

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PРАВНА МІСАО

5 – 6

svibanj – lipanj / maj – juni

Sarajevo 2011.

Izdaje:

BOSNA I HERCEGOVINA
FEDERACIJA BOSNE I HERCEGOVINE
FEDERALNO MINISTARSTVO PRAVDE
ZAVOD ZA JAVNU UPRAVU
www.fmp.gov.ba

Časopis "PРАВNA MISAO" upisan je u evidenciju javnih glasila u Ministarstvu obrazovanja, nauke, kulture i sporta, pod brojem 727 od 23.10.1997. godine.

Redakcija časopisa:

prof.dr.sc. Hajrija SIJERČIĆ ČOLIĆ, Malik HADŽIOMERAGIĆ, Feliks VIDOVIĆ,
Anto ČAVAR, dr.sc. Almir MALJEVIĆ, Amir AVDAGIĆ

Glavni i odgovorni urednik: mr. sc. Goran ŠIMIĆ

Izvršna urednica: Mirjana BAŠIĆ

Lektorica: Anita LAŠTRO

Produkcija: Federalno ministarstvo pravde

Štampa: "Štamparija Fojnica" d.d.

Za štampariju: Šehzija Buljina

DTP: Federalno ministarstvo pravde

Grafičko rješenje: Ice-net d.o.o. Sarajevo

Tiraž: 300 primjeraka

Časopis izlazi dvomjesečno.

ISSN 0555-0092

GODIŠNJA PRETPLATA:	Za organe i organizacije na teritoriji BiH	120,00 KM
	Za pojedince	100,00 KM
	Za studente i neposlene	50,00 KM
	Za inostranstvo	200,00 KM

UPLATU UPUTITI NA: Federalno ministarstvo financija/finansija
UniCredit Banka dd
Transakcijski račun: 338-900-22115294-91
Budžetska organizacija: 1501001
Vrsta prihoda: 722597
Općina: 077

ADRESA REDAKCIJE: Federalno ministarstvo pravde
Zavod za javnu upravu
Sarajevo, Ul. Valtera Perića 15
Tel.: +387 33 203 918, fax: 668 956
Email: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

ID 4200785450004

Časopis "Pravna misao" indeksiran je u EBSCO bazi podataka
i uvršten je u Ulrichsweb Global Serials Directory.

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika	5
--------------------------------------	---

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Mr.sci. Maja Rimac Bjelobrk	Establishment of the State aid regime in Bosnia and Herzegovina in line with EU acquis	7
Dipl. iur. Dalibor Bingas	Poricanje genocida i pravo na slobodu izražavanja	35
Šejla Haračić-Čajlaković	Presuda Međunarodnog suda pravde u predmetu "Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore: precedent budućim sporovima o odgovornosti države za genocid?"	61

STRUČNI ČLANAK

Mr.sci. Adnan Mahmutović	Pogled na strukturu i nadležnosti Suda pravde Evropske unije nakon Lisabona	91
--------------------------	---	----

SUDSKA PRAKSA

Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci)	118
Suda Bosne i Hercegovine (Pripremila Vesna Trifunović, sudija Suda Bosne i Hercegovine)	123
Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)	125
Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (Pripremila mr. Ljiljana Filipović, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)	128
Apelacionog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Pripremio Damjan Kaurinović, predsjednik Apelacionog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i Admir Salihović, stručni saradnik Apelacionog suda Brčko distrikta BiH)	130

NOTARSKA PRAKSA

Dipl.iur. Đemaludin Mutapčić	Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini	131
Upute za autore		132

CONTENTS

Foreword of the Editor-in-Chief	5
--	---

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

Maja Rimac Bjelobrk, M.S.	Establishment of the State aid regime in Bosnia and Herzegovina in line with EU acquis	7
Dalibor Bingas, L.L.B	Genocide Denial and the Right to the Freedom of Speech	35
Šejla Haračić-Čajlaković	Judgment of the International Court of Justice in Case of Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro: Precedent to the Future Cases on the Responsibility of States for Genocide?	61

SCIENTIFIC REVIEW

Adnan Mahmutović, M.S.	Overview of the Structure and Jurisdiction of the Court of Justice of the European Union after the Lisbon Treaty	91
------------------------	--	----

CASE LAW

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Chair of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor of the Faculty of Law in Banja Luka)	118
Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Vesna Trifunović, Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina)	123
Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Sead Bahtijarević, Judge of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)	125
Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Ljiljana Filipović, M.S., Judge of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)	128
Appellate Court of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Damjan Kaurinović, Chair of the Appellate Court of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina and Admir Salihović, legal associate of the Appellate Court of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina)	130

NOTARY'S PRACTICE

Đemaludin Mutapčić, L.L.B	The Beginning of the Work of the First Notaries in Modern Bosnia and Herzegovina	131
---------------------------	--	-----

Instructions for authors	132
---------------------------------	-----

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitatelji,

Časopis "Pravna misao" uvršten je u EBSCO bazu podataka.

Ne samo da su članci objavljeni u časopisu tako postali dostupni svim zainteresiranim širom svijeta i učinili časopis potpuno referentnim za domaće autore koji će objavljivanjem članaka u našem časopisu moći podijeliti svoje ideje i misli s ljudima iz cijeloga svijeta, nego ta činjenica za nas ima i puno vrjednije i dublje značenje.

Prihvaćajući evaluacijski proces za uvrštavanje u EBSCO bazu podataka, prihvatili smo i podvrgavanje vrlo strogim provjerama načina objavljivanja članaka, ali i cjelokupnom radu na uređivanju i izdavanju časopisa. On je obuhvatio proces od izbora i recenziranja članaka, preko načina pripreme članaka za objavljivanje, do dizajna i redovitosti u objavljivanju. S ponosom možemo reći da je naš časopis uspješno prošao sve te evaluacije i time potvrdio svoju kvalitetu i vrijednost za pravnu teoriju i praksu u Bosni i Hercegovini, ali i šire.

U ovom broju pišemo o vrlo zanimljivim temama.

Pišemo o presudi Međunarodnog suda pravde prema tužbi Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore za odgovornost za genocid počinjen u našoj zemlji u vrijeme sukoba od 1992.-1995. godine. Sud je (barem za sada, dok ne isteknu svi rokovi za žalbu) rekao svoje po pitanju te tužbe. No, sam postupak koji je proveo sud do utvrđivanja presude nije bio bez dvojbi i one se nisu odnosile samo na samu presudu. Odnosile su se ponajprije na postupak koji je proveo sud, te osobito na propuštanje suda da se prikupe svi potrebni podaci koji bi omogućili pravedno rješenje (ma kakvo ono bilo). Odlučujuću ulogu u tome jednom je imao i drugi međunarodni sud koji je odbio ustupiti krucijalne dokumente za ovakvu mogućnost. Odluka je time važnija, što predstavlja svojevrstan presedan za sve buduće tužbe ovakve vrste, prije svega onu Hrvatske protiv Srbije i Crne Gore, ali i druge koje bi mogle uslijediti.

U drugom članku govorimo o poricanju genocida. Da se u Bosni i Hercegovini za vrijeme sukoba u razdoblju od 1992.-1995. godine dogodio i genocid, najteži oblik zločina koji ljudsko biće može počiniti jedno prema drugom, nepobitno je potvrđeno nizom presuda domaćih i međunarodnih sudova. Ipak, Bosna i Hercegovina niti 16 godina nakon tih nesretnih događanja nema zakon ili drugi

propis koji bi onemogućio njegovo poricanje jer takvog poricanja i dovođenja u pitanje tih događaja u Bosni i Hercegovini, nesumnjivo, ima. Iako, s druge strane, stoji ograničavanje slobode izražavanja misli, simbolička vrijednost takvog čina neupitna je u društvu opterećenom tako teškim bremenom prošlosti kao što je to Bosna i Hercegovina.

Pišemo i o državnoj pomoći u svjetlu pristupanja Bosne i Hercegovine Europskoj uniji i vrlo značajnom dijelu sporazuma koji se odnosi na funkcioniranje unutarnjeg tržišta u zemljama EU-a. Iako je potpisivanjem sporazuma izrazila svoju potpunu spremnost za ispunjavanje uvjeta za pristupanje, BiH već od 1. svibnja 2010. godine krši odredbe sporazuma jer nije ispunila preuzete obveze vezane za državnu pomoć. Ovaj rad nudi dobrodošlu pomoć za rješavanje ovoga pitanja.

Kao dodatak ovome, te našim naporima za pridruživanjem Europskoj uniji, pišemo o položaju i dometima Suda pravde Europske Unije.

Posebno nam je zadovoljstvo što dio časopisa koji se bavi praksom postaje sve bogatiji. Značajno je to jer teorijski modeli svoje "pravo lice" pokazuju tek svojom primjenom, te ih tek tako možemo promatrati u njihovoj potpunosti i smatrati cjelovitim doprinosom razvoju prava. Ovaj časopis je, kao što to njegov opis i govori, časopis koji se bavi pravnom teorijom i praksom i njegovo je opredjeljenje da kroz takav rad podupire razvoj prava. Osim toga, čini nam se kako je praktična strana prava u našoj zemlji uvijek u drugom planu i nekako uvijek ostaje u uskom krugu pravosudne zajednice pa je na ovaj način želimo prezentirati i puno širem krugu zainteresiranih, kako bi se o njoj raspravljalo i razmišljalo. Tako bi se praktična strana prava unaprijedila, te utjecala na razvoj teorije prava, ali i prava u cjelini.

Od ovog broja, objavi sudske prakse pridodajemo i objavljivanje prakse notara u Bosni i Hercegovini. Iako su s radom počeli tek prije nekoliko godina, notari su vrlo značajna karika u funkcioniranju pravnog sustava Bosne i Hercegovine. Sačinjavajući godišnje tisuće ugovora i drugih isprava, od kojih su neki u njihovoj isključivoj nadležnosti, objavljivanje i proučavanje njihove prakse je od nepobitne važnosti za pravo naše zemlje, ali i za unaprjeđivanje njihovog rada.

Čitajte i pišite!

Od sada imate i motiv više.

E-mail: Goran.Simic@fmp.gov.ba

Facebook: Pravna Misao

Twitter: gsimic

mr.sc. Goran Šimić
glavni i odgovorni urednik

ESTABLISHMENT OF THE STATE AID REGIME IN BOSNIA AND HERZEGOVINA IN LINE WITH EU ACQUIS

pregledni znanstveni rad

UDK: 338.246.027:061.1EU](497.6)

mr.sci. Maja Rimac-Bjelobrk*

Summary

Stabilisation and Association Agreement that BH signed with EU contains detailed provisions related to law approximation in the field of competition and state aid since they play crucial role in proper functioning of EU internal market. Even though achieving full EU membership has been declared as a top priority by all relevant political factors in country, implementation of the requirements deriving from process faces many difficulties. In that sense, as of 1 July 2010, BH finds itself in breach of SAA/IA since it failed to fulfil state aid obligations contained in SAA/IA.

However, in order to move the issue of establishment of state aid regime in BH from political debate into dimension strictly related to acquis adoption and implementation, contributing thus to full understanding of real nature of this very important EU policy, Paper is to provide brief outline of EU state aid regime, including explanation of the state aid policy and law concept, legislation and procedures. Additionally, without prejudice to possible final solution, Paper is to explain substance of the EU requirements towards BH in state aid area within framework of accession process.

Key words

European Integration process, Stabilisation and Association Agreement, European Partnership, competition policy, EU state aid regime

* *Direkcija za europske integracije i viši asistent na Sveučilištu
"Sarajevo School of Science and Technology"*
maja.rimac@dei.gov.ba; majarimac74@gmail.com

LIST OF ABBREVIATIONS

BH	- Bosnia and Herzegovina
CEEC	- Central and Eastern European Countries
CFI	- Court of First Instance
EC	- European Commission
ECJ	- Court of Justice of European Union
EEA	- European Economic Area
EFTA	- European Free Trade Area
EP	- European Partnership
EU	- European Union
GDP	- Gross Domestic Product
IA	- Interim Agreement
OECD	- Organisation for Economic Cooperation and Development
RS	- Republic of Srpska
SAA	- Stabilisation and Association Agreement
SAP	- Stabilisation and Association Process
SME	- Small and Medium Size Enterprises
TEC	- Treaty establishing the European Community
TFEU	- Treaty on the functioning of the European Union
WTO	- World Trade Organisation

1. Introduction

Integration into the European Union (hereinafter the EU) and full membership are strategic goals of Bosnia and Herzegovina (hereinafter BH) in the forthcoming years. BH signed Stabilisation and Association Agreement (hereinafter SAA) with EU, and Interim Agreement on trade and trade-related issues entered into force (hereinafter IA) on 1 July 2008. One of the main goals of SAA is to help country to integrate itself into the internal market and to achieve the final objective of becoming member of the EU. SAA provisions are designed in a way to support adjustment of system and implementation of all necessary reforms in order to help country to fulfil Copenhagen's criteria and prepare itself for integration into the internal market.

Competition policy is one of the pillars of the internal market since it plays crucial role in underpinning and facilitating growth, competitiveness and employment within the EU as well as in achieving consumers' welfare. Having known this, state aid as an integral part of the competition policy could be understood as a level playing field for all economic subjects established in the inter-

nal market. Hence, SAA as major accession instrument refers to law approximation in this field, containing detailed provisions related to establishment of the state aid regime in BH in line with Community acquis¹.

In general, all relevant political subjects in BH declared process of European Integration as its top priority, but apart from this commitment, fulfilment of the obligation deriving from this process faces many obstacles. In that sense, as of 1 July 2010, BH finds itself in breach of SAA/IA since it failed to fulfil state aid obligations contained in both SAA and European Partnership² (hereinafter EP).

In order to move the issue of establishment of state aid regime in BH from political debate into dimension strictly related to acquis adoption and implementation, contributing thus to full understanding of real nature of this very important EU policy, this Paper is to provide brief outline of EU state aid regime, including explanation of the state aid policy and law concept, legislation and procedures. Additionally, without prejudice to possible final solution, Paper is to explain substance of the EU requirements towards BH in state aid area within framework of accession process.

2. The concept of state aid

2.1. Significance of the Competition policy and law

EU lies down on three main pillars and internal market is probably the most important one. It could be said that internal market of the EU is core of its present structure.

Speaking in general, internal market as it is today "rests on four main pillars". Hence, "the first pillar is the guarantee of free movement of goods, persons, services and capital between Member States. The second pillar involves the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market. Finally, competition policy is the third and Common Customs Tariff is the fourth pillar of the internal market".³

¹The Community *acquis* is the body of common rights and obligations which bind all the Member States together within the EU. For more see http://europa.eu/scadplus/glossary/community_acquis_en.htm

² Adopted in line with Council Decision on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Bosnia and Herzegovina and repealing Decision 2006/55/EC, OJ L 80 of 19 March 2008.

³ Nugent, N. et al. (2003) *The Government and Politics of the European Union*. New York: Palgrave Macmillan. (hereinafter Nugent (2003), pp. 299-303.

In general, "competition policy rests upon the idea that a market-based economy provides the best guarantee for raising living conditions in the EU to the benefit of citizens, one of the primary objectives of the Treaty on the functioning of the European Union (hereinafter TFEU). Functioning market is an essential element in providing consumers with the products they wish to obtain, at low prices. Competition is furthermore essential to enhance the competitiveness of the European economy, as it creates an environment in which efficient and innovative companies are rewarded properly".⁴

Considering significance and meaning of the competition policy and law concept within the Community's internal market, it could be concluded that "competition law is about state intervention in the marketplace. More precisely, it is about regulation not of the marketplace but of the conduct of firms within it in order that the benefits of their economic activity be maximised for the public good".⁵

Recently, competition policy has a central but limited role to play in overcoming the spillover effects of the financial crisis into the real economy.⁶

Competition policy is based on the TFEU's (formerly "Treaty establishing the European Community", hereinafter TEC)⁷ Articles and Directives, Regulations and Decisions, enforced by the Council of the EU and the European Parliament, as well as on relevant Court's rulings. Referring to principle of subsidiarity and primacy of the community law, solutions included in mentioned acts became integral parts of competition law and policy in all Member States. Considering broader context, it could be said that they are also relevant for acceding countries and EFTA/EEA countries⁸, and also recommended by OECD and WTO.

⁴ European Commission. (2005) State Aid Action Plan - Less and better targeted State Aid: a Roadmap for State Aid Reform 2005 – 2009. (hereinafter State Aid Action Plan (2005), p. 3, available at: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html)

⁵ Lane, R. (2000) EC Competition Law. Harlow: Longman. (hereinafter Lane (2000), pp.1-7.

⁶ For a more see http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html

⁷ Even though competition policy is based on TFEU, it does not provide definition of competition.

⁸ For a more detail about EEA/EFTA and multilateral trade relations see Mathijsen, P.S.R.F. (2004) A Guide to European Union Law. London: Sweet&Maxwell. (hereinafter Mathijsen (2004), pp.448-459.

Community's competition rules are focused on four main areas:⁹

- The elimination of agreements which restrict competition and of abuses of a dominant position,
- The control of mergers between firms,
- The liberalisation of monopolistic economic sectors,
- The monitoring of state aid.

Additionally, competition rules can be applied on undertakings¹⁰ and Member States.¹¹

2.2. The role of state aid policy and law

At the beginning, the point to be mentioned is that even though creation of the regulatory framework for state aid is "responsibility" of legislation, logic upon state aid is based is economic in its nature.

In general, state aid in its nature is incompatible with internal market because "any subvention granted by a Member State to an undertaking gives that undertaking a comparative advantage over its competitors".¹² With regards to that, it could be said that each state measure with final goal/effect of distorting competition is prohibited. Therefore, "control over all types of public assistance, as well as over operation of all economic subjects, which could be influenced by state from different reasons, is necessary for establishing market economy."¹³ In that sense, faced with free trade and opening of public services to competition,

⁹ The rules on competition are contained in Chapter 1 of Title VII of TFEU, comprising Articles 101-109, (ex Chapter 1 of Title VI of Part III ("Community Policies") of the TEC, comprising Articles 81-89). For a more detail see Lane (2000), pp. 25-48; but also Mathijsen (2004), pp. 227-292; Nugent (2003), pp. 302-303; and Harrop, J. (2002) "Competition policy", pp.141-148. In: J. Gower: *The European Union Handbook* London-Chicago. Fitzroy Dearborn Publishers. (hereinafter Harrop (2002)).

¹⁰ In accordance with Articles 101-105 of the TFEU (ex Articles 81-85 of the TEC).

¹¹ Article 37 of the TFEU (ex Article 31 of the TEC) is dealing with state monopolies of commercial character, Article 106 of TFEU (ex Article 86 of the TEC) is dealing with public undertakings and services of general economic interest and Articles 107-109 of TFEU (ex Articles 87-89 of the TEC) are dealing with aids granted by States.

¹² Lane (2000), p. 332.

¹³ Rajčević, T. (2003) *Pravo konkurencije Evropske unije-osnovne postavke*. Vlada Republike Srbije: Kancelarija za pridruživanje Evropskoj uniji. (hereinafter (Rajcevic), p. 71.

governments could use public resources to promote certain socio-economic goals and to protect national industries. Hence, "an aid given by public authorities mostly supports an undertaking, an economic activity or region in the terms of promoting its development or alleviates its difficulties".¹⁴ Finally, it could be said that "the purpose of the state aid regulatory framework is to create a level playing field for all industries in the European Community and to stop enterprises gaining an unfair competitive advantage due to government assistance".¹⁵ On the contrary, state can become factor which can distort basic principles of market economy.

From the other side, "state aid measures can sometimes be effective tools for achieving objectives of common interest. They can correct market failures,¹⁶ thereby improving the functioning of markets and enhancing European competitiveness. They can also help to promote e.g. social and regional cohesion, sustainable development and cultural diversity, irrespective of the correction of market failures". In that sense, "state aid should only be used when it is an appropriate instrument for meeting a well defined objective, when it creates the right incentives, is proportionate and when it distorts competition to the least possible extent".¹⁷

Furthermore, since "they address not the anticompetitive conduct of undertakings but the financial intervention of Member States in the market, the rules on state aid might be considered as different body of law, both in substance and procedure". Furthermore, "it is important, highly sensitive and complex area of competition law, tightly bound up with industrial and regional policies (both national and Community), and raises fundamental economic questions of the viability and desirability of public services, and for example, public support for crisis industry, 'sunset' industry and remote industry".¹⁸

¹⁴ European Commission. (2000) "Scrutiny of state aid", p. 30. In: Competition Policy in Europe and the Citizen. Luxembourg. Office for Official Publications of the European Communities. (hereinafter Scrutiny of state aid (2000)).

¹⁵ D'Sa, R. M. (1999) European Community Law on State Aid. London: Sweet and Maxwell. (hereinafter D'Sa (1999), p.1. See also Harrop (2002), p. 147.

¹⁶ A market failure is a situation where the market does not lead to an economically efficient outcome. Market failures have different origins and they can be considered as externalities, public goods, imperfect information, coordination problems and market power.

¹⁷ State Aid Action Plan (2005), p.4.

¹⁸ Lane (2000), p. 332.

2.3. Attributes of aid

The main attributes and indicators of state aid rules can be summarised as follows:

- Lack of aid definition, since both the TFEU provisions and secondary legislation do contain neither definition of what constitutes state aid nor clear prohibition of state aid. They only provide certain conditions, which have to be fulfilled in order to qualify some aid as an incompatible with common market and hence prohibited.¹⁹ Thus, some of the main determinants of state aid schemes, which provide a basis for some measures to be considered as state aid schemes, are established within the rules of the Court of First Instance (hereinafter the CFI) and the Court of Justice of European union (hereinafter ECJ). Generally speaking "in order to include each benefits granted directly or indirectly through state resources, the ECJ adopted wider concept of the term of state aid".²⁰ In that sense, "state aid has been defined by the ECJ as applying when firms would not be able to obtain the finance from private capital markets, or, if they could do so, only on less favourable terms".²¹
- Economic subject which could be influenced by state from different reasons – state aid is prohibited whether "it is granted directly by the state or through state resources"²² which is very important having in mind that state aid regime refers to aid given to private firms, but also to aid given to public undertakings²³ and undertakings to which Member

¹⁹ D'Sa (1999), p.54.

²⁰ Vukadinović, R. (2001) *Pravo Evropske unije*. Beograd: "Megatrend" univerzitet primenjenih nauka. (hereinafter Vukadinović (2001), p.143.

²¹ Harrop, (2002), p.146. Additionally, according to the EC the most frequently used types of aids are direct subsidies, tax exemptions, exemptions from parafiscal charges, preferential interest rates, favourable loan guarantees, the provision of land or buildings on special terms, indemnities against losses, preferential terms for public ordering, the deferment collection of fiscal or social contributions, reimbursement of costs in the event of success, state guarantees, preferential rediscount rates, dividend guarantees, reductions in social charges and all other measures having an equivalent effect. See Craig, P. et al. (2003) *EU Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press. (hereinafter Craig (2003), p.1141.

²² Vukadinović (2001), p.143.

²³ According to Mathijsen "a public undertaking is any undertaking, whatever its public or private status, on whose economic behaviour the State can exercise influence. This influence can be based, for instance, on the State's direct or indirect financial participation or on legal provisions governing establishment of the undertaking in question". See Mathijsen (2004), p. 276. For a more detail see also Lane (2000), pp. 224-226.

States grant special or exclusive rights,²⁴ as well as to undertakings entrusted with the operation of services of general economic interests or having the character of revenue-producing monopoly.

- The form of aid "schemes" – a scheme is a measure taken by a Member State, usually in the form of legislation, which lays down conditions of eligibility for aid, the ceilings and intensity of the aid available, and the machinery for payment. The scheme is said to be "applied" every time a firm is to receive aid under it on the conditions, which the EC sets out in the authorising decision.²⁵
- Effect of aid means that substance is relevant rather than its form or intention of single provision. Effect of aid is economic advantage gained by recipient of aid which would not be obtained under normal market conditions.²⁶
- Operating aid in opposite to investment aid – operating aid is qualified as a state aid and hence prohibited because of its direct effect on production costs and selling prices of recipients. Therefore, "instead of enabling recipient undertakings to overcome their difficulties, it may simply offset them and thus hamper structural adoption. As a result, such undertakings may be encouraged to continue uncompetitive activities".²⁷ In opposite to that, investment aid is focused on initial investment and job creation and it is allowed as a regional policy measure.²⁸
- Distinction between the aid and subsidy because, opposite to subsidy, which can be considered as a gratuitous financial payment in cash or in kind, aid is wider concept targeted on specific objective which could not be achieved without outside help.²⁹
- Some gratuitous advantage or benefit must be conferred which means that assistance constitutes an aid if the recipient obtains a benefit which

²⁴ See Lane (2000), p. 226.

²⁵ European Commission. (1997) "Volume IIB: Explanation of the Rules applicable to State Aid", pp. 29-30. In: Competition Law in the European Communities. Luxembourg. Office for Official Publications of the European Communities. (hereinafter Explanation of the Rules applicable to State Aid (1997). For a more detail see D'Sa (1999), p. 57.

²⁶ D'Sa (1999), p. 55.

²⁷ Evans, A. (2004) "Enlargement and the State Aid in CEECs.", Clasf Working Paper Series, Working Paper No 04. (hereinafter Evans (2004), p. 12.

²⁸ For a more detail see D'Sa (1999), p. 58.

²⁹ Lane (2000), p. 334.

he would not have received in the normal circumstances (for example interest rate below commercial).³⁰

3. Legal basis for the state aid

Legal basis for the state aid issues is provided in Articles 107-109 of the TFEU (ex Articles 87-89 of the TEC) as well as in other Community's internal legislation and Court's rulings. In general, Article 107 of the TFEU (ex Article 87 of the TEC) lays down the basic principles and conditions, while Article 108 of the TFEU (ex Article 88 of the TEC) regulates regime for granting the state aid. Besides that, Article 109 of the TFEU (ex Article 89 of the TEC) provides a basis for creation of implementing legislation for the application of mentioned Articles.

The Article 107 of the TFEU deals with three particular types of aid laying down their main principles:

1. General principle for state aid which is incompatible with the internal market,
2. Certain exceptions for situations where aid shall be compatible with internal market,
3. Certain types of aid where aid may be considered as compatible with the common market.

3.1. State aid incompatible with common market

According to Article 107 (1) of the TFEU any aid granted by Member States or through state resources in any form whatsoever, which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market. Therefore, in order to evaluate granted aid as incompatible, four cumulative elements must be present:³¹

³⁰ D'Sa (1999), p. 66.

³¹ Steiner, J. et al. (2003) Textbook on EC Law. Oxford: Oxford University Press. (hereinafter Steiner (2003), p. 285. In support of that argument see also Lane (2000), p. 335; Mathijssen (2004), pp. 278-280 and Craig (2003), pp. 1141-1146. In that sense, D'sa establishes five cumulative conditions which need to be satisfied in order to qualify aid as an incompatible. Thus, besides all mentioned conditions she refers to necessity that "there are no opposing provisions of the TEC", *i.e.* the aid does not fall within an exemption/derogation provided for in the TEC.

- (a) The measure must be specific rather than general in nature (“specificity” or “selectivity”),
- (b) It must grant an advantage to undertaking,
- (c) The aid must come from state resources,
- (d) The advantage must distort or threaten to distort competition and have an effect on trade between Member States.

(a) “Specificity” or “selectivity”³² means that granted measures will be classified as an aid if assistance is related only to certain undertakings or economic sectors. Since “specificity does not exist in the case of general economic policy measures”³³, general economic policy measures are exempted from prohibition in the terms of incompatible state aid.

(b) In the core of “advantage to undertakings”³⁴ requirement is the fact that granted aid will place recipient in a more favourable position that it would have been in without that particular financial benefit. In that sense “a measure constitutes an aid when it confers upon an undertaking an economic or financial advantage, which it would not have enjoyed in the normal course of events and which reduces the charges it would otherwise have born”³⁵.

(c) Financial burden or loss of public revenue by the State must be taken in the broadest possible sense which means that the term “aid” includes all measures of a financial character, taken by public authorities in favour of enterprises. In this case, the term “State” includes central and regional government bodies, decentralised authorities of provinces, municipalities and autonomous regions and aid granted by these authorities, which may not be necessarily derived out of State funds. Apart from that, “State” includes public and private bodies established and appointed by the State that can operate in different sectors.³⁶

³² European Commission. (2008) *Vademecum - Community law on State aid*. (herein-after *Vademecum - Community law on State aid* (2008), p.6; available at: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm

³³ Mathijsen (2004), p. 279.

³⁴ This particular condition is also related to privatisation because, depending on the terms, privatisation of undertaking may raise to questions concerning state aid. For a more detail see Harrop (2002), p. 148; Mathijsen (2004), p. 278 and D'Sa (1999), pp.336-341.

³⁵ Mathijsen (2004), p. 278.

³⁶ For a more detail see D'Sa (1999), pp.70-78.

(d) It has to be determined in which cases competition can be distorted. What also needs to be assessed is the distortion of competition with the focus on whether the position of the recipient of aid was strengthened vis-à-vis its competitors. Also, the distortion may refer either to actual competition or to potential competition.³⁷ Requirement for affecting inter-state trade is closely related to above mentioned requirements because if aid strengthens financial position of one undertaking as compared to others within the Community, then inter-Community will be affected.³⁸

3.2. The aid shall be compatible (“automatic exemptions”)

As already indicated, the Article 107 (2) of the TFEU provides certain exemptions that shall be compatible with common market because „state aid can also constitute an instrument of structural development policy when certain legitimate objectives of economic growth cannot be attained solely by the interplay of market forces, or not within an acceptable time limit, or not without unacceptable social frictions”.³⁹ Therefore, following categories of aid are exempted from the general prohibition:⁴⁰

- (a) Aid having social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned,
- (b) Aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences,
- (c) Aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, insofar as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantage caused by that division.

(a) First automatic exemption means that social character of aid must be apparent from the beneficiaries who must be individual consumers and not enterprises. From the other side, the requirement for non-discrimination is

³⁷ For a more detail see D'Sa (1999), pp.78-83.

³⁸ For a more detail see Craig (2003), p.1146; Steiner (2003), pp. 289-290 and Vukadinovic (2001), p.145.

³⁹ Mathijsen (2004), p. 280. See also Vukadinovic (2001), p.146.

⁴⁰ Along side with state aid necessary to support previously mentioned services in the general economic interest, which are exempted from the prohibition by Article 106 of the TFEU.

designed to avoid indirect aid to national industries – if social aid is granted to consumers it must benefit not only national products, but also those of competing products originating in other Member States.

(b) The general objective of second categories of automatic exemptions is to re-establish the pre-existing competitive position of undertakings affected by natural disaster or extraordinary event, thus granted aid must not go beyond repairing the damage sustained.

(c) In the time when it was established, the third categories of automatic exceptions aimed to support the areas of the Germany affected by World War II and compensation of the economic disadvantages caused by division of the country into two separate states. In that sense, “to take account of the transition problems in the former GDR, some flexibility was introduced into EC practice regarding the operating aid”.⁴¹ This is the very important fact because, a lot of Central and Eastern European countries (hereinafter CEEC) argued for transitional periods for certain categories of operating aid.⁴² But, the TFEU provided that five years after the entry into force of the TFEU, the Council, acting on a proposal from the EC, may adopt a decision repealing this point.

3.3. Aid to be considered as a compatible (“discretionary exemptions”)

Furthermore, on the basis of Article 107 (3), certain categories of aid may be considered as compatible with the common market:

- (a) Aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment, and of the regions referred to in Article 349⁴³ of the TFEU, in view of their structural, economic and social situation
- (b) Aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State,

⁴¹ Evans (2004), p.14.

⁴² For a more detail regarding the automatic exemptions see D'Sa (1999), pp. 128-133 and Craig (2003), pp. 1146-1147.

⁴³ Article 349 of the TFEU (ex Article 299(2), second, third and fourth subparagraphs, TEC) refers to regions of Guadeloupe, French Guiana, Martinique, Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, the Azores, Madeira and the Canary Islands.

- (c) Aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest,
- (d) Aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent contrary to the common interest,
- (e) Such other categories of aid as may be specified by decision of the Council acting by a qualified majority on a proposal from the EC.

The first four categories of aid are subject to the control by the EC, and the fifth category “constitutes a safety net” with the main objective to provide exemption treatment for certain categories of aid in accordance with Community interests.

4. Exemptions

As indicated, “TEC allows exceptions to the ban on state aid where the proposed aid schemes may have a beneficial impact in overall Union terms”. In that view, “state aid may be declared compatible with TEC provided it fulfils clearly defined objectives of common interest and does not distort intra-community competition and trade to an extent contrary to the common interest. For that reason, appreciating the compatibility of state aid is fundamentally about balancing the negative effects of aid on competition with its positive effects in terms of common interest”.⁴⁴

In general, for the majority of State aid cases, the most relevant exemption clauses are those of Article 107(3)(a) and 107(3)(c) of the TFEU. In that sense, regional, sectoral and horizontal aid can be distinguished as three main aid categories under Articles 107(3)(a) and 107(3)(c).⁴⁵

4.1. Regional aid

Regional aid is designed to develop the less-favoured regions by supporting investment and job creation in a sustainable context. It promotes the expansion, modernisation and diversification of the activities of establishments located in those regions and encourages new firms to settle there”.⁴⁶

⁴⁴ State Aid Action Plan (2005), p. 4.

⁴⁵ *Vademecum - Community law on State aid* (2008), p.8.

⁴⁶ Mathijsen (2004), p. 282. For a more detail see also D'Sa (1999), pp. 213-215 and Harrop (2002), p. 148.

Regional aid can be allowed as an “aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment”⁴⁷ or as an “aid to facilitate the development of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest”.⁴⁸ Considering the differences between these two types of regional aid, Article 107(3)(a) status is granted on the basis of an EU criterion (NUTS II regions with a GDP/cap. (PPS) lower than 75% of the EU-25 average). For the period 2007-2010, regions with less than 75% of the EU-15 average GDP/cap (PPS)⁴⁹ are also eligible under Article 107(3)(a). Article 107(3)(c) gives Member States the possibility to assist regions which are disadvantaged compared to the national average. The list of regions qualifying for this exemption is also decided by the EC, but on a proposal by Member States. Member States can use national criteria to justify their proposal.⁵⁰

Granting schemes in relation to both types of regional aid lays down on very precise criteria.⁵¹ In general, system of regional aid is based on some main principles:⁵²

- Regional aid should be concentrated on the poorest regions,
- Reduction of the overall volume of the regional aid,
- Account should be taken of the real effect on jobs,
- There should be consistency between the regional aid maps and those used for structural funds, which means better coherence between “national regional aid” and those granted through Community resources i.e. Structural funds, in order to disable overlapping.

Furthermore, certain sectors⁵³ are excluded from regional aid scheme. Additionally, some of the sectors under this block exception are also governed by

⁴⁷ Article 107 (3)(a) of TFEU.

⁴⁸ Article 107 (3)(c) of TFEU.

⁴⁹ Equivalent to 82.2% of the average EU-25 GDP/cap.

⁵⁰ *Vademecum - Community law on State aid* (2008), p.8.

⁵¹ Established by Guidelines on national regional aid for 2007-2013, and other relevant acts such as Commission Regulation (EC) No 1628/2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to national regional investment aid (OJ L 302 of 1 November 2006), Commission Regulation (EC) No 1627/2006 amending Regulation (EC) No 794/2004 as regards the standard forms for notification of aid (OJ L 302 of 1 November 2004).

⁵² D'Sa (1999), p.237.

⁵³ Fisheries, coal industry, the primary production of agricultural products (referred to in Annex I to the TEC), transport and shipbuilding, steel and synthetic fibres and large investment projects.

rules aimed specifically at sector concerned, if there is a conflict between application of sectoral and regional aid, sectoral will prevail.⁵⁴ In relation to regional aid, it has to be added that operating aid, i.e. aimed at reducing the firm's current expenses, is normally prohibited but there are exceptions for the outermost regions.⁵⁵

4.2. Sectoral aid

Having in mind that “aid to facilitate the development of certain economic activities” can be considered to be compatible with the common market, the EC has adopted industry-specific or “sectoral” rules defining its approach to state aid in particular industries. Therefore, specific rules were drawn up by the Community institutions for sectors of audiovisual production, broadcasting, coal, electricity (stranded costs), postal services, and shipbuilding, steel and synthetic fibers industry, agriculture, forestry, fisheries and aquaculture, transport as well as specific aid measures such as guarantees, fiscal aid, capital injections etc.⁵⁶

As it already has been indicated, the EC decides on compatibility of sectoral aid with common market on the basis of its discretionary right. Accordingly, “the EC developed a number of criteria, against which it examines sectoral aid proposals notified to it:

- Sectoral aid should be limited to cases where it is justified by circumstances in the industry concerned,
- Aid should lead to a restoration of long-term stability by resolving problems rather than preserve the current state and put off decisions and changes which are inevitable,
- Since adjustment takes time, a limited use of resources to reduce the social and economic costs of change is admissible in certain circumstances and subject to strict conditions,
- Unless granted over relatively short periods, aid should be reduced progressively and clearly linked to the restructuring of the sector concerned. Also, in the case there is a need for rescue measures in the short term, they should be limited on coping with actual social problems,

⁵⁴ For a more detail see D'Sa (1999), pp. 215-244.

⁵⁵ For a more detail see D'Sa (1999), p. 228.

⁵⁶ *Vademecum - Community law on State aid* (2008), pp. 9-10. For a more detail see D'Sa (1999), pp. 154-212 and Mathijsen (2004) pp. 283-286.

- The intensity of aid should be proportionate to the problem for which solution it is designed, so that distortions of competition are minimal,
- Industrial problems and unemployment should not be transferred from one Member State to another; since excessive capacity is a common feature of the industries concerned, aid should not be given to investment projects which would result in capacity being increased".⁵⁷

4.3. Horizontal aid

Apart from regional and sectoral aid schemes, there are also general ("cross-industry" or "horizontal") rules formulated by the EC concerning particular difficulties that may arise in any industry. Therefore, the EC may declare the following categories of aid should be compatible with the common market and shall not be subject to the notification requirements: regional aid; Small and Medium Size Enterprises (hereinafter SME) investment and employment aid; aid for creation of enterprises by female entrepreneurs; aid for environmental protection; aid for consultancy in favour of SMEs and SME participation in fairs; aid in the form of risk capital; aid for research, development and innovation; training aid; and aid for disadvantaged or disabled workers.⁵⁸

This type of aid is based on following general principles:⁵⁹

- It must, under no circumstances, have the sole effect of continuously or periodically reducing the costs which enterprises would normally have to bear,
- It is necessary in the terms of achieving the objectives which market forces alone would not secure (so called "compensatory justification principle"),
- The objective pursued must be in Community interest,
- In order to secure the desirable socio-economic effects, the positive effect of an aid measure must outweigh the damaging effect which state aid has on competition and trade.

⁵⁷ D'Sa (1999), pp. 154-155.

⁵⁸ Commission Regulation (EC) No 800/2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty ("General block exemption Regulation"), L 214 of 9 August 2008, adopted in line with Council Regulation (EC) No 994/98 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty to certain categories of horizontal State aid, *OJL 142*, ("Enabling Regulation").

⁵⁹ D'Sa (1999), p.114. For a more detail also see Lane (2000), p. 336.

4.4. De minimis aid

It has already been brought up that in theory even small amounts of aid could give a competitive edge to recipient and thus affect the competition. From the other side, the EC accepted that not every aid has impact on competition and inter-state trade, especially in the cases in which granted amounts are small. In order to reduce the administrative burden and to simplify business for SME who are in most cases recipients of those small amounts, EC introduced de minimis rule. In addition, de minimis rule could be applied on enterprises of all sizes.⁶⁰

In general, this rule establishes a threshold figure below which aid will be deemed as compatible with common market and hence is exempted from notification requirement.⁶¹ Thus, aid will not fall within the interpretation of Article 107 of the TFEU if "the total de minimis aid granted to any one undertaking shall not exceed EUR 200000 over any period of three fiscal years. The total de minimis aid granted to any one undertaking active in the road transport sector shall not exceed EUR 100000 over any period of three fiscal years. These ceilings shall apply irrespective of the form of the de minimis aid or the objective pursued and regardless of whether the aid granted by the Member State is financed entirely or partly by resources of Community origin. The period shall be determined by reference to the fiscal years used by the undertaking in the Member State concerned."⁶²

There are certain sectors as well as certain types of aid, which are not eligible to be granted through de minimis aid scheme. Thus, it does not apply to aid for fisheries and aquaculture, the primary production of agricultural products, export-related activities, the coal sector, the acquisition of road freight transport vehicles or firms in difficulty, or to aid tied to the use of domestic over imported goods. It applies to aid granted to firms in all other sectors, including transport and, on certain conditions, for the processing and marketing of agricultural products.⁶³

⁶⁰ D'Sa (1999) pp. 107-108. See also Lane (2000), p. 336.

⁶¹ Article 2 (1) of the Commission Regulation (EC) No 1998/2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid, OJ L 379 of 28 December 2006.

⁶² Article 2 (2) of the Commission Regulation (EC) No 1998/2006.

⁶³ Preamble of the Commission Regulation (EC) No 1998/2006.

5. Procedures

In general “in order to allow the EC to supervise the implementation of the competition rules in aid sector and to declare certain aids compatible with the common market, Member States must notify the EC of any plans to grant or alter aid”.⁶⁴ More specific, the procedural rules that apply in this area are based on Article 108 of TFEU which establishes basic principles for constant reviewing of both existing and new aid schemes, as well as on the case law of the ECJ and the CFI and relevant Community's internal legislation.⁶⁵

In the terms of notification procedure, it is important to make distinction between the terms of existing aid and new aid. Existing aid includes:⁶⁶

- The aid which existed before the entry into force of the TEC,
- The aid which has been given the green light under Article 107 (3) of the TFEU,
- The aid which has been notified to the EC pursuant to the obligation contained in Article 108 (3) of the TFEU, but in relation to which EC has taken no action within the requisite time period,
- The aid that is not recoverable because the limitation period has expired,
- The aid deemed to be existing because, at the time that it was enforced, it did not constitute an aid, and only became so due to the evolution of the common market and liberalisation of certain markets.

Regarding the proceedings, in cases of existing aid the EC applies so called *ex post* or “*a posteriori*” supervision, since existing measures do not have to be notified, and need not await authorisation before being applied. All systems of existing aid have to be under constant review. In order to assist the EC, Member States are required to submit annual reports on all existing aid schemes. In case when an existing aid is found to be incompatible with the common market as the result of the review, it will be considered as an unlawful from the date set for compliance with that decision. Thus, if the EC determines that an existing aid no

⁶⁴ Mathijsen (2004), p. 290.

⁶⁵ In that sense, the most important are Council Regulation (EC) No 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L 83/1 of 22 March 1999; and Commission Regulation (EC) No 794/2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999, OJ L 140/1 of 21 April 2004.

⁶⁶ Craig (2003), p. 1153.

longer meets the criteria for exception or exemption, it may recommend its termination or order its termination within a reasonable period of time (pursuant a “formal investigation procedure”).⁶⁷

In opposite to the existing aid, “any plan to grant or alter aid must be notified to the EC in sufficient time to enable it to submit its comments”. Hence, new aid includes:⁶⁸

- Aid which may qualify for automatic approval under the Article 107 (2) of the TFEU,
- Individual awards of aid under aid codes or frameworks for particular industries or particular types of aid,
- Individual notification of aid in cases where this is required by the terms of EC’s authorisation of a given programme,
- On-off awards by a government outside the framework of any authorised scheme or programme,
- Plans to make financial transfers from public funds to public or private sector enterprises in which capital injections are likely to involve aid,
- Notification of measure even if the Member States has doubts as to whether or not the planned measure involves aid caught by Article 107 (1) of the TFEU.

Community supervision of new aid is based on a system of „advance vetting” which is laid down in Article 108 (3) of the TFEU. This principle means that the EC must be informed of planned aid measures (so called “notification requirement”).⁶⁹ Furthermore, notified aid shall not be put into effect before the EC decides about authorising such aid (so called “standstill clause”).⁷⁰ Obligation for notification refers to both initial plan to grant aid and to any subsequent change of plan.⁷¹ In order to improve notification procedure, EC established standardised notification format, which includes certain questions that particular Member State has to answer.⁷²

⁶⁷ In accordance with the Article 108 (1) and (2) of the TFEU and Article 18 of the Council Regulation (EC) No 659/1999. For a more detail see Lane (2000), p. 340 and Craig (2003), pp. 1154-1156.

⁶⁸ D’Sa (1999), p. 345.

⁶⁹ In accordance with Article 2 of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁷⁰ In accordance with Article 3 of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁷¹ For a more detail see, D’Sa (1999), p. 350.

⁷² For a more detail see, D’Sa (1999) p. 365.

Apart from being said, “the EC is required to respond to a proper notification with a preliminary examination⁷³ with due expedition and within an appropriate period, set by the Court at two months”.⁷⁴ This means that within the mentioned period “the EC must respond to a decision which (a) finds the notified measure not to constitute aid, (b) finds the measure to be compatible with the common market in accordance with Article 107 (3), or (c) if there are doubts as to its compatibility with the common market, initiate a formal investigation procedure”.⁷⁵ Additionally, if the EC fails to respond to the notification within the given period and if the Member State gives the notice of its intention to implement the proposal and the EC fails to object, the aid becomes legal by default and becomes “existing aid”.

Concerning the formal investigation procedure,⁷⁶ “it has been developed through the EC practice and includes application of the notification in the Official Journal with an invitation to third parties to comment, the gathering of information, and as a general principle of Community law a right of interested parties to be heard”.⁷⁷ The formal investigation procedure is applicable to all types of cases, whether of notified, unnotified or existing aid.⁷⁸ In addition, the EC is obliged to open this particular procedure in the following cases:⁷⁹

- Difficulties to ascertain the compatibility of aid within the Common market,
- When it considers that the aid can be authorised only with the imposition of some conditions that were not provided for in notification or are not generally applicable,
- The EC finds that authorised aid is being misused,
- The EC finds that further aid is granted in disregard of the authorisation terms.

The EC closes this formal investigation procedure by adopting decision, which can be positive, conditional or negative, within a period of 18 months from

⁷³ Article 4 of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁷⁴ In accordance with the 7th Recital of the Preamble of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁷⁵ Lane (2000), p. 337. For more detail see D'Sa (1999), p. 356.

⁷⁶ In accordance with Article 6 of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁷⁷ Lane (2000), p. 336.

⁷⁸ For a more detail see Craig (2003), p. 1155.

⁷⁹ D'Sa (1999), pp. 356-357.

the opening of the procedure.⁸⁰ In case of the negative decision, the EC shall adopt “recovery decision” which means that Member State must recover the aid immediately in accordance with national law of the Member State concerned.⁸¹

Furthermore, basic procedure leading to decision and content of decision is the same disregards aid is notified or not. Unnotified aid covers:

- The aid provided or committed without notification for whatever reason,
- The aid which has already been “put into effect” when it is notified,
- The aid “put into effect” after being notified but before the EC has reached decision.

In the case of unnotified aid, aiming at prevent or stop the payment of aid, the EC has the power of issuing interim or provisional measures known as “injunctions”⁸² without waiting for the outcome of the formal investigation procedure under Article 108 (2) and (3) of the TFEU.

Also, as in the case of notified aid, the EC may decide to raise no objection to the aid and hence to clear aid without opening formal investigation procedure. In opposite, if the EC finds that the aid was ineligible for exemption, it may decide to open prescribed procedure, to adopt a decision and to require recovery (in the case of negative decision).⁸³

Additionally, the EC has to publish its decisions related to aid measures. Having that in mind, “the primary source of information, therefore, is the Official Journal. The EC’s decisions are published there in full or in summarised form, depending on the type of decision involved. Where the EC decides to raise no objection to an aid measure, a brief notice to that effect is published in the Official Journal, C series. Decisions to initiate procedure laid down in Article 108 (2) of the TFEU and decisions ordering interim measures are published in full in the same C series, in the form of notices addressed to Member States and other interested parties. Final decisions following Article 108 (2) proceedings are published in full in the L series, except for those authorising the aid unconditionally, which appear in the C series.”⁸⁴

⁸⁰ In accordance with Article 7 of the Council Regulation (EC) No 659/1999.

⁸¹ In accordance with Article 14 of the Council Regulation (EC) No 659/1999. For a more detail see also D'Sa (1999), pp. 382-388 and Mathijsen (2004), pp. 290-291.

⁸² In accordance with Articles 10 (3) and 11 of the Council Regulation (EC) No 659/1999. For a more detail see Lane (2000), p. 339 and D'Sa (1999), p. 373.

⁸³ For a more detail see D'Sa (1999), pp. 370-373.

⁸⁴ Explanation of the Rules applicable to State Aid (1997), p. 37. See also D'Sa (1999), pp. 15-16.

Finally, the decision taken by the EC may be subject of review before the CFI and the ECJ under Article 263 of TFEU (ex Article 230 of the TEC). Hence „the EC decision may be challenged by any Member State as of right or by the recipient of the aid, which by virtue of being the recipient is affected directly and individually by the decision“.⁸⁵ Having that in mind, it has to be added that the CFI and the ECJ, as well as the national courts⁸⁶ play very important role.⁸⁷

6. Establishment of the state aid regime in BH

In general, even though concept of competition was to certain extent present in the former Yugoslavia,⁸⁸ it could be said that development of the competition policy and law in BH is mostly influenced by the process of European Integration.⁸⁹

Since competition policy, including state aid is one of the most important areas for creation and proper functioning of the internal market, SAA as well as EP, as major accession instruments, also refer to law approximation in this area.

Considering SAA, it provides that any state aid which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or certain products are incompatible with the proper functioning of SAA, insofar as they may affect trade between the Community and BH.⁹⁰ Furthermore, BH shall establish an operationally independent public authority, which is entrusted with the powers necessary for the full application of above mentioned obligation within two years from

⁸⁵ Lane (2000), p. 341.

⁸⁶ In accordance with Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts, OJ C 85 of 09 April 2009.

⁸⁷ For a more detail see D'Sa (1999), pp. 418-438 and Lane (2000), pp. 341-343.

⁸⁸ For a more detail see Trifkovic, M. (1990) *Nelojalna utakmica*. Sarajevo: IP "Svjetlost". (hereinafter Trifkovic (1990), pp. 81-164.

⁸⁹ Adoption of the Competition law in accordance with European standards was one of major requirements from Road Map. Road Map was established by the EC in 2000 with its main objective to identify eighteen initial steps to be taken by Bosnia and Herzegovina to prepare for a Feasibility Study on opening Negotiations on SAA. The Road Map steps were "substantially completed" in September 2002. After that, Feasibility Study reconfirmed the need for establishing functional regime of competition including state aid. See European Commission. Report from the Commission to the Council on the preparedness of Bosnia and Herzegovina to negotiate a Stabilisation and Association Agreement with the European Union. COM (2003) 692 final. Brussels. (hereinafter Feasibility Study (2003), p. 23.

⁹⁰ Article 71(1)(c) of SAA/Article 36(1)(c) of IA.

the date of entry into force of IA⁹¹. This authority shall have, inter alia, the powers to authorise State aid schemes and individual aid grants in conformity with the competition rules applicable in the Community, as well as the powers to order the recovery of State aid that has been unlawfully granted.⁹²

Additionally, each party shall ensure transparency in the area of State aid, inter alia by providing to the other Party a regular annual report, or equivalent, following the methodology and the presentation of the Community survey on State aid. Upon request by one Party, the other Party shall provide information on particular individual cases of public aid.⁹³

BH shall establish a comprehensive inventory of aid schemes instituted before the establishment of independent public authority and shall align such aid schemes with the criteria laid down in competition rules applicable in the Community within a period of no more than four years from the entry into force of IA.⁹⁴

The Parties recognise that during the first six years after the entry into force of IA, any public aid granted by BH shall be assessed taking into account the fact that BH shall be regarded as an area identical to those areas of the Community described in Article 87(3)(a) of the TEC. By the end of the fifth year from the entry into force of IA, BH shall submit to the EC its GDP per capita figures harmonised at NUTS II level. The authority referred to above and the EC shall then jointly evaluate the eligibility of the regions of BH as well as the maximum aid intensities in relation thereto in order to draw up the regional aid map on the basis of the relevant Community guidelines.⁹⁵

Finally, Protocol 4 establishes the special rules on State aid applicable to the restructuring of the steel industry.⁹⁶

Considering EP, it also refers to priorities in the field of state aid in line with those included in SAA/IA. In that sense, in the framework of short-term priorities⁹⁷, it provides for accelerating preparations in this field, notably by adopting the necessary legislation, by establishing an operationally independent public

⁹¹ As of 1 July 2010.

⁹² Article 71(4) of SAA/Article 36(4) of IA.

⁹³ Article 71(5) of SAA/Article 36(5) of IA.

⁹⁴ Article 71(6) of SAA/Article 36(6) of IA.

⁹⁵ Article 71(7) of SAA/Article 36(7) of IA.

⁹⁶ Article 71(8) of SAA/Article 36(8) of IA.

⁹⁷ The country is expected to fulfil the short-term priorities in one to two years and mid-term priorities in three to four years.

state aid monitoring authority and by ensuring the transparency of all aid granted in BH. In addition to that, mid-term priorities require implementation of state aid legislation and effective functioning of state aid monitoring authority as well as comprehensive state aid inventory.⁹⁸

But, as it was mentioned in introduction, BH failed to fulfil both SAA obligations and EP priorities in the state aid area, and hence it finds itself in breach of SAA/IA.

Recently, the working group for drafting state aid law established the Draft Law on State Aid System in BH, but it has not yet been submitted to the BH Council of Ministers. In addition, The National Assembly of Republika Srpska has adopted the Law on Control of State Aid to Economic Entities⁹⁹.

Finally, EC in its BH 2010 Progress Report noted "no progress can be reported on state aid. The state aid legal framework needs to be put in place. Legislative alignment remains to be started. A State-level, operationally independent authority for the control of state aid in line with the IA was not established by 1 July 2010. Transparency of all aid granted in BH is not ensured. Overall, substantial further efforts are needed to remedy the absence of state aid control".¹⁰⁰

7. Conclusion

Since state can influence competitive conditions on internal market, it is fundamental to keep control over all types of public assistance, as well as over operation of all economic subjects that could be influenced by state for different reasons.

Since its main role is to prevent subjects from gaining unfair advantages over competitors, state aid in its nature are incompatible with internal market. More specific, state can do both influence directly as well as indirectly on competitive conditions at the internal market and hence, state aid can distort competition and thus affect relations within internal market. Having this in mind, it could be said that balanced and well defined state aid policy have played important role during all stages of creation of internal market.

⁹⁸ Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina. Action Plan for Realisation of the European Partnership Priorities. It has been adopted by the BH Council of Ministers on 6 October 2008.

⁹⁹ "Official Gazette of RS" No. 106/09.

¹⁰⁰ European Commission. Bosnia and Herzegovina 2010 Progress Report. p.39.

On the other side, if it is granted under certain conditions, state aid can be useful tool for achieving specific EU's goals and interests. In view of this, since state aid is granted through state resources, prohibition of aid could improve optimal allocation of public resources and result in efficient public spending. Among other things, these resources can be used for promoting EU's interests and achieving a whole range of EU's strategic goals.

Considering BH, SAA that BH signed with EU, as well as EP priorities, refers to adoption of state aid legislation in this field, and its proper implementation including establishment of the state aid monitoring authority at state level. However, BH failed to fulfil state aid obligations deriving from SAA and EP and, as of 1 July 2010, it finds itself in breach of SAA/IA. In that sense, in its BH 2010 Progress Report, EC noted that no progress can be reported on state aid.

Bibliography

- Craig, P. et al. (2003) *EU Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- D'Sa, R. M. (1999) *European Community Law on State Aid*. London: Sweet and Maxwell.
- European Commission. (2000) "Scrutiny of state aid". In: *Competition Policy in Europe and the Citizen*. Luxembourg. Office for Official Publications of the European Communities.
- European Commission. (1997) "Volume IIB: Explanation of the Rules applicable to State Aid". In: *Competition Law in the European Communities*. Luxembourg. Office for Official Publications of the European Communities.
- Evans, A. (2004) "Enlargement and the State Aid in CEECs.", *Clasf Working Paper Series, Working Paper No 04*.
- Harrop, J. (2002) "Competition policy". In: J. Gower: *The European Union Handbook*. London-Chicago. Fitzroy Dearborn Publishers.
- Lane, R. (2000) *EC Competition Law*. Harlow: Longman.
- Mathijsen, P.S.R.F. (2004) *A Guide to European Union Law*. London: Sweet&Maxwell.
- Nugent, N. et al. (2003) *The Government and Politics of the European Union*. New York: Palgrave Macmillan.
- Rajčević, T. (2003) *Pravo konkurencije Evropske unije-osnovne postavke*. Vlada Republike Srbije: Kancelarija za pridruživanje Evropskoj uniji.

- Steiner, J. et al. (2003) Textbook on EC Law. Oxford: Oxford University Press.
- Trifkovic, M. (1990) Nelojalna utakmica. Sarajevo: IP „Svjetlost“.
- Vukadinović, R. (2001) Pravo Evropske unije. Beograd: "Megatrend" univerzitet primenjenih nauka.

Government and legal documents:

- Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts, OJ C 85 of 09 April 2009. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:085:0001:0022:EN:PDF>
- Commission Regulation (EC) No 794/2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999, OJ L 140/1 of 21 April 2004. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:140:0001:0134:EN:PDF>
- Commission Regulation (EC) No 1628/2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to national regional investment aid, OJ L 302 of 1 November 2006. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:302:0029:0040:EN:PDF>
- Commission Regulation (EC) No 1627/2006 amending Regulation (EC) No 794/2004 as regards the standard forms for notification of aid, OJ L 302 of 1 November 2004. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R1627:EN:NOT>
- Commission Regulation (EC) No 800/2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty, L 214 of 9 August 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:214:0003:0047:en:PDF>
- Commission Regulation (EC) No 1998/2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid, OJ L 379 of 28 December 2006. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:379:0005:0010:en:PDF>
- Council Decision on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Bosnia and Herzegovina and repealing Decision 2006/55/EC, OJ L 80 of 19 March 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:080:0018:0031:EN:PDF>
- Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina. Action Plan for Realisation of the European Partnership Priorities. http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/najvazniji_dokumenti/dokumenti_direkcije/?id=1196
- Council Regulation (EC) No 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L 83/1 of 22 March 1999. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999R0659:EN:NOT>

- Council Regulation (EC) No 994/98 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty to certain categories of horizontal State aid, OJ L 142.
http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l26043_en.htm
- European Commission. Bosnia and Herzegovina 2010 Progress Report.
<http://www.delbih.ec.europa.eu/files/docs/2010progress2.pdf>
- European Commission. Guidelines on national regional aid for 2007-2013, OJ C 54. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:054:0013:0044:EN:PDF>
- European Commission. Report from the Commission to the Council on the preparedness of Bosnia and Herzegovina to negotiate a Stabilisation and Association Agreement with the European Union. COM (2003) 692 final. Brussels. http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/bosnia_and_herzegovina/com_en.pdf
- European Commission. (2005) State Aid Action Plan - Less and better targeted State Aid: a Roadmap for State Aid Reform 2005 – 2009.
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html
- European Commission. (2008) Vademecum - Community law on State aid.
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm
- Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0182%2802%29:EN:NOT>
- Treaty Establishing the European Community.
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26055.htm>
- Treaty on the Functioning of the European Union. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:1150047:0199:EN:PDF>

USPOSTAVLJANJE REŽIMA DRŽAVNIH POTPORA U BOSNI I HERCEGOVINI U SKLADU SA *EU ACQUIS-EM*

Sažetak

Imajući u vidu činjenicu da konkurencija, uključujući i politiku državnih potpora, igra značajnu ulogu u pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta EU, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je BiH potpisala sa EU, sadrži detaljne odredbe koje se odnose na usklađivanje zakonodavstva u ovim oblastima. Iako je članstvo u EU deklarirani cilj svih relevantnih političkih subjekata u zemlji, provedba obveza koje proističu iz procesa suočava se sa brojnim poteškoćama. U tom smislu, BiH od 1.srpnja/jula 2010. godine krši Privremeni sporazum jer nije ispunila obveze koje proističu iz njegovih odredaba u oblasti državnih potpora.

U namjeri da pitanje uspostavljanja režima državnih potpora u BiH izmjesti iz sfere političkih debata i promatra ga kao pitanje koje izričito spada u sferu usvajanja i provedbe *acquis-a*, te na taj način doprinese potpunom razumijevanju ove veoma važne EU politike, Rad daje sažet pregled režima državnih potpora u EU, uključujući objašnjenje koncepta državnih potpora, zakonodavstva i procedura. Dodatno, Rad objašnjava suštinu zahtjeva koje EU postavlja pred BiH u oblasti državnih potpora, a u okviru procesa pristupanja, ali bez prejudiciranja mogućih konačnih rješenja.

Ključne riječi

Proces europskih integracija, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, Europsko partnerstvo, politika konkurencije, režim državnih potpora u EU

PORICANJE GENOCIDA I PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

pregledni znanstveni rad

UDK: 341.485:342.727

Dalibor Bingas, dipl. pravnik*

Sažetak

Zabranom poricanja genocida specifične se političke opcije uklanjaju iz demokratskog procesa razmjene ideja. Zabranom se, zapravo, tvrdi kako ova forma govora nema dovoljno dostojanstva da bude smještena u područje prava na slobodu izražavanja. Sa druge strane političkog spektra stoji, međutim, snažna filozofskopravna tradicija klasičnog liberalizma prema kojoj se do istine ne dolazi zabranama, nego pravom na slobodu izražavanja. Ipak, pozicije lijevog i klasičnog liberalizma ne moraju nužno biti toliko udaljene. Što je materijalnoppravna norma preciznija, manja su ograničenja slobode govora, što opet znači da se dosljednom primjenom načela legaliteta otklanja najveći broj dilema koje se tiču prava na slobodu izražavanja. Postavlja se, međutim, i pitanje instrumentalne vrijednosti zakona koji zabranjuje poricanje genocida. Praksa je pokazala kako su sudski procesi često najbolja politička tribina za promociju istorijskih falsifikata. Sa druge strane, ne treba sumnjati da uporno izricanje tvrdnji koji ne odgovaraju stvarnosti nije izraz slobode govora, nego predstavlja izgovor za simboličku afirmaciju ideologije koja ugrožava ljudsku raznolikost i sam položaj čovjeka. Zbog toga, kada govorimo o razlozima za i protiv domaće zakona, naglasak ne bi trebao biti na negativnim aspektima poricanja genocida, niti na štetnim posljedicama publiciteta sudskih procesa. Najvažnija je široka prihvaćenost poruke zakonodavca. Na simboličkoj razini takav bi zakon trebao izraziti zajedničke moralne norme svih građana. Čak i ako je njegova instrumentalna vrijednost problematična, njegova simbolička vrijednost bila bi od najvećeg mogućeg značaja u društvu koje ima razloga da strahuje od sopstvene prošlosti.

Ključne riječi

poricanje genocida, sloboda izražavanja, demokratija, govor mržnje.

* dbingas@gmail.com

Sadržaj:

Uvod

1. Pozitivni propisi evropskih zemalja

1. 1. Države koje zabranjuju poricanje nacističkih zločina
1. 2. Države koje osim nacističkih zabranjuju i poricanje komunističkih zločina
- 1.3. Portugal i Francuska, zabrana poricanja zločina protiv čovječnosti
- 1.4. Švajcarska, poricanje svakog zločina genocida
- 1.5. Okvirna odluka Vijeća Evropske Unije
- 1.6. Prijedlog izmjena KZ BiH

2. Pojam krivičnog djela poricanja genocida

- 2.1. Radnja izvršenja krivičnog djela
- 2.2. Objekat radnje krivičnog djela
- 2.3. Posljedice krivičnog djela

3. Zaštitni objekat krivičnog djela poricanja genocida

- 3.1 Od uvrede do zaštite temeljnih vrijednost EU
- 3.2. Zabrana iznošenja štetnih političkih ideja

Zaključne napomene

Uvod

Krivično djelo genocida ugrožava čitavo čovječanstvo, ljudsku raznolikost i sam položaj čovjeka.¹ Ako je učinilac ovog zločina *hostis generis humani*,² šta reći o onima koji osporavanjem činjenica opravdavaju njegova djela? U procesu denacifikacije Njemačke i Evrope nametnula se zbog toga ideja kako bi trebalo inkriminirati poricanje nacističkih zločina. Francuska je prva 1990. godine propisala kaznu za poricanja zločina protiv čovječnosti, a u narednim godinama to su uradile i neke druge evropske države, uključujući i Njemačku. Kraj 20. i početak 21. vijeka označio je intenzivno istraživanje i drugih genocida osim holokausta, kao i različite oblike osporavanja za koje se zahtijeva inkriminacija. Moglo bi se reći da je tako nastala posebna naučna disciplina koja pokušava ispisati novu istoriju zapadne civilizacije. Kolonizacija Sjeverne Amerike, koja je, koliko juče, doživljavana kao herojski podvig, sada se prikazuje kao sistematski genocid nad Indijancima.³ Dosadašnja priča o nastanku moderne australijske države interpretira se kao genocidni narativ koji prikriva smišljeno uništenje aboridžanskih starosjedilaca,⁴ a stradanje Jermena pod Mladoturcima zadobilo je, nakon sto godina, dnevnopolitičku aktuelnost.⁵ Istovremeno je, prema sličnim shvatanjima, Izrael od utočišta za preživjele žrtve holokausta postao država koja zapostavlja genocid nad Jermeniima i aktivno sprečava pokušaje da se sačuvaju sjećanja na te zločine, a identičan je i službeni "izraelski stav prema fenomenu genocida u Bijafri, na Tibetu, u bivšoj Jugoslaviji i u Ruandi".⁶

¹ Arendt, H. (2000) Eichmann u Jerusalimu – izvještaj o banalnosti zla, „K.V.S.“ Beograd, str. 241.

² Ibid. str. 248.

³ "Slaviti Kolumba i evropsko osvajanje zapadne hemisfere koje je on započeo, u velikoj je mjeri analogno slavljenju i veličanju Heinricha Himmlera." Churchill, W. (2001) A little matter of genocide: Holocaust and denial in the Americas, 1492 to the present; Barnes and Noble, str. 81.

⁴ Oficijelna istorija Australije priča je o uništavanju i bolesti, razdvajanju i premještanju, izolaciji, indoktrinaciji, priča o nasilju nad Aboridžanima i poricanju njihovog prava na humanost. Cunneen, C., Fraser, D., Tomsen, S. (1998) Faces of hate: hate crime in Australia, Barnes and Noble, str 7.

⁵ Tvrdi se tako, između ostalog, i kako je "genocid nad jermenskim narodom za vrijeme Prvog svjetskog rata, u rukama mladoturskog režima, obezbjedio fundamentalnu podršku za tursko-njemačku saradnju i podršku pokoljima Jevreja za vrijeme Drugog svjetskog rata." Hovannisian, R.G. urednik (2003) Looking backward, moving forward: confronting the Armenian Genocide, Barnabies and Noble, str. 5.

⁶ Auron, Y. (2004) The banality of denial: Israel and the Armenian genocide, New Brunswick, str. 4. – 6.

Ustvari, poricanje je postalo univerzalan instrument tumačenja i dekonstrukcije uvriježenih kulturnih pojmova.⁷

Sa druge strane političkog spektra stoji, međutim, snažna filozofskopravna tradicija klasičnog liberalizma prema kojoj se do istine ne dolazi zabranama nego pravom na slobodu izražavanja. Demokratski mehanizmi dovest će do rasvjetljavanja istine u procesu slobodne razmjene ideja, zbog čega se pravo na slobodu govora ne smije ograničavati, čak ni u slučaju poricanja genocida.

Ovakvo, u grubim crtama, izgleda opšti istorijski, politički i pravni ambijent u kome se odvijaju najnovije međunarodne i domaće inicijative za pojmovno uobličavanje i širu kriminalizaciju negiranja onih događaja koji, uz holokaust, imaju obilježja krivičnog djela genocida, ali i kulturni ambijent u kome mnoge države i dalje odlučno brane pravo na slobodu izražavanja. Odluka za ili protiv kriminalizacije poricanja genocida zavisit će stoga od temeljnog kulturnog i pravopolitičkog opredjeljenja svake pojedine države, tj. od konkretnog odgovora na pitanje kolika je vrijednost i koja je funkcija prava na slobodu izražavanja.

Ali, kriminalnopolitičke pozicije lijevog i klasičnog liberalizma ne moraju nužno biti toliko udaljene. Ograničenje prava na slobodu govora u direktnoj je zavisnosti od načina na koji se pristupa formulaciji materijalnopravne norme koja zabranjuje i kažnjava poricanje genocida. Što je materijalnopravna norma preciznija, manja su ograničenja, što opet znači da se dosljednom primjenom načela legaliteta otklanja najveći broj dilema koje se tiču prava na slobodu izražavanja. Zbog toga ćemo u ovom radu, nakon prikaza legislative evropskih zemalja, označiti elemente pojma i zaštitni objekat ovog krivičnog djela te potom ukazati na neke od važnijih razloga koji govore u prilog ili protiv zabrane poricanja genocida, odnosno za ili protiv ograničavanja slobode izražavanja.

1. Pozitivni propisi evropskih zemalja

Do stupanja na snagu Okvirne odluke o borbi protiv rasizma i ksenofobije Vijeća Evropske Unije 6. 12. 2008. godine, ukupno je dvanaest evropskih država poznavalo u nekom obliku krivično djelo poricanje genocida. Među njima sedam inkriminiše samo poricanje nacističkih ili fašističkih zločina ili poricanje holokausta, bez opšte odredbe o poricanju svih zločina genocida. Češka i Poljska, osim nacističkih zločina, zabranjuju i negiranje komunističkih zločina, dok Francuska i Portugal, striktno gledano, ne zabranjuju poricanja genocida, nego negiranje svih

⁷ Pojmom "poricanje" počelo se označavati bukvalno sve: od zlostavljanja djece, prava na abortus, uništenja životne okoline, ropstva, državne prisile, gladi u svijetu. Milburn, M.A., Conrad, S.D. (1998) *The Politics of Denial*, Cambridge, Mass. London : IT.

zločina protiv čovječnosti. Jedino Švajcarska inkriminiše poricanje svakog zločina genocida. Španija je 1995. godine usvojila sličnu odredbu kao i Švajcarska, ali ju je španski ustavni sud 2007. godine stavio van snage, smatrajući da je u suprotnosti sa ustavnim garancijama slobode govora.⁸ Izvan Evrope ovo krivično djelo poznaje još samo Izrael, u formi poricanja holokausta.⁹ To nikako ne znači da se poricanje ne može efikasno goniti i na osnovu zakona koji zabranjuju govor mržnje. Holandija, čiji zakon poznaje samo zabranu podstrekavanja rasne i religijske netrpeljivosti, uspješno privodi pravdi počiniocima krivičnog djela negiranja holokausta,¹⁰ što se ne bi moglo reći za Poljsku, Rumuniju i Litvaniju, usprkos odgovarajućoj zakonskoj regulativi u tim zemljama.¹¹

1. 1. Države koje zabranjuju poricanje nacističkih zločina

Odredba njemačkog Saveznog krivičnog zakona¹² iz 1985. godine¹³ izmijenjena je 1994. tako što je u čl. 130. propisano da će "onaj ko javno, ili na skupu, poriče, umanjuje ili odobrava djela počinjena za vrijeme nacionalsocijalističkog režima opisana u čl. 220. A (2), tako da to može izazvati javno uznemirenje, biti kažnjen zatvorom do 5 godina ili novčanom kaznom."¹⁴ Istom odredbom predviđeno je da se djelo može počiniti i "širenjem publikacija".

⁸ Coderch, P.S., Puig, A.R.: Genocide Denial and Freedom of Speech, Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th, School of Law (online), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, dostupno na: (http://www.indret.com/pdf/591_en.pdf)

⁹ Bazylar, M.J. (2006) Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism, Whittier Law School, (online) California, USA, str 1. Dostupno na: (http://209.85.135.132/search?q=cache%3ALqeLGiefCW8J%3Awwww1.yadvashem.org%2Fabout_yad%2Fdepartments%2Faudio%2FBazylar.pdf+denying+holocaust+in+Eu+leislation&hl=hr&gl=ba)

¹⁰ Okružni sud Hertogenboscha (Holandija) osudio je 2004. godine Ivo Janssen zato što je na svojoj web stranici postavio linkove koji negiraju holokaust, uključujući i onaj na kojem se postavlja pitanje „Da li je šest miliona zaista umrlo?“ Whine, M. (2008) Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It, Jewish Political Studies Review 20/1-2, str. 5.

¹¹ Baziler, M.J. op. cit. u bilj. 9. str. 1.

¹² Strafgesetzbuch

¹³ Zakonom od 1985. godine bila je predviđena zatvorska kazna do 1 godine ili novčana kazna za negiranje nacističkih zločina, ali zbog krivičnog djela uvrede (Beleidigung) protiv svakog Jevrejina, dok je izmjenama iz 1994. godine naglasak stavljen na podsticanje rasne mržnje kao napada na dostojanstvo čovjeka. Baziler, M.J. op. cit. u bilj. 9. str. 2.

¹⁴ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

Austrija je 1992., na sličan način kao i Njemačka, izmjenama krivičnog zakona¹⁵ u čl. 3.(h), kriminalizovala zločin poricanja holokausta, zaprijetivši kaznom do deset godina zatvora onome "ko poriče, značajno umanjuje, odobrava ili opravdava nacionalsocijalistički genocid ili druge nacionalsocijalističke zločine protiv čovječnosti u pisanim publikacijama, ili putem drugih medija, ili na drugi način javno, na način dostupan većem broju ljudi."¹⁶

Belgija, u čl. 1. Zakona od 23. marta 1995. godine utvrđuje da će onaj ko, pod uslovima propisanim u čl. 444. Krivičnog zakona, poriče, značajno umanjuje, pokušava da opravda ili odobrava genocid počinjen od strane njemačkog nacionalsocijalističkog režima za vrijeme Drugog svjetskog rata, biti kažnjen zatvorom od osam dana do jedne godine ili novčanom kaznom do 5.000 franaka.¹⁷

Luksemburg u čl. 457. (3) Krivičnog zakona iz 1997. godine određuje da je "zabranjeno osporavati, trivijalizovati, opravdavati ili javno poricati postojanje zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina povezanih sa holokaustom."¹⁸ Kaznit će se zatvorom između jedne sedmice i šest mjeseci zatvora ili novčanom kaznom.¹⁹

Slovačka je u novembru 2001. usvojila amandman na čl. 261. Krivičnog zakona koji kažnjava javno negiranje, sumnje, prihvatanje ili opravdavanje fašističkih zločina ili drugih sličnih pokreta.²⁰

Rumunija, u Vanrednom dekretu br. 31. iz marta 2002. godine²¹ zabranjuje javno poricanje holokausta i njegovih posljedica. Kazna je od šest mjeseci do pet godina zatvora.²²

Litvanija zabranjuje negiranje holokausta i za to propisuje kaznu od dvije do pet godina zatvora.²³

¹⁵ Verbotgesetz

¹⁶ Baziler, M.J. op. cit. u bilj. 9. str. 6.

¹⁷ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

¹⁸ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

¹⁹ CFCA - The Coordination Forum for Countering Antisemitism. Dostupno na: (<http://www.antisemitism.org.il/eng/Legislation%20Against%20Antisemitism%20and%20Denial%20of%20the%20Holocaust>)

²⁰ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

²¹ Ordonante de urgenta nr. 31 din 13 martie 2002.

²² Suteu, S. (2008) Law Against Negation: Anti-Holocaust Denial Legislation un Europe; Central European Universitu (online), Hungary, str. 79.-80. Dostupno na: (http://www.etd.ceu.hu/2008/suteu_silvia.pdf)

²³ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

1. 2. Države koje osim nacističkih zabranjuju i poricanje komunističkih zločina

Poljska u čl. 55. Zakona Instituta Nacionalne komisije za sjećanje i gonjenje zločina protiv poljskog naroda iz 1998. godine,²⁴ određuje da će onaj ko javno i suprotno činjenicama osporava nacističke zločine počinjene između 1939. -1945. godine i zločine komunističke ere, biti kažnjen zatvorskom kaznom do tri godine ili novčanom kaznom, a presuda će se javno objaviti.

Češka je u čl. 261. Ustavnog amandmana od 16. 12. 1992. godine utvrdila da će se osoba koja javno poriče, dovodi u sumnju, odobrava ili pokušava da opravda nacistički ili komunistički genocid ili druge nacističke ili komunističke zločine protiv čovječnosti, biti kažnjena zatvorom od šest mjeseci do pet godina.²⁵

1.3. Portugal i Francuska, zabrana poricanja zločina protiv čovječnosti

Francuska je tzv. Gayssotovim zakonom (Loi Gayssot) od 13. 7. 1990. godine, a zapravo amandmanima na Zakon o slobodi štampe iz 1881.godine, zabranila poricanje zločina protiv čovječnosti, oslanjajući se pri tome na definiciju iz statuta Nirnberškog tribunala. U čl. 9. amandmana na čl. 24. Zakona o slobodi štampe²⁶ kaže se kako će "onaj koji u publikaciji ili javno izrazi mišljenje koje ohrabruje one kojima se obraća da stvore povoljan moralni sud o jednom ili više zločina protiv čovječnosti, ili namjerava da opravda ove zločine, uključujući i saradnju sa nacistima ili opravdava njihove počinioce biti kažnjen zatvorom od jedne do pet godina ili novčanom kaznom." Francuski parlament zauzeo je stav da negiranje zločina protiv čovječnosti predstavlja izražavanje rasne mržnje.²⁷ U

²⁴ Law on the Institute of National Remembrance-Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation. Whine, str. 6. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998. r.o. Instytucje Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu.

²⁵ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 4.

²⁶ La loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

²⁷ Zakon je donesen u vrijeme političkog uspona desničarskog lidera Jean-Marie Le Pena, ali, i nakon što je Robert Faurisson, profesor na Lionskom univerzitetu, u nedostatku zakona koji zabranjuje poricanje genocida, kažnjen simboličnom novčanom kaznom od jednog franka zato što je izjavio da „Hitler nikada nije naredio ili priznao da je neko bio ubijen zbog njegove rase ili religije“ (LICRA et autres c/Faurisson, Tribunal de Grande Instance de Paris, 1re Chambre, 1re Section, 8 juillet 1981). Preuzeto prema: Josephs, J.D. (2008) Holocaust Denial Legislation: a Justifiable Infringement of Freedom of Expression, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2008/3. (online), str. 17. Dostupno na: (<http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP-philodroit2008-3-Josephs.pdf>).

oktobru 2006. godine donji dom francuskog parlamenta izglasao je i poseban zakon, koji još uvijek nije prošao u Senatu, prema kojem masakr nad Jermenima pod Otomanskom Imperijom iz 1915. godine ima obilježja zločina genocida čije je poricanje zabranjeno.²⁸

Portugal, jednako kao i Francuska, ne kriminalizuje eksplicitno zločin genocida. Prema odredbi čl. 24. (2) Krivičnog zakona Portugala iz 2007. godine²⁹ kaznit će se svako ko na javnom skupu ili putem štampanog materijala namijenjenog distribuciji, ili bilo kojim sredstvom društvene komunikacije, obeščlašćuje ili vrijeđa pojedinca ili grupu na osnovu njegove rasne, etničke, nacionalne ili religijske pripadnosti, a posebno ako negira ratne zločine i zločine protiv mira i čovječnosti, sa namjerom da podstakne ili ohrabri rasnu ili religijsku diskriminaciju.³⁰

1.4. Švajcarska, poricanje svakog zločina genocida

Švajcarski krivični zakon³¹ u čl. 261. (2) iz 1994. godine propisuje da „onaj ko javno, izgovorenim ili pisanim riječima, slikom ili gestom, napadom ili na bilo koji drugi način, riječima ili pisanjem, umanjuje ili diskriminira, na način koji povrjeđuje ljudsko dostojanstvo osobe ili grupe osoba zbog njihove rasne, etničke, ili pripadnosti njihovoj religiji, ili ko, iz istih razloga, poriče, značajno umanjuje ili pokušava opravdati genocid ili druge zločine protiv čovječnosti ... kaznit će se kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom.“³² Zakon je jedinstven po tome što zabranjuje poricanje svakog zločina genocida. Odobren je na referendumu za koga se 1994. godine izjasnilo 54, 6 % građana Švajcarske. Ministar pravosuđa Cristoph Blocher protivio se prijedlogu zakona izrazivši mišljenje kako je sloboda izražavanja dragocijenija od zaštite nekih nacionalnih ili etničkih grupa od uvrede. Naknadno je ustanovljena čak i posebna komisija koja je trebala ispitati da li je moguće ograničiti zabranu na poricanje samo nekih genocida, poput holokausta ili genocida nad Jermenima.³³

²⁸ Ibid, str. 18.

²⁹ Código Penal Portugeze, 2007.g.

³⁰ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 6.

³¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch

³² Suteu. S. op. cit. u bilj. 22. str. 90.-92.

³³ Na temelju ovog zakona švajcarski političar Dogu Perincek, koji je izjavio da je genocid nad Jermenima međunarodna laž, osuđen je 2007. godine na devedeset dana zatvora. Suteu. S. op. cit. u bilj. 22. str. 90.-92.

1.5. Okvirna odluka Vijeća Evropske Unije

Vijeće Evropske Unije usvojilo je 28. 11. 2008. godine Okvirnu odluku o borbi protiv rasizma i ksenofobije (Okvirna odluka) koja je stupila na snagu 6. 12. 2008. Državama potpisnicama je ostavljen rok od dvije godine da usklade domaće propise sa njenim odredbama. Okvirna odluka u čl. (1) predviđa krivična djela koja se odnose na rasizam i ksenofobiju koje bi svaka članica trebala učiniti kažnjivim: a) "javno podstrekavanje nasilja ili mržnje upereno protiv grupe ili osobe koja je član grupe određene po osnovu rase, boje kože, religije, porijekla, nacionalne ili etničke pripadnosti; b) činjenje djela iz st. (a) javnim širenjem ili distribucijom rasprava, slika ili drugih materijala; c) javno osporavanje, poricanje ili značajno umanjivanje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina kako su definisani u Statutu Međunarodnog krivičnog suda (čl. 6.,7.,8.) i zločina definisanih u čl. 6. Statuta Međunarodnog vojnog tribunala, kada je ponašanje poduzeto na način koji može podstaći nasilje ili mržnju prema grupi ili pripadniku takve grupe."³⁴ (2) Polazeći od razloga navedenih u uvodu³⁵ "članice mogu odrediti kažnjavanje samo za ona ponašanja koja su poduzeta na način kojim se može poremetiti javni red i mir ili ona koja su prijeteća, nasilna ili uvredljiva." (4) Svaka članica može, prilikom usvajanja ove okvirne odluke ili kasnije, dati izjavu da će učiniti kažnjivim čin poricanja ili značajnog trivijaliziranja iz čl. 1. (c) samo ukoliko su zločini navedeni u ovom članu ustanovljeni konačnom odlukom nacionalnog suda članice ili međunarodnog suda, ili isključivo odlukom međunarodnog suda.³⁶

1.6. Prijedlog izmjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine

U našem državnom parlamentu učinjen je 2009. godine neuspjeli pokušaj da se poricanje genocida učini kažnjivim. Prijedlog izmjena KZ BIH predviđao je u čl. 61. da se iza člana 172. doda novi član 172.a koji bi glasio: "(1) Ko javno poriče, umanjuje ili odobrava zločine holokausta, genocida i zločine protiv čovječnosti

³⁴ Framework Decision on combating racism and Xenophobia, 8180/2/07REV2 DROIPEN2a, Justice and Home Affairs Council of the European Union, Strasbourg, 17 April 2007.

³⁵ U uvodu se navodi kako „rasizam i ksenofonija predstavljaju kršenje principa slobode, demokratije, poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, i vladavine zakona; principa na kojima je utemeljena Evropska Unija i koje su zajedničke svim njenim članicama.“

³⁶ Framework Decision on combating racism and Xenophobia.

utvrđenih od strane domaćeg, stranog ili međunarodnog suda, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina. (2) Kaznom iz stava (1) ovog člana kaznit će se i ko distribuira ili na drugi način učini dostupnim javnosti informacije ili pisane materijale kojima se poriče, umanjuje ili odobrava zločin holokausta, genocida ili zločin protiv čovječnosti koji je utvrđen od strane domaćeg, stranog ili međunarodnog suda."

2. Pojam krivičnog djela poricanja genocida

2.1. Radnja izvršenja

Radnja izvršenja krivičnog djela poricanja genocida alternativno je određena i može se sastojati iz različitih srodnih činjenja poput: osporavanja, poricanja, značajnog umanjivanja ili trivijalizacije, izražavanja sumnje, negiranja posljedica, odobravanja, prihvatanja, opravdavanja djela ili počinilaca, ohrabrivanja onih kojima se obraća da stvore povoljan moralni sud o zločinu genocida. Izjava mora biti učinjena na javnom skupu ili u sredstvima javne komunikacije ili u pisanim materijalima namijenjenim za distribuciju, ili na neki drugi način kojim se komunicira sa javnošću, kao na primjer gestovima čije je značenje opštepoznato. Osporavanje, poricanje, trivijaliziranje, izražavanje sumnje ili negiranje posljedica može značiti iznošenje uvjerenja stečenog na osnovu sopstvenih zapažanja, ali to može biti i prenošenje saopštenja drugih lica, kao na primjer distribucije knjiga koje osporavaju genocid, iako to ne predstavlja nužno i lično uvjerenje učinioca.³⁷ S druge strane, radnje izvršenja poput odobravanja, opravdavanja, prihvatanja i ohrabrivanja same po sebi podrazumijevaju lični stav počinioaca. Radnjom izvršenja negiraju se činjenične tvrdnje koje se odnose na ljudske radnje ili konkretne okolnosti o događajima iz prošlosti, ali to mogu biti i izjave koje predstavljaju vrijednosnu ocjenu tih radnji, događaja i okolnosti koji imaju osobine zločina genocida. Kada je riječ o vrijednosnim sudovima, ponekad može biti nejasno da li se radi o sudovima koji se odnose na sam događaj, čiji se fakticitet osporava, ili se takav nedozvoljeni vrijednosni sud, u smislu uvrede, proteže i na određenu grupu ili pripadnika grupe ljudi koji time postaju predmet

³⁷ Generalni stav njemačke judikature o ovom pitanju može se uočiti na slučaju Bernhardta Häusslera, koji je putem interneta primao narudžbe i prodavao majice sa antinacističkim napisima. Sud je priznao činjenicu da se radi o kampanji protiv nacizma, ali, budući da su majice bile dizajnirane tako da su sadržavale nacističke simbole, Haussler je, po mišljenju suda u Štuttgartu, svejedno počinio krivično djelo nedozvoljenog isticanja nacističkih simbola. Baziler, M.J. op. cit. u bilj. 9. str. 3.

govora mržnje. O ovoj razlici, na koju je ukazao španski ustavni sud u slučaju Perdo Varela, govorit ćemo u okviru analize posljedica krivičnog djela.

Da bi određena izjava predstavljala poricanje genocida, ona treba biti u suprotnosti sa činjeničnim tvrdnjama čije je osporavanje zabranjeno. Drugim riječima, sud se neće upuštati u utvrđivanje istinitosti tih izjava, niti će optuženom, kao u slučaju klevete, dati priliku da dokazuje tvrdnje koje proturječe korpusu zaštićenih činjenica.³⁸ Istinitost zaštićenih činjenica za raspravni sud je neoboriva pretpostavka koju je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) formulisao kroz normativni standard "jasno utvrđenih istorijskih činjenica".³⁹ Ukoliko bi raspravni sud drugačije postupio, inkriminacija bi izgubila razlog svog postojanja, budući da bi rasprava postala forum za iznošenje istorijskih falsifikata.⁴⁰

2.2. Objekat radnje krivičnog djela

Objekat radnje krivičnog djela poricanja genocida su činjenične tvrdnje o nekom događaju koji – prema odluci suda ili na temelju nekog drugog utvrđenja – ima obilježja zločina genocida. Krivični zakon štiti istinitost tih činjeničnih tvrdnji tako što zabranjuje ponašanja koji su upravljena na njihovu reviziju. Zato bi se moglo reći i da su činjenične tvrdnje napadni objekat, a njihova istinitost gramatički objekat zaštite krivičnog djela.⁴¹ Djelo je svršeno poduzimanjem neke od radnji izvršenja upravljenih na poricanje istinitosti zaštićenih činjenica.

Sa aspekta načela legaliteta krivičnog prava ovdje se postavlja ključno pitanje na koje legislativa često ne daje zadovoljavajući odgovor: koje su činjenice

³⁸ U prvom suđenju Robertu Faurissonu 1983. godine, u vrijeme kada u Francuskoj nije bilo zakona koji zabranjuje negiranje genocida, tužilac je morao dokazivati da se holokaust dogodio. To je Faurissonu i njegovim istomišljenicima omogućilo željeni publicitet za njihove revizionističke teze. Nakon izglasavanja Gaysstotovog zakona pitanje za sud nije više glasilo da li se genocid dogodio, nego da li je okrivljeni poricao genocid. Josephs, J.D. op. cit. u bilj. 27.

³⁹ ESLJP, Lehideux i Isorni protiv Francuske, br. 55/1997/839. 1045., od 23. 9. 1998.g., tužba br. 24662/94.

⁴⁰ U januaru 1985. godine u Torontu je održano dokazno ročište u predmetu okrivljenog Ernsta Zundela, autora pamfleta „Da li je šest miliona zaista umrlo“. Optužba je tražila da sud uzme na znanje (judicial notice) da je holokaust nesporna činjenica. Iako je sudija Locke bio svjestan neoborivih dokaza da se holokaust dogodio, strahovao je da će na taj način optužba biti dovedena u povoljniji položaj, što će naštetiti pravičnosti suđenja. Zbog toga je odbio da holokaust učini nespornom činjenicom, a to je bilo upravo ono što je okrivljeni želio da postigne svojim pamfletom. Kahn, R.A. (2004) *Holocaust Denial and the Law, A Comparative Study*; Palgrave MacMillan, str. 15.

⁴¹ Srzentić, N. (1982) *Komentar krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, str. 43.

predmet krivičnopravne zaštite, koji ih autoritet i na koji način utvrđuje?⁴² Da li su to sudske, zakonske ili "jasno utvrđene istorijske činjenice"? Kako će raspravni sud protumačiti odredbu poljskog zakona koji nalaže kažnjavanje onoga koji govori "suprotno činjenicama ... o komunističkim zločinima" ili odredbu Okvirne odluke kojom se predviđa kažnjavanje poricanja međunarodnih zločina, onako kako su oni definisani statutom Međunarodnog krivičnog suda? Time se, naime, ne odgovara na pitanje kada se treba smatrati da neki konkretan događaj konstituiše krivično djelo čije se počinjenje ne smije poricati. Drugim riječima, da li krivično djelo poricanja genocida podrazumijeva negiranje međunarodnog zločina koji je kao takav prethodno utvrđen odlukom nadležnog krivičnog suda ili poricanje znači osporavanje fakticiteta nekog događaja iz prošlosti koji bi prema statutarnoj ili zakonskoj definiciji mogao imati obilježja krivičnog djela genocida? Kako će raspravni sud, u odsustvu pravosnažne sudske odluke, znati da li je izjavom okrivljenog napadnut korpus zakonom zaštićenih činjenica?

Bez odgovarajuće sudske odluke krivično djelo negiranja genocida u formalnopravnom smislu bi prethodilo krivičnom djelu koje se radnjom izvršenja osporava.⁴³ Ako krivični sud kontinentalne procesne tradicije nije u stanju konstatovati da se radi o opštepoznatim (njem. *Offenkundigkeit*) činjenicama (onim činjenicama koje su poznate sudu i racionalnom čovjeku bez nekog specijalističkog znanja),⁴⁴ odnosno ako angloamerički sud na dokaznom ročištu ne može ove činjenice uzeti na znanje (eng. *judicial notice*) kao nesporne, onda to znači da tužilac, u svrhu dokazivanja poricanja genocida, mora pred raspravnim sudom svaki put iznova dokazivati ne samo počinjenje masovnih ubistava nego i ostalih elemenata bića krivičnog djela genocida. Sa druge strane, okrivljeni bi tada mogao dokazivati da se genocid nije dogodio pa bi se suđenje pretvorilo u utvrđiva-

⁴² Cajani, L. (2009) *Historians under Criminal Law, EU Legislation Casts a Shadow on Historical Research*, From the International column of the October 2009 issue of *Perspectives on History*, Dostupno na: (<http://www.historians.org/Perspectives/issues/2009/0910/0910int2.cfm>)

⁴³ Osim zabrane negiranja genocida Okvirna odluka zabranjuje negiranje ratnih zločina definisanih u omnibus inkriminaciji čl 8. Statuta Međunarodnog krivičnog suda. Ratni zločin je, naprimjer, (8.2. a. VI) "namjerno uskraćivanje ratnim zarobljenicima i civilima prava na pravičan i nepristrasan krivični postupak" ili (8.2. c. II) "napadi na osobno dostojanstvo, a posebno nečovječno ili ponižavajuće postupanje." Ako se ima u vidu da se Okvirnom odlukom ne precizira na koji se način utvrđuje činjenica da je ratni zločin počinjen, moguće je konstruisati krivično djelo poricanja ratnog zločina i ako vojnik na primjer ponizi neprijateljskog vojnika u toku rata – pa istinitost tog događaja neko potom osporava – čak i ako o tom događaju nije prethodno donesena nikakva sudska odluka.

⁴⁴ Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 16.

nje činjenica o postojanju ili nepostojanju genocida, a tek potom u utvrđivanje činjenice njegovog poricanja od strane okrivljenog.⁴⁵ Ali, ukoliko je genocid utvrđen pravosnažnom odlukom međunarodnog suda, onda je krivično djelo genocida u činjeničnom i pravnom pogledu nesporno i sudu poznato. Raspravni sud bi u tom slučaju trebao cijeniti samo da li se izjave okrivljenog mogu okvalifikovati kao osporavanje, izražavanje sumnje, značajno umanjivanje ili negiranja posljedica tog krivičnog djela.

Zbog toga je teško razumjeti opredjeljenje Okvirne odluke da krivično djelo poricanja genocida formuliše primarno kao osporavanje zločina prema njihovim statutarnim definicijama, da bi se tek alternativno, u čl. 4. Okvirne odluke, državama članicama ostavila mogućnost da propišu kako ove činjenice moraju biti ustanovljene isključivo odlukom nacionalnog ili međunarodnog suda. Potrebno je zato uočiti značajnu razliku između onih blanketnih dispozicija koje upućuju na odluke nekog nacionalnog zakonodavnog tijela, kao u slučaju Poljske i Češke, ili se pozivaju na zakonske ili statutarne definicije krivičnih djela, poput Portugala, Švajcarske i Okvirne odluke; i onih blanketnih dispozicija koje, kada je riječ o objektu zaštite krivičnog djela, upućuju na nacističke zločine o kojima je odlučivao Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu. U tom smislu treba zapaziti preciznost kojom se odlikovao prijedlog izmjena našeg krivičnog zakona čija je blanketna dispozicija upućivala na odluke krivičnih sudova, mada je prijedlog, po našem mišljenju, trebalo ograničiti samo na utvrđenja međunarodnih sudova, kao što je to učinjeno u Dodatnom protokolu Konvencije Vijeća Evropske Unije o kompjuterskom kriminalu iz 2003. godine (Protokol).

Protokol u čl. 6. propisuje da će se kazniti poricanje akata "koji konstituišu genocid ili zločine protiv čovječnosti onako kako su oni definisani međunarodnim pravom i priznati kao takvi konačnom i obavezujućom odlukom Međunarodnog vojnog suda ustanovljenog Londonskim sporazumom od 8. avgusta 1945. ili bilo kojeg drugog međunarodnog suda ustanovljenog od strane relevantnih internacionalnih tijela čiju jurisdikciju priznaje strana u sporazumu."⁴⁶ Na ovaj način Protokol je otklonio mnoge, mada ne i sve, nejasnoće koje se tiču krivičnog pravnog imperativa koji nalaže preciznu formulaciju kompleksa zaštićenih činjenica, budući da od preciznosti norme zavisi i odgovor na pitanje da li propis udovoljava

⁴⁵ Tek je 1991. godine njemačka judikatura je zauzela stav da okrivljeni ne može dokazivati svoje tvrdnje. Apelacioni sud u Dusseldorfu zaključio je da je "sudu poznata činjenica" da su milioni Jevreja ubijeni "od strane nacionalsocijalističkih snaga tokom Drugog svjetskog rata" pa bi "iznošenje dokaza o ovim činjenicama bilo suvišno." Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 20.

⁴⁶ Whine, M. op. cit. u bilj. 10. str. 3.

zahtjevima načela *nulum crimen sine lege certa*, kao *condicio sine qua non* krivičnog prava. Zbog toga smo mišljenja da svaki normativni standard niži od onog koji je postavljen u čl. 6. Protokola ne udovoljava načelu legaliteta krivičnog prava. Nejasna formulacija krivičnog djela za posljedicu bi mogla imati značajno ograničavanje prava na slobodu izražavanja i naučnog istraživanja. Kako je istaknuto na nedavno završenom Međunarodnom kongresu istoričara u okviru sesije pod nazivom Etika, istorijsko istraživanje i pravo⁴⁷ pojedina rješenja iz Okvirne odluke postavljaju direktne zapreke istorijskom istraživanju.⁴⁸ Koji će autoritet odlučivati o tome koje su činjenice – iz nesagledivog kompleksa činjenica koje mogu biti predmet istorijskog istraživanja – upravo one istorijske istine koje su zaštićene Okvirnom odlukom.⁴⁹ Danas, kada se u svijetu traži priznavanje preko četrdeset genocida, pojačavaju se zahtjevi za političkom kontrolom nad istorijskim istraživanjima, što predstavlja novu fazu u inače složenim odnosima između istoričara, sa jedne strane, i političkih snaga sa druge strane.⁵⁰

2.3. Posljedice krivičnog djela

Kada je riječ o zaštiti slobode govora, moguće je razlikovati tri pristupa. Prema judikaturi Vrhovnog suda SAD-a, pravo na slobodu govora, zagarantovano Prvim amandmanom Povelje o pravima, može se uskratiti samo ukoliko je nastupila posljedica u obliku "jasne i neposredne opasnosti" koja se po zakonu mora spriječiti.⁵¹ Najbolji lijek za problematičan govor, smatraju Amerikanci, jeste još više govora.⁵² Za razliku od SAD, sve evropske zemlje uskraćuju slobodu govora u slučajevima izražavanja rasne, religijske ili etničke mržnje, dakle, kada je konkretna posljedica nastupila u obliku osjećaja uvrijeđenosti pasivnog subjekta, ali ne nužno i u obliku neposredne i jasne opasnosti po javni red i mir. Zabrana

⁴⁷ 21-th International Congress of Historical Sciences, Amsterdam, 22.-28. 08. 2010, Ethics, Historical Research and Law, 23. 08. 2010. Dostupno na: (<http://www.ichs2010.org/home.asp>)

⁴⁸ Cajani, L. op. cit. u bilj. 42. str. 2.

⁴⁹ Cajani, L. op. cit. u bilj. 42. str.2

⁵⁰ Liakos, A. (2010) Beyond the abuses of history, 21-th International Congress of Historical Sciences, Amsterdam, 22-28. 08. 2010, Ethics, Historical Research and Law, 23. 08. Dostupno na: (<http://www.ichs2010.org/home.asp>)

⁵¹ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)

⁵² Belinda, C. (2008) Denying Genocide: Law, Identity and Historical Memory in the Face of Mass Atrocity Conference; The Program in Holocaust and Human Rights Studies and the World Policy Institute Conference, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University; Brookdale Center, New York, 2008, vol 9. str. 9.

govora mržnje ne znači međutim i zabranu poricanja genocida. Kriminalizacijom poricanja genocida uskraćuje se sloboda izražavanja i u onim slučajevima kada radnja izvršenja ne dovodi do konkretnih posljedica, kao u slučaju govora mržnje. To ne mora biti ni direktna uvreda, ni prijetnja, ni jasna i neposredna opasnost za javni red i mir. Dovoljna je ona posljedica koja je mogla nastupiti uslijed preduzete radnje, ali u konkretnom slučaju možda i nije nastupila.

Zemlje koje ne kriminalizuju poricanje genocida, poput V. Britanije, Irske, Španije ili zemalja Skandinavije, ne žele uskratiti slobodu izražavanja zbog nastupanja apstraktne opasnosti po zaštićeno pravno dobro. Zbog toga je u čl. 2. Okvirne odluke državama članicama ostavljena mogućnost inkriminacije samo onih poricanja koja su prijeteca, nasilna ili uvredljiva, tj. samo onih izjava koje dovode do nastupanja određenih konkretnih posljedica koje time postaju i bitno obilježje krivičnog djela poricanja genocida. Na ovaj način uspostavlja se razlika između osnovnog i kvalifikovanog oblika poricanja genocida, koju ćemo pokušati objasniti na primjeru odluke španskog ustavnog suda br. 235/2007. od 7. 11. 2007.

Prema odredbi čl. 607. (2) Krivičnog zakona Španije⁵³ iz 1995. godine "širenje, na bilo koji način, ideja i učenja koje poriču ili opravdavaju zločine navedene u prethodnom članu (djela počinjena sa namjerom da se uništi u cijelosti ili djelimično nacionalna, etnička ili religijska grupa, ili pokušavaju da ponovno uspostave režime ili institucije koje štite prakse koje doprinose takvim zločinima) kaznit će se zatvorom od jedne do dvije godine."⁵⁴

Na temelju ove odredbe prvostepeni sud osudio je Pedra Varelu zato što je ovaj u svojoj knjižari prodavao knjige čiji je sadržaj odgovarao definiciji iz krivičnog zakona. Apelacioni sud, međutim, zastao je sa postupkom i zatražio od Ustavnog suda Španije da prethodno odluči o tome da li je kažnjavanje poricanja ili opravdavanje genocida, u odsutnosti jasne i neposredne prijetnje, u sukobu sa slobodom govora zagwarantovanom ustavom. Ustavni sud je odlučio da stavi van snage odredbu 607. (2) Krivičnog zakona. Prema većinskom mišljenju Suda, subjektivna i jednostrana mišljenja o istorijskim događajima zaštićena su španskim ustavom čak i onda kada su ona pogrešna ili nedovoljno opravdana, osim ukoliko ne uključuju ili prezir prema ljudskom dostojanstvu ili rizik za mirnu koegzistenciju među građanima. To znači da ustavne garancije slobode izražavanja podrazumijevaju i da su "pojedinci slobodni da iznose mišljenja koja poriču ili opravdavaju genocid, izuzev ukoliko ona vrijeđaju ljudsko dostojanstvo

⁵³ Codigo penal

⁵⁴ Coderch, P.S., Puig, A.R. op. cit. u bilj. 8. str. 1.

ili dovode do neposredne opasnosti za javni red.⁵⁵ Pri tome se, ne baš korektno, Ustavni sud pozvao na odluku ESLJP, prema kojoj je "potraga za istorijskom istinom zaštićena slobodom govora i sudovi nisu kompetentni da rješavaju istorijske kontroverze."⁵⁶

Ustavni sud Španije, dakle, insistirao je na razlici između osnovnog i kvalifikovanog oblika poricanja genocida. Prema ovom shvatanju, osnovni oblik djela postojao bi u slučaju kada se posljedica ogleđa u nastupanju apstraktne opasnosti, dok se za kvalifikovani oblik traži nastupanje konkretne opasnosti.⁵⁷ Ustavni sud Španije, slično kao V. Britanija, Irska i skandinavske zemlje, smatra kako treba inkriminirati samo kvalifikovani oblik poricanja. To je i suština spora koji se prilikom usvajanja Okvirne odluke vodio između onih zemalja koje inkriminišu poricanje genocida i onih koje to ne čine, insistirajući na vrijednostima prava na slobodu govora. Međutim, kao što je to pokazao španski ustavni sud, prihvatanje ovakvog stava u praksi onemogućava ili barem otežava gonjenje poricatelja genocida. Većina osuđenih i najopasnijih poricatelja autori su kvazinaučnih rasprava u kojima se tvrdi kako nije bilo masovnih ubistava, kako su žrtve poumirale od bolesti ili su poginule u borbama, odnosno kako je čitava stvar običan mit sa prikrivenim političkim ciljevima. Ako bi, pri takvom stanju stvari, za konstituisanje krivičnog djela bilo potrebno još i da autor iznese i neki dodatni lični stav kojim će povrijediti ljudsko dostojanstvo žrtava,⁵⁸ ili da takva publikacija dovede do stanja "jasne i neposredne prijetnje" – bila bi izbrisana svaka razlika između krivičnog djela govora mržnje i poricanja genocida. Drugim riječima, ukoliko države članice EU prihvate mogućnosti iz čl. 2. rezervne klauzule Okvirne odluke, onda negiranje činjeničnih tvrdnji o zločinu ne bi imalo stvarnog značaja po krivičnu odgovornost učinilaca, budući da bi krivično djelo poricanje genocida postojalo samo u onim slučajevima kada su već ostvareni elementi bića krivičnog djela govora mržnje.⁵⁹ Zato se čini da nema smisla govoriti o osnovnom obliku poricanja geno-

⁵⁵ Coderch, P.S., Puig, A.R. op. cit. u bilj. 8. str. 16.

⁵⁶ ESLJP, presuda Chauvy protiv Francuske, od 29. 6. 2004, tužba, br. 64915/01

⁵⁷ Stav njemačke judikature prema kojem se opasnost kao posljedica uvijek pretpostavlja vidljiv je iz već pominjane odluke protiv Bernhardta Häusslera, up. bilj. 37.

⁵⁸ Laži postaju "kvalifikovane" ako su poduprte još nečim što nalikuje "izražavanju osjećanja" ili aktivnom propagandom za poduzimanje nekih akcija. Naprimjer, autor ne samo da poriče genocid nego govori kako su "Jevreji svjesno i zlonamjerno obavili falsifikovanje istorije sa namjerom da se obogate ucjenjivanjem Nijemaca." Stradella, E. (2008) Hate Speech in the Background of the Security Dilemma, German Law Journal, Vol. 9/.str. 70.

⁵⁹ Na konferenciji održanoj u Evropskom parlamentu 9. 10. 2009. pod nazivom "Poricanje i demokratija u Evropi", od država članica EU je zatraženo da porihvate "jaku ver-

cida budući da je kvalifikovani oblik istovremeno i jedini u kojem ova zabrana proizvodi efekte različite od zabrane govora mržnje. Iz istih razloga smatramo kako je pogrešna i teza prema kojoj je poricanje genocida samo poseban oblik krivičnog djela govora mržnje.

Osnovna ideja krivičnog djela poricanja genocida ogleda se, dakle, upravo u tome da posljedica nastupa samim napadom na korpus zaštićenih činjenica. Kod ovakvih djela (sa apstraktnom opasnošću) opasnost je zakonodavni motiv inkriminacije. Posljedica se stoga apsolutno pretpostavlja čim je radnja izvršena pa zato nije potrebno dokazivati da je u konkretnom slučaju i prouzrokovana.⁶⁰ Ovakav stav zauzima i ESLJP kada na osnovu izvršenja radnje poricanja automatski zaključuje o posljedicama u vidu vrijeđanja, podsticanja na mržnju i ozbiljne prijetnje za javni red: "Dovođenje u pitanje postojanja zločina protiv čovječnosti je zbog toga jedno od najozbiljnijih formi klevete na rasnoj osnovi kao i podsticanja na mržnju. Poricanje ili ponovno ispisivanje ove vrste istorijskih činjenica podcjenjuje vrijednosti na kojima je zasnovana borba protiv rasizma i antisemitizma i predstavlja ozbiljnu prijetnju za javni red."⁶¹

3. Zaštitni objekat krivičnog djela poricanja genocida

3.1 Od uvrede do zaštite temeljnih vrijednosti Evropske Unije

Nema sumnje kako je antisemitizam pokretačka snaga i osnovni motiv negiranja holokausta. U tom smislu osporavanje holokausta samo je nastavak jedne duboko ukorijenjene tradicije evropskog kršćanskog iracionalizma.⁶² Ono što je novo kod ove vrste antisemitizma jeste pokušaj da se uz pomoć poznatih fantastičnih narativa o zlokobnim jevrejskim zavjerama ospori istorijska i pravna činjenica sistematskog uništavanja čitavog jednog naroda, što više nije isključivo zločin protiv Jevreja, nego zločin protiv čitavog čovječanstva.⁶³

ziju" zakona predloženu u Okvirnoj odluci. Dostupno na: (<http://eafjd.eu/spip.php?article558>)

⁶⁰ Srzentić, N. op. cit. bilj. 41. str. 47.

⁶¹ ESLJP *Garaudy v. France*, 24.6. 200.g. tužba br. 65831/01.

⁶² Peri, M. (2000) *Intelektualna istorija Evrope*, Beograd, CLIO, str. 492.

⁶³ Negiranje holokausta danas je univerzalno priznato kao specifičan oblik mržnje. Ovo je potvrđenom posebnom rezolucijom Generalne skupštine UN iz januara 2007. godine protiv koje je glasao samo Iran.

Poricanje holokausta, koje je započelo odmah nakon Drugog svjetskog rata, dobilo je naročiti zamah kada je Willls Carto, osnivač Liberty Lobby-a – naveće antijevrejske propagandne organizacije u SAD-u – ustanovio 1979. godine pseudonaučni Institut za istorijske studije koji je bio u stanju da poveže i organizuje revizioniste holokausta iz čitavog svijeta.⁶⁴

Sa osnivanjem *ad hoc* međunarodnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i za Ruandu stvorili su se uslovi da argumenti na kojima počiva zabrana revizije holokausta postanu argumenti i za zabranu osporavanja činjeničnih i pravnih utvrđenja međunarodnih sudova koji se tiču i drugih zločina genocida. Desilo se, ustvari, ono što su antisemitisti najmanje željeli, tj. da borba protiv njihovih istorijskih falsifikata postane osnovni pokretač za stvaranje jednog šireg političkog i pravnog okvira koji će omogućiti zabranu svih oblika poricanja genocida, ali ne više kao kažnjavanja posebnog oblika uvrede, nego kao kažnjavanja govora kojim se napadaju temeljne civilizacijske vrijednosti.

Kazat ćemo to ovako: javno ispoljavanje antisemitizma njemački je zakon kažnjavao kao uvredu (*Beleidigung*) i za vrijeme Vajmarske republike, dakle i prije ere nacizma.⁶⁵ Isti koncept uvrede (protiv svakog Jevrejina) prihvatio je i njemački zakon iz 1985. godine, kada je zabranio poricanje nacističkih zločina. Zahvaljujući generalnom pomjeranju polja političkog prema zaštiti ljudskih prava, novelirani njemački krivični zakon iz 1994. godine uvrstio je krivično djelo poricanja holokausta u opštu odredbu o govoru mržnje (*Volksverhetzung*), dakle u grupu onih krivičnih djela kojima se prema Okvirnoj odluci štite osnovne vrijednosti na kojima je Evropa utemeljena. Na sličan način se u KZ SR BIH krivično djelo Izlaganje poruzi naroda i narodnosti Jugoslavije, iz čl. 85. st. 2., nalazilo u grupi krivičnih djela protiv časti i ugleda, dok je odredba čl. 163. KZ FBIH (Izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti) pozicionirana u grupu krivičnih djela protiv ustavnog poretka Federacije, što je razumljivo budući da su "osobne slobode i prava čovjeka" osnovni zaštitni objekat našeg krivičnog zakona.

⁶⁴ Holocaust Denial on Trial: Using History to Confront Distortions, Emory University (2009) str. 3. Dostupno na: (<http://www.hdot.org/en/denial/timeline>)

⁶⁵ Hitlerov ministar propagande J. Goebbels dva puta je kažnjavan na osnovu zakona Vajmarske republike koji su zabranjivali antisemitistički govor. Dixon J. (1986) The Keestra case: Freedom of speech and the prosecution of harmful ideas, For the BCCLA (online) str. 6. Dostupno na: (www.bccla.org/positions/freespeech/85keestra.htm)

3.2. Zabrana iznošenja štetnih političkih ideja

Govor mržnje i poricanje genocida spadaju u grupu političkih krivičnih djela. Politički karakter proizlazi iz njihovog grupnog zaštitnog objekta. Među njima ipak postoji suštinska razlika, a ona se nigdje ne pokazuje tako jasno kao na primjeru onih krajnjih motiva zbog kojih se pristupilo njihovoj inkriminaciji. Zabranom govora mržnje štite se nužne pretpostavke demokratskog procesa. Te pretpostavke su ugrožene ukoliko se propagiranjem nasilja ugrozi red i mir ili se povredom ličnog dostojanstva i integriteta određenih kategorija građana ide za njihovom eliminacijom iz procesa demokratskog odlučivanja. Ukoliko ti osnovni uslovi nisu ugroženi, demokratija kao takva mora se nositi sa svim političkim stajalištima i razlikama u mišljenjima, uključujući i ona koja zagovaraju ukidanje demokratije, što je po pravilu slučaj sa političkim opcijama koje osporavaju genocid. Za razliku od toga, kriminalizacijom poricanja genocida demokratija se brani izvana, upotrebom nedemokratskih sredstava.⁶⁶

Zabranom iznošenja izabranih činjeničnih tvrdnji specifične se političke opcije uklanjaju iz demokratskog procesa razmjene ideja.⁶⁷ Radi se najčešće o onim političkim opcijama i idejama koje su dovele do zločina genocida. Zabranom se, zapravo, tvrdi kako ova forma govora nema dovoljno "dostojanstva" da bude "smještena" u područje prava na slobodu govora.⁶⁸ Ovo se jasno može pročitati iz različitih, naprijed citiranih, zakonskih definicija krivičnog djela poricanja genocida, prema kojima se radnjom izvršenja smatraju razni vidovi odobravanja, "prihvatanja, opravdavanja fašističkih zločina i sličnih pokreta", poricanje njegovih posljedica, a naročito je to vidljivo iz odredbe francuskog Gayssotovog zakona koji kao radnju izvršenja predviđa i "ohrabrivanje onih kojima se obraća da stvore povoljan moralni sud" o zločinu genocida.

ESLJP također stoji na stanovištu kako je promocija štetnih političkih ideja stvarni cilj negiranja istorijskih činjenica. "Nema sumnje kako osporavanje postojanja jasno utvrđenih istorijskih događaja, kao što je holokaust, ne predstavlja istorijsko istraživanje zainteresovano za pitanje istine. Stvarni cilj ovakvih djela

⁶⁶ Stradella ovu razliku objašnjava ukazujući na razliku između njemačkog i italijanskog pristupa ovom problemu. Italija, za razliku od Njemačke, prihvata i štetne ideje kao sastavni dio demokratskog procesa. Stradella, E. op. cit. bilj. 58. str. 73.

⁶⁷ Deborah Lipstad autorica poznate studije "Poricanje holokausta" bila je pozvana od strane njenog izdavača da učestvuje u radio i televizijskim debatama sa poricateljima holokausta. Ona je to odbila kazavši da bi njeno pojavljivanje legitimiralo poziciju onih koji poriču genocid, jer njihov je glavni argument "da ne postoje argumenti". Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 12.

⁶⁸ Stradella, E. op. cit. bilj. 58. str. 71.

jeste rehabilitacija nacionalsocijalističkog režima, čija je konsekvenca optuživanje žrtava holokausta za falsifikovanje istorije.⁶⁹ Zbog toga, kada je riječ o ograničenju slobode izražavanja, ESLJP smatra kako poricanje genocida ne zaslužuje zaštitu čl. 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, budući da je ova zaštita uklonjena odredbom čl. 17. koja definiše zloupotrebe prava zagarantovanih Konvencijom.⁷⁰

Porijeklo ove ideje (zaštite demokratije nedemokratskim sredstvima) nalazimo u putevima političke i moralne rehabilitacije njemačke nacije. Nakon Drugog svjetskog rata u okupiranoj Zapadnoj Njemačkoj sproveden je postupak denacifikacije što je, osim lustracije, podrazumijevalo i zabranu svih oblika propagiranja nacističke ideologije. To je bio i svojevrsan oblik političke zabrane poricanja genocida.⁷¹ Okupacione prisilne mjere postat će trajno oružje u odbrani demokratije i prihvatljiv koncept kriminalizacije slobode govora, koji će, osim Zapadne Njemačke, prihvatiti uglavnom one evropske države koje za to nalaze razloge u svojoj novijoj istoriji.⁷² Pri tome motivi zakonodavca mogu biti različiti. Koja će istorijska ili pravna činjenica, kao predmet radnje krivičnog djela, dobiti status zaštićene istine, zavisi od političkih prioriteta svake pojedine države. To može biti strah od restauracije opasne ideologije koja je dovela do zločina genocida, ali to može biti, kao u Francuskoj, i zabrana lažnog prikazivanja višijevskog režima kao načina otpora nacistima.⁷³ Stvari se komplikuju kada se, kao u Poljskoj,

⁶⁹ ESLJP, *Garaudy v. France*, od 24.6. 200.g. tužba br. 65831/01.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Proces denacifikacije nije tekao tako glatko kako bi se to moglo pomisliti. Prelomni momenat desio se zapravo tek krajem 1950-tih godina kada su se dogodila sknavljenja jevrejskih groblja širom Zapadne Njemačke. U godinama koje su uslijedile antisemitistički ispadi nailazili su na sve snažnije političke osude. Poricatelji holokausta postali su nacionalna sramota, a većina građana Zapadne Njemačke doživljavala je poricanje kao simboličku afirmaciju nacizma, tj. pronacističku propagandu i oblik neonacizma. Došlo se do zaključka da je ispravan odnos prema prošlosti najbolje osiguranje protiv restauracije nacizma. Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 15.

⁷² Kao što primjećuje Belinda, zemlje u kojima se za vrijeme Drugog svjetskog rata desilo masovno stradanje Jevreja, uglavnom zabranjuju poricanje holokausta, dok zemlje koje su ustale u zaštitu Jevreja poput skandinavskih zemalja ili Bugarske, to ne čine. Italija takođe ne zabranjuje poricanje genocida, možda zbog toga što Musolinijev režim, što je malo poznato, nije proganjao Jevreje. O tome Arendt, H. op. cit. u bilj. 1.

⁷³ Poricanje se doživljava kao politička prijetnja kojoj se država mora sistematski odupirati, naročito zbog jačanja ekstremne desnice. Dok se u Njemačkoj radi o raskidanju veza sa nacističkom prošlošću, dotle Francuzi zabranom poricanja pokušavaju da stanu u kraj debati između onih koji su se odupirali i onih koji su saradivali sa nacistima. Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 2.

putem Instituta Nacionalne komisije za sjećanje i gonjenje zločina protiv poljskog naroda, pokušava institucionalizirati i učiniti obavezujućom sadržina kolektivne i simboličke memorije budućih generacija.⁷⁴ Ovakvom intervencijom ne traži se samo da se prošlost upamti, nego i da se ustanovi njena obavezujuća interpretacija.⁷⁵ To otvara prostor za politizaciju istorijske istine.⁷⁶

Zaključne napomene

U kojoj mjeri će zabrana poricanja genocida ograničiti pravo na slobodu govora zavisit će, po našem mišljenju, ponajviše od načina na koji je krivični zakon formulisao predmet zaštite krivičnog djela. Ukoliko blanketna norma upućuje isključivo na činjenice koje su utvrđene pravosnažnom odlukom međunarodnog suda, mišljenja smo da zabrana poricanja genocida neće u značajnoj mjeri ugroziti pravo na slobodu govora. Nema razloga ni da se povjeruje da će ovako formulisan izuzetak od prava na slobodu izražavanja biti zloupotrijebljen od strane raspravnih sudova. Time se, međutim, još uvijek ne odgovara na pitanje treba li zabranjivati poricanje genocida. Kontroverze, koje su rezultat sukoba između opredjeljenja za slobodnu razmjenu mišljenja i opredjeljenja za eliminaciju štetnih ideja, posljedica su jednog u suštini pragmatičnog pitanja: šta učiniti da nam se više ne dešavaju zločini koji predstavljaju napad na ljudsku raznolikost i sam položaj čovjeka?⁷⁷ Da li je vjerovatnije da ćemo ovom cilju, oko kojeg nema razmimoilaženja, efikasnije doprinijeti ako dopustimo demokratiji da se odbrani sama, sopstvenim mehanizmima, ili ćemo bolje učiniti braneći je izvana, ograničavanjem prava na slobodu govora? Prvi pristup počiva na vjeri u moralnu

⁷⁴ Rizik se pojavljuje onda kada država nametne jednu interpretaciju prošlosti kao predmet krivičnopravne zaštite. Tako utvrđenje raspravnog sudije ne zavisi toliko od rekonstrukcije činjenica nego od njihove zvanične intepretacije. Fronza, E. (2006) *The punishment of Negationism: The difficult Dialogue Between Law and Memory*; Vermont Law Review, Vol. 30. str. 621.

⁷⁵ Ibid. str. 613.

⁷⁶ Primjer predstavlja prošlogodišnji istup Evropske pučke stranke (EPP), koja ima najveći broj zastupnika u Evropskom parlamentu. Ova stranka je našla za shodno da osudi Sloveniju zbog toga što je jednu ulicu u Ljubljani nazvala po „diktatoru“ Josipu Brozu Titu. „To nije samo revidiranje povijesti i stvaranje podjela u društvima,“ istakao je 9. 12. 2009. šef zastupničke grupe EPP-a Joseph Daul,“ nego i postavljanje loših primjera za mlade naraštaje. To usporava ozdravljenje društava, što je ključni cilj dovršetka tranzicije prema demokraciji. To šalje posebno negativnu poruku informaciji i međunarodnj javnosti kao i mladim naraštajima.“ Dostupno na: Hrvatski informativni centar, 9. 12. 2009.g. (www.hic.hr)

⁷⁷ Arendt, H. op. cit. u bilj. 1. str. 241.

autonomiju pojedinca; drugi se rukovodi nepovjerenjem u čovjeka i njegovu sposobnost ispravnog moralnog uvida. Oba vjerovanja imaju svoje duboke istorijske razloge, zbog čega je problem nemoguće jedinstveno riješiti na nivou EU, bez obzira na istovjetna načelna opredjeljenja država članica. Teško da će Okvirna odluka nešto u tome bitno promijeniti. Vjerovatnije je da će države, koristeći mogućnosti iz čl. 2. rezervne klauzule, zadržati svoje ranije političke prioritete. Nakon stupanja na snagu Okvirne odluke samo je Mađarska donijela 2010. godine zakon koji je zabranio negiranje holokausta pod prijetnjom zatvorske kazne do tri godine.⁷⁸

U prilog zaštiti slobode govora treba reći da zabrana neće spriječiti poricanje, kao što to nijedan zakon nije u stanju, ali će zato poricateljima omogućiti željeni publicitet i dodatnu javnu tribinu za iznošenje istorijskih falsifikata. Stvarnost je pokazala da su efekti takvih suđenja nerijetko kontraproduktivni.⁷⁹ Do jučer nepoznate osobe naglo se, nakon suđenja, preobraze u javne ličnosti i slavne kvaziistoričare čiji je osnovni interes da sopstvene iracionalne opsesije učine legitimnim dijelom političkog i istorijskog diskursa. Tako se dešava da sudski postupak i njegove posljedice dovedu u konačnici do snažnijeg udara na kolektivnu memoriju i ljudsko dostojanstvo pripadnika grupe koja je bila napadni objekat zločina.⁸⁰ Zbog toga se vodeće jevrejske organizacije u SAD-u i Kanadi protive sudskim procesima i zalažu se za sistematsku marginalizaciju takvih osoba i organizacija.⁸¹ Također, mada se često ističe kako negiranje genocida treba

⁷⁸ Politics. HU, (2010) The intelligent source for Inteligence on Hungarian politics, Dostupno na: (<http://www.politics.hu/20100311/president-solyom-signs-holocaust-denial-bill>)

⁷⁹ Smatra se da je sve do sredine sedamdesetih godina prošlog vijeka poricanje bilo sporadična pojava koja je privlačila malo pažnje u javnosti. To se počelo mijenjati kada je 1978. godine započela serija procesa protiv francuskog profesora Roberta Faurissona nakon njegovog napisa u *Le Monde*-u, a potom i procesa protiv Ernsta Zundela, autora pamfleta „Da li je šest miliona zaista umrlo“. Obojica su uspjela u namjeri da isprovociraju veći broj sudskih procesa koji su im poslužili za propagiranje negiranja genocida. Ispitivanja javnog mnijenja provedena između 1980.-1990. godine pokazala su da je oko 10% građana povjerovalo njihovim istorijskim falsifikatima i teorijama zavjere. Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 3.

⁸⁰ Kada govorimo o pravosuđu, treba razlikovati dva momenta: momenat donošenja propisa i suđenje. Zakonodavac će zabraniti određeno ponašanje i utvrditi kaznu, a sudski postupak će pokušati reafirmisati kolektivnu memoriju koju poricanje dovodi u pitanje. Ali, često će se dogoditi upravo ono što se zakonom želi spriječiti, a to je da se laži javno pronose, da se o njima naveliko piše i govori. Fronza, E. op. cit. u bilj. 74. str. 609.

⁸¹ Deborah Lipstadt, autorica koja svim sredstvima pokušava demaskirati rasnu i nedemokratsku poziciju poricatelja čija je strategija „uništenje istine i memorije“ – sa jedne strane brani slobodu izražavanja, a sa druge smatra da suđenja obezbjeđuju nezasluzenu medijsku pažnju njihovim autorima. Kahn, R.A. op. cit. u bilj. 40. str. 12.-14.

kažnjavati zbog toga što ono predstavlja pripremu za naredni zločin, naše iskustvo ne govori u prilog toj tvrdnji. Naime, u Jugoslaviji je nakon Drugog svjetskog rata svako minimiziranje zločina protiv čovječnosti bilo najstrožije zabranjeno, ali to nije osujetilo njihovo ponavljanje.

U prilog tvrdnji da treba kažnjavati negiranje genocida treba u prvom redu reći da uprkos pravu na iznošenje drugačijeg mišljenja, postoji i nešto što se zove istina.⁸² Iznošenje laži – kao namjerno izricanje logičkih sudova koji ne odgovaraju stvarnosti – ipak je više od prava na "različit pogled na stvari". Uporno negiranje činjenica, koje potkopava same pretpostavke racionalizma, nije stoga izraz slobode govora, nego predstavlja izgovor za ponovni napad na ljudsko dostojanstvo žrtava, odbranu učinilaca zločina i odobravanje njihovih djela i, što je možda najvažnije, izgovor za simboličku afirmaciju ideologije koja ugrožava temeljne civilizacijske vrijednosti. Zbog toga, kada govorimo o razlozima za i protiv domaćeg zakona, naglasak ne bi trebao biti na štetnim posljedicama negiranja genocida, niti na štetnim posljedicama publiciteta sudskih procesa. Za ovakve inkriminacije najvažniji je sam čin izglasavanja zakona i široka prihvaćenost poruke zakonodavca.⁸³ Na simboličkoj razini takav bi zakon trebao izraziti zajedničke moralne norme svih građana. Čak i ako je njegova instrumentalna vrijednost problematična, njegova simbolička vrijednost bila bi od najvećeg mogućeg značaja u društvu koje ima razloga da strahuje od vlastite prošlosti.

⁸² Istina je svojstvo logičkog suda, a sastoji se u slaganju misli i stvari (*adequatio intellectus et rei*), dakle, u korespondenciji suda sa onim o čemu sudimo, a što je takvo kakvo jeste, bez obzira kako mi o njemu sudili. Ovako shvaćena istina – opravdano vjerovanje da takvo slaganje postoji – nije neko interno svojstvo suda, nego to svojstvo sud posjeduje u odnosu prema realnosti.

⁸³ Suteu. S. op. cit. u bilj. 22. str. 52.

Literatura:

- Arendt, H. (2000) Eichmann u Jerusalimu – izvještaj o banalnosti zla, "K.V.S." Beograd.
- Auran, Y. (2004) The banality of denial: Israel and the Armenian genocide, New Brunswick.
- Bazzyler, M.J. (2006) Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism, Whittier Law School, (online) California, USA, Dostupno na: http://209.85.135.132/search?q=cache%3ALqeLGiefCW8J%3Awww1.yadvashem.org%2Fabout_yad%2Fdepartment_s%2Faudio%2FBazzyler.pdf+denying+holocaust+in+Eu+leislation&hl=hr&gl=ba
- Belinda, C. (2008) Denying Genocide: Law, Identity and Historical Memory in the Face of Mass Atrocity Conference; The Program in Holocaust and Human Rights Studies and the World Policy Institute Conference, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University; Brookdale Center, New York, 2008, vol 9.
- Cajani, L. (2009) Historians under Criminal Law, EU Legislation Casts a Shadow on Historical Research, From the International column of the October 2009 issue of Perspectives on History, Dostupno na: (<http://www.historians.org/Perspectives/issues/2009/0910/0910int2.cfm>)
- CFCA - The Coordination Forum for Countering Antisemitism. Dostupno na: (<http://www.antisemitism.org.il/eng/Legislation%20Against%20Antisemitism%20and%20Denial%20of%20the%20Holocaust>)
- Churchill, W. (2001) A little matter of genocide: Holocaust and denial in the Americas, 1492 to the present; Barnes and Noble.
- Coderch, P.S., Puig, A.R.: Genocide Denial and Freedom of Speech, Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th, School of Law (online), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, dostupno na: (http://www.indret.com/pdf/591_en.pdf)
- Cunneen, C., Fraser, D., Tomsen, S. (1998) Faces of hate: hate crime in Australia, Barnes and Noble.
- Dixon J. (1986) The Keestra case: Freedom of speech and the prosecution of harmful ideas, For the BCCLA (online). Dostupno na: (www.bccla.org/positions/freespeech/85keestra.htm)

- Framework Decision on combating racism and Xenophobia, 8180/2/07REV2DROIPEN2a, Justice and Home Affairs Council of the European Union, Strasbourg, 17 April 2007.
- Fronza, E. (2006) The punishment of Negationism: The difficult Dialogue Between Law and Memory; *Vermont Law Review*, Vol. 30.
- Holocaust Denial on Trial: Using History to Confront Distortions, Emory University (2009) Dostupno na: (<http://www.hdot.org/en/denial/timeline>)
- Hovannisian, R.G. urednik (2003) Looking backward, moving forward: confronting the Armenian Genocide, *Barnabies and Noble*.
- Josephs, J.D. (2008) Holocaust Denial Legislation: a Justifiable Infringement of Freedom of Expression, *Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit*, n° 2008/3. (online). Dostupno na: (<http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP-philodroit2008-3-Josephs.pdf>)
- Liakos. A. (2010) Beyond the abuses of history, 21-th International Congress of Historical Sciences, Amsterdam, 22-28. 08. 2010, *Ethics, Historical Research and Law*, 23. 08. Dostupno na: (<http://www.ichs2010.org/home.asp>)
- Kahn, R.A. (2004) *Holocaust Denial and the Law, A Comparative Study*; Palgrave MacMillan.
- Milburn, M.A., Conrad, S.D. (1998) *The Politics of Denial*, Cambridge, Mass. London, IT.
- Peri, M. (2000) *Intelektualna istorija Evrope*, Beograd, CLIO.
- Srzentić, N. (1982) *Komentar krivičnog zakona SFRJ*, Beograd.
- Stradella, E. (2008) *Hate Speech in the Background of the Security Dilemma*, *German Law Journal*, Vol. 9/.
- Suteu, S. (2008) *Law Against Negation: Anti-Holocaust Denial Legislation un Europe*; Central European University (online), Hungary, str. 79-80. Dostupno na: (http://www.etd.ceu.hu/2008/suteu_silvia.pdf)
- Whine, M. (2008) *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It*, *Jewish Political Studies Review* 20/1-2.

GENOCIDE DENIAL AND RIGHT TO THE FREEDOM OF SPEECH

Summary

Banning genocide denial eliminates certain political options from a democratic discourse. Such a ban, in fact, asserts that this form of speech is unworthy of being an integral part of the right to a free speech. On the other side of the political spectrum, there stands a strong philosophical and legal tradition of classical liberalism according to which one seeks the truth not by bans, but by the right to the freedom of speech. Nonetheless, positions of the left and classical liberalism need not necessarily be so far apart. The more precise the penal code, the lesser are the limitations to the freedom of speech. This, in turn, means that an unswerving implementation of legal principles eliminates the majority of dilemmas related to the right to the freedom of speech. However, there is also an issue of instrumental value of the law that bans denial of genocide. The judicial practice has shown that trials are often the best political platform for propagating historical falsehoods. At the same time, it is beyond doubt that persistent statements which do not reflect reality are not an expression of the freedom of speech, but rather an excuse for symbolic affirmation of an ideology that denies existence of the variety in humankind and that threatens the men's very existence. Therefore, when one discusses the reasons for and against adoption of our national law, the emphasis should be neither on the negative aspects of genocide denial, nor of public trials. It is of utmost importance to assure widespread acceptance of the law. On a symbolic level, such law should express the commonly held moral norms of all citizens. Even if its instrumental value is questionable, its symbolic value would be of tremendous significance for a society that has reasons to fear its own past.

Key words

Genocide denial, Freedom of Speech, Democracy, Hate Speech

PRESUDA MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE U PREDMETU „BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SRBIJE I CRNE GORE“: PRECEDENT BUDUĆIM SPOROVIMA O ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA GENOCID?

pregledni znanstveni rad

UDK: 341.485:341.645.2(497.6)(497.1)

Šejla Haračić-Čajlaković*

Sažetak

Zaključci Međunarodnog suda pravde u predmetu „Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore“ o režimu, elementima i posljedicama odgovornosti države za genocid trebali bi poslužiti kao precedenti za presude budućih slučajeva učestvovanja države u izvršenju genocida. U stručnoj javnosti zaključci nisu naišli na nepodijeljeno odobravanje – prebacuje im se nonšalantnost, sklonost kompromisu i dvoznačnost. Iz analize presude vidi se da Sud jeste zauzeo određene stavove koji bi mogli poslužiti kao precedenti, no način obrazlaganja takvih stavova otvorio je nova pitanja o odgovornosti država za genocid kojih je, nažalost, više negoli odgovora u ovoj presudi. Ta pitanja je nužno prepoznati i na njih pokušati dati odgovore u budućnosti.

Ključne riječi

odgovornost države, genocid, međunarodne sankcije, Međunarodni sud pravde

* *Asistentica na Katedri za državno i međunarodno javno pravo
Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici
sejlaharacic@gmail.com*

1. Uvod

Rad na *Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* (u nastavku: Konvencija o genocidu, Konvencija) pokazao je svu osjetljivost i političku uvjetovanost inkriminiranja "zločina nad zločinima". Neka od pitanja koja su se nametnula pri izradi Konvencije, nisu nikada normativno riješena. S druge strane, određene odredbe Konvencije nisu u dovoljnoj mjeri jasne i uzrok su različitim tumačenjima. Takvo je i pitanje odgovornosti države za djela genocida predviđeno u Konvenciji (član IX.). Historija je pokazala da nametanje "ratne krivice" državama ima, prosto rečeno, nesretne posljedice: proglašenje Njemačke krivom za događaje u Prvom svjetskom ratu pokazalo se kao jedan od uzroka pojave nacizma.¹ Poslije toga međunarodno pravo se posvetilo radije kažnjavanju pojedinaca, a eventualna izvinjenja i retribucije od strane države bila su dobrovoljnog karaktera. Presudom u *Sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* (u nastavku: Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore) Međunarodni sud pravde (u nastavku: MSP) je po prvi put utvrdio određeni vid odgovornosti države za djela genocida, što je najveći doprinos ove presude, koji se odnosi na nekoliko ključnih momenata: pokušaj Suda da riješi pitanje prirode odgovornosti države za genocid, pitanje elemenata odgovornosti (*actus reus* i *mens rea*), standarda i metoda dokazivanja odgovornosti i sankcija za državu koja je oglašena odgovornom. Ovo su neki od najvažnijih zaključaka koji će nesumnjivo imati snagu precedenta u eventualnim budućim predmetima povodom kršenja odredbi Konvencije o genocidu: cilj ovog rada stoga jeste da pokaže koliko je Međunarodni sud pravde bio uspješan u njihovom donošenju, ukazujući i na neka druga ponuđena rješenja i sugestije.

2. Kratki pregled rada Ujedinjenih nacija na pitanju odgovornosti države za međunarodna krivična djela²

Mogućnost uplitanja države u izvršenje krivičnih djela, pogotovo djela koja podrazumijevaju sistematičnost u izvršenju, kakvo je krivično djelo genocida je

¹ Posner, E.A. (2006) „Sins of the Fatherland“ (online), The Boston Globe, 5. mart 2006. godine. Dostupno na: (<http://www.law.uchicago.edu/posner-sinsfatherland.html>).

² Opširnije o ovome: Softić, S. (2010) „Odgovornost država za međunarodna protivpravna djela“, *Pravna misao*, Sarajevo, br. 7-8 / 2010., str. 32.-52.

sasvim izvjesna.³ I upravo, čini se da se najduže raspravlja(lo) o odredbama Konvencije o genocidu u vezi sa odgovornošću države za genocid. U presudi u sporu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, MSP se pozivao i na historijat izrade međunarodnih akata koji regulišu odgovornost države pa je bitno ukratko ga predstaviti.

2.1. Izrada Konvencije o genocidu i problem odgovornosti države

Kada je u pitanju odgovornost države za zločin genocida, bitne su odredbe članova IV., VI. i IX. Konvencije.

Prilikom diskusija o izradi člana IV.⁴ Ujedinjeno Kraljevstvo je pokrenulo pitanje odgovornosti države, smatrajući da "odgovornost (...) treba obuhvatati ne samo privatna lica ili organizacije nego i države, vlade, organe ili vlasti države ili vlade",⁵ napominjući da je to najčešći slučaj upravo kod zločina genocida.⁶ Ujedinjeno Kraljevstvo je tom prilikom napomenulo da se ne radi o krivičnoj odgovornosti i da MSP ne bi izricao krivične sankcije, nego naredio prestanak izvršenja takvih djela.⁷ Međutim, neke države, kao npr. Francuska, Panama, Kanada smatrale su da država treba biti krivično odgovorna i da je treba kazniti; druge su smatrale da bi jedina moguća sankcija bila plaćanje odštete (Švedska, Venecuela), dok su treće naglašavale da je to pitanje koje treba razmatrati u okviru drugih grana prava (SAD). Na kraju, pokazalo se da se države uglavnom protive konceptu

³ Jorgensen, N.B. (2000) *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford/New York: Oxford University Press, str. 112. Uplitanje države podrazumijevalo je čitav niz radnji, od direktnog uplitanja, kao što je donošenje propisa kojima se ustvari vrše neka od krivičnih djela, npr. zakoni protiv Jevreja u Njemačkoj i tzv. *Endlösung*, zatim agresija, terorizam sponzoriran od strane države, prikrivanje krivičnog djela i odbijanje kažnjavanja ili saradnje na otkrivanju krivičnog djela i izvršioca. Vidi npr. i Komentari Komisije za međunarodno pravo UN o Nacrtu pravila o odgovornosti države za međunarodne protupravne akte, *Report of the ILC*, Doc. A/56/10, 2001. Dostupan na: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/english/content.pdf>. U nastavku: *Komentari Nacrta*.

⁴ Odredba člana IV. glasi: „Lica koja učine djelo genocida ili neko drugo djelo navedeno u članu III, biće kažnjena bez obzira da li upravljaju državom, obavljaju funkcije ili su obični pojedinci.” Tekst Konvencije o genocidu naveden prema tekstu objavljenom u „Službenom vesniku Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ”, br. 2/1950.

⁵ UN Doc. A/C.6/236 i korigendum Corr. 1, prema: Schabas, W.A. (2000) *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 419.

⁶ UN Doc. A/C.6/SR.95, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 419.

⁷ UN Doc. A/C.6/SR.95, UN Doc. A/C.6/SR.96, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 419.

krivične odgovornosti države, ali da podržavaju postojanje građanskopravne odgovornosti.⁸

Problem odgovornosti države ponovo je postao aktuelan prilikom utvrđivanja teksta člana VI.⁹ Konvencije. Ujedinjeno Kraljevstvo je ponovo pokrenulo raspravu predlažući da se "u slučaju da je [ili se sumnja da je] djelo genocida (...) djelo države ili vlade ili bilo kojeg organa ili vlasti države ili vlade, predmet (...) dostavi Međunarodnom sudu pravde, čije odluke treba da budu konačne i obavezujuće."¹⁰ Belgija se složila sa prijedlogom Ujedinjenog Kraljevstva, uz izmjene koje se tiču nametanja odgovarajućih mjera u cilju zaustavljanja protupravnog djelovanja ili naknadu štete.¹¹ SAD su bile protiv prijedloga.¹²

Konačno je pitanje odgovornosti država za krivično djelo genocida riješeno propisivanjem odredbe člana IX. Konvencije. Član IX. propisuje da će "sporovi između strana ugovornica u pogledu tumačenja, primjene i izvršenja ove Konvencije, podrazumijevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo djelo pobrojano u članu III., [biti] izneseni pred Međunarodni sud pravde, na traženje jedne od strana u sporu". Sekretarijat je smatrao da je spor pred Sudom bolje rješenje od arbitraže, koja inače ne bi obavezivala ostale države.¹³ U vezi sa odgovornošću država Grčka je istakla da taj koncept nije naročito jasan, što se pokazalo tačnim: Francuska, Belgija, Haiti, Kanada i Ujedinjeno Kraljevstvo, na primjer, smatrale su da se radilo o građanskopravnoj odgovornosti, dok su Filipini zauzimali stav da je u pitanju krivična odgovornost.¹⁴ SAD su istakle da nije jasno o kakvoj se odgovornosti radi pa su kasnije sačinile i „formalnu izjavu o tumačenju člana IX.“¹⁵

2.2. Izrada Nacrta kodeksa o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva

Rad Komisije za međunarodno pravo (*International Law Commission*, u nastavku: ILC) u vezi sa odgovornošću država za krivična djela tiče se prven-

⁸ Schabas, W.A., op.cit., str. 420.-421.

⁹ „Lica optužena za krivično delo genocida ili za neko drugo delo navedeno u članu III biće predana na suđenje nadležnim sudovima države na čijoj teritoriji je određeno delo izvršeno, ili Međunarodnom krivičnom sudu, koji će biti nadležan za one od članica ugovornica koje budu priznale njegovu nadležnost.“

¹⁰ UN Doc. A./C.6/236 i korigendum Corr. 1, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 421.

¹¹ UN Doc. A./C.6/252., prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 421.

¹² UN Doc. A./C.6/SR.99, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 421.

¹³ UN Doc. E/447, str. 50, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 422.

¹⁴ Schabas, W.A., op.cit, str. 423.

¹⁵ UN Doc. A./C.6/SR.113, prema: Schabas, W.A., op.cit, str. 424.

stveno izrade Nacrta kodeksa o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva (u nastavku: *Nacrt kodeksa*). U početku¹⁶ je ILC isključila razmatranje odgovornosti države. U kasnijoj analizi Izvještaja ILC-a većina članova komisije su smatrali da se pitanje odgovornosti države ne smije ostaviti neriješeno.¹⁷ Na primjer, Francuska i Kuba su inzistirale na tome da postoji veza između individualne krivične odgovornosti i odgovornosti države, Njemačka je smatrala da države trebaju biti odgovorne u situacijama kada su "organizovale, izvršile ili podržavale"¹⁸ zločine te da se njihova odgovornost ne može zamijeniti odgovornošću pojedinaca. Međutim, iako se većina složila da je potrebno naglasiti odgovornost država, nije bilo eksplicitnog pominjanja krivične odgovornosti države koja bi bila različita od do tada poznatog koncepta odgovornosti države. U *Nacrtu kodeksa* iz 1991. godine se u članu 5. napominje da individualna odgovornost ne isključuje "gonjenje države za isto krivično djelo".¹⁹ Ipak, ni ovaj tekst ne govori o prirodi te odgovornosti. U komentarima na ovaj tekst Bjelorusija je, na primjer, države nazvala "izvršiocima".²⁰ Ujedinjeno Kraljevstvo je istaklo ozbiljne zamjerke, smatrajući da se individualna i odgovornost države moraju jasno izdvojiti, navodeći kao primjer upravo krivično djelo genocida za koje je potrebna organizacija od strane države, iako su "ubistva izvršena od strane pojedinaca".²¹ Za Ujedinjeno Kraljevstvo nema razloga da se ne govori o odgovornosti u oba slučaja. Nakon toga, u Dvanaestom izvještaju o *Nacrtu kodeksa*, Belgija je ponovo istakla potrebu propisivanja odgovornosti države.²²

¹⁶ Početni izvještaj napravio je specijalni izvjestilac Doudou Thiam, 1983. Vidi: ILC, First Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/364 (1983), *Yearbook of International Law Commission*, vol. 2, part 1, 137-155, str. 144-6. Dostupno na: (http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/contents/1983_v2_p1_e.pdf).

¹⁷ Vidi: Jorgensen, N.B., op.cit, str. 140.

¹⁸ *Idem*, str. 141.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Report of the ILC on the Work of its Forty-Fifth Session, Comments and Observations of Governments on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind Adopted on First Reading by the ILC at its Forty-Third Session, A/CN.4/448, 1. March 1993., prema: Jorgensen, N.B., op.cit, str. 142.

²¹ Jorgensen, N.B., op.cit, str. 143.

²² Vidi: Report of the ILC on the Work of its Forty-Sixth Session, Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Doudou Thiam, Special Rapporteur, A/CN.4/460, 15. April 1994. Dostupan na: (http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_460.pdf).

Konačno, na četrdeset i osmoj sjednici održanoj 1996. godine ILC je usvojila tekst *Nacrta kodeksa*²³ u kojem je odgovornost države propisana članom 4. (Odgovornost država): "Činjenica da Kodeks propisuje odgovornost pojedinaca za zločine protiv mira i sigurnosti čovječanstva je nezavisna od bilo kog pitanja odgovornosti države prema odredbama međunarodnog prava."²⁴

Odredba pokazuje da pitanje prirode odgovornosti države uopšte nije riješeno ovim *Nacrtom*.

2.3. Izrada Pravila o odgovornosti država za međunarodne protupravne akte

Pokušaj ILC-a da jedinstveno i konačno riješi pitanje odgovornosti država predstavlja rad na Nacrtu pravila o odgovornosti država za međunarodne protupravne akte, sa konačnim tekstom iz 2001. godine.²⁵ Ono što je bitno, jeste da iako se radi samo o Nacrtu, mnogi međunarodni sudovi su se pozivali na njegove

²³ *Nacrt kodeksa* dostupan na: (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/draft%20articles/7_4_1996.pdf).

²⁴ Prema presudi Međunarodnog krivičnog tribunala za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije nakon 1991. (u nastavku MKSJ), *Tužilac protiv Duška Tadića*, IT-94-1-T, 7. maj 1997., paragraf 573.

²⁵ ILC je počela rad na ovom Nacrtu 1955. godine. Tekst nacрта objavljen je u *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), a aneksiran je Rezoluciji Generalne skupštine A/RES/56/83 od 28. januara 2002. godine, donijetoj na 56. sjednici (2001) pod nazivom "Responsibility of States for internationally wrongful acts" (<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/G EN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>), u kojoj se nalaže dalja rasprava o tom pitanju, uključenjem ovog pitanja u agendu 59. sjednice Generalne skupštine (2004. godina). Na ovoj sjednici donešena je Rezolucija A/RES/59/35 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/36/PDF/N0447836.pdf?OpenElement>), prema kojoj je ponovo naloženo Generalnom sekretaru da pozove vlade da podnesu svoje pisane komentare u vezi sa ovim pitanjem, a takođe mu se naložilo da sačini inicijalnu kompilaciju odluka međunarodnih sudova, tribunala i drugih relevantnih tijela koje se tiču pravila o odgovornosti država, kao i prakse nacionalnih sudova, za 62. sjednicu Generalne skupštine. Na 62. sjednici (2007) donešena je Rezolucija A/RES/62/61 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/467/43/PDF/N0746743.pdf?OpenElement>), kada su ponovo države pozvane da podnesu komentare o ovom pitanju, naloženo Generalnom sekretaru da dopuni kompilaciju, te odlučeno da se ovo pitanje uključi u agendu za 65. sjednicu (2010). 19. oktobra 2010. se pred Šestim komitetom Generalne skupštine raspravljalo o tome da li je potrebno donijeti konvenciju o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela ili je dovoljna činjenica da su *Pravila ILC o odgovornosti država* prepoznata kao međunarodno običajno pravo. O ovome još nije raspravljeno pred Generalnom skupštinom. Vidi stranicu UN, saopštenje za medije: Legal Committee Delegates Differ on Applying Rules for State Responsibility: Convention Needed, or Customary Law Adequate?

odredbe - tako i MSP, smatrajući ih odredbama međunarodnog običajnog prava i prije spora Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore.²⁶ Time su ova pravila obavezujuća za sve subjekte međunarodnog javnog prava, bez obzira na naziv dokumenta. Ovdje ćemo koristiti naziv *Pravila ILC o odgovornosti država (Pravila)*.²⁷

Prije svega, *Pravilima* je riješeno pitanje elemenata odgovornosti države za međunarodne protupravne akte: odgovornost postoji ako se akt može pripisati državi i ako predstavlja povredu međunarodnih obaveza države, što je određeno međunarodnim pravom i ne zavisi od unutrašnjeg prava država. Prema *Pravilima*, akt se može pripisati državi ukoliko se radi o postupcima: 1.) njenih organa, čak i kada prekorače ovlašćenja, 2.) osoba ili pravnih lica koja vrše ovlašćenja javne vlasti, 3.) organa stavljenih od strane jedne na raspolaganje drugoj državi, 4.) pojedinaca ili grupe pod kontrolom, uputstvima ili upravljanjem države, 5.) pojedinaca ili grupe koje vrše vlast u odsustvu ili zbog propusta državnih organa, 6.) ustaničkih i drugih pokreta, 7.) privatnih lica, kada država priznaje i prihvata njihove protupravne akte.²⁸ Takođe je bitno da *Pravila* predviđaju neovisnost odgovornosti države o odgovornosti međunarodne organizacije i o individualnoj (krivičnoj) odgovornosti.²⁹ Naročito je važno to da *Pravila* određuju da posebna odgovornost nastaje kršenjem normi *ius cogens* (što jesu odredbe Konvencije o genocidu) jer je obaveza poštivanja ovih normi obaveza *erga omnes*.³⁰

Sankcije predviđene *Pravilima ILC o odgovornosti država* bit će pomenute kasnije.³¹

3. Predmeti pred Međunarodnim sudom pravde u vezi sa Konvencijom o genocidu

Bilo je nekoliko, nazovimo ih, situacija koje su rješavane pred Međunarodnim sudom pravde na osnovu člana IX. Konvencije o genocidu. Posmatrano

(<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/gal3395.doc.htm>), (<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/RespStatesWrong.shtml>) i (<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r65.shtml>).

²⁶ Vidi spor *Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, presuda od 25. septembra 1997. godine. Dostupna na: (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=hs&case=92&k=8d>).

²⁷ Prema nazivu koji koristi Međunarodni sud pravde. Vidi paragraf 173. presude u sporu *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore*.

²⁸ *Pravila ILC o odgovornosti država*, članovi 4. do 11.

²⁹ *Idem*, članovi 57. i 58.

³⁰ *Idem*, članovi 40. i 41.

³¹ *Infra*, 4.4.

po datumu podnošenja zahtjeva za pokretanje spora pred Sudom, to su: *Spor koji se odnosi na suđenje pakistanskim ratnim zarobljenicima* (Pakistan protiv Indije) iz 1973. godine, *Spor koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore) iz 1993. godine, *Sporovi koji se odnose na zakonitost upotrebe sile* (zajednički poznati kao Srbija i Crna Gora protiv Belgije i ostalih, ili Srbija i Crna Gora protiv NATO-a)³² iz 1999. godine, te *Spor koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* (Hrvatska protiv Srbije i Crne Gore) iz 1999.³³ Ovdje ćemo ukratko predstaviti ove sporove i njihov značaj za tumačenje člana IX. Konvencije o genocidu.

3.1. Spor Pakistan protiv Indije

Kako bi okončala građanski rat u Pakistanu, u toku kojeg je ubijeno skoro milion građana Istočnog Pakistana, a oko 10 miliona ih izbjeglo, Indija je poduzela oružanu intervenciju, čiji je rezultat bio predaja Zapadnog Pakistana i zarobljavanje blizu 92000 pakistanskih vojnika od strane Indije. Protiv ovih zarobljenika, Indija i (novonastali) Bangladeš su pokrenuli krivične postupke, što je bio osnov podnošenja zahtjeva od strane Pakistana pred MSP, u kojem je navedeno da Indija vrši praksu izručivanja zarobljenika Bangladešu, koji im sudi za krivična djela genocida i zločina protiv čovječnosti, čime se krši Konvencija o genocidu. Pozivali su se na odredbu člana VI. Konvencije, po kojoj se navodnim izvršiocima genocida sudi na teritoriji gdje su djela izvršena, u ovom slučaju Pakistana, jer je, po navodima aplikanta, (raniji) Istočni Pakistan bio „univerzalno poznat kao dio Pakistana“. Indija se pozivala na rezerve koje je istakla na član IX., ali je Sud ipak zakazao ročište. Spor je okončan krajem 1973. godine, nakon što je Pakistan obavijestio Sud o namjeri pregovaranja sa Indijom.³⁴

³² *Sporovi Serbia and Montenegro v. Belgium, Serbia and Montenegro v. Canada, Serbia and Montenegro v. France, Serbia and Montenegro v. Germany, Serbia and Montenegro v. Italy, Serbia and Montenegro v. Netherlands, Serbia and Montenegro v. Portugal, Yugoslavia v. Spain, Serbia and Montenegro v. United Kingdom i Yugoslavia v. United States of America.*

³³ Generalna skupština UN-a je 1950. godine uputila zahtjev Međunarodnom sudu pravde u vezi sa rezervama na Konvenciju o genocidu, na osnovu kojeg je Sud donio 1951. Savjetodavno mišljenje. Međutim, ovaj predmet nije interesantan za potrebe ovog rada.

³⁴ Šire o ovome vidi u: Schabas, W.A., op.cit, str. 426.

3.2. Spor Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore

U zahtjevu za pokretanje postupka koji je Bosna i Hercegovina podnijela u martu 1993., navodi se da je (tadašnja) SR Jugoslavija (između ostalog) "prekršila i da dalje krši svoje pravne obaveze prema narodu i državi Bosni i Hercegovini u skladu sa članovima I., II.(a), II.(b), II.(c), II.(d), III.(a), III.(b), III.(c), III.(d), III.(e), IV. i V. Konvencije o genocidu".³⁵ U aprilu 1993. godine Sud je naredio privremene mjere u kojima je istakao da član IX. Kovencije o genocidu daje osnov za nadležnost suda da odlučuje o sporovima koji se takođe "tiču odgovornosti države za genocid ili bilo koju radnju pobrojenu u članu III. Konvencije".³⁶ U naređenju od septembra 1993.³⁷ Sud je naredio tuženoj strani da poduzme sve moguće mjere u cilju sprečavanja genocida i, konkretnije, da "osigura da vojne, paravojne i neregularne naoružane jedinice kojima bi mogla da upravlja ili ih podržava, kao i sve organizacije i osobe koje bi mogle biti pod njenom kontrolom, usmjeravanjem ili utjecajem, ne izvrše bilo koju radnju genocida, niti planiranje, direktno ili javno podsticanje ili saučesništvo u genocidu, bez obzira jesu li usmjerene protiv muslimana u Bosni i Herecegovini, ili neke druge nacionalne, etničke, rasne ili religijske skupine".³⁸ Ubrzo nakon ovoga Bosna i Hercegovina je najavila i pokretanje postupka protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zbog pomaganja u genocidu, ali je ubrzo odustala od toga. U julu 1997. godine, Jugoslavija je podnijela "protuzahtjev" u kojem navodi da je Bosna i Hercegovina odgovorna za genocid protiv Srba u Bosni i Hercegovini,³⁹ ali ga je povukla u aprilu 2001.⁴⁰ Presuda u ovom predmetu donesena je 26. februara 2007. godine.

³⁵ Paragraf 64. Presude. Vidi prevod presude u izdanju Instituta za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. Prema prevodu, korišteni pojmovi za strane spora su „podnosilac tužbe“ i „tužena strana“.

³⁶ Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Requests for the Indication of Provisional Measures*, 8. april 1993. godine, paragraf 20. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7305.pdf>).

³⁷ Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, 13. septembar 1993. godine. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7311.pdf>).

³⁸ *Idem*, paragrafi 342.-3.

³⁹ Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Counter Memorial of the Federal Republic of Yugoslavia*, 23. juli 1997. godine. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10503.pdf>).

3.3. Sporovi Srbija i Crna Gora protiv NATO-a

Iako su se sporovi Srbija i Crna Gora protiv NATO-a prvenstveno ticali zakonitosti upotrebe sile od strane NATO-a,⁴¹ osnov ovom sporu bila je i Konvencija o genocidu. Sud je odbacio zahtjev (tadašnje) Jugoslavije za naređenje privremenih mjera od 29. aprila 1999. godine, iz razloga što nije bilo osnova za pozivanje na Konvenciju o genocidu. S druge strane, dio zahtjeva koji se zasniva na Povelji UN-a ocijenjen je takođe neosnovanim jer u to vrijeme Jugoslavija nije bila članica UN-a i prema tome ni Statuta Međunarodnog suda pravde, kako je Sud naglasio u tzv. *Zajedničkoj izjavi* od decembra 2004. godine.⁴²

3.4. Spor Hrvatska protiv Srbije i Crne Gore

Hrvatska je u julu 1999. godine podnijela zahtjev za pokretanje postupka na osnovu člana IX. Konvencije o genocidu, navodeći da je Jugoslavija odgovorna za etničko čišćenje na području Knina, uključujući i etničko čišćenje nad hrvatskim građanima srpske nacionalnosti koje je provodila uz pomoć svojih vojnih snaga, obavještajnih službi i paravojnih jedinica.⁴³

4. Presuda u Sporu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore: precedent budućim sporovima o odgovornosti države za genocid?

U međunarodnom pravu nije sporno da države snose odgovornost za svoje obaveze. Međutim, kada je u pitanju odgovornost države u vezi sa međunarodnim

⁴⁰ Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10503.pdf>).

⁴¹ Naime, kršenje obaveze država da se ne miješaju u unutrašnje poslove druge države, kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. i Dodatnih protokola, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, te Povelje UN. Vidi: *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Application*, 29. april 1999. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7155.pdf>).

⁴² Vidi „Zajedničku izjavu“: Srbija i Crna Gora protiv Belgije i ostalih, *Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby*, 15. decembra 2004. godine. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8442.pdf>).

⁴³ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Zahtjev za pokretanje postupka (*Application Instituting Proceedings*), 2. juli 1999. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/7125.pdf>).

krivičnim djelima, pitanje je kakva je priroda te odgovornosti: "uobičajena" odgovornost države u međunarodnom pravu ili krivična odgovornost države. Praksa i teorija međunarodnog prava sve je više naklonjena shvatanju da država treba biti kažnjena i stigmatizirana od strane međunarodne zajednice⁴⁴ u slučaju međunarodnih krivičnih djela. "Režim" odgovornosti država⁴⁵ ovisit će prvenstveno od toga da li je ponašanje države proizvelo posljedice *erga omnes* ili samo prema "direktno zainteresiranim državama".⁴⁶

Druga pitanja koja bi trebalo riješiti jesu elementi odgovornosti države, način njihova dokazivanja, veza sa odgovornošću pojedinaca (direktnih izvršilaca) te posljedice koje odgovornost proizvodi (priroda i vrsta sankcija koje se izriču odgovornim državama).

Ukoliko govorimo o genocidu, prilikom davanja odgovora na ova pitanja moramo uzimati u obzir sve radnje pobrojane u članu III. Konvencije o genocidu – izvršenje, planiranje, podsticanje, suučesništvo te da je država po Konvenciji dužna da spriječi bilo koju od pobrojanih radnji i(li) da kazni njihovo izvršenje.

Ovom prilikom ćemo ukazati na (precedentne) zaključke Međunarodnog suda pravde o ovim pitanjima, nastojeći ujedno prikazati napore prakse i teorije međunarodnog prava u davanju odgovora na ista. Takođe će se, ne zanemarujući skoro pa (bar po ovom pitanju) revolucionarni značaj presude, utvrditi i svojevrzne nedorečenosti i kritike rješenja ponuđenih Presudom.

4.1. Konvencija o genocidu propisuje odgovornost država

Polazna tačka analize odgovornosti države za genocid jesu zaključci Međunarodnog suda pravde u paragrafima 170.-174. Presude. Radi se o potvrdi principa istaknutog u pomenutom članu 58. *Pravila ILC o odgovornosti država*, o neovisnosti odgovornosti države o individualnoj krivičnoj odgovornosti za međunarodne protupravne akte. Kada je u pitanju odgovornost države za kršenje odredbi Konvencije o genocidu, Sud je primijetio da "dualitet u vezi sa odgovornošću i dalje predstavlja konstantno obilježje međunarodnog prava"⁴⁷ te da

⁴⁴ Jorgensen, N.B., op.cit., str. 208.

⁴⁵ *Idem*, str. 178 *et seq.*

⁴⁶ Na svojoj 48. sjednici, ILC je naglasila potrebu da se termin oštećena država (*injured state*) odnosi kako na direktno oštećene države (*directly affected states*), tako i na indirektno oštećene države (*indirectly affected states*). Vidi: UN Doc. A/CN.4/479/Add.1, 1. maj 1997. godine. Dostupno na: (<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/119/56/PDF/N9711956.pdf?OpenElement>).

⁴⁷ Paragraf 172.

tako i Konvencija obavezuje strane ugovornice "na neizvršavanje genocida".⁴⁸ Ovakav stav suda, po Schabasu,⁴⁹ služiti će kao precedent sličnim sporovima u budućnosti.

4.2. Da li je odgovornost države za genocid krivične prirode ili međunarodnopravne prirode?

Kako se moglo vidjeti iz prethodnih izlaganja, veliki napori međunarodne zajednice na regulisanju odgovornosti država za međunarodne protupravne akte ipak nisu dali definitivne odgovore na mnoga pitanja, a prvenstveno na pitanje o prirodi same te odgovornosti. Međutim, praksa i teorija međunarodnog prava su sve sklonije krivičnopravnom poimanju odgovornosti države za međunarodna krivična djela. Jorgensen⁵⁰ pominje autore koji su isticali potrebu da se razdvoji odgovornost države za (uobičajeno) kršenje međunarodnih obaveza od odgovornosti za krivična djela. Takvi su, naprimjer, Lauterpacht i Verzijl. Brownlie (prema Jorgensen) i Jorgensen smatraju da rad ILC-a ukazuje na mogućnost postojanja "državnih zločina". Cassese prepoznaje kršenja koja proizvode drugačije dejstvo u odnosu na uobičajena kršenja, ali naglašava da ih međunarodna zajednica još uvijek ne smatra zločinima počinjenim od strane države. Dugard ističe da praksa država upućuje na postojanje krivične odgovornosti države. Pellet je uporan u podržavanju koncepta državnih zločina,⁵¹ a tu ideju, kako naglašava Jorgensen, podržavaju i Allot, Jennings i Watts.⁵² Sama Jorgensen koristi izraz "državni kriminalitet" i odlučno zauzima stav da krivična odgovornost države postoji, dajući devet argumenata koji opravdavaju "uvođenje krivične

⁴⁸ Paragraf 179.

⁴⁹ Schabas, W.A. (2007) "Genocide and International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes" (online). *Genocide Studies and Prevention*, 2(2), str. 101.-122., na str. 107. Dostupno na: (<http://utpjournals.metapress.com/content/g5t386hv23184338/fulltext.pdf>).

⁵⁰ Jorgensen, N.B., op.cit.

⁵¹ Pellet smatra da je razlikovanje delikta od zločina neupitno, zbog čega je i koncept krivične odgovornosti neophodan u međunarodnom običajnom pravu. Pellet, A. (1999) „Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!“, *European Journal of International Law*, New York/Firenca, vol. 10, br. 2, str. 425.-434.

⁵² Vidi: Jorgensen, N.B., op.cit., str. 259.-261., 281., te: Loewenstein, Andrew B./ Kostas, Stephen A. (2007) „Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide: The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case“, *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4, str. 839.-85.7, str. 846.

odgovornosti država u međunarodnom pravu".⁵³ Shaw smatra da nema sumnje da je genocid djelo za koje država može biti (krivično) odgovorna.⁵⁴

Međunarodna pravna zajednica ne zauzima ni jasan stav u vezi sa pitanjem na kakvu se prirodu odgovornosti države za genocid poziva MSP u sporu *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore* pa ćemo, nakon navođenja samih zaključaka koje je Sud donio o ovom pitanju, pomenuti i stavove autora o presudi.

Prilikom odbijanja prethodnih prigovora Jugoslavije u julu 1996. godine, MSP je utvrdio da "član IX. (...) ne isključuje bilo koji oblik odgovornosti države".⁵⁵

U presudi iz 2007. godine, međutim, Sud se ograđuje od koncepta krivične odgovornosti države, ali, čini se, na jedan nedosljedan način.

U paragrafu 167. Presude Sud ističe: "(...) ne bi bilo u skladu sa ciljem i svrhom Konvencije osporavati da međunarodna odgovornost jedne države – iako je ona po svom karakteru potpuno različita od krivične odgovornosti – može nastati jednim od takvih djela, osim samog genocida, taksativno navedenih u članu III."

U paragrafu 170. Sud navodi: "Sud zapaža da obaveze, o kojima se radi u ovom sporu a proizlaze iz propisa Konvencije, kao i odgovornosti država koje bi nastale kršenjem takvih obaveza, predstavljaju obaveze i odgovornosti koje proizlaze iz međunarodnog prava i nisu krivičnog karaktera."

⁵³ *Idem*, str. 279.-283. Argumenti su: 1.) krivična odgovornost države je sve više prisutan opći princip međunarodnog prava, 2.) sve više je prisutna kategorija u međunarodnom običajnom pravu, 3.) zločini i delikti proizvode različite vrste međunarodnih protupravnih akata, 4.) koncept odgovornosti država za međunarodne zločine je pravno izvodiv i može se analizirati kao institut kriminalne organizacije ili institut krivične odgovornosti pravnih lica, 5.) država se može kazniti, što je ponekad čak i pragmatično, 6.) najbolji način da se reaguje na državne zločine jeste kombinacija deklaratornih presuda i/li naknade štete na strani države i suđenja vođama, 7.) uvođenje krivične odgovornosti države proizvest će proširenje nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda ili uspostavljanje krivičnog odjeljenja Međunarodnog suda pravde, kao i konačno određenje ILC-e u pogledu krivične odgovornosti države, 8.) uvođenje ovog koncepta može se odraziti i na *common law* pravne sisteme i doprinijeti sazrijevanju koncepta obaveza *erga omnes*, 9.) koncept krivične odgovornosti države nije izvedena nego izvorna odgovornost države.

⁵⁴ Prema: Schabas, W.A. (2000), op.cit., str. 434. Shaw koristi izraz *accountable* – krivično odgovoran (u odnosu na *liable* – koji obično označava građanskopravnu odgovornost), uračunljiv, podložan kažnjavanju. Vidi: Shaw, M.N. (2008) *International Law*, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008., str. 778.-843.

⁵⁵ Vidi: *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, Judgment on Preliminary Objections*, 11. juli 1996., paragraf 32, str. 25. Dostupno na: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>).

U paragrafu 178. Sud naglašava: "Po mišljenju Suda, mogu se izvesti dva zaključka iz upravo razmotrenog historijata izrade nacrtu Konvencije. Prvo, da se tu većinom radilo o prijedlozima *u prilog* krivične odgovornosti država, ali da ti prijedlozi *nisu* bili usvojeni. Drugo, usvojeni amandman vezan za član IX. govori o nadležnosti u pogledu odgovornosti države *u apsolutnom smislu* (kurziv izvoran). Prema tome, historijati potkrepljuju zaključak do kojeg je Sud došao u paragrafu 167. gore u tekstu."

Nedosljednost stava da ne postoji krivična odgovornost države je iz pomenutih dijelova presude jasna: jedini argument koji sud pruža jeste "historijati izrade nacrtu Konvencije" o genocidu. Međutim, uzmemo li u obzir ranije pomenute napore UN-a na rješenu pitanja odgovornosti države, vidimo da to pitanje nikada do kraja nije riješeno. Takođe, Sud se ovdje poziva samo na Konvenciju o genocidu, ne uzimajući u obzir *Nacrt kodeksa* i *Pravila ILC o odgovornosti država* koje smo ranije pominjali. Ovdje trebamo pomenuti i to da mnogi autori, između ostalih Schabas i Jorgensen, upravo smatraju da historijati izrade *Pravila ILC o odgovornosti država* pokazuje podršku ideji "državnog zločina", mada u tekstu *Pravila* iz 2001. nije konačno zauzet stav o ovome.⁵⁶

Nadalje, kasnija razrada elemenata odgovornosti države u presudi, kao i načina njihovog dokazivanja, upućuju na to da Sud ponovo upliće krivičnopravne kategorije u institut odgovornosti države.

Na ovakav problem upućuju i mnogi teoretičari međunarodnog prava. Cassese⁵⁷ recimo, upućuje na pogreške Suda u vezi sa prirodom odgovornosti država. On tvrdi da je Sud pogriješio zato što je "posudio" krivično pravo kada je raspravljao o elementima odgovornosti države, što naročito vrijedi za saučesništvo i odnos različitih modaliteta odgovornosti za genocid, o čemu će kasnije biti više rečeno. On navodi da je Sud, kada je jednom prihvatio pomenuti dualitet odgovornosti, trebao (a nije) pokazati na čemu on zasniva to razlikovanje.⁵⁸ Cassese zaključuje: "Ukoliko sud koji odlučuje o sporovima između država smatra neophodnim *oslanjanje* (kurziv dodan) na odredbe krivičnog prava, onda ih treba primijeniti na odgovornost države, pošto su već primjenjivane pred međunarodnim krivičnim sudovima."⁵⁹

⁵⁶ Schabas, W.A. (2000), op.cit., str. 440.-442. Jorgensen, N.B., op.cit., str. 178.-184.

⁵⁷ Cassese, A. (2007), „On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide“, *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4, str. 875.-887.

⁵⁸ *Idem*, str. 880.-1.

⁵⁹ *Idem*, str. 884.

4.3. Utvrđivanje elemenata odgovornosti države za genocid

Nakon što je odlučno zauzeo stav da država može biti odgovorna za genocid, Sud je utvrdio koji su elementi odgovornosti države za genocid, služeći se (po mnogima nepravilno) prvenstveno krivičnopravnim kategorijama prakse MKSJ i uspostavljajući određene standarde dokazivanja tih elemenata. Ovom prilikom ćemo uporedno ukazivati i na rješenja Komisije za Darfur,⁶⁰ koja je takođe utvrđivala elemente odgovornosti države dovodeći ih u vezu sa radnjama lica individualno odgovornim za međunarodne protupravne radnje.

Actus reus

Prvo pitanje koje je Sud morao riješiti jeste pitanje za koje sve radnje zabranjene Konvencijom o genocidu država može biti odgovorna. U paragrafu 179. Presude Sud je zauzeo konačan stav: "(...) Konvencijom [se] strane ugovornice obavezuju na neizvršavanje genocida i drugih djela taksativno navedenih u članu III. (...)". Ovakav zaključak Suda jasno upućuje na to da država može biti odgovorna ne samo za propuštanje da spriječi i(li) kazni nego i za same radnje genocida: izvršenje, planiranje, javno i direktno podsticanje i saučesništvo u genocidu. Predmet rasprave Suda bilo je izvršenje, saučesništvo, propust da spriječi i propust da kazni za izvršenje genocida.⁶¹ Zaključci Suda u vezi sa ovim radnjama izvršenja, kao i njihovo dovođenje u vezu sa individualnim izvršiocima putem tzv. testa efektivne kontrole, nejasni su, na što ukazuju i stručnjaci međunarodnog prava.

⁶⁰ Izvještaj Komisije za Darfur iz 2005. godine (*Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004.*). Dostupan na: (http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf). O kritikama rada Komisije vidi više kod, naprimjer: Loewenstein, A.B./ Kostas, S.A., op.cit.; Mills, K. (2008) "Which Responsibility in Darfur?", *Peace Review: A Journal of Social Justice*, San Francisko, vol. 20, br. 2, str. 175.-183.; Quéniwet, N. (2006) "The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: The Question of Genocide", *Human Rights Review*, New Brunswick, vol. 7, br. 4, str. 38.-68.; Smith, C.E./ Pipa, T. (2005) "The Politics of Genocide: U.S. Rhetoric vs. Inaction in Darfur, 7 April-26 September 2004", *Kennedy School Review*, Cambridge, vol. 6, str. 131.-140.

⁶¹ U paragrafu 167. Presude, Sud zaključuje da država može odgovarati za sve radnje izvršenja genocida, a ne samo za nesprečavanje i nekažnjavanje, jer bi drugačiji stav bio suprotan "humanitarnoj i civilizovanoj svrsi Konvencije".

Zadržavajući stav da je odgovornost države za genocid "uobičajena" međunarodna odgovornost država, Sud smatra da je država odgovorna "ako neki organ države ili osoba ili grupa čiji se postupci pravno pripisuju toj državi izvrši jedno od djela zabranjenih članom III. Konvencije".⁶² Prije svega, ovdje treba istaći da Sud u odnosu na uobičajeno shvatanje proširuje krug lica čije ponašanje upućuje na odgovornost države – pored državnih organa,⁶³ to mogu biti i pojedinci nad kojima država ima određeni stepen kontrole⁶⁴ jer su oni instrumenti državne radnje.⁶⁵ Ovdje se Sud poziva na član 4. i član 8. *Pravila ILC o odgovornosti država*.⁶⁶ ali i na vlastitu praksu: u predmetu *Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država*.⁶⁷

Sud je u utvrdio da bi ponašanja pojedinaca koji se ne mogu poistovijetiti sa organima države ipak mogla proizvesti odgovornost države, ukoliko se dokaže njena efektivna kontrola nad tim pojedincima. Sud sugerira da je "uputno da se ide izvan samog pravnog statusa [pojedinaца ili grupa pojedinaca] kako bi se shvatila realnost odnosa između osobe koja preduzima akciju i države s kojom je tako blisko povezana da se čini da je [osoba] samo njen agent: bilo koje drugo rješenje omogućilo bi državama da izbjegavaju međunarodnu odgovornost tako što bi se odlučivale da djeluju preko osoba ili subjekata čija bi navodna nezavisnost bila čisto fiktivna."⁶⁸ Sud je ovdje nesumnjivo bio slobodniji u odlučivanju nego Komisija za Darfur: iako je utvrdila *actus reus* genocida te da su djela izvršena protiv grupa zaštićenih Konvencijom o genocidu, ona je naglasila da nema genocidne namjere – "bar što se tiče centralne Vlade".⁶⁹

⁶² Paragraf 179. Presude.

⁶³ Paragrafi 385.-395. Presude.

⁶⁴ Paragrafi 396.-407. Presude.

⁶⁵ Paragraf 384. Presude.

⁶⁶ *Supra*, 2.3.

⁶⁷ Paragraf 391. Presude. Vidi: *Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, presuda od 1986. godine. Pregled dokumenata dostupan na: (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3 &k=66&case=70&code=nus&p3=4>).

⁶⁸ Paragrafi 391.- 392. Presude.

⁶⁹ Paragraf 518. Izvještaja. Šire u: Loewenstein, A.B./ Kostas, S.A., op.cit., str. 845.-850. Komisija je nastojala utvrditi genocidnu namjeru samo kod organa centralne Vlade, te zaključila da u Darfuru nije izvršen genocid – mnogi zamjeraju Komisiji što u obzir nije uzela i ostale organe države, kao naprimjer tzv. *Janjaweed*, miliciju koja je bila naoružana i kontrolisana od strane Vlade.

S druge strane, Sud je odbacio argument da se kontrola države nad osobama koje djeluju protupravno treba posmatrati kao sveobuhvatna, kakav je stav MKSJ-a u predmetu *Tužilac protiv Duška Tadića*, a ne efektivna, što je obrazložio dvojako: time da MKSJ nema nadležnost odlučivanja o takvom pitanju te da bi se primjenom širokog koncepta sveobuhvatne kontrole udaljilo od osnovnog principa međunarodne odgovornosti da država odgovara samo za radnje onih koji postupaju u njeno ime.⁷⁰ Ipak, ovdje ponovo moramo naglasiti da Sud odgovornost države koju ne smatra krivičnopravnom kategorijom dokazuje upravo takvim kategorijama. Prije svega, standard dokazivanja postavila je na nivo "van svake razumne sumnje", što je krivičnopravna kategorija. Na to upućuju mnogi autori, kao Gattini⁷¹ i Cassese. Gattini tvrdi da ni sam Sud nije načisto s tim šta bi u ovom predmetu bilo dokazivanje "van svake razumne sumnje": Sud je naglasio da će u svrhu dokazivanja koristiti elemente "koji imaju punu dokaznu snagu",⁷² za razliku od uobičajenog zahtjeva za jasnim i uvjerljivim dokazima, a samo značenje ove sintagme će se trebati odrediti od strane buduće prakse. Gattini pokazuje kako se ovakav standard dokazivanja negativno odrazio na ispitivanje samih činjeničnog osnova, zaključivši da bi "pojašnjenje od strane Suda u vezi sa standardima dokazivanja bilo dobrodošlo".⁷³

Stav Suda da država može biti saučesnik u genocidu takođe predstavlja revolucionaran zaključak u vezi sa odgovornošću država za genocid: iako je Konvencija o genocidu predviđala kažnjavanje za takav vid učešća u izvršenju, smatralo se da se ta odredba prvenstveno odnosila na individualne izvršioce. ILC je pri izradi *Pravila ILC o odgovornosti država* predviđala saučesništvo države, ali samo u odnosu na drugu državu.⁷⁴

Prilikom utvrđivanja elemenata koji bi se trebali ostvariti kako bi postojala odgovornost za saučesništvo, Sud ponovo koristi krivičnopravna rješenja, postavljajući previsoke standarde dokazivanja. Ustvari, Sud je zaključio da su

⁷⁰ Paragrafi 402.-407. Presude. Cassese smatra da proširenje odgovornosti država i na pojedince koji su pod kontrolom država nije u skladu sa odbijanjem Suda da prihvati test sveobuhvatne kontrole. Cassese, A., op.cit, str. 878.-9.

⁷¹ Gattini, A. (2007) "Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4, str. 889.-904.

⁷² Paragraf 209. Presude.

⁷³ Gattini, A., op.cit., str. 893.-9.

⁷⁴ Quigley, J. (2008) "International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, vol. 40, br. 1-2, str. 243.-263., str. 248. Takođe vidi član 16. *Pravila ILC o odgovornosti država*.

potrebni elementi isti za saučesništvo država i saučesništvo u krivičnom pravu: a) pružanje pomoći ili podrške izvršenju krivičnog djela i b) znanje na strani onog koji pruža pomoć ili podršku o kriminalnoj namjeri direktnog izvršioca, što bi u slučaju genocida bila *dolus specialis*.⁷⁵ Sud je utvrdio da, iako postoji prvi element, Jugoslavija nije posjedovala znanje o genocidnoj namjeri izvršioca, što je rezultat upravo previsoko postavljenih standarda dokazivanja i nedosljedne primjene već prihvaćenog krivičnogpravnog shvatanja saučesništva. Cassese, recimo, tvrdi da bi uz dosljednost u utvrđivanju ovih elemenata, Sud došao do drugačijeg zaključka: Sud je ustvari trebao prihvatiti jurisprudenciju *ad hoc* tribunala po kojoj je drugi element (potreban za postojanje saučesništva) svijest o riziku izvršenja krivičnog djela od strane direktnog izvršioca.⁷⁶

Iako je MSP jasno stavio do znanja da je moguće da država bude odgovorna za bilo koju od radnji genocida iz člana III. Konvencije o genocidu, ipak je na kraju zaključio da je Srbija, "u vezi sa genocidom izvršenim u Srebrenici (...) prekršila obavezu sprečavanja genocida".⁷⁷ Teorija međunarodnog prava u cjelini smatra ovakvu odluku Suda "snažnom porukom" kojom su potvrđeni novi napor UN-a da nametne obavezu sprečavanja, što će naći mjesto u okviru međunarodnog običajnog prava.⁷⁸ Zaista, ovakav zaključak Suda ujedno je i njegov najznačajniji i "najpozitivniji" doprinos: radi se o "fascinantnom zaključku koji je u potpunosti na tragu pune zaštite ljudskih prava i sprečavanja [njihovih] kršenja".⁷⁹ Obaveza države da djeluje neovisno o izvjesnosti da li će se akcijom koja će se preduzeti uspješno spriječiti genocid ili o vjerovatnoći takvog ishoda,⁸⁰ mogla bi se, prema Schabasu na primjer, primijeniti i na odgovornost Francuske, Belgije i SAD-a za događaje u Ruandi, kao i na odgovornost za događaje u Darfuru.⁸¹

Ipak, i ovdje postoje određene zamjerke od strane teorije: Cassese smatra da je upravo potreba da na strani države postoji svijest o riziku izvršenja genocida ustvari element jednog, slobodno interpretirano, težeg oblika odgovornosti – saučesništva, o čemu je ranije bilo riječi.⁸² Naravno, ovo ne znači da autor smatra

⁷⁵ Paragrafi 420.-1. Presude.

⁷⁶ Cassese, A., op.cit., str. 886.

⁷⁷ Paragraf 471. Presude.

⁷⁸ Schabas, W.A. (2007.a), op.cit., str. 102.

⁷⁹ Schabas, W.A. (2007.b) "Whither Genocide?: The International Court of Justice Finally Pronounces", *Journal of Genocide Research*, Berlin, vol. 9, br. 2, str. 183.-192., str. 184.-5.

⁸⁰ Paragraf 461. Presude.

⁸¹ Schabas, W.A. (2007.b), op.cit., str. 185.

⁸² Cassese, A., op.cit., str. 886.-7.

da je Sud pogrešno oglasio Srbiju odgovornom za propust da spriječi, nego samo to da on favorizuje ozbiljniji oblik odgovornosti koji bi sigurno proizveo ozbiljnije posljedice.

Zaključak Suda da je Tužena strana odgovorna za nepoštivanje obaveze kažnjavanja nije sporna niti je u teoriji posebno razmatrana. Međutim, ovdje bi se takođe mogli utvrditi određeni elementi koji bi mogli poslužiti u eventualnim novim sporovima o odgovornosti države za genocid. Sud je zaključio da su nacionalni sudovi dužni postupati samo u slučaju kada je genocid izvršen na teritoriju države čiji su oni organi, a da je za suđenje pred međunarodnim krivičnim tribunalom bitno utvrditi da li se zaista radi o međunarodnom krivičnom sudu i da li je prihvaćena nadležnost tog suda od strane države koja je dužna da kazni izvršioce. Naročito važan zaključak je taj da je država obavezna da kažnjava od momenta izvršenja djela ili prihvatanja nadležnosti međunarodnog suda.

Mens rea

MSP napravio je još jedan značajan korak u utvrđivanju odgovornosti države za genocid: pokušao je odrediti mentalni element na strani države, ali kroz prizmu državne odgovornosti u međunarodnom pravu. Bez obzira što se ovime bavila i Komisija za Darfur, moglo bi se reći da su zaključci Međunarodnog suda pravde značajniji – dok je Komisija za Darfur utvrđivala samo namjeru organa centralne Vlade, Sud je utvrđivao mentalni element na strani same države.⁸³ Obzirom da se radi o državi, teško je govoriti o postojanju *mentalnog elementa* na njenoj strani. Naročito je teško poimati taj element kada je u pitanju genocid jer je za postojanje ovog krivičnog djela nužna *dolus specialis* koju je i kod same individualne krivične odgovornosti teško dokazati. Upravo zbog toga postoje neslaganja u kritikama ovih zaključaka presude od strane teorije međunarodnog (krivičnog) prava.

Schabas smatra da se, kada govorimo o mentalnom elementu odgovornosti države, ustvari treba govoriti o planu ili politici,⁸⁴ što zaključuje iz činjenice da se može utvrditi da su pojedinci odgovorni za genocid, a da se država ne proglasi odgovornom – u suprotnom, djelovanje jednog jedinog izvršioca moglo bi zahtijevati utvrđivanje genocidne namjere, u što se Sud nije upuštao.⁸⁵ On ovdje pravi

⁸³ Komisija za Darfur je utvrdila da organi centralne Vlade nisu imali genocidnu namjeru.

⁸⁴ Komisija za Darfur u svom izvještaju zaista pominje politiku genocida: vidi paragraf 519. pomenutog Izvještaja.

⁸⁵ Schabas, W.A. (2007.b), op.cit., str. 189.

analogiju sa Elementima zločina Rimskog statuta,⁸⁶ po kojima je za izvršenje genocida potrebno da je djelo izvršeno u "kontekstu vidljivog obrasca sličnog ponašanja uperenog protiv..."⁸⁷ Upravo zbog toga Schabas zaključuje da je Sud ispravno presudio.⁸⁸ Međutim, Loewenstein i Kostas smatraju da Schabas griješi, pozivajući se na (pomenuti) paragraf 384. Presude.⁸⁹ Smatrajući da argument da se genocidna politika države dokazuje jedino putem genocidne namjere vođa nije ispravan, obzirom da otvara nova pitanja (koliko visokopozicionirani vođe moraju biti? koliko njih mora dijeliti genocidnu namjeru da bi se ona mogla pripisati državi?), što opet dovodi do određenih teškoća u dokazivanju,⁹⁰ oni zaključuju: "Presuda (...) jasno daje do znanja da postojanje državnog plana ili politike genocida nije potrebno za postojanje individualne krivične odgovornosti ili državne odgovornosti." Po njima, činjenica da je Sud utvrđivao da li se bilo koje genocidno ponašanje može pripisati državi pokazuje da on nije imao namjeru dokazivati genocidnu politiku na strani države⁹¹ i da *mens rea* države (*state intent*) uopšte nije potrebna za utvrđivanje odgovornosti države.⁹²

Ukoliko prihvatimo da postoji više radnji koje čine genocid, po članu III. Konvencije o genocidu, te da se pokazalo da se genocid može izvršiti na razne načine – pa i donošenjem "genocidnih" propisa (*Endlösung!*), onda bismo mogli tvrditi da je genocidna politika ustvari sinonim za genocidnu namjeru na strani države, iako ne bismo mogli izjednačiti "vidljivi obrazac ponašanja" sa politikom države – vidljivi obrazac mogao bi se odnositi i na djelovanje npr. organizacije, grupe pojedinaca i sl. Sam Sud je govorio o potrebi dokazivanja *dolus specialis*-a – u paragrafu 413. pominje izdavanje naloga sa specifičnom namjerom koja karakterizira zločin genocida, u paragrafu 421. zahtijeva znanje na strani saučesnika o specifičnoj namjeri izvršioca, a u paragrafu 431, kada pominje obavezu spreča-

⁸⁶ *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3(part II-B), usvojeni i stupili na snagu 9. septembra 2002. godine, dostupni na: (http://www.ohd.int/library/about/officialjournal/Element_of_Crimes_English.pdf).

⁸⁷ Džouns, Dž.R.V.D./ Pauls, S. (2006.) *Međunarodna krivična praksa*, Beograd: Fond za humanitarno pravo, str. 290.

⁸⁸ Schabas, W.A. (2007.b), op.cit., str. 190. Schabas smatra da bi se odgovornost države za genocid mogla dokazati samo ako su njene vođe izvršili genocid. Vidi: *idem*, str. 444.

⁸⁹ Loewenstein, A.B./ Kostas, S.A., op.cit.

⁹⁰ Komisija za Darfur nikada nije uspjela pregledati dokumente Vlade Sudana, a dokumenti srbijanskog Vrhovnog vijeća odbrane su bili označeni „iz razloga nacionalne sigurnosti kao vojna tajna“ (paragraf 205. Presude).

⁹¹ Misli se i na radnje koje nisu procesuirane, kako navodi sam Sud u paragrafu 180. Presude.

⁹² Loewenstein, A.B./ Kostas, S.A., op.cit., str. 839.-857.

vanja genocida, Sud govori o sumnji o pripremanju genocida ili podsticanju specifične namjere. Moglo bi se onda zaključiti da se u određenim situacijama specifična namjera zahtijeva na strani države u slučaju izvršenja genocida, ali da se u ostalim situacijama genocidna namjera preslikava, odnosno dijeli sa direktnim izvršiocima, što ponovo znači nedosljednost zaključaka Suda.

4.4. Sankcije protiv države odgovorne za genocid⁹³

Odluka Suda da "spor nije takve prirode da bi bilo primjereno davanje naloga za plaćanje naknade u odnosu na kršenje (...) niti za pružanje uvjerenja i garancija o neponavljanju"⁹⁴ izazvala je dosta negodovanja, između ostalih, i (međunarodne) pravne zajednice. Očito je da u ovom slučaju težina akta i posljedice koje je prouzrokovao nisu bile u direktnoj vezi sa određivanjem sankcije.

Međunarodno pravo je jasno po pitanju posljedica koje odgovornost država za međunarodna protupravna djela⁹⁵ izaziva: država koja prekrši obavezu koja djeluje *erga omnes*, dužna je da "akt obustavi, ako i dalje traje" (*cessation*) te da "pruži odgovarajuća jamstva da taj akt neće ponoviti ako okolnosti to zahtijevaju" (*non-repetition*).⁹⁶ Državi se uz to može, prema članu 34. *Pravila ILC o odgovornosti država*, izreći neka od tri vrste sankcija, kao načina otklanjanja povrede (*reparation*) međunarodnog prava⁹⁷: vraćanje u pređašnje stanje (*restitutio in integrum*),⁹⁸

⁹³ Opširnije o sankcijama protiv države odgovorne za međunarodna protivpravna djela vidi: Softić, S. (2010), op.cit. Takođe: Haračić, Š. (2010), „Sankcije međunarodnog prava protiv države odgovorne za međunarodna protupravna djela“, *Pravna misao*, Sarajevo, br. 1-2 / 2010, str. 7.-21.

⁹⁴ Paragraf 471. Presude.

⁹⁵ Međunarodno pravo predviđa mnogo mogućnosti da se država opomene i sankcioniše zbog povrede određenog međunarodnog pravila: sankcije koje poduzimaju države protiv država, diplomatske, ekonomske i sankcije koje primjenjuju međunarodne organizacije. Vidi: Avramov, S./ Kreća, M. (2007) *Međunarodno javno pravo*, dvadeseto izdanje, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu/ Službeni glasnik, str. 116. *et seq.*

⁹⁶ Vidi član 30. *Pravila ILC o odgovornosti država*.

⁹⁷ Brownlie smatra da se reparacija može odrediti kao sve mjere koje oštećeni može zahtijevati od odgovorne države: kompenzacija, izvinjenje, kažnjavanje odgovornih pojedinaca, poduzimanje mjera u cilju sprečavanja daljih povreda i sl. Brownlie, I. (2003) *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford/New York: Oxford University Press, str. 442. *et seq.*

⁹⁸ Restitucija predstavlja, prosto rečeno, uspostavljanje „u mjeri u kojoj je to moguće“ (*Komentari Nacrta*, str. 96.) stanja koje je postojalo prije povrede međunarodnog prava. Mnogi autori govore o dvije vrste restitucije koje bismo mogli nazvati *materijalnom* i *pravnom*, iako postoje i drugačiji nazivi. Vidi npr. Shaw, M.N., op.cit, str. 445.-6.

naknada štete (*compensation*),⁹⁹ zadovoljenje/zadovoljština ili zadovoljština (*satisfaction*).¹⁰⁰

Koja će sankcija biti najprimjerenija zavisit će od konkretnog slučaja, a moguće je i primijeniti više sankcija u jednom slučaju,¹⁰¹ kako i sam član 34. *Pravila ILC o odgovornosti država* propisuje,¹⁰² sve u cilju potpunog uklanjanja nastalih posljedica protupravnog akta.¹⁰³

U paragrafu 460., Sud je kao kriterije za odlučivanje o odšteti uzeo posljedice neispunjenja obaveze sprečavanja i štetu koja je time nastala, utvrdivši zatim u paragrafu 461. da "*nije morao* (kurziv dodan) odlučivati o tome da li bi se djela genocida (...) ipak dogodila čak i da je Tužena strana učinila ono što je trebala učiniti i upotrijebila sredstva koja su joj stajala na raspolaganju", o čemu je više rečeno u dijelu koji se odnosi na *actus reus*. Takav navod vodio je do zaključka u paragrafu 462.: pošto sud *nije morao* utvrditi da li bi djela bila spriječena, *ne može se* utvrditi ni uzročno-posljedična veza između nesprečavanja i posljedica niti štete – pa tako ni novčana naknada nije adekvatan oblik reparacije. Čudno je da Sud kao kriterije sankcije zbog odgovornosti za nesprečavanje uzima ono što je

⁹⁹ Kompenzacija predstavlja reparaciju u vidu plaćanja određene sume novca (ili, po *Komentarima Nacrta*, drugih vrijednosti) koja predstavlja protuvrijednost nanesejoj šteti. Stavom 2. člana 36. *Pravila ILC o odgovornosti država* određeno je da kompenzacija obuhvata svu „finansijski procjenjivu štetu, uključujući i izmaklu dobit, u onoj mjeri u kojoj je ona dokazana“. Svrha ovakve odredbe bila je ustvari razlikovati kompenzaciju od onoga što se u međunarodnom pravu naziva moralna reparacija/šteta, politička reparacija/šteta ili čak penali (*penal damage*). Vidi: *Komentare Nacrta*, str. 99., 104.-5., Shaw, M.N., op.cit, str. 804.-5. i Brownlie, I., op.cit, str. 442., 447.

¹⁰⁰ Zadovoljština (satisfakcija), prema odredbi stava 1. člana 37. *Pravila ILC o odgovornosti država*, dolazi u obzir tek ukoliko (i u onom obimu u kome) se povreda ne može ukloniti restitucijom ili kompenzacijom, a može biti izrečena i uz neku od njih. Stav 2. pomenute odredbe navodi *exempli causa* oblike zadovoljštine: priznanje da je povreda izvršena, izjava žaljenja, formalno izvinjenje i sl. Druge oblike nalazimo u npr. Dimitrijević, V. i drugi (2005), *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, str. 292.-5., *Komentarima Nacrta*, str. 106., ili Brownlie, I., op.cit, str. 444.

¹⁰¹ U sporu pred Stalnim sudom međunarodne pravde iz 1927. godine, *Factory at Chorzów Case*, Sud je dosudio restituciju i naknadu štete: *Case Concerning Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Merits, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, str. 21.

¹⁰² Član 34. propisuje: „Potpuna naknada štete prouzrokovane aktom protivnom međunarodnom pravu se može dati u obliku vraćanja u pređašnje stanje, novčane naknade ili zadovoljenja, bilo pojedinačno ili zajedno (...)“.

¹⁰³ Šire o ovome vidi u: *Komentari Nacrta*, str. 95.

smatrao nepotrebnim za utvrđivanje same te odgovornosti. Što se tiče ostalih oblika reparacije, Sud se pozivao na odluku u sporu *Krfski kanal*¹⁰⁴ kada je odlučio da je dovoljna zadovoljština "uključiti u dispozitiv Presude" izjavu da je Tužena strana odgovorna za nespječavanje.¹⁰⁵

Obzirom da se radi o povredi pravila *ius cogens*, sankcije za takve povrede trebale bi biti strožije jer u tom slučaju treba voditi računa i o sadržaju povrijeđenog pravila, a ne samo o "nivou" odgovornosti koju države imaju. S druge strane, ukoliko se sankcije izriču državi koja je odgovorna, pa bila to i zadovoljština, kao (uslovno rečeno) najblaži oblik sankcija za države u međunarodnom pravu, onda je država jedini subjekt koji ih treba trpjeti/pružiti. Rečeno bi značilo dvoje: prvo, odgovornost (bilo kakva) za kršenje Konvencije o genocidu treba posljediti naknadom štete, makar i simbolične. Tome bi u ovom konkretnom predmetu trebalo pridonijeti i ponašanje Tužene strane nakon kršenja.¹⁰⁶ Drugo, ukoliko ipak bude odlučeno da je zadovoljština dovoljna sankcija za odgovornu državu, onda tu zadovoljštinu treba pružiti država,¹⁰⁷ a ne sud koji je riješio spor, što inače impliciraju paragrafi 463., 465., 469. i 471.(9) Presude.¹⁰⁸ Kako smo

¹⁰⁴ *Krfski kanal, Case Concerning Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, presuda od 9. aprila 1949., str. 35.-6. Dostupna na: (<http://www.icj-cij.org/docket/file/s/1/1645.pdf>). Tomuschat smatra da je Sud kao mjerodavan precedent uzeo spor sasvim drugačijeg činjeničnog osnova: radilo se o sporu koji je skoro 60 godina ranije pokrenula Albanija zbog nedozvoljene plovidbe njenim vodama. Vidi: Tomuschat, C. (2007) "Reparation in Cases of Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4, str. 905.-912.

¹⁰⁵ Paragraf 463. Presude. Ovdje se Sud poziva na navode Podnosioca tužbe da je najprimjerenija forma zadovoljštine pomenuta izjava u presudi. Međutim, Podnosilac tužbe jeste tražio i punu naknadu za prouzrokovanu štetu i gubitke (paragraf 459. Presude), kao i simboličnu naknadu zbog kršenja obaveze kažnjavanja (paragraf 458. Presude).

¹⁰⁶ Vidi paragraf 469. Presude: nepoštivanje Naloga o privremenim mjerama iz 1993. godine (vidi fusnotu 30!) i kasnije odbijanje saradnje sa MKSJ, upućuju da je ponašanje Tužene strane trebalo biti "otežavajuće" u smislu izricanja sankcije.

¹⁰⁷ U *Komentarima Nacrta* se ističe da izjava o kršenju data od „nadležne treće strane“ nije predviđena u članu 37. *Pravila ILC o odgovornosti država*, jer svrha *Pravila* nije da rješava pitanja nadležnosti, ali da to nije razlog da se takva izjava smatra izuzetkom od onoga što propisuje član 37. Međutim, odredba stava 1. člana 37. jasno navodi da je država ta koja je dužna pružiti zadovoljštinu. Takav stav jasan je i kod Shawa, a i Brownlie smatra da takva izjava „nije zadovoljština u njenom uobičajenom značenju“ i da je u predmetu *Krfski kanal* konkretno "bila samo način da se donese odluka koja će imati pravnu snagu". Vidi: Shaw, M.N., op.cit, str. 806., te Brownlie, I., op.cit, str. 445.

¹⁰⁸ Ne radi se o formalnoj izjavi o priznanju Tužene strane, nego o izjavi Suda – što znači, o zaključcima Suda, kako je i izričito navedeno u paragrafu 471.(9) Presude.

vidjeli, zadovoljština bi se mogla sastojati u raznim postupcima, od kojih bi neki sigurno odgovarao u ovom predmetu: Tomuschat, na primjer, smatra da bi simbolična novčana naknada bila moguća, pozivajući se na međunarodnu praksu;¹⁰⁹ formalno priznanje odgovornosti je posve izvedivo i nije ni po koji način ponižavajuće po Tuženu stranu,¹¹⁰ bilo koji vid pomoći (indirektnim) žrtvama bio bi visoko moralan i lako izvodljiv čin.

Na kraju, obzirom da je odluku o izjavi u presudi kao dovoljnoj zadovoljštini donio bez posebnog obrazlaganja, ne može se oteti utisku da je važno pitanje posljedica odgovornosti država za genocid Sud jednostavno previdio.

5. Zaključak

Cilj ovog rada bio je dati pregled zaključaka Međunarodnog suda pravde u vezi sa pitanjem odgovornosti države za genocid, ograničavajući se na pitanje prirode, elemenata i posljedica te odgovornosti, bez analiziranja drugih interesantnih pitanja koje je ova presuda nastojala riješiti, ili ih je potakla. Ne možemo reći da ovi zaključci nisu relevantni – prije odnosne presude nema "detaljnijih" odredbi niti precedenata o ovom pitanju. Međutim, rješenja tih specifičnih problema nije moguće samo pobrojati, naprosto iz razloga što se čini da na neka pitanja Sud nije imao jednoznačne odgovore. Između ostalog, Sud izbjegava stigmatiziranje odgovorne države odbacujući stav da država može biti krivično odgovorna, ali istovremeno, kako to Cassese ironično kaže, "posuđuje" krivič-nopravne kategorije kada govori o elementima te odovornosti i načinu njihovog dokazivanja; ide korak naprijed u odnosu na Komisiju za Darfur pa dopušta odgovornost države za radnje lica nad kojima država ima efektivnu kontrolu, ali

¹⁰⁹ Radi se o predmetu *Rainbow Warrior Case (Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements)*, Reports Of International Arbitral Awards, vol. XX, str. 215.-284., u kojem je arbitražni sud smatrao da je novčana naknada kao zadovoljština moguća kada postoji pravna ili moralna šteta, čak i ako ne postoji materijalna, iako sam Sud kasnije nije dosudio zadovoljštinu, jer to sam Podnosilac tužbe nije tražio. Dostupno na: (http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf).

¹¹⁰ Izvinjenje je veoma čest oblik zadovoljštine, što potvrđuje i međunarodna praksa: naprimjer navedeni predmet *Rainbow Warrior Case*, ili predmet Međunarodnog suda pravde *Case Concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Naredba o privremenim mjerama od 9. aprila 1998., u: *I.C.J. Reports* 1998, str. 248. Neovisno o nedostatku takvog naloga/sankcije u presudi, ali potaknuta presudom, Srbija je pružila izvinjenje za genocid u Srebrenici 31. marta 2010. Deklaracijom o Srebrenici.

pravi dva unazad tražeći "dokazivanje van svake razumne sumnje"; pri izricanju sankcije Sud prešućuje zahtjeve podnosioca tužbe i zadovoljava se „izjavom u dispozitivu“ koja je bez presedana u sistemu sankcija protiv države u međunarodnom pravu, iako podsjeća na moralnu osudu koja je neprikladno blaga sankcija za slučajeve kršenja normi *ius cogens*.

Najbolji bi način bio, čini se, podijeliti zaključke Suda na riješena pitanja i pitanja koja će se (ipak trebati) kasnije riješiti, bar prema skromnom mišljenju autora ovog teksta.

Ono što bismo mogli nazvati odlučenim stvarima, dakle svojevrsnim precedentima, bez obzira na njihovu održivost (i pravednost?), jesu sljedeće konstatacije:

1. Država jeste odgovorna za kršenje obaveza iz Konvencije o genocidu, neovisno o individualnoj odgovornosti direktnih izvršilaca.
2. Država može izvršiti genocid, planirati genocid, javno i direktno podsticati na genocid, biti saučesnik u genocidu, a može biti odgovorna za propust da spriječi ili kazni za izvršenje nekih od tih radnji.
3. Država je odgovorna za genocidne radnje svojih organa, kao i pojedinaca ili grupa pod njenim utjecajem, kontrolom ili upravljanjem.
4. Država je dužna spriječiti genocid svim raspoloživim sredstvima čak i ukoliko nije izvjesno da bi njene radnje zaista dovele do sprečavanja.
5. Obaveza države da kazni izvršenje genocida nastaje od momenta izvršenja djela ili od momenta priznanja nadležnosti određenog međunarodnog krivičnog suda.
6. Jedna od sankcija protiv odgovorne države može biti i izjava o odgovornosti uključena od strane Suda u dispozitivu presude, tj. zaključak Suda o odgovornosti.

Čini se ipak da je mnogo više stvari ostalo neriješeno. Pitanja koja će trebati riješiti kasnije su, između ostalog:

1. Ukoliko je odgovornost države za genocid odgovornost po međunarodnom pravu, kako to da se dokazuje krivičnopравnim kategorijama?
2. Šta je sa činjenicom da kršenje normi *ius cogens* po *Pravilima ILC o odgovornosti država* proizvodi ozbiljniji vid odgovornosti?
3. Koji su elementi efektivne kontrole države nad licima čije joj se radnje mogu pripisati?

4. Šta podrazumijeva dokazivanje putem standarda „van svake razumne sumnje“ u odnosu na odgovornost države?
5. Da li se specifična namjera nužna za izvršenje genocida mora utvrditi za državu *stricto sensu*, ili se namjera organa države, odnosno pojedinca ili grupa pod njenim utjecajem pripisuje državi, kao i sam *actus reus*?
6. Kako se dokazuje, u slučaju saučesništva države u genocidu, da država posjeduje znanje o genocidnoj namjeri na strani izvršilaca?
7. Šta podrazumijeva svijest o riziku izvršenja genocida kod obaveze sprečavanja?
8. Koliko je ovaj stepen svijesti drugačiji od znanja o genocidnoj namjeri, potrebnog za saučesništvo države u genocidu?
9. Koja je razlika u načinu i standardima dokazivanja ova dva elementa „svijesti“?
10. Šta podrazumijeva priroda spora koja će odrediti (ne)postojanje potrebe da se odredi naknada štete?
11. Da li naknada štete u svakom slučaju mora u potpunosti odgovarati nanesej materijalnoj šteti, koju je jedino moguće egzaktno utvrditi?
12. Ako da, ne zanemaruje li se time moralna i pravna šteta, inače relevantne u međunarodnom pravu?
13. Koji je (pravni, činjenični) osnov određivanja novog oblika zadovoljštine u vidu izjave date od subjekta koji nije odgovoran za kršenje, odnosno, nije strana u sporu?

Važnija bibliografija

Literatura

1. Avramov, S./ Kreća, M. (2007) *Međunarodno javno pravo*, dvadeseto izdanje, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu/ Službeni glasnik,
2. Brownlie, I. (2003) *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford/New York: Oxford University Press,
3. Cassese, A. (2007), "On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4,
4. Dimitrijević, V. i drugi (2005), *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beograd: Beogradski centar za ljudska prava,

5. Džouns, Dž.R.V.D./ Pauls, S. (2006.) *Međunarodna krivična praksa*, Beograd: Fond za humanitarno pravo,
6. Gattini, A. (2007) "Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4,
7. Haračić, Š. (2010), "Sankcije međunarodnog prava protiv države odgovorne za međunarodna protupravna djela", *Pravna misao*, Sarajevo, br. 1-2 / 2010,
8. Jorgensen, N.B. (2000) *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford/New York: Oxford University Press,
9. Loewenstein, Andrew B./ Kostas, Stephen A. (2007) "Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide: The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4,
10. Mills, K. (2008) "Which Responsibility in Darfur?", *Peace Review: A Journal of Social Justice*, San Francisko, vol. 20, br. 2,
11. Pellet, A. (1999) "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law*, New York/Firenca, vol. 10, br. 2,
12. Posner, E.A. (2006) "Sins of the Fatherland" (online), *The Boston Globe*, 5. mart 2006. godine. Dostupno na: (<http://www.law.uchicago.edu/posner-sinsfatherland.html>),
13. Quéniwet, N. (2006) "The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: The Question of Genocide", *Human Rights Review*, New Brunswick, vol. 7, br. 4,
14. Quigley, J. (2008) "International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, vol. 40, br. 1-2,
15. Schabas, W.A. (2000) *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press,
16. Schabas, W.A. (2007) "Genocide and International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes" (online). *Genocide Studies and Prevention*, 2(2), Dostupno na: (<http://utpjournals.metapress.com/content/g5t386hv23184338/fulltext.pdf>),
17. Schabas, W.A. (2007.b) "Whither Genocide?: The International Court of Justice Finally Pronounces", *Journal of Genocide Research*, Berlin, vol. 9, br. 2,
18. Shaw, M.N. (2008) *International Law*, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.,
19. Smith, C.E./ Pipa, T. (2005) "The Politics of Genocide: U.S. Rhetoric vs. Inaction in Darfur, 7 April-26 September 2004", *Kennedy School Review*, Cambridge, vol. 6,
20. Softić, S. (2010) "Odgovornost država za međunarodna protupravna djela", *Pravna misao*, Sarajevo, br. 7-8 / 2010.,

21. Tomuschat, C. (2007) "Reparation in Cases of Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Ženeva, vol. 5, br. 4.

Izvori

1. *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3(part II-B), usvojeni i stupili na snagu 9. septembra 2002. godine,
2. ILC, First Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/364 (1983), *Yearbook of International Law Commission*, vol. 2, part 1,
3. Izvještaj Komisije za Darfur iz 2005. godine (*Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004.*),
4. Komentari Komisije za međunarodno pravo UN o Nacrtu pravila o odgovornosti države za međunarodne protupravne akte, *Report of the ILC*, Doc. A/56/10, 2001.,
5. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, "Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ", br. 2/1950.,
6. Report of the ILC on the Work of its Forty-Fifth Session, Comments and Observations of Governments on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind Adopted on First Reading by the ILC at its Forty-Third Session, A/CN.4/448, 1. March 1993.,
7. Report of the ILC on the Work of its Forty-Sixth Session, Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Doudou Thiam, Special Rapporteur, A/CN.4/460, 15. April 1994.,
8. Rezolucija Generalne skupštine A/RES/56/83 od 28. januara 2002. godine, "Responsibility of States for internationally wrongful acts" Pravila ILC o odgovornosti država),
9. Rezolucija Generalne skupštine A/RES/59/35
10. Rezolucija Generalne skupštine A/RES/62/61
11. UN Doc. A/CN.4/479/Add.1, 1. maj 1997. godine,
12. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two).

Sudska praksa

1. Međunarodni sud pravde, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Presuda*, 26. februar 2007. godine, prevod u izdanju Instituta za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.,

2. Međunarodni sud pravde, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Requests for the Indication of Provisional Measures*, 8. april 1993. godine,
3. Međunarodni sud pravde, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, 13. septembar 1993. godine,
4. Međunarodni sud pravde, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Counter Memorial of the Federal Republic of Yugoslavia*, 23. juli 1997. godine,
5. Međunarodni sud pravde, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, *Judgment on Preliminary Objections*, 11. juli 1996. godine,
6. Međunarodni sud pravde, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Zahtjev za pokretanje postupka (*Application Instituting Proceedings*), 2. juli 1999. godine,
7. Međunarodni sud pravde, *Case Concerning Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Merits, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9,
8. Međunarodni sud pravde, *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, presuda od 25. septembra 1997. godine,
9. Međunarodni sud pravde, *Case Concerning Vienna Conventions on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Naredba o privremenim mjerama od 9. aprila 1998. godine, u: *I.C.J. Reports* 1998.
10. Međunarodni sud pravde, *Krfski kanal, Case Concerning Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, presuda od 9. aprila 1949. godine,
11. Međunarodni sud pravde, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Application*, 29. april 1999. godine,
12. Međunarodni sud pravde, *Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, presuda od 1986. godine,
13. Međunarodni sud pravde, *Rainbow Warrior Case (Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements)*, Reports Of International Arbitral Awards, vol. XX,
14. Međunarodni sud pravde, Srbija i Crna Gora protiv Belgije i ostalih, *Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby*, 15. decembra 2004. godine,
15. MKSJ, *Tužilac protiv Duška Tadića*, IT-94-1-T, presuda Pretresnog vijeća, 7. maj 1997. godine,

Internet

<http://www.icj-cij.org>

<http://un.org/ilc>

<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/draft%20articles/741996.pdf>

<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/RespStatesWrong.shtml>,

<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/gal3395.doc.htm>

JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA V. SERBIA AND MONTENEGRO: PRECEDENT TO THE FUTURE CASES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR GENOCIDE?

Summary

Findings brought by The International Court of Justice in case of Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro on the regime, elements and consequences of the state responsibility for the genocide, should serve as precedents for the future cases when states are involved in committing genocide. However, when it comes to the professional community those findings did not get unanimous endorsement – they were called nonchalant, compromising and even ambiguous.

Analysis of the judgment shows that the Court did make certain precedents, but the way of their reasoning opened a number of new issues about the responsibility of the states for genocide, that were, unfortunately, left unanswered. Those issues need to be recognized and addressed in the future.

Key words

state responsibility, genocide, international sanctions, The International Court of Justice.

POGLED NA STRUKTURU I NADLEŽNOSTI SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE NAKON LISABONA

stručni članak

UDK: 341.645:061.1EU

Adnan Mahmutović*

Sažetak

Ovaj članak predstavlja kratak pregled odredbi koje se odnose na Sudove EU u obnovljenim evropskim Ugovorima (UEU i UFEU) nastalim nakon stupanja na snagu Ugovora u Lisabonu 1. decembra 2009. Naime, Lisabonski ugovor unosi određene izmjene u strukturu i nadležnosti Suda pravde EU o kojima se govori u ovom članku. Također, kroz pravnu praksu Sud pravde EU identificirao je obavezu državnih uprava i sudova da u potpunosti primjenjuju pravo Evropske Unije unutar svojih nadležnosti i da štite prava koja su data građanima tim pravom (direktna primjena prava EU) te da ne primjenjuju s njim suprotstavljene odredbe nacionalnog prava, bilo da su te odredbe nastale prije ili nakon definisanja odredbi Evropske Unije (primat prava Evropske Unije nad nacionalnim pravom). U tom smislu je veoma značajno unutar teoretskog diskursa raspravljati o položaju i dometima Suda pravde Evropske Unije danas.

Ključne riječi

Sud pravde Evropske Unije, Opći sud, specijalizirani sudovi, Lisabonski ugovor, nadležnost, izbor sudija, procedure.

* Granična policija Bosne i Hercegovine, Profesor u Centru za obuku;
mahmut.beg@hotmail.com

1. Uvod

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora¹ 1. decembra 2009. godine nastupile su određene izmjene unutar pravosudnog sistema do tada još uvijek Evropske Zajednice (EZ), odnosno poslije Evropske Unije (EU). Ugovor iz Lisabona² se pojavio kao logičan, ali i posve nužan preduslov za uspješan nastavak politike evropskog ujedinjenja i proširenja nakon poznatog epiloga referenduma o Ustavnom ugovoru u Francuskoj i Holandiji 2005. godine te u tom smislu izmjene u okviru pravosudnog sistema EZ ne treba posmatrati izolovano, već kao dio ukupnih reformi unutar institucionalne arhitekture sa ciljem da se ona učini efikasnijom, transparentnijom i demokratsnijom. U tom kontekstu, kroz ovaj rad mi ćemo nastojati da predstavimo temeljne crte strukture tih izmjena koje se odnose na pravosudni sistem EU. Na samom početku želimo da naglasimo da se, u poređenju sa ostalim institucijama, izmjene unutar pravosudnog sistema ne mogu smatrati "drastičnim". Za to postoji valjano obrazloženje. Naime, bez obzira što u teoretskom diskursu aktivizam Suda pravde EU biva različito doživljavan – jedni ga posmatraju sa odobravanjem,³ drugi sa podozrenjem,⁴ ipak preovladava pomirljivo stanovište po kojem se uloga Suda pravde EU percipira kao uloga vrhovnog garanta, jamca poštovanja ranije komunitarnog, a sada prava EU koja je od

¹ Ugovor iz Lisabona se sastoji od Ugovora o Evropskoj Uniji (UEU) i Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije (UFEU). Objedinjenja verzija oba ugovora je predstavljena u O.J. 2010., C 83.

² Naziv grada Lisabon (na portugalskom Lisboa) potiče od feničanskog naziva Allis Ubbo, što u prevodu znači sigurna luka – ovo navodi Mišćević, T. (2010) Ugovor iz Lisabona, Reformski sporazum ili sporazum o reformi, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd, str. 1. U našem slučaju izbor Lisabona kao mjesta u kojem će se potpisati historijski Ugovor za EU može se simbolički tumačiti na način da nakon mnogo bure oko Ugovora o Ustavu brod evropskih integracija konačno uplovi u sigurnu luku iz koje će se osigurati potrebne pretpostavke za njegovo dalje uspješno putovanje.

³ Alter, K., Meunier-Aitsahalia, S. (1994) Judicial Politics in the European Community, Comparative Political Studies, 26., p. 535.-536., Stanivuković, M., Pojedinač pred Sudom Evropskih zajednica, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 123., Knežević-Predić, V. (2010.) Institucionalni sistem Evropske unije pre i posle Lisabona, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd, str. 43.

⁴ Neill, P. (1996) The European Court of Justice: a Case Study in Judicial Activism, Minutes of Evidence, House of Lords Sub-Committee on the 1996 IGC, Session 1994.-1995., 18th Report, HL Paper 88, p. 218.-245. također njegova izjava u The Times, 19. Septembar 1994, p. 2. Naime Sir Patrick Neill ističe da Sud pravde unapređujući sumnjivu doktrinu sopstvene nadređenosti nad nacionalnim sudovima direktno krši Ugovor iz Rima, vidjeti i u: Knežević-Predić, V., op.cit.str.43

ogromnog značaja za razvoj EU, odnosno njenog institucionalnog kompleksa.⁵ Ovakav značaj uloge koju ima Sud pravde EU je zapravo glavni razlog zbog čega instrumenti koji mu stoje na raspolaganju u vršenju pomenutog zadatka – tužbe i zahtjevi za pribavljanje mišljenja Suda - nisu pretrpjeli suštinske izmjene, ne samo kada je riječ o Lisabonskom ugovoru već općenito od njegovog osnivanja pa do danas.⁶

2. Naziv i struktura Suda pravde Evropske Unije

Dokidanjem Evropskih Zajednica zamijenjen je i naziv Suda pravde EZ u Sud pravde EU. Izmjenu naziva Suda pravde smatramo potpuno logičnom i opravdanom, čak šta više i prije nego što je na snagu stupio Ugovor u Lisabonu, postojala je takva potreba. Naime, naziv 'Sud pravde Evropskih Zajednica' postaje neadekvatan još sa stupanjem na snagu Ugovora iz Amsterdama u kojem se članom 35. UEU proširuje nadležnost Suda pravde na određena pitanja iz domena pravde i unutrašnjih poslova (Justice and Home affairs) koja su tada potpadala pod takozvani treći stup EU.

Prema članu 19. Lisabonskog ugovora o EU, Sud pravde Evropske Unije predstavlja generički izraz za sve pravosudne instance EU. U tom smislu, pod ovim izrazom se podrazumijevaju tri sudska tijela: Sud pravde - član 251.-253. UFEU, Opći sud - član 254. UFEU i specijalizovani sudovi - član 257. UFEU.⁷ Član 19.(1) UEU je na ovaj način okončao konfuziju nastalu odredbama ranijeg UEZ koje nisu uvijek jasno određivale koji nazivi Suda pravde se odnose na instituciju, a koji na Sud pravde kao najveću sudsku instancu. Dakle, ukoliko konsultujemo englesku verziju UEU vidimo da se pod nazivom Sud pravde EU podrazumijeva ukupnost sudske građevine EU, dok se pod nazivom Sud pravde⁸ podrazumijeva

⁵ Timmermans, C. (2004) The European Union's Judicial System, 41 CMLR., p. 393.-404., Knežević-Predić, V. (1996) Sud pravde Evropskih zajednica i oblikovanje pravnog sistema Unije, Pravni život, br.12, tom IV, str. 851.-869., Knežević-Predić, V. (1998) Praksa Suda pravde Evropskih zajednica u postupku ocene zakonitosti komunitarnih akata, Pravni život, br.12, str. 605.-625., također: Knežević-Predić, V.(2010) Institucionalni sistem Evropske unije pre i posle Lisabona,op.cit.str.43.

⁶ Više o tome u: Knežević-Predić, V., Radivojević, Z. (2009) Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Službeni glasnik, Beograd, str. 159.-206., također u: Knežević-Predić, V. (2010) Institucionalni sistem Evropske Unije pre i posle Lisabona,op.cit.

⁷ Verzija na engleskom jeziku u članu 19. UEU kaže: „The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, General Court and specialised courts“.

⁸ U nekim jezicima se ne pojavljuje naziv „Sud Pravde“, već samo „Sud“ kao što je u slovenskom - Sodišče ili, pak u njemačkom – Der Gerichtshof.

najviša sudska instanca te građevine. Bez namjere da ulazimo u lingvističke rasprave, smatramo da se opet može izjaviti primjedba na izraze 'Sud pravde' i 'Opći sud'. Primjedba bi se odnosila se na to da iz njihovog naziva nije posve očito da se radi o sudskim tijelima EU. Što se tiče Općeg suda ovaj problem se vrlo lako može riješiti dodavanjem riječi 'Evropske Unije', ali dodavanje istih riječi 'Sudu pravde' može dovesti do ponovnog stvaranja konfuzije u vezi sa inistitucijom i njenim najvećim sudskim tijelom.

Obzirom da se sa historijskim razvojem odnosa u okviru EZ povećavao i broj pravnih aspekata i pitanja koje je trebalo razmatrati, postepeno se povećavao i kvalitativni i kvantitativni obim djelovanja Suda pravde EZ. Također, željelo se obratiti više pažnje na prava individua unutar evropskih struktura, i to ne samo fizičkih već i pravnih lica, odnosno kompanija i udruženja. U tom smislu vidimo da Sud pravde EU danas autoritet prava EU dokazuje prodorom u nacionalna prava, na zahtjev država članica, dajući fizičkim i pravnim licima određena prava, ali i obaveze. S tim u vezi, u jednom trenutku postojeći okvir djelovanja i kapacitet prvobitno ustrojenog Suda postali su nedovoljni za dati obim zahtjeva podnošenih ovoj instituciji. Drugim riječima, predmeti su se gomilali, odnosno njihovo rješavanje je sve duže trajalo. Ovakva situacija je dovela do diferenciranja nadležnosti Suda pravde EU, i to u smislu da se u okviru njega obrazuju posebne sudske instance koje će uživati vlastito područje nadležnosti. Na taj način proizvedena je određena relaksacija do tada jedine i najviše instance Suda pravde te stvorene pretpostavke za efikasnije razmatranje predmeta. Pored toga, novonastala promjena nam daje za pravo da Sud pravde EU posmatramo kao:

- širi pojam
- užji pojam

Po širem shvatanju, Sud pravde EU podrazumijeva cjelovitu, sveobuhvatnu institucionalnu pravosudnu strukturu EU. S druge strane, užji pojam definiše jedinice te strukture unutar sveobuhvatnog pojma. U tom smislu shodno članu 19. UEU razlikujemo:

- Sud pravde,
- Opći sud,
- Specijalizovane sudove.

2.1. Sud pravde

Sud pravde je najviša, ali i ujedno najvažnija sudska instanca EU.

Sud pravde sačinjava 27 sudija i 8 nezavisnih pravobranilaca (Advocates-General). Sudije i pravobranioци se, uz konsultacije sa Odborom, imenuju

sporazumom vlada država članica na period od šest godina i mogu biti ponovo imenovani. Cijeneći član 255. UFEU vidljivo je da se zahtijeva uspostavljanje Odbora koji bi dao mišljenje o kandidatovoj pogodnosti da obavlja dužnost sudije ili općeg pravobranioca u Sudu pravde i Općem sudu prije nego ga vlada država članica imenuju. Uvođenje sedmočlanog Odbora, čije članove iz reda prijašnjih sudija Suda pravde i Općeg suda, sudija najviših nacionalnih sudova i uglednih pravnika, na inicijativu predsjednika Suda pravde bira Vijeće, uz izuzetak da jednog člana predlaže Evropski parlament, predstavlja određenu relaksaciju dotada isključivog prava država članica na imenovanje sudija i pravobranilaca. Drugim riječima, postupajući po inicijativi predsjednika Suda pravde, Vijeće usvaja Odluku o imenovanju članova ovog Odbora⁹ i Odluku koja se odnosi na pravila njihovog rada.¹⁰ U skladu sa pravilima iz Odluke o načinu rada članova Odbora kandidati se saslušavaju od strane Odbora odvojeno, dok se razmatranje odvija pred kamerama. Mišljenje o kandidatima Odbora mora biti obrazloženo sa navođenjem razloga po kojima se Odbor rukovodio u svom radu. Mišljenje Odbora se upućuje svim predstavnicima vlada država članica. Ne isključujući pozitivne aspekte uspostave Odbora, ipak možemo kazati da se pred nas postavlja nekoliko pitanja koja se tiču njegovih praktičnih efekata. Naime, obzirom da Odbor daje samo mišljenje koje, usput u potpunosti ne ograničava države članice, moguće je da se desi da država članica u slučaju negativnog mišljenja odbije da povuče svog kandidata, što može odgoditi upitno imenovanje, ili pak imati posljedice za imenovanje drugih kandidata. Osim toga, šta ako uprkos negativnom mišljenju sporni kandidat bude opet imenovan? Dalje, uspostava Odbora ne rješava problem nedostatka procedura za određivanje kandidata na nacionalnom nivou. Međutim, moramo priznati da, bez obzira na pomenuta pitanja, ovaj filter ipak može biti učinkovit u eliminaciji grubih formi nepotizma i namještanja.

Svake tri godine vrši se djelimična zamjena sudija sukladno uslovima koji su predviđeni Statutom Suda pravde EU. Oni se biraju između pravnika čija je nepristrasnost van svake sumnje i koji posjeduju kvalifikacije predviđene članovima 253. i 254. Ugovora o funkcioniranju EU.¹¹ Nezavisni pravobranioci pomažu Sudu. Prema političkom dogovoru država članica Britanija, Francuska, Njemačka, Italija i Španija imaju stalnog nezavisnog pravobranioca dok se na preostala tri mjesta rotiraju ostale države članice prema utvrđenoj listi. Sudu pomaže osam

⁹ O.J. 2010., 50/20

¹⁰ O.J. 2010., 50/18

¹¹ Najčešće su to nekadašnje sudije najviših sudova, poznati advokati, profesori sa uglednih pravnih fakulteta i sl.

nezavisnih pravobranilaca. Međutim, shodno članu 252. UFEU, ukoliko Sud pravde to zatraži, Vijeće može, jednoglasno, povećati broj nezavisnih pravobranilaca. U tom smislu, na inicijativu Poljske, usvojena je Deklaracija broj 38. Ovom Deklaracijom članci država članica i vlada država članica su preuzeli obavezu da jednoglasno prihvate zahtjev Suda pravde da broj nezavisnih pravobranilaca poveća na jedanaest.¹² Zapravo, Poljska je dobila jednu poziciju stalnog nezavisnog pravobranilaca, dok je broj rotirajućih nezavisnih pravobranilaca sa tri povećan na pet. Oni su zaduženi da, prije izricanja presude, potpuno nepristrasno i nezavisno prezentiraju svoje obrazloženo mišljenje o slučajevima koji su im dodijeljeni Statutom Suda pravde EU. Obrazloženo mišljenje, zapravo, predstavlja prijedlog rješenja predmeta o kojem Sud raspravlja. Bez obzira što pomenuta mišljenja pravobranilaca nisu obligatorna, Sud ih uglavnom prihvata.¹³ Ovo naročito zbog toga kako bi se Sudu pomoglo da se izbori sa hiljadama slučajeva koji su pred njega izneseni i kako bi se građanima ponudila bolja pravna zaštita.

Osim pravobranilaca Sudu pravde pomaže sekretar i njegov zamjenik. Drugim riječima, svaki sudija ima na raspolaganju jednog sekretara i njegovog zamjenika. Sud pravde imenuje sekretara na period od šest godina koji postupa po Pravilima postupka Suda.¹⁴ Pravila postupka sadrže odredbe kojima se uređuje služba Suda pravde. Ova Pravila donosi Sud pravde uz potvrdu Vijeća. Sudije između sebe biraju predsjednika na period od tri godine i on može biti ponovo izabran. Predsjedavajući usmjerava rad osoblja Suda i predsjedava saslušanjima i raspravama punog sastava suda.

Sud pravde ima i svoj registar i administrativni odjel, a radni jezik Suda je francuski. Sud pravde u skladu sa pravilima Statuta Suda pravde EU zasjeda u vijećima ili u Velikom vijeću, a veoma rijetko, osim kada je to predviđeno Statutom, u plenarnom sastavu.¹⁵ Postoji Veliko vijeće, sa 13 članova, koje odlučuje samo o najvažnijim i najkomplikovanijim pitanjima ili ako taj sastav zahtijeva država članica EU ili neka institucija EU. Uz njega, uobičajeno je da Sud pravde zasjeda u Vijeću od tri ili Vijeću od pet članova.¹⁶ Ova vijeća imaju i svoje pred-

¹² Vidi: Čapeta, T. Sudska zaštita u Europskoj Uniji nakon Lisabonskog ugovora u: Čapeta, T., Đurđević, Z., Goldner Lang, I., i dr., Reforme Europske unije – Lisabonski ugovor, Narodne novine, Zagreb, str. 93.-94.

¹³ Vidi: Ilić-Gasmi, G. (2007) Pravo i institucije Evropske unije, Univerzitet Singidunum – Fakultet za turistički i hotelijerski menadžment, Beograd. str. 137.

¹⁴ Vidi članove 223. stav 4. Ugovora o EZ, odnosno 12. Poslovnika Suda.

¹⁵ Član 251. UFEU.

¹⁶ Vidi član 16. stav 1. statuta Suda.

sjednike, koje sudije biraju između sebe, i to na tri godine u Vijeću od pet članova i na jednu godinu kod Vijeća od tri člana.

2.2. Opći sud

Opći sud je uspostavljen sa zadatkom da rastereti Sud pravde koji nije mogao da pravovremeno rješava predmete zbog povećanog obima poslova.¹⁷ Po red toga, Opći sud bi trebao da doprinese kvalitetnijem suđenju zbog rasterećenosti, odnosno detaljnijeg istraživanja činjenica konkretnog slučaja. Opći sud se u pogledu obima, strukture i načina rada gotovo ne razlikuje od Suda pravde.¹⁸ Lisabonski ugovor predviđa da će se broj sudija Općeg suda utvrditi Statutom Suda pravde EU, odnosno s tim u vezi da će biti sastavljen od najmanje jednog suca iz svake države članice.¹⁹ Ovim rješenjem se na dobar način predviđa i eventualno proširenje broja sudija jer su obim rada i jurisdikcija ovog Suda u relativno stalnom porastu. Lisabonski ugovor, u odnosu na ranija rješenja, sada predviđa mogućnost da Općem sudu u radu pomažu nezavisni pravobranioци. Opći sud usvaja Pravila koja uređuju njegovu službu. Pomenuta Pravila koja Opći sud donosi u dogovoru sa Sudom pravde zahtijevaju potvrdu Vijeća. U vezi sa načinom rada gotovo da nikad nema zasjedanja u plenarnim sesijama, već se rad, kao i u prethodnom slučaju, odvija u okviru Velikog vijeća ili Vijeća od pet ili Vijeća od tri člana.

Opći sud ima jurisdikciju da u prvom stepenu razmatra u postupcima koji su predviđeni članovima 263., 265., 268., 270. i 272. UFEU, sa izuzetkom onih koji su dodijeljeni specijalizovanim sudovima i onih koji su Statutom Suda pravde EU dodijeljeni drugim sudovima. Drugim riječima, Opći sud je nadležan da rješava:

- po pitanju tužbe protiv akata institucija Unije - Vijeća, Komisije, Evropske centralne banke, osim preporuka i mišljenja, te akata Evropskog parlamenta i Evropskog vijeća koji su usvojeni sa namjerom da proizvode pravne učinke prema trećim licima ili protiv nečinjenja, odnosno propuštanja da se djeluje u ime ovih institucija;
- po pitanju tužbe protiv institucija EU zbog propuštanja djelovanja, na koje je shodno Ugovoru postojala dužnost na činjenje;

¹⁷ Zaključkom Vijeća ministara broj 88/591 osnovan je Sud prve instance (Court of First Instance).

¹⁸ Vidi: član 254. UEU, odnosno član 51. Statuta.

¹⁹ Vidi: član 19. stav 2. UEU i član 254. UFEU.

- po pitanju sporova koji se tiču naknade štete predviđene članom 340. stav 2. i 3. UFEU;
- po pitanju sporova između Unije i njenih zaposlenika u granicama i pod uslovima koji su predviđeni Uredbama o osoblju i dužnosnicima te Uvjetima zapošljavanja ostalih zaposlenika Unije;
- na temelju arbitražne klauzule u ugovoru koji je sklopila Unija ili je sklopljen u ime Unije, bez obzira na to radi li se o ugovoru javnog ili privatnog prava.

Također, Statut može predvidjeti nadležnost Općeg suda i u drugim tipovima postupaka. U tom smislu Statut može predvidjeti nadležnost Općeg suda i u pitanjima na prethodnu odluku o interpretaciji Ugovora, odnosno valjanosti i interpretaciji akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije. Ovdje bi trebalo spomenuti još jednu moguću nadležnost Općeg suda koja proizilazi iz Lisabonskog ugovora. Naime, u slučaju da se određenim postupkom ili aktom institucija EU, odnosno države članice, krši neko od temeljnih prava predviđenih Poveljom, moguće je očekivati nadležnost Općeg suda po postupku direktne tužbe za poništenje tog akta ili postupka. Na presude koje donese Opći sud može se, u roku od dva mjeseca, podnijeti žalba Sudu pravde, pod uslovima koji su predviđeni Statutom koja su ograničena na pravna pitanja. Ukoliko Opći sud smatra da slučaj zahtijeva principijelnu odluku koja može uticati na jedinstvenost ili konzistentnost prava Unije, može prepustiti odlučivanje u predmetu Sudu pravde.²⁰ Također, Opći sud ima nadležnost da rješava u postupcima protiv odluka specijalizovanih sudova.

2.3. Specijalizovani sudovi

Specijalizovani sudovi se sastoje od sedam sudija i oni se uspostavljaju po redovnoj zakonodavnoj proceduri Vijeća i Evropskog parlamenta. Ovi sudovi su pridruženi Općem sudu, odnosno djeluju u određenim tipovima postupaka u prvom stepenu. Mandat sudija je u pravilu šest godina, uz mogućnost reizbora. Međutim, obzirom da je kod izbora članova Suda pravde EU, dakle svih sudskih instanci, općeprihvaćen princip da se dio sudija bira svake tri godine, kod izbora prvog sastava svih sudskih instanci EU, pa tako i u slučaju specijalizovanih sudova, uvažena je određena specifika. Naime, od ukupno sedam sudija koji se biraju u ovu sudsku instancu njih četvero se bira na puni mandat, dok se preostala

²⁰ Član 256. stav 3. Ugovora o funkcioniranju EU.

tri, koja se određuju žrijebom, bira na pola mandata.²¹ Prilikom izbora sudija vodi se računa o posebnim kriterijima. Ovi posebni kriteriji se odnose na geografsku, kao i na srazmjernu zastupljenost različitih pravnih sistema. Ranije se kod izbora ovih sudija zahtijevalo mišljenje članova jednog posebnog tijela tj. Odbora o tome da li predloženi kandidati ispunjavaju predviđene uslove. Lisabonski ugovor u članu 255. UFEU mišljenje Odbora spominje samo u kontekstu izbora članova Suda pravde i Općeg suda. Specijalizovani sudovi djeluju najčešće u tročlanim ili petočlanim vijećima, vrlo rijetko u plenumu. Također, Statutom Suda u članu 4. stav 2. predviđeno je da specijalizovani sud djeluje i kao sudija pojedinac.

Osnovna nadležnost ovog Suda jeste da u prvoj instanci presuđuje sporove između institucija i njihovih službenika. Pri tome ovi sporovi nekada mogu predstavljati klasične radnopravne sporove, kao što su napredovanje u službi, disciplinske sankcije, dok u nekim drugim situacijama to mogu biti različita pitanja iz domena socijalnog osiguranja (pitanje penzija, osiguranja za vrijeme rada i sl.). Također, predmet rada ovih sudova mogu biti i sporovi koje pokreću zaposlenici nekih posebnih tijela, kao što su EUROPOL, EUROJUST itd.

Osnivanje ovog Suda dovelo je do relaksacije ne samo Općeg suda, koji je sa svojih pleća prebacio gotovo trećinu predmeta, već je u nadležnost specijalizovanih sudova prenijet znatan broj predmeta u kojima je postupao Sud pravde. Protiv odluke specijalizovanih sudova o stvarima koja se odnose na pravna pitanja, odnosno i o činjeničnim pitanjima, u roku od dva mjeseca može se izjaviti žalba. Žalba se izjavljuje Općem sudu.

3. Nadležnosti

Iz prethodnog izlaganja mogli smo zaključiti da je osnovna osobina pravosudnog sistema EU njegov decentralizirani karakter. Decentraliziranost pravosudnog sistema EU zapravo govori o važnosti načela supsidijarnosti u strukturi pravosuđa EU. Pored spomenutog, možemo kazati da današnji pravosudni sistem EU karakterizira još jedna specifičnost, a to je nedostatak opće nadležnosti za rješavanje sporova u vezi sa primjenom i tumačenjem primarnog i sekundarnog prava Unije. Umjesto toga Sud pravde i Opći sud svoje nadležnosti demonstriraju u djelovanjima i postupcima koji su navedeni u Ugovorima i aktima donesenim na osnovu Ugovora. Rješavanje sporova koji ne spadaju pod opseg Ugovora je stvar sudova država članica, kako proizlazi iz člana 274. UFEU,

²¹ Vidi: Misita, N. (2007) Osnovi prava Evropske Unije, Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Colpi - Magistrat Sarajevo, Sarajevo, str. 680.

odnosno podrazumijevajući član 267. UFEU. U tom kontekstu Sud pravde je razvio svoje precedentno pravo prema kojem su države članice, na temelju obaveza o lojalnosti, koje proizilaze iz člana 4. stav 3. UEU, dužne osigurati puno dejstvo prava Unije u okviru njihovih nadležnosti.²² Osim toga, podjela nadležnosti između Suda pravde EU i nacionalnih sudova je promišljen izbor očeva EU. Umjesto postavljanja nadnacionalnog sistema nižih i žalbenih sudova, na čelu s vrhovnom instancom, oni su se opredijelili za sistem gdje bi primijenili pravo EU kroz postojeće sisteme država članica.

Iz člana 13. stav 1. UEU vidljivo je da je Sud pravde EU dio institucionalnog okvira EU čiji je zadatak promicanje njenih vrijednosti, ostvarivanje njenih ciljeva, služenje njenim interesima, kao i interesima njenih građana i država članica te osiguranje konzistentnosti, učinkovitosti i kontinuiteta njenih politika i aktivnosti. U tom smislu, kao institucija koja primjenjuje kompetencije EU, Sud pravde se u ostvarenju svojih nadležnosti rukovodi načelom dodijeljenih ovlasti koje je utvrđeno u članu 5. stav 1. UEU. U drugom stavu istog člana se jasno ukazuje da princip dodjele podrazumijeva da Unija smije djelovati samo u granicama nadležnosti koje su joj Ugovorima dodijelile države članice kako bi ostvarila ciljeve koji su u njima propisani. Ovako predviđena nadležnost se dodatno pojašnjava u članu 4. stav 1. UEU u kojem se kaže da kompetencije koje nisu dodijeljene Ugovorom Uniji ostaju državama članicama. Bez obzira na činjenicu da se Sud pravde pojavljuje kao isključivi tumač vlastitih kompetencija,²³ u više navrata naglasio je da su njegove kompetencije i nadležnost uslovljene ovim principom.²⁴

Lisabonski ugovor institucionalnom unifikacijom, odnosno erozijom trećeg stuba EU, uspostavio je između ostalog i sudsku integraciju prvog i trećeg stuba. Drugim riječima, materija iz trećeg stuba prebačena je u prvi stub, dok je u vezi sa drugim stubom Unija na više načina istakla osobenost ove vrste saradnje. Zapravo, najvažnije izuzeće iz nadležnosti Suda pravde EU se odnosi upravo na drugi stub, odnosno na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku (ZVSP). Prema članu 24.UEU, kao i prema članu 275. stav 1. UFEU, izuzeće iz nadležnosti tiče se odluka Evropskog vijeća, Vijeća i Visokog predstavnika Unije za ZVSP, kao i raznih akata koje nekadašnje dvije institucije prihvataju s poštovanjem prema ZVSP,

²² Vidi šire: Slučajevi C-222/96, Siples, (2001) ECR I-277, para.18; C-453/99, Courage i Crehan, (2001) ECR I-6927, para 25; C-379/04, Dahm, (2005) ECR I-8723, para 14.

²³ Vidi slučajeve: C-300/98 i C-392/98, Dior, (2000) ECR I-11307

²⁴ Vidi: inter alia, Slučaj 12/63, Schlieker/High authority, (1963) ECR 183, Slučaj 66/76, CFDT v. Vijeće (1977), ECR 805, para 8, Slučaj 1/82, D v. Luxembourg, (1982) ECR 3709, para. 4 i 8, Mišljenje 2/94, ECHR (1996) ECR I-1759, Slučaj C-160/03, Španija v. Eurojust, (2005) ECR I-2077

izuzev nadležnosti da vrši nadzor nad poštovanjem člana 40. UEU i da ispituje zakonitost određenih odluka shodno drugom stavu člana 275. UFEU. Prema tome, izuzimanje nadležnosti Suda pravde EU u drugom stupu je shodno članu 275. stav 2. UFEU predmet dvije iznimke. Prvi izuzetak se odnosi na izvršenje zabrane iz člana 40. UEU, prema kojem provedba ZVSP neće uticati na postupke i opseg ovlasti institucija predviđenih ugovorima za primjenu nadležnosti Unije na drugim područjima, čime se osigurava zaštita od iskušenja zamjene zakonodavnih i drugih postupaka sa međuvladinim odlučivanjem. Drugo, fizičke i pravne osobe dobijaju šire mogućnosti pristupa Sudu pravde u svrhu podnošenja tužbi za poništenje regulatornih akata EU nego što je to ranije bio slučaj. Naime, ublaženi su zahtjevi za pristup Sudu te je sada potrebno dokazati samo da je određeni regulatorni akt kojim se propisuju određene restriktivne mjere od direktnog značaja za njega te da za njegovu primjenu nije potrebno donositi pojedinačne akte.²⁵ Drugim riječima, Sudu pravde EU ostaje nadležnost u odnosu na restriktivne mjere protiv fizičkih ili pravnih osoba i grupa ili ne-državnih subjekata koju je usvojilo Vijeće na temelju člana 215. stav 2. UFEU. Da bi se uvidjela važnost ove iznimke, dovoljno je obratiti pažnju na slučaj *Kadi* precedentnog prava.²⁶ Međutim, detaljnijom analizom članova 40. i 275. dolazi se do zaključka da Sud pravde nema nikakvu nadležnost, već samo da osigura da ne dolazi do poklapanja između nadležnosti organa EU u materiji bivšeg prvog stuba i oblasti ZVSP.²⁷ Iako je pitanje za raspravu da li Sudovi EU treba da imaju punu nadležnost u ovoj oblasti, sigurno je da u nekim posebnim slučajevima nepostojanje nadležnosti može dovesti do problema pravne zaštite jer odredbe UEU u području vanjske politike i odbrane sadrže velik broj inovacija. Na primjer, opseg vojne misije EU je proširen. Sve to može podići pitanja izvanugovorne odgovornosti, poštivanja ljudskih prava, pa čak i pitanja međunarodnog krivičnog prava.

Sa druge strane, kada govorimo o području pravosuđa i unutrašnjih poslova, važno je istaći da je Sud pravde dugo vremena bio isključen iz trećeg stuba jer je postojao veliki strah država članica od donošenja precedentnih odluka kojima bi se utvrdili standardi rada i poštovanja temeljnih ljudskih prava u ovoj oblasti koji su viši nego nacionalni standardi.²⁸ U tom smislu, Lisabonski ugovor konačno donosi izmjene. Naime, područje ranijeg trećeg stuba, kao i organi koji rade u

²⁵ Ibid. str. 11.

²⁶ Vidi više: C-402/05 P&C-415/05, Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation v. Council & Commission, (2008) ECR I-6351

²⁷ Čavoški, A., op.cit. str.74.-75.

²⁸ Čavoški, A., op.cit. str. 75.

ovom polju (EUROPOL i EUROJUST)²⁹ podliježu općim pravilima o nadležnosti Suda pravde EU. Međutim, proširenje nadležnosti Suda pravde EU u ovom području podliježe dvama ograničenjima. Prvo je da prema članu 276. UFEU Sud pravde EU nije nadležan da razmatra valjanost ili obim svrsishodnosti operacija koje obavljaju policijski ili drugi organi represije u državama članicama u pogledu održavanja reda i mira i osiguranja interne sigurnosti. Drugo ograničenje sadržano je u članu 10. Protokola o prijelaznim mjerama. Prema toj odredbi član 35. UEU ostaje na snazi do 1. decembra 2014. u odnosu na akt trećeg stupa do 1. decembra 2009. U članu 267. stav 4. UFEU obavezuje se Sud pravde EU da odluči "sa minimalnim odlaganjem" kad se spor na nacionalnom sudu odnosi na osobu u pritvoru. U praksi ova obaveza može zahtijevati primjenu hitnog postupka prethodne odluke iz člana 23.a Statuta Suda pravde i člana 104.c Poslovnika.³⁰

3.1. Vrste postupaka pred Sudom pravde EU

Funkcije Suda pravde EU, u cjelini gledano, proizilaze iz njegovih nadležnosti i obrnuto, njegove nadležnosti plod su njegovih funkcija. U stvarnosti one predstavljaju nepodijeljenu cjelinu, kompleksno povezanu u toku historijskog, pravnog i institucionalnog razvoja samog Suda pravde EU. Lisabonski ugovor u članu 19. stav 3. UEU predviđa tri osnovne funkcije Suda pravde EU:

- odlučuje o tužbama koje podnose države članice, neka od institucija, fizička ili pravna osoba,
- odlučuje u postupku prethodnih pitanja, na zahtjev sudova država članica, odlučuje o interpretaciji prava Unije ili valjanosti akata koje donose institucije,
- odlučuje o drugim slučajevima koje propisuju Ugovori.

Uvažavajući odredbe člana 19. stav 3. UEU, ali i odredbe članova 258. - 273. UFEU, možemo konstatovati da se funkcije Suda pravde EU vezuju za tri nadležnosti. U prvu grupu spadaju direktne, u drugu tzv. indirektne nadležnosti, dok bi treću grupu sačinjavali postupci koji su eksplicite predviđeni ugovorima.

²⁹ EUROPOL i EUROJUST su dio institucionalnog okvira EU, Vidi odluku Vijeća 2009/371/JHA o uspostavljanju EUROPOL-a (O.J. 2009., L 121/37)

³⁰ Barents, R., (2010) The Court of Justice afther the Treaty of Lisbon, Common Market Law Review, UK, p.709.-728.

3.1.2. Direktne nadležnosti

Kada su u pitanju direktne nadležnosti, one se odnose na:

- tužbe zbog neispunjavanja obaveza,
- tužbe za poništenje
- tužbe za propuštanje djelovanja
- tužbe za naknadu štete
- tužbe službenika institucija EU

3.1.2.1. Tužbe zbog neispunjavanja obaveza

Temeljem članova 258., 259. i 260. UFEU, nadležnosti za neispunjavanje obaveza se tiču pokretanja postupka kojim se Sudu podnosi tužba za preispitivanje ispunjavanja obaveza predviđenih pravom EU od strane države članice. Lisabonski ugovor predviđa ko može podnijeti tužbu u ovom postupku. Ukoliko država ne ispuni svoju obavezu, Komisija ili druga država ima pravo da Sudu pravde podnese tužbu zbog neispunjavanja obaveze koja je utemeljena na Ugovoru. No, prije podnošenja tužbe, Komisija i država članica u pitanju nastoje kroz neformalne pregovore da postignu saglasnost o navodnom kršenju obaveza te o načinu otklanjanja istih. Međutim, ukoliko pregovori ne daju rezultata, onda Komisija zvanično obavještava državu u pitanju o neispunjavanju obaveze i određuje joj rok u pravilu od dva mjeseca da to ispravi. U slučaju da država u pitanju opet ne postupi po zahtjevu Komisije, Komisija donosi obrazloženo mišljenje o stvari, nakon što državi u pitanju omogući da iznese svoje primjedbe. Obrazloženo mišljenje predstavlja jednu koherentnu izjavu koja sadrži razloge na kojima Komisija zasniva svoje ubjeđenje da država članica u pitanju nije ispunila svoje obaveze iz Ugovora. Ukoliko država članica ne postupi u skladu sa mišljenjem u roku koji odredi Komisija, Komisija može stvar podnijeti Sudu pravde. Ako tužbu podnosi druga država članica, onda prije nego što podnese tužbu, podnijet će stvar Komisiji. Komisija se očituje u formi obrazloženog mišljenja, ali tek pošto država u pitanju dobije priliku da podnese primjedbu. "U praksi se kao tužilac skoro uvijek pojavljuje Komisija u skladu sa svojom ulogom 'čuvara ugovora'. Države članice izbjegavaju da podnose tužbe jedna protiv druge, već radije ulogu tužioca prepuštaju Komisiji."³¹ U slučaju da odluči da je pravo prekršeno i da

³¹ Knežević-Predić, V.- Radivojević, Z. (2009) Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Službeni glasnik, Beograd. str. 161.-162.

država članica nije ispunila svoju obavezu, Sud donosi presudu kojom se zahtijeva od države članice da poduzme potrebne mjere i udovolji onome što se od nje zahtijeva u presudi. Ako država ne ispoštuje presudu Suda, onda, na zahtjev Komisije koja će pri tome specifikovati iznos paušalne svote ili novčane kazne³² koju država članica u pitanju treba platiti, Sud može dosuditi paušalnu svotu ili novčanu kaznu u visini koja ne prelazi iznos koji je Komisija specifikovala.

3.1.2.2. Tužbe za poništenje

Tužba za poništaj predstavlja osnovni način i sredstvo u vršenju kontrole zakonitosti akata koje donose organi Unije. Prema članovima 263. i 264. UFEU nadležnost za poništenje postoji kada podnosilac traži poništenje neke odluke ili mjere koju je usvojila neka institucija EU. U slučaju da Sud donese odluku da je tužba osnovana, Odluka institucije koja je bila predmet spora biće poništena. Generalno posmatrano, Sud će osporavani akt poništiti ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uslovi:

- ako je tužba uložena od strane subjekta koji uživa aktivnu legitimaciju,
- ako je u pitanju akt koji može biti predmet tužbe za poništenje,
- ako postoji osnov za poništenje,
- ako je tužba podnesena u propisanom roku.

Locus standi uživa širok krug subjekata. Obzirom na uslove pod kojima se tužba može podnijeti, razlikujemo tri grupe tužioca. U prvu grupu spadaju subjekti koji mogu zatražiti poništenje svakog obligatornog akta. Ovi subjekti se nazivaju privilegovani tužioci i u njih spadaju države članice, Evropski parlament, Vijeće i Komisija. Druga grupa je rezervisana za tužioce koji mogu napadati samo akte koji zadiru u njihove prerogative. U odnosu na prethodnu grupu ovdje je pravo na tužbu uže definisano i u ovom slučaju povjereno je Evropskoj centralnoj banci, Revizorskom sudu i Komitetu regiona. Novina koju Lisabonski ugovor ovdje uvodi jeste da se pravo aktivne legitimacije priznaje sada i Komitetu regiona.³³ Najveća ograničenja prava na podnošenje tužbe sadržana su u trećoj grupi tužioca koju čine individualni subjekti, fizička i pravna lica. Ograničenja se odnose kako na tip akta koji se napada, tako i na posebne uslove vezane za individualnog subjekta. Član 263. stav 4. UFEU navodi da individualni subjekti

³² Finansijske sankcije protiv države članice koja ne ispravi povredu ni nakon presude Evropskog suda prvi put su uvedene Ugovorom iz Mastrihta - član 228. UEZ.

³³ Član 263. stav. 2. UFEU.

mogu napadati tri vrste akata: akt koji je adresiran na tu osobu, akt koji je za nju od direktnog individualnog interesa te regulatorni akt koji je od direktnog interesa, ali ne zahtijeva nikakve provedbene mjere. U pogledu uslova koje individualni subjekti moraju ispuniti za sticanje aktivne legitimacije, stoji da oni moraju dokazati svoj interes za podnošenje tužbe. U konkretnom slučaju ako je u pitanju ili je riječ o aktu koji je adresiran na tu osobu, lični interes ne treba posebno dokazivati, što nije slučaj kada se radi o druge dvije vrste prethodno spomenutih akata. U vezi s tim postavlja se pitanje kada u konkretnom slučaju postoji posebni pravni interes za individualnog subjekta? Ovaj interes postoji onda kada predmetni akt direktno pogađa njega i njegov individualni interes. Akt neposredno pogađa tužioca ako on bez posrednika direktno djeluje na prava i obaveze tužioca. Drugim riječima, Sud je zauzeo stav da tužilac mora dokazati da ga akt zbog određenih osobina koje ima ili činjeničnog stanja i porijekla izdvaja u odnosu na svaku drugu osobu i samim tim djeluje na njega na isti način kao i na adresata.³⁴ Ukoliko je predmet pobijanja uredba, onda je na tužiocu da dokaže da ta uredba nije isključivo općeg karaktera, već se radi o pojedinačnom aktu koji zadire u pravni interes individualnog subjekta. Da bi Sud mogao osporavati akt poništiti, potrebno je da se radi o aktu koji može biti predmet tužbe za poništenje. Član 263. stav 1. UFEU je eksplicitan po ovom pitanju, ističući da takvo svojstvo imaju zakonodavni akti, akti Vijeća, Komisije i Evropske centralne banke, osim preporuka i mišljenja, zatim akti Evropskog parlamenta³⁵ i Evropskog vijeća koji su usvojeni sa namjerom da proizvode pravne učinke prema trećim subjektima.³⁶ Iz ovoga je vidljivo da je u postupak uvedena novouspostavljena klasifikacija akata na zakonodavne i one koji nemaju taj karakter. Lisabonski ugovor, kao što možemo primijetiti, uvodi i pravo Suda da može kontrolisati pravnoobavezujuće akte Evropskog vijeća, osim onih koji se odnose na pitanja ZVSP. Pored akata Evropskog

³⁴ Vidi: Slučaj 25/62, Plaumann, ECR, 1963., pp.95 i 107.

³⁵ U slučaju 294/83 - *Partie écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, European Court Reports - dalje: ECR - 1986., p.1339 - Sud je poništio odluku Evropskog parlamenta, što znači da je ova mogućnost postojala i prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora.

³⁶ Međutim ovo pravilo ne treba doslovno shvatiti, već treba kazati da pod određenim uvjetima i drugi akti mogu biti predmet poništenja. Ovo zbog toga što su sadržaj i predmet određenog pravnog akta bitniji od njegove forme i naziva. Slučajevi 22/70 (*ERTA, Commission v. Council*, ECR, 1971., p.261) i C-303/90 (*France v. Commission*, ECR, I, 1991., p.5340) su primjeri kada je Sud dopustio podnošenje tužbe za poništenje protiv Rezolucije i Kodeksa Vijeća. Više o tome u: Knežević-Predić, V. (2009) *Zaštita prava individualnih subjekata u pravosudnom sistemu EU*, Srbija u procesu pridruživanja EU, Službeni glasnik R. Srbije, str. 92.-93.

vijeća, Ugovorom se sudskoj kontroli također podvrgavaju i akti koje donose različita tijela, uredi i agencije EU. Kontrola akata pomenutih tijela i agencija je do Lisabonskog ugovora varirala od agencije do agencija jer je zavisila od Uredbe kojom su osnovane. Sa Lisabonskim ugovorom to je preinačeno. U pogledu postojanja osnova za poništenje član 263. stav 2. UFEU navodi četiri razloga:

- nedostatak ovlasti,
- povreda bitnog procesnog zahtjeva,
- povreda Ugovora ili bilo kojeg pravnog propisa koje se odnosi na njihovu primjenu,
- zloupotreba ovlasti.

Pored navedenih, treba napomenuti da je u svojoj praksi Sud prihvatao i neke druge osnove za pobijanje zakonitosti komunitarnih akata.³⁷ Povreda ovlasti ili nenadležnost se može javiti u materijalnom, teritorijalnom i personalnom smislu.³⁸ Nenadležnost u materijalnom smislu se može posmatrati sa dva osnovna aspekta. Prvo, obzirom da EU i njene institucije ne posjeduju izvornu nadležnost, već je, kao što je poznato, nadnacionalnost ostvarena na način što je izvršen transfer dijela suvereniteta sa država članica na EU i njene institucije, jasno je da je nadležnost EU i njenih institucija limitirana odredbama Ugovora koji pobliže definira oblast njihovog djelovanja. U tom smislu, ako odnosni akt prelazi granice definiranog polja djelovanja, onda proizilazi da institucija EU u pitanju nastoji da reguliše odnose čije regulisanje joj države članice nisu povjerile. Drugo, nenadležnost u materijalnom smislu se može pojaviti i u slučaju kada institucija EU u pitanju donese predmetni akt pozivanjem na određenu odredbu Ugovora koja ne odgovara sadržini samog akta, odnosno ne odgovara postupku po kojem je akt donijet ili pak ne odgovara tipu akta koji je usvojen (uredba, odluka, direktiva)³⁹ U pogledu nenadležnosti u teritorijalnom smislu valja istaći da institucije EU u pravilu donose akta koja se odnose na subjekte na teritoriji država članica. Međutim, u određenim pitanjima ova akta mogu proizvoditi pravno dejstvo i na subjekte (fizička i pravna lica) izvan teritorije država članica. U tom smislu kažemo da se tada akta moraju primjenjivati u skladu sa međunarodnim pravom. Ukoliko to nije riječ, onda je u pitanju nenadležnost u teritorijalnom smislu. Personalna

³⁷ U slučaju 17/74 (Transocean Marine Paint Association v. Commission, ECR, 1964., p.1063) Sud je poništio odluku Komisije zbog njene nesaglasnosti sa prirodnom pravičnošću (natural justice).

³⁸ Knežević - Predić, V. op.cit.str. 97.

³⁹ Knežević-Predić, V. op.cit.str. 96.-97.

nenadležnost se javlja u slučajevima delegacije. Naime, ova vrsta nenadležnosti postoji ukoliko institucija,⁴⁰ država članica,⁴¹ međunarodna agencija⁴² ili agencija⁴³ kojima su delegirana određena izvršna ovlaštenja prekorače obim prenesenih ovlasti, odnosno djeluju izvan domena u kojem su mu određena ovlaštenja povjerenjena. Ugovorima se, osim nadležnosti institucija EU, propisuje i postupak, odnosno pravila po kojima se usvajaju njihovi akti. Odstupanje, odnosno povreda bitnih pravila u postupku može biti osnov za poništenje tog akta. Nije svaka povreda procesnog zahtjeva osnov za poništenje, već samo povreda bitnog procesnog zahtjeva. Povreda bitnog procesnog zahtjeva podrazumijeva takvo odstupanje od procedure koje može dovesti do usvajanja suštinski drugačije mjere. Zatim, kojom se krši neko osnovno institucionalno pravilo, odnosno ukoliko povreda onemogućava pravosudnu kontrolu.⁴⁴ U konkretnom smislu, pod povredom bitnog procesnog zahtjeva možemo smatrati: nepribavljanje savjetodavnog mišljenja EP, propuštanje da se pravovremeno o svim važnijim činjenicama informiše, odnosno sasluša zainteresovana stranka, dadne obrazloženje ili pak objavi akt.⁴⁵ Pored toga, bitnom povredom procesnog zahtjeva će se smatrati kršenje internih pravila postupka, kao i objavljivanje povjerljivih informacija i podataka koje spadaju u poslovnu ili pak neku drugu tajnu (službenu, državnu i sl.).⁴⁶ Kod povrede ugovora imaju se u vidu kako odredbe osnivačkih ugovora i pravno obavezujućih akata organa Unije, tako i opća pravna načela priznata od strane država članica.⁴⁷ Pod pojmom "bilo koje drugo pravno pravilo koje se odnosi na primjenu Ugovora" podrazumijevamo sve obligatorne norme pravnog poretka EU. Drugim riječima, tu spadaju osim načela prava EU, normi međunarodnog prava bez obzira da li proističu iz odredbi međunarodnih ugovora koje su zaključile države članice

⁴⁰ Vidjeti slučaj: C-25/70, Koster, 1970., ECR 1161.

⁴¹ Vidjeti slučaj: C-5/77, Tedeschi, 1977., ECR 1555.

⁴² Vidjeti: Opinion 1/76 Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels, 1977., ECR 741.

⁴³ Vidjeti slučaj: C-9/56, Meroni v. High Authority, 1957. i 1958., ECR 133.

⁴⁴ Ibid.str. 98.-99.

⁴⁵ Nepravilnost u pogledu objavljivanja akta samo po sebi ne predstavlja bitnu povredu procesnog zahtjeva. Međutim, ove nepravilnosti će se javiti kao osnov za poništenje u slučaju ako su one vezane za kršenje Osnivačkih ugovora odnosno protokola koji stoje uz njih.

⁴⁶ Knežević-Predić, V.op.cit. str.98.-99.

⁴⁷ Vidi slučajeve: 18/62 (Barge, ECR, 1963., p.259.), 27/63 (Raponi, ECR, 1964., p.129.), 325/85 (Ireland v. Commission, ECR, 1987., p.504.), i T42/96 (Eyckeler and Malt, ECR, II, 1998., p.401.).

prije članstva ili sama EU, normi međunarodnog običajnog prava i pravnovaljani akti institucija, odnosno ureda, agencija i tijela EU.⁴⁸ Konačno, kao osnov za poništenje akta može se javiti i zloupotreba ovlaštenja. Zloupotreba ovlaštenja će postojati u slučaju kada institucija, koja raspolaže određenim stepenom diskrecionih ovlasti,⁴⁹ donosi određene propise kojima se ostvaruju neki drugi ciljevi, a ne oni koji su Ugovorima definisani. Da bi tužba bila osnovana, neophodno je da bude podnesena u predviđenom roku. Lisabonski ugovor je samo potvrdio prethodno rješenje kojim je predviđeno da se tužba izjavljuje u roku od dva mjeseca od objavljivanja mjere, ili od njene notifikacije tužiocu, ili, u nedostatku navedenog, od dana kada je ona postala poznata tužiocu. Na kraju nam je još ostalo da konstatujemo da će Sud ako utvrdi osnovanost tužbe poništiti pobijani akt.⁵⁰ Bitno je naglasiti da se poništen akt ne može mijenjati ili dopunjavati odlukom Suda. Presuda suda djeluje erga omnes i od momenta donošenja akta (ex. nunc).⁵¹

3.1.2.3. Tužbe za propuštanje djelovanja

Nadležnost u slučaju propuštanja djelovanja shodno članu 265. UFEU odnosi se na to da Sud može djelovati ako Evropski parlament, Evropsko vijeće, Vijeće, Komisija ili Evropska centralna banka, odnosno pod jednakim uslovima tijela, uredi i agencije EU propuste da djeluju u datoj situaciji, odnosno kada propuste da donesu izvjesnu odluku i kada je taj propust u suprotnosti sa Ugovorom, odnosno pravom EU. Da bi slučaj dospio pred Sud, neophodno je da odnosna institucija bude pozvana da djeluje. Ukoliko nakon dva mjeseca od poziva to ne učini, tužba na osnovu "šutnje uprave" može biti podnešena u roku od naredna dva mjeseca. Tužbu podnose institucije EU ili države članice. To mogu učiniti i pravna i fizička lica, ako se to propuštanje djelovanja, odnosno donošenja akta (osim preporuka i mišljenja) odnosi direktno na njih. Iz pomenutog konteksta je vidljivo da postoje određeni uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi Sud prihvatio tužbu zbog propuštanja.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Vidi slučajeve: 266/82 (Turner, ECR, I, 1984., p.2162.), 69/83 (Lux, ECR, 1984., p.951.), C156/93 (Parliament v. Commission, ECR, I, p.2019)

⁵⁰ Član 264. UFEU

⁵¹ Vidi više u :Lenaerts, K., Arts, D.,Maselis, I. (2006) Procedural Law of the European Union, London, p.133; Vukadinović, R. (1991) Evropska ekonomska zajednica: institucije, Beograd, str.115.; Radivojević, Z.,-Knežević-Predić, V. (2008) Institucije Evropske unije, Niš, str.163.; Misita, N. (2002) Osnovi prava Evropske Unije, Sarajevo, str.527.

Ti uslovi se tiču sljedećeg:

- da je postojala obaveza odnosne institucije da donese određeni propis,
- da se u pogledu spornog propisa nadležna institucija nije nikako izjasnila,
- da je sporni propis akt za koji je tužba dopuštena,
- da je sproveden prethodni postupak,
- da je tužba izjavljena protiv institucije koja ima pasivnu legitimaciju,
- da je tužba izjavljena od tužioca koji ima aktivnu legitimaciju,
- da je tužba uložena u propisanom roku.

Tužbom se može napadati samo ono propuštanje institucije u pitanju kod koje je postojala dužnost da donese konkretne mjere. Prema tome, uzdržavanje od djelovanja samo po sebi ne može se smatrati povredom Ugovora, osim ako nije postojala dužnost na činjenje.⁵² Ukoliko se u pogledu spornog propisa nadležna institucija nije nikako izjasnila, odnosno nije usvojila nikakav stav po određenom pitanju, to može biti razlogom podnošenja tužbe za propuštanje.⁵³ Međutim, ako institucija donese odluku kojom odbija da djeluje, takav akt ne može biti razlogom tužbe za propuštanje, već se protiv takve odluke može podnijeti samo tužba za poništenje.⁵⁴ U pogledu vrste akata za čije se nedonošenje može podnijeti tužba kažemo da su to isti oni akti protiv kojih se može podnijeti tužba za poništenje, tj. oni koje smo prethodno navodili.⁵⁵ Iz člana 265. možemo primijetiti da pasivnu legitimaciju u postupku imaju isti oni organi kao i u slučaju tužbe za poništenje, osim Računovodstvenog suda i Komiteta regiona koji u ovom kontekstu Lisabonskim ugovorom nisu spomenuti. Kada je u pitanju aktivna legitimacija, tu zasigurno nema promjene u odnosu na tužbu za poništenje. Rokovi su zbog postojanja prethodnog postupka na određen način specifični u odnosu na tužbu za poništenje. Naime, u slučaju tužbe za propuštanje radi se o dva dvomjesečna roka: prvom, unutar koga se traži od organa da ispravi svoju grešku i drugi, u kojem se subjekt koji uživa aktivnu legitimaciju može obratiti Sudu.⁵⁶ Presuda Suda po ovom pitanju ima deklaratorni značaj jer se njome samo konstatuje da je odre-

⁵² Vidi slučaj: 247/87, Star Fruit Company, ECR, 1989, p.291.

⁵³ Vidi slučaj: Lutticke v. Commission, 48-65, ECR, 1996, p 19.

⁵⁴ Knežević-Predić, V., op. cit. str.106.

⁵⁵ Vidi slučaj: 15/70, Chevalley v. Commission, ECR, 1970., p.979.

⁵⁶ Ibid. str. 108.

đeni organ propuštanjem dužnog činjenja prekršio Ugovor. Prema tome, ovom presudom se ne nadomješta propuštena mjera, već se samo konstatuje povreda koju je organ u pitanju sada dužan da ispravi. U slučaju da je zainteresovani tužilac propuštanjem pretrpio određenu štetu, ima pravo da pokrene novi postupak tužbom za naknadu štete. O ovom postupku nešto opširnije ćemo izložiti u narednim redovima.

3.1.2.4. Tužbe za naknadu štete

Nadležnost u slučaju prava na naknadu štete koje je predviđeno članovima 268. i 340. stavovi 2. i 3. UFEU ne donosi ništa novo u odnosu na ranija rješenja. Pravo na tužbu za naknadu štete odnosi se na slučaj kada institucija EU ili njen službenik u svom radu nanese štetu nekom trećem licu. To lice ima pravo na zahtjev (tužbu) za kompenzaciju štete. Podnosilac tužbe mora dokazati postojanje protivpravnog ponašanja EU i njenih organa odnosno službenika, zatim veze između djelovanja ili neaktivnosti EU i štete koja je nastupila. Pomenuti uslovi su proistekli iz prakse pravosudnih organa EU, odnosno njihovog nastojanja da definišu opće elemente odgovornosti za nastalu štetu koji su primjereni i usklađeni sa pravom EU.⁵⁷ Protivpravno ponašanje EU, odnosno njenih organa ili drugih tijela kojima su povjerena određena ovlaštenja, pa i službenika u vršenju službe, podrazumijeva kako njihovo pogrešno djelovanje, tako i propuštanje dužnog činjenja usljed čega je nastupila određena šteta za zainteresovanog subjekta tj. tužioca. Kada je riječ o službenicima EU, bitno je naglasiti da li je odnosno grijehno djelovanje neposredno vezano za vršenje službe ili ne. Ovo zbog toga jer je za štete službenika EU nastale izvan vršenja službene radnje isključivo nadležan odgovarajući nacionalni sud države članice.⁵⁸ U pogledu utvrđivanja kauzaliteta između Unije i nastale štete vrijedi istaći da se pod tim podrazumijeva da je nastala šteta direktna posljedica nezakonitog postupanja organa Unije. Kauzalna veza može biti prekinuta, i to na dva načina. Prvo, ako je sporni akt usvojio organ države članice postupajući po širokim diskrecionim ovlastima u primjeni prava EU i drugo, ukoliko je oštećeni propustio da spriječi dalju posljedicu, odnosno svojim ponašanjem je doprinio nastanku štete. U takvim slučajevima postoji mogućnost smanjenja naknade, odnosno potpunog oslobođenja EU od odgovornosti za nastalu štetu. Iz pomenutog proizilazi da je oštećeni dužan da

⁵⁷ Ustanovljenje pomenutih kumulativnih uslova najčešće se veže za obrazloženje odluke u slučaju Lutticke III, u kojem nije ustanovljena odgovornost Zajednice za naknadu štete.

⁵⁸ Knežević-Predić, V. op.cit.. str. 110.

sa svoje strane razumnim djelovanjem poduzme sve što je u mogućnosti kako bi se umanjilo eskaliranje štete, odnosno spriječilo nastupanje novih štetnih posljedica s tim u vezi. Pored spomenutog, za prihvatanje tužbe o naknadi štete potrebno je utvrditi postojanje i same štete. Utvrditi postojanje štete znači konstatovati da je šteta stvarna i izvjesna te da je njen iznos moguće odrediti. Također, ovdje je potpuno irelevantno da li je u pitanju materijalna ili pak nematerijalna šteta. U tom kontekstu, naknada štete mora biti sveobuhvatna, tj. mora obuhvatiti ne samo stvarnu, običnu štetu već i dobit koja je izgubljena zbog donošenja sporne mjere.⁵⁹ Pored toga, ukoliko se u neposrednoj budućnosti može sa sigurnošću konstatovati izvjesnim nastupanje štete, i takva šteta može biti predmetom nadoknade.

Kada je riječ o nematerijalnim vidovima štete, bez obzira što Sud ponekad uzima da je dovoljna satisfakcija poništenje sporne odluke,⁶⁰ može se presuditi o određenom iznosu naknade na ime nematerijalne štete. Sud odlučuje o tome da li postoji krivica institucija ili njenih službenika za nastalu štetu. Međutim, u pogledu šteta koju je pričinio službenik prilikom obavljanja svoje dužnosti tužba se podnosi samo protiv Unije, a ne protiv njega lično.⁶¹ Nadležnost za sporove oko naknade štete imaju opći i specijalizovani sudovi u slučaju da je štetu prouzrokovao organ EU. U slučajevima kada je šteta nastupila zbog povrede međunarodnih ugovora koje je zaključila EU, nadležnost pripada nacionalnim sudovima koji utvrđuju mjerodavno pravo primjenom normi međunarodnog privatnog prava koje su na snazi u odnosnoj državi članici.⁶² Tužbu za naknadu štete mogu podnijeti svi zainteresovani subjekti koji smatraju da im je djelovanjem organa EU i njenih službenika pričinjena određena šteta, bez obzira da li su isti sa teritorije država članica ili ne. Također, ovdje se ne traže ni dodatni uslovi za zainteresovana lica, kao što je to slučaj sa, recimo, tužbom za poništenje. Kao tužilac se može pojaviti i država članica. Analizirajući prethodni kontekst, doći ćemo do spoznaje da tužba za naknadu štete predstavlja posebno pravno sredstvo, nezavisno u odnosu na tužbe za poništaj, odnosno za propuštanje. U pogledu nadoknade štete kažemo da u konačnom smislu Sud može dosuditi samo novčanu naknadu iskazanu u nacionalnoj valuti ili pak u eurima. Međutim, u određenim slučajevima, shodno činjenicama kojima raspolaže, Sud nije u stanju da odredi

⁵⁹ Ibid. str. 112.

⁶⁰ Vidjeti: Misita, N. (2007) op.cit.str. 838.-839.

⁶¹ Schermers, H., Waelbroeck, D. (2001) *Judicial protection in the European Union*, Sixth edition, Kluwer Law International, p. 523.-526.

⁶² Knežević-Predić, V. op.cit.. str. 109.

precizan, tačan iznos naknade. U takvim slučajevima Sud tzv. međupresudom ne ističe iznos naknade, već samo utvrđuje odgovornost i obavezu naknade štete te prepušta strankama u postupku da iznos naknade štete sporazumno riješe. Ukoliko sporazumno rješenje u predviđenom roku izostane, stranke će pojedinačne prijedloge dostaviti Sudu koji će stvar konačnom presudom okončati, odnosno precizirati iznos novčane naknade za pretrpljenu štetu. Pri određivanju iznosa novčane naknade Sud će uzeti u obzir da ta naknada treba da omogući stanje koje je postojalo prije nastupanja štete.⁶³

3.1.2.5. Tužbe službenika institucija EU

Nadležnost u slučaju tužbe službenika institucija EU utvrđena je članom 270. Lisabonskog ugovora o funkcioniranju EU (ranije 236. Ugovora o EZ) i tiče se sporova između službenika u institucijama EU i datih institucija. Sud pravde EU je nadležan u svim sporovima između Unije i njenih zaposlenika u granicama i pod uvjetima predviđenim Uredbama o osoblju i dužnosnicima te Uvjetima zapošljavanja ostalih zaposlenika Unije. Od 12. decembra 2005. godine nadležnost za rješavanje radnopravnih sporova ima posebno pravosudno tijelo, Službenički sud, koji spada u domen specijalizovanih sudova o kojima govori Lisabonski ugovor. Prethodno je o ovim pitanjima odlučivao Sud prve instance, odnosno Opći sud. Međutim, u određenim slučajevima i dalje ne treba isključiti ni postupanje Općeg suda, pa čak i Suda pravde.⁶⁴ Da bi službenik mogao da pokrene postupak pred nadležnim sudom u slučaju radnopravnih pitanja, neophodno je da prethodno iscrpi sva sredstva zaštite koja mu stoje na raspolaganju unutar same institucije u kojoj je zaposlen. U tom smislu, nakon pokretanja postupka Sud može samoinicijativno provjeravati valjanost i zakonitost internog postupanja odnosnog organa Unije. Konačno, presudom Sud u korist zaposlenika može poništiti sporni akt, ali i odrediti odgovarajuću naknadu zbog pretrpljene nematerijalne štete.

3.1.3. Indirektne nadležnosti

Što se tiče indirektnih nadležnosti Suda pravde EU, tu spadaju:

- prethodno pitanje
- arbitracija, odnosno ugovorena nadležnost
- zahtjevi za davanje mišljenja

⁶³ Misita, N.op.cit. str. 838.-839.

⁶⁴ Ibid. str. 887.

Lisabonskim ugovorom su u članu 267. UFEU odredbe koje uređuju pitanje prethodnog postupka doživjele određenu izmjenu u odnosu na ranija rješenja. No, najprije da kažemo da je prema pomenutom članu 267. UFEU Sud pravde EU nadležan da donosi odluke o prethodnim pitanjima u vezi:

- a) tumačenja ovog Ugovora,
- b) valjanosti i tumačenja akata koje su donijele institucije, tijela, uredi i agencije EU.

Iz navedenih odredbi jasno je vidljivo da postoje dvije vrste prethodnih pitanja: pitanja tumačenja i pitanja valjanosti. Pitanja tumačenja su u funkciji osiguranja poštivanja i pravilne primjene prava EU unutar država članica. Drugim riječima, tumačenje Suda pravde EU omogućava razjašnjenje određene dileme u pogledu značenja odredaba prava EU, što je od neprocjenjive koristi za nacionalne sudove koji rješavaju u konkretnom predmetu. Sa druge strane, pitanja valjanosti odnose se na osiguranje poštivanja načela zakonitosti, odnosno usklađenosti normi prava EU. U tom smislu, Sud pravde u odgovoru nacionalnim sudovima daje ocjenu zakonitosti akata koje su donijele institucije, tijela, uredi i agencije EU.

Analizirajući odredbe iz člana 267. UFEU, u odnosu na prethodna rješenja, možemo zapaziti dvije izmjene koje su u međusobnoj vezi. Prvo, Sud je stekao izričitu nadležnost za kontrolu valjanosti i tumačenja akata tijela, ureda i agencija EU. Drugo, iz teksta je izbačen dio odredbe koji je u ranijem članu stajao pod paragrafom C, odnosno po kojem je Sud bio nadležan za tumačenja Statuta tijela koja su osnovana aktom Vijeća, ako to ovi Statuti predviđaju. Ovo je sasvim logičan potez jer je sa proširenjem prethodnog paragrafa pomenuta odredba postala suvišna. Također, u odnosu na prethodna rješenja, Lisabonski ugovor u pomenutom članu dodaje novi stav kojim se predviđa uvođenje hitnog prethodnog postupka kada se Sudu pravde postavi pitanje u predmetu koji traje pred sudom države članice u vezi sa osobom u pritvoru. Uvođenje hitnog postupka kao posebnog postupka po ovom pitanju je sasvim logično, obzirom da prethodni postupak pred Sudom pravde u prosjeku traje 18-20 mjeseci. Neprihvatljivo je da pojedinci čija sloboda zavisi od tumačenja prava EU čekaju toliko dugo dok Sud ne riješi prethodno pitanje.⁶⁵

Zahtjevi za odlučivanje o prethodnom pitanju vezani su za činjenicu da je Sud najviša, ali ne i jedina sudska institucija zadužena za sprovođenje prava EU. Zapravo, kod ove vrste kontrole izvršenja obaveza Sud je, obzirom da se spor ne okončava njegovom presudom, na određen način limitiran. Naime, ugovori i

⁶⁵ Čapeta, T., i dr...op.cit. str.114.

pojedinačne odluke institucija EU sadrže više odredaba koje se tiču pravnih i privatnih lica i za kontrolu sprovođenja tih odredaba nadležni su upravo domaći sudovi u državama članicama. Time oni dobijaju mogućnost razmatranja implementacije prava EU od strane domaćih administracija i postaju prva linija odbrane pravnog sistema EU. Da se u tom tumačenju ne bi javile različite interpretacije istih pravnih principa, u pojedinim slučajevima domaći sudovi mogu, a nekada i moraju, da zatraže mišljenje Suda pravde EU o tumačenju izvjesnog pravnog principa ili situacije. Tumačenje koje pruži Sud pravde EU, a koje ne prejudicira ishod spora, već samo tumači odredbe prava EU, obavezujuće je za sud koji je to mišljenje tražio, ali i za sudove svih država članica u kojima se pokreće isto pravno pitanje. Prema tome, uključivanje Suda pravde EU predstavlja samo jednu posebnu fazu u procesu koji se pokreće i završava pred nacionalnim sudom. Postupak u slučaju zahtjeva za preliminarno odlučivanje pokreće se aktom domaćeg pravosuđa kojim se Sudu pravde EU postavlja pitanje u vezi sa tumačenjem neke odredbe prava EU ili akta institucija EU. Nakon administrativnih procedura, Sud donosi presudu većinom glasova. Pomenuta presuda se zatim vraća nacionalnom sudu koji je pokrenuo prethodno pitanje i koji treba da primjeni pravo na konkretni predmet te u vezi s tim donosi presudu. Na kraju mehanizam prethodnog pitanja, koji pored toga što osigurava poštivanje prava pojedinaca, fizičkih i pravnih lica koja proizilaze iz prava EU, ima veliki značaj i za razvoj samog prava EU. Drugim riječima, ovaj mehanizam je u funkciji osiguranja uniformnosti primjene i tumačenja prava EU od strane nacionalnih sudova u svim državama članicama.

Arbitracija, odnosno ugovorena nadležnost propisana je članom 272. UFEU. Ako u ugovoru sklopljenom od strane ili u ime EU sa pravnim ili fizičkim licem stoji klauzula da Sud pravde arbitrira u sporu, onda Sud odlučuje i o tim pitanjima

Zahtjevi za davanje mišljenja odnose se na slučaj kada Evropski parlament, Vijeće ministara, Komisija ili država članica mogu tražiti mišljenje Suda o tome da li su odredbe nekog ugovora koji sklapa EU u skladu sa odredbama prava EU, odnosno Ugovora. Ovdje vrijedi posebno istaći da postojanje sporazuma nije uslov za davanje mišljenja. Drugim riječima, mišljenje se može zatražiti i u pogledu toga da li je buduće sklapanje nekog ugovora u nadležnosti Unije. Sud u konkretnom slučaju cijeni ustavnost takvog čina, odnosno stara se o jasnoj distinkciji nadležnosti Unije i država članica. Postupak sklapanja međunarodnih ugovora predviđen je članom 218. UFEU u kojem je predviđeno i davanje mišljenja Suda pravde. Mišljenja koja po ovom pitanju daje Sud su obavezujuća, što znači ukoliko se Sud izjasni negativno, institucija mora da odustane od

zaključenja ugovora, odnosno ima mogućnost da pokrene postupak revizije osnivačkog ugovora.

Na kraju, bez obzira na njihovu pojedinačnu važnost, možemo postaviti pitanje: koje od spomenutih nadležnosti su najvažnije za razvoj sistema Suda pravde EU i prava EU u cjelini? Svakako da prethodno pitanje, nadležnost u slučaju neispunjavanja obaveza i nadležnosti za poništenje, imaju posebno mjesto u datom sklopu pravnih odnosa. Ipak, bez obzira na to da li se dijele na važnije ili manje značajne, sve aktivnosti unutar Suda pravde EU dijele se na one koje su u nadležnosti Suda pravde, one o kojima odlučuje Opći sud i one kojima se bave specijalizovani sudovi. U tom kontekstu, može se reći da se pozicija Suda pravde može shvatiti kao pozicija "ustavnog suda", dok bi Opći sud više predstavljao instancu "administrativnog suda", naravno uvažavajući određene intervencije u sferi zaštite temeljnih prava, o čemu smo već prethodno govorili. U budućnosti je moguće očekivati jasniju diferencijaciju, u smislu da Opći sud dobije punu nadležnost za sve postupke, osim onih koje su vezane za funkcije ustavnog suda koje bi pripale Sudu pravde.

4. Zaključak

Konačno, možemo zaključiti da Sud pravde EU poslije Lisabonskog ugovora, bez obzira što nije doživio temeljite izmjene, predstavlja novu dimenziju institucionalnog i općeg izgrađivanja pravnog sistema EU u cjelini. Ovaj Sud proizvodi nove vrste i aspekte općih odnosa između fizičkih i pravnih lica sa jedne strane, odnosno EU sa druge, kao i na relaciji individue i države ili institucije EU. Jedna od glavnih inovacija Lisabonskog ugovora je ojačanje nadležnost Suda u području slobode, sigurnosti i pravde, kao i poštivanje temeljnih prava. Pored toga, uzimajući u obzir mjere poduzete od strane EU i država članica, s obzirom na finansijske usluge i ustanove, kao i državne potpore i jačanje politike EU o klimatskoj kontroli, čini se vjerojatnim da će Sud biti suočen sa znatnim povećanjem obima njegovog posla. Tu se postavlja pitanje da li je Sud pravde EU dovoljno opremljen da se suoči s tim izazovom. Sa druge strane, predstavljajući garanciju za pravni sistem EU, Sud pravde EU zapravo povećava povjerenje građana u pravni sistem Unije, a time i u samu EU, čineći je manje otuđenom od njenih građana te razvijajući osjećaj da svaki građanin ima jasna i jednaka prava i taj osjećaj je upravo ono što čini EU primamljivim i perspektivnim mjestom u kojem se spajaju različite tradicije, kulture, naslijeđa, ali i interesi.

Literatura

1. Alter, K., Meunier-Aitsahalia, S. (1994) *Judicial Politics in the European Community*, Comparative Political Studies.
2. Barents, R. (2010) *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, Common Market Law Review, UK.
3. Čapeta, T., Đurđević, Z., Goldner Lang, I., i dr. (2009) *Reforme Evropske unije – Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb.
4. Čavoški, A. (2009) *Pravosudni sistem Evropske unije u svetlosti Reformskog ugovora*, Strani pravni život, Publisher, Beograd, broj 1/2009.
5. Ilić - Gasmi, G. (2004) *Reforma Evropske unije-institucionalni aspekti* IGP Prometej, Beograd.
6. Ilić - Gasmi, G. (2007) *Pravo i institucije Evropske unije*, Univerzitet Singidunum – Fakultet za turistički i hotelijerski menadžment, Beograd.
7. Knežević-Predić, V. (1996) *Evropski sud pravde i oblikovanje pravnog sistema EU*, Pravni život, br. 12,
8. Knežević-Predić, V. (1998) *Praksa Suda pravde Evropskih zajednica u postupku ocene zakonitosti komunitarnih akata*, Pravni život, br.12.
9. Knežević-Predić, V. Radivojević, Z., (2009) *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, R : Srbije.
10. Knežević-Predić, V. (2010) *Institucionalni sistem Evropske unije pre i posle Lisabona*, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd,
11. Košutić, B. (2009) *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
12. Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (2006) *Procedural Law of the European Union*, Second Edition, London.
13. Misita, N. (2002) *Osnovi prava Evropske unije*, Colpi - Magistrat Sarajevo, Sarajevo.
14. Misita, N. (2007) *Osnovi prava Evropske unije*, Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Colpi - Magistrat Sarajevo, Sarajevo.
15. Mišćević T. (2010) *Ugovor iz Lisabona, Reformski sporazum ili sporazum o reformi*, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd.
16. Neill, P. (1996) *The European Court of Justice: a Case Study in Judicial Activism*, Minutes of Evidence, House of Lords Sub-Committee on the 1996 IGC, Session 1994-1995, 18th Report, HL Paper 88.

17. Radivojević, Z.,-Knežević-Predić, V. (2008) Institucije Evropske unije, Niš.
18. Schermers, H., Waelbroeck, D. (2001) Judicial protection in the European Union, Sixth edition, Kluwer Law International.
19. Stanivuković, M. (2007) Pojedinač pred Sudom Evropskih zajednica, Službeni glasnik, Beograd.
20. Timmermans, C. (2004) The European Union's Judicial System, 41 CMLR.
21. Vukadinović, R. (1991) Evropska ekonomska zajednica: institucije, Beograd.

OVERVIEW OF THE STRUCTURE AND JURISDICTION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AFTER THE LISBON TREATY

Summary

This paper provides a brief overview of the provisions concerning the EU courts in the renewed European treaties (TEU and TFEU) that resulted from the entry into force of the Treaty of Lisbon on 1 December 2009. The Lisbon Treaty introduced certain changes in the structure and jurisdiction of the Court of Justice of the EU which are being discussed in this article.

The Court of Justice has identified, through its legal practice, the commitment of governmental authorities and courts to apply in full the law of the European Union within its jurisdiction and to protect the rights vested to the citizens by this law (direct application of EU law) and not to apply conflicting provisions of the national law, whether these provisions occurred before or after defining of the provisions of the European Union (the primacy of EU law over national law). In that sense, it is very important to discuss, within the theoretical discourse, the status and achievements of the Court of Justice of the European Union.

Key words

The Court of Justice of the European Union, General Court, Specialized Courts, Lisbon Treaty, jurisdiction, election of judges, procedures.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **prof. dr. Miodrag N. Simović***

Pravo na suđenje u razumnom roku i pravo na imovinu

Povrijeđeno je apelantovo pravo na suđenje u razumnom roku iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine, te člana 6. stav 1. Evropske konvencije jer redovni sudovi u periodu od sedam godina nisu preduzimali procesne radnje u predmetu bez razumnog obrazloženja. Takođe, konačnom presudom je povrijeđeno apelantovo pravo na imovinu (pravo na povrat datih kreditnih sredstava) iz člana II./3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju jer su sudovi zanemarili i pogrešno primijenili relevantne odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima i predmetnog ugovora o kreditu.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju radi se o parničnom postupku isplate duga po osnovu kredita. Ustavni sud ne smatra da je predmetni slučaj u vezi sa činjeničnim stanjem te u vezi sa primjenom propisa posebno težak. Težina predmeta ne opravdava dužinu trajanja postupka. Dalje, Ustavni sud, na osnovu činjenica predmeta, uviđa da apelant nije skrivio niti jednom svojom radnjom da postupak tako dugo traje. S druge strane, sudovi snose u velikoj mjeri odgovornost za dužinu trajanja postupka. Naime, nakon što je apelant pokrenuo parnični postupak 22. novembra 1996. godine, predmet nije uzet u rad četiri godine i dva mjeseca. Za ovaj period neaktivnosti sudovi nisu dali obrazloženje. Nakon održana dva ročišta, sudovi nisu postupali u predmetu dvije godine zbog toga što je zadužujućem sudiji prestao mandat. Umjesto da se predmet dodijeli drugom sudiji, sudovi su čekali dvije godine da predmet bude konačno preuzet. Dalje, Ustavni sud ne vidi razumno obrazloženje za činjenicu da je na dostavljanje prvostepene presude od 10. septembra 2003. godine apelant morao da čeka do 8. marta 2004. godine, što je cijeli postupak produžilo za daljnjih šest mjeseci. Štaviše, zbog "nepravilnosti"

**predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci*

nepoznatih Ustavnom sudu, Kantonalni sud nije dobio spis sve do 28. marta 2005. godine, što je odužilo postupak još jednu godinu.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je posljedica ovih propusta prvostepenog i manjim dijelom drugostepenog suda kršenje apelantovog prava na pravično suđenje u smislu garancija iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Shodno pomenutim garancijama, *svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku, tako što se garantuje da se u razumnom roku i putem sudske odluke okonča nesigurnost u kojoj se nalazi pojedinac. To je nužno radi ostvarenja principa pravne sigurnosti kao osnovnog principa svakog modernog pravnog sistema. U konkretnom slučaju to je izostalo, budući da sudovi neopravdano nisu postupali u predmetu duže od sedam godina.*

Ocjenjujući sve navedeno, kao i kriterijume koji su navedeni u stavu 26. ove odluke, uključujući složenost predmeta, odnosno ukupnu dužinu postupka od 10 godina i četiri mjeseca, te ponašanje sudova, Ustavni sud smatra da ukupna dužina konkretnog postupka ne zadovoljava zahtjev "razumnosti" iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije te da je prekršeno pravo na "suđenje u razumnom roku", kao jedan od elemenata prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Nema sumnje da se apelantov tužbeni zahtjev, u smislu vraćanja datih kreditnih sredstava, može da okarakterise kao pravo na imovinu, zaštićenu članom II./3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Ustavni sud mora, dalje, dati odgovor na pitanje da li je došlo do "miješanja" države u pravo na apelantovu imovinu.

Ustavni sud podsjeća na svoju ustaljenu praksu, kao i praksu Evropskog suda za ljudska prava, prema kojoj član 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata tri različita pravila. Prvo pravilo, navedeno u prvom stavu, jeste opšte prirode i iskazuje princip mirnog uživanja imovine. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, obuhvata lišavanje imovine i čini ga podložnim određenim uslovima. Treće pravilo iz stava dva navedenog člana priznaje da države članice imaju pravo, između ostalog, da nadziru korišćenje imovine u skladu s javnim interesom. Ova tri pravila nisu "različita" u smislu da su nepovezana, drugo i treće pravilo odnose se na pojedine slučajeve ometanja prava na mirno uživanje imovine te ih, stoga, treba tumačiti u svjetlu opšteg principa iskazanog u prvom pravilu (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Sporrong i Lönnorth protiv Švedske*, presuda od 23. septembra 1982. godine, serija A, broj 52, stav 61.).

U konkretnom slučaju apelant je pokrenuo parnični postupak radi isplate duga po osnovu zaključenog ugovora o kreditu. Konačnom presudom je udovoljeno apelantovom tužbenom zahtjevu. Međutim, uzimajući u obzir da je sud pri obračunu konkretnog dugovanog iznosa primijenio principe monetarnog

nominalizma (konverzije i denominalizacije), apelant je, u konačnici, dobio znatno manji iznos od onog koji je zahtijevao u tužbenom zahtjevu. Na osnovu navedenog, Ustavni sud utvrđuje da se predmetni slučaj tiče "miješanja" u apelan-tovo pravo na imovinu iz stava 2. člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konven-ciju, u smislu njenog "nadziranja" po osnovu "trećeg pravila", prethodno nave-denog u Odluci. Ovakav zaključak slijedi praksu Ustavnog suda (uporedi Odluku broj AP 1109/05, tačka 40.).

Svako miješanje u pravo shodno drugom ili trećem pravilu mora biti pred-videno zakonom, mora da služi legitimnom cilju, mora da uspostavlja pravičnu ravnotežu između prava nosioca prava i javnog i opšteg interesa (princip propor-cionalnosti). Drugim riječima, opravdano miješanje ne može da se nametne samo zakonskom odredbom koja ispunjava uslove vladavine prava i služi legitimnom cilju u javnom interesu, nego mora, takođe, da održi razuman odnos proporcio-nalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji želi da se ostvari. Miješanje u pravo na imovinu ne smije ići dalje od potrebnog da bi se postigao legitiman cilj, a nosioci prava ne smiju da se podvrgavaju proizvoljnom tretmanu i od njih ne smije da se traži da snose preveliki teret u ostvarivanju legitimnog cilja. Miješanje je zakonito samo ako je zakon koji je osnov miješanja (a) dostupan građanima, (b) toliko precizan da omogućava građanima da odrede svoje postupke, (c) u skladu s principom pravne države, što znači da sloboda odlučivanja koja je zakonom data izvršnoj vlasti ne smije biti neograničena, tj. zakon mora da obezbijedi građanima adekvatnu zaštitu protiv proizvoljnog miješanja (vidi presude Evropskog suda za ljudska prava, *Sunday Times* od 26. aprila 1979, serija A broj 30, stav 49., i *Malone* od 2. avgusta 1984. godine, serija A broj 82, st. 67. i 68.).

Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je u svojoj stalnoj praksi više puta naglašavao da su principi monetarnog nominalizma koji su primjenjivani u Bosni i Hercegovini doneseni radi postizanja legitimnih socijalnih i ekonomskih ciljeva u javnom interesu i u skladu sa principom proporcionalnosti između prava na imovinu građana, s jedne strane, i javnog interesa države, s druge strane (uporedi Odluku broj AP 1109/05 od 8. jula 2006. godine, stav 48.; uporedi i CH/00/5785, *Omerhodžić*, Odluka o prihvatljivosti od 4. jula 2005. godine, tačka 13.). Slično, u predmetu broj AP 162/05 (od 12. aprila 2006. godine, tačka 14.) Ustavni sud je potvrdio da se svakom povjeriocu, u principu, garantuje inflatorna kamata jer je to uobičajeno u poslovanju. Visoka inflacija pokušava da se ublaži valorizacijom novčanog iznosa u skladu sa principom jednake vrijednosti uzajamnih davanja kod dvostranih ugovora, principom savjesnosti i poštenja, odnosno drugim principima propisanim Zakonom o obligacionim odnosima. Međutim, ako i dalje dođe do obezvjeđivanja novca, očekivanu dobit ne može da ostvari niti jedna strana ugovora (kod depozita, ni deponent ni banka) te bi obavezivanje jedne ugovorne strane da drugoj strani vrati valorizovani iznos bilo suprotno ne samo

principu jednake vrijednosti uzajamnih davanja nego i principu pravičnosti na kojima se zasniva pravilo o valorizaciji novčanih obaveza. Upravo zbog toga Ustavni sud je potvrdio pravno stanovište da se denominalizacija dinara i inflacija, u principu, ne mogu da smatraju razlogom da se pokrene parnični postupak za naknadu štete niti to krši standarde iz prava na imovinu (*AP 300/04* od 30. novembra 2004. godine, tačka 21. i dalje; *U 11/01* od 25. februara 2002. godine, tačka 23., "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" broj 20/02).

U kontekstu navedenog i drugostepeni sud je, sasvim pravilno, u svojoj presudi (str. 2.) citirao odredbe koje se tiču principa monetarnog nominalizma, a na osnovu kojih je došao do dugovanog iznosa od 0,02 KM.

Međutim, sa stanovišta građana, dakle i apelanta, postoji obaveza da se ispunjavaju preuzete ugovorne obaveze (*pacta sunt servanda*) bilo da se one sastoje od kakvih davanja ili uzdržavanja od izvjesnog djelovanja, što u konkretnom slučaju znači da se vrate kreditna sredstva prema dogovorenim uslovima, kamatama, rokovima i drugo tim prije što je, prema mišljenju sudova, nesporno da je apelant dao kreditna sredstva. To znači da ugovorna sloboda stranaka, u smislu člana 10. Zakona o obligacionim odnosima, uvijek ima prednost nad propisima koji regulišu prava i obaveze ugovornih strana, ukoliko nisu njima suprotni.

Upravo predmetni slučaj postavlja takvo pitanje. Naime, Ustavni sud uočava da se primalac kredita obavezao da će "primljenu glavnicu vratiti u dinarima po vrijednosti revalorizovanoj prema srednjem kursu ECU na dan vraćanja kredita" u jednoj rati poslije 30. marta 1993. godine sa kamatom od 8%. Za Ustavni sud ovako preuzeta ugovorna obaveza znači da je opterećena "valutnom klauzulom ECU". To, dalje, znači da se pri obračunu iznosa na dan vraćanja kredita mora da uzme u obzir zvanični kurs valute ECU naspram zvanične valute koja važi na dan vraćanja kredita. Shodno tome, apelant je bio u pravu što je tokom cijelog postupaka pred redovnim sudovima te pred Ustavnim sudom tvrdio da je predmetni ugovor sklopljen uz tzv. valutnu klauzulu ECU.

Ustavni sud napominje da se valutna klauzula unosi u ugovore kako bi se povjerilac novčane obaveze zaštitio od promjena vrijednosti novca u periodu između nastanka novčane obaveze i trenutka njena dospijanja. Njome se eliminiše valutni rizik domaće valute, ali se preuzima rizik valute koja je predmet klauzule (u konkretnom slučaju vrijednosti ECU-a). Ipak, valutna klauzula može da bude tako stipulisana da dužnik novčane obaveze duguje iznos u valuti koja je predmet klauzule (prava valutna klauzula), a može da bude samo obračunski standard (neprava valutna klauzula), što je slučaj u konkretnoj situaciji. Prema tome, razlika između navedenih dviju vrsta valutne klauzule sastoji se isključivo u tome u kojoj se valuti, formalno, dugovani iznos mora da isplati, tj. može da zahtijeva.

Valutna klauzula se primjenjuje ne samo na glavni dug već i na kamatu ugovorenu između stranaka.

Upoređujući ovaj zaključak sa osporenom konačnom presudom drugostepenog suda, jasno je da sud nije primijenio niti valutnu klauzulu niti je u iznos dospjele novčane obaveze obračunao godišnju kamatu od 8 %, kako je to ugovoreno i obavezno u skladu sa odredbom člana 277. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Ustavni sud smatra da se ovi propusti drugostepenog suda mogu da smatraju arbitrarnom primjenom relevantnog materijalnog prava.

Ipak, Ustavni sud se neće dalje upuštati u pravnu ocjenu predmeta, dopustivosti i osnovanosti samog apelantovog tužbenog zahtjeva. Ovo zbog toga što predmetni slučaj, uz poštivanje obrazloženja Ustavnog suda, zahtijeva daljnju pravnu analizu pozitivnopravnih propisa i, eventualno, utvrđivanje relevantnih činjenica za njihovu primjenu kako bi se došlo do konačne odluke u predmetu. Drugim riječima, redovni sudovi i dalje imaju dovoljno prostora za sudsko odlučivanje, bez obzira na zaključke Ustavnog suda iz ove odluke. Ustavni sud naglašava da sud mora da odgovori na mnoga pitanja koja su bitna radi razrješenja predmetnog slučaja, prije svega na pitanje uticaja ugovorene nepravde valutne klauzule te, s tim u vezi, odnosa ECU-a i evra i promjene zvaničnih valuta u Bosni i Hercegovini. Takođe, sud mora da usvoji stanovište da li je potrebno da se pribavi mišljenje sudskog vještaka finansijske struke radi razrješenja pitanja iz oblasti finansijske ekonomije.

S obzirom na supsidijarnost ustavnopravne zaštite (vidi Odluku Ustavnog suda broj *AP 994/06* od 14. jula 2008. godine, tačka 71.) i nemogućnost da djeluje kao "četvrta instanca" (vidi, Ustavni sud, Odluka broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" broj 31/03), Ustavni sud, u principu, nema tu nadležnost, a predmetni slučaj, kao što je navedeno, ne daje dovoljno osnova za meritorno odlučivanje (član 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda). Tu nadležnost imaju, prije svega, redovni sudovi. Shodno tome, Ustavni sud smatra da se njegova zaštita u predmetnom slučaju mora da ograniči na utvrđivanje arbitrarnosti odlučivanja i obrazloženja osporene presude, ne prejudicirajući konačni ishod samog postupka.

S obzirom na to da sâm postupak traje od 1996. godine te uzimajući u obzir da je Ustavni sud utvrdio povredu prava na pravično suđenje u smislu razumne dužine trajanja predmetnog postupka, Ustavni sud će vratiti predmet posljednjoj sudskoj instanci – Kantonalnom sudu u Bihaću – na novi postupak i odlučivanje, uz obavezu da se poštuje obrazloženje koje je dao Ustavni sud.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1327/06 od 15. januara 2009. godine)*

SUDSKA PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremila: **Vesna Trifunović***

Zastara zakonskih zatezних kamata na carinski dug

Zakonske zatezne kamate na carinski dug uplaćen sa zakašnjenjem, zastarijevaju u roku utvrđenom propisima koji regulišu carinski postupak, a koji su bili na snazi u vrijeme prihvatanja carinske prijave, od strane carinskog organa.

I z o b r a z l o ž e n j a :

U postupku donošenja osporenog riješena, utvrđeno je da je tužitelj, dana 22.3.2001. godine, uvezao i ocarinio robu pa su ga carinski organi, primjenom člana 195. Zakona o carinskoj politici BiH ("Službeni glasnik", broj 21/98 i 10/02), koji je bio na snazi u vrijeme prihvatanja carinske prijave od strane carinskog organa, obavijestili da je, u roku od 10 dana, dužan uplatiti carinski dug. Tužitelj je dug uplatio sa zakašnjenjem dana 7.10.2003. godine pa je rješenjem 11.11.2005. godine obavezan na plaćanje kamata.

Prigovor tužitelja u tužbi, da je zastarjelo potraživanje kamata, nije osnovan jer, od momenta nastanka carinskog duga do dana donošenja rješenja, nije proteklo pet godina. Navod tužbe, da je u konkretnom slučaju trebalo primijeniti Zakon o carinskoj politici BiH ("Službeni glasnik BiH" broj 57/04) koji umjesto pet godina za zastaru potraživanja propisuje tri godine, te je povoljniji za tužitelja, nema osnova iz razloga što je članom 64. navedenog zakona propisano da datum, koji treba da se koristi s ciljem primjene svih propisa kojima se reguliše carinski postupak za koji je roba prijavljena, je datum prihvatanja carinske prijave od strane carinskog organa.

* Sudija Suda Bosne i Hercegovine

Tuženi organ je, dakle, rok zastarjelosti utvrdio uz pravilnu primjenu materijalnog propisa jer nema zakonskog osnova za primjenu roka zastarjelosti, propisanog važećim Zakonom o carinskoj politici („Službeni glasnik BiH“ broj 57/04), s obzirom da je isti u primjeni od 1.1.2005. godine, a da je carinski dug tužitelju, kao i obaveza na osnovu kamata nastala u vrijeme važenja ranijeg zakona.

*(Presuda Suda Bosne i Hercegovine
broj U-5/08 od 26.8.2010.godine)*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **Sead Bahtijarević***

Suglasno članku IV.B.3.7.d) (III) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s amandmanima XIII i LXXII na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, dopremijer Vlade Federacije Bosne i Hercegovine, gospodin Vjekoslav Bevanda, zatražio je od Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud Federacije) mišljenje o tome da li je Odluka o imenovanju predsjedavajućeg Općinskog vijeća Gradačac, broj 01-05-362/08 od 2.12.2008. godine ("Službeni glasnik Općine Gradačac", broj 11/08) sukladna Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Amandmanu CIV na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, te kakva treba da bude nacionalna zastupljenost uposlenih u organima vlasti Općine Gradačac, imajući u vidu Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno ustavna određenja propisana u amandmanima na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, Zakonu o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine i Zakonu o namještenicima u organima državne službe u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Prilikom **davanja mišljenja** Ustavni sud Federacije je imao u vidu sljedeće:

Suglasno članku IX. 7. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s Amandmanom LI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, objavljeni rezultati popisa stanovništava iz 1991. godine na odgovarajući način će se koristiti za sva izračunavanja koja zahtijevaju demografske podatke, dok se Aneks 7. u potpunosti ne provede.

Člankom VI. 3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, a u svezi s Amandmanom CIV 1. i 5. na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, propisano je da općina ima općinsko vijeće i općinskog načelnika. Općinski načelnik i predsjedavajući općinskog vijeća u općinama ili općinskim vijećima višenacionalnog sastava ne

* sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

mogu biti iz reda istog konstitutivnog naroda, odnosno iz reda ostalih, izuzev u onim općinama u kojima jedan konstitutivni narod čini više od 80% stanovnika prema popisu stanovništva u Bosni i Hercegovini.

Na prostoru koji je obuhvatala Općina Gradačac u vrijeme popisa stanovništva 1991. godine danas postoje dvije općine, i to Pelagićevo koje se nalazi u Republici Srpskoj i Gradačac u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Poslije potpisivanja Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, 14.12.1995. godine, a sukladno članku 8. Zakona o federalnim jedinicama - kantonima ("Službene novine Federacije BiH", broj 9/96), propisano je da Općina Gradačac obuhvata područje bez naseljenih mjesta, i to: Blaževac, Krčevljani, Njivak, Orlovo Polje, Pelagićevo, Samarovac, Tolisa, Zelina Gornja i dijelove naseljenih mjesta Donja Tramošnica, Donje Ledenice, Donji Skugrić, Gornja Tramošnica, Gornje Krčane, Gornje Ledenice, Jasenica, Porebrice, Rajska, Sibovac i Turić. Ova naseljena mjesta i dijelovi ovih naseljenih mjesta pripali su području Republike Srpske, i to novoformiranoj Općini Pelagićevo, ili su pripojeni drugim okolnim općinama, i to: Šamac, Modriča i Doboј.

Temeljem dostavljenog akta Federalnog zavoda za statistiku, broj 04-32.9-36/10 od 2. 7.2010. godine, Ustavni sud Federacije je utvrdio da Općina Gradačac u sadašnjim granicama, a prema popisnim krugovima i podacima popisa stanovništva iz 1991. godine, ima sljedeću strukturu stanovništva, i to: od ukupno 41.776 stanovnika 33.838 ili 81,1% Bošnjaka, 2.369 ili 5,7% Hrvata, 3.544 ili 8,5% Srba, 1.297 ili 3,1% Jugoslovena i 728 ili 1,6 % ostalih.

Kako je Ustavni sud Federacije, na temelju podataka Federalnog zavoda za statistiku, utvrdio da Bošnjaci kao konstitutivni narod, prema popisu stanovništva iz 1991. godine, u Bosni i Hercegovini čine 81,1% stanovnika u Općini Gradačac, u sadašnjim granicama, to je Odluka o izboru predsjedavajućeg Općinskog vijeća Gradačac broj 01-05-362/8 od 2.12.2008. godine, sukladna odredbi članka VI.3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, a u svezi s Amandmanom CIV 5. na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine.

Sud napominje da se iskazani pristup isključivo primjenjuje na izbor općinskog načelnika i predsjedavajućeg općinskog vijeća u općinama ili općinskim vijećima višenacionalnog sastava u kojima jedan konstitutivni narod čini više od 80% stanovnika prema popisu stanovništva iz 1991. godine.

Člankom IX.11.a. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s Amandmanom LII na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, propisano je da će konstitutivni narodi i grupa ostalih biti proporcionalno zastupljeni u javnim institucijama u Federaciji Bosne i Hercegovine; da će se, kao ustavni princip, takva proporcionalna zastupljenost bazirati na popisu iz 1991. godine dok se Aneks 7. u

potpunosti ne provede, a sukladno sa Zakonom o državnoj službi Bosne i Hercegovine te da će se ovaj opći princip precizirati entitetskim zakonima. Nadalje, propisano je da će entitetski zakoni utvrditi konkretne rokove i regulirati pomenuti princip sukladno s regionalnom etničkom strukturom entiteta i kantona te da su javne institucije, u smislu ovog članka, ministarstva u Vladi Federacije Bosne i Hercegovine i vladama kantona, općinski organi vlasti te kantonalni i općinski sudovi. Odredbe o proporcionalnoj zastupljenosti konstitutivnih naroda i grupe ostalih, koje se zasnivaju na popisu iz 1991. godine, do potpune provedbe Aneksa 7., pored Amandmana LII na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, sadrže i Amandmani LXXV (ministarstva kantona), LXXXIV (kantonalni i općinski sudovi) i LXXXVI (općinski organi vlasti) na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine.

Prema navedenim odredbama Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Amandmana na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine nacionalna zastupljenost u organima općinske vlasti Općine Gradačac treba da odražava popis stanovništva u granicama iz 1991. godine do potpune provedbe Aneksa 7.

Ustavni sud Federacije, vezano za članak 2. stavak 2. Zakona o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 29/03, 23/04, 67/05 i 8/06) ukazuje na stav iskazan u Presudi ovoga Suda broj U-16/06 od 19.10.2006. godine, koja je objavljena u "Službenim novinama Federacije BiH", broj 77/06.

(Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine postupajući u predmetu br. U 13/10, dana 7. rujna 2010 godine donio je predmetno Mišljenje koje je objavljeno u "Službenim novinama Federacije BiH" br 63/10)

SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremila: **mr. sc. Ljiljana Filipović***

Presuda na osnovu sporazuma o priznanju krivnje

Prihvatanjem sporazuma o priznanju krivnje, iako do sporazuma o priznanju krivnje, suprotno članu 246. stav 6. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine nije došlo, nakon prethodnog upoznavanja optuženog s mogućim posljedicama vezanim za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, isključena je mogućnost oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom od strane optuženog presudom koja je donijeta na osnovu takvog sporazuma o priznanju krivnje.

"Uvidom u spise predmeta, utvrđeno je da je pobijana presuda donesena na osnovu sporazuma o priznanju krivnje, zaključenog pod brojem Kt-695/09 dana 08.07.2010. godine, između zamjenice glavnog kantonalnog tužitelja u M. i optuženog S.Š., te njegovog branitelja. Navedenim sporazumom optuženi S.Š. je priznao krivnju za krivično djelo neovlašćena proizvodnje i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 238. stav 1. KZ FBiH, koje krivično djelo mu je stavljeno na teret izmijenjenom optužnicom Kantonalnog tužiteljstva u M. broj Kt-695/09 od 08.07.2010. godine, te su se stranke sporazumjele da se optuženom za to krivično djelo izrekne kazna zatvora u trajanju od jedne godine i osam mjeseci. Sporazumom je nadalje optuženi potvrdio da je, kako se to navodi u sporazumu, izjavu o priznanju krivnje dao dobrovoljno i svjesno nakon što je upoznat sa sadržajem izmijenjene optužnice, uključujući moguće obaveze plaćanja troškova krivičnog postupka. Optuženi je takođe potvrdio da razumije da se potpisivanjem navedenog sporazuma odriče prava na suđenje i da ne može uložiti žalbu na kaznu koju će izreći sud.

* sudac Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine;

Suprotno pomenutoj odredbi člana 246. stav 6. tačka a) ZKP FBiH, sporazum nije sadržavao izjašnjenje optuženog da je, prije zaključenja sporazuma, upoznat s mogućim posljedicama vezanim za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. I pored toga što sporazum nije sadržavao takvo izjašnjenje optuženog, iako je ono navedenom zakonskom odredbom izričito propisano kao uvjet za prihvatanje sporazuma o priznanju krivnje, prvostepeni sud je prihvatio navedeni sporazum, a potom, na osnovu njega, donio pobijanu presudu.

Prihativši takav manjkavo sačinjeni sporazum o priznanju krivnje između optuženog, te njegovog branitelja i zamjenice glavnog kantonalnog tužitelja, prvostepeni sud je time isključio mogućnost oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom od strane optuženog presudom koja je donijeta na osnovu takvog sporazuma o priznanju krivnje. Pošto je prvostepeni sud pobijanom presudom ipak donio odluku o oduzimanju od optuženog imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u iznosu od 16.160,00 KM, takva je odluka, s obzirom na činjenice koje se odnose na sadržinu zaključenog, a potom od suda prihvaćenog sporazuma o priznanju krivnje, nepravilna. Pošto se radi o nepravilnosti koja se ne može otkloniti ukidanjem pobijane presude jer se osnov te nepravilnosti nalazi u manjkavo sačinjenom sporazumu o priznanju krivnje i prihvatanju tog sporazuma od strane suda, iako se sud nije prethodno uvjerio da je optuženi, prije zaključenja sporazuma, bio upoznat s mogućim posljedicama zaključenja sporazuma vezanim uz oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, ovaj sud je uvažavanjem žalbe branitelja optuženog, na osnovu člana 329. ZKP FBiH, donio presudu kojom je pobijanu presudu preinačio, tako što je odluku o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, sadržanu u prvostepenoj presudi, ukinuo."

*Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine,
broj 07 0 K 004309 10 Kž od 10.11.2010. godine*

SUDSKA PRAKSA APELACIONOG SUDA BRČKO DISTRIKTA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremili: **Damjan Kaurinović***
Admir Salihović**

Odgovornost liječnika za liječničku pogrešku je subjektivne prirode i on odgovara samo za štetne posljedice operativnog liječenja koje nastanu usljed njegovog nestručnog, nepažljivog ili nepropisnog rada, dakle, zbog postupanja koje nije bilo u skladu sa pravilima medicinske struke i nauke.

I z o b r a z l o ž e n j a :

Tuženi može odgovarati za medicinsku intervenciju izvršenu u njegovoj zdravstvenoj ustanovi samo za one posljedice intervencije koje nastanu usljed nestručnog, nepažljivog ili nepropisnog rada nadležnog liječnika, dakle, za posljedice koje se mogu pripisati u krivicu liječniku zbog postupanja koje nije bilo u skladu sa pravilima medicinske nauke. Radi se o postupanju liječnika protivno pravilima vlastite struke (*contra legem artis*) ili prenebregavanju pravila koja čini medicinski standard (liječnička greška). Prema tome, odgovornost tuženog pretpostavlja skrivljenu liječničku grešku, štetu na pacijentovom zdravlju i uzročnu vezu između greške i štete. Sve navedene pretpostavke moraju se ispuniti kumulativno, ako i jedna od tih pretpostavki izostane nema odgovornosti za štetu (odredbe o uzrokovanju štete i osnove odgovornosti za štetu propisane u Odjeljku 2. preuzetog Zakona o obligacionim odnosima, u daljem tekstu ZOO-a). Da li su se stekli ti uslovi, o tome odlučuje sud prema općim pravilima o dokazivanju (članovi 7., 236. i 239. ZPP-a), a dokazivanje liječničke greške i njene uzročne veze sa štetom na pacijentovom zdravlju, u skladu sa pravilima o odgovornosti za štetu propisanim u odredbama ZOO-a (članovi 154. i 158.) mora da dokaže tužilačka strana, jer sama činjenica da je šteta uslijedila poslije liječničke intervencije nije sama za sebe dokaz postojanja liječničke greške i njene uzročne povezanosti sa štetom.

*(Presuda Apelacionog suda Brčko distrikta BiH
broj 96 0 P 004316 11 Gž od 01.03.2011. godine)*

* Predsjednik Apelacionog suda Brčko distrikta BiH;

**Stručni saradnik Apelacionog suda Brčko distrikta BiH

DATUM POČETKA RADA PRVIH NOTARA U SAVREMENOJ BOSNI I HERCEGOVINI

notarska praksa

Đemaludin Mutapčić, dipl.iur.*

Kao što je poznato, notarska služba uvedena je u pravni sistem u savremenoj Bosni i Hercegovini, prvo u Federaciji Bosne i Hercegovine, Zakonom o notarima ("Službene novine Federacije BiH", broj 45/02). Kasnije su doneseni posebni zakoni o notarima u Republici Srpskoj i Distriktu Brčko Bosne i Hercegovine.

Navedenim federalnim zakonom nije propisan datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini.

U sudskoj praksi (na primjer, Kantonalnog suda u Zenici) postavilo se pitanje dokazivanja činjenice datuma početka njihovog rada.

Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini nije zakonska materija, ali je relevantna činjenica.

Kao dokaz činjenice datuma početka njihovog rada može poslužiti akt Federalnog ministarstva pravde, Sarajevo, broj: 01-49/07 od 08.05.2007.godine sa oznakom ŽURNO, upućen KANTONIMA 1-10 n/r ministra pravde, slijedećeg sadržaja:

"Izvješćujem Vas da su prvi notari u Federaciji BiH otpočeli rad 04.05.2007. godine, te da započeti rad nastavljaju sukladno Zakonu o notarima ("Službene novine Federacije BiH" br.45/02), a budući da je u međuvremenu utvrđena Privremena tarifa o nagradama i naknadama notara.

Imajući to u vidu, molimo da o tomu izvijestite područne sudove i druge organe i tijela u općinama i kantonu od značaja za provedbu Zakona o notarima."

Prema tome, akt federalnog ministra pravde navedenog sadržaja, bez obzira što se radi o dopisu, u sudskoj praksi može poslužiti kao javna isprava kojom se dokazuje činjenica da su prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini počeli sa radom dana 04.05.2007.godine.

Treba ukazati da od utvrđenja navedene relevantne činjenice u sudskoj praksi zavisi pitanje forme odnosno ništavosti pravnih poslova koji za svoju pravnu valjanost zahtjevaju notarsku obradu isprava.

* *Notarski ured Mutapčić, Sarajevo;*
notar@notar-mutapcic.com

UPUTE ZA AUTORE

Radovi se objavljuju na hrvatskom, bosanskom i srpskom jeziku (u latiničnom ili ćiriličnom pismu) ili engleskom jeziku.

Ukoliko rukopis zadovoljava kriterije časopisa, upućuje se na recenziju.

Svaki rukopis ocjenjuju najmanje dva nepristrana recenzenta, pri čemu identitet i afilijacija autora recenzentu nisu poznati. Nakon ocjene recenzenata i članova redakcije, rukopis se vraća autoru s obrazloženjem i zahtjevima za doradu i ispravak rada, ukoliko se to smatra potrebnim. Ispravljene rukopise autori trebaju vratiti redakciji u roku od 8 dana od primitka.

Pretpostavlja se da članci i ostali prilozi nisu i neće biti objavljeni u drugim publikacijama, osim uz posebno odobrenje redakcije kada se to jasno naznačuje u objavi.

Autori dopuštaju časopisu postavljanje njihovih radova na web stranicu časopisa.

Časopis zadržava i sva ostala prava, osim ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

Radovi koje časopis objavljuje su:

- Uvodna riječ glavnog urednika
- Izvorni znanstveni rad
- Prethodno saopćenje
- Pregledni znanstveni rad
- Stručni članak
- Sudska praksa
- Ostali radovi kao što su prikaz knjige, izvještaji o znanstvenim i stručnim skupovima i dr.
- Obavijesti o nadolazećim stručnim i znanstvenim skupovima
- Domaći autori u međunarodnim publikacijama
- Pismo uredniku

Radovi se predaju redakciji časopisa elektronskom poštom na adresu: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

Dokument treba biti načinjen u programu Microsoft Word. U njemu ne smiju postojati nikakve indikacije osobnoga identiteta autora ili institucije u kojoj bilo koji od autora radi, kako u samom radu, tako ni u karakteristikama (properties) elektroničkog dokumenta.

Radovi koji se dostavljaju redakciji moraju biti lektorirani. Lektori koje odredi redakcija vrše superviziju.

U časopisu se objavljuju znanstveni i stručni radovi koji ne prelaze dužinu od 10.000 riječi, uključujući izvore i fusnote. Svaki rad mora sadržavati sažetak od 150-200 riječi i izbor ključnih riječi na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini i na engleskom jeziku iste dužine. Ostali radovi ne mogu prelaziti dužinu od 2000 riječi.

Svaki rukopis mora biti priložen zajedno s popratnim pismom, u kojem je nužno navesti sljedeće:

- kratki opis sadržaja članka u dvije do tri rečenice, kao i sve dodatne informacije o rukopisu koje bi redakciji mogle biti od koristi;

- razloge zbog kojih autori drže da je njihov rad zanimljiv čitateljstvu časopisa (novost koju rad donosi);

- kratku biografiju autora (25-30 riječi),
- osobne podatke:
 - jedinstveni matični broj
 - adresa stanovanja i općina
 - kontakt telefon
 - naziv banke i transakcijski račun banke
 - broj žiro računa

Svaki autor će uz popratno pismo dostaviti i izjavu da rad nije prethodno objavljivan.

Prva stranica rukopisa treba sadržavati:

- Naslov
- Datum
- Broj riječi u članku
- Ime autora i profesija
- Nazivi ustanova u kojima rade
- E-mail adrese
- Kategorizaciju
- Sažetak i ključne riječi na izvornom jeziku rada
- Sažetak i ključne riječi i naslov na engleskom jeziku (summary, key words)

Sažetak rada treba sadržavati opći prikaz teme, metodologiju rada, rezultate i zaključak.

Ključne riječi sadrže pojmove koji se pojavljuju u tekstu, ali ne opće i preširoke pojmove niti preuske pojmove opisane sa puno riječi.

Tablice i grafikoni trebaju biti prezentirani u programima kao što su MS Word, sa jasno iskazanim naslovima. Sve tablice i grafikoni biti će u časopisu tiskani isključivo u crno-bijeloj boji.

Napomene u radu se navode u obliku fusnote (footnote). U pravilu su objašnjavajućeg karaktera.

U fusnoti treba navoditi samo objavljene podatke (ili staviti posebnu bilješku s objašnjenjem).

U fusnoti treba navoditi samo literaturu koja je navedena u popisu literature na kraju članka.

U fusnoti treba ujednačeno navoditi sve izvore. Poželjno je staviti broj stranice.

Molimo autore da se pridržavaju sljedećih naputaka za navođenje literature i fusnota:

Ukoliko je riječ o navođenoj knjizi:

Josipović, I. (2000) *Haaško implementacijsko kazneno pravo*. Zagreb: Informator i Hrvatski Pravni Centar.

Ukoliko je riječ o navođenom članku:

Tschudi, F. (2008) "Dealing with violent conflicts and mass victimisation: a human dignity approach", str. 46-69. U: I. Aertsen et al.: *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*. Portland. Willan Publishing.

Ukoliko je riječ o navođenom članku u časopisu:

Sijerčić-Čolić, H. (1999) "Reforma krivičnog zakonodavstva u Federaciji Bosne i Hercegovine: karakteristike federalnog procesnog krivičnog prava", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 6 – br. 1/1999, str. 251-268.

Ukoliko je riječ o navođenom članku u elektroničkom časopisu:

Lendvai, N., 2005. "Central and Eastern European Social Policy and European Accession – Time for Reflections" (online). *Financial Theory and Practice*, 29 (1), str. 1-12. Dostupno na: (<http://www.ijf.hr/eng/FTP/2005/1/lendvai.pdf>).

Ukoliko je riječ o navođenoj *Web adresi*:

World Bank, 2004. Corruption: how the World Bank Fights Corruption (online). Washington: The World Bank. Dostupno na: (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0>).

Rad treba oblikovati prema sljedećim uputama:

- dokument pohraniti u programu MS Word (*.doc format);
- stranica standardne veličine (A4);
- obični prored za cijeli rukopis
- font Arial, 12 pt;
- sve margine 2,5 cm;
- ne koristiti nikakve stilove (ne koristiti bold slova);
- ne uređivati zaglavlje (Header) niti podnožje (Footer) dokumenta;
- obavezno brojčano označiti stranice;
- slike ili fotografije prilažu se u jednom od formata: *.jpg, *.bmp, *.tiff.

Rukopisi koji nisu u skladu s navedenim uputama biti će vraćeni autorima.

Pozivamo sve autore da na adresu redakcije šalju sažetke svojih stručnih i znanstvenih radova objavljenih u međunarodnim publikacijama indeksiranim u literaturnim bazama podataka. Redakcija će objaviti sve pristigle sažetke izvornih radova domaćih autora.

Radujemo se Vašim priložima!

Redakcija

