humana kriminalna politika će se voditi u budućnosti u zemljama Centralne i Istočne

Evrope s obzirom na val humanizacije i zaštite ljudskih prava u krivičnopravnim sistema dosada. Ili, kakav će biti odnos efikasnosti krivičnopravnog sistema kroz represivnu kriminalnu politiku i zaštitu ljudskih prava koja je dosada ostvarena.

U drugom dijelu pod naslovom: "Politika, mediji i strah od kriminaliteta" (*Politics, Media, and Fear of Crime*) grupa autora Anna Kossowska, Konrad Buczkowski, Witold Klaus, Irena Rzeplinska i Dagmara Wozniakovska-Fajstiz obradili su temu: "Političari, mediji i društvena percepcija kriminaliteta" (*Politicians, Media, and Society's Perception of Crime*). U ovom poglavlju autori obrađuju tri međusobno povezana fenomena kao produkta opće liberalizacije i komercijalizacije medija. Riječ je o fenomenu straha od kriminaliteta, kriminalnoj politici kao političkom pitanju i uticaju medija na javnu percepciju kriminaliteta. Kako su to i autori dobro prepoznali, kriminalitet je neiscrpna i višenamjenska medijska tema koja se koristi kao moćno sredstvo u rukama politike. Autori su dali detaljni pregled uticaja medija na percepciju o kriminalitetu i straha od kriminaliteta u Poljskoj. Ovakvo "korištenje" fenomena kriminaliteta u velikoj mjeri je uticalo na poimanje nacionalne kriminalne politike.

Treći dio nosi naslov "Nadzor, aktivnosti policije i kaznena politika" (*Surveillance, Policing and Penal Policy*). U prvom poglavlju obrađena je tema pod naslovom: "Transformacija nadzora: od nacionalne (državne) sigurnosti do privatne sigurnosne industrije" (*Transformations of Surveillance: From National Security to Private Security Industry*). Autor Aleš Završnik, nove tehnološki unaprijeđene prakse nadzora smješta u socijalni i ekonomski nemir postsocijalističke tranzicije. Tehnologije nadzora se shvataju kao provođenje "politike drugim sredstvima" i kao društveno ugrađeni fenomeni. Njihova transformacija povezana je sa socijalnim, političkim, ekonomskim i kulturološkim promjenama u regiji, od kojih su neke označene kao odlučujuće za evoluciju nadzora, naročito privatizacija i denacionalizacija nekadašnjeg "zajedničkog" vlasništva, tranzicija ka kapitalističkoj i ekonomiji slobodnog tržišta i evropske integracije. Završnik prezentira neke od najznačajnijih smjena u praksama nadzora u regiji, tj. promjene u širem nadzoru gdje fokus više nije na prevenciji emigracije građana nego na reguliranju ilegalne imigracije, i nastavlja ilustrirajući cvjetanje multi i interdisciplinarnih "studija nadzora" koje su ipak propustile uzeti u obzir dešavanja u regiji centralne i istočne Evrope. Poglavlje nastoji popuniti prazninu prezentirajući neke ekvivalente studijama nadzora elaborirane u teorijama društvene kontrole koje su razvijene u regiji centralne i istočne Evrope, a potom daje kratak historijski pregled nadzora u regiji. Autor podsjeća kako je socijalistički nadzor bio fokusiran na radno intenzivan nadzor policije provoden u ime zaštite nacionalne sigurnosti, i nastavlja raspravljajući o važnoj ulozi koju je policija – centralni subjekt nadzora u socijalističkom periodu – imala u balkanskom ratu.

Transformacija policijskih snaga – primarnih agenata društvene kontrole u “totalitarnim” režimima – bila je centralni zadatak s kojim su se države Centralne i Istočne Evrope suočile prilikom tranzicije iz socijalizma. O tome u četvrtom poglavlju piše Primož Gorkič u radu pod naslovom: “Policijsko nadgledanje i djelovanje i organizirani kriminalitet: paradoks tranzicije?” (*Policing Organised Crime: A Paradox of Transition?*). Autor naglašava trend ponovnog uspostavljanja policijskih snaga u skladu s idealima “demokratskog policijskog djelovanja”, idealima poput služenja građanskom društvu, transparentnosti, pouzdanosti, menadžmenta integriteta, relativne autonomije i profesionalizma. Države Centralne i Istočne Evrope bile su pod pritiskom da zadovolje pragove koje su postavile “razvijene demokratije” u isto vrijeme kada je policijsko djelovanje u “starim demokratijama” počelo isticati u prvi plan “efikasnost” i “djelotvornost” u borbi protiv organiziranog kriminaliteta. Gorkič tvrdi da su nove politike i protokoli učinili kršenja ljudskih prava i principa vladavine prava više mogućim. Države Centralne i Istočne Evrope su tako slijedile primjer uspostavljajući nove organizacijske mjere za borbu protiv organiziranog kriminaliteta i obezbjeđujući specijalna, prikriivena istražna ovlaštenja. Ironično, isti metodi i ovlaštenja koji se sada koriste u borbi protiv organiziranog kriminaliteta u velikoj mjeri liče na metode korištene za održavanje bivših “totalitarnih” socijalističkih režima. Gorkič fokusira svoju analizu na metode policijskog djelovanja u borbi protiv organiziranog kriminaliteta, koordinaciju nadležnih i specijalizovanih policijskih agencija, oduzimanje imovine i posebne (prikriivene) istražne metode. Nakon općeg prikaza policijskih reformi u izabranim državama Centralne i Istočne Evrope i detaljne analize novih organizacijskih mjera za borbu protiv organiziranog kriminaliteta i novih istražnih ovlaštenja koje su države Centralne i Istočne Evrope morale usvojiti kako bi se pridružile EU, autor zaključuje da je državama u tranziciji zajedničko usvajanje (ili prije zadržavanje) metoda zbog kojih je u socijalističkim režimima postojao strah i nesklonost prema policiji. Peto poglavlje u okviru trećeg dijela posvećeno je temi: “Kaznena politika, kriminalitet i političke promjene” (*Penal Policy, Crime and Political Change*), a autor je Miklos Levay. U ovom dijelu autor analizira “kretanje” kaznene politike u državama Centralne i Istočne Evrope u periodu tranzicije. Evidentne su oscilacije u kaznenoj politici, a usljed velikih političkih i socijalnih promjena, kaznena politika je ostala “redukcionistička” s opadanjem zatvorske stope. Nove vlasti su humanizirale i racionalizirale rigorozne koncepte kaznene politike, u kojima je tokom socijalističkih režima centralnu ulogu imalo zatvaranje, fokusirajući se na zaštitu ljudskih prava. Ipak, od početka 21. vijeka stvari se mijenjaju; autor konstatuje i analizira razloge ovakvih promjena navodeći da, iako se stopa kriminaliteta stabilizirala, kaznena politika je postala strožija i evidentan je porast zatvorske populacije. Konstatuje prisutnost fenomena “vladanje kroz kriminalitet” i kazneni populizam

novih vlada, te jasno postulira da to nije “nasljeđe socijalističke prošlosti”. Politički sistem fundamentalno određuje karakteristike kaznene politike i posljednja dešavanja na tom području ukazuju da je reakcija na kriminalitet postala značajno političko pitanje ne samo u Mađarskoj, nego i u drugim državama Centralne i Istočne Evrope.

Četvrti dio nosi naslov “Nove vrste kriminaliteta” (*Emerging Types of Crime*) u kojem se nalaze četiri poglavlja o: organiziranom i ekonomskom kriminalitetu (poglavlje šest), korupciji (poglavlje sedam), trgovini ljudima (poglavlje osam) i maloljetničkoj delinkvenciji (poglavlje devet). Šesto poglavlje, čiji su autori Martin Cejp i Miroslav Scheinost, odnosi se na “Organizirani i ekonomski kriminalitet: zajednički problem” (*Organized and Economic Crime: A Common Problem*). Ovi autori organizirani i ekonomski kriminalitet nazivaju “zajedničkim problemom” zemalja Centralne i Istočne Evrope. Iako je postojao i u starim režimima, ovi oblici kriminaliteta su u posljednjih 20 godina dosegli velike razmjere. Procesi koji su u razvijenim kapitalističkim društvima trajali decenijama ili vijekovima, na ovim područjima odvijali su se unutar 20 godina (prebrza privatizacija državnog vlasništva, redistribucija, nova akumulacija kapitala i “požurena uspostava tržišne ekonomije”). Nedostatak adekvatnog pravnog i institucionalnog okvira bilo je pogodno tlo za razvoj organiziranog i ekonomskog kriminaliteta, kao što je trgovina drogom, ljudima, ukradenim automobilima i sl. Nakon općeg izlaganja o ovim vrstama kriminaliteta, autori su se posebno osvrnuli na stanje u Češkoj Republici. Na kraju zauzimaju pesimističan stav o budućem razvoju ove situacije izražavajući bojazan da tekuća ekonomska kriza može dovesti i do pogoršanja. Sedmo poglavlje posvećeno je sljedećoj temi: “Korupcija kao metafora za društva u tranziciji” (*Corruption as a Metaphor for Societies in Transition*), autora Velinke Grozdanić i Igora Martinovića. U ovom poglavlju autori polaze od pitanja zašto korupcija ima posebno mjesto u kriminalitetu tranzicijskih država. Odgovor na ovo pitanje pokušali su naći analizirajući nedostatke postsocijalističkih društava: manjak demokratskih tradicija, raspad starih institucija i vrijednosti, kao i razvoj ekonomije zadnjih 20 godina. Brzo prihvatanje i uvođenje novih instituta pod posebnim uticajem “evropskih država” također navode kao uzrok tome. Nakon općeg prikaza stanja korupcije definirajući karakteristike korupcije u Češkoj Republici, Mađarskoj, Poljskoj (i također Slovačkoj), a potom u državama bivše Jugoslavije, autori posebno analiziraju korupciju u Hrvatskoj, dajući veoma kritičku sliku o postojećem stanju. Ukazuju na državne aktivnosti u toj sferi, te da se u borbi protiv korupcije već ostvaruju određene pravne i infrastrukturne pretpostavke. Autori navode da tome svjedoče i posljednja dešavanja u Hrvatskoj, posebno sudski postupci protiv bivšeg premijera. Osmo poglavlje naslovljeno je “Trgovina ljudima između profita i preživljavanja” (*Human Trafficking Between Profit and*

Survival), a autorica je Vesna Nikolić-Ristanović. Ona polazi od uzroka ekspanzije ove vrste kriminaliteta. Velike društvene promjene, ratovi, opća nesigurnost, kombinovani s geografskim položajem država Centralne i Istočne Evrope, uzroci su koji su pogodovali pojavi i širenju trgovine ljudima u ovim zemljama. U svojoj analizi autorica problem posmatra s kriminološkog, a ne viktimološkog gledišta. Dala je prikaz problema trgovine ljudima u cjelini, navodeći između ostalog podatak da su trgovci ljudima još uvijek većinom muškarci, ali da među njima ima i žena; navela je šokantan podatak da se, u slučajevima trgovine djecom, roditelji žrtava često javljaju kao počinitelji. Što se tiče uloge trgovaca, autorica pravi razliku između organizatora/investitora, trgovaca na srednjem menadžerskom nivou i amatera na niskom nivou aktivnosti. Nakon pružanja regionalnog pregleda, autorica se osvrće na situaciju u Srbiji, koju je njena geografska pozicija učinila tipičnom tranzitnom državom. Autorica daje detaljan pregled ovog problema u Srbiji: analizirane su forme u kojima se pojavljuje trgovina ljudima; posebna pažnja posvećena je počiniteljima i njihovom kriminalnom ponašanju, kao i vođenju krivičnih postupak protiv njih. "Maloljetnička delinkvencija i maloljetničko pravosuđe u tranziciji" (*Juvenile Delinquency and Juvenile Justice in Transition*) tema je devetog poglavlja, autorice Hajrije Sijerčić-Čolić. Autorica se osvrnula na kompleksne društvene promjene u zemljama Centralne i Istočne Evrope koje su uticale na stanje maloljetničke delinkvencije na tim prostorima. Konstatuje da su proturječne procjene promjena u pogledu maloljetničke delinkvencije tokom posljednjih decenija i socijalni i ekonomski prevrat u regiji često vodili autore ka simplificiranim zaključcima o porastu maloljetničke delinkvencije i navodnom "kaznenom okretu" u sistemima maloljetničkog sudstva u regiji. Naprotiv, u ovim državama, broj krivičnih djela koje čine maloljetnici je u padu. Stoga, dramatične ekspanzije maloljetničke delinkvencije, osim 1990-ih godina prošlog vijeka, nije bilo, niti je ona do danas dostigla nivo koji imaju zemlje Zapadne Evrope. Ipak, debate u regiji fokusiraju se na druga važna pitanja vezana za maloljetničku delinkvenciju: recidivizam, veliku vjerovatnoću da će maloljetnici koji su ranije u životu započeli kriminalne aktivnosti nastaviti s istim i u kasnijoj životnoj dobi, činjenje krivičnih djela u grupama i izvršenje izrazito nasilnih krivičnih djela. Autorica smatra da ti događaji bude dilemu: da li treba slijediti koncept koji je "pravno i kulturno nasljeđe" država Centralne i Istočne Evrope ili represivnije djelovati na maloljetničku delinkvenciju. U traženju odgovora, ukazuje na jedan aspekt koji zaslužuje posebnu pažnju – dob maloljetnih delinkvenata u vezi s primjenom maloljetničkog prava. Vrijedno je pažnje da je u svim državama Centralne i Istočne Evrope dobna granica značajno niska: u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Mađarskoj, Sloveniji i Srbiji maloljetničko pravo se ne primjenjuje na djecu koja su u vrijeme izvršenja krivičnog djela imala manje od 14 godina (ili 15 u Češkoj Republici,

odnosno 13 u Poljskoj). Iako je ovo simboličan indikator orijentacije sistema maloljetničkog pravosuđa, on ipak otkriva kako je "najbolji interes djeteta" bio zajednička odlika svih država Centralne i Istočne Evrope koje su nastojale sačuvati i unaprijediti poseban pristup prema maloljetnicima; pristup baziran na pružanju pomoći, ohrabrenju, rehabilitaciji, reintegraciji u društvo i restrikciji kaznenih mjera, proširujući upotrebu alternativnih mjera i restorativne pravde.

U posljednjem petom dijelu pod naslovom "Dekonstrukcija tranzicije(a)" (*Deconstructing Transition(s)*) nalazi se deseto poglavlje autora Zorana Kanduča pod nazivom: "Kriminalitet, kontrola klasa, strukturalno nasilje i društvene formacije 'u tranziciji'" (*Crime, Class Control, Structural Violence and Social Formations "In Transition"*). Baveći se ovom temom, autor obrađuje pitanje da li su koristi i štete tranzicije iz socijalizma u kapitalizam *summa summarum* vodile ka progresivnom koraku naprijed ili su zapravo konstituirale historijsku regresiju. Stav autora je da odgovor na ovo pitanje zavisi od poimanja nekoliko termina: "progres", "tranzicija", "postmodernizacija", pitajući se na kraju kako su duboke promjene koje se mogu vidjeti u regiji uistinu bile pod utjecajem kriminaliteta. Vodeći kritičke rasprave o navedenim pitanjima, u zadnjem dijelu svoga izlaganja autor se fokusira na razvoj kriminaliteta u regiji u kojem markira određene aktivnosti: prevarne, koruptivne i predatorske, koje većina prihvata kao manje-više normalnim načinima bogaćenja. Ono što je još specifično za postsocijalističku tranziciju jeste širenje "tradicionalnih" kategorija kriminalaca kroz raznoliku grupu počinitelja krivičnih djela koji zauzimaju najviše pozicije u državnom aparatu, privatnim firmama i organizacijama "građanskog" društva, čiji članovi uključuju prve ministre, sudije, javne tužioce i advokate. Raspravu na istu temu autor dalje nastavlja objašnjavajući da je u posttranzicijskom mentalitetu normalna motivacija za izvršenje krivičnog djela koja je dobro usklađena sa sve više prisutnom željom sticanja novca na lak način. Na ovakav kritički način autor ispituje temelje država Centralne i Istočne Evrope, a prvenstveno temelje demokratija "prvog svijeta" koje su ove zemlje i vodile kroz sve njihove promjene.

Zaključujući ovaj prikaz želimo istaknuti da su ovom knjigom ostvareni zadaci koji su urednici zajedno s autorskim timom imali u vidu: analizirati specifične oblike kriminaliteta država u tranziciji, njihove međusobne veze, trendove, perspektive, analizirati kriminalnu politiku i politiku kontrole kriminaliteta. Kako u svom predgovoru navodi Katja Franko Aas,² ova pronicljiva knjiga jeste "priča" o tzv. "drugoj Evropi", ali ne iz krugova "stare Evrope" i ostatka Zapada. Tim glasovima, dobronamjernim i zainteresiranim kao što možda i jesu, često je nedostajalo

² Katja Franko Aas je profesor kriminologije na Odsjeku za kriminologiju i sociologiju prava na Univerzitetu u Oslu, Norveška.

“lokalno znanje” i nijanse i nisu bili u mogućnosti da vide “drugu Evropu” u njenim raznovrsnostima, složenostima i bogatstvima. Niti su ove opservacije bile oslobođene predrasuda o toj “drugoj Evropi”, njenoj jadnoj prošlosti i prikladnim pravcima njene budućnosti. Zato je, kako dalje ističe Katja Franko Aas, ova knjiga marljiv pokušaj da se ispravi ta neravnoteža i da se osigura ne samo *snažniji pluralizam kriminoloških glasova* već i *raznovrsnost melodija koje se sviraju*.

Mag. Sci. Vildana Vranj

Crime and Transition in Central and Eastern Europe

Alenka Šelih, Aleš Završnik (Editors) Springer, 2012, ISBN: 978-1-4614-3517-4, 282 str.

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält die Besprechung des dieses Jahr in englischer Sprache erschienenen Buches “Crime and Transition in Central and Eastern Europe”. Das gemeinsame Ziel der Herausgeber und des internationalen Autorenteam war es die spezifischen Formen der Kriminalität in Transformationsländern, ihre gegenseitigen Verbindungen, Trends und Perspektiven sowie die Kriminalpolitik und die Politik der Kriminalitätskontrolle zu analysieren. Das Werk, das von dem “anderen Europa” berichtet, ist auch ein Versuch, die Vorurteile, die sich hauptsächlich auf einem Mangel an Wissen und Verständnis über lokale Entwicklungen gründen, abzubauen.

Prof. dr. Mladen Vukčević*

Prikaz knjige: Bosa Nenadić, “O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova – sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije”

izdavač Službeni glasnik, Beograd, 2012.

Od vremena prvih suđenja na narodnim zborovima i pred narodnim pametarima, preko uspostave suda kao stalne institucije i sve do dana današnjeg, traje i težnja da se obezbijedi nezavisnost sudstva. U hodu istorije prava traže se odgovori na pitanje kako istinski ostvariti Aristotelovu zamisao da – ići sudiji znači ići pravdi. U tim traženjima neupitan je cilj – nezavisnost sudstva, ali se uvijek i na nov način otvara pitanje njegovih jemstava koja su uvijek oblikovana društvenim i pravnim kontekstom u kome se propisuju i ostvaruju. I zato na izmaku XIX vijeka jedan od klasika srpske pravne književnosti Dimitrije

Matić u svom pristupnom predavanju iz 1898. g. kaže: “Pitanje o nezavisnosti sudskoj jeste, može se reći, jedno od onih pitanja javnog prava o kome se više ne diskutuje (...) Primedbu treba učiniti stoga što u pogledu sredstava koja se mogu smatrati kao najpodesnija da se nezavisnost sudova ujemči, ne vlada uvek potpuna saglasnost”.

Dakle, i prije jednog vijeka ukazano je na nespornost ovog ustavnog principa, ali i na problem obezbjeđivanja njegovih jemstava. Zato i imamo mali broj radova i autora koji obrađuju ovu temu, jer, tom složenom zadatku mogu odgovoriti samo najpozvaniji, oni koji poznaju njegove teorijske i praktične aspekte. Jedna od njih je i Bosa Nenadić, koja to čini znalački i cjelovito, na 184 stranice, razvrstane u pet glava ove knjige.

Pišući stilom koji odlikuje jasna rečenica i logični red u saopštavanju osnovne misli ona uspijeva izbjeći zamku brojnih digresija kojima su ustavni pravници često skloni. Istovremeno, takvo izlaganje materije čitaoca podstiče na razmišljanje, u duhu Monteskejevog iskaza da svrha pisanja nije samo da se “svijet natjera da čita, već i da misli”.

Jemstva nezavisnosti od posebnog su značaja i za rad ustavnih sudova, jer, oni su sudovi *sui generis* i odlučuju o predmetima koji često imaju političku obojenost. Iz tih razloga su na osjetljivom zadatku da odvoje pravno od političkog, da u isto doba iskažu uzdržanost ili sudski aktivizam i ostvare ulogu “negativnog zakonodavca”, odnosno “koustavotvorca”.

U prvoj glavi, u okviru uvodnih razmatranja, daje se opšti osvrt na nezavisnost ustavnih sudova ukazujući na odnos između normativne uređenosti i problema njenog ostvarivanja u realnosti. Problemi ostvarivanja detektovani su u više oblika (odlaganje predmeta, propuštanje da se reaguje na kršenja ustava od strane političkih elita i sl.) i za krajnju rezultantu imaju postojanje “ustavnog stražara na papiru”. Sastavni dio čini obrada ovog problema u tranzicijskim zemljama gdje se problemi nezavisnosti ustavnog suda javljaju i izoštravaju na poseban način. Misija ustavnog suda u tim zemljama je više od tradicionalne, budući da je on važan činilac u rješavanju državotvorno i politički konfliktnih stanja, od izbornih sporova i zabrana rada političkih stranaka pa do privatizacija. Sve je to uslov prelaska u društvo vladavine prava, a to može činiti samo istinski nezavisan sud.

Predmet naredne cjeline su pravni izvori jemstava nezavisnosti ustavnog suda (unutrašnji i međunarodni). Autorka predočava katalog jemstava, a koristeći istorijsko-pravni i uporednopravni metod ukazuje na otvorena pitanja normativne nedorečenosti važećih rješenja i probleme koje ona otvaraju u praksi, kao i potrebu da se u tom svjetlu implementiraju međunarodni dokumenti, a posebno tri značajna dokumenta Komisije za demokratiju putem prava (“Venecijanska komisija”) usvojeni u periodu 1997–2007 (Sastav ustavnih sudova (1997); Vodič kroz ustavno sudstvo (2007); Studija o individualnom (neposrednom) pristupu ustavnom sudstvu (2007).

* Pravni fakultet Univerziteta “Mediteran”, u Podgorici.

Uvažavajući da jemstva nezavisnosti ustavnog suda imaju za pretpostavku njegov odnos prema drugim organima i tijelima u posebnoj glavi obrađuje se, kako kaže autorka, "naročitost" ustavnog suda. To se čini u kontekstu djelotvornosti rada suda, koja se u krajnjoj rezultanti potvrđuje u sprovođenju njegovih odluka.

Autorka obrađuje i odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda Srbije i činjenicu da je i sudska vlast po, po prvi put, realno podvrgnuta kontroli ustavnosti i to putem instituta ustavne žalbe. Osjetljivost odnosa Vrhovnog i Ustavnog suda uvidjeli smo nedavno i u crnogorskom iskustvu, gdje su se čula suprotstavljena mišljenja o ovom pitanju, pa će knjiga biti od koristi svima koji pojednostavljeno ili nepotpuno sagledavaju ovaj problem. Jezgrovito to kaže autorka ove knjige riječima da Ustavni sud u svom djelovanju po ustavnoj žalbi mora poštovati samostalnost i nezavisnost sudske vlasti, pokazujući svoju uzdržanost, pa i oprez u kasiranju sudskih odluka, sve do granice njihove "jasne neustavnosti".

Rukovodeći se načelom da je pravilno razlikovanje pravnih pojava osnov njihovog razumijevanja B. Nenadić, metodski primjereno, raščlanjuje i obrađuje: a.) jemstva institucionalne nezavisnosti ustavnih sudova i b.) jemstva individualne nezavisnosti ustavnih sudova.

U okviru institucionalnih jemstava obrađena je organizaciona, funkcionalna i finansijska nezavisnost ustavnih sudova. Organizaciona nezavisnost obrađena je u načinu izbora sudija ustavnog suda gdje je dat bogat uporedno-pravni prikaz modela. Funkcionalna nadležnost kao temelj i pretpostavka ukupne nezavisnosti Ustavnog suda, predmet je brižljive analize sa aspekta njegovog položaja i ovlaštenja kojima raspolaže u vršenju svoje funkcije. Ogljed o finansijskoj autonomiji ustavnog suda, koja je predmet zakonodavnog a ne ustavnog uređivanja, autorka vidi kao bitan element njegove nezavisnosti i potencira ideju o ustanovljenju ustavnosudskog budžeta.

Individualna jemstva nezavisnosti sudija odnose se na način izbora i imenovanja sudija, dužinu mandata i imunitet sudija, princip nespojivosti ustavnosudske funkcije i imunitet i prestanak dužnosti sudija. Sve to autorka sublimira u težnji da ustavni sud bude organ koji će "govoriti ustav", ali ne po načinu automata, već po načinu koji proističe iz stručnosti, mudrosti i savjesti njegovih sudija. Ova jemstva nalaze se u onoj ravni koja je sada aktuelna u postupku ustavnog redizajniranja Ustavnog suda Crne Gore. Iz tih razloga, predlozi razrješenja ovog ustavnog čvorišta dati u ovoj knjizi mogu biti od velike pomoći našim ustavotvorcima, pod uslovom da odustanu od ignorisanja struke u postupku ustavnih promjena.

U obradi ove vrste jemstava, u osnovnom tekstu i fusnotama, dat je impresivan pregled literature i citata koji oslikavaju brižljivo odabrane stavove znamenitih pregalaca savremene ustavnopravne nauke. Istovremeno, autorka njihova gledišta poredi, klasifikuje, ukršta ali i podvrgava kritičkom sudu i aktuelnim zahtjevima modernog ustavnog inženjeringa. To je zahtjevan i jedino mogući način da se cjelovito obradi ova tema, koja je jedno od "najintrigantnijih pitanja ustavnog sudstva", tog kabinetskog izuma H. Kelzena koji je danas (u pogledu ovlaštenja) znatno dograđen u odnosu na očekivanja svog tvorca.

U svojoj profesionalnoj karijeri Bosa Nenadić se potvrdila kao stvaralac i primjenjivač prava, a danas to čini kao univerzitetski profesor i pravni pisac. Zato vjerujemo da će polje njenog angažmana ubuduće sve više ići u pravcu edukacije novih generacija pravnik, koje će iz njenih predavanja i knjiga kao što je ova imati privilegiju da saznaju svu složenost i ljepotu pravničkog poziva.

Prof. Dr. Mladen Vukčević

Bosa Nenadić, "Über die Garantie der Unabhängigkeit der Verfassungsgerichte – unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsgerichts Serbiens"

Službeni glasnik, Belgrad, 2012

(Zusammenfassung)

Im Laufe der Rechtsgeschichte sucht man nach Antworten auf die Frage wie Aristoteles Idee, nach welcher vor den Richter zu gehen heißt, von Gerechtigkeit auszugehen, tatsächlich erreicht werden kann. Die Unabhängigkeit der Gerichte ist die wichtigste Voraussetzung dafür und es stellt sich die Frage nach den Mechanismen und Garantien durch welche diese Unabhängigkeit erreicht werden kann. Bosa Nenadić erörtert diese Fragen umfassend in fünf Kapiteln auf insgesamt 184 Seiten. Besonders wird die Notwendigkeit der Unabhängigkeit der Verfassungsgerichte betont, da diese über Sachverhalte entscheiden, die nicht selten politisch gefärbt sind. Nachdem zunächst allgemein der Begriff der Unabhängigkeit der Gerichte und das schwierige Verhältnis zwischen dessen Niederlegung in den entsprechenden Vorschriften und seiner Realisierung in der Praxis dargelegt werden, stellt die Autorin den Garantienkatalog für die Unabhängigkeit der Gerichte anhand verschiedener nationaler und internationaler Rechtsquellen vor. Es werden umfassend die Begriffe der institutionellen und der individuellen Unabhängigkeit dargestellt. Dabei wird stets auf aktuelle Literatur und die Ansichten angesehener Verfassungsrechtswissenschaftler verwiesen.

Značajni njemački pravници

Dr. Stefan Pürner

Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr

Ime značajnog njemačkog pravnika, koji se predstavlja u ovom broju NPR, ni mnogi njemački pravnici ne uspiju izgovoriti bez poteškoća. Ovo ne toliko zbog njegove dužine, nego više iz razloga arhaičnosti imena (naročito prvo ime), s kojim se danas rijetko susrećemo. Mnogi njemački pravnici, pored toga, jedva da nešto znaju o Wiguläusu Xaveriusu Aloysiusu von Kreittmayru. Razlog tome je možda Kreittmayrova smrt davne 1790. godine, dakle prije 224 godine. Isto tako, Kreittmayr nije bio veliki kreator novih pravnih ideja, iako je bio autor značajnih zakonika i komentara. On je, štaviše, djelovao u prelaznom periodu prava, kada se ono razvijalo od srednjovjekovnog ka modernom. U tom smislu je Kreittmayr postigao mnogo, te je bio vrlo poznavatelj prava, što je dokazao u obimnim publikacijama od velikog praktičnog značaja. Na području krivičnog prava je u svojoj kodifikaciji unio sistematske novine, koje se još i danas koriste. Sadržajno je on, međutim, zastupao okrutna mišljenja toga vremena, koja su s današnjeg stajališta uglavnom neprihvatljiva.

Kreittmayr je rođen 14. decembra 1705. godine u Minhenu. U Minhenu je pohađao i isusovsku gimnaziju, gdje je pored latinskog, učio i francuski i talijanski jezik. Studirao je filozofiju u Salzburgu, pravo u Ingolstadtu, a historiju u Leydenu i Utrechtu. Nakon što je neko vrijeme radio kao pravni saradnik u Kraljevskom komorskom sudu (*Reichskammergericht*) u Wetzlaru, bavarski knez Max Emanuel ga u dvadesetoj godini života imenuje za dvorskog savjetnika, dodjeljujući mu time vrlo visoku funkciju.

Kreittmayrovo pravno djelovanje bilo je usko povezano sa situacijom u kojoj se nalazila tadašnja samostalna država Bavarska, kao i s vladavinom Maximiliana III Josepha (skraćeno: Max III). Bavarska je izašla značajno oslabljena iz austrijskog rata za prijestolonasljedstvo. Stoga je Max III odustao od bilo kakvog daljnjeg teritorijalnog širenja, te se umjesto toga prihvatio unutrašnjeg jačanja Bavarske.

Tako je poduzet niz reformi, među kojima vrijedi spomenuti uvođenje opće obaveze pohađanja škole, osnivanje Bavarske akademije znanosti, ali i reformu prava, čiji je *spiritus rector* bio Kreittmayr. Jedan od glavnih problema tadašnjeg prava bila je njegova rascjepkanost. Pošto su se mnogobrojni izvori prava razvijali historijski i postepeno, samo pravo je postalo nepregledno. Kreittmayrov zadatak stoga je manje bio "smišljati" novo pravo, nego više sažeti postojeće pravo, preglednosti radi, u nekoliko kodifikacija. Da bi izveo ovaj posao, Kreittmayr

je zaista morao da posjeduje enciklopedijsko znanje o sadržaju tadašnjih vrlo difuznih pravnih regulacija.

Između 1751. i 1756. godine, dakle u samo pet godina, Kreittmayr je najprije sastavio novi krivični zakon i zakon o krivičnom postupku, tzv. *Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis*, potom komentar toga zakonika, nakon toga *Codex Judiciari*, jedna vrsta zakona o sudskoj nadležnosti, te naposljetku i *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC), kodifikacija privatnog prava u četiri dijela s preko 800 paragrafa. U sljedećih 12 godina nakon toga (do 1768. godine) izdato je i pet tomova s komentarima CMBC-a. Zaista impresivan uspjeh!

CMBC sadržajno nije bio reformni zakon, budući da je sadržavao samo mali broj novina, ali je umjesto toga sve dotadašnje privatno pravo skupio u jednu kodifikaciju. Tako je ovaj zakonik doprinio pravnoj sigurnosti i predvidljivosti sudskih odluka. Jasno je, međutim, bilo, da CMBC nije u stanju regulisati sva moguća pravna pitanja. Stoga je za slučaj pravnih praznina bila dopuštena supsidijarna primjena rimskog prava. (Slično se npr. postupilo i na području bivše Jugoslavije kada je u pitanju primjena austrijskog Općeg građanskog zakonika – ABGB). CMBC je bio na snazi sve do stupanja na snagu BGB-a, 1. januara 1900. godine. Tako je bavarski CMBC uspio nadživjeti samu Bavarsku kao samostalnu državu za skoro 30 godina (Bavarska je 1871. godine postala sastavim dijelom novoosnovanog Njemačkog rajha).

Kreittmayrov prvi zakonik, *Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis*, na današnjeg čitatelja može da ostavi vrlo različite utiske.

Od pozitivnih strana valja istaći, da je ovim zakonikom kodificirano cjelokupno krivično pravo, uključujući i krivično procesno pravo, što je već samo po sebi predstavljalo veliko olakšanje za pravnu struku. Kreittmayr je k tome *Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis* podijelio u dva dijela – opći i posebni dio. Tako ova kodifikacija postaje prvim njemačkim zakonom, kod kojeg opće zakonske odredbe prethode posebnim. U općem dijelu se, između ostalog, mogu naći odredbe prema kojima djeca do navršene četrnaeste godine života i duševni bolesnici krivično ne odgovaraju za svoje postupke, što važi i za osobe koje su bez svoje krivice dovedene u pijano stanje. Pored toga, § 43 ovog zakonika uvažava princip *ne bis in idem*, što je tada imalo za posljedicu, da ukoliko je osoba za neko krivično djelo već bila osuđena od strane svjetovnog (državnog) suda, nije bilo moguće ponovno krivično gonjenje za isto djelo od strane crkve. Naprednim se može okarakterisati i novina, prema kojoj su krivična djela iz općeg dijela bila poredana prema njihovoj važnosti

i učestalosti počinjenja, ne počinjavši s religijskim deliktima, kao što je to do tada bilo uobičajeno (Kreittmayr prvo navodi krivična djela krađe i razbojništva, potom ubistva, prostitucije i preljube). Naprednim se također može smatrati činjenica, da je ovim zakonikom isključena mogućnost supsidijarne primjene vrlo oštrog krivičnog prava Njemačkog rajha iz 1532. godine.

Zakonik s druge strane poznaje još 55 krivičnih djela koja su se kažnjavala smrtnom kaznom. Za druge delikte su k tome previđene tjelesne kazne, kao npr. odsjecanje ruke. Čak su bile previđene sankcije za uspješnog samoubicu: § 25 ovog Zakonika predviđa konfiskaciju trećine njegove zaostavštine (čime se zapravo kažnjavaju nasljednici osobe koja je počinila samoubistvo), a leš te osobe se nije smio sahraniti na groblju, nego bi ga krvni srodnik morao ukopati ispod vješala. Ovdje Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis dakle odudara od vrijednosti i principa savremenog doba, sadržavajući u sebi i niz elemenata koji bi se mogli okarakterisati srednjovjekovnim. Isto važi i za krivičnoprocesni dio Zakonika, koji između ostalog dopušta mučenje. Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis imao je manji životni vijek od CMBC-a: 1813. godine zamijenio ga je zakon čiji je autor bio Paul Johann Anselm von Feuerbach (redovnim čitateljima NPR, ovo ime neće biti nepoznanica, vidjeti NPR 2/2011, str. 94 i dalje i 1/2012, str. 74 i dalje).

Upravo ove proturječnosti dokazuju, da je Kreittmayr simbol prelaznog perioda, u kojem glavni zadatak nije bio reforma prava, nego "uređivanje i pojašnjenje postojećeg prava". Kreittmayr je dugo vremena bio vrlo poznata ličnost. U njegovu čast podignut je spomenik u Minhenu, koji je oslikan na bavarskoj kovani od dva srebrnjaka iz 1845. godine. Spomenik je uništen u Drugom svjetskom ratu. Prijedlog nekih poslanika Vijeća grada Minhena da se ovaj spomenik obnovi, naišao je na otpor, budući da se nije željelo podizati spomenik nekome, ko je priredio Zakonik kojim su bili dozvoljeni mučenje i smrtna kazna. Stoga danas na minhenskom Trgu Maximiliana ne stoji spomenik u čast Wiguläusa Xaveriusa Aloysiusa von Kreittmayra, nego u čast Friedricha Schillera. Kreittmayra se uspelo lišiti spomenika u Minhenu. Lišiti ga njegovog značaja kao autora kodifikacije, koja prema riječima pravnog historičara Franza Wieackera predstavlja "vrijedan epilog velikih kodifikacija koje su nakon toga slijedile", međutim nije moguće.

Dr. Stefan Pürner

Bedeutende deutsche Juristen Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr

(Zusammenfassung)

In dieser Folge der Rubrik "Bedeutende deutsche Juristen" wird Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr behandelt. Dabei werden die von ihm verfassten Gesetze und Werke, nämlich der Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis, der

Codex Judiciari, der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC) und die fünfbändigen Anmerkungen zum CMBC vorgestellt. Bezüglich der subsidiären Anwendungen römischen Rechts im Falle von Gesetzeslücken des CMBC werden Ähnlichkeiten im Vorgehen bezüglich der Anwendung des AGBGB als Rechtsregel auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens festgestellt. Betont wird, dass Kreittmayr weniger neues Recht schuf, sondern primär geltendes Recht übersichtlicher kodifizierte und so einen Beitrag zur Rechtsicherheit leistete. Nicht verschwiegen wird, dass Kreittmayr im Bereich des Strafrechts noch überkommenen Vorstellungen anhing und insbesondere weiter die Folter als Mittel im Strafprozess vorsah, was ihm später erhebliche Kritik einbrachte.

Razno

Međunarodna naučna konferencija "Legal Perspectives on Gender Equality in South East Europe"

Mag. sci. Ivana Grubešić*

Dana 24. 9. 2012. godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu otvorena je dvodnevna međunarodna naučna konferencija pod nazivom "Legal Perspectives on Gender Equality in South – Eastern Europe", u organizaciji SEELS – South Eastern European Law Schools, uz potporu GIZ – Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Open Regional Fund for South East Europe – Legal Reform. Ovo je bila jedinstvena prilika da se na jednom mjestu okupe istaknute stručnjakinje i stručnjaci u oblasti prava rodne ravnopravnosti, te na taj način razmijene svoja znanja, iskustva i najbolju praksu u pogledu ovog pitanja, ali u isto vrijeme razmotre postojeće probleme u ovoj oblasti, moguća rješenja istih, te da osnaže međusobnu saradnju u cilju jačanja svijesti o značaju rodne ravnopravnosti u Jugoistočnoj Evropi. Na konferenciji je učestvovalo 46 predstavnica i predstavnika akademske zajednice, nadležnih vlasti, pravosudnih akademija i centara, nevladinih organizacija i međunarodnih organizacija, čime je omogućena svestrana analiza stanja rodne ravnopravnosti u regionu.

Pitanje ravnopravnosti spolova i gender mainstreaminga obilježilo je 20. stoljeće kroz mnogobrojne aktivnosti međunarodnih organizacija poput UN-a, Međunarodne organizacije rada, OECD-a i sličnih. Fokus njihovog djelovanja nije, kao što se uobičajeno smatra, promovisanje isključivo interesa žena, nego balansiranje interesa i žena i muškaraca u smislu osiguranja najboljih rezultata za oba

* Autorica je viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

spola u svakodnevnom životu. Počevši od Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine, usvojene od strane UN-a, a kasnije i usvajanjem Pekinške deklaracije i akcione platforme iz 1985. godine, nastojalo se na međunarodnom nivou utvrditi osnovne oblasti u kojima dolazi do diskriminacije spolova te pružiti odgovarajuću pomoć u pogledu mehanizama za suzbijanje diskriminacije žena.

Tradicija Evropske unije u pogledu ravnopravnosti spolova seže do 70-ih godina kada su donesene i prve direktive o ravnopravnosti spolova. Danas se značaj principa ravnopravnosti ogleda u tome što je princip ravnopravnosti jedan od pet principa na kojima počiva Evropska unija, što je potvrđeno i Poveljom o osnovnim slobodama iz 2000. godine, koja je od 2007. godine ravnopravan izvor prava s osnivačkim ugovorima EU. Upravo da bi se istakao značaj načela ravnopravnosti za stabilan i održiv razvoj država članica Evropske unije, 2010. godine je usvojena i Povelja o ženama, kojom se potvrđuje posvećenost rodnoj ravnopravnosti i jačanju rodne perspektive u svim politikama EU.

Uspostavljanje odgovarajuće zaštite prava žena kao i mehanizama za njihovo pravilno i potpuno implementiranje u praksi jedan je od osnovnih uvjeta za pristup u članstvo EU za države Jugoistočne Evrope. Stoga je poseban naglasak ove naučne konferencije bio na evropskoj dimenziji ravnopravnosti spolova, te obavezama država u pogledu implementacije iste u praksi.

U isto vrijeme, konferencija je bila i završni korak istoimenog projekta započetog u martu 2012. godine, kada su akademski predstavnici fakulteta članica SEELS-a počeli s izradom nacionalnih izvještaja pod nazivom "Legal perspectives on gender equality in South East Europe". Cilj nacionalnih izvještaja bio je da prikažu na jednom mjestu pregled osnovnih aspekata i karakteristika nacionalnog zakonodavnog okvira ravnopravnosti spolova, strateškog okvira i planova, mehanizama za njihovo sprovođenje, i, što je od posebnog značaja, spolnu strukturu pravne profesije u pojedinim državama regiona.

Program konferencije je bio podijeljen u šest sesija, od kojih su svaki dan održane po tri sesije. Konferenciju je otvorila uvažena prof. dr. sci. Meliha Povlakić, u ime Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu kao fakulteta domaćina konferencije, istaknuvši pri tome osnovne ciljeve konferencije, nakon čega je uslijedio i pozdravni govor g. Nurkharda Floriana u ime Ambasade Republike Njemačke i gđe Alexandre Hilbing, u ime GIZ ORF – Legal Reform.

Prvu sesiju pod nazivom "Gender Equality in the European Union" vodila je gđa Genoveva Tisheva, menadžer Bugarske istraživačke fondacije i član Mreže nezavisnih pravnih eksperata za ravnopravnost spolova pri Evropskoj komisiji. Gđa Tisheva je tom prilikom prikazala pravni okvir ravnopravnosti spolova u EU, posebno se posvetivši konkretnim direktivama iz ove oblasti i načinu njihove implementacije u nacionalno pravo država

članica. U nastavku je istakla ulogu i značaj EU Mape za ravnopravnost spolova, Povelje žena: strategija za jednakost između žena i muškaraca 2010–2015, Evropskog pakta o ravnopravnosti spolova 2011–2020, okončavši sesiju prikazom institucionalnih mehanizama za podršku i implementaciju ravnopravnosti spolova u EU.

Druga sesija pod nazivom "Gender Equality in the Legal Environment in South East Europe" posvećena je predstavljanju već spomenutih nacionalnih izvještaja predstavnika akademske zajednice. Nacionalne izvještaje predstavile/i su prof. dr. sci. Oriona Mucollari (Pravni fakultet u Tirani) za Albaniju, zajednički izvještaj Bosne i Hercegovine predstavile su prof. dr. sci. Jasna Bakšić-Muftić (Pravni fakultet u Sarajevu) i mr. sci. Ivana Grubešić (Pravni fakultet u Zenici), izvještaj Hrvatske doc. dr. sci. Ivana Grgurev (Pravni fakultet u Zagrebu), izvještaj za Makedoniju prof. dr. sci. Karolina Ristova Asterud (Pravni fakultet "Iustinianus Primus" Skoplje), za Crnu Goru prof. dr. sci. Vesna Simović (Pravni fakultet Crna Gora), te zajednički izvještaj za Srbiju prof. dr. sci. Dragica Vujadinović (Pravni fakultet u Beogradu) i doc. dr. sci. Bojan Urdarević (Pravni fakultet u Kragujevcu). Po okončanju sesije, tokom diskusije, predstavnici su se mogli složiti da u predstavjenim državama postoji osnovni pravni okvir o ravnopravnosti spolova, ali, s druge strane, da je sudska praksa po ovom pitanju još uvijek siromašna.

U trećoj sesiji naslovljenoj "National Legal and Policy Framework and Measures on Gender Equality" predstavnici vladinih tijela šest država izložili su skoriji napredak pojedinih država po pitanju spolne ravnopravnosti, počevši od usvojenog pravnog okvira, nacionalnih strategija i planova, drugih pravnih akata kojima se doprinosi stvaranju odgovarajućeg pravnog okvira, kao i njihove usklađenosti sa standardima postavljenim od strane Evropske unije, institucionalne mehanizme njihovog provođenja, prezentirajući njihove nadležnosti, dotadašnji rad i stečena iskustva po ovom pitanju. U ovom dijelu konferencije, u ime državnih tijela izlagali su gđa Alida Tota u ime Ministarstva za rad, socijalna pitanja i jednake mogućnosti – Uprava za jednake mogućnosti i porodičnu politiku iz Albanije, g. Zlatan Hrnčić u ime Gender centra Federacije Bosne i Hercegovine, gđa Spomenka Krunic za Gender centar Republike Srpske, gđa Helena Štimac Radin u ime Vlade Republike Hrvatske i gđa Merima Baković u ime Ministarstva pravde Crne Gore.

Drugi dan konferencije započeo je četvrtom sesijom pod nazivom "Addressing Gender Bias in Judiciary Training Programs" na kojoj su pravosudne akademije i centri za edukaciju sudija imali priliku predstaviti svoj rad. Prilikom izlaganja pažnju su prije svega usmjerili ka prezentiranju svojih nadležnosti i skorijeg napredovanja, programa edukacije i treninga sudija i u kojoj mjeri se uzima u obzir pitanje ravnopravnosti spolova prilikom izrade istih, kao i to da li se uzima u obzir princip ravnopravnosti spolova prilikom imenovanja sudija i tužilaca u svakoj

od predstavljenih država regiona. Tom prilikom izlagale su gđa Emira Shkurti ispred Škole sudija iz Albanije, gđa Aida Trožić ispred Centra za edukaciju sudija i tužilaca FBiH, gđa Marina Pejović ispred Centra za edukaciju nosilaca pravosudskih funkcija iz Crne Gore i gđa Mirjana Golubović ispred Pravosudne akademije Srbije.

Peta sesija konferencije pod nazivom "The Role of NGO Sector in SEE Countries for Promotion of the Gender Equality" posvećena je nekolicini najvećih organizacija posvećenih borbi za ravnopravnost spolova i sprečavanju rodno zasnovanog nasilja. Predstavnicima nevladinih organizacija izložili su tijekom svog dotadašnjeg rada, najznačajnije projekte posvećene implementiranju ravnopravnosti spolova u društvo, pozitivne rezultate proistekle iz istih, ali i probleme s kojima su se susretali tokom svog rada. Posebna pozornost posvećena je osnovnim izvorima finansiranja rada nevladinih organizacija i njihovoj suradnji s državnim institucijama. Tokom sesije izlagale su gđa Evis Garunja ispred Gender Alliance for development Center iz Albanije, gđa Silva Sumić ispred Ženske grupe Split iz Hrvatske, gđa Savka Todorovska ispred Nacionalnog savjeta žena Republike Makedonije, gđa Ljiljana Raičević ispred Sigurne ženske kuće Podgorica iz Crne Gore i gđa Vanja Macanović ispred Autonomnog ženskog centra u Beogradu, Srbija.

Tokom posljednje, šeste sesije pod nazivom "The Future Challenges and Opportunities: Modes for Regional Cooperation" dr. sci. Veronika Efremova je ispred GIZ ORF-Legal Reform prezentirala nekoliko uspješnih projekata finansiranih od strane Evropske unije, a od značaja za implementiranje principa ravnopravnost spolova, moguće izvore finansiranja sličnih projekata i pitanja od zajedničkog interesa u pogledu prava ravnopravnosti spolova značajnih za buduće zajedničke regionalne projekte. Tokom sesije je i gđa Amna Berbić predstavila projekat "The Women Police Officers Network in South East Europe" kao jedan zajednički regionalni projekat uspješan u svom radu i provođenju.

Da se ne bi okončanjem konferencije istovremeno okončala i do tada uspješna suradnja učesnika projekta, gđa Veronika Efremova je prezentirala ideju o osnivanju foruma eksperata za pitanja ravnopravnosti spolova, te je izložila mogući koncept osnivanja i rada istog. S obzirom na to da su se svi prisutni složili u pogledu opravdanosti postojanja jednog takvog foruma koji će funkcionisati unutar mreže SEELS, a koji će potaći buduću suradnju u regionu, odlučeno je i da se imenuje i predsjedavajuća/i foruma, te je jednoglasno imenovana mr. sci. Ivana Grubešić za predsjedavajuću foruma na mandat u trajanju od jedne godine.

U konačnici, sve učesnice i učesnici složili su se u pogledu slijedećih zaključaka konferencije koji će istovremeno biti pokazatelji u budućem radu Forumu pravnih eksperata za ravnopravnost spolova unutar mreže SEELS:

1. Bolja implementacija zakona
2. Jačanje kapaciteta i nadzora mehanizama nadležnih organa
3. Promoviranje mehanizama ravnopravnosti spolova
4. Rad na pitanjima rodno-senzitivnih budžeta
5. Uvođenje i/ili dalji razvoj kolegija prava rodne ravnopravnosti i jačanje rodnog senzibiliteta programa na pravnim fakultetima i pravosudnim akademijama
6. Upoznavanje pravne profesije s konceptom zabrane diskriminacije (edukacije o pravu rodne ravnopravnosti)
7. Unapređenje statističkih podataka s obzirom na spol od strane političkih, administrativnih, profesionalnih, edukacijskih, kulturoloških i drugih institucija
8. Osnaživanje regionalne suradnje
9. Jačanje svijesti javnosti o antidiskriminacijskom zakonodavstvu.

Na ovaj način zatvorena je prva konferencija regionalnog karaktera u oblasti prava ravnopravnosti spolova, kojom je na jedinstven način predstavljeno pitanje rodne ravnopravnosti u zemljama regiona s gledišta relevantnih aktera našeg društva, što su svi učesnici ocijenili izuzetno uspješnim, a čime se utrla i staza za buduću uspješnu suradnju između istih.

Mag. sci. Ivana Grubešić

Internationale wissenschaftliche Konferenz "Legal Perspectives on Gender Equality in South-East Europe"

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die zweitägige internationale Konferenz zum Thema "Legal Perspectives on Gender Equality in South-East Europe, die seitens des SEELS Netzwerks mit Unterstützung der GIZ veranstaltet wurde. Die Konferenz versammelte 46 anerkannte Experten und Expertinnen der Region (Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Mazedonien, Montenegro und Serbien) in dem Bereich des Gleichstellungsrechts aus Wissenschaft und Praxis. Die sechst Sitzungen, in welche die Konferenz unterteilt war waren den folgenden Themenschwerpunkten gewidmet: Equality in the European Union, Gender Equality in the Legal Environment in South East Europe, National Legal and Policy Framework and Measures on Gender Equality, Addressing Gender Bias in Judiciary Training Programs, The Role of NGO Sector in SEE Countries for Promotion of the Gender Equality, The Future Challenges and Opportunities: Modes for Regional Cooperation

Um mit dem Abschluss der Konferenz nicht die sehr erfolgreiche Zusammenarbeit der Teilnehmer zu unterbrechen, kam während der Konferenz die Idee auf ein regionales Expertenforum im Bereich des Gleichstellungsrechts zu schaffen, was von allen Teilnehmern begrüsst wurde.

Izvjestaj s radionice “Aktualna pitanja oporezivanja u Bosni i Hercegovini”

(Sporazum o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i zakoni EU o oporezivanju prihoda u kontekstu primanja ostvarenih u inostranstvu, potrebne izmjene u procesu kandidature za članstvo u EU)

Doc. dr. Kanita Imamović-Čizmić*

Kao reakcija na signale iz privrede i traženje odgovora na mnogobrojna pitanja koja dolaze iz ekonomske stvarnosti Bosne i Hercegovine u organizaciji Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV), Udruženja za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa i Predstavništva njemačke privrede u Bosni i Hercegovini u utorak, 17. 4. 2012., održana je radionica s fokusom na “Aktualna pitanja oporezivanja u Bosni i Hercegovini” (Sporazum o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i zakoni EU o oporezivanju prihoda u kontekstu primanja ostvarenih u inostranstvu, potrebne izmjene u procesu kandidature za članstvo u EU). To je inače jedna iz serije radionica pod nazivom “Privredno pravo u tržišnoj ekonomiji”. U okviru uvodnog obraćanja Christiana Reißmüllera, konzula Ambasade SR Njemačke u Sarajevu, dr. Stefana Pürnera, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ), između ostalog voditelja projekta za Bosnu i Hercegovinu, Vesne Softić notarke, nekadašnje sutkinje Vrhovnog suda FBiH i predstavnice Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV) i Michaela Wolskog sekretara Udruženja za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa i zastupnika Predstavništva njemačke privrede u Bosni i Hercegovini istaknut je značaj poznavanja zakona iz oblasti poreza, utjecaj poreskog sistema na priliv stranih investicija u države u tranziciji i razvoju, kao i sam cilj radionice “spojiti praktično i stručno iskustvo”.

Prvi referat na temu “Zakonodavstvo o porezu na prihode u Federaciji BiH” izlagao je Sanjin Pita, Senior Consultant, Odjel za poreze, Deloitte d.o.o. Sarajevo. U okviru ovog referata, pored uvodnih teorijskih napomena u pogledu definiranja kategorijalnog instrumentarija koji se koristi u poreskom pravu, kao što je pojam poreza, vrste poreza na dohodak prema načinu oporezivanja dat je prikaz Zakona o porezu na dohodak u FBiH “Službene novine Federacije BiH”, broj 10/08 i 9/10 uz akcentiranje činjenice da je FBiH prihvatila sintetički metod oporezivanja. Posebna pažnja posvećena je institutu određenja poreskog rezidenta i nerezidenta i modelu “183 dana” koji to pitanje

rješava u FBiH. Istaknuto je da, pored modela po kojem je za određenje poreske rezidencije bitan broj dana koji određena osoba prebiva na području jedne poreske jurisdikcije, postoje i drugi modeli kao npr. model u SAD gdje je za određivanje poreske rezidencije mjerodavno državljanstvo. Pitanje poreskih rezidenata i nerezidenata je važno zbog činjenice da isti podliježu različitom tretmanu oporezivanja. Naime, poreski nerezidenti plaćaju porez samo na prihod koje ostvare na toj poreskoj jurisdikciji. Ukazivanjem na problem dvostruke poreske rezidencije i modela njenog prevazilaženja (unilateralnih – poreski krediti ili bilateralnih – sporazumijevanjem) napravljen je uvod u referate koji su slijedili poslije.

“Zakonodavstvo o porezu na prihode u Republici Srpskoj” je naziv referata koji su izlagali Pavo Djedović, revizor (D, HR i BiH), poreski savjetnik (D), LeitnerLeitner d.o.o. Sarajevo i Ante Pavić, Senior Manager, LeitnerLeitner. Problematika poreza na dohodak je regulirana Zakonom o porezu na dohodak RS i Pravilnikom o primjeni Zakona o porezu na dohodak. U okviru prikaza osnovnih zakonom definiranih pojmova u referatu su predstavljeni dohoci koji podliježu oporezivanju, analizirana poreska oslobađanja, plaćanje i rokovi za prijavu i plaćanje poreza te ukazano na određene razlike s obzirom na neka rješenja u Zakonu o porezu na dohodak u FBiH (primjer ličnog odbitka).

Treći referat pod nazivom “Sporazum o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i zakoni EU o oporezivanju prihoda u kontekstu primanja ostvarenih u inostranstvu (npr. socijalno osiguranje, dječiji dodatak, smještaj)” izlagao je Johannes Kippenberg, LL. M. advokat i urednik časopisa IStR – *Internationales Steuerrecht* – Međunarodno porezno pravo). Johannes Kippenberg je u uvodnom dijelu izlaganja, kroz jedan historijski prikaz, od potpisivanja prvih sporazuma o rješavanju pitanja dvostrukog oporezivanja sa Saksoncima iz 1896, odnosno između Austrije i Njemačke iz 1899, preko utvrđivanja principa nerezidentnosti iz 1920. i OECD modela rješavanja problema dvostrukog oporezivanja pa do harmonizacije propisa u EU u biti ukazao na značaj samog pitanja. Iz svog bogatog iskustva i znanja naveo je mnoge primjere problema i njihovih rješenja iz sfere oporezivanja prihoda u kontekstu primanja ostvarenih u inostranstvu kao što su socijalno osiguranje ili dječiji dodatak. S obzirom na to da je dominantan OECD model, na čije kritike je ukazao, odnosno da su sporazumi o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja tipskog karaktera, Johannes Kippenberg je prikazao sadržaj primjera jednog takvog sporazuma koji u prosjeku ima od 26 do 30 čl., te uputio učesnike radionice u metodu nastanka jednog takvog sporazuma od faze pregovaranja, usklađivanja teksta pa do ratificiranja sporazuma.

Nakon izlaganja referata učesnici radionice, koji su bili dosta različitih profesija, uzeli su učešća u diskusiji otvarajući brojna pitanja i ukazujući na mnoge probleme s kojima se u praksi pri primjeni zakona koji regulišu

* Docentica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

pitanja oporezivanja dohotka u BiH. Prije svega, problem različitih nadležnosti. Veoma komplicirano uređenje Bosne i Hercegovine ima za posljedicu to da je potpisivanje sporazuma o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja u nadležnosti države, a jurisdikciona nadležnost ubiranja poreza na entitetskom nivou. S tim u vezi je istaknuto pitanje zakonske harmonizacije na nivou entiteta i problem entitetskih poreskih rezidenata i jurisdikcije kao problema s kojim se poslodavci susreću kada trebaju realizirati svoje obaveze. Zaključeno je da BiH mora, radi privlačenja stranih investitora, koji je zbog kompliciranih zakonskih rješenja i duplih entitetskih režima zaobilaze, harmonizirati svoje zakone na entitetskim nivoima i jačati jedinstveni ekonomski prostor.

Doc. Dr. Kanita Imamović-Čizmić

**Bericht über den Workshop
"Aktuelle Fragen des Steuerrechts
in Bosnien und Herzegowina"**

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über den am 17. April 2012 in Sarajevo abgehaltenen Workshop "Aktuelle Fragen des Steuerrechts in Bosnien und Herzegowina", der von der IRZ-Stiftung in Zusammenarbeit mit der Deutsch-Bosnisch-Herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV), dem Verein zur Förderung der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Wirtschaftsbeziehungen sowie der Delegation der Deutschen Wirtschaft in Bosnien und Herzegowina veranstaltet wurde. Im Mittelpunkt des Interesses stand das Einkommenssteuerrecht in Bosnien und Herzegowina und das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Bosnien und Herzegowina und der Bundesrepublik Deutschland.

Neben Referaten von anerkannten Experten des Steuerrechts und Erfahrungsberichten hinsichtlich der Anwendungspraxis steuerrechtlicher Vorschriften in Bosnien und Herzegowina, gab es eine rege Diskussion bei der mehrere Problembereiche aufgeworfen wurden. Eine der Hauptschlussfolgerungen war, dass Bosnien und Herzegowina, wenn es ausländische Investitionen anziehen möchte, die Zersplitterung der Rechtsvorschriften und Zuständigkeiten überwinden muss und an der Stärkung eines einheitlichen Wirtschaftsraums arbeiten sollte.

**"First South East European (SEE)
Post-Doc Colloquium in Private Law"
– prikaz**

Ivana Kanceljak*

Na Pravnom fakultetu u Zagrebu je 27. i 28. rujna 2012. godine održan "First South East European (SEE) Post-Doc Colloquium in Private Law" u kojem su sudjelovali doktori znanosti prava s područja južnoistočnih europskih zemalja. Glavni sponzori i organizatori ovog okupljanja znanstvenika bili su "South East European Law School Network (SEELS)" i "Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)". Uz njihovu financijsku podršku, u petak 28. rujna 2012. godine, paralelno s kolokvijem održan je i sastanak dekana pravnih fakulteta u regiji koji su uključeni u "SEELS" organizaciju.

Post-Doc kolokvij su svojim pozdravnim riječima otvorili prof. dr. sc. Zoran Parać, dekan Pravnog fakulteta u Zagrebu i dr. sc. Veronika Efremova, predstavnica SEELS-a, te poželjeli dobrodošlicu svim sudionicima.

Izlaganja ukupno sedamnaest učesnika Post-Doc kolokvija bila su podijeljena u pet sesija, odnosno tematskih cjelina. Prvi dan održane su tri sesije i to: "Private International Law and Arbitration", "Property Law", te "Intellectual Property Law/Labour Law". Zatim su drugi dan održane dvije sesije: "Consumer Law/E-commerce" i "Contract Law". Izlagači su u okviru ovih sesija detaljno i jasno izložili rezultate istraživanja provedenih u okviru rada na svojim doktorskim disertacijama.

U sesiji Private International Law and Arbitration, izlagali su: docent dr. sc. Slavko Đorđević s Pravnog fakulteta u Kragujevcu, te docent dr. sc. Dejan Janičijević s Pravnog fakulteta u Nišu. Moderator ove tematske cjeline bila je dr. Christa Jessel Holst s Max Planck Instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu. Doc. dr. sc. Slavko Đorđević detaljno je izložio sadržaj svog dokorskog rada pod nazivom "Adjustment in Private International Law". Potom je dr. sc. Dejan Janičijević iznio problematiku svog rada pod nazivom "Multiparty Arbitration". Ove teme međunarodnog privatnog prava i arbitraže potaknule su prisutne izlagače i slušače na raspravu.

Sljedeća tematska cjelina nosila je naziv "Property Law". Četiri izlagača doprinijela su raznolikosti tema s ovog područja i to: dr. sc. Hano Ernst, docent Pravnog fakulteta u Zagrebu, dr. sc. Miloš Živković, docent Pravnog fakulteta u Beogradu, doc. dr. sc. Nada Dollani s Pravnog fakulteta u Tirani, te docentica Pravnog fakulteta u Skopju, dr. sc. Tina Przeska. U ovoj sesiji ulogu moderatora imala je prof. dr. sc. Meliha Povlakić s Pravnog fakulteta u Sarajevu. Najprije

* Asistentica na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu.

je doc dr. sc. Hano Ernst izložio svoj rad pod nazivom "Functionalism in Personal Property Security". Zatim je izlaganje na temu "Receivable Secured by Hypothec" nastavio doc. dr. sc. Miloš Živković. Rezultate istraživanja na temu "The Concept of Right to Property under European Convention of Human Rights in Albanian Legal Framework" izložila je doc. dr. sc. Nada Dollani. Posljednja tema u ovoj sesiji bila je "The Contract Mortgage in the Legal System of Republic of Macedonia", a nju je prikazala doc. dr. sc. Tina Przeska. Ove aktualne teme stvarnog prava ponovo su potaknule izlagače i slušače na rasprave o raznim rješenjima pojedinih država s kojima su se izlagači prisutnima sa zanimanjem predstavili.

Posljednja sesija prvog dana bila je "Intellectual Property Law/Labour Law". U ovoj sesiji izlagala su također četiri izlagača i to: docentica Pravnog fakulteta u Zagrebu dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docentica Ekonomskog fakulteta u Sarajevu dr. sc. Fatima Mahmutćehajić, doc. dr. sc. Maja Kambovska-Bozinovska s Pravnog fakulteta u Skopju i dr. sc. Bojan Urdarević s Pravnog fakulteta u Kragujevcu. Moderatori ovog tematskog bloka bili su profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu dr. sc. Igor Gliha i prof. dr. sc. Goran Koevski, predstavnik SEELS-a. U ovoj sesiji prva je izlagala docentica dr. sc. Romana Matanovac o temi "Legal Relationship between a Trademark and an Undertaking in Legal Dispositions with a Trademark". Zatim je doc. dr. sc. Fatima Mahmutćehajić obrazložila svoj rad pod nazivom "Domain Name Law". Posljednji naslov s područja intelektualnog vlasništva bio je "Copyright Law in the European Union and in the Republic of Macedonia", predstavljen od strane docentice dr. sc. Maje Kambovske-Bozinovske. Jedinu temu s područja radnog prava izložio je dr. sc. Bojan Urdarević pod nazivom "The Impact of Globalization on International Labour Standards". Rasprava nije izostala ni u ovoj sesiji.

Drugi dan započeo je sesijom "Consumer Law/E-Commerce". Zanimljivosti ove sesije pridonijeli su: doc. dr. sc. Vladimir Savković s Pravnog fakulteta u Crnoj Gori, dr. sc. Igor Kambovski, docent Pravnog fakulteta u Skopju, dr. sc. Zlatan Meškić, docent Pravnog fakulteta u Zenici i dr. sc. Veronika Efremova. Moderatori u ovoj sesiji bili su profesorica Pravnog fakulteta u Zagrebu dr. sc. Tatjana Josipović i dr. sc. Goran Koevski. S prvom temom "Legal Aspects of Using Artificial Intelligence Technology in Electronic Contracting" započeo je doc. dr. sc. Vladimir Savković. Potom rad pod nazivom "E-Commerce and E-contract: the consumer protection" izlaže doc. dr. sc. Igor Kambovski. Nadalje je doc. dr. sc. Zlatan Meškić izložio svoje istraživanje pod naslovom "Towards a General Part of the European Consumer Law". Zatim nastavlja, te ujedno završava ovu sesiju dr. sc. Veronika Efremova s radom "Complementarities of Competition and Consumer Law and Policy in the Process of Integration of South

Eastern European Countries in the European Union". Na kraju sesije izlagačima su postavljena brojna pitanja, što je ukazalo na veliki interes prisutnih u pogledu navedenih tema.

Posljednja sesija predviđena je za "Contract Law". Sljedeći izlagači prikazali su svoja istraživanja: doc. dr. sc. Aneta Spajić s Pravnog fakulteta u Crnoj Gori, docent Pravnog fakulteta u Skopju dr. sc. Nenad Gavrilović i docent Pravnog fakulteta u Beogradu dr. sc. Vladimir Vuletić. Moderator i ove sesije bila je prof. dr. sc. Tatjana Josipović. Prvo je imala riječ docentica dr. sc. Aneta Spajić koja je iznijela rezultate rada na temu "Consolidated Approach in Construing Fundamental Breach". Nadalje je doc. dr. sc. Nenad Gavrilović objasnio svoje istraživanje pod nazivom "Comparative Legal Aspects of Franchise Agreements". Posljednje u nizu bilo je izlaganje doc. dr. sc. Vladimira Vuletića na temu "Caveat Venditor: Roman Wind in the Sails of Serbian Consumer Protection Law". Ni ova sesija nije ostala bez rasprave.

"First SEE Post-Doc Colloquium in Private Law" je učesnicima i drugim prisutnim svojim raznolikim, zanimljivim i aktualnim temama otvorio jedan novi horizont u razmišljanju. Aktualnost i zanimljivost tema potvrđena je živim raspravama koje su slijedile nakon svake sesije, a u kojima su prisutni mogli zadovoljiti svoju znatiželju u pogledu različitih zakonskih rješenja pojedinih jugoistočnih europskih država, pa tako i rješenja država članica Europske unije. Na kraju se može zaključiti da je "First SEE Post-Doc Colloquium in Private Law" s jedne strane bio podsjetnik onima koji su već doktorirali da time njihov rad i istraživanje nije gotovo, dok je to s druge strane onima koji još nisu doktorirali bio poticaj i nadahnuće za doktorsko istraživanje.

Ivana Kanceljak

"First South East European (SEE) Post-Doc Colloquium in Private Law" – Bericht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die am 27. und 28. Oktober 2012. in Zagreb abgehaltene Veranstaltung "First South East European (SEE) Post-Doc Colloquium in Private Law", welches seitens des South East European Law School Network (SEELS) und der Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) organisiert und unterstützt wurde. Im Rahmen des Colloquiums haben siebzehn junge Doktoren der Rechtswissenschaften aus den Ländern Südosteuropas die Ergebnisse ihrer Forschungsarbeit im Rahmen ihrer Dissertationen dargestellt. Die Referate waren in insgesamt fünf Themenbereiche eingeteilt: "Private International Law and Arbitration", "Property Law", "Intellectual Property Law/Labour Law", sowie "Consumer Law/E-commerce" und "Contract Law".

Izveštaj za tematsku konferenciju “Reforma pravosuđa u zemljama u tranziciji – 20 godina Fondacije IRZ”

Mag. sci. Aleksandar Lj. Spasov*

Dana 14. 6. 2012. u sudskoj sali Pokrajinskog suda (Landgericht) u Bonnu održana je tematska konferencija “Reforma pravosuđa u zemljama u tranziciji – 20 godina Fondacije IRZ”. Konferencija je bila dio programa za obilježavanje jubileja “20 godina rada Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju – Fondacija IRZ”. Na konferenciji su učestvovali predstavnici Fondacije, pravni eksperti, sudije, te politički predstavnici iz SR Njemačke, ali i veći broj predstavnika pravosudnih organa, pravni stručnjaci i predstavnici akademske zajednice iz partnerskih zemalja Fondacije.

Konferenciju su otvorili predsjednica Pokrajinskog suda u Bonnu, koji je bio domaćin konferencije, Margarete Gräfin von Schwerin, i direktor Fondacije Dirk Mirow. Predsjednica Suda se osvrnula na višegodišnju saradnju između Suda i Fondacije i značaj razmjene iskustva iz pravne prakse u Njemačkoj, i uopšte funkcionisanje pravne države kod transformacije pravnih poredaka u zemljama u tranziciji, s ranijih autoritarnih političkih i pravnih poredaka prema demokratskim porocima u kojima funkcioniše načelo pravne države. Direktor Fondacije je ukratko istakao misiju i ciljeve Fondacije i predstavio najznačajnije aktivnosti i postignuća Fondacije u proteklom dvadesetogodišnjem periodu. U narednom dijelu svečanog otvaranja konferencije obratili su se i Jürgen Nimptsch, gradonačelnik Saveznog grada Bonna, Klaus Kinkel, bivši ministar pravde u Saveznoj vladi kao i dr. Gradonačelnik Nimptsch je posebno istakao podršku Grada Bonna u radu Fondacije, čije se glavno sjedište od samog osnivanja nalazi upravo u ovom gradu, a koji je do premještanja državnih organa u Berlin bio i administrativno sjedište saveznih organa uključujući Bundestag, Bundesrat, Saveznu vladu i ministarstva, kao i dijela najviših sudskih organa. Bivši savezni ministar pravde, dr. Kinkel, na čiju posebnu ličnu inicijativu je osnovana Fondacija, osvrnuo se na ideje i ciljeve koji su postavljeni Fondaciji u vrijeme kada je osnovana, kao i na izazov pred kojim se nalazila tadašnja Savezna vlada i uopšte Njemačka, da pomogne u transformaciji država iz bivšeg Istočnog bloka. Dr. Kinkel je posebno istakao zalaganje tadašnje Savezne vlade i njegovo lično zalaganje kako bi SR Njemačka bila angažovana ne samo u transformaciji političkog i ekonomskog sistema u ovim zemljama, već i u prenošenju svojih iskustava u transformaciji pravnog poretka kao najviše garancije za razvoj i održivost cjelokupnog pravno-političkog sistema

novih demokratija u Srednjoj, Istočnoj i Jugoistočnoj Evropi.

U nastavku konferencije uslijedio je radni dio u okviru kojeg su predavanja održali prof. dr. Klaus Tolksdorf, predsjednik Saveznog vrhovnog suda, Tatiana Andreeva, zamjenica predsjednika Vrhovnog privrednog suda u Ruskoj Federaciji, dr. Oleg Efrim, ministar pravde Republike Moldavije, Ruxandra Sabareanu, generalni sekretar Ustavnog suda Rumunije i prof. dr. emeritus Omaia Elwan s Univerziteta u Heidelbergu. Profesor Tolksdorf je u svom predavanju govorio o nezavisnosti sudija u Njemačkoj i o društvima u tranziciji. Istakao je da je načelo nezavisnosti jedan od ključnih principa koji obezbjeđuje pravilnu primjenu prava, pri čemu je konstatirao da je zabilježen veliki napredak u većini zemalja u tranziciji, dok u jednom dijelu ovih država ovo načelo nije u cjelini i u dovoljnoj mjeri implementirano. Ministar pravde Moldavije osvrnuo se na reformu pravosuđa u Moldaviji i na stručnu podršku Njemačke u okviru tog procesa, pri čemu je posebno istakao saradnju i doprinos Fondacije. Prezentacija gđe Andreeve odnosila se na ulogu Vrhovnog privrednog suda Ruske Federacije u razvoju zakonodavstva, a posebno je istakla uticaj sudske prakse ovog suda u procesu izmjene privrednog prava u Rusiji i saradnju suda s resornim ministarstvima i radnim tijelima Parlamenta.

U drugoj sesiji radnog dijela, gđa Sabareanu je napravila pregled višegodišnje saradnje Ustavnog suda Rumunije s Fondacijom IRZ. Posebno zanimljivo predavanje održao je prof. dr. Omaja Elvan, koji je govorio o mogućnostima, prednostima i perspektivama angažmana SR Njemačke u arapskom svijetu. Profesor Elvan je istakao mogućnost demokratske transformacije pravnih i političkih sistema u zemljama Sjeverne Afrike i Arapskog poluostrva, naročito poslije talasa narodnih protesta koji su doveli do napuštanja autokratskih režima i pokušaja uvođenja demokratskih standarda u organizaciji državne vlasti. Zaključio je da uspjeh i postignuća angažmana Fondacije IRZ u zemljama u tranziciji u Evropi u proteklim godinama mogu da se ponove i kod slične asistencije u demokratijama u nastanku u arapskom svijetu, posebno zato što veliki broj ovih zemalja ima tradiciju recepcije kontinentalne pravne tradicije, a njihovi pravni poreci su u velikoj mjeri kompatibilni s pravnim porocima u zemljama evropskog kontinentalnog prava, među kojima SR Njemačka zauzima vodeće mjesto.

Poslije završenog radnog dijela Konferencije uslijedio je neformalni dio na kojem su, pored prijema, učesnici konferencije imali mogućnost da uživaju u djelima umjetnika Vladislava Stalmahova, Same Skobernea i Kornelije Genšove.

* Asistent na Pravnom fakultetu “Justinijan Prvi” u Skoplju.

Mag. Sci. Aleksandar Lj. Spasov

**Bericht über die Fachkonferenz
“Justizreform in Transformationsstaaten
– 20 Jahre IRZ-Stiftung“**

(Zusammenfassung)

Der vorliegende Beitrag berichtet über die Fachkonferenz “Justizreform in Transformationsstaaten – 20 Jahre IRZ Stiftung”, die am 14. 6. 2012 in Bonn stattfand. Diese Konferenz war Teil des Programms zur Feier des 20. Jubiläums der IRZ. Der Autor berichtet sowohl über den Arbeitsteil als auch über den festlichen Teil dieser Konferenz und hebt besonders die Feststellung der Konferenzteilnehmer hervor, dass die IRZ im Rahmen ihrer Tätigkeit in den vergangenen 20 Jahren eine sehr wichtige und nützliche Rolle in der Beratung und bei der Unterstützung der Justizreformen in den Transformationsstaaten Mittel-, Ost- und Südosteuropas spielte. Darüber hinaus wird hervorgehoben, dass auch in den Staaten der arabischen Welt ein Bedarf für die Tätigkeit der IRZ bei der Transformation der Rechtsordnungen besteht. Deutsch sprechende Leser finden weitere Informationen zu dieser Veranstaltung unter <http://www.irz-stiftung.de/stiftungsprojekte/aktuelles/jubi-bonn-2012.html>. Ein Bericht in englischer Sprache findet sich unter <http://www.irz-stiftung.de/index.php?menuid=79&repreid=184&getlang=e>.

**Međunarodna konferencija
“20 godina IRZ fondacije”,
Berlin, 25. oktobra 2012.**

Prof. dr. Meliha Povlakić

U Berlinu je 25. oktobra 2012. godine održana Međunarodna konferencija pod naslovom “Promicanje demokratije i pravne države kroz dvadesetogodišnju međunarodnu pravnu saradnju IRZ fondacije”. U Berlinu svaka od 16 njemačkih saveznih država ima svoje predstavništvo, a konferenciji je domaćin bio Slobodni hanzeatski grad Hamburg u čijim je prostorijama ona održana. Gosti Konferencije bili su najvažniji partneri Fondacije u pojedinim zemljama, u kojima ova fondacija djeluje. IRZ fondacija ostvaruje trenutno saradnju s preko 30 zemalja Evrope, Azije i Afrike. Posebnu čast za Pravni fakultet u Sarajevu predstavljala je činjenica da je upravo Pravni fakultet u Sarajevu ocijenjen značajnim partnerom u BiH, te je njegov predstavnik učestvovao na ovoj konferenciji. Broj gostiju iz svake pojedine zemlje prirodno je bio određen obimom projekata i veličinom zemlje, pa se može konstatirati da su u najvećem broju bili prisutni predstavnici zemalja bivšeg Sovjetskog saveza. Taj podatak ne iznenađuje jer je prije dvadeset godina Fondacija i započela pravnu saradnju s bivšim socijalističkim zemljama koje su se nalazile u procesu transformacije. U međuvremenu značajna ciljna grupa postale su i zemlje

Sjeverne Afrike i Centralne Azije, te je Konferenciji prisustvovao i veliki broj partnerskih organizacija iz arapskih zemalja.

Konferencija je bila prilika da se zajedno s partnerima IRZ fondacije i mnogobrojnim pravnim ekspertima i predstavnicima različitih pravničkih profesija (suci, advokati, notari, vladini službenici, djelatnici nevladinih organizacija, univerzitetski profesori), kako iz Njemačke tako i iz inostranstva, rezimiraju i analiziraju iskustva međunarodne pravne saradnje iz proteklih 20 godina, te da se sagledaju perspektive buduće pravničke saradnje.

Tri govornika su imala čast da otvore ovu međunarodnu konferenciju i to dr. Frank Freiherr von Fürstenwerth, predsjednik Kuratorijuma IRZ fondacije i glavni direktor Skupnog saveza njemačke privrede iz oblasti osiguranja (Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft), državna sekretarica u Saveznom ministarstvu pravosuđa dr. Birgit Grundmann i direktor IRZ fondacije, Dirk Mirow. U uvodnim riječima govornici su se osvrnuli na razloge osnivanja ove fondacije 1992. godine, čemu je inicijator bio tadašnji ministar pravosuđa SR Njemačke dr. Klaus Kinkel, kao i na glavna postignuća ove fondacije. Tom prilikom iskazana je i zahvalnost svim partnerima s kojima ova fondacija saraduje, kako prisutnima tako i onima koji nisu prisustvovali Konferenciji, jer je razumljivo da je bilo moguće pozvati samo ograničen broj partnera da lično prisustvuju Konferenciji.

Konferencija je bila koncipirana kao tri posebne panel diskusije, na kojima su panelisti dali kratke uvodne napomene, da bi nakon toga bila otvorena diskusija u kojoj su učestvovali panelisti kao i prisutni gosti.

Prvi panel bio je posvećen temi “20 godina dijaloga, savjetovanja, podrške – reforma pravosuđa kao suština procesa transformacije”. Ovaj panel moderirao je predsjednik Saveza njemačkih sudaca, Christoph Frank. Impuls referat za ovaj panel iznio je zamjenik predsjednika Vrhovnog suda Ukrajine dr. Victor Kryvenko, osvrnuvši se na nastanak i rad ovog suda i podršku IRZ fondacije njegovom radu. Kao panelisti u ovom dijelu Konferencije učestvovali su prof. dr. Veniamin Yakovlev, bivši ministar pravosuđa Sovjetskog saveza, a sada savjetnik za pravna pitanja predsjednika Ruske Federacije i dopredsjedavajući Udruženja pravnika Rusije, Sigfrid Kuder, predsjednik Pravnog odbora njemačkog Bundestaga, i Richard Bock, potpredsjednik Savezne notarske komore SR Njemačke. U diskusiji je istaknuta uloga nezavisnog pravosuđa za demokratske procese u jednoj državi, pri čemu su se mogle čuti i određene kritičke opaske njemačkih pravnika prema napretku ovih procesa u pojedinim transformacijskim zemljama.

Drugi panel bio je posvećen temi “Pouzdana pravničke profesije i stabilni pravni sistem – *conditio sine qua non* privrednog rasta i blagostanja”. Ovaj panel je moderirao potpredsjednik Savezne advokatske komore Hansjörg Staehle, a uvodni referat je iznio prof. dr. Stephan Wernicke, glavni pravnik Njemačke industrijske i privredne komore

e. V., a svoj doprinos ovoj temi dali su i Michael Maya, vicedirektor American Bar Association – Rule of Law Initiative (Inicijativa za pravnu državu), dr. Oliver Vossius, predsjednik Njemačkog udruženja notara i prof. dr. Konstantin Korkelia s Državnog univerziteta u Tbilisiju, Gruzija, a uslijedila je i živa diskusija. U diskusiji je naročito istaknuta uloga notara kao nezavisnog trećeg i preventivnog suca za pravnu sigurnost u oblasti prometa nekretnina i osnivanja privrednih društava, te izvršeno kritičko poređenje pravnih sistema koji poznaju ovu profesiju s onima u kojima ona ne postoji. Višekratno su predstavnici njemačkog notarijata istakli kvalitet provedene reforme u ovoj oblasti upravo u Bosni i Hercegovini.

Treće težište konferencije bilo je posvećeno “Izazovima u arapskim državama i državama Bliskog Istoka – perspektive za međunarodnu pravnu saradnju”. Impulsni referat iznio je Adel Maged, potpredsjednik egipatskog Kasacionog suda, a slijedili su prilozi prof. dr. Wolfganga Ewera, predsjednika Njemačkog udruženja advokata, Samija Kallela, advokata pri Vrhovnom sudu Tunisa i dr. Tilmana Rödera sa Max Planck instituta za strano javno pravo i međunarodno javno pravo, a panel je moderirao dr. Wolfgang Schmitt-Wellbrock, rukovoditelj odjeljenja u Saveznom ministarstvu pravosuđa. Ovaj panel je pokazao da se izazovi za pravnu saradnju u ovim zemljama u velikoj mjeri razlikuju od onih u bivšim socijalističkim evropskim zemljama. To je pokazala i veoma živa diskusija o inkorporiranju šerijatskog prava u buduću egipatski ustav, kao i poteškoće da se borba protiv terorizma općenito posmatra neovisno od izraelsko-arapskog sukoba.

Konferencija je bila odlično organizirana, učesnicima je dala mogućnost i za bilateralne kontakte i razgovore, a posebnu vrijednost predstavlja i činjenica da je Konferenciju pratilo izdavanje monografije “Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland: 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale Zusammenarbeit” (“Njemačka kao savjetnik u reformi prava i pravosuđa u inostranstvu: 20 godina Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju”, o čemu se takođe referira u ovom broju časopisa NPR.¹

Prof. Dr. Meliha Powlakić

**Bericht über die internationale Konferenz
“Demokratie- und Rechtsstaatsförderung
durch die IRZ – 20 Jahre internationale
rechtliche Zusammenarbeit“**

(Zusammenfassung)

Der Beitrag berichtet über die internationale Konferenz “Demokratie- und Rechtsstaatsförderung durch die IRZ – 20 Jahre internationale rechtliche Zusammenarbeit”, die am 25. Oktober 2012 in Berlin stattfand. Informationen über diese Konferenz in deutscher Sprache finden sich unter <http://www.irz-stiftung.de/stiftung-projekte/aktuelles/20-jahre-irz-1-206.html>.

**Međunarodna konferencija
“4. dan njemačkog prava u BiH”,
Sarajevo, 30. novembra 2012.**

Prof. dr. Meliha Powlakić

Dana 30. 11. 2012. u svečanoj sali Univerziteta u Sarajevu održana je konferencija “4. dan njemačkog prava u BiH”. Organizatori konferencije bili su Pravni fakultet u Sarajevu, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnik (DBHJV). Ovo je već drugi put da se ovakva konferencija održava na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Naime, 2010. godine je Pravni fakultet u Sarajevu bio domaćin i 2. dana njemačkog prava u BiH, dok je 1. dan njemačkog prava održan na Pravnom fakultetu u Bihacu, a 3. dan u Mostaru, u suorganizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta Džemal Bijedić i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru.

Konferencija je održana pod pokroviteljstvom nj. e. Ulrike Marie Knotz, ambasadorice SR Njemačke u BiH. Obraćajući se prisutnima u svom pozdravnom govoru, ona je istakla značaj djelovanja Fondacije IRZ i saradnje s institucijama u BiH. Pri tome je istakla slijedeće: “Ako me pitate šta je važno za razvoj privrede, dobrobit stanovnika, mir u društvu te budućnost BiH i drugih zemalja u regiji, onda je to pravna država. Drago mi je što je Savezna Republika Njemačka mogla pružiti podršku jačanju pravne države i vladavine prava u BiH.”

U ime Pravnog fakulteta prisutne je pozdravila prof. dr. Meliha Powlakić, prodekanesa za međunarodnu saradnju, istaknuvši značaj saradnje Pravnog fakulteta i IRZ fondacije. Istakla je da Pravni fakultet u Sarajevu i IRZ fondacija sarađuju od 2000. godine i da je za proteklih dvanaest godina ova saradnja sve više dobivala na značaju i obimu, a IRZ fondacija i Pravni fakultet u Sarajevu postali su pouzdani partneri. Osvrnuvši se ukratko na zajedničke projekte, prije svega na Dopunski studij njemačkog prava i IRZ biblioteku njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu, prof. Powlakić se u ime Fakulteta zahvalila IRZ fondaciji na podršci koju je u toku navedenih dvanaest godina pružila Fakultetu.

Međunarodna konferencija “4. dan njemačkog prava u BiH” bila je prilika da prvi put direktor IRZ fondacije posjeti BiH i Sarajevo. Direktor IRZ fondacije Dirk Mirow je pozdravio skup i predstavio IRZ fondaciju koja ove godine slavi dvadesetogodišnji jubilej. G. Mirow je govorio o djelatnostima ove fondacije u tranzicijskim zemljama, a posebno u BiH. Trenutno je najvažniji zajednički projekt Dopunski studij njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu kao i s njim povezano uspostavljanje IRZ biblioteke njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu. G. Mirow se zahvalio Pravnom fakultetu u Sarajevu na partnerskom učešću u spomenutim projektima. Takođe se

¹ Vidi prilog Lazara Glišovića, str. 81.

zahvalio i Njemačko-bosanskohercegovačkom udruženju pravnika istakavši prije svega zajednički projekt izdavanja časopisa NPR – Nova pravna revija, ali i podršku DBHJV pri organizaciji sva četiri dana njemačkog prava u BiH.

Iako je programom bilo predviđeno da se skupu u ime Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika obrati potpredsjednica tog udruženja gospođa Vesna Softić, notarka, zbog njene objektivne spriječenosti, skup je pozdravila predsjednica ovog udruženja, prof. dr. Meliha Powlakić. Predstavila je ukratko djelatnost ovog udruženja i zajedničke projekte s IRZ fondacijom, istaknuvši pri tome da većinu svojih aktivnosti ovo udruženje provodi upravo u saradnji s IRZ fondacijom. Osim trenutno najambicioznijeg projekta – izdavanje časopisa NPR, i već spomenute organizacije njemačkih pravnih dana u BiH, ona je spomenula i suorganizaciju skupova i radionica kao što je workshop “Pravne smetnje stranim investicijama u BiH”, održan 30. 6. i 1. 7. 2010. god. na Ilidži/Sarajevo i “Aktualna pitanja oporezivanja u Bosni i Hercegovini” održan 17. 4. 2012. godine. Konferencija je bila posvećena ustavnom i krivičnom pravu. Na Konferenciji su prezentaciju imali eminentni pravници iz SR Njemačke i Bosne i Hercegovine:

- Predsjednica Ustavnog suda BiH, gospođa Valerija Galić, govorila je na temu “Uloga Ustavnog suda BiH u ustavnopravnom razvoju Bosne i Hercegovine i jačanju demokratske države” predstavivši historijski razvoj ovog suda, njegove nadležnosti i najznačajnije odluke koje su doprinijele jačanju demokratske države i razvoju prava;
- Bivša predsjednica Ustavnog suda SR Njemačke prof. dr. Jutta Limbach i direktorica Goethe-Instituta, govorila je na temu “Uloga Saveznog ustavnog suda u razvoju prava” posebno se osvrnuvši na presude toga suda koje su izvršile utjecaj na njemačkog zakonodavca, ali ujedno istakla koliko je bitno da sudovi primjenjuju a ne stvaraju pravo;
- Prof. dr. Jasna Bakšić Muftić (Pravni fakultet Sarajevo) je izlagala na temu “Osvrt na praksu Ustavnog suda BiH u zaštiti ljudskih prava”. Analizirala je određene odluke Ustavnog suda BiH u kojima sud nije dosljedno slijedio istu argumentaciju;
- Prof. dr. dr. h. c. Friedrich-Christian Schroeder, emeritirani profesor Univerziteta u Regensburgu i naučni rukovoditelj Instituta za istočno pravo, govorio je o pravnoj figuri “počinitelja iza počinitelja” čiji je on tvorac i koja je osim doktrinarnog značaja imala i izuzetan praktični značaj u procesuiranju krivičnih djela izvršenih po naredbi (npr. u Južnoj Americi);
- Prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić (Pravni fakultet Sarajevo) je svojim izlaganjem na temu “Krivični postupak i odluke Ustavnog suda BiH” povezala dva bloka konferencije, onaj posvećen ustavnom pravu i onaj posvećen krivičnom pravu. Analizirajući odluke Ustavnog suda BiH iz oblasti krivičnog

pravosuđa naglasila je izvjesnu konstitualizaciju krivičnog prava u BiH kroz praksu Ustavnog suda BiH.

Na Konferenciji je promovirana knjiga prof. dr. Jutte Limbach “Savezni ustavni sud Njemačke” koja je prevedena i izdata u okviru “Edicije njemačkog prava”. Ova je Edicija inače zajednički projekt izdavačke kuće University Press iz Sarajeva i IRZ fondacije. Direktor izdavačke University Press, Dragan Marković, dao je uvodne napomene o ovoj ediciji, a zatim su knjigu prof. dr. Jutte Limbach promovirali prof. dr. Sulejman Bosto (Filozofski fakultet u Sarajevu) i doc. dr. Nedim Ademović (Pravni fakultet u Zenici i Pravni fakultet u Bihacu).

Jedan dio Konferencije bio je posvećen predavljanju i promociji Dopunskog studija njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Nakon što su dekan Pravnog fakulteta u Sarajevu, prof. dr. Borislav Petrović i direktor IRZ fondacije, gospodin Dirk Mirow u septembru 2011. godine potpisali u Bonu Memorandum o razumijevanju, na Pravnom je fakultetu započela nastava u okviru navedenog studija. Tridesetak studenata prvog i drugog ciklusa studija, ali i nekoliko diplomiranih pravnika, koji govore njemački jezik i u stanju su pratiti predavanja na njemačkom jeziku, opredijelili su se da pohađaju ovaj studij. Predavanja o izabranim temama njemačkog prava drže profesori njemačkih univerziteta ili ugledni praktičari, kao i profesori i nastavnici Pravnog fakulteta u Sarajevu. Studij traje četiri semestra i orijentiran je na oblasti privatnog, krivičnog i javnog prava. Osim toga, izvodi se nastava iz njemačke pravne terminologije. Studij je predstavila njegova voditeljica prof. dr. Meliha Powlakić i dvije studentkinje učesnice studija kao i ljetne škole u Brühlu, Merima Mujanović i Emina Mameledžija. Naime, ovaj studij je otvorio mogućnost njegovim učesnicima da budu uključeni u određene programe za strane studente koji se izvode u SR Njemačkoj, što je sigurno i dodatni motiv za pohađanje ovog studija.

Kao podrška ovom studiju osnovana je IRZ biblioteka njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Biblioteka je smještena u posebnoj prostoriji, gdje se inače i održava navedeni studij, a sastoji se od najnovijih izdanja najeminentnijih izdavača pravničke literature iz SR Njemačke (npr. Beck Verlag, Mohr & Siebeck, Sellier). Naslovi su birani tako da se u svakoj pravnoj oblasti obezbijedi barem osnovna udžbenička literatura i temeljni komentari zakonskih tekstova iz svih pravnih oblasti. Pored toga Biblioteka sadrži i značajan broj monografija iz različitih pravnih oblasti. Takođe je izvršena pretplata na određene časopise (NJW, JuS, ZEuP), a neki se časopisi dobivaju u razmjeni za NPR (npr. IPrax), te je obezbijeden pristup određenim bazama podataka. Tako je korisnicima ove biblioteke Juris GmbH donirao licencu za besplatan pristup njihovoj bazi podataka. Biblioteka je rezultat velikodušne podrške IRZ fondacije, Saveza njemačkih sudija, Notarske komore Njemačke i pravnog portala

Iuris. Posebno treba istaći velikodušni petocifreni iznos u eurima koji je izdvojio Skupni savez njemačke privrede iz oblasti osiguranja (*Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft*), te donaciju IRZ fondacije za uređenje prostorije Biblioteke i nabavku potrebne kompjuterske opreme za efikasno pretraživanje baza podataka. Biblioteka je namijenjena prvenstveno učesnicima Dopunskog studija i nastavnicima i saradnicima Pravnog fakulteta u Sarajevu, ali i drugim studentima Fakulteta, kao i zainteresiranim kolegicama i kolegama s drugih fakulteta u BiH, budući da trenutna situacija u kojoj se nalazi visoko obrazovanje u BiH ne omogućava drugim fakultetima slične nabavke, koje su pak preduslov za naučno-istraživački rad.

Na konferenciji je doc. dr. Slavko Đorđević s Pravnog fakulteta u Kragujevcu predstavio Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava. Ovo tek nedavno osnovano društvo takođe, kao i DBHJV, uživa podršku IRZ fondacije, i već su realizirani određeni zajednički projekti kao što je Konferencija o recepciji njemačkog prava, održana 15. marta 2012. na Pravnom fakultetu u Beogradu. Tom prilikom je i u Srbiji promoviran časopis NPR, a Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava postalo jedan od izdavača ovog časopisa. Doc. dr. Slavko Đorđević je govorio o planiranim projektima ovog društva.

Skupu je prisustvovao veliki broj stranih i domaćih pravnika. Tako su bili prisutni predsjednik i potpredsjednica Ustavnog suda Republike Srbije, g. Slijepčević i prof. dr. Draškić, predsjednik Ustavnog suda Republike Makedonije, g. Naumoski, potpredsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, gđa Bagić, sudije ustavnih sudova Republike Hrvatske, Makedonije, Bosne i Hercegovine, predsjednica Ustavnog suda Federacije BiH, gđa Kata Senjak, sudije Ustavnog suda Federacije BiH, Suda BiH, Vrhovnog suda BiH, predstavnici Notarske komore Federacije BiH, profesori i asistenti pravnih fakulteta Mostara, Zenice, Kragujevca i Sarajeva.

Prof. Dr. Meliha Povlakić

**Bericht über die Konferenz
"4. Tag des deutschen Rechts in
Bosnien und Herzegowina"**

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die Konferenz "4. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina", die am 30. November 2012 im Festsaal der Universität in Sarajevo gemeinsam von der IRZ, der Juristischen Fakultät in Sarajevo und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) ausgerichtet wurde. Interessierte Leser können der Webseite der IRZ einen Bericht in deutscher Sprache über diese Veranstaltung entnehmen: <http://www.irz-stiftung.de/stiftungsprojekte/aktuelles/4-tag-des-deutschen-rechts.html>.

Pravo na internetu

Dr. Stefan Pürner

**Web-stranice Njemačke fondacije
za međunarodnu pravnu saradnju e.V.
(skraćeno: IRZ)**

Većina čitatelja *Nove pravne revije* (NPR) Njemačku fondaciju za međunarodnu pravnu saradnju e.V. (skraćeno: IRZ) poznaje prvenstveno preko njenih aktivnosti u Jugoistočnoj Evropi. Ko, međutim, posjeti web-stranicu IRZ-a (www.irz-stiftung.de), ustvrdit će da se djelokrug IRZ-a ne prostire samo na pomenutu regiju, već prelazi i granice Evrope. Široki djelokrug IRZ-a je upravo razlog zašto poznavanje njemačkog jezika nije neophodno, kako bi se čitalatelj informirao o aktivnostima ove organizacije, pošto je web-prezentacija IRZ-a dostupna i na engleskom, ruskom i arapskom jeziku. IRZ pored Istočne Evrope i Zapadnog Balkana, naime, geografski svojim aktivnostima sada pokriva i Centralnu Aziju i Južni Kavkaz, takozvanu MEDA regiju, kao i Bliski Istok i Vijetnam.

Web-stranica nudi detaljne informacije o IRZ-ovim aktivnostima u svim ovim zemljama. Posebno treba istaći godišnje izvještaje na njemačkom i engleskom jeziku, koji su dostupni za download na stranici počevši od izvještaja za 2000. godinu. Pošto je IRZ 2000. godine u okviru Pakta stabilnosti počeo da djeluje u zemljama u kojima se distribuira NPR, u tim izvještajima dokumentovane su i aktivnosti u zemljama iz regije. Isto važi i za više od 20 drugih zemalja, počevši od Egipta i Armenije, preko Ruske Federacije, Turske i Tunisa, do Uzbekistana i Vijetnama. Aktivnosti u velikom broju zemalja mogle bi stvoriti sliku o IRZ kao izuzetno velikoj organizaciji. Ko, međutim, pozove u meniju opciju "Saradnici i saradnice IRZ fondacije", naići će na iznenađenje: u Njemačkoj, u kancelarijama IRZ-a u Bonu (sjedište) i Berlinu uposleno je manje od 50 osoba (ovom broju naravno treba dodati i saradnike iz partnerskih zemalja kao i stručnjake koji djeluju u tim zemljama).

Posebno je interesantna download rubrika stranice (www.irz-stiftung.de/stiftung-download/download.html). Pored već pomenutih godišnjih izvještaja, u ovom dijelu se nalaze i linkovi za preuzimanje njemačkih zakona na njemačkom, a dijelom i na engleskom jeziku. Prevodi na temu arbitraža dostupni su preko linka koji vodi na web-stranicu njemačke Ustanove za arbitražu (DIS) ne samo na engleskom, već i francuskom, španskom, ruskom, te dijelom i na kineskom jeziku.

Nadalje moguće je pronaći izvještaje iz medija o aktivnostima IRZ-a i o općim pitanjima iz prakse pružanja međunarodnog pravnog savjetovanja, o kojima su objavljivi prilozi u stručnim časopisima, kao što su *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) i *Deutsche Richterzeitung*.

O IRZ-ovim aktivnostima izvještavano je i u programu *Deutsche Welle*, te u časopisima *Süddeutsche Zeitung* i *Focus online*. Pored toga na IRZ-ovoj web-stranici postavljeni su prilozi njenih saradnika o pravnim temama, koji su objavljeni u naučnim publikacijama.

Linkovi ponuđeni na IRZ-ovoj web-stranici će naročito biti od pomoći onima, koji su u potrazi za opširnijim informacijama o određenim temama iz oblasti njemačkog i evropskog prava. Iako je broj postavljenih linkova pregledan, navedene su web-adrese mnogih važnih pravnih organizacija. Tako popis linkova obuhvata i njemačke savezne sudove (čije internet-stranice sadrže informacije i na engleskom jeziku, vidjeti NPR 1–2/2010, str. 71), razne naučne institucije koje se bave pravom Istočne i Jugoistočne Evrope i baza podataka Inter-jus (www.inter-jus.de), u kojoj se, po nalogu Saveznog ministarstva pravde, katalogiziraju različite mjere pružanja međunarodnog pravnog savjetovanja, koje poduzimaju njemačke organizacije iz javnog i privatnog sektora.

Na koncu vrijedi spomenuti da web-stranica IRZ-a neprestano biva aktualizirana. U rubrici "Aktualno" objavljuju se najnoviji, kraći izvještaji o važnim aktivnostima IRZ-a, koji su nadopunjeni foto priložima. Ovo omogućava stvarni uvid u djelatnosti IRZ-a, koja već 20 godina po nalogu Vlade SR Njemačke uspješno i efikasno pruža podršku partnerskim zemljama pri razvoju njihovih pravnih sistema. Ova rubrika istovremeno omogućava preispitivanje određenih predrasuda prema Nijemcima i njemačkim institucijama, kako izreka iz Bosne i Hercegovine "Ne zna Hans za teferić" dokazuje, postoji mnogo ljudi koji misle, da su Nijemci fokusirani samo na posao. Ko međutim na IRZ-ovoj web-stranici pogleda godišnje izvještaje o učešću IRZ-ovih saradnika na bonskim utrkama firmi (kod kojih radne kolege zajedno trče, prelazeći stazu od skoro 6 km dužine) i vidi fotografije s ovog događaja, ustvrdit će da se u Njemačkoj i IRZ fondaciji itekako cijene druženja i kolegijalnost. No to naši partneri s ovih prostora svakako već znaju, zar ne?

Dr. Stefan Pürner

Recht im Internet

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe wird in der Rubrik "Recht im Internet" aus Anlass des zwanzigsten Jubiläums der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (kurz: IRZ) deren Internetseite vorgestellt. Dabei wird auch darauf hingewiesen, dass sich dort auch weiterführende Links zum Download deutscher Gesetze in deutscher Sprache und teilweise auch in Fremdsprachen finden und dass Besucher über die links Zugang zu vielen wichtigen deutschen juristischen Organisationen und zur Datenbank Inter-jus (www.inter-jus.de) erhalten, in der im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz die verschiedenen Maßnahmen im Bereich der internationalen Rechtsberatung unterschiedlichster deutscher öffentlicher und privater Organisationen gesammelt werden.



Poziv za dostavljanje radova

Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo je pravni časopis osnovan od strane njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-Stiftung) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV).

Namjera pokretača ovog časopisa je da stvore forum za objavljivanje naučnih priloga i informativnih prikaza iz prava Bosne i Hercegovine i Njemačke, ali i iz evropskog prava i te iz prava drugih zemalja regije.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine (države i entiteta, te Distrikta Brčko BiH)
- Aktuelnosti iz evropskog prava
- Aktuelnosti iz prava zemalja Jugoistočne Evrope

Konkretno teme članaka autori mogu slobodno birati. Naročito su poželjni članci sa praktičnim uklonom, članci koji doprinose razvoju prava, te članci mladih naučnika koji se nalaze na početku svoje akademske karijere.

Kako bi se obezbijedio visoki nivo svih priloga, prilozi će biti recenzirani. Svi članci koji budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata, a koji zbog ograničenog obima časopisa ne budu objavljeni u jednom broju, bit će uzeti u obzir za sljedeće izdanje časopisa.

Autorice i autori su sami odgovorni za sadržaj svojih priloga. Autorice i autori *Novoj pravnoj reviji* ustupaju prava na objavljivanje i eventualno prevođenje članka na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine u štampanoj formi, te u elektronskoj formi na internetu. Objavljene priloge autorice i autori mogu objavljivati u drugim štampanim ili online-publikacijama po isteku godine dana od objavljivanja u *Novoj pravnoj reviji* uz navođenje izvora prvog objavljivanja.

Autorica/autor podnošenjem svog manuskripta prihvata sve uslove navedene u ovom dokumentu i garantira da prilog u predanom ili sličnom obliku nije objavljen na drugom mjestu i da njemu ne postoje prava trećih lica.

Članci i prilozi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 – 20 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćirilničnom pismu, te će takvi biti i objavljeni. 1.500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i kratki apstrakt (do 200 riječi) koji uključuje pet ključnih riječi na kraju apstrakta, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački ili engleski jezik. Autoricama i autorima će prevodi apstrakta na strani jezik biti dostavljeni na autorizaciju.

Kako bi se osigurao jedinstven način citiranja i navođenja izvora nužno je da se autorice/autori pridržavaju pravila za citiranje i navođenje koji su dati u prilogu ovog poziva.

Prilozi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na email adresu:

novappravnavrevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za sljedeći broj časopisa:

15. 3. 2013. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 15. 4. 2013. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 30. 4. 2013. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu:

novappravnavrevija@gmail.com

ili na broj broja telefona 033 206-350 lok. 234.

CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

Citiranje

“xxxx” C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima

C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini.

“xxxx.” C Znacni navoda trebaju uvijek biti stavljani nakon završnog interpunkcijskog znaka.

[xxxxxxx] C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada.

[podvukao autor] C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor].

N. B. Ukoliko fusnota sadrži citat, njegov izvor treba da bude naveden neposredno po završetku citata.

Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

1. Navođenje u samom tekstu

Ukoliko se izvori kao zakoni ili međunarodni sporazumi navode u samom tekstu obratiti pažnju na sljedeće:

Kod prvog navođenja je potrebno navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo spominjanje izvora.

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika u službenoj upotrebi u BiH (dalje: lokalni jezici) kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Član/članak”, “stav”, “alineja” – ukoliko se navode u tekstu treba da budu navedeni u punom obliku, a ako se stavljaju u zagrade, tada se kao i u fusnotama upotrebljava skraćenica (Čl. 34. st. 2.).

2. Navođenje u fusnotama

2.1 Navođenje sudskih presuda

Kod navođenja presuda preporučuje se korištenje onog metoda citiranja koji je karakterističan za pojedine zemlje npr.:

(a) BGH 4 October 1974, *BGHZ* 67, 207; *NJW* 1977 str. 35

(b) Odluka Suda Evropske unije od 3. juna 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) *Smith v. Lincoln*, 205 US 423 (2001)

2.2 Navođenje zakona i međunarodnih sporazuma

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od lokalnih jezika kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Kod prvog navođenja pravnog akta se može dati skraćenica koja će upotrebljavati u daljem tekstu.

Kod prvog navođenja pravnog akta potrebno je dati i broj/brojeve službenog glasila gdje je objavljen uključujući i sve naknadne izmjene.

2.3 Navođenje monografija

2.3.1 Prvo navođenje u radu

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) puni naziv knjige (kurziv/in italics)
- 3) Izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvoispomenuto)
- 5) izdavač
- 6) godina izdanja
- 7) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti slijedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zagradaama dati prevod naslova na lokalne jezike. Za autore koji radove predaju na stranim jezicima prevod naslova će dati prevodilac. Ipak, za naslove koji nisu izvorno na njemačkom, engleskom ili francuskom autori treba sami da daju prevod na engleskom jeziku u uglastim zagradaama.

2.3.2 Docnija navođenja

Docnija navođenja se vrše navođenjem imena autora i skraćenice 'op. cit.' i broja fusnote u kojoj je prvi put spomenuto djelo, a nakon toga slijedi broj stranice na koju se referira.

Ukoliko je u istoj fusnoti ili u radu navedeno više djela istog autora potrebno je navesti naziv djela, broj fusnote u kojem je prvi put navedeno i broj stranice na koju se referira.

2.4 Navođenje priloga u zbornicima

2.4.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: 'ed.', ili 'eds.', njemačka verzija 'Hrsg.'

- 4) puni naziv zbornika (kurziv/in italics)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvoispomenuto)
- 6) izdavač
- 7) godina izdanja
- 8) broj prve stranice priloga te broj stranice na koju se referira.

Primjer:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

2.5 Navođenja članaka iz periodike

2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/in italics; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćenica)
- 5) godina izdanja
- 6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija, ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'



Call for Papers

Die Neue juristische Rundschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht ist eine Rechtszeitschrift, die seitens der IRZ- Stiftung und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) gegründet wurde.

Die Idee der Gründer dieser Zeitschrift war es, ein Forum für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Artikeln und informativen Beiträgen aus dem bosnischen, dem deutschen, dem europäischen Recht, aber auch dem Recht anderer Länder der Region zu schaffen.

Insbesondere sind Beiträge für die folgenden Rubriken erwünscht:

- Aktuelles aus dem bosnisch-herzegowinischen Recht (Staat und Entitäten sowie Distrikt Brčko BiH)
- Aktuelles aus dem deutschen Recht
- Aktuelles aus dem europäischen Recht
- Aktuelles aus dem Recht der Länder Südosteuropas

Die jeweiligen Themen der Beiträge können die Autoren frei wählen. Besonders willkommen sind praxisrelevante Beiträge, Beiträge, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sowie Beiträge junger Wissenschaftler, die sich am Anfang ihrer akademischen Laufbahn befinden.

Um ein hohes Niveau aller Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge rezensiert werden. Alle Artikel, welche seitens der Rezensenten positiv bewertet werden, die jedoch wegen des begrenzten Umfangs der Zeitschrift nicht in einer Ausgabe veröffentlicht werden können, werden für die nächste Ausgabe berücksichtigt.

Die Autorinnen und Autoren sind selbst für den Inhalt ihrer Beiträge verantwortlich. Die Autorinnen und Autoren treten an die "Nova pravna revija" die Rechte zur Veröffentlichung und eventueller Übersetzung der Artikel in eine der Amtsprachen in Bosnien und Herzegowina in Druckform und in elektronischer Form im Internet ab. Die veröffentlichten Beiträge können die Autorinnen und Autoren in anderen Publikationen, in gedruckter oder elektronischer Form nach Ablauf einer einjährigen

Frist ab der Erstveröffentlichung in der "Nova pravna revija", mit Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung veröffentlichen.

Die Autorin/der Autor akzeptiert durch die Einreichung des Manuskripts alle in diesem Dokument angegebenen Bedingungen und garantiert, dass der Beitrag in der abgegebenen oder einer ähnlichen Fassung nicht anderweitig veröffentlicht wurde und keine Drittrechte daran bestehen.

Artikel und Beiträge:

Es können zwei Typen von Beiträgen eingereicht werden:

1. Längerer Artikel (10–20 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)
2. Kurzer Beitrag (3–9 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)

Die Beiträge können in lateinischer und kyrillischer Schrift eingereicht werden und werden in der Selben Schrift veröffentlicht. 1500 Zeichen gelten als eine Seite. Zu jedem Beitrag sollte eine kurze Zusammenfassung (bis 200 Wörter) abgegeben werden, mit fünf Schlüsselwörtern am Ende der Zusammenfassung, welche seitens der Redaktion in die englische oder deutsche Sprache übersetzt werden. Den Autorinnen und Autoren werden die übersetzten Zusammenfassungen zur Einsicht geschickt.

Um eine einheitliche Zitierweise und Anführung von Quellen zu gewährleisten, ist es notwendig, dass sich die Autorinnen und Autoren an die im Anschluss an diesen Call for Papers angegebenen Zitierregeln halten.

Die Beiträge können in einer der Amtsprachen in Bosnien und Herzegowina oder in deutscher Sprache in elektronischer Form als Word Dokument an die email Adresse: novaprvnarevija@gmail.com abgegeben werden.

Zum Beitrag sollte ein kurzer Lebenslauf (1 Seite) beigefügt werden, aus dem die Ausbildung und der berufliche Werdegang des Autors/der Autorin, sowie eine Liste der eventuellen bisherigen Publikationen ersichtlich sind.

Die Abgabefrist für die nächste Ausgabe der Zeitschrift ist der 15. 3. 2013.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 15. 4. 2013. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 30. 4. 2013.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden dann von der Redaktion in die Landessprache übersetzt.

Alle Fragen hinsichtlich der Zeitschrift können an die folgende email Adresse:

novaprvnarevija@gmail.com

oder die Telefonnummer

033 206350 ext. 234 gerichtet werden.

ZITIERREGELN UND QUELLENANGABEN

Zitieren

- “xxxx” C Zitate sollten unter Anführungszeichen angegeben werden
- C Zitate, die länger als vier Zeilen sind, sollten als Ganzes/in einem Block angeführt werden (Rahmenregel)
- “xxxx.” C Anführungszeichen sollten immer hinter dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden.
- [xxxxxxx] C Möchte der Autor/die Autorin einen eigenen Kommentar in das Zitat einbringen, sollte dieser in eckigen Klammern erfolgen.
- [Betonung des Autors] C Enthält das Zitat Teile, welche im Kursiv seitens des Autors hervorgehoben werden sollte angegeben werden: Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [Betonung des Autors].

N.B. Wenn das Zitat in einer Fussnote enthalten ist, sollte die Quellenangabe unmittelbar nach dem Zitat erfolgen.

Quellenangabe

In der Regel sollten Referenzen und Quellen in Fussnoten angegeben werden und im eigentlichen Text vermieden werden. Die Nummer der Fußnote sollte nach dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden, wenn sie sich auf den gesamten Satz bezieht, bzw direkt nach dem Wort, wenn sie sich lediglich auf dieses Wort bezieht.

1. Angaben im Text

Werden die Quellen zB Gesetze oder internationale Abkommen im Text angegeben, sollte Folgendes beachtet werden:

Bei der Erstangabe sollte die gesamte Bezeichnung angegeben werden.

Wenn eine Abkürzung verwendet werden möchte, sollte diese bei der Erstangabe angegeben werden.

Wenn Rechtsakte, welche nicht ursprünglich in einer der Amtssprachen in BiH verabschiedet wurden (anschließend: lokale Sprachen) angegeben werden, sollte bei der Erstangabe neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung angegeben werden. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [Beurkundungsgesetz].

“Artikel”, “Absatz”, “Ziffer” – wenn diese im Text angegeben werden, sollte dies nicht in abgekürzter Form erfolgen. Wenn sie in Klammern angegeben werden, werden sie wie in den Fussnoten abgekürzt (Art 34 Abs 2)

2. Angaben in Fußnoten**2.1 Angaben von Gerichtsentscheidungen**

Bei Angaben von Gerichtsentscheidungen wird empfohlen, die Zitierweise, die für das entsprechende Land charakteristisch ist zu verwenden zB:

- (a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35
- (b) Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3. Juni 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)
- (c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....
- (d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Angaben von Gesetzen und internationalen Abkommen

Wenn es sich um Rechtsakte handelt, die nicht ursprünglich in einer der lokalen Sprachen verabschiedet wurden, ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung anzugeben. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [Beurkundungsgesetz].

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes kann auch die Abkürzung, welche weiter im Text verwendet werden soll angegeben werden.

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes sollte auch die Nummer des Amtsblatts einschließlich aller späteren Änderungen angegeben werden.

2.3 Angaben von Monographien**2.3.1 Erste Angabe**

Nach folgender Reihenfolge werden angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren oder der Herausgeber und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren/Herausgeber, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (im Kursiv)
- 3) Ausgabe und/Volumen, Band, Heft
- 4) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 5) Verleger
- 6) Erscheinungsjahr
- 7) Seitenzahl auf die verwiesen wird..

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Titel, die nicht in lokalen Sprachen sind werden nicht übersetzt, jedoch sollte in eckigen Klammern eine Übersetzung in lokale Sprachen erfolgen. Für Autoren, die

ihre Beiträge in einer Fremdsprache einreichen, übersetzt ein Übersetzer die Titel. Für Titel, die im Original nicht in Deutscher, Englischer oder Französischer Sprache sind, sollten jedoch die Autoren selbst in eckigen Klammern eine Übersetzung ins Englische angeben.

2.3.2 Spätere Angaben

Spätere Angaben erfolgen mit Angabe des Namens des Autors mit der Abkürzung 'op. cit.' unter Angabe der Fussnote, in welcher das Werk zum ersten Mal zitiert wurde, darauf folgt die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Sollten in der Selben Fussnote mehrere Werke des Selben Autors genannt werden, sollte der Titel des Werks genannt werden, die Angabe der Fussnote in der es das erste Mal genannt wurde, sowie die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

2.4 Angaben von Beiträgen in Sammelbänden

2.4.1 Erstangabe

Die Angaben erfolgen nach folgender Reihenfolge:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
Name des Herausgebers (falls vorhanden) mit Zusatz: 'ed.', oder 'eds.', (englische Version oder 'Hrsg.' (deutsche Version))
- 3) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 4) Verleger
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje evropskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.

2.5 Angaben von Beiträgen in Zeitschriften

2.5.1 Erstangabe

Nach folgender Reihenfolge werden Angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Titel des Beitrags (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
- 3) Nummer
- 4) Bezeichnung der Zeitschrift (im Kursiv; es sollte die volle bezeichnung angegeben werden, wenn es sich um eine international bekannte Zeitschrift handelt, kann auch die übliche Abkürzung verwendet werden)
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.

U saradnji sa IRZ fondacijom
Edicija NJEMAČKO PRAVO

Novo izdanje
Edicija MUSTAFA IMAMOVIĆ BIRA ZA VAS



Jutte Limbach,
Savezni ustavni sud Njemačke
str. 80, 2012.
ISBN 9789958673122



Hans Vorländer,
Ustav. Ideja i historija
str. 97, 2012.
ISBN 9789958673085



Robert Donia (priređio),
Iz Skupštine Republike Srpske 1991-1996.
str. 247, 2012.
ISBN 9789958673139

MAGISTRAT UNIVERSITY PRESS

izdavaštvo, grafika, komunikacije
e-mail: magistra@bih.net.ba

PUBLISHING & BOOKTRADING COMPANY, SARAJEVO
e-mail: unipress@bih.net.ba

Specijalizirana pravna knjižara *Libris Iuris*

Obala Kulina bana br 7/1 Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
Tel: 033 550 675; fax. 033 550 676.
E-mail: universitypress@bih.net.ba

Najveći izbor pravne i srodne literature u Bosni i Hercegovini.

Između dva broja NOVE PRAVNE REVIJE najprodavaniji su bili sljedeći naslovi:

Autor	Naslov	ISBN	Cijena u KM
1. Hajrija Sijerčić-Čolić	Krivično procesno pravo, knjiga 1 i 2	9789958627941	35,00
2. Abedin Bikić	Obligaciono pravo – opći dio	9789958627507	30,00
3. Jutta Limbach	Savezni ustavni sud Njemačke	9789958673122	15,00
4. Hans Vorländer	Ustav. Ideja i historija	9789958673085	15,00
5. Nevenko Misita	Evropska unija – osnivanje i razvoj (meki uvez)	9789958757297	35,00
6. Slobodan M. Marković	Pravo intelektualne svojine	9789958635526	30,00
7. Edin Šarčević	Ustav iz nužde	9789958330322	20,00
8. Mustafa Kamarić Ibrahim Festić	Upravno pravo	9789958627804	50,00
9. Vladimir Vodinelić	Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava	9788651912200	50,00
10. Henri Kisindžer	Diplomatija	978867097162	40,00

Radno vrijeme knjižare:

ponedjeljak – petak: od 08.30 do 16.30

subota: od 09.30 do 13.30

Mogućnost kartičnog plaćanja: Visa i MasterCard.

