Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I SNAGA UMNOSTI

POSVEĆENO OSNIVAČU KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA AKADEMIKU PROF. DR SLOBODANU PEROVIĆU

32

godina kopaoničke škole prirodnog prava

– Slobodan Perović

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 12 • BEOGRAD • 2019 • TOM IV

32
godina

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

UDK 34 (497.11) (05) **YU ISSN 0350–0500**

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975), dr Milan Petrović (1975–1980), Akademik prof. dr Slobodan Perović (1980–2019).

Broj 12/2019 / Godina LXVIII / Knjiga 618
1–756
Beograd

Glavni i odgovorni urednik
DOBROSAV MILOVANOVIĆ

Glavni urednik tematskog broja
JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ
Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović

Redakcija
Miodrag Orlić, Slobodan Perović †
Ratomir Slijepčević

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović †, Dragoljub Petrović,
Gordana Stanković, Miroslav Varićak

Uređivački odbor tematskog broja

Prof. dr Miroslav Đorđević, Prof. dr Đorđe Đorđević, dr Hajrija Mujović, mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Prof. dr Dragoljub Kavran, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Prof. dr Miodrag Orlić, Prof. dr Dragor Hiber, Vladimir Todorović, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Prof. dr Mirko Vasiljević, dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, dr Thomas Meyer, dr Nataša Hadžimanović, dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Vitomir Popović, dr Nataša Petrović-Tomić, Prof. dr Vladimir Čolović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Nebojša Šarkić, Prof. dr Rodoljub Etinski, Prof. dr Radovan Vukadinović, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE, Beograd, Krunska 74
Tel. 244-69-10, E-mail: upj@EUnet.rs

Korektura i lektura
Vesna Groinčević
Silvia Dražić

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2019. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 RSD, za pravna lica – 16.000 RSD, za inostranstvo – 300 eura. Pretplata se vrši na žiro-račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

Svaki rad objavljen u tematskom broju recenziran je od strane dva recenzenta. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom časopisu lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

ČETVRTA KATEDRA

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

Industrijska svojina i Autorsko pravo

DIMITRIJE P. MILIĆ

GRAĐANSKO-PRAVNA ZAŠTITA AUTORSKOG I SRODNIH PRAVA

Predmet rada je analiza građansko-pravne zaštite autorskog i srodnih prava. U tom kontekstu, u radu je učinjen sumaran osvrt na pojmove autorskog prava i inetlektualne svojine, sadržinu autorskog prava, povredu autorskog i srodnih prava i njihovu zaštitu pred sudom. U zaključnom delu rada analiziran je predlog za izmenu i dopunu Zakona o autorskom i srodnim pravima.

Ključne reči: *autorsko pravo, intelektualna svojina, građansko-pravna zaštita, zakon, postupak pred sudom*

U V O D

U savremenim uslovima autorsko pravo i predmeti srodnih prava kao delovi prava intelektualne svojine postaju sredstvo za očuvanje i podsticanje naučnog, umetničkog i kulturnog razvoja. Pojava i razvoj novih tehnologija, informatike i inovacija znatno utiču na promenu uloge i značaja autorskog i srodnih prava. Stvaraju se nove vrednosti što utiče i na uloge i značaj autorskog i srodnih prava i prava intelektualne svojine u celini. Stvaraju se nove vrednosti i proizvodi korišćenja novih znanja, kreativnosti i intelektualnog stvaralaštva.

Pojavom novih tehnologija, informatike, korišćenjem interneta, telekomunikacija, satelita, optičkih kablova i dr., stvara se mogućnost da se autorska dela i predmeti srodnih prava i pravo intelektualne svojine ekonomski iskorišćavaju

---

Dimitrije Milić, advokat u Beogradu, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije.

bez dozvole i saglasnosti. Velike su mogućnosti da se ta prava zloupotrebljavaju. Proizvodi koji su zasnovani na znanju u proizvodnji i pružanju usluga, čiji su intelektualni stvaraoci autori i nosioci srodnih prava i prava intelektualne svojine u celosti a koji su zaštićeni Ustavom i zakonima su ogromni i često prerastaju u moćnu industriju, tako da bitno utiču na privredni i ekonomski razvoj. Tu spadaju i poslovi informisanja, obrazovanja, zabave i dr. delatnosti gde se zapošljava veliki broj ljudi. Sve te delatnosti i aktivnosti potrebno je urediti zakonima i zaštititi i to efikasno i dosledno. Taj problem postaje sve veći i poprima međunarodni karakter. "Neodgovarajuća i neefikasna zaštita autorskog prava i srodnih prava dobija kvalifikaciju necarinske trgovinske barijere za uvoz i usluge, i tako se našla na udaru GATT-a".[1] SAD su sredinom 80-tih godina prošlog veka objavile da njihova privreda gubi 1/3 milijarde dolara zbog nedovoljne zaštite autorskih i srodnih prava. Postavlja se pitanje kako to izgleda danas, posle toliko godina i razvoja informatike, novih tehnologija, digitalizacije i drugog.

Na forumu najrazvijenijih zemalja u Davosu 2019. godine osnivač foruma Klaus Švab je izjavio: "Svet je na pragu četvrte industrijske revolucije pokrenute upotrebom interneta, digitalizacijom i razvojem veštačke inteligencije, moramo da pronađemo novi društveni imenitelj za sve ljude, baš kao što je nakon Drugog svetskog rata čovečanstvo moralo da nađe novu matricu suživota." [2]

Autorsko delo i predmeti srodnih prava su deo prava intelektualne svojine i oni sadrže u sebi i elemente pružanja informacija, novih znanja, podstiču sredstva za očuvanje i podsticanje naučnog, umetničkog i kulturnog stvaralaštva, kao i privrednog i ekonomskog razvoja.

"Izraz intelektualna svojina označava prava koja se odnose na: književna, umetnička i naučna dela, interpretaciju umetnika i interpretatora i izvođenje umetničkog izvođača fonograma i radio emisija; pronalaske u svim oblastima ljudske aktivnosti, naučna otkrića; industrijske uzorke i modele, fabričke, trgovačke i uslužne žigove, kao i trgovačka imena i trgovačke nazive; zaštitu od nelojalne utakmice i sva druga prava vezana za intelektualne aktivnosti u industrijskoj, naučnoj, književnoj i umetničkoj oblasti."[3] Svetska organizacija za zaštitu intelektualne svojine – WIPO "nastoji da unapređuje usvajanje mera za poboljšanje zaštite intelektualne svojine u svetu, nacionalnih zakonodavstava u toj oblasti, unapre-

[1] Slobodan M. Marković: Autorsko pravo i srodna prava, "Službeni glasnik RS" Beograd 1999, st. 38.

[2] "Politika" 23. januar 2019. godine.

[3] Čl. 2. Konvencije o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu. Konvencija je stupila na snagu 26.04.1970. godine. Konvenciju je ratifikovala i Jugoslavija ("Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi" br. 31 od 22.06.1972. godine).

đuje zaštitu i pruža pomoć i širi informacije koje se odnose na zaštitu, podstiče proučavanje te oblasti i o tome objavljuje rezultate."[4]

SADRŽINA AUTORSKOG PRAVA

Sadržinu autorskih prava čine autorska, moralna i autorska imovinska prava.

Autorska moralna prava su lična pravna ovlašćenja koja pripadaju autoru kao intelektualnom tvorcu dela iz oblasti književnosti, nauke, umetnosti i drugih oblika stvaralaštva. To su ovlašćenja vezana za ličnost autora i autorsko delo koje je stvorio. Ta ovlašćenja su apsolutna i deluju prema svima, *erga omnes*. Ona su trajna i ne mogu zastariti.

"Nezavisno od imovinskih prava autora, čak i posle ustupanja ovih prava, autor zadržava pravo na priznanje da je on tvorac dela i pravo da se protivi svakom iskorišćavanju, sakaćenju i drugoj izmeni dela ili svakoj drugoj povredi tog dela, što bi i išlo na štetu njegove časti ili njegovog ugleda."[5]

Sadržinu autorskih moralnih prava čine: pravo paterniteta, pravo na naznačenje imena, pravo objavljivanja, pravo na zaštitu integriteta dela, pravo na suprotstavljanje nedostojnom iskorišćavanju dela.[6]

Preko autorskih imovinskih prava autor stiče pravo na ekonomsko iskorišćavanje dela, kao i dela koje nastaje preradom njegovog dela. Pravo je autora dela i to njegovo isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli beleženje ili umnožavanje dela u celini ili dela, davanje primerka dela u zakup, pravo davanja računarskog programa na poslugu, pravo izvođenja, predstavljanja, pravo prenošenja, izvođenja ili predstavljanja, emitovanja, reemitovanja, pravo javnog saopštavanja, pravo na pristup primerku dela, pravo sledenja, pravo na posebnu naknadu, pravo na poslugu i druga prava predviđena zakonom.[7]

GRAĐANSKO-PRAVNA ZAŠTITA AUTORSKOG I SRODNIH PRAVA PRED SUDOM

Povreda autorskog ili srodnih prava predstavlja neovlašćeno vršenje bilo koje radnje koja je obuhvaćena isključivim pravima nosioca autorskog ili srodnih

[4] Čl. 4. Konvencije o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu.

[5] Čl. 6. BIS Bernske konvencije za zaštitu književih i umetničkih dela od 09.09.1886. god.

[6] Čl. 14–18. Zakona o autorskom i srodnim pravima ("Službeni glasnik RS" br. 104/2009, 99/11, 119/12 i 29/16).

[7] Čl. 19–40. ZASP.

prava, neplaćanje naknade propisane zakonom ili ugovorom, kao i neizvršavanje drugih obaveza prema nosiocu autorskog prava ili predmetu srodnih prava predviđenih zakonom.[8]

Nosilac autorskog prava, interpretator, proizvođač fonograma, videograma, emisije, proizvođač baze podataka i sticalac isključivih ovlašćenja na autorsko i srodna prava može tužbom tražiti zaštitu prava. Tužbom se naročito može tražiti: utvrđenje povrede prava, prestanak povrede prava, poništenje ili preinačenje predmeta kojim je izvršena povreda prava, uključujući i primerke predmeta zaštite, njihovu ambalažu, matrice, negative i slično, uništenje ili preinačenje alata i opreme uz pomoć kojih su proizvedeni predmeti kojima je izvršena povreda, ako je to neophodno za zaštitu prava i naknadu imovinske štete. Njihovo je pravo i da objave presudu o trošku tuženog.

Naknadu imovinske štete zbog povrede moralnih prava može podneti autor, odnosno interpretator. Kada se radi o građevinski realizovanom delu arhitekture, kao i razdvojenim delovima predmeta, kojima je povređeno pravo a njihova proizvodnja i njihovo stavljanje u promet nisu protivzakoniti, ne može se tražiti poništenje ili preinačenje sudskim putem, ali se može zahtevati da se tužiocu predaju ti predmeti.[9] Zakonodavac je uveo i odredbu o tzv. kaznenoj šteti kao građanskopravnu sankciju za povredu prava. Tužilac čije je imovinsko pravo povređeno namerno ili krajnjom nepažnjom može, umesto naknade imovinske štete tražiti naknadu do trostrukog iznosa uobičajne naknade. Radi se o imovinskoj šteti pa se ona presuđuje u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Sličan institut postoji i u Zakonu o patentima iz 1995. godine. Tendencija je da institut kaznene štete postane standardan i uporedno u pravu intelektualne svojine.[10] Prema Zakonu o autorskim i srodnim pravima, iako to u praksi sudova nije dovoljno zastupljeno, predviđeno je da postupak po tužbi zbog povrede autorskog i srodnih prava je hitan, što proizlazi iz odredbe člana 207. stav 2. ZASP.

Zakon preciznije predviđa šta predstavlja povredu prava i tako se proširuje krug i sam vid zaštite. Potrebu za preciznijem uređenjem zaštite uslovljava razvoj informatike i novih tehnologija, a posebno velike zloupotrebe i mogućnosti povrede prava intelektualne svojine. Kako bi se bolje shvatila povreda prava i ne-

[8] Čl. 204. ZASP.

[9] Čl. 205. ZASP. O sudskoj praksi u vezi sa navedenom odredbom, v. Dimitrije P. Milić, Komentar Zakona o autorskom i srodnim pravima sa sudskom praksom, Građevinska knjiga d.o.o. Beograd, str. 376–395.

[10] Odredba čl. 206. ZASP.

ovlašćeno iskorišćavanje prava odredba člana 208. ZASP predviđa i određene povrede i daje pojmove izraza "tehnološke mere" i "informacije o pravima".[11]

Autorsko pravo i pravo interpretatora ne mogu biti predmet prinudnog izvršenja. To mogu biti samo određena imovinska potraživanja. Nedovršena i neobjavljena dela i neobjavljeni rukopisi ne mogu biti predmet prinudnog izvršenja prema odredbi člana 209. ZASP.

Sud može da odredi privremenu meru oduzimanja ili isključivanja iz prometa predmeta kojima se vrši povreda i zabranu nastavljanja započetih radnji kojima bi se mogla izvršiti povreda. Za usvajanje zahteva nosilac prava je dužan da učini verovatnim da je njegovo autorsko delo ili srodno pravo povređeno ili će biti povređeno. Privremenu meru obezbeđenja sud može doneti u fazi pripremanja glavne rasprave i van ročišta za glavnu raspravu, što je u skladu sa odredbom člana 278. i 312. ZASP.[12] Sud je ovlašćen i da odredi meru obezbeđenja dokaza pregledom prostorija, knjiga, dokumenata, baze podataka i dr., kao i da zapleni dokumenta i predmete kojima je povreda izvršena, ispitivanje svedoka i veštaka.

Nosilac prava dužan je da učini verovatnim da je njegovo autorsko ili srodno pravo povređeno, odnosno da može doći do povrede prava ili da postoji opasnost od nastanka nenadoknadive štete, kao i da postoji opravdana bojazan da će dokazi o tome biti uništeni ili da će ih kasnije biti nemoguće pribaviti. Takvu meru sud može doneti bez prethodnog obaveštenja ili saslušanja lica od koga se dokazi prikupljaju. Licu od koga se dokazi prikupljaju sudsko rešenje o određivanju mere obezbeđenja dokaza biće uručeno u trenutku prikupljanja dokaza, a odsutnom licu čim to postane moguće.[13] Privremena mera obezbeđenja dokaza može se tražiti i pre podnošenja tužbe. Sud će doneti rešenje i odrediti rok za podnošenje tužbe koji ne može biti kraći od 30 dana. Žalba protiv rešenja o oduzimanju predmeta ili isključenju predmeta iz prometa ne odlaže izvršenje.[14]

U izvršenju povrede autorskog ili srodnih prava može učestvovati više lica. Ta lica su u mogućnosti da saznaju mnoge činjenice i okolnosti vezane za iskorišćavanje autorskog i srodnih prava ili za njihovu povredu. U krug trećih lica povezanih sa povredom autorskog ili srodnih prava mogu spadati: štampari, proizvođači, uvoznici, snabdevači, vlasnici primeraka zaštite i slično. Sud je ovlašćen da tim licima, a i drugima koja su povezana sa povredom tuđeg autorskog ili srodnog prava, da naredi da daju obaveštenja, informacije ili predaju dokumen-

[11] Čl. 208. u vezi čl. 204. ZASP.

[12] Čl. 210. ZASP.

[13] Čl. 211. ZASP.

[14] Čl. 212. ZASP.

ta u vezi sa povredom prava koja će biti od značaja za ostvarivanje i zaštitu povređenih prava.[15]

Autorsko pravo na anonimnom delu čiji autor nije poznat (anonimno delo) ili delu pod pseudonimom ostvaruje za izdato delo izdavač, a za objavljeno ali neizdato delo lice koje je delo objavilo. Ako se dokaže da navedena lica nisu stekla prava za izdavanje odnosno objavljivanje ne primenjuju se zakonske odredbe o pravu izdavanja odnosno objavljivanja. Kada se utvrdi identitet autora dela prestaju prava izdavača odnosno lica koje je delo objavilo.

Postupak po tužbi za povredu autorskih prava je hitan.[16]

Prema Evropskoj konvenciji za zaštitu književnih i umetničkih dela kod anonimnih i pseudoanonimih dela izdavač čije je ime na delu smatra se, u nedostatku drugih dokaza, kao i lice koje predstavlja autora[17], u slučaju spora za utvrđivanje izdavača, odnosno lica koje je delo objavilo, čiji identitet nije poznat, sud je dužan da obezbedi da se anonimnost autora sačuva.[18]

O PREDLOGU ZA IZMENU I DOPUNU ZASP

U vreme pisanja ovog referata, Skupštini Srbije podnet je Predlog Zakona o autorskom i srodnim pravima. Cilj predloga je uspostavljanje efikasnijeg sistema pravne zaštite autorskog i srodnih prava. Izmene i dopune odnose se na produženje trajanja zaštite imovinskih prava interpretatora i proizvođača fonograma i na jačanje građansko-pravne zaštite autorskog i srodnih prava. Postojeći zakon se usklađuje sa Direktivom broj 2011/77/EU Evropskog parlamenta i saveta od 27.09.2011. godine kojom se menja i dopunjuje Direktiva 2006/116/EU o trajanju zaštite autorskog i određenih srodnih prava.

Kada je reč o građansko-pravnoj zaštiti, izmene i dopune se odnose na usklađivanje ZASP sa Direktivom 2004/48/EU i ostalim navedenim direktivama.[19] Predlog zakona dopunjuje pojedine odredbe važećeg zakona koje se odnose na pravo emitovanja, reemitovanja, interaktivnog činjenja dela dostupnim javnostima, pravo posluge, pravo zaštite proizvođača baze podataka i ograničenje prava autora računarskih programa kako bi se domaće zakonodavstvo uskladilo sa pra-

[15] Čl. 213. ZASP.

[16] Čl. 207. stav 2. ZASP.

[17] Čl. 13. i 214. ZASP i čl. 15. Svetske konvencije za zaštitu književnih i umetničkih dela.

[18] Čl. 214. ZASP.

[19] Direktiva 2004/48/EU doneta je 29.04.2004. godine i objavljena je u knjizi Dimitrije Milić, Komentar navedenog zakona, str. 573–591.

vom Evropske zajednice. To se odnosi i na Direktive o zaštiti računarskih programa o pravu zakupa i posluge, Direktive o usklađivanju određenih pravila o autorskim i srodnim pravima koja se primenjuju na satelitsko emitovanje i kablovsko reemitovanje i druge. Sve Direktive su donete radi usklađivanja postojećeg zakona sa zakonodavstvom Evropske zajednice i nakon izvršenih analiza o usklađenosti zakona, a nakon otvaranja Poglavlja 7 – Pravo intelektualne svojine.

Predlogom izmena i dopuna Zakona koje se odnose na građansko-pravnu zaštitu autorskog i srodnih prava proširuje se krug lica koje mogu podneti tužbu zbog povrede autorskog i srodnih prava, kao i obezbeđenja a sve u interesu suprotne strane. Predlažu se izmene zakona u pogledu izricanja privremenih mera i mera obezbeđenja dokaza, kao i obezbeđenja u interesu suprotne strane. Predviđa se da privremene mere mogu biti donete i bez saslušanja dužnika, naročito kada bi takvo odlaganje moglo doneti štetne posledice za tužioca.

U skladu sa Direktivom 2004/48EU ukoliko se povreda prava vrši na komercijalnoj osnovi predlogom se predviđa da sud može odrediti privremenu meru zaplene pokretne i nepokretne imovine i meru zabrane isplate novčanih sredstava sa računa lica protiv koga se predloži privremena mera. Lice koje traži određivanje privremene mere mora učiniti verovatnim da je autorsko ili srodno pravo povređeno i da postoje okolnosti koje mogu ugroziti naknadu štete nosioca prava.

Predlog zakona predviđa da sud koji vodi postupak po tužbi zbog povrede autorskih i srodnih prava može da traži informacije o povredi autorskog prava ne samo od lica koje je izvršilo povredu već i od trećih lica koja su sa tim licem u poslovnim odnosima. Informacije o povredi prava mogu se tražiti i od lica koje poseduje robu kojom se povređuje autorsko ili srodno pravo i od lica koje pruža usluge kojima se povređuju ta prava.

Predlog izmena zakona koje se odnose na građansko-pravnu zaštitu autorskog i srodnih prava imaju za cilj što efikasniju borbu protiv svih vrsta povreda, naročito onih koje se javljaju u formi organizovanog kriminala, a radi što efikasnijeg obeštećenja lica kojima je naneta povreda prava.

Odredbe važećeg zakona koje se odnose na zaštitu autorskog i srodnih prava, član 204–214, predlogom se menjaju i to odredbe člana 205, 206, 208. i 209. i dodaju se novi članovi 210a i 210b, a menja se i odredba člana 211. i člana 212. i 213. i dodaju se novi članovi 214a i 214b.

Izmene i dopune zakona su značajne za razvoj intelektualne svojine u vreme razvoja informatike, novih tehnologija, robotike, naučnih inovacija, digitalizacije, razvoja veštačke inteligencije i drugog.

Tom razvoju potrebna je podrška i to sistemskim ulaganjem u obrazovanje počev od osnovnih škola, finansiranje u nauku i tehnički razvoj, podsticanjem razvoja softverske industrije, stvaranjem nacionalnih tehnoloških parkova, pomaganjem najboljih projekata mladih istraživača i dr. Potrebno je poći od činjenice da ekonomija zasnovana na znanju, novim tehnologijama i kreativnoj industriji i poslovanju, korišćenjem intelektualnih dobara doprinosi brzom ekonomskom i društvenom razvoju. Za postizanje tih ciljeva, pored odgovarajućih zakonskih propisa, moraju se stvarati i pravni i kadrovski uslovi za praktičnu primenu zakona, posebno u postupku pred sudom.[20]

ZAKLJUČAK

Razvoj informatike, novih tehnologija, robotike, digitalizacije, interneta, veštake inteligencije i dr., bitno doprinose ekonomskom i privrednom, naučnom i kulturnom stvaralaštvu u celini. Školovanje kadrova, naročito mladih, počev od osnovnog obrazovanja, ulaganje u znanje postaje imperativ svakog savremenog društva. Podizanje javne svesti o značaju intelektualne svojine doprineće boljem shvatanju značaja i zaštite intelektualne svojine.

Usklađivanje domaćih zakonskih propisa sa propisima i standardima Evropske unije podrazumeva stručne, specijalizovane, osposobljene kadrove i institucije koje će ih primenjivati u praksi, posebno u postupku pred sudom.

Kopaonička škola prirodnog prava ukazivala je, što je prihvaćeno, da sve sudske sporove u prvom stepenu za Republiku Srbiju sude za fizička lica Viši sud u Beogradu, a Privredni sud u Beogradu za pravna lica. Cilj takvih zakonskih izmena ogledao se u obezbeđenju bolje i efikasnije zaštite intelektualne svojine koja će se pružati preko specijalizovanih veća. Zakonom je predviđeno da su sporovi iz oblasti autorskog prava hitne prirode, ali to se u praksi ne poštuje.

Posebna veća u prvostepenim sudovima nisu formirana. Ponovo ukazujemo da je potrebno godišnjim planovima rada Višeg suda u Beogradu i Privrednog suda u Beogradu precizno odrediti edukaciju sudija za oblast zaštite intelektualne svojine. U te aktivnosti treba uključiti Zavod za intelektualnu svojinu, Pravosudnu akademiju, Privrednu komoru i određene fakultete. Time bi se stvorili zakonski kadrovski uslovi za bržu i efikasniju pravnu zaštitu.

---

[20] O navedenim pitanjima Dimitrije Milić: "Za doslednu zaštitu intelektualne svojine presudom potrebne su izmene zakona i prakse", Pravni život broj 11/2011. i od istog autora "Znanjem do preporoda", *Pravni život,* broj 11/2017.

DIMITRIJE MILIĆ
Attorney at law, Belgrade

CIVIL-LAW PROTECTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

Summary

The paper analyzes the civil-law protection of copyright and related rights. In that respect, the paper outlines the notions of copyright and intellectual property, the content and the possible breaches of copyright as well as the issues relevant for the court procedure from the perspective of the copyright protecion. The author also examines the new Serbian draft Law on copyrights and related rights.

Key words: copyright, intellectual property, civil-law protection, law, court procedure

SANJA DANKOVIĆ STEPANOVIĆ

ODNOS PRAVA INTERPRETATORA I PROIZVOĐAČA FONOGRAMA

Pravo interpretatora i pravo proizvođača fonograma međusobno stoje u odnosu direktne međuzavisnosti, koja se konstituiše trenutkom snimanja fonograma i nadalje će pravni položaj i ekonomski interes ove dve kategorije subjekata biti nužno povezani. U trenutku uspostavljanja korpusa međusobnih prava i obaveza, njihove pozicije su nužno oprečne, a težnje neretko međusobno isključujuće. U slučaju tumačenja obima i prirode interpretatorskih ovlašćenja koja su preneta na proizvođača fonograma, uz pretpostavku postupanja u korist slabije ugovorne strane, primenjuje se pravilo in dubio pro interpretatori. Jednom konstituisan, ovaj odnos se u drugoj fazi javlja kao povezan, često i objedinjen interes naspram kategorije autora, s jedne, i korisnika interpretacije zabeležene na fonogramu, s druge strane.

U domaćem pravu, izmene i dopune Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2019. godine čine opravdan i značajan pomak u domenu zaštite prava interpretatora, između ostalog i izjednačavanjem imovinskih ovlašćenja izvođača zvučno-vizuelnog ili vizuelnog dela sa onima koje uživaju interprertatori muzičkog dela zabeleženog na fonogramu, zatim rešenjem kojim se proširuje osnov za ubiranje interpretatorske, i naknade proizvođača fonograma na svaku interpretaciju koja je dostupna javnosti žičanim ili bežičnim putem na način koji omogućava pojedincu individualni pristup, kao i preciznijem i uređivanju kolektivnog ostvarivanja prava interpretatora i proizvođača fonograma.

Ključne reči: *pravo interpretatora, fonogram, bipolarni odnos, interpretatorski ugovor, interpretatorska naknada*

Prof. dr Sanja Danković Stepanović, redovni profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu i član Pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji. Rad je pripremljen u okviru projekta br. 179076 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

SLOŽENOST PRAVA INTERPRETATORA

Interpretacija jeste ljudska radnja kojom se izražajnim mogućnostima interpretatora saopštava određeni duhovni sadržaj, odnosno duhovna ljudska tvorevina koja za predmet ima audio i(li) vizuelno saopštavanje autorskog dela. Interpretacijom se čvrstom, autorskom korpusu dela daje specifična forma koja je ekspresivnog i promenljivog karaktera, ali bitno, ponekad i presudno, utiče na konačnu percepciju i dalji život dela. Konstitutivni element interpretacije nije njen umetnički karakter, niti neko drugo kvalitativno svojstvo.

Interpretacija se, radi daljeg korišćenja, beleži na snimku u vidu fonograma ili videograma. Fonogram označava zapis, odnosno fiksiranje zvuka interpretacije na nosaču, koji će omogućiti buduće i neograničeno njeno slušanje, umnožavanje i saopštavanje putem različitih uređaja. Osim interpretacije, na fonogramu može biti zabeležen i neki drugi zvuk, ili predstavljanje zvukova (u drugom obliku zapisa od zapisa kinematografskog ili drugog audiovizuelnog dela).[1] Videogram proizvodi filmski producent, kao snimak na nosaču audiovizuelnog dela ili niza pokretnih slika.[2]

Važan pomak u domenu zaštite položaja interpretatora[3] u domaćem pravu učinjen je legislativnim izmenama 2019. godine u pravcu izjednačavanja imovinskih ovlašćenja izvođača (zvučno) vizuelnog dela sa onima koje uživaju interpretatori prilikom saopštavanja muzičkog dela, koje je zabeleženo na fonogramu. Interpretatori tako ostvaruju pravo na naknadu ne samo za emitovanje i reemitovanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, već i za interpretaciju sa snimka izdatog na nosaču zvuka i slike. U pogledu prava po osnovu javnog saopštavanja interpretacije, opseg delovanja prava interpretatora je proširen u smislu da se naknada ostvaruje ne samo za interpretaciju sa snimka izdatog na nosaču zvuka i onu koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka, već i za javno saopštavanje interpretacija sa snimka izdatog na nosaču zvuka i slike.[4]

Muzičko delo daje autoru prava u vidu specifičnog vremenski ograničenog monopola.[5] Kreator muzičkog dela, odnosno njegov pravni sledbenik, uživa ek-

---

[1] Član 2, st. 1, tač. b i c WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima (Službeni list SRJ 13/02) i Čl. 124, st. 1 i 2 Zakona o autorskom i srodnim pravima (SG RS br. 104/09, 99/11, 119/12 i 29/16), dalje: ZASP.

[2] Čl. 149 ZASP.

[3] Status interpretatora ima fizičko lice koje izvodi delo (pevač, muzičar, dirigent, igrač, glumac).

[4] Čl. 117, st. 1 ZASP.

[5] Donald Passman, *The Music Business*, New York, 2003, p. 193.

skluzivna prava i imovinsko-pravna ovlašćenja koja iz njih proističu, za određeni period vremena, nakon koga ono postaje deo civilizacijske, umetničke baštine. Intelektualno dobro je zajednički predmet autorskog prava i prava interpretatora. To dalje znači da je ostvarivanje interpretatorskog prava oslonjeno, a neretko i uslovljeno nesmetanim ostvarivanjem autorskog prava. S druge strane, ostvarivanje interpretatorskog prava ne ograničava ostvarivanje prava autora. Predmet interpretacije po pravilu jeste, ali ne mora biti, zaštićeno autorsko delo, što ukazuje na karakter materijalne izvedenosti prava interpretatora iz autorskog prava, a zatim i na kvaziautorski koncept zaštite.[6]

Zajednički konstitutivni element prava interpretatora, kao jedinog u kategoriji srodnih prava, sa autorskim pravom jeste moralno ovlašćenje subjekta prava. Interpretator uživa neotuđivo, lično, dvosegmentno, moralno pravo koje je nezavisno od imovinske komponente i obuhvata ovlašćenje da zahteva da bude jasno označen kao interpretator određenog dela i da se usprotivi svakom vidu izmene svoje interpretacije za koju oceni da šteti njegovom ugledu. Interpretator ima i isključivo ovlašćenje da: njegovo ime bude jasno naznačeno prilikom svakog iskorišćavanja interpretacije, da ne dopusti stavljanje u promet snimka interpretacije koji ima tehničke nedostatke i da se suprotstavi svakom vidu korišćenja interpretacije na način koji može ugroziti njegovu reputaciju[7]. U slučaju kada delo izvodi više interpretatora, moralno pravo ne može biti ostvareno na štetu drugog.

Okolnost da pravo interpretatora podrazumeva i moralna i imovinska ovlašćenja, analogno autorskom statusu, ima značajan uticaj i na odnos interpretatora i proizvođača fonograma. U formalnom smislu, pravo interpretatora je starije u odnosu na pravo proizvođača fonograma (s obzirom da interpretacija predstavlja nužni prethodni uslov nastanku nosača zvuka), sa kojim je blisko povezano i po pravilu se objedinjeno realizuje. U supstancijalnom smislu, pravo interpretatora kao dvokomponentno (osim imovinskih, uključuje i moralna ovlašćenja) je i složenije, jer objedinjuje umetnički i komercijalni aspekt, za razliku od prava proizvođača fonograma koje je usmereno ka komercijalnom plasmanu, odnosno na efikasno obavljanje poslovne delatnosti, a ne neposredno na intelektualno stvaralaštvo.[8] Istovremeno, na strani interpretatora i proizvođača fonograma kao nosilaca srodnog prava konstituiše se prirodno savezništvo u odnosu na kategoriju subjekata autorskog prava.

---

[6] Richard Schulenberg, *Legal Aspects of the Music Industry*, New York, 2003, p. 365.

[7] Član 114 ZASP.

[8] Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000, s. 86.

INTERESNA MEĐUZAVISNOST

Proizvođač fonograma je fizičko ili pravno lice čijom inicijativom je učinjen prvi zvučni zapis interpretacije, odnosno drugih zvukova ili predstavljanja zvukova[9], odnosno lice u čijoj organizaciji i čijim sredstvima je fonogram načinjen i koje snosi odgovornost za prvo snimanje zvuka. Fonogramom se smatra svako isključivo zvučno snimanje zvukova koji potiču od nekog izvođenja ili od drugih zvukova[10].

Zaštita prava interpretatora ostvaruje se kroz ovlašćenje nosilaca prava da uskrate saglasnost za javno saopštavanje svojih izvođenja, snimanje izvođenja na materijalnu podlogu i reprodukovanje snimljenog izvođenja[11]. Interpretatori uživaju imovinska prava za svoja izvođenja, koja su snimljena na fonogram, kao i za nesnimljena (živa) izvođenja.

Osnovna isključiva imovinska prava za izvođenja koja su snimljena na fonogram obuhvataju: pravo reprodukcije, kao najznačajnije ovlašćenje interpretatora u pogledu korišćenja interpretacije u telesnom obliku, koje podrazumeva pravo davanja saglasnosti za snimanje nezabeležene interpretacije i umnožavanje interpretacija zabeleženih na fonogramima, u bilo kom obliku; pravo distribucije se odnosi na ovlašćenje interpretatora da dozvoli ili ne dozvoli stavljanje u promet originala i kopija fonograma na kojima je izvođenje zabeleženo, radi njihove dalje prodaje; pravo činjenja dostupnim zabeleženih interpretacija, odnosno stavljanja na raspolaganje javnosti, bežičnim, kablovskim ili putem Interneta svakog izvođenja zabeleženog na fonogramu, na način koji omogućava da im publika može pristupiti sa mesta i u vreme koje individualno odabere; pravo iznajmljivanja, koje se odnosi na ovlašćenje autora da se saglasi sa komercijalnim davanjem u zakup originala i kopija fonograma.[12]

Većina imovinskopravnih ovlašćenja interpretatora je isljučivog karaktera, dok se neisključiva ovlašćenja odnose na situaciju sekundarnog korišćenja interpretacije koja je snimljena na izdat fonogram. Zbog slobode prometa duhovnih dobara interpretator nema isključivo pravo na emitovanje interpretacije koja je snimljena i izdata na nosaču zvuka.[13] Neisključiva ovlašćenja interpretatora proističu iz specifičnog odnosa i preklapanja interesa i ovlašćenja interpretatora i pro-

[9] Čl. 2, st. 1, tač. d WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

[10] Čl. 3, st. 1, tač. b Međunarodne konvencije o zaštiti umetnika izvođača, proizvođača fonograma i ustanova za radio-difuziju (1961), dalje: Rimska konvencija.

[11] Čl. 7, st. 1 Rimske konvencije.

[12] Čl. 6–10 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

[13] Čl. 116, st. 2 ZASP.

izvođača fonograma, a odnose se na pravo interpretatora da potražuje naknadu za tri oblika korišćenja interpretacije koja je snimljena na izdati fonogram ili videogram i to: emitovanje interpretacije sa izdatog snimka na nosaču zvuka (i slike), javno saopštavanje interpretacije koja se emituje i javno saopštavanje sa izdatog snimka na nosaču zvuka (i slike)[14].

Za razliku od interpretatora, proizvođač fonograma raspolaže samo imovinskopravnim ovlašćenjima, koja mogu biti apsolutnog ili neisključivog karaktera. Isključiva prava proizvođača fonograma obuhvataju: pravo umnožavanja fonograma, koje podrazumeva ovlašćenje da se dozvoli ili zabrani reprodukcija fonograma; pravo distribucije, koje podrazumeva isključivo ovlašćenje za donošenje odluke o stavljanju originalnog ili umnoženih primeraka fonograma u komercijalni promet; pravo davanja u zakup primeraka fonograma, koje se odnosi na odluku o dopuštenosti komercijalnog iznajmljivanja originala i kopija fonograma; pravo činjenja fonograma dostupnim, koje sadrži ovlašćenje za javno saopštavanje, žičnim ili bežičnim putem.[15] Neisključiva ovlašćenja proizvođača fonograma obuhvataju ovlašćenje na potraživanje naknade za emitovanje fonograma, naknade za javno saopštavanje fonograma i naknade za javno saopštavanje fonograma koji se emituje.

Pravo interpretatora i pravo proizvođača fonograma međusobno stoje u odnosu direktne međuzavisnosti, koji se konstituiše trenutkom snimanja fonograma i nadalje će pravni položaj i ekonomski interes ove dve kategorije subjekata biti nužno povezani. U trenutku uspostavljanja korpusa međusobnih prava i obaveza, njihove pozicije su nužno oprečne, a težnje neretko i međusobno isključujuće. Jednom konstituisan, ovaj odnos se u drugoj fazi javlja kao povezan, često i objedinjen interes naspram kategorije autora, s jedne, a onda i korisnika interpretacije zabeležene na fonogramu, s druge strane. Stoga se kao ključna njegova odlika javlja bipolarnost odnosa, koja se ogleda u inicijalnoj suprotstavljenosti interesa prilikom zaključenja međusobnog ugovora, prevashodno u segmentu strukture imovinskih ovlašćenja, da bi zatim prerasla u nužnu kohabitaciju u pogledu naplate naknade od (re)emitovanja i javnog saopštavanja.

Polazeći od klasičnih pravnih principa ustanovljenih Bernskom[16] i Rimskom konvencijom, a idući u susret novim vidovima korišćenja interpretacija i fonograma u ambijentu brzomenjajuće informacione i digitalne stvarnosti, sa ciljem uspostavljanja pravične ravnoteže ostvarivanja prava i interesa interpretatora

[14] V. Čl. 117, st. 1 ZASP.

[15] V. Čl. 11-14 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima i Čl. 126. ZASP.

[16] Bernska konvencija o zaštiti književnih i umetničkih dela (1886).

i proizvođača fonograma, WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima pravi ozbiljan zaokret u pravcu kreiranja modela unifikovane i efikasne zaštite.[17]

U domaćem pravu, izmene i dopune Zakona o autorskom i srodnim pravima čine dalji značajan pomak 2019. godine naročito rešenjem kojim se proširuje osnov za ubiranje interpretatorske, odnosno naknade proizvođača fonograma, po kome se interpretacijom sa izdatog snimka ima smatrati "i svaka interpretacija koja je dostupna javnosti žičanim ili bežičnim putem na način koji omogućava pojedincu individualni pristup sa mesta i u vreme koje on odabere."[18]

UGOVORNA DIHOTOMIJA

Sva srodna prava su prenosiva, izuzev ličnih prava u okviru koncepta interpretatorskog prava. Osnovni način prenosa interpretatorskog prava jeste zaključenje ugovora kojim interpretator na drugo lice prenosi imovinska ovlašćenja iz interpretacije[19], koja mogu biti određena shodno kvantitativnom ili kvalitativnom kriterijumu, u obliku isključivog ili neisključivog ustupanja. Prava koja se prenose moraju biti opredeljena u predmetnom[20], vremenskom i prostornom smislu, a za interpretatorski ugovor je predviđena pisana forma *ad solemnitatem*.

Dva najznačajnija vida interpretatorskog ugovora jesu sporazum koji za predmet ima emitovanje interpretacije i sporazum koji se odnosi na snimanje i umnožavanje snimka interpretacije. Interpretatorski ugovor o emitovanju interpretacije, pored opštih bitnih elemenata, sadrži i odredbe o broju dogovorenih emitovanja interpretacije i perioda u kome se emitovanje može vršiti. Interpretatorski ugovor o snimanju i umnožavanju snimka interpretacije sadrži karakteristične odredbe koje se odnose na broj umnoženih primeraka snimka interpretacije.

---

[17] Poseban značaj Ugovor ima u domenu Internet oglašavanja i elektronske trgovine.

[18] Čl. 117, st. 2 ZASP.

[19] Sa imovinskim pravom interpretatora usko su povezana ovlašćenja autora muzičkog dela, s obzirom da uskraćivanje saglasnosti autora rezultira nemogućnošću interpretatora i proizvođača fonograma da koriste svoje pravo; v. S. Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000, s. 80.

[20] Kao bitni elementi interpretatorskog ugovora se javljaju: imena ugovornih strana, opis interpretacije, ime autora i naziv autorskog dela koje se interpretira, način korišćenja interpretacije, visina, način i rokovi isplate naknade. Fakultativni elementi su i: određenje prostornog važenja ugovora, vreme važenja ugovora, isključivost prava, uslovi snimanja interpretacije, pravo na master snimak, moralna prava interpretatora, imenovanje producenta, prava na audio-vizuelno emitovanje, odnos sa zaključenjem ugovora o ustupanju autorskih imovinskih prava, sponzorstvo, reklamiranje, viša sila, poslovna tajna i dr.

Pravni promet imovinsko-pravnih ovlašćenja interpretatora jeste konstitutivan[21]; interpretator zadržava moralna, a prenosi određeni korpus imovinskopravnih ovlašćenja, ustanovljavajući specifično pravo korišćenja predmeta zaštite koje ustupa drugom licu. Ukoliko drugačije nije ugovoreno, postoji pozitivna pravna pretpostavka da se odnosno pravo ne može preneti na treće lice bez saglasnosti interpretatora.[22] Lice kome je interpretatorskim sporazumom ustupljeno određeno imovinsko pravo ima obavezu da interpretatoru dostavlja potpune podatke o daljem korišćenju interpretacije.[23] Predmet prenosa imovinskih ovlašćenja može biti buduća interpretacija, pod uslovom da je opredeljena po vrsti i u pogledu radnji iskorišćavanja.

Ugovorni odnos između interpretatora i prozvođača fonograma pretpostavljeno jeste sporazum dve ekonomski, često i ekspertski u domenu poznavanja instrumenata zaštite srodnog prava, neravnopravne strane. Stoga, u slučaju tumačenja obima i prirode interpretatorskih ovlašćenja koja su preneta na proizvođača fonograma, uz pretpostavku postupanja u korist slabije ugovorne strane, primenjuje se pravilo *in dubio pro interpretatori*. Ovaj stav analogno je izveden iz načela *in dubio pro auctore*[24], kada se pretpostavlja da je autorskim ugovorom prenesen manji obim ili niži stepen ovlašćenja na izdavača, odnosno korisnika.[25]

Legislativnim izmenama 2019. godine u domaći sistem zaštite srodnih prava uvodi se nekoliko rešenja kojima se direktno štiti pojedinačna pozicija interpretatora spram proizvođača fonograma kao komercijalnog subjekta.

Zajednički imenilac prve grupe novina jeste okolnost da se primenjuju za fonograme izdate, odnosno objavljene pre 50 i više godina. Ugovor o prenosu ili ustupanju imovinskih prava koji je zaključen između interpretatora i proizvođača fonograma može biti raskinut nakon 50 godina ukoliko nosilac interpretatorskog prava smatra da je ostvarivanje njegovih imovinskih ovlašćenja ograničeno jer proizvođač fonograma nije u adekvatnom aranžmanu ponudio primerke fonograma, na način koji odgovara potrebama javnosti. Pravo na raskid ugovor-

[21] Imovinskopravna ovlašćenja interpretatora, analogno moralnim, čvrsto su vezana za ličnost interpretatora i koncept ličnog prava, i od njega do kraja neodvojiva, usled čega se njihov ugovorni promet može ostvariti u formi ustupanja, ali ne i potpunog prenosa.

[22] Čl. 118, st. 2 ZASP.

[23] Čl. 121 ZASP.

[24] U sumnji, u korist autora.

[25] Izdavački ugovor predstavlja sporazum kojim autor, ili koautori, ustupa izdavaču kvalitativno i kvantitativno determinisana autorska imovinska ovlašćenja, prvenstveno na štampanje i stavljanje u promet umnoženih primeraka određenog muzičkog dela; izdavač ima dvostruku ulogu - upravljanja kompozicijom i naplate naknade po osnovu različitih vidova iskorišćavanja autorskog dela.

nog odnosa predstavlja neotuđivo pravo interpretatora, konstituisano u vidu imperativne norme, koga se nije moguće odreći. Za slučaj raskida sporazuma kojim su isključiva imovinska prava na zabeleženim interprertacijama preneta, odnosno ustupljena proizvođaču fonograma, konstituisana je prethodna obaveza dostavljanja pisanog obaveštenja interpretatora o nameri raskida. Smatraće se da je ugovor raskinut ukoliko u roku od 12 meseci od prijema obaveštenja proizvođač fonograma ne preduzme potrebne radnje odgovarajućeg činjenja fonograma dostupnim javnosti.[26]

Sledeća novina odnosi se na pravo na godišnju dodatnu naknadu u korist interpretatora, kojeg se takođe ne može odreći. Po isteku 50 godina od dana izdavanja fonograma, odnosno njegovog objavljivanja, za proizvođača fonograma se konstituiše zakonska obaveza da interpretatoru plaća dodatnu godišnju naknadu[27], posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora.

Treće rešenje predviđa pravo interpretatora da zahteva izmenu odredaba ugovora kojim je na proizvođača fonograma prenet korpus isključivih imovinskih prava na zabeleženim interpertacijama i ustanovljena obaveza obročne isplate naknade – u segmentu režima njenog obračuna, tako da se više ne oduzimaju iznosi ranije plaćenog avansa ili drugi vidovi odbitaka.[28]

Druga kategorija izmena ima daleko značajniju specifičnu težinu i širi domen praktične primene, a odnosi se na neotuđivo pravo na pravičnu naknadu interpretatora u slučaju ugovornog prenosa određenih isključivih imovinskih prava na proizvođača fonograma (ili videograma). Osim ovlašćenja na naknadu usled davanja u zakup primeraka interpretacije, ustanovljavaju se kao osnovi za pravičnu naknadu i: stavljanje u promet interprertacije i interaktivno činjenje interpretacije dostupnom javnosti.[29]

KOHEZIVNA POLITIKA NAKNADE

Pravo na emitovanje, odnosno reemitovanje predstavlja osnovni oblik komercijalnog iskorišćavanja interpretacije. Emitovanjem se smatra saopštavanje autorskog dela javnosti prenosom radijskih ili televizijskih programskih signala od emitera do prijemnih uređaja putem mreže predajnika (zemaljsko emitovanje), zatim putem kablovskih distributivnih sistema (kablovsko emitovanje)

[26] Čl. 122a, st. 3 ZASP.

[27] Ovo rešenje rezultat je usklađivanja sa članom 1.2b Direktive 2011/77/EU; v. Čl. 122b, st. 2 ZASP.

[28] Čl. 122v, st. 1 ZASP

[29] Čl. 116, st. 3 ZASP.

ili preko satelitskih stanica (satelitsko emitovanje).[30] Interpretator, za razliku od autora, nema isključivo ovlašćenje na emitovanje interpretacije, s obzirom da ga gubi davanjem saglasnosti za snimanje svoje interpretacije na fonogram; ovlašćenje se zadržava samo za slučajeve emitovanja interpretacije uživo. To dalje znači da će interesi interpretatora i proizvođača fonograma biti dalje nužno objedinjeni u pogledu ostvarivanja prava na naknadu za emitovanje i reemitovanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka (i slike), konsekventno čemu i njihov nastup spram korisnika biva sinhronizovan.

Drugi segment u kome se interesi dve kategorije srodnih prava javljaju kao povezani odnosi se na neisključivo ovlašćenje potraživanja naknade za javno saopštavanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, odnosno koja se sa njega emituje, i javno saopštavanje fonograma.[31]

Značajna novina koje se od 2019. godine uvodi u domaće pravo pretpostavlja da se odnos kategorije interpretatora u domenu ostvarivanja prava na naknadu po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja ne odnosi samo na povezani interes sa kategorijom proizvođača fonograma i u tom smislu interpretacije zabeležene na nosaču zvuka, nego i na kreiranje čvrste interesne komercijalne veze interpretatora i proizvođača videograma, u smislu ustanovljavanja prava na naknadu po osnovu emitovanja i reemitovanja interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka i slike, s jedne, i javnog saopštavanja interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka i slike, odnosno koja se sa njega emituje, s druge strane.[32]

Najznačajnija imovinsko-pravna ovlašćenja interpretatora i proizvođača fonograma, odnosno nosilaca odnosnih prava, odnose se na naknadu za emitovanje i naknadu za saopštavanje javnosti[33] interpretacije zabeležene na fonogramu. Treća kategorija se odnosi na posebnu naknadu, na koju (pored autora) pravo imaju interpretatori i proizvođači fonograma, odnosno videograma, a koja se ubira po osnovu uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka ili slike,

[30] Direktiva 92/100/EEC, Čl. 28.2, st. 1; definicija emitovanja primenjuje se jednoobrazno za ostvarivanje celokupnog korpusa autorskog i srodnih prava.

[31] WIPO Ugovorom o interpretacijama i fonogramima zemlje članice su se obavezale na davanje nacionalnog tretmana, s tim da je ustanovljeno minimalno pravo interpretatora i proizvođača fonograma na pojedinačnu pravičnu naknadu za direktno ili indirektno korišćenje fonograma koji su objavljeni u komercijalne svrhe, kao i za emitovanje, odnosno svaki drugi vid javnog saopštavanja interpretacije.

[32] Čl. 117, st. 1 ZASP.

[33] Saopštavanje javnosti podrazumeva prenos za javnost bilo kojim sredstvom drugačijim od emitovanja zvukova interpretacije ili zvukova ili predstave zvukova koji su zabeleženi na fonogramu (Čl. 2, tač. g WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima), pri čemu emitovanje predstavlja bežični prenos zvukova, ili prenos slika i zvukova ili njihove predstave u cilju prijema od strane javnosti (Čl. 2, tač. f Ugovora).

za koje se može osnovano pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje dela za nekomercijalne potrebe fizičkih lica[34]. Pravo na naknadu od emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije, odnosno fonograma (ili videograma) predstavlja zagarantovano pravo koga se nijedna kategorija nosilaca srodnog prava ne može odreći, a u operativnom smislu se može ostvariti samo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava.

Naknadu za emitovanje i javno saopštavanje po odvojenim pravnim osnovama ostvaruju i interpretatori i proizvođači fonograma, a model njene raspodele treba da bude koncipiran u skladu sa načelom pravičnosti. Međusobni pravni odnos u pogledu prava na naknadu može biti uređen na različite načine, polazeći od zajedničkog, neisključivog ovlašćenja na pojedinačnu pravičnu naknadu za direktno ili indirektno korišćenje fonograma, koji su izdati u komercijalne svrhe za emitovanje ili bilo koji drugi vid javnog saopštavanja.[35] Interpretatori i proizvođači fonograma u pogledu prava na naknadu za (re)emitovanje i javno saopštavanje javljaju se kao poverioci u odnosu na korisnike interpretacije snimljene na fonogram i u tom smislu potraživanje naknada predstavlja jedinstveni korpus njihovih imovinskih ovlašćenja. S druge strane, postoje tri grupe posebnih naknada koje se naplaćuju od korisnika: jedinstvena naknada za emitovanje fonograma i na njima zabeleženih interpretacija, jedinstvena naknada za reemitovanje fonograma i na njima zabeleženih interpretacija i jedinstvena naknada za javno saopštavanje fonograma i na njima zabeleženih interprertacija, odnosno interpretacija koji se emituju.[36]

Potraživanje prema korisnicima organizacije za kolektivno ostvarivanje prava mogu realizovati na tri načina: odvojeno, ili to može učiniti jedna od ove dve kategorije subjekata, s tim da se tada konstituiše obaveza da drugom poveriocu prenese, po odbitku opravdanih troškova, polovinu naplaćene jedinstvene naknade ili naplatu može vršiti treće lice, čiji rad kontrolišu obe organizacije. Modalitet naplate je uslovljen postizanjem sporazuma o naplati i raspodeli jedinstvene naknade koji zaključuju organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma. Ukoliko on ne bude zaključen, nadležni organ za poslove zaštite intelektualne svojine[37] određuje koja će organizacija obavljati poslove naplate određene kategorije jedinstvene naknade. Bitna novina u domaćem pravu od 2019. godine jeste da u slučaju nepostojanja sporazuma, naplatu po različitim osnovama vrše obe organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, što predstavlja

[34] Čl. 171b i 39, st. 1 i 2 ZASP

[35] Čl. 15, st. 1 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

[36] Čl. 127, st. 4 ZASP.

[37] Pravo žalbe u roku od 15 dana upućuje se Vladi RS.

značajan pomak u pracu pravične i uravnotežene raspodele nadležnosti u domenu naplate jedinstvene naknade, za čiju efikasnost su podjednako zainteresovane obe kategorije nosilaca prava.

Organizacija naplatu jedinstvene naknade vrši u svoje ime i za račun obe kategorije nosilaca prava. Organizacija koja vrši naplatu je obavezna da najmanje na kvartalnom nivou, po odbitku opravdanih troškova, polovinu preostalog iznosa prenese drugoj organizaciji, nakon čega tek može izvršiti raspodelu sredstava po osnovu naknade svojim članovima i nosiocima prava. Postojanje zajedničkog tela dve organizacije koje bi obavljalo poslove kontrole naplate i raspodele naknade, kao i nadzor nad primenom ugovora o poslovnoj saradnji, legislativnim izmenama iz 2019. više se ne predviđa kao obavezno.[38] Kao bitni elementi ugovora o naplati i raspodeli jedinstvene tarife javljaju se: utvrđivanje troškova naplate svake od kategorija jedinstvene naknade, dinamika isplate udela u naknadi drugoj organizaciji i mere kontrole sprovođenja ugovora.

U domaćem zakonodavstvu se po prvi put direktno uređuju situacije pokretanja stečajnog postupka ili likvidacije organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, prvenstveno sa aspekta zaštite imovinskih interesa interpretatora i proizvođača fonograma. Naplatu sva tri vida jedinstvene naknade u tom, kao u i slučaju oduzimanja dozvole za obavljanje delatnosti, obavljaće druga organizacija, deponujući sredstva po osnovu udela u naknadi druge kategorije nosilaca prava, koja će bez odlaganja biti preneta matičnoj organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava po uspostavljanju normalnog obavljanja delatnosti.[39]

Osim prema korisnicima, interpretatori i proizvođači fonograma imaju značajno polje interesnog preklapanja i spram kategorije autora. Ostvarivanje srodnih prava, kao izvedene kategorije, ne može uticati na potpuno i nesmetano ostvarivanje autorskog prava. Pravo izvođenja predstavlja isključivo pravo autora, kao i pravo da drugome dozvoli ili zabrani emitovanje autorskog dela. Naknade po oba osnova naplaćuje organizacija za kolektivno ostvarivanje prava autora.

ZAKLJUČAK

Zaštita prava interpretatora u domaćem legislativnom ambijentu izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima 2019. godine značajno je i

[38] V. Čl. 164, st. 3–6 prethodne verzije Zakona o autorskom i srodnim pravima, važeće do stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima (SG RS br. 66/19).

[39] Neisplaćeni udeo predstavlja imovinu druge organizacije i ne može biti predmet prinudnog izvršenja po osnovu zahteva trećih lica prema organizaciji koja je naplatu izvršila; vid. Čl. 127, st. 16 ZASP.

mnogostruko unapređena – u domenu širenja polja zaštite, sa ekstenzivnim pojmovnim utemeljenjem interpretacije sa izdatog snimka, produženjem perioda zaštite prava, jačanjem pravnog položaja interpretatora u odnosu sa proizvođačem fonograma – u slučajevima kada je prošlo 50 godina od zakonitog izdavanja, odnosno objavljivanja fonograma i u pogledu proširenja osnova za ubiranje pravične naknade, vraćanjem autonomije u domenu naplate naknade po osnovu (re) emitovanja i javnog saopštavanja naspram ostvarivanja autorskog prava, uravnoteženjem nadležnosti organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma, jačanja položaja nosioca prava spram organizacije koja ih kolektivno ostvaruje (viši stepen finansijske transparentnosti rada, prvenstveno u pogledu obaveze obaveštavanja javnosti o bitnim aspektima poslovanja i modaliteta raspodele, kao i tarifne politike, zaštita imovinskih prava u slučaju stečaja, likvidacije ili gubitka dozvole za rad organizacije i dr.), kao i u oblasti sudske zaštite srodnih i autorskog prava.

Najznačajnija promena u pogledu subjekata zaštite ostvaruje se proširenjem polja prava interpretatora kroz ustanovljavanje ovlašćenja potraživanja naknade ne samo za (re)emitovanje i javno saopštavanje vezano za nosač zvuka, nego i nosač zvuka i slike. Na ovaj način, nova i značajna kategorija interpretatora – glumci, dobija imovinska ovlašćenja koja su ranije bila zagarantovana nosiocima muzičkih prava. Ovo rešenje nije neposredno rezultat usklađivanja sa pravom Evropske unije, već opredeljenja da se prihvati model koji na ravnopravan i pravičan način štiti interese različitih kategorija interpretatora.

Najvažniju promenu u pogledu objekta zaštite predstavlja proširenje pojma interpretacije sa izdatog snimka na slučaj kada je interprertacija dostupna javnosti žičanim ili bežičnim putem na način koji omogućava individualni pristup sa mesta i u vreme koje pojedinac izabere.

Trajanje prava interpretatora koji su svoje interpretacije zabeležili na fonogram, kao i proizvođača fonograma, produžava se sa 50 na 70 godina od dana prvog zakonitog izdavanja ili objavljivanja fonograma (uzima se raniji datum)[40]. Prava proizvođača videograma ili emisije imaju nepromenjen period od 50 godina trajanja.

U segmentu individualnog ostvarivanja prava interpretatora u kontekstu odnosa prema proizvođaču fonograma, uvodi se više rešenja koja jačaju njegovu poziciju, koja, međutim, s obzirom na okolnost da se odnose na slučajeve kada je

[40] Ovo rešenje iz člana 147 ZASP je rezultat usklađivanja sa Direktivom 2011/77/EU, Čl. 1, st. 2a. Po prethodno važećem rešenju, imovinsko pravo interpretatora trajalo je 50 godina od dana nastanka interpretacije, a ako je interpretacija zakonito objavljena ili izdata, onda je rok tekao od tog dana.

prošlo 50 godina od dana zakonitog izdavanja, odnosno objavljivanja fonograma, nemaju veliki stvarni značaj.[41] Supstancijalno daleko značajnija jeste izmena kojom se ustanovljava pravo na pravičnu naknadu interprertatora, koga se ne moće odreći, u slučaju ugovornog prenosa isključivih ovlašćenja na proizvođača fonograma – ne samo za davanje u zakup primeraka snimka interpretacije, već i za njihovo stavljanje u promet i interaktivno činjenje dostupnim javnosti.

Kada je reč o vidovima zaštite, srodna prava, kao i autorsko, mogu biti zaštićena individualno i kolektivno; mogućnost uvođenja modela ostvarivanja prava posredstvom nezavisnog subjekta za upravljanje autorskim ili srodnim pravima nije iskorišćena u domećem pravu.

Prava u domenu naplate jedinstvene naknade po osnovu (re)emitovanja i javnog saopštavanja moguće je realizovati isključivo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, što je rezumljivo rešenje prvenstveno uzimajući u obzir prirodu naknade i disperzovanost korisnika. Modeli naplate mogu biti različiti, a dva prethodna pitanja javljaju se kao ključna: da li model pravične naknade koji opredeljuje zakonodavac može biti osnovno rešenje, ili samo supsidijarna norma u odnosu na pravo nosioca prava da u pregovorima sa korisnikom opredeli optimalnu visinu naknade i drugo, da li interes korisnika da dobije objedinjeni nalog za uplatu opravdava imperativnu odredbu da se naknada zajednički iskazuje za nosioce autorskog, interpretatorskog i prava proizvođača fonograma.

Javni interes više nije okvir za rešenje po kome se autorska naknada i objedinjena naknada interpretatora i proizvođača fonograma za javno saopštavanje ubiraju od korisnika jedinstveno, da bi onda prikupljen iznos bio raspodeljen u proporciji: polovina u korist autorskih prava, a po četvrtina na ime prava interpretatora i proizvođača fonograma.[42] Ovakvo rešenje ocenjeno je kao suprotno Direktivi 2006/115/EU, čl. 8, st.2, koja predviđa model plaćanja jedinstvene naknade za javno saopštavanje interprertacija i fonograma, ali ne i u pogledu autorske naknade, konsekvento čemu se ona ima tretirati i naplaćivati kao samostalna. Dalje, ranije rešenje nije u skladu ni sa Direktivom 2001/29/EU, čl. 3, st.1, koja utvrđivanje visine autorske naknade kvalifikuje kao isključivo autorsko pravo, koje se najpre može ostvariti kroz pregovore sa korisnikom, pa u ovoj pravnoj situaciji nema osnova da slobodna volja autora bude supstituisana imperativnom normom o pravičnoj naknadi. Shodno Bernskoj konvenciji, koncept pravične naknade predstavlja supsidijarno rešenje u odnosu na sporazum autora i korisnika.

Sa aspekta nosilaca prava interpretatora i proizvođača fonograma, prethodno važeće rešenje je bilo ograničavajuće i nepravično, jer je organizaciji za kolek-

[41] Dopunjeni Čl. 122a,b,v ZASP rezultat je usklađivanja sa Direktivom 2011/77/EU, Čl. 1, st. 2v.

[42] Čl. 156 izmenjen je brisanjem st. 5 i 6.

tivno ostvarivanje prava autora davalo isključivo ovlašćenje da ubira naknadu po osnovu javnog saopštavanja i za nosioce odnosnih srodnih prava. Time je onemogućen njihov direktan odnos sa korisnicima, kojim bi na optimalan način bili zaštićeni imovinski interesi interpretatora i proizvođača fonograma. Iako izvedena iz autorskog, srodna prava predstavljaju samostalan korpus prava čija zaštita mora biti isključivo ovlašćenje njegovih nosilaca, podjednako na individualnom i kolektivnom nivou i nezavisno, spram korisnika, od autorskog prava.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava autora ipak zadržava ovlašćenje da vrši naplatu posebne naknade za sve kategorije nosilaca prava, s tim da po odbitku troškova po 30 posto vrednosti prenese interpretatorima, odnosno proizvođačaima fonograma i videograma.[43] Tako je zakonski monopol organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog prava zadržan u pogledu naplate posebne naknade, ali je ukinut u domenu naknade od javnog saopštavanja.

Dalje, pozitivan legislativni iskorak u domenu zaštite efektivne konkurencije učinjen je u pogledu kolektivnog ostvarivanja srodnih prava, odnosno odnosa organizacija – rešenjem da ukoliko sporazumom ne bude drugačije utvrđeno, različite vidove naknade na bazi (re)emitovanja i javnog saopštavanja od korisnika naplaćuju oba udruženja: interpretatora i proizvođača fonograma. Na ovaj način postignuta je uravnotežena podela nadležnosti u pogledu ostvarivanja najznačajnijeg imovinskog interesa nosilaca prava. Dodatno, uvodi se rešenje po kome organizacije mogu opredeliti da jedinstvenu naknadu po svim osnovama naplaćuje treći subjekt, čije poslovanje zajednički kontrolišu.[44]

Poseban značaj ima pomak u pravcu zaštite posebnih i pojedinačnih interesa nosilaca prava spram poslovanja organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Bitan pomak učinjen je u pogledu transparentnosti finansijskog poslovanja organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, prvenstveno u domenu raspodele i detaljnijeg izveštaja o poslovanju koji mora da sadrži sve bitne činjenice o radu organizacije u prethodnoj godini i predmet je revizije[45]. U slučaju postupka stečaja, likvidacije ili oduzimanja dozvole za obavljanje delatnosti, ubiranje naknade obavljaće druga organizacija, deponujući sredstva po osnovu udela u naknadi njihovih nosilaca prava i prenosa matičnoj organizaciji čim iznova otpočne da obavlja delatnost.[46]

Kada je reč o troškovima rada organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, oni se smatraju opravdanim ukoliko su razumni i nastali u interesu nosilaca

[43] Čl. 178, st. 7 i 8 ZASP.

[44] Čl. 127, st. 7 ZASP.

[45] Vid. Čl. 184 i 190 ZASP.

[46] Čl. 127, st. 9 ZASP.

prava, o čemu odluku donosi skupština organizacije. Ono što se sa aspekta interesa nosilaca prava javlja kao umanjenje nivoa pravne sigurnosti jeste izmenjeno rešenje[47] po kome više nema propisane gornje vrednosti iznosa troškova naplate jedinstvene naknade.

Prava interpretatora i proizvođača fonograma prirodno su i nužno povezana. U prvoj etapi, kada ugovorom uređuju međusobna prava i obaveze u pogledu interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, reč je o individualnom odnosu i izraženoj suprotstavljenosti interesa. U drugoj fazi, njihov odnos je koncentrisan na ostvarivanje najvažnijeg imovinskog ovlašćenja po osnovu interpretatorske, odnosno naknade proizvođača fonograma, kao i posebne naknade, i biva izmešten u domen kolektivnog ostvarivanja prava. Inicijalno suprotstavljeni, njihovi odnosi (p)ostaju komplementarni i čine jedinstveni interesni korpus nasuprot kategoriji korisnika, a neretko i autora. Legislativnim izmenama u domaćem pravu 2019. godine učinjen je korak napred u pravcu preciznijeg uređenja odnosa dve kategorije nosilaca srodnih prava, ali i u smislu funkcionalnog razgraničenja prema teritoriji autorskog prava, s jedne, i jačanja sistema zaštite u slučaju nepoštovanja obaveza korisnika interpretacija sa izdatog snimka, s druge strane.

SANJA DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, LLD.,
Full Professor, Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade

RELATION BETWEEN PERFORMERS' AND FONOGRAM PRODUCERS' RIGHTS

Summary

The performer and producer of phonogram rights between themselves are directly mutually connected in their relation of mutual interdipendence, which is constituted at a very time of recording a phonogram and furthermore their legal possition and economical interest of these two categories of subjects will be necessarily mutually interlinked. At a time of very constitution of assemblance of mutual rights and obligations, their possitions are necessarily in opposition and their intentions are really mutually fastidious. In a case of volume and a sort of performer authorisations, which are handed over to phonogram producer, with assumption of acting in an interes of more inferior party, the right in dubio pro interpretatory is applied. Once constituted, this realation in the second place is shown as interlinked, frequently unified interest in contrast of autor category, in one hand and a user of interpetation recorded on a phonogram, on the other hand.

[47] Prethodnim st. 7 čl. 127 Zakona o autorskom i srodnim pravima bila je predviđena gornja troškovna granica u visini od 10% vrednosti naplaćene jedinstvene naknade.

In domestic legal system ammendments and additions of the Law on author rights and similar rights, from the year 2019 make a jastified and a significant progress in interpreters' rights protection, among others through equalisation of a propriatory interpretators' authorisations of sound-visual or visual creation with those which interpeters of musical composition recorded on a phonogram enjoy themself, furthermore through resolution by which it is widen basis for compensation collection, as well as phonogram producers' compensation for every interpretation available to public by vire, and/or wireless means in a way which makes it possible to a single person an individual approach, as well, as through more precise, both obligations definitation of collective realisation of performers' rights and phonogram producers' ones.

Key words: performers' rights, phonogram, biopolar realtion, performer's contract, performer's compensation

ŽAKLINA SPALEVIĆ,
VLADIMIR DŽAMIĆ

INTELEKTUALNA SVOJINA U SAJBER PROSTORU

Razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija i interneta u mnogim aspektima ljudskog života i rada doveo je do velikih promena. Slobodno se može reći da se trenutno više od 90% informacija nalazi u digitalnom formatu. Ovako kreiran sajber prostor trenutno je postao najveći resurs informacija na svetu. Pored javno dostupnih informacija, veliki procenat različitih informacija koje se mogu pronaći u okviru sajber prostora su informacije zaštićene autorskim pravom. Izuzetno prisutan problem prilikom korišćenja informacija dostupnih u sajber prostoru jeste i zaštita intelektualne svojine. Veliki broj korisnika svesno ili nesvesno zanemaruje činjenicu da su dela kojima pristupaju zaštićena autorskim pravom, i da se ne mogu slobodno koristiti. Internet domeni takođe predstavljaju jednu od kategorija intelektualne svojine. Sudska praksa pokazuje veliki broj slučajeva zloupotrebe internet domena. U radu je dat pregled principa autorskog prava i intelektualne svojine kao i primena ovih principa na audio-vizuelna dela i internet domene.

Ključne reči: *autorska dela, intelektualna svojina, audio-vizuelna dela, javno vlasništvo, autorska prava u sajber prostoru.*

U V O D

Intelektualna svojina može se posmatrati kao vlasništvo na dobrima nematerijalnog karaktera. Veoma često pomenuta dobra su i proizvod kreativnosti

Dr Žaklina Spalević, vanredni profesor, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta Sinergija, Bijeljina.

Dr Vladimir Džamić, redovni profesor Univerziteta Singidunum u Beogradu i državni sekretar Ministarstva zaštite državne sredine u Vladi Republike Srbije

i inovativnosti osobe kojoj dobro pripada. Bez obzira o kojoj kategoriji intelektualne svojine se radi mogu se izdvojiti različiti principi zaštite. Prvi od principa zaštite naziva se *razotkrivanje suštine*. Ovaj princip definiše da autor mora predstaviti srž konkretnog vlasništva svetu kako bi mu samo vlasništvo moglo biti priznato. Ovo praktično znači da autor kreirano intelektualno delo, s jedne strane, mora prikazati svetu, dok s druge strane, za isto delo mora dokazati da je zaista njegovo i da niko pre njega nije svetu prikazao isto ili u velikoj meri slično delo. Drugi princip zaštite naziva se *teritorijalni princip*. Ovaj princip definiše da se intelektualna svojina može štititi ili na nacionalnom ili na regionalnom nivou. Ovo praktično znači da država ili regija u kojoj je autor podneo zahtev za zaštitu dela sprovodi proces zaštite prava intelektualne svojine. Za svaki predmet proglašen intelektualnom svojinom definiše se vremensko ograničenje trajanja zaštite što predstavlja treći princip zaštite.[1]

Autorskim pravom se štite ljudske tvorevine, koje imaju duhovni sadržaj, koje su originalne i izražene u određenoj formi. Autorsko delo može biti originalna intelektualna tvorevina koja može pripadati književnom, naučnom ili umetničkom području. Da bi se delo svrstalo u autorsko, mora imati individualni karakter. Ako se posmatra domen intelektualnih tvorevina iz književnog područja, ovde bi se mogli svrstati romani, pesme, pripovetke i dramska dela. Pod tvorevinama iz domena naučnog područja mogu se posmatrati pronalasci, patenti, računarski programi i baze podataka. U tvorevine umetničkog područja mogu se svrstati filmovi, muzička dela, koreografska dela, dela likovne umetnosti, dela athitekture, primenjenih vrednosti, skice, fotografije... Prema *Zakonu o autorskim i srodnim pravima Republike Srbije* autorsko delo predstavlja duhovnu tvorevinu originalnog karaktera. Ovo praktično znači da bez obzira na umetničku, naučnu ili drugu vrednost samog dela, kao i njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja delo mora ispoštovati određenu formu. Sama forma dela odnosi se i na dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.[2]

NOSIOCI AUTORSKIH I SRODNIH PRAVA

Uopšteno govoreći stvaraoci dela koja su zaštićena autorskim pravom, njihovi naslednici i pravni sledbenci nazivaju se nosiocima autorskog prava. Sva svoja prava definisana Zakonom nosioci mogu ostvariti na dva načina: individual-

[1] Žaklina Spalević, Miloš Ilić, Petar Spalević, "Upotreba dela intelektualne svojine u sajber prostoru", *Zbornik radova sa Međunarodne naučne konferencije Sinteza 2018*, Univerzitet Singidunum, Beograd, 2018, str. 50–57.

[2] Zakon o autorskim i srodnim pravima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012 I 29/2016 – odluka Ustavnog suda Srbije.

no ili kolektivno. Individualno ostvarivanje prava praktično znači da je konkretna osoba stvorila originalnu intelektualnu tvorevinu. Ukoliko je više autora radilo na stvaranju dela, pri čemu je delo kao takvo nedeljiva celina, svakom od autora pripada zajedničko autorsko pravo nad stvorenim delom. Ovako kreirano delo naziva se koautorsko delo. S druge strane, ukoliko je delo moguće podeliti na pojedinačne delove na kojima su autori aktivno radili, a nakon toga radi njihovog zajedničkog korišćenja spojili sve delove u zajednički rad, u tom slučaju svaki pojedinačni učesnik ima autorsko pravo na svom autorskom delu.

Nosioci autorskog, odnosno srodnih prava posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava mogu da ostvaruju imovinska prava i prava na potraživanje naknade. Autori mogu da potražuju naknadu za ona svoja dobra koja su zaštićena autorskim pravom. Zakonom je definisano da, ukoliko autor ostvaruje samo imovinska prava, to praktično znači da će on ugovorom morati na isključiv način da ustupi sva svoja prava organizaciji. Nakon ustupanja prava, organizacija u ime autora obavlja poslove zaključivanja ugovora sa korisnicima predmetnih dela o neisključivom ustupanju tih prava.[3] Ovako definisani nosioci poseduju određena prava i privilegije koja se odnose na konkretno autorsko delo. Prava i privilegije omogućavaju nosiocu da zabrani ili odobri reprodukovanje u svim oblicima, uključujući štampanje i zvučne zapise. Takođe, nosilac ovim pravima može odobriti javno izvođenje i saopštavanje dela. U slučaju zahteva za prevođenjem dela na druge strane jezike, kao i zahteva za eventualnom adaptacijom, na nosiocu autorskog prava je da li će ili neće iste odobriti.

JAVNO VLASNIŠTVO INTELEKTUALNE SVOJINE

Javno vlasništvo intelektualne svojine (javni domen) predstavlja inovacije, znanje i kreacije nad kojima fizička ili pravna lica ne mogu ili ne žele da imaju i održavaju vlasničke interese. Dela i inovacije svrstana u ovu kategoriju predstavljaju svojevrsno nasleđe čovečanstva. Ovo praktično znači da se ovakva dela mogu koristiti bez ikakve mogućnosti kršenja autorskih prava. Zaštita intelektualne svojine a samim tim i autorskog prava je po svojoj prirodi privremena.

Prema Bernskoj konvenciji iz 1886. godine javnom vlasništvu pripadaju dela kojima je prestala autorsko-pravna zaštita. Ovo praktično znači da intelektualna dela i kreacije nakon prestanka prava intelektualne svojine prelaze u javno vlasništvo intelektualne svojine. Karakteristično za dela u javnom vlasništvu je da ne

[3] *Autorska i srodna prava*, Privredna komora Srbije, http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/c_privprav/Detaljnije.aspx?veza=13054, 23.05.2019.

mogu biti prisvojena u privatne svrhe i da su dostupna svakome za slobodno kopiranje i korišćenje.[4]

Novo delo koje može nastati menjanjem, unapređenjem i/ili inkorporacijom dela iz javnog vlasništva ne mora obavezno predstavljati javnu svojinu. Novonastalo delo može sadržati delove koji se mogu zaštititi autorskim pravom, tačnije može biti vlasništvo autora koji ga je kreirao. U tom slučaju, ukoliko autor koji je kreirao novo delo na bazi dela iz javnog vlasništva nije jasno naglasio da delo stavlja u javno vlasništvo, korisnici takvog dela se trebaju odnositi prema delu kao da nad njim ili nad nekim njegovim delom postoje zadržana autorska prava. Neki od načina prelaska dela iz domena zaštićenog autorskim pravima u domen javnog vlasništva su:

– *Izostanak pravne zaštite:* U ovu grupu mogu se ubrojiti različita dela, kako ona dela koja su nastala pre donošenja *Zakona o posebnim ovlašćenjima radi efikasne zaštite prava intelektualne svojine*, tako i dela za koja je nemoguće utvrditi ko je autor, kao i dela na koja se ne može primeniti pomenuti Zakon.

– *Prestanak pravne zaštite istekom roka:* Sva dela koja podležu zaštiti autorskim pravom u zavisnosti od nivoa primenjene zaštite imaju definisan vremenski rok važenja zaštite. Nakon isteka tog roka dela prelaze u javno vlasništvo. Na primer, vremenski rok važenja patenata je 20 godina.[5] Jednom kada patent istekne, javnosti ne samo da je dopušteno, već se i ohrabruje da koristi pronalazak koji pripada javnom domenu.

– *Odricanje od pravne zaštite:* Stavljanjem dela u javni domen autor se odriče prava koja je imao nad tim delom. Ovakvo odricanje s obzirom da je dobrovoljno i neopozivo ne može se kasnije opozvati, pa samim tim autor ne može povratiti prava koja je imao nad konkretnim delom. Zakoni pojedinih zemalja regulišu ovu oblast po pitanju dela koja se mogu proglasiti javnim vlasništvom. Primera radi u SAD je zakonom definisano da se sva dela kreirana od strane Vlade tretiraju kao javno vlasništvo.

U skladu sa Bernskom konvencijom određena dela se mogu podrazumevano klasifikovati u javno vlasništvo. Član 2. stav 4 ove Konvencije definiše da se zvanični tekstovi zakonodavne, administrativne i pravne prirode, kao i zvanični prevodi ovakvih tekstova ne mogu zaštiti autorskim pravom. Pored ovakvih dokumenata članom 2. stav 8 Bernske konvencije definisano je da u domen javnog vlasništa obavezno spadaju i dnevne vesti i informacije. Veliki broj zemalja

[4] Miodrag Marković, "Opšti uvod u pravo intelektualne svojine", *Seminar IS i privreda u Republici Srbiji*, 2007.

[5] Dragan Prlja, Mario Reljanović. Zvonimir Ivanović, *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.

prati Konvenciju onako kako je definisana u cilju ograničavanja zaštite autorskim pravom, dok pojedine zemlje vrše i dopunu svojim nacionalnim zakonima. U zemljama poput Alžira, NR Kine, Francuske, Italije, Republike Koreje, pod javnim vlasništvom se smatraju u najmanju ruku zakoni i podzakonski akti, kao i sudske odluke. Pojedine države u nekim slučajevima vrše proširenje domena podrazumevanog javnog vlasništva na dela proizvedena ili subvencionisana od strane države ili drugih javnih ustanova. U grupu ovakvih država ubrajaju se Brazil, Malezija, SAD…

Primera radi, Nemačka odobrava i slobodu korišćenja i izmene takvih dokumenata. Sudska praksa ponekad isključuje dela koja imaju normativnu vrednost, kao što su bankovne novčanice, zvanični ispiti za određene profesije, kao i mišljenja data od strane nekog sudije.[6] Da postoje i države koje ne primenjuju principe ove Konvencije, svedoče i primeri država koje priznaju *Crown Copyright*, kao što su Velika Britanija i Australija. Zemlje koje praktikuju ovakvu zaštitu sklanjaju službena dela iz javnog domena i daju im zaštitu autorskim pravom, dok je nosilac zaštite država (u slučaju Australije) ili kraljica (u slučaju Velike Britanije).[7]

Ako posmatramo dnevne vesti kao jedan od oblika javnog vlasništva, Kina, Kostarika, Italija, Koreja bile bi neke od zemalja koje ovo pravilo eksplicitno pružaju. S druge strane, postoje i zemlje u kojima se ovo pravilo primenjuje u skladu sa sudskom praksom zbog nedostatka originalnosti. Postoje i primeri da države nacionalnim zakonima određene kategorije dela prebacuju iz autorskim pravom zaštićene kategorije u domen javnog vlasništva. Članom 11 Zakona o autorskim pravima (*Copyright Act*) Čile je definisao da dela koja su dobijena eksproprijacijom od strane države postaju javno vlasništvo. Ovakva praksa uvedena je početkom 70-tih godina kada je vlada socijalista na ovakav način održavala duh vremena kada su eksproprijacije za javni interes bile politička strategija. Članom 66 Zakona o autorskim pravima Kostarike, kao i članom 45 istog Zakona Brazila definisano je da dela zaštićena autorskim pravom postaju javno vlasništvo nakon smrti nosioca autorskog prava ukoliko nosilac prava nema zakonske naslednike.

Uvođenje javnog vlasništva veoma je značajno. Gotovo se može reći da je uvođenje javnog vlasništva podjednako značajno kao i postojanje autorskih prava. Razlozi za uvođenje javnog vlasništva različiti su i kreću se od domena obrazovnog karaktera preko demokratskog i ekonomskog, pa sve do uspostavljanja slobodne konkurencije. Uloga javnog vlasništva ogleda se u stvaranju pozitivne atmosfere slobodnog stvaralaštva, kulturološke različitosti, inovativnosti pojedi-

[6] Ž. Spalević, M. Ilić, P. Spalević, "Upotreba dela intelektualne svojine u sajber prostoru", str. 50–57.

[7] Severine. Dussolier, "Scoping study on copyright and related rights and the public domain", *World Intellectual Property Organisation Publication*, 2010.

naca i grupe, kao i u razvoju nauke i kulture. Posebno je značajan uticaj javnog domena u kulturi i nauci. U ovim oblastima javni domen se ogleda u stvaranju kulturnih i naučnih dobara koja će biti dostupna svima. Na ovakav način uvođenjem javnog domena dela su zaštićena od privatizacije i prisvajanja. Još bitnija osobina javnog vlasništva jeste uspostavljanje balansa između svima dostupnih dela i isključivosti koju nosi intelektualna svojina.

AUDIO-VIZUELNA DELA U SAJBER PROSTORU

Generalnu definiciju audio-vizuelnog dela je teško dati s obzirom da danas nacionalni zakoni imaju zadatak da definišu audio-vizuelno delo. Prema Bernskoj konvenciji audio-vizuelna ili kinematografska dela svrstana su u opšti oblik zaštite autorskih prava. S obzirom na same karakteristike ovakvih dela autorska prava moraju obuhvatiti neke izuzetke. Što se tiče nosilaca autorskog prava oni se određuju na osnovu pravnih odredbi zemlje u kojoj je delo nastalo. Prema Zakonu o autorskim i srodnim pravima audio-vizuelna dela mogu se podeliti na kinematografska i televizijska dela. Ukoliko ovakvu podelu primenimo na audio-vizuelne zapise koji se mogu naći u digitalnom formatu, kinematografska dela postaju filmska dela koja se dalje mogu uže podeliti na spektar dokumentarnih, igranih i animiranih filmova, kao i autorskih televizijskih emisija. Ukoliko se struktura filma kao audio-vizuelnog dela posmatra malo detaljnije, može se uočiti da se film kao takav može razdvojiti na veći broj dela od kojih svako može biti zaštićeno autorskim pravom. Na prvom mestu izdvaja se scenario koji predstavlja pisano autorsko delo, a zatim i muzička komponenta kao posebno autorsko delo audio karaktera. Na ovakav način, čak se i slika može izdvojiti kao zaseban element. Da su ove karakteristike filma sagledane od strane nacionalnih zakona svedoči i Zakon o autorskim pravima Republike Srbije. Članom 11 ovog Zakona definisano je da se pisac scenarija, režiser i direktor fotografije smatraju autorima filma. Ukoliko je muzika u filmu komponovana isključivo za potrebe filma, onda se i kompozitor može smatrati koautorom filma. U slučaju animiranog ili crtanog filma, glavni animator se takođe može smatrati koautorom ovog dela. Autorima pomenutih dela članom 33 propisano je isključivo pravo da zabrane ili odobre korišćenje ili javno saopštavanje svog dela uz pomoć uređaja za reprodukovanje istih.

Kada je u pitanju distribucija ili umnožavanje filmskog dela prema Zakonu, jedini koji je ovlašćen da odobri umnožavanje i distribuciju filmskog dela je filmski producent. Iako su nosači ovakvih dela zaštićeni, uvek se pronalazi način da se zaštita zaobiđe, a delo kopira i dalje distribuira. Većina zemalja svojim zakonima definisala je prekršajne i krivične sankcije za svakog ko vrši neautorizovano uklanjanje zaštite sa nosača audio-vizuelnog dela, njegovo kopiranje i distribuciju.

Televizijski i radio programi kao drugi vid audio-vizuelnih dela različito se definišu prema Bernskoj konvenciji u odnosu na Zakon o autorskim i srodnim pravima. Bernska konvencija ih kao takve ne raspoznaje, već ih katogoriše u dela izražena postupkom sličnim kinematografiji. S druge strane, Zakon o autorskim i srodnim pravima ovakva dela eksplicitno spominje kao televizijska dela. Bitna činjenica je da se i u jednom i u drugom slučaju televizijski i radio programi svrstavaju u kategoriju dobara zaštićenih autorskim pravom. Članom 29. Zakona o autorskim i srodnim pravima, radijski i televizijski program se mogu posmatrati kao načini izražavanja nekog drugog autorskog dela. U isto vreme, data je mogućnost da se radijske emisije posmatraju i kao zasebna autorska dela. Da bi se one posmatrale kao zasebna autorska dela, one moraju ispunjavati određene kriterijume. Jedan od kriterijuma je i originalnost. Zakonom je predviđeno i pravo proizvođača ovakve emisije. S tim u vezi data su i prava reemitovanja emisija, presnimavanja, umnožavanja itd. Ovo je jedan od osnovnih načina korišćenja koji u isto vreme ostavlja mogućnost za potencijalne zloupotrebe, tj. neovlašćeno emitovanje ovakvih emisija u sajber prostoru. Konstantna upotreba internet radio-stanica i njihova sve veća popularnost zbog mogućnosti emitovanja širom sveta bez ograničenja broja emitera brojem slobodnih frekvencija dovodi do činjenice da je u ovom domenu jako bitan i pojam proizvođača ovih emisija. O popularnosti *online* radio stanica svedoči i podatak da je 2012. godine broj slušalaca *online* radio stanica na mesečnom nivou u SAD iznosio 26 miliona, dok je broj slušaoca u 2016. bio 57 miliona[8]. Merenja za 2017. pokazuju da je broj slušalaca na mesečnom nivou 65.85 miliona, dok je prosečno nedeljno vreme slušanja 14 sati i 39 minuta. Predviđanja su da će u 2019. godini 55,8% ukupne SAD populacije i 68,4% ukupnog broja SAD internet korisnika postati korisnici internet radio-stanica[9].

AUTORSKA PRAVA I INTERNET DOMENI

Način dodeljivanja internet domena menjao se sa povećanjem broja korisnika i registrovanih domena. Karakteristično za nazive internet domena je i to da dva ista naziva ne mogu postojati, jer bi njihovo postojanje zbunjivalo kako korisnike prilikom pretrage interneta tako i DNS (*Domain Name System*) sistem koji je zadužen za njihovo preslikavanje u jedinstvene IP (*Internet Protocol*) adrese. U praksi, način dodeljivanja naziva internet domena stavio je u suprotnost au-

[8] Number of digital radio listeners in the U.S. from 2012 to 2016, https://www.statista.com/statistics/191657/us-weekly-internet-radio-listeners-since-2009/, 25.04.2019.

[9] U.S. Online Radio – Statistics & Facts, https://www.statista.com/topics/1348/online-radio/, 25.04.2019.

torska prava i prava korisnika koji je već dobio na korišćenje određeni internet domen. Određeni period vremena primenjivalo se pravilo dodeljivanja naziva internet domena prema vremenu podnošenja zahteva. Ovo praktično znači da se između dva lica koja su podnela zahtev za istim nazivom internet domena, naziv internet domena dodeljuje licu koje je zahtev podnelo ranije. Problem je u tome da li je moguće nazive internet domena dodeljivati ravnopravno ili je ipak potrebno uvesti ograničenja? Ova ograničenja bi trebala da dodele veće privilegije kompanijama i institucijama. Primera radi, ukoliko bi korisnik interneta registrovao internet domen *www.nokia.com*, svaki od korisnika koji želi da pregleda novu ponudu telefona poznate kompanije nailazio bi kako na zvaničnu adresu kompanije tako i na adresu fizičkog lica pod istim imenom.

Poseban problem javlja se kada fizičko lice ili kompanija zakupe internet domen kako bi vršili promociju sebe ili određene delatnosti kojom se bave. U praksi se dešava da pojedinci ili kompanije zakupljuju domen koji je jako sličan sa nazivom domena za koji bi velika kompanija mogla biti zainteresovana. U najvećem broju slučajeva pojedinci ili kompanije koje su ranije zakupile domen mogu se posmatrati kao autsajderi nepoznati tržištu. Jedan od primera namernog zakupljivanja ovakvog domena jeste primer novinara američkog lista *Wired*. Ovaj novinar je 1994. godine u cilju istraživanja zakupio internet domen pod nazivom www.mcdonalds.com. U sporu između kompanije *Mc Donalds* i novinara koji je pokrenut tužbom *Mc Donalds*-a, novinar je pobedio. Na ovako originalan način, novinar je svetskoj javnosti ukazao na mogućnost zauzimanja internet domena velikih kompanija.

Nesporna je činjenica da je sudska praksa bila samo uvertira i najava donošenju budućih pravila, kojima se kasnije reguliše ovo pitanje. Tako, na primer, sudska praksa SAD-a dala je značajan doprinos kasnijem donošenju Zakona o zaštiti potrošača od *Cybersquatting*-a. Na regulisanje pravne zaštite zaštićenih znakova od pojave *Cybersquatting*-a i na donošena konkretna pravila, značajan uticaj imala je i bogata sudska praksa Velike Britanije[10].

Jedan od prvih sporova između pojedinaca i velikih kompanija oko naziva internet domena vodila je kompanija *Nisan*. Ukratko, čovek sa prezimenom *Nissan* registrovao je internet domene pod nazivom www.nissan.com i www.nissan.net, kako bi vršio prezentaciju svoje firme *Nissan Computers*. Ova firma bavila se prodajom računara. Tužba protiv ovog čoveka pokrenuta je od strane automobilskog giganta *Nisan* automobili, tražeći u istoj oduzimanje domena. Sama tužba pokrenuta je nakon niza neuspelih pregovora kako o ustupljivanju ovih domena

[10] A Short History of Cybersquatting Law, http://domain-name-lawyer.blogspot.com/2013/04/a-short-history-of-cybersquatting-law.html. 20.03.2018.

tako i o njihovom otkupu. Tokom sudskog spora, kompanija *Nissan* je u jednom trenutku tražila odštetu od 10 miliona dolara na račun štete prouzrokovane korišćenjem domena sa njihovim imenom. Kompanija *Nissan* je ovaj spor izgubila i to u više navrata i na više instanci[11]. Pitanje koje se tokom svih ovih godina postavlja jeste da li registrovane firme na osnovu registracije ili žiga imaju preče pravo na određeni internet domen. Pored različitih rešenja može se doći do zaključka da nazivi internet domena ne spadaju u domen autorskih prava, pa se samim tim ni preče pravo zakupa ne može dobiti pozivanjem na autorsko ili pravo intelektualne svojine.[12]

Na zakonskim regulativama koje bi regulisale ovu oblast radilo se paralelno na nacionalnom nivou i na nivou međunarodnih institucija i radnih tela. Posebno je akcenat stavljen na pravne akte koji uređuju odnos naziva internet domena i imena žigova. Ovo je posebno važno u odsustvu međunarodnih pravnih normi koje bi se primenjivale na rešavanje sukoba koji nastaju povodom registracije imena internet domena. Akcenat na međunarodne pravne norme stavljen je imajući u vidu da nacionalni sudovi u slučaju ovakvih sporova primenjuju pravo intelektualne svojine, što dovodi do davanja prednosti nad internet domenom nosiocima prava intelektualne svojine u odnosu na obične korisnike. Isto tako kao logična implikacija zbog nedostataka konkretnih zakonskih rešenja nacionalnih zakonodavstva kojima su regulisani internet domeni imena, s jedne strane, i intenzivnije međunarodne trgovine roba i usluga s druge strane, kao neminovna posledica nameće se potreba donošenja pravnih akata kojima se ovo pitanje reguliše u širokim okvirima. Još jedan od razloga za donošenje pravnih alata koji bi se primenjivali na međunarodnom nivou jeste i činjenica da internet kao takav ne prepoznaje nacionalne granice.

Tako, Evropska komisija 2002. godine je usvojila Regulativu EZ 733/2002 za implementaciju internet domena ***.eu***, koji egzistira zajedno sa ostalim nacionalnim domenima zemalja članica Unije. Usvajanje ove regulative imalo je za cilj ne samo implementaciju ***.eu*** domena već i osnivanja Registra i opšteg okvira politike za njegovu funkcionalnost. Zatim sledi usvajanje Regulative EZ 874/2004 za utvrđivanje pravila u vezi sa implementacijom, funkcija *.eu Top Level Domain*-a i principa za registraciju. Ova pravila uključuju alternativno rešavanje sporova, koji se sprovode od strane *EURid Registry*. U tom smislu je i usvajanje Regulative

[11] Nissan vs Nissan, Nissan Motor Sued Nissan Computer For Trademark Infringement, Trademark Dilution And Cyber-Squatting, http://www.digest.com/Big_Story.php, 20.05.2018.

[12] Smith Graham, *Interent Law and Regulation*. 4th ed,Sweet & Maxwell, London, 2002.

EZ 1654/2005[13], Regulative EZ1255/2007[14] i Regulative EZ 560/2009[15] za izmenu i dopunu Regulative EZ 874/2004. Imajući u vidu uspostavljanje novog alternativnog mehanizma rešavanja sporova u vezi sa internet domenima imena, od važnosti je spomenuti donošenje i usvajanje Jedinstvene politike za rešavanje sporova o internet domenu imena (eng. *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP Policy*) i Propisa za rešavanje sporova o internet domenu imena (eng. *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP Rules*). Isto tako, od važnosti primene *UDRP* postupka su i dopunska pravila koja usvaja svaki od akreditovanih provajdera nadležan za sprovođenje administrativnog postupka za rešavanje sporova u vezi sa internet domenom imena. Naime, opšta pravila *UDRP* postupka, kao i dopunska pravila, daju značajni doprinos u cilju harmonizacije na globalnom nivou, koja su u vezi sa rešavanjem sporova o internet domenima imena[16]. U praksi, problem nastaje kad privredni subjekt ne može da koristi svoj žig ili naziv svoje firme kao internet adresu, jer je neko drugi već registrovao adresu takve sadržine, pa od vlasnika žiga ili naziva firme traži otkup internet domena.

Pravni problemi se mogu rešavati na dva načina: vansudski, putem arbitražnog postupka ispred međunarodnih ovlašćenih provajdera za rešavanje sporova u saglasnosti pravila *UDRP* postupka ili putem sudskog spora pred nacionalnim sudovima primenom nacionalnog prava. Prednost vansudskog rešavanja sporova ogleda se i kroz činjenicu teritorijalne udaljenosti subjekata spora. Dakle, u pitanju je racionalniji postupak od sudskog postupka koji za stranke spora, pre svega štedi novac i vreme. Mogućnost alternativnog, odnosno vansudskog rešavanja sporova o internet domenima imena, uvodi se od strane Internet korporacije za dodeljivanje imena i brojeva (*ICANN*) u 1999. godini, kao i donošenjem jedinstvene politike o rešavanju ove vrste sporova (*UDRP Policy*). Konkretnije, reč je o upravnom postupku za rešavanje sporova u vezi sa imenima internet dome-

[13] Commision Regulation (EC) No 1654/2005 of 10 October 2005 amending Regulation (EC) No 874/2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the .eu Top Level Domain and the principles governing registration (Official Journal of the European Union L 266/35)

[14] Commision Regulation (EC) No 1255/2007 of 25 October 2007 amending Commission Regulation (EC) No 874/2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the .eu Top Level Domain and the principles governing registration (Official Journal of the European Union L 282/16)

[15] Commision Regulation (EC) No 560/2009 of 26 June 2009, amending Regulation (EC) No 874/2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the .eu Top Level Domain and the principles governing registration (Official Journal of the European Union L 166/03).

[16] Ljubiša Stefanoski, "Upravni postupak registracije internet domen imena i pravna zaštita" (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2015.

na. Prednosti koje nudi mehanizam vansudskog rešavanja sporova u vezi sa imenima internet domena i primena pravila *UDRP* postupka, jeste pribegavanje rešavanju sporova od strane vansudskih organa. To se potvrđuje i činjenicom da još odmah nakon osnivanja *ICANN*-a, *Network Solutions Inc*, do tada jedini odgovoran za registraciju generičkih najviših internet domena imena, uvedena je klauzula kojom se obavezuju svi aktuelni nosioci imena domena da prihvate izmenjene propise kojima se reguliše registracija imena domena.[17] Neizbežan ograničujući faktor primene vansudskog rešavanja sporova je i činjenica da, prema pravilima *UDRP* postupka, nije predviđeno tražiti naknadu štete. Ovo podrazumeva da Administrativna komisija saglasno propisanim pravilima po kojima postupa i donosi svoje odluke, nema ovlašćenja da u korist oštećene strane u sporu, donese odluku o nadoknadi štete, uključujući i advokatske troškove.

Sudski postupak rešavanja sporova je daleko skuplji i sporiji u odnosu na vansudsko rešavanje sporova o internet domen imenima. Međutim, sudski postupak ima svoje prednosti. Najpre, radi se o širem dijapazonu primene sudskog postupka na niz otvorenih pitanja u vezi sa nastalim sporovima povodom registracije internet domen imena, što nije slučaj kod vansudskog rešavanja sporova. Razlog je u tome što su ograničenja postupanja vansudskih organa isključivo samo na povrede žiga i nesavesno registrovanje internet domen imena.

Reč je o postupanju sudskih organa u tzv. *mala fides* sporovima, i u takozvanim *bona fides* sporovima, konkretnije i u sporovima koji nastaju između kompanija koje imaju isti naziv ili koriste isti žig u različitim sektorima i na različitim tržištima, a na to imaju sasvim legitimno pravo.[18] Prednost sudskog postupka je u tome što se tužiocu omogućuje da dobije odštetu na osnovu prethodnog utvrđenja visine štete zbog zlonamerne registracije.

Bona fides dolazi iz latinskog jezika i označava: u dobroj veri, istinito, iskreno, bez namere da se obmane. Osnova takozvanih *bona fides* sporova, proizlazi iz sudara prava intelektualne svojine i internet prava. Ključni razlozi pojave *bona fides* sporova su nespojivost dva fundamentalna principa teritorijalnost i specijalnost žigovnog prava, sa globalnim karakterom internet domen imena i njihovom jedinstvenošću. *Bona fides* sporovi mogu se podeliti na dve kategorije:

– Sporovi između kompanija koje su aktivne u raznim sektorima i na raznim tržištima,

– Sporovi koji obuhvataju različite pravne kategorije.

---

[17] Torsten Bettinger, *Domain Name Law and Practice – An International Handbook*, Oxford University Press, London, 2005.

[18] Diane Rowland, Elizabeth MacDonald, *Information Technology Law*, 3rd ed, Cavendish Publishing Limited, London, 2005.

Bona Fides sporovi su kategorija sporova koji nastaju između kompanija koje imaju isti naziv ili koriste isti žig u različitim sektorima i na različitim tržištima. Primer iz prakse je spor *Prince plc* protiv *Prince Sportswear Group Inc*. Kompanija *Prince Sportswear Group*, nosilac žiga "*Prince*", 1997. godine, pokušala je da registruje ime internet domena prince.com, ali je došlo do saznanja da je to ime domena već registrovano u 1995. godini, od strane engleskog preduzeća *Prince plc*, koje se bavi nuđenjem kompjuterskih usluga. Sud je na osnovu utvrđenih činjenica da u konkretnom slučaju nema povrede prava na žig i razvodnjavanje žiga kao što je tvrdio, doneo odluku u korist kompanije, nosioca spornog imena internet domena[19].

U praksi postoje i slučajevi kada spor može nastati i između kompanija koje se bave istom ili sličnom delatnošću, a da pritom kompanije deluju na različitim geografskim područjima. Takav je slučaj *SG 2* protiv *Brokat informations systeme GmbH*. Reč je o sporu između francuske kompanije *SG 2* koja u svojstvu nosioca registrovanog žiga "payline" iz 1996. godine, nudi usluge internet plaćanja, s jedne strane, i nemačke kompanije *Brokat informations systeme GmbH*, registrovane u Štutgartu, u svojstvu nosioca registrovanog nemačkog žiga "payline" koji koristi sistem "*Brokat-pauline*" kao poddomen "brokat.de/pauline" u okviru svog domena *brokat.de* i pri tom nudi iste usluge kao i kompanija SG.[20] Francuska kompanija SG 2 zatražila je od francuskog suda izricanje zabrane kompaniji *Brokat* zbog navodnog kršenja prava korišćenjem njegovog registrovanog francuskog žiga "*payline*", za iste robe i usluge, na nemačkom sajtu. Apelacioni sud doneo je presudu u korist francuske kompanije SG 2 i pored toga što nemačka kompanija nikada nije nudila svoj sistem internet plaćanja u Francuskoj. Odluka suda zasnivala se na tome da je internet sajt kompanije *Brokat* bio dostupan širom sveta, pa i u Francuskoj i da je zbog toga naneta šteta na francuskoj teritoriji, pa je sud kompaniji *Brokat* naredio da se uzdrži od daljeg korišćenja žiga "*pauline*"[21].

U praksi, postoje i sporovi između dva savesna subjekta koji žele da registruju istoimeni domen, na šta imaju sasvim legitimno pravo. U konkretnim slučajevima spora, sud mora da odluči čije je subjektivno pravo "jače".[22] Reč je o slu-

[19] *Ibidem*.

[20] Zuzana Slovakova, "Protection of trademarks and the Internet with respect to the Czech law". *Journal of International Commercial Law and Technology,* 1, 2, 2006, pp. 72–79.

[21] Ulf Maunsbach, "Some Reflexions Concerning Jurisdiction in Cases on Cross-border Trademark Infringements Through the Internet". *Stockholm Institute for Scandianvian Law 1957-2010*. 47, 2004, p. 494.

[22] G. Naumovski, D. Popović, *Information Technology Law*, Iustinianus Primus Law Faculty, SS.Cyril and Methodius University of Skopje, Skopje, 2011, pp. 1–50.

čajevima kada strane tvrde da postupaju u dobroj veri, navodeći pri tom da za to imaju opravdani interes i prilažu argumente da imaju pravo na konkretni karakteristični znak. Uobičajeno, ovakve vrste sporova vode se povodom registracije internet domen imena koji sadrže trgovačka imena ili nazive firmi koje su već registrovane i uživaju pravnu zaštitu žiga, lična imena pojedinaca, nazivi žigova, imena gradova ili država i slično. Kao primeri iz francuske sudske prakse (*Borner* i *Sindler*) navode slučajeve u kojima je sud doneo odluku u korist *Lilian Betankur* (glavni akcionar kompanije *Loreal*) i *Ameli Morazmo* (čuvena francuska teniserka) čija su lična imena bila predmet registracije internet domena. Naime, na osnovu člana L.711-4 Francuskog zakona o intelektualnoj svojini, sud je registrantima internet domena "*lilianebettencourt.com*" i "*ameliemauresemo.com*", naložio da se uzdrže od njihove upotrebe, obrazloženjem da postoji povreda ličnih prava nosioca ličnih imena.[23]

Suprotna odluka suda doneta je pred nemačkim sudovima, gde se vodio spor između pojedinaca sa imenima *Shell* i *Hrupp* i kompanije identičnog naziva[24]. Nemački sudovi su doneli presudu protiv pojedinaca koji su registrovali svoja lična imena (prezimena) kao imena internet domena, pri tom zasnivajući svoju odluku na interesu kompanije i činjenici da ona ima prednost u odnosu na važnost upotrebe spornih imena domena od strane pojedinaca.[25]

ZAKLJUČAK

Pogodnosti koje donosi korišćenje informacija, alata i servisa u okviru sajber prostora veoma često ostaju u senci različitih zloupotreba istih. Problemi sa zaštitom intelektualne svojine postali su frekventniji sa pojavom i korišćenjem ovih dela u okviru sajber prostora. Najčešća zloupotreba dela zaštićenih autorskim pravom kao i pravom intelektualne svojine odnosi se na audio-vezuelna dela, različite vrste softvera, kao i internet domene. Nosioci autorskog prava svakodnevno su suočeni sa problemima zaštite svojih dela, što im neminovno nanosi velike štete, kako u domenu ugleda, tako i ostvarivanja umanjene ekonomske dobiti. O samoj ozbiljnosti ovog problema svedoči veliki broj servisa u okviru sajber prostora na kojima se nude naj-

[23] Intellectual Property Code (Legislative Part), *Law No 92-597 of 1 July 1992 as last amended by Law* No 96- 1106 of 18 December 1996. Dostupno na: http://oami.europa.eu/genhtm/mark/nl_fr_1_en.html

[24] Imke Bubert, Matthias Buening, *Domain Name Issues - European Jurisdiction*. Electronic Commerce Legal Issues Platform, ESPIRIT Project 27028, 2013. Dostupno na: www.qlinks.net/lab991216/trademarks.doc.

[25] Dušan Popović, *Imena internet domena i pravo intelektualne svojine*, monografija, Institut za uporedno pravo Beograd, 2015, str. 35–36.

novija izdanja audiovizuelnih dela, kao i različite verzije softverskih rešenja. Pokušaji kreiranja istovetnih internet domena ili internet domena sa nazivom sličnim nazivu velikih kompanija imaju za cilj manipulaciju korisnicima sajber prostora. Na ovakav način vrši se reklamiranje manjih kompanija ili pojedinaca na štetu pravih nosilaca naziva internet domena. Sudska praksa pokazuje aktivno učešće u procesuiranju dela zloupotrebe intelektualne svojine u sajber prostoru. Kompleksnost problema otkrivanja prestupnika, kao i njihovo procesuiranje dovoljan su pokazatelj da na ovom problemu međusobno treba da sarađuju kako pravosudni organi tako i službe za visokotehnološki kriminal.

ŽAKLINA SPALEVIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Dean of the Faculty of Law,
Synergy University, Bijeljina
VLADIMIR DŽAMIĆ, LL.D.,
Full time Professor, Singidunum University in Belgrade
and State Secretary of the Ministry of State Protection
of the Environment in the Government of the Republic of Serbia

INTELLECTUAL PROPERTY IN CYBER SPACE

Summary

The development of information and communication technologies in many aspects of human life and work has led to major changes. It is free to say that currently more than 90% of information is in digital format. The created cyber space has now become the largest resource in the world. In addition to publicly available information, a large percentage of the various information that can be found within the cyber space constitutes information protected by copyright. An extremely present problem in the use of information available in the cyber space is the protection of intellectual property. A large number of users deliberately or unconsciously ignore the fact that the works to which they are accessed are copyrighted and can not be freely used Internet domains also represent one of the categories of intellectual property. Judicial practice shows a large number of cases of abuse of Internet domains. The paper gives an overview of the principles of copyright and intellectual property as well as the application of these principles to audio visual works and internet domains.

Key words: Copyright Works, Internet Domains, Audio Visual Works, Public Ownership, Law on Intellectual Property

MARIJA DASKALOVIĆ ILIĆ

OSTVARIVANJE AUTORSKOG PRAVA SLEĐENJA

Ostvarivanje prava sleđenja je uslovljeno funkcionisanjem lokalnih i globalnog tržišta umetničkih dela, i činjenicom da ono, za razliku od drugih zakonskih ovlašćenja autora nije globalno priznato, te razlikama u načinu i zakonom obezbeđenim mehanizmima ostvarivanja ovog prava u zemljama koje su ga priznale. U ovom radu autor razmatra ostvarivanje prava sleđenja u zemlji i inostranstvu, ukazujući na prepreke i moguća rešenja za ostvarivanje ovog prava.

Ključne reči: *autorsko pravo, ostvarivanje prava sleđenja*

U V O D

U set ovlašćenja koja čine autorsko pravo, zakonodavstvom Republike Srbije priznato je i pravo sleđenja (franc. *droit de suit*; eng. *resale right*). Ovo pravo zapravo čine dva autorskopravna ovlašćenja, a specifično je po tome što je priznato samo autorima dela likovnih umetnosti, imajući u vidu karakteristike ekonomskog iskorišćavanja te vrste autorskih dela, koje su uslovljene njihovom prirodom.

Pravo sleđenja je priznato članom 35. Zakona o autorskom i srodnim pravima ("Službeni glasnik RS", br. 104/09, 99/11, 119/12 i 29/16 – odluka US; u daljem tekstu: Zakon) kojim je propisano da, ako je original dela likovne umetnosti posle prve prodaje od strane autora ponovo prodat, autor ima pravo da bude obavešten o prodaji i novom vlasniku, kao i da potražuje naknadu.

Marija Daskalović Ilić, savetnik Zavoda za intelektualnu svojinu Republike Srbije.

Naime, prodajom originalnog (izvornog) primerka autorskog dela likovne umetnosti (na primer: ulja na platnu) prenosi se pravo svojine ali ne i autorsko pravo na delu. Opštom odredbom člana 19. Zakona je propisano da autor ima pravo da učestvuje u svakom ekonomskom iskorišćavanju svog dela od strane drugog lica. Imajući to u vidu, te kako originalni primerci autorskih dela likovnih umetnosti najčešće dostižu više finansijske vrednosti protekom vremena, mnogo godina nakon njihove prve prodaje, odnosno u kasnijim fazama karijere umetnika ili tek po njegovoj smrti, to je opravdano da autor ima ekonomsku korist od preprodaja originalnog primerka dela. Takođe, na postizanje viših cena dela, i uopšte promet primerka dela, koji se najčešće dešava u vremenskom razmaku koji se meri decenijama, utiče ne samo umetnički kvalitet konkretnog dela već i percepcija ukupnog umetničkog doprinosa konkretnog autora likovnoj sceni, vremenski otklon potreban za sagledavanje mesta autora na polju likovnih umetnosti, promene trendova na tržištu umetničkih dela, i druge okolnosti.

U stručnim tekstovima[1] često nalazimo objašnjenje da je razlog za uvođenje ovog prava korigovanje disbalansa između autora dela likovnih umetnosti i ostalih autora zbog nemogućnosti autora likovnih dela da vrše druga autorskopravna ovlašćenja (pravo na umnožavanje, pravo na činjenje dela dostupnim javnosti) u meri u kojoj se ona vrše za druge vrste autorskih dela, te da u tom smislu autori likovnih dela imaju manje mogućnosti da prihoduju po osnovu autorskog prava u odnosu na druge autore.

Mogućnost autora i njegovih naslednika da slede originalni primerak dela (njegov "ekonomski put") prihodujući od prodaja koje slede prvoj prodaji tog primerka po osnovu ovlašćenja da potražuju naknadu od svake sledeće preprodaje tog primerka dela, kao i mogućnost da slede originalni primerak dela tako što su ovlašćeni da zahtevaju informacije o svakom sledećem vlasniku dela, objašnjavaju naziv ovog prava, koji je dat po uzoru na prvobitni, francuski naziv – *droit de suit*, koji se razlikuje od naziva na engleskom jeziku – *resale right* (pravo preprodaje).

Članom 35. Zakona su propisani i uslovi pod kojima je autor dela likovne umetnosti ovlašćen da potražuje naknadu, kao i informacije o prodaji i novom vlasniku, i to: 1) da je predmet preprodaje originalno autorsko delo i 2) da je u preprodaji učestvovalo lice (kao prodavac, kupac ili posrednik) koje se profesionalno bavi trgovinom umetničkim delima (prodajni saloni, umetničke galerije, aukcijske kuće i sl.).

Kako bez autorskog dela nema ni autorskog prava, razume se da je za ostvarivanje autorskog prava sleđenja neophodno da je original dela likovne umetnosti

[1] Marija Daskalović-Ilić, savetnik u Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije. Vid.: *Resale royalties: an updated analysis*, *https://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty/usco-resaleroyalty.pdf,* 24.9.2019. str. 1 i dalje.

autorsko delo, koje je odredbom člana 2. stav 1. Zakona definisano kao originalna duhovna tvorevina autora, izražena u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine. Dakle, kada se u članu 35. stav 1. i 2. Zakona propisuje šta je original dela, misli se na izvorno delo tj. prvonastali primerak dela koji je stvorio autor svojeručno, pri čemu se podrazumeva da je konkretno delo originalno autorsko (originalna duhovna tvorevina autora) i pod pojam originala dela likovne umetnosti svrstavaju se i umnoženi primerci tog dela (reprodukcije), ako ih je u ograničenom broju izradio sam autor ili lice koje je on ovlastio, pri čemu takvi primerci moraju da budu na uobičajeni način numerisani i potpisani ili na drugi način obeleženi od strane autora.

Pravo sleđenja se može ostvarivati samo za originale dela likovnih umetnosti, a članom 35. Zakona propisano je šta se smatra originalom dela likovne umetnosti, te je u tom kontekstu propisano i koja dela se smatraju delima likovnih umetnosti, taksativnim navođenjem ali ne i iscrpno jer je ostavljeno prostora za "i slična dela koja je stvorio autor svojeručno". Naime, članom 2. Zakona je, takođe taksativno ali ne i iscrpno, propisano da su dela likovne umetnosti: slike, crteži, skice, grafike, skulpture i dr. Dok je članom 35. Zakona kojim se propisuje za koje vrste dela likovnih umetnosti autor ima pravo sleđenja, detaljnije propisano koja dela se smatraju delima likovnih umetnosti: slike, crteži, kolaži, grafike, fotografije, tapiserije, skulpture, umetnička dela izrađena u keramici, staklu ili drugom materijalu i slična dela koja je stvorio autor svojeručno.

Pravo sleđenja je Zakonom priznato pod uslovom da su u radnje preprodaje uključena (kao prodavci, kupci ili posrednici) lica koja se profesionalno bave trgovinom umetničkim delima, kao što su prodajni saloni, umetničke galerije, aukcijske kuće i sl. i da je ostvarena preprodajna cena 100.000 dinara ili više. Dakle, autoru nije priznato pravo sleđenja za direktne privatne preprodaje dela u kojima učestvuju isključivo fizička lica, niti kada je postignuta cena u preprodaji niža od 100.000 dinara. Iz navedenog je jasno da je za ostvarivanje prava sleđenja od značaja transparentnost dešavanja na tržištu umetničkih dela a ono je, kao i, čini se, sve ostalo u današnjem svetu postalo globalno, te zahteva i globalno priznanje prava sleđenja.

KARAKTERISTIKE TRŽIŠTA UMETNIČKIH DELA

Radi prikaza tržišta umetničkih dela, njegovog globalnog karaktera a time i značaja internacionalizacije prava sleđenja, dajemo podatke iz Izveštaja koji je pripremljen po narudžbini Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, na zah-

tev Stalnog komiteta za autorsko i srodna prava, koji je postavljen na njegovoj trideset trećoj sesiji, novembra 2016. godine a predstavljen na trideset petoj sesiji, novembra 2017. godine. Radi se o Izveštaju o ekonomskim implikacijama autorskog prava sleđenja[2] (u daljem tekstu: Izveštaj) koji se bazira na statističkim podacima, između ostalog, iz sledećih izvora: *Artprice*[3]*, TEFAF*[4] *i The Art Newspaper*[5]. Od prodaja koje su relevantne za obračun naknade koja se naplaćuje po osnovu prava sleđenja, najtransparentnije su aukcijske prodaje. Naime, već godinama se oko 80% svih svetskih aukcijskih prodaja odvija na tržištu 4 zemlje: SAD, Kina, UK i Francuska, pri čemu se, po podacima za period 2014–2017. godina na prvom i drugom mestu smenjuju SAD i Kina, dok je UK treća a Francuska četvrta po udelu na tržištu. Međutim, SAD i Kina ne priznaju pravo sleđenja.

Iz izveštaja vidimo i da vremenom raste značaj sajmova umetničkih dela na kojima učestvuju galerije iz raznih zemalja. Tako je 2010. godine u Severnoj i Srednjoj Americi bilo 88, a u 2015. godini 105 sajmova umetničkih dela, u Južnoj Americi u 2010. godini je bilo 4 a u 2015. godini 11 sajmova; u Africi 2010. godine nije bilo sajmova a u 2015. godini je bilo 4 sajma; u Evropi, uključujući Rusiju bilo je 114 sajmova 2010. godine a 128 sajmova 2015. godine, dok je u Aziji (s Australijom) bilo 19 sajmova 2010. godine a 21 sajam u 2015. godini. Bez obzira na specifičnosti svakog pojedinog nacionalnog ili regionalnog tržišta (na primer nerazvijenost afričkog tržišta ili lokalni karakter kineskog tržišta – zbog dominantne zastupljenosti kineskih umetnika i kupaca u transakcijama koje se obavljaju u Kini), tržište umetničkih dela je po svom karakteru, kako vidimo, globalno i zahteva da pravo sleđenja priznaju sve zemlje, kako bi priznanje ovog prava na nacionalnom nivou imalo smisla. Ovo možemo videti i na primeru umetnika iz Afrike čija dela se preprodaju uglavnom van područja Afrike, često u zemljama koje priznaju pravo sleđenja, a samo 10 afričkih zemalja je prema podacima za 2017. godinu, priznalo pravo sleđenja: Alžir, Burkina Faso, Kongo, Gabon, Obala Slonovače, Madagaskar, Malavi, Mali, Senegal i Tunis. Ovo znači da umetnik iz Tunisa čije delo je preprodato u Francuskoj može da ostvari pravo sleđenja, za razliku od autora iz Egipta, jer, iako je i njegovo delo preprodato u Francuskoj čije zakonodavstvo priznaje pravo sleđenja, njegovim nacionalnim zakonodavstvom nije priznato to pravo, a ono se u inostranstvu ostvaruje po principu reciprociteta.

---

[2] Joëlle Farchy, Kathryn Graddy, Fred and Rita Richman, "*The economic implications of the artist's resale right*", WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Thirty-Fifth Session, Geneve, 2017. *https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=389676*,24.9.2019.

[3] V. *https://www.artprice.com/*

[4] V. *https://www.tefaf.com/home*

[5] V. *https://www.theartnewspaper.com/*

Dalje vidimo da, iako je kinesko tržište iz navedenih razloga okarakterisano kao lokalno, kineski umetnici su sve značajniji na globalnom nivou, a nije im priznato pravo sleđenja. Prema navedenom izveštaju, 187 kineskih umetnika spadaju u 500 umetnika iz celog sveta koji ostvaruju najviše aukcijskih prodaja, i to naročito u SAD i Ujedinjenom Kraljevstvu. Prema podacima iz Izveštaja, umetnici iz Kine zbirno učestvuju sa 39% u ukupnom obrtu globalnog aukcijskog tržišta.

Tako imamo situaciju da je tržište globalno, čemu dodatno doprinose mogućnosti koje pruža internet, a da pravo sleđenja nije. Posledica toga je da autor iz Srbije čije delo je prodato na aukciji u SAD neće ostvariti pravo sleđenja iz razloga što američko zakonodavstvo ne priznaje pravo sleđenja. Ovo znači i neravnopravan položaj umetnika likovnih umetnosti širom sveta jer za razliku od umetnika iz Srbije, koji može da ostvari pravo sleđenja za delo preprodato na tržištu Srbije i drugih zemalja koje ga priznaju, umetnik iz SAD uopšte nema ovo pravo.

PRAVO SLEĐENJA KOD NAS I U SVETU

Iz mišljenja američkog apelacionog suda za deveti okrug, i to sudije Jay S. Bybee, izdatog po raspravljanju žalbi američkog okružnog suda za centralni distrikt Kalifornije,[6] kojim se razmatra i pitanje primene odredaba o pravu sleđenja propisanih Kalifornijskim zakonom o pravu sleđenja (*The California Resale Royalties Act of 1976*) iz 1976. godine (jedini zakon kojim je u SAD ikada propisano pravo sleđenja), saznajemo o istorijatu pokušaja uvođenja ovog prava u pravni sistem SAD: Još 1970. godine američki kongres je razmatrao priznanje prava sleđenja. Potom je pravo sleđenja bilo deo Predloga zakona o pravima vizuelnih umetnika iz 1990. godine, koji je usvojen bez odredaba o pravu sleđenja. Zatim je Kopirajt ofis (*Copyright Office*) sproveo studiju o izvodljivosti ostvarivanja takvog prava u SAD i 1992. godine je izdao izveštaj u kom se zaključuje da je nedovoljno ekonomskih i autorskopravnih razloga za priznavanje prava sleđenja u SAD. Na zahtev Kongresa je 2013. godine izdat drugi izveštaj u kom se odobrava uvođenje prava sleđenja u SAD "u svetlu usvajanja prava sleđenja zakonima više od 30 zemalja u periodu od prethodnog izveštaja"[7]. Međutim, Kongres nije postupio po navedenoj preporuci.

U Australiji je pravo sleđenja priznato 2010. godine.

---

[6] *Opinion, 6.7.2018, 16-56234, CLOSE V. SOTHEBY'S http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/07/06/16-56234.pdf, 24.9.2019.*

[7] V. *Resale royalties: an updated analysis*, *https://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty/usco-resaleroyalty.pdf,* 24.9.2019.

U Kini je na snazi Zakon o autorskom pravu iz 1990. godine, sa izmenama i dopunama iz 2001. i 2010. godine, a još 2011. godine počela je diskusija pred nadležnim organom o predlozima za izmene i dopune zakona, koje uključuju i uvođenje prava sleđenja.

U Kanadi je 2013. godine pred parlament iznet privatni predlog za izmenu Zakona o autorskom pravu koji sadrži i priznanje prava sleđenja, a 2019. godine su dva stalna parlamentarna komiteta u svojim izveštajima iznela Vladi preporuke za izmenu zakona koje uključuju i potrebu da se prizna pravo sleđenja.

Istorijski gledano, pravo sleđenja je prvo priznalo francusko zakonodavstvo 1920. godine. U međunarodnim ugovorima za zaštitu autorskog dela, pravo sleđenja se prvi put pojavljuje 1948. godine, briselskom revizijom Bernske konvencije za zaštitu književnih i umetničkih dela, ali tako da države članice Bernske unije nemaju obavezu da priznaju ovo pravo koje je članom 14 ter Bernske konvencije[8] regulisano na sledeći način:

"Autor ili, posle njegove smrti, lica ili ustanove kojima je nacionalnim zakonodavstvom za to dato ovlašćenje – uživaju u pogledu originalnih umetničkih dela ili originalnih rukopisa pisaca i kompozitora, neotuđivo pravo da budu zainteresovani u svakoj docnijoj prodaji dela posle njegovog prvog ustupanja, koje je učinio autor.

Ova zaštita može se tražiti u nekoj zemlji Unije samo ako nacionalno zakonodavstvo autora dopušta takvu zaštitu i u obimu koji je određen zakonodavstvom zemlje u kojoj se ova zaštita traži.

Svako nacionalno zakonodavstvo utvrđuje način i stopu naplate".

Dakle, vidimo da se prema odredbama Bernske konvencije[9], koju je naša zemlja ratifikovala 1975. godine, za ostvarivanje prava sleđenja u zemljama Bernske unije zahteva reciprocitet, da visina i način naplate naknade mogu značajno da variraju od države do države, kao i da pravo sleđenja može biti priznato i na originalnim primercima rukopisa pisaca i kompozitora. U uporednom pravu su, na primer za obračun visine naknade, zastupljena dva modela: 1) novčani iznos koji se uzima za osnov prilikom obračuna naknade je iznos za koji je uvećana

[8] Bernska konvencija za zaštitu književnih i umetničkih dela od 9. septembra 1886. godine, dopunjena u Parizu 4. maja 1896, izmenjena u Berlinu 13. novembra 1908, dopunjena u Bernu 20. marta 1914, izmenjena u Rimu 2. juna 1928, u Brislu 26. juna 1948, u Stokholmu 14. jula 1967, i u Parizu 24. jula 1971. godine, izmenjena 1979., *https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698*

[9] Zakon o ratifikaciji Bernske konvencije za zaštitu književnih i umetničkih dela (*Sl. list SFRJ,* br. 14/75 i *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori,* br. 4/86 – uredba).

vrednost dela i 2) naknada se obračunava po osnovu cene postignute u konkretnoj preprodaji[10].

U vreme kada je 2001. godine doneta Direktiva 2001/84/EC Evropskog parlamenta i Saveta o pravu sleđenja u korist autora originalnog primerka umetničkog dela (*Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art*, *Official Journal L 272, 13/10/2001 P. 0032 – 0036)*, 11 zemalja EU je priznavalo pravo sleđenja, ali je bilo moguće ostvarivati ga u samo 7 od njih[11]. Zemlje Evropske unije su imale obavezu da svoja zakonodavstva usklade sa navedenom direktivom do 2006. godine, te su priznale pravo sleđenja.

U naš pravni sistem ovo pravo je uvedeno 1978. godine Zakonom o autorskom pravu ("Službeni list SFRJ", br. 19/78, 24/86 i 21/90). Prema važećem Zakonu autor ima pravo da potražuje naknadu u obimu koji je propisan članom 35. Zakona, i to u visini od: 4% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 100.000–5.000.000 dinara; 3% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 5.000.001–20.000.000 dinara; 1% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 20.000.001–35.000.000 dinara; 0,5% od prodajne cene ostvarene u iznosu od 35.000.001–50.000.000 dinara; 0,25% od prodajne cene ostvarene u iznosu koji prelazi 50.000.001 dinar. Iz ovoga vidimo da pravo sleđenja nije priznato za preprodaje pri kojima je ostvarena cena u iznosu manjem od 100.000 dinara. Istim članom Zakona je propisano da nezavisno od prodajne cene, naknada na osnovu prava sleđenja ne sme da iznosi više od 1.300.000 dinara, a plaća se u procentu od prodajne cene originala bez poreza.

Zakonom je propisana solidarna odgovornost prodavca, kupca i posrednika za obaveze iz člana 35. Zakona, na sledeći način: navedena lica dužna su da u roku od 30 dana od dana kada je prodaja izvršena, obaveste autora o iznosu prodajne cene, imenu, odnosno nazivu i adresi prodavca, kupca i posrednika. Obaveza plaćanja naknade dospeva u roku od 30 dana od dana kada je prodaja izvršena. Članom 217. Zakona ustanovljena je prekršajna odgovornost za neizvršenje navedenih obaveza i zaprećena novčana kazna odgovornim licima u iznosu od 100.000 do 1.000.000 dinara.

S obzirom da je članom 102. stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima propisano da imovinska prava autora traju za života autora i 70 godina posle njegove smrti, a članom 36. Zakona da autor ne može raspolagati pravom sleđenja,

[10] Dr. Mihaly Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights,* World Intellectual Property Organization, Geneva, 2002, str. 61.

[11] J. Farchy, K. Graddy, F. and R. Richman, "*The economic implications of the artist's resale right*", WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Thirty-Fifth Session*, Geneva,* 2017. str. 16.

to za života autora pravo sleđenja može da ostvaruje samo autor, a nakon njegove smrti, pa do isteka roka trajanja autorskog prava, naslednici, pri čemu se prema odredbi člana 106. Zakona rok za potrebe utvrđivanja datuma prestanka prava sleđenja računa od 1. januara godine koja neposredno sledi za godinom u kojoj je autor preminuo. Ovo znači, primera radi, da autorsko pravo autora preminulog 5.5.2000. godine, prestaje istekom 31.12.2070. godine.

Da bi naslednici ostvarivali pravo sleđenja, autorsko pravo na određenim delima mora da uđe u zaostavštinu autora, te je iz tog razloga preporučljivo da autor ažurno vodi popis svojih dela, odnosno da ih dokumentuje na način pogodan za njihovu identifikaciju.

NAČINI OSTVARIVANJA PRAVA SLEĐENJA

Prema važećem Zakonu, pravo sleđenja se može ostvarivati individualno, dakle samostalno, direktnim obraćanjem obveznicima, ili na kolektivan način, preko organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, a prema članu 109. Zakona pravo sleđenja se priznaje stranom državljaninu isključivo na osnovu uzajamnosti. Kako je u nekim državama propisano obavezno kolektivno ostvarivanje prava sleđenja, npr. u UK kao jednom od dominantnih tržišta umetničkih dela (na kome je, ilustracije radi, u 2018. godini prodata, po obimu nevelika slika Paje Jovanovića za 531.375 evra)[12], dakle da se ono ostvaruje isključivo na kolektivan način, to autori, bilo domaći ili strani, ne mogu individualno ostvarivati ovo pravo u UK, već samo preko organizacije koja ostvaruje pravo sleđenja. Kako lica koja nisu rezidenti EU ne mogu biti članovi takve organizacije u UK (organizacija DACS), to je za ostvarivanje prava sleđenja autora koji nisu rezidenti EU neophodno da budu članovi nacionalne, domaće organizacije za kolektivno ostvarivanje ovog prava, kako bi putem bilateralnih recipročnih ugovora ovih organizacija ostvarili pravo.

Međutim, u Republici Srbiji nije osnovana ovakva organizacija, iako je skoro nemoguće pojedincu-autoru da samostalno prati dešavanja na celom svetskom tržištu kako bi utvrdio da li je eventualno došlo do preprodaje originalnog primerka njegovog dela. Isto tako, skoro je nemoguće licima koja su dužna da obaveste autora ili naslednika o preprodaji i plate mu naknadu, da pronađu nosioca prava sleđenja na primerku dela koje je preprodato. Zato je zadatak organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, koje se odavno smatraju neophodnim za ostva-

[12] V. *http://www.politika.rs/sr/clanak/433652/Kuns-drzi-rekord-medu-zivim-umetnicima, 24.9.2019.*

rivanje prava sleđenja[13], da uspostave sistem ažurnog i efikasnog prikupljanja tačnih podataka o preprodajama, da prikupe naknade i raspodele ih nosiocima prava, pri čemu se malim procentom od prikupljenih naknada pokriva trošak rada organizacije.

Preduslov za dobar rad organizacije je ažurno vođenje baza podataka o nosiocima prava i originalnim primercima dela. Kako organizacije ne ostvaruju pravo sleđenja samo na teritorijama država gde imaju sedište, već i u inostranstvu, za to je neophodno da zaključuju ugovore sa inostranim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava. To su, na primer: u Australiji – NAVA; u UK – ACS i DACS; u Finskoj – KUVASTO; u Italiji – SAIE; u Francuskoj ADAGP; u Mađarskoj – HUNGART; u Nemačkoj – BILD-KUNST; u Austriji: BILDRECHT. Navedene organizacije su članovi krovne međunarodne organizacije CISAC (*Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs/ International Confederation of Societies of Authors and Composers*), koja je globalna mreža autorskih društava. Evropske organizacije su članice i krovne evropske organizacije EVA (*European Visual Artists*). Upravo su krovne organizacije autora pokrenule kampanju 2014. godine da se pravo sleđenja reguliše međunarodnim ugovorom kojim bi se države obavezale da priznaju pravo sleđenja i u mogućoj meri usklade svoje propise o ostvarivanju ovog prava.

ZAKLJUČAK

Pravo sleđenja je autorsko pravo koje se nacionalnim zakonodavstvima priznaje autorima dela likovnih umetnosti (u nekim državama, na primer Italiji, i autorima originalnih rukopisa – manuskripta pisaca i kompozitora) a koje im obezbeđuje učešće u ekonomskom iskorišćavanju originalnog primerka njihovog dela, koji više nije u njihovom vlasništvu, na taj način što ih ovlašćuje da potražuju naknadu obračunatu u odnosu na cenu postignutu pri preprodajama, u kojima učestvuju lica koja se profesionalno bave trgovinom umetničkim delima. U Republici Srbiji je važećim Zakonom o autorskom i srodnim pravima priznato pravo sleđenja, te mogu da ga ostvaruju kako domaći, tako i strani autori dela likovnih umetnosti pod uslovom reciprociteta, ali su u praksi okolnosti složenije, i to na više nivoa.

Ostvarivanje ovog prava je uslovljeno kako funkcionisanjem lokalnih i globalnog tržišta umetničkih dela, tako i činjenicom da ono, za razliku od drugih za-

[13] Dr. M. Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights,* World Intellectual Property Organization, Geneva, *2002, str. 65.*

konskih ovlašćenja autora nije globalno priznato, te razlikama u načinu i zakonom obezbeđenim mehanizmima ostvarivanja ovog prava u zemljama koje su ga priznale. Procenjuje se da je oko 80 zemalja priznalo pravo sleđenja. Od četiri najjača tržišta umetnina, koja su dakle najfrekventnija i gde se dostižu najviše vrednosti preprodatih dela, dva tržišta ne poznaju pravo sleđenja: SAD i Kina. Ovo znači ne samo neravnopravan položaj likovnih umetnika širom sveta, jer umetnik iz SAD nema ovo pravo, za razliku od umetnika iz Srbije ili, na primer, Francuske, već i činjenicu da autor iz Republike Srbije ne može da ostvari pravo sleđenja za preprodaje njegovog dela u SAD i Kini.

S druge strane, kako se u nekim državama pravo sleđenja može ostvarivati isključivo na kolektivan način, preko organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, to autori, bilo domaći bilo strani, ne mogu individualno ostvarivati ovo pravo u tim zemljama, dakle ne mogu direktno potraživati naknadu od lica koja po zakonu imaju obavezu da je isplate, već to mogu da urade samo preko organizacije koja ostvaruje pravo sleđenja. Međutim, u Republici Srbiji nije osnovana organizacija za kolektivno ostvarivanje prava sleđenja.

Iako se može zaključiti da je priznavanje ovog prava najurgentnije u zemljama koje predstavljaju najveća svetska tržišta umetnina, bez globalnog priznanja ovog prava nije moguće u potpunosti postići svrhu njegovog priznanja na nacionalnom nivou zbog globalnog karaktera tržišta umetničkih dela, a dosadašnji bezuspešni pokušaji priznanja prava sleđenja u državama koje predstavljaju neka od najvažnijih tržišta umetničkih dela, ukazuju da će se na nacionalnim nivoima teško desiti promena bez međunarodnog uticaja, odnosno bez međunarodnog ugovora kojim bi se države obavezale da priznaju pravo sleđenja.

Na kraju, kako nije poznato da se ovo pravo ostvaruje u Republici Srbiji, i to uprkos njegovom višedecenijskom zakonskom priznanju, čini se da svest o pravu sleđenja nije razvijena kod domaćih autora dela likovnih umetnosti, a što je neophodno promeniti da bi se ovo pravo koje je zakonom priznato uopšte ostvarivalo, jer je pravo sleđenja, na kraju krajeva, pravo za čije ostvarivanje država obezbeđuje uslove kroz dobre propise, ali koje konačno nije moguće efikasno ostvarivati bez organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, što znači da je neophodno angažovanje samih autora na stvaranju i radu takve organizacije.

MARIJA DASKALOVIĆ ILIĆ
Counselor, Intellectual Property Office

EXERCISE OF THE AUTHOR'S RESALE RIGHT

Summary

Given its nature, resale right practice is determined both by local and the international art market and by the fact that resale right is not recognized globally. Possibilities for enforcing resale right globally also differ depending on the national copyright laws. This paper discuss resale right implementation and practice, revealing present environment for exercise resale right locally and globally, pointing out the obstacles and possible solutions for achieving its ratio legis.

Key words: copyright, exercise artist 's resale right

ZORAN DRAGOJEVIĆ,
MARIO LUKINOVIĆ

REPUTACIJA I OZNAKE GEOGRAFSKOG POREKLA

U radu je analizirana reputacija kao suštinski osnov registracije ovog prava, dat je istorijski osnov i uporedno-pravni prikaz. Sistem oznaka geografskog porekla stvoren je u cilju očuvanja karakterističnih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda, koji su u velikoj meri određeni geografskim okruženjem, uključujući prirodne i ljudske faktore. Karakteristika geografskih oznaka je njihova kolektivnost, koja ima osnovu u reputaciji proizvoda iz određenog geografskog područja, koji se personifikuju u posebnom kvalitetu. Kada se odnosi na reputaciju geografskih oznaka porekla, to podrazumeva posebnu reputaciju ili druge atribute koji se mogu pripisati njenom geografskom poreklu dokazanom upotrebom u dužem vremenskom periodu. Za razliku od imidža, reputacija je zbir vrednosti koje različite potrošačke grupe pripisuju proizvodu na osnovu njihove percepcije i interpretacije. Praksa ukazuje da reputacija ne mora uvek biti pozitivna. U cilju zaštite stečene reputacije geografskih oznaka porekla u sistemu zaštite geografskih oznaka porekla posebno je propisana zabrana registracije drugih prava industrijske svojine koja sadrže nazive registrovanih geografskih oznaka, kao i njihova imitacija.

Ključne reči: *reputacija, oznake geografskog porekla, ime porekla, geografske oznake*

U V O D

Iako određen broj država geografskim oznakama porekla ne pruža zaštitu van okvira žigovnog prava, na području naše države, kao i na području Evrop-

---

Zoran Dragojević, rukovodilac Grupe za dizajn i oznake geografskog porekla Zavoda za intelektualnu svojinu Srbije.

Dr Mario Lukinović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

ske unije sistem zaštite geografskog porekla je sui generis pravo industrijske svojine.[1] Sistem oznaka geografskog porekla nastao je u cilju očuvanja karakterističnih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda koji su u najvećoj meri određeni geografskom sredinom, uključujući prirodne i ljudske faktore.[2] Karakteristika geografskih oznaka je njihova kolektivnost, koja osnov ima u reputaciji koju poseduju proizvodi sa određenog geografskog područja, oličena u posebnom kvalitetu.

S obzirom na to da savremeni život diktira brži tempo i nove uslove kupovine zbog čega potrošači imaju veći izbor ali manje vremena, oni se sve više oslanjaju na informacije drugih o proizvodima. Imidž i reputacija proizvoda su zbog toga postali više cenjene kategorije, koje usmeravaju potrošače i olakšavaju im izbor. Ali, za razliku od imidža koji se može veštački stvarati putem marketinških instrumenata, reputacija nastaje kroz dugotrajnu komunikaciju potrošača sa proizvodom i sadrži autentične vrednosti i osobine. Reputacija je osnov konkurentske prednosti i zbog toga što ju je teško imitirati.[3]

ISTORIJSKI OSNOV

Pojedini krajevi, oblasti odnosno regioni, pa čak i države, pročuli su se zahvaljujući proizvodima koji poseduju posebne karakteristike, po kojima se proizvod jasno razlikuje od ostalih sličnih proizvoda iste kategorije; npr. Bordo ili Burgundija po vinima, Parma po siru ili pršuti, Solingen po noževima, Kina po svili, Brazil po kafi, Meksiko po tekili, Kašmir po vuni, Persija po tepisima, Kuba po duvanu i ručno rađenim cigarama, Bezdan po damastu, Švajcarska po satovima, Belgija po pivima i dr. Po pravilu, na određenom geografskom području bilo je više proizvođača koji su slavu kvalitetnog proizvoda prenosili po drugim područjima. Na taj način je nastao ugled odnosno reputacija proizvoda.

Dešavalo se, a i danas je to uobičajeno, da se određeno područje razlikuje od drugih po prirodnim karakteristikama (zemljištu, klimi, sirovinama i dr.) i proizvođačima sa naročitim znanjima ili veštinama da naprave proizvod sa posebnim svojstvima i kvalitetom. Zbog tradicionalno dobrog kvaliteta i drugih osobina, ovi proizvodi su došli na dobar glas i van mesta proizvodnje, i tako je na-

[1] Ana Rački Marinković: "Usporedba oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova s obzirom na pojmovna određenja i međunarodno prihvaćene standarde zaštite." *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, br. 1, 2013, str. 189–220.

[2] Nikola Radovanović, Nacionalna i međunarodna zaštita poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda putem oznaka geografskog porekla – slučaj Srbije.

[3] Damir Grgić, "Teorijski okviri reputacije poduzeća", *Ekonomski pregled*, vol. 59, br. 5–6, 2008, str. 266–288.

stala reputacija. Naziv proizvoda nije se vezivao za imena veštih majstora već za geografsko područje sa koga su ti proizvodi poticali. Geografska naznačenja najčešće su bila prefiksi generičkim nazivima proizvoda.[4] Kupci su na tržištu tražili kinesku svilu, persijske tepihe ili iberijsku šunku. Pravo da proizvod tako nazivaju imali su, pre svega, svi proizvođači sa geografskog područja proizvodnje proizvoda. Vekovima nije postojao pravni osnov (mehanizam) da se geografski nazivi proizvoda zaštite i da to bude kolektivno pravo svih proizvođača koji su proizvodili kvalitetan proizvod na tom geografskom području.

Ova pravna situacija (pravna praznina) ostavila je prostor da i drugi proizvođači sličnih proizvoda sa drugih geografskih područja nekažnjeno obeležavaju svoje proizvode nadaleko čuvenim (poznatim) geografskim nazivima. Ovi proizvodi su po pravilu bili slabijeg kvaliteta, ali su svojim proizvođačima donosili dodatu vrednost kao da se radi o izvornim, odnosno originalnim proizvodima. Zbog toga su mnogi proizvodi postali generički nazivi za određenu vrstu proizvoda npr. ementaler za sir sa unutrašnjim šupljinama i posebnim ukusom koji se prvobitno proizvodio isključivo u selu Ental u Švajcarskoj. Pomenuti sir, pored Švajcarske, danas se proizvodi i u Austriji, Nemačkoj, Francuskoj i drugim zemljama.

Tek sa Pariskom konvencijom za zaštitu industrijske svojine od 20. marta 1883. godine, javljaju se prvi zameci koji će dovesti do zaštite proizvoda onim što danas nazivamo oznaka geografskog porekla. To su bili Madridski sporazum za suzbijanje lažnih ili prevarnih oznaka porekla iz 1892. godine, preko niza bilateralnih sporazuma iz ove oblasti, do multilateralnog Lisabonskog sporazuma o međunarodnoj zaštiti imena porekla iz 1958. godine, do Uredbi EU iz 1992, 2006 i 2012. i TRIPS sporazuma iz 1995, važnog za pristupanje Svetskoj trgovinskoj organizaciji WTO.

PRAVNI OSNOV

U uporednom pravu susrešćemo se sa upotrebom različitih termina koji se koriste za označavanje posebnosti koje geografske oznake moraju posedovati da bi bile registrovane pred nadležnim organom. Naš zakonodavac koristi termin reputacija. U Zakonu o oznakama geografskog porekla,[5] geografska oznaka je definisana kao oznaka koja identifikuje određeni proizvod kao proizvod poreklom sa teritorije određene zemlje, regiona ili lokaliteta sa te teritorije, gde se određeni

[4] M. Lukinović, Z. Dragojević, "Savremeni izazovi i nedoumice zaštite geografskih oznaka porekla", *Pravni život,* časopis za pravna pitanja i praksu, god. 66, knj. 601, br. 11 (2017), str. 587–595.

[5] "Sl. glasnik RS", br. 18/2010 i 44/2018 – dr. Zakon.

kvalitet, reputacija ili druge karakteristike proizvoda suštinski mogu pripisati njegovom geografskom poreklu i čija se proizvodnja i/ili, prerada i/ili priprema odvijaju na određenom ograničenom području (član 4).

I Pravilnik o sadržini zahteva za registrovanje oznake geografskog porekla i sadržini zahteva za priznanje statusa ovlašćenog korisnika oznake geografskog porekla[6], u delu koji se odnosi na sadržinu specifikacije o specifičnim karakteristikama proizvoda, u članu 11. predviđa da se: podatkom o reputaciji proizvoda sa opisanog geografskog područja smatraju svi pisani podaci o tradiciji proizvodnje proizvoda sa opisanog geografskog područja, sadržani u enciklopedijama, letopisima, analima i sl. publikacijama, kao i podaci do kojih se došlo istraživanjem sprovedenim među relevantnim krugovima učesnika u prometu.

Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS sporazum)[7] umesto latinskog termina reputacija, koristi francuski termin renome, koji se suštinski ne razlikuju. Tako u delu koji se odnosi na geografske oznake, definiše geografske oznake kao oznake koje identifikuju određenu robu kao robu poreklom sa teritorije članice ili regiona ili lokaliteta sa te teritorije, gde se dati kvalitet, *renome* ili druge karakteristike robe suštinski mogu pripisati njenom geografskom poreklu.

Smatramo i da je neophodno ukazati na to da, kada govorimo o renomeu geografskih oznaka porekla, on podrazumeva specifičan ugled ili druge osobine koje se mogu pripisati njegovom geografskom poreklu, kroz dokazanu upotrebu u dužem vremenskom razdoblju. Uredba Saveta ministara EU br. 510/2006 od 20. marta 2006. godine o zaštiti geografskih oznaka i oznaka porekla za poljoprivredne i prehrambene proizvoda, geografska oznaka je definisana kao naziv regiona, specifičnog mesta ili, u izuzetnim slučajevima, države, koji se koristi da bi se opisao poljoprivredni ili prehrambeni proizvod: poreklom sa te regije, specifičnog mesta ili države, koji ima specifični kvalitet, ugled ili druge osobine koje se mogu pripisati tom geografskom poreklu, i čija se proizvodnja i/ili prerada i/ili priprema izvodi na definisanom geografskom području. Stupanjem na snagu Uredbe 1151/2012. 3. januara 2013. godine prestala je da važi Uredba br. 510/2006, kojom se, osim navedenih uslova, zahteva i "tradicionalna", odnosno dokazana upotreba na domaćem tržištu, kroz vremensko razdoblje koje omogućava prenos s generacije na generaciju, i to u vremenskom razdoblju od najmanje 30 godina.

---

[6] "Sl. glasnik RS", br. 93/2010 i 44/2018 - dr. Zakon.

[7] (WIPO primedba) Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine, uključujući trgovinu krivotvorenom robom (TRIPS sporazum) čini Aneks 1C Sporazuma iz Marakeša kojim se ustanovljava Svetska trgovinska organizacija (u daljem tekstu WTO Sporazum), koji je zaključen 15. aprila 1994. godine i stupio na snagu 1. januara 1995. godine. TRIPS sporazum obavezuje sve članice Svetske trgovinske organizacije (WTO) – vidi član II-2 WTO Sporazuma.

POZITVINA I NEGATIVNA REPUTACIJA PROIZVODA SA GEOGRAFSKIM POREKLOM

Reputacija predstavlja integrisanu psihološku konstrukciju koja se bazira na: svojstvenosti, identitetu i imidžu. Za razliku od imidža, reputacija je zbir vrednosti koje različite grupe potrošača pripisuju proizvodu na osnovu svoje percepcije i interpretacije.[8] Etimološki promatrano pojam reputacija (lat. *reputatio*) se odnosi na ime, glas; naročito: dobar glas koji neko uživa, ugled, uvažavanje.[9] Kao sinonim, u upotrebi je i reč renome (franc. *renommée*) koja se prvenstveno koristi kako bi se označio dobar glas, dobro ime, slava, ugled, čuvenost.[10] Kada govorimo o reputaciji geografskih oznaka porekla, ona je nematerijalna vrednost koja nastaje kroz komunikaciju autentičnih vrednosti i karakteristika,[11] koja ne mora uvek biti pozitivna.

Pozitivna

U vremenu rastućeg javnog nepoverenja, kredibilitet geografskih oznaka porekla ima najvišu moguću garantnu funkciju, s obzirom na to da njihova registracija zahteva poseban kvalitet proizvoda izražen kroz duži vremenski period (tradiciju). Koncept geografskih oznaka kao deo intelektualne svojine koji pripada znacima razlikovanja, bazira se na verovanju da će proizvod ispuniti svoje "obećanje", te se pozitivna reputacija uglavnom podrazumeva kada su u pitanju geografske oznake porekla.

Navešćemo primere nekih od naših proizvoda zaštićenih oznakama geografskog porekla kao što su: "Homoljski med", "Futoški kupus", "Ivanjički krompir" ili "Zlakusa" – lončarija iz istoimenog sela, i videćemo da u surovoj tržišnoj utakmici i borbi za svakog potencijalnog kupca, proizvođači na pijacama širom Srbije svoje proizvode obeležavaju tako da je svaki med homoljski, kupus – futoški, krompir – ivanjički ili svaki lonac – zlakuski. Iako bi svaki od ovih proizvoda morao da zadovolji poreklo sa koga proizvod potiče i uobičajene performanse kvaliteta karakteristične za takvu vrstu proizvoda, sa tako označenog i definisanog geografskog područja. U situaciji kada drugi proizvođači zbog ekonomskog interesa prisvajaju ugled, odnosno renome, navedenih proizvoda, proizvod ozna-

[8] Juergen H. Daum, "Intangible Assets and Value Creation", John Wiley & Sons Ltd., Chichester, 2003.

[9] Milan Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, str. 827.

[10] *Ibidem*., str. 823.

[11] D. Grgić, "Instrumenti mjerenja reputacije poduzeća." *Market-Tržište*, vol. 20, br. 2, 2008, str. 231–249.

čen oznakom geografskog porekla i autentični proizvođači sa tog područja su u opasnosti da lošiji kvalitet krivotvorenih proizvoda trajno naruši mukom stečenu reputaciju originalnih proizvoda i time nanese ogromnu ekonomsku štetu. Ukoliko se proizvod ne zaštiti pravima industrijske svojine, a proizvođači ne uživaju zaštitu pravosudnih, inspekcijskih i carinskih organa, ovakva vrsta reputacije može biti samo smetnja, a nikako korist za autentične proizvođače. Prvenstveno, jer proizvođačima nameće visok standard i različite vrste troškova, koji onda ostaju bez očekivane materijalne satisfakcije.

Negativna

Reputacija ima ključnu ulogu u procesu stvaranja poverenja, jer se odnosi na specifičan kvalitet, osobine nekog proizvoda koji smatramo posebnim, usled određenih svojstava ili kvaliteta. Iako se reputacija uglavnom vezuje za pozitivan uticaj, postoji i negativna reputacija. Da bi se stekla reputacija potreban je duži, kontinuirani vremenski period. Međutim, primeri iz prakse pokazuju i da ona može nestati u trenutku.

Godine 1985. nekoliko proizvođača i trgovaca belih vina iz Austrije su u vino dodali dietilen glikol (antifriz), koji je otrovan za ljude, kako bi postigli bolji viskozitet i izgled u čaši. Bez obzira na to što je u skandalu učestvovala tek nekolicina proizvođača, njihov potez je uticao na to da svi proizvođači belih vina u Austriji imaju lošu reputaciju, jer geografsko poreklo proizvoda ispoljava uticaj na percepciju potrošača širu od percepcije samo jednog proizvoda. Afera je imala dalekosežne posledice na vinare tog podneblja i donela ogroman negativan publicitet njihovim vinima.[12]

ODNOS REPUTACIJE OZNAKE GEOGRAFSKOG POREKLA PREMA REPUTACIJI ŽIGA

Kako bi se zaštitila stečena reputacija geografskih oznaka porekla u sistemu *sui generis* zaštite geografskih oznaka porekla, posebno je propisana zabrana registrovanja drugih prava industrijske svojine koji sadrže nazive registrovanih oznaka geografskog porekla, kao i njihovo podražavanje. Tako je i u našem Zakonu o geografskim oznakama porekla zabranjena: upotreba registrovanog imena porekla, odnosno registrovane geografske oznake za obeležavanje proizvoda na koje se ta oznaka geografskog porekla ne odnosi, ukoliko su ti proizvodi slični proizvodima koji se obeležavaju registrovanom oznakom geografskog porekla, ili ukoliko

[12] https://winestyle.rs/2011/austrijska-bela-vina/

se takvim korišćenjem narušava reputacija zaštićene oznake geografskog porekla. Takođe, nije dozvoljeno: kopiranje ili podražavanje registrovane oznake geografskog porekla, kao i upotreba prevoda, transkripcije ili transliteracije registrovane oznake geografskog porekla, čak i ako se toj oznaci geografskog porekla dodaju reči "vrsta", "tip", "način", "imitacija" i ako je navedeno istinito geografsko poreklo proizvoda (član 57).

Uredbom EU br. 1151/2012 zabranjeno bilo kakvo "označavanje" reči, žigova i znakova povezanih sa proizvodom zaštićenim geografskim poreklom, njihovo stavljane na ambalažu, dokumentaciju, obaveštenja, etikete, prsten i slično.

Kolizija žiga *Champagne* i istoimene geografske oznake porekla, ukazala je da je sudska praksa izričita, čak i kada se radi o vrsti roba koje nisu konkurentne, kao što je bilo u tom slučaju (parfem i penušavo vino). Ponesena ranije dobijenim sporovima u vezi sa osporavanim pravom na registraciju žigova (Opium[13] i Pariz), kompanija *Ives Saint Laurent* je 1992. godine registrovala je kod nadležnog organa žig *Champagne* za parfem, robu iz klase 33 međunarodne klasifikacije roba i usluga i pustila u prodaju istoimeni proizvod. Međutim, Okružni sud u Parizu, poništio je odluku o registraciji predmetnog žiga i naredio oduzimanje i uništavanje svih ambalaža i reklamnih materijala koji se odnose na ovaj parfem. U obrazloženju odluke, Sud je naveo da upotreba znaka *Champagne* od strane ugledne kompanije *Ives Saint Laurent* za prodaju luksuznog parfema može imati za posledicu *slabljenje* reputacije istoimene geografske oznake porekla, i njenog slabljenja. Ova odluka potvrđena je pred Apelacionim sudom u decembru 1993. godine[14]

ZAKLJUČAK

Bile su potrebne generacije da se stvori dobar glas odnosno reputacija za neki proizvod koji dolazi sa određenog geografskog područja. Praktično, oznaci geografskog porekla reputacija daje smisao. U suprotnom, radilo bi se o oznaci porekla, odnosno samo o području sa koga proizvod potiče bez jasne predstave o njegovim svojstvima i kvalitetu. Čak i da proizvod ima posebna svojstva i kvalitet potrebno je vreme da stekne ugled na tržištu i bude poželjan od strane prosečnog potrošača. Oznaka geografskog porekla je zajednički naziv za ime porekla

[13] Sudska praksa je smatrala da registracija žiga "Opium" nije protivna javnom moralu u Francuskoj za parfem, zbog toga što reč opium ima i figurativno značenje koje se odnosi na otklanjanje stvarnih životnih poteškoća i bekstvo u san. Navedeno prema *Caroline André, Paul Chiambaretto, Emmanuelle Rigaud, Les stratégies de prise de risque juridique en matière de marques : Le cas du parfum "Champagne" d'Yves Saint Laurent,* XXIe conférence de l'AIMS, Lille, France, 2012.

[14] Navedeno prema C. André, P. Chiambaretto, E. Rigaud: Le cas du parfum "Champagne" d'Yves Saint Laurent, XXIe conférence de l'AIMS, Lille, France, 2012.

i geografsku oznaku. U zakonu, međunarodnim ugovorima i EU uredbama, nigde eksplicite ne stoji da alternativni uslov (faktor) pri registraciji ovog prava industrijske svojine za ime porekla kao kvalifikovanoj oznaci geografskog porekla treba da stoji reputacija, kao što je to slučaj sa geografskom oznakom koja je nastala pod uticajem anglosaksonskog prava. Međutim, ova oznaka porekla bez reputacije bi nepotpuno, jer reputacija se nalazi u onom što označavaju pojmovi autohtoni, tradicionalan, kvalitetan i slično. Bez renomea i ugleda koji prate proizvod, bilo bi im teško da na tržištu postignu veći uspeh, a njegovi proizvođači da ostvare dodatu vrednost. U slučaju kolizije oznake geografskog porekla i žiga *Champagne* za parfem iz klase 3. ničanske klasifikacije roba i usluga, renomiranog proizvođača kakav je *Yves Saint Laurent*, nije dozvoljeno narušavanje visoke reputacije penušavog vina *Champagne* iz klase 33. međunarodnog sistema klasifikacije roba i usluga. Iako se radilo o proizvodima različitih klasa, sud je procenio da se i na ovaj način umanjuje reputacija ove čuvene oznake geografskog porekla.

Smatramo da nezaštićeni proizvod koji se proizvodi na određenom geografskom području, a koji poseduje određeni kvalitet ili posebna svojstva i reputaciju, predstavlja potencijalnu oznaku geografskog porekla, pa je kao takvu neophodno registrovati ovim pravom industrijske svojine. Ukoliko je pak registrovana, oznaku geografskog porekla je potrebno negovati, konstantno održavati propisan kvalitet i činiti sve da se spreči njeno razvodnjavanje i krivotvorenje, jer se "dobar glas daleko čuje", a loš još dalje. Ne obeležavati proizvod oznakom geografskog porekla ukoliko ona ne ispunjava sve uslove kvaliteta ili posebnih svojstava zarad profita *je conditio sine qua non*. Na taj način ona ostaje u trajnom vlasništvu i generacijama proizvođača koji tek dolaze.

ZORAN DRAGOJEVIĆ
Head of the Design Group and Geographical Indications
of the Intellectual Property Office of Serbia
MARIO LUKINOVIĆ, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law, Union University

REPUTATION AND GEOGRAPHICAL INDICATION

Summary

This article explores the reputation as an essential basis for registration of this right, gives a historical basis and comparative overview. The system of designations of geographical origin was created in order to preserve the characteristic agricultural and food products, which are largely determined by the geographical environment, including natural and human factors. The characteristic

of geographical indications is their collectivity, which has a basis in the reputation held by products from a certain geographical area, personify in a special quality. When referring to the reputation of geographical indications of origin, it implies a specific reputation or other attributes attributable to its geographical origin through proven use over a long period of time. Unlike image, reputation is the sum of the values that different consumer groups attribute to a product based on their perception and interpretation. Practice shows that reputations do not always have to be positive. In order to protect the acquired reputation of geographical indications of origin in the *sui generes* system of protection of geographical indications of origin, it is specifically prescribed to prohibit the registration of other industrial property rights containing the names of registered geographical indications, as well as their imitation.

Key words: reputation, geographical indications, name of origin, geographical indications

SNEŽANA ŠARBOH

MALI PATENT – KARAKTERISTIKE I ULOGA U PRAVU INDUSTRIJSKE SVOJINE

– Istorijat i rešenja u uporednom pravu –

Pored patenta, za pronalaske postoji još jedan oblik pravne zaštite, koji se u različitim zemljama pojavljuje pod različitim nazivima: korisni model, mali patent ili inovacioni patent. Korisni model postoji u većini članica Evropske patentne organizacije, Evroazijske patentne organizacije zemalja Dalekog istoka, kao i u zemljama drugih regiona, ali ne i u Sjedinjenim Američkim Državama. Iako je ovo pravo industrijske svojine nastalo pre više od jednog veka, stepen njegove harmonizacije na međunarodnom nivou je i dalje ostao na srazmerno niskom nivou. Ovo se vidi već iz samog njegovog naziva, ali se isto tako odnosi i na skoro sve druge njegove aspekte: predmet i uslove zaštite, izuzeća od zaštite, dužinu i obim trajanja prava, mogućnosti sprovođenja prava iz korisnog modela i drugo. Međutim, upravo ovakva raznovrsnost odredaba vezanih za korisni model svakoj zemlji pojedinačno ostavlja mogućnost da svoj sistem zaštite pronalazaka korisnim modelom prilagodi svojim potrebama i mogućnostima, što ukazuje na opravdanost njegovog postojanja u savremenim sistemima zaštite industrijske svojine.

Ključne reči: *korisni model, pronalasci, harmonizacija, Pariska konvencija*

U V O D

Savremena privreda je već odavno prešla iz faze ulaganja u nove tehnologije isključivo nabavkom savremene opreme i mašina, kao i obučavanjem radne snage

Dr Snežana Šarboh, samostalni savetnik Zavoda za intelektualnu svojinu, Odeljenje za mašinstvo, elektrotehniku i opštu tehniku, Beograd.

za njihovo korišćenje, koja je svojevremeno izazvala značajan porast produktivnosti rada, u narednu fazu koja zahteva veća ulaganja u istraživanje i razvoj. Ovde je važnu ulogu takođe odigrao proces globalizacije, budući da su se pored tradicionalno značajnih učesnika iz zemalja Zapadne Evrope, SAD, Japana, pa i Rusije, pojavili novi učesnici iz Kine, Južne Koreje, Indije, Brazila i mnogih drugih zemalja koje su izvršile ulaganja u razvoj nauke i tehnologije ili su pak ta ulaganja bila deo stranih investicija[1]. Sve ovo je dovelo do enormnog porasta broja stvorenih inovacija, među kojima se svojim značajem ističu tehnološke inovacije.

Tehnološke inovacije omogućavaju poboljšanje kvaliteta proizvoda, osvajanje novih tržišta, povećanje i obima i fleksibilnosti proizvodnje, smanjenje troškova radne snage, smanjenje potrošnje materijala, energije i štetnog uticaja na životnu okolinu itd. Postoje različite vrste tehnoloških inovacija koje se u zavisnosti od njihove novosti i stvaralačkog doprinosa nalaze u kategorijama od korisnih ideja, korisnih rešenja, odnosno predloga, preko tehničkih unapređenja pa sve do pronalazaka[2].

PRONALASCI I NJIHOVA PRAVNA ZAŠTITA

Iako ne postoji jedinstvena definicija pronalaska, u patentnom pravu se smatra da pronalazak predstavlja rešenje određenog problema[3,4]. Suština ove definicije ogleda se u tome da pronalazak mora imati tehničku prirodu i pripadati nekoj oblasti tehnike, za razliku od drugih tvorevina ljudskog uma, kao što su estetske kreacije, s jedne strane, ili otkrića, naučne teorije i matematičke metode, planovi, pravila i postupci za obavljanje intelektualnih delatnosti, za igranje igara ili za obavljanje poslova, programi računara i slično, s druge strane, za koje se smatra da kao takvi nemaju tehničku prirodu i da stoga ne predstavljaju pronalaske u smislu patentnog prava[5].

---

[1] Kamil Idris, *Intelektualna svojina – moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Zavod za intelektualnu svojinu, Balkan Kult, Beograd, 2003, str. 21 i dalje.

[2] Snežana Šarboh, *Prava industrijske svojine u Srbiji kroz praksu Zavoda za intelektualnu svojinu*, Zbornik radova savetovanja "Zlatiborski dani prava", Zlatibor, 16–19. mart 2009, str. 180–187.

[3] Slobodan Marković, *Korisni model – uporednopravna analiza i jugoslovensko pravo de lege ferenda*, Savezni zavod za patente, Pronalazaštvo, Beograd, 1992, str. 16–20.

[4] Vesna Besarović, *Intelektualna svojina – industrijska svojina i autorsko pravo,* Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005, str. 65–68.

[5] Guidelines for Examination in the European Patent Office, *http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/2A358516CE34385CC125833700498332/$File/guidelines_for_examination_2018_hyperlinked_en.pdf* , 01.09.2019.

Svrha patenta je da obezbedi zaštitu za pronalazak. Ova zaštita daje nosiocu patenta isključiva prava, tj. takozvana imovinska, odnosno materijalna prava da pravi, koristi, odnosno da stavlja u promet zaštićeni pronalazak. Osim toga, nosilac patenta ima pravo da spreči svako treće lice da to isto čini bez njegove saglasnosti. Pored imovinskih prava pronalazač stiče još i moralna prava, odnosno pravo da bude naveden kao tvorac pronalaska[6].

Savremeni sistem za zaštitu pronalazaka uspostavljen je polovinom XIX veka, i to prvo usvajanjem niza nacionalnih zakona, a zatim i Pariske konvencije iz 1883. godine, koja predviđa isti tretman za domaća i strana lica u zemlji članici Pariske unije[7]. Uprkos tome, u ovom periodu su i dalje postojale brojne specifičnosti u zaštiti i ostvarivanju prava u pojedinim zemljama.

Sadašnje stanje karakteriše znatno veća harmonizacija pravne regulative u ovoj oblasti, koju posredstvom TRIPS-a[8] diktiraju STO (Svetska trgovinska organizacija, engl. World Trade Organization) i WIPO (Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, engl. World Intellectual Property Organization), pri čemu je pomenuti proces harmonizacije došao do izražaja naročito u oblasti patenata.

KORISNI MODEL KAO OBLIK PRAVNE ZAŠTITE PRONALAZAKA U UPOREDNOM PRAVU

U većem broju zemalja, pored patenta predviđen je još jedan oblik pravne zaštite za pronalaske, koji se u različitim zemljama pojavljuje pod različitim nazivima: korisni model ("Gebrauchmuster") u Nemačkoj, mali patent u Srbiji ili inovacioni patent u Australiji ("innovation patent")[9]. Ovde treba posebno naglasiti da korisni model, kao oblik pravne zaštite za pronalaske, ne postoji u svim članicama Pariske unije. Između ostalih, on nije predviđen u Sjedinjenim Američkim Državama i Kanadi, a od članica Evropske patentne organizacije u Velikoj Britaniji, Holandiji, Belgiji, Švedskoj i Švajcarskoj. S druge strane, ne postoji takozvani "evropski korisni model", koji bi nalikovao evropskom patentu koji se odobrava u skladu sa Konvencijom o evropskom patentu. Naime, iako je 1997. godine

[6] S. Šarboh, nav. delo, str. 180–187.

[7] Vesna Besarović, *Intelektualna svojina – industrijska svojina i autorsko pravo,* Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005, str. 218–219.

[8] Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine, (engl. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual property Rights), *https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#TRIPs*, 01.09.2019.

[9] Snežana Šarboh, Jelena Popović, *Dvadeset godina malog patenta u našem pravu industrijske svojine,* "Pravni život", br. 11/2015, Tom III, Beograd, str. 529–536.

bio pripremljen predlog Direktive o zaštiti korisnim modelom, koji je bio dopunjen 1999. godine, rad na njemu je prvo bio suspendovan 2000. godine, i to zbog nemogućnosti usaglašavanja zemalja učesnica, a zatim je konačno povučen 2006. godine[10].

Iako je ovo pravo industrijske svojine nastalo pre više od jednog veka, i to u Nemačkoj, gde je 1. juna 1891. godine donet prvi Zakon o korisnom modelu, dok je 1905. godine to učinio i Japan, od posebnog značaja je to što je stepen njegove harmonizacije na međunarodnom nivou i ostao dalje na srazmerno niskom nivou[11]. To se vidi već iz samog njegovog naziva, ali se isto tako odnosi i na skoro sve druge njegove aspekte: predmet i uslove zaštite, izuzeća od zaštite, dužinu i obim trajanja prava, mogućnosti sprovođenja prava iz korisnog modela i drugo.

Upravo ovakva raznovrsnost odredaba vezanih za korisni model svakoj zemlji pojedinačno ostavlja mogućnost da svoj sistem zaštite pronalazaka korisnim modelom prilagodi svojim potrebama i mogućnostima, a pre svega u cilju ostvarivanja definisanih razvojnih, privrednih i drugih ciljeva. Ovo posebno omogućava činjenica da su na međunarodnom nivou korisni modeli obuhvaćeni Pariskom konvencijom o industrijskoj svojini, kao i da su uključeni u sistem međunarodnog podnošenja prijava patenata putem Ugovora o saradnji u oblasti patenata (engl. Patent Cooperation Treaty (skr. PCT), ali ne i u TRIPS[12]. Što se tiče legislative Evropske unije, za korisne modele su relevantne Direktiva 2004/48/EC o sprovođenju prava intelektualne svojine[13] i Uredba 608/2013 o sprovođenju prava intelektualne svojine od strane carinskih organa[14].

PREDMET ZAŠTITE KORISNIM MODELOM

Između predmeta zaštite korisnim modelom u različitim zemljama postoje velike razlike. S jedne strane, u nekim zemljama ne postoje nikakve razlike između predmeta zaštite patentom i korisnim modelom; ovo je slučaj, na primer,

[10] Utility models, *https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/patents/utility-models_en*, 05.09.2019.

[11] Everything you need to know: utility model, *https://www.upcounsel.com/utility-model*, 05.09.2019.

[12] *Ibidem*.

[13] Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0048R(01)&from=EN, 05.09.2019.*

[14] Regulation (EU) No 608/2013 on enforcement of intellectual property rights, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:181:0015:0034:en:PDF, 05.09.2019.

u Austriji i Francuskoj[15]. Drugu krajnost predstavljaju odredbe prema kojima predmet zaštite korisnim modelom mora imati fizičku formu, odnosno prostorni oblik, čime su iz zaštite isključene, pre svega, sve vrste postupaka, uključujući tu hemijske i biotehnološke postupke. Ovakva zakonska rešenja postoje u Češkoj Republici, Poljskoj, Danskoj, Finskoj, Italiji, Španiji[16], ali i u Republici Srbiji. Naime, članom 163. stav 2 aktuelnog Zakona o patentima[17] predviđeno je da se malim patentom mogu štititi samo uređaji, odnosno rešenja koja se odnose na konstrukciju nekog proizvoda ili raspored njegovih sastavnih delova, iz čega proizilazi da se malim patentom, osim postupaka, ne mogu štititi ni supstanca ili kompozicija[18].

Što se tiče tvorevina koje se ne smatraju pronalascima i izuzetaka od patentabilnosti, za njih u najvećem broju slučajeva važe iste zakonske odredbe kao i za patente (kao što su pronalasci čija bi komercijalna upotreba bila protivna javnom poretku ili moralu, te pronalasci koji se odnose na hirurške ili dijagnostičke postupke ili postupke lečenja koji se primenjuju neposredno na ljudskom ili životinjskom telu, biljna sorta ili životinjska rasa)[19].

USLOVI ZAŠTITE PRONALASKA KORISNIM MODELOM

U pogledu uslova zaštite korisnim modelom postoji velika raznolikost, ali se aktuelna rešenja mogu podeliti u nekoliko osnovnih grupa. Prva podela se može izvršiti na osnovu toga da li predmet prijave korisnog modela mora zadovoljavati uslov apsolutne novosti, odnosno novosti na svetskom nivou ili uslov relativne novosti, koja obično predstavlja novost na nivou specifične zemlje. Danas je uslov apsolutne novosti preovlađujući, dok se uslov relativne novosti primenjuje u malom broju zemalja, kao što su Nemačka, Španija i Turska[20]. S druge strane, u nekim zemljama – na primer, Japanu, Južnoj Koreji, Kini, Nemačkoj i Češkoj Re-

[15] Study on the economic impact of the utility model legislation in selected Member States *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830fedd7-a1cf-46bd-a460-ba4a9eb01e63*, 06.09.2019.

[16] Utility Models in Southeast Asia and Europe and their Strategic Use in Litigation, *http://www.managingip.com/pdfs/Events/Global%20IP/Day2_15.00_FritzWetzel.pdf,* 06.09.2019.

[17] Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 113/17 i 95/18

[18] S. Šarboh, J. Popović, nav. delo.

[19] S. Šarboh, J. Popović, nav. delo.

[20] Utility Models in Southeast Asia and Europe and their Strategic Use in Litigation, *http://www.managingip.com/pdfs/Events/Global%20IP/Day2_15.00_FritzWetzel.pdf,* 06.09.2019.

publici – postoje posebne odredbe u vezi sa otkrivanjem pronalaska bez štetnih posledica po novost, koje omogućavaju da pronalazak bude otkriven javnosti u izvesnom periodu pre podnošenja prijave korisnog modela (za prve tri navedene zemlje ovaj period je 12 meseci, a za preostale dve 6 meseci)[21].

Druga podela je vezana za inventivni nivo koji je potreban za ostvarivanje zaštite korisnim modelom. Naime, predmet prijava korisnog modela često predstavljaju pronalasci koji nastaju u proizvodnji ili su realizovani od strane samostalnih pronalazača ili malih i srednjih preduzeća, čiji doprinos tehnološkom znanju prevazilazi tehničku inovaciju, ali nemaju inventivni nivo potreban za patent. Zbog toga je u većini zemalja u čijem je sistemu zaštite industrijske svojine predviđen korisni model nivo inventivnosti potreban za zaštitu korisnim modelom niži nego za patente (na primer, u Španiji, Italiji, Danskoj i Poljskoj). Međutim, postoji i grupa zemalja u kojima je inventivni nivo jednak onome koji je potreban za patent, a tu spadaju Francuska, Austrija i Srbija. Za razliku od toga, u Kini, Japanu i Turskoj za korisni model uopšte nije potrebna inventivnost pronalaska[22].

NASTANAK, OBIM I TRAJANJE PRAVA IZ KORISNOG MODELA

Posle podnošenja prijave korisnog modela, u najvećem broju zemalja (na primer, Republici Srbiji, Danskoj, Kini i Japanu) vrši se samo formalno ispitivanje prijave. Međutim, u pojedinim zemljama se obavezno izrađuje izveštaj o pretraživanju, na primer, u Austriji, dok se u nekim zemljama, kao što je Poljska, vrši i suštinsko ispitivanje prijava. Nasuprot tome, postoje i zemlje gde se prijave korisnog modela objavljuju čak i bez formalnog ispitivanja, na primer, u Španiji, s tim što zainteresovana lica mogu podneti prigovor u predviđenom periodu posle objave korisnog modela[23].

U većini zemalja koje odobravaju korisne modele obim prava iz korisnog modela identičan je kao onaj iz patenta (Nemačka, Austrija, Španija, Francuska, Srbija). Međutim, imajući u vidu da se radi o pravu industrijske svojine koje nije ispitano, mogućnosti njegovog sprovođenja u pojedinim zemljama su ograničene sve dok se ne izvrši suštinsko ispitivanje korisnog modela (na primer, u Srbiji, gde

[21] *Ibidem*.

[22] Study on the economic impact of the utility model legislation in selected Member States, *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830fedd7-a1cf-46bd-a460-ba4a9eb01e63*, 06.09.2019.

[23] *Ibidem*.

je sprovođenje prava iz malog patenta uslovljeno izradom potvrde o ispitivanju malog patenta, shodno odredbama člana 166. stav 7. Zakona o patentima)[24,25].

Što se tiče trajanja prava iz korisnog modela, ono je u opštem slučaju kraće od trajanja patenta. U većini zemalja pravo iz korisnog modela traje 10 godina, mada postoje i izuzeci, kao što je Francuska, gde njegovo trajanje iznosi samo 6 godina.[26]

DRUGE POSEBNE KARAKTERISTIKE KORISNOG MODELA

Korisni model ima još nekoliko posebnih karakteristika u poređenju sa patentom. Kao prvo, u većini zemalja je moguće pretvoriti prijavu korisnog modela u prijavu patenta. U Republici Srbiji ne samo da postoji mogućnost da se do donošenja rešenja o priznanju malog patenta podnese zahtev za pretvaranje prijave malog patenta u prijavu patenta, već takođe i mogućnost podnošenja zahteva za pretvaranje prijave malog patenta u prijavu dizajna i obrnuto, koja shodno odredbama člana 166 Zakona o patentima[27] zadržava datum podnošenja prvobitne prijave. Međutim, u pojedinim zemljama ne postoji mogućnost pretvaranja prijave korisnog modela u prijavu patenta, na primer, u Francuskoj i Nemačkoj. S druge strane, u nekim zemljama je predviđena mogućnost da se iz podnete prijave patenta istovremeno izvede i prijava korisnog modela, pri čemu se u tom slučaju postupci po njima vode uporedo. Ovo, između ostalog, važi za Nemačku, Austriju i Dansku.

Takođe, podnosilac može istovremeno podneti i prijavu korisnog modela, i prijavu patenta, te dobiti rešenja za svaku od njih budući da je u većini zemalja moguće imati istovremenu, odnosno kumulativnu zaštitu za isti pronalazak i korisnim modelom, i patentom, mada postoje i pojedini izuzeci, kao što su Italija i Poljska[28].

PREDNOSTI I NEDOSTACI KORISNOG MODELA

Činjenica da korisni model postoji u većini članica Evropske patentne organizacije, Evroazijske patentne organizacije zemalja Dalekog Istoka, kao i u zemlja-

[24] Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 113/17 i 95/18.

[25] S. Šarboh, J. Popović, nav. delo.

[26] Study on the economic impact of the utility model legislation in selected Member States, *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830fedd7-a1cf-46bd-a460-ba4a9eb01e**63,*** 06.09.2019**.**

[27] Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 113/17 i 95/18.

[28] *Ibidem*.

ma drugih regiona ukazuje na opravdanost njegovog postojanja u savremenim sistemima zaštite industrijske svojine. Samo u Kini se godišnje podnese više od 1.000.000 prijava korisnih modela (podaci iz 2015. godine), od čega preko 99% od strane domaćih fizičkih i pravnih lica[29].

Razlozi za to su određene prednosti korisnog modela. Kao prvo, postupak po prijavi korisnog modela je u većini zemalja veoma brz i jednostavan budući da se svodi na formalno ispitivanje prijave. U proseku trajanje ovog postupka se kreće u rasponu od 2 do 6 meseci, mada postoje i izuzeci (na primer, u Poljskoj ceo postupak može trajati čak do 5 godina, jer se vrši suštinsko ispitivanje svake prijave korisnog modela)[30].

Kao drugo, jednostavnost i brzina sprovođenja postupka ispitivanja prijave korisnog modela su obično praćeni znatno nižim iznosima taksi u odnosu na odgovarajuće takse za patent, što može biti od posebnog značaja za određene kategorije podnosilaca kao što su samostalni pronalazači, mala i srednja preduzeća[31].

Kao treće, kriterijumi patentibilnosti za korisni model su najčešće niži nego za patent, što se naročito odnosi na inventivni nivo, o čemu je već bilo reči u prethodnom delu[32].

Kao četvrto, korisni modeli mogu predstavljati jedino rešenje u pogledu zaštite za podnosioce koji su izvršili otkrivanje pronalaska pre podnošenja prijave, što važi samo za zemlje u kojima je predviđen period neškodljivog otkrivanja pronalaska.

S druge strane, korisni modeli imaju i izvesne nedostatke. Kao prvo, u većini zemalja je mogućnost zaštite pronalazaka korisnim modelom ograničena na prostorne forme, dok se druge vrste pronalazaka ne smatraju podobnim za zaštitu korisnim modelom. Kao drugo, trajanje korisnog modela je kraće od trajanja patenta. Naime, prema međunarodnim standardima koje pre svega diktira TRIPS, trajanje patenta iznosi 20 godina, a u slučaju pojedinih farmaceutskih proizvoda i proizvoda za zaštitu bilja zahvaljujući sertifikatu o dodatnoj zaštiti može biti i duže, dok trajanje korisnog modela u većini zemalja iznosi 10 godina, ili čak samo 6 godina u nekima od njih. Kao treće, korisni model kao neispitano pravo

[29] Statistical Country Profiles – China, *https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=CN,* 07.09.2019.

[30] Study on the economic impact of the utility model legislation in selected Member States, *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830fedd7-a1cf-46bd-a460-ba4a9eb01e63,* 06.09.2019.

[31] S. Šarboh, J. Popović, nav. delo.

[32] *Ibidem*.

industrijske svojine sa sobom povlači pravnu neizvesnost kako za svog nosioca, tako i za lica koja eventualno vrše povredu prava iz korisnog modela[33].

PERSPEKTIVE DALJEG RAZVOJA KORISNOG MODELA

Imajući u vidu njegovu dugu istoriju, može se zaključiti da je korisni model do sada u velikoj meri ispunio zadate ciljeve obezbeđivanja brze i jeftine zaštite za pronalaske nižeg inventivnog nivoa u odnosu na patent[34].

Njegovi glavni korisnici su pre svega samostalni pronalazači i mala i srednja preduzeća, kojima je primarni cilj ostvarivanje što brže i jeftinije zaštite. Drugu ciljnu grupu predstavljaju fakulteti i istraživačke institucije, čiji ciljevi su slični, a pored toga im odgovaraju i odredbe o neškodljivom otkrivanju pronalaska koje postoje u nekim zemljama. Ovo je pretežno uzrokovano činjenicom da su oni prvenstveno fokusirani na objavu radova u naučno-stručnim publikacijama, a tek potom za iskorišćavanje svojih pronalazaka u praksi, koji posle objave radova postaju deo stanja tehnike, odnosno gube novost, zbog čega više ne mogu biti zaštićeni. Treću ciljnu grupu predstavljaju podnosioci koji su istovremeno sa prijavom patenta podneli i prijavu korisnog modela, sa ciljem obezbeđivanja privremene zaštite pronalazaka do okončanja postupka po prijavi patenta. U ovom slučaju korisni model ima funkciju takozvane "pomoćne zaštite" za pronalazak[35]. Sledeću ciljnu grupu čine podnosioci čiji pronalasci imaju veoma kratak životni vek, tako da mogu da zastare pre okončanja postupka po prijavi patenta (koji u slučaju postojanja suštinskog ispitivanja traje minimalno 2 godine ili više), a kojima je zbog toga važno da obezbede zaštitu pronalaska u što kraćem roku.

ZAKLJUČAK

I posle skoro 130 godina od svog nastanka, korisni model, kao alternativni oblik pravne zaštite za pronalaske i dalje ima svoje mesto u sistemu zaštite industrijske svojine. Iako se u različitim zemljama pojavljuje pod različitim nazivima: korisni model, mali patent ili inovacioni patent, činjenica je da danas korisni model postoji u većini članica Evropske patentne organizacije, Evroazijske patentne organizacije, i u drugim zemljama, uz značajne izuzetke Sjedinjenih Američkih

[33] Study on the economic impact of the utility model legislation in selected Member States, *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830fedd7-a1cf-46bd-a460-ba4a9eb01e63,* 06.09.2019.

[34] S. Šarboh, J. Popović, nav. delo.

[35] S. Marković, nav. delo, str. 51–55.

Država, Kanade i Velike Britanije. Stepen njegove harmonizacije na međunarodnom nivou je i dalje srazmerno nizak, a pored njegovog naziva, odnosi se na skoro sve druge njegove aspekte: predmet i uslove zaštite, izuzeća od zaštite, dužinu i obim trajanja prava, mogućnosti sprovođenja prava iz korisnog modela i drugo. Međutim, upravo izostanak njegove harmonizacije ostavlja mogućnost svakoj zemlji pojedinačno da svoj sistem zaštite pronalazaka korisnim modelom uskladi sa svojim potrebama i mogućnostima, za razliku od patenata, kod kojih je stepen harmonizacije na međunarodnom nivou veoma visok, pre svega zahvaljujući odredbama TRIPS-a.

SNEŽANA ŠARBOH, Ph.D.,
Senior counsellor, in Department for mechanical
engineering, electrical engineering and general technics
Intellectual Property Office, Belgrade

UTILITY MODEL – CHARACTERISTICS AND ROLE IN THE FRAMEWORK OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

Summary

In addition to the patent, there is another form of legal protection for inventions, which in different countries comes under different names: utility model, petty patent, or innovation patent. A utility model exists in most members of the European Patent Organization, the Eurasian Patent Organization, the Far East, as well as countries in other regions, but not in the United States. Although this industrial property right originated more than a century ago, the degree of its harmonization at the international level has remained relatively low. This is evident from its very name, but it also applies to almost all other aspects of it: the subject matter and conditions of protection, exceptions to protection, the length and scope of rights, the possibility of enforcement of rights from a utility model, and more. However, it is precisely this diversity of utility model provisions that enables each country to adapt individually its invention protection system by utility model to its own needs and capabilities, which indicates the justification for its existence in contemporary industrial property protection systems.

Key words: utility model, inventions, harmonization, Paris convention

MIRELA BOŠKOVIĆ

PRAVNA ZAŠTITA POSLOVNE TAJNE

Poslovna tajna kao poverljiva informacija predstavlja značajan i često jedan od najvrednijih segmenata poslovanja i važan deo imovine privrednih subjekata i zbog toga zahteva efikasno pravno uređenje koje će obezbediti odgovarajuće mere za njenu zaštitu od neovlašćenog korišćenja od strane trećih lica i ujedno za očuvanje etičkih poslovnih standarda i lojalnog ponašanja na tražištu.U radu je data analiza pojma i specifičnosti poslovne tajne kao i zakonskih rešenja sadržanih u Zakonu o zaštiti poslovne tajne čijim donošenjem je Srbija svoje zakonodavstvo u ovoj oblasti uskladila za zahtevima iz Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.

Ključne reči: *neotkrivena informacija, poslovna tajna, nelojalna konkurencija*

U V O D

Poslovanje u savremenom tržišnom i poslovnom okruženju koje karakteriše izrazita i često bespoštedna borba za sticanje dominacije na tržištu, postavlja pred privredne subjekte i sve druge aktere u tržišnoj utakmici jedan novi izazov. Reč je o potrebi da se mnoge važne poslovne informacije koje u sebi često nose ogromnu ekonomsku vrednost sačuvaju neotkrivene od konkurenata. Ovo je utoliko važnije ali i teže, kada se imaju u vidu savremena sredstva komunikacije koja u velikoj meri doprinose tome da te informacije postaju veoma lako dostupne najširoj javnosti.

Mr Mirela Bošković, zastupnik za prava intelektualne svojine, zaposlena u Živko Mijatović and Partners d.o.o., Beograd.

POJAM I SPECIFIČNOSTI POSLOVNE TAJNE

Pojam poslovne tajne

Poslovna tajna u najširem smislu je bilo koja poverljiva poslovna informacija koja nekom fizičkom ili pravnom licu obezbeđuje prednost u odnosu na konkurenciju, koja poseduje tržišnu vrednost zato što je tajna i za koju lice koje je poseduje preduzima razumne mere za očuvanje tajnosti. Tako, poslovnom tajnom mogu da se štite proces proizvodnje, rezultati ispitivanja tržišta, profili potrošača, finansijski podaci, planovi poslovanja, spiskovi dobavljača i klijenata, cenovnici, poslovne strategije, reklamne stategije, dizajni, crteži, arhitektonski projekti, građevinski nacrti i sl. Takođe, ugovori o radu i o licenci poslovne tajne po pravilu uključuju obavezu čuvanja tajnosti (tzv. *non-disclosure agreements*). Isto tako, i podaci o testovima i rezultatima ispitivanja predstavljaju posebnu vrstu tajnih podataka koje lice koje ih po zakonu kontroliše mora da otkrije prilikom podnošenja nadležnom državnom organu zahteva za izdavanje odobrenja za stavljanje u promet lekova ili poljoprivrednih hemijskih proizvoda koji koriste nova hemijska jedinjenja. Pored toga, i sve kreativne tvorevine koje se štite pravima intelektualne svojine u sebi inkorporišu i poslovnu tajnu koja ima komercijalnu vrednost i koja kao takva treba da bude zaštićena od svih akata nelojalne konkurencije.

Specifičnosti poslovne tajne

Odsustvo formalnosti. – Za razliku od drugih prava intelektualne svojine čija zaštita podrazumeva ispunjavanje određenih formalnosti, za zaštitu podataka putem poslovne tajne nije potrebna bilo kakva formalna registracija. Drugim rečima, poslovna tajna nije nigde formalno upisana, odnosno evidentirana, jer bi to bilo suprotno njenom karakteru tajnosti. Međutim, poslovna tajna upravo zbog toga što predstavlja tajni podatak koji njenom držaocu obezbeđuje prednost u odnosu na konkurenciju, uživa ogromnu tržišnu vrednost (npr. formula Cocacole, hemijske formule u farmaceutskoj industriji i sl.).

Poslovna tajna nema svojinski karakter. – Pored toga poslovnu tajnu odlikuje činjenica da ona nema svojinski karakter, pa se zbog toga niko ne može deklarisati kao njen vlasnik već samo kao držalac, što je takođe definisano Zakonom o zaštiti poslovne tajne. To znači da držalac poslovne tajne nema isključivo pravo da je koristi, niti da zabrani trećim licima da je pribave, otkriju ili koriste. Ono što držalac poslovne tajne može da učini, to je da spreči njeno pribavljanje od strane trećih lica na način suprotan dobrim poslovnim običajima i korišćenje tako pribavljene poslovne tajne. Drugim rečima, ako je poslovna tajna pribavljena na na-

čin koji nije suprotan dobrim poslovnim običajima, onda za njeno korišćenje ili bilo kakvo drugo raspolaganje nije potrebna saglasnost prethodnog držaoca poslovne tajne.

Da bi se razumeo *ratio* koncepta odsustva svojinskog karaktera poslovne tajne, treba imati u vidu da je neophodno obezbediti jedan pravičan balans između prava poslodavca na tajnost informacije kojom raspolaže, s jedne strane, i prava zaposlenog da tu istu informaciju koristi u obavljanju svoje svakodnevne radne delatnosti kod poslodavca, s druge strane. Drugim rečima, držalac poslovne tajne, tj. lice koje ima kontrolu nad njom s punim pravom želi da se osigura da njegova informacija koja za njega ima određenu ekonomsku vrednost ne dospe u ruke konkurenata. S druge strane, zbog neophodnosti obavljanja radnih zadataka, držalac poslovne tajne mora imati pravo da otkrije poverljivu informaciju svojim zaposlenima u onoj meri u kojoj je to neophodno radi obavljanja njihovih radnih zadataka.

Zbog svega navedenog, neophodno je zakonom propisati pravna sredstva koja će obezbediti delotvornu zaštitu poverljivih informacija koje zakonito kontroliše fizičko ili pravno lice od različitih akata neovlašćenog otkrivanja, sticanja ili korišćenja od strane trećih lica. Na taj način se održavaju i etički poslovni standardi što u krajnjoj instanci ohrabruje istraživačke aktivnosti i inovativnost.

ZAKONSKO UREĐENJE POSLOVNE TAJNE

Poslovna tajna u uporednom pravu

Zanimljivo je da većina država članica Evropske unije uglavnom ne sadrži posebne propise o zaštiti poslovne tajne. Modaliteti zaštite poslovne tajne u različitim zakonodavstvima su sledeći: zaštita poslovne tajne u okviru opšteg koncepta zaštite od nelojalne konkurencije (Nemačka, Poljska, Španija, Francuska), zaštita poslovne tajne u okviru propisa kojima se uređuje zaštita intelektualne svojine (Italija). Jedino je u Sjedinjenim Američkim Državama zaštita poslovne tajne uređena posebnim propisom (*Uniform Trade Secrtet Act*). Prema definiciji koju sadrži *Uniform Trade Secred Act* poslovna tajna je definisana kao "informacija koja (i) poseduje ekonomsku vrednost … koja nije opšte poznata i nije lako dostupna drugim licima koja bi mogla imati ekonomsku korist od njenog otkrivanja ili korišćenja, i (ii) koja je predmet razumnih mera i napora za očuvanje njene tajnosti".[1]

[1] UniformTradeSecretact, § 1(4).

Budući da se pokazalo da je zbog različitih modaliteta regulisanja zaštite poslovne tajne u zemljama Evropske unije i nivo zaštite poslovne tajne na nivou Evropke unije neujednačen, došlo je do inicijative za izradu posebne direktive koja će urediti ovu oblast. Povod za izradu direktive je zapravo jedno istraživanje koje je sprovedeno među značajnim i velikim evropskim preduzećima o korišćenju poslovne tajne i rizicima koji predstavljaju prateću pojavu u slučaju njene neadekvatne zaštite ili čak nepostojanja bilo kakve zaštite. Ovo istraživanje je pokazalo da samo mali broj država članica Evropske unije zakonski definiše poslovnu tajnu ili uopšte navodi kada bi ona trabalo da bude zaštićena i pod kojim uslovima. Pored toga istraživanje je pokazalo da većina država čak ni svojim krivičnim zakonodavstvom ne tretira slučajeve povrede poslovne tajne, kao i da većina država članica ne predviđa sudsku zaštitu za one koji pretrpe štetu zbog neovlašćenog pribavljanja poslovne tajne.[2] Tako je 2016. na nivou Evropske unije usvojena Direktiva (EU) 2016/943 Evropskog parlamenta i Saveta od 8. juna 2016. o zaštiti neotkrivenih know-how i poslovnih informacija (poslovnih tajni) od njihovog nezakonitog pribavljanja, korišćenja i otkrivanja. Navedena direktiva daje sledeću definiciju poslovne tajne: "poslovnom tajnom se smatra informacija koja ispunjava sve sledeće uslove: (a) da je tajna u smislu da nije kao celina ili u preciznoj konfiguraciji i skupu svojih delova opštepoznata ili lako dostupna licima iz krugova koji se obično bave takvom vrstom informacija; (b) da ima komercijalnu vrednost zato što je tajna; (c) da je od strane lica koje ih zakonito kontroliše bila predmet razumnih mera u datim okolnostima radi očuvanja njene tajnosti:"[3]

Zakonsko uređenje poslovne tajne u Srbiji

U Republici Srbiji je inicijativa za donošenje Zakona o zaštiti poslovne tajne pokrenuta tokom pregovora za pristupanje Svetskoj trgovinskoj organizaciji, kada se u cilju usklađivanja propisa pokazala neophodnost njenog zakonskog uređivanja. Iako ne spada u klasična prava intelektualne svojine, poslovnu tajnu kao takvu tretira Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine koji predviđa sledeće: "U svrhu ovog Sporazuma, izraz "intelektualna svojina" se odnosi na sve kategorije intelektualne svojine koje su predmet Odeljaka 1 do 7 Dela

[2] Marijana Dukić Mijatović, Sanja Goneta "Pravna zaštita poslovne tajne u Evropskoj uniji", *Monografska studija*, 15.09.2015.

[3] Poglavlje I, čl. 2, st. 1, tač. 1 DIRECTIVE (EU) 2016/943 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 157/1.

II."[4] i koji u posebnoj odredbi daje i definiciju poslovne tajne.[5] Naime, članom 39. TRIPS sporazuma propisano je da su države članice u obavezi da u cilju obezbeđenja efikasne zaštite od nelojalne konkurencije u smislu člana 10bis Pariske konvencije, u svojim nacionalnim zakonodavstvima predvide pravna sredstva za zaštitu poslovne tajne. Opšti stav država članica Svetske trgovinske organizacije je bio da postojeći pravni režim u Srbiji ne obezbeđuje potpunu i delotvornu zaštitu poslovne tajne na način koji propisuje Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.

Treba reći da u našem pravnom sistemu, dugi niz godina nije postojao celovit poseban zakon koji bi se bavio isključivo pitanjem poslovne tajne, već su posebne odredbe o poslovnoj tajni bile sadržane u različitim propisima i to: Zakonu o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004), Zakonu o lekovima i medicinskim sredstvima (*Službeni glasnik RS*, br. 30/2010), Zakonu o sredstvima za zaštitu bilja (*Službeni glasnik*, *RS,* br. 30/2010), Zakonu o trgovini (*Službeni glasnik RS*, br. 53/2010) i Zakonu o tajnosti podataka (*Službeni glasnik RS*, br. 104/2009). Navedeni zakoni tretiraju pitanje poslovne tajne i uređuju dužnost čuvanja poslovne tajne u skladu sa konkretnim predmetom zakonskog regulisanja. Tako, Zakon o privrednim društvima u članu 38. uređuje poslovnu tajnu u oblasti poslovanja privrednih društava. S druge strane, Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima u članu 207. uređuje pitanje poverljivosti podataka koji se dostavljaju nadležnom organu u postupku pribavljanja dozvole za stavljanje leka u promet, a Zakonom o tajnosti podataka uređuje se jedinstven sistem određivanja i zaštite tajnih podataka koji su od interesa za nacionalnu i javnu bezbednost, odbranu, unutrašnje i spoljne poslove Republike Srbije. Takođe, članom 50. Zakona o trgovini uređeno je da se nepoštenom konkurencijom između ostalog smatra isticanje, korišćenje i odavanje poslovne tajne bez saglasnosti njenog imaoca, radi otežavanja njegovog položaja na tržištu.

Međutim, imajući u vidu da poverljivi podaci za koje postoji potreba zaštite od akata nelojalne konkurencije mogu biti sastavni deo najšireg spektra aktivnosti kako u oblasti privrednog poslovanja, tako i u oblasti nauke i tehnologije, pokazalo se kao neophodno da se jednim opštim propisom uredi pojam poslovne tajne, uslovi pod kojima se neka poverljiva informacija može smatrati poslovnom tajnom, kao i radnje koje se smatraju zakonitim, odnosno koje se smatraju nezakonitim pribavljanjem, korišćenjem i otkrivanjem poslovne tajne. S tim u vezi, od posebnog je značaja propisivanje mera građansko-pravne zaštite za slučaj povre-

[4] Čl. 1, st. 2 Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.

[5] Član 39. Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.

de poslovne tajne kako bi njihova zaštita od svih akata nelojalne konkurencije bila efikasno ostvarena.

Pravna zaštita poslovne tajne u Srbiji na jedan sveobuhvatan način prvi put je regulisana Zakonom o zaštiti poslovne tajne (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011). Ovaj zakon je zasnovan na principu poverljivosti i sprečavanju nelojalne konkurencije. Važno je naglasiti da prihvatanje principa poverljivosti znači ujedno usvajanje koncepta prema kome poslovna tajna nema svojinski karakter već se zasniva na odnosu poverenja između strana. Drugim rečima, sve dok je taj odnos zasnovan na poverenju, poverljiva informacija može da uživa zaštitu od neovlašćene upotrebe. Takođe, i sam institut nelojalne konkurencije usmeren je prvenstveno na očuvanje poslovne etike i morala i bavi se pre svega poslovnim ponašanjem između konkurenata na tržištu. Ovaj koncept je prihvaćen u većini zemalja kontinentalnog pravnog sistema, a proizilazi i iz odredaba Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine koji propisuje obavezu zaštite poslovne tajne kroz pravila o sprečavanju nelojalne konkurencije.

Pri tome ne sme se zapostaviti činjenica da upravo zbog odsustva svojinskog karaktera i formalne registracije, zbog činjenice da poslovna tajna nema svojinski karakter i da se koncept poslovne tajne najpre bazira na principu poverljivosti, kao i zbog ogromne vrednosti koju jedna poverljiva informacija može da ima za konkurenciju, postoji objektivna mogućnost da takva informacija postane predmet akata nelojalne konkurencije (npr. industrijska špijunaža, povreda ugovora, zloupotreba poverenja i sl.).

DEFINICIJA POSLOVNE TAJNE PREMA ZAKONU O ZAŠTITI POSLOVNE TAJNE

Opšta definicija

Poslovna tajnom se smatra bilo koja informacija koja ima komercijalnu vrednost zato što nije opštepoznata niti je dostupna trećim licima koja bi njenim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist, i koja je od strane njenog držaoca zaštićena odgovarajućim merama u skladu sa zakonom, poslovnom politikom, ugovornim obavezama ili odgovarajućim standardima u cilju očuvanja njene tajnosti, a čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu držaocu poslovne tajne.[6] Iz navedene definicije se može zaključiti da sama činjenica da je neka informacija proglašena poverljivom ne podrazumeva automatski da će ona biti tretirana kao poslovna tajna već je neophodno da ispuni određene uslo-

[6] Čl. 4, st. 1. Zakona o zaštiti poslovne tajne (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011).

ve propisane zakonom. Suštinski elementi koji jednu informaciju čine poslovnom tajnom i koji su neophodni za ostvarivanje njene pravne zaštite su: tajnost neotkrivene informacije, tržišna vrednost te informacije i razumne mere za očuvanje njene tajnosti. Ovi uslovi moraju da budu ispunjeni kumulativno.

Tajnost neotkrivene informacije. – Da bi se jedna neotkrivena informacija smatrala poslovnom tajnom ona mora biti poverljiva ili tajna. Opštepoznate ili odmah utvrdive informacije ne mogu se zaštititi poslovnom tajnom, a čak i informacije koje se teško saznaju mogu izgubiti zaštitu ako lice koje ih kontroliše ne preduzme odgovarajuće mere predostrožnosti da sačuva njihovu poverljivost ili tajnost.

Tajnost u smislu odredaba ovog zakona podrazumeva objektivne standarde tajnosti, tako da je u svakom konkretnom slučaju potrebno dokazati da ta informacija nije opštepoznata ili lako dostupna licima u krugovima koji se uobičajeno bave tom vrstom informacija. Da bi se jedna informacija smatrala poslovnom tajnom ne zahteva se apsolutna tajnost, već je bitno da ta informacija nije opštepoznata ili lako dostupna relevantnim krugovima javnosti. Tako, na primer, moguće je određenu informaciju saopštiti drugim licima a da se pritom ne ugrozi njen status poslovne tajne, pod uslovom da su lica kojima je otkrivena obavezana određenim pravnim sredstvima da je ne otkrivaju trećim licima (npr. ugovorom, zakonskim odredbama o čuvanju poslovne tajne i sl.).

Tržišna vrednost neotkrivene informacije. – Neotkrivena informacija sama po sebi ne predstavlja poslovnu tajnu ukoliko nema tržišnu vrednost. Informacija će imati tržišnu vrednost zbog koje će se smatrati poslovnom tajnom ukoliko njenom držaocu, tj. licu koje je zakonito kontroliše daje prednost u odnosu na konkurenciju. Ova činjenica se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju od strane suda u postupku po tužbi zbog povrede poslovne tajne.

Mere za očuvanje tajnosti neotkrivene informacije. – Mere za očuvanje tajnosti neotkrivene informacije određuju se u skladu sa procenom rizika od nezakonitog pribavljanja, korišćenja i otkrivanja informacije koja predstavlja poslovnu tajnu. Uobičajeno se govori o "razumnim merama" što predstavlja pravni standard. Za razliku od Zakona o tajnosti podataka koji izričito propisuje stepene tajnosti u vidu oznaka: "državna tajna", "strogo poverljivo", "poverljivo" ili "interno", u slučaju poslovne tajne nije moguće zakonom unapred i taksativno navesti konkretne mere zaštite. Razlog za to leži u činjenici da od okolnosti svakog konkretnog slučaja zavisi koje mere će se smatrati razumnim, a pre svega to zavisi od vrste, značaja, vrednosti same informacije. Zbog toga bi bilo potpuno necelishodno unapred propisivati neke konkretne mere, budući da svaki držalac neotkrivene informacije najbolje zna koji način zaštite je za tu vrstu informacije najefikasniji. Neke od najčešćih mera koje se uobičajeno preduzimaju radi očuvanja tajno-

sti ovih informacija su: sa poverljivom neotkrivenom informacijom treba da budu upoznata samo ona lica kojima je to neophodno da bi mogli da obavljaju svoje radne zadatke; svima koji su upoznati sa tom informacijom mora da bude jasno stavljeno do znanja da je reč o poverljivim ili tajnim informacijama; treba potpisati ugovore o poverljivosti podataka ili neotkrivanju poverljivih informacija sa svima koji potencijalno mogu da vide ili prime informacije koje se tretiraju kao poslovna tajna, uključujući zaposlene, poslovne partnere, spoljne saradnike, konsultante; poverljive dokumente treba obeležiti oznakom "poverljivo"; pristup prostorijama ili fajlovima u kojima se nalaze poverljive informacije treba na odgovarajući način ograničiti; zaključivanje ugovora o poverljivosi (tzv. *Non-Disclosure Agreement*). Po pravilu, što je vrednost informacije veća, to će biti potrebne značajnije mere za očuvanje njene tajnosti.

Često se merama za očuvanje tajnosti ne pridaje dovoljno značaja, a one zapravo često predstavljaju ono najvrednije u određenom poslovnom poduhvatu, jer od njih zavisi da li će isti uspeti ili ne. Pored toga, od pravilnog odabira tih mera zavisi i da li će one u eventualnom sudskom postupku od strane suda biti ocenjene kao adekvatne i razumne s obzirom na vrstu informacje.

Jedan od najrasprostranjenijih vidova obezbeđivanja poverljivih informacija je zaključivanje ugovora o poverljivosti. Pri tome je veoma važno da pre svega bude pravilno definisano šta se u konkretnom slučaju smatra poslovnom tajnom, a to zavisi od konkretnog projekta ili poslovnog odnosa. Takođe, potrebno je da ugovorom bude uređeno na koji način se poslovna tajna može preneti (npr. u pismenoj, usmenoj, elektronskoj formi i sl.), što sve opet zavisi od toga šta se štiti poslovnom tajnom.

Da bi držalac poslovne tajne mogao da izvršava ugovor o poverljivosti informacija potrebno je da uvede i poštuje procedure za očuvanje poverljivih informacija tajnim. Primera radi, ako se od strane držaoca poslovne tajne dostavlja pismena dokumentacija primaocu, u kojoj je sadržana neka od informacija koja spada u poslovnu tajnu, na njoj bi trebala da postoji naznaka "poverljivo" ili "strogo poverljivo". Ukoliko je, recimo, poverljiva informacija saopštena usmeno, važno je da primalac informacije bude na jasan način informisan da se radi o poslovnoj tajni.

Još jedna od procedura jeste da se poverljive informacije u prostorijama firme čuvaju u dokumentima kojima ne mogu da pristupe svi zaposleni, već samo oni koji imaju takvo ovlašćenje. Identična je situacija sa pristupom elektronskoj bazi ili cloudu. Ukoliko je potrebno kopirati materijal koji sadrži poslovnu tajnu, onda to može vršiti samo osoba koja je posebno ovlašćena za pristup tim informacijama.

Osnovna posledica nepostojanja odgovarajućih mera za očuvanje tajnosti poverljive informacije je ta da lice kome je ta informacija na bilo koji način preneta može u sudskom postupku da ističe da nije znao da se određena informacija koju je otkrio ili iskoristio smatra poverljivom, čemu je doprinelo nemarno i nesavesno ponašanje držaoca poslovne tajne, koji sâm nije te informacije tretirao kao poverljive. U takvoj situaciji vlika je verovatnoća da bi otkrivanje poverljivih informacija protivno interesu držaoca prošlo nekažnjeno.

Neotkriveni podaci o testovima[7]

Posebnu kategoriju poverljivh informacija koje predstavljaju poslovnu tajnu čine neotkriveni podaci o testovima ili drugi podaci čije stvaranje zahteva odgovarajući napor i troškove, koji se podnose državnim organima radi dobijanja dozvole za stavljanje u promet lekova, odnosno medicinskih sredstava ili poljoprivrednih hemijskih proizvoda koji koriste nova hemijska jedinjenja, kao i radi dobijanja akata kojima se dozvoljava stavljanje u promet biocidnih proizvoda.

Zakon o zaštiti poslovne tajne sadrži i odredbe koje se odnose na posebnu kategoriju neotkrivenih informacija čija specifičnost se ogleda u tome što se radi o podacima koje po zakonu lice koje ih kontroliše mora da otkrije prilikom podnošenja nadležnom državnom organu zahteva za dobijanje dozvole za stavljanje u promet leka, odnosno sredstava za zaštitu bilja. Članom 39.3. Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine propisana je obaveza za države članice da u pogledu podataka o testovima i drugim podacima koji se podnose državnom organu za odobravanje puštanja u promet farmaceutskih ili poljoprivrednih proizvoda koji koriste nova hemijska jedinjenja obezbede zaštitu ne samo od onih radnji koje za posledicu imaju njihovo otkrivanje javnosti, već i zaštitu od nepoštene komercijalne upotrebe. Ova zaštita po pravilu podrazumeva da organ nadležan za izdavanje dozvole za stavljanje u promet leka odnosno sredstava za zaštitu bilja u postupku izdavanja ove dozvole ne sme da koristi podatke o testovima i rezultatima ispitivanja koje je dostavio prvi podnosilac zahteva, i to u određenom roku od dana podnošenja prvog zahteva za stavljanje u promet leka, odnosno sredstva za zaštitu bilja.

Razlog za posebno uređivanje zaštite navedenih podataka leži u činjenici da se radi o veoma vrednim podacima koji su rezultat značajnih napora i finansijskih ulaganja u razvoj novih farmaceutskih i poljoprivrednih hemijskih proizvoda. Otkrivanje ovih podataka obezbedilo bi svakom kasnijem podnosiocu zahteva za stavljanje leka u promet neosnovanu ekonomsku prednost prilikom dobijanja

[7] Čl. 4, st. 2, tač. 1) Zakona o zaštiti poslovne tajne (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011).

dozvole za stavljanje leka u promet omogućavajući mu da izbegne troškove testiranja za sopstvene proizvode, što bi ujedno obeshrabrilo lica koja razvijaju nove farmaceutske i poljoprivredne hemijske prozvode. Dakle, može se reći da ovaj vid zaštite ne proizilazi samo iz odredaba koje propisuje TRIPS sporazum, već je istovremeno neophodnost koju nameće javni interes i politika javnog zdravlja.

Drugi podaci koji se smatraju poslovnom tajnom[8]

Poslovnom tajnom se smatraju i drugi podaci koji su posebnim zakonom, drugim propisom ili aktom pravnog lica proglašeni poslovnom tajnom. Na taj način praktično se daje mogućnost svakom privrednom subjektu da svojim unutrašnjim pravnim aktom odredi koja će se informacija smatrati poslovnom tajnom i uživati pravnu zaštitu od svakog vida neovlašćenog korišćenja. Pored toga, ova odredba znači da sve one informacije koje su drugim posebnim zakonima propisane kao poslovna tajna uživaju zaštitu u skladu sa odredbama ovog zakona.

ZAKONITO I NEZAKONITO PRIBAVLJANJE, KORIŠĆENJE I OTKRIVANJE POSLOVNE TAJNE

Nezakonito pribavljanje, korišćenje i otkrivanje poslovne tajne

Da bi se određeno ponašanje smatralo delom nelojalne konkurencije potrebno je da je otkrivanje tajnih podataka izvršeno suprotno volji lica koje zakonito kontroliše te podatke, i da je otkrivanje, korišćenje ili pribavljanje poverljivih informacija učinjeno na način koji je suprotan dobrim poslovnim običajima. Zakon o zaštiti poslovne tajne samo primera radi i ne ograničavajući se na njih, navodi neke od radnji koje se smatraju suprotnim dobrim poslovnim običajima kao što su: povreda ugovornih odredaba o čuvanju poslovne tajne; zloupotreba poslovnog poverenja; industrijska ili komercijalna špijunaža; prevara i dr. Suština je u tome da se svaki način koji nije suprotan dobrim poslovnim običajima smatra podobnim za zakonito pribavljanje poslovne tajne, i bez saglasnosti držaoca poslovne tajne. Koji sve načini nisu suprotni dobrim poslovnim običajima je faktičko pitanje na koje odgovor daje sud u svakom konkretnom slučaju vodeći računa o pravilima za sprečavanje nelojalne konkurencije i izgrađenoj sudskoj praksi u toj oblasti.

[8] Čl. 4, st. 2, tač. 2) Zakona o zaštiti poslovne tajne (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011).

Zakonito pribavljanje, korišćenje i otkrivanje poslovne tajne

Imajući u vidu da poslovna tajna nema svojinski karakter, ni njen držalac nema isključivo pravo da je koristi, niti da zabrani trećim licima da je pribave, koriste ili otkriju. Ono što držalac poslovne tajne može da učini jeste da spreči pribavljanje poslovne tajne od strane trećih lica na način suprotan dobrim poslovnim običajima, i korišćenje, odnosno otkrivanje tako pribavljene poslovne tajne. Drugim rečima, ako je poslovna tajna pribavljena na način koji nije suprotan dobrim poslovnim običajima, onda za njeno korišćenje ili bilo kakvo drugo raspolaganje nije potrebna izričita saglasnost prethodnog držaoca poslovne tajne.

ODNOS ZAŠTITE POSLOVNE TAJNE I PATENTNE ZAŠTITE

Budući da se neotkrivene informacije najčešće javljaju u domenu pronalazaštva i vezuju za patentnu zaštitu, često se postavlja pitanje koje podatke treba štititi patentom a koje kao poslovnu tajnu. U tom smislu može se reći da postoje dve vrste poslovne tajne. S jedne strane, poslovna tajna može da sadrži vredne informacije koje ne ispunjavaju uslove patentibilnosti i koje stoga mogu jedino da budu zaštićene kao poslovna tajna. Ovo bi bio slučaj sa komercijalnim informacijama ili informacijama o procesu proizvodnje koji nije dovoljno inventivan kako bi ostvario patentnu zaštitu. S druge strane, poslovne tajne mogu da se sastoje od pronalazaka koji bi ispunjavali uslove patentibilnosti i koji bi mogli da budu zaštićeni patentom. U tom slučaju, kompanija se suočava sa mogućnošću izbora: da patentira pronalazak ili da ga sačuva tajnim kroz zaštitu poslovne tajne. Pri tome ona mora da ima u vidu prednosti i mane jednog i drugog oblika zaštite.

Prednosti zaštite poslovne tajne

Zaštita poslovne tajne nije vremenski ograničena, dok patentna zaštita traje 20 godina. Poslovna tajna traje neograničeno, tj. onoliko dugo dok su informacije koje predstavljaju tu tajnu čuvane kao poverljive.

Zaštita poslovne tajne ne povlači za sobom bilo kakve troškove registracije; Poslovna tajna ima trenutno dejstvo; i Zaštita poslovne tajne ne zahteva ispunjavanje bilo kakvih formalnih uslova ili javno objavljivanje.

Nedostaci zaštite poslovne tajne

Ako je tajna sadržana u inovativnom proizvodu, svako je u mogućnosti da ga pregleda, analizira i tako otkrije tajnu i da nakon toga bude ovlašćen da je kori-

sti. Zaštita poslovne tajne ne obezbeđuje isključivo pravo njenom držaocu koje bi isključivalo sva treća lica od njene komercijalne upotrebe.

Poslovna tajna može biti patentirana od strane nekog drugog ko je došao do relevantne informacije legitimnim sredstvima, kao što je npr. slučaj pronalazaka koji su otkriveni nezavisno, od strane drugih.

Jednom kada neotkrivena informacija postane dostupna javnosti ona prestaje da bude tajna i svako može da joj pristupi i da je koristi. Što više ljudi zna za poslovnu tajnu, to je teže očuvati njenu tajnost. Zaštita poslovne tajne je delotvorna samo u slučaju nezakonitog pribavljanja, upotrebe ili otkrivanja poverljive informacije.

Zaštitu poslovne tajne je mnogo teže sprovesti nego što je to slučaj sa patentnom zaštitom. Stepen zaštite koji je garantovan u slučaju poslovne tajne u velikoj meri varira od zemlje do zemlje, ali generalno gledajući ova zaštita se smatra prilično slabom, naročito u poređenju sa zaštitom koju garantuje patent.

Zbog njihove poverljivosti, prodaja ili licenciranje poslovne tajne je mnogo teže nego što je to slučaj sa patentima.

Ipak, iako se patenti i poslovna tajna mogu posmatrati kao alternativni načini za zaštitu pronalazaka, oni su često međusobno komplementarni. Naime, prijavioci patenata generalno čuvaju pronalaske u tajnosti sve dok patentna prijava ne bude objavljena u glasilu Zavoda za intelektualnu svojinu (18 meseci od datuma podnošenja prijave patenta ili od datuma prioriteta). Zbog toga se može reći da zakon kojim se uređuje zaštita poslovne tajne praktično dopunjuje zakon kojim se uređuje zaštita patenata u ranijim fazama procesa inovacije dozvoljavajući pronalazačima da rade na svojim idejama sve dok one ne prerastu u patentibilne pronalaske. Pored toga, najkorisniji oblik zaštite za know-how o tome kako se koristi patentirani pronalazak je kroz poslovnu tajnu.

GRAĐANSKO-PRAVNA ZAŠTITA POSLOVNE TAJNE

Zakonom o zaštiti poslovne tajne propisan je standardni set tužbenih zahteva kada su u pitanju tužbe zbog povrede prava intelektualne svojine.[9] Ono što valja naglasiti to je da sama činjenica da je neki podatak označen kao poslovna tajna nije dovoljna da bi se otkrivanje tog podatka smatralo povredom poslovne tajne. Zbog toga, sud treba u svakom konkretnom slučaju, pre donošenja odluke, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito težinu povrede i način pribavljanja poslovne tajne.

[9] Čl. 11. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

Posebna ovlašćenja suda

Zakon o poslovnoj tajni uređuje i ovlašćenje suda da u postupcima zbog povrede poslovne tajne primeni i određene posebne mere, što za cilj ima obezbeđenje efikasnije zaštite u slučaju povrede poslovne tajne i to privremene mere i mere obezbeđenja dokaza.[10]

Pored lica koje je izvršilo povredu poslovne tajne, moguće je da su još neka treća lica, često posredstvom svojih distributivnih kanala učestvovala u povredi prava, a dobijanje informacija o tim licima je u interesu sprečavanja dalje povrede prava. U tom smislu, sud ima ovlašćenje da naredi licu koje je izvršilo povredu prava da pruži informacije o svim trećim licima koja su zajedno sa njim učestvovala u povredi prava, kao i o njihovim distributivnim kanalima.[11]

ZAKLJUČAK

Iz napred izložene sadržine i koncepta zaštite poslove tajne može se zaključiti da je odgovornost za zaštitu neotkrivenih informacija prvenstveno na njihovom držaocu. Zato je potrebno da svaki poslovni subjekt postane svestan svoje odgovornosti, tj. da je na njemu da kao odgovorni privrednik preduzme adekvatne mere za zaštitu svoje informacije kako bi mogao da iskoristi zakonom predviđena sredstva za njihovu zaštitu. Pored toga, treba očekivati da u narednom periodu i sudovi sve više stiču iskustva u rešavanju sporova zbog povrede poslovne tajne, što bi sve trebalo da doprinese pravnoj sigurnosti držalaca poslovne tajne i svakako mnogo većoj motivisanosti da se bez straha ulaže u nove ideje, kreacije i projekte.

MIRELA BOŠKOVIĆ, LL.M.,
Trademark and Patent Attorney

LEGAL PROTECTION OF TRADE SECRETS

Summary

Trade secrets as confidential information represent a significant and often one of the most valuable business segments and an important part of the assets of business entities and therefore require efficient legal regulation that will provide adequate measures to protect it from unauthorized

[10] Čl. 13–16 Zakona o zaštiti poslovne tajne.

[11] Čl. 17. Zakona o zaštiti poslovne tajne

use by third parties and at the same time to maintain ethical business standards and loyalty on the market.This paper analyzes the very concept and specificity of trade secrets as well as legal solutions contained in the Law on Trade Secret Protection, by which Serbia has harmonized its legislation in this field with the requirements of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Key words: undisclosed information, trade secret, unfair competition

MINA JOVANOVIĆ

PRAVNE POSLEDICE NEKORIŠĆENJA ŽIGOM ZAŠTIĆENE OZNAKE

Predmet ovog rada je analiza jednog od posebnih slučajeva prestanka isključivog prava kojim se štiti oznaka razlikovanja. Početna teza je da institut prestanka žiga zbog nekorišćenja treba da bude korektiv koji će omogućiti da pravna zaštita bude pružena samo onim oznakama koje aktivno vrše funkciju razlikovanja robe u prometu. Poseban fokus razmatranja usmeren je na tri pitanja koja prouzrokuju nedoumice u praksi: položaj nosilaca prava u periodu prvih pet godina nakon registracije žiga, relevantno razlikovanje u distinktivnom karakteru oznake i dejstvo prestanka žiga zbog nekorišćenja. Kroz analizu sudske i administrativne prakse, autor nastoji da ukaže na osnovne probleme u razumevanju ovog instituta, u cilju doprinosa pravnoj sigurnosti i izvesnosti nosilaca u pogledu obima njihovih prava. Najzad, u radu se ispituju razlozi regulisanja ovog instituta, pre svega sa aspekta usklađenosti propisanih uslova sa svrhom koju bi on trebalo da ispunjava.

Ključne reči: *žig, prestanak zbog nekorišćenja, upotreba, distinktivni karakter*

POSEBNI SLUČAJEVI PRESTANKA ŽIGA

Opšti režim vremenskog važenja žiga podrazumeva da ovo pravo prestaje istekom deset godina od datuma podnošenja prijave, uz mogućnost produženja neograničen broj puta uplatom taksi za održavanje u važnosti. Pored navedenog,

---

Mina Jovanović, advokat, saradnik kancelarije Živko Mijatović & Partners; doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Zakonom o žigovima[1] (u daljem tekstu: ZoŽ) propisana su i četiri posebna slučaja prestanka žiga: prestanak zbog nekorišćenja, prestanak zbog postanka oznake generičnom, prestanak usled toga što je oznaka postala suprotna javnom poretku ili moralu, i prestanak zbog načina korišćenja oznake koji može da učesnike relevantne javnosti dovede u zabunu o određenim karakteristikama robe[2] koja je predmet obeležavanja[3].

Navedeni razlozi predstavljaju uobičajene osnove za prestanak žiga, te je u tom delu domaći zakon usklađen sa uporednopravnim rešenjima. U slučaju da se ostvari neka od zakonom propisanih posledica, žig će prestati da važi na osnovu odluke nadležnog organa, po zahtevu zainteresovanog lica i nakon sprovedenog postupka[4]. U ovom upravnom postupku nosilac prava se izjašnjava o razlozima za prestanak prava, a Zavod za intelektualnu svojinu (u daljem tekstu: Zavod) ispituje ostvarenost zakonom propisanih uslova. U praksi se kao sporno pojavilo pitanje aktivne legitimacije za pokretanje postupka za prestanak žiga, usled nejasnog značenja termina "zainteresovano lice". Neizvesno je da li je podnosilac zahteva dužan da dokazuje svoj interes za pokretanje postupka prestanka zbog nekorišćenja, te kakva je priroda interesa koji ga legitimiše. Iako je u praksi Zavoda zauzet stav da postupak može pokrenuti svako lice bez potrebe da dokazuje svoj interes, ostaje nedoumica u pogledu ispravnosti ovakvog tumačenja imajući u vidu da zakonodavac ne koristi suvišne termine prilikom definisanja pravnih normi.

Imajući u vidu propisane razloge, za sva četiri posebna slučaja prestanka žiga možemo zaključiti da je reč o mehanizmima kojima se omogućava prestanak isključive zaštite za one oznake koje ne vrše funkciju razlikovanja robe na tržištu. Nekorišćenje oznake predstavlja najčešći razlog prestanka žiga, te je jasno da primena ovog instituta otvara i najviše dilema u praksi.

PRESTANAK ŽIGA ZBOG NEKORIŠĆENJA

Suština pravne zaštite oznake je da se obezbedi ekskluzivitet u njenom korišćenju za obeležavanje radi razlikovanja robe u prometu. Monopolizacija koja je zaštitom data nosiocu žiga u pogledu konkretne oznake ogleda se u skupu pravila o njenom korišćenju u svrhu obeležavanja robe. U skladu sa dominantnom

[1] Zakon o žigovima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 10/2013 i 44/2018 – dr. zakon. Dalje u fusnoti: ZoŽ.

[2] U radu ćemo koristiti termin robe iako se sve navedeno jednako odnosi i na usluge.

[3] Čl. 66 ZoŽ.

[4] U nekim zemljama ovi razlozi se ne ispituju u upravnom postupku već u sudskom. Primera radi, ovakvo rešenje poznaje Zakon o žigovima Republike Crne Gore.

ekonomsko-utilitarističkom teorijom opravdanja zaštite prava intelektualne svojine, zaštitom žiga se sanira problem asimetrije informisanosti učesnika na tržištu što stvara uslove za njegovu efikasnost i poželjnu konkurenciju koja doprinosi opštem ekonomskom blagostanju[5]. Značaj esencijalnog, brzog i efikasnog informisanja o osobinama robe naročito raste u uslovima velike konkurencije na tržištu. Stoga, zaštićena oznaka ostvaruje svoju suštinsku funkciju kroz upotrebu u prometu, korišćenje je inherentno prirodi žiga[6]. O tome svedoči činjenica da se u nekim pravnim sistemima[7] žig stiče upravo upotrebom, gde registracija ima samo deklarativni karakter.

Norma koja reguliše institut prestanka žiga zbog nekorišćenja[8] glasi: "Nadležni organ može, na zahtev zainteresovanog lica doneti rešenje o prestanku žiga u celini ili samo za neke robe, odnosno usluge, ako nosilac žiga ili lice koje je on ovlastio, bez opravdanog razloga nije ozbiljno koristilo na domaćem tržištu žig za obeležavanje robe, odnosno usluga na koje se taj žig odnosi, u neprekidnom vremenskom periodu od pet godina, računajući od dana registrovanja žiga, odnosno od dana kad je žig poslednji put korišćen. U postupku po zahtevu za prestanak žiga zbog nekorišćenja žiga, nosilac žiga ili lice koje je on ovlastio dužno je da dokaže da je žig koristilo". U nastavku rada analiziraćemo konstitutivne elemente citirane odredbe i ukazati na neka specifična pitanja koja primena ovog instituta otvara u praksi.

Petogodišnji period nekorišćenja

Rešenje domaćeg zakonodavca odgovara opšteprihvaćenom stavu u evropskoj praksi, i čini se da je pet godina dovoljno dugačak rok koji valjano ukazuje na stvarne namere ili potrebe nosioca žiga. Pored petogodišnjeg perioda, postoje i sistemi koji poznaju rigoroznija rešenja odnosno kraće rokove[9]. Na propisani način nosiocu žiga ostavljen je period od pet godina nakon registracije tokom kojih može da ne koristi zaštićeni znak bez posledica po njegovu pravnu zaštitu. Sušti-

[5] Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo,* Pravni fakultet u Beogradu, 2014, str. 76.

[6] Maayan Perel, From Non-Practiced Entities (NPEs) to Non-Practicing Patents (NPPs):A Proposal for a Patent Working Requirement*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496281,* 25.09.2019.

[7] Na primer, u Sjedinjenim Američkim Državama žig se stiče upotrebom.

[8] Čl. 64 ZoŽ.

[9] Robin N. Brenner, Use it or lose it! Burdens of proof in non-use cancellation actions in Thailand, Indonesia and India, http://lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=204&issuedate=2009-12-15&homepage=no, 25.09.2019.

na ovog rešenja, koje poznaju gotovo sva nacionalna prava[10] je u tome da se nosiocu žiga omogući određeno vreme tokom kojeg može preduzeti neophodne pripreme za otpočinjanje svog poslovanja na lokalnom tržištu.

Problem u praksi nastaje usled odredbe člana 73. ZoŽ kojom je propisano da se tužba zbog povrede žiga može podneti pod uslovom da je žig korišćen u smislu člana 64. ovog zakona. Vrhovni kasacioni sud je nedavno potvrdio odluke nižestepenih sudova kojima je zauzet stav da, iako nije prošlo više od pet godina od registracije žiga povodom čije povrede je tužba podneta, činjenica da on nije korišćen ukazuje na nemogućnost nastanka zabune u relevantnoj javnosti te tužbeni zahtev za utvrđenje povrede treba odbiti[11]. Praktična posledica ovakve odluke ogleda se u tome da se neće pružiti zaštita onom žigu koji nije korišćen nezavisno od toga kada je registrovan, bez obzira na odredbu člana 64. koja propisuje da nekorišćenje žiga u prvih pet godina od dana registracije neće imati posledice na njegovo važenje.

Ovakvo tumačenje posebnog uslova za podnošenje tužbe zbog povrede žiga ne može se prihvatiti kao pravilno, budući da je zasnovano na neosnovanom poistovećivanju uslova za podnošenje tužbe i uslova za postojanje povrede prava, koji su po svojoj prirodi sasvim drugačiji. Pitanje verovatnoće nastanka zabune u relevantnoj javnosti samo je jedan od uslova za postojanje povrede prava, i to ne nužan[12]. Po svojoj prirodi ovo pitanje spada u materijalnopravna pitanja o kojima sud meritorno odlučuje. S druge strane, pitanje nužnih uslova za podnošenje

[10] Međunarodna organizacija za žigove sprovela je istraživanje pod nazivom "Non Use Grace Period" 2015. godine, koje za predmet ima analizu različitih pristupa periodu dozvoljenog nekorišćenja zaštićenog znaka u 65 različitih jurisdikcija. Istraživanje je pokazalo da postoje izvesne razlike u načinu računanja početka toka roka od pet godina, ali da gotovo sve jurisdikcije poznaju ovo rešenje. Više videti na: http://www.inta.org/Advocacy/Documents/2015/Non-Use%20Grace%20Period%20Report%20to%20PDA.pdf.

[11] Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Prev 55/2017 od 10.3.2017. godine. Iz obrazloženja: "Pravilnom primenom odredbe člana 73. Zakona o žigovima, nižestepeni sudovi su pravilno zaključili da je uslov za postojanje verovatnoće zabune potrošača da se u prometu nalaze proizvodi obeleženi suprotstavljenim znacima, znakom koji je zaštićen i znakom koji mu je sličan, odnosno da je žig korišćen. Prema odredbi člana 73. stav 3. Zakona o žigovima, tužba zbog povrede žiga se može podneti pod uslovom da je žig korišćen u smislu člana 64. Zakona o žigovima... Kako tužilac predmetni žig nije koristio, bez obzira što nije protekao rok za prestanak žiga u smislu člana 64. Zakona o žigovima, nižestepeni sudovi pravilno zaključuju da nekorišćenje žiga u pravnom prometu isključuje izazivanje zablude prosečnog potrošača da se radi o istim proizvodima, te da u konkretnom slučaju prava tužioca nisu povređena".

[12] Primenjuje se samo kada ne postoji dvostruki identitet (i između znakova i između roba odnosno usluga u odnosu na koje se znakovi koriste), gde takav uslov ne postoji. Takođe, uslov verovatnoće nastanka zabune nije propisan ni kod proširene zaštite poznatih žigova.

tužbe predstavlja procesnopravno pitanje i u slučaju njihove neispunjenosti sud nalazi da je tužba nedozvoljena i o tome donosi odgovarajuću odluku procesnog karaktera. Budući da je uslov korišćenja zaštićenog znaka bliže regulisan odredbom člana 64. koji nedvosmisleno propisuje period tolerancije nekorišćenja znaka u trajanju od pet godina, sledi da se ovaj uslov primenjuje samo na tužbe zbog povrede prava koje su podnete pet godina nakon registracije žiga[13]. Dalje, verovatnoća nastanka zabune kriterijum je koji određuje relevantnost sličnosti poređenih oznaka[14], i ne treba se ceniti kao samostalan i u odnosu na druge okolnosti (poput toga da li se zaštićeni znak koristi, gde se koristi, kojim intenzitetom i slično)[15].

Promena distinktivnog karaktera znaka

Odredbama koje bliže regulišu ocenu uslova za prestanak žiga zbog nekorišćenja propisano je i sledeće: "Korišćenjem žiga, u smislu stava 1. ovog člana i člana 60. stav 3. ovog zakona smatra se i korišćenje znaka zaštićenog žigom u obliku koji se razlikuje u elementima koji ne menjaju distinktivni karakter znaka, kao i korišćenje zaštićenog znaka na robi ili pakovanju robe namenjenim isključivo izvozu". Shodno navedenom, zakonodavac propisuje da se oznaka može koristiti i u nešto drugačijem obliku od onog u kojem je registrovana, ukoliko takva upotreba ne menja distinktivni karakter znaka. U praksi se kao otvoreno pojavilo pitanje granice u promeni elemenata koja donosi relevantnu izmenu distinktivnog karaktera oznake. Budući da zakonodavac ne definiše šta se smatra izmenom ovog karaktera, ispitaćemo pojam distinktivnosti u nastojanju da se približimo odgovoru na spomenutu dilemu.

---

[13] Direktiva 2015/2436 Evropskog parlamenta i Saveta o usaglašavanju prava država članica u oblasti žigova, 2015. (Directive (EU) 2015/2436 of the European Parlament and of the Council, to approximate the laws of the Member States relating to trade marks), sadrži i član 17. koji otklanja svaku nedoumicu i upravo potvrđuje izneti zaključak – ovom odredbom propisano je da se neupotreba žiga kao argument odbrane može istaći samo pod uslovom da je od registrovanja žiga do podnošenja tužbe prošlo ne manje od pet godina.

[14] O različitim kvalitetima misaonog povezivanja oznaka koje prepoznaje i normira pravo žiga videti u: Ksenija Vlašković, *Razvoj pravne zaštite poznatih žigova u nemačkom pravu i pravu Evropske unije*, Institut za uporedno pravo, Kragujevac, 2016.

[15] Na ovakav zaključak upućuje dosledno jezičko tumačenje predmetne norme: nosilac žiga ima pravo da drugim licima zabrani da neovlašćeno koriste znak koji je istovetan njegovom ranije zaštićenom znaku za sličnu vrstu robe, odnosno usluga ili sličan njegovom ranije zaštićenom znaku za istovetnu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga ako postoji verovatnoća da zbog te istovetnosti, odnosno sličnosti nastane zabuna u relevantnom delu javnosti, koja obuhvata i verovatnoću dovođenja u vezu tog znaka sa njegovim ranije zaštićenim znakom.

Odredbe ZoŽ na samo četiri mesta pominju distinktivni karakter znaka[16], ne definišući pri tom značenje ovog pojma. Ipak, u teoriji je distinktivnost prepoznata kao ključni pojam prava žiga[17], kao vrednost koja oznaku čini podobnom za pravnu zaštitu. Distinktivnost u ovom pravu ima onu funkciju koju u autorskom pravu ima originalnost, odnosno u patentnom pravu inventivnost – reč je o vrednosti koja određeno dobro čini podobnim za pravnu zaštitu[18]. Česti su stavovi da se distinktivnost ima tumačiti kao podobnost oznake da služi razlikovanju robe jednog proizvođača od robe drugog proizvođača[19]. Međutim, ukazujemo na mišljenje koje se zalaže za drugačije tumačenje, odnosno za to da je distinktivnost oznake kategorija koja je vezana za konkretan slučaj, i odnosi se na njenu podobnost da vrši funkciju razlikovanja u odnosu na konkretnu robu[20], te da je suštinski ovaj pojam drugačiji od pojma podobnosti da se vrši razlikovanje robe[21] u smislu kako je propisano članom 4. ZOŽ[22].

Budući da distinktivnost oznake zavisi od njenog izgleda, mišljenja smo da distinktivni karakter ostaje nepromenjen samo onda kada su na oznaci nepromenjeni i prisutni isti oni elementi koji su distinktivni u samoj oznaci onako kako je zaštićena. Stoga, *smatramo da promena distinktivnog karaktera podrazumeva promenu u intenzitetu ove karakteristike koja nastaje usled dodavanja ili oduzimanja elemenata koji se u određenom znaku imaju smatrati distinktivnim*[23]. Iako Me-

[16] ZoŽ, odredbe čl.5, 21, 43, i 64.

[17] Profesor Božin Vlašković u svom članku "Distinktivnost kao uslov za registraciju žiga", *Pravo i privreda*, 2015, navodi: "Distinktivnost je jedan od osnovnih pojmova prava žiga kojim se izražava smisao i suština ovog prava… Distinktivnost je konkretna podobnost svojstvena određenoj oznaci da se u prometu shvati kao sredstvo razlikovanja obeleženih proizvoda i usluga jednog preduzeća od proizvoda i usluga drugih privrednih subjekata. Pri tome nije neophodno da oznaka sadrži podatke o identitetu proizvođača ili davaoca usluga".

[18] S. Marković, navedeno delo, str. 65.

[19] Na primer, tako je definisano u Metodologiji postupanja Zavoda za intelektualnu svojinu u postupku za priznanje žiga i u postupcima po registrovanim žigovima.

[20] Podobnost oznake da vrši razlikovanje u odnosu na konkretnu robu vidimo na primeru oznake Mango – u odnosu na odeću, ova oznaka može vršiti funkciju razlikovanja, dok u odnosu na voće i prehrambene prozvode to ne bi mogla jer bi se smatrala deskriptivnom.

[21] Podobnost oznake da vrši funkciju razlikovanja uopšte vidimo na primeru oznake 648340830349 – ovaj niz brojeva nije podoban da razlikuje robu u prometu budući da je teško pamtljiv i učesnici u prometu ne bi mogli praviti razliku u odnosu na slične oznake, recimo 753494039 i 64359230840.

[22] V. u: Varga Siniša, "Distinktivnost u pravu žiga Evropske unije", *Pravne i infrastrukturne osnove za razvoj ekonomije zasnovane na znanju*, knjiga druga, Kragujevac, 2013.

[23] Za detaljan komenar o izmeni forme u kojoj se oznaka koristi videti: S. Varga, "Subjekti, forma i predmet ozbiljne upotrebe žiga Evropske unije", dostupno na: http://www.jura.kg.ac.rs/gp/18/l/clanci/varga.htm, 25.09.2019.

todologija Zavoda ne komentariše izmenu distinktivnog karaktera oznake, Vodič Evropskog zavoda za intelektualnu svojinu[24] daje detaljna uputstva u pogledu toga koje se izmene smatraju relevantnim, sa upućivanjem na odgovarajuću sudsku i administrativnu praksu[25].

Dejstvo prestanka žiga zbog nekorišćenja

Odredbom člana 65. ZoŽ propisano je da u slučaju da su ispunjeni uslovi za prestanak žiga zbog nekorišćenja, pravo prestaje da važi istekom perioda od pet godina od dana kada je žig poslednji put korišćen, odnosno istekom perioda od pet godina od dana registrovanja žiga ako žig nije korišćen. Ovakvo rešenje podrazumeva dejstvo odluke o prestanku *ex nunc*, za razliku od dejstva rešenja nadležnog organa kojim se žig oglašava ništavnim. Shodno navedenom, nosilac žiga moći će da ostvari sudsku zaštitu svog prava protiv lica koja su neovlašćeno koristila istu ili sličnu oznaku u periodu nakon pet godina od registracije, čak i ako uopšte nikada nije koristio svoju zaštićenu oznaku. Navedeno tumačenje još jedan je argument u prilog neispravnosti stava Vrhovnog kasacionog suda da nekorišćenje zaštićenog znaka podrazumeva i nemogućnost ostvarenja sudske zaštite.

Ovde posebno ukazujemo na rešenje predloženih izmena[26] važećeg ZoŽ koje propisuje da će žig, ukoliko se ispune uslovi za prestanak zbog nekorišćenja, prestati da važi na dan podnošenja zahteva za prestanak žiga zbog nekorišćenja. Ovakva norma ima bitno drugačije posledice po položaj nosioca prava, budući da otvara mogućnost da pravo bude u važnosti znatno duže, iako nosilac oznaku ne koristi. Smatramo da ovakvo rešenje nije u skladu sa razlozima propisivanja ovog instituta, o čemu će biti reči u daljem tekstu rada.

Ratio instituta prestanka žiga zbog nekorišćenja

Ispitujući razloge predmetnog posebnog slučaja prestanka žiga, možemo ukazati na sledeće argumente u korist ovakvog rešenja. Prvo, pravo ne služi zaštiti fiktivnih odnosa i pojava, već stvarnih. Na ovaj način pravo oduzima zaštitu oznaci kojoj ona i nije potrebna s obzirom na to da ne ostvaruje svoju namenu, a otvara prostor za zaštitu oznake koja će u stvarnosti faktički vršiti funkciju koja joj je

[24] Trademark and Design Guidelines, dostupno na: https://guidelines.euipo.europa.eu/1004922, 25.09.2019.

[25] *Ibidem*, obrazloženo u delu C odeljak 6.

[26] Predlog dosupan na: https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/300719/300719-vest12.html, 25.09.2019.

pravom namenjena. Drugo, činjenica da nosilac žiga ne koristi zaštićenu oznaku duže od pet godina bez opravdanog razloga ukazuje ili na to da je nesavesno držao oznaku, ili na odsustvo stvarne potrebe za njenom zaštitom, te je logično da se pravom ne podržava takav interes pravnog subjekta. Treće, na taj način omogućava se drugom zainteresovanom licu da oznaku u prometu zaista koristi, čime se doprinosi stvarnoj efikasnosti tržišta, što je primarna svrha ovog prava. Iz ovih razloga, zakonodavac institutom prestanka žiga zbog nekorišćenja pravi ravnotežu između opšteg i privatnog interesa koji postoje na oznaci kao pseudotvorevini.

Ako se uporedi regulativa nekorišćenja zaštićene oznake sa regulativom nekorišćenja drugih dobara zaštićenih pravima intelektualne svojine, moguće je izvesti nekoliko zaključaka. Prvo, jedina nematerijalna dobra čija neupotreba izaziva određenu pravnu posledicu su oznaka, pronalazak i biljna sorta. Za ova dobra zajedničko je da se štite pravima industrijske svojine. Dakle, u pitanju su prava koja nastaju odlukom nadležnog organa i dobra koja svoju svrhu ostvaruju upravo kroz upotrebu u prometu. Dalje, može se uočiti da je samo za nekorišćenje žigom zaštićene oznake posledica prestanak prava, dok je u slučaju nekorišćenja zaštićenog pronalaska[27] i biljne sorte[28] posledica u mogućnosti izdavanja prinudne licence pod zakonom određenim uslovima. Osnovano je ispitati zbog čega zakonodavac pravi ovakva razlikovanja pri regulisanju žiga i drugih prava intelektualne svojine. Dok pronalazak i biljna sorta spadaju u tvorevine koje podrazumevaju i lični pečat stvaraoca u samom dobru, te se pravom štite i određeni lični interesi koje on ima, oznaka je dobro koje je isključivo u funkciji efikasnosti tržišta, i pravo na njoj ne podrazumeva zaštitu ličnog odnosa stvaraoca prema oznaci. Može se uočiti da je jačina sankcije za nekorišćenje srazmerna prisutnosti ličnog elementa u samom predmetu zaštite. O tome svedoči i činjenica da se pitanje posledica i ne postavlja kod nekorišćenja autorskog dela i predmeta srodnih prava, gde je taj element naročito izražen. U tome bi mogao da leži razlog drugačijih sankcija.

ZAKLJUČAK

Ispitivanjem pravila koja uređuju prestanak žiga zbog nekorišćenja uvideli smo da ona u važećem ZoŽ jesu u skladu sa svrhom i prirodom ovog prava. Ukazali smo na problematičnost stava koji je zauzeo Vrhovni kasacioni sud a koji je u neskladu sa jezičkim i teleološkim tumačenjem odredbi člana 64. ZoŽ – nekorišćenje zaštićene oznake u periodu od pet godina nakon registracije žiga ne bi tre-

[27] Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS,* br. br. 99/2011, 113/2017. – dr. zakon i 95/2018.

[28] Zakon o zaštiti prava oplemenjivača biljnih sorti, *Službeni glasnik RS,* br. 41/2009.

balo da utiče na pravnu zaštitu i njeno ostvarivanje u sudskom postupku. Princip apstraktne opasnosti zamene opšteprihvaćen je pristup u oceni ispunjenosti uslova za vršenje ovlašćenja i ne postoje valjani razlozi koji opravdavaju odstupanje od njega. Analizom pojma distinktivnosti oznake definisali smo šta se smatra promenom u distinktivnom karakteru i uputili na izvore koji detaljno uređuju tumačenje ovog pravila u kontekstu dokazivanja ozbiljnog korišćenja.

Ispitivanjem specifičnosti oznake kao intelektualnog dobra u odnosu sa drugim dobrima koja su predmet zaštite kroz prava intelektualne svojine, utvrdili smo da njena funkcija ujedno određuje i pravnu posledicu njenog nekorišćenja. Uvideli smo i da je ova posledica drastičnija nego kod drugih prava, i ponudili moguće objašnjenje koje razlog nalazi u odsustvu ličnog elementa između nosioca i oznake. Razmatranjem tendencija u regulisanju instituta prestanka žiga zbog nekorišćenja u budućnosti, ukazali smo da postoji potreba za povećanim oprezom prilikom definisanja dejstva nekorišćenja. Mišljenja smo da sva pravila koja regulišu ovaj institut treba da ostanu usklađena sa razlozima njegovog regulisanja.

MINA JOVANOVIĆ, Ph.D., Candidate
Faculty of Law, University of Belgrade
Attorney at law, Živko Mijatović and Partners Ltd,
Belgrade

THE LEGAL CONSEQUENCES OF TRADEMARK NON USE

Summary

The subject of this paper is analysis of one of the special reasons for trademark revocation. The starting theses is the claim that the non use revocation should function as a corrective securing that legal protection shall be provided only for those marks which actively perform their distinction function. The special focus shall be made on three aspects in its application causing doubts in the practice: the legal position of trademark holders during the first five years following the registration, the relevant alteration of distinctive character and the legal effects of non use revocation. By analysing the court and administrative practice we shall tend to determine the deficiencies in understanding of this institute, with an aim to contribute to the legal certainty on the scope of holders' right.

The subject of our research shall also be examination of the reasons for regulating this institute, in order to estimate the compliance of the prescribed conditions with the purpose it should serve.

Key words: trademark, non use revocation, use, distinctive character.

NJEGOSLAV JOVIĆ

MIRISNI ŽIG

Nekonvencionalni žigovi su rezultat prakse privrednih subjekata koji su tražili nove i atraktivnije oblike oznaka kojima bi posebno istakli svoju robu i usluge. Konkurencija na tržištu ne dozvoljava stagnaciju pa iako su klasične forme žiga sasvim dovoljne i njihova kombinacija omogućava neograničen broj oznaka koje mogu biti zaštićene žigom, određeni privredni subjekti idu korak dalje pa eksperimentišu sa zvučnim oznakama, mirisnim oznakama, okusnim i dr.

Predmet ovog rada je mirisni žig kao jedna od najspornijih vrsta žigova za registraciju. Uslovi za registraciju nekonvencionalnih žigova, a samim tim i mirisnog žiga, liberalniji su ukidanjem grafičkog prikaza oznake. Međutim, ovaj uslov nije ukinut u svim državama svijeta, a i bez njega postoje drugi uslovi koje ova oznaka mora da ispuni kako bi bila registrovana kao žig. U radu, autor će ukazati na probleme prilikom registracije ove vrste žiga.

Ključne riječi: *nekonvencionalni žigovi, mirisni žig, pravo EU, pravo SAD-a*

U V O D

Žigovi su ispoljeni u tradicionalnim formama kao što su oznake od slova, riječi, crteža, brojeva ili njihovih kombinacija. Ove forme žigova su definisane i u međunarodnim kovencijama pa se još zovu i konvencionalni žigovi.

Razvoj žigovnog prava i potrebe društva su proizvele nove forme žigova koji do tada nisu bili poznati niti priznati. Ove forme nisu bile predviđene međunarodnim konvencijama pa se danas zovu nekonvencionalni ili netradicionalni ži-

---

Njegoslav Jović, MA, viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

govi. Propisi država i praksa registracije ovih žigova su različiti i neujednačeni. U nekim državama je dozvoljena registracija svih nekonvencionalnih žigova, dok druge države dozvoljavaju registraciju samo nekih nekonvencionalnih žigova.

Evropska unija je posljednjih godina revidirala svoje sekundarne propise iz oblasti žigovnog prava i uklonila uslov grafičkog prikaza iz definicije žiga EU i nacionalnih žigova. Posljedica ukidanja grafičkog prikaza je prihvatanje za registraciju onih vrsta žigova koji nisu vizuelno uočljivi i koji se mogu nadležnom registru dostaviti u drugom adekvatnom formatu ili obliku.

Predmet analize ovog rada je mirisni žig kao jedan od nekonvencionalnih žigova koji su, u teoriji i praksi žigovnog prava, bili najčešće osporavani i čija registracija je uglavnom odbijana. Analiza će obuhvatiti propise i sudsku praksu EU i njenih država članica kao i SAD-a.

Autor će istražiti da li ukidanje uslova grafičkog prikaza žiga prilikom registracije mirisnog žiga omogućava njegovu nesmetanu registraciju i koje eventualne smetnje podnosilac prijave mora takođe da otkloni da bi registracija njegove prijave bila uspješna.

Ostale vrste nekonvencionalnih ili netradicionalnih žigova autor će analizirati samo u onom obimu koji je neophodan da se utvrde zajedničke specifičnosti ovih vrsta i formi žigova.

NEKONVENCIONALNI ILI NETRADICIONALNI ŽIGOVI

Karakteristike nekonvencionalnih ili netradicionalnih žigova jesu da oni nisu uglavnom vizuelno uočljivi, ali imaju određeni stepen identifikacije koji mogu da prepoznaju potrošači.[1] Njihovi vlasnici traže uvijek nove i uzbudljivije načine da učine svoje proizvode atraktivnijim od svojih konkurenata. Oblici, zvuci, boje pa i mirisi postaju sve popularniji način promovisanja robe i usluga.[2]

Nekonvencionalnim žigovima smatraju se zvučni žigovi, mirisni žigovi, žigovi u boji, mobilni žigovi, trodimenzionalni žigovi, promjenljivi žigovi, okusni (gustativni) žigovi, gestikulativni (gestovni) žigovi, taktilni žigovi, položajni žigovi, hologramski žigovi, enterijerski žigovi, arhitektonski žigovi i dr.[3]

---

[1] Disha Gupta, "Non-Conventional Trademarks and its Prospects", *Intellectual Property Rights Law Review*, Vol. 3, Iss. 3, 2017, str. 21.

[2] Seiko Hidaka, Nicola Tatchell, Mark Daniels, Bonita Trimmer, Adam Cooke, "A Sign of the Times? A Review of Key Trade Mark Decisions of the European Court of Justice and Their Impact Upon National Trade Mark Jurisprudence in the EU", *The Trademark Reporter*, Vol. 94, No. 5, 2004, str. 1120. Vid. Njegoslav Jović, "Zvučni žig", *Pravni život*, br. 11, Tom III, Beograd, 2018, str. 552.

[3] V. Dragan Zlatović, *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008, str. 87–101; Isto, Vidoje Spasić, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2018, str. 165–174.

Pristalice liberalnijeg koncepta registracije žiga su smatrali da treba dozvoliti registraciju i zaštititi manje opipljive oznake kao što su zvukovi, mirisi, mobilne oznake, holografi, gestikulativne i druge oznake, dok su pristalice konzervativnijeg pristupa tvrdili da takve oznake teško mogu imati funkciju žiga s obzirom da nisu prepoznatljivi i da ih nije moguće grafički prikazati.[4] Međutim, grafičko predstavljanje oznake kao uslov za registraciju tradicionalnih žigova se postepeno ukida. Trenutno važeće uredbe i direktive u EU izostavljaju grafičko predstavljanje kao uslov za registraciju ali zadržavaju određenu formu u kojoj oznaka mora biti predstavljena. Mnogi od nekonvencionalnih žigova se ne mogu ili se otežano mogu prikazati grafički pa ukidanje ovog uslova olakšava njihovu registraciju. Dosadašnje obrazloženje da grafičko predstavljanje olakšava pretraživanje registara žigova od strane zainteresovanih lica i utvrđivanja obima zaštite za registrovane žigove,[5] više nije adekvatno, jer razvoj informacionog društva i digitalnih formi otvara nove mogućnosti koje analogna tehnologija nije podržavala.

Propisi o žigovima u EU i SAD-u se značajno razlikuju. U EU se doskoro, zahtijevao obavezno grafički prikaz čime je registracija mirisa kao žiga bila nemoguća, dok je u SAD-u bila dozvoljena registracija mirisa kao žiga. Međutim, prema postojećim propisima u EU sve oznake se mogu prikazati u bilo kom pogodnom obliku upotrebom dostupne tehnologije. Taj prikaz mora biti jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, postojan i objektivan. Ovih sedam kriterijuma utvrđeni su u predmetu *Ralf Sieckmann*.[6] Nakon ove presude registracija mirisnih žigova u EU postala je praktično nemoguća.

Nekonvencionalni žigovi dizajnirani su tako da privlače potrošače i stvaraju pozitivne asocijacije na imidž proizvoda kao i konvencionalni žigovi. Npr. boje mogu da funkcionišu i kao dio cjelokupnog izgleda proizvoda tako da se proizvod može brzo identifikovati sa njima. Zvukovi se mogu sastojati od muzičkih tonova, govora, pjevanja, buke životinja i sl. Oni ostaju u svijesti potrošača čak i kad ne obraćaju pažnju na njih. Međutim, mirisi nemaju manju važnost za potrošače od njih.

Činjenica koja nije na strani registracije mirisa kao žiga jeste da nijedna konvencija ne predviđa, niti spominje, međunarodno razmatranje registracije ili zaštite mirisa kao žiga.

Prema članu 15. stav 1. Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*TRIPS*) bilo koji znak, ili kombinacija znakova, podobna za razli-

[4] Dragan Zlatović, "Nekonvencionalni žigovi u svijetlu nove europske regulative i prakse", *Glasnik prava*, br. 1, Kragujevac, 2017, str. 20.

[5] V. Nj. Jović, *nav. članak*, str. 551–553.

[6] C-273/00, *Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt*, 12.12.2002. god.

kovanje robe ili usluga jedne firme od roba ili usluga druge firme biće podobno da sačini žig. Takvi znaci, posebno riječi uključujući lična imena, slova, brojeve, figurativne elemente i kombinacije boja, kao i bilo koja kombinacija takvih znakova biće podobne za registrovanje kao žigovi. U slučaju da znaci nisu sami po sebi podobni za razlikovanje roba ili usluga na koje se odnose, članice mogu učiniti registrovanje zavisnim od distinktivnosti stečene kroz upotrebu. Članice mogu zahtijevati, kao uslov registracije, da znaci budu vizuelno uočljivi.

Međutim, na unutrašnjim propisima država članica je da odluče da li oni dozvoljavaju registraciju oznaka koje nisu vidljive, npr. zvuk, ukus ili mirisi.

SPECIFIČNOSTI MIRISNOG ŽIGA

Upotreba mirisa je uobičajna u industriji kozmetike kod proizvodnje sredstva za čišćenje, krema za lice, parfema i drugih preparata. Privredni subjekti mogu koristiti određeni miris kako bi privukli kupce i na taj način izgradili i poboljšali svoj poslovni imidž. Miris može podsvjesno uticati na kupce na više načina. Iz tog razloga bi bilo korisno dozvoliti zaštitu mirisa kao intelektualnu svojinu.[7]

Postoji snažna veza između mirisa i ljudskog pamćenja, što mirise čini efikasnim zaštitnim oznakama. Prilikom sjećanja na miris, ljudi zapravo razmišljaju o nekom predmetu koji je povezan sa njim.[8]

Zaista, oni mogu uticati na donošenje odluka potrošača i na svjesnom i na nesvjesnom planu. Čulo mirisa je centralni faktor evolucije sisara pa nije čudno da "njušno pamćenje" predstavlja jednu od najjačih i najpouzdanijih vrsta ljudskog pamćenja.[9] Dokazano je da mirisi imaju sposobnost da nas podsjete na sjećanja i na taj način izazovu određene emocije. Na taj način, to bi moglo privući kupce u procesu odlučivanja o kupovini robe ili usluge.[10]

Međutim, postoje i problemi prilikom utvrđivanja i identifikovanja konkretnog mirisa. Ne postoje međunarodne baze i klasifikacije mirisa. Slične mirisne mješavine, poput sličnih boja, teško će se razlikovati bez stručne pomoći.

---

[7] Juhana Strandberg, *Scents trade marks today*, Bachelor's thesis, Tallinn University of Technology, School of Business and Governance, Department of law, Tallinn, 2018, str. 37.

[8] Faye M. Hammersley, "The Smell of Success: Trade Dress Protection for Scent Marks", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 2, Iss. 1, 1998, str. 106.

[9] J. Strandberg, *nav. djelo*, str. 14.

[10] Anne H. Chasser, Jennifer C. Wolfe, Brand Review, Connecting Intellectual Property, Branding, and Creativity Strategy, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2010, str. 54. Dostupno: https://books.google.fi/books?hl=en&lr=&id=ZAh9aWawWdYC&oi=fnd&pg=PR11&d#v=onepage&q&f=false, 15.09.2019.

Praktične poteškoće pri registraciji ovih žigova će biti veće nego u kontekstu registracije boja žigom.[11]

Pomoću hemijske formule može se odrediti kakvu vrstu mirisa treba zaštititi i prijaviti za registraciju. Međutim, razumijevanje sadržaja hemijske formule je komplikovano za širu javnost što ne bi trebalo biti opravdanje za njegovo isključenje iz zaštite putem žiga. Takođe, vrlo je teško opisati miris riječima da bi taj opis bio precizan i zadovoljio uslov za registraciju. Ovo su samo neki od problema sa kojima se susreću podnosioci prijava za registraciju mirisa kao žiga.

Prema upitniku koji je sprovodio *WIPO* i uputio ga državama članicama, 20 od 72 državna zavoda ili instituta su odgovorili da prihvataju mirise za registraciju.[12] Ovi podaci pokazuju da države postepeno prihvataju registraciju mirisa kao žigova nezavisno od problema sa kojima se susreću prilikom njihove registracije.

Tokom posljednje decenije, tehnologija "elektronskog senziranja" ili "e-osvježavanja" pretrpjela je važna dostignuća sa tehničkog i komercijalnog stanovišta. Ovo je tema koja je dobila malo pažnje u vezi sa registracijom mirisa kao žiga. Korišćenjem elektronskog otkrivanja, potencijalno bismo mogli da stvorimo međunarodnu bazu podataka za sve zaštićene žigove koji imaju svojstvo mirisa.[13]

Značajni za budući razvoj mirisnih žigova mogu da budu i "Elektronski nos" (*electronic nose*) i "mirisna kupola" (*Scent Dome*). "Elektronski nos" je mašina koja je dizajnirana za upotrebu senzorskih nizova kako bi otkrila i razlikovala složene i obične mirise.[14] Elektronski nos sastoji se od hemijskih senzora povezanih sa sistemom prepoznavanja uzorka koji reaguje na mirise koje detektira u blizini.[15] Različiti mirisi izazivaju različite reakcije u elektronskim senzorima nosa i isporučuju obrazac signala karakterističan za određenu aromu koji računar pregledava i upoređuje aromu sa različitim uzorcima koristeći prepoznavanje uzorka.[16] Tehnologija elektronskih noseva koristi se za kontrolu kvaliteta širokog

[11] Bettina Ellias, "Do scents signify source: An argument against trademark protection for fragrances", *The Trademark Reporter*, Vol. 82, 1992, str. 480.

[12] WIPO, Standing Comittee on the Law of Trade Marks, Industrial Designs and Geographical Indications, Sixteenth Session, SCT/16, Ženeva, 2006. Dostupno: https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=10983, 15.09.2019.

[13] J. Strandberg, *nav. djelo*, str. 41.

[14] Tim C. Pearce, Susan S. Schiffman, H. Troy Neagle, Julian W. Gardner, *Handbook of Machine Olfaction, Electronic Nose Technology*, New Jersey, 2006, preface XVII.

[15] Benjamin Caballero, Paul Finglas, Fidel Toldra, *Encyclopedia of Food Sciences and Nutrition*, Academic Press, Massachusetts, 2003, str. 5174.

[16] *Ibidem*, str. 5173.

asortimana komercijalnih proizvoda, na primer pića, ali i za drugu robu, poput kozmetike, pa čak i za medicinsku dijagnostiku.[17]

Mirisna kupola je uređaj koji može biti povezan za računar da stvori miris simulacije za računarske korisnike.[18] Unutrašnji dio mašine sadrži potrošene patrone koji su napunjeni aromatičnim uljima, a svaki se prevodi i šifrira u binarnom režimu. Djeluje tako što skladišti uložak sa dvadeset baznih mirisa, od kojih se svaki može otpustiti pojedinačno u zadanim količinama, ili ih mješati i uporediti kontrolnim softverom u različitim količinama kako bi se stvorio praktično svaki mogući miris.[19]

Danas je tehnologija dostigla prag da je moguće komprimirati mirise u digitalni format i pametnim telefonima ih preuzeti, skladištiti i lako im pristupati putem interneta.[20] Brzi napredak tehnologije u cjelini nateraće nas da očekujemo da će e-senzifikacija biti uobičajna u budućnosti. Uvođenje ove tehnologije u propise o žigovima moglo bi potencijalno da reši problem za tipična pitanja koja se tiču mirisa.[21]

Mirisni žigovi u EU

U Evropskoj uniji mirisni žigovi nisu posebno regulisani već se na njih primjenjuju opšta pravila za nekonvencionalne žigove. Evropska mreža žigova i dizajna (*ETMDN*) je objavila Zajedničko saopštenje o prikazu novih vrsta žigova[22] 2017. godine i u njoj definiše sve druge vrste nekonvencionalnih žigova, osim mirisnog žiga. Na mirisni žig bi se mogle primjeniti odredbe za vrstu žiga u rubrici "Ostalo" koji je definisan kao "žig koji nije obuhvaćen niti jednom vrstom gore navedenih žigova". Ovaj žig mora biti prikazan u bilo kojem prikladnom obliku upotrebom opšte dostupne tehnologije, pod uslovom da se može reprodukovati u registru na jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, postojan i objektivan način koji omogućava nadležnim tijelima i javnosti da jasno i precizno odrede predmet zaštite koja je pružena njegovom nosiocu. Prikaz može biti

[17] T.C. Pearce, S. S. Schiffman, H. T. Neagle, J.W. Gardner, *nav. djelo*, str. 450.

[18] Donald A. Washburn, Lauriann M. Jones, "Could Olfactory Displays Improve Data Visualization?", *Computing in Science and Engineering*, Vol. 6 Iss. 6, 2004, str. 80–83.

[19] V. J. Strandberg, *nav. djelo*, str. 40–42.

[20] Danny Friedmann, "EU opens door for sound marks: will scent marks follow?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 10, No. 12, 2015, str. 932.

[21] J. Strandberg, *nav. djelo*, str. 43.

[22] Evropska mreža žigova i dizajna (ETMDN), *Zajedničko saopštenje o prikazu novih vrsta žigova*, 01.12.2017. Dostupno na: https://www.dziv.hr/hr/novosti/objava-zajednicke-komunikacije-nacionalnih-ureda-drzava-clanica-europske,2545.html, 19.09.2019.

popraćen opisom.[23] Ovi važeći kriterijumi su kriterijumi utvrđeni u predmetu *Sieckmann*.

Evropska unija je 1988. godine usvojila Prvu direktivu Savjeta 89/104/EEZ kojom je započela harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava država članica o žigu i 1993. godine Uredbu Savjeta (EZ) br. 40/94[24] kojom je uspostavila sistem nadnacionalnog žiga u vidu žiga EU. Prema članu 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ žig se može sastojati od bilo kog znaka sposobnog da bude grafički predstavljen, naročito riječi, uključujući lična imena, dizajn, slova, brojeve, oblik robe ili njihovu ambalažu, pod uslovom da su takvi znaci sposobni da razlikuju robu ili usluge jednog preduzeća od onih drugih preduzeća. Jedan od osnovnih uslova da bi se bilo koja oznaka mogla registrovati kao žig prema Prvoj direktivi Savjeta 89/104/EEZ je bio da se oznaka može grafički predstaviti.

Važećom Direktivom (EU) 2015/2436 uslov grafičkog prikaza je ukinut i ova Direktiva se primjenjuje na svaki žig vezano za proizvode i usluge koji su predmet registracije ili prijave za registraciju pojedinačnog žiga, zajedničkog žiga, garancijskog ili certifikacijskog žiga u državi članici ili koji je predmet registracije ili prijave za registraciju pri Zavodu Beneluksa za intelektualnu svojinu ili međunarodne registracije koja ima dejstvo u državi članici.[25]

Prema Uredbi (EU) 2017/1001 koja je danas na snazi, žig EU se može sastojati od bilo kakvih znakova, posebno riječi, uključujući lična imena, ili od crteža, slova, brojeva, boja, oblika proizvoda ili pakovanja proizvoda, ili zvukova, pod uslovom da su takvi znakovi prikladni za: razlikovanje proizvoda ili usluga jednog preduzeća od proizvoda ili usluga drugih preduzeća; i prikazivanje u registru žigova EU na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede tačan i jasan predmet zaštite koja je pružena njihovom nosiocu.[26]

Propisi koji se odnose na žig EU i žigove u državama članicama EU ne sadrže više uslov grafičkog predstavljanja, ali sadrže ostale uslove. Mirisni žigovi pošto

[23] Evropska mreža žigova i dizajna (ETMDN), *Zajedničko saopštenje o prikazu novih vrsta žigova*, str. 5.

[24] Uredba Savjeta (EZ) br. 40/94 od 20.12.1993. godine o žigu Zajednice stavljena je van snage Uredbom Savjeta (EZ) br. 207/2009 od 26.02.2009. godine o žigu Zajednice i Uredbom (EU) 2015/2424 Evropskog parlamenta i Savjeta od 16.12.2015. godine o izmjeni Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 o žigu Zajednice i Uredbe Komisije (EZ) br. 2868/95, o provođenju Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94 o žigu Zajednice te o stavljanju van snage Uredbe Komisije (EZ) br. 2869/95 o taksama koje se plaćaju Zavodu za usklađivanje na unutrašnjem tržištu (žigovi i dizajni). Sada važećom Uredbom (EU) 2017/1001 Evropskog parlamenta i Savjeta od 14.06.2017. godine o žigu Evropske unije stavljene su van svage Uredba Savjeta (EZ) 207/2009 i Uredba (EU) 2015/2424.

[25] Čl. 1. Direktive (EU) 2015/2436. Vid. Nj. Jović, *nav. članak*, str. 558 i dalje.

[26] Čl. 4. Uredbe (EU) 2017/1001.

nisu posebno navedeni i definisani razvijaće se kroz praksu *EUIPO*-a i Suda pravde Evropske unije.

Zavod EU za intelektualnu svojinu (*EUIPO*)[27] je razmatrao više prijava za registraciju mirisa kao mirisnog žiga. U većini tih predmeta je odbio da registruje mirisni žig. Neki od tih predmeta navodimo u nastavku.

U predmetu R 711/1999-3, *MYLES LIMITED*[28] je podnio zahtjev *OHIM*-u 28. juna 1999. da registruje olfaktornu (mirisnu) oznaku "Miris maline" za robu "Goriva, uključujući motorna goriva, posebno dizel kao gorivo za grijanje, gorivo i gorivo iz motora". Podnosilac je dao sljedeći opis žiga u prijavi: "Žig se sastoji od mirisa maline, koji se primenjuje na pomenutu robu". Ispitivač je svojom odlukom od 1.10.1999. godine odbio da registruje ovaj žig na osnovu člana 4. Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94. Ispitivanjem prijave Ispitivač je utvrdio da nije adekvatno grafički predstavljena. Međutim, po žalbi Odbor je utvrdio da je ispunjen uslov za grafičko predstavljanje u ovom konkretnom slučaju, ali da oznaka nije distinktivna pa je odbio registraciju po drugom osnovu.

U predmetu R 186/2000-4, *Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.)*,[29] *OHIM* je 2004. godine odbio da registruje mirisnu oznaku za miris za kozmetičku i drugu robu, koja je u prijavi usmeno opisala sastojke mirisa i priložila obojene "slike" mirisa, jer prijava nije udovoljavala zahtjevima prihvatljivog grafičkog prikaza, iako je usmeni opis proizvoda bio prihvatljiv. U ovom predmetu se *OHIM* pozvao i na kriterijume iz presude *Sieckmann*.

Međutim, u registru *EUIPO*-a postoji i prijava koju je *EUIPO* prihvatio i registrovao mirisni žig. Nažalost, nosilac ovog žiga po isteku roka njegove zaštite nije tražio njegovu obnovu, pa trenutno u registru *EUIPO*-a ne postoji važeći registrovani mirisni žig. U državama članicama EU postoji samo jedna registracija mirisnog žiga koja je na snazi u Velikoj Britaniji i to za žig u vlasništvu *Unicorn Products Limited* za "jak miris gorkog piva koji se primjenjuje za pikado".[30]

U predmetu R 156/1998-2 *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing*[31] *OHIM* je 1999. razmotrio može li se "miris svježe pokošene trave" regi-

[27] Do 2016. godine je nosio naziv Kancelarija za harmonizaciju na unutrašnjem tržištu (OHIM)

[28] R 711/1999-3, *Myles Ltd. Application*, OHIM, Board of Appeal. 5.12.2001. Dostupno: http://www.copat.de/markenformen/wrp2002/wrp10.pdf, 15.09.2019.

[29] R 186/2000-4, *Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.)*, Dostupno: http://www.copat.de/markenformen/wrp2002/wrp12.pdf, 15.09.2019.

[30] V. Pretragu u TMviev. Dostupno: https://www.tmdn.org/tmview/welcome#, 15.09.2019.

[31] R 156/1998-2, *Vennootschap Onder Firma Senta Aromatic Marketing's Application*, 1999, E.T.M.R. 429, (OHIM (2d Bd. App.), Second Board of Appeal of 11 February 1999. Dostupno: http://www.copat.de/download/R0156_1998-2.pdf, 17.09.2019.

strovati kao žig za teniske loptice. U početku je prijava odbijena zbog toga što se riječi "miris svježe pokošene trave" ne kvalifikuju kao adekvatan grafički prikaz oznake koja je sposobna da se prikaže u obliku kako to zahtijeva član 4. Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94 o žigu Zajednice. Po žalbi, Odbor za žalbe je odlučio da je "miris svježe pokošene trave" karakterističan miris koji je poznat i prepoznatljiv većini stanovništva, i da je opis oznake primjeren za registraciju. Ovo je jedina mirisna oznaka koja je registrovana kao mirisni žig u EU. Međutim, u 2006. godini registracija je prestala kada podnosilac zahtjeva nije tražio obnovu žiga za ovaj miris. Ova odluka *OHIM*-a je izuzetak, jer je mirisna oznaka prihvaćena i registrovana na osnovu verbalnog opisa proizvoda "mirisa svježe pokošene trave" za teniske loptice i ne bi bila prihvatljiva na osnovu *Sieckmann*-ovih kriterijuma da su postojali u vrijeme njenog donošenja.

Sud pravde EU je imao priliku da se izjasni o registraciji mirisne oznake. U predmetu C-273/00*, Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt*[32] Sud pravde EU je tumačio član 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ. U ovom predmetu radilo se o prijavi registracije oftalmološke (mirisne) oznake. Međutim, predmet je značajan i za registraciju ostalih netradicionalnih žigova. *Ralf Sieckmann* je pokrenuo postupak protiv Njemačkog zavoda za patente i žigove zbog odbijanja da registuje njegovu oftalmološku (mirisnu) oznaku. *Sieckmann* se u dijelu obrazca prijave naslovljenom "Reprodukcija oznake" pozvao na opis priložen u obliku dodatka njegove prijave. U navedenom opisu piše: "Traži se zaštita žiga za olfaktivni žig deponiran kod *Deutsches Patent - und Markenamt* koji se sastoji od čiste hemijske supstance *methyl cinnamate (metil cinamat - cinnamic acid methyl ester* – metil ester cimetne kiseline), strukturalne formule *C6H5-CH=CHCOOCH3*. Uzorke ovog olfaktivnog žiga takođe je moguće dobiti putem lokalnih laboratorija navedenih na žutim stranicama firme *Deutsche Telekom AG* ili, npr., putem firme *E. Merck* u *Darmstadtu*."[33] Njemački Savezni sud za patente zastao je sa postupkom i uputio dva pitanja Evropskom sudu pravde za preliminarnu presudu. Prvo pitanje je da li član 2. Prve direktive treba tumačiti u smislu da izraz "žigovi koje je moguće grafički prikazati" obuhvata samo one znakove koje je moguće direktno reprodukovati u njihovom vidljivom obliku ili je tumačenju ujedno potrebno pridati značenje prema kojem znakovi – poput mirisa ili zvukova – koje same po sebi nije moguće vizualno uočiti, ali ih je moguće indirektno reprodukovati korištenjem određenih pomagala. Drugo pitanje je glasilo, ukoliko bi odgovor na prvo pitanje bio u smislu širokog tumačenja, da li su uslovi grafičke prikazivosti propisani u članu 2. Prve direktive zadovoljeni u slučajevima u kojima

[32] C-273/00, *Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt*, 12.12.2002. godine.

[33] *Ibidem*, tač. 11.

se miris reprodukuje a) hemijskom formulom, b) pomoću opisa (koji se objavljuje), c) deponovanjem uzorka ili d) kombinacijom gore navedenih zamjenskih načina reprodukcije.[34] U presudi Evropski sud pravde je u odgovoru na prvo pitanje istakao da se član 2. Prve direktive treba tumačiti u smislu da se žig može sastojati od znaka, koji sam po sebi nije sposoban da bude vizualno opažen, pod uslovom da isti može biti grafički prikazan, posebno pomoću slika, crta ili likova, te da je prikaz jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, trajan i objektivan.[35] U odgovoru na drugo pitanje Sud je istakao da što se tiče hemijske formule, samo nekolicina ljudi bi u navedenoj formuli prepoznala miris o kojem je riječ, te da takva formula nije dovoljno jasna. Nadalje, hemijska formula ne prikazuje miris supstance, nego supstancu kao takvu, a ujedno nije ni dovoljno jasna, niti precizna.[36] U pogledu mirisnog žiga u predmetnom slučaju zahtjev grafičkog prikaza nije zadovoljen hemijskom formulom, opisom pisanim riječima, deponovanjem uzorka mirisa, niti kombinacijom navedenih elemenata.[37]

U predmetu *Sieckmann* Sud pravde EU je istakao da nekonvencionalne oznake, nisu isključene iz zaštite prema Prvoj direktivi Savjeta 89/104/EEZ. Međutim, Sud je postavio uslove koje te oznake moraju posebno ispuniti. Ti uslovi su da moraju biti grafički prikazani, posebno pomoću slika, crta ili znakova, te da je taj prikaz jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, trajan i objektivan.[38] Ovi kriterijumi su i danas važeći za registraciju svih žigova u EU.

U predmetu T-305/04*, Eden SARL v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*[39] podnosilac prijave je tražio registraciju za mirisnu oznaku koja nije vizuelna i opisana je riječima "miris zrele jagode" uz koju je priložio sliku u boji, za više različitih vrsta robe iz klase 3, 16, 18 i 25 Ničanske klasifikacije. Ispitivač je odbio registraciju jer oznaka nije bila adekvatno grafički predstavljena niti je bila distinktivna. Podnosilac prijave je podnio žalbu koju je Odbor za žalbe *OHIM*-a odbio. Podnosilac je podnio tužbu Prvostepenom sudu. Prvostepeni sud je odbio tužbeni zahtjev iz razloga što kombinacija metoda prezentovanja nije sposobna da udovolji zahtjevima grafičkog predstavljanja pošto je utvrđeno da opis u riječima u pitanju i slika zrele jagode, ne zadovoljava uslove iz predmeta *Sieckmann*, koji se traže u grafičkom predstavljanju i

[34] *Ibidem*, tač. 19.

[35] *Ibidem*, tač. 55.

[36] *Ibidem*, tač. 69.

[37] *Ibidem*, tač. 73.

[38] V. Nj. Jović, *nav. članak*, str. 559–560.

[39] T-305/04, *Eden SARL v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, 27.10.2005. godine.

njihova kombinacija ne predstavlja validan grafički prikaz. "Miris zrelih jagoda" može da se odnosi na nekoliko sorti jagoda i, prema tome, na nekoliko različitih mirisa što nije precizno i ne eliminiše sve elemente subjektivnosti u procesu prepoznavanja i uočavanja oznake.

Propisi EU su ublažili uslove registracije netradicionalnih žigova ukidanjem grafičkog prikaza i omogućili njihovu lakšu registraciju. Mirisni žig nije posebno definisan već se na njega primjenjuju odredbe za ostale vrste žigova koje ispunjavaju sve uslove za registraciju. Praksa *EUIPO*-a nam pokazuje da prihvataju registraciju mirisa kao žiga, što pokazuje da nije nemoguće registrovati ove vrste oznaka kao žig. Međutim, praksa Suda pravde EU je dosta rigorozna i vrlo malo mirisnih oznaka ispunjava uslove koje je Sud ustanovio u predmetu *Sieckmann*.

Mirisni žigovi u SAD-u

SAD su liberalnije po pitanju registracije nekonvencionalnih žigova od EU, a posebno nevizuelnih. Nazavisno od toga, u postojećim registrima[40] ne postoji mnogo registrovanih mirisnih žigova.

Podnosioci prijave žiga ne moraju dostavljati grafički prikaz oznake, ako je oznaka nevizuelna tj. ako je npr. zvuk ili miris.[41] Prema *Lanham Act*-u izraz "žig" obuhvata bilo koju riječ, ime, simbol ili uređaj ili bilo koju njegovu kombinaciju: koje koristi lice; ili koje lice ima savjesnu namjeru da koristi u trgovini i podnese zahtev za registraciju u glavnom registru u cilju da identifikuje i razlikuje svoju robu, uključujući i jedinstveni proizvod, od onih proizvedenih ili prodatih od strane drugih i da ukazuju na porijeklo robe, čak i ako to porijeklo nije poznato.[42]

Kada prijavljuju miris ili drugu nevizuelnu oznaku za registraciju, podnosioci zahteva nisu dužni da dostave grafički prikaz oznake jer je svrha grafičkog prikaza da podnosilac zahteva pokaže oznaku koja želi da se registruje. Kod nevizuelnih oznaka to nije moguće. U slučaju mirisa ili druge nevizuelne oznake podnosilac je dužan dostaviti detaljan pisani opis koji jasno opisuje nevizuelnu oznaku. Ovaj opis mora biti precizan kako bi se mogao identifikovati određeni miris. Polazište u SAD je da svaki simbol može poslužiti kao žig ako je u stanju da identifikuje određeni pojedinačni komercijalni proizvod ili uslugu.

---

[40] V. *Trademark Electronic Search System (TESS).* Dostupno: http://tmsearch.uspto.gov/bin/gate.exe?f=tess&state=4804:40255i.1.1., 19.09.2019.

[41] V. Nj. Jović, *nav. članak*, str. 555.

[42] Lanham Act, 15 U.S. Code § 1127 – Construction and definitions; intent of chapter. Dostupno: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1127, 15.09.2019.

Prvi registrovani mirisni žig u SAD-u je bio konac za vezenje sa šljokičastim plavim perjem (*Clarke's Plumeria Blossoms*)[43] a registrovala ga je 1991. godine kalifornijska kompanija *DBA CLARKE'S OSEWEZ*. Prijavom se tražila registracija mirisnog žiga za određeni miris za "šivanje niti i prediva za vez". Miris je opisan kao "veliki uticaj svježine, cvjetnog mirisa koji podseća na cvjetove Plumerije". Ured je utvrdio da miris nije prirodna ili svojstvena osobina robe i takođe je naglasio da se bavi upotrebom mirisa na proizvodu koji obično nije poznat da bude mirisan. Ovaj mirisni žig je poništen 1997. godine.

Sudovi SAD-a su takođe doprinijeli praksi registracije nekonvencionalnih žigova. U predmetu *Qualitex Co. v. Jacobson Products* Co.[44] se radilo o registraciji boja kao nekonvencionalnih žigova, pa se indirektno odnosi i na mirisni žig. U ovom predmetu Vrhovni sud presudio je da nijedno posebno pravno pravilo ne sme uskratiti boje da služe kao zaštitni znak ako ispunjavaju uobičajene zakonske zahteve za žigovima. Sud je izjavio da argumenti koji se obično iznose protiv zaštite boja kao žigova nisu dovoljno ubedljivi da bi ih izvukli iz područja zaštite. Vrhovni sud je zaključio da zeleno-zlatna boja jastučića za hemijsko čišćenje *Qualitex*-a ne krši doktrinu funkcionalnosti, jer boja nije služila nikakvoj funkciji u radu proizvoda osim simbolu identifikacije izvora porijekla, što je glavna osobina žiga.

U SAD-u se mora dokazati da miris ne služi nikakvoj važnoj praktičnoj funkciji osim identifikaciji i razlikovanju oznake. To znači da proizvod čija je svrha vezana samo za miris, poput parfema ili osveživača vazduha ne može biti registrovan kao mirisni žig.[45] Neki od trenutno važećih mirisnih žigova u SAD-u su "*Flowery Musk Scent*",[46] "*Bubble Gum Scent for Sandals*"[47], "*Rose-Scented Marketing Products*"[48], "*Minty Pain-Relief Patches*"[49], "*Strawberry, Cherry, and Grape*

[43] USPTO, Serial Number: 73758429. Registration Number: 1639128. Dostupno: http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=+1,639,128&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch., 15.09.2019.

[44] Qualitex Co. v. Jacobson Products Co. 514 U.S. 159, U.S.P.Q.2D (BNA) 1161, 28.3.1995. Dostupno: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/159/, 15.09.2019.

[45] Nick Greene, "The 10 Current Scent Trademarks Currently Recognized by the U.S. Patent Office", 2015. Dostupno: http://mentalfloss.com/article/69760/10-scent-trademarks-currently-recognized-us-patent-office, 15.09.2019.

[46] US Registration Number: 4618936.

[47] US Registration Number: 4754435.

[48] US Registration Number: 3849102.

[49] . US Registration Number: 35893481.

Lubricants for Combustion Engines".[50] U registru SAD-a trenutno postoji desetak mirisnih žigova čija je registracija važeća.

ZAKLJUČAK

Mirisni žigovi su nekonvencionalni žigovi čiju registraciju privredni subjekti vrlo teško ostvaruju. Mnoge države još ne dozvoljavaju registraciju ove vrste nekonvencionalnih žigova.

U EU je usvajanjem Direktive (EU) 2015/2436 i Uredbe (EU) 2017/1001 ukinut uslov grafičkog prikaza i otvorena mogućnost za registraciju svih nevizuelnih oznaka kao žigova pod uslovom da njihov prikaz bude jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, postojan i objektivan. Ovi kriterijumi su preuzeti iz presude *Sieckmann*. Međutim, registracija mirisa kao žigova će biti i dalje rijetka u EU. Podnosioci prijava za registraciju mirisnih oznaka će vrlo teško ispuniti sve ove kriterijume.

U SAD-u prema *Lanham Act*-u podnosilac prijave nije dužan da podnese grafički prikaz ako se oznaka sastoji samo od zvuka, mirisa ili druge potpuno nevidljive materije. Za ove vrste znakova, podnosilac zahteva mora podneti detaljan pisani opis oznake. Taj opis mora biti dovoljan za identifikaciju mirisa, inače će registracija biti odbijena. Sistem registracije mirisnih žigova u SAD-u je liberalniji nego u EU, ali praksa pokazuje da ni on nije jednostavan jer je i u SAD-u broj registrovanih mirisnih žigova zanemarljiv.

Razvoj tehnologije i digitalni način identifikacije mirisa, kao i međunarodna klasifikacija mirisa za potrebe registracije žigova, u budućnosti će omogućiti identifikaciju i postojanost mirisa a samim tim i njihovu lakšu registraciju.

NJEGOSLAV JOVIĆ, LL.M.,
Senior Assistant, Faculty of Law,
University of Banja Luka

SMELL (SCENT, OLFACTORY) TRADEMARK

Summary

Unconventional trademarks are the result of the practice of business entities, which have sought new and attractive forms of marking to highlight their goods and services. Competition on

[50] US Registration Number: 2568512, 2596156, 2463044.

the market does not allow for stagnation, and although the classic forms of trademark are sufficient and their combination allows an unlimited number of marks that can be protected by the trademark, certain companies go a step further and experiment with sound mark, smell mark, tasty et al.

The subject of this paper will be the smell mark as one of the most controversial registration marks. The conditions for registration of unconventional trademarks and, consequently, the smell trademark are more liberal by abolishing the graphic representation of the mark, however, this condition is not abolished in all countries of the world, and without it there are other conditions that must be fulfilled in order to be registered as a mark. The author will point out problems with registration of this type of trademark.

Key words: unconventional trademarks, smell trademark, EU law, US law

PETA KATEDRA

PRAVO
NA PRAVDU

**Sud u koneksitetu pravde – Međunarodni odnosi i pravda:
Međunarodno pravo - elementi inostranosti; Pravo Evropske unije**

GORDANA STANKOVIĆ,
MARIJA IGNJATOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA DETETA U POSTUPCIMA GRAĐANSKOPRAVNE ZAŠTITE

Pravni status deteta i zaštita njegovih prava menjali su se tokom civilizacijskog razvoja. U savremenom pravu prava deteta i posebno zaštita njegovih prava u postupcima povodom porodičnih odnosa poboljšani su na normativnom planu, bez obzira na to da li se prava deteta štite direktno ili indirektno. Status deteta kao procesnog subjekta posebno je poboljšan jer su mu, pored tradicionalnih, priznata i posebna procesna prava. S obzirom na to da predstoji donošenje Zakona o pravima deteta i zaštitniku prava deteta očekuje se da će pravna zaštita deteta i njegovih prava biti ostvarena u praksi na višem nivou.

Ključne reči: *prava deteta, zaštita prava deteta, građanski sudski postupak*

U V O D

Prava deteta kao posebnog pravnog subjekta vekovima nisu bila u centru pažnje zakonodavca niti je pitanje njihove pravne zaštite budilo posebno interesovanje tokom civilizacijskog razvoja društva, počev od rimskog prava, pa sve do početka prošlog milenijuma. Deca tokom maloletstva zbog svog uzrasta i psihičke nezrelosti, po prirodi stvari, nisu u stanju da samostalno donose važne odluke koje se tiču njihovog ličnog života i zdravlja, da stiču i vrše prava koja im kao subjektima prava pripadaju, da upravljaju i raspolažu svojom imovinom i samostal-

Dr Gordana Stanković, redovni profesor Univerziteta u Nišu.
Dr Marija Ignjatović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

no brinu o zaštiti i ostvarivanju svojih prava i interesa. O deci, njihovim pravima i interesima do punoletstva, pa i kasnije kad postoji potreba za tim, u prvom redu brinu njihovi roditelji ili staratelji.

Dete rođenjem stiče pravni subjektivitet i kao subjekt mnogih i raznovrsnih pravnih odnosa postaje titular različitih prava. Prava deteta predviđena su u nacionalnom pravu, pre svega, Ustavom Republike Srbije (2006)[1] i odredbama pojedinih zakona koji regulišu različite društvene odnose. Zakoni iz domena zdravstvene zaštite, socijalnog prava, stanovanja, obrazovanja i drugih oblasti predviđaju i regulišu različita i posebna prava deteta. Dete[2] uživa, pored tradicionalnih građanskih subjektivnih prava, i posebna porodična prava priznata međunarodnim i domaćim pravnim aktima, u skladu s novim porodičnopravnim konceptom, koja čine poseban korpus prava deteta[3] da bi se ostvarila dobrobit, sigurnost i razvoj deteta.

OSVRT NA PRAVA DETETA TOKOM ISTORIJSKOG RAZVOJA

Tokom istorijskog razvoja dete nije uvek bilo tretirano kao subjekt prava, niti je uživalo pravnu zaštitu kakvu uživaju odrasla lica i kakvu uživa danas u savremenom pravu. Prava deteta i njihova zaštita bili su dugo pod različitim istorijskim, sociološkim, kulturnim, običajnim i drugim uticajima koji su u tom pogledu igrali važnu ulogu i uticali tokom vremena na normativna rešenja.

Pravna istorija pokazuje da su postojala različita običajna i normativna rešenja koja su se odnosila na najmlađu kategoriju lica i u starom Rimu. Dete je pod uticajem različitih dominirajućih shvatanja toga doba bilo različito tretirano u pe-

[1] Ustav RS (2006), koji je prvi put u ustavnopravnoj istoriji Srbije predvideo da deca uživaju ljudska prava primereno svom uzrastu i duševnoj zrelosti i izričito proklamovao prava deteta (član 64), predvideo je i načelo posebne zaštite dece koje predstavlja osnov za normativno regulisanje zaštite prava deteta u svim pravnim oblastima.

[2] U zakonima Republike Srbije ne postoji opštevažeća definicija pojma "dete." Detetom se smatra ne samo lice određenog uzrasta, već i prvostepeni potomak jednog lica, kao i punoletno lice nad kojim je sudskom odlukom produženo roditeljsko pravo. O značenju izraza "dete" videti: Dejan Đurđević, *Osnovi porodičnog prava Crne Gore*, CID, Podgorica, 2008, str. 108. Nacrtom Zakona o pravima deteta i zaštitniku prava deteta koji je na javnoj raspravi od juna 2019, predviđena je definicija pojma dete, u skladu sa međunarodnim aktima, koja bi trebalo da bude opšteprihvaćena i ugrađena u nacionalne pravne norme.

[3] Korpus prava deteta obuhvata grupu različitih građanskih, porodičnih, ekonomskih, kulturnih i socijalnih prava, koja treba da obezbede potpun i skladan razvoj njegove ličnosti i njegovo odrastanje u porodičnoj sredini, u ambijentu sreće, ljubavi i razumevanja, u skladu sa odredbama Konvencije o pravima deteta.

riodu patrijarhalne porodične zajednice[4] i kasnije u individualnoj zajednici koja se razvila prelaskom sa kolektivne na privatnu svojinu i sa jačanjem uloge *pater familias-a*.[5] Pravni položaj deteta razlikovao se u klasičnom i postklasičnom pravu i u mnogome je bio uzročno-posledično vezan za status žene kao majke. Pravni položaj deteta u rimskom pravu nije bio nužno određen rođenjem jer je na njega uticao niz faktora, u prvom redu činjenica da li se dete moglo proglasiti naslednikom na osnovu svoje rodne pripadnosti ili ne.

Da bi dete u starom rimskom pravu bilo pravom priznato kao subjekt u pravu, bilo je neophodno da je rođeno u zakonitom braku[6] i da je otac priznao dete.[7] Dete koje nije bilo priznato bilo bi odbačeno[8] i obično je tretirano kao rob, iako je imalo status slobodnog građanina. Priznato dete dolazilo je pod očinsku vlast *ius vitae ac necis* koja je davala pravo šefu porodice da ga kažnjava, batina pa čak i ubije.[9] Smatra se da su slučajevi u kojima se pravo *ius vitae ac necis* doslovno primenjivalo bili vrlo retki. Razlozi za to verovatno su ležali u osudi od strane šire zajednice i u ličnom strahu samog šefa porodice od kazne bogova. Vremenom je

[4] Za nju je Gaj često koristio naziv *ercto non cito* ili *societas frateli*.

[5] O tome: Marija Ignjatović, *Starateljstvo nad maloletnicima – nekad i sad*, Beograd, 2007, str. 7.

[6] Gaj u prvoj knjizi Institucija navodi: "... pod našom su vlašću i naša deca, rođena u zakonitom braku. Ovo je pravo karakteristično za rimske građane; teško da postoje ljudi koji imaju toliku vlast nad svojom decom kakvu mi imamo". O tome: Obrad Stanojević, *Gajeve Institucije* (prevod sa latinskog), Beograd, 2009, str. 45.

[7] Pošto je dete bilo rođeno, novorođenče je prema običaju polagano pred noge oca. On bi bez objašnjenja ili opravdanja priznavao dete kao svoje time što bi ga podizao sa zemlje ili bi ga odbacivao tako što ga je ostavljao da leži na zemlji. Prihvaćeno dete postajalo je član *familia*; nepriznato dete bacano je u reku da umre od gladi. U najvećem broju slučajeva odbačena deca bile su devojčice ili zdravstveno slabi dečaci. Tako su na primer na *Oxyrhynchus Papiri*, pismu muža ženi, bile sadržane instrukcije da se zadrži ako je beba muško, a ako je žensko da se odbaci. U praksi se najčešće dešavalo da je novorođenče ostavljano na mesto gde bi slučajni prolaznik mogao da ga nađe i prisvoji. Detaljno o tome: Marija Ignjatović, Osvrt na pravni položaj deteta u rimskom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, Niš, 2015, str. 605–613.

[8] Odbacivanje deteta praktikovano je sve do 374. godine, kada je najverovatnije pod uticajem hrišćanske vere i učenja, bilo strogo zabranjeno. Tako su imperatori *Valentijan Valens* i *Grocijan Probus* isticali u svom kodeksu: "Svako treba da brine i odgleda svoje potomke. Ako neko razmišlja o odbacivanju podleže kazni za to".

[9] *Lex Iulia de aduleteris* predviđao je pravo oca da ubije čak i udatu kćer ako bi je zatekao u preljubi u njegovoj kući ili kući njenog supruga. O tome: Marija Ignjatović, *Lex iulia de maritandis ordinibus* (*Lex marita*) kao mera kontrole u bračnom zakonodavstvu imperatora Avgusta, Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije "*Legal, social and political control in national, international and EU law*", Pravni fakultet, Niš, 2016, str. 533–545.

vlast nad životom i smrti bila postepeno ukidana, pa čak je nosila i ozbiljne posledice ako bi se primenjivala.[10]

Dete koje je bilo rođeno u konkubinatu, primalo je status majke i jedino je nju moglo da nasledi. Do promene u položaju vanbračne dece došlo je kad je u vreme Konstantina uvedena ustanova pozakonjenja koja je omogućila izjednačavanje bračne s vanbračnom decom, naknadnim priznanjem od strane oca.[11] U Justinijanovom pravu,[12] pozakonjenje je moglo da se izvrši i carskim reskriptom na zahtev oca deteta, peticijom ili testamentom, pod uslovom da otac nije imao probleme sa zakonom.

Deca koja su pripadala kategoriji lica *sui iuris* mogla su da steknu pravnu sposobnost i pre samog čina rođenja ako se primenjivala fikcija o nerođenom detetu po kojoj se i nerođeno dete, ako je to bilo u njegovom interesu, moglo da proglasi za naslednika. S obzirom na to da je pitanje imovine i njenog očuvanja bilo od velikog interesa za samu rimsku državu, a imajući u vidu činjenicu da supruge nisu imale pravo da naslede supružnike, postojala je potreba da se pravni subjektivitet prizna i nerođenom detetu.[13] U tom slučaju dete je po rođenju dobijalo status lica *sui iuris*, jer nije imalo oca porodice, bilo da je on umro ili poginuo, te se sve do punoletstva ovakvom licu imenovao tutor zbog njegovog uzrasta i nedozrelosti.[14]

U početku rimske istorije deca su bila tretirana kao lična svojina *pater familias*-a koji je mogao da proda dete u ropstvo ukoliko je ono izvršilo kakav delikt. Deca su tretirana kao objekti prava što se zaključuje po tome što je *pater familias* imao u odnosu na decu na raspolaganju klasične imovinskopravne lekove, kao i vlasnik stvari. Ukoliko je dete bilo oteto, smatralo se da je ukradeno ocu, što mu je davalo za pravo da zahteva vraćanje deteta putem *rei vindicatio* i da tuži za odštetu prema *furtum* postupku.

U domenu porodičnog prava ovlašćenja oca porodice bila su velika jer je on mogao da prinudi dete na zaključenje braka. Kasnije, u doba rimske republike, sa

[10] U vreme Konstantina ubijanje dece bilo je proglašavano za kvalifikovano krivično delo.

[11] Detaljnije: Marija Ignjatović, Tanja Kitanović, Konstantinov akt o pozakonjenju vanbračne dece (*legitimatio*), Tematski zbornik sa međunarodne naučne konferencije "*1700 godina Milanskog edikta*", Unverzitet u Nišu, Pravni fakultet, Niš, 2013, str. 657–666.

[12] Da bi se promenio status deteta bilo je potrebno da brak sa konkubinom nije bio moguć iz određenih razloga ili kada je on bio nepoželjan zbog njene nedostojnosti.

[13] Da bi se primenila ova fikcija neophodno je bilo da se ispune i odgovarajući uslovi: da se dete rodi živo, da od smrti ili pogibije oca nije proteklo više od devet kalendarskih, odnosno deset lunarnih meseci i da dete nije monstrum.

[14] V. Marija Ignjatović, *Capacitas iuridica* i *status familiae, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, br. 78, 2018, str. 223-224.

liberalizacijom partnerskih odnosa, ovo pravo oca porodice gubi svoj izvorni karakter, iako je u ovom periodu otac zadržavao pravo za sebe da dâ saglasnost za zaključenje braka.[15] Osim toga, otac porodice imao je veliku ulogu i u slučaju razvoda braka, jer je on mogao da prinudi svoje dete da prekine brak.[16]

U domenu imovinskopravnih odnosa deca dugo nisu mogla da budu titulari prava i da stiču i raspolažu imovinskim pravima[17] jer je sve što se sticalo u porodičnoj zajednici pripadalo ocu porodice.[18] Međutim, razvojem rimske države i razvojem imovinsko-pravnog prometa, počev od perioda republike, pa nadalje, i deca su mogla da imaju svoj *peculium*.[19] Obim svojine zavisio je od uzrasta deteta i od drugih okolnosti.[20] Kasnije, u doba Konstantina, dete je moglo da postane vlasnik onoga što je steklo za vreme vršenja vojne obaveze i što je nasledilo posle smrti majke (*peculium adventitium*),[21] dok su u vreme Justinijana, svojinska ovlašćenja bila znatno proširena tako da je dete postalo titular svega što je steklo iako je bilo pod vlašću *pater familias-a*.

Od perioda republike bilo je slučajeva da je šef porodice davao ovlašćenja muškoj deci da u njegovo ime istupaju u ekonomskom prometu i da zaključuju pravne poslove. U tom slučaju dobitak od zaključenih pravnih poslova prelazio je na oca, ali nisu prelazili i dugovi. Odgovornost za dugove pogađala je dete s tim što je druga ugovorna strana bila dužna da sačeka da dete postane punoletno kako bi po punoletstvu lice koje je kao dete zaključilo ugovor odgovaralo za povredu ugovorne obaveze.[22]

Dete je bilo objekt prava i u postupcima koji su vođeni ukoliko je dete povredilo neko pravo jer nije formalno učestvovalo u postupku niti je imalo pra-

[15] U Paulovom ediktu u knjizi trideset pet stoji: "Do braka ne može da dođe ako nije u saglasnosti svih onih koji učestvuju u tom činu, pa tako i onih pod čijom vlašću su oni koji brak zaključuju". Detaljno o tome: Marija Ignjatović, *Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i savremenom pravu* (doktorska disertacija), Skoplje, 2009, str. 104.

[16] *Ibidem*, str. 105.

[17] Poznato je da rimsko pravo nije poznavalo pojam imovine u današnjem smislu reči, niti je poznavalo terminološki jedinstven pojam imovine.

[18] U Gajevim Institucijama stoji: "Sve što dobiju deca ili robovi u našoj je *potestas*, jer su i oni lica u *potestas*, pa kao takva ne mogu imati ništa svoje". Gai, Inst. II, 87.

[19] *Peculium* je predstavljao imovinsku celinu koju je *pater familias* predao na upravljanje muškom detetu ili robu koji je bio pod njegovom vlašću.

[20] U doba principata deca koja su služila vojsku imala su pravo da steknu svojinu po osnovu služenja vojnog roka (*peculium castrense*).

[21] Opširnije: Marija Ignjatović, *Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i savremenom pravu* (doktorska disertacija), Skoplje, 2009, str. 97.

[22] V. Marija Ignjatović, *Rimsko pomorsko pravo*, Niš, 2019, str. 98–99.

vo da se izjasni. Običajni zakoni predviđali su ustanovu "domaćeg suđenja" (*iudiculum domesticum*) koje se sastojalo u tome što se otac porodice konsultovao sa Savetom rodbine, kao jednim vidom familijarne skupštine[23] koju su činili stariji članovi porodice, bliski srodnici ili dugogodišnji kućni prijatelji. Zaključci Saveta rodbine nisu bili obavezni za oca porodice koji je odlučivao o meri koju će da preduzme prema detetu s obzirom na to koja je povreda prava bila u pitanju.

Za razliku od rimskog prava, tokom kasnijeg civilizacijskog razvoja u pojedinim segmentima pravnog sistema deca su tretirana kao mali ljudi koji su imali neka prava kao što je, na primer, pravo na rad i zaradu, bez obzira što je zarada deteta uvek bila niža od zarade koja je isplaćivana odraslom licu.

Prvi građanski zakonici koji su tokom vremena donošeni i koji su regulisali i porodičnopravne odnose bili su zasnovani na paternalističkom odnosu roditelja prema deci. Roditelji su kao nosioci roditeljskog prava imali prava i dužnosti prema deci i kao njihovi zastupnici vršili su njihova prava i imali su dužnost da ih u slučaju potrebe štite, dok su deca imala niz različitih dužnosti prema roditeljima.

Takav odnos prema deci dominirao je sve do dvadesetog veka kada je otpočeo legislativni talas zaštite dece i njihovih prava.[24] Tome je nesumnjivo doprinela i Ženevska konvencija Lige naroda iz 1924. kada je otpočela briga o deci i zaštiti njihovih prava na međunarodnom planu, a pod uticajem međunarodnih pravnih akata, reagovali su i pojedini nacionalni zakonodavci donošenjem unutrašnjih pravnih propisa sa ciljem da se zaštite deca.

U prvoj polovini dvadesetog veka deca su tretirana kao posebno osetljiva i ranjiva bića koja treba posebno zaštititi i na legislativnom planu, dok se u njegovoj drugoj polovini počela da postepeno napušta paternalistička koncepcija i da afirmiše ideja o nediskriminaciji dece kao pravnim subjekima koji, kao titulari prava, mogu sama da vrše određena prava, pa i da ih štite. Tome je posebno doprinela Konvencija o pravima deteta iz 1989. ali i čitav niz različitih međunarodnih akata u čijem je fokusu bilo dete.

PRAVA DETETA I NJIHOVA ZAŠTITA U SAVREMENOM PRAVU

U savremenom pravu dete je subjekt mnogobrojnih pravnih odnosa. Rođenjem, dete stiče pravni subjektivitet i kao subjekt mnogih i raznovrsnih pravnih odnosa, postaje titular različitih i raznovrsnih građanskih subjektivnih prava. Prava deteta, kao subjekta pravnih odnosa, zaštićena su i pre njegovog rođenja ustavnom odredbom o slobodnom roditeljstvu i propisima pojedinih zakona koji

[23] O tome: Dimitri Apasiev, *Rimsko sudsko pravo*, Skoplje, 2016, str. 25–32.

[24] Prema podacima iz literature, u Francuskoj je 1889. donet prvi zakon o zaštiti dece.

regulišu različite društvene odnose. Dete uživa, pored tradicionalnih prava, i posebna porodična prava i posebnu pravnu zaštitu.

Savremeni razvoj prava doneo je nova zakonska rešenja koja se odnose na zaštitu deteta i njegovih prava. Ratifikovanom Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta,[25] Evropskom konvencijom o vršenju dečijih prava[26] i odredbama Porodičnog zakona (2005)[27] afirmisala se i u domaćem pravu ideja o detetu kao subjektu prava koji može da samostalno vrši svoja pojedina prava iz određenih pravnih odnosa[28] i da ih samostalno štiti u pojednim postupcima pravne zaštite. Ova ideja posebno je realizovana u sferi porodičnopravnih odnosa napuštanjem paternalističkog odnosa prema detetu, zbog promene koncepta roditeljskog prava i uspostavljanja posebnog korpusa prava deteta tako da se dete, po pravilu, više ne tretira kao objekt prava i objekt pravne zaštite u domenu porodičnih odnosa.

Porodičnopravni propisi omogućili su da dete kao titular prava slobodno izražava svoju volju i da samostalno odlučuje o pitanjima koja se tiču njegovog života i zdravlja u određenim situacijama i pod određenim uslovima. Dete određenog uzrasta i stepena zrelosti ima pravo da svoja lična prava samostalno vrši jer njih ne mogu u ime deteta da vrše njegovi zakonski zastupnici – roditelji ili staratelj. Tako, na primer, dete bez posredstva zakonskog zastupnika samostalno vrši pravo na brak, pravo na roditeljstvo, pravo na reproduktivno zdravlje, pravo na privatnost, pravo na zaštitu ličnih podataka itd.

S obzirom na to da procesno pravo ima instrumentalni karakter i da služi zaštiti materijalnim pravom priznatih građanskih subjektivnih prava, detetu je kao titularu određenih građanskih subjektivnih prava i u domenu pravne zaštite priznata, zavisno od uzrasta i stepena zrelosti, procesna sposobnost u granicama njegove poslovne sposobnosti i omogućeno mu je da svoja određena građanska subjektivna prava samostalno štiti u postupcima pravne zaštite.[29] Ovakvo zakonsko rešenje bilo je neophodno s obzirom na to da je različitim zakonskim normama detetu priznata posebna poslovna sposobnost.[30] U situaciji kada detetu za-

[25] Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ, Međunarodni ugovori,* br. 15/1990.

[26] Evropsku konvenciju o vršenju dečijih prava doneo je Savet Evrope 25. januara 1996.

[27] *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 (dr. zakon), 6/15. U daljem tekstu: PZ (2005).

[28] Npr. u domenu porodičnog prava, radnog prava, obligacionog prava, prava obrazovanja, prava na zdravstvenu zaštitu itd.

[29] Tako npr., dete koje je uz saglasnost roditelja zasnovalo radni odnos ima procesnu sposobnost u parnicama u kojima se rešavaju sporovi iz radnog odnosa.

[30] Uzrast za priznavanje poslovne sposobnosti varira zavisno od godina i zakona koji reguliše određenu pravnu oblast. PZ (2005) predviđa da poslovnu sposobnost ima dete koje nije navršilo 14. godinu života za pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, za pravne poslove kojima

konom nije priznata posebna poslovna sposobnost, zakonski zastupnici se i dalje staraju o zaštiti njegovih prava, bez obzira da li su to roditelji, staratelj, privremeni zakonski zastupnik ili kolizijski staratelj.

Dete, po prirodi stvari, može da ima procesni položaj stranke u svim onim pravnim stvarima u kojima u samom materijalnopravnom odnosu postoji dužničko-poverilački odnos, kao što je to na primer slučaj u parnicama za naknadu štete koja je nastala na njegovoj imovini ili u parnici za raskid ili poništaj nekog ugovora u kome je ono bilo ugovorna strana.

Zaštita prava deteta, bez obzira da li ima preventivni ili represivni karakter, ima za cilj ostvarivanje dobrobiti deteta. Prava deteta, kao subjekta pravnih odnosa, zaštićena su i pre njegovog rođenja,[31] a posle rođenja dete uživa, pored pravne zaštite koja se pruža svim subjektima prava, i posebnu pravnu zaštitu pred nacionalnim i nadnacionalnim sudovima ukoliko njegova prava budu osporena, ugrožena ili povređena. U skladu sa porodičnopravnim konceptom prava deteta, dete više nije objekt roditeljske vlasti, niti je isključivo predmet zaštite svojih roditelja ili drugih lica jer je dobilo pravo da i samo štiti svoja prava u skladu sa svojim uzrastom i duševnom zrelošću.

Promenjen procesni položaj deteta ogleda se u tome što je detetu porodičnopravnim propisima priznata procesna legitimacija u pojedinim posebnim parničnim postupcima koja mu omogućava da bude stranka u postupku pravne zaštite te se može naći u ulozi tužioca ili tuženog.[32] Odredbama PZ (2005) izričito

---

ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja, a po navršenoj 14. godini ima poslovnu sposobnost u pogledu svih pravnih poslova uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja i uz saglasnost organa starateljstva za pravne poslove kojima raspolaže imovinom. Zakon o nasleđivanju predviđa testamentalnu poslovnu sposobnost deteta koje je navršilo 15. godina i ako je sposobno za rasuđivanje, dok Zakon o radu predviđa mogućnost da dete sa navršenih 15. godina života zasnuje radni odnos uz pismenu saglasnost roditelja. Prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti dete koje navrši 15. godina i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo da samostalno dâ pristanak na predloženu medicinsku meru.

[31] Odredbom člana 3. Zakona o nasleđivanju (*Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/03 – USRS, 6/15) predviđeno je da naslednik može da bude i dete već začeto u trenutku ostaviočeve smrti ako se rodi živo. Odredbom člana 112. Zakona o vanparničnom postupku (*Službeni glasnik SRS*, br. 25/82, 48/88, i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/05 - dr. zakon, 85/12, 45/13 - dr. zakon, 55/14, 6/15, 106/15 - dr. zakon) predviđena je dužnost ostavinskog suda da obavesti organ starateljstva ako se očekuje rođenje deteta koje je pozvano na nasleđe.

[32] O tome: Gordana Stanković, Procesni položaj i posebna zaštita deteta u porodičnopravnim parničnim stvarima, tematski broj "*Postojeće i buduće pravo*," četvrti tom, Savez udruženja pravnika Srbije, Beograd, *Pravni život*, br. 12/1996; Gordana Stanković, Procesni položaj organa starateljstva u parničnom postupku, *Prilog pitanju reforme porodičnog zakonodavstva*, Socijalna politika i socijalni rad, Beograd, 1996, str. 5; Gordana Stanković, Specifičnosti postupka u porodičnopravnim stvarima, Zbornik radova "*Reforma porodičnog prava*", Pravni fakultet, Beograd, 1996, 413;

je predviđeno da dete predstavlja tzv. nužnu parničnu stranku u parnicama koje se tiču njegovog statusa – u maternitetskim i paternitetskim parnicama s obzirom na to da je ono subjekt roditeljsko-dečijeg odnosa. Položaj aktivno procesno legitimisane stranke dete može da ima u parnici za zaštitu prava deteta, u parnici za vršenje roditeljskog prava, u parnici za lišenje roditeljskog prava, u parnici za poništenje usvojenja, u parnici za zakonsko izdržavanje i u parnici za zaštitu od nasilja u porodici.[33]

Dete kao titular određenih prava, po prirodi stvari, ne može samo da ih štiti u postupku, iako mu je pravilima porodičnog procesnog prava, kao titularu tih prava, priznata aktivna procesna legitimacija zbog činjenice da zbog maloletstva nema parničnu sposobnost. Okolnost da dete, po pravilu, mora da bude zastupano, osim kad mu je zbog uzrasta i nekih drugih okolnosti priznata parnična sposobnost u pojedinim pravnim stvarima, utiče u određenoj meri na zaštitu priznatih prava.[34] Iz tog razloga zakonodavac je izričito predvideo da svi organi koji se nađu u poziciji da odlučuju o pravima deteta odluku donose u najboljem interesu deteta.

Treba primetiti da i pored nastojanja zakonodavca da dete dobije adekvatnu i odgovarajuću procesnu ulogu u postupcima pravne zaštite to nije u potpunosti ostvareno. Dete ipak ne može da bude stranka u pojedinim posebnim porodičnim parničnim postupcima bez obzira na to što se odlučuje o njegovim pravima i interesima i što pravnosnažna presuda iz tih parnica proizvodi dejstvo i prema njemu jer mu nije priznata procesna legitimacija. U parnicama za vršenje ili lišenje roditeljskog prava koje dete nije pokrenilo, dete nema stranačku legitimaciju jer ona pripada roditeljskom paru iako je ono subjekt roditeljsko-dečijeg odnosa i pravno dejstvo pravnosnažne presude pogađa dete. Dete, po prirodi stvari, ne može da bude stranka u brakorazvodnoj parnici iako se presudom odlučuje o vršenju roditeljskog prava, održavanju ličnih odnosa s detetom, o njegovom izdr-

---

Gordana Stanković, Položba na deteto vo semejnoto parnično procesno pravo, *Sudiska revija – Judical Review,* Združenie na sudiite na Republika Makedonija, Skopje, br. 1–2/1997; Gordana Stanković, Procesni položaj deteta u parničnom postupku, Zbornik radova "*Prava deteta u svetu i Jugoslaviji*," Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 111; Gordana Stanković, Zaštita prava na izdržavanje u parničnom postupku, Zbornik radova "*Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje*," Pravni fakultet, Kragujevac, 2002.

[33] V. i: Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Univerzitet Megatrend, dvanaesto izdanje, Beograd, 2013, str. 582–610; Gordana Stanković, *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 313–314.

[34] Iz tog razloga i dete, koje ima potpunu procesnu sposobnost u okvirima svoje poslovne sposobnosti, uprkos tome što roditelji imaju po zakonu dužnost da ga zastupaju, slobodno može da odluči, kao vlastodavac, da li će zastupanje poveriti roditeljima ili advokatu.

žavanju i eventualno o merama zaštite od nasilja u porodici. Isto tako, u parnici za zaštitu prava deteta ili za zaštitu od nasilja u porodici ukoliko ono nije tužilac, dete nema položaj stranke s obzirom na to da je pravna zaštita u parničnom postupku zasnovana na dvostranačkoj šemi. U tim parnicama dete ima položaj "pritajene" ili "prikrivene" stranke.[35]

U određenim vanparničnim stvarima, i pored toga što nema poslovnu sposobnost, dete određenog uzrasta i stepena zrelosti, ima vanparničnu procesnu sposobnost[36] te tako može da pokrene postupak za davanje dozvole za stupanje u brak u slučaju maloletstva[37] ili postupak za sudsku emancipaciju.[38]

Međutim, u postupku izvršenja radi oduzimanja i predaje deteta, dete faktički ima položaj objekta u postupku jer se, kao predmet izvršenja, oduzima od lica kod koga se nalazi i predaje izvršnom poveriocu.[39] Doduše, odredbama noveliranog Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2019. koji će biti u primeni od 1. januara 2020,[40] postupak oduzimanja i predaje deteta izvršnom poveriocu kome je ono povereno na staranje, vaspitavanje i izdržavanje, u određenoj meri je humanizovan jer procesne radnje preduzima psiholog organa starateljstva pod kontrolom izvršnog sudije.

---

[35] Gordana Stanković, Procesni položaj deteta u parničnom postupku, Zbornik *"Prava deteta u svetu i Jugoslaviji"*, Beograd, 1997, str. 113.

[36] V. Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, prvo izdanje, "Službeni glasnik", Beograd, 2015, str. 57; Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, "Službeni glasnik", Beograd, 2018, str. 53; Gordana Stanković – *Leksikon građanskog procesnog prava*, "Službeni glasnik", Beograd, 2018, str. 25.

[37] Detaljno: Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, prvo izdanje, "Službeni glasnik", Beograd, 2015, str. 401. i dalje; Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, "Službeni glasnik", Beograd, 2018, str. 121.

[38] Detaljno: G. Stanković – *Leksikon građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 275; Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*, "Službeni glasnik", Beograd, 2018, str. 131; Gordana Stanković, Ljubica Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, str. 186; Gordana Stanković, Vanparnični postupak za sticanje poslovne sposobnosti, tematski broj "*Pravo i dostojanstvo*," Savez udruženja pravnika Srbije, Beograd, *Pravni život*, br. 13/2008; Gordana Stanković, Postupak za sticanje poslovne sposobnosti,"*Zbornik vo čest na Srefan Georgievski,* Praven fakultet "Justinijan Prvi", Skopje, 2009.

[39] Detaljno: Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, prvo izdanje, "Službeni glasnik", Beograd, 2018, str. 1100; Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2017, str. 275.

[40] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS,* br. 06/15, 106/16 (Autentično tumačenje), 113/17 (Autentično tumačenje), 54/19.

Prava deteta u postupku za pružanje pravne zaštite pred sudom štite se direktno ili indirektno, što je posledica same prirode porodičnopravnog odnosa i okolnosti da se radi o detetu kao specifičnom subjektu tog značajnog društvenog i pravnog odnosa. Prihvatanje normativnog koncepta u pogledu korpusa prava koja pripadaju detetu kao njihovom titularu u pozitivnom pravu nije ipak u potpunosti praćeno odgovarajućom operacionalizacijom na procesnom terenu.

Nova pozitivnopravna rešenja su, u odnosu na ona koja su ranije važila, proklamovala i regulisala i neka nova procesna prava deteta koja ranije pozitivno prvo nije poznavalo.

U pogledu onih prava koja dete ne može s obzirom na svoju procesnu sposobnost samostalno da štiti, detetu je priznato pravo na izražavanje mišljenja u svakom sudskom postupku u kome odluka suda može da utiče na njegova prava ili pravne interese. Istovremeno, detetu je priznato pravo da u toku postupka, bez obzira da li je ono stranka ili ne, uključi u postupak druga lica i ustanove koje treba da mu pomognu da ostvari svoja prava i zaštiti svoje interese.

Dete je, kao procesni subjekt, u pojedinim posebnim parničnim postupcima dobilo posebnu i specifičnu procesnu poziciju i ulogu koja se razlikuje od klasične uloge koju imaju u postupku ostali procesni subjekti. Ono što predstavlja svojevrsnu specifičnost je okolnost da ono ima mogućnost da ostvaruje i štiti prava koja mu pripadaju prema odredbama materijalnog prava iako s obzirom na svoj uzrast nema parničnu sposobnost.

Priznavanjem novih i specifičnih procesnih prava, koja su imanentna samo detetu, i kojima odgovaraju posebne dužnosti suda, sud je dobio nove procesne zadatke u okviru svojih oficijelnih ovlašćenja. Dete ima pravo na informisanost te je sud dužan da blagovremeno informiše dete o svim okolnostima koje su mu potrebne za formiranje svog mišljenja[41] i da proverava da li je ono informisano o svojim pravima i njihovoj zaštiti bez obzira da li je ono stranka u postupku ili nije s obzirom na to da procesna aktivnost stranaka može da ugrozi prava deteta. U tom pogledu poseban značaj ima princip upozoravanja koji se na poseban način konkretizuje u odnosu na dete kao subjekta u postupku pravne zaštite. Osim toga, on ima zadatak da konstantno proverava da li su radnje u postupku koje se preduzimaju u najboljem interesu deteta, kao pravnom standardu, koji se primenjuje kao vrednosni kriterijum za ocenu njihove dozvoljenosti i osnovanosti.[42]

---

[41] Odredba člana 65. stav 2. PZ (2005).

[42] "Najbolji interes deteta ima prednost pred ostalim interesima jer podrazumeva udovoljavanje emotivnim i razvojnim potrebama deteta na najbolji mogući način i potrebu za obezbeđenjem sigurne, stabilne i predvidive okoline u kojoj će se dete osećati voljeno, razvijati osećaj pripadanja i slobodno i nesmetano sticati iskustvo u druženju sa vršnjacima." *(Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 2334/18 od 24. maja 2018);* "Elementi za procenu najboljeg interesa deteta, između ostalog, su

SMERNICE O PRAVOSUĐU PO MERI DETETA

Za poseban procesni status i tretman deteta u sudskim postupcima bez obzira na procesnu ulogu zalažu se i Smernice Komiteta ministara Saveta Evrope o pravosuđu po meri deteta iz 2010. koje predstavljaju realizaciju Rezolucije o pravosuđu po meri deteta donete na Dvadeset osmoj konferenciji evropskih ministara pravde iz 2007. da bi se pružila pomoć državama članicama Saveta Evrope prilikom reformisanja pravosudnog sistema koji bi odgovarao konkretnim potrebama dece s ciljem da se obezbedi delotvoran i odgovarajući pristup pravosuđu uz delotvorno i primereno postupanje prema deci u svim postupcima za pružanje pravne zaštite.

Smernice Komiteta ministara Saveta Evrope o pravosuđu po meri deteta predviđaju poseban status dece u sudskim postupcima i posebno insistiraju na primeni posebnog tretmana dece u postupcima pravne zaštite. U Smernicama se ističe da i deca, kao subjekti u pravu, imaju pravo na pristup sudu, pravo na pravično suđenje i pravo na pravičan postupak u svim elementima koji čine sadržinu ovih funkcionalnih ljudskih prava. Posebno se insistira na posebnim procesnim pravima deteta kao što su lično pravo na informaciju, pravo na zakonito izjašnjavanje i odbranu u postupku, pravo na saslušanje i pravo na zastupanje s tim da je za vršenje ovih prava bitan njihov uzrast i sposobnost da steknu i formiraju sopstveno mišljenje. Međutim, vršenje posebnih procesnih prava deteta ne sme da ugrozi procesna prava ostalih stranaka u postupku.

---

uzrast i pol deteta, zrelost deteta, potreba deteta u pogledu vaspitanja, stanovanja, ishrane, odevanja, zdravstvene brige i drugo i sposobnost roditelja da zadovolji utvrđene potrebe deteta. Najbolji interes deteta kao pravni standard ceni se prema okolnostima svakog konkretnog slučaja." (*Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 1802/18 od 19. jula 2018*); "Najbolji interes deteta je pravni standard koji se ceni prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, a zaštita interesa deteta je odlučujuća okolnost koja se ceni prilikom donošenja odluke o poveravanju maloletne dece jednom od roditelja da vrše roditeljsko pravo. Najbolji interes maloletnog deteta mora se sagledavati prema okolnostima koje postoje u trenutku kada se o nekom pravu deteta odlučuje." *(Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 3007/18 od 9. maja 2018);* "Najbolji interes deteta je pravni standard koji se ceni prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, a zaštita interesa deteta je odlučujuća okolnost koja se ceni prilikom donošenja odluke o poveravanju deta. Odluku o izmeni načina vršenja roditeljskog prava sud može doneti kad su interesi deteta ugroženi ili na bilo koji način dovedeni u pitanje." *(Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 129/18 od 8. februara 2018):* "Održavanje ličnih odnosa maloletnog deteta sa roditeljem s kojim dete ne živi može se odrediti presudom prema postignutom dogovoru roditelja ukoliko je poštovano pravo deteta koje je odvojeno od jednog roditelja na održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata sa oba roditelja na stalnoj osnovi s obzirom na to da je u interesu maloletnog deteta da razvija relacije sa oba roditelja jer oboje imaju različitu podjednako važnu ulogu u razvoju deteta." *(Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 1436/17 od 5. jula 2017)*

Postupak za pružanje pravne zaštite u kome sudeluje dete bez obzira na procesnu poziciju i ulogu koju ima treba da karakteriše prilagođavanje postupanja uzrastu deteta, usredsređenost na prava deteta radi ostvarivanja najboljeg interesa deteta, na garantovanje procesnih prava, na komunikaciju koja je primerena uzrastu deteta, na poštovanje prava na integritet, dostojanstvo, privatnost i porodični život. U postupku za pružanje pravne zaštite u kome sudeluje dete sud koji odlučuje treba da tretira dete kao titulara prava koji ima ovlašćenje da svoja prava vrši, ostvaruje i štiti. Prilikom odlučivanja o pravima deteta sud mora da vodi računa, pre svega, o najboljem interesu deteta, kao pravnom standardu kojim se rukovodi prilikom odlučivanja. Procenu najboljeg interesa deteta sud treba da vrši imajući u vidu prava koja mu pripadaju, pravne, društvene i ekonomske interese deteta kao i njegovo mišljenje i želje u pogledu vršenja prava koja mu pripadaju. Procesna ovlašćenja deteta ne smeju da se razlikuju od procesnih ovlašćenja koja pripadaju odraslim fizičkim licima u postupku, niti smeju da budu umanjena, negirana ili zloupotrebljena na štetu deteta. Od posebnog je značaja da bude obezbeđeno pravo deteta na informisanost, savetovanje i zastupanje, posebno u onim situacijama kad postoji mogućnost da dođe do kolizije interesa deteta i roditelja bez obzira da li su u istim ili suprotnim stranačkim ulogama, kao i pružanje besplatne pravne pomoći.[43]

S obzirom na to da su deca titulari određenih prava iz korpusa prava deteta, ona treba da imaju ne samo aktivnu procesnu legitimaciju koja im omogućava da pokrenu postupak za zaštitu svojih prava, već i mogućnost da izjavljuju pravne lekove, kao posebna pravna sredstva, i da provociraju kontrolu zakonitosti odluka donetih u postupku pravne zaštite. Realizacijom prava na pravni lek dete bi, kao umešač, delotvorno ostvarilo svoja prava ili ih definitivno zaštitilo bez obzira da li je bilo ili nije bilo stranka u postupku i da li je bilo umešač u prvostepenom postupku. Zbog toga nacionalni zakonodavac ima zadatak da obezbedi deci da u dovoljnoj meri razumeju svoja prava i pravo na korišćenje pravnih lekova radi zaštite tih prava, ne samo na osnovu adekvatno pruženih pravnih informacija i saveta, već i određivanjem kolizionog staratelja, kao i mogućnost da pristupe i instancionom sudu ukoliko im je bilo uskraćeno učešće u postupku u kome je doneta odluka koja tangira njihova prava i interese.

U postupku za pružanje pravne zaštite sud je dužan da omogući detetu da se izjasni u svim pravnim stvarima koje tangiraju njegova prava i interese i to na

[43] V. odredbe Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, *Službeni glasnik RS,* br. 87/18. O tome i: Miodrag Radojević, Sistem (besplatne) pravne pomoći u Republici Srbiji i primena međunarodnih standarda, *Srpska politička misao,* Beograd, 4/18, str. 249; Gordana Stanković, Marijana Dukić Mijatović, Pružanje besplatnih pravnih usluga, Zbornik radova "*Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost,*" Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2019, str. 411.

način koji odgovara njegovom uzrastu, zrelosti, sposobnosti za razumevanje i komunikaciju.[44] Pravo na izjašnjavanje u postupku je pravo deteta i sud je dužan da mu to objasni i da ga na to upozori, a njegov iskaz sud ocenjuje u skladu s njegovim uzrastom i stepenom zrelosti s tim što sud nije dužan da izneto mišljenje deteta uvek uzme u obzir jer je i u tom pogledu osnovni vrednosni kriterijum najbolji interes deteta.

Da bi dete delotvorno zaštitilo svoja prava, potrebno je da na normativnom planu budu otklonjene sve prepreke koje bi sprečile da dete ostvari pravo na pravnu zaštitu, kao što su besplatno pružanje pravnih usluga, snošenje troškova postupka, nepostojanje pravnog zastupnika ili kolizija interesa deteta i njegovog zakonskog zastupnika.

U postupku u kome sudeluje dete procesne radnje koje preduzima sud u toku rasprave moraju da budu prilagođene uzrastu deteta tako što će jezička komunikacija s detetom biti primerena njegovom uzrastu, što će dete dobiti validne informacije u pogledu svojih prava, što će sud komunicirati s detetom uz uvažavanje i empatiju, vodeći računa o njegovom dostojanstvu.

NACRT ZAKONA O PRAVIMA DETETA I ZAŠTITNIKU PRAVA DETETA

U Republici Srbiji juna 2019. otpočela je javna rasprava o Nacrtu zakona o pravima deteta i zaštitniku prava deteta. U javnoj raspravi koja je održana u Narodnoj skupštini istaknuto je da donošenje ovog zakona nema za cilj samo da se realizuju preporuke Komiteta za prava deteta ili preporuke iz Univerzalnog periodičnog pregleda stanja ljudskih prava u Republici Srbiji, već i da se stvori nov zakonodavni okvir za zaštitu dece[45] i osnov za dalje unapređenje, promociju i poštovanje prava deteta u državi.

[44] Poseban problem koji zakonodavac treba da reši tiče se dece koja još uvek nisu dostigla određeni uzrast, a samim tim i određeni nivo intelektualnog razvoja koji je neophodan za formiranje i izražavanje sopstvenog mišljenja. Iz tog razloga se i postavlja pitanje vršenja ovih posebnih procesnih prava.

[45] U pogledu sudske zaštite prava deteta predviđeno je da dete ima položaj stranke u svim postupcima pravne zaštite u kojima se odlučuje o njegovim pravima. Kad dete nema procesnu sposobnost, zastupa ga zakonski zastupnik (roditelj, privremeni zakonski zastupnik ili kolizijski staratelj). Dete kao stranka ima pravo da imenuje punomoćnika kad u postupku ima položaj stranke. Pre izjašnjavanja ili saslušanja deteta u postupku sud je dužan da detetu pruži odgovarajuća objašnjenja, kao i pomoć i podršku od strane stručnog lica kako bi razumelo svoju ulogu u postupku i savladalo stres davanja izjave. U postupcima koji se vode povodom porodičnih odnosa u kojima roditelji ističu suprotstavljene zahteve, sud može, ako oceni da je potrebno, postaviti detetu lice za podršku, sa liste stručnjaka koja se vodi u sudu. Lice za podršku postavlja se detetu mlađem od 14 godina, a

Očekuje se da Zakon o pravima deteta i zaštitniku prava deteta omogući da se na normativnom planu ostvare određeni pravnopolitički ciljevi u skladu s pronatalitetnom politikom od kojih su najvažniji garantovanje i zaštita prava deteta u svim oblastima društvenog života za svako dete, s obzirom na to da je priznavanje prava deteta najviši državni i društveni interes, i garantovanje i zaštita prava deteta u svim postupcima pravne zaštite, kao i utvrđivanje posebnih prava deteta u postupcima u kojima deca učestvuju pred sudovima, državnim organima i drugim organizacijama koje vrše javna ovlašćenja i utvrđivanje posebnih garantija koje to treba da obezbede. Osim toga, očekuje se uspostavljanje jedinstvenih kriterijuma i standarda za ostvarivanje najboljeg interesa deteta[46] u svim oblastima života i razvoja deteta i stvaranje uslova za njihovu primenu, kao i uspostavljanje različitih mera koje treba da omoguće i obezbede ostvarivanje i zaštitu prava deteta. Isto tako, smatra se da će ustanovljavanje zaštitnika prava deteta, kao nezavisnog organa koji će promovisati prava deteta, unapređivati prava deteta, koordinisati rad na unapređenju i poštovanju prava deteta i kontrolisati ostvarivanje prava deteta te omogućiti realizaciju prava deteta u praksi.

ZAKLJUČAK

Tokom pravne istorije menjao se pravni položaj deteta i način vršenja i zaštite njegovih građanskih subjektivnih prava. Savremeno pravo, pored građanskih subjektivnih prava koja pripadaju detetu kao subjektu prava, karakteriše i poseban korpus prava deteta u domenu porodičnopravnih odnosa i mogućnost njihove zaštite ukoliko ona budu povređena, ugrožena ili osporena.

Na legislativnom planu učinjen je značajan napredak u pogledu normiranja statusa deteta kao procesnog subjekta u porodičnim pravnim stvarima. Posebno je značajno priznavanje pojedinih posebnih procesnih prava koje uživa dete u parničnom postupku bez obzira da li je stranka ili učesnik o čijim se pravima i pravnim interesima odlučuje i koja mu omogućavaju poseban tretman bez obzira na procesnu ulogu koju ima.

---

može se postaviti i detetu starijem od 14 godina, uz njegovu saglasnost. Sve odluke koje se tiču prava deteta donose se u skladu s njegovim najboljim interesom.

[46] Najbolji interes deteta, kao pravni standard i vrednosni kriterijum u ostvarivanju prava deteta i njihovoj zaštiti predstavlja "polugu" kojom država interveniše u porodične i druge odnose u cilju posebne zaštite dece. Intervencija državnih organa i ograna za zaštitu porodice i dece dolazi u obzir u situacijama kada roditelj svojim ponašanjem prema detetu povređuje njegovu ličnost, integritet, zdravlje i prava i interese deteta uopšte.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D.,
Full Professor, University of Niš
MARIJA IGNJATOVIĆ, LL.D.,
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF CHILD RIGHTS IN THE CIVIL-LEGAL PROTECTION PROCEEDINGS

Summary

Child's legal status and the protection of their rights have changed during the course of civilization development. In the modern law, child rights and particularly the protection of their rights in the proceeedings regarding family relations have been improved on a normative plane, regardless of the fact whether child rights are protected directly or indirectly. Child status as a process subject has been especially improved, for besides traditional, some special process rights have been acknowledged, as well.

Since passing the Law on child rights and the protector of their rights is approaching, it is expected that the legal protection of a child and their rights will be accomplished in practice on a higher level.

Key words: child rights, child rights protection, civil court proceedings

DUŠKO MEDIĆ

VJEŠTAČENJE U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

Građanski sudski postupak je redovni put pravne zaštite za područje građanskopravnih odnosa. Zaštita subjektivnih građanskih prava pruža se i ostvaruje kroz parnični, vanparnični i izvršni postupak. U kojem će postupku sud pružiti pravnu zaštitu zavisi od prirode sporne stvari. Vještačenje je posebna parnična radnja kojom se pribavlja posebni dokaz – iskaz vještaka. Ono se određuje na prijedlog stranke, kada sud ne posjeduje stručno znanje iz određene oblasti koje je neophodno radi utvrđenja ili razjašnjenja određenih činjenica bitnih za odlučivanje. Tokom postupka potrebno je ostvariti punu saradnju između suda i vještaka, međusobno prožimanje znanja i stručnosti kako bi se postigao cilj – utvrđivanje istine. Njihov odnos mora biti odnos komplementarne saradnje subjekata koji djeluju u ostvarivanju zajedničkog, činjenično i pravno vrlo složenog zadatka. Vještačenje kao dokazno sredstvo sud slobodno cijeni na osnovu savjesne i brižljive ocjene svih dokaza.

Ključne reči: *građanski sudski postupak, dokazivanje, vještačenje, nalaz i mišljenje vještaka*

U V O D

Građanski sudski postupak je redovni put pravne zaštite za područje građanskopravnih odnosa. Ovaj postupak nije jedinstven i jednoobrazan. Zaštita subjektivnih građanskih prava pruža se i ostvaruje kroz parnični, vanparnični i izvršni postupak. U kojem će postupku sud pružiti pravnu zaštitu zavisi od prirode sporne stvari.

Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske.

Zakon o parničnom postupku (ZPP)[1] je propis kojim se određuju pravila postupaka na osnovu kojih sudovi raspravljaju i odlučuju u građanskopravnim sporovima. U poglavlju o dokazima,[2] uz opšte odredbe, odredbe o vještacima su ovdje pretrpjele najradikalnije izmjene u odnosu na ranije propise.[3] Ovaj zakon sadrži samo opšte odredbe o vještačenju kojima se propisuje procesni tok vještačenja. Pravilnost samog vještačenja osigurava se postupanjem *lege artis,* po pravilima odgovarajuće nauke, struke ili vještine, pa je zato to nepodesno za procesnopravnu regulativu i uopšte joj ne podliježe.[4] Razvoj građanskog procesnog prava i stanje u društvu karakteriše povećan broj parnica u kojima se sud obraća vještacima radi pribavljanja njihovog mišljenja za koje je potrebno određeno stručno znanje kojim sud ne raspolaže.[5] Što se više bude razvijalo ljudsko saznanje, to će i potreba suda za naučnim i stručnim objašnjenjima pojedinih činjenica svakako biti više izražena.

Zakon o vanparničnom postupku (ZVP)[6] utvrđuje pravila po kojima sudovi ili drugi organi postupaju i odlučuju o ličnim, porodičnim, imovinskim i drugim pravima i interesima koji se po zakonu rješavaju u vanparničnom postupku. U ovom postupku shodno se primjenjuju odredbe ZPP-a, ako zakonom nije drugačije određeno.[7] Ovdje se misli na one odredbe koje po svom smislu i domašaju odgovaraju sadržaju i cilju vanparničnog postupka. Tu svakako spadaju i odredbe o vještacima.[8] Pojam shodne primjene se, inače, često kritikuje, jer ostavlja mogućnost različitih tumačenja.

Zakon o izvršnom postupku (ZIP)[9] uređuje postupak po kojem sudovi provode prinudno ostvarenje potraživanja na osnovu izvršnih i vjerodostojnih isprava, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. I u ovom postupku shodno

[1] *Službeni glasnik RS,* br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13.

[2] Dokazi su izvori saznanja suda o postojanju ili nepostojanju spornih pravno relevantnih činjenica.

[3] Članovi 147–162. ZPP-a.

[4] Minja Simović, Vještačenje u građanskom sudskom postupku, *Pravni zbornik, časopis za pravnu teoriju i praksu,* br. 2, Podgorica, 2016, str. 209–210.

[5] Vida Petrović-Škero, Veštačenje u parnicama, u: *Osiguranje, naknada štete i parnični postupak,* Beograd, 2014, str. 493.

[6] *Službeni glasnik RS,* br. 36/09 i 91/16.

[7] Član 2. st. 2.ZVP-a.

[8] O vještačenju u vanparničnom postupku v. Milena Trgovčević-Prokić, Veštačenje u vanparničnom postupku, u: *Problemi veštačenja u krivičnom, parničnom i vanparničnom postupku,* Beograd, 2002, str. 17–27.

[9] *Službeni glasnik RS,* br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 57/12, 67/13, 98/14 i 66/18.

se primjenjuju odredbe ZPP-a.[10] Tu nesumnjivo spadaju i odredbe o vještacima. Ovo je pod uslovom da zakonodavac nije posebnim propisima predvidio specijalna pravila.

VJEŠTAČENJE U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

Vještak je osoba pozvana da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznese svoja sadašnja zapažanja (nalaz) i mišljenje o činjenicama koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti navoda koji su predmet dokazivanja.[11] To je specifično dokazno sredstvo.[12] On znanjem iz svoje struke omogućava utvrđivanje ili razjašnjenje relevantnih činjenica.[13] Vještačenje je posebna parnična radnja kojom se pribavlja posebni dokaz – iskaz vještaka. Ono se određuje, na prijedlog stranke, kada sud ne posjeduje stručno znanje iz određene oblasti (nauke, tehnike, umjetnosti ili neke druge djelatnosti) koje je neophodno radi utvrđenja ili razjašnjenja određenih činjenica bitnih za odlučivanje.[14] Kriterijum je, prema tome, stepen znanja čovjeka koji posjeduje opšte obrazovanje i životno iskustvo kao sudija. Sud će sam cijeniti da li je njegovo stručno znanje takvo da može sam na osnovu njega utvrditi ili razjasniti neku činjenicu. Kada se radi o izvođenju dokaza vještačenjem, nužno je da se svi učesnici postupka, a naročito sud i stranke, pridržavaju opštih i posebnih pravila o dokazivanju sadržanih u zakonu.[15] Veoma važno je da sud pravilno procijeni kada je potrebno izvesti ovaj dokaz. Vještak kao stručni pomagač tako dobija privilegovano mjesto u postupku, jer bez njega tužilac ne može da vodi parnicu, tuženi ne može da iznosi svoje suprotne tvrdnje, a sud da donese presudu.[16] Za vještaka može biti određeno svako

[10] Član 21. st. 1. ZIP-a.

[11] Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 526.

[12] Branislav Kostić, Vještačenje sa aspekta primjene zakona o parničnom postupku, *Vještak*, br. 2, Banja Luka, 2000, str. 25.

[13] Pitanje uloge vještaka u parničnom postupku u uporednom pravu se rješava različito. Npr. u francuskom pravu vještak se smatra pomoćnim organom suda, u italijanskom pravu vještak je tehnički savjetnik suda, a u anglosaksonskom pravu vještak ima ulogu stručnog svjedoka.

[14] Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svetlana Milišić-Veličkovski, Jadranka Stanišić, Danka Vučina, *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj,* Sarajevo, 2005, str. 270.

[15] Slobodan Stanišić, Vještačenje kao dokazno sredstvo u kognicionim postupcima, *Časopis Vještak,* br. 1, Banja Luka, 2014, str. 38.

[16] Hajrija Mujović Zornić, Lekar kao sudskomedicinski veštak – prava, obaveze i odgovornosti, u: Gavrilo Šćepanović, Zoran Stanković, Zdravko Petrović i saradnici, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete*, Beograd, 2011, str. 535.

lice koje ispunjava uslov da bude svjedok, a ima stručno znanje potrebno za razjašnjenje neke relevantne činjenice.[17] Vještaka rješenjem imenuje ministar pravde i to se upisuje u Imenik vještaka. Zakonom o vještacima Republike Srpske (Zakon o vještacima)[18] uređeni su uslovi za obavljanje poslova vještačenja, postupak imenovanja i razrješenja vještaka, kao i prava i obaveze lica koja obavljaju vještačenje.[19] Vještak je samostalan i nezavistan u obavljanju poslova vještačenja i dužan je da se pridržava zakona i drugih propisa, pravila struke i domaćih i međunarodnih pravnih standarda.[20]

Stranke mogu prijedlog za izvođenje dokaza vještačenjem postaviti u tužbi, odgovoru na tužbu, u podnescima, na pripremnom ročištu i izuzetno na ročištu za glavnu raspravu.[21] Protivna stranka će se izjasniti o predloženom vještaku, kao i o predmetu i obimu vještačenja. Ako stranke oko toga ne postignu sporazum odluku o tome donosi sud. Kad sud ocijeni da je vještačenje potrebno, rješenjem određuje izvođenje ovog dokaza i njime rukovodi.[22] Imajući u vidu pravnu prirodu građanskih postupaka koji se vode po dispoziciji stranaka, troškove vještačenja mora predujmiti parnična stranka koja je predložila izvođenje ove vrste dokaza. Ukoliko predujam nije položen, vještačenje se neće obaviti, [23] a sud će donijeti odluku u skladu pravila o teretu dokazivanja.[24] Sud rukovodi postupkom vještačenja u procesno-pravnom smislu. Vještak radi po nalogu suda. Izvođenje dokaza vještačenjem određuje se rješenjem. Precizno rješenje o vještačenju je uslov za kvalitetno obavljanje poslova vještaka, a samim tim i za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja. Obaveza suda je da vještaku da jasne upute u pogledu predmeta vještačenja i da mu ostavi rok za podnošenje pismenog nalaza i mišljenja. Formulisanje sadržine rješenja o vještačenju predstavlja najsloženiji dio uvodne faze

[17] O pojmu vještačenja i vještaka v. Jozo Čizmić, O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* vol. 32, br. 1, Rijeka, 2011, str. 473–476. O razlici između svjedoka i vještaka v. Senad Mulabdić, *Građansko procesno pravo (drugo izdanje),* Tuzla, 2010, str. 276.

[18] *Službeni glasnik RS,* br. 74/17.

[19] Član 1. Zakona o vještacima.

[20] Član 21. Zakona o vještacima.

[21] V. Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku,* drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2016, str. 442.

[22] O vještacima kao dokaznom sredstvu v. Berislav Matijević, Vještaci, Osiguranje, br. 1–2, Zagreb, 2003, str. 30–31.

[23] Član 385. st. 1. I 3. ZPP-a.

[24] V. član 126. ZPP-a. O teretu dokazivanja v. Alan Uzelac, *Teret dokazivanja,* doktorska disertacija, Pravni fakultet Zagreb, 1998.

vještačenja.[25] Žalba protiv rješenja kojim se određuje ličnost vještaka, predmet i obim vještačenja nije dozvoljena, jer se radi o rješenju o upravljanju parnicom. Vještak je dužan da se pridržava roka koji mu je određen. On ima pravo da razmatra spise po dozvoli suda. Vještačenje se mora provesti što brže i sa što manje troškova u skladu sa načelom ekonomičnosti da bi se omogućilo pravo na pravično suđenje.[26] U tom cilju je i propisano da vještačenje obavlja jedan vještak.[27] Sud može na prijedlog stranke odrediti više vještaka za različite vrste vještačenja. Tada se ne radi o jednom vještačenju već o više vještačenja. Vještaci se prvenstveno određuju iz reda imenovanih sudskih vještaka za određenu oblast vještačenja. Složenija vještačenja se povjeravaju stručnim ustanovama kao što su bolnice, hemijski laboratoriji, fakulteti i slično. Ako postoje ustanove za određene vrste vještačenja, takva vještačenja povjeriće se u prvom redu tim ustanovama.[28] Poslove vještačenja mogu vršiti vještaci sa teritorije cijele Bosne i Hercegovine. Izuzetno, ukoliko na toj teritoriji nema vještaka odgovarajuće struke ili postoje drugi pravni ili stvarni razlozi, poslove vještačenja u pojedinačnim slučajevima može vršiti i vještak iz druge države, koji po zakonu te države ispunjava uslove za obavljanje tih poslova.[29]

Vještak treba pomoći sudu isključivo u utvrđivanju pravno-relevantnih činjenica. On se ne smije upuštati u pravna pitanja niti se od njega može tražiti odgovor u vezi sa njima. Vještak se uvijek poziva na ročište za glavnu raspravu. On prethodno mora da dostavi svoj pismeni nalaz i obrazloženo mišljenje, ako sud ne odredi drugačije. Ako su nalaz i mišljenje vještaka nejasni, nepotpuni ili protivrječni sami sebi ili izvedenim dokazima, sud će pozvati vještaka da ih dopuni ili ispravi i odrediti ponovni rok za njihovo dostavljanje. Ukoliko vještak ne postupi po nalogu suda, sud će, uz prethodno izjašnjenje stranaka, odrediti drugog vještaka. Isto će se desiti i ako vještak u ostavljenom roku ne dostavi svoj nalaz i mišljenje.[30] Sud dostavlja strankama pismeni nalaz i mišljenje vještaka najkasnije osam

[25] Dragan Đorđević, Pristup veštačenju obračuna zateznih kamata i vrednovanju potraživanja u sudskim sporovima, u: *Naknada štete, bezbednost sobraćaja i obavezno osiguranje,* Zlatibor, 2009, str. 129.

[26] Član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ova Konvencija se u BiH direktno primjenjuje i ima prioritet nad svim ostalim zakonima (član II tač. 2. Ustava BiH).

[27] Ovo je ograničenje raspravnog načela. O tome: Slobodan Stanišić, Neka procesna pitanja u vezi sa određivanjem vještačenja i ličnosti vještaka, *Časopis Vještak,* br. 2, Banja Luka, 2015, str. 199.

[28] Član 149. ZPP-a.

[29] Član 34. Zakona o vještacima.

[30] V. član 155. ZPP-a.

dana prije ročišta za glavnu raspravu.[31] Vještaci su dužni odazvati se pozivu suda. Oni imaju pravo da postavljaju pitanja strankama i drugim vještacima u vezi sa predmetom vještačenja. Ročište za glavnu raspravu će se održati i ako vještak ne pristupi. Izuzetno, sud može na prijedlog stranke odložiti raspravu i zakazati novo ročište na koje će ponovo pozvati vještaka ako utvrdi da je njegovo prisustvo na raspravi neophodno radi razjašnjenja ili dopune nalaza i mišljenja.[32] Sudsko vještačenje zahtjeva punu saradnju između suda i vještaka, međusobno prožimanje znanja i stručnosti kako bi se postigao cilj – utvrđivanje istine.[33] Njihov odnos mora biti odnos komplementarne saradnje subjekata koji djeluju u ostvarivanju zajedničkog, činjenično i pravno vrlo složenog zadatka. Vještačenje kao dokazno sredstvo sud slobodno cijeni na osnovu savjesne i brižljive ocjene svih dokaza.[34] Sud savjesno i brižljivo cijeni svaki dokaz zasebno i sve dokaze zajedno.[35]

Nalaz i mišljenje vještaka čine jedinstvo, iako se formalno razdvajaju.[36] U nalazu se konstatuju bitne činjenice i daju osnovni podaci o predmetu vještačenja,[37] a mišljenje je stručni sud o utvrđenim činjenicama i iz njega se vidi na osnovu kojih pravila struke, nauke ili vještine je izveden određeni zaključak.[38] Nalaz i mišljenje moraju da budu dobro obrazloženi, jasni, koherentni i da čine logičku cjelinu da bi se na njima gradio pouzdan osnov za donošenje odluke.[39] Imajući u vidu složenost i značaj nalaza i mišljenja, neophodno je da oni budu urađeni u adekvatnoj formi da bi se pregledno naveli svi esencijalni elementi. Izrada nalaza i mišljenja predstavlja komplikovan intelektualni poduhvat koji bi trebalo da bude u skladu sa principom da sporne činjenice utvrđuje sud, a ne vje-

[31] Član 156. ZPP-a.

[32] Član 157. ZPP-a.

[33] Ivica Crnić, Uloga medicinskih vještaka u parnicama za naknadu nematerijalne štete, *Naša zakonitost,* br. 11–12, Zagreb, 1985, str. 1345.

[34] Član 8. ZPP-a.

[35] V. Nikola Mojović, Slobodna ocjena dokaza u rimskom i današnjem pravu, u: *Primjena Zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini i regionu,* Pale, 2007, str. 319–351.

[36] O razlici između nalaza i mišljenja v. Ivica Crnić, Dušan Zečević, Otklanjanje proturječnosti i drugih nedostataka u iskazu medicinskih vještaka pred sudom, *Naša zakonitost,* br. 6, Zagreb, 1984, str. 766–767.

[37] Nalaz mora da sadrži sve ono što je nužno kako bi se izveo adekvatan zaključak.

[38] Mišljenje je odraz vještakovog stručnog znanja i njegovih sposobnosti da određenu situaciju objektivno analizira i sintetizuje. Ono mora biti jasno, logično i koncizno.

[39] Gavrilo Šćepanović, Zdravko Petrović, Miodrag Blagojević, Medicinski aspekti veštačenja nematerijalne štete nastale mehaničkim dejstvima, u: *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja,* Budva, 2004, str. 280.

štak.[40] Sadržaj vještačenja se uvijek odnosi samo na određene činjenice, a domašaj vještačenja nikada ne može obuhvatiti činjeničnu građu jednog spora u njenoj ukupnoj relevantnosti.[41] Stranka koja prigovara nalazu vještaka je dužna istaći konkretne, a ne uopštene primjedbe.[42] Sud kritički treba da se izjasni o prigovorima stranaka, te da obrazloži iz kojih razloga ih prihvata ili ne. Kod donošenja odluke sud se ne može samo uopšteno pozvati na nalaz i mišljenje vještaka, već mora navesti koju je iznijetu pravno relevantnu činjenicu utvrdio ocjenom nalaza vještaka i na koji način. Činjenice važne za presuđenje utvrđuje sud, a ne vještak.

Sud nije vezan ni nalazom ni mišljenjem vještaka.[43] Nije prihvatljivo dokazu vještačenjem davati snagu potpunog dokaza odnosno konačnog suda. Sud vrši ocjenu dokaza i on je taj koji odlučuje. Naime, iako nema stručnog znanja koje je potrebno za razjašnjenje određenih spornih okolnosti, sud neće prihvatiti vještakovo mišljenje ukoliko smatra da njegovi stavovi ne mogu da odole kritici koja se zasniva na pravilima logičkog i razumnog mišljenja i zaključivanja, jer bi, u suprotnom, to značilo potčinjavanje sudije vještaku, a to je svakako neprihvatljivo.[44] To se u praksi rijetko dešava i tada se moraju navesti ozbiljni razlozi za takvo mišljenje suda u određenom slučaju. Razumljivo je da sud ne može svojim mišljenjem da zamijeni mišljenje vještaka sa kojim se ne slaže i ako se to dogodi treba zatražiti mišljenje drugog vještaka. Sama činjenica da je vještačenje određeno već ukazuje da je sud smatrao da ne posjeduje potrebno stručno znanje za utvrđenje ili razjašnjenje određene sporne činjenice. Sadržaj pravnih propisa, razumljivo, ne može biti predmet vještačenja, jer je sud dužan da poznaje pravo.[45] Nažalost, u praksi se često vještaci upuštaju u ocjenu pravnih pitanja, pa čak i u

[40] Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo* (drugo dopunjeno izdanje), Beograd, 2008, str. 391.

[41] Branko Čalija, *Građansko procesno pravo,* Sarajevo, 1986, str. 479.

[42] O tome: Nebojša Šarkić i Mladen Nikolić, *Veštačenje – građansko-pravni aspekt,* Beograd, 2014, str. 21.

[43] V. Biljana Đuričin, O nekim problemima vezanim za dokaz vještačenjem u parničnom postupku, u: *Aktuelna pitanja jugoslovenskog procesnog zakonodavstva,* Beograd, 1996, str. 194.

[44] Uporediti: Dragan Danelišen, Siniša Aleksić, Uloga ljekara vještaka u postupku naknade štete za tjelesno oštećenje, u: Međunarodna konferencija "*Štete u osiguranju motornih vozila*", Neum, 2006, str. 53. Ovo je i mišljenje Borivoja Poznića i Vesne Rakić Vodinelić: "Takvu ocenu je teško dovesti u sklad sa nedostatkom stručnog znanja na strani suda, jer se upravo zbog tog nedostatka i izvodi dokaz veštačenjem, preko lica koje tim znanjem raspolaže. Ali ova suprotnost ne može biti drugačije rešena. Izjednačenjem veštaka sa javnom ispravom, u pogledu dokazne snage značilo bi i potčinjavanje sudije veštaku, a to je neprihvatljivo" – v. Borivoje Poznić i Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Beograd, 1999, str. 263.

[45] Još u rimsko doba je nastala poznata maksima: "*Iura novit curia*", što znači da sud poznaje pravo.

ocjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva, što sud ne treba da uzima u obzir.[46] Vještačenje nije potrebno provoditi ukoliko sud može sam da utvrdi odlučne činjenice.[47] Tako sud može određene činjenice utvrditi običnim računskim operacijama, pribavljanjem podataka iz službenih evidencija, iscrpnim saslušanjem stranaka i svjedoka i tome slično.[48] Često sudovi uvažavaju prijedlog za određivanje vještačenja ne vodeći računa da li je ono zaista potrebno, smatrajući da je lakše odrediti vještačenje nego obrazložiti odbijanje prijedloga.

Nalaz i mišljenje sudskog vještaka koji nije izrađen po nalogu suda, već ga je za potrebe postupka pribavila jedna od stranaka, nema dokaznu snagu sudskog vještačkog nalaza. Međutim, to je privatna isprava koja takođe predstavlja valjano dokazno sredstvo koje sud treba vrednovati i ocijeniti u sklopu svih ostalih provedenih dokaza.[49]

Vještak ima pravo na naknadu svih troškova koje je imao povodom vještačenja (putni troškovi, troškovi vještačenja, troškovi za ishranu i prenoćište itd.), a isto tako i na razumnu nagradu za izvršeno vještačenje.[50] Naknada se priznaje na bazi stvarnih materijalnih troškova koje je vještak imao, a nagrada zavisi od obima i složenosti vještačenja, njegove vrijednosti, utroška vremena i stepena stručnosti koje je za obavljeno vještačenje potrebno. U određenim slučajevima vještak može biti oslobođen dužnosti vještačenja, na njegov zahtjev, iz istih razloga iz kojih se svjedok može osloboditi dužnosti svjedočenja, kao i kad postoje drugi opravdani razlozi. Njihova dužnost je da obavjeste sud o postojanju tih razloga. Vještak može biti izuzet ili isključen iz istih razloga iz kojih sudija može biti izuzet ili isključen. Iz toga se najbolje vidi koliki je značaj vještačenja kao dokaznog sredstva.[51] Protiv rješenja kojim se usvaja ili odbija zahtjev za izuzeće ili isključenje nije dozvoljena posebna žalba.

---

[46] Vještak treba pomoći sudu u utvrđivanju činjenica, a ne i u njihovoj ocjeni.

[47] U tom smislu navodimo karakterističnu sudsku odluku: "Parnični sud nije dužan vještačenjem utvrditi iznos zateznih kamata obračunatih za period docnje tuženog u plaćanju glavnog duga, ako je tužitelj priložio obračun iz koga su vidljivi svi elementi na osnovu kojih je sačinjen, a tuženi nije osporio na određen način nijedan od elemenata obračuna" – v. Vrhovni sud Federacije BiH, br. Pž-90/98, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije BiH,* br. 2, Sarajevo, 1998.

[48] Tako i Štefica Salaj, Uloga vještaka u parničnom postupku, *Pravo i porezi,* XLIX, br. 10, Zagreb, 2000, str. 52.

[49] Privatne isprave, za razliku od javnih, ne tvore pretpostavku istinitosti.

[50] Prema članu 22. st. 3. I 4. Zakona o vještacima ministar pravde donosi Tarifu o nagradi i naknadi troškova za rad vještaka uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva finansija. Tarifa se objavljuje u *Službenom glasniku Republike Srpske* i u *Službenom glasniku Bosne i Hrecegovine*.

[51] V. članove 152 i 153. ZPP-a.

VJEŠTAČENJE U PARNIČNOM POSTUPKU

Parnični postupak predstavlja redovan put zaštite povrijeđenih prava subjekata prava proizašlih iz građanskopravnog odnosa. Vještačenje u ovom postupku je jedno od najvažnijih dokaznih sredstava. Ako bismo gledali vrijednost dokazne snage, mogli bismo ga svrstati odmah iza javnih isprava. Ovdje se najčešće određuju vještačenja putem vještaka geodetske struke, medicinske struke, građevinske struke, saobraćajne struke, ali se vještačenja određuju i putem vještaka iz drugih oblasti, zavisno od potreba određenog postupka.

Vještačenje kao dokazno sredstvo koristi se gotovo u svim parnicama. Dijapazon postupaka zbog kojih se određuju vještačenja je veoma raznovrstan. U parnicama iz stvarnog prava ono je najčešće prisutno u vlasničkim sporovima, ali se često koristi i u sporovima u vezi sa založnim pravom, službenostima, pravom građenja, realnim teretima, kao i državinom. Ovdje se prevashodno pojavljuje problem utvrđenja identiteta sporne stvari. Po pravilu, ta činjenica se utvrđuje vještačenjem. Kada su u pitanju zgrade, stanovi ili poslovne prostorije angažuje se vještak građevinske struke, a ako se radi o zemljištu-parcelama vještak geodetske struke. Često se dešava da se podaci iz javne evidencije nepokretnosti ne slažu sa podacima iz ugovora ili građevinske dozvole ili sa lica mjesta i tada je nalaz vještaka neophodan da bi se otklonile sve nejasnoće i sporna pitanja koja u vezi sa tim mogu da nastanu. Identifikacija pokretnih stvari se vrši pomoću vještaka koji je specijalizovan za određenu vrstu stvari. Ako se radi o vozilima, angažuje se vještak mašinsko-saobraćajne struke, a ako su u pitanju razne vrste aparata ili mašina, onda se pozivaju vještaci iz oblasti mašinstva, elektronike ili tome slično. Bez potpune identifikacije stvari tužitelj ne može postaviti precizan i određen tužbeni zahtjev. Ovo je posebno značajno u parnicama koje se vode povodom vlasničkih tužbi (*rei vindicatio* i *actio publiciane*). Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)[52] propisuje da individualizovanje predmeta spora treba učiniti po bitnim osobinama stvari ili nekim znacima po kojima se razlikuje od ostalih stvari iste vrste.[53] Stvari koje se ne mogu individualizovati ne mogu biti predmet ovih tužbi. Takođe, bez takve identifikacije, u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva, može da dođe do problema u eventualnom izvršnom postupku. Ukoliko izvršna isprava nije podobna za izvršenje zato što predmet obaveze nije dovoljno određen, izvršenje se ne može provesti na adekvatan način.[54]

[52] *Službeni glasnik RS,* br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15.

[53] V. član 127. st. 2. ZSP-a.

[54] Duško Medić, Vještačenje u sporovima iz stvarnog prava, *ZIPS*, br. 1371, Sarajevo, 2017, str. 33.

Isto tako, vještačenje se često provodi i u parnicama za naknadu materijalne i nematerijalne štete. U parnicama za naknadu materijalne štete gotovo redovno se koristi izvođenje dokaza vještačenjem po vještaku ekonomske struke, a po potrebi i još nekih specijalnosti, koji pomažu sudu u utvrđivanju relevantnih činjenica od kojih zavisi donošenje odluke u tim parnicama. Do nastanka materijalne (a i nematerijalne) štete često dolazi zbog saobraćajnih nezgoda sa najrazličitijim posljedicama. U najvećem broju slučajeva ponašanje učesnika u saobraćaju i njihovi propusti su uzroci ovih nezgoda. Činjenica nastanka štete u saobraćaju osnov je vanugovorne (deliktne) obaveze na naknadu. U ovim slučajevima se često izvodi dokaz vještačenjem po vještaku saobraćajne struke radi razjašnjenja bitnih pitanja za donošenje odluke o uzrocima i krivici za nastanak nezgode.[55] Vještak tumači tragove i okolnosti nastanka nezgode, tehničke karakteristike puta, saobraćajnu signalizaciju, posljedice, analizira ponašanje učesnika u nezgodi i njihove propuste, te njihov pojedinačni doprinos u njenom nastanku.[56] On se ne izjašnjava o krivici učesnika i o propustima u smislu povrede pravnih normi, jer je to zadatak suda. Vještak saobraćajne struke, pored poznavanja naučnih principa i dostignuća iz oblasti matematike, fizike i drugih prirodnih nauka, mora da ima visok stepen znanja iz oblasti saobraćaja, a posebno njegovog regulisanja, postavljanja i važenja saobraćajne signalizacije, karakteristika vozila i slično. Saobraćajno tehničko vještačenje je specifičan, kompleksan i složen postupak, jer objedinjuje sve bitne aspekte određene nezgode, analizu okolnosti pod kojima se ona dogodila i analizu okolnosti pod kojima se ta nezgoda mogla izbjeći.[57] Zbog toga ovaj vještak mora da pristupi vještačenju sa izuzetnom odgovornošću. U određenim slučajevima potrebno je vještačiti i tehničko stanje odnosno ispravnost vozila koja su učestvovala u nezgodi.[58]

Nezaobilazno pitanje kod saobraćajnih nezgoda je vezano i za iznos materijalne štete usljed oštećenja ili uništenja vozila. Procjena te štete je složen proces

[55] V. Mirjana Đorđević, Radoslav Dragač, Osnovi za utvrđivanje uzroka i odgovornosti za saobraćajnu nezgodu, *Vještak,* br. 1, Banja Luka, 2000, str. 69–73.

[56] O tome: Dragan Stanišić, Dragiša Šukurma, Saobraćajno vještačenje kao dokazno sredstvo, pravna i tehnička pitanja, Zbornik radova "*Vještačenje saobraćajnih nezgoda i prevare u osiguranju*", Banja Luka, 2018, str. 31–38.

[57] Milan Vujanić, Tijana Ivanišević, Vremensko–prostorna analiza saobraćajne nezgode, *Časopis Vještak*, br. 2, Banja Luka, 2015, str. 161. V. i Milenko Čabarkapa, Prilog za formulisanje sadržaja ekspertize saobraćajne nezgode, *Časopis Vještak,* br. 1–3, Banja Luka, 2018, str. 54–59.

[58] O tome: Radoslav Dragač, Uticaj pregleda vozila posle nezgode na kvalitet veštačenja, *Vještak,* br. 1, Banja Luka, 2000, str. 25–30.

koji se takođe vrši uz pomoć vještaka.[59] Na osnovu oštećenja vozila mogu se utvrditi brzine u trenutku sudara.

Vještačenje je posebno značajno u parnicama za naknadu nematerijalne štete,[60] gdje se konkretno postojanje ove štete, njeni vidovi i obim, utvrđuje vještačenjem od strane vještaka medicinske struke.[61] Ovo vještačenje se temelji na medicinskoj dokumentaciji oštećenog lica i podaci iz nje direktno utiču na nalaz i mišljenje vještaka. Zato je važno da ona bude cjelovita i precizna. Nedostaci dokumentacije se mogu prevazići naknadnom dijagnostikom, preciznim uzimanjem anamnestičkih podataka i pregledom oštećenog.[62] Za uspješno i objektivno formiranje nalaza i mišljenja, pored dobrog poznavanja metodologije vještačenja, vještaku je potrebno i veliko kliničko iskustvo.[63] Vještaci se u skladu sa medicinskim standardima očituju o vrsti i prirodi povreda, te o posljedicama koje iz toga proizilaze, a posebno o intenzitetu i trajanju bolova i straha, procentu smanjenja životne aktivnosti i svim ostalim bitnim manifestacijama.[64] U postupku vještačenja nužno je uzeti u obzir i prethodno postojeća zdravstvena stanja ili ozljede koje je oštećena osoba imala, a što bi prema uobičajenom toku stvari moglo uticati na povređivanje.[65] U budućnosti bi trebalo učiniti sve da se odrede zajednički kriterijumi koji bi omogućavali da se na što objektivniji i pravedniji način utvrdi karakter povreda, te ostale krucijalne činjenice za presuđenje, jer se u praksi često susrećemo sa različitim subjektivnim procjenama u nalazima i mišljenjima vještaka, što veoma otežava rad sudova u nastojanju da utvrde istinu u svakom kon-

[59] V. Drago Talijan, Neki aspekti procjene štete na motornim vozilima, *Vještak,* br. 1, Banja Luka, 2000, str. 89–92.

[60] V. Duško Medić, Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete, u: *Naknada nematerijalne štete, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo* (redaktori Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Beograd, 1998–2008, Beograd, 2009, str. 218–232.

[61] O tome: Dragan Danelišen, Složenost problema medicinskog vještačenja u parničnom postupku, u: Zbornik radova sa savjetovanja "*Praksa osiguranja",* Teslić, 2001, str. 71–76; Vida Petrović Škero, Veštačenje u parnicama za naknadu nematerijalne štete, *Pravni informator, deset godina Pravnog informatora 1998–2008,* jubilarni broj, str. 78–82; Rastko Svičević, Vesna Kovačević, Dubravka Kolundžić, *Veštačenje nematerijalne štete,* Beograd, 2010; Gavrilo Šćepanović, Zoran Stanković, Zdravko Petrović i saradnici, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete,* Beograd, 2011.

[62] Miloš Vojinović, Problemi u veštačenju nematerijalne štete nakon povreda u saobraćaju sa aspekta ortopedije, u: *Naknada štete i osiguranje – savremeni izazovi,* Beograd, 2016, str. 124.

[63] Davorin Kozomara, Suvremeni pristup medicinskom vještačenju nematerijalne štete, u: *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,* Mostar, 2010, str. 439.

[64] V. Željko Karan, Osvrt na praksu primjene numeričkih skala u vještačenju nematerijalne štete, *Vještak,* br. 4, Banja Luka, 2001, str. 65–67.

[65] Dubravko Grgić, Enes Bikić, Uloga liječnika – vještaka u procjeni nematerijalne/neimovinske štete, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici,* br. 19, juni 2017, str. 55.

kretnom slučaju. Ujednačavanje medicinskih kriterijuma bitno bi doprinijelo poštovanju ustavnog načela pravne jednakosti oštećenih lica, a to je i pretpostavka za kvalitetnije i objektivnije suđenje, te individualizaciju svakog konkretnog slučaja.[66]

Pored toga, vještačenje se u parničnom postupku koristi i u porodičnopravnim i nasljednopravnim sporovima, te u postupku obezbjeđenja dokaza.

VJEŠTAČENJE U VANPARNIČNOM POSTUPKU

Vanparnični postupak kao poseban metod pravne zaštite subjektivnih građanskih prava je veoma specifičan. On nije jedinstven i sastoji se od niza posebnih, često različitih, raznovrsnih i heterogenih postupaka u kojima se pruža pravna zaštita u onim građanskopravnim stvarima za koje nije zakonom predviđeno da se rješavaju po pravilima parnične procedure.[67] Uloga suda u vanparničnom postupku je uglavnom preventivna.[68]

U ovom specifičnom postupku se odlučuje o brojnim pitanjima koja se odnose na lična stanja, porodičnu zaštitu, imovinska i nasljedna prava, statusna pitanja građana, eksproprijaciju i tome slično. Prema tome, možemo slobodno konstatovati da je vanparnični postupak veoma složena procesna tvorevina. Pojedini vanparnični postupci se mogu grupisati po svojim zajedničkim karakteristikama. Tako postoje postupci za uređenje ličnih stanja, porodičnih odnosa, imovinskih odnosa i za uređenje drugih vanparničnih stvari. U svim tim postupcima često se provodi dokaz vještačenjem od strane vještaka iz različitih oblasti. Kada se radi o postupcima za uređenje ličnih stanja i porodičnih odnosa najčešće se provodi medicinsko (psihijatrijsko) vještačenje. Ono je posebno važno u postupcima oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti, zadržavanja bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi i produženju i prestanku roditeljskog prava. Što se tiče vanparničnih postupaka za uređenje imovinskih odnosa posebno su važni nalazi vještaka geodetske i građevinske struke. U ovom dijelu se reguliše postupak za raspravljanje zaostavštine (u kome se pojavljuju i notari kao sudski povjerenici), postupak za određivanje naknade za eksproprisane nepokretnosti, postupak za upravljanje i korišćenje zajedničkim stvarima, postupak za diobu stvari i imovine u suvlasniš-

[66] V. Josip Škavić, Dušan Zečević, *Načela sudskomedicinskih vještačenja*, Zagreb, 2010, str. 235–236.

[67] Ranka Račić, *Vanparnično procesno pravo,* Istočno Sarajevo–Banja Luka, 2013, str. 7.

[68] Stanka Stjepanović, Selma Šaćirović, Nedeljko Milijević, *Vanparnica, teorija – praksa,* Banja Luka, str. 25.

tvu i postupak za uređenje međe.[69] Ovdje se često javlja potreba i za angažovanjem više vještaka raznih specijalnosti.

VJEŠTAČENJE U IZVRŠNOM POSTUPKU

Svaki pravni sistem se ne može zamisliti bez njegovog izvršnog dijela. Država je zabranila samovlasno ostvarivanje prava, pa je povjerilac prinuđen da u cilju ostvarenja svog potraživanja pokrene izvršni postupak i da od suda zahtijeva da se to potraživanje ostvari prinudnim putem. Izvršni postupak kao dio građanskog sudskog postupka predstavlja posljednju, ali veoma značajnu fazu u realizaciji određenog subjektivnog prava. On je, u izvjesnom smislu, nastavak parničnog, vanparničnog, arbitražnog ili nekog drugog postupka.[70] Izvršni postupak često predstavlja krunu građanskog sudskog postupka.[71] Zadatak ovog postupka je da u najkraćem mogućem roku obezbjedi izvršenje onoga što je sud u svojoj odluci utvrdio. Ukoliko se to ne ostvari, gubi se povjerenje u pravnu državu i u sudove kao državne organe. Izvršno potraživanje je pravo na naplatu novčanog iznosa ili na neko davanje, nečinjenje i trpljenje.[72]

U principu, vještačenje nije svojstveno izvršnom postupku, jer izvršni sudija ima obavezu da samo sprovede (izvrši) već utvrđenu obavezu. On ne donosi novu izvršnu ispravu nego realizuje postojeću. Ipak, u određenim slučajevima može se zatražiti pomoć vještaka odgovarajuće struke za utvrđivanje činjenica u onim oblastima u kojima sud ne raspolaže potrebnim znanjima.[73]

Ovdje su najčešća finansijska vještačenja, jer je sudska odluka često samo odrediva.[74] Takva odluka sadrži u sebi potrebne elemente pomoću kojih se može utvrditi visina obaveze dužnika u konkretnom slučaju. Tako finansijski vještak pomaže sudu u pogledu načina i visine obračuna kamate, djelimične isplate duga, uračunavanja ispunjenja, izgubljene zarade, izračunavanja doprinosa za fondove penzijskog, invalidskog ili zdravstvenog osiguranja, pregleda i tumačenja finan-

[69] O tome: Duško Medić, Vještačenje u vanparničnim postupcima uređenja imovinskih odnosa, *Pravo i finansije*, br. 12, Sarajevo, 2017, str. 37–40.

[70] Nebojša Šarkić, Veštačenje u izvršnom postupku, u: *Problemi veštačenja u krivičnom, parničnom i vanparničnom postupku*, Beograd, 2002, str. 29.

[71] Ranka Račić, *Izvršno procesno pravo,* Banja Luka, 2009, str. 5.

[72] Ono mora biti utvrđeno pravosnažnom izvršnom ili vjerodostojnom ispravom.

[73] Interesantno je da Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije iz 2011. godine u članu 30. st. 4. propisuje da vještačenje u postupku izvršenja nije dozvoljeno. V. kritiku te odredbe kod: Jasmina Stamenković, Ivana Pavlović, Mirjana Dimitrijević, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o izvršenju i obezbeđenju (sa primerima modela),* Beograd, 2012, str. 281–282.

[74] Duško Medić, Vještačenje u izvršnom postupku, *ZIPS*, br. 1372, Sarajevo, 2017, str. 37.

sijske dokumentacije i tome slično. Primjera radi, kod nadoknade plate u slučaju vraćanja zaposlenog na rad, tražilac izvršenja koji je podnio prijedlog da bude vraćen na rad odnosno u službu, može predložiti da sud donese rješenje kojim će odrediti da mu je izvršenik dužan isplatiti na ime plate mjesečne iznose dospjele od pravosnažnosti odluke pa dok ponovo ne bude vraćen na posao, te odrediti izvršenje radi naplate dosuđenih iznosa. Ovaj prijedlog se može spojiti sa prijedlogom za izvršenje radi vraćanja na rad ili može biti podnesen naknadno do završetka izvršnog postupka. Mjesečna nadoknada plate određuje se u iznosu koji bi tražilac izvršenja ostvario da je bio na radu, a ta naknada obuhvata i plaćanje poreza, te drugih davanja po osnovu plate.[75] To rješenje predstavlja izvršnu ispravu koja nastaje u toku izvršnog postupka, a ono se smatra i rješenjem o izvršenju. Na ovaj način se tražiocu izvršenja omogućava efikasna zaštita njegovih prava. Razumljivo je da je u ovom postupku sudu neophodna i pomoć finansijskog vještaka koji treba da se izjasni na okolnost visine mjesečnog iznosa koji treba isplatiti tražiocu izvršenja. Osim toga, pravna lica u svom poslovanju sve češće elektronski dostavljaju razne fakture, račune o plaćanju, naloge za isplatu i tome slično, pa se sudija u tome teško može snaći na adekvatan način i za to mu je često potrebna pomoć vještaka.[76]

ZAKLJUČAK

Građanski sudski postupak je poseban postupak za zaštitu građanskog materijalnog prava. On predstavlja predmet regulisanja građanskog procesnog prava. Pravila po kojima postupaju sudovi su imperativne prirode i obavezuju sud i stranke, kao i sve druge učesnike.

Vještačenje kao dokazno sredstvo ima izuzetan značaj u svim građanskosudskim postupcima. Njegovu vrijednost sud slobodno ocjenjuje na osnovu savjesne i brižljive ocjene svih odlučnih okolnosti. Razvoj građanskog procesnog prava karakteriše povećan broj postupaka u kojima se sud obraća vještacima radi pribavljanja stručnog znanja i mišljenja kojima sud ne raspolaže. Vještaci svojim znanjem i stručnim autoritetom omogućuju utvrđivanje određenih činjenica koje nisu pravne prirode, ali su važne za razjašnjenje predmeta spora. Između suda i vještaka treba njegovati odnos uzajamnog povjerenja i saradnje. Sud rukovodi vještačenjem i nije vezan nalazom ni mišljenjem vještaka. I pored toga što nema stručnog znanja iz određene oblasti, sud ne mora da prihvati nalaz vještaka ako

[75] V. član 217. st. 1, 2 i 5. ZIP-a.

[76] O tome i N. Šarkić, M. Nikolić, op. cit., str. 186. V. Božidar Banović, Dokazna vrijednost elektronskih dokaza, *Vještak*, br. 6, Banja Luka, 2002, str. 29–34.

njegovi stavovi ne mogu da odole kritici koja se zasniva na pravilima logičkog zaključivanja. Međutim, stvarna nevezanost suda od njegovog mišljenja u praksi je veoma sužena, jer bi se za to moralo dati uvjerljive razloge što se objektivno teško može učiniti.

Vještačenje treba da doprinese valjanom utvrđivanju činjeničnog stanja bez koga nema ni donošenja zakonite odluke u ovim sporovima. Pravilnim korišćenjem vještačenja sud obezbjeđuje uslove da zaštiti pravo građana na pravično suđenje, te na suđenje u razumnom roku i da doprinese pravnoj sigurnosti i vladavini prava. Vještaci djeluju po nalogu suda. Oni treba da urade ono što bi uradio sam sud kada bi raspolagao stručnim znanjem iz određene oblasti. Za vještake treba birati najstručnije kadrove iz određenih oblasti, kako bi vještačenje bilo što kvalitetnije provedeno. Oni moraju biti svjesni velike odgovornosti koju imaju u ovim postupcima i moraju svoje obaveze izvršavati savjesno i profesionalno uz primjenu načela objektivnosti i nepristrasnosti. Potrebno bi bilo i pooštriti pitanje odgovornosti vještaka za kvalitet dostavljenog nalaza, jer se mnoga prava građana ostvaruju na osnovu nalaza vještaka koji je prethodio odluci suda.

Nagli razvoj nauke i tehnike dovodi do sve veće potrebe za izvođenjem vještačenja u mnogim oblastima. Da bi se dobio valjan nalaz, kao kvalitetan dokaz, potrebno je ostvariti dobru saradnju suda i vještaka. Obaveza suda je da vještaku da precizne upute u pogledu predmeta i obima vještačenja. Vještak mora da bude sposoban da dâ jasne i potpune odgovore na sva pitanja koja su definisana sadržajem zadatka vještačenja. Sudovi moraju koristiti svoja ovlašćenja da na adekvatan način rukovode vještačenjem, kako bi potpuno i istinito utvrdili sve sporne činjenice koje su relevantne za donošenje odluke u ovom postupku. Na taj način se obezbjeđuje realizacija i zaštita prava stranaka i funkcionisanje pravnog sistema u njegovom najširem smislu.

Professor DUŠKO MEDIĆ, LL.D.,
Judge of the Constitutional Court
of Republika Srpska

AN EXPERT OPINION IN CIVIL JUDICIAL PROCEDURE

Summary

Civil proceedings are a regular course of legal protection for the area of civil law relations. The protection of subjective civil rights is provided and exercised through litigation, non-contentious and enforcement proceedings. In which procedure the court will provide legal protection de-

pends on the nature of the issue in question. Giving an expert opinion represents a special lawsuit that provides special evidence - expert witness statement. It is determined, at the proposal of the party, when the court does not have the expertise in a particular field that is necessary in order to determine or clarify certain facts relevant for decision making. During the process it is necessary to achieve full cooperation between the court and expert witnesses, mutual permeation of knowledge and expertise in order to achieve the goal - establishing the truth. Their relationship must be the relation of complementary cooperation between the subjects that act in the realization of a joint, factual and legally very complex task. The court shall evaluate the expert opinion as a source of evidence, on the basis of a conscientious and careful evaluation of all the evidence.

Key words: civil court proceedings, citing of proofs, expert opinion, finding and expert testimony

MILENA TRGOVČEVIĆ PROKIĆ

PARNIČNI POSTUPAK KAO KOREKTIVAN NAČIN PRILIKOM RASPRAVLJANJA ZAOSTAVŠTINE

U ostavinskom postupku, da bi rešenje postalo materijalno pravnosnažno, nije dovoljno što je nastupila i formalna pravnosnažnost, već je potrebno da nije posebnim zakonskim propisom predviđen put parnice. Stabilnost vanparnične odluke poljuljana je mogućnošću pokretanja parnice, kao i mogućnošću drugostepenog suda da rešava o žalbama koje su neblagovremeno podnesene, ako se time ne vređaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na rešenju. Pravnosnažno rešenje o nasleđivanju vezuje stranke samo u pogledu odluke o pravu nasleđa i o legatu. ZVP je predvideo mogućnost korigovanja stanja konstatovanog u odluci ostavinskog suda, te se parnični postupak pojavljuje kao korektiv pravnosnažnog rešenja o raspravljanju zaostavštine, odnosno o legatu. Parničnom sudu data je mogućnost da se izmene i koriguju rešenja u slučaju da se pojave nove činjenice za koje ostavinski sud nije znao, ili ako nova lica polažu pravo na nasledstvo, ili ako se pronađe testament, ili se pronađe nasledstvo, ili ako postoje uslovi za ponavljanje postupka. Ta svoja prava naslednici uvek mogu da ostvare u parničnom postupku i u tom slučaju parnični postupak se pojavljuje kao korektivan način raspravljanja zaostavštine. Predviđanjem parničnog postupka, kao metoda pravne zaštite, zakonodavac je omogućio kontrolu zakonitosti pravnosnažnog ostavinskog rešenja.

Ključne reči: *odluka vanparničnog suda, materijalna pravnosnažnost, formalna pravnosnažnost, parnični postupak*

U V O D

Parnični postupak se javlja kao osnovni oblik zaštite gađansko-pravnih ovlašćenja prema kome su regulisani vanparnični postupci. Vanparnični postupak

---

Dr Milena Trgovčević Prokić, sudija Drugog osnovnog suda u Beogradu.

predstavlja poseban put pravne zaštite, jer je predviđen za pojedine vrste građanskih stvari kada je zakonom predviđeno da imaju takvu prirodu. Zakon o vanparničnom postupku Srbije preuzeo je načela parničnog postupka u pogledu organizacije i toka procesnih radnji, tako da je zastupljeno načelo javnosti, saslušanja svih stranaka, koncentracije, usmenosti, pismenosti, neposrednosti, posrednosti, zabrane zloupotrebe procesnih prava. Ali, preuzeta su pravila parničnog postupka, i to odredbe o rokovima, ročištima, zapisnicima, dokaznim sredstvima, izvođenju dokaza, izuzeću sudija, procesnoj i stranačkoj legitimaciji kao i mogućnošću drugostepenog suda da rešava o žalbama koje su neblagovremeno podnesene, ako se time ne vređaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na rešenju.[1]

Pravnosnažno rešenje o nasleđivanju vezuje stranke samo u pogledu odluke o pravu nasleđa i o legatu. Stranke mogu ne samo isticati zahteve koji se zasnivaju na pravu svojine i drugom pravu nezavisno od nasleđa već mogu u parnici ostvariti pravo na nasleđe.[2] To znači da pravnosnažno rešenje vezuje stranke koje su učestvovale u postupku raspravljanja zaostavštine samo u pogledu prava i obaveza koje proizlaze iz prava nasleđivanja.[3]

Ostavinsko rešenje ima dejstva na stranke u pogledu raspravljanosti pravne stvari, te i ako parnica ne bude pokrenuta, dejstvo ovog rešenja ne prestaje, već se produžava i dalje traje. To znači da samo rešenje kojim nije ostavljena mogućnost vođenja parnice ima materijalnu pravnosnažnost, a rešenja koja strankama ostavljaju mogućnost vođenja parnica neće imati materijalnu pravnosnažnost. Ova rešenja steći će materijalnu pravnosnažnost i ako stranke ne pokrenu parnicu, i to kada zastari zahtev naslednika da traži zaostavštinu. Znači, protekom roka zastarevanja, ova rešenja koja imaju formalnu pravnosnažnost steći će materijalnu pravnosnažnost, a to znači da ona postaju konačna i ne mogu se menjati nikakvim pravnim sredstvima.

Ovakvim karakterom pravnosnažnog rešenja o nasledstvu data je mogućnost da se izmene i koriguju rešenja u slučaju da se pojave nove činjenice za koje ostavinski sud nije znao, ili ako nova lica polažu pravo na nasledstvo, ili ako se pronađe testament, ili se pronađe nasledstvo. Ta svoja prava naslednici uvek

---

[1] Milena Trgovčević Prokić, "Prenošenje ovlašćenja iz ostavinskog postupka na javnog beležnika", *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2000, str. 135.

[2] Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž br. 5240/10 od 6. juna 2012: "Nakon pravnosnažnosti ostavinskog rešenja nasledni učesnik svoje zahteve u pogledu imovine ostavioca može ostvariti u parničnom postupku". Milena. Trgovčević Prokić, "Vanparnični postupak, Ostavinski postupak", ("redactor") Gordana Stanković, *Zbirka sentenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, 2018, str. 535.

[3] Milena Trgovčević Prokić, *Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva*, »Službeni glasnik«, Beograd, 2012, str. 278.

mogu da ostvare u parničnom postupku i u tom slučaju parnični postupak se pojavljuje kao korektivan način raspravljanja zaostavštine.[4]

GRANICE PRAVNOSNAŽNOSTI OSTAVINSKOG REŠENJA

Pravnosnažno ostavinsko rešenje, prema domaćem pravu vezuje samo stranke koje su učestvovale u ostavinskom postupku, ukoliko im nije priznato pravo da ovaj zahtev ostvaruju u parnici. Naime, pravnosnažno rešenje o nasleđivanju ima svoje subjektivne i objektivne granice. Subjektivne granice, jer vezuje samo lica koja su učestvovala u ostavinskom postupku, a objektivne jer obuhvata samo činjenice koje su bile poznate u ostavinskom postupku.[5]

Međutim, stranke nisu vezane dejstvom pravnosnažnog rešenja u četiri slučaja: kada je ostavinski sud raspravio zaostavštinu, a trebalo je stranke da uputi na parnicu, zatim ako stranka upućena na parnicu ne pokrene parnicu do okončanja ostavinskog postupka pred prvostepenim sudom, a sud okonča ostavinski postupak bez obzira na zahtev koji je bio predmet spora, ako se po pravnosnažnosti rešenja pronađe testament kojim je za neku stranku određeno nasledstvo, tada će moći svoje pravo da ostvaruje u parnici, i u slučaju kada postoje uslovi za ponavljanje ostavinskog postupka.

Rešenjem o nasleđivanju sud odlučuje ko su naslednici umrlog, koja imovina sačinjava njegovu zaostavštinu i koja prava iz zaostavštine pripadaju pojedinim naslednicima, legatarima i drugim osobama. Rešenje o nasleđivanju obuhvata onu imovinu za koju se u ostavinskom postupku utvrdilo da je pripadala ostaviocu. Rešenje o nasleđivanju je deklarativnog karaktera; ono nema konstitutivni karakter, pa ne može prekludirati naslednike u posebnim građanskopravnim zahtevima koje oni imaju prema pojedinim sanaslednicima, odnosno prema ostaviocu. U parničnom postupku presuda postaje materijalno pravnosnažna nastupanjem formalne pravnosnažnosti prema obema strankama. Nastupanjem formalne pravnosnažnosti presuda postaje nenapadljiva.[6]

---

[4] Gordana Stanković, Milena Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku R. Srbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, str. 540.

[5] Milena Trgovčević Prokić, Gordana Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Sbije*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str 80. U tom smislu i sudska praksa, odluka VS NR Hrvatske, Rev. 344/59, od 11. juna 1959. Odijel broj 12/59, str. 58: "U izreci rešenja o nasleđivanju u slučaju primene člana 28. ZN proglašavaju se naslednicima samo one osobe kojima je nasledstvo stvarno pripalo u cjelini ili u određenom dijelu. "Odvjetnik, br. 12/59, str. 58.

[6] Čl. 359. st. 1. Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 .- odluka US, 74/2013. - odluka US, 55/2014 i 87/2018, u daljem tekstu: ZPP. Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo,* Beograd, 2004, str. 614.

U parničnom postupku važi princip neizmenljivosti pravnosnažne odluke i princip zaštite stečenih prava, odnosno zaštite javnih interesa, a u vanparničnom postupku ovaj princip nije dosledno sproveden, što se i odražava na stabilnost vanparnične odluke. Stabilnost vanparnične odluke poljuljana je mogućnošću pokretanja parnice kao i mogućnošću drugostepenog suda da rešava o žalbama koje su neblagovremeno podnesene, ako se time ne vređaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na rešenju.[7]

Ostavinsko rešenje ima dejstva na stranke u pogledu raspravljanosti pravne stvari, te i ako parnica ne bude pokrenuta, dejstvo ovog rešenja ne prestaje, već se produžava i dalje traje. To znači da samo rešenje kojim nije ostavljena mogućnost vođenja parnice ima materijalnu pravnosnažnost, a rešenja koja strankama ostavljaju mogućnost vođenja parnica neće imati materijalnu pravnosnažnost. Ova rešenja steći će materijalnu pravnosnažnost i ako stranke ne pokrenu parnicu, i to kada zastari zahtev naslednika da traži zaostavštinu. Znači, protekom roka zastarevanja, ova rešenja koja imaju formalnu pravnosnažnost steći će materijalnu pravnosnažnost, a to znači da ona postaju konačna i ne mogu se menjati nikakvim pravnim sredstvima.

Ovakvim karakterom pravnosnažnog rešenja o nasledstvu data je mogućnost da se izmene i koriguju rešenja u slučaju da se pojave nove činjenice za koje ostavinski sud nije znao, ili ako nova lica polažu pravo na nasledstvo, ili ako se pronađe testament, ili se pronađe nasledstvo. Ta svoja prava naslednici uvek mogu da ostvare u parničnom postupku i u tom slučaju parnični postupak se pojavljuje kao korektivan način raspravljanja zaostavštine.

PROPUST SUDA DA UPUTI NA PARNICU

Upućivanje na parnični postupak posledica je okolnosti da vanparnični sud ne rešava činjenične sporove koji se jave kao prethodno pitanje.[8] Ukoliko su sporne činjenice od značaja za rešavanje pravnih pitanja, ostavinski sud je dužan da

[7] Oliver Antić, Zoran Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Nomos, Beograd, 1996, str. 59. U tom smislu sudska paksa: Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gžbr. 384/12 od 23. oktobra 2013: "Iako se ostavinski postupak vodi po službenoj dužnosti, sud utvrđuje zaostavštinu na osnovu dokaza koje sudu prilažu nasledni učesnici, pri čimu se ne dira u prava naslednih učesnika da svoja prava ostvare u posebnom postupku." M. Trgovčević Prokić, "Vanparnični postupak, Ostavinski postupak", *Zbirka sentenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, str. 527.

[8] Siniša Triva, *Građansko procesno pravo*, *Narodne novine*, Zagreb, 1983, str. 65. Prethodno pitanje "uvek predstavlja pravnu celinuu o kome bi se moglo rešavati o nekom drugom postupku kao o glavnom pitanju".

uputi stranke na parnični postupak i prekine ostavinski postupak dok se nastali spor o činjenicama od kojih zavisi nasledno pravo učesnika ne otkloni.[9]

Pravnosnažno rešenje ostavinskog suda ne sprečava stranku da pokrene parnični postupak u slučaju da je ostavinski sud raspravljao zaostavštinu a trebalo je stranku da uputi na parnicu.[10] To je uvek situcija kada ostavinski sud sam reši sporna činjenična pitanja, a trebalo je da uputi stranke na parnicu, ovde se radi o rešenju koje ne vezuje stranke, jer im nije zadržan put parnice, te nemaju materijalnu pravnosnažnost. Sudska praksa zauzela je stav da učesnik može i posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju tražiti poništenje izjave o odricanju od nasleđa i ponovo raspravljanje zaostavštine, ako je izjava o odricanju bila data u zabludi. Stranke mogu pokrenuti parnicu samoinicijativno[11] bez uputa ogana koji vodi ostavinski postupak (ostavinskog suda ili javnog beležnika).[12] Ako organ koji je raspravio zaostavštinu propusti da uputi stranke na parnicu one će moći samoinicijativno da podignu tužbu pred parničnim sudom. I u slučaju da stranka izjavi žalbu na rešenje o nasleđivanju zbog propuštanja upućivanja na parnicu, stranka će moći istovremeno i tužbom u parničnom postupku zahtevati ostvarenje svog naslednog prava (na primer, poništenje izjave o odricanju iako je ostavinski sud rešavao o tome).

Pored toga, ove vezanosti nema ni ako učesnik koji je bio upućen na parnicu nije pokrenuo parnicu do okončanja ostavinskog postupka, pa organ koji ra-

---

[9] Čl. 23. u vezi čl. 119, 121. Zako o vanparničnom postupku "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 , u daljem tekstu: ZVP Srbije. Milena Trgovčević Prokić, "Razlozi za prekid postupka", *Pravni život*, br. 4, Beograd, 2015, str. 610.

[10] Rešenje Višeg suda u Požarevcu, 1 Gž 795/14 od 26. septembra 2014. godine: "Ako između učesnika ostavinskog postupka nastane spor o tome da li neka imovina ulazi u zaostavštinu, sud je dužan da prekine postupak i uputi na parnicu učesnika čije pravo smatra manje verovatnim." M. Trgovčević Prokić, "Vanparnični postupak, Ostavinski postupak", *(redaktor)* G. Stanković, Zbirka sentenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava, str. 531.

[11] Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, Gž. 305/11 od 23. maja 2012: "Stranka nije ograničena rešenjem ostavinskog suda kojim je upućena na parnicu, pa parnicu može voditi i po osnovima koji se ne spominju u rešenju ostavinskog suda kojim je upućena na parnicu.

[12] Prema Zakonu o javnom beležništvu, "Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 85/12, 19/13, 55/14 – dr. zakon, 93/14 – dr. zakon, 121/14, 6/15 i 106/15. , u daljem tekstu: ZJB, javni beležnik postupa po nalogu suda, Sud javnom beležniku može poveriti sprovođenje ostavinskog postupka ili samo procesnu radnju, sastavljanje smrtovnice, popis i procenu zaostavštine, čuvanje stvari, odnosno preuzimanje pethodnih mera i mera obezbeđenja iz ostavinskog postupka. Kada sud poveri ostavinski postupak javnom beležniku, javni beležnik ima ista ovlašćenja kao i sud. Sud vrši i nadzor nad radom javnih beležnika. v. šire Milena Trgovčević Prokić, "Sadržaj javnobeležničke službe, "Zbornik radova, *Savremeni međunarodni poredak i evropske integracije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2014.

spravlja zaostavštinu postupak okonča, bez obzira na zahtev koji je bio predmet spora.[13]

Propuštanje parnice po uputu suda

Stranki je ostavljena mogućnost da povede parnični postupak i da ostavinskom sudu podnese dokaz da je (tužbu) u ostavljenom roku podnela parničnom sudu.U teoriji[14] ima shvatanja da ovakvoj stranki ne treba pružiti mogućnost da i posle propuštenog roka za podizanje tužbe ima pravo da ostvari nasledno pravo u parnici i posle pravnosnažnog rešenja o nasleđivanju. Stranka je mogla svoj zahtev ostvariti jedino u slučaju ako se pronađe novi testament i u slučaju ponavljanja postupka. Suprotno stanovište imaju Kreč i Pavić.[15]

Smatramo da je ispravnije stanovište koje zastupaju Kreč i Pavić jer je rešenje koje predlaže Strugar suprotno načelu materijalne istine.

NAKNADNO PRONAĐENI TESTAMENT

Kada se posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju ili legatu pronađe testament, vanparnični sud je dužan da proglasi testament i da dostavi zapisnik o proglašenju testamenta ostavinskom sudu. Ostavinski sud je samo dužan da obavesti zainteresovana lica o postojanju testamenta i njegovom proglašenju i upozori ih da svoja prava i naslednopravne zahteve mogu ostvariti u parnici. To znači da sprovođenju nove ostavinske rasprave nema mesta i ako bi se pokazalo da je raniji testament, kao osnov za raspravljanje zaostavštine, bio pravno nevaljan.[16] Međutim, pojedini autori[17] smatraju da je ovo razlog za ponavljanje postupka jer se radi o novom dokaznom sredstvu koje je postojalo u ostavinskom postupku, ali iz objektivnog razloga nije tokom postupka prezentovano, te da treba dozvoliti ponavljanje ostavinskog postupka. Smatamo da ovaj predlog ima za posledicu ograničeno vreme koje ovo vanredno pravno sredstvo pruža i da bi na taj način

[13] G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, *Ibidem,* 2019, str. 540.

[14] Savo Stugar, "Neka pitanja iz naslednog prava", *Jugoslovenska advokatura*, Beograd, br. 5–6, 1956, str. 5.

[15] Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, Narodne novine,* Zagreb, 1964, str. 722. Dejan Đuđević, *Institucije naslednog pava*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 315.

[16] Franjo Goršić, *Komentar parničnog postupka sa uvodnim zakonom*, Beograd, 1935, str. 546.

[17] Mijal Stojanović, "Ostvarivanje naslednog prava u parnici", *Pravni život*, br. 2, Beograd, 1981, str. 48, Jadranko Crnić, Mihajlo Dika, Branko Hrvatin, Olga Jelčić, Tatjana Josipović, Jožica Matko Ruždjak, Zdenka Koharić, *Novo nasljednopravno uređenje,* Narodne Novine, Zagreb, 2003, str. 234.

bili oštećeni naslednici ako bi se pronašao testament posle protoka roka u kome se može zahtevati ponavljanje postupka po pravilima ZPP.

Kada se posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju ili legatu pronađe testament, učesnik koji ima određeno naslednopravno ovlašćenje, ima pravo da svoje naslednopravne zahteve ostvari u parničnom postupku. Naslednik može ostvariti svoja nasledna prava iz naknadno pronađenog testamenta u roku od godinu dana od dana saznanja za naknadno pronađeni testament, a najkasnije u roku od deset godina računajući od dana proglašenja testamenta prema savesnom držaocu. Prema nesavesnom držaocu rok iznosi dvadeset godina od dana proglašenja testamenta.

Novopronađeni i proglašeni testament može imati različitu sadržinu u odnosu na onaj koji je bio osnov za nasleđivanje, tako da u tom smislu mogu nastati mnogobrojne različite situacije, a od toga zavise i ovlašćenja na pokretanje parničnog postupka kao i pasivna procesna legitimacija.

Tako, na pimer, ako je naknadno pronađenim testamentom postavljen naslednik, onda će on tužbom protiv svih naslednika (koji će tada imati ulogu jedinstvenih suparničara) ili pojedinih naslednika iz rešenja o nasleđivanju nastojati da ostvari svoje pravo na nasleđe po osnovu naknadno pronađenog testamenta. Ukoliko je naknadnim testamentom postavljen legatar, tada on može da tužbom za utvrđenje traži od lica koja su dužna da ispune legat da se utvrdi obaveza dužnika legata prema njemu. Ako naslednik koji je opterećen legatom pristane da ispuni legat trećem licu, nema mesta vođenju parnice. Ako je naknadno pronađenim testamentom postavljeno za naslednika lice koje je učestvovalo u ostavinskom postupku, tada će ovo lice moći da tuži ostale naslednike radi ostvarenja svog naslednog prava. Takođe, kad je naknadno pronađenim testamentom predviđeno da nasledniku pripadne veći deo zaostavštine nego što mu je pripalo rešenjem o nasleđivanju, tada će ovaj naslednik imati pravo da tuži sve naslednike radi dopune svog naslednog dela.

Ukoliko naslednik dobije mogućnost da prezentira novi testament, za koji je znao da postoji i bila mu je poznata njegova sadržina, ali se taj testament nije mogao da pronađe u vreme kad je sprovođen ostavinski postupak u kome je dao nasledničku izjavu da pristaje da se nasleđe raspravi na osnovu zakona, moći će i u parničnom postupku da ostvari svoje nasledno pravo iz naknadno pronađenog testamenta.[18] Ovakvo rešenje je posledica činjenice da je učesnik naknadno, posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju došao u mogućnost da prezentira novi, naknadno pronađeni testament koji nije mogao da bude poznat u okončanom ostavinskom postupku. Iako se naknadno pronađeni testament može sma-

[18] Rešenje Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 3345/64, M. Kurdulija, *ibidem*, str. 309.

trati kao činjenica i novi dokaz koji je postojao u vreme vođenja ostavinskog postupka ali iz objektivnih razloga nije iznet do okončanja ostavinske rasprave i kao takav mogao da predstavlja razlog za ponavljanje ostavinskog postupka, zakonodavac se opredelio za parnični postupak, kao metod pravne zaštite, jer je to povoljnije za naslednika koji pretenduje na nasleđe po osnovu naknadno pronađenog testamenta. Ako su učesnici u ostavinskom postupku znali za testament, ali bez opravdanog razloga to nisu istakli tokom ostavinskog postupka, tada u naknadnoj parnici neće moći da ostvare pravo iz ovog testamenta.

Sadržina naknadno pronađenog testamenta određuje da li će naslednik moći da ostvari svoje nasledno pravo u parnici na osnovu takvog testamenta. Tako, neće biti mesta pokretanju parničnog postupka ako se naknadno pronađenim testamentom ne vrši raspodela zaostavštine već se određuje novi izvršilac testamenta. Isto će biti i u slučaju da ostavilac naknadno pronađenim testamentom postavlja za naslednike zakonske naslednike na delove koje im je ostavinski sud rešenjem oglasio. S obzirom na to da se ovde menja samo pravni osnov pozivanja na nasleđe, ostavinski sud će izmeniti rešenje o nasleđivanju jer nema svrhe da se vodi parnica.

Ako se naknadno pronađenim testamentom naređuje raspolaganje u dopustive svrhe, tada neće imati mesta vođenju parnice ako su naslednici saglasni da izdvoje određeni iznos za osnivanje zadužbine ili fondacije. Međutim, ako među njima nema sporazuma, moći će svoja prava iz naknadno pronađenog testamenta da ostvare u parnici.

NOVI NASLEDNIK

Naknadno prijavljenim, odnosno novim naslednikom, smatra se naslednik o kome se u momentu donošenja rešenja nije znalo, već se to sazna po pravnosnažnosti rešenja. To će biti u slučaju da se za nasciturusa u toku ostavinskog postupka nije znalo. Vanbračno dete, koje se naknadno pojavi kao naslednik, moći će tužbom da zahteva utvrđenje svog porodičnog statusa na osnovu kog ima pravo na nasleđe.

Novi naslednik može da bude i lice koje pripada kategoriji tzv. pravno nevidljivih lica. Ovo lice u vreme vođenja ostavinskog postupka nije imalo pravom priznati subjektivitet jer nije bilo upisano u matične knjige rođenih, te nije moglo da dokaže svoj identitet, kao ni da je pozvano na nasleđe. Ukoliko je to lice uspelo da dokaže svoje rođenje, a samim tim i poreklo, ono može naknadno da postane novi naslednik.

U ulozi novog naslednika može se naći i zakonski i testamentarni naslednik koji je bio proglašen umrlim ili nestalim. Ovakvo lice će tužbom u parničnom po-

stupku zahtevati da se utvrdi da je naslednik ostavioca i da nije nestalo, odnosno da je živo, i da kao novi naslednik zahteva predaju zaostavštine u celini ili određenog dela. Tužba sadrži dva kumulativno postavljena zahteva: zahtev za utvrđenje da je određeno njegovo pavo na nasledstvo i zahtev za predaju odgovarajućeg dela zaostavštine.

Ako ostavinski sud u toku postupka propusti da pozove neko lice na raspravu ili ako nije znao da to lice postoji a ono polaže pravo na nasleđe, ovo lice će moći to svoje pravo da ostvari u parnici.

Naslednik koji se naknadno pojavio može da ostvari svoje pravo ukoliko su ispunjena dva uslova: da nije učestvovao u okončanom ostavinskom postupku i da polaže pravo na nasleđe bilo po zakonu, ili po testamentu, neposredno ili po pravu predstavljanja. Naslednik koji se naknadno pojavio nije lišen svojih naslednih prava.

NAKNADNO PRONAĐENA IMOVINA OSTAVIOCA

Ukoliko se po pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju naknadno pronađe ostaviočeva imovina za koju se nije znalo da pripada zaostavštini, sud je dužan da i naslednika koji se odrekao od nasleđa pozove da dâ nasledničku izjavu u odnosu na novopronađenu zaostavštinu. Zakonodavac naslednika koji se odrekao od nasleđa, u odnosu na novopronađenu zaostavštinu, tretira kao novog naslednika. Ukoliko on sada da pozitivnu nasledničku izjavu, odnosno izjavi da se prima nasleđa, sud je dužan da ga uputi da svoje nasledno pravo ostvari u parnici. Ovo zakonsko rešenje motivisano je činjenicom da naslednik koji daje nasledničku izjavu treba da zna šta čini zaostavštinu. Naslednik daje pozitivnu ili negativnu nasledničku izjavu u zavisnosti od toga kakav je sastav zaostavštine i šta je čini.

U situaciji kad je naknadno pronađena zaostavština, a jedan od naslednika se odrekao nasleđa, iako je rešenje o nasleđivanju pravnosnažno, ostavinski sud ipak ponovo otvara postupak po službenoj dužnosti tako što zakazuje ročište za davanje nasledničke izjave da bi se naknadno dala nasleđnička izjava u odnosu na novu zaostavštinu. On, međutim, ne ponavlja ostavinski postupak već samo donosi rešenje o upućivanju na parnični postupak. Pojedini autori[19] smatraju da takvo rešenje nije prihvatljivo i u suprotnosti je sa načelom univerzalne sukcesije i nije usklađeno ni sa odredbom člana 214. Zakona o nasleđivanju jer odricanje od nasleđa ne može biti delimično.

[19] Nataša Stojanović, "Vanredni pravni lekovi u postupku za raspravljanje zaostavštine u funkciji ostvarivanja prava na pravni lek", *Izgradnja pravnog sistema Sbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 49, 2007, str. 241. "dozvoljava da u pogledu jednog dela zaostavštine on ne bude naslednik a u pogledu drugog dela zaostavštine da ima takav pravni položaj".

KADA ZAOSTAVŠTINA NIJE RASPRAVLJENA ZBOG POKRETNIH STVARI

Kada se radi o nasleđivanju pokretnih stvari, tada ostavinski postupak ne prolazi kroz sve stadijume, već se završava obustavljanjem postupka na pripremnom ročištu jer sud nije dužan da raspravlja zaostavštinu.[20] Pre no što donese rešenje o obustavljanju postupka, sud je dužan da naslednicima pruži mogućnost da se izjasne o tome da li žele da se nastavi ostavinski postupak. Ukoliko naslednici imaju pravni interes da se raspravi zaostavština, tada će sud na njihov zahtev sprovesti ostavinski postupak. Ovo zakonsko rešenje je izuzetak od pravila da se ostavinski postupak oficijelno pokreće i sprovodi.[21] Ukoliko se dogodi da se posle obustavljanja postupka naknadno pronađe zaostavština ostavioca, tada će sud biti dužan da, na predlog naslednika, donese rešenje o stavljanju van snage rešenja o obustavljanju postupka.

Naslednici imaju pravni interes za raspravljanje zaostavštine kada zaostavštinu čine dragocenosti ili novac koji se nalazi na tekućem ili štednom ulogu. Predlog za raspravljanje zaostavštine koju čine pokretne stvari mogu da stave samo naslednici dok legatari i poverioci nisu ovlašćeni da zahtevaju da se nastavi ostavinski postupak koji je obustavljen jer nije bilo zaostavštine koja je podobna za nasleđivanje. To, međutim, ne znači da će izgubiti svoja prava jer njih oni mogu da ostvare u parnici.

USLOVI ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

Kada je raspravljanje zaostavštine završeno pravnosnažnim rešenjem o nasleđivanju ili rešenjem o legatu, a postoje uslovi za ponavljanje postupka po pravilima parničnog postupka, neće se obnoviti postupak za raspravljanje zaostavštine, već stranke svoja prava mogu ostvariti u parničnom postupku.

U ovom postupku nije dozvoljeno podnošenje predloga za ponavljanje postupka iako postoje uslovi za njegovo izjavljivanje u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila parničnog postupka. Ovo zakonsko rešenje je posledica okolnosti da je opštim odredbama ZVP izričito predviđeno da se protiv pravnosnažnog

---

[20] M. Trgovčević Pokić, G. Stanković, 2018, *Ibidem*, str. 87.

[21] Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž. br. 449/15 od 26. aprila 2015: "Ostavinski postupak se ne može obustaviti kada nasledni učesnik u predlogu navede da su se u stanu ostavioca nalazile pokretne stvari koje je oduzela milicija prilikom pečaćenja ostaviočevog stana, bez obzira što je postupak pokrenut i po službenoj dužnosti, jer lica pozvana na nasleđe zadržavaju pravo da traže raspravljanje zaostavštine". **Milena Trgovčević Prokić, "Vanparnični postupak – Ostavinski postupak"**, (redaktor) Gordana Stanković, *Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, **Službeni glasnik**, 2019, str. 183.

meritornog rešenja kojim je postupak završen ne može podneti predlog za ponavljanje postupka ako je učesniku odredbama ZVP priznato pravo da svoj zahtev o kome je rešenjem odlučeno ostvaruje u parnici.

U teoriji ima predloga da se ostavinskom sudu dopusti ponavljanje postupka po pravilima koja su predviđena za parnični postupak. Slavko Marković[22] predlaže da se u situaciji kada se pojavi novi naslednik dozvoli ponavljanje postupka jer bi otpao veliki broj nepotebnih parnica. Pojedini autori[23] smatraju da bi trebalo dozvoliti ponavljanje ostavinskog postupka ali predlažu i ostvarivanje naslednog prava u parnici kada karakter ostavinskog rešenja to zahteva. To bi bilo u slučaju propuštanje parnice po uputu suda, kao i kod pobijanja nasledničke izjave.

Smatramo da je naše zakonsko rešenje olakšalo učesnicima u postupku pristup sudu jer je ponavljanje postupka, kao vanredni pravni lek, ograničeno pravno sredstvo vezano za određene uslove i rokove, a toga kod podizanja tužbe nema. Pored toga, kod ponavljanja postupka predviđeno je obavezno zastupanje od strane advokata, dok kod pokretanja parničnog postupka fizičko lice koje je poslovno sposobno ima i postulacionu sposobnost, te nije potrebno da ga zastupa advokat. Zakonodavac se opredelio za parnični postupak kao metod pravne zaštite i procenio da je korektivna parnica povoljniji metod pravne zaštite u ovoj vanparničnoj pravnoj stvari. Predviđanjem parničnog postupka, kao metoda pravne zaštite, omogućena je kontrola zakonitosti pravnosnažnog ostavinskog rešenja. Parnični postupak može se pojaviti kao korektiv ostavinskog postupka, ali i kao vanredno pravno sredstvo.[24] Zakon o parničnom postupku je *pravni* instrument putem kojeg jedno lice realizuje svoj pravni položaj univerzalog sukcesora u parnici.

Parnični postupak posle pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju može da se pokrene da bi učesnik ostvario svoja prava kada postoje razlozi koji su odredbama parničnog postupka predviđeni za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka. Ostvarivanju naslednopravnih zahteva u parnici, zbog toga što su ispunjeni uslovi za ponavljanje postupka ima mesta:

1) Ako se odluka ostavinskog suda zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka.[25] Tako, ako se naknadno pribave dokazi da je svedok kod usmenog testa-

[22] Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 467. On navodi primer, u situaciji ako je nestali naslednik oglašen umrlim, pa se pojavi posle pravnosnažnog rešenja o nasleđivanju i legatu, on će morati u parnici da dokazuje svoja prava, a ukoliko se dozvoli ponavljanje postupka otpao bi veliki broj nepotrebnih parnica.

[23] M. Stojanov**,** *Ibidem*, str. 44.

[24] G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, 2019, *Ibidem*, str. 384.

[25] Čl. 426. st. 2. t. 4. ZPP.

menta lažno svedočio, i ostavinski sud mu je poverovao, i na osnovu takvog testamenta je bio izvršen raspored zaostavštine, a kasnije je zbog davanja lažnog iskaza osuđen pravnosnažnom presudom krivičnog suda, u tom slučaju će ostali naslednici moći da tužbom protiv testamentarnih naslednika kod parničnog suda traže poništaj i predaju zaostavštine u granicama rokova zastarelosti.

2) Ako se odluka ostavinskog suda zasniva na ispravi koja je falsifikovana ili u kojoj je overen neistinit sadržaj.[26] Ovaj razlog najčešće postoji kad je u pitanju testament, ali je moguće i da se radi o ugovoru o doživotnom izdržavanju ili ugovoru o ustupanju i raspodeli imovine za života i sl. Ovaj razlog postoji i ako je utvrđeno da testament na osnovu koga je izvršena raspodela zaostavštine ne potiče od ostavioca, već od nekog naslednika ili trećeg lica, pa se ta činjenica sazna po pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Može se dogoditi i da je falsifikovana isprava koja sadrži negativnu nasledničku izjavu ili punomoćje koje je sadržalo negativnu nasledničku izjavu. Sud će dozvoliti ponavljanje postupka samo ako stranka ima, kao dokaz, pravnosnažnu presudu krivičnog suda u kojoj je utvrđen falsifikat ili neistinita sadržina.

3) Ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudije, učesnika, odnosno zakonskog zastupnika ili punomoćnika učesnika ili kog trećeg lica.[27] Ovaj razlog bi postojao ukoliko je sudija falsifikovao zapisnik o raspravi, ili je to učinio neko od učesnika ili zakonski zastupnik učesnika. Razlog postoji i kad je sudija koji je sudio u ostavinskom postupku, osuđen pravnosnažnom presudom krivičnog suda zbog krivičnog dela primanja mita. Naslednik koji pokreće parnicu iz ovih razloga mora parničnom sudu pružiti kao dokaz presudu krivičnog suda, jer to predstavlja pretpostavku za uspeh u parnici. U slučaju da je okrivljeni umro ili da ima trajne mentalne smetnje, da je zbog toga krivični postupak obustavljen ili ako postoje okolnosti zbog kojih se krivični postupak ne može pokrenuti, ovo krivično delo može se dokazivati u parničnom postupku.

4) Ako se odluka suda zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci upravnog organa, a ta odluka bude pravnosnažno preinačena, ukinuta, odnosno poništena.[28]

5) Ako je naknadno pred nadležnim organom na drugačiji način pravnosnažno ili konačno rešeno prethodno pitanje na kome je odluka suda zasnovana.[29]

---

[26] Čl. 426. st. 2. t. 5. ZPP.

[27] Čl. 426. st. 2. t. 6. ZPP.

[28] Čl. 426. st. 2. t. 8. ZPP

[29] Čl. 426. st. 2. t. 9. ZPP.

6) Ako procesno nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlašćenje za zastupanje u ostavinskom postupku ili za odricanje od nasleđa, a to naknadno nije odobreno.[30]

7) Ako stranka koja je učestvovala u ostavinskom postupku sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih je moglo biti doneto povoljnije rešenje za stranku da su te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u ostavinskom postupku.[31]

Nove činjenice, koje u parničnom postupku predstavljaju osnov za ponavljanje postupka, mogu da budu razlog za pokretanje tzv. korektivne parnice samo ako su postojale u vreme trajanja ostavinskog postupka a stranka za njih nije znala ili iz drugih razloga nije mogla da ih upotrebi. Kao razlog ne bi mogle da posluže nove činjenice koje su nastale po pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Nove činjenice i novi dokazi treba da budu takvog značaja da bi na osnovu njih u parnici moglo biti doneto povoljnije rešenje za učesnika u ostavinskom postupku. Zbog toga se parnični postupak radi ostvarivanja naslednopravnih zahteva po pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju ne može sa uspehom pokrenuti ako se radi o dokazima koje je učesnik predlagao u ostavinskom postupku, a koje je ostavinski sud odbio da izvede.

Međutim, u sudskoj praksi srećemo takve odluke koje bitno odstupaju od tog pravila. Tako, ima slučajeva da se dopušta naslednička tužba naslednika koji se primio nasleđa po zakonu jer nije mogao da prezentira testament ostavinskom sudu, pa je u parnici ovlašćen da traži priznanje nasledničkog svojstva po ostaviočevom testamentu koji je za njega bio povoljniji. Ovo proizlazi iz dualizma ostavinskog postupka i parničnog postupka po nasledničkoj tužbi kao i činjenice da u zakonu nije nađena prava mera razgraničavanja između ovih postupaka koji predstavljaju različite metode pravne zaštite.

Pokretanje parničnog postupka pravda se time što je bilo izvesnih nepravilnosti koje su primećene tek kada se rešenje o nasleđivanju nije moglo napadati redovnim pravnim lekom ili se saznalo za činjenice za koje se u toku ostavinskog postupka nije znalo, a koje bi, da su u tom postupku bile poznate, uticale na to da se donese drugačije rešenje. Naslednik, odnosno zainteresovano lice koje je učestvovalo u ostavinskom postupku moći će u parnici da zahteva pravnu zaštitu ako postoje uslovi iz člana 426. ZPP (2011) koji se shodno primenjuje jer u obzir dolaze oni uslovi koji nisu predviđeni posebnom odredbom ZN (1995).

---

[30] Čl. 426. st. 2. t. 3. ZPP.

[31] Čl. 426. st. 2. t. 10. ZPP.

NASLEDNA TUŽBA

Parnični postupak se pokreće naslednom tužbom *(heriditatis petitio)* koju može podići svako lice koje ima pravni interes za ostvarenje naslednog prava (naslednik, legatar, korisnik naloga) a bez obzira da li je bio stranka u ostavinskom postupku. I ovom odlukom parničnog suda proširuju se objektivne granice rešenja o nasleđivanju i to u slučaju da je tužbeni zahtev tužioca usvojen, tj. ako se utvrdi u parničnom postupku da je momentom smrti ostavioca nastalo drugo stanje od onog koje je konstatovano u rešenju ostavinskog suda.

Pravna priroda nasledničke tužbe

Tužba kojom se pokreće parnični postupak po nalogu suda nije "prava" naslednička tužba (*hereditatis petitio*). Tužbeni zahtev nije upravljen na činidbu, tj. realizaciju zaostavštine već za utvrđenje jačeg naslednog prava. Cilj ove tužbe jeste da reši sporno prethodno pitanje. To je uvek tužba za utvrđenje. Tužilac koji podiže tužbu za utvrđenje mora dokazati da ima pravni interes za podizanje ove tužbe, međutim, stranka koja je od ostavinskog suda upućena ne mora dokazivati ovaj interes u tužbi, jer se on pretpostavlja jer se on opravdava zakonskim ovlašćenjem za isticanje takvog zahteva.[32]

Tužbom za utvrđenje se uvek postiže pružanje pravne zaštite koja se ograničava na deklaraciju postojanja, odnosno nepostojanja određenog sadržaja konkretnog prava ili pravnog odnosa, kao istinitost ili neistinitost neke isprave. Zadatak parničnog postupka biće utvrđivanje sadržaja pravnih ovlašćenja koja izviru iz spornih činjenica, te se pokrenuta parnica neće voditi radi utvrđenja spornih činjenica već radi utvrđenja sadržaja pravnih ovlašćenja koja izviru iz tih spornih činjemca.[33] Presuda parničnog suda predstavlja osnovu ostavinskom sudu da prethodno pitanje smatra rešenim. Zbog toga se parnični postupak u ovom slučaju smatra pomoćnim načinom prilikom raspravljanja zaostavštine. Međutim, kada je postalo pravnosnažno rešenje o nasleđivanju naslednici će moći da podignu pravu nasledničku tužbu koja nema samo za cilj da utvrdi jače nasledno pravo već ovom prilikom tužilac traži osudu na činidbu, tj. predaju zaostavštine.Ova tužba uvek sadrži dva kumulativno postavljena zahteva, zahtev za utvrđenje određenog prava na nasledstvo i zahtev za predaju odgovarajućeg dela zaostavštine.[34]

---

[32] M. Kreč i Đ. Pavić, *Ibidem*", str. 715: "To se vidi iz primjera što neko treće lice ili naslednik koji nije upućen na parnicu od ostavinskog suda, mora u ovoj tužbi svoj pravni interes učiniti verovatnim".

[33] S. Triva, *Ibidem*, str. 317.

[34] Revizija Vrhovnog kasacionog suda br. 2461/2015 od 12. 05. 2016. godine.

MILENA TRGOVČEVIĆ PROKIĆ, LL.D:,
Judge, The second basic court

LITIGATION AS A CORRECTIVE WAY IN DISCUSSING LEGACY

Summary

In the inheritance procedure, in order for the decision to be considered legally biding, the legal validity is not suficient, but it is also necessary that the course of litigation is not provided for by a special legal regulation. The stability of a non-contentious decision is undermined by the possibility of bringing a lawsuit, as well as the ability of the court of second instance to adjudicate appeals that have been filed in a timely manner, if this does not violate the rights of other persons based on the decision. A legally binding inheritance decision binds the parties only with respect to the decision on the inheritance right and the legacy. The Law on Non-contentious Procedure envisaged the possibility of correcting the situation stated in the decision of the court of inheritance, and the civil procedure appears as a corrective of the final decision on the debate on the legacy, ie on the legacy. The contentious court can be given the opportunity to amend and correct rulings when new facts emerge that the estate court did not know, or if a new person claims the inheritance, or if a will or an inheritance are found, or if there are conditions for repetition of the procedure. Heirs can always exercise their rights in civil proceedings, in which case litigation appears as a corrective way of discussing succession rights. By providing for litigation as a method of legal protection, the legislature made it possible to control the legality of a legally binding legacy decision

Key words: decision of the non-contentious court, material legal validity, formal legal validity, litigation

GORDANA JOVANOVIĆ

OBAVEZA POSTUPANJA JAVNIH BELEŽNIKA I RAZLOZI ZA USKRAĆIVANJE PREDUZIMANJA JAVNOBELEŽNIČKE RADNJE

Jedan od osnovnih razloga za uvođenje instituta javnog beležništva i profesije javnih beležnika u pravni sistem Republike Srbije bio je, između ostalog, olakšavanje i ubrzavanje postupka sačinjavanja, potvrđivanja i overe isprava koji su do momenta početka rada javnih beležnika bili u nadležnosti sudova i organa uprave. Ideja je da se na taj način, s jedne strane, građanima omogući da poslove koji su u nadležnosti javnih beležnika, obave brže i kvalitetnije, a da se, s druge strane, državni organi, pre svega pravosuđe, rasterete ovih poslova i svoje resurse usmere na sprovođenje drugih postupaka iz svoje nadležnosti. Da bi se ova zamisao sprovela u delo, neophodno je, između ostalog, da javni beležnici postupaju u skladu sa zakonom propisanom obavezom da su dužni da preduzimaju radnje iz okvira svojih ovlašćenja, odnosno da ne smeju da uskrate preduzimanje radnji za koje su ovlašćeni, osim kada je zakonom drukčije propisano. S druge strane, zakonodavac je specifičnom elastičnom normom obuhvatio relativno široku lepezu slučajeva u kojima je javni beležnik dužan da odbije obavljanje radnje, uz precizno definisanu proceduru postupanja u ovakvim slučajevima. Smisao ovakvog propisivanja jeste da omogući javnom beležniku da u svim slučajevima kada smatra da za to postoji zakonom propisan razlog, odbije da preduzme radnju i tako zaštiti kako stranke u konkretnom poslu, od posledica eventualnog poništenja sačinjene isprave odnosno vođenja spora ili drugih sličnih posledica preduzimanja nezakonite radnje, a da istovremeno predupredi sopstveno pozivanje na krivičnu, materijalnu, disciplinsku

---

Gordana Jovanović, javni beležnik Trećeg osnovnog suda u Beogradu; doktorand Pravnog fakuleta Univerziteta u Beogradu, smer "Građansko pravna oblast modul dva".

i drugu odgovornost, u slučaju da se utvrdi da je postupao suprotno zakonu. S druge strane, kako bi se sprečilo samovoljno postupanje javnih beležnika, zakonodavac je propisao pravo podnošenja prigovora protiv rešenja javnog beležnika o odbijanju službene radnje, kao i pravo podnošenja žalbe protiv odluke prvostepenog suda, tako da svakako konačnu reč u ovim slučajevima daje sud.

Međutim, dosadašnje iskustvo je pokazalo različitu praksu postupanja kako samih javnih beležnika, tako i sudova, u relativno sličnim situacijama, što dovodi do izvesnog stepena pravne nesigurnosti. U ovom radu se ukazuje na najčešće probleme koji se pojavljuju u vezi sa primenom načela zakonitosti u postupanju javnih beležnika, te moguće načine njihovog prevazilaženja, uz napomenu da sama tema sigurno prevazilazi granice ovog rada i zahteva širu i obuhvatniju analizu i tumačenje. Napominjem i da je fokus rada usmeren prvenstveno na postupanje u skladu sa načelom zakonitosti u vezi sa sačinjavanjem, odnosno potvrđivanjem javnobeležničkih isprava, iako su javni beležnici obavezni da primenjuju ovo načelo i povodom preduzimanja drugih službenih radnji, gde važe donekle izmenjena pravila, koja moraju biti predmet posebnog proučavanja.

Ključne reči: *javni beležnik, obaveza postupanja, razlozi za odbijanje, postupak*

OBAVEZA JAVNOG BELEŽNIKA NA PREDUZIMANJE SLUŽBENIH RADNJI

Dužnost javnog beležnika da obavi službenu radnju za koju je ovlašćen, proizilazi, pre svega, iz činjenice da država ovlašćuje javnog beležnika sistemski, kao službu, i svakog beležnika ponaosob, da obavlja poslove čija sadržina predstavlja vršenje javnih ovlašćenja.[1]

U sferi tzv. preventivne pravne zaštite, javni beležnici vrše ovlašćenja koja originarno spadaju u nadležnost državnih organa,[2] te, kao što su državni organi, pre svega sudovi, dužni da vrše poslove iz svoje nadležnosti, to su i javni beležnici obavezni da vrše poslove za koje su ovlašćeni. Ova obaveza odgovara dužnosti države da građanima omogući sudsku zaštitu[3], pa je kao takva zagarantovana i Ustavom Republike Srbije i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.[4]

[1] Dragor Hiber, "Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava" u: *Javnobeležničko pravo*, ur. D. Hiber, Beograd, 2006, 18.

[2] Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014, 40.

[3] D. Đurđević, 2014, 39.

[4] Čl. 6 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Kako bi se ova obaveza javnih beležnika sprovela u delo, zakonskim i podzakonskim propisima[5] je propisana čitava paleta normi koja reguliše organizaciju javnog beležništva, počev od broja javnobeležničkih mesta, odredaba koje se odnose na službeno sedište i službeno područje javnih beležnika, javnobeležničku kancelariju, radno vreme, uslove za obavljanje delatnosti, pa do odredaba kojima se reguliše položaj subjekata koji vrše javnobeležničku delatnost.[6] Smisao tih normi jeste da obezbedi da građani imaju slobodan pristup notaru [7], odnosno da nesmetano, brzo i kvalitetno, u zakonom propisanom postupku, kod javnog beležnika, kao svojevrsnog javnog saradnika od znanja i poverenja, [8] obave željeni posao.

Konkretno, obaveza javnih beležnika da obave traženu službenu radnju, propisana je članom 9 stav 2 Zakona o javnom beležništvu, gde se navodi da javni beležnik odbija, odnosno može da odbije obavljanje poslova u okviru delatnosti određenih ovim zakonom samo iz razloga koji su određeni ovim zakonom.

Dalja konkretizacija obaveze je izvršena kroz član 53 Zakona o javnom beležništvu koji predviđa da javni beležnik ne sme da uskrati preduzimanje radnji za koje je ovlašćen, osim kada je ovim zakonom drukčije propisano, te se u nastavku istog člana taksativno navode slučajevi kada je javni beležnik dužan da odbije obavljanje službene radnje, a to su: ako je ona nespojiva sa njegovom službenom delatnošću, naročito ako se njegovo učešće zahteva radi postizanja očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja, ako utvrdi da je radnja prema zakonu nedopuštena, za koju sumnja da je stranka preduzima prividno ili da bi izbegla zakonske obaveze ili protivpravno oštetila treće lice, ako utvrdi da stranka nema poslovnu sposobnost ili iz drugog razloga ne može punovažno zaključivati pravne poslove, te ako raspolaže činjenicama da stranka nema ozbiljnu i slobodnu volju da zaključi određeni posao.

U nastavku rada se ukratko analizira svaki od navedenih razloga.

---

[5] Pre svega, Zakonom o javnom beležništvu Republike Srbije - ZJB, (*Sl. glasnik RS,* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015).

[6] ZJB čl. 14-51.

[7] Cristoph Reithmann, *Bundesnotarordning - Kommentar,* Munchen 2011, 175, navedeno u: D. Đurđević, 40.

[8] Zoran Tomić, "Opšta javnopravna obeležja notarijata (javnog beležništva)" u: *Javnobeležničko pravo*, D. Hiber, 189.

NESPOJIVOST TRAŽENE RADNJE SA SLUŽBENOM DELATNOŠĆU JAVNIH BELEŽNIKA

Imajući u vidu da je postupanje javnih beležnika detaljno propisano zakonom[9] i podzakonskim aktima[10], svako postupanje koje bi se tražilo od javnog beležnika, a koje bi bilo suprotno odredbama kojima je uređena službena delatnost javnih beležnika, bilo bi nedopušteno, i javni beležnik bi bio u obavezi da takvu radnju odbije. Pri tom, za neke od tih slučajeva zakonodavac je decidno propisao obavezu javnog beležnika o odbijanju tražene radnje, kao što je nemogućnost utvrđivanja identiteta učesnika na način predviđen zakonom[11], zahtev da se sačini isprava o pravnom poslu koji nije dozvoljen[12], protivljenje učesnika da javni beležnik u ispravu unese upozorenje da isprava sadrži nejasne, nerazumljive ili dvosmislene odredbe[13], dok u drugim slučajevima obaveza javnih beležnika da odbiju traženu radnju nije strogo propisana, ali proizilazi iz odredbi zakona.

Tako, na primer, javni beležnik je dužan da odbije preduzimanje radnje, ako postoji neki od zakonom propisanih razloga za njegovo izuzeće, odnosno okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost[14], zatim ako se zahteva preduzimanje službene radnje od javnog beležnika koji u konkretnom slučaju nije

---

[9] Pored Zakona o javnom beležništvu, javni beležnik je dužan da se pridržava i odredbi drugih zakona, pre svega odredbi čl. 164–185 Zakona o vanparničnom postupku (*Sl. glasnik SRS,* br. 25/82 i 48/88 i *Sl. glasnik RS,* br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon) i Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa (*Sl. glasnik RS,* br. 93/2014, 22/2015 i 87/2018).

[10] Od značaja su naročito odredbe propisane Javnobeležničkim poslovnikom (*Sl. glasnik RS,* br. 62/2016, 66/2017, 48/2018 i 54/2018), Pravilnikom o javnobeležničkoj kancelariji i radnom vremenu javnog beležnika (*Sl. glasnik RS,* broj 31/2012, 87/2014 i 15/2017) i Javnobeležničkom tarifom (*Sl. glasnik RS,* br. 91/2014, 103/2014, 138/2014, 12/2016, 17/2017, 67/2017, 98/2017, 14/2019 i 49/2019).

[11] Čl. 167–169 ZVP-a propisan je način utvrđivanja identiteta učesnika u postupku pred javnim beležnikom, a čl. 170 ZVP-a propisano da će javni beležnik odbiti da sačini ispravu ako učesnik ne može da dokaže svoj identitet ili i pored podnetih dokaza javni beležnik nije stekao uverenje da je učesnik lice za koje se izdaje.

[12] Čl. 172 st. 2 ZVP-a propisuje da će javni beležnik odbiti da sastavi ispravu ako pravni posao nije dozvoljen, odnosno ako je u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.

[13] Javni beležnik će prethodno upozoriti učesnika na takve odredbe, ali ako on i pored upozorenja ostane pri svojoj izjavi, javni beležnik će ispravu sačiniti uz upozorenje.

[14] ZJB, čl. 54.

mesno nadležan za postupanje [15] ili se traži postupanje suprotno principu teritorijalnosti.[16]

Poseban razlog za odbijanje tražene radnje postoji u slučaju kada bi javni beležnik, postupanjem u konkretnom slučaju povredio svoju obavezu čuvanja javnobeležničke tajne.[17] U javnobeležničkoj praksi to je čest razlog za odbijanje službene radnje. Naime, obaveza javnog beležnika i lica zaposlenih kod javnog beležnika da kao tajnu čuvaju podatke koje su saznali u obavljanju delatnosti proizilaze, kako iz zakonom decidno propisane obaveze čuvanja javnobeležničke tajne, tako i iz zakonskih odredbi kojima je precizno propisano kome, kada i iz kojih razloga javni beležnik može izdati izvornik, otpravak i prepis javnobeležničke isprave.[18]

Međutim, relativno je čest slučaj da je za sadržinu neke javnobeležničke isprave zainteresovano neko treće lice koje ne spada u krug zakonom propisanih lica koja mogu doći u posed javnobeležničkog akta.[19] U takvim slučajevima javni beležnik je dužan da odbije izdavanje isprave.[20] Interesantno je da je zakonodavac propisao posebnu proceduru u slučaju odbijanja javnog beležnika da izda izvornik, otpravak ili prepis isprave koja se razlikuje od procedure koja se uobičajeno

[15] Tako, prema čl. 165 st. 2 ZVP-a, ispravu o pravnom poslu kojim uz naknadu ili bez naknade vrši prenos prava svojine na nepokretnosti sa jednog na drugo lice može sastaviti samo onaj javni beležnik na čijem se službenom području ta nepokretnost nalazi.

[16] U tom smislu i D. Đurđević, 2014, 43, koji takođe ističe da se sve službene dužnosti javnog beležnika mogu grupisati u četiri opšte dužnosti: postupanje u skladu sa propisima, postupanje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, nepristrasnost i postupanje u skladu sa javnim poverenjem koje se ukazuje notarskoj službi, pa bi svaki zahtev suprotan navedenim prinicipima morao biti odbijen od strane javnog beležnika.

[17] Propisana čl. 57 ZJB.

[18] Čl. 108 i 109 ZJB je striktno propisan krug lica kojima se mogu izdavati javnobeležničke isprave.

[19] Na primer, tužilac iz spora za poništaj ugovora potvrđenog kod javnog beležnika koji nije ugovorna strana, niti je punomoćnik, zastupnik ili naslednik ugovorne strane.

[20] Tako je rešenjem autora ovog članka odbijen zahtev N.K. za izdavanje overenog prepisa ugovora o kupoprodaji, zbog nepostojanja na pravu zasnovanog razloga za izdavanje prepisa podnosiocu zahteva koja ni na koji način nije učestvovala u preduzimanju posla o kom je sačinjena isprava. Postupajući po prigovoru N.K. protiv rešenja javnog beležnika, Treći osnovni sud u Beogradu je potvrdio rešenje javnog beležnika i odbio prigovor kao neosnovan, obrazlažući svoju odluku činjenicom da podnosilac uz prigovor nije pružio dokaz da je učesnik u pravnom poslu o kom je sačinjena isprava, te kao takav ne spada u zakonom propisan krug lica kojima se može izdati prepis ugovora.

primenjuje u slučaju odbijanja javnog beležnika da preduzme službenu radnju[21], mada se čini da nema smetnji da se generalna procedura primeni i na ove slučajeve, budući da se izdavanje javnobeležničkih isprava takođe može smatrati službenom radnjom.

JAVNI BELEŽNIK I NEVAŽEĆI PRAVNI POSLOVI

Iako je zakonodavac precizno naveo da će javni beležnik odbiti obavljanje službene radnje, ako utvrdi da je radnja prema zakonu nedopuštena, za koju sumnja da je stranka preduzima prividno ili da bi izbegla zakonske obaveze ili da bi protivpravno oštetila treće lice, može se reći da ovaj razlog za odbijanje obuhvata sve slučajeve u kojima se od javnog beležnika zahteva da sačini ili overi ispravu koja se odnosi na nevažeće pravne poslove.[22] Ova obaveza javnog beležnika podrazumeva, s jedne strane, visok stepen stručnosti i poznavanja materijalno-pravnih propisa, a, s druge strane, njihovu pravilnu analizu i tumačenje. To je takođe u skladu i sa osnovnim načelima postupanja javnih beležnika, pre svega u skladu sa načelom javnog poverenja i načelom materijalne istine.[23]

Imajući u vidu granice ovog rada, teško bi bilo pojedinačno nabrojati sve slučajeve u kojima je javni beležnik dužan i ovlašćen da odbije preduzimanje službene radnje koja za predmet ima nevažeći pravni posao, tako da se možemo poslužiti zakonskom formulacijom[24], odnosno precizirati da su u pitanju isprave o pravnim poslovima koji su protivni prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima, odnosno nezakonitim pravnim poslovima i poslovima koji su suprotni ustavnim principima, specifičnim načelima građanskog prava i vanpravnim vrednostima uključenim u pravo.[25]

---

[21] Tako, stranka je ovlašćena da od predsednika nadležnog suda zahteva da javnom beležniku naloži izdavanje isprave, a protiv rešenja kojim mu je naloženo izdavanje isprave javni beležnik ima pravo prigovora sudu na čijem području ima službeno sedište.

[22] Više o nevažećim-nepunovažnim pravnim poslovima u: Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo-Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017, 469–481.

[23] U Aleksandar Jakšić, Notarijat kao javna služba (*Javnobeležničko pravo*, ur.: D. Hiber) kao osnovna načela notarijalnog postupka navode se načelo slobodnog pristupa notaru, načelo dispozicije, raspravno načelo, numerus clausus notarijalnog postupka, načelo formalizma, načelo ravnopravnosti stranaka, načelo podučavanja stranaka i načelo nepristrasnosti. Slično i Milena Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd, 2009, 128–132.

[24] Zakon o obligacionim odnosima *(Sl.list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, Sl.list SRJ 31/93 i Sl.list SCG 1/2003-Ustavna povelja)*-ZOO, čl.103.

[25] Helmut Heinrichs, *Palandt - Burgerliches Gesetzbuch,* Munchen, 1994, 118, Othmar Jauernig, *Burgeliches Gesetzbuch-Kommentar,* Munchen, 2003, 86, prema D. Đurđević, 2014, 44.

Ilustracije radi, možemo navesti nekoliko primera iz dosadašnje javnobeležničke i sudske prakse u kojima je doneta odluka o odbijanju preduzimanja službene radnje iz navedenih razloga:

Tako je, na primer, rešenjem Osnovnog suda u Aranđelovcu[26] odbijen prigovor i potvrđeno rešenje javnog beležnika kojim je odbijen zahtev za solemnizaciju ugovora o kupoprodaji nepokretnosti, iz razloga sumnje da je stranka preduzima prividno. Naime, iz obrazloženja rešenja je vidljivo da je podnosilac prigovora u dva navrata kod istog javnog beležnika pristupao radi overe ugovora kojim bi strano lice steklo svojinu na zemljištu[27], da bi zatim nastupio u svojstvu kupca u svoje ime, iz čega nedvosmisleno proizlazi postojanje sumnje da se kupac-podnosilac prigovora pojavljuje prividno u ugovoru kao ugovarač, te imajući u vidu da je javni beležnik dužan da odbije obavljanje službene radnje za koju sumnja da je stranka preduzima prividno, sud ocenjuje da je u konkretnom slučaju javni beležnik postupio pravilno i u skladu sa zakonom.

Rešenjem Višeg suda u Požarevcu[28] potvrđeno je rešenje prvostepenog suda kojim je odbijen prigovor i potvrđeno rešenje javnog beležnika kojim se odbija potvrđivanje ugovora o kupoprodaji nepokretne imovine, jer javnom beležniku nisu dostavljene sve isprave kojima se dokazuje da je prodavac S. M. vanknjižni vlasnik nepokretnosti koje su predmet kupoprodaje. Kako se ističe u obrazloženju rešenja, pod prometom nepokretnosti se u smislu Zakona o prometu nepokretnosti podrazumeva prenos prava svojine na nepokretnosti pravnim poslom uz naknadu ili bez naknade, a ugovor o kupoprodaji koji su ugovarači dostavili javnom beležniku radi potvrđivanja ne dovodi do prenosa prava svojine na nepokretnosti, s obzirom na to da prodavac nije uknjižen ni kao suvlasnik parcele, niti kao vlasnik objekta, a javnom beležniku nije dostavio isprave na osnovu kojih se potvrđuje njegovo vanknjižno vlasništvo.

Rešenjem Višeg suda u Beogradu[29] odbijena je kao neosnovana žalba predlagača i potvrđeno rešenje Trećeg osnovnog suda u Beogradu kojim je odbijen prigovor protiv rešenja javnog beležnika za odbijanje potvrđivanja ugovora o poklonu nepokretnosti, sa obrazloženjem da je u katastru nepokretnosti poklono-

---

[26] R 3 br. 32/16 od 04.03.2016. izvor "*Paragraf leks*".

[27] Uslovi za sticanje svojine na nepokretnostima od strane stranih lica regulisano je čl. 82a Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima-ZOSPO.

[28] Broj 2 Gž jb 1/17 - Bilten Višeg suda u Požarevcu, broj 6/2018, *Intermeks*, Beograd.

[29] Broj Gžjb 13/18 od 27.09.2019. kojom je odlučivano o žalbi predlagača protiv rešenja Trećeg osnovnog suda u Beogradu kojim je odbijen prigovor i potvrđeno rešenje javnog beležnika-nalazi se u predmetu javnog beležnika Gordane Jovanović OPU:1106-2018.

davka upisana kao držalac, a ne kao vlasnik idealnih delova nepokretnosti koje su predmet poklona, te da se nisu stekli uslovi da se ugovorom o poklonu prenese pravo, jer se može samo preneti pravo svojine, a ne pravo državine stana.

Nakon analize javnobeležničke i sudske prakse, nesumnjivo je da je najveći broj rešenja o odbijanju javnih beležnika i najveći broj prvostepenih i drugostepenih sudskih odluka povodom izjavljenih prigovora na rešenja javnih beležnika donet u vezi sa potvrđivanjem isprava koji za svoj predmet imaju nepokretnosti koje su izgrađene bez odobrenja za izgradnju, odnosno objekata koji se nalaze u postupku ozakonjenja. Nažalost, priroda ovog članka ne dozvoljava širu elaboraciju ove teme, koja bi podrazumevala tumačenje i paralelnu analizu ranijih i važećih odredaba Zakona o ozakonjenju, Zakona o planiranju i izgradnji, i sa njima u vezi, Zakona o prometu nepokretnosti, što mora biti i sigurno će u budućnosti biti predmet razmatranja od strane i zakonodavnih i pravosudnih institucija. Na ovom mestu je dovoljno ukazati samo da je do izmena pomenutih zakona[30] sud, skoro po pravilu, usvajao prigovore i obavezivao javne beležnike da potvrđuju ugovore koji za svoj predmet imaju objekte koji se nalaze u postupku ozakonjenja, pozivajući se na član 4a Zakona o prometu nepokretnosti[31], što je u praksi podrazumevalo da će javni beležnik overiti ugovore o prometu koji za svoj predmet imaju objekte za koje nije izdata upotrebna dozvola ili u pogledu kojih je u toku postupak legalizacije, uz upozorenje strankama na moguće rizike i posledice zaključenja takvih ugovora.[32]

Međutim, navedene izmene zakona donele su brojne promene, od kojih su najvažnije dve: Članom 28. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o ozakonjenju objekata propisana je obaveza nadležnih organa za ozakonjenje da za sve

[30] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o ozakonjenju objekata i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji objavljeni su u *Službenom glasniku RS,* broj *83/2018*.

[31] Primera radi, u rešenju Trećeg osnovnog suda u Beogradu, posl. br. RJB 26/15 od 13.11.2015. (*izvor Intermeks*) kojim je usvojen prigovor protiv rešenja javnog beležnika, navodi se, između ostalog, da se javni beležnik bavio utvrđivanjem činjenica koje nisu relevantne za ocenu zakonitosti prometa nepokretnosti, s obzirom na to da je bio dužan samo da upozori stranke i da u ispravu unese upozorenje, shodno čl. 4a Zakona o prometu nepokretnosti.

[32] Radi se, pre svega, o upozorenju da u trenutku zaključenja ugovora nisu ispunjeni uslovi za upis prava svojine na nepokretnostima u korist kupca, odnosno da će se uslovi za upis prava svojine steći po pribavljanju rešenja o ozakonjenju i sprovođenja istog u katastru nepokretnosti, da okolnost da prodavac poseduje uverenje da je podnet zahtev za ozakonjenje predstavlja samo dokaz da je pokrenut postupak ozakonjenja, a ne i da je objekat podoban i da ispunjava propisane uslove za ozakonjenje, te da se u slučaju pravnosnažno okončanog postupka kojim se odbacuje ili odbija zahtev za ozakonjenje stiču uslovi iz čl. 38. Zakona o ozakonjenju, tj. za rušenje objekta, te kupovinom nepokretnosti u navedenom statusu kupac preuzima na sebe i rizik rušenja.

objekte koji su u postupku ozakonjenja, po službenoj dužnosti, dostave organu nadležnom za poslove državnog premera i katastra potvrdu da je objekat u postupku ozakonjenja, u cilju upisa zabrane otuđenja za te objekte u vidu zabeležbe, dok je članom 106. Zakona o planiranju i izgradnji (samostalnim članovima Zakona o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji)[33] propisana zabrana raspolaganja svim objektima ili delovima objekta izgrađenih posle stupanja na snagu zakona kojim se uređuje ozakonjenje objekata, bez izdate građevinske dozvole ili rešenja o odobrenju za izvođenje radova.

S obzirom na navedene izmene, javni beležnici su redom počeli da odbijaju potvrđivanje ugovora čiji su predmet objekti izgrađeni bez odobrenja za gradnju, pozivajući se da bi promet nepokretnosti u periodu dok još uvek nije upisana zabeležba zabrane otuđenja tih nepokretnosti, bilo nespojivo sa službenom dužnošću javnog beležnika i obavezi da postupa u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i štiti interese obe ugovorne strane, jer bi potvrđivanje ugovora koji za svoj predmet imaju nepokretnost čija je pravna sudbina neizvesna dovelo do pravne nesigurnosti, sa neizvesnim ishodom prioritetne namere ugovornih strana, a to je da kupac postane formalni i materijalni vlasnik nepokretnosti.

Međutim, dok je postupanje javnih beležnika u navedenim slučajevima, manje ili više jedinstveno, raznolikost postupanja sudova u relativno sličnim situacijama je očigledna. Primera radi, isti sud je, povodom prigovora na rešenje javnog beležnika kojim se odbija potvrđivanje ugovora o prometu iste nepokretnosti istog prodavca sa dva različita kupca, u razmaku od četiri meseca, doneo dve dijametralno suprotne odluke, odnosno na bazi istog činjeničnog stanja prvim rešenjem usvojio prigovor i naložio javnom beležniku da solemnizuje ugovor, a posle navedenog vremenskog perioda, pošto se u međuvremenu promenio kupac, odbio prigovor i potvrdio rešenje javnog beležnika kojim se odbija zahtev za potvrđivanje ugovora.[34] Bez namere da se zadire u, najvišim pravnim aktima, zagarantovanu nezavisnost sudske vlasti [35] i donošenje sudskih odluka po principu slobodnog sudijskog uverenja, može se oceniti da se takvim postupanjem ne ostvaruje na najbolji način pravna sigurnost građana. Istine radi, od navedene iz-

[33] *Sl. glasnik RS,* broj 24/2011.

[34] Prvo rešenje je doneo Treći osnovni sud u Beogradu u predmetu 1. RJB 1/2019 dana 27.02.2019, a drugo rešenje Treći osnovni sud u Beogradu u predmetu 3.RJB 9/2019 dana 07.06.2019.

[35] Članom 142 stav 2 Ustava RS je propisano da su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora, dok je članom 149 Ustava RS propisano da je sudija u vršenju sudijske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu.

mene zakonskih odredbi je proteklo tek nešto više od godinu dana, što je relativno kratak vremenski period za zauzimanje nekih pouzdanijih stavova najviših sudskih instanci u navedenim slučajevima, tako da u narednom periodu sigurno možemo očekivati jedinstvenije i ujednačenije postupanje sudova.

ODBIJANJE SLUŽBENE RADNJE JAVNOG BELEŽNIKA ZBOG NEDOSTATKA NA STRANI STRANAKA – UČESNIKA PRAVNOG POSLA

Treći i četvrti, zakonom propisani, razlozi za uskraćivanje preduzimanja radnji se jedinstveno mogu definisati kao uskraćivanje javnobeležničke radnje zbog postojanja nekog nedostatka na strani lica koje zahteva od javnog beležnika preduzimanje službene radnje.

Takav nedostatak se pre svega može ogledati u nedostatku poslovne sposobnosti na strani učesnika pravnog posla.[36] Javni beležnik je dužan da na nesumnjiv način utvrdi da li lice koje želi da preduzme određeni pravni posao ispunjava zakonom propisane uslove koji se tiču poslovne sposobnosti, te da pouči poslovno nesposobna lica da u njihovo ime posao može preduzeti samo roditelj[37], odnosno staratelj.[38]

Pri tom, treba ukazati da je zakonodavac obezbedio višestruku zaštitu poslovno nesposobnih lica, kada su u pitanju ugovori koji se odnose na raspolaganje nepokretnostima.[39] Naime, s jedne strane, Porodični zakon propisuje da raspolaganje nepokretnom i pokretnom imovinom velike vrednosti deteta roditelji mogu preduzimati samo uz prethodnu ili naknadnu saglasnost organa staratelj-

[36] Članom 11 Porodičnog zakona RS (*Sl. glasnik RS, br. 18/2005, 72/2011-dr.zakon i 6/2015*) propisano je da se potpuna poslovna sposobnost stiče punoletstvom i sklapanjem braka pre punoletstva uz dozvolu suda, dok je članom 64. Porodičnog zakona propisano da mlađi maloletnici (deca pre navršene 14. godine života) mogu preduzimati pravne poslove kojima pribavljaju isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiču ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja, dok stariji maloletnici mogu, pored navedenih, preduzimati i druge pravne poslove, uz saglasnost zakonskih zastupnika. Članom 146 PZ punoletna lica potpuno lišena poslovne sposobnosti se izjednačavaju sa mlađim maloletnicima, a čl. 147 PZ punoletna lica delimično lišena poslovne sposobnosti se izjednačavaju sa starijim maloletnicima, tako da *argumentum a similitudinis* za poslovnu sposobnost ovih lica se primenjuju ista pravila.

[37] Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2015, 281 – Zakonsko zastupanje deteta od strane njegovih roditelja prestaje kada dete postane punoletno, osim ako je sudskom odlukom produženo roditeljsko pravo.

[38] PZ, čl. 137 st. 2.

[39] Koji su nesumnjivo najčešća vrsta ugovora koje sačinjava, odnosno potvrđuje javni beležnik, *prim. aut.*

stva[40], odnosno da staratelj može samo uz prethodnu saglasnost organa starateljstva obavljati poslove koji prelaze okvir redovnog upravljanja imovinom štićenika[41], a, s druge strane, Zakon o javnom beležništvu [42] propisuje da se ugovori o raspolaganju nepokretnostima poslovno nesposobnih lica zaključuju u obliku javnobeležničkog zapisa, kao najstrožoj javnobeležničkoj formi kojom se pruža najobuhvatnija preventivna zaštita učesnika u građanskopravnom prometu.[43] To praktično znači da je javni beležnik obavezan da, ukoliko se radi o pravnom poslu koji za predmet ima otuđenje (prodajom, razmenom, poklonom, poravnanje, priznanjem tužbenog zahteva na štetu poslovno nesposobnog lica, odricanjem od tužbenog zahteva, davanjem negativne nasledne izjave itd.) ili opterećenjem (zalaganjem, hipotekom i sl.) nepokretne imovine odnosno pokretne imovine velike vrednosti poslovno nesposobnog lica, dužan da uputi njegove roditelje, odnosno staratelje da pribave saglasnost nadležnog Centra za socijalni rad[44], a, nakon toga, sačini javnobeležnički zapis tog pravnog posla, striktno se pridržavajući pravila sadržine i forme propisanih Zakonom.[45]

Pri tom, treba posebno obratiti pažnju na razliku koja postoji kada se kao stranka kod javnog beležnika pojavljuje lice za koje nema sumnje da je u pitanju poslovno nesposobno lice, što se, po pravilu, utvrđuje uvidom u javne evidencije, odnosno odluke nadležnih organa,[46] od situacija kada javni beležnik, na osnovu ponašanja stranke, razgovora sa strankom, okolnosti da se radi o licu u poznim godinama, ili iz drugih razloga, posumnja da, iako se radi o licu koje je formalno sposobno za preduzimanje pravnog posla, zapravo ne zadovoljava uslov koji se tiče poslovne sposobnosti. Ovde naročito dolazi do izražaja profesionalno i životno iskustvo javnih beležnika, budući da ovi slučajevi propisima nisu posebno re-

[40] PZ, čl. 193 st. 2.

[41] PZ, čl. 139 s. 3.

[42] ZJB, čl. 82 st.1 tač. 1.

[43] D. Đurđević (2014), 111.

[44] Iako u odnosu na roditelje PZ propisuje da saglasnost organa starateljstva može biti prethodna ili naknadna, javni beležnik, u praksi, po pravilu zahteva da se obezbedi saglasnost pre nego što se pristupi sačinjavanju isprave. Pri tom, roditelji i uz saglasnost organa starateljstva mogu otuđiti ili opteretiti glavnicu imovine deteta samo radi njegovog izdržavanja ili kada to zahteva neki drugi važan interes deteta.

[45] ZJB, čl. 64–83.

[46] Više o sredstvima pomoću kojih se u našem pravu mogu utvrditi razlozi nesposobnosti za ugovaranje u Marko Đurđević, "Notarijat i ugovori", u: *Javnobeležničko pravo* , ur. D. Hiber, Beograd, 2006, 231–235.

gulisani, te su javni beležnici prinuđeni da u svakom konkretnom slučaju procenjuju i donose odluku da li će preduzeti ili uskratiti javnobeležničku radnju.[47]

Poseban, i u praksi komplikovaniji, razlog za uskraćivanje javnobeležničke radnje postoji u slučajevima kada se od javnog beležnika zahteva preduzimanje radnje od strane lica koje jeste poslovno sposobno, ali za koje beležnik osnovano zaključuje, odnosno, po slovu zakona – raspolaže činjenicama da stranka nema ozbiljnu i slobodnu volju da zaključi određeni posao. Iako nije striktno propisano, nema smetnje da se pod ovu zakonsku odredbu podvedu dve moguće situacije.

Prva grupa slučajeva obuhvata sve one situacije kada stranka želi da kod javnog beležnika preduzme neki pravni posao, ali zbog nepoznavanja ili nedovoljnog poznavanja prava ili konkretnih propisa, nije sigurna na koji način da to uradi, ili, opet zbog pravne neukosti, insistira da javni beležnik preduzme neku službenu radnju, iako javni beležnik, iz raznih razloga[48], nije u mogućnosti da takvu radnju preduzme. U ovim situacijama u potpunosti dolazi do izražaja načelo poučavanja stranaka, za koje se u literaturi s pravom ističe da predstavlja srž notarskog zakona.[49] Naime, javni beležnik je dužan da postavljanjem pitanja, traženjem objašnjenja, pribavljanjem dokumentacije od stranke i slično, utvrdi, s jedne strane, pravo činjenično stanje u konkretnom slučaju, zatim da utvrdi šta stranka tačno želi da postigne, odnosno koja je njena namera i cilj.[50] Tek nakon toga, javni beležnik će moći stranci tačno da predoči način na koji će svoj cilj ostvariti, vodeći računa o principu sigurnog puta[51], koji podrazumeva da je javni beležnik u obavezi da stranku uputi na ono rešenje, odnosno pravnu konstrukciju, kojom će se na najoptimalniji način i sa što manje rizika, ostvariti cilj kome stranka teži, odnosno koji želi da postigne.

Treba napomenuti da se često u praksi dešava da, na osnovu razgovora sa strankom i upoznavanja sa konkretnim slučajem, javni beležnik zaključi da se cilj

[47] U praksi, javni beležnici u ovakvim slučajevima najčešće zahtevaju od stranke dostavljanje nalaza lekara odgovarajuće specijalnosti kojom dokazuju postojanje poslovne sposobnosti, mada, ako stranka ne priloži navedeni nalaz, to samo po sebi ne daje notaru pravo da uskrati preduzimanje službene radnje. U tom smislu i D. Đurđević (2014), 146.

[48] Na primer, kada se zahteva preduzimanje radnje za koje javni beležnik uopšte nije stvarno nadležan ili se zahteva potvrđivanje ugovora o prometu nepokretnosti od strane javnog beležnika na čijem službenom području se ne nalazi nepokretnost koja je predmet ugovora i sl.

[49] Klaus Lerch, *Beurkundungsgesetz - Kommentar,* Koln, 2011, 168, prema D. Đurđević, 79.

[50] Herbert Grziwots , Jörn Heinemann, *Beurkundungsgesetz - Kommentar*, Koln, 2012, 169.

[51] Karl Haug et alia, *Die Amtshaftung des Notar*, Munchen 2011, 38–39, navedeno u D. Đurđević, 82.

koji stranka želi postići, uopšte ne ostvaruje službenim radnjama za koje je nadležan javni beležnik ili se ostvaruje nekom drugom radnjom, odnosno sačinjavanjem neke druge javnobeležničke isprave, a ne one koju stranka zahteva od beležnika.[52] U većini slučajeva, stranka će postupiti u skladu sa uputstvima beležnika, ali ukoliko i nakon poučavanja insistira na preduzimanju radnje koju beležnik ne sme ili ne može da obavi, javni beležnik će odbiti preduzimanje radnje.

Druga grupa slučajeva na koju se nedvosmisleno odnosi navedena zakonska odredba podrazumeva sve one situacije u kojima javni beležnik, opet na osnovu upoznavanja sa činjenicama u konkretnom slučaju[53], razgovora sa strankom, informacija dobijenih od trećih lica i sl. utvrdi da volja stranke da preduzme neki posao pred javnim beležnikom nije ozbiljna[54] ili da stranka volju izjavljuje u zabludi ili usled prevare ili prinude.[55] U svim takvim slučajevima, javni beležnik će odbiti da preduzme traženu službenu radnju.[56] Nakon analize tih situacija, kao logičan i očigledan, nameće se zaključak da prvi-pripremni stadijum u sačinjavanju ili potvrđivanju javnobeležničke isprave[57] ima nemerljiv značaj kada su u pitanju javnobeležnički poslovi, budući da se već na početku otklanjaju sve eventualne smetnje i nedostaci koji bi u budućnosti mogli da daju povoda za različito tumačenje volje stranaka, a tako se i predupređuju eventualni sporovi i povećava pravna sigurnost kako samih stranaka u konkretnom pravnom poslu, tako i svih trećih lica.

---

[52] Na primer, stranke često ne znaju i ne prave razliku između ugovora o poklonu, ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života i ugovora o doživotnom izdržavanju i različitih dejstava svakog od ovih ugovora, što podrazumeva obavezu javnog beležnika da im na navedeno ukaže, te da, u zavisnosti od utvrđene namere stranke, predloži najoptimalnije rešenje.

[53] Stranka može na bilo koji način upoznati beležnika sa sadržinom pravnog posla koji želi da preduzme – pismeno, usmeno, a u praksi se to najčešće čini elektronskim putem.

[54] Na primer, ako je u pitanju javnobeležničko zaveštanje, smatraće se da volja zaveštaoca-animus testandi nije ozbiljna, ako se radi o tzv. mentalnoj rezervaciji, odnosno ako zaveštalac svesno daje izjavu volje za slučaj smrti koja je u suprotnosti sa njegovom stvarnom voljom, kao i kada ne postoji oformljena namera da nastupe određena naslednopravna dejstva, odnosno proces formiranja volje u cilju raspolaganja za slučaj smrti nije dovršen.

[55] O manama volje više u: Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007, 177–180.

[56] Istini za volju, u praksi u ovim slučajevima, javni beležnik po pravilu ne donosi rešenje o odbijanju, već se "sve završava" samo na osnovu razgovora sa strankom.

[57] Postupak sačinjavanja javnobeležničke isprave ima tri faze, pripremnu, fazu pismene redakcije pravnog posla i fazu priznavanja-rekognicije, više o tome u Dejan Đurđević, "Javnobeležnički akti" u: *Javnobeležničko pravo*, ur. D. Hiber, Beograd, 2006, 128–137.

PRAVILA POSTUPKA U SLUČAJU USKRAĆIVANJA JAVNOBELEŽNIČKE RADNJE

Na samom kraju, mada je o tome i ranije bilo reči, treba ukazati na zakonom propisan postupak u slučaju da javni beležnik uskrati preduzimanje službene radnje. Naime, u skladu sa Ustavom zajemčenim pravom na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo[58], zakonom je definisana procedura u slučaju da javni beležnik utvrdi da nisu ispunjeni uslovi za sačinjavanje, odnosno potvrđivanje ili overu isprave.[59]

Pre svega, javni beležnik je dužan da o odbijanju preduzimanja službene radnje donese rešenje i da ga dostavi podnosiocu zahteva. Podnosilac zahteva protiv tog rešenja ima pravo prigovora. Prigovor se podnosi sudu na čijem području javni beležnik protiv čijeg rešenja se izjavljuje prigovor ima službeno sedište.[60] Rok za podnošenje prigovora je osam dana od dana dostavljanja prepisa rešenja, a sud je dužan da o prigovoru odluči u roku od osam radnih dana od dana dostavljanja prigovora[61].

U slučaju da sud odbije prigovor, o tome donosi rešenje protiv koga stranka može izjaviti žalbu nadležnom sudu[62], u roku od 15 dana od dostavljanja prepisa rešenja, a sud je nadležan da o žalbi odluči u roku od 15 dana od dostavljanja žalbe.

Odredba čl. 53b stav 1 Zakona o javnom beležništvu koja propisuje da javni beležnik nema pravo žalbe protiv rešenja suda kojim se usvaja prigovor stranke i nalaže postupajućem javnom beležniku da preduzme traženu službenu radnju, u nekoliko navrata bila je predmet stručne rasprave, pa je pokrenut i postupak ocene ustavnosti takve odredbe. U inicijativi za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti dovedena je u vezu ova odredba sa odredbom člana 58 st.1 i st. 4 Zakona o

---

[58] Član 36 Ustava RS.

[59] ZJB, čl. 53a i 53b. Navedeni članovi zakona su uneti u Zakon o javnom beležništvu izmenama od 23. januara 2015. godine. Prethodno je članom 53 stav 6. ZJB bili propisano da o odbijanju javnog beležnika da sačini javnobeležničku ispravu, po žalbi stranke odlučuje Javnobeležnička komora, ako zakonom nije drukčije propisano.

[60] Odredbe o službenom sedištu i službenom području javnog beležnika propisane su čl. 16 i čl. 17 ZJB.

[61] Rok za podnošenje prigovora je prekluzivan, dok je rok za odlučivanje o prigovoru instruktivan. Interesantno je da zakonodavac propisuje da nepostupanje sudije u vezi sa odlučivanjem o prigovoru u zakonom propisanom roku se smatra nesavesnim radom sudije.

[62] U pitanju je nadležnost Višeg suda, shodnom primenom odredbi čl. 23 Zakona o uređenju sudova (*Sl. glasnik RS, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr.zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015-dr. zakon, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - odluka US, 87/2018 i 88/2018 - odluka US*).

javnom beležništvu kojom je propisano da je javni beležnik dužan da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao u obavljanju delatnosti, te da država ne odgovara za štetu koju prouzrokuje javni beležnik, pa je navedeno da je neustavno da javni beležnik odgovara za štetu u situacijama kada je šteta nastala na osnovu radnje beležnika koji je poštovao odluku suda na koju nije imao pravo žalbe. Inicijatori su naveli da je na taj način povređeno načelo jedinstva pravnog poretka[63], te predložena mogućnost usklađivanja tako što bi zakonom bilo propisano da javni beležnik ne odgovara za štetu nastalu na osnovu naloga iz sudskih odluka, već samo za onu pričinjenu svojim radom.

Ustavni sud je svojom odlukom[64] navedenu inicijativu odbacio, sa obrazloženjem da javna ovlašćenja koja su Zakonom o javnom beležništvu preneta javnom beležniku imaju karakter nadležnosti, da javni beležnik istupa kao nosilac javnog ovlašćenja prema stranci, te da nije u ravnopravnom položaju sa strankom, a da rešenje suda kojim se usvaja prigovor stranke i nalaže postupajućem javnom beležniku da preduzme traženu radnju, predstavlja instanciono rešenje po kome javni beležnik mora da postupa. Takođe je ocenjeno da inicijativom nisu dati ustavnopravno prihvatljivi razlozi osporavanja odredbi kojima je regulisana odgovornost javnih beležnika za štetu pričinjenu u vršenju delatnosti, u slučajevima kada je šteta pričinjena jer je javni beležnik postupao po rešenju suda, navodeći da zakonskim odredbama odgovornost za štetu nije regulisana celovito, jer se u postupku pred sudom opšte nadležnosti utvrđuju osnov, uslovi i obim odgovornosti, te da nije u nadležnosti Ustavnog suda da ocenjuje celishodnost uređenja određenog pitanja, niti hipotetičke situacije koje mogu nastati u primeni osporenih odredaba zakona.

Sve u svemu, propisanim postupkom je nesumnjivo omogućeno načelo dvostepenosti odlučivanja i ustavom proklamovano pravo na pravni lek, a, s druge strane, obezbeđena kontrola odluka javnih beležnika od strane suda[65], što je od značaja kako za same stranke, tako u krajnjoj liniji i za javnog beležnika, budući da se obezbeđuje proverljivost njegove odluke i njena usaglašenost sa zakonom, a u krajnjoj instanci, smanjuje rizik proizvoljnog odlučivanja i povećava nivo pravne sigurnosti građana.

---

[63] Propisano članom 4 stav 1. i čl. 194 st. 1 *Ustava RS.*

[64] Rešenje Ustavnog suda broj *I Uz-143/2016* od 24.04.2019. godine.

[65] Može se reći da nad radom javnih beležnika postoji trojaki nadzor: od strane ministarstva pravde (ministarski nadzor), od strane matične Komore (unutrašnji stručni nadzor) i nadzor od strane suda na čijem području javni beležnik ima službeno sedište. Više o tome Zoran Tomić: "Opšta javnopravna obeležja notarijata", u *Javnobeležničko pravo*, ur. D. Hiber, Beograd, 2006, 212–213.

ZAKLJUČAK

Obaveza javnih beležnika da, u poslovima za koje je propisana njihova nadležnost, preduzimaju službene radnje, posledica je činjenice da su javnim beležnicima poverena javna ovlašćenja, te su, kao i drugi nosioci javnih ovlašćenja, dužni da u tim stvarima postupaju, odnosno ne smeju odbiti preduzimanje tražene radnje.

Međutim, jedno od osnovnih načela javnog beležništva je načelo zakonitosti koje obezbeđuje da su javni beležnici ovlašćeni i obavezni da uskrate preduzimanje službene radnje u zakonom propisanim slučajevima. Ukratko rečeno, radi se o slučajevima kada se od javnog beležnika traži da preduzme radnju koja je nespojiva sa njegovom službenom delatnošću, zatim kada su u pitanju radnje koje su prema zakonu nedopuštene, odnosno kada se radi o nevažećim pravnim poslovima, kao i kada se radnja ne sme preduzeti zbog nekog nedostatka na strani samih učesnika u pravnom poslu povodom koga se od javnog beležnika zahteva preduzimanje službene radnje.

Utisak je da je zakonska norma kojom su obuhvaćeni uslovi pod kojima javni beležnik može odbiti da preduzme traženu službenu radnju, s jedne strane, definisana prilično široko, a dodatno je obezbeđena i mogućnost njenog ekstenzivnog tumačenja, pa se može sa velikom verovatnoćom zaključiti da javni beležnik ima pravnu i faktičku mogućnost da uskrati službenu radnju uvek kada oceni da postoji neki od zakonom propisanih razloga.

Dosadašnja javnobeležnička i sudska praksa je pokazala da se u najvećoj meri odbijanje javnog beležnika da preduzme traženu radnju odnosi na situacije kada se od javnog beležnika zahteva da sačini ili potvrdi isprave koje se odnose na nevažeće pravne poslove, odnosno pravne poslove suprotne prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima, budući da, pored decidno propisanih nezakonitih pravnih poslova, u ovu grupu spadaju i svi drugi pravni poslovi protivni osnovnim pravnim i vanpravnim načelima pre svega građansko-pravnog poretka, a koji su vrlo često neregulisani ili regulisani kontradiktornim normama koje ostavljaju mesta za različita tumačenja.

U skladu sa najvišim pravnim aktima zagarantovanog prava na pravni lek, s jedne strane, te u cilju zaštite stranaka od mogućeg samovoljnog postupanja javnog beležnika, s druge strane, zakonodavac je propisao da protiv odluke javnog beležnika kojom odbija da preduzme službenu radnju, stranka može izjaviti prigovor nadležnom sudu, a da protiv rešenja suda kojim se prigovor odbija ima pravo žalbe o kojoj odlučuje neposredno viši sud. Javni beležnik, kao nosilac javnih ovlašćenja, nema mogućnost izjavljivanja pravnog leka protiv odluke kojom se

usvaja prigovor i nalaže mu se obavljanje tražene radnje, već je dužan da po nalogu suda tu radnju preduzme.

Rezultati dosadašnje prakse u ovoj oblasti pokazali su veliku raznolikost postupanja i javnih beležnika, a naročito sudova u sličnim, čak i identičnim situacijama, što je sigurno posledica činjenice da je javno beležništvo mlada pravosudna profesija, odnosno da u našem pravnom poretku postoji tek nešto više od pet godina, te je i sudska praksa u ovoj oblasti još uvek oskudna i neujednačena. Međutim, ova pitanja u budućnosti sigurno moraju biti predmet sveobuhvatne analize i zauzimanja jedinstvenih stavova, pošto se samo na taj način može obezbediti pravna sigurnost građana i njihovo poverenje u pravosudni i javnobeležnički sistem.

GORDANA JOVANOVIĆ
Ph.D., canditate, Faculty of Law, University of Belgrade,
public notary appointed to the area
of the Third Basic Court in Belgrade

OBLIGATIONS OF PUBLIC NOTARIES AND THE REASONS FOR REJECTION THE PUBLIC NOTARY WORD

Summary

The obligation of notaries to take official actions in the affairs for which their competence is prescribed, is a consequence of the fact that notaries are entrusted with public authority.

One of the basic principles of notary publicity is the principle of legality, which ensures that notaries are authorized and obliged to refuse to take official business in legally prescribed cases.

These are cases where the notary is required to take an action that is incompatible with his official activity, then when it comes to actions that are illegal under the law, ie when it involves invalid legal affairs, and when the action must not be taken due to some lack on the part of the participants in the legal business regarding the notary public being required to take official action.

The legislator has stipulated that against a decision of a notary public refusing to take official action, a party may file an objection to the competent court, and that against the decision of the court rejecting the complaint he has the right of appeal, which is decided directly by the higher court. The notary public, as a holder of public authority, has no possibility to file a legal remedy against the decision approving the complaint and ordering him to perform the requested action, but is obliged to take that action by order of the court.

Key words: public notary, obligation to act, reasons for refusal, procedure

NEBOJŠA ŠARKIĆ,
ZORAN VAVAN

MOGUĆI OBLICI PORAVNANJA KOJI SE SPROVODE U IZVRŠNOM POSTUPKU

Zakon o izvršenju i obezbeđenju konkretno je odredio koja se dokumenta mogu izvršiti i koje uslove moraju ispuniti da bi bili osnova za donošenje rešenja o izvršenju. U okviru izvršnog postupka, strane mogu sklopiti sporazum o poravnanju koji predstavlja izvršnu ispravu. U radu smo obradili pojedine oblike i vrste sporazuma koji mogu nastati u izvršnom postupku i steći status izvršne isprave. Ukazali smo i na važnost mirnog rešavanja sporova, ali i na oprez prilikom zaključivanja sporazuma, budući da njihov sadržaj ne sme biti u suprotnosti sa zakonskim odredbama.

Ključne reči: *izvršna isprava, izvršni postupak, sporazum, poravnanje*

U V O D

Zakonom o izvršenju i obezbeđenju[1] (u daljem tekstu: ZIO) utvrđeno je koje isprave predstavljaju osnov za prinudno izvršenje, odnosno namirenje potraživanja. U skladu sa ovim aktom, samo izvršna i verodostojna isprava predstavljaju osnov za donošenje rešenja o izvršenju. Ukoliko neka isprava na

Prof. dr Nebojša Šarkić, dekan i redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Zoran Vavan, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i asistent Fakulteta za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić Novi Sad.

[1] "Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019

osnovu koje izvršni poverilac predlaže izvršenje nema svojstvo izvršne ili verodostojne isprave, ne može ni biti doneto rešenje o izvršenju. Naš zakon se opredelio za kombinovani metod u kome su izvršne i verodostojne isprave taksativno nabrojane, ali se ostavlja mogućnost da to mogu biti i isprave koje su drugim zakonom određene kao izvršne isprave.[2]

Iz izvršnog naslova proističe dužnost suda da na predlog ovlašćenog subjekta dozvoli i sprovede izvršenje. U izvršnom naslovu treba da bude navedena sadržina, obim i vrsta izvršenja ili činidbe, kao i legitimacija stranaka.[3] Izvršna isprava je pojedinačni pravni akt na osnovu koga se može tražiti prinudno izvršenje. Izvršnom ispravom na zakonit način utvrđuje se stvarna legitimacija izvršnog poverioca, te obaveza izvršnog dužnika, postojanje obima potraživanja i njegova dospelost. Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na domaće i strane izvršne isprave.

U ovom radu mi ćemo se pretežno baviti pitanjem koje izvršne isprave mogu biti predmet sudskog izvršnog postupka, a koje su nastale kao rezultat kompromisa, odnosno saglasnosti volja stranaka. Iako na prvi pogled izgleda da je ovo pitanje jasno, analizom odredbi ZIO, kao i drugih propisa, ukazaćemo na probleme koji se mogu javiti u praksi.

SUDSKA I UPRAVNA ODLUKA I PORAVNANJE

Osnov izvršnog postupka često predstavlja odluka suda. Kada je reč o postupcima izvršenja u građanskim stvarima, to su pre svega presude ili rešenja koji su doneti u parničnom ili vanparničnom postupku. Pod sudskom odlukom ZIO smatra presudu, rešenje i drugu odluku donetu u postupku pred sudom, domaćim arbitražnim sudom i sudom časti pri privrednoj komori, a sudskim poravnanjem smatra poravnanje zaključeno pred sudom, domaćim arbitražnim sudom ili sudom časti pri privrednoj komori, dok pod upravnom odlukom smatra rešenje ili zaključak donete u upravnom postupku, a pod upravnim poravnanjem – poravnanje zaključeno u upravnom postupku.[4]

Ipak predmet našeg interesovanja u ovom radu biće poravnanja koja su predmet izvršenja, te eventualne teškoće koje mogu nastati. ZIO predviđa da se sudsko poravnanje, poravnanje zaključeno u upravnom postupku ili pak javnobeležnički akt mogu sprovoditi u sudskom izvršnom postupku ako je potraživanje

[2] Više o izvršnoj ispravi i izvršnom naslovu, v. u: Borislav Blagojević, *Sistem izvršnog postupka*, Geca Kon, 1937, Beograd

[3] Član 47. stav 1. ZIO

[4] Član 42. ZIO.

po poravnanju dospelo[5]. To praktično podrazumeva protek roka koji je utvrđen u poravnanju za ispunjenje određene obaveze. Dospelost ovog potraživanja dokazuje se zapisnikom o poravnanju ili javnom ispravom ili ispravom overenom po zakonu.[6] To dalje znači da se na poravnanje neće stavljati potvrda pravnosnažnosti i izvršnosti suda ili organa pred kojim je zaključeno poravnanje, već će se samo na osnovu overenog zapisnika dokazivati da je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze koja je poravnanjem utvrđena. Dospelost se može dokazivati javnom ispravom, a javna isprava je akt državnog organa ili drugog ovlašćenog organa i kao takva svojom sadržinom odnosno nekim podacima potvrđuje dospelost potraživanja – poravnanja. Overena isprava je privatna isprava kojom je overen potpis lica koji je izdao tu ispravu. To će najčešće biti zajednička izjava i sporazum izvršnog dužnika i poverioca kojim se potvrđuje dospelost potraživanja ili pak samo overena izjava izvršnog dužnika kojom se potvrđuje dospelost potraživanja iz poravnanja.

Dospelost poravnanja ne može se dokazivati u parničnom postupku, već se ona dokazuje, kao što smo naveli, zapisnikom o poravnanju ili javnom ispravom. Ovakav stav zakonodavca može proizvesti određene negativne posledice i probleme za izvršne poverioce posebno ukoliko je tekst poravnanja koje je zaključeno pred sudom ili organom uprave nejasan i iz njega se ne može utvrditi kada je dospela obaveza, tj potraživanje, a izvršni poverilac dospelost iz bilo kog razloga ne može dokazati javnom ispravom ili ispravom koja je overena saglasno zakonu. Polazeći od navedenog potrebna je i dodatna preciznost i jasnoća i pažljiv pristup kada je u pitanju postupanje sudije. Na taj način bi se izbegle sve eventualne nejasnoće u pogledu dospelosti obaveze iz poravnanja.

IZVRŠENJE STRANE IZVRŠNE ISPRAVE

Uslov da bi strana izvršna isprava imala svojstvo izvršne isprave i da bi se izvršavala kao i domaća jeste da glasi na privatno pravno potraživanje i da je priznata pred domaćim sudom.[7] Ukoliko je sproveden poseban postupak za priznanje, koji se sprovodi prema pravilima vanparničnog postupka i u nadležnosti je višeg suda ili privrednog suda, tada lice – poverilac iz strane izvršne isprave koja je priznata u posebnom postupku, može koristiti istu u svim postupcima pred domaćim sudovima i organima.

[5] Član 45. stav 1. ZIO.

[6] Stav 2, *ibidem*.

[7] Član 46. stav 1. ZIO.

U slučaju pokretanja izvršnog postupka, a da prethodno strana izvršna isprava nije priznata pred domaćim sudom, o priznanju strane izvršne isprave odlučuje izvršni sud kao o prethodnom pitanju.[8] U takvoj situaciji izvršni sud primenjuje odredbe *Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja*.[9] U tom slučaju predlog za izvršenje sa prilozima (strana izvršna isprava) mora biti prevedena od strane sudskog prevodioca na jezik u službenoj upotrebi u sudu. Isti se dostavlja protivnoj strani. Ukoliko ne postoji diplomatski reciprocitet što podrazumeva da postoji međunarodni ugovor koji je ratifikovala Srbija i država iz koje potiče strana izvršna isprava ili bilateralni ugovor, često se postavlja pitanje faktičkog reciprociteta, te je neophodno zatražiti mišljenje od Ministarstva pravde.

Poravnanje koje je zaključeno pred sudom ili drugim državnim organom u inostranstvu u pogledu svojstava same izvršne isprave ili načina izvršavanja u potpunosti se izjednačava sa domaćom izvršnom ispravom – sudskim poravnanjem.[10]

IZVRŠENJE UPRAVNIH STVARI

Rešenje koje je doneto u upravnom postupku, a glasi na novčano potraživanje, sprovodi se kada ono postane izvršno prema pravilima ZIO. *Zakon o opštem upravnom postupku*[11] propisuje da rešenje prvostepenog organa postaje izvršno kada istekne rok za žalbu ako žalba nije izjavljena, obaveštavanjem stranke ako žalba nije dozvoljena i ako žalba ne odlaže izvršenje rešenja, kada se stranke odreknu prava na žalbe, te obaveštenjem stranke o rešenju kojim se žalba odbacuje ili odbija.[12] Rešenje drugostepenog organa postaje izvršno kada stranka bude obaveštena o njemu.[13] Ako je u izvršnom rešenju određeno da stranka može preduzeti radnje koje se izvršavaju u određenom roku rešenje se izvršava kada rok istekne. Ako u izvršnom rešenju nije određen rok, rešenje se izvršava kada istekne 15

[8] Stav 3. *ibidem.*

[9] "Sl. list SFRJ", br. 43/82 i 72/82 – ispr., "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Sl. glasnik RS", br. 46/2006 – dr. zakon.

[10] Odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju koje uređuju pitanje izvršenja strane izvršene isprave – član 46, treba tumačiti u uskoj vezi sa odredbama člana 86. do 101. i člana 107. *Zakona o rešavanju sukoba zakona o propisima drugih zemalja*. Ako je u pitanju odluka strane arbitraže relevantne su odredbe *Zakona o arbitraži* ("Službeni glasnik RS", br. 46/06). I pred arbitražnom se naravno može zaključiti sporazum – poravnanje između dve strane.

[11] "Sl. glasnik RS", br. 18/2016 i 95/2018 - autentično tumačenje.

[12] Član 190. stav 2. *ibidem.*

[13] Stav 3. *ibidem.*

dana od kada je postalo izvršno.[14] Novčane obaveze izvršavaju se sudskim putem u okviru sudskog izvršnog prava.

Ista pravila važe kada dođe do zaključenog poravnanja između stranke i državnog organa, s tim da se izvršenje može sprovesti samo protiv lica, odnosno stranke, koja je zaključila poravnanje.[15]

Upravni ugovor je dvostrano obavezan pisani akt koji, kada je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari. Sadržina upravnog ugovora ne sme biti protivna javnom interesu ili pravnom interesu trećih lica. Ovi ugovori po pravilu predstavljaju specifičnu vrstu poravnanja jer nastaju kao i svi ugovori kao rezultat saglasnosti volja. tako da se na upravne ugovore shodno primenjuju supsidijarno i odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi.[16]

Plan reorganizacije u stečaju. – Osim ZIO i *Zakon o stečaju*[17] reguliše pitanje izvršenja "plana reorganizacije". Dakle, prema odredbama ovog akta, stečaj se sprovodi bankrotstvom ili reorganizacijom. Bankrotstvo podrazumeva namirenje poverioca prodajom celokupne imovine stečajnog dužnika, dok reorganizacija podrazumeva namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način koji je predviđen planom reorganizacije.[18] Upravo u slučaju sprovođenja stečaja reorganizacijom i donošenjem plana reorganizacije koji može biti unapred pripremljen ili sačinjen u toku stečajnog postupka, isti mora biti rešenjem potvrđen od strane stečajnog suda (privredni sud – odeljenje stečaja). Plan reorganizacije stiče svojstvo izvršne isprave. Plan reorganizacije je faktički novi ugovor o izmirenju potraživanja koja su u njemu navedena i to je ugovor poverilaca i stečajnog dužnika, a nakon usvajanja potvrđivanja predstavlja izvršnu ispravu, a postaje izvršan po isteku roka predviđenog za namirenje poverilaca iz pojedinih klasa.

Danas u pravnoj teoriji postoje različita shvatanja oko pravne prirode plana reorganizacije. Takozvana ugovorna teorija plan reorganizacije tretira kao obligacioni odnos koji zaključuju učesnici ovog postupka. Ono na čemu se insistira jeste da je većinski broj učesnika bitan kvalitet za punovažnost ovakvog sporazuma.

[14] Stav 4. *ibidem.*

[15] Stav 5. *ibidem.*

[16] Član 26. ibidem.

[17] "Sl. glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

[18] Član 1. *ibidem.*

Ugovorna priroda plana proizilazi iz samog teksta Zakona o stečaju. Drugo pak pravno shvatanje tretira plan reorganizacije kao sudsku odluku. Argumentacija za ovakvo shvatanje leži pre svega u činjenici da plan reorganizacije donosi i prihvata sud i da je upravo plan reorganizacije označen kao izvršna isprava koja se može sprovoditi prema pravilima izvršnog prava.[19]

Plan reorganizacije kao specifična izvršna isprava ima posebna svojstva u odnosu na poverioce a koja proističu iz ZIO. Pored činjenice da se i poverioci koji potraživanje u izvršnom postupku ostvaruju na osnovu plana reorganizacije u formalno procesnom smislu nalaze u istoj poziciji kao i bilo koji drugi poverioci, u materijalno pravnom smislu nije tako. Njihovo pravo na ostvarenje potraživanja iz plana reorganizacije je u materijalno-pravnom smislu ograničeno izvršnom ispravom – planom reorganizacije. Ovaj plan zapravo predstavlja po svojoj prirodi ugovor za izmirenje potraživanja. Ugovorne strane su poverioci i stečajni dužnik, a odnosi koji su uređeni prema uslovima iz plana upućuju poverioce da svoja novčana potraživanja namire prvenstveno iz imovine koja je planom za tu klasu poverilaca predviđena.

Zakon o stečaju, prateći pravnu prirodu plana reorganizacije predviđa da će potraživanja poverilaca koja nisu obuhvaćena odredbama plana o namirenju poverilaca biti namirena na isti način i pod istim uslovima kao i potraživanja drugih poverilaca, njihove klase. Ovde se po našem mišljenju otvara još jedno pitanje procesnih ovlašćenja lica koja nisu direktno obuhvaćena planom reorganizacije, te načina njihove kontrole kako se sprovodi plan reorganizacije.

Ukoliko bi plan reorganizacije iz bilo kog razloga izgubio svojstvo izvršne isprave ili ako bi rešenje o izvršenju koje je doneto na osnovu plana reorganizacije bilo pravnosnažno ukinuto, osim što menja dotadašnji materijalnopravni odnos, izvršni dužnik i izvršni poverilac zamenjuju mesta koja su u procesnom smislu imali u postupku izvršenja. Faktički izvršni dužnik dolazi na poziciju izvršnog poverioca. Sud će u slučaju ispunjenja uslova propisanih ZIO doneti rešenje o protivizvršenju o kome će biti određena i sredstva izvršenja koja je naznačio izvršni dužnik, te će se po pravilu putem javnog izvršitelja sprovesti izvršenje određeno rešenjem o protivizvršenju.[20]

---

[19] O pravnoj prirodi stečaja vidi detaljnije: Vuk Radović, *Osnovi stečajnog prava*, 2018, Beograd; Mihajlo Velimirović, *Stečajno pravo*, 2014, Beograd; Ivan Todorović, *Pravne posledice usvajanja plana reorganizacije*, doktorska disertacija, 2015, Beograd; Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo,* 2015, Pravni fakultet Beograd; Dragiša Slijepčević, *Komentar Zakona o stečaju*, 2015, Beograd; Gordana Stanković, Nevena Petrušić, *Stečajno procesno pravo*, 2006, Beograd; Gordana Ajnšpiler Popović, *Poverilac kao podnosilac predloga za pokretanje stečajnog postupka,* 2011, Beograd.

[20] Odredbe od 113. do 118. ZIO.

IZVRŠNOST JAVNOBELEŽNIČKOG AKTA

U javnobeležničkom aktu mora biti utvrđena obaveza na činidbu dužnika ali i njegova izjava da pristaje na prinudno izvršenje nakon dospelosti, što znači da akt mora sadržati klauzulu da bi bio izvršna isprava.[21] Saglasnost dužnika je procesna dispozicija koja se odnosi na određeni zahtev i ne utiče na nastanak same obaveze. Javni beležnik, prilikom sačinjavanja javnobeležničkog akta mora da pouči dužnika o posledicama izvršnosti javnobeležničkog akta i o tome da li dužnik u javnobeležničkom aktu oslobađa poverioca dužnosti dokazivanja neophodnosti ispunjenja obaveze gde nastupa pretpostavljena izvršnost. Tu mogućnost poznaje i uporedno pravo, ali predviđa i naš Zakon o javnom beležništvu.

U slučaju da u javnobeležničkom aktu stoji odložni rok za ispunjenje koji se odnosi na vremenski period (npr. dug će biti plaćen nakon prvog januara) ili ako je uslov da se neki događaj desi (da se isplati 1.000 evra osobi A, kada napuni 18 godina, kada diplomira, kada sklopi brak i sl.) – u oba slučaja javni beležnik pre nego što stavi klauzulu izvršnosti na sopstveni akt mora najpre da proveri da li je istekao vremenski rok odnosno da li su ispunjeni uslovi.

Ukoliko u javnobeležničkom aktu kao i u sudskom poravnanju stoji da će se izvršenju pristupiti npr. nakon 1. januara 2019. godine, onda nema nikakvog razloga da se proverava bilo koja okolnost već će se klauzula izvršnosti staviti kada protekne naznačeni rok. Svaki dan nakon 1. januara 2019. godine praktično predstavlja osnov za izvršenje.

Ukoliko je klauzula izvršnosti od strane suda, upravnog organa, prekršajnog suda ili pak javnog beležnika stavljena neosnovana, svaki od ovih organa je dužan da je na predlog stranke, po predlogu ili pak po službenoj dužnosti, stavi van snage, odnosno ukine klauzulu izvršnosti.

Javnobeležnički zapis u kome se, na primer, osoba A obavezuje da će dug vratiti osobi B, nema karakter izvršne isprave. Čak i ako je iznos tog duga precizno određen, ukoliko nema vremenskog naznačenja dospelosti obaveze, ne možemo govoriti o podobnosti za izvršenje takvog zapisa. Prema odredbama ZIO paricioni rok za dobrovoljno izvršenje nakon donošenja izvršne isprave iznosi 15 dana u slučaju da u samoj izvršnoj ispravi nije određen neki kraći rok (npr. 8 dana u privrednim sporovima i sl.) ili pak izuzetno neki duži rok. No, s obzirom da se u konkretnom slučaju ne radi o presudi, već o sporazumu stranaka, nepostojanje utvrđenog datuma dospelosti onemogućava sprovođenje izvršenja, te takav akt ne

[21] Član 85. stav 1. *Zakona o javnom beležništvu*, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

može biti podoban za izvršenje i takav javnobeležnički zapis nema karakter izvršne isprave.

Zakon o javnim beležnicima predviđa da će na zahtev stranke javni beležnik proveriti da li su ispunjeni svi uslovi za stavljanje potvrde o izvršnosti. Nakon sprovođenja prethodnog postupka provere javnobeleženičkog zapisa javni beležnik staviće ovu klauzulu.[22] Potvrda o izvršnosti je prema opštim pravilima ZIO potvrda koju stavlja sud na pravnosnažnu presudu, a ova klauzula se dakle izjednačava sa odlukom suda. Suština je dakle, u tome da će javni beležnik proveriti da li su ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi da se po odluci može postupati.

Kada govorimo o verodostojnim ispravama uloga javnih beležnika nije direktna, te se njihova ovlašćenja svode na funkciju osnaživanja verodostojnih isprava ili su pak u funkciji potvrđivanja činjenica koje mogu biti sporne ili pak potvrđivanja nastupanja određenih rokova dospelosti.

IZVRŠENJE NA OSNOVU SPORAZUMA O REŠAVANJU SPOROVA PUTEM POSREDOVANJA (MEDIJACIJE)

Nova izvršna isprava koja je uvrštena u ZIO jeste sporazum o rešavanju sporova putem posredovanja koje ispunjava uslove određene zakonom kojim se uređuje posredovanje u rešavanju sporova (posredovanje – medijacija).[23] *Zakonom o posredovanju u rešavanju sporova*[24] propisano je pod kojim uslovima sporazum o rešavanju sporova putem posredovanja ima snagu izvršne isprave. Ovaj normativ predviđa da je neophodno da sporazum sadrži izjavu dužnika kojom pristaje da poverilac na osnovu sporazuma o rešavanju spora putem posredovanja nakon dospelosti potraživanja može pokrenuti postupak prinudnog izvršenja (klauzula izvršnosti), te da su podnesci strana i posrednika overeni od strane suda ili javnog beležnika.[25] Prinudno izvršenje sporazuma o rešavanju spora putem posredovanja neće se dozvoliti ako zaključenje ovog sporazuma nije dozvoljeno, ako je sporazum suprotan javnom poretku, ako sporazum nije podoban za izvršenje ili je predmet izvršenja nemoguć.[26]

Ovde možemo primetiti jednu vrstu odstupanja od načela formalnog legaliteta, s obzirom da izvršni sud ima ovlašćenje da proceni da li sporazumom stranke disponiraju ovlašćenim zahtevima ili zahtevima koji su suprotni javnom po-

[22] Stav 6. *ibidem.*

[23] Član 41. stav 1. tačka 7. ZIO.

[24] "Sl. glasnik RS", br. 55/14.

[25] Član 27. stav 1. *ibidem.*

[26] Stav 2. *ibidem.*

retku ili je predmet izvršenja nemoguć. Kada je u pitanju podobnost za izvršenje ona je inače regulisana ZIO-om, tako da uprkos odredbi člana 27. Zakona o posredovanju u rešavanju sporova izvršni sud ima ovlašćenje da oceni da li je izvršna isprava podobna za izvršenje ili ne.

Kao i kod drugih u ovome radu nabrojanih izvršnih isprava i ovde je suština u dobrovoljnosti, odnosno spremnosti stranaka na sklapanje sporazuma u jednom specifičnom vansudskom postupku, u skladu sa zakonom. Dakle, posredovanje može biti uspešno čak i ako se ne sačini izvršna isprava. To su, na primer, sporovi o mirenju, sporovi o pružanju izvinjenja ili neke druge satisfakcije, sporovi o otklanjanju pojedinih nepravilnosti u radnom odnosu, u komšijskim odnosima i sl. Ipak za nas sa stanovišta ovog rada značajne su one odluke koje se sačine u postupku poravnanja, a koje se primenjuju kao izvršna isprava i mogu biti predmet prinudnog izvršenja.

REGISTAR ZALOGE

Kada je u pitanju izvod iz registra zaloge potrebno je istaći da prema *Zakonu o založnom pravu na pokretnim stvarima i pravima upisanim u registar*[27] on predstavlja izvršnu ispravu. Registar zaloge jeste javni registar založnih prava na stvarima i pravima fizičkih ili pravnih lica i drugih podataka koji se upisuju u Registar zaloge.[28]

Izvršenje će se u skladu sa ovim aktom odrediti samo u cilju oduzimanja predmeta založnog prava od zalogodavca ili lica u čijoj se svojini državina predmeta založnog prava nalazi, te predaji tog predmeta založnom poveriocu u državinu.[29] Novčano potraživanje koje je obezbeđeno zalogom na pokretnim stvarima u skladu sa navedenim Zakonom, namiruje se u vansudskom postupku ukoliko je tako ugovoreno. Takođe, založni poverilac može zahtevati od suda da se predmet založnog prava proda u skladu sa zakonom koji uređuje postupak izvršenja i obezbeđenja.[30]

Dakle, suština ovog zakonskog rešenja je da same stranke urede svoj odnos hipotekarnog zaduženja i obezbeđenja potraživanja tako što onaj koji nešto duguje pristaje na ovakvu vrstu pravnog odnosa. U slučaju da nije u određenom roku namirio dug onda se sprovodi postupak najpre obezbeđenja, a kasnije i izvršenja

[27] "Sl. glasnik RS", br. 57/2003, 61/2005, 64/2006 - ispr., 99/2011 - dr. zakoni i 31/2019.

[28] Član 56. stav 1. *ibidem.*

[29] Član 41. stav 1. *ibidem.*

[30] Član 43. stav 1. *ibidem.*

namirenjem prodajom. Poenta je, dakle, u zaštiti prava poverioca uz saglasnost dužnika koji mu garantuje određenom stvari ili pravom namirenje potraživanja.

DUŽNOST POSREDOVANJA JAVNOG IZVRŠITELJA

ZIO je u okviru posebnog člana utvrdio obavezu javnog izvršitelja da posreduje između stranaka radi sporazumnog namirenja izvršnog poverioca.[31]

Ova odredba je bila dosta kritikovana sa stanovišta stručne javnosti. Prvo pitanje odnosilo se na zakonsku formulaciju "dužan", s obzirom da se čini da je to onda imperativna obaveza javnog izvršitelja te se s pravom može postaviti pitanje da li će se kao nepravilnost u radu isticati od strane izvršnog poverioca, izvršnog dužnika ili pak trećeg lica zašto on nije ovu svoju obavezu izvršio. Po našem mišljenju, logičnije bi bilo da se formulacija svodila na mogućnost, a ne na obavezu. Takođe, postavlja se pitanje da li su javni izvršitelji osposobljeni i ako jesu u kojoj meri za obavljanje poslova posredovanja, s obzirom na činjenicu da osim pravnog znanja, posrednik mora posedovati i čitav niz veština koje su uglavnom vezane za psihološki profil stranaka, na osnovu kojih se može postići uspeh u pregovaranju i postizanju sporazuma.

Ipak suštinsko pitanje je obim mogućnosti posredovanja s obzirom na činjenicu da je načelo formalnog legaliteta izvršnih isprava dominantno načelo u izvršnom postupku, te ono ograničava sprovođenje izvršenja na ono što je utvrđeno u izvršnoj ispravi. Sa te strane postavlja se pitanje u kojoj meri javni izvršitelj uopšte i može da vrši posredovanje i šta bi to posredovanje zapravo značilo. Da li to znači da on treba da izvrši dodatni pritisak na izvršnog dužnika da postupi po izvršnoj ispravi, da li izvršnom dužniku može da omogući određene povlastice u pogledu rokova isplate, odlaganje izvršenja, isplatu u obrocima i sl. Po našem mišljenju, zakonodavac bi morao ovu odredbu da precizira i "ublaži". Mogućnost javnog izvršitelja da posreduje između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika mogla bi se tako svesti samo na postizanje kompromisnog rešenja oko npr. vremena isplate, sredstva izvršenja koje je najprikladnije za izvršnog dužnika a ne ugrožava prava izvršnog poverioca, isplatu u ratama i sl.[32]

Dakle, ne bismo mogli da govorimo o sačinjavanju neke nove izvršne isprave u samom izvršnom postupku koja bi se označavala kao poseban pravni akt (poravnanje, sporazum o načinu izvršavanja i sl.). S druge strane, kakva je pravna priroda i svrha ovog sporazuma ukoliko on nema nikakvu pravnu snagu, te uko-

[31] Član 137. ZIO.

[32] Više o ovoj temi: Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju,* JP Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd, 2018, str. 1050.

liko on ne garantuje da će biti sproveden? Jedino logično objašnjenje leži u autoritetu javnog izvršitelja koji zapravo poseduje ovlašćenja sprovođenja izvršenja, te u slučaju da se, na primer, izvršni dužnik ne ponaša u skladu sa postignutim sporazumom koji je prihvatio izvršni poverilac, javni izvršitelj može svakako da reaguje i obezbedi sprovođenje izvršenja.

ZAKLJUČAK

Sasvim opravdano u našem pravnom sistemu afirmišu se svi oblici sporazumnog rešavanja spornih odnosa između stranaka u svim postupcima. Tako će, na primer parnični sud uvek pokušati da postigne sporazum između supružnika u postupku razvoda braka, ili da postigne barem minimalni konsenzus oko međusobnih prava i obaveza kada su deca u pitanju. U radnom sporu takođe sud će nastojati da postigne kompromisno rešenje između zaposlenog i poslodavca ili između grupe radnika, poslodavca ili pak sindikata i poslodavaca. U vanparničnom postupku sud će uvek pokušati da postigne kompromis oko korišćenja zajedničkih stvari, podele zajedničke imovine, postizanja kompromisnog rešenja za eksproprijaciju i sl. Kod svih vidova naknade štete pokušava se iznalaženje najprikladnijeg rešenja kako bi obe strane u postupcima bile zadovoljne.

Zakonodavac ali i stručna javnost afirmišu mirno rešavanje sporova te je primetna ekspanzija u pokušajima da se u normativnom supstratu iz gotovo svih oblasti uvodi posredovanje kao alternativno rešavanje sporova.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju predviđa nekoliko izvršnih isprava o kojima je u ovome radu bilo reči, koje se temelje na sporazumu između stranaka. Predviđeno je kao mogućnost da se kao izvršne isprave pojavljuju i druge izvršne isprave koje se posebnim zakonima označavaju kao izvršne isprave, te tako i u tim posebnim postupcima može doći do određenih kompromisa. U okviru krivičnog postupka predviđena je mogućnost postizanja sporazuma kod pojedinih krivičnih dela.

Na samom kraju treba reći da se navedena pozitivna praksa mora ipak sprovoditi kontrolisano i strogo u skladu sa zakonom. To podrazumeva da sud ili javni izvršitelj u postupku sprovođenja izvršenja različitih izvršnih isprava, koje su nastale kao rezultat kompromisa, mora voditi računa o ispunjenosti zakonskih uslova u pogledu sprovođenja takvih odluka.

Centralno pitanje je svakako dozvoljenost pojedinih odluka, jer da bi zaista bilo veoma opasno dozvoliti izvršenje odluka koje su suprotne zakonu. To bi bile, na primer, odluke o nesrazmernim kamatama, plaćanju kockarskih dugova, naknadi za nečasne radnje i sl. Glavna odgovornost je na onim organima koji sačinjavaju takve sporazume (sudovi u različitim postupcima ali i javni beležni-

ci). Ipak, postoji i obaveza suda i javnog izvršitelja u izvršnom postupku da izvrši "kontrolu" postignutih sporazuma koji se zaključuju po pravilima posredovanja za mirno rešavanje sporova. U samom postupku sprovođenja izvršenja mora se voditi računa da li su ispunjeni drugi zakonom predviđeni uslovi kao što su ispunjenje određene obaveze, protek rokova i dospelost i sl.

Naš generalni stav je svakako izuzetno afirmativan prema svakom obliku mirnog rešavanja sporova uz još jedno upozorenje da se i odluke koje su nastale kao rezultat kompromisa mogu sprovoditi isključivo ako su ispunjeni svi zakonski uslovi i u tom smislu ne postoji nikakva poteškoća ili prepreka.

Nebojša Šarkić, LL.D., Dean
Professor, Faculty of Law, Union University Belgrade
ZORAN VAVAN
Assistant, Faculty of Law and Business Studies
dr Lazar Vrkatić Novi Sad

POSSIBLE FORMS SETTLEMENT THAT ARE ENFORCED IN EXECUTIVE PROCEDURE

Summary

The Law on Enforcement and Security has concretely determined which documents can be enforced and what conditions they must fulfill in order to form the basis for the decision on enforcement. As part of the enforcement proceedings, the parties may enter into a settlement agreement constituting an enforcement document. In the paper, we have pointed out some forms and types of agreements that may arise in the enforcement process and acquire the status of an executive document. We also emphasized the importance of the peaceful settlement of disputes, but also added caution when concluding agreements, since their content should not contravene legal provisions.

Key words: executive document, executive order, agreement, settlement

DUŠICA PALAČKOVIĆ,
JELENA ČANOVIĆ

IZVRŠENJE ODLUKA U VEZI SA PORODIČNIM ODNOSIMA

– Najnovija zakonska rešenja –

U radu su analizirane izmene i dopune Zakona o izvršenju i obezbeđenju (ZIO) iz 2019. godine u materiji izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima i njhova (ne)usklađenost sa i dalje važećim odredbama ZIO iz 2015. godine. Ukazano je na izvesne jezičke i suštinske nedoslednosti koje se prepoznaju upoređivanjem opštih odredaba zakona sa odredbama kojima je regulisano izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima. Novim rešenjima zadržan je normativni pristup regulisanja "osnovnog" postupka izvršenja predaje deteta u odnosu na ostale postupke koji su samo sumarno regulisani. Prema našem stavu bilo je racionalno izdvajanje opštih procesnih pravila primenljivih u svim postupcima izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima, na šta se u radu konkretno i ukazuje. Posebno je kritički analizirano rešenje kojim se, kao novi vid dejudicijalizacije postupka izvršenja, organu starateljstva poverava sprovođenje izvršenja oduzimanjem i predajom deteta, kao i o izvršenju odluka o alimentacionim zahtevima. U kontekstu izvršenja ovih odluka bio je neophodan i osvrt na probleme primene standarda najboljeg interesa deteta. Problematizovana su i nova rešenja o pravnim lekovima, a posebno se ukazuje na neregulisan procesnopravni položaj deteta u izvršnom postupku.

Ključne reči: *izvršenje, porodični odnosi*

U V O D

Pravna zaštita porodice podrazumeva pozitivne obaveze države, odnosno intervenciju državnih organa u cilju zaštite članova porodice (subjekata porodič-

Dr Dušica Palačković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Mr Jelena Čanović, asistent i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

nopravnih odnosa). Ipak, intervencija je ograničenog dometa, odnosno mora se kretati u okvirima dopuštenog. Okvire mešanja generalnom normom određuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1] u okviru čl. 8 kojim je garantovano pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Reč je o ličnom neimovinskom subjektivnom pravu koje "afirmiše princip nemešanja u porodične odnose, odnosno ovlašćuje titulara na mirno uživanje u porodičnom životu".[2] Stoga, čl. 8, st. 2 predviđa: "Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

Polazeći od stava da je deo pozitivnih obaveza koje država ima u oblasti zaštite članova porodice, kao zajednice sa nizom specifičnih karkteristika i izuzetnim značajem u kontekstu odnosa u društvu kao i njegovog opstanka i razvoja, mogao bi se izvesti zaključak da je zakonsko regulisanje specifičnog načina izvršavanja sudskih odluka kojima se rešavaju sporovi nastali u sferi porodičnopravnih odnosa jedna od takvih obaveza države. Ipak, uporednopravno gledano, u većini država u Evropi i odluke donesene u porodičnopravnim stvarima izvršavaju se po opštim pravilima postupka izvršenja.[3] Kako se, međutim, najveći broj odluka iz porodičnih odnosa neposredno ili posredno odnosi na decu, postojanje specifičnih pravila za njihovo prinudno izvršenje predstavlja dobru praksu.[4] Pozitivne obaveze države u okvirima primene čl. 8 dovode se u direktnu vezu i sa primenom standarda pravičnog suđenja iz čl. 6 EKLJP, naročito neophodnost efikasnog sprovođenja prinudnog izvršenja, odnosno "suđenja u razumnom roku".[5] Stoga, efikasnost ovde podrazumeva primenu poznatih kriterijuma koje je u svo-

[1] Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u daljem tekstu: EKLJP. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola br. br. 11, 4, 6, 7, 12 i 13, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/05 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

[2] Sanda Ćorac, *Pravo na poštovanje porodičnog života kao ljudsko pravo,* doktorska disertacija, Kragujevac, 2016, str. 308.

[3] U literaturi se navodi da samo nekoliko evropskih država, npr. Švedska i Belgija, imaju specifična pravila za izvršenje sudskih odluka iz ove vrste pravnih odnosa, a koje se tiču dece. V. Jelena Arsić, Milena Banić, "Analiza problema u zaštiti najboljeg interesa deteta u izvršenju sudskih odluka u porodičnim stvarima", *https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&channel=trow&q=*, 27.07.2019.

[4] *Ibidem*.

[5] Porast broja neizvršenih sudskih odluka u državama članicama uslovio je da se u slučaju *Hornsby v. Greece*, predstavka br. 18357/91, presuda od 19.03.1997. godine, EHCR 1997-II, Sud decidno izjasnio da je izvršni postupak integralni deo suđenja i da se čl. 6, st. 1 primenjuje i na

joj praksi utvrdio Evropski sud za ljudska prava[6] na osnovu kojih se vrši procena primene (povrede) ovog standarda: ponašanje podnosioca predstavke tokom postupka; složenost pravne stvari; specifične okolnosti pravne stvari, posebno značaj pravne stvari za podnosioca i ponašanje suda, odnosno tribunala u vođenju postupka.[7] Kako se sporni građanski sudski postupci, kakav je parnični, značajno razlikuju od postupka izvršenja, Savet Evrope je 2003. godine[8] preporučio pravila kojima se postupak izvršenja čini delotvornim, odnosno efikasnim.

Tako, izvršenje mora imati jasan zakonski okvir podoban za lako sprovođenje; regulativa treba da bude detaljna u meri kojom se obezbeđuje pravna sigurnost i transparentnost, predvidljivost i delotvornost; stranke su dužne da sarađuju (što podrazumeva, svakako, sankcije ako to ne čine), posebno da učine dostupnim podatke o prihodima, imovini i druge relevantne informacije; treba sprečiti zloupotrebu postupka i obeshrabriti njegovo odlaganje; treba uspostaviti pravilnu ravnotežu interesa, uzimajući u obzir interese stranaka i trećih lica (npr. dece); treba zaštititi određenu imovinu i prihod izvršnog dužnika nužan za njegov opstanak, ali i opstanak njegove porodice; dostavljanje pismena treba vršiti u postupku najprimerenijim i najdelotvornijim načinima, i, onde gde je to primereno, treba omogućiti preispitivanje odluka donetih tokom izvršenja (sudskih i vansudskih).[9]

Potreba za poboljšanjem efikasnosti postupka izvršenja generalno, a posebno u oblasti odnosa u velikoj meri specifičnih, a to znači osetljivih, uslovila je da je naš zakonodavac posebnom glavom ZIO/2015[10] regulisao izvršenje odluka u

---

ovaj postupak, *https://hudoc.echr.coe.int/eng*, 29.07.2019. Sve odluke ESLJP navedene u ovom radu za koje nije naveden poseban izvor, preuzete su iz elektronske baze HUDOC.

[6] Evropski sud za ljudska prava, u daljem tekstu: ESLJP.

[7] *Sokolov v. Russia*, predstavka br. br. 3734/02, presuda od 22.09.2005. godine, par.34, *http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/sokolov_eng.htm*, 29.07.2019.

[8] Rec (2003)17, od 09.09.2003**.** godine (Guiding principles concerning enforcement, III Enforcement procedures).

[9] V. Alan Uzelac, *Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju RS – Komentari o usklađenosti sa zahtevima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava,* Generalni sekretarijat SE, Opšti Direktorat za ljudska prava i pravne poslove, Odeljenje za izvršenje presuda ESLJP, decembar 2010, u daljem tekstu: Nacrt ZIO, *https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&channel=trow&q=alan+uzelac+komentar+nacrta+zakona+o+izvrsenju+i+obezbedjenju*, 30.07.2019.

[10] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje i 113/2017 – autentično tumačenje, u daljem tekstu: ZIO/2015, kao i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 54/2019, u daljem tekstu: ZIO/2019, koji stupa na snagu 01.01.2020. godine. Delom četvrtim – Izvršenje radi ostvarenja nenovčanog potraživanja, Glavom petom – Izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima, čl. 368–380, regulisana je ova materija.

vezi sa porodičnim odnosima. Treba pomenuti da je ovaj postupak izvršenja prvi put normiran tek 2004. godine,[11] ali su ova rešenja bila ograničenog dometa. Naime, odnosila su se samo na izvršenje odluka o predaji i oduzimanju deteta, tako da je izvršenje ostalih odluka iz oblasti porodičnopravnih odnosa bilo pod opštim režimom ovog zakona. U ZIO/2011[12] četvrtom glavom je podrobnije regulisana predaja i oduzimanje deteta, u cilju ostvarenja standarda najboljeg interesa deteta, a predviđena je i shodna primena niza odredaba ove glave u postupku izvršenja odluka o održavanju ličnih odnosa sa detetom, odluka donesenih u postupku radi zaštite od nasilja u porodici, radi zaštite prava deteta i drugih odluka u vezi sa porodičnim odnosima. Time je postupak prinudnog izvršenja normativno usklađen sa Porodičnim zakonom[13] koji je regulisao navedene postupke u oblasti porodičnopravnih odnosa.

Istovremeno, kao jedan od razloga za kontinuirane izmene kako opštih pravila postupka izvršenja, tako i onih specifičnih u oblasti porodičnih odnosa, bili su i brojni postupci pred ESLJP u kojima je utvrđena povreda konvencijskih prava upravo zato što su činjeni nedopustivi propusti u postupku izvršenja, što su nerazumno dugo trajali i stoga bili nedelotvorni. Tipičan slučaj je Krivošej protiv Srbije[14], gde je odluka o ličnim kontaktima sa detetom ostala neizvršena više od pet godina uprkos tome što su sudovi od donošenja rešenja o izvršenju morali da postupaju po službenoj dužnosti. Zakonom predviđene prinudne mere prema izvršnom dužniku u periodu od četiri godine svele su se na izricanje samo jedne novčane kazne koja, međutim, nije prinudno naplaćena. Sud dve godine nije saznao novu adresu izvršnog dužnika – oca, koji je očigledno pokazao da ne želi da sarađuje u izvršenju te je skrivao novo prebivalište, a Centar za socijalni rad često je menjao svoje odluke. Izgubljeni su, a onda rekonstruisani spisi predmeta, a pri tome je majka kao izvršni poverilac preduzela sve neophodne mere kako bi do izvršenja došlo. Sve to ukazuje na povredu čl. 6, st. 1 (par. 47 odluke), ali i čl. 8 EKLJP, stoga što protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose deteta i roditelja sa kojim ono ne živi, a državni organi nisu preduzeli sve neophodne mere da se olakša izvršenje naloga suda u vezi sa održavanjem ličnih od-

[11] Zakon o izvršnom postupku, *Službeni glasnik RS,* br. 125/2004, u daljem tekstu: ZIO/2004, Deo četvrti – izvršenje radi ostvarivanja nenovčanog potraživanja, Glava četvrta – Izvršenje odluka u oblasti porodičnog prava – predaja i oduzimanje deteta, čl. 222–226.

[12] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS,* br. 31/2011 i 99/2011 – dr. zakon 09/2013 – odluka US, 55/2014 i 139/20, u daljem tekstu: ZIO/2011, Deo četvrti, Glava četvrta, čl. 224–235.

[13] Naime, Porodični zakon je donesen 2005. godine, *Službeni glasnik RS,* br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

[14] *Krivošej v. Serbia*, predstavka br. br. 42559/08, presuda od 13.04.2010. godine.

nosa majke i deteta koji ne žive u zajednici, što podrazumeva i prinudne mere, koje, iako nisu u načelu poželjne u jednoj ovako osetljivoj oblasti, ne smeju biti isključene u slučaju nezakonitog ponašanja roditelja sa kojim dete živi (par. 52, 54 odluke).[15]

Treba istaći da problemi efikasnosti postupka izvršenja nisu, ipak, isključivo uslovljeni nesavršenim zakonskim okvirima, već su i posledica izvesne ležernosti vlasti kombinovane sa nespremnošću izvršnog dužnika da ispuni svoju obavezu.[16] U literaturi se ističe da slučajevi koji su protiv Srbije vođeni pred ESLJP, a povodom potencijalne povrede konvencijskih prava u postupku izvršenja "često nisu imali veze sa nedostatkom zakonskih sredstava za delotvorno izvršenje, već su bili prouzrokovani oklevanjem i nespremnošću izvršnih organa da brzo i delotvorno sprovedu celokupan izvršni postupak".[17] To zapravo vodi zaključku da ni prilagođavanje zakonskih propisa, bilo donošenjem novih ili izmenama i dopunama važećih, nije potpuna garantija delotvornosti ove procedure.

Postupci u vezi sa porodičnim odnosima najdublje zadiru u sferu ličnih odnosa i emocija. Stoga svi involvirani organi moraju postupati sa posebnom pažnjom i senzitivnošću prema učesnicima, kako strankama, tako posebno deci čija

[15] I u slučaju *V.A.M. v. Serbia*, predstavka br. br. 39177/05, presuda od 13.03.2007. godine, ESLJP je utvrdio da je sud, umesto da pokaže izuzetnu marljivost u izvršnom postuku koji je vođen zbog održavanja ličnih kontakata majke i deteta zbog specifičnog zdravstvenog stanja deteta, kontinuirano propuštao da koristi predviđena procesna sredstva kojima bi obezbedio učešće izvršnog dužnika u postupku. Odluka suda ostala je neizvršena osam godina jer rešenje o privremenoj meri nije uručeno izvršnom dužniku. U slučaju *Tomić v. Serbia*, predstavka br. br. 25959/06, presuda od 26.06.2007. godine, presuda kojom je dete povereno na negu i vaspitanje majci 2004. godine nije izvršena do 2007. godine kada je majka izgubila starateljstvo nad detetom pa je sud utvrdio da vlasti nisu preduzele sve neophodne mere kako bi se zaštitili dugoročni interesi majke i deteta u pogledu razvoja uzajamne veze te da su dopustile ocu – izvršnom dužniku da iskoristi pravosudni sistem i tokom neprimereno dugog perioda neizvršavanja sudske odluke izdejstvuje da se izmeni odluka o vršenju roditeljskog prava na štetu podnositeljke predstavke. Videti *Tomić v. Serbia,* par. 86, kao i *Jevremović v. Serbia*, predstavka br. br. 3150/05, presuda od 17.06.2007. godine, par.79–82. U slučaju *Damnjanović v. Serbia*, predstavka br. br. 5222/07, presuda od 18.11.2008. godine, ESLJP je, međutim, utvrdio da su vlasti preduzele sve neophodne mere kako bi se izvršila odluka o privremenom, a onda i trajnom starateljstvu majke nad dvoje dece posle razvoda braka. Otac, kod koga su deca ostala uprkos odlukama suda, odbio je da ih izvrši pa su ga domaći sudovi dva puta novčano kažnjavali, a onda preduzeli i mere za fizičko oduzimanje dece od oca i predaju majci. Deca, međutim, nisu prihvatala da žive sa majkom trajno, odnosno prihvatala su samo da izvesno vreme provode sa njom. ESLJP je utvrdio da je Centar za socijalni rad imao konstruktivnu ulogu u toku postupka izvršenja.

[16] Aida Grgić, "The Length of Civil Proceedinsgc in Croatia. Main Causes of Delay", u: Uzelac, A. & Van Rhee, C.H. (eds.), Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies, Antverp: Intersentia, 2007, 164, nav. prema: A. Uzelac, *nav. delo,* str. 23.

[17] *Ibidem,* str. 42.

su prava ili interesi neposredno ili makar posredno tangirani odlukom koja treba da se izvrši, a njihova ličnost može biti ugrožena i u samom postupku izvršenja. Izvršenje odluka iz porodičnih odnosa ima potenciranu težinu za nadležne organe, ali i za sve učesnike koji emotivno doživljavaju i preživljavaju tok sprovođenja odluka. Ovakvi postupci moraju biti specifikovani određenim brojem adekvatnih pravila s obzirom na posebnosti, odnosno različite predmete sporova koji su razrešeni sudskim odlukama koje u ovakvim postupcima izvršenja predstavljaju izvršne isprave. Svaki od njih je složen, zahteva posebnu hitnost, celovitost i koordinirano, komplementarno i kontinuirano delovanje suda i niza pomoćnih organa, pre svih centara za socijalni rad.[18] Treba reći da, za razliku od ZPP[19], koji izričito predviđa da sudije prvog i drugog stepena koje sude u postupcima u vezi sa porodičnim odnosima moraju biti lica koja su stekla posebna znanja iz oblasti prava deteta, zakoni kojima se reguliše postupak izvršenja ne predviđaju ovakvo specifično rešenje koje bi bilo u skladu sa neophodnošću zaštite dečijih prava na najvišem mogućem nivou, odnosno standardima iz Konvencije UN o pravima deteta.[20]

ZAKONSKI OKVIR POSTUPKA IZVRŠENJA ODLUKA U VEZI SA PORODIČNIM ODNOSIMA

Postupak izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima prema ZIO/2015, kako je u ovom radu već napomenuto, preciznije je normiran u odnosu na propise koji su mu prethodili, a koji ovu materiju posebno regulišu. Zakonodavac

[18] Gordana Stanković, Dušica Palačković, Aleksandra Trešnjev, *Komentar zakona o izvršenju i obezbeđenju,* Beograd, 2018, str. 1101.

[19] Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014, u daljem tekstu: ZPP.

[20] Konvencija je stupila na snagu 02.09.1990. godine (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97. Videti u tom smislu, Bilten VKS, br. 3/2015, str. 249, odnosno ideju o formiranju posebnih izvršnih odeljenja za sprovođenje izvršenja odluka koje su donete povodom porodičnih odnosa, ali i suprotno u Pravnom shvatanju Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Kragujevcu iz 2010. godine, *http://www.kg.ap.sud.rs/sednica-odrzana-20.02.2011.godine.html*, 31.07.2019. Pri tome, Opšti komentar čl. 12 Konvencije EU o pravima dece (UN, OCRC/C/GC/12, 20. 07 2009), 3 (a) Suštinske obaveze, predviđa i obavezu da se obezbedi obuka u vezi čl. 12 i njegove primene u praksi, za sve stručnjake koji rade sa decom ili za decu, uključujući sudije, advokate, policiju, socijalne radnike, službenike u zajednici, psihologe, pružaoce nege, službenike u zatvorima i ustanovama za smeštaj dece, nastavnike na svim nivoima obrazovanja, lekare, medicinsko osoblje, javne službenike i zvaničnike, oficire u azilima i vođe u tradicionalnim društvima, str. 254, *https://www.pravadeteta.com/attachments/288_OK%20CRC-12a.pdf*, 31.07.2019.

je normirao, zapravo, tri posebna postupka: izvršenje radi predaje deteta; izvršenje radi održavanja ličnih odnosa sa detetom i, prema nazivu, jedan tzv. *omnibus* postupak – izvršenje radi zaštite od nasilja u porodici, radi zaštite prava deteta i drugih odluka iz porodičnih odnosa. Treba napomenuti da se, prema normativnom pristupu, može zaključiti da je osnovni postupak izvršenje radi predaje deteta, koji je i najpreciznije regulisan, a u odnosu na ostala dva postupka (mada iz naslova pete glave ZIO/2015 sledi da ih je, zapravo, više) predviđena je samo shodna primena određenih procesnih pravila iz ovog, osnovnog postupka. Već na prvi pogled moglo bi se zaključiti da ovaj manir zakonodavca uslovljava smanjenu preglednost procesnih pravila koja u ovim postupcima treba primenjivati. To se moglo izbeći izdvajanjem jednog broja pravila opšteg značaja za sve postupke u vezi sa porodičnim odnosima. Tu, pre svega, mislimo na odredbe o nadležnosti (čl. 368), zatim na odredbu kojom je predviđeno da se u predlogu za izvršenje ne mora navesti sredstvo izvršenja, a kada je naznačeno sud nije njime vezan (čl. 370), odredbu o zaštiti najboljeg interesa deteta (čl. 371) i obaveznom dostavljanju rešenja o izvršenju organu starateljstva u svim postupcima izvršenja u kojima je neophodno njegovo angažovanje, po pravilu kada su involvirana deca i njihova prava ili interesi (čl. 375). Istovremeno shodna primena procesnih pravila postupka izvršenja predaje deteta koju predviđa ZIO/2015 za izvršavanje ostalih odluka u vezi sa porodičnim odnosima sasvim sigurno nije i dovoljna ili nije dovoljno adekvatna s obzirom na specifičnosti izvršenja, npr. u slučaju odluka donesenih u postupcima radi zaštite od nasilja u porodici, ali i drugih u oblasti porodičnih odnosa, o čemu će nadalje biti više reči.

U postupcima u vezi sa porodičnim odnosima primenjuju se opšta pravila o rokovima iz čl. 15 ZIO/2015, odnosno načelo hitnosti, ali su ova pravila korigovana mogućnošću da se rešenjem o izvršenju naloži predaja deteta odmah, dakle bez ostavljanja naknadnog roka za dobrovoljno izvršenje (čl. 372, st. 3), što upućuje na zaključak da posebna hitnost u smislu predviđanja kraćih rokova nije neophodna bez obzira na specifičnosti ovih postupaka.

Napomenimo da zakonska terminologija nije sasvim usklađena, što se pokazuje i na primeru postupaka u vezi sa porodičnim odnosima. Tako, kao sredstva izvršenja u okviru pete glave ZIO/2015 kojom su regulisani ovi postupci (čl. 373, st. 1), predviđeni su: predaja i oduzimanje deteta, izricanje novčanih kazni i kazne zatvora, a u odredbi čl. 54, st. 3 opšteg dela zakona kao sredstva izvršenja radi ostvarenja nenovčanog potraživanja, uz ostala, navodi se "predaja deteta i izvršenje drugih odluka u vezi s porodičnim odnosima". Ovakav manir zakonodavca je svakako podložan kritici s obzirom na okolnost da se sredstva izvršenja definišu zakonom i da lista ovih sredstava predstavlja njihovo taksativno nabrajanje.

Stoga se izvršenje može odrediti, a onda i sprovesti samo onim sredstvima koje je zakonodavac naveo.[21]

Izmene i dopune ZIO/2019 sadrže jednu značajnu novinu kada su u pitanju postupci izvršenja odluka iz porodičnih odnosa. Naime, posle donošenja ZIO/2015 u praksi se pojavio problem izvršenja odluka o alimentacionim zahtevima, odnosno o naplati zakonskog izdržavanja. Stoga je VKS[22] zauzeo stav da je, s obzirom na to da je tada važeći ZIO/2015 predviđao isključivu nadležnost suda za sprovođenje izvršenja odluka iz porodičnih odnosa (čl. 4), sud nadležan i za sprovođenje odluka o zakonskom izdržavanju. Izmene i dopune ZIO/2019, međutim, odredbu čl. 4 koja reguliše nadležnost za sprovođenje izvršenja modifikuju suprotno ovom zaključku VKS predviđajući, odredbom čl. 4, st. 1, da je "sud isključivo nadležan za izvršenje (...) izvršnih isprava u vezi s porodičnim odnosima, osim naplate zakonskog izdržavanja". Time su potraživanja po ovom osnovu izjednačena sa ostalim novčanim potraživanjima u pogledu regulisanja nadležnosti za sprovođenje izvršenja. Donošenje rešenja o izvršenju je i dalje pod režimom ranijih propisa, odnosno na osnovu odredbe čl. 3, st. 2 ZIO/2015 donosi ga sud. Prihvatanje ovog načina sprovođenja izvršenja, prema već izraženim stavovima, problematično je stoga što je postupak pred javnim izvršiteljima skuplji, a povećani troškovi koje konačno snosi izvršni dužnik opterećuju njegovu imovinu najčešće upravo na račun deteta kao poverioca obaveze izdržavanja.[23] VKS je u navedenom Zaključku,[24] obrazloženje za isključivu nadležnost suda i u ovim izvršnim stvarima argumentovao uštedom troškova, ali i pojačanom zaštitom i brigom o interesima dece i drugih poverilaca izdržavanja.

---

[21] Mihajlo Dika, *Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007, str. 136. Sredstva izvršenja u teoriji se definišu kao "skup pravnih i faktičkih radnji suda i njegovih pomoćnih organa, koje se preduzimaju radi namirenja poverioćevog potraživanja". Sredstva izvršenja definišu Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo,* Beograd, 2015, str. 573 i 610–611 (ovakve radnje preduzimaju i javni izvršitelji koji se, prema nadležnostima, svakako ne mogu ubrojati u pomoćne sudske organe). Naš ZIO/2015 u odredbi čl. 54, st. 1 definiše sredstva izvršenja kao "radnje kojima se namiruje potraživanje izvršnog poverioca". Takođe, Ovršni zakon RH, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17, odredbom čl. 4, st. 1 definiše sredstva izvršenja kao "ovršne radnje ili sustav takvih radnji kojima se po zakonu tražbina prisilno ostvaruje". Zakon o izvršenju i obezbjeđenju CG, *Službeni list CG*, br. 36/2011, odredbom čl. 26, st. 1 definiše sredstva izvršenja kao "izvršne radnje kojima se po zakonu potraživanje prinudno ostvaruje". Manir taksativnog nabrajanja sredstava izvršenja vidljiv je iz odredaba čl. 54, st. 2 i 3 ZIO/2015.

[22] Zaključak Građanskog odeljenja VKS, Bilten VKS, br. 1/2018.

[23] Stav iz intervjua Predraga Trifunovića, predsednika Građanskog odeljenja VKS, *https://www.paragraf.rs/intervju/predrag-trifunovic.html*, 09.08.2019.

[24] V. napomenu br. br. 22.

Posebno je podložan kritici stav, odnosno nepostojanje stava zakonodavca u odnosu na procesnopravni položaj deteta u postupcima izvršenja odluka iz porodičnih odnosa. Naime, nigde se ne određuje njegov procesni položaj, a naročito se ne ukazuje na okolnost da dete mora biti stranka i u ovom postupku[25] koji se najdirektnije tiče njegovih prava i interesa što je, zapravo, međunarodni standard.[26]

Odredbe o nadležnosti

Odredbom čl. 368 ZIO/2015 regulisana su pravila posebne mesne nadležnosti u postupku "predaje deteta" koja se shodno primenjuju i u svim drugim postupcima izvršenja odluka iz porodičnih odnosa (čl. 379, 380). Odvojeno su regulisana pravila o nadležnosti za donošenje rešenja o izvršenju i pravila koja se odnose na nadležnosti za prinudno oduzimanje deteta, odnosno sprovođenje izvršenja. U prvom slučaju reč je o primeni pravila tzv. elektivne (izborne, *forum electivum*) nadležnosti,[27] a pravo izbora je na podnosiocu predloga za izvršenje. Međutim, za sprovođenje izvršenja prinudnim oduzimanjem deteta prema odredbi čl. 368, st. 2 nadležan je "*sud* na čijem se području dete zatekne...", dok se novom odredbom sadržanom u izmenama i dopunama ZIO/2019 (čl. 376, st. 2) prinudno oduzimanje deteta i predaja deteta prenose u nadležnost *organa starateljstva,* uz prisustvo i nadzor suda. To, pre svega, upućuje na neusaglašenost normative i nedovoljnu pažnju zakonodavca pri koncipiranju novih zakonskih rešenja u postupku izvršenja. Takođe, odredbom čl. 378, u slučaju ponovljenog izvršenja, određuje se da je za sprovođenje istog rešenja o izvršenju nadležan **sud**. Izmene i dopune ZIO/2019, očigledno, uvode konfuziju u materiju izvršenja od-

[25] Izričito ovakvo pravilo sadrži, npr. Obiteljski zakon RH, *Narodne novine*, br. 103/15, u daljem tekstu: OZ RH, *https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon*, 06.08.2019., čl. 513, st. 3. Nacrt Zakona o pravima dece i Zaštitniku prava deteta, u daljem tekstu: ZPD, odredbom čl. 7, predviđa da dete ima položaj stranke u svim sudskim, upravnim i drugim postupcima u kojima se odlučuje o njegovim pravima, *https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html*, 08.08.2019.

[26] V. Opšti komentar čl. 12 (UN, OCRC/C/GC/12, od 20.07.2009. godine, *https://www.pravadeteta.com/attachments/288_OK%20CRC-12a.pdf*, 06.08.2019, kao i Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, iz 2010. godine, *https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/GuidelinesChildFriendlyJusticeE.pdf*, a o "pravosuđu po meri deteta i problemima naše regulative u ostvarenju ovog zahteva, v. Dušica Palačkovič, "The child-friendly justice (the application og the international standards in the civil court cases)", u: *Law in the process of globalisation*, (ed.:Djordjević,S. *et al.),* Kragujevac, 2018, str. 427–450.

[27] Više o pojmu elektivne mesne nadležnosti u parničnom postupku, v. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 276–277; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *nav. delo,* str. 130–133.

luka iz porodičnih odnosa uopšte jer se odredbe o nadležnosti primenjuju u svim ovim postupcima.

Prenošenje nadležnosti za prinudno oduzimanje i predaju deteta u isključivu nadležnost organa starateljstva predstavlja potpuno novo rešenje koje do sada ni jedan od zakona kojima je regulisana ova materija u postupku izvršenja nije sadržao. Čini nam se, a razloga za ovakav stav je više, da rešenje nije najsrećnije i da će u praksi izazvati probleme. Pre svega, uloga organa starateljstva u dosadašnjoj regulativi, a posebno prema ZIO/2015, svodila se na pokretanje postupka izvršenja i pomoćnog sudskog organa koju obavlja psiholog organa starateljstva. Niz obaveza organa starateljstva, odnosno psihologa, izričito je zakonom predviđen. Cilj je procena okolnosti konkretnog slučaja kako bi se obezbedila dobrovoljna predaja deteta kad god je to moguće (čl. 375, st. 3). Takođe, u postupku prinudnog oduzimanja i predaje deteta, organ starateljstva ima brojne obaveze koje se, prema odredbi čl. 376, st. 3 odnose na praćenje reakcija deteta i lica od koga se ono oduzima, uticaj na sprečavanje ili smanjenje ponašanja koja izazivaju sukob ili traume za dete, *savetovanje suda* kako da se oduzimanje i predaja ostvare sa što manje štete po razvoj deteta i samostalno preduzimanje neophodnih radnji u tom cilju.

Odredba da organ starateljstva preduzima radnju izvršenja – prinudno oduzima i predaje dete onome kome je povereno izvršnom ispravom, pretvara organ starateljstva u organ egzekucije, kao što su to javni izvršitelji. Reč je o novom vidu dejudicijalizacije postupka izvršenja. I u izvršavanju uloge koju je Centar za socijalni rad, odnosno organ starateljstva, prema dosadašnjim propisima imao, bilo je brojnih problema na šta upućuje veliki broj predstavki građana podnetih Ministarstvu za rad i socijalnu politiku u kojima se kritikuje njegov rad, pre svega zbog dužine trajanja postupka.[28] Postavlja se pitanje motiva za izmenu postojeće odredbe i prenošenje nadležnosti za sprovođenje izvršenja predaje deteta sa suda na organ starateljstva. Imajući u vidu odgovornost za sam čin kojim se realizuje izvršenje u ovom slučaju, smatramo nerealističnim očekivanja od radnika zaposlenih u Centru za socijalni rad da se u relativno kratkom vremenskom periodu osposobe za vršenje poverenih im ovlašćenja koja do sada nisu imala utemeljenja ni u jednoj verziji zakona iz materije izvršenja, niti drugih zakona kojima se definiše njihova uloga.

U periodu primene ZIO/2015, kada je sud bio nadležan za izvršenje odluka o predaji, odnosno oduzimanju deteta, ovaj postupak se takođe nije shvatao kao kontinuirani proces u kome se mora postići najviši stepen saradnje suda i organa starateljstva, kao postupak u kome postoje pripremna faza, faza samog izvršenja i

[28] I u literaturi se ukazuje na brojnost ovih pritužbi, J. Arsić, M. Banić, *nav. delo.*

faza nakon toga.[29] Postojali su i problemi usled nedovoljno jasno definisane uloge i granica postupanja organa involviranih u ovaj postupak izvršenja, zatim preterano formalizovanog pristupa predaje deteta, neplaniranog i situacionog postupanja i nerazumevanja sadržine principa najboljeg interesa deteta.[30] Situacija u kojoj se izvršenje svodi isključivo na akte oduzimanja i predaje deteta uslovljava visok stepen traumatizacije deteta, ali i to da se roditelji teško odlučuju da pokrenu izvršni postupak, posebno ako postoji problem poštovanja odluke oko viđanja deteta, što vodi prekidu kontakta deteta i jednog od roditelja i povredi niza dečijih prava.[31] Može se osnovano pretpostaviti da neisplaniran tok neposrednog izvršenja, pasivnost sudije u pogledu korišćenja ovlašćenja za održavanje reda povodom ponašanja advokata prilikom sprovođenja izvršenja, nedovoljna kontrola nad radom izvršnih sudija i brojni drugi problemi koji su uzročnici loše statistike okončanih izvršnih postupaka u ovoj materiji neće biti otklonjeni primenom novog zakonskog rešenja.

Čini se da će se problemi prepoznati u praksi u uslovima kada je prema ranijim verzijama zakona izvršenje bilo u nadležnosti suda samo usložnjavati. Tako, postavlja se pitanje ko zapravo oduzima i predaje dete, jer zakonodavac ne određuje ko u ime organa starateljstva to radi. Kakva je unutrašnja podela nadležnosti kada je organ starateljstva podneo predlog za izvršenje, s obzirom na to da je pomoćni organ prema nizu aktivnosti koje sprovodi i faktički sprovodi oduzimanje i predaju? Šta podrazumeva formulacija "uz prisustvo i nadzor suda"?[32] Naime, i jedan i drugi organ moraju voditi računa o najboljem interesu deteta pa ne znamo koja je svrha nadzora ako organ starateljstva sprovodi plan koji je psiholog već doneo za konkretan slučaj, koristeći stručna znanja koja sudija nema, a uz to i psiholog mora biti prisutan pri izvršenju (čl. 376, st. 3). Dalje, kao egzekutivni organ, organ starateljstva mora imati i posebne odgovornosti koje do sada nije bilo potrebno regulisati, a o njima ne govore ni izmene i dopune ZIO/2019. Ko

[29] *Ibidem.*

[30] Dragan Vulević, "Uloga organa starateljstva u postupcima izvršenja odluka iz oblasti porodičnog prava – predaja i oduzimanje deteta", Beogradski centar za ljudska prava, *http://www.bgcentar.org.rs/uloga-organa-starateljstva-u-postupcima-izvrsenja-odluka-iz-oblasti-porodicnog-prava-predaja-i-oduzimanje-maloletnog-deteta/*, 08.08.2019.

[31] J. Arsić, M. Banić, *nav. delo.*

[32] OZ RH (*Narodne novine,* br. 48/16 i 112/18, urednički prečišćeni tekst) mada određuje isključivu nadležnost suda za sprovođenje izvršenja radnje oduzimanja deteta (čl. 512, st. 2), predviđa saradnju suda i centra za socijalnu zaštitu, a Pravilnikom je regulisano postupanje ova dva organa kao i policijskih službenika za mlade pri prinudnom oduzimanju i predaji deteta.

procenjuje neophodnost asistencije policije i upućuje poziv?[33] Dakle, niz je nerazrešenih dilema koje ovo, radikalno novo rešenje, otvara. Dodatni problemi su svakako i brojne nadležnosti koje centri za socijalni rad, odnosno organi starateljstva već imaju, kao i kadrovski, organizacioni, prostorni i dr. Nova procesna uloga organa starateljstva zahteva, svakako, da se otklone nedostaci i neusklađenosti u ZIO/2019, ali i da se podzakonskim aktom reguliše niz pitanja. Nadležno ministarstvo za sada nije povodom komentarisanih izmena i dopuna dostavilo centrima za socijalni rad instrukciju o načinu rada organa starateljstva u ovom postupku.[34] Ovakvom propustu možemo uputiti kritiku neblagovremenosti, budući da se izmene primenjuju od 1. januara 2020. godine, a bitno drugačije normirana uloga organa starateljstva diktira uređivanje organizacione strukture rada nadležnih službenika.

Predlog za izvršenje, sredstva izvršenja i rešenje o izvršenju

Izmenama i dopunama ZIO/2019 zadržana su rešenja ZIO/2015 koja se odnose na sadržinu predloga za izvršenje, sredstva izvršenja i rešenje o izvršenju. Tako, suprotno odredbi čl. 59, st. 1, da predlog za izvršenje mora sadržati "...jedno sredstvo ili jedan predmet ili više sredstava i predmeta izvršenja...", predlogom za izvršenje odluka iz porodičnih odnosa ne mora biti naznačeno sredstvo izvršenja, a ako je naznačeno sud njime nije vezan (čl. 370). Rešenje jeste i brana mogućim posledicama neukosti podnosioca predloga, jer bi se neuredan predlog odbacio, ali je, pre svega, posledica okolnosti da je sud, uz saradnju organa starateljstva najkompetentniji da izabere sredstvo izvršenja primereno konkretnoj situaciji i za

[33] Neizmenjen je ostao deo ZIO/2015 o policijskoj asistenciji (čl. 143–147), a tu se izričito pominje da je može zahtevati javni izvršitelj, čak se ne pominje da to može činiti sud.

[34] Povodom rešenja sadržanog u ZIP/2004, koje je u pogledu određenja uloge organa starateljstva bilo slično rešenju sadržanom u ZIO/2015, doneta je "Instrukcija o načinu rada organa starateljstva, odnosno psihologa u postupku izvršenja odluka iz oblasti porodičnog prava – predaja i oduzimanje deteta". Prema saznanjima dobijenim u Centru za socijalni rad Kragujevac, nakon 2009. godine od kada se primenjuje, ova Instrukcija nije izmenjena niti stavljena van snage, pa u njoj možemo pronaći smernice za analizu dosadašnje uloge organa starateljstva u postupku izvršenja predaje deteta. Iz analize čl. 3 i čl. 5 Instrukcije sledi da je uloga psihologa organa starateljstva ("voditelja slučaja") da svojom intervencijom u pripremnoj fazi koja prethodi činu neposrednog oduzimanja i predaje deteta, kao i u naknadnoj fazi, deluje u cilju realizacije svojih samostalnih dužnosti, a da u glavnoj fazi u kojoj se oduzima i predaje dete pomogne sudiji u realizaciji neposrednog sprovođenja izvršenja. O glavnoj, centralnoj fazi, Instrukcija ne sadrži smernice za postupanje, što jasno upućuje na zaključak da se uloga psihologa organa starateljstva svodi na pomoćnu, koji odgovara i jezičkom tumačenju zakonske odredbe sadržane u ZIO/2015 i svim prethodnim verzijama zakona kojim je uređena materija izvršnog postupka.

koje oceni da je najefikasnije uz najviši nivo zaštite interesa deteta.[35] Odredba ima i funciju zaštite izvršnog dužnika s obzirom da je prinudno izvršenje oduzimanjem i predajom deteta najčešće posledica teških konflikata roditelja, pa će podnosilac predloga birati najrigidnije sredstvo izvršenja – kaznu zatvora, po pravilu.[36] U skladu sa ovakvim rešenjem je i odredba čl. 373, st. 3, odnosno da sud može menjati sredstva izvršenja sve dok se ono ne okonča.

Ipak, u odabiru primerenog sredstva izvršenja sud treba da sarađuje i sa organom starateljstva, odnosno stručnim licima i organima, mada to ne sledi izričito iz odredaba zakona. Posredno se, na osnovu odredbe čl. 375, st. 5, o dužnosti psihologa organa starateljstva da se "i pre izvršenja i u toku samog izvršenja" rukovodi zaštitom najboljeg interesa deteta, može zaključiti da bi u periodu pre izvršenja to moglo biti povezano uz odabir najadekvatnijeg sredstva izvršenja. Nedostatak izričitog stava zakonodavca o tome dopušta, međutim, i suprotan zaključak. Kako je organ starateljstva involviran u tok sporova u oblasti porodičnih odnosa u dugom periodu pre početka prinudnog izvršenja, to bi pomoć sudu u ovom smislu bila dobrodošla.[37]

Mada je odredbom čl. 371 formalno prihvaćeno načelo zaštite najboljeg interesa deteta, a u tom cilju je predviđeno i da izvršni sud može izuzetno zakaziti ročište, čini se da ovakav sumarni pristup ne obezbeđuje primenu navedenog standarda. Pre svega, praksa ima problem u prepoznavanju, odnosno utvrđivanju najboljeg interesa deteta jer ovaj standard nema jedinstvenu i unapred definisanu sadržinu već se procenjuje *in concreto.* U Komentaru Principa evropskog porodičnog prava koji se odnosi na roditeljske odgovornosti[38] navodi se da je najbolji interes promenljiv i da zavisi od preovlađujućih vrednosti konkretnog društva u odnosu na decu, ali i od svakog pojedinog deteta i njegove konkretne situacije, posebno godina, zrelosti, osobina ličnosti, potreba, sposobnosti i dr. Naše pozitivno pravo ne daje bliže kriterijume za procenu najboljeg interesa deteta, ali se u sudskoj praksi prihvata niz okolnosti, kao što su: uzrast, pol, želje deteta, osećanja s obzirom na uzrast i zrelost, potrebe (vaspitne, u vezi sa stanovanjem, ishranom, odevanjem, zdravstvenom zaštitom, obrazovanjem i dr.) i sposobnost roditelja da zadovolji potrebe deteta.[39] Pod okriljem UNICEF-a, Ministarstva pravde i

[35] G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, *nav. delo,* str. 1106.

[36] *Ibidem.*

[37] *Ibidem.*

[38] Principi evropskog porodičnog prava koji se odnose na roditeljske odgovornosti, Komisija za evropsko porodično pravo, Intersentia –CEFL, Antverpen–Oxford, 2007, str. 38.

[39] V. Presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž2 798/10, od 17.11.2010. godine, *www.bg.ap.sud.rs/lt/articles/sudska-praksa/pregled.sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/porodicno-pravo/gz2-798-10.html*, 08.08.2019.

Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Pravosudna akademija i Centar za prava deteta izradili su Smernice za učešće deteta u građanskim sudskim postupcima i procenu najboljeg interesa deteta, razrađujući, takođe, kriterijume za procenu ovog standarda,[40] a sadržani su i u Nacrtu ZPD.[41]

Problem normativnog pristupa zakona, ali i pravnog sistema Srbije generalno, na koji je već ukazano je okolnost da dete u nizu građanskih sudskih postupaka, kao i u postupku izvršenja nema položaj stranke. Stoga se i značaj odredbe čl. 371, st. 2, o mogućnosti zakazivanja ročišta, relativizuje. Takođe, nema ni odredbe o pravu deteta na izražavanje svog mišljenja i pravu da dobije relevantne informacije kako bi formiralo mišljenje, a shodna primena Porodičnog zakona koji ova prava garantuje nije predviđena u postupku izvršenja (čl. 39 ZIO/2015).[42]

Način regulisanja sadržine rešenja o izvršenju ukazuje na dve mogućnosti – da se naloži predaja deteta odmah i da se naloži predaja u određenom roku. Pri tome, uprkos vezanosti izvršnog suda izvršnom ispravom (čl. 5, st. 1) njegovo ovlašćenje iz odredbe čl. 372, st. 1, odnosno da će naložiti predaju odmah ili u određenom roku i kada to nije učinjeno izvršnom ispravom, samo ukazuje na potencirana, šira ovlašćenja u postupcima izvršenja u kojima su involvirana lica koja pripadaju posebno ugroženim grupama – deca, lica koja trpe nasilje u porodici, npr. Dakle, u slučaju kada u izvršnoj ispravi nije naložena predaja sud se može opredeliti za jednu od dve navedene varijante. Pri tome, nabrajanje situacija u kojima će se po zakonu rešenjem odrediti da se dete neodložno preda (bez ostavljanja naknadnog roka i izricanja novčane kazne ili kazne zatvora) nije taksativno, već se samo ukazuje na neke od njih.[43]

Sredstva izvršenja taksativno su nabrojana odredbom čl. 373, st. 1: prinudno oduzimanje i predaja deteta; novčana kazna i kazna zatvora. Redosled navo-

[40] Smernice za učešće deteta u građanskim sudskim postupcima i procenu najboljeg interesa deteta, Beograd, 2015, str. 41,42, *http://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/10/Smernice_za_ucesce_deteta_u_gradjanskim_sudskim_postupcima.pdf*, 08.08.2019.

[41] V. čl. 12 Nacrta ZPD.

[42] Tako je Ustavni sud, postupajući po ustavnoj žalbi, konstatovao da izvršni sud nema procesne mehanizme koji bi u dovoljnoj meri garantovali ostvarenje najboljeg interesa deteta (u postupku izricanja privremene mere), Už-3407/2013, *www.propisionline.com/Practice/Decision/48480*, 08.08.2019, a odredba čl. 227 ZIO/2011 koji se tada primenjivao imala je sličnu sadržinu važećoj.

[43] Pominjanje ovih situacija je i posledica obaveza koje je ratifikacijom Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima otmice dece, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/91, ali i Evropske konvencije o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i o ponovnom uspostavljanju odnosa staranja, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 1/01.

đenja ne znači, međutim, redosled kojim sud, na osnovu ovlašćenja iz st. 3, može da menja sredstva izvršenja. Zapravo, izuzev situacija kada je naložena neodložna predaja, sud određuje primereno i efikasno sredstvo izvršenja ceneći konkretne okolnosti.[44] Pri tome može zakazati i sprovesti i ročište. Primena je moguća prema svim licima koja su u obavezi da dete predaju (čl. 373, st. 2). Čini se, ipak, da kada sud ima mogućnost izbora, prvi izbor je novčana kazna kako bi se manje rigidnim sredstvom postigla zapravo predaja deteta. Isključena je zamena novčane kazne kaznom zatvora, odnosno kazna zatvora je samostalno sredstvo izvršenja (čl. 374, st. 2), ali je izmenama i dopunama ZIO/2019 dopušten prigovor protiv rešenja o izricanju novčane kazne, a stavom 3 i protiv rešenja o izricanju kazne zatvora. Pri tome, iz smisla odredaba zakona o prigovoru sledi da prigovor protiv rešenja o izricanju novčane kazne ne odlaže izvršenje rešenja, dok je u slučaju prigovora protiv rešenja o izricanju kazne zatvora izričito predviđeno da ovaj pravni lek odlaže izvršenje kazne. Novi način regulisanja pravnih lekova, a posebno suspenzivno dejstvo prigovora protiv rešenja o izricanju novčane kazne ne doprinose efikasnosti izvršenja odluka iz porodičnih odnosa što će se, sasvim sigurno, reperkutovati i na efikasnost zaštite dece, žrtava nasilja i drugih subjekata porodičnih odnosa.

Napomenuto je već da ni izmene i dopune ZIO/2019 ne daju nova i adekvatna rešenja u ostalim postupcima iz porodičnih odnosa, kakvi su izvršenje radi održavanja ličnih odnosa sa decom, radi zaštite od nasilja u porodici, zaštite prava deteta i drugih. Novina koja je, ipak, uvedena je da se shodno primenjuje i čl. 373[45] kojim su predviđena sredstva izvršenja.[46] Ipak, nesporno je da sva ona nisu i adekvatna za prinudno izvršenje odluke o održavanju ličnih odnosa sa detetom.[47] Posebno, pri tome, mislimo na neadekvatnost mere oduzimanja i predaje deteta. Prepoznajući specifičnosti izvršenja odluka o održavanju ličnih odno-

[44] Stav sa Sesije "O spornim pitanjima izvršnog postupka", Saopštenja sudova, problemi u izvršavanju privremenih mera i sudskih odluka u sporovima iz porodičnih odnosa, Bilten VKS, br. br. 3/2015, str. 248, *www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Bilten3.pdf*, 09.08.2019.

[45] Dopuna je i primena čl. 374, o novčanim kaznama i kazni zatvora, koja prati odredbu čl. 373.

[46] Kritiku prethodnog zakonskog teksta koji je izostavio shodnu primenu norme o sredstsvima izvršenja videti u G. Stanković, D. Palačković, A. Trešnjev, *nav. delo,* str. 1128.

[47] Treba reći da je rubrum čl. 379 kojim se u ovom postupku izvršenja određuje shodna primena određenih članova kojima se reguliše preadja i oduzimanje deteta u neskladu sa Porodičnim zakonom koji u čl. 61 pravo na održavanje ličnih odnosa određuje kao pravo deteta, a ne pravo drugih da održavaju lične odnose sa detetom, a da izmene i dopune ZIO/2019 zadržavanju ovakav pristup.

sa, hrvatski zakonodavac je, npr., posebno normirao pravila postupka izvršenja u ovim situacijama, a kao sredstva izvršenja predviđene su novčana kazna i kazna zatvora.[48] Sličan zaključak u pogledu neadekvatnosti svih sredstava izvršenja odluka o predaji ili oduzimanju deteta može se izvesti i kada je reč o izvršavanju odluka, odnosno mera koje sud može da izrekne u slučaju utvrđenog nasilja u porodici. Tako, npr., jedna od mera je izdavanje naloga za iseljenje (odnosno useljenje) iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine, odnosno zakupa nepokretnosti.[49] Problem je, naime, da li se izricanjem novčanih kazni, pa i kazne zatvora, postiže neophodna hitnost. Jedino prinudno iseljenje uz asistenciju policije i prisustvo pomoćnih organa kada su involvirana deca omogućava efikasnost u ovom slučaju,[50] što asocira na shodnu primenu odredaba kojima se reguliše ispražnjenje i predaja nepokretnosti, koju, međutim, zakon ne predviđa.

ZAKLJUČAK

Izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2019. godine uvedena su malobrojna nova rešenja vezana za izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima. Povodom njih sledi da i dalje nisu prepoznate specifičnosti izvršenja drugih odluka iz porodičnih odnosa, već je kao osnovni i u najvećoj meri normiran zadržan i dalje postupak predaje deteta. Normativni pristup zahteva doslednost, jezičku i suštinsku, i izbegavanje kontradiktornosti. Stoga je bilo dobro ustanoviti jedan broj opštih odredaba za sve postupke izvršenja odluka u vezi sa porodičnim odnosima, a onda predvideti specifična rešenja za svaki, od većeg broja takvih postupaka. Posebno, pri tome, mislimo na postupak izvršenja radi zaštite od nasilja u porodici ili održavanja ličnih odnosa sa detetom, npr., gde shodna primena odredaba o sredstvima izvršenja stvara konfuziju.

---

[48] V. odredbe čl. 520–525, a o sredstvima izvršenja čl. 523 Ovršnog zakona RH.

[49] Porodični zakon, čl. 198, st. 2 nabraja mere, a iz odredaba čl. 283–289 sledi da je ovde reč o parničnom postupku i presudi kao izvršnoj ispravi. Hitne mere koje izriče policijski službenik predviđa čl. 17 Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, br. 94/16, pri čemu se policijsko naređenje o hitnoj meri odmah po uručenju licu kome je mera izrečena dostavlja javnom tužiocu koji, na osnovu čl. 18 sudu podnosi predlog da se hitna mera produži, što upućuje na zaključak da će se u ovom slučaju primeniti pravila zakona kojim je regulisan postupak izvršenja.

[50] Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž2 705/10, od 6.10.2010. godine, ukazuje da se sudovi u praksi izvršenja dovijaju i upravo na ovaj način odlučuju, *http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/*, 09.08.2019.

Najradikalnija izmena u ZIO/2019 je prenošenje nadležnosti sa suda na organ starateljstva za sâmo sprovođenje izvršenja prinudnim oduzimanjem i predajom deteta što predstavlja novi oblik dejudicijalizacije u postupku izvršenja. I u dosadašnjoj praksi prepoznati su problemi u saradnji suda i organa starateljstva uslovljeni nejasnim i nedovoljno preciziranim smernicama za njihovo postupanje. Prenošenjem nadležnosti za čin egzekucije na organ starateljstva problemi će se usložnjavati. Ovo posebno važi u okolnostima kada organ starateljstva ima, zapravo, niz nadležnosti koje su, između ostalog, međusobno protivrečne. Okolnost da zakonodavno nije koncipirana procesna uloga deteta u postupcima izvršenja odluka iz porodičnih odnosa može se dovesti u vezu sa (ne)poštovanjem procesnih prava deteta, a onda i standardom najboljeg interesa deteta. Ovaj standard mora biti zadovoljen u svakoj fazi postupka izvršenja pa su u radu na osnovu analize, odnosno tumačenja zakonskih normi – od sadržine predloga za izvršenje, preko odabira primerenog sredstva izvršenja, načina faktičkog izvršenja, rokova i mogućnosti zakazivanja ročišta, izneti stavovi, odnosno predlozi kojima bi se ovaj standard dostigao u najvećoj mogućoj meri. I novi pristup pravnim lekovima kao i izvršenju odluka o alimentacionim zahtevima smatramo problematičnim i stoga podložnim izmenama *de lege ferenda*.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac,
JELENA ČANOVIĆ, LL.M.,
Ph.D. candidate, Assistan, Faculty of Law,
University of Kragujevac

ENFORCEMENT OF RULINGS PERTAINING TO FAMILY RELATIONS
– Newest amendments to the law specifically –

Summary

In this paper amendments of the Law on enforcement and security interest enacted in 2019 are analyzed in the matter of enforcement of the rulings pertaining to family relations, as well as mismatch of these amendments with the still valid provisions of the Law on enforcement and security interest which came into force in 2015. Also, it is pointed at certain linguistic and substantive inconsistencies which can be identified by comparing of the general provisions of the law with the provisions regulating enforcement of the rulings pertaining to family relations. New solutions have retained the normative approach of regulating the "basic" procedure of enforce surrender of a child, in regard to the other procedures that are only summarized. In our view, separation of the general

procedural rules applicable in all procedures of enforcement of the rulings pertaining to family relations was rational, which is specifically indicated in the paper as well. Solution by which is, as new way of the dejudicialization of the enforcement proceeding, custodial authority entrusted for enforced removal and surrender of a child, as well as for the enforcement of rulings regarding alimony claims is especially critically analyzed. In the context of the enforcement of these rulings, review of the problems related to the applying of the best interests of the child standard was also necessary. New solutions in respect to legal remedies have also been problematized, with particular reference to the unregulated procedural position of the child in enforcement proceedings.

Key words: enforcement proceeding, family relations

VUJADIN MASNIKOSA

NOVI POSTUPAK DOBROVOLJNOG NAMIRENJA PRED JAVNIM IZVRŠITELJEM

Izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju zakonodavac je nastojao da poboljša postojeće institute i uvede nove, a sve na bazi iskustava i rezultata postignutih u praksi. Pojavljuje se jedan poseban, novi postupak, koji naše izvršno zakonodavstvo do sada nije poznavalo. Javnim izvršiteljima su proširena ovlašćenja, te im je poveren postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka. Postupak je fakultativan, dobrovoljan i pokreće se predlogom izvršnog poverioca. Rezervisan je za novčana potraživanja i ne predstavlja uslov za vođenje izvršnog postupka. Brojne prednosti ovog postupka su uočene i pre nego što je otpočela njegova primena. Prvenstveno će izvršnog dužnika poštedeti prinudnosti koju sa sobom nosi postupak izvršenja, potom će omogućiti da se uz znatno manje troškove i pogodnosti namiri novčano potraživanje izvršnog poverioca ili zaključi sporazum sa izvršnim poveriocem o načinu namirenja ovog potraživanja. Jedini nedostatak koji se za sada uočava je što inicijativa za ovaj postupak mora poticati od izvršnog poverioca, odnosno ona ne može poticati od izvršnog dužnika.

Ključne reči: *soft collection, novčano potraživanje, javni izvršitelj*

U V O D

Postupak izvršenja podrazumeva prinudno ostvarivanje potraživanja izvršnog poverioca na osnovu domaće ili strane izvršne ili verodostojne isprave, a na osnovu odluke suda i delatnosti javnog izvršitelja, kao lica kome su poverena jav-

---

Mr Vujadin Masnikosa, zamenik predsednika Komore javnih izvršitelja Republike Srbije.

na ovlašćenja. Kako je osnovna karakteristika ovog postupka prinudnost, jasno je da je onaj ko nije dobrovoljno ispunio svoju obavezu dužan da trpi posledice takvog postupka na svojoj imovini. Posledice koje su predmet posebnog interesovanja, kako stranaka i učesnika u postupku tako i šire javnosti, jesu troškovi izvršnog postupka koji padaju na teret izvršnog dužnika jer je svojim postupanjem, odnosno nepostupanjem prouzrokovao vođenje izvršnog postupka.

Konstantni rast broja izvršnih postupaka pred sudovima doveo je do potrebe za uvođenjem javnih izvršitelja u pravni sistem Republike Srbije, kao fizičkih lica kojima je država poverila javna ovlašćenja, a u cilju rasterećenja sudova s jedne strane, a s druge strane, u cilju efikasnosti postupka izvršenja. Država je deo svoje izvorne nadležnosti koji je pripadao sudovima prenela fizičkim licima.

Javni izvršitelji kvazisudsku delatnost vrše putem donošenja rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti, međutim, njihovo najznačajnije ovlašćenje je da preduzimaju radnje kojima se neposredno sprovodi postupak izvršenja ili obezbeđenja.[1] Javni izvršitelji svoja ovlašćenja izvode iz zakona i staraju se da se izvršni poverilac što brže i povoljnije namiri uz poštovanje zakona i prava izvršnog dužnika i svih učesnika u postupku.[2] Dužni su da posreduju između stranaka radi sporazumnog namirenja izvršnog poverioca.[3] Ovo je do izmena i dopuna Zakona o izvršenju i obezbeđenju bila jedina odredba koja u sebi nije sadržala prinudnost, odnosno za cilj je imala da se na neki način koji je povoljniji za izvršnog dužnika, ublaže posledice postupka izvršenja i obezbeđenja. Zakonodavac pominje sporazumno namirenja izvršnog poverioca, čime se jasno ukazuje da u tom sporazumu primarnu ulogu ima potraživanje izvršnog poverioca i njegovo namirenje, dok se tek u drugom planu nastoji pružiti olakšanje izvršnom dužniku da svoju obavezu ispuni.

U svojoj dosadašnjoj praksi javni izvršitelji na različite načine nastojali su da omoguće izvršnim dužnicima da u toku postupka izvršenja dobrovoljno izmire potraživanje izvršnog poverioca, što je u duhu načela zaštite izvršnih dužnika. Korišćene su različite mere koje nisu bile prinudnog karaktera. Postizani su sporazumi između stranaka o odlaganju izvršenja, potom sporazumi javnog izvršitelja sa izvršnim dužnikom uz mogućnost da svoje dugovanje otplaćuje na rate, da se njihova zarada ili penzija optereti u iznosu koji je ispod zakonskog minimuma u slučaju izuzetno loše materijalne situacije izvršnog dužnika, bolesti izvršnog dužnika,

[1] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/2015 i 106/2016 – autentično tumačenje i 113/2017 – autentično tumačenje, 54/2019, član 493, stav 1, tačka 1 i tačka 4.

[2] *Ibidem*, čl. 138 st. 1.

[3] *Ibidem,* čl. 137.

velikog broja članova njegove porodice i sl. Ali razlika je što je ovo činjeno u toku postupka prinudnog namirenja izvršnog poverioca. Ni jedna od ovih pogodnosti nije imala za posledicu otpuštanje duga ili dela duga, te je izvršni dužnik na kraju plaćao celokupno potraživanje sa svim troškovima izvršnog postupka.

Zakonodavac je izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju imao za cilj smanjenje broja postupaka izvršenja i da se kroz jedan poseban postupak iskoristi poslednja šansa da se strane u nekom obligacionom odnosu dogovore u pogledu ispunjenja obaveze, a kako bi se izbegao izvršni postupak. Ustupak se nastojao učiniti budućim izvršnim dužnicima, da bi se poštedeli postupka prinudnog izvršenja i da bi troškovi koji padaju na teret izvršnog dužnika bili neuporedivo manji u odnosu na one koji bi nastali u toku postupka izvršenja.

SOFT-COLLECTIONS

"Soft collections" tzv. "meke" metode predstavljaju načine naplate dugovanja koji nisu grubi ni oštri. Odnosno, izraz se koristi za označavanje postupaka naplate dugovanja na drugačiji način od postupka prinudne naplate. Predstavlja poslednji napor da se naplate novčana dugovanja uz niže troškove postupka. Postavlja se pitanje ko ovakav postupak sprovodi, da li su to agencije, privredna društva, banke, advokati, javni beležnici ili pak javni izvršitelji. Međutim, najčešće su to sami poverioci, potom treća lica u formi agencija, advokata ili privrednih društava čije se usluge koriste. Reč je o metodama naplate dugovanja, koja su dospela u središte interesovanja usled velikog broja lica koja se zadužuju pretežno kod banaka, a posebno je to izraženo u zemljama u tranziciji. Postupak se najčeće realizuje tako da traje ukupno 30 dana ili pak duže, zavisno od samog poverioca. Postupak se započinje pozivanjem dužnika i ukazivanjem da postoji dugovanje koje je neophodno da izmiri, sa instrukcijama o načinu na koji se dug može izmiriti. Pozivanje dužnika i njegovo obaveštavanje vrši se putem slanja SMS poruka, telefonskim putem, potom slanjem email-a, kada se vrši i pregovaranje sa dužnikom o načinu isplate dugovanja. Na kraju, ukoliko se ne postigne sporazum šalje se pismo kojim se zahteva od dužnika isplata novčanog potraživanja u određenom roku pod pretnjom pokretanja prinudnog postupka. Ukoliko se postigne sporazum sa dužnikom o plaćanju dugovanja, šalje mu se potvrda duga, što olakšava kasnije pokretanje postupka prinudnog namirenja poverioca.[4]

[4] V. Vermeulen Law, *https://www.vermeulenlaw.co.za/soft-collections/*, preuzeto dana 16.09.2019. godine.

DOBROVOLJNO NAMIRENJE NOVČANOG POTRAŽIVANJA PRE POKRETANJA IZVRŠNOG POSTUPKA KAO NOVI INSTITUT U IZVRŠNOM ZAKONODAVSTVU

Izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju nastojalo se da se reše problemi koji su se javili u primeni ovog zakona u praksi. Od donošenja zakona je proteklo skoro tri godine, što je dovoljno vremena da se uoče eventualne manjkavosti postojećih zakonskih rešenja ili potreba za uvođenjem novih rešenja koja će predstavljati win-win situaciju, kako za izvršnog poverioca, a posebno za izvršnog dužnika. Zakonodavac tako uvodi postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka. Mogli bismo reći da ima karakteristike posebnog postupka, te da je pored postupka izvršenja i obezbeđenja uveden jedan novi postupak koji ima za cilj da predupredi da do ova dva postupka ne dođe. Reč je o fakultativnom, a ne mandatornom postupku i nema nikakav uticaj na mogućnost na strani poverioca da i bez njega, direktno, započne izvršni postupak protiv izvršnog dužnika.[5]

Prva karakteristika postupka dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja je da je isključivo rezervisan za namirenje novčanog potraživanja, što ukazuje da je zakonodavac prilikom donošenja izmena i dopuna imao u vidu brojnost predmeta koji se vode radi namirenja novčanog potraživanja. Takođe je imao u vidu i dosadašnje iskustvo u radu javnih izvršitelja, da je njihovim uvođenjem postupak izvršenja i obezbeđenja postao efikasniji, da se oseti napredak u poštovanju prava na suđenje u razumnom roku, te je uvodeći jedan novi postupak koji naš pravni sistem nije poznavao do sada, primarnu ulogu upravo dao javnim izvršiteljima. Na ovaj način je došlo do proširenja njihovih ovlašćenja i nadležnosti, odnosno država im je ponovo ukazala poverenje na osnovu postignutih rezultata. S druge strane, intencija zakonodavca je bila da uvede red i u oblast faktoringa koji je nedovoljno regulisan i kojim se bave brojna privredna društva, agencije i posrednici, te smo svedoci otkupa potraživanja i loših iskustava građana koji se žale zaštitniku građana, angažuju advokate, traže pomoć medija, a najčešće su to potraživanja od mobilnih i kablovskih operatera.

Postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka, započinje podnošenjem pismenog predloga izvršnog poverioca. Uz predlog izvršni poverilac je dužan da javnom izvršitelju dostavi izvršnu ili

[5] Ministarstvo pravde Republike Srbije, *https://www.mpravde.gov.rs/files/Образложење%20Нацрта%20закона%20о%20изменама%20и%20допунама%20Закона%20о%20извршењу%20и%20обез...%201.pdf*, preuzeto dana 16.09.2019. godine.

verodostojnu ispravu kojom dokazuje postojanje i dospelost svog potraživanja.[6] Sličnost sa postupkom izvršenja i obezbeđenja je ta da izvršni poverilac inicira ovaj postupak, odnosno izvršni poverilac je taj koji u ovom postupku pokazuje volju da se potraživanje namiri dobrovoljno. Sledeća sličnost sa postupkom izvršenja i obezbeđenja je da se pokreće pismenim predlogom. Mogućnost vođenja ovog postupka postoji kako kod namirenja novčanog potraživanja na osnovu izvršne, tako i na osnovu verodostojne isprave. Poseban značaj ovaj postupak može imati kod namirenja novčanog potraživanja na osnovu verodostojne isprave, jer se najčešće kao verodostojne isprave javljaju računi, izvodi iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim ili srodnim uslugama ili obračuni o nagradi i naknadi troškova advokata. Izvršnim dužnicima se tako daje još jedna prilika da dobrovoljno namire potraživanje, te da se otklone nesaglasnosti između stranaka ukoliko postoje, a koje se mogu ticati pitanja postojanja dugovanja, dospelosti potraživanja, potom mogućnosti da je obaveza izvršena ili da je na drugi način prestala ili zastarela.

Ukoliko se postupak vodi radi dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih ili srodnih delatnosti, predlog se podnosi javnom izvršitelju čija se nadležnost određuje u skladu sa članom 393. ovog zakona.[7] Na sličan način se pokreće postupak izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih ili srodnih delatnosti. Pre podnošenja predloga, izvršni poverilac je dužan da zahteva od Komore da odredi javnog izvršitelja kome će se podneti predlog. Dužnost Komore je da odgovori na zahtev izvršnog poverioca u roku od pet dana od dana prijema zahteva, vodeći računa o tome da se javni izvršitelji određuju ravnomerno prema azbučnom redu upisa u Imenik javnih izvršitelja i zamenika javnih izvršitelja i da je za postupanje po predlogu isključivo nadležan javni izvršitelj na čijem području izvršni dužnik ima prebivalište, boravište ili sedište. Ako Komora ne odgovori na zahtev izvršnog poverioca u roku od pet dana, izvršni poverilac samostalno određuje javnog izvršitelja na čijem području dužnik ima prebivalište, boravište ili sedište.[8]

Odlika i ovog postupka je obaveza izvršnog poverioca da predujmi troškove postupka u skladu sa javnoizvršiteljskom tarifom. Rok koji zakon predviđa je osam dana od dana dostavljanja naloga za uplatu predujma, a ukoliko izvršni poverilac ne uplati predujam u ovom roku, smatra se da je izvršni poverilac povukao predlog za dobrovoljno namirenje novčanog potraživanja pre pokretanja iz-

[6] Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/2015 i 106/2016 – autentično tumačenje i 113/2017 – autentično tumačenje, 54/2019, čl. 138a, st. 1 i st. 2.

[7] *Ibidem*, čl. 138a, st. 3.

[8] *Ibidem*, čl. 393, st. 1, st. 2, st. 3.

vršnog postupka.[9] Postojanje predujma troškova postupka značajan je materijalni motiv kako za javnog izvršitelja, tako i za stranke u postupku. Omogućiće javnim izvršiteljima da sa neuporedivo manje preduzetih radnji ostvare materijalna sredstva, dok će strankama pogodovati manji iznos troškova postupka u odnosu na one koji bi postojali da je pokrenut postupak izvršenja.

Kako dosadašnja Javnoizvršiteljska tarifa nije regulisala troškove ovog postupka, nadležno ministarstvo će upodobiti javnoizvršiteljsku tarifu izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Postavlja se pitanje – koliki troškovi ovog postupka mogu biti i za koje radnje. Da li bi to bili samo troškovi pripremanja vođenja i arhiviranja predmeta, troškovi dostavljanja ili će javni izvršitelj imati pravo na odgovarajuću naknadu i za druge radnje koje je neophodno preduzeti.

Nakon podnošenja predloga i uplate predujma na ime troškova ovog postupka, javni izvršitelj poziva izvršnog dužnika da dobrovoljno namiri novčano potraživanje iz izvršne ili verodostojne isprave i poučava ga o pogodnostima dobrovoljnog namirenja potraživanja.[10] Na ovaj način javni izvršitelj dobija novu ulogu u jednom fakultativnom postupku u kojem zakonodavac ne navodi načine na koje se vrši pozivanje izvršnog dužnika da dobrovoljno namiri novčano potraživanje. Kako su postupci izvršenja i obezbeđenja pismeni postupci, jasno je da će i pozivanje izvršnog dužnika biti vršeno pismenim putem. Isto tako, ne navodi se na koje to konkretno pogodnosti dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja javni izvršitelj ima pravo da ukaže izvršnom dužniku.

Ono što je specifičnost postupka dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka jeste da zakonodavac navodi mogući rok njegovog trajanja. Odnosno, pominje da se smatra okončanim bezuspešno protekom roka od 60 dana od njegovog započinjanja. Postupak se može okončati i na druge načine, zaključenjem sporazuma između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika ili dobrovoljnim namirenjem novčanog potraživanja iz izvršne ili verodostojne isprave. Najveći uspeh ovakvog postupka bio bi postignut potpunim dobrovoljnim namirenjem novčanog potraživanja izvršnog poverioca. Međutim, ako bi se postupak okončao zaključenjem sporazuma između stranaka, postavlja se pitanje kakav je karakter tog sporazuma, odnosno da li bi on mogao da predstavlja izvršnu ispravu. Da li bi u slučaju pokretanja izvršnog postupka bio nadležan javni izvršitelj koji je vodio postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka ili bi se postupak izvršenja sprovodio pred drugim javnim izvršiteljem. Mišljenja smo da bi se ovaj zaključeni sporazum

[9] *Ibidem*, čl. 138a, st. 4.

[10] *Ibidem*, čl. 138a, st. 5 i st. 6.

između stranaka mogao smatrati izvršnom ispravom ukoliko bi se overio od strane javnih beležnika, te da bi za postupak sprovođenja izvršenja bio nadležan javni izvršitelj koga je izvršni poverilac naznačio u predlogu za izvršenje. To može biti onaj javni izvršitelj pred kojim je vođen postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja ili drugi javni izvršitelj na čijem području izvršni dužnik ima prebivalište, boravište ili sedište. Najcelishodnije je da to bude javni izvršitelj pred kojim je vođen postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja, jer je upoznat sa strankama, predmetnim dugovanjem, izvršnom ili verodostojnom ispravom, činjenicama i okolnostima koje mogu biti značajne za sprovođenje izvršenja i potpuno namirenje izvršnog poverioca.

Ukoliko potraživanje iz izvršne ili verodostojne isprave bude dobrovoljno namireno u celini ili delimično, kao i u slučaju zaključenja sporazuma između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika, javnom izvršitelju pripada pravo na naknadu u skladu sa javnoizvršiteljskom tarifom. U ovom slučaju i sve troškove postupka konačno snosi izvršni dužnik.[11] Međutim, kako je ovaj postupak fakultativnog karaktera i kako se vodi u cilju dobrovoljnog namirenja potraživanja, iznos naknade i troškova postupka bi trebalo da bude manji nego u postupku izvršenja, a visina naknade svakako bi trebalo da zavisi i od načina uspešnog okončanja postupka.

Vođenje ovog postupka nije uslov za pokretanje izvršnog postupka, izvršni poverilac može i bez njega direktno započeti izvršni postupak protiv izvršnog dužnika.[12]

Pokretanjem postupka nastaje zastoj zastarelosti u trajanju od 60 dana, čime se poverilac koji podnese predlog za ovaj postupak oslobađa potencijalnih posledica u smislu zastarelosti potraživanja, za vreme njegovog trajanja.[13] Zakonodavac prepušta ministru za poslove pravosuđa da Pravilnikom kao podzakonskim aktom bliže uredi sam postupak dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka.[14]

PREDNOSTI I NEDOSTACI

Izvršni poverilac u jednom fakultativnom i nemandatornom postupku podnosi predlog javnom izvršitelju, koji obaveštava izvršnog dužnika i stavlja mu u izgled posledice izvršnog postupka, kao i pogodnosti dobrovoljnog nami-

[11] *Ibidem*, čl. 138a, st. 8

[12] *Ibidem,* čl. 138a, st. 9.

[13] *Ibidem*, čl. 138a, st. 10.

[14] *Ibidem*, čl. 138a, st. 11.

renja novčanog potraživanja, utičući na njega u pravcu dobrovoljnog namirenja potraživanja, postizanja sporazuma o načinu izmirenja dugovanja sa izvršnim poveriocem.

Postupak će omogućiti da se kod novčanih potraživanja na osnovu verodostojne isprave izbegnu i reše nesporazumi koji uvek postoje između izvršnog poverioca, koji zahteva naplatu novčanog potraživanja iz verodostojne isprave i izvršnog dužnika koji ima obavezu da novčano potraživanje izmiri. Kada je u pitanju novčano potraživanje na osnovu izvršne isprave omogućiće izvršnom dužniku da dobije još jednu priliku da dobrovoljno namiri novčano potraživanje ili da postigne sporazum sa poveriocem o načinu isplate dugovanja, koji će uštedeti, kako vreme, tako i sredstva obema strankama.

Prednost postupka dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka jesu upravo troškovi postupka. Troškovi koji na kraju padaju na teret izvršnog dužnika biće u manjem iznosu nego da je vođen postupak izvršenja. Od saglasnosti volja poverioca i dužnika će zavisiti uspeh postupka. Ukoliko dođe do zaključenja sporazuma on će privremeno odložiti započinjanje postupka prinudnog izvršenja.

Još jedan od benefita uvođenja ovakvog postupka je i to što će smanjiti broj izvršnih predmeta pred javnim izvršiteljima i sudovima, doprineće većoj finansijskoj odgovornosti dužnika, a s druge strane, predstavljaće odraz dobre volje i ustupka koji čini poverilac. Posredno će doprineti i smanjenju broja parničnih postupaka koji se vode nakon usvajanja pravnih lekova.

Pored brojnih prednosti, ovom postupku može se prigovoriti to što započinje podnošenjem predloga izvršnog poverioca, odnosno ne daje se mogućnost izvršnom dužniku da u cilju izbegavanja posledica prinudnog izvršenja pokrene postupak dobrovoljnog namirenja radi potpunog ili delimičnog namirenja ili zaključenja sporazuma sa izvršnim poveriocem. Drugi nedostatak je taj što je zakonodavac prepustio da se podzakonskim aktom bliže uredi postupak, a imajući u vidu značaj i potencijalni broj ovakvih postupaka, neophodno je bilo da mu zakonodavac posveti veću pažnju.

ZAKLJUČAK

Zakonodavac je postupkom dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka kao novinom koja je uvedena izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju, imao u vidu položaj izvršnog dužnika i sve negativne aspekte vođenja postupka izvršenja, kao i potencijalnu mogućnost da se tako nešto predupredi. Ukazao je poverenje javnim izvršiteljima

koji će svojim znanjem, iskustvom i profesionalnošću doprineti njegovoj afirmaciji i smanjenju broja postupaka izvršenja, a na posredan način uticati na uređenost oblasti prodaje potraživanja.

Brojni su benefiti ovakvog jednog postupka i očekuje se da će omogućiti veću zaštitu izvršnog dužnika. Bez obzira što je fakultativnog karaktera, interes je i izvršnog poverioca da u jednom postupku koji može da traje do 60 dana namiri svoje novčano potraživanje ili da zaključi sporazum sa izvršnim dužnikom o načinu namirenja. Smatramo da će ovaj postupak imati poseban značaj kada su u pitanju dugovanja između privrednih društava i preduzetnika. Omogućiće da se sačuvaju dobri poslovni odnosi, kao i da se bilo da su izvršni poverilac i izvršni dužnik pravna ili fizička lica sačuvaju dugotrajnih sudskih postupaka, kako parničnih, tako i izvršnih.

VUJADIN MASNIKOSA, LL.M.,
Deputy of the president of the Chamber
of Enforcement officers, Republic Serbia

NEW PROCEDURE FOR VOLUNTARY SETTLEMENT BEFORE PUBLIC BAILIFFS

Summary

With changes and amendments added to the enforcement and security law, the legislature intended in improving existing institute and adding new ones, and all ofthat on basis of experience and results in practice achieved so far. One new and special procedure is emerging, which our executive legislation did not had before. The public bailiffs were empowered and entrusted with the process of voluntarily settling a monetary claim prior to initiating enforcement proceedings. The procedure is optional, voluntary and is initiated by the proposal of the executive creditor. It is reserved for monetary claims and does not constitute a condition for conducting enforcement proceedings. Numerous advantages of this procedure were observed even before its implementation actually began.

Firstly, it will spare the executor going through the enforcement process, and then enable him to settle at a significantly lower cost and convenience the monetary claim of the enforcement creditor, or even conclude an agreement with the executive creditor on the manner of settlement of this claim. The only drawback so far is that the initiative for this procedure must come from the executive creditor, that is, it cannot originate from the executive debtor.

Key words: soft collection, monetary claim, bailiffs

RODOLJUB ETINSKI

PROBLEM U VEZI SA TUMAČENJEM ČLANA III GATT-a: ODREĐIVANJE SLIČNIH PROIZVODA I OGRANIČAVANJE NACIONALNIH POLITIKA

Uobičajena je praksa da tela GATT-a i STO, nadležna za rešavanje sporova, koriste više kriterija, uključiv fizičke karakteristike proizvoda, krajnje korišćenje proizvoda, preferencije potrošača i carinske klasifikacije za određivanje sličnosti proizvoda i da nalaz o sličnosti zasnivaju na kumulativnom dejstvu tih kriterija. Nalaz o sličnosti nije, tako, zasnovan samo na jednom kriteriju. S druge strane, nacionalne politike, ponekad, ostvaruju svoje ciljeve različitim tretmanom proizvoda tako da se različit tretman zasniva samo na jednom kriteriju. Politika zaštite životne sredine može, na primer, da stimuliše potrošnju proizvoda proizvedenih na ekološki prihvatljiv način nižim porezom. Proizvodi koji su proizvedeni na način štetan po životnu sredinu, a koji su slični u pogledu svih ostalih kriterija sa proizvodima koji su proizvedeni na način pogodan za životnu sredinu, izuzev u pogledu načina proizvodnje, bili bi određeni kao "slični proizvodi" i njihovo oporezivanje višim porezom bilo bi suprotno članu III GATT-a. Prema tome, ovakav način određivanja sličnosti proizvoda onesposobljava jedan od metoda vođenja nacionalnih politika: zasnivanje različitog tretmana proizvoda na jednoj relevantnoj karakteristici. Neki paneli su pokušali da traže rešenje u konstruisanju novog metoda određivanja sličnosti, poznatog kao test cilj-i-dejstvo, ali kasniji paneli su odbacili takav pristup. Bilo bi mnogo pogodnije da se rešenje traži u novom razumevanju odnosa stavova 1 i 2, odnosno 1 i 4 člana III GATT-a u smislu da nacionalna mera

---

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, u penziji, i profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Donja Gorica u Podgorici. Rad je posvećen uspomeni na Prof. dr Slobodana Perovića, osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava, koji me je sa iskrenim prijateljstvom i podrškom primio među urednike Škole.

treba da zadovolji svaki posebni uslov prvog i drugog, odnosno prvog i četvrtog paragrafa da bi bila suprotna članu III. Slična velika promena tumačenja se već desila u tumačenju termina "slični proizvodi" u stavu 4.

Ključne reči: *tumačenje, slični proizvodi, nacionalne politike*

UVOD

Opšti sporazum o carinama i trgovini, pridodat Završnom aktu Drugog zasedanja Pripremnog komiteta Konferencije UN o trgovini i zapošljavanju u Ženevi 30. oktobra 1947. godine bio je, na osnovu Protokola o privremenoj primeni, u privremenoj primeni sve do 1995. godine, a onda je stupio na snagu kao jedan od sporazuma pridodatih Sporazumu o osnivanju Svetske trgovinske organizacije. Svetska trgovinska organizacija (dalje: STO) uključuje danas 164 člana.[1] Jugoslavija je pristupila Opštem sporazumu o carinama i trgovini (dalje: Sporazum ili GATT) 1966. godine.[2] Sve bivše jugoslovenske republike, izuzev Srbije i Bosne i Hercegovine, članice su Svetske trgovinske organizacije, dakle i ugovornice Sporazuma, a poslednje dve su u procesu pristupanja. Međutim, te dve države su članice Sporazuma o slobodnoj trgovini u Centralnoj Evropi iz 2006. godine, čije pojedine odredbe upućuju na GATT, te otuda GATT acquis može da bude relevantan i za te države i pre njihovog učlanjenja u Svetsku trgovinsku organizaciju.

Jedan od osnovnih ciljeva GATT-a jeste ukidanje diskriminacije u pogledu uslova konkurencije. Taj cilj se ostvaruje prvenstveno članovima I i III Sporazuma.[3] Članom I se obezbeđuje jednako postupanje prema uveženim proizvodimaa, tako što se povlastice date klauzulom najvećeg povlašćenja bilo kojoj zemlji primenjuju i na slične proizvode svih drugih ugovornica. Član III obezbeđuje primenu načela nacionalnog tretmana. Njime se, dakle, obezbeđuje jednako državno postupanje prema uveženim i domaćim proizvodima u pogledu uslova konkurencije.[4] To znači da se ispitivanje saglasnosti nacionalne mere sa članom III svodi na istraživanje da li se tom merom uveženi proizvodi ili proizvodi koji bi mogli biti uveženi dovode u nepovoljnije uslove konkurencije u odnosu na domaće proizvode. Za utvrđivanje povrede nije nužno da je zemlja izvoznica pretrpela štetu zato

[1] https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

[2] Sl. list SFRJ, Međ. ug. br. 12, 1966, str. 1019.

[3] John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, 2002, str. 57.

[4] V. o načelu nacionalnog tretmana po osnovu GATT-a kod John, H. Jackson, "National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers," *Michigen Journal of International Law*, br. 10, 1989, str. 207–224.

što su njeni proizvodi diskriminisani. Dovoljno je da ona zbog nepovoljnijih uslova konkurencije može da pretrpi štetu. Nije potrebno, dakle, ni da je bilo stvarnog izvoza.[5]

Ključne elemente ovih antidiskriminacionih propisa čini poređenje proizvoda i poređenje postupanja države uvoznice.[6] Antidiskriminaciono načelo zahteva jednako postupanje prema jednakim proizvodima, osim ako legitimni i objektivni razlozi opravdavaju drugačije postupanje. U članovima I i III Sporazuma korišćeni su termini "like products" koji su kod nas prevedeni u neslužbenom prevodu[7] kao "slični proizvod", a koji u jurisprudenciji GATT-a znače jednake ili skoro jednake proizvode. Termini "slični proizvodi" su, međutim, korišćeni ne samo u članovima I i III Sporazuma već i u nekim drugim članovima i ti termini nemaju isto značenje u različitim propisima.

Tokom rešavanja sporova u vezi sa Opštim sporazumom o carinama i trgovini, od 1949. godine do danas, stvorena je bogata jurisprudencija, prvo radnih grupa, pa panela, a od 1996. i Žalbenog tela. Stvoren je, dakle, acquis GATT-a koji omogućava da se informišemo o značenju termina "slični proizvodi" u pojedinim propisima Sporazuma, odnosno o kriterijima i metodama određivanja sličnosti, ali i o promenama tumačenja i problemima u vezi sa tumačenjem ovih propisa.[8] Opšte mesto u toj jurisprudenciji jeste da ugovornice nisu odredile značenje izraza "slični proizvodi" prilikom pregovaranja o Sporazumu i da se u svakom predmetu uvek iznova utvrđuje sličnost proizvoda, ako je ona relevantna za rešavanje predmeta. Ne postoji, dakle, opšta definicija "sličnih proizvoda," ali iz GATT acquis-a moguće je izlučiti informacije o kriterijima sličnosti, kao i o metodu primene tih kriterija. Jurisprudencija pokazuje, takođe, da tumačenje izraza "slični proizvodi" nije statično, već da se menjalo tokom vremena. Formulacija načela

[5] Ovakvo tumačenje člana III javlja se već u predmetu *Brazilian Internal Taxes* (Izveštaj Radne grupe, GATT/CP.3/42 - II/181 od 30. juna 1949, para. 15) i kasnije nije menjano.

[6] Damien Neven, Joel P. Trachtman, "Philippines – Taxes on Distilled Spirits: Like Products and Market Definition", *Word Trade Review*, br. 2, Tom 12, 2013, str. 300.

[7] Snežana Zubić-Petrović, Aleksandra Raković, *Svetska trgovinska organizacija, Pravni instrumenti i savremene tendencije*, Beograd, 2005, str. 366. Službeni prevod GATT-a, najverovatnije, ne postoji. U svakom slučaju on nije objavljen u Službenom listu SFRJ prilikom pristupanja Jugoslavije.

[8] Postupci rešavanja sporova u vezi sa Sporazumom su menjani tokom vremena. U početku to je bio postupak koji je po svojoj prirodi ličio na koncilijaciju, dok je to danas dvostepeni arbitražni postupak. Do stvaranja Svetske trgovinske organizacije za usvajanje izveštaja panela bila je potrebna saglasnost svih ugovornica tako da je strana u sporu svojim negativnim glasom mogla da spreči usvajanje izveštaja. To se nije, međutim, često događalo. Posle osnivanja Svetske trgovinske organizacije situacija se obrnula i sada je potreban konsenzus da se izveštaj panela ili Žalbenog tela ne usvoji. Strana u sporu ne može, dakle, svojim negativnim glasom da spreči usvajanje izveštaja. Acquis GATT-a čine svi izveštaji tela koji su rešavali sporove od 1949. godine.

nacionalnog tretmana u članu III je takva da omogućava različita tumačenja, koja su se zaista događala u praksi.

Različita tumačenja imaju različite implikacije u pogledu izbora metoda vođenja nacionalnih politika. Sadašnje tumačenje člana III GATT-a je takvo da se njime ograničava sloboda izbora metoda. Moguće je da evolucija tumačenja člana III nije završena i ovaj tekst na kraju ukazuje na drugačije tumačenje kojim se ne bi diralo u autonomiju nacionalnih politika.

RELEVANTNI PROPISI ČLANA III I DRUGI RELEVANTNI PROPISI GATT-a

Radi razumevanja teksta koji sledi neophodno je na početku kratko prezentovanti propise čije tumačenje će biti razmatrano. Načelo nediskriminacije implemetirano je u GATT-u kroz izjednačavanje tretmana proizvoda svih ugovornica u pogledu klauzule najvećeg povlašćenja u članu I, preko načela nacionalnog tretmana u članu III i pomoću opštih izuzetaka u članu XX. Rečeno je već da načelo nediskriminacije zahteva jednako postupanja prema jednakim proizvodima, osim ako ne postoje objektivni razlozi za odstupanje od jednakog postupanja. Objektivni razlozi za drugačije postupanje se ispoljavaju kroz legitimne ciljeve, koji se žele postići različitim postupanjem, i preko proporcionalnosti između cilja i sredstva ostvarenja cilja, dakle drugačijeg tretmana. Članovima I i III uređeno je postupanje prema proizvodima, a članom XX određeni su legitimni ciljevi kojima se, uz poštovanje proporcionalnosti, može opravdati odstupanje od jednakog postupanja.

Član III obuhvata deset stavova od kojih su prvi, drugi i četvrti relevantni za ovaj tekst. U prvom stavu je formulisano opšte načelo nacionalnog tretmana u pogledu unutrašnjih poreza i nefiskalne regulative na sledeći način: "Strane ugovornice priznaju da unutrašnji porezi i druge unutrašnje dažbine, i zakoni, propisi i zahtevi koji utiču na unutrašnju prodaju, ponudu za prodaju, kupovinu, transport, distribuciju ili korišćenje proizvoda, ... ne bi trebalo da se primenjuju na uvežene ili domaće proizvode tako da pruže zaštitu domaćoj proizvodnji".

Stav 2 konkretizuje to opšte načelo u pogledu poreza i drugih dažbina i obuhvata dve rečenice. Prva rečenica stava 2 glasi: "Proizvodi sa teritorije bilo koje strane ugovornice uveženi na teritoriju bilo koje druge strane ugovornice neće biti podvrgnuti, neposredno ili posredno, unutrašnjim porezima ili drugim unutrašnjim dažbinama, bilo koje vrste, višim od onih primenjenih, neposred-

no ili posredno, na slične domaće proizvode." Druga rečenica stava 2 glasi: "Štaviše, nijedna strana ugovornica, inače, neće primenjivati unutrašnje poreze ili druge unutrašnje dažbine na uvežene ili domaće proizvode na način suprotan načelima izloženim u stavu 1." Uz drugu rečenicu stava 2 pridodata je interpretativna nota u Aneksu I Sporazuma. Saglasno članu XXXIV Sporazuma, interpretativne note sadržane u Aneksu I smatraju se sastavnim delom Sporazuma. Interpretativna nota uz drugu rečenicu stava 2 glasi: "Porez saglasan zahtevima prve rečenice stava 2 bi se smatrao nesaglasnim sa propisima druge rečenice jedino u slučajevima gde postoji konkurencija između, sa jedne strane, oporezovanog proizvoda i, sa druge strane, neposredno konkurentnog ili zamenjivog proizvoda, koji nije slično oporezovan."

Stav 4 člana III glasi: "Proizvodima sa teritorije bilo koje strane ugovornice uveženim na teritoriju bilo koje druge strane ugovornice biće dat tretman ne manje povoljan nego što je tretman dat sličnim proizvodima nacionalnog porekla u pogledu zakona, propisa i zahteva koji utiču na njihovu unutrašnju prodaju, ponudu za prodaju, kupovinu, transport, distribuciju ili korišćenje..." U vezi sa članom III treba primetiti da stav 8 (b) tog člana dozvoljava davanje subvencija domaćim proizvođačima.

Član XX formuliše opšte izuzetke od ostalih propisa GATT-a. Njime su, dakle, određeni ciljevi koji opravdavaju odstupanje od jednakog postupanja kao i uslovi proporcionalnosti koje nacionalne mere treba da zadovolje u slučaju odstupanja. Član XX glasi:

"Pod uslovom da se takve mere ne primenjuju na način koji bi činio sredstvo arbitrarne ili neopravdane diskriminacije između zemalja gde preovlađuju isti uslovi, ili prikriveno ograničenje međunarodne trgovine, ništa u ovom Sporazuma neće biti tumačeno da sprečava usvajanje ili izvršavanje mera od bilo koje strane ugovornice:

(a) nužnih za zaštitu javnog morala;

(b) nužnih za zaštitu ljudskog, životinjskog, biljnog života ili zdravlja;

(c) koje se odnose na uvoz ili izvoz zlata i srebra;

(d) nužnih da se obezbedi poštovanje zakona i propisa koji nisu nesaglasni sa propisima ovog Sporazuma...;

(e) koji se odnose na proizvode izrađene u zatvorima;

(f) doneta radi zaštite nacionalnog umetničkog blaga, istorijskih ili arheoloških vrednosti;

(g) odnosi se na zaštitu prirodnih resursa koji mogu da budu iscrpeni...;

(h) preduzeta radi izvršavanja obaveza na osnovu međuvladinih robnih sporazuma...; ..."

Član XX zahteva, dakle, da se utvrdi da li je nacionalna mera usmerena na ostvarivanje nekog od ciljeva nabrojanih u tom članu, da li ta mera zadovoljava uslove proporcionalnosti koji se razlikuju od cilja do cilja, jer se negde traži da je mera nužna za ostvarenje cilja, a negde da se odnosi na cilj i, konačno, opšti uslov iz prvog, uvodnog stava da se merom ne čini diskriminacija između ugovornica ili prikriveno ograničenje trgovine.

KRITERIJI I METODI UTVRĐIVANJA SLIČNOSTI PROIZVODA

Uopšte o kriterijima sličnosti proizvoda

Pitanje kriterija sličnosti proizvoda postalo je složenije kada su paneli i Žalbeno telo konstatovali da izrazi "slični proizvodi" imaju različito značenje u različitim propisima. To je postalo naročito važno u pogledu značenja tih izraza u drugom i četvrtom stavu člana III. Drugi stav se odnosi na "slične proizvode", navedene u prvoj rečenici i na "neposredno konkurentne ili zamenjive proizvode", ubačene interpretativnom notom u drugu rečenicu. Četvrti stav upućuje samo na "slične proizvode." Tokom 1996. godine došlo se do novog značenja sličnih proizvoda u stavu 4, kako će to biti objašnjeno u poglavlju ovog teksta o promeni tumačenja izaraza "slični proizvodi", a prema kome "slični proizvodi" iz stava 4 uključuju i "neposredno konkurentne ili zamenjive proizvode" iz druge rečenice stava 2. Tako, izraz "slični proizvodi" u prvoj rečenici stava 2 imauže značenje, a u stavu 4 šire značenje. Ovo rezultira u izvesnoj razlici u pogledu kriterija i metoda za određivanje sličnosti proizvoda u dva stava člana III.

Druga opšta napomena jeste da kada je nepovoljniji fiskalni ili nefiskalni tretman uvežene robe zasnovan na nacionalnosti, odnosno poreklu proizvoda, sličnost uveženog i domaćeg proizvoda se ne utvrđuje i smatra se da je uslov sličnosti ispunjen[9].

[9] Izveštaji radnih grupa i panela GATT-a: *Belgian Family Allowances*, (G/32-1S/59), od 6. novembra 1952, usvojen 7. novembra 1952, para. 3; *EEC – Imports of Beef from Canada*, (L/5099-28S/92), od 23 januara 1982., usvojen 10. marta 1981, para. 4.2 (b); *EEC – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseed and Related Animal-Feed Proteins* (L/6627 – 37S/86) od14. decembra 1989., usvojen 25. januara 1990, para. 133, 134; Izveštaji radnih grupa i panela GATT-a su dostupni na http://www.worldtradelaw.net/databases/gattpanels.php. Izveštaji panela i Žalbenog tela STO: Izveštaj panela, *Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R od 11. februara 2000, para. 10.74; Izveštaj Panela, *Canada – Measures Relating to Export of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/R od 6. aprila 2004, para. 6.164; Izveštaj Žalbenog tela, *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/

Izveštaj Radne grupe za izjadnačavanje poreza na granici iz 1970. godine

Izveštaj Radne grupe za izjednačavanje poreza na granici je svakako najvažniji instrument u pogledu definisanja kriterija sličnosti proizvoda. Savet GATT-a je osnovao Radnu grupu 1968. godine da se bavi pitanjima vezanim za izravnavanja (adjustment) poreza na granici. Posle dvanaest sastanaka Radna grupa je podnela Izveštaj koji su ugovornice usvojile 2. decembra 1970. godine.[10] Činjenica da su ugovornice usvojile Izveštaj daje mu svakako težinu jer je podržan pristankom ugovornica. U paragrafu 18 Izveštaja, Radna grupa se bavila pitanjem "sličnih proizvoda" (like or similar products). Taj deo Izveštaja konstatuje da postoje izvesna nesigurnost uzrokovana ovim terminima i da postoji potreba za poboljšanjem termina, te da uprkos značajnoj raspravi u okviru GATT-a i drugih tela, dalje poboljašanje termina nije učinjeno. U tom delu Izveštaja je dalje rečeno: "predloženi su neki kriteriji za definisanje po metodu od slučaja do slučaja (on a case-by-case basis) da li je proizvod sličan: krajnja korišćenja proizvoda na datom tržištu; ukusi i navike potrošača koji se menjaju od zemlje do zemlje; svojstva proizvoda, priroda i kvalitet". Paneli i od 1996. godine i Žalbeno telo će se često pozivati na ove predložene kriterije.[11]

AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R od 15. decembra 2008, para. 196; Izveštaj Panela, *US-Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*, WT/DS510/R od 27. juna 2019, para. 7.89. Izveštaji panela STO su dostupni na http://www.worldtradelaw.net/databases/wtopanels.php. Izveštaji Žalbenog tela STO su dostupni na http://www.worldtradelaw.net/databases/abreports.php

[10] Border Tax Adjustment, Izveštaj Radne grupe od 2. decembra 1970. (L/3464) BISD 18S/102

[11] Izveštaji panela GATT-a u predmetima: *Japan - Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*, BISD 34S/83, od 13 oktobra 1987, para. 5.5, izveštaj usvojen 10. novembra 1987.; *United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, BISD 34S/136, od 5. juna 1987, para. 5.1.1, izveštaj usvojen 17. juna 1987; Izveštaji panela i Žalbenog tela STO: Izveštaj Panela, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/9, para. 6.8 od 29. januara 1996. Izveštaj Žalbenog tela *Japan- Taxes on Alcoholic beverages,*WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R od 4. oktobra 1996, p. 20*;* Izveštaj Panela, *Canada-Cetain Measures Concerning Periodicals,*WT/DS31/R od 14. marta 1997, para. 5.18.*;* Izveštaj Panela, *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry,* WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R i WT/DS64/R od 2. jula 1998, para. 5.6*;* Izveštaj Panela, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages,* WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R od 18. januara 1999*,* para. 137; Izveštaj Panela, *US – Tax Treatment for "Foreign Sale Corporation",* WT/DS108/R od 8. oktobra 1999, para. 7.93*;* Izveštaj Panela, *Canada-Certain measures Affecting the Automotive Industry,*WT/DS139/R, WT/DS142/R od 11. februara 2000., para. 7.371*;* Izveštaj Žalbenog tela, *EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containig Products*, WT/DS135/AB/R od 12. marta 2001., paras. 101 –103. *Dominican Republic- Measures Affecting the Importation annd Internal Sale of Cigarettes,*WT/DS302/R od 26. novembra 2006, para. 7.3.29.*;* Izveštaj Panela, *Mexico-Taxes on Soft Drinks and Other Beverages,*WT/

Kriterij krajnjeg korišćenja proizvoda odnosi se na potrebe koje se zadovoljavaju tim proizvodom. Tako, npr. žestokim alkoholnim pićima se zadovoljavaju potrebe za druženjem, relaksacijom i sl. Navike potrošača odnose se na uobičajene načine konzumiranja proizvoda. Tako, npr. potrošači žestokih alkoholnih pića u Koreji koriste soču, nacionalno piće, tokom obroka u razblaženom stanju, dok neka druga alkoholna pića konzumiraju pre ili posle obroka. Pod svojstvima, prirodom i kvalitetom razumeju se fizičke karakteristike proizvoda, njegov sastav, način proizvodnje, veličina, oblik, tekstura, ukus, miris i sl.

U izveštajima radnih grupa, odnosno kasnije panela u ranom periodu, carinske nomenklature su korišćene kao primarno sredstvo za utvrđivanje sličnosti proizvoda. Vođenje proizvoda pod istim carinskim brojem u nacionalnoj carinskoj klasifikaciji, kao i u uporednoj praksi bio je ubedljiv pokazatelj njihove sličnosti.[12] Carinske klasifikacije, ukoliko su bile dovoljno precizne, su kasnije često korišćene zajedno sa kriterijima predloženim u Izveštaju Radne grupe za izjednačavanje poreza na granici.

Kriteriji "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda"

Potencijalna konkurentnost, odnosno zamenjivost proizvoda u pogledu krajnjeg korišćenja je osnovni kriterij. Primenjuju se oni kriteriji koji se primenjuju za utvrđivanje da li su proizvodi slični, ali oni se primenjuju tako da se time utvrdi da li postoji potencijalna konkurentnost proizvoda.[13] Pored toga, primenjuju se i drugi, kao što su trgovačke strategije proizvođača, načini trgovačke distribucije, istraživanje potencijalne konkurentnosti na uporednim tržištima i sl. Pod trgovačkom strategijom razume se način na koji proizvođači reaguju na pojavu novog proizvoda na tržištu. Tako, na primer, kada su se zapadna alkoholna pića pojavila na korejskom tržištu, domaći proizvođači sočua počeli su da proizvode nove vrste tog pića koje su po svojim karakteristikama podsećala na viski, što je bio dokaz da su proizvođači sočua videli u zapadnim pićima konkurentne proizvode.

U predmetu *Koreja – Porezi na alkoholna pića*[14] iz 1998. godine, da bi saznao koliko je kategorija "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda"

DS308/R, od 7. oktobra 2005, para. 5.82; Izveštaj Panela, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreated Tyres,* WT/DS 332/R od 12. juna 2007, para. 7.415.

[12] Izveštaj Radne grupe, *Australia – Subsidy on Ammonium Sulphate* od 31. marta 1950, usvojen 3. aprila 1950. (GATT/CP.4/39) II/188, para. 8.

[13] Izveštaj Panela, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/R od 17. septembra 1998, para. 10.67–10.78.

[14] *Ibidem*.

šira od kategorije "sličnih proizvoda", Panel konsultuje pripremne radove i u zapisniku sa Ženevskog zasedanja Pripremnog komiteta Konferencije UN o trgovini i zapošljavanju vidi da su kao primeri "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda" navođeni jabuke i pomorandže, laneno ulje i tung ulje, sintetička guma i prirodna guma.[15] Konstatovao je da je bilo izvesnih neslaganja oko toga da li tramvaji i autobusi ili ugalj i tečna goriva mogu da se smatraju ovom kategorijom proizvoda.[16] Ova neslaganja, koja su se pojavila u procesu formulisanja druge rečenice, ukazuju prema mišljenju Panela na ključno pitanje, a to je da li su proizvodi neposredno, odnosno direktno (directly) konkurentni ili zamenjivi.[17] Tako, primećuje Panel, kada tramvaji i autobusi nisu neposredno konkurentni, oni još uvek mogu da budu posredno konkurentni kao transportni sistemi. Slično tome, kaže Panel, kako je većina sistema za proizvodnju struje konstruisana tako da koristi ugalj ili tečno gorivo, ali ne oboje, ova dva proizvoda ipak mogu da budu posredno u konkurenciji kao goriva.[18] Imajući to u vidu, Panel nalazi da fokus ne treba da bude isključivo na obimu preklapanja konkurentnosti dva proizvoda, već na metodološkoj osnovi na kojoj panel treba da procenjuje konkuretnost dva proizvoda.[19] Metodološku osnovu nalazi u istraživanju da li potrošači smatraju ili bi mogli da smatraju dva proizvoda ili dve grupe proizvoda kao alternativne načine zadovoljavanja neke potrebe ili ukusa.[20] Panel ne ostaje, ipak, samo na ovome već istražuje fizičke karakteristike, krajnje korišćenje, kanale distribucije i cene.[21] Ono na čemu insistira jeste da analiza ne sme da se završi samo na aktuelnom stanju konkurentnosti, koje može da bude iskrivljeno poreskom politikom države, već da ona mora da se protegne i na potencijalnu konkurentnost.

Metodi određivanja "sličnih proizvoda" i "neposredno konkurentnih i zamenjivih proizvoda"

Očekuje se da Panel primeni sve kriterije, dakle da ispita fizičku sličnost, krajnje korišćenje, percepciju potrošača i carinsku klasifikaciju, da uzme u obzir sve relevantne činjenice, te da istraži kako se rezultati primene jednog kriterija odnose prema rezultatima primene drugih kriterija i tako, mereći značaj i teži-

[15] *Ibidem*, para. 10.38

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem,* para. 10.39.

[18] *Ibidem.*

[19] *Ibidem.*

[20] *Ibidem,* para. 10.40.

[21] *Ibidem,* para. 10.43.

nu dobijenih rezultata, dođe do nalaza o sličnosti. Panel bi trebalo da ispita sve relevantne fizičke karakteristike, jer od fizičkih karakteristika zavisi i krajnje korišćenje proizvoda i mogućnost zamene jednog proizvoda drugim. Ovaj metod je uspostavljen u predmetu *EZ – Mere koje pogađaju azbest i proizvode koji sadrže azbest* (dalje: *EZ – Azbest*)[22] i korišćen je u kasnijim predmetima.[23]

Imajući u vidu da je na Konferenciji UN o trgovini i zapošljavanju figurirala definicija "sličnih proizvoda"iz vremena Društva naroda, a prema kojoj ovi termini znače "identične ili skoro identične proizvode", jasno je da treba da postoje iste ili vrlo slične fizičke karakteristike dva proizvoda da bi oni mogli da se odrede kao "slični proizvodi". Ovako visok stepen sličnosti fizičkih karakteristika nije potreban da bi se utvrdilo da su dva proizvoda "neposredno konkurentni ili zamenjivi". Takođe, kada je u pitanju ova druga, šira kategorija, ne traži se istovetnost u pogledu načina na koje potrošači konzumiraju proizvode, dovoljna je izvesna sličnost i malo preklapanje. Tako, činjenica da Korejci obično piju nacionalno piće soču u razblaženom obliku uz obrok, a da viski konzumiraju pre obroka i to obično u restoranima zapadnog tipa, nije prepreka da se soču i viski tretiraju kao "neposredno konkurentni ili zamenjivi proizvodi."

PROMENE TUMAČENJA IZRAZA "SLIČNI PROIZVODI"

Iako su tela GATT-a i STO nadležna za rešavanje sporova koristila uglavnom tekstualno tumačenje, dakle ograničavala su se na tekst GATT-a, uključiv interpretativne note koje čine sastavni deo Sporazuma, ona su menjala tumačenja u nekim slučajevima, odnosno drugačije određivala značenja istih termina u istim propisima. To se dogodilo i sa tumačenjem termina "slični proizvodi". Na Konferenciji UN o trgovini i zapošljavanju nije definisano značenje termina "slični proizvodi," ali je konstatovano da ti termini imaju različita značenja u različitim propisima GATT-a. Uprkos tome, dugo, sve do 1996. godine, ovim terminima se pripisuje isto značenje.

U prvim predmetima u kojima je tumačeno značenje termina "slični proizvodi," to je činjeno na osnovu terminološke razlike između prve i druge rečenice stava 2 člana III. U prvoj rečenici korišćeni su termini "slični proizvodi", a

[22] Izveštaj Žalbenog tela, *European Community – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containig Products*, WT/DS135/AB/R od 12. marta 2001, para. 88.

[23] Izveštaj Panela, *Thailand-Customs and Phiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R od 15 novembra 2010, para. 7.433; Izveštaj Panela, *EU and Its Member States-Certain Measures Realting to the Enregy Sector*, WT/DS476/R od 10 avgusta 2018, para. 7.534; Izveštaj Panela, *US-Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*, WT/DS510/R od 27. juna 2019, para. 7.89.

u drugoj su interpretativnom notom ubačeni termini "neposredno konkurentni ili zamenjivi proizvodi". Na osnovu ove terminološke razlike, radne grupe, odnosno, kasnije, paneli su zaključivali da su član I i stav 4 člana III ograničeni samo na "slične proizvode" i da ne obuhvataju "neposredno konkurentne ili zamenjive proizvode".[24] Tako je Radna grupa u predmetu *Australija – Subvencije za amonijum sulfat* iz 1950. godine našla da dva veštačka đubriva – amonijum sulfat i sodijum nitrat – nisu "slični proizvodi" u smislu stava 4 člana III, te da Australija nije prekršila ovaj propis povlačenjem subvencije za sodijum nitrat, a ostavljajući ga za amonijum sulfat.

Treba primetiti, međutim, da je ovaj nalaz Radna grupa korigovala na implicitan način u drugom delu izveštaja. U prvom delu izveštaja ona nalazi da Australija nije povredila propise GATT-a, a u drugom delu izveštaja ona ispituje da li šteta koju je Čile navodno pretrpeo zbog nejednakog tretmana dva veštačka đubriva čini poništaj ili umanjenje koristi koju Čile uživa na osnovu GATT-a u smislu člana XXIII. Odlučujući o ovom pitanju Radna grupa je našla da je Čile mogao tokom carinskih pregovora da stekne legitimno očekivanje da će Australija jednako tretirati dva đubriva u posleratnom periodu i da se to očekivanje zasniva, između ostalog, na uskoj povezanosti dve vrste đubriva, na činjenici da su oba bila subvencionisana za vreme Drugog svetskog rata i distribuirana preko iste agencije i prodavana po istoj ceni.[25] Tako, iako je našla da nema povrede GATT-a od strane Australije, Radna grupa je zaključila da je povlačenje subvencije u odnosu na sodijum nitrat umanjilo vrednost koncesije koju je uživao Čile.[26] Uzimajući u obzir tesnu povezanost dva đubriva, način njihove distribucije kao i cenu, Radna grupa je bila na liniji ispitivanja da li su dva proizvoda "neposredno konkurentni ili zamenjivi" i našla je da jesu, iako to nije izričito rekla, što bi moglo biti u skladu sa širim tumačenjem sličnosti u članu III:4.

U pomenutom Izveštaju Radne grupe za izjednačavanje poreza na granici je rečeno da se termini "slični proizvodi" pojavljuju 16 puta u različitim propisima GATT-a i predloženi su kriteriji sličnosti, ali bez ikakvih razlika u pogledu pojedinih propisa u kojima se termini pojavljuju.

---

[24] Izveštaj Radne grupe, *Australia – Subsidy on Ammonium Sulphate*, *op. cit.*, para. 8 i 9. Izveštaj Panela, *Germany – Imports of Sardines* od 30. oktobra 1952, usvojen 31. decembra 1952, G/26 – 1S/53, para. 12. Uzveštaj Panela, *EEC – Measures on Animal Proteins*, (L4599 – 25S/49) od 2. decembra 1977, usvojen 14. marta 1978, para. 4.10 i 4.20.

[25] Izveštaj Radne grupe, *Australia – Subsidy on Ammonium Sulphate*, *op. cit.*, para. 12.

[26] *Ibidem*,.para. 13.

Promena se događa 1996. godine u predmetu *Japan – Porezi na alkoholna pića*[27] (dalje: *Japan – Alkoholna pića II*) i 2001. godine u predmetu *EZ – Azbest.* Promena je proistekla iz novog razumevanja odnosa stavova 1, 2 i 4 člana III. Stav 1 izražava načelo nacionalnog tretmana kojim se na opšti način zabranjuju poreske i neporeske regulatorne mere kojima se štiti domaća proizvodnja. Stav 2 konkretizuje ovo načelo u pogledu poreskih mera, a stav 4 u pogledu neporeskih regulatornih mera. Stav 2 se sastoji, kako je već rečeno, od dve rečenice. Prva zabranjuje da uveženi proizvodi budu oporezovani višim porezima u odnosu na poreze kojima su oporezovani slični domaći proizvodi. Drugom rečenicom je dodato da su zabranjeni i porezi na uvežene proizvode koji su suprotni stavu 1, dakle kojima se pruža zaštita domaćoj proizvodnji. Interpretativnom notom je objašnjeno da se to odnosi samo na "neposredno konkurentne ili zamenjive proizvode."

Dakle, stavom 2 su zabranjeni viši porezi u pogledu "sličnih proizvoda" i zaštitni porezi u pogledu "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda". To znači da stav 2 konkretizuje načelo nacionalnog tretmana u pogledu dve grupe proizvoda različitih priroda i nivoa sličnosti: "sličnih proizvoda," grupe višeg nivoa fizičke sličnosti "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda," grupe koja se oslanja na ekonomske, odnosno tržišne parametre sličnosti. Stav 4 člana III zabranjuje nepovoljniju neporesku regulativu samo u pogledu "sličnih proizvoda". Ukoliko bi termini "slični proizvodi" imali isto značenje u stavu 2 i u stavu 4, to bi značilo da se nacionalni tretman u oblasti poreza obezbeđuje za širi krug proizvoda u odnosu na nacionalni tretman u oblasti nefiskalne regulative, a to bi bilo suprotno stavu 1, odnosno formulacije opšteg načela u kome se ne pravi razlikau pogledu obima polja primene fiskalnih i nefiskalnih mera. To bi, takođe, kompromitovalo delotvornost stava 2 jer bi zabrana zaštitnih poreza prema "neposredno konkurentnim ili zamenjivim proizvodima" mogla da se zaobiđe zaštitnim nefiskalnim merama. Otuda je bilo neophodno da značenje termina "slični proizvodi" u stavu 4 obuhvati značenje tog termina u prvoj rečenici stava 2, ali i značenje termina "neposredno konkurentni ili zamenjivi proizvodi" iz druge rečenice stava 2. Tako je ovim tumačenjem korigovan defekt u tekstu člana III, odnosno propust da se u stavu 4 pored "sličnih proizvoda" navedu i "neposredno konkurentni ili zamenjivi proizvodi" ili da se umesto "sličnih proizvoda" navedu samo "neposredno konkurentni ili zamenjivi proizvodi" kao šira kategorija koja obuhvata i "slične proizvode".

Istorija draftiranja člana III pokazuje da se ideja razlikovanja "sličnih proizvoda" i "konkurentnih proizvoda" pojavila već u članu 9 prvog Nacrta konstitu-

[27] Izveštaj Panela, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R od 11. jula 1996, para. 4.39. i 6.20.

tivnog akta Međunarodne organizacije za trgovinu, koji je pripremila Vlada SAD i poslala članovima Pripremnog komiteta, koji je osnovan od strane Ekonomskog i socijalnog saveta Ujedinjenih nacija 1946. godine.[28] Član 9 se sastojao od dva stava. Prvi stav je u prvoj rečenici zabranjivao više poreze i dažbine na uvežene proizvode u odnosu na domaće "slične proizvode" kao i manje povoljan tretman uveženih proizvoda u pogledu nefiskalne regulative u odnosu na nacionalne "slične proizvode". Druga rečenica prvog stava nije relevantna za predmet ovog teksta. Drugi stav je izražavao priznanje članica da bi nametanje unutrašnjih poreza na proizvode drugih ugovornica radi zaštite domaće proizvodnje "konkurentnih proizvoda" bilo suprotno duhu tog člana. Nacrt člana 9 je razmatran i menjan na sastancima Pripremnog komiteta u Londonu i Njujorku 1946. i u Ženevi 1947. godine.[29] Zemlje učesnice su se razlikovale u pogledu protezanja zabrane na "konkurentne proizvode", neke su se protivile, navodeći da se nameće suviše široka obaveza, a druge su podržavale, smatrajući da se time povećava delotvornost zabrane diskriminacije.[30] One su se razlikovale i u pogledu nivoa opštosti propisa. Neke su se zalagale za konkretne, precizne propise, a druge su tražile šire, opštije propise. Na kraju je Radna grupa Komiteta III pripremila predlog koji je sa malim tehničkim izmenama prihvatila Konferencija, a koji je, kao kompromis, sadržao opšte načelo u prvom stavu i distinkciju između "sličnih proizvoda" i "neposredno konkurentnih ili zamenjivih proizvoda" u drugom stavu, a koja nije preslikana u četvrtom stavu, verovatno, zato što su neke zemlje bile protiv šire kategorije proizvoda već u drugom stavu.

PROBLEM OGRANIČAVANJA IZBORA METODA NACIONALNIH POLITIKA

Problem je razmatran i rešenje je traženo u predmetima *SAD – Mere koje pogađaju alkoholna pića i pića od slada* iz 1992. godine,[31] (dalje: *SAD – Alkoholna pića*) i *SAD – Porezi na automobile* iz 1994. godine[32] (dalje: *SAD – Automobi-*

[28] Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations Presented by the United States as a Basis for Discussion by the Preparatory Committee for the International Conference on Trade and Employment, International *Conciliation* br. 24, 1946, str. 487.

[29] Weihuan Zhou, "The role of regulatory purpose under Articles III: 2 and 4 – toward consistency between negotiating history and WTO jurisprudence", *World Trade Review*, br. 11, Tom 81, 2012, str. 87–98.

[30] *Ibidem,* str. 99.

[31] Izveštaj Panela, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages* (DS23/R – 39S/206) od 16. marta 1992, usvojen 19. juna 1992.

[32] Izveštaj Panela, *United States – Taxes on Automobiles* (DS31/R) od 11. oktobra 1994.

li). Problem se sastoji u tome što način određivanja "sličnih proizvoda" može da utiče, takođe, na izbor metoda nacionalnih politika u oblastima kao što su socijalna politika, zaštita životne sredine ili zdravlja i sl. Te nacionalne politike deluju, između ostalog, preko različitog oporezivanja ili različitog nefiskalnog tretmana proizvoda. Ako se razlika između proizvoda zasniva na nekoj karakteristici proizvoda, kao što je cena, procenat alkohola u piću ili na postojanju ili nepostojanju elementa opasnog po okolinu ili zdravlje u proizvodu i ako ta karakteristika na kojoj je baziran različit tretman nije dovoljna da učini proizvode različitim, onda ta mera nacionalne politike nije saglasna članu III. Tako, ako se porez na luksuz zasniva na razlici u ceni dva inače "slična proizvoda", onda je on suprotan članu III. Dakle, gore opisan metod određivanja sličnosti proizvoda može bitno da suzi autonomiju izbora metoda nacionalnih politika.

U navedena dva predmeta paneli rešavaju ovaj problem tako što ističu značaj opšteg načela iz stava 1 člana III za tumačenje termina "slični proizvodi". Čitajući prvi stav člana III, Panel u predmetu *SAD – Alkoholna pića* vidi da je cilj tog člana da spreči zaštitu domaće proizvodnje, a ne da spreči ugovornice da koriste fiskalna i regulatorna ovlašćenja za druge ciljeve. On kaže: "Posebno, cilj člana III nije da spreči ugovornice da čine razlike između kategorija proizvoda radi ciljeva politika koji se ne odnose na zaštitu domaće proizvodnje."[33] Panel je, dalje, primetio da cilj člana III nije da harmonizuje unutrašnje takse i regulaciju ugovornica.[34] U vezi sa tim Panel kaže da kvalifikacija uveženog i domaćeg proizvoda kao sličnih proizvoda ima značajne implikacije na obim obaveza preuzetih GATT-om i na autonomiju ugovornica u pogledu poreza i regulacije. Kada se dva proizvoda proglase sličnim, regulatorno razlikovanje proizvoda radi standardizacije ili zaštite sredine postaje nesaglasno sa članom III, iako regulacija nije primenjena na način da pruži podršku domaćoj proizvodnji. Panel kaže da je imperativno da se određivanje sličnih proizvoda u smislu člana III čini na način da nepotrebno ne vređa regulatorna ovlašćenja i izbor između različitih opcija vođenja unutrašnjih politika ugovornica.[35] Pošto je to rekao, Panel je konstatovao da dve vrste piva, pivo sa visokim procentom alkohola i pivo sa niskim procentom alkohola, čija sličnost je utvrđivana u tom predmetu, imaju slične fizičke karakteristike.[36] On je, takođe, konstatovao da regulatorne razlike u pogledu dve vrste piva mogu da budu motivisane zdravstvenim razlozima, kako su tvrdile SAD ili budžetskim

[33] Izveštaj Panela, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, *op. cit.*, para. 5.25.

[34] *Ibidem*, para. 5.71.

[35] *Ibidem,* para. 5.71

[36] *Ibidem,* para. 5.72

razlozima, kako je tvrdila Kanada, ali da nisu motivisane namerom da se zaštiti domaće pivo.[37] Panel primećuje da Kanada i SAD proizvode obe vrste piva i da razlike u regulatornom tretmanu nisu zasnovane na nacionalnom poreklu piva već na sadržaju alkohola. On je, takođe, primetio da iako se tržište dva tipa piva preklapa, postoji tržišni segment koji preferira jedan ili drugi tip.[38] Tako je Panel zaključio da niskoalkoholno pivo i visokoalkoholno pivo nisu slični proizvodi u smislu člana III:4.[39] Primena standardnog metoda utvrđivanja sličnosti bi dovela, verovatno, do suprotnog rezultata.

U predmetu *SAD – Automobili* Panel kaže da dva proizvoda nikada ne mogu da budu potpuno ista u svim aspektima i da oni mogu da dele neke zajedničke karakteristike, a da se razlikuju u drugim.[40] Pošto se regulatorne razlike u vladinim politikama zasnivaju na razlikama među proizvodima, Panel konstatuje da "je pitanje od praktičnog značaja u vezi sa paragrafima 2 i 4 člana III: koje razlike među proizvodima mogu da čine osnovu za regulatorne distinkcije kojima vlade daju manje povoljniji tretman uveženim proizvodima? Ili, obrnuto, koje sličnosti između proizvoda sprečavaju regulatorne distinkcije kojima vlade daju manje povoljan tretman uveženim proizvodima?"[41] Pošto je tako formulisao pitanje, Panel traži odgovor u razmatranju predmeta i cilja paragrafa 2 i 4 člana III u kontekstu celog člana III i celog GATT.[42] Konsultujući prvi paragraf člana III u kome je izložno opšte načelo koje informiše o cilju tog člana i elaboraciju cilja u predmetu *SAD – Alkoholna pića*, i primećujući da je taj cilj jednako relevantan za paragrafe 2 i 4, Panel ponavlja da je cilj člana III jedino da zabrani regulatorne distinkcije između proizvoda, koje se primenjuju na način da pružaju zaštitu domaćim proizvodima. Cilj člana III nije, dakle, da zabrani druge poreske i regulatorne distinkcije koje se primenjuju da bi se ostvarili drugi ciljevi.[43] Panel je pregledao raniju praksu, koja se odnosila na razlike u okviru člana III kao i činioce određivanja sličnosti proizvoda koji su predloženi u Izveštaju Radne grupe o izjednačavanju poreza na granici iz 1970. godine, ali je primetio da neprotekcionističke politike mogu da uključe regulatorne distinkcije koje ne bi bile zasnovane na tim činiocima.[44] On je istakao da je cilj GATT-a da smanji trgovačke barijere, a ne da

[37] *Ibidem*, paras 5.73, 5.74.

[38] *Ibidem,* para. 5.73

[39] *Ibidem,* para. 5.75.

[40] Izveštaj Panela, *United States – Taxes on Automobiles, op. cit*., para. 5.6.

[41] *Ibidem*.

[42] *Ibidem*, para. 5.7.

[43] *Ibidem,* para. 5.7.

[44] *Ibidem,* para. 5.8.

harmonizuje regulatorni tretman proizvoda i zato je ponovio da član III ne može da se tumači na način da zabranjuje izbor između politika, zasnovan na proizvodima, koji ne bi bio preduzet tako da pruža zaštitu domaćoj proizvodnji.[45]

EZ se pozvala u ovom predmetu na predmet *Japan – Carine, porezi i praksa označavanja uveženih vina i alkoholnih pića*[46] u kome je korišćen pristup "u dva koraka". Prvi korak čini ispitivanje da li su uvežen i domaći proizvod "slični proizvodi" ili "neposredno konkurentni i zamenjivi proizvodi". Drugi korak se sastoji od istraživanja da li je oporezivanje bilo diskriminatorno, odnosno zaštitno.[47] Međutim, ovaj Panel smatra da prvi korak – istraživanje sličnosti proizvoda – treba da obuhvati, izuzev u sasvim jednoznačnim slučajevima, ispitivanje cilja i dejstva poreske mere. Zato je istrument utvrđivanja sličnosti, koji je konstruisan u ovom predmetu, nazvan *test cilj-i-dejstvo*. Panel je tako učinio eksplicitnim da pitanje sličnosti na osnovu člana III treba da se analizira prvenstveno u smislu da li je manje povoljan tretman zasnovan na regulatornoj distinkciji preduzetoj radi zaštite domaće proizvodnje.[48] Primenjujući test cilj-i-dejstvo Panel dolazi do zaključka da uveženi automobili skuplji od 30.000 dolara i domaći automobili ispod te cene nisu "slični proizvodi", kao što nisu "slični proizvodi" uveženi automobili manje ekonomičnosti u potrošnji goriva i domaći automobili veće ekonomičnosti zato što je našao da porez na luksuz, koji je primenjivan na osnovu visine cene automobila, nije imao diskriminatorni cilj i dejstvo kao i da je različito oporezivanje automobila prema njihovoj ekonomičnosti u potrošnji goriva bilo motivisano ekološkim razlogom, a ne zaštitom domaće proizvodnje, i nije imalo diskriminativno dejstvo.

Izveštaj Panela u ovom predmetu nije, međutim, prihvaćen od strane ugovornica. Način na koji je razmatrano da li cilj spornih mera u ovom predmetu ima diskriminatorno, odnosno zaštitno dejstvo je kompromitovao sam test. Oporezivanje luksuznih proizvoda, kao mera fiskalne pravičnosti, ne bi trebalo da je sporna, ali u ovom predmetu su postojale činjenice koje su dovodile u pitanje tvrdnju SAD da je veći porez na automobile skuplje od 30.000 dolara bio motivisan fiskalnom pravičnošću. SAD su uvele akcizni porez na luksuz pored automobila skupljih od 30.000 dolara i na čamce, avione, nakit i krzno u 1990. godini[49].

[45] *Ibidem*.

[46] *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages, op. cit.*

[47] Izveštaj Panela, *United States – Taxes on Automobiles, op. cit*., para. 5.9.

[48] *Ibidem*.

[49] *Ibid*em, para. 5.1.

Međutim, 1993. godine ovaj porez je ukinut na sve proizvode, osim automobila.[50] Ta činjenica bi mogla da dovede u pitanje njegovo fiskalno dejstvo. EZ je ukazivala na izjave članova zakonodavnog tela koje su ukazivale na zaštitni karakter poreza, ali je Panel odlučio da u svojoj proceni veću težinu da tekstu zakona nego izjavama zakonodavaca i pripremnim radovima.[51] Ovaj porez je pogađao naročito izvoz iz EZ, ali je Panel našao da proizvodnja skupih ili jevtinih automobila nije nešto što je inherentno proizvođačima u EZ ili u SAD, odnosno da proizvođači mogu da proizvode kako skupe, tako i jevtine automobile. Isto tako, cilj da se smanji potrošnja goriva u drumskom saobraćaju ne bi trebalo da bude sporan, ali taj cilj se mogao postići na drugi način, kao što je veći porez na gorivo, kojim se ne bi činila sporna razlika između automobila.

U predmetu *Japan – Alkoholna pića II* Panel je odbacio primenu testa cilj-i-dejstvo u pogledu stava 2 člana III, prva rečenica zbog sledećih razloga. Tekst propisa u stavu 2 člana III, prva rečenica ne upućuje na stav 1 člana III koji sadrži reči "tako da pruži zaštitu", a test cilj-i-dejstvo se zasniva na tim rečima.[52] Usvajanjem ovog testa teret dokazivanja bi se premestio na žalioca. Dejstvo mere bi se moglo objektivno utvrditi, ali ne i cilj, tim pre što može da bude više ciljeva i što nije jasno šta je relevantno za utvrđivanje cilja, da li istorija donošenja propisa, a u okviru ove da li pripremni dokumenti ili izjave članova zakonodavnog tela i sl.[53] Test cilj-i-dejstvo čini suvišnim član XX GATT-a.[54] Taj test ne samo da sadrži otvorenu listu mogućih legitimnih ciljeva, suprotno članu XX, već ne sadrži ni druge uslove člana XX kao što je standard nužnosti koji mera treba da zadovolji da bi njeno odstupanja od drugih propisa GATT-a bilo dozvoljeno.[55]

Poslednji stav u vezi sa relevantnošću člana XX za određivanje "sličnosti proizvoda" promenilo je Žalbeno telo u predmtu *EZ – Azbest*. Pošto je Francuska zabranila proizvodnju i stavljanje u promet građevinskih panela koji sadrže azbestna vlakna zbog dokazane kancerogenosti azbesta i pošto je to pogodilo izvoz takvih panela iz Kanade u Francusku, pitanje je bilo da li su paneli koji sadrže azbestna vlakna i paneli koji ih ne sadrže slični proizvodi u smislu stava 4 člana III. Panel je našao da su dve vrste panela slični proizvodi jer imaju neka zajednička krajnja korišćenja, dakle konkurentni su i zamenjivi, iako u fizičkom smislu nisu slični. Jedan od razloga zašto nije pridao značaj azbestnim vlaknima kao distin-

[50] *Ibidem*..

[51] *Ibidem*, para. 5.12.

[52] Izveštaj Panela, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, *op. cit*., para. 6.16.

[53] *Ibidem*..

[54] *Ibidem*, para. 6.17.

[55] *Ibidem*..

ktivnoj fizičkoj karakteritici bio je što bi time učinio suvišnim i nedelotvornim član XX (b) koji pod izvesnim uslovima oprvadava mere nesaglasne sa drugim propisima GATT-a, ako one služe zaštiti zdravlja, što je bilo u skladu sa stavom Panela u predmetu *Japan – Alkoholna pića II*. Panel je, tako, zaključio da su građevinski paneli koji sadrže azbestna vlakna i oni koji ih ne sadrže azbestna vlakna "slični proizvodi", dakle da mera zabrane distribucije azbestnih panela nije u skladu sa stavom 4 člana III, ali je našao, takođe, da je ta mera opravdana članom XX (b). Nije, dakle, bilo povrede GATT-a.

Žalbeno telo nije prihvatilo argument Panela da razmatranje zdravstvenog rizika u ispitivanju sličnosti proizvoda na osnovu člana III:4 lišava član XX(b) dejstva.[56] Evaluacija dokaza koji se odnose na zdravstveni rizik, koji proističe iz fizičkih osobina proizvoda, ne sprečava da mera koja nije saglasna sa članom III:4 bude opravdana na osnovu člana XX(b).[57] Imajući u vidu da se građevinski paneli koji sadrže i koji ne sadrže azbestna vlakna razlikuju u fizičkom smislu upravo po tome da li sadrže ili ne sadrže azbest, da se nalaze na različitim pozicijama u carinskoj klasifikaciji i da su pretpostavljenje potrošačke preferencije različite, imajući u vidu verovatni uticaj zdravstvenog rizika na preferencije potrošača, Žalbeno telo je našlo da ove razlike pretežu nad malim brojem zajedničkih krajnjih upotreba, te je zaključilo da dve vrste panela nisu slični proizvodi. Tako je Žalbeno telo učinilo, donekle, metod utvrđivanja sličnosti jasnijim i preciznijim, ali istovremeno i fleksibilnijim jer je odvojilo pitanje sličnosti iz člana III od pitanja opravdanja nesaglasnih mera iz člana XX i zauzelo je stav da su i pretpostavljene preferencije potrošača relevantne.

Predmet *EZ – Azbest* konsoliduje praksu određivanja "sličnih proizvoda", ali ne rešava problem zadiranja u regulatornu autonomiju ugovornica. Da su se krajnja korišćenja azbestnih i neazbestnih ploča šire poklapala i da su obe vrste ploča vođene pod istim carinskim brojem, Žalbeno veće bi imalo problem da samo na osnovu razlike u pogledu jedne fizičke karakteristike nađe da to nisu "slični proizvodi" u smislu stava 4 člana III.

ZAKLJUČAK

Problem zadiranja člana III u autonomiju izbora metoda nacionalnih politika teško može da bude rešen kroz promenu kriterija ili metoda utvrđivanja sličnosti proizvoda. Ključno pitanje u tumačenju člana III, koje se tiče zadiranja u autonomiju nacionalnih politika, jeste da li svaki viši porez na uveženi slični pro-

[56] *Ibidem*, para. 115.

[57] *Ibidem*.

izvod iz prve rečenice drugog stava ili svaki manje povoljan regulatorni tretman uveženih sličnih proizvoda iz četvrtog stava člana III neminovno znači zaštitu domaće proizvodnje iz prvog stava? Radne grupe, paneli i Žalbeno telo daju pozitivan odgovor na to pitanje već od prvog predemta *Brazilski unutrašnji porezi* iz 1949. godine.[58] Oni su na stanovištu da opšte načelo o zabrani svih mera – fiskalnih i nefiskalnih – kojima se štiti domaća proizvodnja i koje je izloženo u prvom stavu "informiše" sve ostale stavove tog člana, dakle i prvu rečenicu drugog stava i stav 4. Istovremeno, oni smatraju da prva rečenica drugog stava kao i stav 4 izražavaju to načelo u celosti tako da se utvrđivanje povrede iscpljuje ispitivanjem da li je povređena prva rečenica drugog stava, odnosno da li je povređen stav 4[59]. U predmetima *SAD – Alkoholna pića* i *SAD – Automobili*, paneli su našli izlaz fleksibilnom tumačenju sličnosti putem testa cilj-i-dejstvo. Ovakav pristup je odbačen u predmetu *Japan – Alkoholna pića II*. Pokušaji pojedinih ugovornica da uvedu potkategorije "sličnih proizvoda" koji bi bili "sličniji," kao npr., delikatesne jabuke u kategoriji jabuka, ili neke žitarice koje su sličnije od ostalih žitarica nisu uspeli.

Promena tumačenja termina "slični proizvodi" u stavu 4 člana III pokazuje da se radikalne promene u tumačenju propisa GATT-a događaju. Rešavanje problema zadiranja u autonomiju nacionalnih politika zahtevalo bi ponovo promenu razumevanja odnosa prvog stava i prve rečenice drugog stava, odnosno četvrtog stava u smislu prihvatanja njihovog kumulativnog dejstva. Istraživalo bi se, prvo, da li su proizvodi slični u smislu prve rečenice drugog stava, odnosno četvrtog stava, zatim, da li su slični proizvodi izloženi višim porezima, odnosno nepovoljnijem tretmanu i, konačno, da li se višim porezima, odnosno nepovoljnijim tretmanom štiti domaća proizvodnja. Ovakav pristup bi bio u skladu sa načelom *l'effet utile*. Bez takvog pristupa opšte načelo u stavu 1 je lišeno dejstva. Paneli i Žalbeno telo ponavljaju da opšte načelo "informiše" sve ostale stavove tog člana, ali kako to ono čini, ako se prva rečenica drugog stava i stav 4 smatraju otelotvorenjem opšteg načela i tako se pojavljuju kao samodovoljni? Taj pristup bi bio u skladu sa tumačenjem druge rečenice drugog stava. Tamo se ispituje da li su proizvodi "neposredno konkurentni ili zamenjivi", da li su slično oporezovani i, ako nisu slično oporezovani, da li različito oporezovanje služi zaštiti domaće proizvodnje.[60] Činjenica je da druga rečenica drugog stava izričito upućuje na prvi

[58] *Brazilian Internal Taxes, op. cit.*

[59] Izveštaj Žalbenog tela, *EC – Bananas III*, WT/DS27/AB/R od 7. septembra 1997, para. 216.

[60] Izveštaj Žalbenog tela, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R od 4. oktobra 1996, str. 24; Izveštaj Žalbenog tela, *Korea-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, WTRDS84/AB/R od 18. januara 1999, para. 107; Izveštaj Panela, *Chile-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/R, WT/DS110/R, od 15. juna 1999, para. 7.10.

stav, dok prva rečenica drugog stava i četvrti stav to ne čine. Paneli i Žalbeno telo su pridali odlučujući značaj toj činjenici i na osnovu nje su isključili dejstvo prvog stava u odnosu na prvu rečenicu drugog stava i četvrti stav.

Suštinsko pitanje drugačijeg tumačenja člana III, kako je skicirano u ovom zaključku, jeste pitanje definisanja zaštite domaće proizvodnje, odnosno kako identifikovati meru, fiskalnu ili regulatornu, kojom se štiti domaća proizvodnja. Za odgovor na to pitanje mogao bi da se koristi mehanizam sličan onom koji je već izgrađen tumačenjem opštih izuzetaka u članu XX. Taj mehanizaam je, inače, inherentan načelu zabrane diskriminacije te obuhvata ocenu legitimnosti cilja kao i ocenu proporcionalnosti. Ciljevi koji su navedeni u opštim izuzecima u članu XX bi, svakako, bili legitimni ciljevi, ali lista ciljeva bi bila otvorena i njihova legitimnost bi se utvrđivala prema vrednostima inherentnim domaćem i međunarodnom pravu. Tako bi, kako je gore pomenuto, npr. fiskalna pravičnost koja se ostvaruje, između ostalog, kroz porez na luksuz mogla da bude legitiman cilj. Proporcionalnost bi se ocenjivala kroz ispitivanje da li je državi stajala na raspolaganju neka druga mera za postizanje istog cilja koja ne bi zahtevala viši porez ili manje povoljan regulatorni tretman ili koja bi to zahtevala ali u manjoj meri. Drugačije tumačenje bi, možda, moglo da donese izvesnu dozu nesigurnosti i nepredvidljivosti u tumačenje člana III, koja bi bila slična onoj koja postoji u tumačenju člana XX, a koja nije poželjna uopšte a naročito ne u pogledu tumačenja prava STO, ali takvo tumačenje bi ostavilo autonomiju izbora metoda vođenja nacionalnih politika neokrnjenom.

RODOLJUB ETINSKI, LL.D.,
Professor, University of Novi Sad

PROBLEM CONCERNING THE INTERPRETATION OF ARTICLE III OF THE GATT: DETERMINATION OF LIKE PRODUCTS AND THE LIMITATION OF NATIONAL POLICIES

Summary

It is well established practice that the dispute settlement bodies of GATT and then the WTO have used more criteria, including physical characteristics of products, end-uses of products, customers' preferences and tariff classification for the determination of likeness of products and that a finding on the likeness has been based in cumulative effect of all criteria.Thus, finding on likeness couldnot be based on a sole criterion. On the other hand, national policies sometimes pursue their goals by different treatment of products in such a way that difference in treatment is based on one criterion. Environmental policy may, for example, stimulate consumption of products produced in

environment friendly way by lower tax. If the productsproduced in environment detrimental way are similar to products produced in environment friendly way regarding to all other criteria except the way of production, they would be determined as "like products" and their taxation by higher tax would be contrary to Article III of GATT. Consequently, the method of determination of likeness of products disables one of the methods of pursuing national policies: grounding of difference in treatment on a relevant characteristic. Some panels searched for solution by constructing new method of determination of likeness, known as *aim-and-effect* test, but later panels rejected such approach. It would be much more appropriate to search solution in a new understanding of the relationship between paragraph 1 and paragraph 2, respectively paragraph1 and paragraph 4 of Article III of GATT in sense that a national measure should meet eachseparate requirement of the first and the second paragraph, respectively the first and the fourth paragraph as to be contrary to Article III. Similar big change of interpretation has already happened in interpretation of terms "like products" in paragraph 4.

Key words: interpretation, like products, national policies

BORIS KRIVOKAPIĆ

VELIKI JUBILEJI TEMELJA MEĐUNARODNOG PRAVA ORUŽANIH SUKOBA

Rad predstavlja osvrt na niz važnih međunarodnih sporazuma koji su temelji savremenog međunarodnog prava oružanih sukoba, a u 2019. slave 155 (Ženevska konvencija iz 1864), 120 (Haške konvencije iz 1899), 90 (Ženevska konvencija iz 1929), 70 (Ženevske konvencije iz 1949) i 65 godina (Haška konvencija iz 1954). Uz ukazivanje na značaj ovih ugovora, autor ističe i niz problema vezanih za njih i njihovu primenu. On smatra da je sazrela potreba za novim kodifikovanjem ove materije putem usvajanja novih međusobno povezanih sveobuhvatnih sporazuma, koji bi bili prilagođeni zahtevima i uslovima sveta u kojem živimo. Ne samo da bi se time za predstojeći period obezbedilo da najvažnija univerzalna rešenja u ovoj materiji budu na jednom mestu, već bi to bila prilika da se usaglase postojeća i definišu nova rešenja, uvedu novi mehanizmi nadzora, reguliše položaj međunarodnih oružanih snaga koje su u mirovnoj misiji, obezbedi da što veći broj država ratifikuje odnosne ugovore itd.

Ključne reči: *međunarodno pravo, rat, pravo oružanih sukoba, Ženevske konvencije, kodifikacija*

VELIKI JUBILEJI VAŽNIH KONVENCIJA

Premda su za svaku zemlju prvenstveno bitni njeni sopstveni propisi, najvažniji izvori u materiji prava oružanih sukoba (ratnog i humanitarnog prava) su međunarodni, što je i razumljivo kada se zna da je ratno i humanitarno pravo na-

Dr Boris Krivokapić, profesor i naučni savetnik, Poslovni i pravni fakultet "Union – Nikola Tesla", Beograd i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta "S.P. Koroljov", Samara.

stalo zbog potrebe da se pravno urede odnosi između zaraćenih država.[1] Uostalom, i relevantni zakoni država modeliraju se upravo prema međunarodnopravnim izvorima, među kojima su od prvenstvenog značaja običajna pravna pravila i, naročito, međunarodni ugovori, posebno oni univerzalnog (globalnog) karaktera.[2] Oni, zavisno od slučaja, zabranjuju određena sredstva i metode ratovanja, obezbeđuju zaštitu pojedinih kategorija ljudi, regulišu zaštitu pojedinih kategorija objekata i dr.

Igrom slučaja, u 2019. godini beleže se veliki jubileji nekoliko važnih međunarodnih ugovora u oblasti ratnog i humanitarnog prava. Naime, ove godine je:

– 155 godina Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu (1864);

– 120 godina Haških konvencija (1899);

– 90 godina Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima (1929);

– 70 godina Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata (1949);

– 65 godina Haške konvencije o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanih sukoba (1954).

To je povod da se podsetimo na njih i ukaženo na njihov doprinos, ali i na neke sporne momente.

1. Ženevska konvencija (1864). – Ona je predstavljala veoma važnu prekretnicu u međunarodnom pravu oružanih sukoba.[3] Naime, nakon što je sredinom XIX veka niz ratova i bitaka[4] ukazao na patnje ranjenih vojnika, koji su uglavnom ostavljani da masovno leže na bojnom polju, trpeći bolove i čekajući smrt

[1] Danas to pravo uređuje i unutrašnje oružane sukobe odn. sukobe u kojima učestvuju i nedržavni subjekti, ali ono je nastalo kao deo međunarodnog prava u vreme kada su u principu ratovale samo države. Za razvoj ratnog i humanitarnog prava vidi: Ernest Nis, *Poreklo međunarodnoga prava,* Beograd 1895, str. 205–287; Konstantin Obradović, Milan Šahović, Milivoj Despot, *Međunarodno humanitarno pravo,* Beograd 2002, str. 56–169; Hongsheng Sheng, "The Evolution of Law of War", *Chinese Journal of International Politics*, No. 2, 2006, pp. 267–301; Vladan Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo,* Beograd 2010, str. 17–74; Zoran Radivojević, "Poreklo međunarodnog humanitarnog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* br. 58, 2011, str. 85–102; Krivokapić Boris, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd 2017, str. 540–546.

[2] Boris Krivokapić, *nav. delo,* str. 551–567.

[3] Jelena Đ. Lopičić-Jančić, "Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu, od 22. avgusta 1864. godine, *Crimen* br. 1, 2011, str. 107–115; Boris Krivokapić, "Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu (1864) – Povodom 140 godina od pristupanja Srbije Konvenciji", *Strani pravni život* br. 1, 2016, str. 9–30.

[4] Krimski rat 1853–1856, bitka kod Solferina 1859, bitka kod Getisburga 1863. i dr.

koja se pravovremenim medicinskim zbrinjavanjem mogla izbeći.[5] Federalni savet Švajcarske sazvao je 1864. međunarodnu diplomatsku konferenciju radi usvajanja sporazuma kojim bi se na širokom međunarodnom planu uredilo pitanje poboljšanja položaja vojnih ranjenika u ratu. Od ukupno 25 pozvanih, na konferenciji su učestvovali predstavnici 16 država.[6]

Konferencija je trajala od 8. do 22. augusta 1864, kada je potpisana Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu. To je bio ne samo prvi slučaj uređenja zaštite ranjenika putem univerzalnog međunarodnog ugovora već i suštinski prvi univerzalni sporazum iz materije ratnog i humanitarnog prava uopšte.[7]

Konvencija je bila zaključena sa namerom da vezuje sve države sveta. I zaista, mada ju je u 1864. potpisalo samo 14 zemalja, Konvencija je do kraja XIX veka imala 43, a u vreme svoje prve revizije (1906) tačno 50 članica. Vrlo brzo je opravdala svoje postojanje i rešenja u praksi – u austro-pruskom (1866), francusko-pruskom (1870–1871), rusko-turskom (1876–1878), srpsko-bugarskom (1885), španisko-američkom (1889) i drugim ratovima.

Poseban značaj Konvencije je što je poslužila kao osnova za ostale Ženevske konvencije (o zaštiti drugih žrtava rata), bila podsticaj za zaključenje novih sporazuma iz materije ratnog i humanitarnog prava i doprinela nastanku odgovarajućeg običajnog prava. Revidirana je tri puta (1906, 1929. i 1949).

Premda u tom trenutku još nije bila formalno suverena (to će postati tek na Berlinskom kongresu 1878), Srbija je 24.3.1876. ušla u krug članica Konvencije, a već naredne godine usvojila je "Ratna pravila po međunarodnom pravu" koja obavezuju vojnike da se u ratu ponašaju čovečno, uključujući prema ranjenim neprijateljima.[8]

2. Haške konvencije (1899). – Iz mnogo razloga u međunarodnom pravu dubok trag ostavila je Prva haška konferencija mira (1899), sazvana radi ograničenja trke u naoružanju i traženja puteva za obezbeđenje stvarnog i trajnog mira. Uz učešće 26 zemalja (20 iz Evrope, 2 iz Amerike i 4 iz Azije) usvojeni su: zaključni akt, tri konvencije (o rešavanju međunarodnih sporova mirnim putem; o zakoni-

[5] O tome su svedočili mnogi intelektualci toga vremena, među kojima je najpoznatiji osnivač Crvenog krsta, Švajcarac Anri Dinan (*Henry Dunant*).

[6] Mali broj država učesnica ne treba da čudi, jer je u to vreme bilo toliko suverenih država.

[7] Istine radi, formalno prvi takav sporazum bila je Pariska pomorska deklaracija (1856) ali se ona odnosila samo na pomorski rat, a njena rešenja su se iscrpljivala u samo 4 rečenice vezane za gusarenje, neutralnu imovinu i blokadu.

[8] Boris Krivokapić, "Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika...", *nav. delo,* str. 9–30.

ma i običajima rata na kopnu; o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije iz 1864); tri deklaracije (o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona ili sličnih novih sredstava; o zabrani upotrebe zrna koja bi imala za cilj jedino širenje zagušljivih ili otrovnih gasova; o zabrani upotrebe zrna koja se lako rasprskavaju ili šire u ljudskom telu); jedna rezolucija i šest preporuka. Među ovim aktima od posebnog značaja je Konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, i naročito, Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu koji je usvojen kao prilog uz Konvenciju. On je kodifikovao tadašnje međunarodno pravo u ovoj oblasti.

Velika zasluga Konferencije je i što je ona utrla put Drugoj haškoj konferenciji mira (1907) na kojoj su učestvovale 44 države[9] i na kojoj su usvojeni 13 konvencija i jedna deklaracija.

Konvencije usvojene na Haškim konferencijama 1899. i 1907. predstavljale su opsežnu kodifikaciju ratnog prava i premda su neka njihova rešenja prevaziđena, i danas, posle više od jednog veka, predstavljaju izvore međunarodnog ratnog i humanitarnog prava. Konvencije imaju razne brojeve članica, pa tako I Haška konvencija (Konvencija o mirnom rešavanju međunarodnih sporova) u verziji iz 1899. ima 72, u tekstu iz 1907. – 104 članice.[10] Konvencije su i dalje otvorene za nove članice, pa su u članstvu Haških konvencije iz 1899. Srbija od 2001. godine, Crna Gora od 2007. itd.[11]

3. Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima (1929). – Pošto je pre toga odgovarajućim konvencijama obezbeđena zaštita vojnim ranjenicima u ratu, a zatim i bolesnicima i brodolomnicima oružanih snaga, prirodno je bilo da se na sličan način pravno uredi i položaj ratnih zarobljenika. To je i učinjeno Trećom ženevskom konvencijom o postupanju sa ratnim zarobljenicima (1929) kojom je prvi put univerzalnim ugovorom uređena ta materija. Premda je, posebno u Drugom svetskom ratu, bilo i njenog masovnog drastičnog kršenja,[12] zahvaljujući Konvenciji velikom broju zarobljenika pošteđen je život, obezbeđeni

[9] Pored 27 učesnica prethodnog skupa (Norveška se u međuvremenu odvojila od Švedske), učestvovalo je i 17 država Južne i Centralne Amerike.

[10] Strogo uzev, za razliku od ostalh, ova Konvencija nije izvor ratnog i humanitarnog prava, već je mehanizam koji nastoji da spreči da do rata uopšte dođe. Ipak, uzimamo nju za primer jer je deo "paketa" Haških konvencija i to takav da su tvorci tih sporazuma njoj dodelili broj 1, a uz to ima daleko najviše članica.

[11] Pregled članica, v. na: *Convention for the pacific settlement of international disputes,* The guide to Dutch government information and services, verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330 (za Konvenciju iz 1899) i verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/003316 (za Konvenciju iz 1907).

[12] Boris Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, nav. delo,* str. 884–890.

su relativno humani uslovi za vreme zarobljeništva i izvršena njihova repatrijacija kada su se za to ispunili uslovi.

Kao i prve dve Ženevske konvencije, i ova je 1949. zamenjena mnogo potpunijim i savršenijim istoimenim sporazumom.

4. Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949). – U Ženevi su 1949. potpisana četiti važna univerzalna ugovora koji su poznati pod zajedničkim imenom Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata. Reč je o sledećim sporazumima: 1) Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu na kopnu; 2) Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru; 3) Ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima; i 4) Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata.

Često se umesto punog naziva odnosne konvencije navodi samo njen redni broj (I–IV) što dolazi otuda što prve tri konvencije predstavljaju samo revidirane Prvu (1864), Drugu (1906) i Treću (1929) Ženevsku konvenciju. Za razliku od toga Četvrta konvencija je po prvi put na sveobuhvatan način regulisala zaštitu civilnog stanovništva u ratu.

Tim sporazumima na iscrpan način regulisan je položaj zaštićenih lica, kojima je obezbeđena potpuna međunarodna zaštita u svim oružanim sukobima država članica, čak i ako jedna od njih nije priznala ratno stanje. Uz to utvrđeno je da u oružanom sukobu koji izbije na teritoriji neke od ugovornica, a nema karakter međunarodnog sukoba (unutrašnji sukob), moraju se u svakom slučaju primeniti bar odredbe čl. 3 koji je isti u sve četiri konvencije. Svim zaštićenim licima stoje na raspolaganju usluge sile zaštitnice i Međunarodnog komiteta Crvenog krsta, kojima je poverena važna uloga u pogledu kontrole primene Konvencija.

Konvencije su 1977. dopunjene Protokolom I koji se odnosi na međunarodne i Protokolom II koji se odnosi na unutrašnje sukobe. Njima su proširen koncept međunarodnog oružanog sukoba, kao i pojam borca; na potpuniji i savremeniji način uredili zaštitu i negu ranjenika, bolesnika i brodolomnika, kao i zaštitu ratnih zarobljenika i civilnog stanovništva; regulisali položaj sanitetskih jedinica itd. Zatim je 2005. usvojen Protokol III kojim je u istom značenju kao crveni krst odn. crveni polumesec ili crveni lav i sunce, uveden novi znak raspoznavanja – crveni kristal.[13]

[13] O Ženevskim konvencijama za zaštitu žrtava rata (1949), protokolima uz njih i konkretnim rešenjima. *Ibidem,* str. 564–566, 591–858.

Krajem avgusta 2019. Ženevske konvencije imaju po 196 članica, Protokol I – 174, Protokol II – 168 i Protokol III – 76 članica. Srbija je članica Ženevskih konvencija i Protokola I i II od 2001, a Protokola III od 2010. godine.[14]

5. Haška konvencija o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanih sukoba (1954). – Ona sadrži definiciju kulturnih dobara, opšte odredbe o njihovoj zaštiti, odredbe o njihovoj specijalnoj zaštiti, transportu, znaku raspoznavanja kulturnih dobara itd. Sredinom 2019. ima 133 članice. Srbija je članica od 2001.[15]

ZNAČAJ I ODREĐENI PROBLEMI

Značaj

Konvencije o kojima je ovde reč, a koje u 2019. slave velike jubileje u rasponu od 60 do 155 godina, temelj su čitavog savremenog ratnog i humanitarnog prava. I to na nekoliko načina. Neke od njih (one iz 1864, 1906. i 1929) bile su kamen temeljac za nastanak onih koje su danas na snazi (konvencije iz 1949. i protokoli uz njih), druge (one iz 1899, 1907, 1949. i 1954) ne samo da su opstale do danas već su kičma čitavog važećeg međunarodnog prava oružanih sukoba. Broj njihovih članica u stalnom je porastu, za šta je dovoljno podsetiti da Ženevske konvencije iz 1949. imaju čak 196 članica (uključujući sve članice UN) po čemu prednjače među svim međunarodnim sporazumima u bilo kojoj oblasti.

Pored toga, sve zajedno, konvencije su poslužile kao platforma za razvoj novog ugovornog prava u ovoj materiji. Misli se na dopunske protokole uz neke od konvencija, nove sporazume o zabrani određenih sredstava i metoda ratovanja,[16] ali i druge dokumente, među kojima i Rimski statut, kojim je osnovan Međunarodni krivični sud. Poseban značaj ima činjenica da su najvažnija rešenja konven-

[14] Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries, ICRC, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp, 21.8.2019.

[15] Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention. The Hague, 14 May 1954, UNESCO, www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=E, 21.8.2019.

[16] Konvencija o zabrani ili ograničenju upotrebe izvesnih vrsta konvencionalnog oružja za koje se može smatrati da imaju prekomerne traumatske efekte ili deluju bez razlike u pogledu ciljeva (1980) sa pet protokola, Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju (1993), Dopunski protokol o zabrani ili ograničavanju upotrebe mina, mina iznenađenja ili drugih naprava (1996), Konvencija o zabrani upotrebe, skladištenja, proizvodnje i prometa protivpešadijskih mina i o njihovom uništavanju (1997), Konvencija o kasetnoj municiji (2008) i dr.

cija o kojima je ovde reč prerasla u opšte običajno međunarodno pravo, što znači da su postala obavezna za sve.[17]

Gledano suštinski, pomenute konvencije predstavljaju kodifikaciju odgovarajućeg običajnog međunarodnog prava, ali i njegov progresivni razvoj, u smislu da su običajna pravila dopunjena i unapređena novim rešenjima i institutima. To pored ostalog, obuhvata precizno uređenje zaštite ranjenika, bolesnika, brodolomnika, ratnih zarobljenika i civila; zabranu nekih sredstava i metoda borbe; definisanje i proširenje pojma borca; uređenje posebne uloge Crvenog krsta; definisanje položaja i zaštite saniteta; preciziranje prava i obaveza neutralnih država; uvođenje Martensove klauzule koja se odnosi na buduća oružja; itd. Još jednom treba pomenuti da je većina tih rešenja u međuvremenu prerasla u univerzalno međunarodno pravo tako da njihovo kršenje u većini slučajeva predstavlja ratni zločin čak i nezavisno od toga da li je to utvrđeno nekim međunarodnim sporazumom.

Poseban problem je praksa. Već je ukazano da su konvencije našle primenu u ratovima između pojedinih država, ali i u Prvom i Drugom svetskom ratu i kasnijim sukobima. Zahvaljujući njima pošteđeni su životi i umanjene patnje ogromnog broja ljudi širom planete.

Svemu tome treba dodati da mnogo toga ukazuje da je u naše vreme u praktično svim sredinama porasla svest o dužnosti i nužnosti doslednog poštovanja normi i principa ratnog i humanitarog prava koji su utvrđeni ovde razmatranim konvencijama. Sa druge strane, njihova ozbiljna kršenja predstavljaju teška krivična dela i po međunarodnom, i po unutrašnjim pravima država. Posebno je važno podvući da za razliku od ne tako davne prošlosti postoje sve brojniji međunarodni krivični sudovi, nadležni za gonjenje učinilaca ovih krivičnih dela; pritisak i domaće i svetske javnosti je veći nego ikad pre; itd.

Problemi

Premda neke od pomenutih konvencija imaju veoma veliki broj članica, za ostale se to ne može reći. Naprotiv, kod nekih je broj članica mali, posebno kada se imaju u vidu protek vremena od njihovog potpisivanja i značaj regulisanih pitanja. Dovoljno je primetiti da je tako važan ugovor, kakva je IV Haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu (1907) za 112 godina uspela da sakupi svega 43 članice. Članstvo pojedinih konvencija o kojima je ovde reč je još malobrojnije.

[17] Boris Krivokapić, "Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu", *Megatrend revija,* br. 3, 2012, str. 35–81.

Kritički se može gledati i na tvrdnju da su rešenja predmetnih konvencija prerasla u univerzalno međunarodno pravo. Naime, u praksi se može postaviti pitanje da li su zaista pojedina rešenja dobila takvo svojstvo tj. da li se može dokazati da u pogledu njih postoji opšta praksa, praćena svešću o njenoj pravnoj obaveznosti (*opinio juris sive necessitatis*). Ovo utoliko pre što su neka rešenja nesumnjivo prevaziđena i kao takva zamenjena bilo novim običajima, bilo novim ugovorima. To važi npr. za pravila Haških konvencija o ograničenju upotrebe sile za naplatu dugova (odavno su prevaziđena pošto Povelja UN i čitavo savremeno međunarodno pravo zabranjuju ne samo upotrebu sile već i pretnju silom u međunarodnim odnosima), o obavezi objave rata (u naše vreme prvo otpočinjanje rata je zločin agresije), o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona (i pre, a naročito od Prvog svetskog rata, bombardovanje iz vazduha je dozvoljen i vrlo važan način izvođenja neprijateljstava) itd.

U suštinskom smislu, život, koji se uvek razvija brže od prava koje nastoji da ga reguliše, doveo je do toga da su se pojavile nove vrste ratova, nova oružja i načini ratovanja, nove vrste boraca itd.). Ova pitanja nisu pokrivena konvencijama o kojima je ovde reč jer su one formulisane za drugačije prilike i uslove, za ratove između država[18] čije karakteristike su bile relativno jasno definisano vojište i bojište, odvojenost fronta i pozadine, jasna razlika između boraca i civila, korišćenje oružja čije se dejstvo u principu moglo kontrolisati; otvoreni (frontalni) okršaj između suprotstavljenih strana itd. Tačno je da se njihovi principi, među njima i Martensova klauzula, mogu primeniti i danas, kao što se njihova rešenja mogu dopunjavati novim sporazumima, posebno onima kojima se zabranjuje ili ograničava proizvodnja i upotreba pojedinih sredstava ratovanja. Ipak, isto tako je tačno i da se u tom slučaju radi o jednoj vrsti kalemljenja na nešto što po mnogo čemu pripada drugom vremenu.

Savremenu stvarnost obeležava to da najveći broj sukoba nije između država, već unutar pojedinih zemalja uz eventualno učešće stranog faktora; da se kao strane u sukobu sve više pojavljuju nedržavni subjekti uključujući i velike terorističke organizacije (ISIL); da sve više ratuju privatne vojske i plaćenici; da se uskoro mogu očekivati i oružani sukobi između velikih transnacionalnih kompanija ili uz njihovo otvoreno učešće;[19] da se protivnici sve ređe sreću licem u lice,

[18] Kasnije su mnoga rešenja proširena i na unutrašnje sukobe, ali to je učinjeno ili u vrlo uskim okvirima (čl. 3 isti u svim Ženevskim konvencijama iz 1949) ili dosta kasnije usvojenim aktima, kakvi su Dopunski protokol II uz Ženevske konvencije (1977) ili Rimski statut (1998), koji obavezuju samo države koje ih izričito prihvate.

[19] One su već sada finansijski moćnije od većine država, imaju interese na raznim kontinentima, na razne načine učestvuju u mnogim važnim delatnostima i aktivnostima (mas mediji, osvajanje svemira itd.) i sve više poprimaju obrise međunarodnopravnog subjektiviteta. Boris Krivokapić,

a sve više ubijaju jedni druge sa velike daljne, često i bez rizika po sebe, tako da je umesto makar prividno viteške borbe na delu zapravo hladnokrvna egzekucija bespomoćnih;[20] itd.

Poseban problem predstavlja činjenica da se usled naučnog i tehnološkog napretka nova sredstva i metodi borbe razvijaju neverovatnom brzinom. Dovoljno je podsetiti na nuklearno oružje, među kojim i ono malog kalibra; najnovije rakete koje mogu da nose razna punjenja, pa i nuklearno, a lete brzinom i do 19 mahova; savremene podmornice od kojih svaka raspolaže velikim brojem raketa sa po nekoliko bojevih nuklearnih glava od kojih je svaka mnogostruko jača od atomske bombe bačene na Hirošimu;[21] bespilotne letelice, borbena vozila i plovila (vazdušne, kopnene, pomorske i podmorske dronove); satelite uključujući tzv. satelite-ubice; municiju sa osiromašenim uranijumom; klimatsko odn. geofizičko oružje (veštačko izazivanje zemljotresa, beskonačnih kiša, suše, cunamija itd.); lasere; autonomna oružja odnosno oružja sa veštačkom inteligencijom;[22] tzv. manje smrtonosna oružja; na činjenicu da tzv. sajber (kiber) ratovanje koje je proizvod našeg vremena može da izazove isto tako teške posledice kao i klasični rat (tj. upotreba konvencionalnog oružja)[23] itd.[24]

"Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka,* br. 7, 2017, str. 110–127.

[20] Npr. napadi krstarećim i drugim raketama ispaljenim sa razdaljine od po nekoliko stotina, pa i hiljada kilometara; napadi projektilima ispaljenim sa dronova čiji su operateri u bunkerima udaljenim nekoliko hiljada kilometara itd.

[21] Američke podmornice klase "Ohajo" (*Ohio*) imaju i po 24 interkontinentalne balističke rakete sa 14 bojevih glava, od kojih svaka snage 100 kt ili 8 bojevih glava, svaka snage do 475 kt. Ruske podmornice "Ajkula" i "Borej II" (*Акула* i *Борей II*) imaju po 20 balističkih raketa, sa po 10 bojevih glava, snage po 150 kt. Snaga atomske bombe bačene na Hirošimu bila je oko 12,5 kt, što znači da je ukupna snaga nuklearnog oružja samo jedne od ovih podmornica (30.000 – 91.200 kt) jača od 2.400 do 7.296 puta!

[22] Sve velike sile odavno rade na ugrađivanju veštačke inteligencije u svoja oružja. Premda je to još uvek u eksperimentalnoj fazi, već postoje dronovi koji sami sleću na palube nosača aviona (vrlo težak i riskantan manevar), sami prepoznaju neprijatelja i odlučuju o tome kako će ga uništiti itd.

[23] Pored ostalog, hakovanjem se može upasti u centralni kompjuter oružanih snaga protivnika i izdavanjem lažnih naređenja ili zamenom podataka (unošenjem lažnih karti, lažnih obaveštajnih podataka i slično) postići da protivnik napadne sam sebe (npr. bombarduje sopstvene položaje, ispali rakete na sopstvene jedinice i objekte, pa i naseljena mesta); upadom u odgovarajuće centralne kompjutere mogu se izazvati nestanak struje u celoj protivničkoj državi ili delu njene teritorije, sa svim štetnim posledicama koje iz toga slede; sudari vozova i aviona; nesreće u nuklearnim elektrana; itd.

[24] V. o pomenutim i drugim oružjima, Boris Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnom pravu i odnosima, op. cit.,* str. 108–170, 501–510, 655–701.

Premda se, kada je reč o novim oružjima, može pomisliti da je rešenje Martensova klauzula,[25] zapravo nije tako. Ta odredba je uneta u IV Hašku konvenciju još 1899, pa ipak to nije sprečilo SAD da 1945. bace atomske bombe (tada novo oružje) na Japan i pobiju stotine hiljada civila, uz užasne patnje preživelih. Iako je to jedan od najtežih zločina protiv čovečnosti u novijoj istoriji, on nije osuđen na način na koji je trebalo i da niko nije za to odgovarao. Uostalom, Amerikanci su u ratu u Vijetnamu koristili napalm, koji takođe spada u oružja obuhvaćena Martensovom klauzulom, pa je i to prošlo bez međunarodnih sankcija, ako se ne računa pravno neobavezujuća osuda sadržana u rezolucijama Generalne skupštine UN. U naše vreme sve je još komplikovanije, zato što postoje i konvencionalna oružja koja su u stanju da na relativno velikom području ubiju sve živo (npr. višecevni raketni bacači velikog kalibra, posebno kada istovremeno dejstvuje nekoliko njih). Ogromni gubici mogu se naneti protivniku i putem tzv. sajber (kiber) ratovanja, pa ipak veliko je pitanje u kojoj konvenciji se to može podvesti pod ono na šta se odnosi ova klauzula.[26]

S druge strane, premda su novi ugovori kojima se zabranjuju određena sredstva i metodi ratovanja, i samim tim štite ljudski životi, zdravlje, priroda itd. uvek dobrodošli, oni po prirodi stvari uvek kaskaju za novim pronalascima u ovoj oblasti. Uz to uvek ostaje ostovoren problem koji se ogleda u tome da čak i kada

[25] Tako se naziva odredba iz uvoda IV Haške konvencije o zakonima i običajima ratovanja na kopnu (1899) koja glasi: "Dok jedan potpuniji zbornik zakona rata ne bude mogao biti proglašen, Visoke strane ugovornice smatraju korisnim da potvrde da, u slučajevima koji nisu predviđeni propisima od njih usvojenim, stanovništvo i učesnici u ratu ostaju pod zaštitom i vlašću načela međunarodnog prava onakvim kako ona proizlaze iz običaja ustanovljenih među prosvećenim narodima, zakona čovečnosti i zahteva javne savesti". Ova odredba, koja odražava stav da sredstva i načini ratovanja koji nisu zabranjeni postojećim ugovornim pravom nisu samim tim i dopušteni, ostala je i u revidiranoj IV Haškoj konvenciji (1907). U nešto izmenjenom obliku ugrađena je u sve četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949) i čl. 1/2 Dopunskog protokola I (1977) uz njih. Više o njoj: Shigeki Miyazaki, "The Martens Clause and international humanitarian law", in: *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet* (ed. Swinarski Christophe), Martinus Nijhoff Publishers, Geneva – The Hague 1984, pp. 433–444; А.И. Полторак, Л.И. Савинский, *Вооруженные конфликты и международное право,* Москва 1976, стр. 116–120; Theodor Meron, "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", *American Journal of International Law* No. 1, 2000, pp. 78–89.

[26] Heather Harrison Dinnis, *Cyber Warfare and the Law of War*, Cambridge University Press 2012; Erki Kodar, "Applying the Law of Armed Conflict to Cyber Attacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I", *ENDC Proceedings,* vol. 15, 2012, pp. 107–132; Stefano Mele, *Cyber-weapons: legal and strategic aspects*, Italian Instutute of Strategic Studies "Niccolo Machiavelli", Rome 2013; Shaun Roberts,"Cyber Wars: Applying Conventional Laws of War to Cyber Warfare and Non-State Actors", *Northern Kentucky Law Review* No. 3, 2014, pp. 535–572; Jens David Ohlin, Claire Finkelstein, Kevin Goven (eds.), *Cyber War: Law and Ethics for Virtual Conflicts,* Oxford University Press 2015.

se potpiše neki novi ugovor, on vezuje samo države koje ga ratifikuju, a to nikada nisu sve države, a vrlo često ni sve velike sile. To važi i za neke relativno davno potpisane sporazume koji se odnose na klasična (konvencionalna) oružja kao i za takve sporazume koji se bave novim oružjima, pa i nuklearnim.[27]

Tome treba dodati da čak i kada bi novi ugovori iz ove oblasti nastajali istovremeno sa novim sredstvima i načinima ratovanja i u svom članstvu imali sve države sveta, to ne bi značilo rešenje svih problema. Ovo kako zbog toga što su učesnici savremenih oružanih sukoba sve više nedržavni subjekti, tako i zbog toga što činjenica da je nešto ugovoreno sama po sebi ne garantuje da će to biti i poštovano odnosno da neće biti prekršeno. Nažalost, pripadnici oružanih snaga pojedinih zemalja, u prvom redu najvećih sila, i dalje su u poziciji da nekažnjeno krše izričita pravila i zabrane utvrđene međunarodnim pravom oružanih sukoba. Štaviše, zabeleženi su mnogi slučajevi nekažnjenih ratnih i drugih zločina koje su izvršili pripadnici međunarodnih vojnih snaga međunarodnih organizacija, pa i onih pod zastavom UN, koji su u odnosno područje poslati i u mirovnu misiju.[28] U ovim i sličnim slučajevima nije u pitanju slabost međunarodnog prava, već nesavršenost ljudi, davanje prednosti političkim i drugim interesima nad pravom i pravdom. Ostaje nada da će se tokom vremena stanje popravljati.

*
* *

Bez obzira na to što su suviše često kršene, konvencije o kojima je ovde bilo reči odigrale su veoma važnu ulogu. Bez njih bi svi oružani sukobi bili samo još gori. Ipak, čini se da one sve manje odgovaraju potrebama XXI veka.[29]

---

[27] Navešćemo samo nekoliko primera. Nakon 42 godine, u članstvu Konvencije o zabrani upotrebe, proizvodnje, skladištenja i prometa protivpešadijskih mina i o njihovom uništavanju (1977) su samo 164 zemlje, među kojima nema vodećih svetskih sila – SAD, Rusije i Kine. U članstvu Konvencije o zabrani upotrebe u vojne i druge neprijateljske svrhe tehnike za menjanje životne sredine (1976) je posle 43 godine samo 78 država, što je tek 40% članica UN. Ugovor o zabrani nuklearnog oružja (2017) ratifikovalo je samo 25 država, što je razumljivo s obzirom na kratkoću vremena koje je proteklo, ali pažnju privlači činjenica da ga je potpisalo samo 70 zemalja. Takođe, jasno je da nuklearne sile neće u dogledno vreme pristati da se vežu Ugovorom. Status i pregled članica pomenutih i drugih relevantnih sporazuma vidi na: *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General,* UNTC, Chapter XXVI: Disarmament, https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=26&subid=A&clang=_en, 17.8.2019.

[28] Boris Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, op. cit.,* str. 946–963.

[29] V. Adam Roberts, "The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts", *Duke Journal of Comparative & International Law* vol. 6, 1995, pp. 11–78; Isabelle Daoust, Robin Coupland, Rikke Ishoe, "New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legal-

Razume se, moguće je i dalje oslanjati se na njih, a nova pitanja rešavati novim sporazumima. Ipak, utisak je da se došlo do granice gde dalje gomilanje ugovora u ovoj materiji može da bude od manje koristi nego što se očekuje. Ovo zato što ono otvara prostor za neusklađenost pa i protivrečnost između raznih sporazuma; za otvaranje pitanja koja rešenja su važeća, šta zapravo koga obavezuje, koja su rešenja prerasla u univerzalno običajno pravo a koja ne itd.

U tom svetlu čini se da je sazrela potreba za novim kodifikovanjem ove materije putem usvajanja novih međusobno povezanih sveobuhvatnih sporazuma, poput onih iz 1899, 1907. i 1949, ali koji bi bili prilagođeni zahtevima i uslovima sveta u kojem živimo. Uostalom, može se očekivati da će se, bez obzira na postojeće zabrane, brže nego što mislimo sukobi preneti u svemir, čime će se otvoriti sasvim novi problemi koji će zahtevati pravno regulisanje. Ne samo da bi se time za predstojeći period obezbedilo da najvažnija univerzalna rešenja u ovoj materiji budu na jednom mestu, već bi to bila prilika da se usaglase postojeća i definišu nova rešenja, uvedu novi mehanizmi nadzora, reguliše položaj međunarodnih oružanih snaga koje su u mirovnoj misiji, obezbedi da što veći broj država ratifikuje odnosne ugovore itd.

Posebno će biti važno da se obezbede stvarno efikasni mehanizmi za dosledno poštovanje utvrđenih pravila. To, pored ostalog, podrazumeva potrebu da se nadležnost Međunarodnog krivičnog suda proširi na sve države, da se osnuju regionalni takvi sudovi i da se postigne da oni postupaju zaista objektivno i nepristrasno, kažnjavajući odgovorne za teška kršenja međunarodnog ratnog i humanitarnog prava bez obzira na to o kome se radi.

Ipak, sve rečeno svodi se samo na utvrđivanje pravnih okvira, što još ne znači i da će ih svi akteri poštovati. Pravo rešenje je konačno iskorenjivanje oružanih sukoba kao pojave koja predstavlja jednu od najvećih opasnosti za opstanak raznih društava ali i sveta kao celine (u slučaju novog svetskog rata ili nuklearnog rata, velikog biološkog rata itd.) i uopšte jedno od najvećih zala koje se može pri-

---

ity of means and methods of warfare", *International Review of the Red Cross* No. 846, 2002, pp. 345–362; Yves Sandoz, "International humanitarian Law in the twenty-first century", *Yearbook of International Humanitarian Law* vol. 6, 2003, pp. 3–40; David Wippman, Matthew Evangelista (eds.), *New Wars, New Laws?,* Transnational Publishers, 2005; Anthony M. Helm, *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force,* Naval War College 2007; Wolff Heintschel von Heinegg, Volker Epping (eds.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges,* Springer 2007; Peter M. Asaro, "How Just Could a Robot War Be?", in: *Current Issues on Computing and Philosophy* (eds. A. Briggle, P.A.E. Brey, K. Waelbers), IOS Press 2008, pp. 50–64; Paolo Tripodi, Jessica Wolfendale (eds.), *New Wars and New Soldiers,* Ashgate Publishing 2011; Steven Haines, "War at sea: Nineteenth-century laws for twenty-fist- century wars?", *International Review of the Red Cross,* vol. 98, No. 2, 2016, pp. 419–447; Harold Hongju Koh, "The Emerging Law of the 21st Century Law", *Emory Law Journal* vol. 66, 2017, pp. 487–512.

pisati ljudima i koje na razne načine pogađa ili može da pogodi svakoga. Taj dan je, međutim, veoma daleko.

BORIS KRIVOKAPIĆ, Ph.D.,
Professor Business and Law Faculty University "Union – Nikola Tesla",
Belgrade, Law Faculty of Samara National University "S.P. Korolev", Samara

THE GREAT ANNIVERSARIES OF THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL LAW OF ARMED CONFLICTS

Summary

The paper deals with important international agreements that underpin contemporary international law on armed conflict, and in 2019 celebrate 155 (Geneva Convention of 1864), 120 (The Hague Conventions of 1899), 90 (Geneva Convention of 1929), 70 (Geneva Conventions of 1949) and 65 years (1954 Hague Convention). In addition to pointing out the importance of these conventions, the author also points out a number of problems related to them and their implementation. He believes that there is a ripe need for the new codification of this matter through the adoption of new interconnected comprehensive agreements, tailored to the requirements and conditions of the world in which we live. Not only would this ensure for the forthcoming period that the most important universal solutions in this matter be in one place, but it would be an opportunity to harmonize existing and define new solutions, introduce new control mechanisms, regulate the position of international peacekeeping forces mission, ensure that as many states as possible ratify the treaties concerned, etc.

Key words: international law, war, law of armed conflicts, Geneva Conventions, codification

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

RAZGRANIČENJE SLOVENIJE I HRVATSKE NA JADRANSKOM MORU

U studiji slučaja, iznosi se najpre hronološki prikaz zahteva Slovenije i Hrvatske u vezi sa razgraničenjem na Jadranskom moru. Potom se u studiji analizira tok arbitražnog postupka koji je institucionalizovan na osnovu Sporazuma o arbitraži od 4. novembra 2009. godine. Centralni deo studije posvećen je presudi arbitražnog Tribunala od 29. juna 2017. godine, o utvrđivanju državnih granica na kopnu i moru. Analiza obuhvata in concreto, rezultate razgraničenja u Piranskom zalivu, potom rezultate razgraničenja teritorijalnog mora strana u sporu, kao i režim uspostavljen u tzv. zoni spajanja (Junction Area), kojom je Sloveniji omogućen pristup otvorenom moru. Studijom je potvrđeno da regulisanje ovih pitanja ne bi bilo moguće bez poštovanja principa pravičnosti i dobrosusedskih odnosa. Vodeći računa o ravnopravnosti strana u sporu, kao i posebnim okolnostima koje nameće morska konfiguracija, Tribunal je uspeo da postigne izbalansiran i fer rezultat imajući u vidu sve relevantne okolnosti, pa i okolnost da kompromitujuće čini predstavnika Slovenije, a potom i ishitreno jednostrano povlačenje Hrvatske iz arbitražnog postupka nisu mogli da utiču na njegov integritet, pa otud ni na nadležnost da meritorno odlučuje o predmetu spora.

Ključne reči: J*adransko more, razgraničenje, Slovenija, Hrvatska, arbitraža*

HRONOLOGIJA ZAHTEVA ZA RAZGRANIČENJEM NA JADRANSKOM MORU

Pre disolucije Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ), Jadransko more predstavljalo je jedinstveno državno područje.[1] Sukcesivnim okončanjem

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

[1] Član 1. Zakona o obalnom moru i epikontinentalnom pojasu propisivao je: "Suverenitet Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije na moru, prostire se na obalno more, vazdušni prostor

SFRJ, države sukcesorke - Slovenija i Hrvatska, iznele su zahteve za razgraničenjem na Jadranskom moru.[2] Slovenija je prva iznela zatev da polaže prava nad celim Piranskim zalivom, odnosno nad područjem Savudrijske vale, kako se ovaj zaliv drugačije zove, kao i pravo izlaska na otvoreno more. S druge strane, Hrvatska je iznela zahtev za znatnim delom Piranskog zaliva u kojem granica između nje i Slovenije treba da ide od sredine ušća reke Dragonje kroz morski prostor Savudrijske vale sve do spoljnih granica hrvatskog i slovenačkog teritorijalnog mora koje se graniči sa teritorijalnim morem Italije.[3]

U pokušaju da se ovo pitanje reši mirnim sredstvima, Slovenija je naknando iznela predlog Sporazuma o zajedničkoj granici 29. oktobra 1991. godine, koji definiše granicu kao liniju koja započinje donjim tokom reke Dragonje, a potom se nastavlja sredinom Piranskog zaliva sve do italijanske granice. Slovenija se pritom pozvala na katastarske podatke iz vremena kada je Piransko područje pripadalo Italiji. Potenciranje linije duž kanala Svetog Odorika, za slovenačku stranu značilo je znatno proširenje na moru, pa čak i izlaz u međunarodne vode. Linija razgraničenja po njoj se kreće sve do tačke na 18,5 km zapadno od linije koja spaja spoljne obale hrvatskih ostrva, što obuhvata i morski prostor nekadašnjeg jugoslovenskog obalnog mora.[4] U julu 1992. godine, Slovenija je u predlogu Sporazuma o granici sa Hrvatskom, liniju razgraničenja vezala za središni kanal Svetog Jeronima, prirodno korito reke Dragonje koja je 1952. godine promenila tok prokopavanjem veštačkog kanala Svetog Odorika. Međutim, ovako predložena granična tačka slovenačkog izlaza na morsku obalu za Hrvatsku je bila apsolutno neprihvatljiva.[5]

U Memorandumu o Piranskom zalivu od 7. aprila 1993. godine, Slovenija je iznela stav da njena granica na moru sa Hrvatskom nikada pre nije bila određe-

---

iznad njega, na dno i podzemni morski prostor tog mora". Videti: *Službeni glasnik SFRJ*, br. 49/1987; 57/1989.

[2] Duško Dimitrijević, *Državne granice nakon sukcesije SFR Jugoslavije,* Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2012, str. 229–244.

[3] Zakonskim novelama iz 1979. godine, jugoslovensko teritorijalno more prošireno je na 12 nautičkih milja, što je ostalo i nakon sukcesije SFRJ, kada je ista širina preuzeta od svih država sukcesorki. Videti: *Službeni list SFRJ*, br. 13/1979. Italija je pristupanjem Konvenciji o pravu mora 13. januara 1995. godine, zadržala teritorijalno more širine 12 milja po ranije usvojenom Zakonu o plovidbi od 14. avgusta 1974. godine. Videti: Legge 14 agosto 1974., *Gazzetta Ufficiale della Republica Italiana* n. 218 del 21 agosto 1974.

[4] Zakon o obalnom moru i epikontinentalnom pojasu SFRJ određuje da se državni suverenitet prostire na obalno more SFRJ, vazdušni prostor, te na dno i podzemlje. Pravna regulativa međutim pravi distinkciju u pogledu regulisanja unutrašnjeg i teritorijalnog pojasa obalnog mora. Videti: *Službeni list SFRJ*, br. 48/1987.

[5] Mladen Klemenčić, Clive Shofield, "The Croatia and Slovenia: Four Hamlets Case", *Boundary and Security Bulletin,* IBRU, 1995.

na, te da radi očuvanja celovitosti Piranskog zaliva prihvata da se u konkretnom slučaju radi o *sui generis* zalivu koji diktira da se razgraničenje izvrši po običajnim pravilima koja važe za istorijske naslove i druge posebne okolnosti, ali ne i po liniji sredine na kojoj insistira Hrvatska.[6] Zahtev proizilazi na osnovu zatečenog stanja vršenja jurisdikcije na sam dan sukcesije 25. jun 1991. godine, u odnosu na koji se primenjuje princip *uti possidetis*, a koji odgovara načelu teritorijalnog *statusa quo*, koje je jedno od osnovnih načela na kojem se zasniva moderno evropsko uređenje i čiju je upotrebu potvrdila i Arbitražna komisija u okviru Konferencije o bivšoj Jugoslaviji. S obzirom da Slovenija pripada grupi država sa nepovoljnim geografskim položajem, zbog kojeg nije mogla vršiti pravo slobode ribolova na otvorenom delu Jadranskog mora, niti koristiti pravo saobraćaja sa ostalim svetom, njeno je legitimno pravo da uspostavi vlast nad celokupnim Piranskim zalivom u svrhu ostvarivanja pomenutih prava "direktnim izlaskom na otvoreno more".[7]

U dokumentu nazvanom: "Stajališta Republike Hrvatske u odnosu na utvrđivanja državne granice u Piranskom zalivu i s tim u vezi u području reke Dragonje" od 18. novembra 1993. godine, Hrvatska je odbacila navedeno stanovište Slovenije.[8] Prema njenom shvatanju, zalivi susednih država dele se po međunarodnopravnom principu ekvidistance, središnjom linijom zaliva, tako da svaka strana zadržava po polovinu zaliva pod sopstvenom suverenom jurisdikcijom. Pravo "izlaza" Slovenije na otvoreno more preko hrvatskog teritorijalnog mora i ostalih morskih pojaseva, u suprotnosti je sa međunarodnim pravom mora. S obzirom da Hrvatska ima obavezu da poštuje utvrđenu granicu sa Italijom, Sporazum koji je zaključila sa Slovenijom o prekograničnoj saradnji i trgovini sasvim je dovoljan osnov koji obezbeđuje interese stanovništva s obe strane granične linije. Zbog nepromenjenog stava slovenačke strane, Hrvatska je 1994. godine zaključila da su u pogledu razgraničenja na moru "iscrpljene sve mogućnosti za bilo

[6] Vladimir Đuro Degan, "Granice Republike Hrvatske na moru, Uporedno pomorsko pravo", Jadranski zavod HAZU, Zagreb, 1995, vol. 37, br. 145-148, str. 7–38. Za tekst Memoranduma o Piranskom zalivu videti Internet: http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/2010/Arbitrazni_sporazum/2._Memorandum_o_Piranskem_zalivu.pdf

[7] Prema Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, države u nepovoljnom geografskom položaju imaju pravo da na pravednim osnovama učestvuju u iskorišćavanju odgovarajućeg dela viška živih bogatstava isključivih ekonomskih zona pomorskih država u istoj regiji ili subregiji, uzimajući u obzir relevantne ekonomske i geografske okolnosti svih zainteresovanih država u vezi očuvanja i korišćenja živih bogatstava (član 70).

[8] "Stajališta Republike Hrvatske glede utvrđivanja državne granice u Piranskom zaljevu i s tim u svezi u području rijeke Dragonje", u: Branko Celar, *Slovenija in njene meje*, Ljubljana, Visoka policijskovarnostna šola, 2002.

kakvo daljnje usaglašavanje stavova". Pomak u pregovorima napravljen je tek 28. jula 1997. godine, kada je u Ljubljani zaključen Sporazum o pograničnom prometu i saradnji kojim je omogućeno Sloveniji da vrši ribarenje u hrvatskim teritorijalnim vodama uz zapadnu obalu Istre sve do Limskog kanala.[9] U svrhu harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa zakonodavstvom Evropske unije koje se odnosi na ribarenje, Slovenija je 18. decembra 1998. godine prosledila Briselu akt pod nazivom: "Ribarstvo u Sloveniji", u kome je napomenula da je jedna od zemalja koje poseduju obalu Jadrana u dužini od 45 km. Od 1991. godine, od kada je stekla nezavisnost, Slovenija je ograničena da ribari u prostoru teritorijalnog mora od 12 nautičkih milja od obale, koje obuhvata 180 kvadratnih km. Linija razgraničenja u Piranskom zalivu koju je Slovenija jednostrano utvrdila trebalo bi da se kreće duž dve pozicije i to: od tačke "A" koja se nalazi na ušću kanala Svetog Odorika u Savudrijskoj vali, i tačke "B" koja se nalazi na središnjoj tački između rta Madona i rta Savudrija koja zatvara Piranski zaliv. Izvan zaliva linija sredine trebalo bi da se proteže do tačke "C" koja predstavlja tromeđu između Italije, Hrvatske i Slovenije, a na liniji između tački 3. i 4. utvrđenih Osimskim sporazumom između SFRJ i Italije iz 1975. godine.[10]

U Deklaraciji o stanju međudržavnih odnosa Hrvatske i Slovenije od 2. aprila 1999. godine, Hrvatska je ponovila svoj raniji zahtev za podelom Piranskog zaliva po principu ekvidistance s tim da je tačka na kopnu od koje valja povući graničnu liniju na moru pomerena na samo ušće kanala Svetog Odorika.[11] U "Odgovoru Slovenije na odgovor Hrvatske u vezi sa stanovištem o određivanju granica na moru" od 8. novembra 1999. godine, Slovenija je ponovila tezu o svom "stečenom pravu izlaza na otvoreno more".[12] Krajnje suprotstavljeni stavovi *a propo* razgraničenja na Jadranskom moru bili su donekle prevaziđeni 20. jula 2001. godine, kada su premijeri dve države (Drnovšek i Račan), objavili da je na nivou ministarstava spoljnih poslova parafiran nacrt Sporazuma o državnoj granici.[13] Nacrtom Sporazuma Hrvatska je prihvatila da se odrekne principa ekvidistance i da ustupi Sloveniji više od četiri petine Piranskog zaliva zajedno sa koridorom

[9] *Narodne novine Republike Hrvatske, dodatak Međunarodni ugovori,* br. 15/1997. Ulaskom u Evropsku uniju, Slovenija je 2004. godine otkazala odredbe Sporazuma koje su se odnosile na pravo ribarenja u hrvatskim teritorijalnim vodama veličine oko 168 kvadratnih kilometara.

[10] "Intergovernmental Conference on the Accession of the Republic of Slovenia to the European Union negotiating position of the Republic of Slovenia on Chapter 8 (Fisheries)". Internet: www.svez.gov.si/fileadmin/svez.gov.si/pageuploads/docs/negotiating_positions/8.pdf

[11] *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 32/1999.

[12] Davor Vidas, *Hrvatsko-slovenačko razgraničenje*, Zagreb, Školska knjiga, 2009, str. 44.

[13] Press Conference by Dr Rupel on Slovene-Croatian relations, Internet: www.sigov.si/mzz/eng/news_room/news/02082001,html

(tzv. *dimnikom*) koji polazi od rta Savudrije duž obale Istre i zauzima površinu od 166 kvadratnih km hrvatskog teritorijalnog mora. Međutim, Hrvatska je ubzro odustala od ovakvog rešenja, jer je spoznala da bi njime bila kreirana neprirodna trouglasta eksklava teritorijalnog mora veličine od 7 kvadratnih km bez neposrednog dodira s kopnom, štetna po bezbednost utvrđene državne granice prema Italiji.[14] Ustanovljavanje dela teritorijalnog mora iza pojasa otvorenog mora predstavlja *per se,* i pravni presedan zbog čega je Hrvatska, pod pritiskom javnosti i unutrašnjih političkih razloga 2002. godine, povukla paraf na nacrt Sporazuma. Sloveniji je međutim ponuđeno da njeni brodovi koriste pravo neškodljivog prolaza kroz hrvatsko teritorijalno more, a shodno odredbama Konvencije o pravu mora iz 1982. godine, što je Slovenija odbila dajući do znanja Hrvatskoj da je zanima isključivo linija razgraničenja koju predstavlja tačka na 18,5 km zapadno od linije koja spaja spoljne ivice obala hrvatskih ostrva, obuhvatajući ujedno i delove nekadašnjeg obalnog mora SFRJ to jest, po međunarodnopravnim standardima unutrašnje morske vode i teritorijalno more, spoljni morski pojas i deo otvorenog mora.[15]

Nakon pomenutog fijaska, 1. decembra 2004. godine, na predlog priobalnih zemalja Jadranskog mora Međunarodna pomorska organizacija usvojila je zajedničku šemu usmerene i odvojene plovidbe u severnom Jadranu kojim se *inter alia*, Sloveniji obezbeđuje pristup otvorenom moru preko teritorijalnog mora Italije. Ovim sistemom bilo je predviđeno i da svi brodovi koji se kreću kroz hrvatsko teritorijalno more uplovljavaju u Koparski i Tršćanski zaliv, a zatim isplovljavaju preko italijanskog teritorijalnog mora put otvorenog mora u skladu sa nešto ranije dogovorenim maršrutama iz Memoranduma o saglasnosti zaključenim između Hrvatske, Slovenije i Italije u Ankoni, 19. maja 2000. godine.[16] Zakonom o proglašenju zaštićene ekološke zone i epikontinentskog pojasa od 4. oktobra 2005. godine, Slovenija je nedvosmisleno dala do znanja Hrvatskoj da ne odustaje od svojih ranijih zahteva, budući da je dve godine pre njegovog usvajanja, Hrvatska na jednostranoj osnovi donela Odluku o proširenju jurisdikcije na Jadranskom moru kojom je proglasila zaštićeni ekološko-ribolovni pojas (ZERP).[17]

---

[14] Krisitian Turkalj, "Razgraničenje teritorijalnog mora između Hrvatske i Slovenije u sjevernom Jadranu (Piranski zaljev)", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2001, br. 5, str. 939–979.

[15] Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo mora*, *izvori međunarodnog prava,* Zagreb, Informator, 1989, str. 92. Novelama Zakona o obalnom moru, spoljnom pojasu i epikontinentalnom pojasu iz 1979. godine, eliminisan je spoljni morski pojas iz pravnog poretka Jugoslavije.

[16] *Narodne novine Republike Hrvatske, dodatak Međunarodni ugovori*, br. 5/2001.

[17] Pozivanjem na odredbe Pomorskog zakonika iz 1994. godine, Hrvatska je 3. oktobra 2003. godine, proširila jurisdikciju na Jadranskom moru u području koje bi prema pravu mora trebalo da obuhvata isključivu ekonomsku zonu proglašavanjem tzv. zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa

Svoju ekološku zonu i epikontinentalni pojas, s pozivom na "stečeno pravo izlaza na otvoreno more", Slovenija je locirala tik uz obalu Istre koja je od rta Madona na slovenskom delu mora udaljena oko 15,5 nautičkih milja.[18]

Kao odgovor na pomenuti akt Slovenije, Hrvatska je 28. novembra 2005. godine, usvojila Pravilnik o granicama u ribolovnom moru kojim je utvrdila graničnu liniju između različitih ribolovnih zona i unutrašnjeg i spoljnog ribolovnog mora.[19] Slovenija je 5. januara 2006. godine, usvojila kao kontra-eru Uredbu o određivanju područja ribolovnoga mora kojim je razdelila morsko područje na zonu "A" koja obuhvata unutrašnje morske vode od obale do linije koja povezuje rt Madona i rt Savudrija (celokupni Piranski zaliv), potom zonu "B" koju čini teritorijalno more sa utvrđenom severnom i južnom granicom ribolovne zone (kojima se neposredno obezbeđuje "izlaz" na otvoreno more), i zonu "C" koja obuhvata zaštićenu ekološku zonu i deo otvorenoga mora u Jadranskom moru.[20] Ministarstvo spoljnih poslova Slovenije objavilo je Belu knjigu o granici sa Hrvatskom 19. avgusta 2006. godine.[21] U istoj se daje pregled otvorenih graničnih pitanja i iznose se podaci koji bi trebalo da posluže kao osnov slovenačkim predlozima za uređenje međudržavne granice sa Hrvatskom. Osnovna pretpostavka od koje se polazi u ovom dokumentu tiče se zadržavanja *statusa quo* granica koje su postojale na datum sticanja nezavisnosti 25. juna 1991. godine. U Beloj knjizi iznosi se stanovište po kojem je Slovenija dok je bila u SFRJ imala "izlaz na otvoreno more", a što je Hrvatska izričito priznala u noti Ministarstva spoljnih poslova od 18. novembra 2003. godine.

U obrazloženju Slovenija navodi i argumente koji se odnose na njena stečena prava proistekla na osnovu sukcesije Osimskog ugovora o razgraničenju iz 1975. godine i Ugovora o razgraničenju epikontinentalnog pojasa iz 1968. godine, zaključenih između SFRJ i Italije, po kojima je Sloveniji bezuslovno omogućen pristup otvorenom moru. Pravičan pristup razgraničenju, prema slovenačkom stanovištu, podrazumeva prihvatanje Hrvatske da Piranski zaliv pripada Sloveni-

(ZERP), a koji se pruža od spoljne ivice teritorijalnog mora do srednje linije razgraničenja epikontinentalnih pojaseva bivše SFRJ i Italije. Videti: *Narodne novine Republike Hrvatske,* br. 157/2003. Videti: Mira Lučić, Igor Vio, "The Adriatic Sea and UNCLOS : The Croatian Maritime Code and Legal Regime of its Exclusive Economic Zone", in: *Problems of Regional Seas,* 2001, pp. 293–302.

[18] *Uradni list Republike Slovenije*, br. 93/2005. V. Dolores Rutar, *Delimitacija piranskega zaliva: gordijski vozel ali mednarodnopravno rešljiv spor?,* Fakultet za družbene vede, Ljubljana, 2008, str. 46–47.

[19] *Narodne novine Republike Hrvatske,* br. 144/2005.

[20] *Uradni list Republike Slovenije*, br. 2/2006.

[21] "White Paper on the Border between the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia", Ljubljana, Tiskarna Delo, 2006.

ji. Navedeno stanovište Slovenije obrazlaže se činjenicom da je po Zakonu o obalnom moru i epikontinentalnom pojasu SFRJ, koji se primenjivao na datum sticanja nezavisnosti 25. juna 1991 godine, Piranski zaliv imao status unutrašnjih voda i da je kao takav ostao pod jurisdikcijom Slovenije shodno principu teritorijalnog *statusa quo*, priznatog u Ustavnoj povelji o samostalnosti i nezavisnosti Republike Slovenije, u Ustavnoj odluci o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske od 25. juna 1991. godine, u Mišljenju br. 3 Badinterove Arbitražne komisije Konferencije o bivšoj Jugoslaviji od 11. januara 1992. godine, i u Zajedničkoj izjavi o izbegavanju incidenata koju su ministri inostranih poslova Slovenije i Hrvatske potpisali na Brionima 19. juna 2005. godine.

Radi osnaženja pomenutog stanovišta, Slovenija je iznela niz primera iz unutrašnje pravne prakse. Oslanjajući se na pravno-istorijske, ekonomske i druge podatke, Slovenija se nije libila da iznese i dosta smeo stav da Piranski zaliv predstavlja istorijski zaliv nad kojim Slovenija polaže suverena prava. S ozbirom na zatečeno stanje granica nakon sticanja nezavisnosti, Slovenija smatra da nije moguće prihvatiti hrvatsko stanovište da Piranski zaliv potpada pod odredbu iz člana 15. Konvencije o pravu mora iz 1982. godine, jer se ova odredba odnosi isključivo na razgraničenje teritorijalnog mora, a ne i na unutrašnje morske vode kojima Piranski zaliv zaista pripada. Ako bi se, pak, i pošlo od pretpostavke da Piranski zaliv ima status teritorijalnog mora, prema Sloveniji sasvim je jasno da se član 15. Konvencije ne bi mogao primeniti jer se odredba o liniji sredine ne primenjuje u slučaju gde se zbog istorijskog naslova ili drugih posebnih okolnosti razgraničenje između susednih država ima izvršiti na drugačiji način.[22] Izgledi da se spor između Slovenije i Hrvatske sporazumno reši na osnovu iznete argumentacije bili su vrlo mali. Stoga je pod okriljem Evropske unije 5. oktobra 2005. godine, napravljen pregovarački okvir da se granični sporovi između dve strane "rešavaju u skladu sa načelom mirnog rešavanja sporova".

Određeni napredak usledio je posle sastanka premijera dve države na Bledu 26. avgusta 2007. godine, kada je postignuta načelna saglasnost da se spor oko razgraničenja na Jadranu iznese pred Međunarodni sud pravde u Hagu, a da se preostala nerešena pitanja među stranama rešavaju putem pregovora. U tom smi-

[22] U hrvatskoj stručnoj literature navodi se da je u slovenačkim propisima iz 2005. i 2006. godine, kao i na službenoj karti *e-Atlasa okolja,* kojeg je izdala Agencija za zaštitu životne sredine 2009. godine, Slovenija prisvojila površinu teritorijalnoga mora od 233,8 kilometara kvadratnih, što je 130% veća površina od površine slovenačkog teritorijalnog mora prikazanog u pretpristupnom dokumentu o ribarstvu upućenog Evropskoj uniji 1998. i 2004. godine, kada je Slovenija postala njena punopravna članica. V. Zvonko Gržetić, Vesna Barić Punda, Valerija Filipović, "O granicama u sjevernom Jadranu (1948-2009) s posebnim osvrtom na kronološki kartografski prikaz", *Poredbeno pomorsko pravo,* 2010, br. 164, str. 19–72.

slu formirana je mešovita komisija pravnih stručnjaka kojima je poveren zadatak da pripreme predlog sporazuma o iznošenju graničnog spora pred Međunarodni sud pravde. Zbog slovenačke blokade pristupnih pregovora za učlanjenje Hrvatske u Evropsku uniju, komisija je rasformirana, a stranama u sporu, ponuđena je 21. januara 2009. godine, medijacija "veća mudraca" pod predsedateljstvom bivšeg finskog predsednika Martija Ahtisarija. Međutim, zbog unapred ispolitiziranog stava o sastavu i načinu rada ovog tela, pomenuta medijacija nije prihvaćena. Potom je, 23. aprila 2009. godine, Evropska unija ponudila novi predlog u formi Sporazuma o rešenju spora i tekst zajedničke izjave kojom se strane obavezuju da obrazuju arbitražni sud koji će doneti meritornu odluku o pružanju međudržavne granice na moru i kopnu i kojom će urediti režim morskih područja i izlaz Slovenije na otvoreno more.[23]

Konačno, Sporazum o arbitraži između Hrvatske i Slovenije uz zajedničku deklaraciju potpisan je u Štokholmu 4. novembra 2009. godine.[24] U Saboru Republike Hrvatske, Sporazum je ratifikovan 20. novembra 2009. godine.[25] Nakon što je Ustavni sud Slovenije u martu 2010. godine potvrdio da Sporazum ne prelazi granice slovenačkog Ustava, Sporazum je ratifikovan u slovenačkom Parlamentu 19. aprila 2010. godine.[26] U junu iste godine, u Sloveniji je održan referendum na kojem je 51,5 % birača podržalo zaključivanje Sporazuma.[27] U oktobru 2010. godine, Ustavni sud Slovenije još jednom je izrazio afirmativno mišljenje, ali ovaj put o aktu o ratifikaciji Sporazuma.[28] Iako nisu postigle saglasnost povodom jednostranih deklaracija o domašaju Sporazuma o arbitraži, Vlade Slovenije i Hrvatske su kroz razmenu diplomatskih nota izrazile spremnost da budu vezane odredbama Sporazuma. Sledstveno tome, Sporazum o arbitraži je stupio na snagu 29. novembra 2010. godine.[29] U njemu se predviđa da će arbitražni Tribunal odrediti tok morske i kopnene granice između Slovenije i Hrvatske, potom izlaz Slovenije

[23] Davorin Rudolf, Irena Kardrum, "Sporazum o arbitraži između Hrvatske i Slovenije", *Poredbeno pomorsko pravo,* 2010, br. 164, str. 8.

[24] Prema članu 9. Sporazuma o arbitraži, regulisanje pitanja razgraničenja je predluslov za pristupanje Hrvatske EU. Videti: *Narodne novine Republike Hrvatske,* br.12/2009.

[25] *Narodne novine Republike Hrvatske,* br. 12/2009.

[26] *Uradni list Republike Slovenije*, br. 11/2010; br. 25/2010.

[27] *Uradni list Republike Slovenije*, 53/2010.

[28] *Uradni list Republike Slovenije*, 73/2010.

[29] Ugovorne strane su 25. maja 2011. godine, deponovale Sporazum o arbitraži Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija kao depozitaru međunarodnih ugovora shodno članu 102. Povelje Ujedinjenih nacija. Videti: "Joint Submission of the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia to the Secretary-General of the United Nations for the Registration of the Arbitration Agreement", New York, 25 May 2011.

na otvoreno more i režim korišćenja odgovarajućih morskih područja. Pri tumačenju Sporazuma, Tribunal je ovlašćen da primenjuje pravila i principe međunarodnog prava, kao i principe pravičnosti i dobrosusedskih odnosa da bi se postigao fer i pravedan rezultat uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti.

TOK ARBITRAŽNOG POSTUPKA

U skladu sa članom 2(1) Arbitražnog sporazuma, strane su uz asistenciju Evropske komisije, 17. januara 2012. godine, sporazumno imenovale sudiju Žilbera Gijoma (Gilbert Guillaume) za predsedavajućeg arbitra, i profesora Von Loua (Vaughan Lowe) i sudiju Bruna Simu (Bruno Simma) kao arbitre. Potom su imenovani i arbitri Slovenije i Hrvatske – dr Jernej Sekolec i profesor Budislav Vukas. Stalni arbitražni sud *(Permanent Court of Arbitration - PCA),* preuzeo je ulogu registra u ovoj arbitraži. S obzirom na specifičnosti predviđene arbitražne procedure koja predstavlja kombinaciju simultanog i konsekutivnog sistema, Tribunal je najpre održao pripremno ročište u Palati mira u Hagu u aprilu 2012. godine. Na tom ročištu Tribunal je izdao naredbu kojom je, između ostalog, predvideo rokove za podnošenje pismenih podnesaka strana u sporu i modalitete izvođenja dokaza.

Početkom februara 2013. godine, Tribunal je izmenio ovu naredbu izdavši novu kojom je odredio rokove za podnošenja pismenih podnesaka. Slovenija i Hrvatska ubrzo potom podnele su pismene podneske sa tužbenim zahtevima *(Memorials).* Istima se traži od Tribunala da utvrdi granicu između dve države na moru i kopnu. Početkom novembra 2013. godine, dve strane podnele su odgovore na tužbene zahteve *(Counter-Memorials).* Nakon toga, Tribunal je dozvolio stranama da podnesu replike *(Replies),* što su one i učinile 24. marta 2014. godine. U usmenoj raspravi koja je potom usledila, Tribunal je saslušavao predstavnike strana, dok je za određene nejasnoće tražio izvođenje dokaza puteme ekspertskih veštačenja. Dana 17. juna 2014. godine, Stalni arbitražni sud u funkciji registratora postupka, izdao je saopštenje za javnost o okončanju usmene rasprave zajedno sa ključnim stanovištima strana u sporu. Nakon toga, Hrvatska je preko Tribunala 30. aprila 2015. godine, uputila pismo Sloveniji u kojem se od Slovenije zahteva da razjasni izjave slovenačkog ministra spoljnih poslova date na slovenačkoj televiziji 7. januara i 22. aprila 2015. godine, u vezi sa mogućim ishodom arbitraže. Slovenija je odgovorila na hrvatski zahtev 1. maja 2015. godine, tvrdeći da "Slovenija nema nikakve informacije što se tiče ishoda arbitraže", niti bilo kojeg "neformalnog kanala komunikacije sa Tribunalom". Stoga, ona ni na koji način nije pokušavala izvršiti pritisak na Tribunal. Odgovarajući na ovu prepisku, Tribunal je izrazio zabrinutost povodom tvrdnji da jedna strana u sporu ima pristup poverljivim informacijama koje se odnose na arbitražni postupak.

S obzirom na to da su obe strane prihvatile obaveze iz član 10(1) Sporazuma o arbitraži, Tribunal je tražio da se arbitri strana u sporu uzdrže od *ex parte* komunikacija. U pismenoj izjavi od 9. jula 2015. godine, Tribunal je obavestio strane da će odluka biti doneta 17. decembra 2015. godine. Međutim, 22. jula iste godine, javna glasila u Srbiji i Hrvatskoj objavila su dva transkripta i audio datoteku kompromitujućih telefonskih razgovora arbitra kojeg je imenovala Slovenija – dr Jerneja Sekoleca i Simone Drenik, tadašnjeg slovenačkog agenta u postupku. Iako su nakon toga usledile ostavke ovih predstavnika Slovenije, Hrvatska je 24. jula 2015. godine od Tribunala zatražila obustavu zbog "velike štete koja je naneta integritetu celokupnog postupka, kao i zbog "percepcije javnosti o legitimnosti procesa". Odgovarajući na hrvatski zahtev, Slovenija je izrazila "duboko žaljenje" zbog kompromitujućih sadržaja koji su dospeli u javnost, odbijajući hrvatsku argumentaciju. Nakon toga, Slovenija je 28. jula 2015. godine, imenovala Ronija Abrahama, predsednika Međunarodnog suda pravde za svog arbitra u Tribunalu. Međutim, on je već početkom avgusta podneo ostavku zbog čega je Tribunal pozvao Sloveniju da imenuje novog arbitra. U međuvremenu je i hrvatski arbitar, profesor Budislav Vukas podneo ostavku.

U verbalnoj noti od 30. jula 2015. godine, Hrvatska je izjavila da smatra Sloveniju "upletenom u jedno ili više značajnih kršenja Sporazuma o arbitraži", koja daju pravo Hrvatskoj da isti raskine shodno članu 60. stav 1. Bečke konvencija o pravu ugovora. Narednog dana, Hrvatska je obavestila Tribunal o sadržini verbalne note upućene Sloveniji uz naznaku da ona ne može nastaviti arbitražni postupak u dobroj veri. U pismenom podnesku od 31. jula 2015. godine, Slovenija je obavestila Hrvatsku da njeno eventualno odustajanje od postupka arbitraže nema osnova u međunarodnom pravu, te da je Sporazum jedina validna pravna osnova za rešavanje pitanja delimitacije između dve zemlje. Slovenija je potom objavila da je 13. avgusta 2015. godine, Tribunal prigovorio na obaveštenje Hrvatske o raskidu Sporazuma, te da s obzirom na dužnosti i ovlašćenja mora da nastavi arbitražni postupak. Istovremeno je objavila i da je u cilju očuvanja integriteta, nezavisnosti i nepristrasnosti Tribunala zatražila od njegovog predsednika Žilbera Gijoma da u skladu sa Sporazumom o arbitraži on imenuje arbitre na mesto onih koji su u međuvremenu podneli ostavke. Dana 25. septembra 2015. godine, Tribunal je obavestio strane u sporu da je predsednik Tribunala imenovao ambasadora Rolfa Einara Fife (Rolf Einar Fife) iz Norveška, da nasledi Ronija Abrahama i profesora Nikolasa Mišela (Nicolas Michel) iz Švajcarske, da nasledi profesora Budislava Vukasa. Početkom decembra 2015. godine, Tribunal je utvrdio rokove za dostavljanje pismenih podnesaka oko mogućih pravnih implikacija u odnosu na činjenice koje se navode u pismenima Hrvatske od 24. i 31. jula 2015. Ujedno je stranama u sporu dostavio dva interna dokumenta koja mu je u toku 2014–

2015. godine, prosledio bivši slovenački arbitar dr Jernej Sekolec, a koja se odnose na povlačenje granice na Dragonji i Muri. Hrvatska nije odgovorila na zahtev Tribunala za dostavu pismenog podneska, dok se Slovenija izjasnila u podnesku od 26. februara 2016. godine, insistirajući da Sporazum o arbitraži ostane na snazi i da proizvodi pravno dejstvo između strana u sporu sve dok Tribunal ne donese konačnu presudu. Iako je Hrvatska u međuvremenu preko svoga Ministarstva spoljnih poslova i Stalne misije u Ujedinjenim nacijama potvrdila da neće učestvovati u raspravi pred Tribunalom, usmena rasprava je održana 17. marta 2016. godine, a Tribunal je 30. juna 2016. godine, doneo delimičnu presudu. U presudi je Tribunal izrazio žaljenje što Hrvatska nije iskoristila priliku da odgovori na pitanje koja je prethodno postavio. Potom, Tribunal je primetio da u međunarodnom procesnom pravu postoji dobro utemeljen princip po kojem jednostrana odluka o povlačenju iz postupka ne može uticati na njegov tok.

U kontekstu aktuelnog arbitražnog postupka koji se vodi, Tribunal je primetio da je ovaj princip sadržan u članu 28. Opcionih pravila za arbitražno rešavanje sporova između dve države Stalnog arbitražnog suda u Hagu *(Optional Rules)*. Ova pravila koja nisu imperativne pravne prirode, primenjuju se u predmetnom postupku u skladu sa članom 6(2) Sporazuma o arbitraži. S obzirom na Tribunalov *kompetenz-kompetenz* da utvrđuje postojanje nadležnosti u predmetu spora između Slovenije i Hrvatske, Tribunal je zaključio da je "nadležan na osnovu Sporazuma o arbitraži i člana 21. stav 1. Opcionih pravila. Takođe, Tribunal je konstatovao da je u skladu sa članom 65. Bečke konvencije o pravu ugovora, nadležan i da odlučuje da li je Hrvatska, postupajući na osnovu člana 60. Bečke konvencije o pravu ugovora, pravno ispravno dala predlog Sloveniji da okonča primenu Sporazuma o arbitraži i da li je na validan način prestala da isti primenjuje. U nastavku postupka, Tribunal je potvrdio da ima ovlašćenja i dužnosti da reši kopneni i pomorski spor koji je pred njega iznet. S tim u vezi, naglasio je i da je na njemu da zaštiti integritet arbitražnog postupka. Podsećajući na ostavke date u toku postupka (dr Jerneja Sekoleca, Simone Drenik i profesora Budislava Vukasa) i zamene izvršene u skladu sa odredbama Sporazuma o arbitraži (sa ambasadorom Rolfom Einarom Fifom i profesorom Nikolasom Mišelom), Tribunal je potvrdio da ne može biti nikakve sumnje u vezi sa nepristrasnošću ili nezavisnošću arbitražnog veća. Uz navedeno, Tribunal je zaključio da izneta stanovišta ranijih nacionalnih arbitara nisu bila relevantna za rad Tribunala u njegovom sadašnjem sastavu.

U interesu transparentnosti, dva dokumenta koje je dr Jernej Sekolec podneo Tribunalu dostavljena su na izjašnjavanje stranama u postupku. U vezi sa tim, Tribunal je primetio da dr Jernej Sekolec, uz svoje dokumente nije dostavio Tribunalu nikakve nove argumente ili činjenice koje već nisu bile sadržane u službe-

nim spisima Tribunala. Konačno, Tribunal je konstatovao da su dr Jernej Sekolec i Simona Drenik postupali suprotno Sporazumu o arbitraži i Uslovima o imenovanju usvojenim od strana u sporu i Tribunala. Međutim, u vezi sa mogućnošću da Hrvatska jednostrano raskine Sporazum o arbitraži zbog nezakonitog postupanja predstavnika Slovenije, Tribunal je bio mišljenja da odredba člana 60. stav 1. Bečke konvencije o pravu ugovora takvu mogućnost daje, ali samo ako bi takva povreda prevladala cilj i svrhu zaključenog ugovora. S tim u vezi, Tribunal je našao uporište u jurisprudenciji Međunarodnog suda pravde koji je konstatovao da sporazum o arbitraži predstavlja međunarodni ugovor specifične vrste. "Kada države potpišu arbitražni sporazum, one zaključuju jedan ugovor sa vrlo konkretnim ciljem i svrhom: poveriti arbitražnom sudu zadatak da spor reši u skladu sa uslovima koje strane dogovore, a koji je u sporazumu definisan kroz utvrđivanje granica sudske nadležnosti".

U predmetnom slučaju, Sporazum o arbitraži Slovenije i Hrvatske u preambuli konstatuje da kroz brojne pokušaje, strane nisu rešile svoj teritorijalni i pomorski spor proteklih godina. Shodno tome, Sporazum o arbitraži zasnovan je na želji za mirnim i konačnim rešavanjem ovog spora. Nakon što je svebuhvatno razmotrio hrvatsku argumentaciju da je Slovenija prekršila Sporazum o arbitraži, Tribunal je našao da te povrede nisu bile takve prirode da pobijaju njegov cilj i svrhu. S obzirom da je stranama u sporu data prilika da iznesu i dodatne argumente u prilog kršenja poverljivosti postupka, a da nijedna strana to nije učinila, niti je pokrenula daljnja pitanja, Tribunal je konstatovao da je u arbitražnom postupku u potpunosti osigurana ravnoteža između strana. Shodno tome kršenje Sporazuma od strane Slovenije ne predstavlja osporavanje predmeta i svrhe arbitražnog postupka. Sledstveno, Hrvatska nije imala pravo na jednostrani raskid Sporazuma na osnovu član 60. stav 1. Bečke konvencije o pravu ugovora. Konačno, Tribunal je potvrdio svoju nadležnost i jednoglasno odlučio da je Slovenija prekršila odredbe Sporazuma o arbitraži od 4. novembra 2009. godine, ali da Sporazum o arbitraži ostaje na snazi. Nakon bezuspešnog pokušaja da nastavi dalju raspravu po ovom pitanju, Tribunal je, pozivajući se na član 29. Opcionih pravila Stalnog arbitražnog suda, proglasio raspravu zatvorenom. Potom je, 29. juna 2017. godine, objavio konačnu presudu o graničnom sporu na moru i kopnu između Slovenije i Hrvatske.[30]

[30] PCA Case no. 2012-04 in the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, Signed on 4 November 2009, between Republic of Croatia and the Republic of Slovenia, *Final Award,* 29 June 2017.

RAZGRANIČENJE U PIRANSKOM ZALIVU

Piranski zaliv (Savudrijska vala), smešten je u jugoistočnom delu Tršćanskog zaliva. Budući da Slovenija i Hrvatska dele vode ovog zaliva i da obe imaju određene teritorijalne zahteve, Tribunal je imao zadatak da izvrši njegovu delimitaciju. U tužbenom zahtevu koji je Slovenija postavila, izneta je tvrdnja da je Piranski zaliv pre disolucije SFRJ imao status unutrašnjih voda kao "pravni zaliv"*(juridical bay)* ili alternativno, kao istorijski zaliv *(historic bay)*. Nakon disolucije SFRJ, Piranski zaliv je zadržao taj status, što je posledica delovanja principa automatske sukcesije granica, graničnih režima i istorijskih naslova.[31] Konvencija o pravu mora iz 1982. godine (UNCLOS III), prema Sloveniji ne isključuje mogućnost "pravnog zaliva" koji se graniči sa nekoliko država.[32] Utvrđivanje granica unutar Piranskog zaliva obuhvata primenu principa *uti possidetis*, koji prema slovenačkom mišljenju daje pravo Sloveniji na čitav zaliv. Sa druge strane pak, Hrvatska je osporila tako postavljen tužbeni zahtev Slovenije. Hrvatska je iznela

[31] Robert Y. Jennings, *The Acqusition of Teritorry in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963, pp. 23–28.

[32] Konvencija o pravu mora iz 1982. godine (UNCLOS III), predstavlja najznačajniju kodifikaciju međunarodnog prava u ovoj oblasti. Videti: "Covention on the Law of the Sea with Annexes and Index, Final act of the Third UN Conference on the Law of the Sea", *UN Treaty Series,* vol. 1833, p. 3. Konvencija je stupila na snagu 16. novembra 1994. godine shodno čl. 308(1). Videti: *Službeni list SFRJ dodatak Međunarodni ugovori*, br. 1/1986. Pomenutoj Konvenciji prethodile su četiri Ženevske konvencije o pravu mora i to: Konvencija o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu iz 1958. godine, koja je stupila na snagu 10. septembra 1964 godine. Videti: *UN Treaty Series,* vol. 516, pp. 206–249. Ostale tri Ženevske konvencije donete na Konferenciji iz 1958. godine, a stupile su na snagu sledećim redosledom: Konvencija o otvorenom moru – 30. septembra 1962 godine, Konvencija o epikontinentalnom pojasu – 10. juna 1964. godine i Konvecija o ribolovu i očuvanju živih bogatstava otvorenog mora – 20. marta 1966. godine. Videti: *UN Treaty Series,* vol. 450, pp. 82–135; vol. 559, pp. 286–321; vol. 499. pp. 312–333. Za prevod videti: *Službeni list SFRJ, dodatak Međunarodni ugovori*, br. 4/1965. Primena Konvencije iz 1982. godine, ima prioritet u odnosu na primenu pravila iz Ženevskih konvencija iz 1958. godine (čl. 311. st. 1), zbog toga što su u njoj uglavnom preneta, sistematizovana i dalje razrađena postojeća pravila i što bi pojedinačna primena Ženevskih konvencija u krajnjem slučaju, trebalo da dovede do identičnih rezultata razgraničenja. Slovenija je notifikacijom o sukcesiji od 16. juna 1995. godine, nasledila članstvo SFRJ u Konvenciji o pravu mora iz 1982. godine. Tom prilikom dala je interpretativnu izjavu o pravu država u nepovoljnom geografskom položaju. Slovenija je izrazila spremnost da prihvati arbitražni sud za rešavanje izuzetnih sporova koji su navedeni u čl. 298. Konvencije (sporove koji se odnose na morske granice, istorijske zalive ili istorijske naslove, pod uslovom da se svaki spor izuzme ako uključuje istovremeno razmatranje nerešenog pitanja koje se odnosi na suverenost ili druga prava nad kontinentalnim ili ostrvskim kopnenim područjem). Hrvatska je istim povodom 5. aprila 1995. godine, dala interpretativnu izjavu kojom se opredeljuje da rešavanje sporova poveri Međunarodnom sudu za pravo mora ili Međunarodnom sudu pravde u Hagu. Videti: Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31. December 2001, op. cit., pp. 229, 242.

tvrdnju da Piranski zaliv nikada nije bio u režimu unutrašnjih morskih voda. Prema njenom shvatanju, zaliv je pripadao režimu teritorijalnog mora SFRJ i ostao je u tom statusu i nakon njene disolucije. Pri tome, Hrvatska se pozvala na odredbu iz člana 15. UNCLOS III koja utvrđuje kombinovana rešenja za razgraničenje teritorijalnog mora država čije su obale suprotne ili se dodiruju. S obzirom da ne postoje posebne okolnosti koje bi dozvolile odstupanje od opšteg pravila razgraničenja na osnovu linije sredine (ekvidistance), krajnja linija do koje bi, po pravilu trebalo da ide državna granica u Piranskom zalivu, prema Hrvatskoj jeste središnja linija kod koje je svaka tačka jednako udaljena od najbližih tačaka polaznih linija od kojih se meri širina teritorijalnog mora. Iz navedenog je jasno da se Hrvatski zahtev zasniva na akcesoriju kopna Piranskog zaliva, što ukazuje da bi se razgraničenje moglo izvršiti u skladu sa pravilom sadržanim u članu 2. UNCLOS III, po kojem se suverenost države preko kopnenog dela teritorije proteže još na unutrašnje morske vode, teritorijalno more uz obalu, a potom i na vazdušni prostor iznad njega, kao i na dno i podzemlje mora. Iz navedenog je bilo jasno da Tribunal ima pred sobom veoma ozbiljan zadatak da najpre utvrdi pravni status Piranskog zaliva pre disolucije SFRJ.

Pod pretpostavkom da je Piranski zaliv zaista imao status unutrašnjih voda, to bi značilo da je on pripadao korpusu nacionalnih voda unutar kopna *(inter fauces terrarum)*.[33] Premda nisu bile predmet sveobuhvatne kodifikacije, unutrašnje vode imaju naročit značaj za utvrđivanje pravila o širini teritorijalnog mora. To potvrđuju obe konvencije o pravu mora – Ženevska konvencija o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu iz 1958. godine i UNCLOS III iz 1982. godine. Obe ove konvencije potvrđuju i da se suverenitet obalne države širi i izvan njene kopnene teritorije i unutrašnje vode, do susednog morskog pojasa opisanog kao teritorijalno more. Takođe, obe ove konvencije formulišu zalive čije obale pripadaju samo jednoj državi a koji prema definiciji predstavljaju jasno istaknutu uvalu koja zadire u kopno u takvoj srazmeri prema širini svog ulaza da obuhvata vode zatvorene kopnom i više nego što je obično zavijanje obale. Pri tome, jedna uvala predstavlja zaliv samo ako je njena površina jednaka ili veća od površine polukruga čiji je prečnik linija povučena od jednog do drugog kraja ulaza u uvalu. Za potrebe merenja, površinom uvale se smatra površina obuhvaćena između linije niske vode duž obale uvale i linije povučene između linije niske vode na njenim prirodnim ulaznim tačkama. Ako zbog prisustva ostrva neka uvala ima više od jednog ulaza, polukrug se povlači tako da njegov prečnik predstavlja zbir linija koje zatvaraju razne ulaze, s tim da se površina ostrva uračunava u ukupnu površinu uvale.

[33] John C. Colombos, *The International Law of the Sea,* London, Longmans, 1959, p. 148, etc.

Kada rastojanje između linija niske vode na prirodnim ulazima zaliva nije veće od 24 nautičke milje, povlačenje granične linije obuhvata morske površine između linija niske vode koje se smatraju unutrašnjim morskim vodama. *A contrario,* ako je rastojanje veće od 24 nautičke milje, povlači se prava polazna linija tako da zatvara najveću moguću površinu vode. Navedena pravila ne primenjuju se na tzv. *istorijske zalive*, niti se primenjuju kod pravih polaznih linija po napred navedenim pravilima. Uzimajući u obzir da su u vreme SFRJ obale Piranskog zaliva pripadale jednoj državi, status zaliva trebalo je otud utvrditi u skladu sa rešenjima prisutnim u navedenim Konvencijama. Jugoslavija je proglasila Piranski zaliv za "pravni zaliv" *(juridical bay)* unutar svojih unutrašnjih morskih voda. Njegova površina (približno 18,2 kvadratna km), veća je od površine polukruga čiji je prečnik linija povučena od jednog do drugog kraja ulaza u uvalu (otprilike 9,5 kvadratnih km). Rastojanje između linija niske vode na prirodnim ulazima zaliva od rta Madona na severu do rta Savudrija na jugu iznosi 2,7 nautičkih milja, dakle nije veće od 24 nautičke milje, čime povlačenje granične linije treba da obuhvati morske površine između linija niske vode koje se smatraju unutrašnjim morskim vodama. S obzirom da prema Hrvatskoj, SFRJ nikada nije povukla graničnu liniju koja bi obuhvatila morske površine između linija niske vode koje se smatraju unutrašnjim morskim vodama, Piranski zaliv nikada nije stekao status unutrašnjih morskih voda.

Razmatrajući zakonodavni okvir koji je postojao u jugoslovenskoj federaciji pre 1991. godine, Tribunal je ustanovio da je bivša Jugoslavija donela određene propise u vezi sa statusom unutrašnjih voda, i to: Zakon o obalnom moru iz 1948. godine, kojim su se pod unutrašnjim vodama podrazumevale uvale i ušća reka čija širina nije prelazila 12 nautičkih milja;[34] Zakon o obalnom moru iz 1965. godine, koji je predviđao da unutrašnje vode čine luke, uvale, obala i ostrva[35], i Zakon o obalnom moru i epikontinentalnom pojasu iz 1987. godine, koji je reprodukovao rešenja iz prethodnog Zakona (i novela), a prema kome su uvale formulisane kao zalivi sačinjavali deo unutrašnjih voda SFRJ.[36] Suprotno hrvatskim tvrdnjama, Tribunal je utvrdio da ne postoji izričita obaveza prema Ženevskoj konvenciji o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu iz 1958. godine, da države objavljuju mape u kojima se naznačuju granične linije "pravnih zaliva", već da takva obaveza postoji samo u odnosu na prave polazne linije od kojih se meri širina teritorijalnog mora. Ovo uprkos činjenici da je UNCLOS III propisao obavezu za države da objavljuju svoje pomorske karte i propise o geografskim koordinata-

[34] *Službeni list FNRJ*, 106/1948.

[35] *Službeni list SFRJ*, br. 22/1965.

[36] *Službeni glasnik SFRJ*, br. 49/1987.

ma, a da kopije dostavljaju na čuvanje Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija, status Piranskog zaliva kao unutrašnjih morskih voda SFRJ ne dovodi se u pitanje, jer je taj status ostvaren pre nego što je UNCLOS III stupio na snagu 1994. godine. Stoga, iako granična liniju koja bi obuhvatila morske površine između linija niske vode koje se smatraju unutrašnjim morskim vodama Piranskog zaliva nije preslikana na mapama, to, prema stanovištu Tribunala, ne dozvoljava da se donese drugačiji zaključak.

Tribunal je primetio i da u predmetnom slučaju ne može biti sumnje u vezi sa tokom granične linije budući da je svojevremeno, tokom pregovora između Italije i Jugoslavije oko razgraničenja na Jadranskom moru izrađena mapa relevantnih pomorskih područja na kojoj je jasno određena granična linija Piranskog zaliva. Ova mapa je po svemu bila polazna osnova pregovora koji su par godina posle doveli do zaključenja Osimskog ugovora. Tribunal otud zaključuje da je na 25. jun 1991. godine, kao datum sticanja nezavisnosti Hrvatske i Slovenija, Piranski zaliv imao status unutrašnjih voda SFRJ. U nastavku analize, Tribunal je imao zadatak da reši pitanje da li je nakon disolucije SFRJ Piranski zaliv promenio svoj status. Shvatanje Tribunala u tom smislu ostalo je nepomućeno, jer Tribunal je bio čvrst u stavu da ni nakon datuma sukcesije status kanala nije bio izmenjen. Štaviše, Hrvatska i Slovenija kao države sukcesorke SFRJ nisu uticale da se ovaj status promeni iako zaliv više nije potpadao pod suverenitet samo jedne države.[37] Piranski zaliv je zadržao stečeni status "pravnog zaliva" sa karakterom unutrašnjih voda, čije obale pripadaju većem broju država. U odnosu na njegovo razgraničenje, Tribunal je zauzeo stav da se isto treba izvršiti na osnovu principa primenjivih za razgraničenje na kopnu.

U tom smislu razgraničenje treba da se izvrši na osnovu principa *uti possidetis.*[38] S obzirom da između strana u sporu postoji saglasnost da pre disolucije SFRJ nije postojala granica u Piranskom zalivu, niti je postojao neki oblik *condominiuma*, razgraničenje bi trebalo izvršiti na osnovu efektiviteta (*effectivités)*.[39] Justifikacija u tom smislu podrazumeva izvođenje dokaza o vršenju stvarne i neo-

[37] *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, pp. 351, 589-600, etc.

[38] Uzimajući u obzir da je između Slovenije i Hrvatske u kopnenom delu spornog područja Piranskog zaliva uspostavljena administrativno-teritorijala podela još 1947. godine, smatralo se da za polaznu osnovu međusobnog razgraničenja može poslužiti princip *uti possidetis juris,* koji je shodno mišljenju Badinterove Arbitražne komisije granice bivših jugoslovenskih republika stavio pod zaštitu međunarodnog prava na sam datum sukcesije.

[39] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 554, etc; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 625. 678.

metane efektivne vlasti u Piranskom zalivu na datum sticanja nezavisnosti.[40] Slovenija je tim povodom iznela masu dokaza da je vršila teritorijalnu vlast u različitim oblastima u čitavom Piranskom zalivu (od ribarenja i navigacije, do istraživanja mora i obavljanja policijskog i sanitarnog nadzora). Nasuprot tome, Hrvatska je iznela argumentaciju da je ona vršila ekskluzivnu vlast nad jugozapadnom polovinom zaliva, a da je Slovenija imala jurisdikciju nad njegovom drugom polovinom.

Prema hrvatskom stanovištu, Piranski zaliv mora biti podeljen po liniji sredine. Izvodeći dokaze u postupku, Tribunal je podsetio da u ovakvim i sličnim slučajevima međunarodna sudska praksa zahteva da se preliminarno utvrdi da li se suverenitet zasniva na nekom određenom pravnom naslovu ili na činu i potom, da li se kroz njegovo vršenje ispoljava jasna namera strana da vrše vlast nad tom oblašću, odnosno da ispoljavaju svoj *titre de souverain*.[41] Upoređujući mnogobrojne demografske i privredne i druge indikatore kojima se prikazuje efektivitet državne vlasti na području Piranskog zaliva pre i posle disolucije SFRJ, Tribunal je izneo mišljenje da će razgraničenje slediti liniju smeštenu između linija koje su strane u sporu iznele. Takođe je napomenuo da bi linija mogla ići od ušća reke Dragonje do granične linije Piranskog zaliva koja zatvara potez između rta Madona i rta Savudrije. *A fortiori*, utvrđena granica između Hrvatske i Slovenije predstavlja pravu liniju koja spaja tačku u sredini kanala Svetog Odorika sa koordinatama 45° 28′42,3”N, 13° 35′08,2”E, do tačke “A” sa koordinatama 45° 30′41,7”N, 13° 31′25,7”E. Kao rezultat navedene delimitacije, Tribunal je naglasio da ne postoji potreba da se definiše neki poseban režim korišćenja zaliva izuzev onog koji je predviđen u međunarodnom pravu mora.

DELIMITACIJA TERITORIJALNOG MORA

Član 3. UNCLOS III, utvrđuje da svaka država ima pravo da odredi širinu svog teritorijalnog mora do granice koja ne prelazi 12 nautičkih milja, počev od

[40] Povodom spora oko ostrva, sudija Max Huber izneo je definiciju principa efektiviteta kojim: “(...) Pravni naslov sticanja teritorije u savremenom međunarodnom pravu zasnovano je na shvatanju o efektivnosti, čija srž leži u trajnoj i mirno uspostavljenoj vlasti. To je ujedno i sastavni element teritorijalnog suvereniteta i uslov formiranja nezavisne države, ali to nije ograničen princip... već princip koji se pojavljuje i kod federalnih država i njenih sastavnih delova... Još pre uspostavljanja međunarodnog prava, granice su bile utvrđivane na osnovu fakta vršenja teritorijalne vlasti, pa takođe i nakon toga, fakt miroljubivog i stalnog iskazivanja teritorijalnog suvereniteta još je uvek jedan od razloga utvrđivanja međudržavnih granica (...)”. Videti: “Island of Palmas Case” (United States v. Netherlands), *American Journal of International Law,* 1928, Vol. 32, p. 867.

[41] *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, Judgment, 1933 P.C.I.J. Series A/B, No. 53, pp. 45–46.

polaznih linija koje su određene u skladu sa ovom Konvencijom. U tom pogledu, zaključuje se da određivanje polaznih linija za utvrđivanje širine teritorijalnog mora predstavlja prethodno pravno pitanje za međunarodnopravno razgraničenje teritorijalnog mora susednih država. Podsećajući da je prethodno utvrdio da se Piranski zaliv sastoji od unutrašnjih voda i da je granična linija utvrđena u skladu sa ranijim rešenjem koje je postojalo u zakonodavstvu SFRJ, a da granica preseca liniju u tački "A", čije su koordinate su 45° 30′41,7"N, 13° 31′25,7"E, Tribunal je zaključio da je to ujedno i polazna linija za utvrđivanje granice njihovog teritorijalnog mora. Za delimitaciju teritorijalnog mora Slovenije i Hrvatske, Tribunal je koristio mape koje su strane u sporu dostavile tokom postupka.

Polazeći od člana 15. UNCLOS III koji predviđa kombinovana rešenja za razgraničenje teritorijalnog mora država čije su obale suprotne ili se dodiruju, Tribunal je potvrdio da države koje se graniče nemaju ovlašćenje da proširuju svoje teritorijalno more preko linije sredine (ekvidistance), izuzev u slučaju drugačijeg sporazuma, odnosno u slučaju postojanja istorijskih naslova ili drugih posebnih okolnosti koje dozvoljavaju drugačije razgraničenje.[42] Rukovodeći se bogatom praksom Međunarodnog suda pravde koja potvrđuje primenu principa prirodne prolongacije i posebnih okolnosti koje proizilaze iz neuobičajenih geografskih karakteristika ili konfiguracija obale koje mogu proizvesti nepravično razgraničenje, Tribunal nije prihvatio slovenački zahtev u vezi sa istorijskim naslovom i posebnim okolnostima, odnosno hrvatski zahtev o razgraničenju utemeljen isključivo na liniji sredine.[43]

[42] Tribunal se ovde pozvao na metodologiju Međunarodnog suda pravde koja je ustanovila tri faze u postizanju pravičnih rešenja. Prva faza obuhvata donošenje privremene odluke o granici. Druga faza sadrži test posebnih okolnosti, dok u trećoj fazi Sud ispituje postojanje disproporcionalnosti dodeljenih područja u odnosu na dužinu obale. Videti: *Maritime Dispute (Peru* v. *Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3; *MaritimeDelimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, pp. 61, 115, etc; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 624, 695, etc.

[43] *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, pp. 18, 73; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta),* I.C.J. Reports, Judgment, 1985, pp. 13, 47, etc; *Abyei Arbitration (Government of Sudan v. Sudan People's Liberation Movement/Army)*, Final Award, 22 July 2009, p. 260; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, pp. 12, etc.; *Eritrea/Yemen*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage – Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, 9 October 1998, p. 146; *The Grisbådarna Case (Norway v. Sweden)*, Award, 23 October 1909, R.I.A.A., Vol. XI, pp. 155, 161; *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, ITLOS Case No. 16, Judgment of 14 March 2012, para. 150.

Razmatrajući slovenački zahtev da granica treba da bude povučena od najudaljenije tačke od rta Savudrija do tačke zapadno od tog rta gde luk od 12 nautičkih milja preseca graničnu liniju utvrđenu Osimskim ugovorom, kao i hrvatski zahtev da ekvidistanca treba da ide od ušća reke Dragonje, preko Piranskog zaliva prema Tršćanskom zalivu, Tribunal je došao do uverenja da u predmetnom slučaju postoji izvesno diskreciono pravo koje omogućava povlačenje granice bez kršenja principa međunarodnog prava. U tom smislu, Tribunal je našao da razlika koja postoji u dužini obala ne predstavlja posebnu okolnost koja zahteva odstupanje od linije sredine.

Takođe, Tribunal nije našao postojanje istorijskih naslova koji bi garantovali odstupanje od ovog pravila. Sa druge strane pak, Tribunal je ustanovio da izvesne karakteristike obalne konfiguracije proizvode preterano nepovoljne efekte ako se koristi pravilo ekvidistance. Ova okolnost, za koju Tribunal smatra da predstavlja "posebnu okolnost", opisana je na način da se hrvatska obala nalazi u blizini tačke "A" te da naglo skreće južno oko rta Savudrija, tako da se hrvatske bazne tačke od kojih polazi središnja linija nalaze se na vrlo malom delu obale čiji se generalni (severni) pravac izrazito razlikuje od jugozapadnog smera koji obuhvata znatno veći deo hrvatske obale. Prema shvatanju Tribunala, međunarodno pravo dozvoljava odstupanje od linije sredine gde postoje preterani efekti "isključenja" odnosno zatvaranja u tzv. bokseve. Otud, hrvatski zahtev za ekvidistancom ne može se uzeti u obzir, a linija sredine se mora izmeniti kako bi se ublažili ovi efekti koji su nastali uticajem geografske konfiguracije.

Konačno, Tribunal je doneo odluku da se granica između teritorijalnih mora kreće severozapadno od tačke "A", u smeru približno paralelnom sa linijom T2-T3 iz Osimskog ugovora. *In concreto*, granicu predstavlja linija od tačke "A" na liniji od ušća Piranskog zaliva, koja se nalazi na 45° 30'41.7"N, 13° 31′25.7"E, sa početnim azimutom od 299° 04′45.2", do tačke "B" na liniji između T3 i T4 utvrđene Osimskim ugovorom, koja se nalazi na 45° 33'57.4"N, 13° 23′04.0"E.

"ZONA SPAJANJA" SA OTVORENIM MOREM

Pored delimitacije Piranskog zaliva i područja teritorijalnog mora, Tribunal je imao obavezu da utvrdi i "vezu" Slovenije sa otvorenim morem, kao i pravni režim u tom prostoru. U Sporazumu o arbitraži između Hrvatske i Slovenije, pomenuta determinacija odnosila se na vezivanje Slovenije sa tzv. "visokim morem" *(High Sea),* koje je prema sudskoj interpretaciji iznetoj tokom postupka sinonim za međunarodnopravno priznatu kategoriju otvorenog mora *(High Seas),* to jest,

za područje van granica unutrašnjih voda, teritorijalnih mora i isključivih ekonomskih zona priobalnih država u kojem postoje slobode garantovane članom 87. UNCLOS III. Uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti od značaja za postizanje pravičnih i pravednih rešenja, Tribunal je uspostavio "zonu spajanja" *(Junction Area),* teritorijalnog mora Slovenije sa područjima izvan teritorijalnog mora Hrvatske i Italije širine oko 2,5 nautičke milje. Granice ovog područja sastoje se od pet geodetskih linija koje se spajaju sa sledećih šest tačaka po datom redosledu, i to: Tačka T5, koja predstavlja tačku na granici utvrđenoj Osimskim ugovorom; Tačka T4, koja predstavlja tačku na granici utvrđenoj Osimskim ugovorom; Tačka "B", koja predstavlja tri tačke na granici između pomorskih zona Hrvatske i Slovenije, kao i granica utvrđena Osimskim ugovorom, na 45° 33'57.4"N, 13° 23"04.0"E; Tačka "C", koja predstavlja tačku na granici između pomorskih zona Hrvatske i Slovenije na 45° 32'22.5"Z, 13° 27'07.7"E; Tačka "D", koja predstavlja tačku prema kopnu od prekretnice T4 u Osimskom ugovoru o granici na 45° 30'42.2"N, 13° 20'56.3"E; Tačka "E", koja predstavlja tačku na spoljnoj granici teritorijalnog mora Hrvatske, a koja je 12 nautičkih milja od obale Hrvatske, na 45° 23'56.6"N, 13° 13'34.6"E; i linija od tačke "E" uz spoljnu granicu teritorijalnog mora Hrvatske do tačke T5.

Tribunal je pored uspostavljanja područja spajanja Slovenije sa otvorenim morem, istovremeno utvrdio i pravni režim koji će u njemu vladati. Naime, Tribunal je potvrdio da će u ovoj oblasti važiti sloboda komunikacije za sve brodove i vazduhoplove, bez pravljenja diskriminacije u odnosu na državljanstvo i bez obzira da li su brodovi civilni ili vojni, čiju zastavu viju i u kojoj državi su registrovani. Sloboda komunikacije obuhvata slobode plovidbe, preleta, polaganja podmorskih kablova i cevovoda, kao i druge legalne upotrebe mora vezane za te slobode kao što su one povezane sa brodskim i vazduhoplovnim operacijama. Ove slobode ne mogu se uslovljavati bilo kojim kriterijumom koji se odnosi na nužni prolaz, ne mogu se suspendovati ni pod kojim okolnostima i ne mogu biti predmet bilo koje obaveze koja se odnosi na podmornice u odnosu na isplovljavanje, usmeravanje ka priobalnim državama u kojima se vrši nadzor ili u pogledu zahteva koji nisu dozvoljeni u pravnom režimu isključive ekonomske zone predviđene odredbama UNCLOS III.[44]

U pogledu polaganja podmorskih kablova i cevovoda, Tribunal je našao da ova sloboda podleže kriterijumima iz člana 79. UNCLOS III, koji omogućavaju

[44] Isključiva ekonomska zona odnosi se na pojas u kome su priznata ekskluzivna prava iskorištavanja, istraživanja, očuvanja i upravljanja bogatstvima dna, podzemlja mora i vode iznad njih. Prava se manifestuju kroz jurisdikciju država. Videti: Davorin Rudolf, *Morski gospodarski pojas u međunarodnom pravu,* Split, Pravni fakultet, 1988, str. 180.

Hrvatskoj da uspostavi posebne uslove za kablove i cevovode koji bi mogli biti položeni u drugim delovima njenog teritorijalnog mora. Sloboda komunikacije, prema stanovištu Tribunala, ne uključuje slobodu istraživanja, iskorištavanja, čuvanja ili upravljanja prirodnim živim ili neživim resursima, vodama, morskim dnom ili podzemljem u zoni spajanja, niti uključuje pravo na formiranje ili upotrebu veštačkih ostrva, instalacija ili struktura, pravo naučnog istraživanja mora ili pravo na preduzimanje mera za zaštitu ili očuvanje morske okoline. Brodovi i vazduhoplovi koji koriste slobodu komunikacije ne mogu biti izloženi merama ukrcavanja, zadržavanja, uzapćenja, preusmeravanja ili bilo kojoj drugoj ograničavajućoj meri preduzetoj od Hrvatske dok se nalaze u zoni spajanja. Sa druge strane, Hrvatska zadržava mogućnost da donese propise koji će regulisati status inostranih brodova i vazduhoplova u zoni spajanja u skladu sa opštim međunarodnim pravnim standardima i članom 39(2) UNCLOS III. Ona će imati pravo da odgovori na zahteve za pomoć upućene od strane zapovednika broda, diplomatskih agenata ili konzularnih predstavnika država čiju zastavu brod vije, a imaće i ovlašćenja shodno članu 221. UNCLOS III u pogledu pomorskih žrtava. Konačno, presudom Tribunala od 29. juna 2017. godine, Slovenija i Hrvatska se obavezuju da svoja prava i obaveze u odnosu na uspostavljeni pravni režim zone spajanja izvršavaju u dobroj veri i uz poštovanje prava i obaveza drugih država.

Tribunal posebno apostrofira da uspostavljeni režim ne dovodi u pitanje bilo koji postojeći ili budući sporazum o korišćenju relevantnih pomorskih područja između ugovornih strana i da ništa u ovoj presudi neće uticati na šemu razdvajanja saobraćaja koju je Međunarodna pomorska organizacija usvojila za severni Jadran, a takođe, ni na međunarodna pravila koja važe za vazdušni saobraćaj ili bilo koja prava i obaveze ugovornih strana koja proizlaze iz zakonodavstva Evropske unije. S tim u vezi, Tribunal potvrđuje da prava i obaveze Slovenije i Hrvatske usklađena sa odredbama UNCLOS III u svim njihovim pomorskim oblastima ostaju neafektirana izuzev u odnosu na zonu spajanja i to, u meri u kojoj to zahteva režim uspostavljen predmetnom presudom. S obzirom na sve napred navedeno, Tribunal je u završnom delu presude konstatovao da je njenim donošenjem izvršena konačna delimitacija na Jadranskom moru i da je uspostavljen režim u zoni spajanja koji će postojati sve dok Slovenija i Hrvatska ne nađu za shodno da isti izmene sporazumnim putem.[45]

[45] U međuvremenu je, zbog odbijanja Hrvatske da izvrši presudu Tribunala, Slovenija pokrenula postupak na osnovu člana 259. Lisabonskog ugovora pred Komisijom Evropske unije. Kako Komisija nije odgovorila u propisanom roku, Slovenija je 13. jula 2018. godine, podnela

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, Ph.D.,
Professorial Fellow, Institute of International Politics
and Economics, Belgrade

DELIMITATION OF SLOVENIA AND CROATIA ON THE ADRIATIC SEA

Summary

In the case study, a chronological review of Slovenia and Croatia's requests for delimitation in the Adriatic Sea is first presented. The study then analyzes the course of the arbitration process that was institutionalized under the Arbitration Agreement of 4 November 2009. The centerpiece of the study is devoted to the final arbitration award of the Tribunal of 29 June 2017, on the establishment of land and sea boundaries. The analysis includes *in concreto*, the results of delimitation in the Bay of Piran, then the results of the delimitation of the territorial sea of the parties to the dispute, as well as the regime established in the so-called. the Junction Area, which allows Slovenia access to the high seas. The study confirmed that regulation of these issues would not be possible without respect for the principles of fairness and good neighborly relations. Taking into account the equality of the parties to the dispute, as well as the particular circumstances imposed by the maritime configuration, the Tribunal was able to achieve a balanced and fair result given all the relevant circumstances, including the circumstance that the acts of the Slovenian representatives were compromised, and then the expedited unilateral withdrawal of Croatia from the arbitral proceedings could not affect its integrity and hence the jurisdiction to decide the merits of the dispute.

Key words: Adriatic Sea, delimitation, Slovenia, Croatia, arbitration.

tužbu Evropskom sudu pravde. Videti: Helena Mooth, "Slovenia external relations briefing: Hearing on Slovenia's legal action against Croatia at the European Court of Justice", *Weekly Briefing,* China-CEEC Institute, Budapest, 2019, vol. 20, no. 4, pp. 2-4.

BOJANA ČUČKOVIĆ

PRAKSA UGOVORNIH TELA UJEDINJENIH NACIJA U OBLASTI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

– Pravna priroda, uloga i značaj za postupanje domaćih organa –

U radu se analiziraju karakteristike i pravna priroda različitih akata koje usvajaju komiteti Ujedinjenih nacija, osnovani radi vršenja nadzora nad primenom najznačajnijih međunarodnih konvencija za zaštitu ljudskih prava. Autor ne dovodi u pitanje neobavezujući karakter zaključnih zapažanja, odluka donetih po individualnim predstavkama ili pak opštih komentara, ali preispituje njihovu ulogu i značaj, naročito sa stanovišta promena koje su se u odnosu na pojedine među njima desile kroz dugogodišnju praksu. Argumentaciju u prilog tezi da praksa ugovornih tela nije formalno pravno obavezujuća ali da iz nje nastaju izvesne pravne posledice za države ugovornice, autor nalazi kako u normama međunarodnog tako i u pravilima unutrašnjeg prava Republike Srbije. U radu se iznosi zaključak da praksa komiteta poseduje osobenosti koje nisu svojstvene većini izvora mekog prava, kao i da ugovornice međunarodnih konvencija imaju obavezu da prate praksu komiteta, da je konsultuju, da ozbiljno razmotre stavove komiteta, kao i da pruže konkretnu i detaljnu argumentaciju u slučaju da ne postupe u skladu sa preporukama komiteta.

Ključne reči: *ugovorna tela Ujedinjenih nacija, ljudska prava, zaključna zapažanja, opšti komentari, zaključci po individualnim predstavkama.*

Dr Bojana Čučković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao kao rezultat istraživanja sprovedenog u okviru projekta "Identitetski preobražaj Srbije" čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

UVOD

Pod pojam prakse ugovornih tela Ujedinjenih nacija (UN) koja nadziru primenu najznačajnijih ugovora za zaštitu ljudskih prava[1] podvode se akti različite pravne prirode, karakteristika i funkcija.[2] Bilo da su u pitanju opšti komentari kojima se tumače pojedine odredbe sadržane u konvencijama, zaključci o izveštajima koje podnose države ugovornice ili pak odluke po pritužbama pojedinaca, u stručnoj literaturi načelno postoji saglasnost da pomenuti akti nisu formalnopravno obavezujući. Kao takvi, oni bi se pre mogli svrstati u izvore mekog a

[1] Postoji devet komiteta koji se staraju o primeni najznačajnijih međunarodnih konvencija za zaštitu ljudskih prava. U pitanju su Komitet za eliminaciju rasne diskriminacije (nadzire primenu Međunarodne konvencije za eliminaciju svih oblika rasne diskriminacije, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, str. 195); Komitet za ljudska prava (nadzire primenu Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, str. 171); Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava (nadzire primenu Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, str. 3); Komitet za eliminaciju diskriminacije prema ženama (nadzire primenu Konvencije za eliminaciju svih oblika diskriminacije prema ženama, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, str. 13); Komitet protiv mučenja (nadzire primenu Konvencije protiv mučenja i drugog okrutnog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, str. 85); Komitet za prava deteta (nadzire primenu Konvencije o pravima deteta, Convention on the Rights of the Child, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, str. 3); Komitet za radnike migrante (nadzire primenu Međunarodne konvencije za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, A/RES/45/158); Komitet za prava osoba sa invaliditetom (nadzire primenu Konvencije za prava osoba sa invaliditetom, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106); Komitet za prisilne nestanke (nadzire primenu Međunarodne konvencije za zaštitu svih lica od prisilnog nestanka, International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, dostupno na https://www.refworld.org/docid/47fdfaeb0.html, 10.09.2019.).

[2] Nadležnosti komiteta se razlikuju i zavise od odredaba samih ugovora kojima su osnovani, ili pak od dodatnih protokola koji su usvojeni uz osnovni ugovor. Sva ugovorna tela imaju nadležnost da razmatraju izveštaje koje im dostavljaju države ugovornice. Nadležnost komiteta da razmatra individualne ili međudržavne predstavke je fakultativna i zavisi od toga da li je država ugovornica prihvatila dodatni protokol kojim se takva nadležnost ustanovljava, ili je pak dala odgovarajuću izjavu u skladu sa relevantnom odredbom osnovnog ugovora. Ovu nadležnost poseduje osam od devet ugovornih tela, s obzirom na okolnost da ovakvu nadležnost Komiteta za prava radnika migranata još uvek nije prihvatio potreban broj država ugovornica Konvencije za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica. Konačno, iako se ne radi o nadležnosti koja je predviđena samim ugovorima, komiteti izdaju i opšte komentare koji obično sadrže tumačenje pojedinih ugovornih odredaba, ili pak iznose i sumiraju standarde proizašle iz prakse komiteta.

ne tvrdog prava. Ipak, kako u savremenom međunarodnom pravu meko pravo vrši sve značajniji uticaj na formalne izvore međunarodnog prava, što za posledicu ima i čestu isprepletenost dve vrste izvora, potrebno je njihov odnos sagledati i preispitati upravo sa stanovišta prakse različitih komiteta UN za ljudska prava. Ako se ne radi o aktima koji su pravno obavezujući, postavlja se pitanje kakav je njihov pravni značaj i, konkretno, da li iz njih nastaju bilo kakve obaveze za države ugovornice? Da odgovor na postavljeno pitanje nije jednostavno dati pokazuju i nedavni primeri oprečne prakse država. Za razliku od Republike Srbije koja se krajem 2017. godine oglušila o odluku Komiteta UN protiv torture, očigledno je smatrajući neobavezujućom,[3] Vrhovni sud Španije je u julu 2018. godine zauzeo stav da je odluka Komiteta UN za eliminaciju diskriminacije prema ženama pravno obavezujuća.[4] Tako različita praksa država očigledno ukazuje da se kod akata ugovornih tela UN ipak mogu uočiti elementi obaveznosti koji nisu svojstveni većini akata koji se kvalifikuju kao meko pravo.

Prednosti i nedostaci ugovornih tela su bili predmet opsežne i temeljne analize, naročito u kontekstu potencijalnih reformi čitavog sistema ugovornih tela UN koje su bile aktuelne sredinom prve i početkom druge decenije ovog veka.[5] Zajednička karakteristika pomenutih analiza ogleda se u tome da se neobavezu-

[3] Ministarstvo pravde Republike Srbije, br. 713-01-05190/2016-08, 15. decembar 2017. Reuters, Serbia extradites Kurdish activist to Turkey despite U.N. warning, 26 December 2017, dostupno na https://www.reuters.com/article/us-serbia-turkey-activist/serbia-extradites-kurdishactivist-to-turkey-despite-u-n-warning-idUSKBN1EK0YC, 20.08.2019.

[4] Vrhovni sud Španije, Odluka br. 1263/2018, 17. juli 2018. Presuda je dostupna na https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf, 10.09.2019. Komitet za eliminaciju diskriminacije prema ženama, predstavka br. 47/2012, Odluka CEDAW/C/58/D/47/2012 od 16. jula 2014, dostupno na https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/58/D/47/2012&Lang=en, 10.09.2019.

[5] Michael O'Flaherty, "Reform of the UN Human RightsTreaty Body System: Locating the Dublin Statement",*Human Rights Law Review*, Vol. 10, 2010, str. 319-335; Manfred Nowak, "Comments on the UN HighCommissioner'sProposals Aimed at Strengthening the UN Human RightsTreaty Body System", *Netherlands Quarterly on Human Rights*, Vol. 31, 2013, str. 3-8; Rachael Lorna Johnstone, "Cynical Savings or ReasonableReform – Reflections on a Single Unified UN HumanRights Treaty Body", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, str. 173–200; Michael Bowman, "Towards a Unified Treaty Body for Monitoring Compliance with UN Human Rights Conventions-Legal Mechanisms for Treaty Reform", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, str. 225–249; Joanne Pedone, Andrew R. Kloster, "New Proposals forHuman Rights Treaty Body Reform", *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 22, 2012–2013, str. 29–84; Suzanne Egan, "Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, 2013, str. 209–243. Michael O'Flaherty, "The Dublin Statementonthe Processof Strengthening of the United Nations Human Rights Treaty Body System, *Netherlands Quarterly on Human Rights*, Vol. 28, 2010, str. 116–127.

jući karakter različitih dokumenata koje ova tela proizvode uglavnom ne spori.[6] Međutim, kako su se i sami mehanizmi menjali i preobražavali tokom godina, pogotovo u kontekstu procedura, uputno je zapitati se da li su se izvesne promene desile i na planu pravne prirode pomenutih dokumenata. Odgovor na to pitanje se može nazreti kroz analizu nekoliko različitih aspekata. Pre svega, od značaja je na koji način same države gledaju na stepen obaveznosti zaključnih razmatranja, opštih komentara i zaključaka po individualnim predstavkama. Zatim, od značaja je i kakav odnos prema pomenutim dokumentima imaju druga međunarodna tela, naročito međunarodni sudski organi. Konačno, pravnu prirodu i stepen obaveznosti ovih dokumenata mogu značajno determinisati i unutrašnji pravni poreci država, tačnije norme unutrašnjeg prava kojima se određuje odnos između izvora međunarodnog i izvora unutrašnjeg prava. Ovo poslednje se pokazuje posebno relevantnim sa stanovišta onih unutrašnjih pravnih poredaka koji u odredbe o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava uvode formulacije pod koje se praksa ugovornih tela bez dileme može podvesti, kao što je to slučaj sa Ustavom Republike Srbije.[7]

Rad ima dva cilja. S jedne strane, rad analizira praksu ugovornih tela Ujedinjenih nacija sa stanovišta međunarodnog prava, pokušava da pronikne dublje u pravni status različitih akata koje komiteti donose, te ponudi kako argumente u prilog tezi da ona nije pravno obavezujuća tako i argumentaciju u prilog stavu da iz nje ipak nastaju izvesne obaveze za države. S druge strane, s obzirom na okolnost da se pravni značaj prakse ugovornih tela Ujedinjenih nacija najbolje može razumeti kroz mesto koje ona dobija u unutrašnjim pravnim porecima država ugovornica, predmet analize će biti status ovih akata sa stanovišta unutrašnjeg prava, s posebnim osvrtom na postojeći ustavni okvir i praksu Ustavnog suda Republike Srbije. Naime, mesto različitih akata ugovornih tela određeno je najvišim pravnim aktom koji u članu 18 predviđa da se odredbe o ljudskim pravima tumače saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. Rad stoga ima za cilj i da istraži u kojim situacijama i na koji način se akti ugovornih tela Ujedinjenih nacija koriste u praksi Ustavnog suda.

---

[6] Reforma se ni jednog trenutka nije bavila pitanjem pravne obaveznosti i pravne prirode zaključnih razmatranja i odluka ugovornih tela po individualnim predstavkama. Jedini izuzetak se tiče predloga koji je ponudio Manfred Novak, a koji se ogleda u tome da se umesto ugovornih tela oformi Svetski sud za ljudska prava. V. više: M. Nowak, nav. delo, str. 8; M. O'Flaherty, (2010a), *nav. delo,* str. 327. Naprotiv, različiti predlozi koji su činjeni u kontekstu potencijalne reforme ugovornih tela bili su u funkciji povećanja efikasnosti njihove prakse, ali bez promene njihovog neobavezujućeg karaktera. *Ibidem*.

[7] Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

PRAKSA UGOVORNIH TELA – EVOLUCIJA, KARAKTERISTIKE I PRAVNA PRIRODA

Mada se međunarodne konvencije za zaštitu ljudskih prava svrstavaju među najveće uspehe i dostignuća sistema Ujedinjenih nacija, njihovi nadzorni mehanizmi su, usled hladnoratovskih tenzija koje su obeležile period dizajniranja i uspostavljanja prvih komiteta, bili plod kompromisa između oprečnih stavova pojedinih grupa država.[8] To je rezultiralo veoma slabim i ograničenim ovlašćenjima komiteta koja se svode na jednu obaveznu nadležnost – razmatranje izveštaja koje dostavljaju države ugovornice, jednu fakultativnu nadležnost – razmatranje individualnih predstavki i jednu nadležnost koja ne počiva na odredbama konvencija već ju je iznedrila praksa – donošenje opštih komentara. Indikativno je da su slični ili gotovo isti modeli korišćeni i za ugovorna tela koja su formirana znatno kasnije, poput Komiteta za prava radnika migranata, Komiteta za prava osoba sa invaliditetom i Komiteta za prisilne nestanke. Ova okolnost ipak ukazuje na zaključak da se stav većine država o ovlašćenjima ugovornih tela nije promenio ni u izmenjenim uslovima u kojima se međunarodna zajednica nalazi u prvoj i drugoj deceniji XXI veka. Imajući u vidu značajne razlike koje postoje između različitih akata ugovornih tela, u redovima koji slede biće pružen kratak osvrt na njihove karakteristike, pravnu prirodu i značaj, kao i promene koje su se u odnosu na pojedine među njima desile kroz dugogodišnju praksu, nezavisno od normativnog nivoa.

Zaključna zapažanja

Osnovni mehanizam nadzora koji je svojstven svim ugovornim telima svodi se na ispitivanje periodičnih izveštaja država ugovornica o usaglašenosti njihovog zakonodavstva i prakse sa obavezama preuzetim relevantnim ugovorom.[9] Obavezu podnošenja izveštaja imaju sve države ugovornice i ona počiva na samom ugovoru, što znači da nije uslovljena naknadnim prihvatanjem kao što je to slučaj sa mehanizmom razmatranja individualnih predstavki. Nakon sprovedene procedure, komiteti daju mišljenje i preporuke u formi zaključaka ili zaključnih zapažanja.[10] Ocena koju daje komitet, kao uostalom i preporuke koje su sastav-

[8] M. Nowak, nav. delo, str. 3.

[9] Uopšte o periodičnom izveštavanju pred ugovornim telima v. Felice D. Gaer, "A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, str. 117–121.

[10] Terminologija se razlikuje od ugovora do ugovora ('predlozi', 'opšte preporuke', 'komentari'), ali se u stručnoj literaturi ustalio termin 'zaključna zapažanja' (*concluding observations*). Ovaj

ni deo zaključnih zapažanja, nisu pravno obavezujuće.[11] Ipak, istraživanja su pokazala da države imaju veoma različit odnos prema zaključcima komiteta. Neke ugovornice se u potpunosti oglušuju o ugovornu obavezu podnošenja izveštaja, druge izvršavaju ovu obavezu ali ne postupaju u skladu sa preporukama komiteta, dok treća grupa ugovornica postupa u skladu sa datim preporukama.[12]

S tim u vezi se nameću tri pitanja. Prvo, kako objasniti okolnost da se pojedine države ugovornice pridržavaju preporuka iz zaključnih zapažanja uprkos činjenici da su formalnopravno neobavezujuće? Drugo, od kakvog je značaja stav samih komiteta o efektima njihovih preporuka, posebno u kontekstu napora koji se čine u pravcu osnaživanja mehanizma naknadnog nadzora nad njihovim sprovođenjem? I treće, da li se to na bilo koji način odražava na pravnu prirodu zaključnih zapažanja? Kromendijk (*Krommendijk*) smatra da je za efikasnost zaključnih zapažanja ključno da se "vlade osećaju obavezanim da postupaju u skladu sa zaključnim zapažanjima".[13] Taj 'osećaj obavezanosti', međutim, ne počiva na argumentima formalnopravnog karaktera već na razlozima koji su drugačije prirode, a koje diktiraju kako domaći tako i faktori koji se tiču samih komiteta. Od značaja će biti kvalitet postupka pred komitetom,[14] kvalitet i stepen konkretnosti mera koje se od države očekuju,[15] ali i prilike na nacionalnom nivou, odno-

termin, međutim, kritikuju Pedone i Kloster ističući da ovlašćenje za usvajanje zaključnih zapažanja ne postoji, da je u pitanju *ad hoc* konstrukcija kao i da ona ne počiva na međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava niti na ranoj praksi ugovornih tela. J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 38.

[11] Jasper Krommendijk, "The (In) Effectiveness of UN Human Rights Treaty Body Recommendations, *Netherlands Quarterly on Human Rights*, Vol. 33, 2015, str. 195.

[12] *Ibidem*, str. 195–196. Autor upućuje na istraživanja koja su sproveli drugi autori, uz primedbu da ona ipak nisu temeljna i sveobuhvatna, te da je izuzetno teško ustanoviti da li je država ugovornica postupila u skladu sa preporukama komiteta zbog toga što su one sadržane u zaključcima ili iz nekog drugog razloga. Drugim rečima, nije uvek jednostavno utvrditi vezu između preduzete mere i zaključnih zapažanja. V. i R. L. Johnstone, *nav. delo,* str. 179.

[13] J. Krommendijk, *nav. delo,* str. 199.

[14] J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 72–73.

[15] Tokom napora koji su se činili u cilju reformisanja sistema ugovornih tela, stavljen je predlog da zaključna zapažanja budu 'više fokusirana', tj. da preporuke budu 'konkretnije i dostižne'. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Strengthening the United-Nations Human Rights Treaty Body System: A report by the United Nations High Commissionerfor Human Rights, Navanethem Pillay 26 June 2012, A/66/860, str. 60–62. S druge strane, uočeno je da sama ugovorna tela ne prate rad i praksu drugih tela, što može rezultirati i neusaglašenim stavovima u pogledu mera koje se od države očekuju u cilju ispunjenja obaveza predviđenih relevantnom konvencijom. Tim pre što se mandati pojedinih ugovornih tela u supstancijalnom smislu preklapaju. V. više: R. L.Johnstone, nav. delo, str. 181–182; J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 72–73.

sno volja i kapacitet države da predložene mere implementira.[16] S druge strane, važno je primetiti da su i sama zaključna zapažanja evoluirala kroz praksu komiteta. Za razliku od inicijalnog stava da se zaključci komiteta ne donose za konkretnu državu ugovornicu, već da treba da pruže kolektivna zapažanja koja bi se odnosila na sve ugovornice,[17] komiteti su postepeno širili mandat i razvijali mehanizme putem kojih su osnaživali sopstvene kapacitete da prate u kojoj meri su države ugovornice primenile preporuke komiteta.[18]

Proizlazi da se percepcija uloge komiteta u odnosu na obavezu država u okviru mehanizma periodičnog izveštavanja promenila i da je pređen dug put od prvobitnog stava da komiteti ne treba da "kritikuju pojedinačne države niti da utvrđuju da li one ispunjavaju obaveze implementacije"[19] međunarodnih konvencija za zaštitu ljudskih prava, do novijih shvatanja da komiteti "autoritativno instruiraju svaku državu ugovornicu da učini detaljne promene u svojim zakonima"[20] i da predstavljaju "autoritativne interpretativne izjave o opsegu prava i obaveza sadržanih u ugovorima o ljudskim pravima".[21] Ako se u obzir uzme okolnost da mehanizam naknadnog praćenja implementacije preporuka sadržanih u zaključnim zapažanjima počiva, između ostalog, na izveštajima koje komitetima dostavljaju same ugovornice, postaje jasno da je na izvestan način prisutan element pristanka na učešće u proceduri na koju se država samom konvencijom

[16] Studija koja je obuhvatila 'efikasna' zaključna zapažanja upućena trima državama – Holandiji, Finskoj i Novom Zelandu, pokazala je da ona ni u jednom od analiziranih slučajeva nisu bila dovoljan razlog za preduzimanje mera, već da se uvek radilo o specifičnom sticaju različitih okolnosti među kojima su domaći faktori bili odlučujući. J. Krommendijk, *nav. delo,* str. 203–204.

[17] O tome više kod: J. Pedone, A. Kloster, nav. delo, str. 39–40. Indikativno je da je Komitet za ljudska prava izdao prvo zaključno zapažanje za konkretnu državu ugovornicu tek 1992. godine, mnogo godina nakon svog osnivanja. Mlađi komiteti su, međutim, od samog početka svog rada počeli praksu izdavanja individualizovanih zaključnih zapažanja. Kao primer može da posluži Komitet protiv mučenja. *Ibidem*, str. 41–42.

[18] Poslednjih godina pojedini komiteti su dosta radili na ovom planu. Mada se mehanizmi razlikuju od tela do tela, načelno se svode na kontinuirano praćenje da li je država preduzela preporučene mere, te uvođenje sistema ocenjivanja putem kojeg se država kvalifikuje u skladu sa terminologijom koju dati sistem usvaja (Komitet za ljudska prava, primera radi, koristi ocene od A do E, dok Komitet za eliminaciju diskriminacije prema ženama upotrebljava opisne ocene). Detaljnije o mehanizmu praćenja, v. kod Vincent Ploton, "The Implementation of UN Treaty BodyRecommendations", *SUR – International Journal on Human Rights*, Vol. 25, 2017, str. 219–235.

[19] Torkel Opsahl, "The Human Rights Committee", *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, (urednik Philip Alston), 1992, str. 407–408.

[20] J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 41–42.

[21] Dinah Shelton, "Compliance with International HumanRights Soft Law", *Studies on Transnational Legal Policy*, Vol. 29, 1997, str. 124–125.

nije obavezala. Drugim rečima, za razliku od periodičnih izveštaja u odnosu na koje država ima, po slovu samog ugovora, obavezu dostavljanja nadležnom komitetu, obaveza izveštavanja o merama preduzetim na osnovu preporuka sadržanih u zaključnim zapažanjima nije predviđena ugovorom. Novine koje se u tom pogledu dešavaju u radu pojedinih komiteta mogu ukazati na zaključak da su se očekivanja u pogledu zaključnih zapažanja promenila i to kako na strani država ugovornica, tako i na strani samih ugovornih tela. Mada ne možemo govoriti o promeni pravne prirode zaključnih zapažanja u smislu njihove eventualne pravne obaveznosti, može se zapaziti izvesna promena i to u smeru stvaranja konkretnijih pravnih posledica po države ugovornice.[22]

Zaključci po individualnim predstavkama

Ukoliko država ugovornica takvu nadležnost prihvati, ugovorno telo može razmatrati predstavke kojima pojedinci tvrde da im je država povredila pravo predviđeno ugovorom. Kao rezultat tog postupka, ugovorno telo donosi odluku, zaključak ili mišljenje. Ne radi se o pravnoobavezujućoj presudi, ali je i u vezi sa ovim oblikom prakse ugovornih tela uputno postaviti pitanje da li i po kom osnovu pomenuti akti proizvode bilo kakve posledice u pravnom smislu.[23]

Argument koji je izložen u kontekstu zaključnih zapažanja, a koji se tiče pristanka ugovornice na učešće u mehanizmu naknadnog praćenja nad izvršenjem preporuka komiteta, može se upotrebiti i u kontekstu zaključaka po podnetim predstavkama. Ipak, iako novouvedeni sistem ocenjivanja služi da "vrši kontinuirani pritisak na neposlušne države",[24] te pruža "relevantan indikator u pogledu kapaciteta i/ili volje države da postupi u skladu sa mišljenjem tela",[25] on nije dizajniran na isti način pred svim ugovornim telima a indikativna je najava Jensa Modviga, predsedavajućeg Komiteta UN protiv mučenja, da uvođenje sistema ocenjivanja za praćenje izvršenja individualnih predstavki nije u planu, iako je isti sistem pred ovim telom uveden kada su u pitanju zaključna zapažanja.[26] S druge strane, pojedini autori su opravdano postavili pitanje zbog čega sistem nadzora

[22] Na sličan način se mogu razumeti predlozi Visokog komesara za ljudska prava u kontekstu reforme sistema ugovornih tela. V. više: S. Egan, *nav. delo,* str. 225–226.

[23] Obično se u literaturi ističe da "takve odluke svojom moralnom snagom snažno utiču na države", što znači da se eventualno postupanje država ugovornica u skladu sa stavom komiteta objašnjava argumentima koji se nalaze izvan prava. Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 85–86.

[24] V. Ploton, *nav. delo,* str. 223.

[25] *Ibidem*, str. 225.

[26] *Ibidem*, str. 226.

nad izvršenjem zaključaka po individualnim predstavkama nije izmešten na nivo političkih tela Ujedinjenih nacija, poput Saveta za ljudska prava ili drugih političkih organa jer bi se time otvorili dodatni kanali za vršenje pritiska na državu u odnosu na koju je jedno telo međunarodnog karaktera utvrdilo da je povredila svoje obaveze po međunarodnom pravu.[27]

S druge strane, specifičnosti samog mehanizma individualnih predstavki nude i drugačije argumente u prilog tezi da zaključci komiteta, mada formalnopravno neobavezujući, stvaraju izvesne pravne posledice. Kako ističe Novak (*Nowak*), "sama ideja o ljudskim pravima kao pravnoobavezujućim normama počiva na pretpostavci da žrtve povrede ljudskih prava imaju delotvorna sredstva protiv tih povreda", kao i da "međunarodna tela ovlašćena za razmatranje pritužbi imaju moć da dodele adekvatnu naknadu za učinjenu povredu".[28] Mehanizam razmatranja individualnih pritužbi je, kao što je već istaknuto, specifičan po tome što je u pitanju fakultativna nadležnost komiteta koja se zasniva na izričitom pristanku države ugovornice. Drugim rečima, ukoliko je država izrazila saglasnost da se u odnosu na nju može primenjivati ovaj mehanizam, ona je pristala i na posledice koje takav mehanizam sa sobom nosi. Ukoliko država nema poverenja u kapacitet komiteta da sprovede postupak ispitivanja individualne pritužbe, ili iz drugih razloga dovodi u pitanje ishod ili efikasnost ovog postupka, ona ne mora pristupiti opcionom protokolu ili pak dati izjavu kojom takvu nadležnost komiteta prihvata. U protivnom, ako je država pristala na takvu nadležnost komiteta, ona je unapred pristala i na mogućnost da ishod postupka po nju ne bude povoljan.

S druge strane, validan je i argument da je država prihvatila nadležnost komiteta da razmatra individualne pritužbe upravo iz razloga što mišljenje komiteta nije pravno obavezujuće. Ipak, ni u ovom slučaju država ugovornica ne bi smela da odbaci stav komiteta bazirajući se isključivo na argumentu njegove neobaveznosti, već bi morala sopstveno nepostupanje u skladu s nalazom komiteta da obrazloži na temeljan i ozbiljan način, braneći ga drugačijim pravnim argumentima.

Uostalom, obaveza implementacije ugovora o ljudskim pravima, poput one sadržane u članu 2 Pakta o građanskim i političkim pravima, predviđa da države

---

[27] M. Nowak, *nav. delo,* str. 5.

[28] *Ibidem*, str. 8. U tom smislu, indikativni su predlozi učinjeni u kontekstu reforme sistema ugovornih tela. Predloženo je osnaživanje i konkretizovanje zaključaka komiteta po individualnim predstavkama, i to na način da se od njih očekuje da jasno ukažu državama na konkretne ne samo individualne već i opšte mere koje se od njih očekuju kako bi se posledice učinjene povrede otklonile ali i kako bi se isključila mogućnost ponavljanja sličnih povreda u budućnosti. S. Egan, *nav. delo*, str. 230–231.

moraju pružiti efikasno pravno sredstvo za povrede konvencijskih prava. Odredba se može shvatiti na način da je njom obuhvaćen kako nacionalni tako i međunarodni pravni okvir, na osnovu čega proizlazi da "kada Komitet usvoji mišljenje o tome šta predstavlja povredu i zahteva da bude obavešten o preduzimanju naložene mere", od države se očekuje da meru preduzme "a ne da odmah dovodi u pitanje ovlašćenje Komiteta".[29] Pojedini autori čak u odredbi člana 2 Pakta vide implicitno prihvatanje zaključaka kao obavezujućih.[30]

Konačno, odluke koje komiteti donose po individualnim pritužbama, razlikuju se od drugih akata komiteta ali i ostalih izvora mekog prava po prirodi i karakteristikama samog postupka.[31] Pojedini autori ih zbog kvazisudskog karaktera postupka u kojem se donose čak svrstavaju u istu kategoriju sa odlukama Međunarodnog suda pravde, u čemu ujedno vide razlog za uticaj koji imaju na države.[32] Mada je izgled postupka nesporno važan argument u prilog autoriteta i legitimiteta odluka komiteta po individualnim pritužbama, poređenje sa presudama Međunarodnog suda pravde ipak smatramo preteranim, prevashodno zbog toga što obavezujući karakter njegovih odluka počiva na članu 94 Povelje Ujedinjenih nacija. Uticaj koji odluke komiteta imaju je drugačiji. Iako formalnopravno neobavezujući, zaključci komiteta imaju posredan uticaj jer se njima često tumače obaveze koje za države proizlaze iz pravno obavezujućih normi sadržanih u samom ugovoru.[33] Na ovom mestu se vidi kopča sa trećom vrstom pravnih akata ugovornih tela – opštim komentarima.

Kao što će biti objašnjeno u narednom odeljku, opšti komentari sadrže tumačenje relevantnih odredaba ugovora. Takva tumačenja se mogu formirati na osnovu zaključnih zapažanja ili zaključaka po individualnim predstavkama, zbog čega se može uočiti efekat prelivanja ili indirektan pravni značaj koji pravni akti ugovornih tela upućeni konkretnoj državi mogu imati i na ostale ugovornice. Ovde treba razlikovati dve situacije. Prva je sasvim legitimna i uobičajena i svodi se na apstrahovanje stavova komiteta zauzetih u postupcima u odnosu na konkretne države, i njihovo formulisanje u vidu opštih komentara čime se proširuje opseg država na koje se takvo tumačenje relevantne odredbe ugovora može od-

[29] Anne Bayefsky,"Human Rights and Direct Petition – Direct Petition in the UN Human Rights Treaty System", *American Society for International Law Proceedings*, Vol. 95, 2001, str. 73.

[30] Rosanne van Alebeek, André Nollkaemper, "The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law", *ACIL Research Paper* No 2011–02, str. 39–40.

[31] Kerstin Mechlem, "Treaty Bodies and theInterpretation of Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, str. 924–926.

[32] Andrew Guzman, Timothy Meyer, "International SoftLaw", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, str. 172.

[33] *Ibidem*, str. 211.

nositi. Druga situacija, iako sporna, uočena je u praksi i na nju su pažnju skrenuli pojedini autori. Radi se o situaciji u kojoj se stavovi komiteta zauzeti u odnosu na određenu državu u postupku po individualnoj pritužbi, primenjuju u odnosu na druge države, štaviše države koje nisu prihvatile ovaj oblik nadležnosti komiteta.[34]

Međutim, za razliku od pomenutih autora koji problem vide u tome što država nije prihvatila fakultativnu nadležnost komiteta,[35] mišljenja smo da je za efekat prelivanja stavova komiteta iz jednog u drugi oblik prakse irelevantan momenat prihvatanja od strane države. Naime, stav komiteta zauzet u odluci po individualnoj pritužbi ne odnosi se i ne obavezuje ni države koje su prihvatile takav vid nadležnosti a ne učestvuju u datom postupku. Jedina relevantna okolnost se ogleda u tome da li je zauzeti stav kasnije pretočen u formu opšteg komentara, čime on, podrazumeva se, ne stiče pravnu obaveznost, ali dobija mogućnost da proizvodi posledice svojstvene ovom vidu prakse komiteta.

Čini se da prethodno izneta razmatranja na najbolji način sumira Opšti komentar broj 33 Komiteta za ljudska prava. Komitet je, naime, u nacrtu ovog opšteg komentara insistirao na pravnom karakteru zaključaka po individualnim pritužbama i njihovoj obaveznosti. Nakon što su države iznele suprotna gledišta,[36] Komitet je napustio prvobitne formulacije i umesto da govori o "obavezi države da poštuje zaključak Komiteta u datom slučaju",[37] u finalnoj verziji Opšteg komentara 33 je ostala samo "obaveza države da sarađuje s Komitetom"[38] koja proizlazi iz obaveze postupanja u skladu s načelom dobre vere u izvršavanju svih ugovornih obaveza.[39]

Opšti komentari

Treći, poslednji vid dokumenata koje usvajaju ugovorna tela UN, jesu opšti komentari. Opštim komentarima se tumače pojedine odredbe konvencija o ljudskim pravima, ili pak komiteti zauzimaju stavove o opštim pitanjima u vezi sa primenom odredaba relevantnih međunarodnih ugovora. Čini se, međutim, da su

[34] Za primer videti *Ibidem*, str 211–212.

[35] *Ibidem*, str. 211.

[36] O tome više: Machiko Kanetake, "UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, str. 205–206.

[37] HRC, Draft General Comment No 33, Second Revised Version, 18 August 2008, CCPR/C/GC/33/CRP.3 (2008), paras. 11–16.

[38] HRC, General Comment No. 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol, CCPR/C/GC/33 (2009), para. 15.

[39] R. van Alebeek, A. Nollkaemper, *nav. delo,* str. 43.

opšti komentari izazvali najveću polemiku u stručnoj literaturi i da su u odnosu na njih izneti veoma oprečni stavovi po nizu pitanja.

Prvo, sporan je mandat ugovornih tela za usvajanje opštih komentara. Za razliku od zaključnih zapažanja i zaključaka po individualnim pritužbama, ovlašćenje komiteta da usvajaju opšte komentare nije zasnovano na međunarodnim konvencijama čije odredbe oni nadziru.[40] Opšte komentare je iznedrila praksa i oni su se pojavili relativno kasno, tek u poslednjoj deceniji prošlog veka.[41] Ipak, od značaja po ovom pitanju je okolnost da se države ugovornice konvencija o ljudskim pravima ovakvoj praksi nisu usprotivile, što se može protumačiti kao njihov prećutan pristanak na proširenje mandata ugovornih tela na izdavanje opštih komentara.

Drugo, postoje suprotstavljena gledišta i u pogledu praktičnog značaja i potrebe za usvajanjem opštih komentara. Njihovo postojanje se obično pravda potrebom da se apstraktnim odredbama međunarodnih konvencija o ljudskim pravima da konkretna sadržina.[42] Međutim, opšti komentari su, u pojedinim slučajevima, vršili povratan uticaj na druge akte ugovornih tela, oblikujući i determinišući sadržinu zaključnih zapažanja i zaključaka po individualnim pritužbama.[43]

Treće, stanovišta su izrazito oprečna i po pitanju pravne prirode opštih komentara. Dok jedna grupa autora smatra da tumačenja sadržana u opštim komentarima nisu pravno obavezujuća, te da je ugovornim telima čak "zabranjeno da izdaju autoritativna pravna tumačenja" ugovora čiju primenu nadziru,[44] broj-

[40] Ovlašćenje za usvajanje opštih komentara se obično izvodi iz odredaba kojima se ugovornim telima daje mandat za usvajanje zaključnih zapažanja. J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 43–44. Za konkretne primere ugovornih odredbi videti: *Ibidem*, fn. 62, 63.

[41] *Ibidem*, str. 44–45.

[42] Istraživanje koje je sprovelo Udruženje za međunarodno pravo ukazalo je na zaključak da je "većina sudova priznala da ... tumačenja koja daju ugovorna tela zaslužuju da im se da značajna težina prilikom utvrđivanja značenja relevantnog prava i postojanja povrede". International Law Association, Committee on International Human Rights Law andPractice, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, Berlin Conference, 2004, para. 175.

[43] Kao primer može da posluži Opšti komentar broj 15 Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava u kojem je Komitet zauzeo stav da je pravo na vodu posebno pravo, a ne pravo sadržano u odredbama članova 11 i 12 Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima – pravu na odgovarajući životni standard i pravo na zdravlje, što je uticalo i na obavezu izveštavanja. Naime, države ugovornice su u svoje periodične izveštaje počele da uključuju i pravo na vodu. V. više: Benjamin Mason Meier, Yuna Kim, "Human RightsAccountability through Treaty Bodies: Examining HumanRights Treaty Monitoring for Water and Sanitation, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 26, 2015, str. 191–192.

[44] J. Pedone, A. Kloster, *nav. delo,* str. 36. Stav o neobavezujućem karakteru tumačenja sadržanih u opštim komentarima iznele su i pojedine države. Za primere videti: *Ibidem*, fn. 23.

na su i mišljenja da "komiteti daju autoritativne smernice za tumačenje i primenu ugovora UN o ljudskim pravima",[45] čak da opšti komentari predstavljaju "autoritativna tumačenja" prava sadržanih u ugovorima.[46]

Mada očigledno najkontroverzniji oblik prakse ugovornih tela, opšti komentari zauzimaju značajno mesto u međunarodnom pravu ljudskih prava. Njihovu sadržinu ne treba shvatiti kao autentično tumačenje odredaba relevantnih međunarodnih konvencija o ljudskim pravima jer komiteti nisu tvorci tih konvencija već države ugovornice. Ipak, u odsustvu drugih izvora, tumačenja sadržana u opštim komentarima predstavljaju najrelevantnije pomoćno sredstvo za razumevanje sadržine ljudskih prava, tj. smernice koje počivaju na standardima proizašlim iz drugih oblika prakse ugovornih tela UN. Iako pravno neobavezujući, opšti komentari imaju praktičnu pravnu vrednost i težinu. Oni su značajan indikator elemenata i sadržine konkretnih ljudskih prava, a posledično i obaveza koje proizlaze za države ugovornice. Država ugovornica nije vezana tumačenjem komiteta. Ipak, ona ne bi smela, bez valjanog i pravno argumentovanog obrazloženja, da odstupi od tumačenja sadržanog u opštem komentaru. U tom smislu, predlozi koji su u pogledu postupka usvajanja opštih komentara učinjeni u kontekstu reforme sistema ugovornih tela čine se smislenim, a tiču se uključivanja država u proces usvajanja opštih komentara i pružanja prilike širem krugu aktera da izraze sopstvene stavove pre nego što komentar bude usvojen.[47] Time bi opšti komentari dobili na značaju i legitimitetu.

ARGUMENTI U PRILOG PRAVNE RELEVANTNOSTI PRAKSE UGOVORNIH TELA KOJI POČIVAJU NA NORMAMA MEĐUNARODNOG PRAVA

Kao meko pravo, dokumenti ugovornih tela ne počivaju na normi *pacta sunt servanda*.[48] Ipak, indikativno je da se države ne ponašaju uvek u skladu s pravno obavezujućim normama a da često postupaju u skladu s peporukama komiteta koje nisu pravno obavezujuće. Ova konstatacija nameće pitanje kojim međunarodnopravnim argumentima bismo mogli da objasnimo činjenicu da države, iako nisu u obavezi, često postupaju u skladu s praksom ugovornih tela?

[45] Michael O'Flaherty, Claire O'Brien, "Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: A Critique of the Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, str. 158.

[46] Za primere videti: K. Mechlem, *nav. delo,* str. 929–930, fn. 117.

[47] S. Egan, *nav. delo,* str. 238.

[48] D. Shelton, *nav. delo,* str. 120.

Argumenti bi se mogli podeliti u tri kategorije. Prvu čine argumenti višeg stepena apstrakcije koji pravnu vrednost prakse ugovornih tela izvode iz samih ljudskih prava, tj. obaveza koje iz njih proizlaze za države ugovornice. Bajefski (*Bayefsky*) tako tvrdi da su "obaveze iz ugovora o ljudskim pravima preuzete slobodno" i da "ta prava stvaraju odgovarajuće obaveze za države da zaštite, spreče i otklone povrede ljudskih prava".[49] Obaveza poštovanja zaključnih zapažanja, zaključaka i opštih komentara bi se tako mogla podvesti pod obavezu zaštite, sprečavanja ili pak otklanjanja već učinjene povrede. Od značaja u tom kontekstu je i činjenica da su same države poverile ugovornim telima ovlašćenja da usvajaju zaključna zapažanja, zaključke po individualnim pritužbama i opšte komentare, čime su se saglasile i sa posledicama koje takvi akti proizvode.[50] Druga grupa argumenata stoji na sličnoj liniji rezonovanja, s tim što je osnov konkretniji i počiva na normi sadržanoj u samom međunarodnom ugovoru. U pitanju je odredba kojom se konkretizuje obaveza implementacije ljudskih prava, poput odredbe člana 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Novak (*Nowak*) tako primećuje da "upućivanje na član 2(3) Pakta čini jasnim da nisu u pitanju proste preporuke već da države ugovornice Pakta imaju pravnu obavezu da svakoj žrtvi povrede Pakta omoguće delotvoran lek i naknadu".[51] Ipak, navedenom stavu se oštro protive drugi autori koji u njemu vide pokušaj da se neobavezujući zaključci i preporuke komiteta transformišu u pravno obavezujuće, što je u suprotnosti sa namerom ugovornih strana.[52] Uostalom, navedenu odredbu ne sadrže svi međunarodni ugovori čiju primenu nadziru ugovorna tela, što bi značilo da se pomenuti argument ne bi mogao upotrebiti u odnosu na sve komitete. Treću grupu čine argumenti koji se baziraju na konkretnim normama međunarodnog prava, tačnije na odredbama Bečke konvencije o ugovornom pravu.[53]

Pojedini autori tako u opštim komentarima, zaključnim zapažanjima i zaključcima po individualnim pritužbama vide naknadnu praksu u primeni ugovora koja predstavlja sporazum ugovornih strana u pogledu njegovog tumačenja, a u skladu s članom 31(3)(b) Bečke konvencije o ugovornom pravu.[54] Međutim, da li će praksa ugovornih tela moći da se kvalifikuje kao naknadna praksa u kontek-

[49] Anne Bayefsky, "Introduction to the UN Human Rights Treaty System", *Law Now*, Vol. 28, 2003–2004, str. 51.

[50] A. Guzman, T. Meyer, *nav. delo,* str. 171–172.

[51] Navedeno prema R. van Alebeek, A. Nollkaemper, *nav. delo,* str. 40.

[52] *Ibidem*, str. 41–42.

[53] Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, str. 331.

[54] K. Mechlem, *nav. delo,* str. 920.

stu člana 31(3)(b) Bečke konvencije zavisi prvenstveno od toga da li će je države ugovornice prihvatiti, u kom slučaju će stav izražen kroz akte ugovornih tela postati obavezujući ali ne zbog toga što su usvojeni u postupku pred ugovornim telom već iz razloga što su države ugovornice takav stav prihvatile.[55] Proizlazi da navedeni argument nije od naročitog značaja i to iz nekoliko razloga. Prvo, on jasno sugeriše da praksa ugovornih tela kao takva nije obavezujuća. Drugo, stavovi i tumačenja data kroz akte ugovornih tela svakako predstavljaju meko pravo, a pravnu obaveznost mogu steći tek posredstvom formalnih izvora međunarodnog prava, bilo u vidu sporazuma ili običaja. Treće, argument koji se oslanja na član 31(3)(b) Bečke konvencije ne može se primeniti u odnosu na sve akte ugovornih tela. Četvrto, on sa sobom nosi i komplikacije u pogledu dokazivanja kasnije prakse, tj. pitanja da li su i koje države prihvatile tumačenje komiteta kao naknadnu praksu. Konačno, navedeni argument je neupotrebljiv i sa stanovišta situacija u kojima država koja nije ugovornica relevantnog međunarodnog ugovora prihvata tumačenje ugovornog tela i primenjuje ga u praksi domaćih organa,[56] u kom slučaju bi jedino prihvatljivo objašnjenje moglo biti da se radi o običajnoj normi međunarodnog prava.

Pravna vrednost prakse ugovornih tela, međutim, najispravnije se može sagledati u kontekstu člana 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu. Naime, praksa komiteta bi se mogla shvatiti kao dopunsko sredstvo za tumačenje međunarodnih konvencija o ljudskim pravima čiji nadzor ona vrše, zbog čega pojedini autori u članu 32 vide čak "formalni pravni osnov koji ovlašćuje na primenu neobavezujućih instrumenata".[57] Iako pozivanje na dopunska sredstva tumačenja Bečka konvencija definiše kao mogućnost, i to samo u slučajevima u kojima treba da se potvrdi smisao koji proizlazi iz primene člana 31 Konvencije ili da se odredi smisao norme kada je tumačenje prema članu 31 dvosmisleno ili nejasno, ili pak dovodi do rezultata koji je očigledno apsurdan ili nerazuman, njihov značaj se ukazuje kao poseban kada su u pitanju međunarodni ugovori kojima su uspostavljena tela sa posebnim ovlašćenjima u pogledu njihovog nadzora, tumačenja i primene, što nije slučaj sa većinom međunarodnih ugovora na koje se odredbe Bečke konvencije odnose. Drugim rečima, implementacija ljudskih prava garantovanih međunarodnim konvencijama od strane država ugovornica ne može biti potpuna niti

[55] M. Kanetake, *nav. delo,* str. 217.

[56] Za primer videti: *Ibidem*, str. 218–219. U pitanju je slučaj u kome je Ustavni sud Južnoafričke Republike primenio Opšti komentar broj 4 Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava iako u tom trenutku Južnoafrička Republika nije bila ugovornica Pakta.

[57] *Ibidem*, str. 220.

pravilna bez konsultovanja stavova međunarodnih tela kojima su same te države poverile ovlašćenja u pogledu nadzora nad njihovom primenom.[58]

UNUTRAŠNJE PRAVO KAO OSNOV PRAVNE RELEVANTNOSTI PRAKSE UGOVORNIH TELA

Da li će praksa ugovornih tela proizvoditi pravne posledice na nivou unutrašnjeg prava država ugovornica, u najvećoj meri zavisi od statusa koji akti komiteta imaju u domaćem pravnom poretku, što je ujedno i indikator njihove efikasnosti.[59]' Internalizacija[60] ili uvođenje prakse komiteta u unutrašnje pravne sisteme može biti dvojaka. S jedne strane, ona može biti posredna, odnosno proizlaziti i počivati na statusu koji u unutrašnjem pravu ugovornice ima sama međunarodna konvencija čiju primenu komitet nadzire. Takav pristup nije naročito efikasan jer se argumentacija o pravnoj relevantnosti prakse ugovornih tela svodi na njihov status u međunarodnom pravu, tačnije na njihovu pravno neobavezujuću prirodu. S druge strane, može se raditi i o neposrednoj 'internalizaciji' prakse komiteta, koja se bazira na uređivanju njenog statusa posebnim normama unutrašnjeg prava, nezavisno od statusa međunarodnih konvencija. Rešenja se, međutim, značajno razlikuju.[61]

Primera radi, u Kolumbiji je Zakonom iz 1996. godine predviđeno da je obaveza domaćih izvršnih organa da sprovedu odluke međunarodnih tela, uključujući tu i Komitet za ljudska prava,[62] u Norveškoj je zakonom predviđena obaveza ponovnog vođenja postupka u situacijama kada Komitet za ljudska prava utvrdi da je država učinila povredu,[63] dok je u češkom pravu ministarstvo pravde odgovorno za koordiniranje implementacije zaključaka Komiteta za ljudska prava.[64] Proizlazi da postojanje posebne norme u unutrašnjem pravu ne mora nužno podrazumevati davanje pravno obavezujućeg karaktera aktima ugovornih tela već

[58] U stručnoj literaturi se čak govori o međunarodnoj obavezi procesnog karaktera u skladu s kojom države moraju ozbiljno razmotriti i uzeti u obzir stavove izražene kroz različite oblike prakse komiteta. *Ibidem*, str. 219.

[59] Efikasnost prakse ugovornih tela se u stručnoj literaturi shvata kao njena sposobnost da izazove promenu, tj. da utiče na ugovornice da postupaju na način na koji inače ne bi postupile. J. Krommendijk, *nav. delo,* str. 197–198.

[60] M. O'Flaherty, C. O'Brien, *nav. delo,* str. 153.

[61] R. van Alebeek, A. Nollkaemper, *nav. delo,* str. 10–16.

[62] M. Kanetake, *nav. delo,* str. 217.

[63] *Ibidem*, str. 217–218.

[64] *Ibidem*, str. 217.

samo izvestan stepen pravne relevantnosti, kao i da predmet regulisanja ne moraju biti svi nego samo pojedini oblici prakse komiteta, i to najčešće zaključci po individualnim predstavkama. S druge strane, istraživanja su pokazala da se nacionalni sudovi pozivaju na sve oblike prakse ugovornih tela nezavisno od toga da li unutrašnje pravo sadrži posebnu normu o tom pitanju,[65] kao i da se način na koji se to čini i značaj koji se pridaje praksi komiteta u velikoj meri razlikuju.[66]

S tim u vezi, postavlja se pitanje kakav status akti ugovornih tela imaju u unutrašnjem pravu Republike Srbije, te kakav se značaj njima pridaje u postupcima pred domaćim sudovima, posebno pred Ustavnim sudom Srbije.

Status prakse ugovornih tela UN u Ustavu Republike Srbije

Osim norme o neposrednoj primeni međunarodnih ugovora kojima se Republika Srbija obavezala, Ustav Republike Srbije sadrži i pravilo u skladu s kojim se "odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje".[67] U svetlosti razmatranja koja su izneta u radu, iz navedene odredbe Ustava proizlazi nekoliko zaključaka. Prvo, praksa ugovornih tela Ujedinjenih nacija nesporno spada pod 'praksu međunarodnih institucija'. Drugo, pravo Republike Srbije se može svrstati u grupu pravnih poredaka koji regulišu status prakse ugovornih tela i to ne samo na posredan način, kroz normu o neposrednoj primeni međunarodnih ugovora u unutrašnjem pravu Republike Srbije, već i na neposredan način, odnosno kroz posebnu normu o značaju prakse međunarodnih tela. Treće, odredba člana 18 Ustava ne pravi razliku između pojedinih oblika prakse ugovornih tela, što znači da se pod nju mogu podvesti kako zaključci po individualnim predstavkama tako i zaključna zapažanja i opšti komentari. Četvrto, odredbom člana 18 Ustava se ne menja u suštinskom smislu pravna priroda

[65] Za primere korišćenja opštih komentara različitih ugovornih tela od strane domaćih sudova, bilo u pozitivnom ili negativnom smislu, v. *Ibidem*, str. 207–211. Za primere pozivanja domaćih sudova na zaključna zapažanja komiteta, v. *Ibidem*, str. 211–214. Za primere pozivanja na zaključke po individualnim pritužbama, v. *Ibidem*, str. 214–215.

[66] U izvesnim slučajevima praksa ugovornih tela je suštinski uticala na formiranje stava domaćeg suda, u smislu da su odredbe međunarodnih konvencija i unutrašnjeg prava tumačene u skladu sa praksom komiteta, u drugim je služila isključivo kao potpora za stav koji je domaći sud zauzeo koristeći druge argumente. *Ibidem*, str. 216–217. Za konkretne primere, v. R. van Alebeek, A. Nollkaemper, *nav. delo,* str. 23–24, 27–29.

[67] Član 18, stav 3 Ustava Republike Srbije.

prakse ugovornih tela. Ona posredstvom člana 18 ne postaje pravno obavezujuća na planu unutrašnjeg prava.

Ipak, član 18 Ustava predstavlja važan pravni osnov na kom počivaju elementi pravne relevantnosti akata komiteta. Peto, pravni značaj prakse ugovornih tela treba videti u obavezi koju za državne organe član 18 Ustava ustanovljava, a koja se svodi na obavezu da se odredbe o ljudskim pravima tumače saglasno, između ostalog, praksi Komiteta UN. Konačno, sadržina pomenute obaveze nije precizno utvrđena odredbom člana 18 Ustava. Međutim, mišljenja smo da ona obuhvata niz procesnih obaveza poput obaveze praćenja prakse ugovornih tela, obaveze konsultovanja relevantnih stavova komiteta, obaveze tumačenja pravnih normi u skladu s tim stavovima ili pak argumentovanog obrazlaganja drugačijeg stava kojim se odstupa od prakse komiteta.

Akti ugovornih tela UN u praksi Ustavnog suda Srbije

Za razliku od odluka drugih međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, poput odluka Evropskog suda za ljudska prava, na koje se Ustavni sud u svojim odlukama redovno poziva,[68] pozivanje na praksu Komiteta UN je izuzetno retko.

Odlučujući o predlogu za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom odredbe člana 4, stava 1 Porodičnog zakona, Ustavni sud je konstatovao da Ustav garantuje opštu zabranu diskriminacije, ali da ne sadrži definiciju, zbog čega diskriminaciju "treba shvatiti na način na koji je definisana u stavu 7 Opšteg komentara broj 18 Komiteta za ljudska prava Organizacije ujedinjenih nacija".[69] U istoj odluci, Ustavni sud se, osim na Opšti komentar broj 18 Komiteta, pozvao i na odluku Komiteta u slučaju Jang protiv Austrije, na kojoj je bazirao svoj zaključak da "nije svako različito postupanje i diskriminatorno u smislu člana 26. Pakta, dokle god je zasnovano na objektivnom i razumnom opravdanju".[70] Na isti opšti komentar Komiteta za ljudska prava Ustavni sud se pozivao i u svojim kasnijim odlukama, poput odluka u predmetima IUz-27/2009 od 21.03.2013, IUz-531/2014 iz 2015. godine i Už-8760/2014 iz 2016. godine, dok u odluci IUz-455/2011 iz 2013. godine Ustavni sud uz pomenuti opšti

[68] Ljubica Milutinović, Ivana Krstić, Bojana Čučković, *Kvalitativna studija o uticaju presuda Evropskog suda za ljudska prava na jurisprudenciju sudova u Republici Srbiji, Kvalitativna studija o uticaju presuda Evropskog suda za ljudska prava na jurisprudenciju sudova u Republici Srbiji*, Savet Evrope, Beograd, 2016, str. 47–86.

[69] IU-347/2005, 22.07.2010, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2011.

[70] *Ibidem*.

komentar Komiteta za ljudska prava, navodi i Opšti komentar broj 14 Komiteta za eliminaciju rasne diskriminacije, doduše u tom kontekstu samo upućujući na odgovor Narodne skupštine povodom pitanja da li Zakon o crkvama i verskim zajednicama propisuje diskriminaciju u postupku diskriminacije.

Ipak, među retkim odlukama u kojima se Ustavni sud pozivao na praksu Komiteta UN, posebno mesto zauzima odluka u predmetu IUz-292/2016 iz 2017. godine. Naime, podnosilac predloga se pozvao na Opšti komentar broj 27 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena, konkretno na stav 42 Opšteg komentara koji predviđa da su države ugovornice u obavezi da obezbede da starosna granica za odlazak u penziju u javnom i privatnom sektoru nije diskriminatorna za žene. Pobijajući pozivanje podnosioca predloga na stav Komiteta, Ustavni sud je izneo dva argumenta. Prvi argument se svodi na isticanje pravno neobavezujućeg karaktera Opšteg komentara broj 27. Ustavni sud navodi da taj "dokument nije precizno interpretiran, jer opšte preporuke Komiteta UN za eliminaciju diskriminacije žena nemaju pravno obavezujuću snagu, te ni Opštom preporukom broj 27 nije mogla biti ustanovljena bilo kakva obaveza država".

S tim u vezi, Ustavni sud u nastavku svog obrazloženja na prilično detaljan način objašnjava kako izgleda procedura za usvajanje opštih preporuka predviđena članom 21 Konvencije.[71] Drugi argument Ustavnog suda je da se preporuka Komiteta "ne može dovesti u vezu sa sadržinom osporene odredbe Zakona, kao ni, generalno, sa zakonskim rešenjima u oblasti penzijskog osiguranja, jer u pravnom sistemu Republike Srbije ne postoji, niti je postojala, razlika u pogledu starosne granice za odlazak u penziju u zavisnosti od toga da li je osiguranik žena penzijski staž ostvarila u javnom ili privatnom sektoru". Može se primetiti da Ustavni sud nije sam konsultovao praksu Komiteta, već se na nju osvrnuo samo zbog toga što se podnosilac predloga u svom predlogu poziva na Opšti komentar broj 27, kao i da Sud pored argumentacije o neprimenljivosti Opšteg komentara zbog nepostojanja veze sa sadržinom osporene odredbe, koristi i argumente koji se svode na obrazlaganje zbog čega ovaj vid prakse Komiteta nije obavezujući za Republiku Srbiju.

Mada je na osnovu ovako malog broja odluka u kojima se Ustavni sud pozivao na praksu ugovornih tela izuzetno teško izvoditi bilo kakve zaključke, potreb-

[71] Ustavni sud u svojoj odluci navodi: "Naime, članom 21. Konvencije je predviđeno da Komitet (za eliminaciju diskriminacije žena), preko Ekonomskog i socijalnog saveta, svake godine izveštava Generalnu skupštinu (UN) o svom radu i može davati predloge i opšte preporuke na osnovu razmotrenih izveštaja i informacija koje je primio od država članica, da se takvi predlozi i opšte preporuke unose u izveštaj Komiteta, zajedno sa eventualnim primedbama država članica, kao i da izveštaje Komiteta generalni sekretar (UN) dostavlja Komisiji za položaj žena, radi informisanja."

no je ukazati na sledeće. Prvo, Ustavni sud je u svojim odlukama najčešće upućivao na opšte komentare kojima se tumače pojedine odredbe međunarodnih ugovora, na odluku po individualnoj predstavci je uputio samo jednom, i to na odluku u slučaju koji se nije vodio protiv Republike Srbije, dok na zaključna zapažanja nije do sada upućivao. Drugo, u nekim odlukama Ustavni sud se na sopstvenu inicijativu pozivao na praksu komiteta, uopšte ne ulazeći u razmatranje pitanja njihove pravne prirode i ne obrazlažući zbog čega i po kom osnovu se to čini, dok je u drugim slučajevima Sud ulagao ozbiljne napore da objasni da praksa komiteta ne može da ustanovi bilo kakvu obavezu za državu. Treće, u odluci u kojoj je istakao argument pravno neobavezujućeg karaktera opštih komentara ugovornih tela, Ustavni sud argumentaciju bazira isključivo na relevantnoj odredbi međunarodne konvencije kojom je predviđena procedura za usvajanje opštih komentara, dok u potpunosti zanemaruje odredbu člana 18 Ustava Republike Srbije kao osnova pravne relevantnosti prakse komiteta na nivou unutrašnjeg pravnog poretka.

ZAKLJUČAK

Praksa ugovornih tela Ujedinjenih nacija poseduje izvesne osobenosti i karakteristike koje nisu svojstvene većini izvora mekog prava. Iako neobavezujući sa formalnog stanovišta, oni mogu stvarati izvesne obaveze za države. Ugovornice međunarodnih konvencija čiju primenu nadziru komiteti tako imaju obavezu da prate praksu komiteta, da je konsultuju, da ozbiljno razmotre njihove stavove o kom god obliku prakse komiteta da se radi, kao i da pruže ozbiljnu argumentaciju ukoliko se ne pridržavaju preporuka komiteta koja se pak ne bi smela svoditi isključivo na argument njihove pravne neobaveznosti. Ugovorna tela Ujedinjenih nacija imaju značajnu ulogu u "određivanju normativne sadržine ljudskih prava i davanju konkretnog značenja individualnim pravima i obavezama država".[72] Kao što je u radu prikazano, pravni efekti te uloge kao i osnov pravne relevantnosti prakse ugovornih tela počivaju kako na normama međunarodnog tako i na pravilima unutrašnjeg prava.

S obzirom na to da Srbija ima svojstvo ugovornice svih međunarodnih ugovora za zaštitu ljudskih prava čiju primenu nadziru ugovorna tela UN, kao i da Ustav Republike Srbije sadrži posebnu odredbu o relevantnosti prakse tih međunarodnih institucija, bez konsultovanja prakse ugovornih tela UN i uzimanja u obzir relevantnih međunarodnih standarda, sudski i drugi organi Republike Srbije nisu u mogućnosti da pravilno primene ni izvore unutrašnjeg niti izvore međunarodnog prava kojima sam Ustav jemči neposrednu primenu. Ako se u ob-

[72] K. Mechlem, *nav. delo,* str. 905.

zir uzme činjenica da se sudovi u Republici Srbiji krajnje sporadično pozivaju na praksu ugovornih tela, kao i da se to ne čini na dosledan način, više je nego jasno da u ovoj materiji Republici Srbiji predstoji dalji preobražaj.

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

UNITED NATIONS TREATY BODIES' PRACTICE IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS PROTECTION – LEGAL NATURE, ROLE AND RELEVANCE FOR DOMESTIC AUTHORITIES

Summary

The paper analyzes the characteristics and legal nature of various acts adopted by the United Nations committees established to monitor the implementation of the most important international human rights conventions.The author does not question the non-binding character of concluding observations, views adopted on individual applications or general comments, but examines their role and significance, especially in the light of changes that have occurred in relation to some of them through years of practice.Arguments for the claim that the practice of UN treaty bodies, although not formally binding, has certain legal consequences for the contracting parties, are based both on the norms of international law and the rules of domestic law of the Republic of Serbia. The paper concludes that the practice of the committees has features that are not inherent in most sources of soft law, and that the parties to international conventions have an obligation to follow the committees' practice, to consult it, to seriously consider the committees' views, and to provide concrete and detailed arguments in case they fail to comply with committees' recommendations.

Key words: United Nations treaty bodies, human rights, concluding observations, general comments, views on individual applications.

MATEJ SAVIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNI STATUS BOSNE I HERCEGOVINE

U radu autor analizira pravnu prirodu i međunarodnopravni status Bosne i Hercegovine kao specifične složene države (državne zajednice) kroz prizmu položaja i uloge međunarodnih institucija i organizacija u njoj. U tom smislu, akcenat je stavljen na period poslije potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma, sa osvrtom na najznačajnije pojedinosti od 1991. do 1995. godine. Dejtonski ustav (Aneks IV) sa svim kontroverznim izmjenama i prenosom nadležnosti, asimetrično unutrašnje uređenje Bosne i Hercegovine, te specifičnosti u funkcionisanju državne organizacije analizirani su u ovom radu. Takođe, međunarodne institucije, na prvom mjestu Kancelarija Visokog predstavnika, ali i međunarodni (politički) voluntarizam pojedinih država neposredno ograničavaju međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine u međunarodnom pravu čemu je autor posvetio posebnu pažnju u ovom radu.

Ključne riječi: *Bosna i Hercegovina, ustav, međunarodne institucije, visoki predstavnik, međunarodnopravni subjektivitet*

U V O D

Završetkom rata na prostorima Bosne i Hercegovine "potpisivanjem Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, konstituisana je država sa drugačijim oblikom državnog uređenja u odnosu na prethodnu, međunarodno priznatu državu Republiku Bosnu i Hercegovinu".[1] Od potpisivanja ovog sporazuma,

---

Dr Matej Savić, docent Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci. Rad je u kraćoj i drugačijoj formi predstavljen na naučnom skupu *Nauka i stvarnost* Filozofskog fakulteta, Univerziteta u Istočnom Sarajevu 2017. godine.

[1] Snežana Savić, *Primjena Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonskog mirovnog sporazuma) – Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, zbornik radova Dejtonski sporazum – dve decenije mira i pouke za svet, Beograd, 2016, 63.

pa sve do danas, o obliku državnog uređenja u Bosni i Hercegovini postoje različita mišljenja. Različiti naučni stavovi, ali i politički, polaze od toga da je Bosna i Hercegovina unija, a Republika Srpska "država sa ograničenim suverenitetom"[2], da je Bosna i Hercegovina konfederacija, federacija ili, pak, da se radi o *sui generis* obliku državnog uređenja.

Zbog toga se, između ostalog, može reći da je Bosna i Hercegovina, sa pravnog aspekta, jedinstvena država u svijetu, bilo da posmatramo njeno unutrašnje uređenje, njene institucije, ili pak njen međunarodnopravni status. Samim tim što postoji znatan broj različitih stanovišta u pogledu njenog određenja i što se ne može predstaviti jedna integralna i opšteprihvaćena definicija Bosne i Hercegovine, možemo, s pravom, tvrditi da se radi o državnom organizmu *specialis* karaktera. "Bosna i Hercegovina predstavlja specifičnu državnu zajednicu, kako zbog složenog oblika njenog državnog uređenja, tako i zbog njenog specifičnog položaja i međunarodnopravnog statusa, prvenstveno zbog uticaja međunarodne zajednice u njoj."[3] Pravna dimenzija (postojanja) Bosne i Hercegovine uslovljena je, na prvom mjestu, osnovnim pitanjem njenog *raison d'ětre*, uz sveprisutni problem konstitutivnosti Bošnjaka, Srba i Hrvata. Takođe, njen ustavnopravni poredak je bez dileme *sui generis* karaktera, što se posljedično odnosi i na politički sistem, a posebno pitanje koje se nameće na osnovu prethodne dvije konstatacije otvara problem određenja međunarodnopravnog statusa Bosne i Hercegovine o čemu će u ovom radu posebno biti riječi. Međunarodnopravni status je specifičan, posebno u pogledu međunarodnopravnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine, a uslovljen je prirodom i porijeklom njenog ustava i postojanjem i uticajem (velikog broja) međunarodnih institucija u njoj.

SPECIFIČNOSTI DRŽAVNOPRAVNOG PORETKA BOSNE I HERCEGOVINE

Prije svega, *specialis* karakter Bosne i Hercegovine možemo primjetiti u porijeklu i prirodi njenog Ustava, a koji predstavlja sastavni dio (Aneks IV) Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (u daljnjem tekstu: Dejtonski mirovni sporazum), kao međunarodnopravnog ugovora, koji je zaključen u vojnoj bazi *Wright-Peterson/Ohio* 1995. godine. Ova činjenica Bosnu i Hercegovinu čini jedinstvenom državom u svijetu. Takođe, njena unutrašnja konstitucija kao

[2] Petar Kunić, *Republika Srpska – država sa ograničenim suverenitetom*, Banjaluka, 1997, 72.

[3] Matej Savić, *Sporazum o specijalnim paralelnim vezama – Dejtonski temelj Republike Srpske i Republike Srbije*, Zbornik radova Republika Srbija i Republika Srpska – stari i novi politički izazovi, Beograd, 2014, 186–200.

sui generis složene države je asimetrična.[4] Ovakav, asimetričan sistem je upravo uspostavljen Aneksom IV Dejtonskog mirovnog sporazuma i kao takav predstavlja izuzetak u odnosu na sisteme koje možemo pronaći u drugim složenim državama Evrope.[5]

U Bosni i Hercegovini su još od 1992. godine prisutne međunarodne misije i institucije koje su uspostavljene, prvo, rezolucijama Savjeta bezbjednosti OUN, drugo 1995. godine Dejtonskim mirovnim sporazumom, ali i kasnije posebnim odlukama međunarodnih konferencija i specijalnih tijela. Ove misije i institucije formirane su s ciljem rješavanja krize i stabilizacije Bosne i Hercegovine, te implementacije Dejtonskog mirovnog sporazuma, što daje posebnu dimenziju specifičnosti Bosne i Hercegovine. Na prvom mjestu, ovdje je riječ o civilnoj instituciji Visokog predstavnika i vojnim misijama NATO-a. Nadalje, od posebnog je značaja transformacija institucije Visokog predstavnika, formiranje i položaj Savjeta za implementaciju mira i njihov neposredni uticaj na pravni i politički sistem Bosne i Hercegovine.

Specifičnost Ustava Bosne i Hercegovine ogleda se i u tome što on nije odraz volje naroda – ne posjeduje opšti (formalni) legitimitet jer je riječ o Aneksu IV Dejtonskog mirovnog sporazuma koji predstavlja međunarodni ugovor javnopravnog karaktera. Porijeklo ustava kao najvišeg pravno-političkog akta se ne može pronaći u unutrašnjem, državnopravnom poretku Bosne i Hercegovine, što znači da je formalno izvorište postojanja Bosne i Hercegovine u međunarodnom javnom pravu. Iz tog razloga, najveći broj teoretičara[6] smatra da je Ustav Bosne i Hercegovine *sui generis* karaktera, pri čemu među njima postoji konsenzus da ovaj pravni akt predstavlja samo temelj mirne koegzistencije između tri konstitutivna naroda u dva državotvorna entititeta – Republici Srpskoj i Federaciji Bosne i Hercegovine[7] koji originerno čine ovu složenu zajednicu u organizacionom

[4] Bosna i Hercegovina je jedinstvena država, istovremeno u međunarodnopravnom smislu, jer predstavlja državni organizam *specialis* karaktera, a zatim i u unutrašnjem, ustavnopravnom kontekstu, jer se u BiH posljedično radi o *sui generis* državnom uređenju.

[5] Cit. dj., 2014, 186–200.

[6] Tezu o *sui generis* karakeru Ustava BiH, odnosno njegovim jedinstvenim specifičnostima u širem smislu zastupaju u svojim djelima: Milijan Popović, Rajko Kuzmanović, Snežana Savić, Vitomir Popović, Budimir Košutić, Radomir Lukić, Petar Kunić, Radomir Nešković, Slobodan Nagradić i drugi.

[7] Arbitražni tribunal za spor oko međuentitetske granice je donio konačnu odluku 5. marta 1999. godine, a Brčko distrikt je uspostavljen Odlukom Visokog predstavnika 08. marta 2000. godine, kao kondominijum dva entiteta pod neposrednim suverenitetom BiH. O ovome, šire v. cit. dj., M. Savić.

smislu.[8] Ovakav položaj entiteta utvrđen je u samom tekstu Ustava[9], a posebno je značajno to što su mnoge od aneksa (ima ih jedanaest) Dejtonskog mirovnog sporazuma, a posebno Ustav BiH, kao Aneks IV, parafirali upravo entiteti, tada Muslimansko–Hrvatska Federacija uspostavljena Vašingtonskim sporazumom 1994. i Republika Srpska nastala 1992. godine. Dakle, bosanskohercegovačka zajednica postoji na osnovu saglasnosti entiteta koji su primarni držaoci (unutrašnjeg) suvereniteta i državnih nadležnosti. Ovakav položaj entitete čini državotvornim faktorima Bosne i Hercegovine.

S druge strane, konstitutivni narodi su ti koji su originarni nosioci legitimiteta. Tako su i u Ustavu ugrađeni kumulativno narodni legitimitet i zaštita vitalnih interesa naroda, te entitetski suverenitet, koji je vidljiv u vitalnom interesu entiteta, odnosno teritorijalni princip funkcionisanja u zajedničkim institucijama Bosne i Hercegovine. Ovo se može primijetiti u ustavnim odredbama koje definišu prirodu, nadležnost i funkcionisanje institucija Bosne i Hercegovine. Tako, funkciju šefa države vrši kolegijalni organ, tj. institucija koja se, saglasno članu V/1 Ustava, sastoji od tri člana: jednog Bošnjaka i jednog Hrvata, koji se neposredno biraju u Federaciji Bosne i Hercegovine i jednog Srbina, koji se, takođe neposredno, bira u Republici Srpskoj. U skladu sa državnim uređenjem odluke u ovoj instituciji donose se na specifičan način. Članom V/2 Ustava propisano je da će Predsjedništvo Bosne i Hercegovine donijeti svoj poslovnik, te da oni sami mogu, među sobom, imenovati predsjedavajućeg, odnosno da će u prvom mandatu Predsjedništva predsjedavajući biti onaj član koji je dobio najveći broj glasova. Nakon ovoga će metod izbora predsjedavajućeg Predsjedništva, putem rotacije ili na drugi način, odrediti Parlamentarna skupština, na osnovu člana IV/3 Ustava. Isti član, V/2 tačka c.), predviđa da će se Predsjedništvo truditi da odluke usvoji konsenzusom. U tom smislu je predviđena i zaštita vitalnog interesa entiteta odredbama u stavu 2. tačke d.) istog člana, gdje je predviđeno sljedeće: "Član Predsjedništva koji se protivi odluci može da proglasi da je odluka Predsjedništva destruktivna po vitalni nacionalni interes entiteta na čijoj teritoriji je on izabran, s tim da to mora da učini u roku od tri dana, od dana kada je odluka usvojena. Takva odluka će se odmah uputiti Narodnoj skupštini Republike Srpske, ukoliko je takvu izjavu dao član sa te teritorije; bošnjačkim delegatima u Domu naroda Parlamentarne skupštine Federacije Bosne i Hercegovine, ukoliko je takvu izja-

[8] O ovome v. Milijan Popović, *Pravna priroda Republike Srpske*: *Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske*, Banja Luka, 1997, 47–61, kao i Snežana Savić, *Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine*: *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Komesgrafika, Banja Luka, 2000.

[9] V. Ustav BiH u: Snežana Savić, *Republika Srpska poslije Dejtona*, Banjaluka, 1999.

vu dao član Bošnjak; ili hrvatskim delegatima tog tijela, ako je izjavu dao član Hrvat. Ukoliko izjavu potvrdi dvotrećinska većina tih izabranih lica u roku od deset dana, pošto im je odluka upućena, osporena odluka Predsjedništva neće stupiti na snagu."[10] Međutim, odluke mogu da usvoje i dva člana Predsjedništva u slučaju da ne dođe do pokretanja procedure predviđene prethodno navedenim odredbama i ako svi napori za postizanje konsenzusa pretrpe neuspjeh.[11]

Članom V/4 Ustava predviđeno je da će Predsjedništvo imenovati predsjednika, odnosno predsjedavajućeg Savjeta ministara koji će stupiti na dužnost pošto ga potvrdi Predstavnički dom i koji će imenovati ministra inostranih poslova, ministra spoljne trgovine i druge ministre, ako to bude potrebno, koji će stupiti na dužnost kada ih potvrdi Predstavnički dom. Istim članom, stav 5. tačka a.), propisano je da će Savjet ministara biti odgovoran za sprovođenje politike Bosne i Hercegovine u oblastima iz člana III/1, III/4 i 5 Ustava Bosne i Hercegovine, te da će jednom godišnje podnositi izvještaje Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine.[12] Izvorni legitimitet konstitutivnih naroda vidljiv je i u odredbama koje regulišu funkcionisanje Parlamentarne skupštine, koja je organizovana u dva doma – Dom naroda i Predstavnički dom. Član IV/1a određuje da će u Domu naroda: "Hrvatske i bošnjačke delegate odabrati hrvatski odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Federacije. Delegate iz Republike Srpske će odabrati Narodna skupština Republike Srpske."[13] Nadalje, u istom članu, stav 2, definisano je da će se Predstavnički dom sastojati od 42 člana, "...dve trećine izabranih na teritoriji Federacije i jednom trećinom na teritoriji Republike Srpske."

Takođe, član IV/3 glasi: "Svaki zakonodavni akt zahtevaće pristanak oba doma. Sve odluke u oba doma donosiće se većinom prisutnih članova koji glasaju. Delegati i poslanici će uložiti napore da se postaraju da većina sadrži najmanje jednu trećinu glasova delegata, odnosno poslanika sa teritorije oba Entiteta... Predložena odluka Parlamentarne skupštine može se proglasiti destruktivnom po vitalne interese bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda većinom bošnjačkih, odnosno hrvatskih, odnosno srpskih delegata..." u Domu naroda.[14]

S druge strane, međunarodni život Bosne i Hercegovine, kao nosioca državnopravnog subjektiviteta u međunarodnom pravu, počinje zaključenjem Dejton-

[10] *Ustav Bosne i Hercegovine*, član V/2 tačka d, tekst dostupan na: *http://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_hrv.pdf* pristupljeno jula 2019. godine.

[11] *Ustav Bosne i Hercegovine*, član V/2 tačka c, takođe v. M. Savić, cit. dj.

[12] *Ibidem*.

[13] *Ustav Bosne i Hercegovine*, član IV/1 tačka a.

[14] *Ustav Bosne i Hercegovine*, član IV/3, o ovome v. S. Savić, *Republika Srpska poslije Dejtona*, Komesgrafika, Banja Luka, 1999.

skog mirovnog sporazuma 1995. godine. Prije toga BiH se javljala samo kao teritorijalni faktor u modernim međunarodnim odnosima, prvo u statusu granične oblasti u okviru Otomanskog sultanata, a zatim kao prostor koji je bio predmet Austrougarske aneksije 1908. godine. U najvećem dijelu 20. vijeka BiH je egzistirala kao savezna republika u sastavu SFR Jugoslavije, pri čemu su njene granice, u okviru ove države, tada po prvi put i bile zvanično određene. Bosna i Hercegovina proglašava nezavisnost od SFRJ na referendumu 1992. godine, preglasavanjem srpskog naroda kao konstitutivnog. Građanski rat koji je neposredno poslije toga uslijedio, pored toga što predstavlja veliku tragediju, stavio je tek uspostavljenu Evropsku zajednicu pred velike izazove i što je još značajnije, otvorio je novu stranicu međunarodnog prava. Tragediju su neposredno osjetili i doživjeli narodi u Bosni i Hercegovini, a Evropska zajednica, kako se pokazalo, nije uspjela tih godina adekvatno odgovoriti ovom velikom izazovu, a međunarodno pravo poslije krize u Bosni i Hercegovini više nije i ne može biti isto. Kako to naglašava Tomas Vajs "dve značajne norme međunarodnog prava su nestale. Međunarodno utvrđene granice nisu više svetinja, niti je secesija nezamisliva, kao što je dosad bila".[15]

U periodu građanskog rata, samoproglašena Republika Bosna i Hercegovina dobila je međunarodno priznanje, postala je članica Organizacije Ujedinjenih nacija, uprkos tome što su i srpski i hrvatski narod u njoj proglasili samostalnost nad teritorijama koje su većinski naseljavali. Tako su u periodu oružanog sukoba na teritoriji jedne članice OUN postojale zapravo tri državotvorne zajednice – *de facto* države i jedna formalno međunarodno priznata. To su bile Herceg-Bosna, kao zajednica većinski hrvatskog naroda, Republika Srpska, kao zajednica građana sa većinskim srpskim narodom i prostor geopolitičke Srednje Bosne koji se restriktivno identifikovao sa međunarodno priznatom Bosnom i Hercegovinom, sa većinskim muslimansko-bošnjačkim stanovništvom, a koji je istovremeno predstavljao državotvorni faktor u geopolitičkom smislu i fingirao jedinstvenost i međunarodnopravni subjektivitet Bosne i Hercegovine na međunarodnom planu.[16] Ovakva unutrašnja konstelacija odnosa prvo je promijenjena Vašingtonskim sporazumom 1994. godine, kada je stvorena Muslimansko-Hrvatska Federacija (danas Federacija Bosne i Hercegovine), a zatim je u najvećoj mjeri formalizovana

[15] Thomas G.Weiss, *The UN and Civil War at the Down of the Twenty First Century – The UN and Civil War*, London, 1995. 196.

[16] Konsenzus u pogledu suvereniteta nad ovom teritorijom i međunarodnopravnog statusa Bosne i Hercegovine nije postignut sve do 1995. godine i Dejtonskog mirovnog sporazuma, kada su prekinuta oružana dejstvovanja i kada su se tri konstitutivna naroda, uz pomoć Sjedinjenih Država, Evropske zajednice i Ruske Federacije složila da formiraju zajedničku državu. Na taj način je, uz garante – SR Jugoslaviju (danas Srbiju) i Republiku Hrvatsku i uspostavljena današnja Bosna i Hercegovina.

Dejtonskim mirovnim sporazumom 1995. godine, na osnovu kojeg je ustrojen unutrašnji život Bosne i Hercegovine, a time i određen njen međunarodnopravni status.

Kao što smo naglasili, državotvorni faktori na osnovu kojih je izgrađena Bosna i Hercegovina su dva entiteta – Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine, pri čemu, pored njih, postoji i posebna teritorijalna jedinica Brčko Distrikt, sa specijalnim statusom kondominijuma koji je definisan Konačnom arbitražnom odlukom predsjedavajućeg Tribunala o spornom dijelu međuentitetske linije razgraničenja u oblasti Brčkog.[17] Takođe, Bosna i Hercegovina je država tri konstitutivna naroda: Srba, Hrvata i Bošnjaka, što je neposredno uslovilo formiranje kompleksne državne organizacije i predodredilo uspostavljanje asimetrične podjele nadležnosti. U smislu državnog uređenja, Bosna i Hercegovina se danas nije primakla konkretnom rješenju koje bi moglo zadovoljiti interese sva tri konstitutivna naroda i istovremeno obezbjediti njeno efikasno funkcionisanje. Naime, od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma do danas "u Bosni i Hercegovini na sceni su dvije suprotstavljene političke težnje, tj. opcije: težnja za unitarnom Bosnom i Hercegovinom, gotovo sveprisutna u Federaciji Bosne i Hercegovine... i težnja za očuvanjem dejtonskog koncepta Bosne i Hercegovine, opšteprihvaćena težnja, ne samo od strane političkih partija u Republici Srpskoj već i od strane najvećeg dijela stanovništva Republike Srpske, tj. srpskog naroda".[18] Istovremeno, predstavnici hrvatskog naroda teže ka uspostavljanju sopstvenog entiteta unutar Bosne i Hercegovine.[19]

S druge strane, određenje međunarodnopravnog statusa Bosne i Hercegovine, posebno u pogledu njenog državnopravnog subjektiviteta u međunarodnom pravu, ali i Ustava čije porijeklo, kako je već rečeno, možemo pronaći u međunarodnom pravu, izuzetno je složeno pitanje. Pored svega navedenog, specifičnosti Bosne i Hercegovine su vidljive, takođe i u činjenici da je u njoj još uvijek prisutna međunarodna civilna institucija – Kancelarija Visokog predstavnika *(OHR)*

---

[17] O ovome v. Vitomir Popović, *Arbitraža za oblast Brčko, spor ili farsa stoljeća*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banjaluka 2018.

[18] S. Savić, *Primjena Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonskog mirovnog sporazuma) – uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, 75–76.

[19] O ovome v. Kreševska deklaracija od 21. septembra 2007. godine. Takođe, ideja o trećem entitetu u BiH je prisutna duži niz godina u političkom diskursu i medijskim analizama. V. internet: *https://www.index.hr/vijesti/clanak/neizvjesna-buducnost-bih-tri-naroda-tri-vizije/483373.aspx*pristupljeno oktobra 2019. godine, kao i *https://www.dnevnik.ba/vijesti/treci-entitet-jedino-rjesenje-opstanka-hrvata-u-bih,* pristupljeno oktobra 2019. godine. Svemu navedenom u prilog ide i činjenica da je od 2000. do 2001. godine bila uspostavljena tzv. Hrvatska samouprava u BiH na teritoriji Federacije BiH.

– sa posebnim ovlaštenjima i (određenim) legislativnim nadležnostima. U datim istorijskim okolnostima unutrašnje protivriječnosti nisu uspješno razrješavane, s jedne strane, upravo zbog prisustva međunarodne institucije (uprave) i stalnih pritisaka i interesa koji su pristizali izvana, te s druge strane, zbog unutrašnjeg nejedinstva i realnih razlika. Iako je Bosna i Hercegovina formalno međunarodno priznata država, članica Organizacije Ujedinjenih nacija i regionalne organizacije Savjeta Evrope, njen državnopravni status u međunarodnom pravu je suštinski upitan. S obzirom na ove specifičnosti, može se reći da se Bosna i Hercegovina nalazi na pola puta između međunarodno priznate države i neoprotektorata kao savremenog oblika zavisnog pravnog lica sličnog državi.[20]

MEĐUNARODNOPRAVNI STATUS BOSNE I HERCEGOVINE

Bosna i Hercegovina ipak predstavlja jedinstven subjekt, kako u unutrašnjem, tako i u međunarodnopravnom smislu, koji kao takav, ima (samo) osnovne formalne elemente za unutardržavnu egzistenciju i ostvarenje kapaciteta za istupanje u međunarodnim odnosima. Ona, sa međunarodnopravnog aspekta, posjeduje četiri osnovne sposobnosti – pravnu, poslovnu, deliktnu i procesnu - koje konstituišu državnopravni subjektivitet u međunarodnom pravu. Bosna i Hercegovina posjeduje opšte pravo ugovaranja – *ius contrahendi* na osnovu kojeg može preuzimati prava i obaveze u međunarodnim ugovorima, kao i pravo opšte reprezentacije – *ius representationi s*prema kojem ostvaruje predstavljanje u inostranstvu preko svojih diplomatskih misija i specijalnih izaslanstava. Međutim, Bosna

[20] Neoprotektorati su savremeni oblici zavisnih pravnih lica sličnih državama. Oni predstavljaju državne organizme *specialis* karaktera koji su se počeli konstituisati krajem XX vijeka. To su međunarodno priznate, ali ne potpuno konstituisane, ili pak dekonstituisane države sa državnopravnim subjektivitetom u međunarodnom pravu, koji može biti ograničen. Neoprotektorati su države koje ne posjeduju konstitutivne elemente državnosti, a imaju međunarodni legitimitet – specifičan međunarodnopravni subjektivitet. Međutim, suverenitet njihove vlasti je doveden u pitanje, jer je prisutna institucionalizovana zavisnost državnih organa, u smislu podređenosti posebnom vanjskom režimu ili pak, konkretnom obliku vlasti spoljnog karaktera. V. Matej Savić, *Pravna lica slična državama kao subjekti međunarodnog javnog prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta UNIBL, god. 36, broj 36, Banja Luka, 47–74 kao i M. Savić, *Bosna i Hercegovina – država ili neoprotektorat?* Zbornik radova, Dejtonski sporazum, dve decenije mira i pouke za svet, Beograd, 2016, 173–192. O subjektivitetu i konkretnim subjektima međunarodnog prava, šire v. Boris Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd, 2011, i *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017, Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, 2010, Beograd, Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000, Malcolm N. Shaw, *International law*, Cambridge University Press, 2014, Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010. Matej Savić, *Jedan pogled na teorijske koncepcije međunarodnopravnog subjektiviteta*, *Pravni život,* vol. LXVII br. 15/2018, Beograd 2018.

i Hercegovina se, s obzirom na sve prethodno navedene specifičnosti, suočava sa velikim poteškoćama u ostvarenju ovih prava i potvrđivanju uspostavljenih kapaciteta. Takođe, u unutrašnjem životu problemi u funkcionisanju su još veći. Uzroci ovakve prakse se kriju ni manje ni više nego u samom fundamentu, i mogu se taksativno navesti:

1. Bosna i Hercegovina nikada prije nije bila država, a i istorijski posmatrano, bilo da je predstavljala polusamostalnu oblast u srednjem vijeku, ili je bila u sastavu Otomanskog sultanata, ili pak Austrougarske i kasnije SFR Jugoslavije, uvijek je bila poprište sukoba naroda koji su nastanjivali ovaj prostor. Pojam krize je konstantan za ovu teritoriju kroz cjelokupnu njegovu istoriju. Tako je i danas. Još od 1991. godine i početka jugoslovenske krize ne postoji konsenzus u pogledu statusa, prirode i unutrašnjeg uređenja Bosne i Hercegovine između tri konstitutivna naroda, što je i jedan od glavnih uzroka za izbijanje građanskog rata na ovim prostorima;

2. Unutrašnji diskurs, javno mnjenje, koje još od 90-ih godina nije homogeno, kao i odnosi između konstitutivnih naroda u Bosni i Hercegovini potpuno su radikalizovani što je, konsekventno, dovelo do neuspjeha koncepta multikulturalnog pristupa i multikulturalizma Evropske unije na Zapadnom Balkanu. Kulminacija u pogledu navedenog odigrala se u februaru 2017. godine kada se aktuelizovalo pitanje revizije presude Međunarodnog suda pravde u slučaju Bosna i Hercegovina protiv Srbije, a što nas opet vraća na pitanje konsenzusa i legitimnosti;

3. Dejtonski mirovni sporazum je samo riješio pitanje mirne koegzistencije i osnovne funkcionalnosti. Kako je to naglasio N. Kecmanović, sporazum "predstavlja vododijelnicu između rata i mira u Bosni i Hercegovini."[21] Iako je ovaj dokument, kako smo već naveli, međunarodni ugovor javnopravnog karaktera, aneksi sadržani u njemu predstavljaju jedini pravni osnov prema kojem Bosna i Hercegovina kao zajednica može postojati. Ovdje se još jednom moramo vratiti na pitanje konsenzusa, jer je Dejtonski sporazum *in toto* posljednja stvar oko koje su se neposredno usaglasili konstitutivni narodi;[22]

4. Dejtonskim mirovnim sporazumom uspostavljen je Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu, kao vrhovni tumač za civilni dio sporazuma, paralelno sa postojećim (oružanim) mirovnim misijama koje su docnije evoluirale. Njihov uticaj je iz godine u godinu rastao. Visoki predstavnik je prerastao u Instituciju Visokog predstavnika, a mirovne misije su postale NATO misije. Docnije se jav-

[21] Nenad Kecmanović, *Nemoguća država, Bosna i Hercegovina*, Beograd, 2007, 225.

[22] Poslije 1995. godine bilo je nekoliko slučajeva o kojima je postignut konsenzus, ali je riječ o partikularnim pitanjima, kao što su uspostavljanje državne granične službe, zajedničkih oružanih snaga, a najnoviji je usvajanje principa koordinacije.

ljai Visoki predstavnik EU koji i danas, iako se nalazi u poziciji ambasadora prema diplomatskoj legitimaciji, posjeduje izuzetno široke nadležnosti;

5. Od zaključenja Dejtonskog mirovnog sporazuma, sukob je nastavljen, mada političkim sredstvima, pritiscima, uslovljavanjima i direktnom konfrontacijom političkih platformi, ciljeva i koncepata, opet artikulisanih od strane tri konstitutivna naroda. U tom smislu bošnjačke političke partije su artikulisale niz kampanja za ukidanje entiteta, prije svega Republike Srpske i prenos nadležnosti na nivo zajedničkih institucija. Kontinuirano se tražila revizija Dejtonskog mirovnog sporazuma. U više navrata su se nametala pitanja ustavnih reformi i prenosa nadležnosti na zajedničke institucije.[23] S druge strane, entitetske inicijative su najčešće bile blokirane. Inicijative su sve ove godine pokretane i pred institucijama Bosne i Hercegovine, a koje su stale iza takve politike. U tom smislu treba posmatrati i podnošenje više zahtjeva i donošenje odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o Danu Republike Srpske u periodu od 2013. do 2019. godine, zaključno sa Odlukom broj: U 2/18 kojom je Ustavni sud BiH ukinuo zakonsku odredbu o 9. januaru kao Danu Republike Srpske.[24]

*
* *

S obzirom na sve navedeno, Bosna i Hercegovina je i danas poprište unutrašnjih razmirica između konstitutivnih naroda i otvorenog spoljašnjeg voluntarizma. Diplomatske misije u Bosni i Hercegovini, tj. države slanja često prekoračuju svoje funkcije koje su predviđene članom 3. Bečke konvencije o diplomatskim

[23] Na ovom mjestu moramo navesti inicijative za reformu policije u BiH 2004. godine i 2007. godine, pokušaj reforme, prvo osnovnog i srednjeg obrazovanja, a zatim i visokog obrazovanja 2009. godine, što je rezultiralo donošenjem dva okvirna zakona BiH, iako su sve navedene nadležnosti, na osnovu člana III Ustava isključivo na nivou entiteta. Takođe, Savjet ministara je na opskuran način preuzeo i finansiranje institucija kulture, kao što su Zemaljski muzej BiH, NUB BiH, Istorijski muzej Sarajevo itd. (ni ovo nije u nadležnosti BiH), na sličan način se kontinuirano pokušava i danas prenijeti nadležnost u oblasti poljoprivrede, zdravstva, javne uprave i dr. Pored ovoga je izvršen prenos nadležnosti uz saglasnost entiteta (član III član X Ustava) u oblasti odbrane, indirektnih poreza, granične policije. U političkom smislu, od posebnog značaja je i Programska deklaracija SDA usvojena u septembru 2019. godine, šire v. internet: *https://sda.ba/,* pristupljeno septembra 2019.

[24] Šire v. *Odluka Ustavnog suda BiH broj: U: 3/13* kojom je osporen Zakon o praznicima Republike Srpske. Šire v. *Odluka Ustavnog suda BiH broj: U: 10/16* donesena 01. decembra 2016. godine. V. *Odluka Ustavnog suda BiH broj: U 2/18* kojom je ukinut član 2 stav (1) Zakona o Danu Republike Srpske koji glasi: "Na osnovu potvrđene volje građana Republike Srpske, 9. januar se utvrđuje kao Dan Republike." Ova odluka je objavljena u *Sl. glasniku BiH* 23. aprila 2019. godine.

odnosima.[25] Bosnom i Hercegovinom se još uvijek bave druge države.[26] Tako je 2014. godine uslijedila tzv. njemačko-britanska inicijativa za obnavljanje EU perspektive, a koja podrazumijeva sistemske reforme i dalje pridruživanje Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji. Između ostalog, u saopštenju tim povodom je navedeno: "Njemačka i Ujedinjeno Kraljevstvo imaju veliku predistoriju snažnog angažovanja u Bosni i Hercegovini... Zato smo predložili da EU traži da se političari koje ste vi (narodi u Bosni i Hercegovini – op. aut.) izabrali obavežu na dva načina: 1. Pismenom izjavom kojom se obavezuju na sprovođenje institucionalnih reformi na svim nivoima države, a koje su osmišljene da državu učine funkcionalnijom i omoguće joj da efikasno radi sa EU; i 2. Prihvatanjem obaveze da će sa EU dogovoriti mapu puta za sveobuhvatni plan reformi na osnovu kojeg će Bosna i Hercegovina napredovati na putu pridruživanja EU, uključujući i implementaciju političkih i ekonomskih kriterijuma iz Kopenhagena. Reforme koje predlažemo su usko povezane sa Sporazumom za rast i zapošljavanje, koji je objavljen početkom ove godine."[27]

Potrebno je posebno primjetiti da se u saopštenju Velika Britanija i Njemačka obraćaju direktno narodima u Bosni i Hercegovini. Sljedeće godine se veliki broj ambasada u Bosni i Hercegovini pridružio izjavi Kancelarije visokog predstavnika u saopštenju povodom nastale krize u vezi sa radom Agencije za istrage i zaštitu BiH (SIPA),[28] a u kojoj se naglašava postojanje nadležnosti državnih institucija. Kancelarija Visokog predstavnika dala je zvaničnu izjavu 10. decembra 2015. godine, u kojoj, između ostalog, stoji da "pravosudne institucije i organi za sprovođenje zakona na državnom nivou imaju nadležnost da djeluju u punom

[25] Član 3. BKDO glasi: "Funkcije diplomatske misije se sastoje naročito u: a) predstavljanju države koja akredituje kod države kod koje se akredituje; b) zaštiti u državi kod koje se akredituje interes države koja akredituje i njenih državljana, u granicama koje dozvoljava međunarodno pravo; c) pregovaranju s vladom države kod koje se akredituje; d) obaveštavanju, svim dozvoljenim sredstvima, o uslovima i razvoju događaja u državi kod koje se akredituje i podnošenju izveštaja o tome vladi države koja akredituje; e) unapređivanju prijateljskih odnosa i razvijanju privrednih, kulturnih i naučnih odnosa između države koja akredituje i države kod koje se akredituje." Tekst dostupan u: Vidan Hadži-Vidanović, i Marko Milanović, *Međunarodno javno pravo – Zbirka dokumenata*, Beograd 2005, 64.

[26] Matej Savić, *Bečka konvencija o diplomatskim odnosima – temelj savremenog međunarodnog prava predstavljanja*, *Godišnjak Pravnog fakulteta,* UNIBL, god. 28. br. 38, Banja Luka, 93–125.

[27] Britansko-njemačka inicijativa za Bosnu i Hercegovinu iz 2014. tekst otvorenog pisma dostupan na: *http://www.politika.rs/scc/clanak/310015/,* pristupljeno juna 2017.

[28] O ovome, šire v. M. Savić, *Bosna i Hercegovina – država ili neoprotektorat?* Zbornik radova, Dejtonski sporazum, dve decenije mira i pouke za svet, Beograd, 173–192.

kapacitetu na teritoriji cijele BiH..."[29] Ovoj izjavi su se pridružile: Delegacija EU u Bosni i Hercegovini, ambasade Sjedinjenih Država, Velike Britanije, SR Njemačke, Kraljevine Holandije, Kraljevine Španije, Turske, Francuske, Japana, Kanade i Italije.[30] Ovakva praksa u Bosni i Hercegovini prisutna je više od dvadeset godina. Pored ova dva primjera, samo postojanje Savjeta za implementaciju mira *(Peace Implementation Council)*, gdje se redovno sastaju predstavnici država da razmatraju situaciju u Bosni i Hercegovini, ugrožava fundamente državnosti Bosne i Hercegovine. Doduše, posljednjih nekoliko godina rad Kancelarije Visokog predstavnika je sveden na praksu iz pred-bonskog perioda, a Savjet danas gotovo da ni po kom pitanju ne može postići konsenzus, što, *a priori,* sužava prostor za djelovanje.

Međunarodni politički voluntarizam (država), s jedne strane i problem unutrašnjeg ustrojstva, funkcionalnosti kao i stalno prisustvo političkih nesuglasica, s druge, konsekventno imaju i institucionalne pravnopolitičke posljedice. Ovdje moramo naglasiti da kontinuitet krize zapravo određuje koherentnost svih unutrašnjih nedostataka i problema sa vanjskim, odnosno međunarodnim uticajima. Kriza se naizmjenično podstiče unutrašnjim i vanjskim političkim faktorom. Iz tog razloga Bosna i Hercegovina izuzetno teško ostvaruje svoje državne funkcije i njeni organi gotovo da ne mogu ispuniti zadatke za koje su nadležni. U proceduralnom smislu organi Bosne i Hercegovine ulaze iz jedne u drugu krizu već duži niz godina. Procedure su, same po sebi, složene što je uslovljeno državnim uređenjem i raspodjelom nadležnosti, pri čemu nerijetko ne postoji i pojedinačna volja za njihovo provođenje. Gotovo svakodnevno se zloupotrebljavaju službene pozicije i zanemaruju nadležnosti, a da za to gotovo i da nema nikakve odgovornosti.

Primjer za ovakvu situaciju su problemi koji su bili prisutni u Agenciji za lijekove Bosne i Hercegovine, a koja je gotovo tri godine provodila proceduru za, u javnosti poznato, usklađivanje cijena lijekova. Ista je stvar sa problemom nabavke pasoša i aferom koja je, svojevremeno, potresala Agenciju za identifikaciona dokumenta Bosne i Hercegovine, kao i sa pitanjem zaštite domaćih poljoprivrednih proizvođača, što je u nadležnosti Ministarstva spoljne trgovine i ekonomskih odnosa Bosne i Hercegovine.[31] U svemu ovome, možda je najinteresantniji primjer koji ilustruje sveprisutne probleme u institucijama Bosne i Hercegovine – inicija-

[29] Saopštenje Kancelarije Visokog predstavnika iz 2015, tekst dostupan na: *http://www.ohr.int/ohr-dept/presso/pressr/default.asp?content_id=49351* pristupljeno decembra 2015.

[30] O ovome v. Saopštenje Kancelarije Visokog predstavnika. Tekst dostupan na: *http://www.ohr.int/ohr-dept/presso/pressr/default.asp?content_id=49351,* pristupljeno decembra 2015.

[31] Šire v. *Zakon o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine*, tekst zakona je dostupan na internet stranici Parlamentarne skupštine BiH, https://www.parlament.ba, pristupljeno u oktobru 2019. g.

tiva za reviziju presude Međunarodnog suda pravde u slučaju Bosne i Hercegovine protiv Srbije.

Kada je u pitanju međunarodnopravni subjektivitet Bosne i Hercegovine, može se reći da se on, *a priori,* mora dovesti u pitanje i to na osnovu njenog *dejtonskog statusa* kao i promjena koje su izvršene neposredno poslije zaključenja Dejtonskog mirovnog sporazuma, a kojima je, dobrim dijelom, izmijenjen međunarodni status Bosne i Hercegovine. Tako je, Aneksom X sporazuma definisano postojanje Visokog predstavnika *(High Representative)*. Članovima 1. i 2. Aneksa X ova institucija formirana je da se "pomogne primjena mirovnog sporazuma, ... kako bi se olakšali vlastiti napori strana" u Bosni i Hercegovini. Iako već samo postojanje takve institucije predstavlja neposredno ograničenje državnosti, Bosna i Hercegovina će od Dejtonskog mirovnog sporazuma do 2002. godine ući u status zavisnosti i postati neoprotektorat i to kroz dvije faze: 1. formalnu, koju karakteriše formalno širenje nadležnosti međunarodnih institucija i multinacionalnih vojnih misija i 2. faktičku, koja se ogleda u neposrednom vanjskom interventionizmu u skladu sa ovim, naknadnim nadležnostima. Prva faza je trajala od Dejtonskog mirovnog sporazuma do kraja 1997. godine, a druga od 1998. do 2002. odnosno 2006. godine.[32]

Prva faza sazrijevanja započeta je formiranjem Savjeta za implementaciju mira *(Peace Implementation Council)*[33] 1995. godine – što je prethodilo usvajanju Rezolucije 1031 (1995) Savjeta bezbjednosti OUN, da bi bila završena promjenom statusa Visokog predstavnika i proširenjem njegovih ovlaštenja 1997. godine. Samom Rezolucijom, na osnovu tačke 14. a u skladu sa Aneksom I-A Dejtonskog mirovnog sporazuma određeno je uspostavljanje multinacionalnih implementacijskih vojnih snaga *(IFOR)* pod zajedničkom komandom NATO-a. U decembru 1996. godine, na osnovu Rezolucije 1088 (1996) Savjeta bezbjednosti OUN istim državama bio je povjeren mandat za uspostavljanje nove vojne misije i tzv. stabilizacijskih snaga *(SFOR).* Usvajanje Zaključaka na Bonskoj konferenciji 1997. godine predstavlja završetak prve faze. Druga faza, od 1998. godine, karakteristična je po aktivnom angažmanu Visokog predstavnika u zakonodavnim i ustavotvornim procedurama i nametanjem ustavnih amandmana i zakona, te odlukama o smjeni

[32] O ovome v. M. Savić, cit. dj. 173–192.

[33] Nakon uspješnog zaključenja Dejtonskog mirovnog sporazuma, u Londonu je 8. i 9. decembra 1995. održana Konferencija o implementaciji mira s ciljem da se zadobije međunarodna podrška za sprovođenje Sporazuma. Sastanak je rezultirao uspostavljanjem Savjeta za implementaciju mira (*Peace Implementation Council*). Savjet za implementaciju mira (*Peace Implementation Council)* se sastoji od 55 zemalja i organizacija koje na različite načine pružaju podršku mirovnom procesu; obezbjeđujući finansijska sredstva, dajući trupe u sastav tada IFOR-a pa SFOR-a, a od decembra 2004. godine EUFOR-a, ili direktno provodeći operacije u Bosni i Hercegovini. V. M. Savić, cit. dj. 173–192.

velikog broja političkih funkcionera u Republici Srpskoj. U ovoj fazi, sve do 2002. godine, izvršene su, kroz institut dodatnih nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, od strane Visokog predstavnika, značajne izmjene (bez ustavnih procedura) Ustava BiH i prenesen je značajan broj nadležnosti sa entiteta na zajedničke organe Bosne i Hercegovine.[34]

S obzirom da je u Bosni i Hercegovini do 1995. godine vođen otvoren građanski rat, ove mirovne – *implementacijske* i *stabilizacijske* misije OUN, te vojne NATO misije obezbjedile su implementaciju mira i stabilizaciju i u tim poslijeratnim godinama zaista su imale svrhu. Činjenično stanje poslije zaključenja Dejtonskog mirovnog sporazuma predodredilo je poseban međunarodnopravni status Bosne i Hercegovine. Teškom mukom postignut mir, u još uvijek turbulentnoj državi, uslovio je i formalno ograničenje državnopravnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine u međunarodnom pravu. Ovo ograničenje utvrđeno je Dejtonskim mirovnim sporazumom i, kako je bilo predviđeno, sa procesom stabilizacije se trebalo umanjivati, sve do potpune samostalnosti države i efektivnog preuzimanja nadležnosti unutrašnjih organa. Međutim, to se nije dogodilo. Zapravo, kao što smo rekli, između 1995. i 2002. godine došlo je do dodatnih ograničenja državnopravnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine. Tako je N. Kecmanović naglasio da je Bosna i Hercegovina postala ni srpska, ni hrvatska, ni muslimanska i da je 1998. godine na djelu bio "puzeći protektorat", ukazujući, kako su još tada kritičari Dejtonskog mirovnog sporazuma smatrali, da je trebalo "u samom startu uvesti klasičan protektorat, nametnuti sva planirana politička rješenja..." pa tek onda raspisati prve poslijeratne izbore, poslije čega bi se "najvjerovatnije, stekli potrebni uslovi da domaće demokratske snage postepeno preuzmu vlast, odnosno da im je stranci u potpunosti prepuste."[35]

Potpuno formalno ograničenje međunarodnopravnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine izvršeno je usvajanjem Zaključaka Bonske konferencije o implementaciji mira u Bosni i Hercegovini iz 1997. godine. Iz tog razloga ova konferencija, kako smo naveli, predstavlja prekretnicu. Poglavljem XI ovog dokumenta definisano je da: "Savjet pozdravlja namjeru Visokog predstavnika da iskoristi svoja krajnja ovlaštenja u regiji u vezi sa interpretacijom Sporazuma o civilnoj implementaciji Mirovnog sporazuma, u cilju olakšanja razrješenja teškoća putem donošenja obavezujućih odluka, kad on smatra za neophodno, o sljedećim pitanjima: a) vrijeme, mjesto i predsjedavanje sastancima zajedničkih institucija; b) privremene mjere koje stupaju na snagu kad strane nisu u mogućnosti da se dogovore i koje ostaju važeće dok Predsjedništvo ili Vijeće ministara ne usvoji od-

[34] O svemu ovome, v. M. Savić cit. dj.173–192.

[35] N. Kecmanović, cit. dj., 225.

luku o tom pitanju u skladu sa Mirovnim sporazumom; c) druge mjere u cilju osiguranja implementacije Mirovnog sporazuma u cijeloj Bosni i Hercegovini i njenim entitetima, kao i neometanog rada zajedničkih institucija. Takve mjere mogu uključivati aktivnosti protiv osoba koje obavljaju javnu službu ili funkcionera koji izostaju sa sastanaka iz neopravdanih razloga ili za koje Visoki predstavnik smatra da narušavaju pravne obaveze uspostavljene Mirovnim sporazumom ili rokove za njihovo implementiranje."[36]

Utvrđenjem ovakvih nadležnosti, tj. ovlaštenja, derogiran je ustavnopravni poredak Bosne i Hercegovine, a time i Dejtonski mirovni sporazum u cjelosti. Posebno su "kontroverzne odredbe koje Visokom predstavniku daju mogućnost donošenja privremenih mjera, kao i preduzimanje aktivnosti protiv osoba koje obavljaju javnu službu."[37] Savjet za implementaciju mira je davanjem ovakvih ovlaštenja prekršio sve kogentne norme sadržane u relevantnim dokumentima međunarodnog prava. Ovakav status Visokog predstavnika koji je formulisan u Bonu suprotan je demokratskim vrijednostima i principima prema kojima treba da funkcioniše moderna država, pri čemu su narušeni gotovo svi prihvaćeni standardi na kojima počiva savremena Evropa.

Tako je Bosna i Hercegovina od *dejtonskog konsenzusa* i uspostavljanja mirne koegzistencije do 2002. godine prerasla u neoprotektorat. Definisanjem posebnih nadležnosti Savjeta za implementaciju mira, te davanjem upravljačkih kapaciteta Visokom predstavniku, na osnovu tzv. Bonskih ovlaštenja 1997. godine, Bosna i Hercegovina je direktno postala neoprotektorat pod patronatom država okupljenih u Savjetu za implementaciju mira. Visoki predstavnik kao institucija, formalno je postao Kancelarija Visokog predstavnika *(Office of The High Representative)*. Na taj način i danas se Bosna i Hercegovina nalazi u specifičnom međunarodnopravnom odnosu multilateralnog karaktera u kojem je, s druge strane, više država-neoprotektora koji posredno, preko kolektivnog organa, uspostavljaju namjesničku vlast izvana. Ova namjesnička vlast izvana je utjelotvorena upravo u Kancelariji Visokog predstavnika, pri čemu je Bosna i Hercegovina podređena Savjetu za implementaciju mira.[38] Iako je Visoki predstavnik odgovoran Savjetu bezbjednosti OUN, njegov rad je determinisan stavovima koji se artikulišu u Savjetu za implementaciju mira. Moramo naglasiti i činjenicu da je od građanskog rata

[36] Zaključci Bonske konferencije, iz 1997, tekst dostupan na: *http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=29660#11,*pristupljeno decembra 2017.

[37] M. Savić, *Sporazum o specijalnim paralelnim odnosima – Dejtonski temelj odnosa Republike Srpske i Republike Srbije*, zbornik radova, Republika Srbija i Republika Srpska – stari i novi politički izazovi, Beograd, 186–200.

[38] O ovome v. M. Savić, cit. dj.

prošlo više od dvadeset godina. Mirovni proces je okončan, stabilizacija je davno izvršena, demokratske legislative i mehanizmi su usklađeni sa evropskim vrijednostima, Bosna i Hercegovina je uveliko u procesu evropskih integracija i aktivno sarađuje sa NATO-om. Iako je danas njihova uloga umanjena, Visoki predstavnik i Savjet za implementaciju mira još uvijek neposredno ograničavaju državnopravni subjektivitet Bosne i Hercegovine.

Pored ovoga, nužno je posebno istaći ulogu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine koji predstavlja "jedinu instituciju Bosne i Hercegovine u kojoj nije prisutan princip zaštite vitalnog interesa entiteta niti pak vitalnog nacionalnog interesa naroda".[39] U praksi se pokazalo da ova institucija, uz prisustvo trojice sudija stranaca koje imenuje predsjednik Evropskog suda za ljudska prava, uz konsultacije sa Predsjedništvom Bosne i Hercegovine, "velikim dijelom, kreira ustavnopravni poredak Bosne i Hercegovine, posebno kroz odlučivanje sudija stranaca, jer sudije iz reda jednog konstitutivnog naroda, uz njihovu podršku, mogu, bez obzira na ostale sudije, donijeti svaku odluku".[40] Svi napori Republike Srpske da se ovakav sastav Suda promijeni, a što je ustavna mogućnost, te da se status Ustavnog suda Bosne i Hercegovine reguliše zakonom (koji danas ne postoji) bili su uzaludni jer politički lideri i predstavnici bošnjačkog naroda nisu pristajali na to.

ZAKLJUČAK

Opšti okviri egzistencije Bosne i Hercegovine, odrednice njenog unutrašnjeg uređenja, kao i suština međunarodnopravnog subjektiviteta, u punom smislu te riječi, definisani su u sadržaju Dejtonskog mirovnog sporazuma, tj. u odredbama njenog Ustava, te u zakonskim propisima koje je usvojila Parlamentarna skupština.[41] U samoj Preambuli Ustava Bosne i Hercegovine govori se da je ona privržena suverenitetu, teritorijalnom integritetu i političkoj nezavisnosti, u skladu sa međunarodnim pravom, da je rukovođena ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih nacija i sl., što, *a priori,* određuje njenu opredjeljenost za pridruživanje porodici evropskih država, očuvanju mira i stabilnosti, te stvaranju blagostanja u svijetu.[42] Međutim, iako je sporazumom okončan rat u Bosni i Hercegovini i stvorene

[39] S. Savić, *Primjena Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonskog mirovnog sporazuma) – uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, 67.

[40] S. Savić, cit. dj. 67.

[41] M. Savić, cit. dj., 186–200. Nadležnosti Parlamentarne skupštine definisane su članom IV/1, 2, 3 i 4 Ustava Bosne i Hercegovine. V. S. Savić, *Republika Srpska poslije Dejtona*, Komesgrafika, Banja Luka, 1999.

[42] V. članove III/1 a), b), c), d), e), f), g), h); IV/4 a), d); V/3 a), b), c), d), h) Ustava Bosne i Hercegovine.

su pretpostavke za njen daljnji razvoj "mnogobrojni eksperimenti međunarodne zajednice u pogledu državnog uređenja Bosne i Hercegovine, odnosno njenog ustavnog temelja, doveli su do mnogih paradoksa i usporili njen razvoj".[43]

Pored toga, kontinuirani unutrašnji politički konflikti, prisilni prenos nadležnosti, nesistemske promjene Ustava, problem funkcionisanja zajedničkih institucija i dr. čine Bosnu i Hercegovinu državom koja se nalazi daleko od proklamovanih ciljeva i vrijednosti. S obzirom na trenutno stanje, Bosna i Hercegovina je danas na korak od disolucije. S jedne strane, nedostatak unutrašnjeg konsenzusa bez kohezivnih političkih tendencija i opšteg legitimiteta i, s druge strane, postojanje strane, tj. vanjske vlasti i veliki uticaj međunarodnog političkog voluntarizma direktno uslovljavaju disfunkcionalnost Bosne i Hercegovine. Prisustvom i sve većom institucionalizacijom strane vlasti (neposredno) započet je proces ukidanja državnosti.

Bosna i Hercegovina, uz prisustvo Visokog predstavnika, jeste zavisno pravno lice slično državama, ona je zajednica državotvornih entiteta u pokušaju, jer je prisustvo međunarodne zajednice, svakako čini neoprotektoratom. Ona će u ovom statusu biti sve dok se ne zatvori Kancelarija Visokog predstavnika, odnosno Savjet za implementaciju mira i dok organi Bosne i Hercegovine, s druge strane, ne preuzmu efektivne nadležnosti i odgovornost za poslove koji su predviđeni Ustavom. U ovom procesu ravnopravnost konstitutivnih naroda ne smije biti dovedena u pitanje, a diskriminacija po bilo kojoj osnovi mora biti zabranjena. Prvi korak koji se mora načiniti jeste korak ka postizanju opšteg konsenzusa između konstitutivnih naroda, što je, pogotovo kako današnja situacija pokazuje, veoma teško postići. Bosna i Hercegovina mora nastaviti sa svojim evropskim integracijama, ne kao neoprotektorat, ne kao disfunkcionalna država koja potiče segregaciju i diskriminaciju, već kao nezavisna država sa punim međunarodnopravnim subjektivitetom, pod uslovom da se, u vezi s ovim pitanjem, postigne konsenzus i prihvati legitimitet (i volja) konstitutivnih naroda. S tim u vezi, ustavni okvir koji je uspostavljen Dejtonskim mirovnim sporazumom mora biti polazna osnova za postizanje (tog) novog konsenzusa, kojim bi se mogla uspostaviti unutrašnja ravnoteža i simetrija u formuli konstitutivni narodi – entiteti – zajednički organi = funkcionalnost i jednakopravnost, uz zaštitu prava nacionalnih manjina.

U pogledu konstitutivnosti naroda, potrebno je uvažiti faktičko stanje u entitetima i izvršiti promjenu Ustava Bosne i Hercegovine, u skladu sa rezultatima referenduma iz 2013. godine, uz poštivanje Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i drugim međunarodnopravnim propisima koji oba-

[43] S. Savić, *Primjena Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonskog mirovnog sporazuma) – uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, 75.

vezuju Bosnu i Hercegovinu u oblasti ljudskih prava. Uporedo s ovim se svakako mora promijeniti i Izborni zakon Bosne i Hercegovine tako da što preciznije odražava volju građana koji žive na određenoj teritoriji unutar Bosne i Hercegovine i da obezbjedi jednakopravnost i potpunu konstitutivnost naroda u zajedničkim institucijama. Tek pod ovim uslovima bi se moglo govoriti o unutrašnjoj koheziji i legitimitetu, kojih, od 1995. godine, kolokvijalno rečeno, danas najmanje ima. U suprotnom, zbog ovakvog statusa i permanentne krize, Bosna i Hercegovina će ući u status disolucije, čije posljedice će biti stvaranje novih nezavisnih teritorija ili država i prestanak njene egzistencije.

MATEJ SAVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Political Sciences,
University of Banja Luka

INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In this paper, the author analyzes the legal nature and international legal status of Bosnia and Herzegovina as a specific complex state (state community) through the prism of the position and role of international institutions and organizations in it. In this regard, emphasis was placed on the period after the Dayton Peace Agreement, with a focus on the most significant details from 1991 to 1995. The Dayton Constitution (Annex IV), with all the controversial changes and the transfer of competencies, asymmetrical internal organization of Bosnia and Herzegovina, and specifics in the functioning of the state organization are analyzed in this paper. Also, international institutions, in the first place the Office of the High Representative, as well as the international (political) voluntarism of certain countries directly limits the international personality of Bosnia and Herzegovina in international law, which the author paid particular attention to in this paper.

Key words: Bosnia and Herzegovina, constitution, consensus, international institutions, High Representative, international subjectivity, dissolution.

JELENA S. MILENKOVIĆ

PRIRODNO PRAVO U TEMELJU PRAVNIH AKATA O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U zavisnosti od toga da li se ljudska prava shvataju samo kao pozitivnopravni ili i kao prirodnopravni pojam, autor u radu ispituje opravdanost uloge sudijskog tumačenja u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava i sudijsko vrednovanje pravičnosti koje izlazi van granica pozitivnog prava.

Primenom dogmatsko-normativnog, istorijskog i komparativnog metoda, kao i analize i sinteze, autor u radu dolazi do zaključka da ljudska prava predstavljaju prirodna prava, da su kao takva regulisana i u međunarodnim pozitivnopravnim dokumentima, između ostalog, u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te da se, u skladu s tim, i njihova zaštita mora sprovoditi po prirodnopravnim principima. S obzirom na to, i Evropski sud za ljudska prava vodi se, i mora se voditi, istim prirodnopravnim principima prilikom zaštite ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom.

Ključne reči: *prirodna prava, ljudska prava, zaštita ljudskih prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava*

RAZVOJ TEORIJE PRIRODNOG PRAVA DO NASTANKA PRVIH POZITIVNOPRAVNIH DOKUMENATA O LJUDSKIM PRAVIMA

Kako bismo dokazali hipotezu da ljudska prava predstavljaju i prirodnopravni pojam, neophodno je da utvrdimo podudarnosti obeležja prirodnog prava

---

Doc. dr Jelena S. Milenković, savetnik u Državnom pravobranilaštvu, Odeljenje za zastupanje Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava. Stavovi izneti u radu predstavljaju isključivo lične stavove autora.

s obeležjima ljudskih prava iz konstitucionalnih i internacionalnih dokumenata koji ih regulišu. Pozitivnopravne odredbe o ljudskim pravima u ovim dokumentima trebalo bi da su nastale pod uticajem prirodnopravne teorije.

Razlikovanje prava koje stvara čovek i prirodnog prava potiče još od sofista, antičke grčke i rimske prirodnopravne misli i stoicizma, koji su svoje predstavnike imali u Hipiji, Platonu, Aristotelu, Sokratu, Seneki i Ciceronu. Navedena ideja je doživela vrhunac u čuvenoj Justinijanovoj kodifikaciji *Corpus iuris civilis*. Prema tvorcu kodifikacije, pravo ima božanski i apsolutni, nepromenljiv karakter, a cilj mu je dostizanje pravde.[1] Platon je slično govorio o pojmu prirodno ispravnog. Prirodno pravo je u skladu s onim što je prirodno ispravno. Ljudi, međusobno jednaki, ne stvaraju prirodno pravo, već im je ono podareno od prirode, kao kosmička božanska inteligencija.[2] Mogli bismo reći da je u pitanju božanski razum, kojeg srećemo kod Aristotela[3] i Cicerona. Za Cicerona se istinsko pravo i pravda nalaze u ispravnom razumu, koji mora biti u skladu s prirodom.[4] Primećuje se da nije reč o ljudskom razumu kojim je svaki čovek u stanju da prepozna prirodni zakon, već da se govori o božanskom razumu koji stvara prirodno pravo.

Dualizam između prirodnog i pozitivnog prava predstavlja centar jusnaturalizma. Naime, pozitivno pravo je, prema rečima Platona, samo način prinude da se čini i ono što nije u skladu s ljudskom prirodom. Prirodno pravo je jedino važeće. Prema Aristotelu, prirodno pravo važiće u svim okolnostima i vremenima, bez obzira na to šta pozitivno pravo propisuje. Ipak, Aristotel je smatrao da je granica među njima blaža. Samo je pitanje stepena u kome pozitivno pravo odražava prirodno, u zavisnosti od vremena i naroda u pitanju, a na taj način daje značaj društvenom poretku. Aristotel ne uzima za nevažno ono što pozitivno pravo propisuje, pošto je utemeljeno u prirodnom pravu. Rimljani će posebno ublažiti ovu granicu; za njih je "prirodno pravo jedan od oblika pozitivnog prava".[5]

Karakteristike prirodnog prava koje srećemo u njihovom prvom pozitivnopravnom oličenju kroz Justinijanovu kodifikaciju, podjednako nalazimo kod Platona, Aristotela i Cicerona. Za Platona, prirodno pravo je nepromenljivo, bez

---

[1] *Justinijanova Digesta*, knj. 1. Deo auctore, Službeni glasnik, Beograd, 1997.

[2] Platon, *Zakoni*, 631 c-d, BIGZ, Beograd, 1971.

[3] Aristotel, *Politika*, III, 1287 25–30, Globus, Zagreb, 1988, str. 112. "Tko dakle nalaže vladavinu zakona, čini se kako nalaže vladavinu samih boga i uma; tko pak nalaže da čovjek vlada, dodaje i zvijer. Jer želja je takva, i strast izopačuje vladatelje i najbolje muževe. Zbog toga je zakon um bez žudnje."

[4] Ciceron, *Zakoni*, I, X, 29; XII, 33, Plato, Beograd, 2002.

[5] Gordana Vukadinović, "Razvoj ideje prirodnog prava do Rusoa", str. 18–20, http://www.openmonographpress.visiomundi.net/index.php/publish/catalog/download/28/28/231-1, pristupljeno 13.12.2018.

obzira na promenjene okolnosti koje ljudi mogu da spoznaju.[6] Prema mišljenju Aristotela, prirodno pravo ima istu silu i uticaj u svim vremenima i na svakom mestu,[7] dok ga je Ciceron video kao pravo koje je jedinstveno, nepromenljivo i večno, i važi za sve narode; ljudima ga ni država ne može osporiti, jer to nije pravo koje je stvorila država, već je božanskog porekla.[8] Zbog toga se u prirodnopravnoj teoriji smatra da pravo koje nije ispravno, odnosno koje je protivurečno prirodnom pravu, nije važeće.[9]

Posebno važna za *Corpus iuris civilis* jeste veza između prirodnog prava i pravde. Sam zakonodavac je držao odredbe kodifikacije za usklađene s prirodnim pravom, a kao njihov cilj postavio je ostvarivanje pravde.[10] Ista ideja je osobena za pomenute antičke prirodnopravne teoretičare.[11]

Jasan sled od antičke prirodnopravne misli do doba njenog kodifikovanja potvrđuje se i u pravnoj teoriji. Prema D'Antrevu, lajtmotiv u teoriji prirodnog prava u pomenutom periodu jeste ideja postojanja razlike između idealnog društva koje se ogleda u prirodnom zakonu, i pravnih institucija koje postoje u stvarnosti jednog društva. Lajbnic zaključuje da polovinu rimskog prava čini čisto prirodno pravo.[12]

Sledeća faza u razvoju prirodnopravne misli našla je svoj izraz u etičkoj i pravnoj hrišćanskoj teološkoj filosofiji, a posebno se ističe u delima Svetog Ambrozija, Svetog Avgustina i Tome Akvinskog. U njihovoj prirodnopravnoj misli zakoni se dele na božanske (prirodne) i ljudske.[13] To ukazuje na božansko poreklo prirodnog prava, što se sreće i u antici. I za Tomu Akvinskog, poput Aristotela, ljudski zakon predstavlja konkretizaciju prirodnog prava. Samim tim, pozitivno pravo mora pratiti prirodno pravo. U suprotnom, oni na koje se zakon odnosi ne moraju ga poštovati.[14]

---

[6] Bradley Lewis, "Plato's Minos: The Political and Philosophical Context of the Problem of Natural Right", *The Review of Metaphysics*, Vol. 60, No. 1, 2006, str. 17–53.

[7] Michael Pakaluk, "Aristotle, Natural Law, and the Founders", u: *Natural Law, Natural Rights and American Constitutionalism*, The Witherspoon Institute, 2014, str. 1–5, http://www.nlnrac.org/classical/aristotle, pristupljeno 22.12.2018.

[8] Ciceron, *Država*, III, XXII, 33, Plato, Beograd, 2002.

[9] B. Lewis, "Plato's Minos: The Political and Philosophical Context of the Problem of Natural Right", str. 17–53; M. Pakaluk, "Aristotle, Natural Law, and the Founders", str. 1-5.

[10] *Justinijanova Digesta*, prva knjiga, Deoauctore.

[11] Platon, *Država*, Dereta, Beograd, 2005, str. 13; Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988, knjiga V, poglavlje 2, član 7; Ciceron, *Država*, Knjiga III, tačka 22, Plato, Beograd, 2002.

[12] Alexander Passerin D' Entreves, *Prirodno pravo*, Cid, Podgorica, 2001, str. 37.

[13] *Ibidem*, str. 41 i 42.

[14] G. Vukadinović, "Razvoj ideje prirodnog prava do Rusoa", str. 21.

Epiteti univerzalnosti, nepromenljivosti i apsolutnosti prirodnog prava koje se spoznaje razumom, nalaze se i u delima teoloških filosofa. Ljudima je Bog dao zakon, koji je večan, savršen i nepromenljiv. Ovaj večni zakon pomaže svakom biću da ostvari prirodnu sklonost ka savršenstvu, koja za ljude predstavlja dostizanje dobra. Ljudi svojom voljom odlučuju da ga primene. Ljudi ne stvaraju sopstvene zakone, već zahvaljujući razumu otkrivaju i primenjuju ovaj večni zakon. Prirodni zakon je Bog usadio u ljudski duh, pa ga čovek po svojoj prirodi, naravi i savesti može spoznati. Ali, kako je ljudski razum promenljiv i nesavršen, tako je i ljudski zakon promenljiv, za razliku od prirodnog.[15] Do toga da je zakon deo razuma dolazi se dedukcijom. Naime, pošto je "zadatak zakona da naređuje i zabranjuje, a čin zapovedanja je delo razuma, onda se zaključuje da je i zakon delo razuma".[16]

Mada su u teoriji primećena dva pravca teološkog jusnaturalizma, razlika među njima ne remeti suštinu, koja se može prepoznati i kod teoretičara iz ranijeg perioda. Naime, prema Bahofenu, prirodnopravna teorija imala je svoj pesimistički i optimistički pravac. Prema prvom, iskvarenost čoveka stvorila je državu. Stoga je prirodno pravo imalo veoma suženu ulogu, svedenu na to da izrazi stanje u uništenom čovečanstvu, uz manje ili veće zanemarivanje svetovnog. Međutim, ulaskom u srednji vek, ovakav rigidni stav, posebno karakterističan za Svetog Avgustina, značajno se menja. Počinje da se teži ostvarivanju božanskog carstva na ovom svetu, što se najbolje ilustruje u učenju Tome Akvinskog.[17] Krenulo se od potpunog odvajanja prirodnog i pozitivnog prava, da bi se ipak vratilo na kolosek potrebe za njihovim prožimanjem.

Ono što predstavlja značajan pomak u prirodnopravnoj teoriji u srednjem veku jeste način povezivanja prirodnog prava i razuma. Do tada se razum pominjao u kontekstu božanske inteligencije, tvorca prirodnog prava, što je rezultiralo razdvajanjem prirodnog i pozitivnog prava. Sada je most između njih ljudski razum, kojim se čovek služi da bi došao do osnovnih principa prirodnog prava. Time su, zapravo, postavljeni temelji racionalističke struje prirodnopravnog učenja, koju je prof. Perović, značajni savremeni teoretičar prirodnog prava na ovim prostorima, nazvao umnim prirodnim pravom.[18]

---

[15] Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, I–II, q. 91, 2, q. 97, 1, na http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.i.html, pristupljeno 13.11.2018.

[16] Toma Akvinski, *Izabrano delo*, O biti zakona, Globus, Zagreb, 1981, str. 224–225.

[17] Johan Jakob Bahofen, *Prirodno pravo i istorijsko pravo*, Dosije studio, Beograd, 2008, str. 11–12.

[18] Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, Beograd, 2009, str. 113.

U racionalističkom pravcu jusnaturalističke misli napravljen je još jedan korak napred. Odvajaju se pojmovi pravednog i nepravednog od božanske volje, kao posledica same prirode stvari. Ovakav iskorak iz teološkog učenja učvrstio je racionalističko učenje, a načinio ga je Hugo Grocijus u XVII veku: "akti [su] oni koji su zapoveđeni od Boga na neko činjenje ili nečinjenje. Međutim, akti bi bili zasnovani na pravu i nepravu, čak i ako pretpostavimo nešto što se ne može pretpostaviti bez krajnje bezbožnosti, naime, da nema Boga ili da on nema upliva u ljudskim stvarima".[19] Bez obzira na uvreženi stav u teoriji da je u citiranim rečima očigledno odvajanje od teološkog pravca, trebalo bi biti obazriv s tvrdnjom da se radi i o potpunoj sekularizaciji. Potrebno je imati u vidu Grocijusov stav da je čoveku dat razum kao sredstvo kojim bi spoznao božansko prirodno pravo, a da čovek ima slobodu izbora kako će taj razum koristiti.[20] S druge strane, uticaju božanske volje na prirodne zakone ne daje se naročiti značaj, osim kao inicijalnoj kapisli kod njihovog nastanka. Primećuje se tendencija da pravo postane nauka.[21]

Za Grocijusove sledbenike, poput Pufendorfa, mogli bismo reći da su izvršili potpunu sekularizaciju prirodnog prava. Prirodne zakone su smatrali toliko očiglednim, da je postojanje Boga bilo nepotrebno.[22]

Grocijus je smatrao da postoje dve vrste prava, prirodno pravo i pozitivno pravo (pravo volje). Prirodno pravo je doveo u vezu s pravdom. Pošto je pravda kao vrednost večna i nepromenljiva, takvo je i prirodno pravo. Zasnovano je na razumu, pa ga većina ljudi prihvata i potvrđuje kao očigledno. Iz prirodnog prava nastaje ljudsko pravo, izvlačenjem zaključaka iz principa prirode ili zajedničkom saglasnošću.[23]

Pošto nam je u radu namera da pokažemo da je pozitivno pravo ljudskih prava direktno nastalo iz teorije o prirodnom pravu, važno je istaći da se iz svega prethodno navedenog izvodi zaključak da svi pravci jusnaturalističke škole, pa i racionalistički pravac tog učenja, prave razliku između prirodnog i pozitivnog prava, daju primat prirodnom pravu, s kojim pozitivno pravo mora biti u skladu. Iako im se tvorac i načini ljudske percepcije razlikuju kroz istoriju (tvorac je Bog

[19] Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace*, Prologue, st. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

[20] *Ibidem,* st. 4.

[21] *Ibidem*, KnjigaI, Poglavlje I, tačka X. "Ni Bog ne može učiniti da dva i dva ne bude četiri, tako on ne može učiniti da ono što je suštinski zlo ne bude zlo". U Prologue, st. 39 kaže se da postoje neki osnovni pojmovi, principi zakona prirode, koji se ne mogu dovesti u pitanje i očigledni su, poput, recimo, kiše, koju možemo da osetimo čulima.

[22] A. P. D' Entreves, *Prirodno pravo*, str. 56, 57. i 75.

[23] H. Grotius, *On the Law of War and Peace*, Prologue, st. 12.

ili priroda sama po sebi, odnosno spoznaju se savešću ili razumom, logikom), univerzalnost, apsolutnost i vanvremenost prirodnog prava ostaju netaknute karakteristike. Svako pravo koje stvara čovek biće ispravno i pravedno jedino ako je u skladu s prirodnim pravom.

Kako je XVIII vek onaj u kome nastaju prvi dokumenti koji regulišu ljudska prava, tako će naša analiza karakteristika prirodnog prava biti zaključena s teoretičarima iz ovog perioda. Moderno prirodno pravno učenje imalo je svoju jasnu racionalističku odliku, kao nastavak svog istorijskog kretanja. Akvinskijevski individualizam utvrdio se i značajno razvio da bi se začela savremena ideja ljudskih prava.

Način na koji su teoretičari XVIII veka uspeli da inkorporišu prirodno pravo u državni okvir predstavlja teoriju društvenog ugovora, kao reakciju na apsolutizam monarhije u Evropi, s ciljem da se pojedinci sami po sebi i međusobno zaštite od nepravde. Ova ideja je nastavak jusnaturalističkog racionalističkog sekularnog razvoja i polazi od volje pojedinaca kao forme za uzajamno obavezivanje i njihovog prirodnog prava na političku organizaciju, kao sadržine tog ugovora.[24] Da bi postojala pravna i politička obaveza, društveni ugovor je bio *condicio sine qua non* za Hobsa, Loka i Rusoa. Ovi teoretičari pomeraju fokus s objektivnog na subjektivno značenje prirodnog prava, s prirodnih zakona na prirodna prava, prema Hobsu s *natural law* na *natural rights*, u terminološkom smislu. Za Loka je postojanje prirodnih prava bilo uslovljeno postojanjem prirodnih zakona. Pomenuti teoretičari zasnivaju svoj koncept prirodnog prava na prirodnom stanju čoveka i vrše veliki uticaj na nastanak univerzalnog sistema prava i teorije subjektivnih prava.[25]

Hobs je u *Levijatanu* napravio razliku između prirodnih zakona i prirodnog prava. Prva sintagma odnosi se na slobodu čoveka na određeno činjenje, a druga na obavezu da se nešto učini ili ne učini.[26] Ovaj teoretičar nastavlja tradiciju koja potiče još iz antike. Prirodno pravo, takođe, smatra nepromenljivim i večnim "ono što se njime zabranjuje, nikada ne može biti zakonito, a ono što naređuje, nikada nezakonito". Hobs definiše prirodno pravo racionalistički, kao diktat zdravog razuma, odnosno, korišćenje prirodnih sposobnosti čoveka u skladu sa zdravim razumom. Za razliku od opšteg dobra kao najveće vrednosti za antičke i srednjovekovne mislioce, Hobs najveću vrednost vidi u očuvanju života. U skladu je sa zdravim razumom svako ponašanje pojedinca da život sačuva i brani, ne

[24] A. P. D' Entreves, *Prirodno pravo*, str. 59–60.

[25] *Ibidem*, str. 61–65.

[26] Tomas Hobs, *Levijatan*, Deo I, Poglavlje 14, tačka 1–3, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.

samo svoj već i svih članova društva. Ovo nastojanje čoveka Hobs smatra prvim od prirodnih prava. Prirodno pravo čoveka jeste potraga za mirom, kao i poštovanje društvenog ugovora, bez koga bi postojala anarhija.[27]

Možemo zaključiti da je Hobs govorio o ljudskim pravima u modernom smislu te reči, među kojima je isticao pravo na život.

Džon Lok je okvirima prirodnog prava ograničio slobodu čoveka da postupa kako želi. Prirodno pravo je razum i ono obavezuje svakoga. Njegovo sprovođenje je u rukama svakog čoveka. Svako ima obavezu da poštuje tuđi život, zdravlje, slobodu i svojinu. Lok, kao teoretičar društvenog ugovora, smatra da u prirodnom stanju svaki čovek može uzeti pravdu u svoje ruke u slučaju da su ugrožene ove osnovne vrednosti, lično njegove ili tuđe. Ukoliko ljudi postignu saglasnost da formiraju zajednicu, izlaze iz tog prirodnog stanja, te će ova nadležnost preći na političko telo, koje većina izabere radi odlučivanja u ime ostalih.[28] Dakle, prirodno pravo obavezuje ljude da poštuju pravo na život, slobodu, svojinu i slično, kao i da njihovo kršenje samostalno sankcionišu. S druge strane, daje im i slobodnu volju da se udružuju u zajednicu i da političkom telu delegiraju svoja prirodom data prava. Zaključuje se da i pozitivno pravo proističe iz prirodnog prava, a da se njime štite ljudska prava u savremenom smislu reči.

Analizirajući Hobsovu i Lokovu teoriju prirodnog prava, Nojman ih vidi kao pesimističku i optimističku. Kod prve se ističu obezbeđivanje mira i stvaranje poretka u jednoj zajednici, koja ne uključuje obavezu poštovanja urođenih prava čoveka. Čovekova priroda je loša i teži da ulazi neprestano u sukob s drugima. Za razliku od ovog, Lokov optimistički pravac pridaje veći značaj prirodnom pravu čoveka, koje mora da poštuje i građansko društvo.[29]

Rusoovo mišljenje u ovom kontekstu zasniva se na stavu da zapravo društvo kvari čoveka. Čovek je u svom prirodnom stanju dobar. Kolektivno pravo nastaje tek u građanskom društvu, kada se prirodno pravo čoveka povezuje s pravima drugih članova zajednice.[30]

I Monteskje predstavlja teoretičara prirodnopravne škole, koji stavlja prirodne zakone ispred svih ostalih zakona.[31] Da bi društvo moglo da funkcioniše u skladu s prirodnim zakonima, potrebno je da ih svi poštuju. Problem se jav-

[27] Thomas Hobbes, *De Cive* (*The Citizen*), Part I, Of Liberty, I 7, II 1–2, III 1, III 29, u: Thomas Hobbes, *Man and Citizen*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1991.

[28] Džon Lok, *Dve rasprave o vladi*, Glava VIII, O početku političkih društava, Utopija, Beograd, 2002, str. 95. i 96.

[29] Franc Nojman, *Tipovi prirodnog prava*, Dosije studio, Beograd, 2013, str. 12.

[30] *Ibidem*, str. 13.

[31] Šarl de Monteskje, *O duhu zakona*, Knjiga I, Glave 2, 3, "Filip Višnjić", Beograd, 1989.

lja zbog ljudske nedoslednosti i stvaranja zabluda, koje čoveka onemogućavaju da poštuje kako nepromenljive zakone prirode, tako i zakone koje sam donosi. U tome Monteskje nalazi neophodnost postojanja pozitivnog prava, kako bi se građani privoleli na poštovanje svojih dužnosti. Zapravo se pozitivno pravo nalazi u službi prirodnog prava.[32]

Bez obzira na različitosti u mišljenjima iz antičke, teološke, tomističke, racionalističke ili racionalističko-apsolutističke teorije, svaki teoretičar je prirodna prava video kao ona koja poseduje svaki čovek i jednak je u tim pravima sa ostalim ljudima. Ljudski razum je ključan za spoznavanje prirodnog prava. Prirodno pravo postoji nezavisno od ljudi, ali ljudi imaju urođenu sposobnost da ga prepoznaju. Koristeći slobodnu volju, odnosno razum ili savest, ljudi prirodno pravo unose u pozitivne zakone. Bilo da ova prava čovek dobija od Boga ili prirode, ne dobija ih od države, te prirodna prava nisu isto što i pozitivna. Ona su šira, ali se mogu međusobno preklapati. Tada će pozitivno pravo biti važeće. U slučaju da pozitivno pravo nije u saglasnosti s prirodnim, biće nevažeće. Iz tog razloga pobuna može biti opravdana. Prirodno pravo je usko vezano za vrednosti, među kojima je u teoriji najistaknutija pravda kao cilj prava. Da bi se prirodna prava lakše štitila, ljudi se udružuju posredstvom društvenog ugovora. Na taj način zaštita prirodnih prava prelazi u nadležnost države.

Tokom istorijskog razvoja prirodnopravnog učenja, prirodno pravo ima univerzalni, večiti, nepromenljiv, apsolutni, objektivni i neotuđiv karakter, čiji je cilj dostizanje pravde, a ljudski razum ili savest predstavljaju sredstvo zahvaljujući kome se prirodno pravo spoznaje i unosi u pozitivno pravo.

NASTANAK PRVIH POZITIVNOPRAVNIH DOKUMENATA O LJUDSKIM PRAVIMA I NJIHOV DALJI ISTORIJSKI RAZVOJ

Analiza prvih dokumenata kojima su regulisana ljudska prava neophodna je kako bismo utvrdili da li su ljudska prava u ovim pozitivnopravnim aktima našla utemeljenja u analiziranoj prirodnopravnoj teoriji. Da bismo postigli taj cilj, potrebno je izvući ključne karakteristike ljudskih prava koje im daju prvenstveno konstitucionalni, a zatim i internacionalni pravni akti.

Kontroverzno je pitanje momenta proklamovanja ljudskih prava. Jedni teoretičari ovaj trenutak povezuju s XVIII vekom, dok drugi s daleko ranijim periodom. Međutim, argumentacija koja podržava stav da su prvi dokumenti koji regulišu ljudska prava nastali u XVIII veku, a ne i ranije, čini se prihvatljivijom. Naime, iako je još 1215. doneta Velika povelja o slobodama, čuvena *Magna car-*

[32] *Ibidem*, Glava 1.

ta libertatum, kao i kasnija engleska Povelja o pravima (*Bill of rights*) iz 1689, ne može se govoriti o dokumentima koji proklamuju prirodna prava čoveka kao takva, imajući u vidu to da se regulisana prava nisu odnosila na sve ljude, već su se njima samo potvrđivale privilegije određenih grupa podanika.[33] Slične povelje staleških prava pojavljivale su se u Mađarskoj, Poljskoj, Nemačkoj, Švedskoj, Portugaliji, kao i u Dušanovom zakoniku srednjovekovne Srbije.[34] Navedeno se odnosi i na većinu severnoameričkih povelja iz XVII i XVIII veka, poput Povelje Virdžinije iz 1606, jer regulišu samo prava Engleza, sve do uspostavljanja državnosti i oslobađanja od engleske vlasti.[35]

Glavni dokument koji je regulisao pitanje američke državnosti 1776. bila je Deklaracija o nezavisnosti, kojom su regulisana prava svih ljudi kao jednakih, usvajajući ideju prirodnog prava. U prvim redovima navedenog pravnog akta propisano je da su "ljudi stvoreni jednaki i da ih je njihov Tvorac obdario neotuđivim pravima, među koje spadaju život, sloboda i traženje sreće".[36] Državna vlast ne sme da narušava prirodna prava, jer od nje ne potiču. Ukoliko ih pak država krši, narod će imati pravo da takvu vlast zbaci. To bi značilo da, ukoliko pozitivno pravo države nije u skladu s ovim prirodnim pravima čoveka, narod takvo pozitivno pravo neće smatrati važećim i moći će da promeni vlast. Prava čoveka su detaljno obuhvaćena amandmanima na Ustav SAD iz 1787, koji je ratifikovan 1791, u Povelji o pravima.[37] Ne samo što se može primetiti da se u dokumentu slede ideje prirodnopravnih teoretičara XVIII veka, već se smatra da je Tomas Džeferson, kao najznačajnija figura u postupku izrade Deklaracije iz 1776, bio sledbenik Džona Loka.[38] Čak je i sam Džeferson izjavio da je Deklaracija pisana "po uzoru na dela Aristotela, Platona, Cicerona, Loka".[39]

---

[33] Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, Vladimir Đerić, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Dosije, Beograd, 1997, str. 34–36.

[34] Dragan M. Stojanović, *Osnovna prava čoveka: ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1989, str. 16.

[35] James Griffin, "On Human Rights", Oxford, 2008, str. 9–28, u: *Ljudska prava, preispitivanje ideje*, priredio Đorđe Pavićević, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 62.

[36] Deklaracija o nezavisnosti iz 1776. godine, http://ipt.fpn.bg.ac.rs/Materijal/Deklaracije/Deklaracija_nezavisnosti.pdf.

[37] Vladan Vasiljević, "Prava čoveka između politike i prava", *Prava čoveka, zbornik dokumenata* (ur. Vladan Vasiljević), Prometej, Beograd, 1991, str. 12–13.

[38] Mohammad Taki Dža'fari, *Univerzalna ljudska prava, proučavanje i komparacija islamskog i zapadnog pravnog sistema*, Fondacija "Mulla Sadra", Sarajevo, 2014, str. 26.

[39] Thomas Jefferson,"Writings, Letter to Henry Lee", May 8, 1825 (Library of America, New York, 1984), Jeffry H. Morrison, "John Witherspoon's Revolutionary Religion", u: *The Founders on*

Povelja o pravima SAD predstavlja kodifikaciju najvažnijih prirodnih i ljudskih prava, uz francusku Deklaraciju o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine. Potonju su predstavnici francuskog naroda proklamovali kao rezultat Francuske revolucije, koja je nesporno inspirisana filosofskim pravcem tog vremena. Ovaj dokument je sadržao odredbu po kojoj su prava čoveka i građanina prirodna, neotuđiva i nezastariva. Cilj svakog političkog udruživanja jeste zaštita ovih prava.[40] Donošenjem američke Povelje o pravima i francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina počinje ustavno normiranje osnovnih prava.

Iako se pojam ljudskih prava od kraja XVIII veka do danas nije suštinski izmenio, neosporan je njegov razvoj.[41] Usled brojnih političkih dešavanja na međunarodnom planu, nastao je novi koncept zaštite individualnih prava, oličen u internacionalizaciji ljudskih prava, kada je posle Drugog svetskog rata pojam ljudskih prava postao opšteprihvaćen.[42] Razlog za regulisanje ljudskih prava na međunarodnom nivou jeste najveće kršenje ljudskih prava u istoriji, učinjenog u Holokaustu, posle čega je usledio proces u Nirnbergu. U ovom procesu akcenat je stavljen na pravdu, ne na kažnjavanje, što je uticalo na napredak opštih pravnih pravila i zaštitu ljudskih prava. Nakon toga je 48 država usvojilo Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Univerzalna deklaracija), da bi se do danas taj broj četiri puta povećao, zbog čega je Univerzalna deklaracija najvažniji međunarodno-pravni dokument kojim se štite ljudska prava.[43] U Univerzalnoj deklaraciji dat je prvi celovitiji popis ljudskih prava, ali je detaljnije određen i njihov sadržaj. Svi ljudi su po prirodi slobodni i jednaki rođeni, ravnopravni u svakom pogledu, pa i u svojim pravima, koja se ne mogu otuđiti. Jedna od najvećih vrednosti koje se u ovoj deklaraciji ističu jeste pravda. Namera je da se ova univerzalna i neotuđiva ljudska prava zaštite pravnim poretkom. Ukoliko sistem u državi krši ljudska prava, odredbe Deklaracije ovlašćuju građane da se pobune protiv takvog sistema.[44] Uticaji ideje prirodnopravnih teoretičara mogu se i ovde primetiti, kao i nastavak uvođenja prirodnog prava u pozitivnopravne akte. Taj

God and Government (ed. Daniel L. Dreisbach, Mark David Hall, and Jeffry H. Morrison), Rowman and Littlefield Publishers, 2004, str. 145.

[40] Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Archon Books, USA, 1968, str. 89.

[41] J. Griffin, "On Human Rights", str. 63.

[42] Nihal Jayawickrama, *The Judical Application of Human Rights Law, national, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002, str. 24–25.

[43] Ministarstvo za ljudska i manjinska prava Srbije i Crne Gore, *Razumevanje ljudskih prava, priručnik o obrazovanju za ljudska prava*, Uvod, deo E, Beogradski centar za ljudska prava, 2005.

[44] Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, usvojena i proklamovana Rezolucijom Generalne skupštine UN 217 A(III) od 10. 12. 1948, Uvod, čl. 1. i 2, u: *Prava čoveka, zbornik dokumenata* (ur. Vladan Vasiljević), Prometej, Beograd, 1991.

proces je započet još Justinijanovom kodifikacijom, da bi se ideja o prirodnom pravu i univerzalnim, večnim i neotuđivim ljudskim pravima u modernom smislu pretočila iz pravnih dokumenata XVIII veka u Univerzalnu deklaraciju, dva veka kasnije.

Pošto je Univerzalna deklaracija akt bez pravne obaveznosti, donosi se Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kao i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. Ovim dokumentima su se države ugovornice, poštujući načelo *pacta sunt servanda*, obavezale na obezbeđenje pobrojanih prava, te paktovi sadrže i procesne mehanizme međunarodnog nadzora.[45]

Težnja za internacionalizacijom ljudskih prava često je nailazila na otpor države. Država se pozivala na sopstveni suverenitet kao protivargument, kakav je bio slučaj i s međunarodnim sudskim postupkom u univerzalnim razmerama. Navedeni neuspeh u svetskim okvirima bio je uspeh u regionalnim područjima, bliskim po ideološkim, političkim, istorijskim i ostalim karakteristikama, i to na područjima Evrope, Amerike i Afrike. Među ovim dokumentima nalazi se i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencije; Konvencija), kojom je konstituisan i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud), radi zaštite ljudskih prava garantovanih Konvencijom.[46] Evropska konvencija reguliše ljudska prava sa karakteristikama po ugledu na Univerzalnu deklaraciju.[47]

Analizirajući prve dokumente koji regulišu ljudska prava od XVIII veka pa do danas, od njihove konstitucionalizacije do internacionalizacije, može se primetiti da su osobine ljudskih prava u njima iste. S obzirom na to da ljudska prava pripadaju svim ljudima, ona se izdvajaju po svom univerzalnom karakteru. Ljudi ih stiču rođenjem, te su ona urođena. Kako ih država nije dala, tako ih ne može ni uzeti; ljudska prava su neotuđiva. Država ima obavezu da ih zaštiti po kriterijumima jednakosti i zabrane diskriminacije po bilo kom osnovu. Cilj njihovog regulisanja jeste zaštita slobode, pravde i mira. Stoga se zaključuje da se najvećim univerzalnim vrednostima smatraju očuvanje opstanka pojedinca i društva, kao opšteg dobra, kao i očuvanje pravde, kao moralne vrednosti.

---

[45] Slobodan Milenković, *Međunarodni nadzor nad primenom paktova o pravima čoveka*, Prosvetni pregled, Beograd, 1984, str. 6–8.

[46] *Ibidem*, str. 44.

[47] Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Službeni list SCG – Međunarodni ugovori", br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr., i "Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", broj 12/10.

Ako uzmemo u obzir karakteristike prirodnih prava do kojih smo došli analizom prirodnopravne teorije i ljudskih prava iz prvih konstitucionalnih i internacionalnih dokumenata, primetićemo da se između njih može staviti znak jednakosti, kao i deriviranje potonjih iz prvih. Time se i potvrđuje hipoteza postavljena na samom početku, da bi ljudska prava trebalo posmatrati i kao prirodnopravni pojam.

PRIRODNOPRAVNI KONCEPT ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

Utvrdili smo da ljudska prava predstavljaju prirodnopravni pojam i da su kao takva regulisana u međunarodnopravnim dokumentima, pored ostalih i Evropskom konvencijom. Stoga se i pred Evropskim sudom, uspostavljenim Konvencijom, štite prirodna ljudska prava. Postavlja se pitanje da li i praksa Suda govori u prilog ovoj tvrdnji. Da bismo došli do odgovora na ovo pitanje, neophodno je detaljno analizirati kazuistiku Suda i utvrditi da li je Sud prilikom odlučivanja u pojedinačnim slučajevima poštovao principe škole prirodnog prava.

Kodifikovanje svih prirodnih ljudskih prava nije moguće, odnosno spisak ljudskih prava uvek je otvoren za dodavanje novih. Na spisku su samo ona ljudska prava koja je čovek do sada spoznao kao takva. U prilog tome govori i širenje kataloga ljudskih prava tokom vremena. Imajući to u vidu, kao i to da se ključna tačka prirodnopravne teorije nalazi u stavu da prirodno pravo postoji (i) van pozitivnog prava, značaj uloge Evropskog suda još je veći. Stoga bi, osim obezbeđivanja poštovanja prava izričito garantovanih u samom tekstu Konvencije, uloga Suda bila i stvaranje novih prava, koja Konvencijom nisu izričito propisana. Ovakva uloga Suda može se primetiti u njegovoj dosadašnjoj praksi, a kao primer se može navesti pravo na pristup sudu, kao novo pravo, koje je Sud uvrstio u konvencijske garancije, iako ono nije regulisano pozitivnim pravom, odnosno izričito u samom tekstu Konvencije. Jasno je postupanje Suda u skladu sa jednim od ključnih principa prirodnopravne škole.

Prirodnopravni teoretičari ističu i da je neophodno da pozitivno pravo bude u skladu s prirodnim pravom. Ukoliko to nije slučaj, prioritet će imati prirodno pravo nad pozitivnim. Stoga, ako se pozitivnopravnom konvencijskom odredbom ne uspeva pravično zaštititi neko ljudsko pravo pojedinca koji se obratio Evropskom sudu tim povodom, Sud će moći da se kreće ne samo izvan propisanih pozitivnopravnih konvencijskih garancija već i nasuprot njima, da bi zaštitio ljudsko pravo koje pojedincu prirodno pripada. Primer poštovanja ovog prirodnopravnog principa u praksi Suda primetićemo u slučaju kada je postupao u suprotnosti s garancijom iz člana 6. stav 1. Konvencije "da svaka presuda mora biti objavljena".

Radi ostvarivanja pravičnosti suđenja, Sud je dozvolio izuzetke od ovog pravila, iako ih sama Konvencija ne propisuje. Kada Sud konstatuje da nužnost objavljivanja domaćih sudskih odluka posmatra i ocenjuje u svetlu posebnih karakteristika postupka i pozivanjem na cilj i svrhu člana 6. stav 1. Konvencije[48], zaključuje se da se ovo pravo ipak može ograničiti usled postojanja tih posebnih karakteristika postupka i ako su cilj i svrha Konvencije dovedeni u pitanje objavljivanjem sudske odluke. Prethodnu konstataciju potvrđuje odluka Suda da nema povrede Konvencije iako je domaća sudska odluka o prebivalištu deteta ostala neobjavljena, jer bi objavljivanje ove odluke ugrozilo privatnost deteta.[49] Dakle, radi ostvarivanja pravičnosti postupka, može se odlučivati i suprotno od onoga što je izričito propisano pozitivnim pravom.

Navedena postupanja Sud je obrazlagao ostvarivanjem "cilja i svrhe Konvencije". Sud navedenu sintagmu koristi često u svojim obrazloženjima, ali ne daje konkretnije pojašnjenje njenog značenja, zbog čega ona ostaje u velikoj meri neodređena. Time se otvara dilema. S jedne strane, upravo zbog ostvarivanja "cilja i svrhe Konvencije" potrebno je potražiti značenje koje su države potpisnice Konvencije želele da daju pojmu garancije koja se ispituje. Ovakav stav je svojstven svakom sporazumu, kod koga se prilikom tumačenja njegovih odredaba traži volja ugovornih strana. To bi, u konkretnom slučaju, moglo biti značenje koje se nalazi u svakom pojedinačnom nacionalnom pravnom sistemu, odnosno sastoji se u nalaženju zajedničkih karakteristika koje ih povezuju. Dakle, konkretna sintagma ni u kom slučaju ne bi mogla da bude tumačena kroz značenje koje je nezavisno od značenja koje nacionalni pravni sistemi daju konkretnom pojmu. Pomenuti stav mogao se primetiti i u izdvojenom mišljenju sudije Matschera u presudi *König v. Germany.*[50] S druge strane, država je u okvirima svojih granica nadmoćna nad svojim građanima i slobodna u izboru načina na koji će izgraditi pravni sistem. Kako Evropska konvencija štiti prava i interese pojedinaca, tako se volja država potpisnica može naći baš u toj činjenici da potpisivanjem Konvencije države potpisnice zapravo štite svoje građane od sebe same. Preuzimanjem obaveze poštovanja konvencijskih odredaba, države pružaju mogućnost svojim građanima da ih pred Evropskim sudom tuže i potraže zaštitu ljudskih prava koja im je sama država povredila. Zbog toga Sud pri odlučivanju u cilju postizanja cilja i svrhe Konvencije ne bi trebalo prvenstveno da ima u vidu način regulisanja određenog pitanja u nacionalnim zakonodavstvima, već često i uprkos tome, jer su same države potpisnice kao cilj i svhu Konvencije videle ostvarivanje i zaštitu prava van

[48] *B. and P. v. The United Kingdom*, 36337/97, 35974/97, stav 45, od 24.4.2001.

[49] *Ibidem*, stav 46, 24.4.2001.

[50] *König v. Germany,* 6232/73, izdvojeno mišljenje sudije Matschera, od 28.6.1978.

pozitivnog nacionalnog prava. Upravo i sam Sud ističe autonomnost prava garantovanih Konvencijom, dajući garancijama iz Konvencije značenje koje je nezavisno od onog koje imaju u nacionalnim pravnim sistemima.

Iz kazuistike Suda prumećuje se da "u interesu pravne sigurnosti, predvidivosi i jednakosti pred pravom", Sud obično ne odstupa od svoje ranije ustanovljene prakse, koju sam naziva precedentima, osim kada smatra da postoje "dobri razlozi" da primeni evolutivno tumačenje Konvencije.[51] Na taj način Sud je stvorio precedentno pravo[52], ali sa neobavezujućim precedentima[53]. Analizom prakse Suda mogla bi se konstatovati izvesna nedoslednost, a da nije u pitanju evolutiv no tumačenje Konvencije. Naime, u presudi *König v. Germany*, Sud je pomenuo da će, ostvarujući svoju nadzornu ulogu nad primenom Konvencije, uzeti u obzir i pravne sisteme drugih država potpisnica Konvencije, pored cilja i svrhe Konvencije.[54] Međutim, u samom obrazloženju ove presude ne može se primetiti da se u argumentaciji pominju pravni sistemi drugih država koje su potpisale Konvenciju, što bi bilo neophodno za potkrepljivanje ovakvog stava Suda. U drugom slučaju *Feldbrugge v. the Netherlands*, Sud je takvo objašnjenje dao.[55] Stav Suda da bi trebalo uzeti u obzir i nacionalne pravne sisteme drugih država potpisnica Konvencije, pored cilja i svrhe Konvencije, smatramo kontradiktornim. Pokazali smo jasno da, prilikom potpisivanja Konvencije, države nisu imale volju da se konvencijske garancije regulišu u skladu sa nacionalnim pravnim sistemom, pošto je svrha potpisivanja Konvencije, pored usklađivanja pravnih sistema s Konvencijom, i u zaštiti od kršenja ljudskih prava pojedinaca od strane same države i njenog aparata.

Imajući sve ovo u vidu, smatramo da je neophodno da Sud u svojoj praksi zauzme jasan stav šta tačno podrazumeva pod "ciljem i svrhom Konvencije". U suprotnom bi pravna sigurnost mogla biti ugrožena, ali i sama pravičnost, zbog moguće arbitrarnosti i odlučivanja koje se ne vodi jasnim principima. S druge strane, zauzimanje jasnog stava u vezi sa značenjem sintagme "cilj i svrha Konvencije" potrebno je da bi se potvrdio prirodnopravni izvor Konvencije, kao dokumenta "čiji je cilj da obezbedi opšte i delotvorno priznanje i poštovanje prava proklamovanih Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima"[56], a to su "uni-

[51] *Vilho Eskelinen and Others v. Finland,* 63235/00, stav 56, od 19.4.2007.

[52] Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava,* Službeni glasnik, Beograd 2012, str. 91.

[53] Alastair Mowbray, "An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case-law", *Human Rights Law Review,* Vol. 9, Issue 2, 2009, str. 179–201.

[54] *Ibidem*, st. 89.

[55] *Feldbrugge v. the Netherlands*, 8562/79, stav 29, od 29. 5.1986.

[56] Preambula Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

verzalna, jednaka i neotuđiva"[57], odnosno prirodna prava. Ukoliko bi Sud i izričito potvrdio zauzimanje prirodnopravnog pravca u svom odlučivanju, učvrstio bi se značaj zaštite prava pojedinca u odnosu na volju države. Takođe, bilo kakva politizacija odluka Suda bila bi onemogućena ukoliko ne bi postojala nikakva dilema u vezi sa značenjem pojma "cilj i svrha Konvencije", s obzirom na to da se u praksi Suda mogu naći i odluke, za koje neki teoretičari smatraju da "ulaze na teritoriju političkog odlučivanja".[58] Sud bi navedenu sintagmu trebalo izričito da definiše kao zaštitu prirodnih ljudskih prava. Pokazali smo da bi ovakav stav ima jasno i nesporno pravnoteorijsko opravdanje.

JELENA S. MILENKOVIĆ, Ph.D.,
Legal adviser at the State Attorney's Office
The Agency Sector before the European Court
of Human Rights

NATURAL LAW IN THE FOUNDATIONS OF THE LEGAL ACTS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Depending on whether human rights are understood only as a positive or also as a natural law term, in the paper the authorexamines the justification of the role of judicial interpretation in proceedings before the European Court of Human Rights and the judicial evaluation of fairness beyond the boundaries of positive law.

Applying dogmatic, normative, historical and comparative methods, as well as analysis and synthesis, the author concludes that human rights should be seen in the context of natural law, that they are regulated as such in the positive international legal documents, among others in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and that, accordingly, their protection must be governed by the principles of natural law.Giventhe above, the European Court of Human Rights is guided by and must be guided by the same natural law principles when protecting human rights guaranteed in the European Convention.

Key words: natural law, human rights, protection of human rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights

---

[57] Preambula Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

[58] Kanstantsin Dzehtsiarou, *Is the European Court of Human Rights capable of changing legal systems? Judgment in Aliyev v. Azerbaijan*, https://strasbourgobservers.com/2018/10/25/is-the-european-court-of-human-rights-capable-of-changing-legal-systems-judgment-in-aliyev-v-azerbaijan/, pristupljeno 20. 5. 2019.

ANA ZDRAVKOVIĆ

PRAVO NA ŽIVOT SAGLEDANO KROZ PRIZMU APSOLUTNIH LJUDSKIH PRAVA

Podela na apsolutna i relativna ljudska prava prisutna je ne samo u teoriji već i u praksi međunarodnih sudova koji vrše nadzor nad poštovanjem različitih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima. Nedostaje, međutim, detaljnija analiza pojma apsolutnih ljudskih prava, kao i opšteprihvaćena lista prava koja se mogu svrstati u ovu kategoriju. Nakon rasprave o najprikladnijoj definiciji ovog pojma, autor ispituje da li se pravo na život može kvalifikovati kao apsolutno ljudsko pravo, odnosno da li su inherentna ograničenja svojstvena pravu na život prepreka takvoj kvalifikaciji. Postojanje i primena smrtne kazne u pojedinim državama ugovornicama međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava vodi zaključku da je pravo na život apsolutno zaštićeno samo u sistemu Saveta Evrope, čije su je članice potpuno napustile, dok se prema ostalim ugovorima i praksi njihovih nadzornih mehanizama, apsolutno zaštićenim mogu smatrati samo pojedini aspekti prava na život.

Ključne reči: *apsolutna ljudska prava, pravo na život, međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Američka konvencija o ljudskim pravima*

ŠTA SU APSOLUTNA LJUDSKA PRAVA

Mnogi međunarodni ugovori o ljudskim pravima dopuštaju opozivanje, derogaciju ljudskih prava, koja se mogu preduzeti u izuzetnim okolnostima javne opasnosti i podrazumevaju da se određena ljudska prava privremeno mogu suspendovati, odnosno staviti van snage.[1]

Ana Zdravković, studentkinja doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[1] Član 4. Pakta o građanskim i političkim pravima (UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, UNTS vol. 999, p. 171), član 15. Evropske konvencije o ljudskim pravima (Council of Europe, *European Convention for the Protection of*

Osim derogacije, ograničenja ljudskih prava postoje i u vidu inherentnih (ugrađenih) ograničenja, koja su precizno nabrojana i definisana odstupanja od određenog ljudskog prava ili slobode, odnosno slučajevi koji se neće smatrati povredom tog prava.[2]

Naposletku, teorija ljudskih prava prepoznala je i fakultativna ograničenja ljudskih prava, prema kojima je država uvek ovlašćena da u skladu sa zakonom, po različitim osnovama i u opštem društvenom interesu, ograniči uživanje pojedinih prava i sloboda.[3] Za njih je karakterističan test proporcionalnosti, jer država, a kasnije i sud prilikom provere opravdanosti ograničenja, balansira između individualnog interesa, ljudskog prava i nekog kolektivnog interesa u konkretnom slučaju.

Razumevanje različitih oblika ograničenja važno je za raspravu o apsolutnim ljudskim pravima. Naime, svi međunarodni ugovori koji dopuštaju derogaciju ljudskih prava istovremeno navode i prava koja se nikada ne mogu staviti van snage.[4] Otuda inspiracija doktrini da prepozna poseban značaj ne-derogativnih prava i opiše ih kao apsolutna[5], neprikosnovena[6], čak i osnovna (fundamentalna)[7] prava. Međutim, ne postoji opšteprihvaćena definicija pojma apsolutnih ljudskih prava.

Human Rights and Fundamental Freedoms, asamended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5) i član 27. Američke konvencije o ljudskim pravima (Organization of American States, *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica*, 22 November 1969). Jedino Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda ne sadrži klauzulu o derogaciji (Organization of African Unity, *African Charteron Human and Peoples' Rights ("BanjulCharter")*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58).

[2] Tipičan primer je član 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji garantuje slobodu i bezbednost ličnosti, ali istovremeno predviđa u kojim slučajevima se, u skladu sa zakonom propisanim postupkom, lice može lišiti slobode.

[3] Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 69.

[4] S obzirom da Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda ne sadrži klauzulu o derogaciji, one neće biti predmet analize u ovom radu.

[5] *Ibidem*, str. 66; Šabas kroz ceo Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima deli prava na apsolutna i ona koja to nisu, William Anthony Shabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

[6] Dragoljub Popović, Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić i dr., *Komentar Konvencije za zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, str. 378.

[7] Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 128.

Prema jednoj grupi autora, apsolutna prava se ne mogu ograničiti ni suspendovati, bez obzira na vrstu vanrednih okolnosti u kojima se država zatekla.[8] To bi bila ekstenzivna definicija, po kojoj se radi o pravima koja ne samo da se ne mogu derogirati tokom rata ili druge javne opasnosti već ni tokom redovnih okolnosti ne mogu trpeti bilo kakva ograničenja.[9]

Drugi smatraju da se radi samo o pravima čiji opoziv nije moguć ni pod kakvim okolnostima[10], te se restriktivno fokusiraju na podelu prema kriterijumu da li je derogacija moguća ili nije.[11] Među ovim autorima vlada stanovište da je nederogativni karakter prava toliko važan da normi daje poseban kvalitet, pa pojedini čak i tvrde da bi svaka dodatna kvalifikacija norme kao kogentne norme međunarodnog prava, bila izlišna i nepotrebna[12].

Suprotno stanovište zastupaju oni koji apsolutna prava određuju kao prava kod kojih nije moguće primeniti test proporcionalnosti, odnosno prava koja se ne mogu ograničiti, bez obzira na mogućnost ili nemogućnost njihove derogacije.[13]

Ipak, ne-derogativni karakter prava ne bi trebalo potceniti. Kao što je već objašnjeno, derogacija je krajnja mera, dozvoljena samo izuzetno, u vanrednim okolnostima, i podvrgnuta je različitim oblicima nacionalne i međunarodne kontrole, kao i mnogim proceduralnim zahtevima u vidu obaveznih obaveštenja, proglašenja i vremenskih ograničenja.[14] Dakle, i pored krajnje izuzetnosti ove mere, ona se nikada ne može primeniti na određena prava, zbog čega je malo argume-

---

[8] Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, str. 295; M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, str. 66.

[9] Cornelis Kees Wouters, "International Refugee and Human Rights Law: Partners in Ensuring International Protection and Asylum", *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (eds. ScottSheeran, Sir Nigel Rodley), Routledge, 2013, str. 234–235.

[10] David Dyzenhaus, "States of Emergency", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. Michel Rosenfeld, Andras Press), Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 444–445.

[11] V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, str. 128.

[12] Harmen van der Wilt, "On the Hierarchy between Extradition and Human Rights", *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (eds. Erika De Wet, Jure Vidmar), Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 154

[13] Yutaka Arai-Takanashi, "Proportionality", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, Oxford, 2013, str. 10. Posebno mesto među njima zauzima profesor Šainin, koji smatra da ne-derogativni karakter prava ne znači da su ona hijerarhijski iznad drugih, te koncipira posebnu teoriju o jezgru, suštini ljudskih prava koja su apsolutno zaštićena, MartinScheinin, "Core Rightsand Obligations", *The Oxford Hand book of International Human Rights Law* (ed. D. Sheldon), 2013, str. 2–7.

[14] D. Popović, V. Beširević, S. Carić, M. Draškić i dr, str. 377. Proceduralne obaveze država, iako imaju isti cilj i suštinu, razlikuju se u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima.

nata protiv stava da je ne-derogativnost suštinska karakteristika apsolutnih prava. Teško se može braniti i teza da kod ovih prava ima mesta primeni testa proporcionalnosti, ne samo usled njihovog očiglednog značaja, već pre svega zbog činjenice da nisu fakultativno ograničena u međunarodnim ugovorima.[15] Ostaje sporno da li se prava koja sadrže inherentna ograničenja mogu nazvati apsolutnim. Pitanje je od posebne važnosti imajući u vidu da je jedno od ne-derogativnih prava u koja su ugrađena ograničenja, pravo na život.

PRAVO NA ŽIVOT KAO APSOLUTNO LJUDSKO PRAVO U DOKTRINI

Pravo na život opisano je kao osnovno pravo, bez čije zaštite se ne mogu ostvarivati druga prava, jer su uslovljena postojanjem života[16], kao najfundamentalnije pravo[17], glavno ljudsko pravo[18], pravo koje je deo jezgra, suštine ljudskih prava[19], čak i imperativna, kogentna norma međunarodnog prava[20]. Za pristalice prirodnopravne škole pravo na život se pretpostavlja i ne zavisi od posebne zaštite pozitivnog prava.[21] Stoga, mnogi autori kvalifikuju pravo na život kao apsolutno ljudsko pravo.[22]

Međutim, nisu malobrojni ni oni koji smatraju da apsolutni karakter uživa samo zabrana samovoljnog i arbitrarnog lišenja života[23] ili mu čak u potpunosti

[15] Izuzetak predstavlja sloboda ispoljavanja veroispovesti ili ubeđenja, koja se prema članu 18. stav 3. Pakta o građanskim i političkim pravima i članu 12. stav 3. Američke konvencije o ljudskim pravima mogu podvrći fakultativnim ograničenjima, zbog čega se može tvrditi da ovaj aspekt slobode ne uživa apsolutnu zaštitu.

[16] M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, str. 128.

[17] Arthur Delafield Smith, *The Right to Life*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1955.

[18] Bertrand G. Ramcharan (ed.), *The Right to Life in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, str. 18–19.

[19] Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, *Legality of the Threat or Useof Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, str. 506.

[20] A. Redelbach, "Protection of the Tight to Life of Law and by Other Means", *The Right to Life in International Law* (ed. B. G. Ramcharan), Martinus Nijh off Publishers, Dordrecht, 1985, str. 182.

[21] V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, str. 142.

[22] C. K. Wouters, str. 235; Hugo Bedau, "The Right to Life", *The Monist*, 1968, str. 553. U kontekstu Evropske konvencije o ljudskim pravima, v. Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Beograd, 2016, str. 116.

[23] M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, str. 128; V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, str. 142.

odriču apsolutni karakter[24], jer je u nekim situacijama lišenje života dozvoljeno, poput smrtne kazne, lišenja života od strane pripadnika državnih službi obezbeđenja ili tokom ratnih sukoba.

Tu je, dakle, implicitna nedoslednost koja prati dilemu kako neko pravo, koje je i samom definicijom ograničeno, može biti apsolutno pravo. Jedno od teorijskih objašnjenja je da nije život apsolutno zaštićen, već je to*pravo* na život.[25] S obzirom da je njegova sadržina kompleksna, te podrazumeva negativan i pozitivan aspekt, kao i određene izuzetke, jasno je da iz njega ne proizlazi da je život nepovrediv u svim okolnostima.

Pravo na život podrazumeva negativnu obavezu države da se uzdrži od lišenja života i pozitivnu obavezu da preduzme sve razumne mere kako bi zaštitila pravo na život pojedincima u svojoj nadležnosti, ne samo od povreda koje dolaze od države i njenih službenika, već i od privatnih lica.[26] Takođe, važna je i obaveza države da, u slučajevima lišenja života, sprovede efikasnu i delotvornu istragu, kako bi rasvetlila konkretan događaj i kaznila izvršioce.[27] Ova obaveza države postoji i u situacijama u kojima nije došlo do namernog i neposrednog lišenja života, već povrede koja za posledicu ima prevremeni gubitak života ili samo ugrožavanje života.[28] Sprovođenje efikasne i delotvorne istrage od posebne važnosti je u slučajevima koji se odnose na prinudne nestanke, odnosno lica lišena slobode od strane države, koja su nakon toga nestala ili su pronađena mrtva.[29] Naposlet-

[24] Rhona K. M. Smith, "The Right to Life", *Text book on International Human Rights* (ed. Rhona K. M. Smith), Oxford University Press, Oxford, 2014, str. 223; D. Popović, V. Beširević, S. Carić, M. Draškić i dr, str. 48.

[25] B. G. Ramcharan, str. 2.

[26] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, CCPR/C/GC/36, 30 October 2018, para. 7; I. Krstić, T. Marinković, str. 116.

[27] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, paras. 27–28; ECtHR, *Skendžić and Krznarić v. Croatia*, App. No. 16212/08, Judgment of 20 January 2011, para. 77.

[28] Radi se o slučajevima iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, kada je, na primer, lice prevremeno izgubilo život usled infekcije HIV virusom tokom transfuzije krvi, ECtHR, X v. France, App. No. 18020/91, Judgment of 31 March 1992, para. 47; kada je smrt nastupila kao posledica teških telesnih povreda, ECtHR, Velikova v. Bulgaria, App. No. 41488/98, Judgment of 18 May 2000, para. 83; ili kada je izloženost radioaktivnom zračenju izazvala leukemiju, ECtHR, L.C.B. v. the United Kingdom, App. No. 23413/94, Judgment of 09 June 1998, para. 36.

[29] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, para. 58; IACHR, *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Judgment of 29 July 1998, paras. 174, 177;

ku, pravo na život štiti pojedince i od proterivanja ili ekstradicije u zemlju u kojoj im preti ozbiljna opasnost od povrede prava na život.[30]

Države ugovornice međunarodnih ugovora koji zabranjuju derogaciju prava na život uvek moraju poštovati navedene obaveze, bez obzira da li se radi o redovnim ili vanrednim okolnostima. Ipak, za odgovor na pitanje da li se pravo na život može smatrati apsolutno zaštićenim ili su to samo neki njegovi aspekti, potrebno je analizirati svaki relevantni međunarodni ugovor o ljudskim pravima, kao i praksu njihovih nadzornih mehanizama.

PRAVO NA ŽIVOT KAO APSOLUTNO LJUDSKO PRAVO U UNIVERZALNOM SISTEMU ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Pravo na život je zajemčeno članom 6. Pakta o građanskim i političkim pravima, dok je članom 4. stav 2. Pakta zabranjena njegova derogacija. Komitet za ljudska prava je u Opštem komentaru broj 6. istakao da je pravo na život vrhovno pravo, ne-derogativnog karaktera i da ga ne bi trebalo restriktivno tumačiti[31], dok ga je u Opštem komentaru broj. 14 okarakterisao kao osnovu svih ljudskih prava[32]. Navedeno je potvrdio i u najnovijem Opštem komentaru broj. 36 iz 2018. godine, uz dodatak da je pravo na život od suštinske važnosti kako za pojedinca, tako i za društvo u celini.[33] Istakao je da se radi o pravu koje je inherentno svakom ljudskom biću, čija delotvorna zaštita predstavlja preduslov za uživanje svih ostalih ljudskih prava.[34] Međutim, Komitet za ljudska prava je u ovom komentaru izričito priznao da pravo na život nije apsolutno.[35] Mada Pakt ne navodi dopuštene osnove za lišenje života, činjenica da član 6. zabranjuje arbitrarno lišenje života implicitno ukazuje na to da postoje situacije u kojima ono nije arbitrarno.[36]

---

[30] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, para. 30; UN Human Rights Committee, *Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, 11 November 1993, para. 13.1–13.2; I. Krstić, T. Marinković, str. 116.

[31] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 6: The Right to Life (Article 6)*, 30 April 1982, para. 1.

[32] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 14: Article 6 (The Right to Life)*, 1984, para. 1.

[33] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, CCPR/C/GC/36, 30 October 2018, para. 2.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*, para. 10.

[36] *Ibidem*.

Takvi izuzetni slučajevi moraju biti predviđeni zakonom i praćeni efektivnim institucionalnim merama zaštite koje bi sprečile da lišenje života pređe u sferu arbitrarnosti.[37] Primer situacije u kojoj član 6. ne bi bio povređen je samoodbrana, odnosno odbrana drugog od napada koji ugrožava život.[38] Upotreba smrtonosne sile od strane državnih službenika, u cilju sprovođenja zakona, mora biti izuzetna mera kojoj se pribegava samo kada je to neophodno radi zaštite života ili sprečavanja ozbiljne povrede od neposredne opasnosti.[39] Međutim, prema stavu Komiteta, ta se mera ne može koristiti u cilju sprečavanja bekstva pritvorenika ili osuđenika koji ne predstavljaju ozbiljnu i neposrednu pretnju po život ili fizički integritet drugih ljudi.[40] Po ovom pitanju je, dakle, Komitet otišao dalje u zaštiti prava na život od teksta Evropske konvencije, s obzirom da njen član 2. stav 1. tačka 2) predviđa da se lišenje života koje proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno neophodna da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode, neće smatrati protivnim ovom članu. Ipak, Evropski sud za ljudska prava je u praksi precizirao ovaj izuzetak tako da zahteva da osoba čije se bekstvo sprečava ili hapšenje pokušava mora predstavljati opasnost po život ili fizički integritet drugih, a u obzir će se uzeti i da li je krivično delo, koje joj se stavlja na teret, delo sa elementima nasilja.[41] Ovako usko tumačenje osnovnog teksta Konvencije vodi zaključku da su i Evropski sud i Komitet saglasni u stavu da država mora biti sposobna da primeni druge, blaže mere kako bi sprečila bekstvo ili, ako do njega i dođe, da pronađe alternativni način za rešenje problema, a ne da se opredeli za upotrebu smrtonosne sile.

U svakom slučaju, prema stavu Komiteta, namerno lišenje života može biti izuzetno dopušteno samo ako je neophodno kako bi se zaštitio život od neposredne opasnosti.[42]

---

[37] *Ibidem*, para. 10.

[38] *Ibidem*, para. 12. Upotrebljena sila mora biti neophodna u kontekstu opasnosti od koje se brani, mora biti poslednje sredstvo, jer su alternativna, blaža sredstva iscrpljena ili nisu adekvatna konkretnoj situaciji, mora biti proporcionalna opasnosti, usmerena isključivo na napadača, dok opasnost mora biti takva da može voditi neposrednoj smrti ili ozbiljnoj povredi.

[39] *Ibidem*.

[40] *Ibidem*.

[41] ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. Nos. 43577/98, 43579/98, Judgment of 6 July 2005, para. 107.

[42] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 36 on Article of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, para. 12. Od država se očekuje da preduzmu sve potrebne mere za sprečavanje arbitrarnog lišenja života od strane njihovih službenika, poput zakonske regulative, obaveznog izveštavanja, istraga i snabdevanja snaga bezbednosti efektivnom, ali manje smrtonosnom opremom, *ibidem*, para. 13.

Jedini izričit izuzetak od prava na život koji propisuje Pakt je smrtna kazna iz člana 6. stav 2. čija je primena ograničena samo na države koje je još nisu ukinule i na najteže zločine. Komitet za ljudska prava istakao je da je državama koje su ukinule smrtnu kaznu, ratifikacijom Drugog opcionog protokola uz Pakt iz 1989. godine[43] ili usvajanjem drugog međunarodnog instrumenta sa istim ciljem, zabranjeno da je ponovo uvedu.[44] Takođe, pojašnjeno je da se standard "najteži" zločin odnosi samo na krivična dela koja uključuju namerno lišenje života[45] i da nadležni sud koji izriče smrtnu kaznu mora biti ustanovljen zakonom, nezavisan od izvršne i zakonodavne vlasti i nepristrasan.[46]

Države koje nisu ukinule smrtnu kaznu dužne su da poštuju član 7. Pakta i zabranu mučenja, svirepog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, te ne smeju primenjivati metode za izvršenje smrtne kazne koje se smatraju suprotnim ovom članu, jer je takvo izvršenje arbitrarno lišenje života i predstavlja povredu članova 6. i 7. Pakta.[47] Isto važi i za smrtnu kaznu izrečenu u postupku u kome nisu poštovani standardi pravičnog suđenja iz člana 14. Pakta[48] ili smrtnu kaznu izrečenu na diskriminatorski način protivno članu 26. Pakta[49].

Obaveza država da poštuju i zaštite pravo na život podrazumeva i da se moraju uzdržati od deportacije, proterivanja i izručenja pojedinaca u države u kojima postoji realan rizik da će im pravo na život biti povređeno.[50] Ta je obaveza šira od principa *non-refoulement* iz međunarodnog izbegličkog prava, jer se odnosi na sve strance, a ne samo na one koji imaju izbeglički status.[51]

---

[43] UN General Assembly, *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, A/RES/44/128, 15 December 1989.

[44] *Ibidem*, para. 34.

[45] *Ibidem*, para. 35.

[46] *Ibidem*, para. 45.

[47] *Ibidem*, para. 40. Takve metode su, na primer, kamenovanje, injekcije neproverenim smrtonosnim supstancama, gasne komore, spaljivanje ili javne egzekucije. Takođe, protivnim članu 7. smatraće se i propust da se okrivljeni obavesti o tačnom datumu kada će smrtna kazna biti izvršena.

[48] *Ibidem*, para. 41.

[49] *Ibidem*, paras. 44, 61.

[50] *Ibidem*, para. 30. Takav rizik mora biti individualizovan, vid. i UN Human Rights Committee, *Dauphin v. Canada*, Communication No. 1792/2008, 28 July 2009, para. 7.4. Primera radi, zabranjeno je izručenje pojedinca iz države u kojoj je ukinuta smrtna kazna u državu u kojoj još uvek nije, osim ako država pruži kredibilne i efektivne garancije da smrtna kazna neće biti izrečena ili izvršena, *ibidem.*

[51] *Ibidem.*

Naposletku, Komitet je podržao države da potpuno ukinu smrtnu kaznu jer je to ne samo poželjno već i neophodno radi unapređenja ljudskog dostojanstva i progresivnog razvoja ljudskih prava.[52]

Osim što je sistematizovao i pojasnio standarde i obaveze koje pravo na život podrazumeva, Komitet nije bio spreman da ozbiljnije doprinese razvoju ljudskih prava i utvrdi da smrtna kazna kao takva predstavlja kaznu nečovečnog ili ponižavajućeg karaktera, te da njeno izricanje uvek vodi povredi člana 7. Pakta. Takav stav bio bi u saglasnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava i možda bi delovao kao odlučujući podsticaj za države koje je još uvek nisu ukinule. Umesto toga, istakao je da je okolnost da sve više država ratifikuje Drugi opcioni protokol uz Pakt i druge međunarodne sporazume koji zabranjuju smrtnu kaznu, kao i praksa njenog ukidanja mogu dovesti do toga da se smrtna kazna smatra suprotnom članu 7. Pakta, kao i da bi takav razvoj prava bio u duhu Pakta i Drugog opcionog protokola.[53] Istini za volju, ni Evropski sud nije bio dovoljno hrabar da preuranjeno kvalifikuje smrtnu kaznu protivnom članu 3. već je obazrivo čekao da je skoro sve države ugovornice ukinu. Razlika je *samo* u tome što se Evropski sud ovim pitanjem bavio pre više od jedne decenije.

U svakom slučaju, očigledno je da se tek nakon potpunog ukidanja smrtne kazne, od Komiteta može očekivati da pravo na život kvalifikuje kao apsolutno ljudsko pravo.

PRAVO NA ŽIVOT KAO APSOLUTNO LJUDSKO PRAVO U REGIONALNIM SISTEMIMA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Evropska konvencija o ljudskim pravima

U okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP)[54] pravo na život je garantovano članom 2, koji je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) opisao kao "jednu od najfundamentalnijih odredbi Konvencije"[55], "odredbu koja štiti osnovne vrednosti demokratskog društva Saveta Evrope"[56], a pravo na život kao "jedno od najvažnijih prava"[57]. Odredba člana 15. stav 2. EKLJP ne dopušta deroga-

[52] *Ibidem*, para. 50.

[53] *Ibidem*, para. 51.

[54] Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5.

[55] ECtHR, *Šilih v, Slovenia*, App. No. 71463/01, Judgment of 9 April 2009, para. 147.

[56] ECtHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, Judgment of 27 September 1995, para. 147.

[57] ECtHR, *Stewart v. the United Kingdom*, App. No. 10044/82, Decision of 10 July 1984, para. 162.

ciju člana 2. u doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima[58]. Cilj člana 15. je da zaštiti fundamentalne vrednosti Konvencije, među kojima je i pravo na život.[59]

Međutim, odredba člana 2. stav 2. predviđa da se lišenje života koje proistekne iz upotrebe sile, a ona je apsolutno neophodna radi ostvarenja nekog od nabrojanih legitimnih ciljeva, neće smatrati protivnim ovom članu. Ovo inherentno ograničenje ne podrazumeva slučajeve u kojima je namerno lišenje života dopušteno, već u kojima je ono neželjena posledica upotrebe sile.[60] Dakle, smrtonosna sila mora biti neophodna u konkretnom slučaju i upotrebljena na način da se rizik od smrtnog ishoda svede na minimum.[61] Tako je u slučaju kada je naoružano lice pobeglo u stambenu zgradu iz koje nije moglo dalje da beži, ESLjP utvrdio da upotreba sile nije bila neophodna i proporcionalna legitimnom cilju, jer državni organi nisu koristili bilo kakvu strategiju da smanje potrebu za upotrebom sile, nisu obavestili lice o nameri upotrebe sile, niti su pokušali da pregovaraju ili na drugi način spreče otvaranje vatre, što je sve dovelo do povrede člana 2.[62] Dakle, Sud će prilikom procene "apsolutne neophodnosti" upotrebe sile uzeti u obzir sve prateće okolnosti, poput planiranja i kontrole akcija koje preduzimaju organi vlasti.[63] Stoga, kad god se radi o upotrebi vatrenog oružja od strane pripadnika državnih organa, u cilju sprovođenja zakona, uvek bi trebalo prvo ispaliti pucanj upozorenja.[64] Ako se sila koristi protiv lica koje nije naoružano, Sud će to uzeti u obzir kao jednu od odlučujućih okolnosti u proceni neophodnosti upotrebe sile.[65] Primer situacije u kojoj je Sud smatrao da je upotreba sile bila opravdana odnosi

[58] Može se postaviti pitanje saglasnosti dela odredbe koji glasi "zakonitim ratnim postupcima" sa Poveljom UN i kogentnom normom međunarodnog prava o zabrani upotrebe sile. Stoga bi je trebalo tumačiti tako da se odnosi samo na slučajeve samoodbrane i prinudne mere Saveta bezbednosti preduzete u skladu sa Glavom VII Povelje UN.

[59] ECtHR, *Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in Time of Emergency*, Council of Europe, 2019, str. 5.

[60] ECtHR, *Giulianiand Gaggiov. Italy*, App. No. 23458/02, Judgment of 24 March 2011, para. 175.

[61] ECtHR, *Ergiv. Turkey*, App. No. 66/1997/850/1057, Judgment of 28 July 1998, para. 79.

[62] ECtHR, *Vachkoviv. Bulgaria*, App. No. 2747/02, Judgment of 8July2010, paras. 75-77.

[63] ECtHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, para. 149.

[64] ECtHR, *Makbule Kaymaz and Others v. Turkey*, App. No. 651/10, Judgment of 25 February 2014, para. 99; ECtHR, *Aydan v. Turkey*, App. No. 16281/10, Judgment of 12 March 2013, para. 66; ECtHR, *Andreou v. Turkey*, App. No. 45653/99, Judgment of 27 October 2009, para. 54. Može se koristiti i verbalno upozorenje, ECtHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, para. 148.

[65] ECtHR, *Solomou and Othersv. Turkey*, App. No. 36832/97, Judgment of 24 June 2008, para. 75; ECtHR, *Kallis and Androulla Panayiv. Turkey*, App. No. 45388/99, Judgment of 27 October 2009, para. 63.

se na slučaj kada je lice prilikom hapšenja prvo pucalo na policiju, koja je potom, otvaranjem vatre, zapravo postupala u samoodbrani.[66]

Iz ovih nekoliko primera očigledno je da ESLJP primenjuje test proporcionalnosti u kontekstu prava na život. Iako se ne radi o tipičnom testu proporcionalnosti, karakterističnom za fakultativna ograničenja ljudskih prava, te ga Sud češće naziva testom neophodnosti, ipak je na delu svojevrsno balansiranje u kome se sa jedne strane nalazi pravo na život, a s druge neki od legitimnih ciljeva iz Konvencije. I Sud je istakao da konstrukcija "apsolutno neophodna sila" ukazuje da "stroži i ubedljiviji test neophodnosti mora biti primenjen u odnosu na onaj koji se primenjuje prilikom procene da li je postupanje države bilo 'neophodno u demokratskom društvu', u skladu sa stavom 2. člana 8. ili člana 11. EKLJP"[67], kao i da "upotreba sile mora biti striktno proporcionalna postizanju ciljeva iz člana 2. stav 2. EKLJP"[68]. Koliko god strog taj test proporcionalnosti bio, nespojiv je sa apsolutnim pravima. Pravo koje je apsolutno zaštićeno ne može biti stavljeno na tas vage protiv bilo kog drugog prava ili interesa, osim možda prava koje uživa istu zaštitu.[69] U suprotnom, ono više nije apsolutno zaštićeno.

Međutim, ako bi se legitimni ciljevi tumačili restriktivno, tako da štite živote drugih lica, možda teza o apsolutnoj zaštiti prava na život i dalje može da opstane.

Prvi legitimni cilj je zaštita lica od nezakonitog nasilja. Preciznije, službeno lice se može osloboditi odgovornosti za lišenje života ako dokaže da je iskreno verovalo da je sila koju primenjuje apsolutno neophodna radi otklanjanja opasnosti po sopstveni život ili život drugog lica.[70] Tako je u jednom od slučajeva ESLjP smatrao da je upotreba sile od strane pripadnika službi bezbednosti bila u skladu sa članom 2. jer je cilj bio odbrana života talaca.[71]

---

[66] ECtHR, *Gu*ü*len v. Turkey*, App. No. 28226/02, Judgment of 14 October 2008, para. 38; ECtHR, *Kasa v. Turkey*, App. No. 45902/99, Judgment of 20 May 2008, paras. 86–88.

[67] ECtHR, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, Judgment of 24 March 2011, para. 176; ECtHR, *Shchiborshch and Kuzmina v. Russia*, App. No. 5269/08, Judgment of 16 January 2014, para. 205.

[68] ECtHR, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, para. 176; ECtHR, *Sultan Karabulut v. Turkey*, App. No. 45784/99, Judgment of 19 September 2006, para. 50.

[69] Tako bi se mogla objasniti opravdanost samoodbrane, u kojoj se lice lišava života kako bi se zaštitio život drugog lica. U kontekstu teze da se test proporcionalnosti ne primenjuje kod apsolutnih prava, važno je pomenuti i suprotan stav ESLjP da je "potraga za pravičnom ravnotežom između opštih interesa društva i zaštite fundamentalnih prava pojedinaca inherentna celoj EKLjP". Za navedeno vid. ECtHR, *Öcalanv. Turkey*, App. No. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, para. 88.

[70] D. Popović, V. Beširević, S. Carić, M. Draškić i dr., str. 50.

[71] ECtHR, *Andronicuouand Constantinou v. Cyprus*, App. No. 25052/94, Judgment of 9 October 1997, para. 194.

Naredni legitimni cilj je zakonito hapšenje ili sprečavanje bekstva lica zakonito lišenog slobode, koji je ESLJP precizirao rečima: "pribegavanje potencijalno smrtonosnoj sili se ne može smatrati apsolutno neophodnim, kada je poznato da osoba koju bi trebalo uhapsiti ne ugrožava život ili telo, kao i da nije osumnjičena za krivično delo sa elementima nasilja".[72] Zato bi i njega trebalo usko tumačiti, tako da ovlašćuje državne službenike da upotrebe silu samo u cilju zaštite života. U svetlu savremenih tehnologija i opreme, od države se razumno može očekivati da spreči bekstvo, odnosno privede pravdi svako lice na njenoj teritoriji, bez ugrožavanja života.

Ni lišenje života upotrebom sile koja je apsolutno neophodna prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune neće biti suprotno članu 2. EKLjP. "Nered" i "pobuna" su autonomni pojmovi, čije značenje nije do kraja definisano od strane strazburških organa. Komisija za ljudska prava je u predmetu *Stjuart protiv Ujedinjenog Kraljevstva* zaključila da se "svako okupljanje neprijateljski nastrojenih 150 ljudi, koji na patrolu policije bacaju kamenice, kojima mogu da nanesu ozbiljne povrede, smatra neredom".[73] Ponovo, lišenje života bi se i u ovom slučaju moglo opravdati samo ako su nered ili pobuna takvog karaktera da predstavljaju opasnost po život, te je njihovo suzbijanje neophodno radi zaštite ovog dobra.

Smrtna kazna, koja mora biti izrečena presudom suda i predviđena zakonom, propisana je članom 2. stav 1. EKLjP kao izuzetak od prava na život. Međutim, Protokolom broj 6. uz Konvenciju iz 1984. godine smrtna kazna je ukinuta, uz mogućnost njene primene samo u doba rata ili neposredne ratne opasnosti.[74] Do potpunog ukidanja smrtne kazne u svim okolnostima došlo je stupanjem na snagu Protokola broj 13. uz Konvenciju iz 2002. godine.[75] Ovim Savet Evrope po-

[72] ECtHR, *Nachovaand Others v. Bulgaria*, App. Nos. 43577/98, 43579/98, Judgment of 6 July 2005, para. 107. Navedeno važi čak i u slučaju da postoji rizik da se zbog uzdržavanja od upotrebe sile, lice ne uhapsi, *ibidem*.

[73] ECtHR, *Stewart v. the United Kingdom*, para. 162. Neredom su smatrane i nasilne demonstracije uperene protiv snaga bezbednosti, u kojima je učestvovalo nekoliko hiljada ljudi, ECtHR, *Güleç v. Turkey*, App. No. 21593/93, Judgment of 27 July 1998, paras. 69–73.

[74] Council of Europe, *Protocol 6 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty*, 28 April 1983, ETS 114. Sve države ugovornice su ga ratifikovale, osim Rusije koja je više ne primenjuje u praksi.

[75] Council of Europe, *Protocol 13 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances*, 3 May 2002, ETS 187. Do sada su ga sve države ugovornice ratifikovale, osim Jermenije koja ga je samo potpisala, dok ga Azerbejdžan i Rusija nisu ni potpisale ni ratifikovale.

staje jedina regionalna organizacija čije države potpuno napuštaju smrtnu kaznu, a pravo na život dobija najširu zaštitu.

Odnos ESLjP prema smrtnoj kazni godinama se razvijao. Najpre je u slučaju *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1989. godine istakao da "smrtna kazna više faktički ni ne postoji u državama ugovornicama u vreme mira".[76] Međutim, odbio je stav o suprotnosti smrtne kazne sa članom 3. s obzirom da "namera tvoraca Konvencije nije mogla biti da član 3. podrazumeva opštu zabranu smrtne kazne, jer bi time poništio jasnu odredbu člana 2".[77] U svakom slučaju, "usvajanje Protokola broj 6. pokazalo je nameru država ugovornica da redovnim putem izmene osnovni tekst Konvencije i uvedu novu obavezu koja se odnosi na ukidanje smrtne kazne u vreme mira".[78]

U predmetu *Odžalan protiv Turske* iz 2005. godine, Sud je otišao korak dalje. Uzeo je u obzir okolnost da je "43 od ukupno 44 države, ukinulo smrtnu kaznu, da je Rusija više ne primenjuje u praksi iako ju je zadržala u zakonodavstvu, kao i da je jedan od uslova za prijem u članstvo u Savet Evrope, zahtev da buduća članica eliminiše smrtnu kaznu iz svog krivičnog zakonodavstva".[79] Konstatovao je i da su neke od država u datom trenutku potpisale Protokol broj 13, te priznao da se tretman smrtne kazne značajno izmenio, ali nije smatrao da je neophodno da zauzme čvrst stav o tome da li smrtna kazna predstavlja povredu člana 3. EKLJP.[80]

Tek je u predmetu *Al - Sadun i Mufdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 2010. godine ESLJP prihvatio da je član 2. EKLJP izmenjen tako da zabranjuje smrtnu kaznu u svim okolnostima, s obzirom da su skoro sve države članice Saveta Evrope potpisale i ratifikovale Protokol broj 13, a praksa ukidanja smrtne kazne je konzistentna.[81] Zato član 2. više ne predstavlja prepreku kvalifikaciji smrtne kazne kao nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja.[82] Shodno standardima iz prakse ESLjP, postupanjemora dostići minimalni stepen ozbiljnosti da bi spadalo u domen člana 3.[83] Procena tog minimuma zavisi od svih okolnosti

[76] ECtHR, *Soering v. the United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, para. 103.

[77] *Ibidem*, para. 103.

[78] *Ibidem*.

[79] ECtHR, *Öcalanv. Turkey*, paras. 163.

[80] *Ibidem*, paras. 164–165.

[81] ECtHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, App. No. 61498/08, Judgment of 2 March 2010, para. 120.

[82] *Ibidem*.

[83] *Ibidem*, para. 121.

konkretnog slučaja, poput trajanja samog postupanja, fizičkih i psihičkih posledica i u nekim slučajevima, pola, starosti i zdravstvenog stanja žrtve.[84] Kako bi se utvrdilo da li je postupanje ili kažnjavanje bilo nečovečno ili ponižavajuće, patnja, odnosno poniženje moraju biti jači od onih koji su neizbežni kod zakonitih oblika takvog postupanja ili kažnjavanja.[85] Dakle, Sud će analizirati sve aspekte konkretnog slučaja i individualne okolnosti žrtve da bi ispitao povredu člana 3. EKLJP.

Revolucionarno u vezi sa tretmanom smrtne kazne od strane ESLJP je stav da je smrtna kazna kao takva protivna članu 3. i to bez obzira na način izvršenja. Sigurno je da pojedine metode imaju značajniji degradirajući i ponižavajući efekat, poput kamenovanja, spaljivanja ili egzekucije u prisustvu javnosti. Distinkcija je značajna i u fizičkom bolu i patnjama koje različite metoda izvršenja izazivaju.Ali, i pored svega navedenog, Sud je utvrdio da je smrtna kazna, izvršena na bilo koji način, protivna članu 3. EKLJP. Posledica takvog stava je da nema potrebe za procenom individualnih okolnosti svakog pojedinca koji je izložen riziku od izricanja ili izvršenja smrtne kazne, jer je ta činjenica sasvim dovoljna da Sud utvrdi povredu člana 3. EKLjP. Takvo rezonovanje Suda potpuno je u skladu sa uverenjem da je život vrhovno dobro, bez koga zaštita svih ostalih ljudskih prava potpuno gubi smisao, da je ljudsko dostojanstvo u suštini svakog ljudskog prava i da mora biti nepovredivo u demokratskom društvu, kao i da je vreme kada je težina određenog krivičnog dela opravdavala lišenje života odavno iza nas.

Imajući u vidu da su države članice Saveta Evrope ukinule smrtnu kaznu, opasnost od njenog izricanja ili izvršenja više ne postoji za lica u njihovoj nadležnosti. Međutim, moguće je da država ugovornica izruči lice nekoj drugoj državi u kojoj i dalje postoji smrtna kazna. Zato je ESLJP uspostavio pravilo o ekstrateritorijalnoj primeni prava na život, prema kome član 2. EKLJP i član 1. Protokola broj 13. zabranjuju ekstradiciju i deportaciju pojedinca u državu u kojoj postoji realan osnov za sumnju da će biti izložen stvarnom riziku od smrtne kazne.[86]

Navedena evolucija zabrane smrtne kazne trebalo bi da posluži kao uzor svim državama izvan Saveta Evrope, kako bi pravo na život uživalo apsolutnu zaštitu u svim delovima sveta.

---

[84] *Ibidem*.

[85] *Ibidem*.

[86] *Ibidem*, para. 123. Ova zabrana je analogna zabrani iz člana 3. EKLJP, prema kojoj država ugovornica ne sme izručiti lice u drugu državu, ako postoji realan osnov za sumnju da će tamo biti izloženo stvarnom riziku od postupanja koje je suprotno članu 3. EKLJP. Više o tome, ECtHR, *Saadi v. Italy*, App. No. 37201/06, Judgment of 28 February 2008, para. 126.

Američka konvencija o ljudskim pravima

Pravo na život garantovano je odredbom člana 4. Američke konvencije o ljudskim pravima[87], dok član 27. stav 2. zabranjuje njegovu derogaciju, kao i derogaciju pravosudnih garancija neophodnih za zaštitu ovog prava. Pravo na život opisano je kao "temelj svih ostalih prava"[88].

Jedini izuzetak predviđen članom 4. je smrtna kazna, koja se može izreći samo za najteža krivična dela, pravnosnažnom odlukom nadležnog suda i u skladu sa zakonom kojim je takva kazna bila zaprećena pre izvršenja krivičnog dela. Državama koje su već ukinule smrtnu kaznu zabranjeno je da je ponovo uvedu i ona se nikada ne može izreći za krivična dela političkog karaktera, niti licima koja su u momentu izvršenja dela imala manje od 18 ili više od 70 godina, kao ni trudnicama. Takođe, svakom osuđeniku na smrtnu kaznu je garantovano pravo da traži amnestiju, pomilovanje ili zamenu kazne, a ona ne sme biti izvršena dok traje odlučivanje o takvom zahtevu. Uz Američku konvenciju usvojen je i Protokol o ukidanju smrtne kazne iz 1990. godine, koji je do danas potpisalo i ratifikovalo manje od polovine država ugovornica konvencije.[89]

S obzirom da je Američkom konvencijom zabranjeno arbitrarno lišenje života, Međuamerički sud za ljudska prava je u različitim slučajevima ispitivao da li je lišenjem života povređen član 4. Konvencije.

Prvi među njima su slučajevi u kojima je kvalifikovao izricanje smrtne kazne suprotno ograničenjima iz Američke konvencije, kao arbitrarno lišenje života.[90] Primera radi, Sud je utvrdio povredu člana 4. jer je država proširila smrtnu kaznu i na krivično delo kidnapovanja, koje ne spada u korpus najtežih krivičnih dela.[91]

Iako Američka konvencija na propisuje druga inherentna ograničenja prava na život, Sud je u nekoliko navrata razmatrao slučajeve upotrebe sile od stra-

[87] Organization of American States, *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica*, 22 November 1969.

[88] Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1986–1987, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9 rev. 1, p. 271. Ono što je karakteristično za Američku konvenciju i pravo na život je okolnost da član 4. garantuje pravo na život od trenutka začetka. Takav stav nije izričito zauzet od strane Evropskog suda za ljudska prava, ECtHR, *Vov. France*, App. No. 53924/00, 8 July 2004, para. 85.

[89] Organization of American States, *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*, 8 June 1990, OAS Treaty Series, No. 73.

[90] IACHR, *Boyce et al. v. Barbados*, Judgment of 20 November 2007, para. 57; IACHR, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Judgment of 21 June 2002, paras. 103, 106.

[91] IACHR, *Raxcaco Reyes v. Guatemala*, Judgment of 15 September 2005, para. 66.

ne policije i vojske, te prepoznao da ona izuzetno može biti opravdana potrebama javne sigurnosti i bezbednosti.[92] Upotreba smrtonosne sile mora biti izuzetna i saglasna principima legalnosti, neophodnosti i proporcionalnosti.[93] U kontekstu legitimnih ciljeva, Sud je citirao Osnovne principe UN o upotrebi sile i vatrenog oružja od strane službenika koji sprovode zakon, ističući da upotreba smrtonosne sile mora biti ograničena na "slučajeve samoodbrane ili odbrane drugih od neposredne pretnje po život ili ozbiljnih povreda, slučajeve sprečavanja naročito teških krivičnih dela koja predstavljaju pretnju po život, radi hapšenja lica koja su opasnost i opiru se autoritetu države ili sprečavanja njihovog bekstva i to u situacijama kada su blaža sredstva neefikasna za postizanje navedenih ciljeva".[94] Namerna upotreba smrtonosnog vatrenog oružja može biti opravdana samo kada je to neophodno radi zaštite života.[95] Dakle, i u jurisprudenciji Međuameričkog suda za ljudska prava koristi se standard "apsolutno neophodna" sila, te se primenjuje test proporcionalnosti, ali samo zato što je krajnji cilj zaštita života drugih lica. Tako je u slučaju ubistva migranata na graničnom prelazu, Sud utvrdio povredu prava na život, jer "oni nisu predstavljali stvarnu ili neposrednu pretnju po vojnike ili druga lica" i istakao da "vojnici nisu smeli da koriste silu, čak iako bi to značilo da bekstvo neće biti sprečeno".[96] Saglasno stavu Komiteta za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, sila ne sme biti upotrebljena isključivo radi sprečavanja bekstva ili hapšenja lica zakonito lišenog slobode, već samo ako je to neophodno radi zaštite života.

Najveći doprinos koji je Sud dao u kontekstu prava na život odnosi se na prinudne nestanke.[97] U praksi je razvio ovaj aspekt prava na život i u velikom broju predmeta istakao da prinudni nestanci predstavljaju naročito tešku povredu ne-derogativnih i osnovnih ljudskih prava.[98] Zbog toga je zabranu prinudnih

[92] IACHR, *Landaeta Meijias Brothers et al. v. Venezuela*, Judgment of 27 August 2014; IACHR, *Uzcátegui et al. v. Venezuela*, Judgment of 3 September 2012.

[93] IACHR, *Landaeta Meijias Brothers et al. v. Venezuela*, para. 134; IACHR, *Zambrano Veéez et al. v. Ecuador*, Judgment of 4 July 2007, paras. 83–85.

[94] IACHR, *Landaeta Meijias Brothers et al. v. Venezuela*, para. 131.

[95] *Ibidem*.

[96] IACHR, *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, Judgment of 24 October 2012, para. 83.

[97] Thomas M. Antkowiak, Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

[98] IACHR, *Goiburu et al. v. Paraguay*, Judgment of 22 September 2006, para. 84; IACHR, *Osorio Rivera and Family Members v. Peru*, Judgment of 26 November 2013, para. 112; IACHR, *Gudiel Alvarez et al. v. Guatemala*, Judgment of 20 November 2012, para. 232.

nestanaka zajedno sa obavezom države da sprovede istragu i kazni izvršioce ovog dela kvalifikovao kao kogentnu normu međunarodnog prava.[99]

Usled ove okolnosti, trebalo bi razmotriti odnos između kogentnih normi međunarodnog prava i normi koje predstavljaju apsolutna ljudska prava. Ako se kogentna norma definiše kao norma koja se nikada ne može staviti van snage i od koje nisu dozvoljena bilo kakva odstupanja, i koja je kao takva prihvaćena od strane reprezentativne većine država članica međunarodne zajednice, sličnost sa apsolutnim pravima je i više nego očigledna. U oba slučaja radi se o normama koje su toliko važne da se nikada ne smeju derogirati. Razlika se ogleda u tome što kogentni karakter norme mora da prihvati kvantitativna i kvalitativna većina država, dok se kod apsolutnih prava ovakav uslov ne postavlja. Zato je moguće da pravo bude percipirano kao apsolutno od strane jedne grupe država, ali ne i od ostatka međunarodne zajednice. Suprotno, ako je norma u oblasti ljudskih pravapostala kogentna norma, izvesno je da je onda i apsolutno zaštićena i da predstavlja apsolutno ljudsko pravo. Bez detaljnije analize da li je zabrana prinudnih nestanaka stvarno stekla kogentni karakter, nesumnjivo se može zaključiti da u sistemu Američke konvencije o ljudskim pravima, ona predstavlja apsolutno zaštićeno pravo.

DA LI JE PRAVO NA ŽIVOT APSOLUTNO PRAVO

Od ponuđenih definicija, najispravnijom se čini ekstenzivna, prema kojoj su apsolutna prava ona koja se nikada ne mogu ograničiti niti derogirati, jer samo ona uživaju apsolutnu zaštitu u svim okolnostima. Za odgovor na pitanje da li je takva zaštita priznata i u odnosu na koja prava, potrebno je analizirati svaki međunarodni ugovor ponaosob.

Ni Pakt o građanskim i političkim pravima, ni Američka konvencija o ljudskim pravima ne štite pravo na život na apsolutan način. Dokle god postoji smrtna kazna, pravo na život neće biti apsolutno zaštićeno. U pojedinim državama ugovornicama ovih međunarodnih instrumenata ona ne samo da postoji već se i dalje izvršava.[100] Zbog toga se može zaključiti da u okviru ovih instrumenata, apsolutnu zaštitu uživa zabrana arbitrarnog lišenja života, koju je Komitet za ljudska prava kvalifikovao čak i kao kogentnu normu međunarodnog prava[101], dok je

[99] *Ibidem.*

[100] Iako se u SAD određeno vreme nije primenjivala, izvršenje pet smrtnih kazni je zakazano za decembar 2019. godine i januar 2020. godine. Sve dok najuticajnije države ne promene svoj stav po pitanju smrtne kazne, ne može se očekivati da će njeno ukidanje dobiti univerzalne razmere.

[101] UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 29 on Derogation during State of Emergency,* Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, 2001, A/56/40 (Vol. I), para. 11.

u sistemu Američke konvencije o ljudskim pravima takav status priznat i zabrani prinudnih nestanaka. S obzirom da ove zabrane podrazumevaju i proceduralnu obavezu države da sprovede efikasnu i delotvornu istragu, i njoj se mora priznati apsolutni karakter.

Naposletku, pravo na život najšire je zaštićeno u okvirima Evropske konvencije o ljudskim pravima. Inherentna ograničenja prava na život nisu prepreka kvalifikaciji ovog prava kao apsolutnog, dokle god se tumače veoma restriktivno i zapravo služe zaštiti prava na život ostalih pojedinaca. Nijedan drugi cilj ne može biti dovoljno važan da opravda lišenje života.

Put do potpunog napuštanja smrtne kazne u državama članicama Saveta Evrope nije bio kratak, ali je okončan. U jednom od novijih predmeta, ESLJP je smrtnu kaznu opisao kao "namerno uništavanje ljudskog bića od strane države" i istakao da "svako lišenje života, bez obzira na sredstvo izvršenja, podrazumeva fizički bol", kao i da "sama spoznaja da će lice biti pogubljeno od strane države nužno vodi intenzivnim psihološkim patnjama".[102] Sud je citirao i preambulu Protokola broj 13. uz Konvenciju, prema kojoj je "pravo na život osnovna vrednost u demokratskom društvu, a ukidanje smrtne kazne neophodno radi zaštite ovog prava i potpunog prepoznavanja urođenog dostojanstva svih ljudskih bića".[103] Tek kada sve države sveta to prihvate, međunarodno pravo ljudskih prava biće bogatije za još jedno univerzalno prihvaćeno apsolutno ljudsko pravo.

ANA ZDRAVKOVIĆ
Ph.D., candidate, Faculty of Law,
University of Belgrade

THE RIGHT TO LIFE ANALYSED THROUGH THE LENS OF ABSOLUTE HUMAN RIGHTS

Summary

Distinction between absolute and relative human rights can be found not only in the theory of human rights, but also in the jurisprudence of various international courts. However, there is a lack of detailed analysis of absolute human rights, as well as generally accepted list of rights that can be classified in this category. After discussing the most appropriate definition of the term, the author examines whether the right to life can be qualified as an absolute human right and if the inherent limitations of the right to life present an obstacle to such a qualification. The existence and ap-

[102] ECtHR, *Al Nashiri v. Poland*, App. No. 28761/11, Judgment of 24 July 2014, para. 577.

[103] *Ibidem*.

plication of the death penalty in many States, that are parties to international human rights treaties leads to the conclusion that the right to life is absolutely protected only in the system of the Council of Europe, since its members have completely abolished it, while according to other treaties and jurisprudence of their supervisory mechanisms, only certain aspects of the right to life can be considered as absolutely protected.

Key words: Absolute Human Rights, The Right to Life, International Covenant on Civil and Political Rights, European Convention on Human Rights, American Convention on Human Rights

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ

KOLEKTIVNE TUŽBE U MEĐUNARODNIM INVESTICIONIM ARBITRAŽAMA

Odluka ICSID arbitaržnog tribunala u predmetu Abaclat (Abaklat) u kojoj je zauzeo stav da je nadležan da vodi postupak kolektivne zaštite i da su takve tužbe dopuštene, u pravnoj teoriji i praksi investicionih arbitraža, izazvala je brojne komentare i suprotstavljena mišljenja. Jedni smatraju da je reč o novoj vrsti arbitraža koje ne mogu biti konstituisane bez posebne saglasnosti svih stranaka u sporu. Drugi autori smatraju da je u pitanju vrsta višestranačke arbitraže koja je dopuštena i prema postojećim pravilima i izvorima prava. Treći smatraju da je reč o hibridnim arbitražama u čijem postupku za zaštitu kolektivnih interesa ima elemenata sudskog postupka i postupka pred komercijalnim arbitražama. Nakon kraće analize odluke i prikaza osnovnih karakteristika klasnih tužbi u SAD i reprezentativnih tužbi u pravu EU, autor daje kritički osvrt na odluku o nadležnosti. Autor smatra da hibridna priroda postupka, kojim arbitražni tribunal opravdava svoj stav, preti da ugrozi osnovne principe na kojima počiva klasična trgovinska arbitrarža, naročito u pogledu saglasnosti svih stranaka na arbitaržu. Iz tih razloga smatra da bi prihvatanje ovakve prakse moglo dalje da ugrozi kredibilitet investicionih arbitraža, koji je već ozbiljno doveden u pitanje širokim tumačenjem pojma investicije i ISDS mehanizma u bilateralnim sporazumima o podsticanju i zaštiti stranih investicija.

Ključne reči: *klasna tužba, postupak kolektivne zaštite, strane investicije, arbitraža, nadležnost arbitraže, dopuštenost arbitraže*

Dr Radovan D. Vukadinović, profesor Univerziteta u Kragujevcu i Banjoj Luci, član Akademije nauka i umjetnosti Banja Luka.

POSTAVLJANJE PROBLEMA

Godine 2011. 4. avgusta, *ad hoc* arbitraža konstituisana pri Međunarodnom centru za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu (ICSID)[1] u predmetu *Abaklat v The Argentine Republic (Abaclat v Republic of Argentina)*[2], donela je odluku da su tzv. masovne tužbe dopuštene i da je arbitražni tribunal nadležan da o tome odlučuje[3]. Ne dugo nakon ove odluke, ICSID arbitraža je slično odlučila i u sledeća dva "argentinska sluačaj": *Ambiente Ufficio S.P.A. and others vs. Argentine Republic*[4] i *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic*.[5] Sve tri odluke su intrigantne i izazvale su brojne komentare u teoriji i praksi.[6]

Čini se da pomenute odluke predstavljaju nastavak kontroverzne arbitražne prakse, koja je počela od 80-tih godina prošlog veka sa trendom širokog tumačenja sporazuma o zaštiti i podsticanju stranih investicija (BiT-ova), uglavnom u korist stranih investitora. Do odluke u predmetu *Abaklat*, široko tumačenje pojma strane investicije omogućeno je "nametanjem" uglavnom međunarodnog prava kao merodavnog prava. Tendenciji omnibus potentne investicione arbitraže čija nadležnost potiče iz širokih ovlašćenja arbitara, priključili su se i arbitri u predmetu *Abaklat* tako što su praktično dozvolili pokretanje postupka koji po svojim karakteristikama veoma podseća na klasne ili grupne tužbe (bez obzira što ih nisu tako označili), a takvu arbitražu učinili klasnom i masovnom arbitražom[7]. Već samim tim što je u pitanju prvi slučaj u kome je vođen "kolektivni postupak", odluka je kao svojevrsni arbitražni precedent izazvala vrlo različita i oprečna mišljenja: pre svega u pogledu dopuštenosti takvih tužbi. Arbitražno veće je (uz jedno izdvojeno mišljenje), kao što je već rečeno, zauzelo stav da su takvi "postupci" dopušteni i da je arbitražni tribunal nadležan da o tome odlučuje.

---

[1] Arbitražni sud su činili: profesor Pierre Tercier, kao predsednik, i članovi profesor Georges Abi-Saab i profesor Albert Jan van den Berg.

[2] Abacalt and Others (ranije pod imenom Giovanna A Beccara and Others) (tužioci) v The Argentine Republc (tuženi), ICSID case No. ARB/07/5. Dostupno na http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/OnlineAwards/C95/DS10925_En.pdf ili na https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/284/abaclat-and-others-v-argentina

[3] Odluka je doneta većinom glasova. Svoje mišljenje je izdvojio arbitar Georges Abi-Saab.

[4] ICSID Case No. ARB/08/9.

[5] ICSID Case No. ARB/07/8.

[6] Francisco Blavi and Gonzalo Vial, *Class Actions in International Commercial Arbitration*, *Fordham International Law Journal* 39(2016), 4, Article 2, str. 793.

[7] O klasnim arbitražama kao posebnim vrstama investicionih arbiraža vid. Ridhi Kabra, Has Abaclat v Argentina left the ICSID with a 'mass'ive problem?, *Arbitration International*, Volume 31, Issue 3, September 2015, str. 425–453, https://doi.org/10.1093/arbint/aiv010 17.09.2019.

Budući da su kolektivni oblici zaštite individualnih interesa (i zaštite kolektivnih interesa) aktuelni i u Evropskoj uniji[8], u kojoj je nedavno usvojen predlog "evropskog modela" reprezentativne tužbe, rad ima za cilj da utvrdi da li je reč o klasnoj tužbi ili obliku reprezentativne tužbe, a zatim će problematizovati[9] pitanje dopuštenosti klasnih arbitraža. U tom cilju je na početku prikazan predmt *Abaklat*, a nakon toga karakteristike postupka koje je arbitražno veće sprovelo.

KRATAK PRIKAZ ČINJENIČNOG STANJA U PREDMETU "ABAKLAT"

Osamdesetih godina prošlog veka Republika Argentina je radi prevazilaženja finansijskih problema i restrukturiranja domaće privrede emitovala javne (državne) obveznice (bondove) koje su prodate pravnim i fizičkim licima (imaoci obveznica), u različitim državama. Za ovaj rad su od značaja one koje su prodate u Italiji, sa kojom je maja 1990. godine Republika Argentina zaključila sporazum o podsticanju i zaštiti stranih investicija (u daljem tekstu BiT). Obveznice su glasile na različite iznose sa različitim rokom dospeća.

Spor je nastao nakon što je Argentina, krajem 2001. godine, donela propise o restrukturiranju spoljnog duga jer nije bila u stanju da ispunjava dospele obaveze iz državnih obveznica.[10] Krajem 2002. godine spoljni dug Argentine je iznosio oko 137 milijardi dolara[11], od čega je oko 76 milijardi dugovano rezidentima i nerezidentima imaocima javnih obveznica. Više od 27 milijardi vrednosti obveznica (bondova) su držali evropski poverioci, pre svega italijanski. U takvoj situaciji 2002. godine osam velikih italijanskih banaka je osnovalo Radnu grupu za zaštitu interesa investitora u formi *associazione non riconosciuta* (u daljem tekstu Radna grupa). Zadatak Radne grupe je bio da predstavlja interese italijanskih imalaca obveznica i da pregovara o eventualnoj nagodbi sa Argentinom. Od imalaca

[8] V. *Collective redress in the Member States of the European Union,* STUDY Requested by the JURI committee, http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses i Proposal for a Directive of European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC COM/2018/0184 final - 2018/089 (COD).

[9] V. Relja Radović, Problematizing *Abaclat's* Mass Claims Investment Arbitration Using Domestic Class Actions, *Mc Gill Journal of Dispute Resolution*, 4(20172018), str. 1.

[10] Već od 90-tih godina iz Argentine je zbog straha od recesije i devalvacije nacionalne valute počeo da se seli kapital, što je smanjilo poreske prihode i dovelo do novog zaduživanja. Navodi se da je do kraja 2001. godine iz Argentine povučeno oko 15 milijardi dolara, a da su značajno smanjene strane direktne investicije.

[11] V. tač. 63. Odluke o nadležnosti.

obveznica koji su prihvatili ovakvo predstavljanje je zahtevano da u korist Radne grupe potpišu posebno ovlašćenje "o zaštiti interesa" koji su u vezi sa bondovima. Ovlašćenje je navodno dalo 450.000 italijanskih garađana na ukupan iznos oko 12 milijardi dolara.

Osim ove Radne grupe, argentinski imaoci obveznica su 2004. godine osnovali svoj Opšti odbor poverilaca (*Global Committee of Argentina Bondholders*)[12] od tri velike grupe, u koji je uključena i Radna grupa, sa ciljem da bolje koordinira aktivnosti različitih predstavnika poverilaca u pregovorima sa Argentinom. U sklopu napora da prestrukturira dugove, Argentina je 2005. godine ponudila da postojeće obveznice zameni novim sa drugim (odloženim) rokom dospeća i u tom smislu donela poseban zakon.[13] Nezadovoljni novim uslovima, imaoci obveznica su pokrenuli brojne *sudske* sporove: preko 130 ih je bilo u SAD sa ukupnim zahtevom od oko 3,3 milijarde dolara.[14] Kako je veliki broj ovih tužilaca podneo zahtev za pokretanje arbitražnog postupka, Okružni sud u Njujorku je na zahtev tužilaca zastao u postupku čekajući da se okonča ICSID postupak.

Osim u SAD, pokrenuto je i 470 sudskih postupaka u Nemačkoj i 13 postupaka u Italiji. U takvoj situaciji, ranije pomenuta Radna grupa (TFA Udruženje) je februara 2006. godine napisala pismo argentinskom ministru kao "poslednju opomenu"[15] sa upozorenjem da će, u slučaju da Argentina odbije njen zahtev, ovo pismo tretirati kao prihvat ponude, tj. kao saglasnost iz člana 8 BiT za pokretanje spora pred ICSID centrom.[16] Kako u dužem vremenskom periodu stranke nisu uspele da se nagode, tužioci su odlučili da podnesu zahtev za pokretanje arbitražnog postupka. U tom cilju Radna grupa je dizajnirala novi paket ovlašćenja (*TFA Mandate Package*) koji se sastojao od uputstva imaocima bondova u kome su im objašnjeni modaliteta i ICSID arbitraže sa instrukcijama kako da u njoj učestvuju, izjava o saglasnosti/pristanku na arbitražu, prenosa ovlašćenja i ovlašćenja za zastupanje u korist advokatske kuće *White & Case*, i drugih dokumenata. U ovlašćenju za zastupanje, između ostalog, navedena je i izjava imalaca bondova da neopozivo pristaju da, zajedno sa drugim imaocima koji se nalaze u sličnoj situaciji, bude pokrenut postupak ... i da prihvataju ponudu Argentine iz člana 8. BiT-a na nadležnost ICSIDa, kao i svaku drugu akciju koja bude smatrana nužnom, a po-

[12] Tač. 72. Odluke.

[13] Tač. 78. Odluke.

[14] Tač. 82. Odluke

[15] V. tač. 84. Odluke.

[16] *Isto*.

sebno "da advokatska kuća *White & Case* u ime i za njihov račun pokrene i vodi ICSID arbitražu protiv Argentine i svaki drugi spor koji je u vezi sa ovim[17].

Konačno, posle više pokušaja da se nađe zajedničko rešenje, *White & Case* je 14.09.2016. podneo zahtev za arbitražu. U postupku koji je pokrenut pred *ad hoc* arbitražnim tribunalom, kao sporno je postavljeno pitanje uloge i legitimiteta Radne grupe. Tuženi je odmah prigovorio da tužilac nema ovlašćenje da podnese "ovakav grupni zahtev" i da ICSID nije nadležan za spor.

PITANJE NADLEŽNOSTI ILI DOPUŠTENOSTI ARBITRAŽE DA VODI POSTUPAK KOLEKTIVNE ZAŠTITE

Već od konstituisanja odnosnih arbitraža i početka spora, tuženi (Republika Argentina) je u sva tri slučaja istakla prigovor nenadležnosti i nedopuštenosti. U predmetu *Abaklat*, tuženi je u pismu od 18.12.2006. godine ponovio da ICSID nije nadležan da odlučuje u ovom sporu i da nikad nije dao saglasnost na arbitražu sa ovom vrstom tužbi koje su inicirane od "grupe naroda" ili "klasnom tužbom".[18] Tužioci u *Abaclatu* su odgovorili da tužba u pitanju nije "grupna ili klasna tužba (*class action*), već zajednička tužba u kojoj svaki tužilac pokreće arbitražu u svoje ime."[19] Tužioci su postupak okvalifikovali kao "hibridnu vrstu kolektivnog postupka" budući da je počeo kao spojeni postupak, a nastavio se kao postupak sa odlikama koje su slične reprezentativnom postupku.[20] Dalje su tvrdili da je u pitanju *zajednička* tužba više tužilaca, tj. višestranačka arbitraža koja je predviđena i dopuštena ICSID pravilima i da se izraz "klasna tužba - *class action*" koristi samo u tehničkom smislu. Grupne ili klasne arbitraže treba razlikovati od višestranačkih arbitraža i odgovarajućih postupaka. Kod višestranačkih arbitraža/postupaka dolazi kod spajanja, pridruživanja ili mešanja (intervencije). Između navedenih postupaka postoje razlike u pogledu[21]: broja stranaka i iznosa spora, prirode tužbenog zahteva; odnosa između stranaka; izbora arbitara i osnovne politike.

---

[17] Tač. 87. Odluke.

[18] Tač. 102, 234. Odluke.

[19] Tač. 104. Odluke.

[20] Odluka, tač. 488.

[21] V. Strong Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T* and a Return to First Principles, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2011-07, 17 *Harvard Negotiation Law Review* http://ssrn.com/abstract=1791928, str. 11; Katarzyna Barbara Szczudlik, Mass Claims under ICSID, *Wroclaw Review of Law, Administration &Economics*, 4:2(2014), str. 70.

Tuženi je, pak, smatrao da je reč o zahtevu oko 180.000 nepovezanih tužilaca koji su investirali sredstva za različite svrhe, u različitim vremenima i pod različitim okolnostima. Takav zahtev smatra klasnom tužbom o čijoj dopuštenosti investicione arbitraže nisu do tada raspravljale, te je smatra nedopuštenom posebno i zbog toga što na takvu vrstu postupka nije dao saglasnost u arbitražnom sporazumu.[22] Navodi i da je Radna grupa povredila obavezu potpunog i istinitog otkrivanja podataka i da navodni pristanak tužilaca nije neopoziv u smislu zahteva iz člana 25(1) ICSID konvencije. U pogledu investicija, smatra da ugovorna prava stečena na sekundarnom tržištu hartija od vrednosti izvan Argentine ne mogu biti smatrana investicijama na teritoriji Argentine, kao i da njihova prodaja od članova Radne gupe nije u skladu sa pravom Argentine, te arbitraža nema nadležnosti *ratione materiae*. Osporava i nadležnost *ratione personae*. Tvrdi i da tužiočevi zahtevi nisu zahtevi iz sporazuma jer su nastali iz ugovornih obaveza plaćanja.

I u druga dva pomenuta predmeta tuženi su smatrali da je reč o kolektivnoj tužbi (*collective action*) kojom određeni broj nepovezanih lica pokušavaju da zajednički pokrenu jedan postupak protiv države (tuženog). U sva tri predmeta tuženi tvrdi da nije dao pristanak za kolektivnu tužbu, niti je takav postupak predviđen BiTom, ICSID konvencijom i ICSID Pravilima. Prema shvatanju tuženog, nepostojanje jasnog pristanka na kolektivni postupak ne može se tumačiti kao da je postupak dozvoljen, tj. kao njihov pristanak. Pozivajući se na nacionalna prava u kojima su masovne ili kolektivne tužbe poznate i regulisane posebnim propisima (SAD, Velika Britanija, Kanada, Italija), tuženi smatra da se "ćutanje" ne može smatrti pristankom.

Na iznete tvrdnje tužene, tužioci su u sva tri predmeta odgovarali uglavnom istim argumentima koje su istakli u predmetu *Abaklat*. Tako su u predmetu *Ambiente*,[23] tužioci odgovorili da nije reč o masovnoj tužbi, jer su je podneli pojedinačni tužioci koji su u zaštiti svojih prava nastupali neposredno i lično, a ne u ime trećih, te da se takve tužbe ne mogu označiti kao masovne, kolektivne ili klasne. I u sporu *Giovanni* (*Đovani*), tužioci su tvrdili da je reč o vrsti višestranačke arbitraže koja je dopuštena prema ICSID pravilima.[24]

Tako se spor oko nadležnosti arbitraže sveo na kvalifikaciju vrste tužbe i postupka koji je njome pokrenut. Dodatna zabuna nastaje i zbog toga što se u različitim državama i sudovima za ove tužbe i postupke koriste različiti termini: ma-

[22] Tač. 234. Odluke

[23] *Ambiente Ufficio and Others v the Argentine Republic*, ICSID, Case No ARB/08/9.

[24] V. *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/8), odluka o nadležnosti, tač. 47.

sovni zahtevi/tužbe (*mass claims*), kolektivne tužbe (*collective actions*), klasne tužbe (*class actions*),[25] reprezentativne tužbe (*representative actions*).

Što se tiče prigovora nenadležnosti i nedopuštenosti, među strankama nije sporno da nadležnost mora biti zasnovana na BiT-u i članu 25. ICSID konvencije, ali je sporan domašaj saglasnosti ili pristanka koji je u njima dat. Reč je o složenom teorijskom pitanju[26] od čijeg odgovora zavise brojne pravne posledice.

U generalnom smislu, u pogledu prigovora nenadležnosti, arbitražni sud je prvo konstatovao da Vašingtonska konvencija ne reguliše nadležnost Centra (*jurisdiction of the Center*) i nadležnost arbitraže (*competence of the Tribual*), niti pravi razliku između njih, pri čemu pojam nadležnosti obuhvata i pojam dopuštenosti (*admissibility*).[27] U odluci o svojoj nadležnosti, arbitražni tribunal smatra da je prigovor tuženoga o nenadležnosti neosnovan jer su u pitanju zahtevi iz sporazuma koji su "po prirodi" obuhvaćeni konkretnim BiTom i *ratione materiae* spadaju u nadležnost arbitraže.[28] Nakon toga, kao ključno, ostaje pitanje prirode i karaktera tako pokrenutog postupka i njegova sličnost sa postojećim sudskim postupcima kolektivne zaštite.

KLASNE TUŽBE U PRAVU SAD

Klasne (*class actions*) potiču iz američke sudske prakse[29] i koriste se u slučajevima tzv. masovnih šteta. Masovne štete karakteriše postojanje velikog broja oštećenih lica kojima je, po pravilu, naneta mala šteta, od strane jednog vinovnika istom radnjom, najčešće u dužem vremenskom periodu. Međutim, nije od značaja da li je radnja kojom je naneta šteta bila jednokratna ili je ponavljana više puta u dužem vremenskom periodu. Od značaja je da se njom na isti i nedozvoljeni način nanosi šteta ili ugrožavaju interesi većeg broja pojedinaca tako što im se onemogućava ili otežava ostvarivanje nekih subjektivnih prava. U takvim situacijama oštećenim pojedincima stoje na raspolaganju ili individualne tužbe kojima mogu pokrenuti individualne postupke pred nadležnim sudovima, ili se više

[25] V. tač. 93. Odluke u predmetu *Ambiente*.

[26] V. raspravu u tač. 245–258. Odluke.

[27] Tač. 245. Odluke.

[28] Tač. 331. Odluke.

[29] S. I. Strong Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T* and a Return to First Principles, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2011-07, 17 *Harvard Negotiation Law Review* http://ssrn.com/abstract=1791928. kao prvi slučaj klasne arbitarže navodi predmet *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* 539 U.S. 444 (2003). Nakon vodećeg slučaja bilo je preko 300 klasnih arbitraža, str. 6.

oštećenih lica može udružiti i podneti jednu tužbu. Tužba može biti pokrenuta kao individualna, a da joj se kasnije pridruže i druga navodno oštećena lica. Praksa pridruživanja individualnoj tužbi nije nepoznata ni u pravima evropskih država[30]. Stoga se, kao ključno, postavlja pitanje kako razlikovati spojene tužbe i postupke po spojenim tužbama od kolektivnih tužbi. Odgovor na ovo pitanje pretpostavlja prethodno jasno definisanje kolektivne tužbe.

U praksi se koriste različita pravna sredstva za pokretanje sistema ili mehanizama kolektivne zaštite. Obično se navode klasne, grupne, reprezentativne i kolektivne tužbe[31].

Klasnu tužbu (*class action*) kao jedinstvenu (jednu) tužbu podnose jedan ili više tužilaca kojom *u ime* veće grupe potencijalnih tužilaca sa definisanim karakteristikama pokreću postupak protiv istog ili iste tužene zbog gubitka ili štete nastale iz istih ili sličnih razloga. Oštećeni koji ne žele da učestvuju u postupku i budu vezani donetom presudom moraju da se o tome izjasne na izričit način, da optiraju posebnom izjavom-klauzulom *opt-out*. Ove tužbe se koriste u praksi SAD kao "snažno političko sredstvo američke demokratije i načela podele vlasti"[32].

Grupnu tužbu (*group action*) podnosi veći broj pojedinaca kojom se traži zajedničko saslušanje oko povezanih ili zajedničkih pitanja. Pojedinci koji žele da u tome učestvuju moraju se izjasniti "za", tj. optirati "opt-in."

Reprezentativne tužbe podnosi u ime većeg broja lica reprezentativno telo. Često su to udruženja za zaštitu potrošača. Razlika između ove i prethodne dve tužbe je u tome što reprezentativne tužbe ne podnosi oštećeni lično, niti kao član grupe ili klase, već od države ovlašćeno registrovano reprezentativno telo.

Korišćenje kolektivnog mehanizma zaštite se pravda procesnom ekonomijom i pogodnostima koje iz toga proizilaze u pogledu troškova postupka, pribavljanja dokaza i slično, što sve omogućava bolji pristup pravdi[33].

---

[30] V. *Michael Marks Cohen,* Overcoming Obstacles to Consolidation of International Arbitrations, u: Artur Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, *The Fordham papers 2009*, Martinus Nijhoff, 2009, str. 144.

[31] https://www.linklaters.com/en/insights/publications/collective-redress-2018/collective-redress-across-the-globe-2018/overview

[32] Christopher Hodges, US class actions: Promise and reality, *EUI WP* 2015/36, ERC-ER-PL-14, str. 3.

[33] Hodges, *n. delo*, str. 2.

U pravu EU[34] i u državama članicama ne postoji jasno razlikovanje ni jedinstvena lista tužbi.[35][36] U teoriji se polazi od opšteg pojma "kolektivne naknade" (*collective redress*) koji obuhata različite procesne mehanizme kojima se omogućava grupi tužilaca koji su pretrpeli sličnu štetu zbog istog nezakonitog ponašanja pravnog ili fizičkog lica, da dobiju naknadu kao grupa. Pravo da podnese tužbu sudu u ime grupe je priznato ili nekom od oštećenih članova grupe ili reprezentativnom telu. Zavisno od toga kome je priznata aktivna parnična sposobnost (*standing*), razlikuju se klasne i reprezentativne tužbe. EU reprezentativne tužbe može da podnese pravno ili fizičko lice koje je prema merodavnom pravu ovlašćeno da to učini u ime ostalih oštećenih, bez obzira što samo nije pretrpelo štetu. Koja su to tela, određuju države članice, najčešće propisivanjem dodatnih zahteva koji moraju biti ispunjeni kako bi se sprečila zloupotreba prava pokretanjem očigledno neosnovanih postupaka (kvalifikovana tela). Tako se podnošenje reprezentativne tužbe može usloviti odobrenjem domaćih vlasti ili nekim drugim vidom nadzora nad radom ovlašćenih tela. Može se, na primer, zahtevati da takva lica budu prethodno registrovana/upisana u posebne registre. Registracija podrazumeva da se takva lica ne bave lukrativno ovim poslom (advokatske kancelarije), da imaju potrebne kvalifikacije ili i kadar i slično. Kad je reč, na primer, o zaštiti potrošača, ovo pravo je priznato udruženjima za zaštitu potrošača. U Predlogu EU Direktive o evropskom modelu reprezentativne tužbe, grupne tužbe se ne pominju.

U nekim pravima država članica EU, pravo na pokretanje postupka je priznato svakom oštećenom licu, ili i oštećenim licima i registrovanim telima.

U SAD *svako lice* koje smatra da je oštećeno nekom radnjom može samo ili i u ime ostalih lica da pokrene odgovarajući postupak pred sudom, ako ispuni propisane uslove u pogledu brojnosti, zajedništva, tipičnosti i adekvatnog pred-

[34] V. Predlog direktive Evropskog parlamenta i Saveta o reprezentativnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089(COD), kao i Philippe Billiet, Class Arbitration in the European Union, Maklu, 2013.

[35] Ne samo što ne postoji jedinstvena taksonomija, već se na zbunjujući način koriste vrlo različiti termini. V. Collective redress in the Member States of the European Union, Study Requested by the JURI committee, http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses, str. 70.

[36] Study ... *n. delo*, str. 13. U Preporuci Komisije 2013/396/EU o zajedničkim načelima za mehanizme privremene i kompenzatorne kolektivne pravne zaštite u državama članicama u pogledu povreda prava koja proizlaze iz prava Evropske unije, SL L 201/60, 26.7.2013, polazi se od "kolektivne tužbe" kao zbirnog pojma koji obuhvata grupne i reprezentativne tužbe. Grupne tužbe mogu zajedno da ponesu oštećena lica, a reprezentativnu samo ovlašćena (reprezentativna) tela.

stavljanja[37]. Nakon što sud[38] utvrdi da su ispunjeni uslovi, potvrdiće (sertifikovaće) takvu tužbu kao kolektivnu grupnu tužbu (*class action*). U potvrđujućem nalogu mora biti određena klasa ili grupa koja je obuhvaćena tužbom, tužbeni zahtevi, identifikovani tuženi i mora biti postavljen savet ili odbor koji će predstavljati klasu.[39] Nakon toga se obaveštavaju stranke. U tom slučaju se i sva ostala oštećena lica, koja se ne nalaze kao "vodeći tužioci", *pozivaju* da prijave svoje potraživanje, odnosno da definišu tužbene zahteve. Prema načinu na koji ostali oštećeni mogu da se uključe u postupak kao tužioci, razlikuju se dva modela: opt-in i opt-out. Prema *opt-in* modelu, kao tužioci se smatraju ona oštećena lica koja su na jasan i izričit način dala svoju saglasnost da neko drugi u njihovo ime pokrene i vodi postupak, bilo u momentu podnošenja zahteva/tužbe ili nakon toga. Prema drugom modelu (*opt-out*), više individualnih tužilaca podnose tužbu zbog masovne štete, a sud pred kojim su podnete ih objedinjuje u jedan postupak i o tome putem javnih medija daje obaveštenje u kome oštećenima ostavlja rok da se prijave. Smatra su da su pokrenutom tužbom obuhvaćeni svi zainteresovani i oštećeni, bez obzira da li će se kasnije prijaviti. Od ove pretpostavke mogu se osloboditi samo lica koja se na izričit način izjasne da neće učestvovati u postupku.

Dodatnu zabunu kod klasifikacije i kvalifikacije korišćenih pravnih sredstava unosi nerazlikovanje kolektivne zaštite individualnih intersa od zaštite kolektivnih interesa. Razlika između njih je u predmetu ili objektu tužbenog zahteva. Kod prvih se štiti kolektivni interes, kod drugih individualni interesi i prava većeg broja lica. U praksi nastaju problemi jer se ova dva interesa često prepliću. Naime, dok je individualni interes relativno lako utvrditi jer se svodi na konkretan interes ili subjektivno pravo pojedinca ili većeg broja njih, kolektivni interes je više apstraktne prirode i javnog karaktera. On se svakako, sastoji od zbira pojedinačnih interesa i prava, ali se ne iscrpljuje u njima, već ih nadilazi. U tom smislu kolektivni interes izražava transindividualni karakter[40] koji je oličen u povredi ili ugrožavanju javnih ili opštih interesa ili prava. Međutim, bez obzira što se opšti interesi često sastoje od državnih ili javnih interesa ne mogu se poistovetiti sa njima, upravo zbog prisustva individualnih interesa. Primer za to su štetne po-

[37] V. čl., 23(a) SAD Federalnih pravila građanskog postupka.

[38] Dugo vremena, sve do odluke u predmetu *Green Tree Financial Corp v Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003) o tome su odlučivali sudovi. Presudom Vrhovnog suda SAD u ovom predmetu odobreno je pravo arbitara da sami o tome odlučuju.

[39] Tač. 23(c)(1)(B)

[40] Branka Babović, Zaštita kolektivnih interesa potrošača, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2014, vol. 62, br. 2, str. 215–228, Marko Baretić, Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu. u: *Republika Hrvatska na putu prema europskom pravnom području*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009, str. 241–286.

sledice nastale u tzv. dizelgejt aferi, u slučaju Folksvagen (*Volkswagen*) automobila. Lažiranjem rezultata testova štetnih izduvnih gasova u određenim modelima automobila, ne samo što su oštećeni interesi pojedinaca kao kupaca (npr. zato što je prodajna cena trebala biti manja i što će se teže preprodati), već je ispuštanjem veće količine štetnih gasova zagađena životna sredina drugih lica, a ne samo vlasnika automobila. S druge strane, lažiranjem rezultata ne samo da su izigrani i obmanuti kupci već i konkurenti proizvođača ili prodavaca takve robe. Iz ovoga bi se moglo zaključiti da pojam kolektivnog interesa treba definisati preko opšteg (materijalnog li nematerijalnog) dobra ili vrednosti (kvalitativni element) i određenog broja lica (kvantitativni element).[41]

U Predlogu Direktive je kolektivni interes definisan kao prost zbir individualnih interesa.

PRAVNA PRIRODA KLASNIH ARBITRAŽA

Arbitraže kod kojih su dopuštene klasne ili grupne tužbe, kao tužbe koje podnosi jedno lice kao učesnik ili član grupe ne samo u svoje ime već i u ime i za račun drugih lica koja se nalaze u istoj ili sličnoj poziciji, označavaju se kao klasne arbitraže.[42]

Za razliku od individualnih i višestranačkih arbitraža, u kojima tužioci pokreću postupak u svoje ime i traže naknadu za sebe, kod "grupnih arbitraža", umesto njih to rade predstavnici. U vreme pokretanja postupka i podnošenja tužbe, najčešće nisu poznati svi oštećeni, niti su identifikovani. Zavisno od modela tužbe koji može biti opt-in ili opt-out, ova lica mogu kasnije da optiraju li da se priključe tužbi, ili da se izuzmu od postupka i tužbe.

U teorijskom smislu se kao osnovno, postavlja pitanje da li su takve arbitraže (pred kojima se sprovodi postupak kolektivne zaštite) i dalje arbitraže, kao i ostale "klasične" trgovinske arbitraže, ili je reč o novoj "hibridnoj vrsti,"[43] koje se nalaze između klasičnih arbitraža i sudova. U odgovoru na ovu dilemu potrebno je razlikovati institucionalna pitanja i pravila postupka koja se sprovode pred grupnom arbitražom. U institucionalnom smislu grupne arbitraže se ne razlikuju od klasičnih, i mogu biti osnovane kao *ad hoc*, ili pri nekoj instituciji. Ono što ih čini posebnim i različitim od drugih jeste postupak koji se pred njima može pokrenuti

[41] Domaći zakonodavac se u Zakonu o zaštiti potrošača oslonio, pre svega, na broj oštećenih pa definiše da povreda kolektivnog interesa postoji kada se ukupnom broju od najmanje deset potrošača istovremenom radnjom povredi neko pravo. V. čl. 145(1). Zakona.

[42] Francisco Blavi and Gonzalo Vial, *Class Actions in International Commercial Arbitration*, *Fordham International Law Journal* 39(2016), 4, Article 2, str. 793.

[43] *Isto*, str. 794.

i sprovoditi i uloga suda u tom postupku. U postupku kolektivne zaštite na strani tužioca se javlja jedno ili više lica koja nastupaju ne samo u svoje ime (kao i kod svake tužbe) već i u ime i za račun drugih imenovanih ili neimenovanih ili identifikovanih lica (tužilaca). Kako i na strani tuženih može biti više lica, ove arbitraže podsećaju na višestranačke arbitraže ili arbitraže sa množinom subjekata (na primer suparničarstvo). Iz ovoga proizilaze ostale osobenosti klasnih arbitraža koje se odnose na: postojanje, valjanost i dejstvo arbitražnog sporazuma, imenovanje arbitara i dejstvo arbitražne odluke.

PITANJE SAGLASNOSTI ILI PRISTANKA NA ARBITRAŽU KOD KLASNIH ARBITRAŽA

Osnov svake arbitraže čini sporazum u kome su se stranke saglasile da njihov spor bude rešen na poseban način: ne pred sudom, već pred dogovorenom arbitražom[44]. Bez obzira što su, tokom vremena pitanje pristanka ili saglasnosti i način davanja pristanka vrlo široko tumačeni (kao unapred dato, podrazumevajuće i slično), u formalnom smislu pristanak mora postojati. Pristanak ili saglasnost na arbitražu čini osnov za konstituisanje arbitraže i njen dalji rad sve do priznanja i izvršenja arbitražne odluke. U praksi je saglasnost tumačena široko. Široko tumačenje arbitražnog sporazuma se ogleda u tome što saglasnost može biti data i nakon što je osnovni posao zaključen i nakon što je nastao spor, kao naknadni pristanak. Međutim, drugi elementi saglasnosti su definisani precizno i strogo. Tako je, kao opšte, prihvaćeno pravilo da sporazum mora biti u pisanoj formi i da se saglasnost mora odnositi na spor čije rešavanje pred arbitražom nije u suprotnosti sa unutrašnjim (a nekad i sa međunarodnim) javnim poretkom.

Kod klasnih arbitraža značaj ovih pitanja je u početnom periodu u praksi SAD relativizovan. Tako je ćutanje u pogledu pristanka tumačeno kao saglasnost,[45] a kao nedozvoljene su smatrane klauzule u opštim uslovima prodaje kojima su prodavci unapred zabranjivali klasne arbitraže. Međutim, posle početne blagonaklonosti američkih sudova u tumačenju, Vrhovni sud SAD je u pred-

[44] V. Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002; Jelena Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, teza, Pravni fakultet u Beogradu, 2016. Andrea Marco Steingruber, *Consent in International Arbitration* Oxford, Oxford University Press, 2012, str. 71.

[45] Presuda američkog Vrhovnog suda u predmetu *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* 539 U.S. 444 (2003) u kome je Vrhovni sud SAD implicitno odobrio sprovedeni postupak po klasnoj tužbi iako to nije bilo dogovoreno.

metu *Lamps Plus Inc. v. Varela,*[46] zauzeo stav (doduše tesnom većinom, 5:4) da se nejasne i dvosmislene formulacije iz arbitražne klauzule kojima je predviđena arbitraža, ali nije navedena koja vrsta arbitraže, ne mogu tumačiti kao saglasnost za klasne arbitraže, bez obzira što na tome insistira strana koja nije učestvovala u njihovoj formulaciji (po principu *in dubio contra stipulatorem*). U kon kretnom slučaju u pitanju je bio radni spor prema opštim uslovima poslodavca. Time je Sud potvrdio stav koji je zauzeo u predmetu Stolt-Nielsen S.A. et al. v. AnimalFeeds International Corp. da se sporazum o individualnoj arbitraži ne može tumačiti kao pristanak druge strane na klasnu arbitražu. Sud navodi da postoji fundamentalna razlika između klasnih arbitraža i individualnih formi arbitraža. Klasne arbitraže žrtvuju osnovnu prednost arbitraža - njen neformalni karakter – i čine postupak sporijim, skupljim, i verovatnijim za stvaranje procesnog nereda. I u pogledu "ćutanja", sudovi su promenili stav u korist pretpostavke da klasna tužba nije dopuštena ako arbitražna klauzula o tome ćuti.[47]

U odluci donetoj u predmetu *Abaclat*, arbitražni tribunal je zauzeo stav da masovni aspekti tužiočevog zahteva ne predstavljaju prepreku za pokretanje arbitražnog postupka, niti arbitražu čine nedopuštenom. Iz pretpostavke da je arbitraža nadležna za individualne sporove sledi da je automatski nadležna i za višestranačke sporove. Međutim, ovakav stav je kritikovan u kasnijoj *Giovanni* odluci.[48] U odluci donetoj u ovom predmetu, ćutanje u merodavnim pravilima u pogledu vrste postupka, arbitražni tribunal nije tretirao kao "kvalifikovano ćutanje"; već kao ćutanje koje on treba da tumači u skladu sa odredbama člana 44. ICSID konvencije i pravila 19. ICSID Arbitražnih pravila.[49] I u pogledu karaktera i značaja prethodnih konsultacija koje su strane imale pre nego što pokrenu arbitražni postupak, arbitražno veće je, suprotno navodima tuženoga, našlo da je tražene konsultacije obavila Radna grupa u ime italijanskih imalaca obveznica[50], kao

[46] U pitanju je bio hakerski napad jednog zaposlenog na kompjuterski sistem poslodavca u kome su na nezakoniti način otkriveni poreski podaci za 1300 zaposlenih. Nakon što je u ime Franka Varelija podneta lažna poreska prijava, Vareli je podneo tužbu protiv poslodavca (Lamps Plus) Okružnom sudu u ime zaposlenih čiji su podaci ugroženi. Oslanjajući se na arbitražni sporazum iz ugovora o radu poslodavac je tražio od suda da se pokrene individualna, a ne klasna tužba. Okružni sud je odbio zahtev za pojedinačnu arbitražu i odobrio klasnu arbitražu. Protiv takve odluke poslodavac se žalio navodeći odluku Suda u predmetu Stolt-Nielsen u kojoj je Sud zauzeo stav da se ne može pokrenuti klasna arbitraža ako arbitražna klauzula o tome "ćuti".

[47] V. Class Arbitration – Who Decides? *National Law Review*, https://www.natlawreview.com/article/class-arbitration-who-decides

[48] *Giovanni Alemanni and Others v the Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 November 2014), ICSID, Case No ARB/07/8 tač. 289.

[49] Tač. 520, 551(I) (ii). Odluke.

[50] Tač. 566(i).

njihov zastupnik, bez obzira što nije jasno koliko je imalaca potpisalo ovlašćenje za pregovore Radnoj grupi.[51]

Naime, u vreme podnošenja zahteva bilo je oko 180.000 potpisnika, ali je kasnije ovaj broj pao na oko 60.000. Promenu broja imalaca bondova kao budućih tužilaca, tuženi je, po našem mišljenju osnovano, smatrao kao jednostranu i nedozvoljenu radnju, posebno dodavanje novih tužilaca nakon predaje arbitražnog zahteva, u skladu sa odredbama člana 36. ICSID konvencije i pravila 25. ICSID Arbitaržnih pravila. Tuženi je i kasnije povlačenje tužilaca iz postupka, bez njegove saglasnosti, smatrao nedopuštenim. Arbitražni tribunal je, međutim, imao suprotno mišljenje.[52] Veće je zauzelo stav da je postupak pokrenut od strane svih tužilaca koji su navedeni u posebnom aneksu pre obaveštenja o registraciji, te da je ovako pokrenut postupak prekinut danom odašiljanja odluke svim tužiocima koji su navedeni u posebnom aneksu.[53]

Što se tiče prirode postupka koji je pred njim vođen, arbitražni tribunal smatra da je reč o mešovitom ili hibridnom postupku koji je počeo kao spojeni ili agregatni (u kome je spojeno više individualnih tužbi), a nastavljen kao reprezentativan ili grupni[54], u kome su grupisani individualni zahtevi u jedan proces.

Hibridna priroda klasnih arbitraža se manifestuje i kroz kontrolnu ulogu sudova na dva načina ili pristupa. Prema prvom, mešovitom ili hibridnom pristupu, sudovi zadržavaju pravo da vrše "sertifikaciju" zahteva za pokretanje arbitražnog postupka i da obaveste grupu ili klasu, kao i da odlučuju o pravičnosti konačne arbitražne odluke. Arbitri su ovlašćeni da odlučuju o meritumu spora. Ipak, sudovi zadržavaju svoju ulogu i kod imenovanja arbitara, u oceni forme arbitražnog sporazuma, kao i u pogledu sadržine i dejstva arbitražne odluke.[55] Prema drugom pristupu (*rule based model*), arbitri odlučuju o svim elementima postupka i u svim fazama. Sudovi su potpuno izvan procesa i ne mogu se u njega ukjučiti *sua sponte*.

Na kraju, u pogledu postojanja i načina davanja saglasnosti stranaka na ovu vrstu, makar i hibridne arbitraže, arbitražni tribunal je pošao od pretpostavke da je arbitraža nadležna u postupcima koji pokreće nekoliko individualnih tužilaca, kojima se ovo individualno subjektivno pravo ne osporava. Ako je tako, teško je razumeti kako je tribunal "izgubio takvu nadležnost ako broj tužilaca nara-

[51] Tač. 560, 561.

[52] Tač. 612. i 620. 635.

[53] Tač. 640.

[54] Tač. 488.

[55] S. I. Strong, *n. delo*, str. 6–7.

ste preko određenog broja i koji je to broj ili tzv. prag.[56] S druge strane, arbitražno veće navodi da kolektivna priroda ovog postupka proizilazi primarno iz "prirode investicije."[57] I u odluci donetoj u predmtu *Ambiente Ufficio and Others v the Argentine Republic*, arbitražni tribunal je zauzeo stav da masovne postupke ne bi trebalo tretirati drugačije nego kao višestranačke postupke.[58] Kvalifikacija ovih arbitraža kao višestranačkih znači i da nije potrebna posebna saglasnost ili pristanak druge strane na njeno pokretanje, čime je rešeno i pitanje da li je potrebna posebna saglasnost na vođenje klasnog postupka.

U *Abaclat* odluci, arbitražno veće, kao ključno, nije smatralo postavljeno pitanje da li je Argentina pristala na masovni postupak, već da li ICSID arbitraža može da vodi takav postupak,[59] čime je relativizovan značaj pristanka tuženoga na datu arbitražu. Na arbitrima je da odrede da li je broj takav da "spajanje odvojenih arbitraža u ime svih članova nije praktično izvodljiv."[60] Ako o tome ne postoje pravila (u pravilniku koji se primenjuje), arbitri će primeniti pravo sedišta arbitraže, kao bi odredili pojam "grupe" ili "klase".

Na osnovu svega što je našao, arbitražni tribunal smatra da je reč o dozvoljenom postupku i da masovnost tužbi/zahteva ne predstvalja prepreku za vođenje postupka.[61] Arbitražni tribunal smatra da je "Takav postupak (je) dozvoljen i prihvatljiv na osnovu člana 44 ICSID konvencije, pravila 19 ICSID Arbitražnih pravila, kao i više na *generalnom duhu, predmetu i cilju ICSID konvencije*..."[62] (istakao R. V).

ZAKLJUČAK

Arbitražna praksa se u poslednjih nekoliko decenija, posebno kod investicionih arbitraža, nalazi pred brojnim izazovima, koje su arbitri rešavali na različite načine. Gotovo do kraja prošlog milenijuma često su i bez pogovora isticane brojne prednosti koje nose razne vrste arbitraža, a posebno međunarodne trgovačke arbitraže. Verovatno i pod takvim utiskom, sve većem broju sporova se priznaje arbitrabilnost, što dovodi do osnivanja raznih vrsta specijalizovanih ili posebnih arbitraža. Međutim, kada su u pitanju međunarodne investicione arbitraže, mogu

[56] Tač. 490.

[57] Tač. 490, st. 1, druga alineja.

[58] *Ambiente Ufficio and Others v the Argentine Republic*, ICSID, Case No ARB/08/9, tač. 122.

[59] Tač. 491.

[60] AAA Supplementary Rules, pravilo 4(a)(1); kao i FED. R. CIV. P. 23(a); JAMS Class Arbitration Rules, *pravilo* 3(a).

[61] Tač. 660. Odluke.

[62] Tač. 660(1)(i) četvrta alineja.

se uočiti dve tendencije: tendencija širenja nadležnosti i tendencija porasta nepoverenja i kritičkog odnosa, posebno prema arbitražama iz okvira ISDS mehanizma konstituisanih na osnovu BiT-ova. Prva tendencija širenja se manifestuje kroz sve liberalnije tumačenje pojma arbitrabilnosti, a kod investicionih arbitraža kroz široko tumačenje pojmova investicije i njihove zaštite, ali i kroz pokušaje da se prihvate arbitraže pred kojima bi se vodili kolektivni postupci radi zaštite kolektivnih interesa, tzv. klasne ili grupne arbitraže. U tom smislu su analizirane neke od novijih arbitražnih odluka. Ipak, bez obzira što su analizirane odluke naišle na odobravanje američkih sudova, čini se da priča nije završena, već da se tek problematizuje, jer se čini da argumenti kao što su "sama priroda" spora ili "priroda investicija", nisu dovoljno ubedljivi da bi bili široko prihvaćeni. U suprotnom, masovno pokretanje klasnih tužbi pred investicionim arbitražama može biti "tragična greška."[63]

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ, Ph.D.,
Professor, University of Banja Luka,
Member of Academy of Science and Arts
of the Republic of Srpska

COLLECTIVE ACTIONS IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATIONS

Summary

The decision of the ICSID Arbitral Tribunal in the Abaclat case, which held that it had jurisdiction to conduct collective redress and that such lawsuits were admissible, has raised numerous comments and dissenting opinions in the legal theory and practice of investment arbitrations. Some scholars consider it as a new type of arbitration that cannot be constituted without the specific consent of all parties to the dispute. Other authors consider this arbitration as a type of multilateral arbitration that is permitted under existing rules and sources of law. The third scholars consider that as a hybrid arbitration whose collective interest protection proceedings have elements of litigation and commercial arbitration proceedings. After a brief analysis of the award and an overview of the basic features of US class actions and representative lawsuits in EU law, the author gives a critical review of the award on jurisdiction. The author considers that the hybrid nature of the proceedings, by which the arbitral tribunal justifies its position, threatens to undermine the basic principles underlying classical commercial arbitration, especially with regard to the consent of all parties to arbitration. For these reasons, he believes that adopting such a practice could further undermine the

[63] Gary Born & Claudio Salas, "The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors" (2012) 2012 *J Disp Res* 21, str. 21–22.

credibility of investment arbitrations, which has already been seriously called into question by the broad interpretation of the term investment and the ISDS mechanism in bilateral agreements on the promotion and protection of foreign investment.

Key words: class action, collective redress procedure, foreign investment, arbitration, jurisdiction of arbitration, admissibility of arbitration

MARKO BABIĆ,
EDUARD KUNŠTEK

POHVALA PRAVNOM "RAZUMU"

Autori razmatraju problematiku propisa koji nisu dvojbeni sa stajališta njihove protivnosti prirodnom ("višem") pravu i ustavnim normama, već onih koji sadrže norme protivne prirodnim zakonitostima ili društvenim mogućnostima te zdravom razumu/pravilima logike ili su iznimno štetni. Njihovo se donošenje, napose u državama članicama Europske unije, recentno nastoji spriječiti propisivanjem različitih postupaka procjene učinaka propisa i osnivanjem entiteta specijaliziranih za tu djelatnost – ali se, unatoč tomu, može zamijetiti kako postoje brojni primjeri koji upućuju na zaključak da takva aktivnost ne daje željene rezultate. Njezina birokratiziranost, samosvrhovitost i nemogućnost da se nositelji postupka uspješno suprotstave zakonodavnim (političkim) pritiscima navodi na zaključak kako bi bilo poželjno domisliti i neke druge korektive kojima bi se mogle spriječiti uočene deformacije.

Ključne riječi: *vladavina prava, pravna država, vladavina "višeg" prava, procjena učinaka propisa, pametno zakonodavstvo*

UVOD

Pojmovima "pravna država" (*Rechtsstaat, État de droit, Estado de derecho*), i "vladavina prava" (*Rule of law, Imperio de laley, Право во егосуδарство*) uglavnom se pridaje značenje ideala koji je postavljen kao opći cilj ljudskog roda. Oni

Dr Marko Babić, docent Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Generalni konzul Republike Hrvatske u Mostaru, Bosna i Hercegovina.

Dr Eduard Kunštek, profesor u trajnom zvanju, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

su u pojedinim državama, kako suvremenim tako i u povijesti, ostvareni s manje ili više uspjeha. Dakako, postoje i drukčija stajališta prema kojima uopće ne treba težiti ostvarenju pravne države – ona su ipak u manjini,[1] budući da se u društvenoj zbilji pokazalo kako bilo kakva zajednica, čini se ne samo ljudska,[2] teško funkcionira bez postojanja pravila koju njeni pripadnici trebaju poštivati na dobrobit sviju. Ovo pretpostavlja i postojanje entiteta koji će osigurati takvo ponašanje te sankcionirati postupanje protivno pravilima, odnosno štititi interese zajednice, kao i njenih pojedinaca – pod pretpostavkom da oni nisu nespojivi s općim interesima. To je u moderno vrijeme država – a u povijesti su to bili pojedinci ili grupe koje su raspolagale s dominantnom silom. Oni, za razliku od suvremenih država, uglavnom nisu pokušavali "samoograničiti" svoju moć, a vlastita su pravila primjenjivali samo utoliko ukoliko to nije bilo suprotno njihovim interesima.[3]

Jedno od mogućih stajališta jest da je svaka država "pravna" – čim su njeno uređenje i društveni odnosi uređeni pravnim normama. Međutim, to nije nužno tako. Dokaz o tome jesu totalitarne države poput Njemačkog Rajha (*Deutsches Reich*) ili Kraljevine Italije (*Regno d'Italia)* u vrijeme Musolinija, koje jesu bile pravno uređene, odnosno njihov državni sustav i društveni odnosi općenito su bili uređeni pravnim normama. Stoga se glavno pitanje sastoji u tome jesu li takve pravne norme propisivale ono što su njihovi adresati očekivali i jesu li se države "samoograničavale" kad su u pitanju prava podanika i drugih osoba na njihovu teritoriju? Drugim riječima, jesu li one bile sukladne nekom višem pravu – "nadpravu", koje istina nije pisano, ali poštivanje kojega je uvjet bez kojega se pozitivno pravo ne može smatrati ni moralnim, ni pravednim – a ni "pravom" (*rule of higher law*).

Koncept "nadprava" – danoga od Boga ili nekoga drugog "višeg" izvora koje pozitivno pravo mora slijediti, može se zamijetiti u jednoj prelijepoj rečenici iz poljskog Ustava:

> "Mi, poljski narod, svi građani republike, jednako oni koji vjeruju u Boga kao izvorište istine, dobrote i ljepote, kao i oni koji ne dijele tu vjeru i crpe

[1] V. Đuro Vuković, *Pravna država*, Zagreb, 2005, navod iz predgovora: "Dakako koncepcija pravne države se i negira ne samo kao nepotrebna, nego i štetna. U tome je osobito radikalan anarhizam izražavajući nevjerice u pravo, jer da onemogućava individualnu slobodu, pa pledira svijet bez zakona. Bakunjin je 1848. godine pisao: "Ja ne vjerujem u ustave i zakone. Ni najbolji ustav na svijetu ne bi me zadovoljio. Mi trebamo nešto posve drugo. Nadahnuće, život, jedan novi svijet bez zakona koji će zbog toga biti slobodan."

[2] Notorno je kako i među pojedinim grupama životinja postoje određena pravila i uređeni odnosi.

[3] U tome i jest jedna od glavnih razlika između države i organiziranih kriminalnih skupina (bandi).

te opće istine iz drugog izvora, jednaki smo u svojim pravima i obvezama prema Poljskoj."[4]

Ovaj rad nije posvećen analizi i/ili vrijednosnoj ocjeni različitih doktrina koje se odnose na "pravnu državu" ili "vladavinu prava" odnosno na "vladavinu višeg prava" (nadprava), a napose ni povijesti njihova nastanka[5] – čini se da bi trebalo prihvatiti stajalište da "nadpravo" postoji, slijedom čega bi pravne norme, pa čak i one ustavne naravi, koje primjerice dopuštaju ropstvo, trebale biti bez učinka.[6] U njemu se razmatra donekle drukčija problematika i polazi od toga kako država također treba voditi računa da ne donosi propise koji su protivni zakonima prirode, društvenim mogućnostima i/ili pravilima logike – a može se zamijetiti da takvi propisi postoje. Naime, kad je u pitanju ustav kao pozitivnopravni propis, neovisno o tome slijede li njegove odredbe norme "višega prava", država uobičajeno osigurava njihovu primjenu (jer joj je to u interesu) putem nekog posebnog tijela (ustavnog ili nekog drugog visokog suda – najčešće vrhovnog suda). S druge strane, čini se da postoji nešto drukčija dimenzija problema kad su u pitanju propisi koji su protivni prirodnim zakonitostima ili društvenim mogućnostima – adresati se od njih nemaju potrebe "štititi" budući da im je i inače inherentna nemogućnost ostvarenja. Donošenje takvih propisa uglavnom šteti samo ugledu njihova donositelja. Često se prepričava šala o tome kako je prije nekoliko desetljeća lokalna vlast u bivšoj Jugoslaviji promijenila dan održavanja tjednog sajma (pijace), pa je propisala da on nije u petak (za vrijeme bivše "nenarodne" vlasti), već u četvrtak (kvalitativna promjena koju je uvela nova "narodna" vlast) – tom je prigodom dobošar na gradskom trgu izvikivao: "Čujte i počujte, daje se na znanje – narodna vlast je odlučila da će ubuduće petak biti u četvrtak". Ili, što bi trebali pomisliti o propisu kojim Europska unija omogućuje i uređuje stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava u korist svojih državljana na Mjesecu? Vjerojatno bi zaključili kako se radi o propisu koji nema previše smisla i/ili koji se ne može primijeniti. To ipak nije spriječilo jednog hrvatskog zastupnika u Europskom parlamentu da postavi pitanje što Europska komisija čini kako bi za-

[4] Ustav od 2. travnja 1997. (preambula): "We, the Polish Nation – all citizens of the Republic, both those who believein God as the source of truth, justice, good and beauty, as well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources, equal inrights and obligations towards the common good – Poland."

[5] V. Miomir Matulović, "Povijest teorija prirodnih prava (1)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* 1994.

[6] Dakako, postoje brojni primjeri da to nije uvijek slučaj, što otvara dodatnu problematiku i pitanje kako se, osim pobunom i/ili silom (koju bi u takvom slučaju trebalo smatrati dopuštenom), štititi od postupanja države koja ne poštuje vladavinu "višeg prava"?

štitila prava Europske unije i njenih država članica na tom nebeskom tijelu. Propis nije donesen, a Europska komisija je odgovorila kako za takav legislativni akt "nije nadležna".[7]

Dodatno, što se tiče propisa koji po svom sadržaju nisu protivni normama "višeg prava" i/ili ustavnim normama te prirodnim zakonitostima ili društvenim mogućnostima, ali su protivni pravilima logike/zdravom razumu ili su iznimno štetni – čini se da ne postoji jednostavan odgovor na to kako bi se mogli zaštititi od njihovih učinaka. Naime, oni nisu protivni tom (višem) pravu, osim ako se ne zauzme stajalište da ono uključuje i logička pravila ili pravila "zdravog razuma", a uloga kontrolora njihove sukladnosti s ustavom je zapravo onemogućena – budući da on može odlučivati samo o njihovoj sukladnosti s tim propisom. To zbog toga što ustavni sud može smatrati neki propis "glupim" ili "štetnim", ali ga zbog toga ne može naći neustavnim – budući da se zbog ovoga nedostatka ne može tako kvalificirati.

Ova problematika nije prisutna samo kad su u pitanju donositelji različitih propisa, već i u judikaturi, odnosno kad su općenito u pitanju oni subjekti koji pravne norme, koje inače nemaju nikakav nedostatak, očigledno primjenjuju protivno pravilima zdravog razuma ili pravilima logike.

Izvjesno je da bi se opsežnijim istraživanjem pronašao veći broj propisa i/ili pojedinih normi koje su u njima sadržane, a protivne su zdravom razumu/pravilima logike i/ili su očigledno štetne, ali nisu nužno istovremeno protivne i normama prirodnog prava ili pravnih akata višeg ranga.[8] Takve pojave se mogu spriječiti pažljivim i stručnim radom u postupku pripreme i donošenja propisa – koji u mnogim državama naizgled postoji ili se propisuje, ali u pravilu ne daje željene ishode.

O PROCJENI UČINAKA PROPISA

U moderno se vrijeme mogu zamijetiti tendencije osnivanja državnih tijela i/ili posebnih entiteta (agencija) koje se bave prethodnim i naknadnim procjenama/analizama učinaka pojedinih propisa.[9] Deklarirani ciljevi ovih tijela i njihovih osnivača svode se uglavnom na osiguranje kvalitete i međusobne usklađenosti propisa te pozitivnog utjecaja na njihove adresate – možemo ovome dodati i kako oni ne bi, između ostaloga, bili protivni pravilima logike/zdravom razumu ili čak

[7] *Jutarnji list,* 8.9.2015.

[8] To se odnosi i na odluke koje su naizgled sukladne pravnim normama – ali odstupaju od načela zdravog razuma ili pravila logičkog zaključivanja.

[9] V. Slavica Banić, "Perspektive procjene učinaka propisa", *Hrvatska javna uprava*, 2009, str. 949. i dalje.

štetni po zajednicu. U mnogim se državama nastoji pronaći i propisati način na koji bi se to postiglo – međutim, često izostaje ostvarenje namjeravanih učinaka, pa se stječe dojam da se zapravo radi o nepotrebnom birokratiziranju i provedbi postupka koji je postao sam sebi svrha.[10] U Europskoj uniji postoji "Vodič za donošenje boljih propisa" (*Better regulation guide lines)*,[11] a u Hrvatskoj i Zakon o procjeni učinaka propisa[12] te Ured za zakonodavstvo koji, između ostaloga, procjenjuje učinke pojedinih propisa i usklađuje rad drugih subjekata koji su dužni provoditi ovu aktivnost.[13] Jedno kraće vrijeme, u razdoblju od 2007. do 2009,[14] postojao je i Ured za koordinaciju sustava procjene učinka propisa.[15] Sve više se promoviraju koncepti "pametnog zakonodavstva" (*smart regulation*)[16] te, ipak često samo formalno i bez ozbiljnijeg napora da se pronađu ona koja najviše služe postizanju namjeravanoga cilja, ističu načela (principi, "misli vodilje") koja se žele ostvariti, primjerice:

1. primjena zakonodavnog okvira procjene učinaka propisa,
2. analiza postojećeg stanja u području koje se namjerava urediti,

---

[10] *Ibidem*, str. 951: "U zemljama EU procjena učinka propisa različito je primijenjena. Primjerice, u Italiji, koja se godinama nosi s problemom prevelike regulacije, obveza procjene učinka propisa uvedena je zakonom iz 1999. Međutim, njezina provedba nije zaživjela u željenom smjeru. U Francuskoj je obvezna provedba procjene učinka uvedena 1993., ali također nije proizvela željene učinke. Svela se na sredstvo formalne naknadne procjene radi opravdanja određenog političkog odabira. Međutim, upravo su pogreške iz prošlosti vezane uz propuste odgovarajuće procjene učinka dovele do toga da na temelju preporuka Državnog savjeta Francuska razmišlja o uvođenju ustavno obvezujućeg zahtjeva da novi zakoni moraju proći prethodnu procjenu prije nego što dođu do parlamenta. Englesko iskustvo na tom području je najzavidnije. Gotovo 100% onoga što se podrazumijeva pod regulacijom u Velikoj Britaniji pokriveno je regulacijskom procjenom učinka. To je Veliku Britaniju učinilo svjetskim predvodnikom u tom području i ključnim čimbenikom visoke pozicije Velike Britanije u prikazima Svjetske banke i OECD-a."

[11] V. *https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en*, 25.6.2019.

[12] Zakon koji je uređivao tu materiju donesen je 2011. (*Narodne novine*, br. 90/2011). Stavljen je izvan snage nakon što je 2017. usvojen novi Zakon o procjeni učinaka propisa, *Narodne novine*, br. 44/2017. On sadrži određenje pojmova "postupka procjene učinaka propisa" te naznaku o ciljevima tog postupka. V. čl. 2. i 3.

[13] Uredba o uredu za zakonodavstvo, *Narodne novine*, br. 17/2012, čl. 2.

[14] V. Uredbu o osnivanju Ureda za koordinaciju sustava procjene učinka propisa, *Narodne novine*, br. 68/2007 i 44/2008. te Uredbu o ukidanju te Uredbe, *Narodne novine*, br. 96/2009.

[15] O tom tijelu javnost je imala iznimno negativno mišljenje te su se o njegovu radu pojavile različite šale – poput da je u njemu zaposlen "podtajnik administrativnog tajnikovog tajnika."

[16] V. Strategiju procjene učinaka propisa za razdoblje od 2013. do 2015. godine (Hrvatska). *savjetovanja.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//Strategija%20procjene%20u%C4%8Dinaka%20propisa%20za%20razdoblje%20od%202013.%20do%202015.%20godine.pdf*, 25.6.2019.

3. razmatranje više rješenja za postizanje utvrđenih ciljeva zakonodavnog prijedloga,

4. razmatranje pojednostavljenja zakonodavnog prijedloga primjenom alata procjene učinaka na malo gospodarstvo i mjerenja administrativnog troška propisa,

5. provedba javnog savjetovanja prilikom izrade zakonodavnog prijedloga,

6. učinkovita kontrola kvalitete zakonodavnih prijedloga i akata procjene učinaka propisa,

7. osiguranje organizacijske strukture za učinkovitu provedbu zakona.[17]

Mogu se navesti različiti razlozi zbog kojih tijela koja analiziraju/procjenjuju učinke budućih ili aktualnih propisa ne uspijevaju uvijek postići željeni rezultat: kadrovska i/ili intelektualna/stručna potkapacitiranost, birokratiziranost sustava, utjecaj nekvalitetnih ili štetnih (za njih nesavladivih) političkih odluka i sl.

Stoga postoji potreba da se propisi dodatno (pro)ocjenjuju i izvan tako ustanovljenog "sustava", napose putem kontrolora njihove ustavnosti, ali i "povećalom javnosti" o kojoj svaka suvremena vlast uglavnom vodi "računa". Dakako, niti to nije garancija da se neće pojavljivati anomalije te da će se donositi propisi koji su dvojbeni ne samo sa stajališta sukladnosti "višem pravu" ili ustavu, već i oni koji su protivni prirodnim zakonitostima ili društvenim mogućnostima, ili koji su nerazumni, nelogični ili štetni. Zato se opravdano postavlja pitanje – ima li mjesta nastojanju da se traže neki drugi "alati" ili će se problem ("izvanpravno" i protekom vremena) riješiti sam po sebi?

LEX IOCIS

Primjerice, neki zakoni omogućuju upis vlasništva na nekretninama (zemljištu) u javne registre (zemljišne knjige) u korist osoba javnog prava (države, jedinice lokalne samouprave), neovisno o tome što na njima postoji pravo vlasništva drugih (privatnih) osoba.[18] Ističe se kako oni ne vode računa o ustavnom jamstvu prava vlasništva.[19] Poseban problem je to što u slučaju takvog (faktičkog)

[17] V. Strategiju procjene učinaka propisa za razdoblje 2018. do 2023. godine (Hrvatska). *zakonodavstvo.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti//180116%20UZ%20GT%20SPUP%202018-2023%20FINAL%202.0.pdf*, 25.6.2019.

[18] Zakon o vodama, *Narodne novine*, br. 153/2009, 63/2011, 130/2011, 56/2013, 14/2014, 46/2018 i Zakon o cestama, *Narodne novine*, br. 84/2011, 18/2013, 22/2013, 54/2013, 148/2013, 92/2014.

[19] V. Ante Perkušić, "Najšira ograničenja vlasnikove pravne ovlasti nad nekretninama prema posebnim stvarnopravnim uređenjima i jamstva prava vlasništva", *Pravo u gospodarstvu*, 2014, br. 2.

izvlaštenja bivšem vlasniku ne pripada naknada. Međutim, postojanje "kontrolora" zakonodavca (zaštitnika ustava) nije uvijek jamstvo da će se takvim očitim primjerima izostanka "samoograničenja" državne moći[20] doći do odgovarajuće reakcije.[21] U jednom predmetu hrvatski Ustavni sud je, primjerice, zauzeo stajalište kako su takve nekretnine "u pravilu" već prestale biti vlasništvo osoba koje su kao takve upisane u zemljišne knjige te kako njihovo pravo nema značajke pravnog standarda "mirnog uživanja vlasništva". Ono se opravdano može kritizirati, jer ono polazi od toga da je takvo postupanje države legitimno – neovisno o tome što će se na njegovu udaru naći i pojedinci koji nisu prestali biti vlasnici prije donošenja navedenoga propisa (na koje se "pravilo" ne bi smjelo primijeniti). Ali eto, radi se o malom broju pojedinaca, pa nije toliko važno zaštititi njihova prava. Slično se može zamijetiti i u njegovoj odluci u povodu jedne odredbe propisa koji

[20] V. Zakon o cestama, čl. 124. st. 2: "Javne ceste iz stavka 1. ovoga članka upisat će se u zemljišnu knjigu kao javno dobro u općoj uporabi, kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske uz upis pravne osobe koja upravlja javnom cestom, bez obzira na postojeće upise u zemljišnoj knjizi." V. i čl. 132. st. 1: "Postojeći upisi u katastru i zemljišnim knjigama javnih cesta koje su na temelju ovoga Zakona postale ceste iz članka 98. stavka 1. podstavka 1. ovoga Zakona zamijenit će se po službenoj dužnosti upisom nerazvrstane ceste javnog dobra u općoj uporabi kao neotuđivog vlasništva jedinice lokalne samouprave na temelju odluke iz članka 98. stavka 2. ovoga Zakona."

[21] Izvadak iz Rješenja Ustavnog suda U-I-6326/2911 od 7.2.2017, *Narodne novine*, br. 23/2017, toč. 28: "Ne može se pri tom zanemariti ni činjenica (na koju ukazuje i Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture u svojem očitovanju - v. točku 26. obrazloženja ovog rješenja) da su nekretnine na koje se odnose osporene odredbe ZoCest-a//84/11-92/14, u pravilu, već izvlaštene od bivših vlasnika uz njihovo znanje i sudjelovanje u odgovarajućim postupcima (u kojima su isplaćene i naknade), ali da to u većem broju slučajeva nikada nije upisano u zemljišne knjige. Stoga, ako se prigovori predlagatelja razmotre (i) u takvom svjetlu, proizlazi da "vlasništvo" privatnopravnih subjekata, koji i dalje sebe smatraju vlasnicima nekretnina - u naravi cesta, nema onu kvalitetu koju podrazumijeva pravni standard "mirnog uživanja prava vlasništva". Zakonska, konvencijska i ustavnopravna zaštita prava vlasništva odnosi se, u načelu, na onu vrstu odnosa vlasnika prema objektu svojeg vlasništva koju je moguće označiti kao "mirno uživanje". Provedba postupaka izvlaštenja, ili evidentna gradnja ceste na određenoj nekretnini tijekom izvjesnog vremena, ili njezina evidentna ustaljena opća uporaba u svojstvu ceste, po prirodi stvari, isključuje mogućnost istodobnog "mirnog uživanja" vlasništva nekretnine. Stoga se stajalište bivših vlasnika kako njihovo vlasništvo i dalje postoji (te im se primjenom ZoCest-a//84/11-92/14 oduzima) danas, u pravilu, temelji samo na činjenici da su u vrijeme izvlaštenja spornih nekretnina odnosno u vrijeme gradnje cesta na tim nekretninama izostali odgovarajući upisi nastalih promjena u katastar i zemljišne knjige. Očito je i zakonodavac, polazeći od navedene činjenice, zauzeo stajalište da – u onom dijelu u kojem ZoCest//84/11-92/14 predstavlja zakonsko uređenje načina katastarskog i zemljišnoknjižnog evidentiranja stvarnog stanja nekretnina koje su u naravi postojeće ceste u općoj uporabi - taj zakon ne zahtijeva da u njemu bude propisan i neki posebni oblik stvarnopravne i/ili obveznopravne zaštite bivših vlasnika tih nekretnina. Drugim riječima, zakonodavac je pošao od činjenice da namjeravano usklađivanje zemljišnoknjižnog i faktičnog stanja takvih nekretnina, načelno, ne otvara ni pitanje vlasništva, ni pitanje naknada za oduzeto vlasništvo, jer su ta pitanja, u pravilu, već riješena."

uređuje legalizaciju nezakonito izgrađenih zgrada kojom je uređen način na koji se (isključivo) dokazuje vrijeme kad su one izgrađene.[22] Naime, pojedini vlasnici su tu činjenicu pokušavali dokazati na drugi način, pa čak i javnim ispravama,[23] ali su njihovi dokazni prijedlozi odbijeni kao nedopušteni.[24] Kad je u pitanju hrvatski Ustavni sud te što se tiče poimanja pravnog standarda "mirnog uživanja prava vlasništva", valja imati u vidu kako on nema općeprihvaćen sadržaj, pa ga nema smisla navoditi ako mu se u konkretnom slučaju ne prida jedno od mogućih značenja. Osim toga, valja ukazati i na činjenicu da je očigledno kako je prijevod članka 1. Protokola 1. uz Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (Konvencija) na hrvatski jezik netočan – u tekstu objavljenom u službenom glasniku navodi se kako se štiti "vlasništvo".[25] Međutim, Konvencijom se ne štiti samo pravo vlasništva, već sva imovinska prava, a bjelodano je kako je "imovina" (*property*) viši rodni pojam od pojma "vlasništvo" (*ownership*).[26] Ova

[22] Zakon o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, *Narodne novine*, br. 86/2011, 143/2013, 65/2017, 14/2019, čl. 2. st. 1: "Nezakonito izgrađenom zgradom u smislu ovoga Zakona smatra se zgrada, odnosno rekonstruirani dio postojeće zgrade izgrađene bez akta kojim se odobrava građenje, odnosno protivno tom aktu, vidljiva na digitalnoj ortofoto karti u mjerilu 1:5000 Državne geodetske uprave izrađenoj na temelju aerofotogrametrijskog snimanja Republike Hrvatske započetog 21. lipnja 2011. (u daljnjem tekstu: DOF5/2011), na kojoj su izvedeni najmanje grubi konstruktivni građevinski radovi (temelji sa zidovima, odnosno stupovima s gredama i stropom ili krovnom konstrukcijom) sa ili bez krova, najmanje jedne etaže."

[23] Primjerice zapisnicima građevinske inspekcije u kojima je utvrđeno postojanje nezakonito izgrađena zgrade.

[24] Izvadak iz Rješenja Ustavnog suda U-I-2018/2013. od 4. studenoga 2014., *Narodne novine*, 139/2014., t. 8.4.3.: "Postavlja se opravdano pitanje kolika je mogućnost da neka zgrada ne bude vidljiva barem na nekoj od relevantnih kartografskih podloga navedenih u članku 2. ZoPNIZ-a, a ako je to ipak moguće, koliki su razmjeri takve pojave, to jest je li riječ o znatnom broju slučajeva koji bi eventualno ukazivao na propust zakonodavca da u ZoPNIZ uključi, ili na drugi način uredi, pitanje pravnog položaja cijele jedne skupine građana odnosno njihovih nezakonito izgrađenih zgrada - dakle, je li riječ o razmjerima slijedom kojih bi "nevidljivost" pojedinih nezakonito izgrađenih zgrada uopće bilo moguće označiti kao pojavu, a zatim i kao ustavnopravno relevantnu nejednakost pa i diskriminaciju određene skupine građana."

[25] *Narodne novine – međunarodni ugovori*, br. 18/1997, 6/1999 i 8/1999.

[26] Odredba na oba jezika glasi:

Čl. 1.: Zaštita vlasništva. "Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni." *Art. 1. Protectionof Property "Everynatural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions exceptin the public interestand subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The*

je okolnost hrvatski Ustavni sud, u prvim godinama njene primjene u odnosu na Hrvatsku, dovodila u neugodne situacije – primjerice, odbacivao je ustavne tužbe kojima se tražila zaštita stanarskih prava (jer nisu vlasništvo), a Europski sud za ljudska prava je takvim pravima naknadno pružio zaštitu. Zbog toga je u konačnici i uvedena kovanica koju je smislio upravo hrvatski Ustavni sud, a koja se svodi na zaključak kako je "ustavnopravno" poimanje prava vlasništva "šire" od onoga koje mu daju propisi stvarnog prava. Zapravo i nije imao izbora u situaciji kad hrvatski Ustav doslovno jamči samo "pravo vlasništva" a ne i druga imovinska prava, dok Konvencija pruža zaštitu svim tim pravima – a pogrešno je prevedena na službeni jezik suda.

Katkad nepostojanje osjećaja za stvarnost, prirodne zakone i/ili društvene potrebe dovodi do apsurdnih situacija koje su se mogle izbjeći da je doista postojala kvalitetna procjena "učinka" nekog propisa. Primjerice, Europska komisija je svojevremeno propisala da banane na tržištu Europske unije ne smiju biti "neprirodno zakrivljene".[27] Zakrivljenost je bila "zabranjena" i za krastavce.[28] Na ovom mjestu se može spomenuti kako u jednom hrvatskom gradu postoji propis koji nalaže plaćanje dijela troškova grijanja stana čak i kad njegov korisnik nije priključen na sustav zajedničkog grijanja, ako se taj stan nalazi u zgradi koja je spojena na središnji sustav grijanja. Obrazloženje njegova postojanja svodi se na to da korisnik "negrijanog" stana prolazi kroz zajednički hodnik/stubište koji je ipak u sustavu grijanja iz središnjeg izvora, ali i da se neizravno grije putem pregradnih zidova.[29] Koliko je to razumno te bi li i korisnik stana koji toplotnu energiju osigurava iz nekog drugog izvora, ako je tome tako, također trebao imati pravo "isporučitelju" naplaćivati toplotnu energiju koju neizravno emitira u okolne dijelo-

preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforcesuch laws as it deemsnecessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

[27] *Commision Regulation (EC) No 2257/94 of 16 September 1994 laying down quality standards for bananas, Annex I: … "n all classes, subject to the special provisions for each classand the tolerances allowed, the bananas must be: … free from malformation or abnormal curvature of the fingers,…"*

[28] *Commision Regulation (EEC) No 1677/88 of 15 June 1988 laying down quality standards for cucumbers, Annex: . "Slightly crooked cucumbers may have a maximum height of the arc of 20 mm per 10 cm of length of thecucumber.*"

[29] Odluka o opskrbi toplinskom energijom Grada Rijeke, *Službene novine županije Primorsko-goranske*, br. 32/2004, čl. 28. st. 1. do 3: U slučaju isključenja dijela ili cijele površine prostora u smislu članka 26. stavka 2. ove Odluke, obveza je korisnika da Društvu plaća stalne troškove u punom iznosu i dio promjenjivih troškova. Stalni troškovi iznose 30% cijene po m^2 površine koju korisnik plaća kad se ne isključuje. Promjenjivi troškovi iznose 70% cijene po m^2 površine koju korisnik plaća kad se ne isključuje.

ve nekretnine? Hrvatski zakon o parničnom postupku[30] već godinama, u dijelu koji se odnosi na Europske parnične postupke, propisuje da je otpremno mjesto za dostavu izvansudskih pismena (isprava) u drugu državu članicu Europske unije onaj hrvatski sud na čijem području ima prebivalište osoba kojoj treba izvršiti dostavu.[31] Radi se o neprimjenjivoj odredbi, budući da ne postoji niti jedan hrvatski sud u nekoj drugoj državi članici Europske unije – teško je i pretpostaviti da se tako nešto može dogoditi. Inače, navedeni Zakon, kad je u pitanju Europski platni nalog, gordo deklarira kako će odluka hrvatskog suda kojom je izdan ovršni Europski platni nalog imati isti učinak kao da ju je donio hrvatski sud.[32]

Već spomenuta problematika netočnih prijevoda pojedinih propisa pokazuje se u svojoj punini i u slučaju spomenutog Europskog platnog naloga. Naime Uredba koja se odnosi na postupak donošenja takve odluke suda[33] navodi slučajeve u kojima će se prijedlog odbaciti[34] – međutim, u njenom tekstu na hrvatskom jeziku, kao jednom od službenih jezika Europske unije, propisuje se kako će se on odbiti.[35] Svakome tko zna za pravne posljedice odbijanja nekog zahtjeva, jasno je o kakvoj se pogrešci radi. Ovome se može dodati i kako je nedavno završena javna rasprava (savjetovanje sa zainteresiranom javnošću) o izmjenama i dopunama hrvatskog Zakona o parničnom postupku, pri čemu treba spomenuti kako su u tekst legislativnog prijedloga unesene potrebne izmjene koje se odnose na europske parnične postupke. Mnoga predložena rješenja izložena su kritikama zainteresirane javnosti, napose ona koja se odnose na uređenje revizije – na ovom mjestu se može spomenuti kako je u tekst izmjena unesena odredba koja predvi-

[30] *Službeni list SFRJ*, br. 4/1977, 36/1977, 36/1980, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, *Narodne novine*, br. 53/1991, 91/1992,112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 02/2007, 84/2008, 123/2008, 56/2011, 148/2011, 25/2013, 89/2014.

[31] V. čl. 507.ć: Za dostavu u inozemstvo kao hrvatska otpremna mjesta u smislu odredbe članka 2. stavka 1. Uredbe br. 1393/2007. nadležni su: … 2. za izvansudske isprave općinski sud na čijem području ima prebivalište ili uobičajeno boravište, odnosno sjedište osoba kojoj treba dostaviti pismeno…

[32] Čl. 507.m: Ovršni europski platni nalog (članak 18. i 19. Uredbe br. 1896/2006.) koji je izdao sud u Republici Hrvatskoj ovršna je isprava na temelju koje se u Republici Hrvatskoj ovrha može tražiti kao na temelju ovršne odluke hrvatskoga suda.

[33] *Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure*; Uredba (EZ) br. 1896/2006 Europskog parlamenta i vijeća od 12. prosinca 2006. o uvođenju postupka za europski platni nalog.

[34] *Art. 11 – Rejection of the application "The court shall reject the application if: (a) there quirements set out in Articles 2, 3, 4, 6 and 7 are not met; …"*. Usp. s bilješkom *infra*.

[35] Čl. 11. Odbijanje zahtjeva: "Sud odbija zahtjev, ako: (a) nisu ispunjeni zahtjevi iz članaka 2, 3, 4, 6. i 7…" (polje primjene Uredbe *ratione materiae*, prekogranična narav spora, postojanje novčane tražbine, apsolutna nadležnost, forma/oblik zahtjeva).

đa da će se sporovi u vezi plaćanja televizijske pristojbe i naknade za tzv. općekorisne funkcije šuma rješavati u parničnom postupku.[36] Kako se radi o naknadama koje imaju pravnu narav javnih davanja, a obveza na njihovo plaćanje nastaje na temelju prisilnih propisa,[37] iznimno je nelogično da se ovi sporovi rješavaju u postupku koji je dizajniran za građanskopravne odnose, umjesto u postupku predviđenom zakonom koji se odnosi na javna davanja.[38]

Prema Uredbi koja se odnosi na prekograničnu dostavu unutar područja Europske unije svaka država je dužna obavijestiti koje će jezike, osim svoga, prihvatiti kad je u pitanju popunjavanje propisanog obrasca.[39] Hrvatska je velikodušno izjavila kako "prihvaća hrvatski jezik" i nije problem samo u tome što nije ispunila svoju obvezu, već u tome što "procjenjivači" učinaka propisa, u ovom slučaju oni koji su za to zaduženi u Europskoj uniji, na to uopće nisu reagirali.

Hrvatski Ovršni zakon[40] propisuje da će sud pri donošenju odluke hoće li odrediti ovrhu na nekretnini (prihvatiti prijedlog za ovrhu) "vagati" interese ovršenika i ovrhovoditelja.[41] U suštini se ovom odredbom zakona odstupa od na-

---

[36] V. *esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3184*, 25.6.2019.

[37] Zakon o hrvatskoj radioteleviziji, *Narodne novine*, br. 137/2010, 76/2012, 78/2016, čl. 34. st. 1: "Svatko tko ima u vlasništvu ili posjedu radijski i televizijski prijamnik odnosno drugi uređaj za prijam radijskog ili audiovizualnog programa (u daljnjem tekstu: prijamnik) na području Republike Hrvatske koje je pokriveno prijenosnim signalom dužan je HRT-u plaćati mjesečnu pristojbu utvrđenu člankom 35. stavkom 2. ovoga Zakona, osim ako ovim Zakonom nije drugačije određeno…"

[38] V. Opći porezni zakon, *Narodne novine*, br. 115/2016, 106/2018, čl. 2. st. 3: "Drugim javnim davanjima smatraju se carine, pristojbe, doprinosi, naknade za koncesije, novčane kazne za porezne prekršaje i sva davanja čije je utvrđivanje i/ili naplata i/ili nadzor prema posebnim propisima u nadležnosti poreznog tijela."

[39] Uredba (EZ) br. 1393/2007 Europskog parlamenta i vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima ("dostava pismena") i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 1348/2000, čl. 10: 1. Nakon obavljanja formalnosti povezanih s dostavom pismena, potvrda o ispunjavanju tih formalnosti sastavlja se na standardnom obrascu iz Priloga I. i šalje se tijelu za slanje, a u slučajevima u kojima se primjenjuju odredbe članka 4. stavka 5, uz potvrdu se prilaže i preslika pismena koje je dostavljeno. 2. Potvrda se sastavlja na službenome jeziku ili na jednome od službenih jezika države članice pošiljateljice ili na drugome jeziku za koji je država članica pošiljateljica navela da ga prihvaća. Svaka država članica navodi službeni jezik ili jezike Europske unije, osim vlastitoga, koji je ili koji jesu prihvatljivi za popunjavanje obrasca.

[40] *Narodne novine*, br. 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017.

[41] V. čl. 80.b: (1) Sud će prijedlog za ovrhu na nekretnini odbiti ako glavnica tražbine radi čijeg se namirenja ovrha traži ne prelazi iznos od 20.000,00 kuna, osim ako je prijedlog podnesen radi prisilnog ostvarenja tražbine radi zakonskoga uzdržavanja ili tražbine radi naknade štete uzrokovane kaznenim djelom. (2) Ako glavnica tražbine radi čijeg se namirenja ovrha traži prelazi iznos od 20.000,00 kuna, sud može odbiti prijedlog za ovrhu na nekretnini ako ocijeni da bi proda-

čela zakonitosti koje je "kamen temeljac" pravne države, pri čemu se zaboravlja da država ima pravo štititi interese jedne grupe svojih podanika (u ovom slučaju ovršenika – dužnika), ali da pri tome upravo ona treba snositi posljedice takvog postupanja a ne prenositi ih na nekoga drugoga (u ovom slučaju ovrhovoditelje – vjerovnike). Ovakvo legislativno uređenje i napuštanje načela zakonitosti, međutim nije posljedica propusta zakonopisca ili procjenjivača propisa, već samo (svjesno) ozakonjenje dugogodišnje prakse Europskog suda za ljudskog prava – budući da on odluke u kojima se apostrofirani interesi moraju "vagati" donosi neovisno o zakonodavnom uređenju te materije u državi članici Vijeća Europe. Primjere zaštite pojedinih grupa svojih podanika na teret trećih, a ne na teret države, mogu se pronaći u brojnim propisima koji u konačnici mogu proizvesti negativne posljedice upravo po nju.

U tom smislu, ne mogu se zaobići propisi kojima se štite bivši nositelji stanarskih prava koji su postali "zaštićeni najmoprimci" u stanovima koji su vraćeni u vlasništvo osobama kojima su oduzeti za vrijeme komunističke vladavine,[42] dužnici banaka u svezi s kreditima s valutnom klauzulom u švicarskim francima[43] te dužnici banaka iz drugih država Europske unije koje su svoju djelatnost obavljale na hrvatskom državnom području bez odobrenja Hrvatske narodne banke.[44] Da se zakonodavac ne namjerava uvijek "samoograničavati" te da katkad misli kako može propisivati što god želi, ne samo u odnosu na one prema kojima objektivno može primijeniti prisilu, možemo zapaziti i u nedavnom prijedlogu Zakona o mehanizmima rješavanja poreznih sporova u Europskoj uniji, prema kojem bi hrvatski zakonodavac propisivao kako će postupati oni kojima se zasigurno može zapovijedati, odnosno oni koji ne potpadaju pod njegovu "suverenu

ja nekretnine narušila pravičnu ravnotežu između interesa ovršenika i interesa ovrhovoditelja. (3) Pri ocjeni je li narušena pravična ravnoteža iz stavka 2. ovoga članka, sud će uzeti u obzir okolnosti slučaja, a osobito: - **je li vrijednost tražbine koja se namiruje nerazmjerno manja od vrijednosti ne**kretnine na kojoj se predlaže provesti ovrhu; - je li ovrhovoditelj učinio vjerojatnim da je ovrha na drugim predmetima ovrhe bila bezuspješna, odnosno da nema drugih prikladnih mogućnosti da se tražbina u cijelosti ili u pretežnom dijelu namiri; - služi li nekretnina za stanovanje i zadovoljavanje osnovnih životnih potreba ovršenika te ima li ovršenik drugih nekretnina ili drugih mogućnosti da svoje potrebe zadovolji; - ima li ovrhovoditelj osobito opravdan interes za hitnim namirenjem tražbine radi ostvarenja vlastitoga uzdržavanja ili drugih važnih razloga; - je li se ovršenik izjavom sadržanom u javnoj ispravi ili ovjerovljenoj privatnoj ispravi izričito suglasio s time da ovrhovoditelj radi namirenja određene tražbine zatraži namirenje prodajom određene nekretnine.

[42] Zakon o najmu stanova, *Narodne novine*, br. 91/1996, 48/1998, 66/1998, 22/2006, 68/2018.

[43] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, *Narodne novine*, br. 102/2015.

[44] Tzv. *Lex Škibola* – Zakon o ništetnosti ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjima sklopljenih u Republici Hrvatskoj s neovlaštenim vjerovnikom, *Narodne novine*, br. 72/2017.

vlast" (druge države članice i Europska komisija),[45]ali i u bivšem Zakonu o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske prema kojem je u njenom "vlasništvu" i epikontinentalni pojas.[46]

ZAKLJUČAK

Prethodno navedeno upućuje na zaključak kako se u postupku donošenja propisa često ne vodi dostatno računa o njihovu budućem ishodu, pa se općenito može navesti da su tijela koja su zadužena za sprječavanje neželjenih legislativnih učinaka zapravo nemoćna kad postoji jaka i (za njih) nesavladiva (politička) volja zakonodavca– neovisno o tome što se time narušavaju norme "višeg prava", ustava ili potencijalno dovodi do štetnih posljedica. Dakako, njihova reakcija u velikom broju slučajeva vjerojatno izostaje i zbog toga što nisu u stanju zamijetiti potencijalne anomalije – jer su kadrovski potkapacitirana (u smislu stručnosti i/ili broja zaposlenika), ili je postupak procjene učinaka propisa birokratiziran i do te mjere "formaliziran" da je postao sam sebi svrha. Ako tome dodamo judikaturu koja katkad udovoljava interesima (općim ili određenih pojedinaca/grupa)protivnim načelima pravne države i vladavine "višeg" prava te propise, koji inače nemaju neki nedostatak, primjenjuje protivno pravilima logičkog zaključivanja – otvara se dodatno pitanje na koji način se to može spriječiti? Odgovor na to i druga prethodno naznačena pitanja nije jednostavan, a ni jednoznačan. Sto-

[45] V. *esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=10503*, 25.6.2019, čl. 11: (1) Popis neovisnih uglednih osoba sastoji se od svih neovisnih uglednih osoba koje predlože države članice. U tu svrhu svaka država članica predlaže najmanje tri pojedinca koji su kompetentni i neovisni te koji mogu djelovati nepristrano i pošteno. (2) Svaka država članica izvješćuje Europsku komisiju o imenima neovisnih uglednih osoba koje je predložila. Svaka država članica Europskoj komisiji također dostavlja potpune i ažurirane informacije o profesionalnoj i akademskoj pozadini, kompetencijama, stručnosti i mogućem sukobu interesa tih osoba. Države članice u obavijesti mogu navesti koja od tih osoba može biti imenovana predsjednikom. (3) Države članice bez odgode izvješćuju Europsku komisiju o svim promjenama popisa neovisnih uglednih osoba. (4) Svaka država članica utvrđuje postupke za uklanjanje s popisa neovisnih uglednih osoba bilo koje osobe koju je imenovala ako ta osoba prestane biti neovisna. (5) Ako, uzimajući u obzir relevantne odredbe ovoga članka, država članica ima opravdan razlog za prigovor na neovisnu uglednu osobu koja je ostala na popisu neovisnih uglednih osoba zbog nedostatka neovisnosti, ona o tome izvješćuje Europsku komisiju te pruža odgovarajuće dokaze koji podupiru njezinu zabrinutost. (6) Europska komisija izvješćuje državu članicu koja je predložila osobu iz stavka 5. ovoga članka o prigovoru i pruženim dokazima. Na temelju prigovora i pruženih dokaza potonja država članica u roku od šest mjeseci poduzima potrebne korake kako bi istražila prigovor te odlučuje o zadržavanju te osobe na popisu ili njezinu uklanjanju s popisa. Potom o tome bez odgode izvješćuje Europsku komisiju.

[46] *Narodne novine*, br. 94/2013, 18/2016, 89/2017, 52/2018, čl. 4. toč. 34: "U smislu ovog Zakona pojedini pojavni oblici državne imovine su: ... epikontinentalni pojas i ribolovno zaštićeni pojas…"

ga ovaj radi u njemu iznesene teze treba promatrati samo kao početak istraživanja uočene pojave – zbog čega on ni nema pretenzije davanja sveobuhvatnih i/ili konačnih zaključaka, ali će ostvariti svrhu ako drugima ili njegovim autorima, neovisno o tome što su pred krajem svoje "aktivne" karijere, bude predložak za nastavak istraživanja koje će omogućiti zauzimanje utemeljenih stajališta glede prevazilaženja apostrofiranih problema/deformacija – katkad i šaljive naravi. Ili bi trebalo pustiti da se stvari riješe "same po sebi" – protekom vremena (metodom "uzaludnih pokušaja")?

> Pre svega, ako mudrost leži u iskustvu, ko više zaslužuje da nosi ime mudraca: da li pametan, koji se nešto iz stida, nešto iz plašljivosti ne prihvata ničega ili luđak, koga ni od jedne namere ne odvraća ni stid (jer ga nema) ni opasnost (jer ne razmišlja)? Mudrac se zagnjuruje u knjige starih pisaca, gde se nauči nekom preteranom cepidlačenju. Luđak, naprotiv, ako se ne varam, baš stoga što neprestano učestvuje u svemu i ne haje za opasnost, stiče pravu mudrost. To je dobro uočio i Homer, iako je bio slep, jer veli: i lud se nauči u nevolji. Dve smetnje, uglavnom, ne dopuštaju čoveku da dođe do saznanja: stid kojim se zaslepljuje duh i strah koji u svemu vidi opasnost i obeshrabruje čoveka u njegovoj delatnosti. Ludost sjajno oslobađa svih tih teškoća. Mali broj ljudi zna koliko koristi i ugodnosti donosi preimućstvo da te nikad ničega nije stid i da te nikad nije strah! Stoga, ako je mudrost isto što i pravilno rasuđivanje o stvarima, poslušajte, molim vas, kako su daleko od nje ljudi koji se prikazuju pod njenim imenom![47]

MARKO BABIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Economics, University of Zagreb,
General Consul of the Republic of Croatia in Bosnia and Herzegovina
EDUARD KUNŠTEK, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Rijeka

PRAISE TO LEGAL SENSE

Summary

The authors discuss issues connected to laws and other regulations that are not problematical regarding their coherence with the natural ("higher") law and constitutional provisions, but those that contain legal norms in disharmony to laws of nature or incompatible with social reality, com-

[47] Erazmo Roterdamski, *Pohvala ludosti* (29), str. 16.*www.svetlost.org/podaci/pohvala_ludosti_erazmo_roterdamski.doc,* 30.6.2019.

mon sense/rules of logic or are extremely damaging to society. Recent attempts to prevent adoption of such laws are visible, particularly in the European Union and its Member States – in form of the introduction of various "effects assessment" procedures for the legislative activity and with the establishment of specialized entities serving to such purpose. However, it can be noticed that assessment efforts are not followed with the desired outcome as numerous examples suggest to the contrary. Its bureaucratization, self-sufficiency and the inability of assessment entities to successfully confront legislative (political) pressures leads to a conclusion that it would be desirable to consider introduction of some other corrective tools capable to prevent the deformities observed.

Key words: rule of law, rechtsstaat, rule of "higher" law, law effects assessment, smart legislation

JELENA ĆERANIĆ PERIŠIĆ

BILATERALNI PRISTUP PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA – ODRŽIVOST ŠVAJCARSKOG MODELA U KONTEKSTU IZMENJENIH OKOLNOSTI U EVROPSKOJ UNIJI

Švajcarska nije članica Evropske unije, ali gotovo ravnopravno učestvuje na jedinstvenom tržištu EU. Odnosi između Švajcarske i EU uređeni su na osnovu bilateralnih sporazuma. Danas ih ima preko sto i oni predstavljaju klasične međunarodne ugovore između Švajcarske i EU. Ugovorne strane zadržale su autonomiju donošenja odluka, tj. nisu prenele zakonodavne nadležnosti supranacionalnom telu. Nakon dvadeset godina primene ovih sporazuma, na insistiranje EU otvoreni su pregovori o redefinisanju pravnog okvira saradnje, a u cilju uspostavljanja jasnije institucionalne strukture. Nacrt institucionalnog okvirnog sporazuma završen je krajem 2018. godine. Kako Švajcarska nije usvojila sporazum u predviđenom roku, odnosi između Švajcarske i EU počeli da su zaoštravaju. U radu je najpre predstavljen bilateralni put saradnje između Švajcarske i EU, kao alternativa članstvu u EU. Nakon toga, rad se fokusira na sadržinu Institucionalnog okvirnog sporazuma. Naposletku je dat pregled i perspektive švajcarskog bilateralnog pristupa evropskim integracijama. Autor nastoji da rasvetli pitanje održivosti ovakvog modela integracija u kontekstu izmenjenih okolnosti u EU, ne samo za Švajcarsku već potencijalno i za druge zemlje, uključujući i bivše članice EU.

Ključne reči: *Evropska unija, Švajcarska, bilateralni sporazumi, jedinstveno tržište, Institucionalni okvirni sporazum*

U V O D

Od samog početka evropskih integracija, pedesetih godina 20. veka, Švajcarska se opredelila da ostane izvan evropskog integracionog procesa. Kada je

Dr Jelena Ćeranić Perišić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

1951. godine osnovana prva u nizu Evropskih zajednica (EZ), Evropska zajednica za ugalj i čelik, Švajcarska je bila skeptična u vezi sa krajnjim ciljevima EZ kao što su političke integracije, harmonizacija propisa i razvoj zajedničkih politika.[1] Kao zagovornica saradnje na bilateralnim osnovama, Švajcarska je 1951. godine sa Evropskom zajednicom za ugalj i čelik zaključila prvi bilateralni sporazum – Sporazum o tranzitu uglja i čelika kroz Švajcarsku.

Na odluku Švajcarske da ostane izvan evropskog integracionog procesa uticala su tri faktora: neutralnost,[2] sistem neposredne demokratije i federalno uređenje.

S druge strane, Švajcarska je bila među osnivačima Evropske asocijacije za slobodnu trgovinu (engl. *European Free Trade Association* (EFTA)), ustanovljene 1960. godine. U Švajcarskoj je članstvo u EFTA percipirano kao način da se spreči ekonomska izolacija, uz očuvanje političke neutralnosti.[3] Sredinom osamdesetih godina 20. veka, Švajcarska je učestvovala i u pregovorima o Evropskom ekonomskom prostoru (engl. *European Economic Area* (EEA)), čiji je cilj produbljenje i proširenje različitih sporazuma o slobodnoj trgovini i uspostavljanje jedinstvenog tržišta.[4] Savezni savet Švajcarske[5] zauzeo je stav da uspešno zaključenje sporazuma zavisi od garantija da Švajcarska može da očuva principe neutralnosti i neposredne demokratije. Kako je proces pregovaranja odmicao, EEA sve je više percipiran kao "odskočna daska" za punopravno članstvo u EZ. Osim toga, u periodu od 1989. godine do 1992. godine, pet od šest članica EFTA podnelo je zahtev za prijem u EZ. Naposletku Švajcarska je ipak potpisala Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru 2. maja 1992, a zahtev za članstvo u EZ podnela je 20. maja 1992. Plan Vlade da Švajcarsku uvede u EZ preko članstva u EEA je propao kada

[1] Andreas Kellerhals, "Switzerland's relationship with the EU: integration at its own speed?", *Multi-speed Europe* (ed. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), Zurich, 2011, str. 148.

[2] Neutralnost Švajcarske potvrđena je na Bečkom kongresu 1815. godine i definisana je kao nemešanje u ratove između drugih zemalja. Prava i obaveze neutralnih zemalja u vreme rata ustanovila je međunarodna zajednica 1907. godine. U vreme mira neutralne države određuju sopstvena pravila, ali moraju ostati izvan vojnih blokova (kao što je npr. NATO).

[3] Corinne Reber, "Swiss Bilateral Agreements with the EU as an inspiration for a future UK-EU relationship?", *New dynamics in the European integration process – Europe post Brexit* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), Zurich, 2017, str. 145.

[4] *Ibidem.*

[5] Savezni savet (Savezno veće) je u Švajcarskoj glavni izvršni organ. Sastoji se od sedam članova i oni čine kabinet. Predsednik Švajcarske konfederacije bira se između ovih sedam članova. Mandatum mu traje godinu dana i za to vreme, pored preuzimanja posebnih predstavničkih funkcija, zadržava i mesto i ulogu u kabinetu.

su se na referendumu održanom 6. decembra 1992. švajcarski građani izjasnili protiv pristupanja EEA.[6] Većina je smatrala da bi ovaj ugovor za Švajcarsku značio gubitak suvereniteta, "odskočnu dasku" za članstvo u EZ, slabljenje švajcarske ekonomije i pretnju po nezavisnost švajcarskog franka..[7]

U decenijama koje su usledile nakon prvog bilateralnog sporazuma (Sporazuma o tranzitu uglja i čelika kroz Švajcarsku), Švajcarska je sa EZ zaključila veliki broj sektorskih, specifičnih, uglavnom tehničkih, sporazuma u oblasti trgovine i industrije, saobraćaja i istraživanja, među kojima je i Sporazum o slobodnoj trgovini iz 1972. godine.

Nakon što je odustala od pristupanja Evropskom ekonomskom prostoru, Švajcarska je nastavila da razvija saradnju sa EU na bilateralnim osnovama. U tom periodu zaključen je niz sporazuma. Najznačajniji su oni sklopljeni u okviru dve runde pregovara: Bilateralni sporazumi I (engl. *Bilaterals I*) iz 1999. godine i Bilateralni sporazumi II (engl. *Bilaterals II*) iz 2004. godine.

Zahvaljujući ovim sporazumima, Švajcarska gotovo ravnopravno učestvuje na jedinstvenom tržištu EU, što je i osnovni cilj evropskih integracija. Ipak, vremenom je ovakav koncept saradnje počeo da pokazuje nedostatke. Godine 2014. godine, na insistiranje EU, otpočeti su pregovori o redefinisanju pravnog okvira saradnje između Švajcarske i EU, u smislu uspostavljanja jasnijeg institucionalnog okvira. Krajem 2018. godine Savezni savet Švajcarske i Evropska komisija završile su Nacrt institucionalnog okvirnog sporazuma. Rok za usvajanje ovog sporazuma bio je 1. juli 2019. Kako Švajcarska to nije učinila u predviđenom roku, sporazum još nije počeo da se primenjuje. Nepotpisivanjem institucionalnog okvirnog sporazuma počelo je zaoštravanje odnosa između Švajcarske i EU, koje se pre svega ogleda u restrikcijama na tržištu finansijskih instrumenata.

U radu je najpre predstavljen bilateralni put saradnje između Švajcarske i EU, kao alternativa članstvu u EU. Nakon toga, rad se fokusira na sadržinu Institucionalnog okvirnog sporazuma. Naposletku je dat pregled i perspektive švajcarskog bilateralnog pristupa evropskim integracijama, a u kontekstu održivosti ovakvog modela učešća na jedinstvenom tržištu EU u budućnosti, ne samo za Švajcarsku već i za druge zemlje, uključujući i bivše države članice EU.

---

[6] Švajcarski građani su članstvo u Evropskom ekonomskom prostoru odbacili velikom većinom od 50,3 odsto glasova.

[7] Jelena Ćeranić Perišić, "Pravni okvir saradnje između Švajcarske i Evropske unije", *Uvod u pravo Švajcarske* (ur. Oliver Nikolić), Beograd, 2018, str. 200.

BILATERALNI SPORAZUMI KAO ALTERNATIVA ČLANSTVU U EU

Nakon što su se građani na referendumu izjasnili protiv pristupanja Švajcarske Evropskom ekonomskom prostoru, Švajcarska je nastavila da produbljuje saradnju sa EU na osnovu bilateralnih sporazuma. Zahvaljujući ovim sporazumima Švajcarska je postigla da ravnopravno učestvuje na jedinstvenom tržištu EU, iako nije članica EU. Dakle, bilateralni sporazumi predstavljaju, na neki način, alternativu članstvu u EU.[8]

Sadržina bilateralnih sporazuma

Švajcarska i EU zaključile su niz bilateralnih sporazuma u okviru dve runde pregovora; Bilateralni sporazumi I iz 1999. godine i Bilateralni sporazumi II iz 2004. godine.

Inače, u pogledu obaveze praćenja zakonodavne aktivnosti EU, razlikuju se tri grupe sporazuma: sporazumi o saradnji, sporazumi o liberalizaciji i sporazumi o integraciji.[9]

Bilateralni sporazumi I i II. – Prvi paket bilateralnih sporazuma, Bilateralni sporazumi I, sasatoji se od sedam sporazuma. Budući da se ovi sporazumi uglavnom odnose na ekonomska pitanja, oni predstavljaju klasične sporazume o tržišnoj liberalizaciji. Samo jedan sporazum iz ovog paketa, Sporazum o istraživanju, ima za cilj da intenzivira saradnju u oblasti istraživanja, te spada u kategoriju sporazuma o saradnji. Preostali sporazumi iz ovog paketa tiču se slobodnog kretanja ljudi, tehničkih prepreka trgovini, javnih nabavki, poljoprivrede i kopnenog saobraćaja. Ono što je karakteristično za ove sporazume iz prvog paketa jeste da oni zapravo predstavljaju jedinstven sporazum jer su povezani tzv. "giljotina" klauzulom.[10]

Drugi paket sporazuma, Bilateralni sporazumi II, sadrži devet sporazuma. Dok se sporazumi iz prvog paketa fokusiraju prevashodno na ekonomska pitanja i liberalizaciju tržišta, pojedini sporazumi iz drugog paketa tiču se i oblasti kao što su pravosuđe i unutrašnji poslovi (Šengenski i Dablinski sporazum). Bilateral-

[8] Jelena Ćeranić, "Bilateralni sporazumi kao alternativa članstvu u Evropskoj uniji – sa posebnim osvrtom na švajcarski model", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva, 2015, str. 239–252.

[9] Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner, "A different neighbourhood policy: Switzerland approach to European Integration", *EU Neighbourhood Policy – Survey and Perspectives* (eds. Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner), Zurich, 2014, str. 274–278.

[10] A. Kellerhals, *nav. delo,* str. 153–154.

ni sporazumi II odnose se na sledeće oblasti saradnje: pridruživanje Šengenskom/Dablinskom sporazumu, oporezivanje štednje, borbu protiv prevara, procesovane poljoprivredne proizvode, životnu sredinu, računovodstvo, medije, penzije i obrazovanje.[11]

Giljotina klauzula. – Bilateralni sporazumi I iz 1999. godine predstavljaju jedinstveni sporazum. Zapravo svih sedam sporazuma povezano je tzv. "giljotina klauzulom".[12] To podrazumeva da raskidom jednog od bilateralnih sporazuma, i preostalih šest iz paketa takođe prestaje da se primenjuje.

Ova karakteristika Bilateralnih sporazuma I naročito je došla do izražaja nakon referenduma "Protiv masovnih migracija" održanog u februaru 2014. godine.[13] Na ovom referendumu, švajcarski građani su podržali inicijativu da se ograniče migracije iz zemalja EU, sa kojima Švajcarska ima potpisan Sporazum o slobodnom kretanju ljudi. Ovim sporazumom predviđen je princip jednakog tretmana domaćih državljanja i državljana država članica EU, kao i jednako pravo na zaposlenje. Kako Sporazum o slobodnom kretanju ljudi spada u sporazume iz prvog paketa koji su povezani tzv. "giljotina klauzulom", raskidom ovog sporazuma i ostalih šest sporazuma iz paketa prestalo da se primenjuje.[14]

Ustavom Švajcarske predviđeno je da Vlada ima rok od tri godine za sprovođenje rezultata referenduma. Međutim, neke posledice nastupile su odmah nakon objavljivanja rezultata. S jedne strane, saradnja između Švajcarske i EU u određenim oblastima je prestala, dok je, s druge strane, saradnja u novim oblastima ostala "na čekanju" (engl. *on hold*). Saradnja između Švajcarske i EU prestala je u oblastima na koje se odnosi preostalih šest sporazuma iz prvog paketa. Reč je o izuzetno značajnim oblastima kao što su npr. istraživanje i obrazovanje. Tako je Švajcarska prestala da učestvuje u programima obrazovanja (*Erasmus*) i programima istraživanja (*Horizon 2020*) jer oni podrazumevaju slobodno kretanje istraživača i studenata.[15] S druge strane, potpisivanje Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi između Švajcarske i Hrvatske (kao dvadeset osme države članice EU) bilo je "na čekanju".[16] Nakon referenduma, Vlada je odbila da ratifikuje tzv. Hr-

[11] *Ibidem*, str. 155–156.

[12] A. Kellerhals, T. Baumgartner, *nav. delo,* str. 272–273.

[13] Jelena Ćeranić, "Švajcarski referendum o ograničenju migracija iz EU: posledice na odnose između Švajcarske i EU", *Strani pravni život*, br. 3, Beograd, 2014, str. 144.

[14] *Ibidem*.

[15] "Switzerland gets first penalty for immigration vote", *http://www.euractiv.com/global-europe/switzerland-gets-penalty-immigra-news-533548*, 21.09.2019.

[16] *Ibidem*.

vatski protokol uz bilateralni sporazum, na osnovu koga hrvatski državljani imaju pravo da se slobodno kreću u okviru Šengenske zone nakon ulaska Hrvatske u EU u julu 2013. godine. Švajcarska vlada samo je neformalno obećala da će državljani Hrvatske imati isti tretman kao i ostali građani EU. Ipak, u martu 2016. godine Švajcarska i EU potpisale su ugovor kojim se proširuje dejstvo Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi na Hrvatsku.

U okviru predviđenog trogodišnjeg roka za sprovođenje rezultata referenduma, Vlada je nastojala da iznađe način da ih sprovede, a da ne ugrozi primenu bilateralnih sporazuma. Kompromisno rešenje usvojeno je u decembru 2016. godine.[17] Iako su na referendumu građani glasali za uvođenje kvota, rešenje koje je usvojio švajcarski parlament ne podrazumeva kvote već preporučuje poslodavcima da daju prioritet švajcarskim državljanima u odnosu na strane radnike u mestima gde je stopa nezaposlenosti iznad proseka. Osim toga, predviđena je i obaveza da stranci moraju da dokažu da su integrisani u švajcarsko društvo kako bi dobili dozvolu boravka. Zahvaljujući ovakvom rešenju, Švajcarska od 1. janura 2017, ponovo učestvuje u *Horizonu 2020* i drugim programima.[18]

Karakteristike bilateralnih sporazuma

Među karateristika koje su zajedničke za sve bilateralne sporazume posebno se ističu njihova pravna prioda i autonomija donošenja odluka.

Pravna priroda. – Što se tiče pravne prirode bilateralnih sporazuma, oni predstavljaju klasične međunarodne ugovore između Švajcarske, s jedne strane, i Evropske unije, ili država članica EU (u slučaju Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi), s druge strane.

U Švajcarskoj su bilateralni sporazumi neposredno/direktno primenljivi. Zahvaljujući švajcarskoj monističkoj pravnoj tradiciji, ovi sporazumi se, nakon ratifikacije, neposredno/direktno primenjuju bez potrebe da se donosi akt unutrašnjeg prava kojim bi se oni transponovali u nacionalno zakonodavstvo.[19]

Autonomija donošenja odluka. – Jedna od ključnih karakteristika bilateralnih sporazuma je da su ugovorne strane, i Švajcarska i EU, zadržale autonomiju donošenja odluka. Dakle, potpisnice sporazuma nisu prenele zakonodavne

[17] J. Ćeranić Perišić, *nav. delo,* str. 205–206.

[18] *Ibidem*, str. 205.

[19] A. Kellerhals, *nav. delo,* str. 156.

nadležnosti nekom nadnacionalnom (supranacionalnom) telu.[20] Činjenica je da je Švajcarska, u kontekstu bilateralnih sporazuma, usvojila brojne akte EU, međutim, sami bilateralni sporazumi ne predviđaju obavezu da Švajcarska sistematično usvaja buduće zakonodavstvo EU i odluke Suda pravde EU. Švajcarska se obavezala da usvoji zakonodavstvo EU, ali samo u onoj verziji koja postoji u vreme zaključenja sporazuma. Upravo iz tog razloga se u delu doktrine ovi sporazumi nazivaju tzv. "statičnim" sporazumima.[21] Samo određeni sporazumi imaju tzv. "dinamičnu komponentu"[22] u smislu da su predviđena usklađivanja sporazuma sa razvojem pravnih tekovina EU.

Zajednički cilj svih bilateralnih sporazuma jeste da se i u odnosima između Švajcarske i EU uspostave uslovi slični onima koji postoje unutar jedinstvenog tržišta EU. To se postiže uklanjanjem prepreka prekograničnoj trgovini i harmonizacijom zakonodavstava. Uprkos tome što su ugovorne strane zadržale zakonodavnu autonomiju, u njihovom je interesu da im zakonodavstva budu usaglašena. O tome svedoči i praksa Saveznog suda Švajcarske koji u presudama tumači zakonodavstvo EU u skladu sa načinom na koji ga tumači sama EU.[23]

Zahvaljujući "statičnoj komponenti" sporazuma, Švajcarska je sebi osigurala manevarski prostor, u smislu da ima mogućnost da prilagodi zakonodavstvo EU nacionalnoj pravnoj tradiciji. S obzirom na mogućnost upodobljavanja evropskih zakonodavnih rešenja lokalnom kontekstu, ovakav položaj Švajcarske smatra se privilegovanim. Ipak, švajcarski model saradnje i učešća na jedinstvenom tržištu EU od samog početka imao je određenih manjkavosti koje su vremenom bivale sve očiglednije. A kada je postalo sasvim jasno da Švajcarska nije zainteresovana za članstvo u EU, Unija je inicirala otvaranje pregovora o redefinisanju pravnog okvira saradnje, u pravcu uspostavljanja jasnijeg institucionalnog okvira.

Sprovođenje bilateralnih sporazuma

Za svaki bilateralni sporazum iz prvog i drugog paketa uspostavljen je zajednički odbor sa ciljem da obezbedi primenu i funkcionisanje sporazuma. Razlog za formiranje ovih zajedničkih odbora leži u činjenici da se Švajcarska generalno nije obavezala da prati razvoj zakonodavstva EU u oblastima koje se tiču ovih sporazuma. Dakle, Švajcarska nije prihvatila obavezu da automatski usvaja

[20] A. Kellerhals, T. Baumgartner, *nav. delo,* str. 274–278.

[21] *Ibidem.*

[22] *Ibidem.*

[23] J. Ćeranić Perišić, *nav. delo,* str. 202.

nova zakonodavna rešenja EU. Upravo je zbog toga bilo neophodno da se uspostave zajednički odbori. Ovi odbori sastavljeni su od predstavnika EU i Švajcarske i njihov glavni zadatak je da osiguraju sprovođenje sporazuma kroz dijalog između strana.[24] Na redovnim sastancima zajedničkih odbora, razmenjuju se informacije o razvoju zakonodavstva Unije u oblastima koje su značajne za rad tog odbora. U slučaju razlika u tumačenju bilateralnih sporazuma, odbori su odgovorni za rešavanje sporova između strana. Oni teže prijateljskom rešenju prihvatljivom za obe strane, kako bi se osiguralo nesmetano sprovođenje sporazuma. Odgovarajuće odluke mogu se, u osnovi, doneti samo zajedničkim sporazumom ugovornih strana.[25]

INSTITUCIONALNI OKVIRNI SPORAZUM

Nakon gotovo dvadeset godina primene bilateralnih sporazuma, nastavak saradnje između Švajcarske i EU zasnovane na ovim sporazumima doveden je u pitanje. Naime, pošto je Švajcarska odustala od pristupanja EU kao strateškog cilja, EU je počela da vezuje napredak u pregovorima o novim bilateralnim sporazumima sa uspostavljanjem jasnijeg institucionalnog okvira kojim bi se konsolidovao bilateralni pristup i obuhvatili svi postojeći (i budući) sporazumi.

Već nekoliko godina Evropska unija ukazuje na probleme do kojih dolazi u odnosima sa Švajcarskom zbog nepostojanja uniformnosti propisa. Činjenica da Švajcarska nema obavezu da prati razvoj zakonodavstva EU u relevantnim oblastima dovodi do pravne nesigurnosti na različitim nivoima.

Shodno tome, 2014. godine otpočeti su pregovori o redefinisanju pravnog okvira saradnje između Švajcarske i EU. Najzad, u novembru 2018. godine Savezni savet i Evropsa komisija su završili Nacrt institucionalnog okvirnog sporazuma.[26] Iako je prvobitna ideja bila da Institucionalni okvirni sporazum, kao krovni pravni akt, obuhvati sve postojeće sektorske sporazume, naposletku je postignut dogovor da se odnosi na samo pet sporazuma koji se tiču: slobodnog kretanja ljudi, vazdušnog i drumskog saobraćaja, poljoprivrede i uzajamnog priznanje industrijskih standarda.[27]

---

[24] A. Kellerhals, *nav. delo,* str. 156–157.

[25] J. Ćeranić, *nav. delo,* str. 145–146.

[26] Accord facilitant les relation bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération Suisse dans les parties du Marché intérieur auxquelles la Suisse participle, *https://www.dfae.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf,* 22.09.2019.

[27] Institutional agreement between Switzerland and the EU: key points in brief, *https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/en/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze_en.pdf*, 24.09.2019

"Četiri stuba" Institucionalnog okvirnog sporazuma

Institucionalni okvirni sporazum počiva na tzv. "četiri stuba", tj. sadrži četiri značajne novine, Konsenzus u vezi sa rešenjima za prva tri stuba relativno je lako postignut, dok je četvrti bio predmet kontroverznih rasprava.[28]

Prvo, što se tiče zakonodavne aktivnosti, Švajcarska je obavezna da usvaja buduće izmene zakonodavstva EU relevantne za pet bilateralnih sporazuma na tzv. "dinamičan" način. Dakle, nekadašnja tzv. "statična" priroda sporazuma se napušta. Međutim, usvajanje novog zakonodavstva EU nije "automatsko", već novi zakonodavni akti moraju da prođu nacionalni zakonodavni postupak, uključujući i opcioni ili obavezni referendum. U slučaju veta (od strane parlamenta ili naroda), Švajcarska mora da se suoči sa postupkom rešavanja spora. Osim toga, Institucionalni okvirni sporazum predviđa i da Švajcarska učestvuje u postupku donošenja odluka u vezi sa unapređenjem relevantnog zakonodavstva EU.[29]

Drugo, Švajcarska i EU tumače sporazume nezavisno i koliko god je moguće uniformno u skladu sa principima međunarodnog prava. Pravo EU inkorporisano u sporazume tumači se u skladu sa praksom Suda pravde EU. Dakle, švajcarski sudovi će morati da slede praksu Suda pravde u vezi sa tumačenjem prava EU koje se odnosi na relevantne bilateralne sporazume.[30]

Treće, svaka strana, u okviru svojih nadležnosti, odgovorna je za sprovođenje bilateralnih sporazuma, dok zajednički odbori deluju samo kao nadzorna tela koja kontrolišu način na koji strane primenjuju bilateralne sporazume.[31]

I četvrto, kada je reč o rešavanju sporova, svaka strana može izneti spor pred zajednički odbor. Ukoliko zajednički odbor ne može naći rešenje u roku od tri meseca, svaka od strana može zahtevati da se spor iznese pred arbitražu. Što se tiče sastava arbitraže, Švajcarska i EU imenuju jednak broj arbitara. Ukoliko rešavanje spora zahteva pojašnjenja u vezi sa tumačenjem prava EU, arbitraža postavlja pitanje Sudu pravde EU. Arbitraža, u tom slučaju, rešava spor u skladu sa tumačenjem Suda pravde EU. Odluka arbitraže je obavezujuća za obe strane. Ali ukoliko jedna od strana odluči da ne sprovodi odluku, ili ako druga strana smatra da su preduzete mere u suprotnosti sa odlukom, druga strana može preduzeti proporcionalne kompenzacijske mere. Ukoliko se dve strane ne slažu u vezi sa tim da li su kompenzacijske mere proporcionalne, strana na koju se mere odnose

[28] J. Ćeranić Perišić, *nav. delo,* str. 206–207.

[29] Institutional agreement between Switzerland and the EU: key points in brief, *https://www.fdfa.admin.ch/dam/dea/en/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze_en.pdf*, 24.09.2019

[30] *Ibidem.*

[31] *Ibidem.*

(koja je pogođena merama) može takođe zahtevati od arbitraže da odredi da li su proporcionalne. Iako Institucionalni okvirni sporazum još nije počeo da se primenjuje, može se pretpostaviti da će ovakav način rešavanja sporova trajati nekoliko godina.[32]

Neusvajanje Institucionalnog okvirnog sporazuma u predviđenom roku

Rok za usvajanje Institucionalnog okvirnog sporazuma bio je 1. juli 2019. Evropska unija je u martu 2019. godine usvojila sporazum, dok Švajcarska to nije učinila.

Situacija u vezi sa usvajanjem sporazuma u Švajcarskoj je inače vema složena. Da bi bio ratifikovan, svaki sporazum mora da dobije saglasnost švajcarskih građana na referendumu. Konkretno u slučaju Institucionalnog okvirnog sporazuma, da bi obezbedio podršku javnosti, Savezni savet odlučio je da u januaru 2019. godine objavi Nacrt sporazuma i otvori javnu raspravu. U junu 2019. godine, Savezni savet uputio je pismo predsedniku Evropske komisije u kome navodi da su se u toku javne rasprave pojavila neka pitanja u vezi sa kojima su potrebna dodatna pojašnjenja i garancije. Pored tradicionalne zabrinutosti da bi ovakav sporazum mogao okrnjiti suverenitet Švajcarske, tri pitanja su se, u toku javne rasprave, iskristalisala kao naročito problematična. To su: zaštita nivoa zarada u Švajcarskoj, državne subvencije i Direktiva o pravima građana EU na slobodno kretanje.[33]

Predsednik Evropske komisije se složio sa davanjem dodatnih pojašnjenja, ali je isključio svaku mogućnost ponovnog otvaranja pregovora i pozvao na brzu ratifikaciju sporazuma pre isteka mandata Komisije u oktobru 2019. godine. Uprkos ovakvom stavu Evropske komisije, švajcarski parlament naložio je Saveznom savetu da nastavi pregovore i da preduzme odgovarajuće mere kako bi unapredio Nacrt sporazuma u pogledu pomenuta tri aspekta.[34]

Rok za potpisivanje sporazuma produžen do kraja oktobra 2019. godine, ali je izvesno da ga Švajcarska neće potpisati. Naime, sa ovako koncipiranim sporazumom ne slažu se ni levičarske ni desničarske partije. Osim toga, da bi spora-

[32] *Ibidem.*

[33] Swiss want 'more clarification' on EU framework deal, *https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-eu-relations-_swiss-want--more-clarification--on-eu-framework-deal/45016738*, 22. 09. 2019.

[34] *Ibidem.*

zum mogao da stupi na snagu, moraju ga potvrditi i građani na referendumu. A u ovom političkom momentu nije izvodljivo obezbediti njihovu podršku.[35]

Restrikcije na tržištu finansijskih instrumenata

Nezadovoljna činjenicom da Švajcarska nije usvojila Institucionalni okvirni sporazum u predviđenom roku, Evropska komisija odlučila je da od 1. jula 2019. ne obnovi priznavanje ekvivalencije pravila za švajcarska finansijska tržišta. Naime, Direktiva[36] i Uredba EU o tržištima finansijskih instrumenata[37] ograničavaju izbor investicionih kompanija iz EU u pogledu mesta trgovanja. Konkretno, deonicama kojima se trguje u EU ne može se trgovati na berzama trećih zemalja kojima nije priznato da imaju bonitetne zahteve i zahteve poslovnog ponašanja ekvivalentne onima u EU. Tokom 2017. godine, kada je Komisija morala da dodeli status ekvivalencije nizu zemalja koje su važni finansijski partneri EU, odluka o ekvivalenciji za Švajcarsku bila je ograničena na godinu dana sa odložnim uslovom da je "postignut napredak u potpisivanju sporazuma kojim se uspostavlja zajednički institucionalni okvir".[38]

Pošto se akcijama najvećih švajcarskih akcionarskih društava trguje i na švajcarskim berzama i na berzama EU, prestanak ekvivalentnog statusa za Švajcarsku praktično bi značio da je investicionim firmama iz EU zabranjeno da trguju tim akcijama na švajcarskim berzama. Kao rezultat, učešće evropskih investitora na švajcarskoj berzi bilo bi onemogućeno. Da se to ne bi desilo, Savezni savet je zabranio da se akcijama švajcarskih kompanija, kojima se trguju na švajcarskoj berzi, trguje na berzama EU. Sada kada se njima više ne trguje na berzama u EU, ograničenje prema Uredbi EU o tržištima finansijskih instrumenta se više ne odnosi na švajcarske akcije, što znači da su investicione kompanije iz EU oslobođene zahteva da njima trguju u EU. Konačni rezultat ovih pravnih manevara je da se od 1. jula 2019. akcijama kompanija kotiranih na švajcarskoj berzi više ne trguje

[35] Miracle needed for quick EU-Swiss treaty deal, *https://www.reuters.com/article/us-swiss-eu-idUSKCN1UU0C0*, 22.09.2019.

[36] Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU Text with EEA relevance, *Official Jornal* L*173*, *12.06.2014.*

[37] Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012 Text with EEA relevance, *Official Journal L 173, 12.06.2014.*

[38] The consequnces of Switzerland's lost equivalence status, *https://bruegel.org/2019/07/the-consequences-of-switzerlands-lost-equivalence-status/*, 24.09.2019.

na berzama EU, a umesto toga, investitori iz EU, kupuju i prodaju ove akcije preko provajdera na švajcarskoj berzi ili na drugom mestu trgovanja izvan EU.[39]

BILATERALNI MODEL INTEGRACIJE – PREGLED I PERSPEKTIVE

Pragmatičan, korak-po-korak, bilateralni pristup omogućio je Švajcarskoj da učestvuje na jedinstvenom tržištu EU, iako nije članica EU. Savezni savet je i u toku nedavno okončanih pregovora o Institucionalnom okvirnom sporazumu isticao socijalni i ekonomski značaj bilateralnog puta za Švajcarsku koji omogućava zemlji da napreduje uz očuvanje nezavisnosti i specifičnosti. Stoga se danas često diskutuje o tome da li bi se ova bilateralna putanja mogla primeniti i na neke druge zemlje, uključujući i bivše članice EU. Čak se i u kontekstu Breksita pominje da bi budući model saradnje između EU i Velike Britanije mogao biti inspirisan modelom koji postoji između EU i Švajcarske.

Bilateralni sporazumi – dvadeset godina primene

Bilateralni sporazumi nesumnjivo su doprineli ekonomskom rastu Švajcarske u poslednjih dvadeset godina, ali je činjenica da je švajcarski pravni sistem pretrpeo niz promena pod uticajem prava EU. U periodu 1990–2010, trećina švajcarskih pravnih reformi poticala je direktno ili indirektno iz potrebe usaglašavanja švajcarskog prava sa pravom EU. Istovremeno, Švajcarska je ostala u velikoj meri isključena iz postupka donošenja odluka i zakonodavnih procesa unutar EU. Nezavisno od političkog pitanja, da li je ova cena za nečlanstvo u EU (pre)visoka, perspektiva bilateralnog puta je neizvesna. S jedne strane, i dalje se ne zna da li će Švajcarska prihvatiti Institucionalni okvirni sporazum, pri čemu EU nije spremna za dodatne pregovore. S druge strane, EU sa Breksitom na agendi, teško da će biti zainteresovana da pregovara druge sektorske sporazume u skorije vreme.[40]

Bilateralni pristup procesu evropskih integracija omogućio je Švajcarskoj privilegovani položaj kakav nijedna druga zemlja nikada nije imala. Kao najveće prednosti izdvajaju se: pristup jedinstvenom tržištu EU, mogućnost zaključenja međunarodnih trgovinskih aranžmana sa trećim zemljama i manja izdvajanja za budžet EU. Ipak, da bi se stekla realnija slika o položaju Švajcarske, trebalo bi razmotriti i drugu stranu medalje kada je reč o pomenutim privilegijama.

[39] *Ibidem.*

[40] C. Reber, *nav. delo,* str. 155.

Prvo, što se tiče pristupa tržištu EU, Švajcarska je izdejstvovala potpuno slobodan pristup jedinstvenom tržištu u pogledu trgovine robom (uglavnom zahvaljujući Sporazumu o slobodnoj trgovini iz 1972. godine), dok je pristup tržištu usluga i poljoprivrednih proizvoda ostao ograničen. U pogledu trgovine uslugama, bilateralni sporazumi obezbeđuju samo parcijalni pristup tržištu koji pokriva nekoliko sektora (neke vrste osiguranja i javnih nabavki). U ostalim granama, usluge se u EU mogu pružati maksimalno 90 dana godišnje.[41]

Drugo, kada je reč o mogućnosti zaključenja međunarodnih trgovinskih aranžmana sa trećim zemljama, švajcarsko iskustvo u pregovorima pokazuje da su postignuti uslovi manje povoljni nego što bi bili da su ovi aranžmani zaključeni sa EU kao celinom. Iz tog razloga, Švajcarska najčešće zaključuje sporazume o slobodnoj trgovini zajedno sa svojim partnerima Norveškom, Islandom i Lihtenštajnom u okviru EFTA.[42]

I treće, kada je reč o izdvajanjima iz državnog budžeta za budžet EU, bilateralni sporazumi koji omogućavaju parcijalni pristup tržištu ne obavezuju Švajcarsku da doprinosi budžetu EU. Ipak, iako je bilateralni pristup 'jeftiniji' od članstva, Unija i dalje očekuje finansijski doprinos od Švajcarske za smanjenje ekonomskih i socijalnih razlika u proširenoj EU. Naime, od 2007. godine Švajcarska finansira projekte u novim državama članicama EU putem tzv. doprinosa za proširenje.[43] Osim toga, da bi mogla da učestvuje u programima i agencijama EU (npr. u oblasti istraživanja i obrazovanja), uz zaključenje sporazuma o saradnji, Švajcarska mora da dâ finansijski doprinos.[44]

Perspektive bilateralnog modela integracije

Švajcarski bilateralni pristup EZ/EU rezultat je specifičnosti švajcarske politike i posebnog istorijskog konteksta u kome su sporazumi pregovarani. Očigledno je, a i razumljivo, da Unija danas ima mnogo manje tolerancije za ovakve izuzetke.[45]

S jedne strane, uslovi za pregovaračkim stolom su se u velikoj meri promenili. U vreme kada je Švajcarska pregovarala Bilateralne sporazume I i II, EU je

[41] *Ibidem*, str. 158–159.

[42] *Ibidem*, str. 159.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*, str. 160–161.

[45] A. Kellerhals, nav. delo, str. 163.

imala 15 država članica. Danas, u EU od 27 država članica mnogo je teže sklopiti sporazum jer one mogu da blokiraju stupanje na snagu nekog ili svih sporazuma.

S druge strane, švajcarski bilateralni pristup trebalo bi posmatrati kao posebno političko rešenje postignuto pod pretpostavkom da će Švajcarska naposletku pristupiti EU. Kada je postalo jasno da ona ne namerava da postane članica EU, Unija je revidirala svoj stav i počela da biva zahtevnija. U toku 2010, Savet ministara EU opisao je model odnosa EU-Švajcarska kao "kompleksan i glomazan za upravljanje" koji je "dostigao svoje limite".[46]

U kontekstu Breksita, bilo je pomena da bi se na Veliku Britaniju mogao primeniti neki model poput švajcarskog. Iako postoje određene sličnosti između ove dve zemlje (osnivači EFTA, skepticizam u vezi sa supranacionalnim organizacijama, otpor prema prenošenju određenih aspekata političkog suvereniteta, tradicija referenduma),[47] sve ostale okolnosti potpuno su drugačije. Za početak ne može se prenebregnuti činjenica da je Velika Britanija zemlja koja napušta EU. Ako bi joj bio odobren bilo kakav privilegovani status, to bi delovalo ohrabrujuće na ostale države članice EU da razmotre opciju izlaska iz EU, što svakako nije poželjno u eri rastućeg evroskepticizma. Razlozi zbog kojih se švajcarski model ne bi mogao primeniti na Veliku Britaniju prevazilaze okvire ovog rada, te neće biti analizirani.

U svakom slučaju, bilateralni model ne samo da nije izvodljivo rešenje za Veliku Britaniju, već je sve manje izvesno da li je održivo rešenje za Švajcarsku. U ovakvoj klimi, ako bi EU, hipotetički, u perspektivi razmatrala mogućnost da sa nekom zemljom uspostavi saradnju zasnovanu na bilateralnom pristupu, sigurno je da bi insistirala na najmanje tri elementa: prvo, da se pravo EU usvaja na dinamičan način i tumači u skladu sa praksom Suda pravde EU; drugo, da se neki (ili svi) bilateralni sporazumi povežu putem tzv. "giljotina klauzule" kako bi se naglasila važnost pojedinih sporazuma (npr. Sporazum o slobodnom kretanju ljudi); i treće, da reč Suda pravde EU bude poslednja svaki put kada se radi o nekom pitanju relevantnom za pravo EU. [48]

Uzimajući u obzir ova tri elementa, jasno je da bi ti budući bilateralni sporazumi bili u velikoj meri drugačiji od onih koje je svojevremeno ispregovarala Švajcarska sa EU u smislu da bi ta treća zemlja imala daleko manje slobode i nezavisnsoti.

---

[46] Council of the European Union, Council conclusions on EU relations with EFTA countries of 14 December 2010.

[47] C. Reber, *nav. delo,* str. 156.

[48] *Ibidem*, str. 163–165.

ZAKLJUČAK

Švajcarski bilateralni sporazumi predstavljaju 'originalni integracioni eksperiment'.[49] Ovi sporazumi su se pokazali kao efikasan način da se Švajcarskoj omogući pristup jedinstvenom tržištu EU, uz uvažavanje švajcarskih specifičnosti. Nakon dve decenije primene, EU je mišljenja da ovakav model ne odgovara izmenjenim okolnostima u EU i da je neophodno redefinisanje pravnog okvira saradnje.

U ovom trenutku, odnosi između Švajcarske i EU prilično su napeti i niko sa sigurnošću ne može predvideti kakva će biti sudbina Institucionalnog okvirnog sporazuma. Ipak, nema sumnje da će se blagovremeno iznaći neko rešenje prihvatljivo za obe strane, pre svega zbog isprepletanosti interesa, tačnije iz ekonomskih motiva.

Dakle, švajcarski model u izvornom obliku nije održiv, te se ne može očekivati da će *telle-quelle* biti primenjen na neke druge zemlje, uključujući i bivše članice EU. To naravno ne isključuje mogućnost da u perspektivi postoje različiti modaliteta učešća na jedinstvenom tržištu koji ne impliciraju punopravno članstvo u EU. Naravno, ovakvi oblici privilegovanog učešća zavisiće i od pregovaračkih pozicija svake potencijalno zainteresovane zemlje. A da li će EU biti voljna da se u budućnosti upušta u ovakve vrste pravne akrobatike i da li će ovakvi modaliteti učešća na jedinstvenom tržištu doprineti integraciji ili dezintegraciji EU, vreme će pokazati.

JELENA ĆERANIĆ PERIŠIĆ, Ph.D.,
Senior Research Fellow,
Institute of Comparative Law, Belgrade

BILATERAL APPROACH TO THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS – SUSTAINABILITY OF THE SWITZERLAND MODEL IN THE CONTEXT OF CHANGED CIRCUMSTANCES IN EU

Summary

Although Switzerland is not an EU Member State, this country participates in the EU internal market. Relations between Switzerland and EU are regulated on the basis of bilateral agreements. Today, there are more than hundred agreements. All bilateral agreements are in their na-

[49] EU – Swiss bilateralism - a model for the Eastern partners such as Ukraine, Moldova and Georgia, *http://artsonline.monash.edu.au/events/events/monash-european-and-eu-centre-eu-swiss-bilateralism-a-model-for-the-eastern-partners-such-as-ukraine-moldova-and-georgia-professor-rene-schwok/,* 25. 09. 2019.

ture classical international treaties between Switzerland and EU. They do not involve the transfer of any legal or decision-making authority to a supranational body. After twenty years of application, EU initiated negotiations on redefinition of the legal framework of EU-Switzerland cooperation. Draft Institutional Framework Agreement was finished by the end of 2018. Since Switzerland has not adopted this agreement yet, relations between Switzerland and the EU begin to tighten. The first part of the article presents bilateral path of cooperation between Switzerland and EU, as an alternative to full membership. The second part focuses on Institutional Framework Agreement. The third part analyses survey and perspectives of Swiss bilateral approach to European integrations. The author attempts to shed light on sustainability of this model of cooperation in the context of changed circumstances in EU, not only for Switzerland, but also for other countries, including former EU Member States.

Key words: European Union, Switzerland, Bilateral Agreements, Internal Market, Institutional Framework Agreement

MAJA LUKIĆ RADOVIĆ,
MARIJA VLAJKOVIĆ

KRIZA VREDNOSTI U EVROPSKOJ UNIJI – UZDRMANI TEMELJI

Zajedničke vrednosti, odnosno vrednosti država članica Evropske unije čine sam temelj evropske integracije. One zaokružuju čitav pravni sistem Evropske unije, iako ne čine deo EU acquis-a, a kroz njihovu normativnu evoluciju, kao i kroz rad Suda pravde Evropske unije jasna je tendencija jačanja ustavnih vrednosti komunitarnog prava. Pitanje poštovanja vrednosti otelotvorenih u članu 2. Ugovora o Evropskoj uniji determiniše i postupak ulaska u Evropsku uniju, imajući u vidu da čini jedan od najvažnijih kriterijuma kojima se uslovljava i ceni država kandidat. Od "velikog praska" proširenja do danas, vidno je ojačala tzv. "Kopenhagenška dilema", koja je svoju kulminaciju doživela krizama u odnosima EU sa Mađarskom, a zatim i sa Poljskom. Član 7. Ugovora o Evropskoj uniji, kao i ograničeno delovanje Suda pravde EU postaju jedino "oružje" kojima EU kao zajednica država može sprečiti dalje nazadovanje vrednosti koje su na samom vrhu primarnog prava EU, a da time ne ugroze suverenost država članica ponaosob. Pitanja krivice za duple standarde pri poštovanju vrednosti i principa EU, i još važnije pitanje jačanja preventivnih i sankcionih mehanizama, i dalje ostaju otvorena.

Ključne reči: *vrednosti EU, kriterijumi iz Kopenhagena, Član 2. UEU, Član 7. UEU, Mađarska, Poljska*

U V O D

Pitanje poštovanja vrednosti Evropske unije, odnosno normativnog razvoja zajedničkih vrednosti na najbolji način prikazuje višeslojnost pravnog siste-

Dr Maja Lukić Radović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
Mr Marija Vlajković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

ma *sui generis* tvorevine poput EU. Kriza koja je pogodila tlo Evrope, uzdrmala je temelje ideje o Uniji koja je stvarana više od šest decenija i koja upravo počiva na principima i vrednostima koji se međusobno prožimaju stvarajući jedinstven nadnacionalni sistem. Samim tim, poslednjih godina koncept zaštite evropskih vrednosti koncipira se kao ograničenje očuvanju suvereniteta država članica, što je suprotno ideji vodilji da zajedništvo vrednosti Uniju čini još čvršćom u skupu različitosti, što se najbolje vidi i u zvaničnom motu Evropske unije: "Ujedinjeni u različitosti".[1]

Vrednosti Evropske unije nisu samo "plod" razvoja Evropske zajednice, a zatim i Unije 27(28) država i konstantnog jačanja procesa evropske integracije. One su istovremeno ustavne vrednosti svih država članica, poput vladavine prava, demokratije i zaštite ljudskih prava, koje su inherentne osnovnim karakteristikama, ali i specifičnostima komunitarnog pravnog poretka,[2] jer determinišu i uokviruju sve aktivnosti na nivou same EU, ali i u okviru nje na nivou svih država članica ponaosob. Pitanje vrednosti nije striktno pravno pitanje koje spada u domen EU *acquis*-a *per se,* samim tim čineći zaštitu tih istih vrednosti komplikovanijom, ali ono što je nesumnjivo je da celokupno funkcionisanje Evropske unije upravo počiva na tim osnovama.

Vrednostima nedostaje čista pravna dimenzija,[3] ali se njihov pravni osnov koji je u temelju evropske konstrukcije kao i obaveza poštovanja istine može poreći, imajući u vidu da pored činjenice da je njihovo postojanje proklamovano u opštim odredbama najvažnijeg izvora primarnog prava EU, postoji i neadekvatno nazvana "nuklearna opcija"[4] u Ugovoru o Evropskoj uniji, a koja je sa skorašnjim "gorućim" krizama vladavine prava i demokratije po prvi put aktivirana u slučaju Poljske i Mađarske.

Kako bismo prikazali promenljiv kontekst shvatanja evropskih integracija, a samim tim i vrednosti koje zapravo čine njen okvir i utemeljenje, u ovom radu predstavićemo pre svega razvoj ideje o postojanju zajedničkih (komunitarnih) vrednosti, njihovom normiranju kroz Ugovore i doprinosu Suda pravde Evropske unije u poštovanju istih. Nadalje, analiziraćemo značaj pojma poštovanja vred-

[1] The EU Motto, *https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_en*, 23.09.2019.

[2] Fausto de Quadros, *Droit de l'Union européenne – Droit constitutional et administratif de l'Union européenne*, Bryulant, Bruxelles, 2008, str. 61.

[3] Roberto Baratta, "La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne", *R.A.E./ L.E.A.*, br. 1, 2018, str. 81.

[4] Govor nekadašnjeg predsednika Evropske komisije Hose Manuel Barosa na sednici Evropskog parlamenta u Strazburu 12. septembra 2012. godine, *https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm,* 22.09.2019.

nosti u doktrini evropskog proširenja i postojanja sve vidljivijeg paradoksa uslovljavanja država kandidata za članstvo poštovanjem vrednosti, da bi ulaskom u "klub" ta ista obaveza na volšeban način počela da bledi. U vezi sa tim, a u svetlu aktuelnih događaja u Mađarskoj, a nedugo zatim i u Poljskoj, u radu će se osvrnuti i na opravdanost i efikasnost pravne zaštite vrednosti od strane Evropske unije.

RAZVOJ VREDNOSTI EU: KROZ USTAVNO-PRAVNU PRIZMU NADNACIONALNOG SISTEMA

Istorijski posmatrano projekat evropske integracije sačinjen je od zajedničkih ciljeva, a zatim i principa koji su iz istih proistekli. Posmatrajući funkcionalistički pristup razvoja Zajednice, kroz pre svega ekonomsku integraciju, osnovni principi koji su stajali i iza stvaranja četiri osnovne slobode bili su zajednički svim državama osnivačima prvih Zajednica, pa je samim tim bilo logično da se nađu i u temeljima ustava u materijalnom smislu, za šta mnogi danas tvrde da je Ugovor iz Lisabona. Ideja o sve tešnjoj/bližoj Uniji (*ever-closer Union*), prvi put je istaknuta još 1957. godine u Preambuli Ugovora iz Rima,[5] naglašavajući da je to proces koji će se korak po korak odvijati voljom država članica kroz normativni, ali i politički razvoj zajednice. Kao preokret u stidljivom razvoju vrednosti Evropske unije, ističe se Deklaracija o evropskom identitetu iz 1973. godine[6] koja je celokupnu ideju o definisanju evropskog identiteta, imajući u vidu dinamičnu prirodu Evropskih zajednica, upravo zasnovala na demokratiji, vladavini prava i drugim vrednostima i principima koji proizlaze od država članica koje tu Zajednicu čine. Pomenuta Deklaracija je svoju inspiraciju našla u Statutu Saveta Evrope iz 1949. godine koji je u svetlu ponovnog uzdizanja evropskog kontinenta nakon Drugog svetskog rata, kao osnovu uzeo *patrimoine commun* naroda država članica, odnosno činjenicu da su države Saveta neraskidivo povezane duhovnim i moralnim vrednostima[7] koji čine njen deo.

Po rečima sudije Baraka, bivšeg sudije Vrhovnog suda u Izraelu, ustav kao najviši pravni akt ne funkcioniše u normativnom vakumu. Spolja su vrednosti i principi koji ga uokviruju i koje upravo taj Ustav mora da sprovede u delo.[8] Pratećи istu logiku, Sud pravde je vrlo rano istakao osnovne vrednosti Evropske zajed-

---

[5] Treaty establishing the European Economic Community, *https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf,*20.09.2019.

[6] Declaration on European Identity", *Bulletin of the European Communities, Luxembourg: Office for official publications of the European Communities,* br. 12, decembar 1973.

[7] F. de Quadros, *nav. delo,* str. 61.

[8] Timothy Moorhead, "The Values of the European Union Legal Order: Constitutional Perspectives", *European Journal of Legal Reform*, br. 16, Tom 3, 2014, str. 6, fn 8.

nice koje ona "izvlači" odnosno deli sa svojim državama članicama, pa je tako u sada već čuvenoj presudi *Les verts*[9] podvukao da je Zajednica zasnovana na vladavini prava, u meri u kojoj nijedna država članica, niti evropska institucija ne može delati (odnosno donositi akta i primenjivati mere) a da nije u skladu sa osnovnom ustavnom poveljom – Ugovorom (o Evropskoj ekonomskoj zajednici).[10] Delovanje evropskih institucija, na primer, nemoguće je zamisliti bez osnovnih postulata demokratije i vladavine prava, koje su pak istovremeno inherentni svakom ustavnom sistemu država članica EU. Nakon prvog pominjanja zajedničkih vrednosti u članu J. 1 Ugovora iz Amsterdama,[11] evropske vrednosti su svoj pravi značaj za oblikovanje pravnog sistema Evropske unije dobile u projektu Konvencije za budućnost Evrope, na talasu jačanja konstitutivnih ambicija koji će ishodovati Ustavom za Evropu, koji Uniju upravo definiše u članu 1. kao zajednicu koju čine zajedničke vrednosti država članica koje one dele, ali i obavezuju se da se vode njima i promovišu ih zajedničkim snagama.[12]

Ugovor iz Lisabona u evoluciji evropske konstrukcije vrlo eksplicitno postavlja značaj vrednosti za funkcionisanje, ali i dalji razvoj evropske integracije. *Rationale* za determinisanje osnova EU koje čine tačno pobrojane, odnosno identifikovane vrednosti koje su zajedničke državama članicama, može se naći po više osnova. Prvo, nakon neuspeha Ustava za Evropu, ovaj normativni potez otelotvoren u članu 2. UEU[13] predstavlja finalnu transpoziciju kao i inkorporaciju ustavnih principa država članica u zajednički sistem na čijem vrhu su te vrednosti, time

---

[9] *Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament,* Case 294/83, 23 april 1986,*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0294*, 21.09.2019,

[10] "It must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a Community based on the rule of law, in as much as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty...".

[11] The Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, *Office for Official Publications of the European Communities*, 1997.

[12] Član 2. UEU navodi zajedničke vrednosti: ljudsko dostojanstvo, osnovna prava, demokratiju, vladavinu prava, toleranciju kao i poštovanje preuzetih međunarodnih obaveza, *http://www.assemblee-nationale.fr/europe/convention-traite-constitutionnel.asp,* 19.09.2019.

[13] Član 2. Ugovora o Evropskoj uniji u izvornom obliku na engleskom jeziku: "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail", Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *Official Journal of the European Union C- 306*, 13 decembar 2007.

sprečavajući potencijalne konflikte i međusobno nepoštovanje, ali istovremeno i zajedničku zaštitu istih, otelotvorenu u članu 7. UEU koji deluje i kao preventivni mehanizam, ali i kao sankcija u slučaju povrede vrednosti. Takođe, normirane zajedničke vrednosti stvaraju osnov i omogućavaju pravilnu primenu drugih suštinskih principa Evropske unije kao što je princip međusobnog poverenja i princip lojalnosti.[14] Pravna potvrda ove suštinske dimenzije kojoj je Evropska unija dodelila centralno mesto u Ugovoru, vidi se i u članu 3. koji je kao osnovni cilj Unije odredila upravo promociju vrednosti. Nadalje, za evropsku integraciju možda najvažniji član – član 49. Ugovora o Evropskoj uniji, jasno postavlja kao osnovni uslov za članstvo u Evropskoj uniji upravo poštovanje vrednosti navedenih u članu 2, što ćemo u sledećem poglavlju ovog rada detaljnije analizirati, imajući u vidu problem njegove valorizacije i ocene ispunjenosti pre i nakon ulaska u Evropsku uniju. Na kraju, akt koji ima jednaku pravnu vrednost kao i sam Ugovor o EU – Povelja o osnovnim pravima EU se već u Preambuli opredeljuje za pristup "*ever-closer Union*" definišući kao osnovni cilj mirnu budućnost koja se zasniva na zajedničkim vrednostima koje dele države članice.[15]

Važno je istaći, da pored moralne i političke dimenzije vrednosne determinisanosti Evropske unije, pravna utemeljenost, odnosno njihova potvrda, nije samo u primeni, odnosno poštovanju od strane država članica, već i od institucija Evropske unije, ali i u sve češćim referencama "tumača" prava Evropske unije – Suda pravde Evropske unije. U Mišljenju 2/13 koje se ticalo pristupanja Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, SPEU je u više navrata naglasio da je "pravni sistem Unije zasnovan na fundamentalnoj premisi da svaka država članica ponaosob sa ostalim državama članicama deli i prepoznaje niz zajedničkih vrednosti na kojima počiva i Evropska unija,"[16] referišući dalje na član 2. UEU. Dalje nastavlja da navedena pretpostavka implicira i opravdava princip međusobnog poverenja koji dalje znači da će upravo te "vrednosti biti prepoznate i samim tim pravo EU koje ih primenjuje biti poštovano". Sud je na vrlo jasan način stavio do znanja koji je normativni značaj vrednosti koji grade jedinstveni pravni sistem Evropske unije, a istovremeno ga uokviruju determinišući tako, u ovom slučaju postupak pristupanja Evropskoj konvenciji, a i nadalje ostale aktivnosti na nadnacionalnom nivou. Sudska posvećenost evrop-

[14] Jean Paul Jacqué, "Crise des valeurs dans l'Union européenne?", *RTD Eur*, br. 2, avril–juin 2016, str. 1.

[15] Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Communities*, C 364/01, 18. decembar 2012.

[16] Opinion 2/13 of the Court (Full Court), ECLI:EU:C:2014:2454, para. 168, 18. decembar 2014.

skim vrednostima potvrđena je u presudi *Melloni*[17] iz 2013. godine, koja je bila od izuzetnog značaja za određivanje odnosa standarda u zaštiti osnovnih prava između nacionalnog prava i EU, tačnije Povelje o osnovnim pravima EU. Sud naime posebno ističe zajedničke standarde koje dele države članice, a koji pak doprinose razvoju zaštite osnovnih prava kao i principa međusobnog poverenja koji stoje u osnovi Unije.

Kao potvrda da je SPEU "pravno oživeo" vrednosti na kojima Unija počiva, doprinoseći tako čvršćoj evropskoj integraciji je i skorašnji primer, tzv. "Portugalski slučaj" iz 2018. godine, koji, iako se fokusirao na zaštitu jedne vrednosti iz člana 2. vladavine prava, podvlači u presudi da se Unija temelji na vrednostima u skladu sa članom 2. UEU "koje su zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladava, među ostalim, pravda". Sud istom prilikom ističe i povezane principe, kao što je međusobno poverenje među državama članicama koji počivaju na "temeljnoj pretpostavci da države članice dele niz zajedničkih vrednosti na kojima se temelji Unija" i, što je još važnije, upućuje na stavove Suda koji su izrečeni u Mišljenju 2/13[18] potvrđujući tako jasan stav Suda prema evoluciji vrednosti u pravnom sistemu EU.

Iz navedenog prikaza normativnog razvoja, kao i sudske prakse koja je pratila, jasno se vidi da su vrednosti, koje su prvo stidljivo unošene radi simbolike zajedništva, kao i preventivni mehanizmi za njihovu zaštitu za koje se mislilo da se nikada neće koristiti, vrlo nadrasle početne okvire i postale upravo jedna od odredbi koja oblikuje delovanje Unije, ali i država članica, bez obzira na to što se na osnovu samo njih ne mogu donositi pojedinačna akta, niti spadaju u jasnu podelu nadležnosti u okviru EU *acquis*-a. One zato prožimaju svaku legislativnu i političku aktivnost pomenutih članova. O nedavno donetoj presudi protiv Poljske, biće reči u delu u kome ćemo se baviti efektivnošću primene člana 7. kao i akutnim krizama u vladavini prava i demokratiji na tlu Evropske unije.

POŠTOVANJE VREDNOSTI KAO USLOV ZA ČLANSTVO – USLOVLJENOST KAO "MAČ SA DVE OŠTRICE"

Još 1993. godine Evropski savet je, suočen sa realnom perspektivom proširenja Evropske unije, determinisao tzv. Kriterijume iz Kopenhagena, kojima su

[17] Stefano Melloni v Ministerio Fiscal-Request for a preliminary ruling from the Tribunal Constitucional (Spain), Case C-399/11, 26 februar 2013, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0399&from=EN*, 24.09.2019.

[18] Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, 25 jul 2018, Court Reports – general, *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-64/16*, para. 30, 22. septembar 2019.

kao osnovni pravno-politički uslovi koje treba da ispune budući članovi Unije određeni sledeći: demokratija, vladavina prava (koja se pak drugačije definiše u različitim državama koje su već bile članovi, poput Francuske i Nemačke), ljudska prava, kao i poštovanje i zaštita manjina.[19] Ono što mnogi autori ističu, i što se u praksi i te kako pokazalo kao "politički-savitljiv" kriterijum je upravo činjenica da, iako su uslovi, odnosno kriterijumi definisani, Evropski savet nije odredio način na koji će se provera ispunjenosti odnosno usaglašenosti države kandidata sa istima vršiti. Jedino što je naglašeno je bilo da će Evropski savet nastaviti da prati napredak svake države koja je u postupku pridruživanja do ispunjavanja uslova za ulazak u EU.[20] Imajući u vidu da su se u ovim kriterijumima sadržale vrednosti koje bi trebalo da budu zajedničke državama Evropske unije, kao i državama kojima je to krajnji cilj, odnosno državama kandidatima, vrlo je vidno postojanje širokog i nepreciznog određivanja njihove sadržine i načina ocene, što bi značilo da je metod uporedbe bio u jednoj meri proizvoljan, odnosno ostavljen političkoj proceni više nego pravoj kvantitativnoj i kvalitativnoj oceni. *Ratio* postavljanja kriterijuma je svakako jasan, a to je stvaranje jednog evropskog identiteta sa vrednostima koje svi dele (a i ukoliko ih ne dele, da pre nego što uđu u EU, "počnu" da ih dele) vrednosti koje su odgovarale evropskim, kao što je bio slučaj sa državama istočne Evrope, pre "velikog praska" odnosno najvećeg proširenja 2004. godine. Pet godina nakon sastanka Saveta u Kopenhagenu, sa Ugovorom iz Amsterdama odredba o vrednostima kao i njihovoj zaštiti (sadašnji član 2. i član 7) dobijaju normativnu potvrdu, stvarajući "sigurnosnu bravu"[21] na zaštitu zajedničkih vrednosti koje su karakteristika upravo članicama Unije.

Za shvatanje problematike uslovljenosti, od izuzetnog značaja je član. 49. Ugovora iz Lisabona, tj. Ugovora o Evropskoj uniji.[22] Naime, ovaj član uslovljava svaku državu koja ima tendenciju da postane kandidat za članstvo (dakle, član *pro futuro*), da mora da poštuje i promoviše upravo vrednosti navedene u članu 2. UEU, a koje su zajedničke državama članicama. Ovde dolazimo do istog problema kao i kod Kriterijuma iz Kopenhagena, koji počivaju na istim vrednostima, a to je pitanje procene kao i finalne ocene ispunjenosti upravo tog uslova koji se na-

[19] *https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en*, 21.09.2019.

[20] Dimitry Kochenov, "Behind the Copenhagen façade. The meaning and structure of the Copenhagen political criterion of democracy and the rule of law", *European Integration online Papers (EIoP)*, br. 10, Tom. 8, 2004.

[21] Konstantinos Margaritis, "Some Thoughts on the Interrelation of Article 7 TEU with the EU Fundamental Rights Agency", *Perspectives of Business Law Journal*, br. 2, 2013, str. 144.

[22] Član 49. stav 1. Ugovora o Evropskoj uniji: "Svaka evropska država koja poštuje vrednosti iz člana 2. i koja se obavezuje da ih promoviše, može podneti zahtev za članstvo u Uniji..."

lazi u primarnom izvoru prava Evropske unije. Ideja iza ove odredbe je isto jasna, a to je ujednačavanje pravnog sistema i osnovnih postulata vladavine prava u svim državama kako bi se olakšao i na taj način održao jedan jedinstven standard univerzalnih vrednosti koje sve evropske države moraju imati. Kada jednom država uđe u Evropsku uniju, pretpostavlja se da je dostigla određeni nivo spremnosti i poštovanja vrednosti (pored ostalih kriterijuma koji su navedeni) i da će samo nastaviti, kao i ostale članice da poštuje i promoviše iste.

Međutim, pokazalo se da to nije slučaj, štaviše, doprinelo je stvaranju tzv. "Kopenhaške dileme",[23] koja se od 2015. godine, pa do sada intenzivirala otvarajući pitanje poštovanja vrednosti i postavljajući ga u sam centar svih kriza koje su pogodile Evropsku uniju u toku poslednje decenije. Suština ove dileme je upravo u određivanju kriterijuma na osnovu kojih su države kandidati za članstvo nadzirane i periodično ocenjivane do ulaska u članstvo, da bi zatim nakon toga, vrednosti sadržane u tim istim kriterijumima zanemarile ili napustile, uživajući dugo u širini pretpostavke da kao države članice svakako dele iste vrednosti, a samim tim ih i poštuju. Još pre prve Preporuke Evropske komisije upućene Mađaraskoj, Vivijen Reding, potpredsednica Evropske komisije, je 2013. godine, *à propos* novog evropskog mehanizma koji je Komisija predlagala kojim bi se vladavina prava kao jedna od vrednosti zaštitila, a kopenhaška dilema "iskristalisala", naglasila aludirajući na Evropsku uniju i vrednosti na kojima počiva da "kada se gradi kuća, nisu potrebni samo čvrsti osnovi. Potrebni su temelji koji će izdržati normalnu upotrebu kuće."[24]

Među kritičarima ideje o sve čvršćoj Uniji, udarna premisa je bila da je uticaj EU politički, ali i ekonomskim uslovljavanjem[25] izraženiji u pristupnoj fazi nego nakon ulaska. Članstvom u EU, država postaje ravnopravna sa ostalim državama članicama i politiku uslovljavanja zamenjuje politika saradnje[26] koja pak počiva na principima međusobnog poverenja i saradnje, te je mnogo lakše da

[23] Oliver Mader, "Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, str. 137–138.

[24] "Safeguarding the rule of law and solving the "Copenhagen dilemma": Towards a new EU-mechanism", *https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-348_de.htm,* 22.09.2019.

[25] V. Ugovore o stabilizaciji i pridruživanju sa državama kandidatima zapadnog Balkana, kao i Ugovore o pridruživanju poput onog sa Ukrajinom.

[26] Ljubica Đorđević, "Protection of the EU Values in the EU Member States through the Sanction Mechanism: The Scope and the Impact of Article 7 TEU", *Revija za evropsko pravo*, br. XVI, Tom 2–3, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, str. 13.

dođe i do "iskliznuća" iz strogo posmatrane i cenjene vladavine prava i ostalih vrednosti (*rule of law backsliding*).[27]

Upravo se to i dogodilo u slučaju Mađarske, a nedugo zatim i Poljske, gde se u pravom svetlu pokazala kriza vrednosti koja je dugo tinjala, počevši još od slučaja Austrije 1999. godine, kada je prvi put postojala mogućnost da član 7. UEU ne ostane samo "slovo na papiru". Države koje su ušle u EU ispunjavajući kriterijume za članstvo našle su se kao glavni krivci za nepoštovanje vrednosti za koje su se ulaskom obavezale da će ne samo poštovati već i promovisati.

Jedno od glavnih pitanja koje je proizašlo iz ovoga je, ko je kriv za duple standarde? Evropska unija ili države članice, ili je teret krivice podeljen? I još važnije pitanje, na kome je sada da pravno reaguje i da rešava posledice u nazadovanju zaštite osnovnih vrednosti koje čine temelje Unije koje su te države stvarale?

KRIZA VREDNOSTI – ŠTA JE ZAISTA UZROK – "POLIKRIZA NEDOVOLJNO SAVLADANA"[28]

U osnovi krize zapravo stoji pitanje da li su vrednosti Unije, upravo zbog postojanja dvostrukih kriterijuma i *post-festum* tupljenja oštrice na nivou same Unije, izgubile na svojoj univerzalnosti,[29] kao i pitanje da li se njihovo poštovanje može okarakterisati (i da li se ikada moglo) kao svojevrsna obaveza *erga omnes*? Žake navedenu situaciju objašnjava činjenicom da države svesno zaboravljaju jedan od osnovnih prinicipa koji počiva upravo na vrednostima, a to je princip solidarnosti, te da je slaba, odnosno mlaka reakcija Evropske unije kao zajednice država koje dele te iste vrednosti, kao u slučaju Mađarske, ohrabrilo i druge države poput Poljske da prate isti put.[30] Bivši potpredsednk Evropske komisije *F. Timermans* je pokušao da povrati veru u adekvatan odgovor EU, apelujući da su vrednosti "jedan od korena naše Evrope,"[31] ali te iste vrednosti su se bez efikasnog mehanizma EU kao i pravog i adekvatnog odgovora blatantno kršile i sa svakom

[27] Dimitry Kochenov, Laurent Pech, "Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation", *Journal of Common Market Studies*, br. 5, Tom 56, 2016, str. 1063.

[28] Žake parafrazira Žan-Kloda Junkera u njegovom obraćanju povodom rasprave o rastućoj krizi u Evropskoj uniji, Jean Paul Jacqué, "Crise des valeurs dans l'Union européenne?", *RTD Eur*, br. 2, avril–juin 2016, str. 2–3.

[29] *Ibidem.*

[30] *Ibidem.*

[31] *https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/timmermans/announcements/discours-aux-grandes-conferences-catholiques-les-valeurs-font-lunion-sans-valeurs-pas-dunion_en*, 20.09. 2019.

krizom udaljavale od svog početnog cilja. Važno je pomenuti i sve češće pozivanje na koncept zaštite nacionalnog, preciznije, ustavnog identiteta među državama članicama, koje na taj način "štite" nacionalne ustavne vrednosti i celokupan suverenitet država članica i više nego što je Ugovorom iz Lisabona, odnosno članom 4. stav 2. i pravnom prirodom Evropske unije predviđeno. Svakako na nivou EU postoji određeni nivo tolerancije i uvažavanja za ekskluzivne vrednosti na kojima počivaju ustavi država članica, uvažavajući njihove ustavne specifičnosti i nacionalne karakteristike dokle god to ne ide na štetu zajedničkim vrednostima (koje su istovremeno i nacionalne ustavne vrednosti država ponaosob) i obavezama koje su preuzele iz osnivačkih ugovora.

Ovde ne sporimo da je pozivanje na zaštitu ustavnog identiteta legitimno u okvirima Evropske unije, kao i postojanje i očuvanje ustavnog pluralizma, ali istovremeno ukazujemo da je potrebno stalno utemeljenje u principima koje su te države preuzele i stvorile kao što su princip lojalnosti, saradnje i međusobnog poverenja, a koji upravo počivaju na zajedničkim vrednostima koje su države potpisujući Ugovore prenele i na nadnacionalni nivo. Kako se pokazalo, paralelizam vrednosti koje su čisto ustavne, ali ne i evropske, s jedne strane, i supranacionalnih vrednosti koje su istovremeno i nacionalne, s druge strane, veoma je kompleksno, i često se svodi na "balansiranje interesa i vrednosti."[32] Samim tim, Evropski parlament se u Rezoluciji od 3. jula 2013. godine, povodom situacije u Mađarskoj, izjasnio da vrednosti obuhvaćene čl. 2 UEU čine "srž prava koja uživaju građani EU" i da poštovanje i zalaganje za zajedničke vrednosti nije samo osnovni element i temelj "evropskog identiteta", već i obaveza koja proizlazi iz članova 3. stav 1. i 5. UEU i *sine qua non* članstva. Istovremeno, Parlament podvlači da poštovanje zajedničkih vrednosti važi istovremeno sa posvećenošću Evropske unije različitostima i ustavno-političkim specifičnostima država članica koje se ogleda u članu 4. stav 2, kao i da ne treba suprotstavljati narativ člana 2. i člana 4, ali oštro naglašava da se kršenje zajedničkih vrednosti i principa ne može pravdati zaštitom ili očuvanjem nacionalnog identiteta, jer je takav čin upravo podrivanje ideje evropske integracije i vrednosti koje su u temelju iste.[33] Iz toga proizlazi da je pozivanje na član 4. stav 2. UEU moguće samo dokle god države članice poštuju i čuvaju vrednosti iz člana 2.

---

[32] O. Mader, *nav. delo,* str. 148.

[33] European Parliament resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary, *Official Journal of the European Union*, C 75/09, 2016, *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2013-315*, 25.09.2019.

REAKCIJA EVROPSKE UNIJE – ADEKVATNOST I EFIKASNOST EVROPSKOG ODGOVORA

Na nivou Evropske unije, u novoustanovljenim okolnostima i raslojavanju krize, postignut je konsenzus da je potreban mnogo efikasniji mehanizam kako bi se eventualno prenebregnula situacija da država Evropske unije dođe u situaciju da krši vrednosti Evropske unije u nacionalnim okvirima, pravdajući se da je čisto "interna stvar". Evropska komisija je 2014. godine[34] predložila instrument u kome će se u dijalogu u tri faze EK sa državom članicom, predupredi kršenje pre svega principa koje čine vladavinu prava kao fundamentalne vrednosti Unije, dok je Savet EU nedugo zatim doneo Zaključke u kojima potvrđuje potrebu za jačanjem institucionalnog nadzora nad zaštitom vrednosti, ali za razliku od Komisije predviđa dijalog među državama, dakle, sa manjim učešćem institucija na nivou Evropske unije,[35] a većom uključenošću aktera na nacionalnom nivou. U domenu zaštite vrednosti vrlo je primetan sužen prostor za pravni manevar Suda pravde EU, koji može štititi vrednosti samo posredno kroz prethodni postupak ili u tužbi zbog povrede obaveza (*infringement procedure*) iz člana 258 UFEU,[36] koji je pak limitiran i *rationae personae*, *materiae* i *temporis.*[37] Primera radi, ograničenost sudskog delovanja iz ugovorima tačno navedenih razloga, mogla se videti u slučaju protiv Mađarske kada je Evropska komisija tužila Mađarsku fokusirajući se, između ostalog, na kršenje pravila o starosnoj diskriminaciji proklamovane Direktivom o jednakom tretmanu (*Equal Treatment Directive*), iako je očito bilo da su to samo segmenti koji u celini predstavljaju kršenje vrednosti kao što je demokratija i vladavina prava[38] i da je trebalo, pored sudske, aktivirati i reakciju koja dira u samu suštinu zaštite vrednosti.

Takođe, u mađarskom slučaju nije se i dalje odmah pribeglo "nuklearnoj opciji", odnosno članu 7. UEU, kako ga je kvalifikovao Manuel Baroso, koji je tom

---

[34] Communication From the Commission to the European Parliament and the Council: A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, Strasbourg, 11.3.2014, *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/EN/1-2014-158-EN-F1-1.Pdf* , 21. 09. 2019.

[35] *https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/genaff/146323.pdf*, 21.09.2019.

[36] Consolidated versions of the Treaty of the European Union and Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C/202,Vol. 59, 7. jun 2016.

[37] V. više u: Mark Dawson, Elise Muir, Guest Editorial, "Enforcing Fundamental Values: EU Law and Governance in Hungary and Romania", *Mastricht Journal of European and Comparative Law*, br. 19, Tom4, str. 469–476.

[38] Commission v Hungary, C-286/12, Court Reports – general, *http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0286&lang1=en&type=TXT&ancre=,* 22.09.2019.

kvalifikacijom napravio ne preterano mudar potez, jer je preventivni i sankcioni mehanizam koji je unet zarad zaštite zajedničkih vrednosti okarakterisan kao nepraktičan i izjednačen sa reakcijom u slučaju katastrofe i čija se primena izbegavala.[39] Argumentacija da je član 7. uveden prvenstveno u preventivne svrhe, naročito imajući u vidu njegovo unošenje pred značajna proširenja EU, kada je trebalo unapred staviti do znanja novopridošlim državama članicama, koje su posledice nepoštovanja člana 2. UEU, očigledno da je sa godinama opstajala kao slovo na papiru, gde se kao jedini pokušaj mogao računati neuspeh aktiviranja u slučaju Austrije 1999. godine.[40]

Član 7. UEU,[41] uveden Ugovorom iz Amsterdama, okarakterisan je kao politički mehanizam uokviren pravom, koji je u velikoj meri ograničen političkom voljom država članica, imajući u vidu predviđene uslove za postizanje odluke u stavu 1. i 2, odnosno u slučaju utvrđivanja postojanja jasnog rizika od ozbiljnog narušavanja vrednosti kao i u slučaju utvrđivanja ozbiljnog i trajnog narušava-

[39] Armin von Bogdandy, "How to protect European Values in the Polish Constitutional Crisis", *Verf Blog*, 2016/3/31, *https://verfassungsblog.de/how-to-protect-europeanvalues-in-the-polish-constitutional-crisis/*, 15.09.2019.

[40] V. Heather Berit Freeman, "Austria: The 1999 Parliamentary Elections and the European Union Members' Sanctions", *International Comparative Law Review,* br. 109, 2002.

[41] Član 7. Ugovora o Evropskoj uniji: "Na obrazloženi predlog jedne trećine država članica Evropskog parlamenta ili Evropske komisije, Savet, većinom od četiri petine svojih članova, nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta, može utvrditi da postoji jasan rizik od ozbiljnog narušavanja vrednosti navedenih u članu 2. od strane države članice. Pre nego što to utvrdi, Savet saslušava tu državu članicu i može joj uputiti preporuke, u skladu sa istim postupkom. Savet redovno proverava da li razlozi na osnovu kojih je tako utvrđeno i dalje postoje. 2. Evropski Savet može jednoglasno, na predlog jedne trećine država članica ili Komisije, a nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta, utvrditi da država članica ozbiljno i trajno narušava vrednosti navedene u članu 2, nakon što pozove tu državu članicu da se izjasni. 3. Ako je utvrđeno narušavanje vrednosti prema stavu 2, Savet može kvalifikovanom većinom odlučiti da suspenduje datoj državi članici neka od prava koja proizlaze iz primene Ugovorâ, uključujući pravo glasa predstavnika vlade te države članice u Savetu. Pri tome, Savet uzima u obzir moguće posledice takve suspenzije po prava i obaveze fizičkih i pravnih lica. Obaveze date države članice na osnovu Ugovorâ nju, u svakom slučaju, i dalje obavezuju. 4. Savet može, kvalifikovanom većinom, naknadno odlučiti da izmeni ili ukine mere koje je preduzeo na osnovu stava 3. kao odgovor na promene situacije koja je dovela do njihovog uvođenja. 5. Pravila glasanja koja se primenjuju u Evropskom parlamentu, Evropskom savetu i Savetu za svrhe ovog člana utvrđena su u članu 354. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije", prevod autora. On a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2. Before making such a determination, the Council shall hear the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure.

nja vrednosti. Dakle, pored činjenice postojanja visokog praga za utvrđivanje čak i postojanja rizika, nailazimo na sledeći problem, a to je diskreciono pravo, a istovremeno i politička procena država članica da se odluče da li će se prikloniti volji većine za pokretanje postupka predviđenim članom 7. UEU. Diskreciona procena nije prisutna samo kod država članica prilikom predlaganja ili utvrđivanja povreda vrednosti, već i kod odlučivanja Evropskog saveta o postojanju povrede i Saveta EU o merama koje bi se izrekle državi koja uporno i ozbiljno narušava evropske vrednosti proklamovane članom 2. U oba slučaja njihove aktivnosti određene su kao mogućnost, a ne kao obaveza (Savet "može"). Time dolazimo u potencijalnu situaciju da, i kada bi se jednoglasno utvrdilo narušavanje vrednosti od strane Evropskog saveta, Savet nakon toga ne odluči da suspenduje datoj državi prava koja proizlaze iz Ugovora, odnosno ne primeni sankciju, ostavlja državu prekršioca nekažnjenu.

Pored nesporne činjenice da su i preventivna i represivna faza člana 7. UEU izuzetno politizovane, takođe ne postoji sudska kontrola ni u slučaju neprimene ili neadekvatne primene člana 7, osim u slučaju nepoštovanja proceduralnih uslova kao što je navedeno u članu 269. UFEU, i to u roku od mesec dana od dana obraćanja zbog *errores in procedendo*. Vrlo je jasna tendencija tvoraca člana 7. da razdvoje, odnosno da ne mešaju sudijsko delovanje (*activité juridique*) u (pr)ocenu evropskih političkih institucija, čime možemo zaključiti da u slučaju povrede vrednosti ne postoji u punom obliku poštovanje opšteuvreženog pravila "where there is a right, there is a remedy."[42]

Napredak u primeni, odnosno pribegavanju članu 7.UEU se paradoksalno video u nazadovanju u poštovanju vrednosti dve države članice EU – Poljske i Mađarske. Protiv Mađarske je 18. septembra 2018. godine podnet Predlog Evropskog parlamenta za odluku Saveta za utvrđivanje jasnog rizika od ozbiljnog kršenja vrednosti iz člana 2,[43] i to nakon Izveštaja Sargentini i Rezolucija EP koje su donete 2015. i 2017. godine,[44] a koji je pak od strane stručne javnosti ocenjen i

[42] R. Baratta, *nav. delo,* str. 84-85.

[43] Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk ofa serious breach by Hungary of the rule of law, *https://www.consilium.europa.eu/media/36888/rule-of-law-hungary-en.pdf,* 20.09.2019.

[44] Motion For A European Parliament Resolution on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded, *http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_EN.html?redirect;* European Parliament resolution of 17 May 2017 on the situation in Hungary*, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0216_EN.pdf* i European Parliament resolution of 10 June 2015 on the situation in Hungary, *http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0227_EN.pdf* , 20.09.2019.

kao prekasna i preblaga reakcija[45] Evropske unije nakon višegodišnjeg očitog kršenja vrednosti i principa Evropske unije i Saveta Evrope. Nadalje, protiv Poljske Evropska komisija je aktivirala član 7. stav 1. UEU u vezi sa brojnim reformama u Poljskom sudstvu koje su ozbiljno ugrozile vrednosti, i kako je potpredsednik Evropske komisije *Frans Timermans* primetio da se "nakon dve godine jedino može zaključiti da postoji jasan rizik od ozbiljnog kršenja vladavine prava kao vrednosti iz člana 2. UEU."[46] Takođe, treba pomenuti da je istovremeno Evropska komisija pokrenula i dva postupka pred Sudom pravde EU[47] u skladu sa članom 258. UFEU: 2017. godine povodom poljskog Zakona o osnovnim sudovima, a zatim i 2018. godine povodom donošenja Zakona o Vrhovnom sudu koji znatno smanjuju starosni prag za odlazak u penziju aktuelnih sudija, i sve to nakon višestrukog obraćanja Evropske komisije i slanja obrazloženog Mišljenja. U ovoj situaciji očigledno je da je Evropska komisija delala na "dva fronta", upravo imajući u vidu nedostatke pre svega člana 7, komplikovanosti prilikom njegovog aktiviranja kao i odugovlačenje prilikom odgovarajuće reakcije političkih organa, a zatim i nemogućnost da se postupcima za povredu obaveza iz Ugovora u potpunosti sankcioniše kršenje vrednosti Evropske unije. Očigledna povreda vrednosti od strane Poljske u ovim slučajevima naišla je na osudu i Saveta Evrope kao i Saveta za ljudska prava Ujedinjenih nacija,[48] vrlo jasno ukazujući da se kršenje jedne od fundamentalnih vrednosti gleda zaista kao kršenje *erga omnes* obaveze.

ZAKLJUČAK – EVROPSKI KORACI U (BLISKOJ) BUDUĆNOSTI

U razvoju zajedničkih vrednosti na nivou EU je, bez svake sumnje, vidna evolucija ali istovremeno i svaka manjkavost pre svega njihove zaštite vrednosti koje, pobrojane u članu 2. UEU predstavljaju kolektivnu svest o procesu evrointegracije. Vrednosti zaštićene ugovorima zaslužuju zaštitu ne samo sada, kada su vidne posledice kriza koje su pogodile države članice ponaosob i Uniju kao celinu, već zaslužuju stalno ustavno utemeljenje,[49] povezujući i jačajući vrednosne

[45] *https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-parliament-vote-article-7-teu-against-hungarian-government-too-late-too-little/* , 21.09.2019.

[46] *https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-2170_en.htm,* 19.09.2019.

[47] Commission v Poland (Independence of the Supreme Court) (C-619/18) and Commission v Poland (Independence of the ordinary courts) (C192/18)

[48] Council of Europe European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion No 904/2017 i United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers on his mission to Poland, 5. april 2018.

[49] O. Mader, *nav. delo,* str. 165.

karakteritiske nacionalnih ustavnih sistema i negujući tako diverzitet i pluralizam u ujedinjenosti. U polemici između zaštite evropskih zajedničkih vrednosti i zaštitite ustavnog, odnosno nacionalnog identiteta ne bi trebalo, a ni smelo da bude pretezanje tasova na vagi ni u čiju korist, jer upravo zaštita nacionalnog identiteta u sprezi sa vrednostima koje dele i štite sve države članice čini suštinu evropskog identiteta uz uvažavanje svih specifičnosti njegovih članica.

Uloga institucija Evropske unije decenijama se sve više posmatra kao funkcionisanje političko-birokratskog aparata koji sve teže pronalazi put do nacionalnih arena. Čini se da se u ovoj borbi vrednosti, sukobljava nacionalno i nadnacionalno, a time zaboravlja da nije reč o *affaire interne* već o poštovanju vrednosti koje su prihvaćene od strane svih i na kraju krajeva potpisane i zapečaćene u Ugovorima.[50] Primeri Mađarske i Poljske pokazuju kako je lako započeti lančanu reakciju, jer ako se pravilno i pravovremeno ne reaguje na nivou Evropske unije, i to ne samo kroz političku procenu već i kroz pravni rezon i reakciju, druge države će pratiti. Sve te države bile su procenjivane prilikom ispunjavanja kriterijuma, koje su na kraju i ispunile, a koji su bili vrednosno determinisani i tačno pobrojani. Time je jasno ukazano šta je osnovni cilj Unije u koju ulaze i koji su uslovi koje moraju da ispune, da bi se zatim, po ulasku susreli sa "dvosmernom ulicom" birajući smer, ali i pravac kojim žele da idu, jer uslovljavanje više nije u igri.

U mehanizmu koji je na raspolaganju Evropskoj uniji, otelotvorenim u članu 7. UEU, prisutni su nedostaci funkcionisanja institucionalnih odnosa. Kao što je bilo reči, Sudu pravde EU uloga je ograničena, iako je on u evoluciji vrednosti imao veliki značaj za njihovu potvrdu, zaštita je ograničena kroz posredne postupke ili kroz odlučivanje o proceduralnim anomalijama u političkom odlučivanju. Procena od strane ostalih institucija je diskreciona i nadasve politizovana, pa Žake npr. predlaže "redefinisanje" uloge Evropskog saveta, koji se i u prethodnim krizama suočavao sa pitanjima u kojima se kao organ koji daje generalne smernice politike Evropske unije, bez zakonodavne uloge, nije "snašao", odugovlačeći postupak odlučivanja i dajući političkim tendencijama određenih država prevagu.[51]

Jako je važno da se Unija kao zajednica država koje počivaju na istim temeljima ponaša beskompromisno kada je u pitanju zaštita vrednosti, jer kriza vrednosti nije izolovani slučaj u jednoj državi koje ostale mogu da igorišu ili koja neće pogoditi celu Uniju. Pluralizam koji neguje Unija nije *carte blanche*[52], jer poštovanje vrednosti na kojima i počiva ustavni pluralizam je upravo i poštovanje vred-

[50] J.P. Jacqué, *nav. delo,* str. 6.

[51] *Ibidem.*

[52] O. Mader, *nav. delo,* str. 165.

nosti koje se nalaze ne samo u Ugovorima već i u Povelji EU koja štiti osnovna prava, te je potrebno osigurati paralelnu zaštitu na nadnacionalnom nivou, ali istovremeno, konstantno nadziranje na nivou nacionalnih institucija i struktura. Inicijative koje je pre svega Evropska komisija, a zatim i Parlament, pokazala predlažući monitoring instrumente, na talasu rastuće krize, ne treba da se izgube iz vida i treba da se ojačaju *pro futuro*, izbegavajući tako situaciju da ne postoji adekvatan odgovor Evrope kada su temelji uzdrmani.

MAJA LUKIĆ RADOVIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade
MARIJA VLAJKOVIĆ, LL.M.,
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

EUROPEAN UNION VALUES IN CRISIS – ARE THE FOUNDATIONS SHAKEN

Summary

Common values of the Member States of the European Union form a solid ground for the European integration. They form and characterise the legal system of the European Union, although they are not formally part of the EU *acquis*. Through their normative evolution, as well as through the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union there is a clear tendency to strengthen the constitutional values in the supranational form. Protection of values that are embodied in Article 2 of the Treaty on European Union also determines the accessionprocedure to the European Union, bearing in mind that it constitutes one of the most important criteria for the harmonization and overall progress of the candidate country. From the "big bang" enlargement to the present day, the so-called Copenhagen Dilemma culminated in crises of relations between the EU and Hungary, and then Poland. Article 7 of the European UnionTreaty, along with the limited judicial activity of the EU Court of Justice in the field of values protection, become the only 'weapons' by which the EU, as a community of states, can react to the risk or breach of values enshrined in the Treaty without endangering the sovereignty of individual Member States. Issues of double standards in respecting EU values and principles, and more importantly the issue of strengthening preventive and sanctioning mechanisms, remain open.

Key words: EU values; Copenhagen criteria; Article 2 TEU; Article 7 TEU; Hungary; Poland

BRANISLAVA LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ
MILOŠ KUZMAN

GEOLOŠKO SKLADIŠTENJE UGLJEN-DIOKSIDA U PRAVNOM OKVIRU EVROPSKE UNIJE I REPUBLIKE SRBIJE

Idući ka ostvarivanju ciljeva u borbi protiv klimatskih promena, u Evropskoj uniji je 2009. godine usvojena Direktiva o geološkom skladištenju ugljen-dioksida, čija svrha je trajno skladištenje ugljen-dioksida radi sprečavanja odnosno otklanjanja njegovih štetnih uticaja.

U tekstu su predstavljene osnovne odredbe predmetne Direktive 2009/31/EZ i dosadašnje izveštavanje Evropske Komisije o ovoj direktivi. Predstavljena su uporedno pravna rešenja preuzimanja odredaba Direktive 2009/31/EZ u nemačko i hrvatsko zakonodavstvo i izvršena je analiza mesta pravila Evropske unije o trajnom skladištenju ugljen-dioksida u pravnom sistemu Republike Srbije.

Takođe, na osnovu prikazanih uporedno-pravnih rešenja i ove analize, razmotreni su mogući načini preuzimanja zakonodavstva Evropske unije, u oblasti geološkog skladištenja uključujući i transport ugljen-dioksida, u pravni sistem Republike Srbije.

Ključne reči: *geološko skladištenje ugljen-dioksida, CCS, Direktiva 2009/31/EZ, borba protiv klimatskih promena*

U V O D

Pronalaženje adekvatnog i održivog načina za smanjenje štetnih emisija ugljen-dioksida (CO_2) je tema koja već nekoliko decenija zaokuplja pažnju struč-

---

Dr Branislava Lepotić Kovačević, predsednica Udruženja za pravo energetike Srbije.

Miloš Kuzman, potpredsednik Udruženja za pravo energetike Srbije, savetnik za pravo istraživanja i proizvodnje nafte i gasa u NIS a.d. Novi Sad.

njaka za zaštitu životne sredine širom sveta i predstavlja značajnu temu konferencija koje se bave klimatskim promenama. Jedan od dobro poznatih rezultata tih konferencija je i Kjoto Protokol[1] na osnovu koga je Evropska unija (u daljem tekstu: *EU*) postavila inicijalni cilj 20/20/20, to jest povećanje udela obnovljivih izvora energije na energetskom tržištu na 20 procenata između referentnih 1990. godine i 2020. godine, povećanje energetske efikasnosti za 20 procenata i smanjenje emisija CO_2 za 20 procenata u istom referentnom periodu. Novi, na osnovu Sporazuma iz Pariza[2] uspostavljen cilj za smanjenje emisija ugljen-dioksida do 2030. godine je od strane EU postavljen još ambicioznije i iznosi 40 procenata u odnosu na referentnu 1990. godinu.

Istovremeno se i pažnja stručnjaka iz energetskog sektora usmerila ka pronalaženju trajno održivih i finansijski isplativih tehnoloških procesa koji bi vodili trajnom zbrinjavanju ili uklanjanju CO_2 iz izduvnih gasova energetskih postrojenja ili usmeravanju CO_2 ka njegovoj daljoj industrijskoj obradi. Ovakav pristup doveo je do razvoja niza tehnologija za izdvajanje, prikupljanje, ponovno korišćenje i skladištenje CO_2 (takozvani *CCUS – carbon capture, utilization and storage* ili samo *CCS – carbon capture and storage*), i trenutno je u toku nekoliko velikih svetskih projekata npr. u SAD, EU, Kini koji se bave razvojem *CCUS* tehnologija kao i mnogih operativnih postrojenja (kao što je slučaj sa postrojenjem *Century Plant* u Teksasu koje je aktivno od 2010. godine)[3].

Pravni okvir za *CCS* u EU predstavljaju Direktiva 2010/75/EU o industrijskim emisijama (u daljem tekstu: *Direktiva 2010/75/EU)*[4] odnosno Direktiva o geološkom skladištenju ugljen-dioksida broj 2009/31/EZ od 23. aprila 2009. godine[5] (u daljem tekstu: *Direktiva 2009/31/EZ*), kojom je uspostavljen pravni okvir za geološko skladištenje ugljen-dioksida na način koji je bezbedan za životnu sredinu, kako bi se doprinelo borbi protiv klimatskih promena. Svrha donošenja ove di-

[1] Zakon o potvrđivanju Kjoto Protokola uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o promeni klime, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2007 i 38/2009 – dr. zakon.

[2] Zakon o potvrđivanju Sporazuma iz Pariza, *Službeni glasnik RS*, br. 4/2017.

[3] Carbon capture, utilisation and storage, A critical tool in the climate energy toolbox, *https://www.iea.org/topics/carbon-capture-and-storage/*, 23. septembar 2019. godine.

[4] Directive 2010/75/EU Of The European Parliament And Of The Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control) (Recast), *Official Journal of the European Union No. L 334/18 dated 17 December 2010*.

[5] Directive 2009/31/EC Of The European Parliament And Of The Council of 23 April 2009 on the geological storage of carbon dioxide and amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC) No 1013/2006, *Official Journal of the European Union No. L 140/114 dated 5 June 2009*.

rektive je trajno skladištenje ugljen-dioksida kako bi se sprečili, odnosno u najvećoj mogućoj meri otklonili štetni uticaji i rizici po životnu sredinu i zdravlje ljudi.[6]

Do danas su sve članice EU uskladile svoje zakonodavstvo i donele potrebne propise u skladu sa Direktivom 2009/31/EZ, bilo u vidu donošenja novih zakona i podzakonskih akata, bilo u vidu izmena i dopuna postojećih zakona kojima se uređuje istraživanje i eksploatacija nafte i gasa ili zakona kojima se uređuje oblast energetike. U Republici Srbiji je u toku donošenje Zakona o klimatskim promenama[7], te bi donošenje propisa o *CCS*-u, koje se može očekivati u narednom periodu, moglo predstavljati značajan mehanizam za ostvarivanje ciljeva navedenog zakona.

U susret donošenju budućih propisa Republike Srbije o *CCS*-u, u ovom tekstu je predstavljen osnovni prikaz odredaba Direktive 2009/31/EZ i dosadašnje izveštavanje Evropske Komisije o ovoj direktivi, uporedno je predstavljeno rešenje o skladištenju ugljen-dioksida, koje su na osnovu ove direktive donele dve Države članice EU (u daljem tekstu: *Države članice*): Savezna Republika Nemačka (u daljem tekstu: *Nemačka*) i Republika Hrvatska (u daljem tekstu: *Hrvatska*), kao i analizirano mesto pravila o *CCS*-u EU u pravnom sistemu Republike Srbije.

Potrebno je ukazati da je Direktiva 2009/31/EZ izmenjena Direktivom 2010/75/EU o industrijskim emisijama, te da je i oblast zaštite životne sredine u oblasti industrijskih emisija potrebno imati u vidu prilikom razmatranja načina i mesta implementacije odredbi odredaba Direktive 2009/31/EZ u pravni sistem Republike Srbije.

OSNOVNI PRIKAZ ODREDABA DIREKTIVE 2009/31/EZ

Osnovni cilj koji se želi postići donošenjem Direktive 2009/31/EZ je uspostavljanje održivog mehanizma za skladištenje ugljen-dioksida radi ublažavanja posledica klimatskih promena. Preduslov za trajno skladištenje je iznalaženje održivih rešenja za samo prikupljanje i transport ugljen-dioksida do skladišnog prostora. Ove tehnologije se neprekidno razvijaju i unapređuju širom sveta. Direktiva 2009/31/EZ se ne bavi svim pobrojanim temama, već su njene odredbe usmerene na uređivanje geološkog skladištenja CO_2.

[6] Čl. 1 st. 1 i 2. Direktive 2009/31/EZ.

[7] Nacrtu Zakona o klimatskim promenama možete pristupiti na zvaničnoj elektronskoj stranici Ministarstva zaštite životne sredine Republike Srbije putem linka: *https://www.ekologija.gov.rs/dokumenti/* u kućici broj 12 – Klimatske promene, Potkućica 3 – Nacrt zakona, 23. septembar 2019. godine.

Direktiva 2009/31/EZ se primenjuje na geološko skladištenje ugljen-dioksida na teritorijima, uključujući epikontinentalne pojaseve u smislu Konvencije UN o pravu mora, Država članica u količinama većim od 100 kilotona, ili količinama manjim od 100 kilotona kada se skladištenje ne preduzima radi istraživanja, razvoja ili ispitivanja novih proizvoda i postupaka. Državama članicama je Direktivom 2009/31/EZ utvrđena obaveza da odrede područja na kojima je moguće geološki uskladištiti ugljen-dioksid, u skladu sa prethodno sprovedenim karakterizacijama i procenama i u skladu sa jasno propisanim uslovima, odnosno da zabrane geološko skladištenje ugljen-dioksida na jednom delu ili na celokupnoj teritoriji. Ukoliko je za navedeni odabir skladišnog prostora potrebno sprovesti istraživanje, isto se ne može obaviti bez potrebne dozvole za istraživanje koju izdaje Država članica, a koju mogu dobiti svi subjekti koji ispunjavaju potrebne zakonom propisane uslove.[8]

Odredbama Direktive 2009/31/EZ[9] uređeno je izdavanje dozvola od strane Države članice za skladištenje ugljen-dioksida. Propisano je da svaka Država članica sama propisuje postupke za izdavanje dozvole za skladištenje, koji moraju biti dostupni svim relevantnim subjektima, na osnovu javnih, objektivnih i transparentnih kriterijuma. Takođe je propisano da procedurama mora da se predvidi da je za pojedini skladišni prostor zadužen samo jedan operater, a da se prednost pri izboru daje onom operateru koji već poseduje dozvolu za istraživanje na datoj lokaciji, pod određenim uslovima. Dodatno je propisano da je u roku od mesec dana od prijema zahteva za izdavanje dozvole za skladištenje Država članica dužna da isti dostavi Evropskoj komisiji uz druge relevantne materijale. Država članica je dužna da Evropskoj komisiji dostavi i nacrt odluke o izdavanju dozvole za skladištenje, nakon čega Evropska komisija u roku od četiri meseca može izdati neobavezujuće mišljenje.[10]

Propisani su kriterijumi kvaliteta za ugljen-dioksid koji se transportuje i utiskuje u skladište, način i svrha vršenja nadzora od strane operatera nad skladištem ugljen-dioksida, kao i obaveze u pogledu zatvaranja napunjenog i pravila postupanja nakon zatvaranja konkretnog skladišta.[11] Nakon zatvaranja geološkog skladišta, Direktivom 2009/31/EZ su propisani uslovi za prenos svih propisanih obaveza, uključujući nadzor nad geološkim skladištem, korektivne mere i sanaciju skladišta na nadležni organ Država članica, koji će se ostvariti bilo na inici-

[8] Čl. 2, 4 i 5 Direktive 2009/31/EZ.

[9] Čl. 6–11 Direktive 2009/31/EZ.

[10] *Ibidem*, čl. 10. Informacije o do sada izdatim mišljenjima dostupne su na: *https://ec.europa.eu/clima/policies/innovation-fund/ccs/implementation_en,* 23. septembar 2019. godine.

[11] *Ibidem*, čl. 12–17.

jativu nadležnog organa, bilo na zahtev operatera. Ovi uslovi su: (a) da svi dostupni dokazi ukazuju na to da će uskladišteni ugljen-dioksid biti potpuno i trajno zatvoren, (b) da je protekao minimalni rok koji određuje nadležni organ Država članica, a koji sme biti kraći od 20 (dvadeset) godina jedino u slučaju da je nadležni organ Države članice uveren da će uskladišteni ugljen-dioksid biti potpuno i trajno zatvoren pre proteka 20 (dvadeset) godina od dana uskladištenja, (v) da je operater ispunio svoje finansijske obaveze pre prenosa odgovornosti nad skladištem u skladu sa Direktivom 2009/31/EZ; i (g) da je skladišna lokacija izolovana i da je uklonjena oprema za utiskivanje.[12]

Odredbama Direktive 2009/31/EZ uređen je i pristup treće strane transportnoj cevovodnoj mreži i skladišnim geološkim lokacijama ugljen-dioksida, koje su Države članice dužne da obezbede na nediskriminatornoj i transparentnoj osnovi. Propisano je i da operateri transportne mreže, odnosno operateri skladišnih geoprostora, mogu da uskrate pristup transportnoj cevovodnoj mreži, odnosno skladišnim geoprostorima samo uz detaljno obrazloženje. Takođe, Države članice imaju obavezu da preuzimaju potrebne mere da u slučaju nedostatka kapaciteta odnosno priključka, omoguće da operater skladišta ili transportne cevovodne mreže preduzme sva potrebna poboljšanja, kako bi priključio kupca, ukoliko je to ekonomski opravdano, ili ukoliko kupac želi da plati potrebnu naknadu, uz obavezu poštovanja svih uslova, kako bi se obezbedili sigurnost transporta i skladištenja CO_2 po životnu sredinu.[13]

Države članice su dužne da u skladu sa Direktivom 2009/31/EZ oforme registre izdatih dozvola za skladištenje i trajni registar svih zatvorenih geoloških prostora i okolnih skladišnih kompleksa, a dužne su i da učestvuju u prekograničnoj saradnji i da zajedno sa drugim Državama članicama ispunjavaju ciljeve Direktive 2009/31/EZ.[14] Sastavni delovi ove direktive su dva Priloga, i to: prvi kojim su propisani kriterijumi za karakterizaciju i procenu potencijalnog skladišnog kompleksa i okolnog područja i drugi kojim su propisani kriterijumi za utvrđivanje i ažuriranje plana nadzora i nadzor posle zatvaranja.

Izveštavanje o primeni Direktive 2009/31/EZ

Države članice su u obavezi da na svake 3 (tri) godine izveštavaju Evropsku komisiju o sprovođenju Direktive 2009/31/EZ, na osnovu kojih izveštaja Evropska komisija izveštava Evropski parlament i Savet. Do sada je Evropska komisija

[12] *Ibidem*, čl. 18.

[13] *Ibidem*, čl. 21.

[14] *Ibidem*, čl. 24–25.

podnela dva izveštaja, a sledeće 2020. godine očekuje se podnošenje trećeg izveštaja iz kojeg će jasno moći da se vidi u kolikoj meri se *CCS* projekti razvijaju u EU. Ovi pokazatelji će svakako doprineti procenama uticaja razvoja *CCS* u EU na borbu protiv klimatskih promena.

Dok se prvi izveštaj koji je objavljen u februaru 2014. godine bavi pitanjima usklađivanja propisa Država članica sa odredbama Direktive 2009/31/EZ, s obzirom da su pojedine Države članice po nekoliko godine kasnile sa usklađivanjem, drugi izveštaj koji je objavljen u februaru 2017. godine osvrće se na konkretne projekte o istraživanju i samom skladištenju ugljen-dioksida u Državama članicama. U prilogu poslednjeg izveštaja prikazan je status referentnih Država članica u praktičnom sprovođenju odredbi Direktive 2009/31/EZ, a u samom tekstu izveštaja i njegovom prilogu imenovani su i najvažniji EU i regionalni *CCS* projekti koji se finansiraju iz brojnih fondova.[15] Jedan od pobrojanih i još uvek aktivnih transnacionalnih fondova za razvoj *CCUS* projekata koji okuplja 13 partnera iz redova Država članica, uključujući i USA, Norvešku, Tursku i Švajcarsku, formiran od strane Evropske komisije u okviru *Horizon 2020* programa je i ACT (*Accelerating CCS Technologies*), koji je samo u 2017. godini podržao 8 projekata.[16] Preuzimanjem *CCUS* EU propisa razumno je očekivati da će i Republika Srbija, odnosno javni i privatni entiteti Republike Srbije uzeti značajnije učešće u ovim projektima.[17]

PRIKAZ PROPISA SAVEZNE REPUBLIKE NEMAČKE I REPUBLIKE HRVATSKE O SKLADIŠTENJU UGLJEN-DIOKSIDA

Nemački i hrvatski model preuzimanja Direktive 2009/31/EZ se prvenstveno razlikuju u formi – dok se Nemačka opredelila za donošenje posebnog zakona o skladištenju ugljen-dioksida, uključujući i njegovo prikupljanje i transport[18], dotle se Hrvatska opredelila za model dopuna postojećeg zakona, tačnije *Zako-*

[15] COM(2017)37, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2009/31/EC on the geological storage of carbon dioxide, *https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/pages/com20017_37_ccs_directive_implementation_report_en.docx*, 23. septembar 2019. godine.

[16] Overview of ACT funded projects, *http://www.act-ccs.eu/overview*, 23. septembar 2019. god.

[17] Privredno društvo NIS a.d. Novi Sad je u prethodnim godinama uzelo učešća u nekoliko projekata podržanim od strane EU u vezi sa CCS, kao što je, na primer, projekat Mirecol. Videti: *https://www.nis.eu/en/presscenter/articles/eu-mirecol-projects-run*, 23. septembar 2019. godine.

[18] Gesetz zur Demonstration und Anwendung von Technologien zur Abscheidung, zum Transport und zur dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid (Kohlendioxid-Speicherungsgesetz - KSpG), *BGBI I Jahrgang 2012 Nr. 38*.

na o istraživanju i eksploataciji ugljikovodika[19] sa pratećim *Pravilnikom o trajnom zbrinjavanju ugljikova dioksida u geološkim strukturama*,[20] kojim se bliže uređuju uslovi za trajno skladištenje ugljen-dioksida u geološkim strukturama.

Direktivom 2009/31/EZ je ostavljeno Državama članicama da same odrede područja, u okviru svoje teritorije, na kojima će se skladištiti ugljen-dioksid, sa mogućnošću da isto ne dozvoli, Hrvatska u svom zakonodavstvu nije postavila nikakva ograničenja u pogledu skladištenja ugljen-dioksida, već je to dozvolila na celokupnoj teritoriji, dok je Nemačka ograničila godišnje količine za skladištenje ugljen-dioksida po godini do 4 miliona tona, odnosno maksimalno do 1,3 miliona tona po konkretnom projektu do kraja 2018. godine, posle koje godine je moguća revizija ovih limita.[21] Druge Države članice predvidele su i drugačije vrste restrikcija, a osam ih je i trajno zabranilo skladištenje ugljen-dioksida na svojoj teritoriji, osim u svrhe istraživanja i to za količine ugljen-dioksida ispod 100 kilotona.[22] Ostaje da se vidi kakav će pristup ovom pitanju zauzeti Republika Srbija, odnosno da li će se opredeliti za sistem ograničenja u pogledu skladištenja ugljen-dioksida ili će dozvoliti skladištenje ugljen-dioksida bilo u svrhe istraživanja ili u komercijalne svrhe na celoj svojoj teritoriji.

Za razliku od referentnog Hrvatskog zakona i same Direktive 2009/31/EZ, Nemački zakon dodatno propisuje pravila o transportnoj cevovodnoj mreži za transport ugljen-dioksida tako što predviđa da nadležni organ daje odobrenje za izgradnju, upravljanje i znatne izmene transportne cevovodne mreže. Ukoliko je to u konkretnom slučaju moguće, javnost se pre podnošenja zahteva informiše o lokaciji, veličini i tehnologiji koja se koristi za izgradnju cevovoda i ima pravo da izrazi svoje mišljenje i raspravlja o konkretnom projektu. Isti zakon propisuje i uslove u kojima se smatra da je projekat uvođenja transportne cevovodne mreže od javnog interesa, te ukoliko je to slučaj eksproprijacije zemljišta za izgradnju ce-

[19] Zakon o istraživanju i eksploataciji ugljikovodika, *Narodne novine,* br. 52/18 i 52/19.

[20] Pravilnik o trajnom zbrinjavanju ugljikova dioksida u geološkim strukturama, *Narodne novine br. 95/18*.

[21] Par. 2, čl. 2, tač. 2 i 3 i par. 44 čl. 1, Gesetz zur Demonstration und Anwendung von Technologien zur Abscheidung, zum Transport und zur dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid (Kohlendioxid-Speicherungsgesetz – KSpG), *BGBI I Jahrgang 2012 Nr. 38*.

[22] To su Austrija, teritorija grada Brisela i Belgijske teritorijalne vode, Estonija, Finska, Irska, Letonija, Luksemburg i Slovenija. Alla Shogenovaa, Kris Piessensb, Sam Hollowayc, Michelle Benthamc, Roberto Martínezd, Kristin M. Flornese, Niels E. Poulsenf, Adam Wójcickig, Saulius Sliaupah, Ludovít Kuchariči, Alexandra Duduj, Sergio Persogliak, Vit Hladikl, Bruno Safticm, Astri Kvassnese, Kazbulat Shogenova, Jüri Ivaska, Isabel Suárezd, Constantin Savaj, Anghel Sorinj and Ananth Chikkatur, «Implementation of the EU CCS Directive in Europe: results and development in 2013", *Energy Procedia*, br. 63, Amsterdam, Holandija, 2014, str. 6664.

vovoda vršiće se sa samo u svrhu implementacije konkretnog projekta i u skladu sa svrhom eksproprijacije i vodiće se računa da je lokacija konkretnog skladišnog sistema ugljen-dioksida određena tako da se cilj sprovođenja projekta ne može ostvariti na drugi razuman način.[23]

Kada je reč o odredbama o uslovima za dobijanje dozvola za istraživanje radi pronalaženja skladišnog prostora, trajno skladištenje ugljen-dioksida, nadzor nad skladištem, finansijske obaveze, pravilima o pristupu treće strane, Hrvatski zakon uglavnom prati odredbe Direktive 2009/31/EZ, dok *Pravilnik o trajnom zbrinjavanju ugljikova dioksida u geološkim strukturam*a prati strukturu i velikoj meri sadržinu oba Priloga Direktive. S druge strane, Nemački zakon na više mesta proširuje pravila koja je postavila sama Direktiva 2009/31/EZ, u pogledu prethodno navedenih odredbi odnosno bliže određuje pojedine obaveze subjekata na koje se zakon odnosi prilagođavajući ih svom pravnom sistemu. Takođe, prilozi referentnog Nemačkog zakona sadržinski prate prvi i drugi Prilog Direktive 2009/31/EZ.

Konačno, posmatrajući materijalno pravno odredbe referentnih propisa Hrvatske i Nemačke, može se zaključiti da su, iako su pratile različite metode preuzimanja Direktive 2009/31/EZ, i jedna i druga Država članica u principu strukturalno pratile redosled odredbi ove Direktive, uključujući i materijalnu i funkcionalnu strukturu. Shodno dosadašnjem načinu preuzimanja propisa EU u svoj pravni sistem, od zakonodavca u Republici Srbiji se može očekivati rešenje slično prikazanim, posebno imajući u vidu da bi materija koja se obrađuje Direktivom 2009/31/EZ, po prvi put, postala deo zakonodavstva Republike Srbije.[24]

MESTO PRAVILA O GEOLOŠKOM SKLADIŠTENJU UGLJEN-DIOKSIDA EU U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE

Oblast koju uređuje Direktiva 2009/31/EZ je u pravnom sistemu Republike Srbije uređena u više zakona, od kojih bi se neki mogli primeniti direktno, a neki

[23] Deo 2 – Transport, Gesetz zur Demonstration und Anwendung von Technologien zur Abscheidung, zum Transport und zur dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid (Kohlendioxid-Speicherungsgesetz – KSpG), *BGBI I Jahrgang 2012 Nr. 38*.

[24] Nacrt Zakona o klimatskim promenama po prvi put u zakonodavstvo Republike Srbije uvodi za cilj zakona uspostavljanje mehanizama za monitoring i izveštavanje o emisijama gasova sa efektima staklene bašte izazvanih ljudskom aktivnošću i uklonjenih putem *ponora,* te se može zaključiti da bi se njegovim eventualnim usvajanjem aktuelizovala i tema o donošenju propisa o trajnom skladištenju ugljen-dioksida. V. Nacrt Zakona o klimatskim promenama, *https://www.ekologija.gov.rs/dokumenti/* u kućici broj 12 – Klimatske promene, Potkućica 3 – Nacrt zakona, 4. septembar 2019. godine čl. 3 st. 3.

indirektno. Ova druga grupa propisa bi se mogla primeniti na način da bi se pojedini principi kojima se uređuje npr. tehnički aspekt cevovodnog transporta, pravila o pristupu treće strane energetskim mrežama i sl., mogli primeniti u pogledu načina izgradnje, bezbednosti transporta i načina upravljanja transportnim mrežama za ugljen-dioksid, pa bi se tako i neka druga pravila pravnog sistema Republike Srbije mogla primeniti na pravila koja su uređena Direktivom 2009/31/EZ.

Geološko (podzemno) skladištenje ugljen-dioksida i drugi elementi koji su propisani Direktivom 2009/31/EZ, u pravnom sistemu Republike Srbije bi pre svega pripadali oblasti geoloških istraživanja i rudarstvu, koja je regulisana Zakonom o rudarstvu i geološkim istraživanjima.[25] Ovim zakonom uređeni su, između ostalog, uslovi i način izvođenja geoloških istraživanja mineralnih i drugih geoloških resursa, istraživanja geološke sredine, kao i geološka istraživanja radi prostornog i urbanističkog planiranja, projektovanja, izgradnje objekata i sanacije i rekultivacije terena, način klasifikacije resursa i rezervi mineralnih sirovina i podzemnih voda i geotermalnih resursa, eksploatacija rezervi mineralnih sirovina i drugih geoloških resursa, izgradnja, korišćenje i održavanje rudarskih objekata, postrojenja, mašina i uređaja, izvođenje rudarskih radova, upravljanje rudarskim otpadom, postupci sanacije i rekultivacije napuštenih rudarskih objekata, kao i nadzor nad sprovođenjem ovog zakona.[26] Skladište ugljen-dioksida bi se moglo smatrati, sa aspekta Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima – rudarskim objektom. Ovde je potrebno napraviti ogradu i navesti da se rudarski objekti ne grade u skladu sa Zakonom o planiranju i izgradnji[27], čija procedura podrazumeva izradu detaljnije tehničke dokumentacije i punu primenu propisa o zaštiti životne sredine i izradu Studije o proceni uticaja, čija pravila su u velikoj meri usklađena sa pravilima EU, već se na rudarske objekte primenjuju posebna pravila uređena ovim zakonom.

Zakonom o rudarstvu i geološkim istraživanjima utvrđeno je da se na eksproprijaciju nepokretnosti radi ostvarivanja aktivnosti istraživanja i eksploatacije mineralnih sirovina primenjuju propisi kojima je uređena eksproprijacija[28],

[25] Zakon o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS,* br. 101/2005 i 95/2018 – dr. zakon.

[26] Čl. 1. Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS,* br. 101/2005 i 95/2018 – dr. zakon.

[27] Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2009, 81/2009, 64/2010 – Odluka US RS, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – Odluka US RS, 50/2013 – Odluka US RS, 98/2013 – Odluka US RS, 132/2014 145/2014, 83/2018, 31/2019 i 37/2019 – drugi zakon.

[28] Čl. 4 stav 4. Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS,* br. 101/2005 i 95/2018 – dr. zakon.

pre svega Zakon o eksproprijaciji.[29] Zakon o rudarstvu i geološkim istraživanjima proširuje oblast eksproprijacije i na potrebe privrednog subjekta u privatnoj svojini.[30]

Ipak, Zakonom o eksproprijaciji nisu uređena pravila izgradnje cevovodne transportne mreže, na način kao što su u oblasti nafte, derivata nafte i prirodnog gasa uređena Zakonom o cevovodnom transportu tečnih i gasovitih ugljovodonika i distribuciji gasovitih ugljovodonika[31] i podzakonskim propisima ovog zakona. Ovim Zakonom uređeni su uslovi za bezbedan i nesmetan cevovodni transport gasovitih i tečnih ugljovodonika i distribuciju gasovitih ugljovodonika, projektovanje i izgradnja, održavanje i korišćenje cevovoda i unutrašnjih gasnih instalacija.[32] Tehnički aspekt bezbednog transporta, projektovanja, izgradnje, održavanja i korišćenja cevovoda je bitan aspekt, koji je ovim Zakonom i njegovim podzakonskim aktima utvrđen za gasovode, naftovode i produktovode, za oblast cevovodnog transporta ugljen-dioksida bi trebalo da bude posebno uređen, jer se odredbe ovog Zakona ne bi mogle direktno primeniti na cevovode za transport ugljen-dioksida. Neke odredbe ovih propisa bi se mogle primeniti na nivou principa na ovu oblast.

Privila koja se primenjuju na upravljanje skladištem, pristup skladištu i pravila pribavljanja dozvola za obavljanje delatnosti skladištenja prirodnog gasa (licenca za skladištenje prirodnog gasa), koje je sa aspekta tehničke konstrukcije podzemno skladište (slično aspektima konstrukcije geološkog skladišta ugljen-dioksida), koja su uređena Zakonom o energetici[33], mogla bi se sa aspekta pojedinih principa, primeniti na geološko skladištenje ugljen-dioksida.

Upravljanje i pravila pristupa treće strane, kao i uslovi koje treba da ispuni operater sistema za transport prirodnog gasa, distribuciju prirodnog gasa, transport nafte naftovodima i transport derivata nafte produktovodima, da bi dobio dozvolu za obavljanje ovih delatnosti (licenca za obavljanje energetskih delatnosti) uređeni su Zakonom o energetici[34]. Ova pravila bi se takođe, na nivou prin-

[29] Zakon o eksproprijaciji, *Službeni glasnik RS, br. 3/95, 20/2009, Sl.list SRJ br. 16/2001 – Odluka SUS i 55/2013 - Odluka US RS, i Autentično tumačenje 106/2016.*

[30] Čl. 4 stav 3. Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, *Službeni glasnik RS,* br. 101/2005 i 95/2018 – dr. zakon.

[31] Zakon o cevovodnom transportu tečnih i gasovitih ugljovodonika i distribuciji gasovitih ugljovodonika, *Službeni glasnik RS,* br. 104/2009.

[32] Čl. 1. Zakona o cevovodnom transportu tečnih i gasovitih ugljovodonika i distribuciji gasovitih ugljovodonika, *Službeni glasnik RS,* br. 104/2009.

[33] Čl. 21, 275–278. i 287. Zakon o energetici, *Službeni glasnik RS,* br. 145/2014 i 95/2018 – drugi zakon.

[34] Čl. 283–287. Zakon o energetici, *Službeni glasnik RS,* br. 145/2014 i 95/2018 – drugi zakon.

cipa, mogla primeniti na operatera transportne mreže za cevovodni transport ugljen-dioksida. Uslovi za priključenje na cevovodnu mrežu, koje takođe uređuje Direktiva 2009/31/EZ regulisani su u oblasti prirodnog gasa takođe Zakonom o energetici i podzakonskim aktima ovog zakona, kao i aktima Agencije za energetiku Republike Srbije i pravilima rada ovih privrednih subjekata.

Ugljen-dioksid se u ovom trenutku u Republici Srbiji prevozi drumskim, železničkim transportom, transportom unutrašnjim vodenim putevima, kao i kontejnerima. S obzirom na karakteristike ugljen-dioksida kao opasne materije, ovaj transport je regulisan Zakonom o prevozu opasnih materija[35].

Kao što je na početku navedeno, oblast geološkog skladištenja ugljen-dioksida je u EU regulisana s ciljem ostvarivanja podzemnog skladištenja ugljen-dioksida, odnosno otklanjanja ugljen-dioksida iz atmosfere, kao jednog od gasova koji vrše značajan uticaj na promenu klime. Donošenjem ovih pravila se želelo doprineti borbi protiv klimatskih promena. Zbog toga bi svi propisi, koji se odnose na zaštitu životne sredine, u potpunosti trebalo da se primene na oblast geološkog skladištenja ugljen-dioksida u svim aspektima koji obuhvataju: stratešku procenu uticaja na životnu sredinu, procenu uticaja na životnu sredinu, pravila o postupanju sa industrijskim zagađenjima i sve drugo što se primenjuje na materiju ekvivalenta štetnosti ugljen-dioksida.

ZAKLJUČAK

Direktiva 2009/31/EZ o geološkom skladištenju ugljen-dioksida ima za cilj podzemno skladištenje ugljen-dioksida, odnosno otklanjanje ugljen-dioksida iz atmosfere, kao jednog od gasova koji vrše značajan uticaj na promenu klime. Ovakve mere dobijaju sve više na značaju sa podizanjem značaja svih aktivnosti otklanjanja gasova staklene bašte i njihovog uticaja na promenu klime, što je na svetskom nivou prihvaćeno potpisivanjem od strane 195 i članstvom od strane 186 država sveta u Sporazumu iz Pariza.

Kao što je komparativno prikazano, preuzimanje odredbi Direktive 2009/31/EZ u pravni sistem Republike Srbije moglo bi se izvršiti na više načina: 1) izmenama i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima i implementacijom svih ciljeva ove direktive u navedeni Zakon, 2) diversifikovanom implementacijom ciljeva Direktive 2009/31/EZ u svaki propis Republike Srbije, u kom se već primenjuju principi iz ove Direktive na druge oblasti i izmenama i do-

[35] Zakon o prevozu opasnih materija, *Službeni glasnik RS,* br. 33/2014 i 13/2018.

punama svih ovih propisa i 3) donošenjem posebnog zakona, kojim bi se u celini uredila oblast geološkog skladištenja ugljen-dioksida, sa svim pratećim aktivnostima koje je potrebno urediti, da bi se Direktiva 2009/31/EZ mogla primeniti na najefikasniji i najcelishodniji način.

Ukoliko bi se primenila opcija da se Direktiva 2009/31/EZ transponuje u pravni sistem Republike Srbije izmenama i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, moglo bi doći do disproporcija u regulaciji pojedinih oblati pravnog sistema, jer bi neke oblasti, kao cevovodni transport tečnih i gasovitih ugljovodonika ostale u drugom zakonu, sa primenom sličnih principa. U pojedinim odredbama bi se vršila usmeravanja na propise u oblasti energetike ili bi se pojedini principi ove oblasti ponavljali u Zakonu o rudarstvu i geološkim istraživanjima.

Druga opcija, to jest da se u sve postojeće propise koji na bilo koji način direktno ili indirektno regulišu oblasti ili principe geološkog skladištenja ugljen-dioksida odvojeno implementiraju ciljevi Direktive 2009/31/EZ, verovatno ne bi mogla da se izvrši istovremeno usled izražene difuznosti u pravnom sistemu Republike Srbije. U tom slučaju bi moglo doći do pravne nesigurnosti u primeni propisa na ovako bezbednosno i ekološki opasnu aktivnost, koja obuhvata više opasnih delatnosti, što bi moglo dovesti do neželjenih posledica.

Uzimajući u obzir analizu navedenu u ovom radu, treća opcija donošenja posebnog zakona, i pored činjenice da bi na taj način pravni sistem Republike Srbije dobio još jedan *lex specialis* i time još jedan novi zakon, bila bi pravno najsigurnija, jer bi na taj način skladištenje ugljen-dioksida bilo regulisano sa svim njegovim specifičnostima, vodeći pri tom računa da se ostvari puna vertikalna i horizontalna harmonizacija sa drugim propisima Republike Srbije.

BRANISLAVA LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ, Ph.D.,
President of the Serbian Energy Law Association
MILOŠ KUZMAN, MA. LL.M.,
Vice President of the Serbian Energy Law Association
Upstream Legal Advisor in NIS a.d. Novi Sad

GEOLOGICAL STORAGE OF CARBON DIOXIDE IN THE LEGAL FRAMEWORK OF THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Moving towards achievement of goals in the fight against climate change, the European Union in 2009 adopted Directive on geological storage of carbon dioxide, whose purpose is the permanent storage of carbon dioxide in order to prevent or eliminate its harmful impacts. The Article discusses the basic provisions of the Directive 2009/31/EC and the previous reporting of the European Commission on this directive. Comparative legal solutions for the implementation of the Directive 2009/31/EC in German and Croatian legislation are also presented herein, as well as the analysis of the position of the European Union rules on permanent storage of carbon dioxide in the legal system of the Republic of Serbia.

Also, based on the presented comparative legal solutions and this analysis, the possible ways of implementing the legislation of the European Union in the field of geological storage, including the transport of carbon dioxide, to the legal system of the Republic of Serbia have been discussed.

Key words: geological storage of carbon dioxide, CCS, Directive 2009/31/EC, fight against climate change

MARIJANA MAKSIMOVIĆ,
NADA NOVAKOVIĆ

UPRAVLJANJE LJUDSKIM RESURSIMA U EU: OBRAZOVANJE I MIGRACIJE

Značaj ljudskih resursa, poslednjih nekoliko decenija je u porastu, kako u razvijenim zemljama, tako i u onim manje razvijenim. Pošto EU obuhvata zajednicu 28 zemalja, različitog stepena ekonomskog razvoja, uloga i značaj ljudskih resursa je veoma izražena u njoj. U sklopu ljudskih resursa, obrazovanje predstavlja centralnu stavku lične i profesionalne orijentacije. Iako je toliko značajno, obrazovanje je još uvek neusklađeno s potrebama mnogih pojedinačnih tržišta, ali i tržišta radne snage EU gledano u celini. Neki od razloga za to su promene u načinu rada uslovljene IT tehnologijama, zatim, promene koje su dovele do prelaska s tradicionalnih industrijskih oblasti na one industrijske oblasti uslovljene razvojem novih tehnologija, kao što su biotehnologija, nanotehnologija, kvantne nauke, ali i digitalizacija. Jedna od novina druge decenije XXI veka, jesu migratorna kretanja, koja su imala svoj najjači intenzitet u 2015. godini. Njihov uticaj na tržište rada EU, ali i pojedinačnih zemalja ove zajednice, svodio se na jedno: ona zanimanja koja su nedostajala u strukturi tih zemalja, popunjena su migrantima koji su imali potreban nivo obrazovanja. Međutim, ostaju da se vide i određene novine, kao što je, na primer, evropska inicijativa za studentske kartice.

Ključne reči: *ljudski resursi, EU, obrazovanje, migranti, socio-ekonomska prava zaposlenih*

Dr Marijana Maksimović, naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu.

Dr Nada Novaković, naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Strukturne, društvene i istorijske promene srpskog društva u kontekstu evropskih integracija i globalizacije"(179039) koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, 2011ä2019.

URAVLJANJE LJUDSKIM RESURSIMA I OBRAZOVANJE U EU

Realizacija ne tako nove ideje o ujedinjenju Evrope, prošla je kroz razne faze, da bi danas opstajala kao Evropska unija (EU), zajednica 28 zemalja (EU28), sa novim kandidatima u "čekaonici". Ova i ovakva EU, uspela ideja mudrih ljudi, veliko tržište otelotvorenje je jedinstva različitosti. Mnoštvo kultura, tradicija, pa i suprotnosti, zahteva dosledno negovanje zajedničkih vrednosti. Prvobitna "Mala Evropa", nije više tako mala, a Savet koji čine države članice, postao je glavni centar odlučivanja i podsticaja integracije na političkom nivou. Ugovorom iz Mastrihta (stupio na snagu 1993) zaokružena je evolucija EEZ u ekonomsku i monetarnu uniju, odnosno jedinstveno tržište. Osim toga, isti Ugovor, uveo je pojam evropskog građanina (građanstvo).[1] Po pitanju zaposlenosti i obrazovanja, nacionalne politike su izuzetno značajne, kao i njihovo usklađivanje sa politikom EU28.

Uprkos tome što je veoma značajno, obrazovanje još uvek nije usklađeno u potpunosti s potrebama tržišta radne snage u EU28, ali i pojedinih tržišta zemalja članica. Razlozi za to mogu biti različiti, na primer, promene u načinu rada nastale usled razvoja IT tehnologija, usled prelaska s tradicionalnih industrijskih oblasti na one oblasti koje uključuju nanotehnologiju, kvantne nauke i digitalizaciju. U tom kontekstu je Evropska unija na samitu u Lisabonu 2000. godine, postavila ambiciozan plan da postane najdinamičnija i najkonkurentnija privreda zasnovana na znanju, potpuno se uklapajući u civilizacijski kontekst "ekonomija znanja".[2]

Kada su u pitanju ljudski resursi, njihova uloga i značaj su veoma veliki. Ona se ogleda kroz Strategiju Evrope 2020 *(Europe 2020 strategy),* koja predstavlja program za rast i zapošljavanje, naglašava održiv i inkluzivan rast, prevazilaženje strukturnih slabosti u ekonomiji EU, poboljšanje konkurentnosti i produktivnosti i promoviše održivu socijalnu tržišnu ekonomiju. Prema ovoj Strategiji, tri prioriteta Evrope 2020 su: *pametan rast* (razvoj ekonomije zasnovan na znanju i inovacijama), *održiv rast* (promovisanje ekonomičnog, zelenog i konkurentnog ekonomskog resursa) i *inkluzivni rast* (podsticanje ekonomske zaposleno-

[1] Pojam građanstva nije isto što i državljanstvo. Ugovorom iz Mastrihta, "evropski građani" dobili su privilegiju da se smatraju građanima EU, tako da se mogu nesmetano nastanjivati i kretati u zemljama članicama, imaju aktivno i pasivno biračko pravo na lokalnim izborima i izborima za Evropski parlament i pravo podnošenja peticija institucijama EU. Videti: Duško Lopandić, *Evropska unija i Srbija, novo vreme i novo okruženje*, Evropski pokret, Beograd. 2017, str. 39.

[2] Biljana Jovanović-Gavrilović, "Ljudski kapital: teorijsko metodološki pristup i empirijska analiza na primeru Evropske unije i Srbije", *Srbija i svet, izazovi razvoja i integracija* (ur. Snežana Grk), Institut društvenih nauka, Beograd, 2015. str. 43-44.

sti koja pruža ekonomsku, socijalnu i teritorijalnu koheziju). Ova tri prioriteta se međusobno pojačavaju; oni nude viziju društvene tržišne ekonomije Evrope za 21. vek. To se vidi kroz njene ciljeve da 75% ljudi uzrasta od 20–64 godine bude radno aktivno, da će u istraživanje i razvoj (R&D) biti uloženo 3% BDP-a EU, da stopa ranog napuštanja škole bude ispod 10%, da bude najmanje 40% ljudi u dobi od 30–34 godine koji su završili visoko obrazovanje, da se broj onih ljudi koji su na pragu socijalne isključenosti i siromaštva smanji na oko 20 miliona. Osim toga cilj EU je da razvija i unapređuje digitalno društvo i podstiče energetsku efikasnost.[3]

Za ekonomiju znanja su važni ljudski resursi, a za njih je danas svakako najvažnije obrazovanje koje predstavlja pokretač ekonomskog rasta, ali pruža i mogućnosti za lični razvoj svakog građanina. Osim toga, kvalitetno obrazovanje povećava socijalnu koheziju, istraživanje i inovacije, a doprinosi i otvaranju novih radnih mesta i društvenoj pravednosti. Cilj je da svaki mladi čovek u EU dobije najbolje obrazovanje, kako bi mogao da pronađe posao širom kontinenta. Stoga, u EU odlazak u druge zemlje na učenje i studiranje treba da postane standard, da diplome obrazovnih institucija budu priznate širom EU, poznavanje dva jezika, pored maternjeg jezika, da postane norma, ali i da pristup visokoškolskom obrazovanju ima svako bez obzira na socio-ekonomsku situaciju. Osim politika u obrazovanju i obuci, podrške reformama država članica kroz evropski semestar, stvaranje toga će pomoći ljudima da imaju snažan osećaj identiteta kao Evropljanina.

Evropska komisija radi na stvaranju evropskog obrazovnog prostora kroz dva paketa mera. Prvi paket mera odnosi se na kompetencije za celo životno učenje, digitalne veštine i zajedničke vrednosti i inkluzivno obrazovanje. Drugi paket mera se odnosi na izgradnju evropskog obrazovnog prostora kroz ojačan Erazmus program, saradnju evropskih univerziteta i evropskih studentskih kartica, bolji izbor evropskih fondova, odredbe o predškolskom obrazovanju i vaspitanju, automatskom uzajamnom priznavanju diploma i perioda učenja u inostranstvu, ali i poboljšanje nastave i učenje jezika.[4] Obrazovni sistemi funkcionišu na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou (vertikalna interakcija). Unutar

[3] European Commission, Brussels, 3.3.2010 COM, (2010)2020, Communication from the Commission Europe 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, *https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf*, 5.6.2019.

[4] European Commission, European Education Area, *https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area_en*, 5.6.2019.

njih, same škole funkcionišu kao zasebne organizacije, te se tako povezuju jedna sa drugom (horizontalna interakcija)[5] Na primer, inkluzivno i visokokvalitetno obrazovanje na svim nivoima, obuhvata evropske zajedničke vrednosti, a to su ljudsko dostojanstvo, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava i poštovanje ljudskih prava uključujući i prava manjina. Zajedničkim vrednostima postiže se cilj jače nacionalne demokratije, a time se jača sama EU. Osim toga, kontinuirano se radi na jačanju borbe protiv populizma, ksenofobije, nacionalizma i širenja lažnih vesti.[6]

Međutim, u domenu visokoškolskog obrazovanja, novinu predstavlja evropska inicijativa za studentske kartice koja treba da omogući svakom studentu da se lako i sigurno identifikuje i registruje elektronskim putem na visokoškolskim institucijama u okviru EU, kada se seli u inostranstvo na studije. Ovo je nov korak u jačanju mobilnosti i razmene studenata u EU, koji promoviše učešće studenata u obrazovnim i kulturnim aktivnostima u skladu sa vizijom evropskog obrazovnog prostora. Ova inicijativa ima za cilj da do 2021. godine, sve visokoobrazovne institucije koje će učestvovati u *Erazmus + 2021* programu primene elektronsku karticu, a da kartica do 2025. bude dostupna svima u EU. Ova kartica treba da bude garant sigurne razmene informacija o učenicima, ali i da omogući nesmetan prelazak s jedne visokoškolske ustanove u drugu. Ona omogućava i *on line* pristup kursevima i uslugama na visokoškolskim ustanovama. One treba da omoguće i virtuelnu mobilnost i kombinovano učenje, a za uzvrat dobija se veći izbor programa koje studenti mogu da biraju. Time bi se smanjile administrativne procedure, ali i opterećenje institucija visokog obrazovanja. Prednosti Evropske inicijative za studentske kartice imaju i studenti (olakšana mobilnost, lakši pristup materijalima, neposredan pristup uslugama na univerzitetu, popusti širom EU), i institucije visokog obrazovanja (lakše upravljanje procesom mobilnosti elektronskim putem, elektronska identifikacija studenta, smanjena administrativna opterećenja studentske mobilnosti).[7] Ovo dalje doprinosi olakšanom sprovođenju obrazovnih inicijativa studentima, ali i obrazovanim profesionalcima čime raste mogućnost obrazovanja i obuke što je od najveće važnosti za EU. Takođe, čini i EU privlačnijom za strane studente i buduće talentovane zaposle-

[5] The final report and thematic outputs of the ET2020 working groups schools,*https://www.schooleducationgateway.eu/downloads/Governance/2018-wgs6-Full-Final-Output.pdf*, 5. 6. 2019.

[6] European Commission, Council Recommendatio on Common values Inclusive Education and the European Dimension of teaching, Internet, *https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/council-recommendation-on-common-values-inclusive-education-and-the-european-dimension-of-teaching_en,* 5.6.2019.

[7] European Commission, European Student Card Initiative, *https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-student-card-initiative_en,* 5.6.2019.

ne. Inače, sam kraj XX veka doneo je pojačano proučavanje teme upravljanja talentima.[8]

Postoje još dva značajna pitanja u okviru EU, a to su politika EU u oblasti obrazovanja odraslih i politika međunarodne saradnje i političkog dijaloga. Naime, obrazovanje odraslih obuhvata čitav niz formalnih, neformalnih i aktivnosti učenja (opštih i stručnih) koje preduzimaju odrasli u cilju dobijanja posla ili daljeg razvoja. Ovo je neophodno kako bi pojedinci ostali konkurentni, kako bi se prilagodili potrebama tržišta rada, uzeli učešće u digitalizovanim ekonomijama, ali i dali svoj doprinos socijalnoj inkluziji. Alati koje EU koristi ovom prilikom su Preporuka o putevima usavršavanja, u sklopu Evropskog kvalifikacionog okvira (EKF), Radna grupa ET 2020, Mreža nacionalnih koordinatora, Evropska platforma za obrazovanje odraslih u Evropi (EPALE).[9] Sledeće pitanje, međunarodna saradnja ima pet prioriteta i to su: unapređenje EU kao centra izvrsnosti u obrazovanju i obuci; podrška partnerskim zemljama EU u naporima za modernizaciju; promovisanje boljeg razumevanja i zajedničkih vrednosti između naroda i kultura; podrška državama članicama i njihovim institucijama visokog obrazovanja u naporima ka internacionalizaciji; kao i poboljšanje kvaliteta usluga i ljudskih resursa u EU kroz komparaciju, učenje i dobru praksu. U skladu sa tim, politički dijalog treba da utre put za povećanu saradnju i mobilnost između EU i partnerskih zemalja.[10] Tako EU postaje konkurentnija za privlačenje stranih studenata, odnosno talenata iz celog sveta.

Kako je obrazovanje jedno od osnovnih prava pojedinca, zemlje članice su osetile potrebu da povećaju kvalitet i efikasnost obrazovanja i razviju pristup učenja u svim fazama života. Lisabonska strategija je bila neka vrsta prekretnice u pitanju obrazovanja, a postoji i nekoliko politika obrazovanja koje se naročito ističu, a to su obrazovanje za sve, pružanje informacija o obrazovanju i otvorenost prema ostatku sveta i multikulturalizam. Ovo je bila osnova za rad na kvalitetu obrazovanja (na svim nivoima i u svim vidovima), osnova za doživotno učenje (sve zemlje članice treba da rade na njemu), sadržaju (sve zemlje članice da rade na pregledu osnovnih veština mladih ljudi), otvorenosti (otvaranje jedne zemlje prema drugoj u oblasti obrazovanja), efikasnosti (prilikom korišćenja resur-

[8] Marijana Maksimović, "Međunarodni menadžment ljudskih resursa i potražnja za talentima", *Srbija i svet, izazovi i iskušenja* (ur. Snežana Grk) Institut društvenih nauka, Beograd, 2017, str. 110.

[9] European Commission, Education policy in the field of adult learning, *https://ec.europa.eu/education/policies/eu-policy-in-the-field-of-adult-learning_en,*3.6.2019.

[10] European Commission, Policy dialog with specific regions aand countries arond the world, *https://ec.europa.eu/education/policies/international-cooperation/policy-dialogue-specific-regions-and-countries-around-world_en,* 3. 6. 2019.

sa, investicije ispravno usmerene) kako bi se uspostavio transparentni obrazovni sistem u EU.

Prisutno je i shvatanje da je potrebno povećati mogućnosti zapošljavanja mlade populacije, jer se ona smatra ugroženom, te postoje preporuke da se radi na tome. EU ima različite programe kojima sprovodi navedeno, a to su "COMETT" 1987, Erazmus – ima za cilj mobilnost studenata, a programi koji se primenjuju od 1995. godine su "SOCRATES" I–II (1995–2006), "COMENIUS" (celoživotno učenje – 2007–2013) i "ERASMUS +" (2014–2020).[11] Tu se može dodati i Lingua i Tempus programi. Prvobitno su Erasmus, COMETT i Lingua bili razvijeni da promovišu saradnju među univerzitetima, ali je u međuvremenu Lingua stavila fokus na jezičke veštine u Evropi. Erasmus je bio fokusiran na mobilnost studenata i saradnju među univerzitetima, a PETRA i FORCE bile su fokusirane na stručnu obuku mladih i razmenu.[12] Svi ovi programi, kao jedan od ciljeva inkluzivnog visokog obrazovanja uključuju visoku edukaciju za migrante i izbeglice, koja bi trebala da im pomogne prilikom asimilacije u evropski prostor i zapošljavanja u skladu sa kompetencijama.

Sistem obrazovanja se sastoji od početnog i stalnog stručnog obrazovanja. Početno ili inicijalno obrazovanje (I-VET) izvodi se na višem srednjem nivou pre ulaska u radni odnos (u školama, centrima za obuku). Kontinuirani VET (C-VET), odvija se nakon završenog obrazovanja ili ulaska u radni odnos. Ima za cilj da se poboljšaju ili unaprede znanja, steknu nove veštine, prekvalifikaciju zbog napredovanja u karijeri, ili da se nastavi lični i profesionalni razvoj, a odvija se na radnom mestu. Evropski centar za razvoj stručnog osposobljavanja (Cedefop) pomaže u razvoju evropskih politika VET-a potrebnim analizama i informacijama.

Nadalje, kada je u pitanju politika EU u oblasti stručnog obrazovanja i obuke (VET), neophodno je da odgovara potrebama ekonomije, ali uz to pruža učenicima veštine za lični razvoj i čini ljude aktivnim građanstvom. U smislu zaposlenosti, obrazovanje doprinosi višem učinku preduzeća, konkurentosti, boljem istraživanju i inovacijama. Sistemi stručnog obrazovanja u EU, mogu da se oslone na čitavu mrežu pružalaca usluga stručnog obrazovanja, zasnovanih na uključivanju socijalnih partnera (poslodavci, sindikati), različitih organa (komore, odbori, saveti). Usklađenost obrazovanja i potražnje za određenim profesijama odražava se, između ostalog, u stopi zaposlenosti, odnosno nezaposlenosti. Ukoliko je ma-

[11] Seada Cankaya, Onder Kutlub, Esra Cebecic, "The educational policy of European Union", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 174, Elsevier, Amsterdam, 2015, p. 888–891.

[12] Edmund Staude, *National Education Systems in the European Union*, Washington University in S. Luis, 2011, *http://openscholarship.wustl.edu/etd/458*, 5.6.2019.

nji jaz između ponude i potražnje stopa nezaposlenosti je manja, odnosno zaposlenosti je veća.

Prema podacima Eurostata o stopama nezaposlenosti u EU u periodu 2008–2018. godine može se zaključiti da se EU oporavila od prvih udara svetske ekonomske krize. Stopa zaposlenosti se povećala sa sa 70,2 u 2008. godini na 73,2 u 2018. Stopa nezaposlenosti je počela da pada (sa 7,0 na 6,8). Zaposlenost muškaraca, žena, starijih radnika i mladih je porasla, s tim da među njima postoje značajne razlike. Na početku posmatranog perioda muškarci su imali stopu zaposlenosti 77,8, žene 62,7, stariji radnici 45,4, a mladi 37,2. U 2018. godini zaposlenost muškaraca je bila na 79,0, žena 67,4, starijih radnika 57,1, a mladih 35,4.[13] To znači da su mladi pogoršali svoj položaj na tržištu rada članica EU, a značajno se više zapošljavali stariji radnici. Fleksibilni oblici rada ove pojave su se samo ubrzali. Naravno, karakteristike tržišta rada su različite u razvijenim i nerazvijenim državama i regionima.

U EU postoje još i Evropski kreditni sistem za stručno osposobljavanje (ECVET) koji pomaže učenicima strukovnih studija da dobiju validaciju veština širom EU, ali i Evropski referentni okvir za osiguranje kvaliteta (EKAVET) koji pomaže zemljama u EU da prate kontinuirani proces kvaliteta.[14] Oblast visokog obrazovanja obuhvata edukacionu politiku, mobilnost i kooperaciju, efektivnost i efikasnost, inkluzivno visoko obrazovanje, bolonjski proces, kvalitet i relevantnost, visoku edukaciju za migrante i izbeglice.

TRŽIŠTE RADA EVROPSKE UNIJE I MIGRACIJE

Savremene migracije u EU i svetu uopšte su u velikoj meri posledica i procesa globalizacije. Branko Milanović ih naziva sistemskim migracijama. "Broj imigranata je rastao po prosečnoj godišnjoj stopi od 1,2% u periodu od 1990. do 2000. godine, a zatim po stopi od 2,2% od 2000. do 2013. godine, poslednje godine za koju su raspoloživi podaci UN. Druga stopa govori da se broj migranata u svetskoj populaciji povećao sa 2,8% u 2000. na 3,2% u 2013."[15] Evropa je dugo bila kontinent emigracije, da bi u drugoj polovini XX veka postala odredište masovnih migracija. Najpre su se na tržištu radne snage 1970-ih godina našli građani

[13] Eurostat, Employment statistics, *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics,*3. 6. 2019.

[14] European Commission, EU policy in the field of vocational education and training VET, *https://ec.europa.eu/education/policies/eu-policy-in-the-field-of-vocational-education-and-training-vet_en,* 3. 6. 2019.

[15] Branko Milanović, *Globalna nejednakost: Novi pristup za doba globalizacije,* Akademska knjiga, Novi Sad, 2016, str. 122.

Turske, zatim oni građani koji su dolazili iz bivših kolonija kao i oni iz Jugoslavije. Promene na tržištu rada, pospešene naftnom krizom i strukturalnim promenama kapitalizma, podstakle su obrnut proces.[16] Značajan deo migrantske radne snage se vraćao u svoju zemlju, a mali deo je ostao u zemljama imigracije. Veliki talas migracija u EU desio se raspadom SFRJ. Najveći broj građana SFRJ (prisilnih migranata) otišao je u Nemačku, Austriju, Švajcarsku i Švedsku.[17] Drugi deo stanovništva s ovih prostora emigrirao je na druge kontinente. Inače, najveći procenat emigranata otišao je iz zemalja koje su se suočile sa ratom i tranzicijom.

Prema podacima UN (za 2017. godinu) od ukupnog stanovništva Bosne i Hercegovine iselilo se 43,3%, iz Hrvatske 20,4%, iz Crne Gore 22,1% i 10,9% iz Srbije. Druge zemlje u tranziciji su imale sličan trend kretanja stanovništva. Bugarsku je napustilo 16,5% stanovnika, Rumuniju 17,5%, a Makedoniju 18,9%. Zanimljivo je i da su građani napuštali i visoko zadužene i manje razvijene zemlje EU. Iz Španije je emigriralo 20,4% stanovništa, a iz Grčke 34,8%. Sasvim drugačija situacija je bila u razvijenim zemljama Evrope. One su najpoželjnije odredišt ekonomskih i drugih migranata i relativno mali procenat njihovog stanovništva napušta zemlju. Francusku je, na primer, napustilo svega 3,3 % stanovništva, Švedsku 3,4%, Norvešku 3,7%, Italiju 4,9%, Nemačku 5,0%, Finsku 5,8%, dok je iz Irske otišlo 18,8%.[18]

Proširenjem EU 2004. godine, kada je primljeno 10 novih članica, nastavljene su promene na tržištu rada. Politika pojedinih zemalja prema stranim radnicima je bila različita, a regulisala je uslove pod kojima se zapošljavaju i stiču ekonomska i socijalna prava. Strah od "socijalnog dampinga" prisutan je i danas, odnosno pojačan je novim masovnim međunarodnim migracijama sa Bliskog i Dalekog istoka, Afrike i drugih područja, koje su izazvane ugroženošću klimatskim promenama i ratnim dešavanjima. Vrhunac migrantske krize bio je 2015. godine. To je na poseban način doprinelo i krizi funkcionisanja najvažnijih institucija EU. Kako su migranti doprineli promenama na tržištu rada, počela se menjati i politika prema njima.[19] U značajnoj je meri dovedena u pitanje dosledna

[16] Vladimir Grečić (1975), *Savremene migracije radne snage u Evropi,* IMPP, Beograd, 1975; Nada Novaković, *(Dez)integracija radničke klase druge Jugoslavije,* Institut društvenih nauka, Beograd, 2008.str. 171–177.

[17] Vladimir Grečić, *Srpska naučna dijaspora,* Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2010.

[18] "Migracije: 10 evropskih zemalja koje je napustilo čak 40 procenata stanovništva", *https://www.nationalgeographic.rs/mobile/vesti/9526-migracije-10-evropskih-zemalja-koje-je-napustilo-cak-40-procenta-stanovnistva-mapa.html*

[19] Nada Novaković, "Migrani i tržište rada", *Seobe i razvoj* (ur. Veselin Vukotić et al.), Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd, 2016, str. 261.

primena "Šengena", a migrantima su često kršena i osnovna ljudska prava, zagarantovana međunarodnim konvencijama i sporazumima. Među njima su pravo na život, slobodu kretanja, slobodu okupljanja, pravo na dostojanstven rad, obrazovanje, zdravstvenu i socijalnu zaštitu, kao i pravo na zaštitu od diskriminacije.[20] Štaviše, iz temelja su uzdrmani principi funkcionisanja institucija EU, a najranjivijom se pokazala njena bezbednosna politika.

Evropa je kontinent čije stanovništvo već duže vremena *stari.* Ono se ogleda u: povećanju prosečne starosti stanovništva i u smanjenju kontingenta radnosposobnog stanovništva (15–65 godina), smanjenju udela mladog stanovništva (0-15), a porastu broja građana starijih od 65. godina. Demografski teoretičari napominju i novu dimenziju starenja stanovništva, a to je porast onih koji su stari 80 i više godina. *Prosečna starost* građana Nemačke je 46,1 godine, Italije 44,5, Austrije 44,3, Grčke 43,5, Finske 43,2, Švedske 41,2, Francuske 40,2, Švajcarske 43,1, Španije 41,6 godine. Najmanju prosečnu starost stanovništva imaju Albanija (36,8) i Irska (36,4).[21] Masovne migracije u Evropu 2015. godine su bile prilika da vladajuće političke elite najrazvijenijih članica EU poboljšaju demografsku strukturu i promenama na tržištu rada ubrzaju ekonomski rast. Sve važnije im je postalo regulisanje tržišta rada tako da se na njemu nađu najobrazovaniji i najkonkurentniji ljudski resursi, a istovremeno da to državu najmanje košta (ekonomski, socijalno, politički, kulturno). Rešenja su se ubrzano tražila, kako na nacionalnom tako i na evropskom nivou.

Po osnovnim demografskim pokazateljima postoje značajne razlike između starih i novih članica, ekonomski razvijenih i onih koji to nisu. Svaka od njih nalazi se u posebnim etapama demografske tranzicije. To znači da je različit nivo rađanja, umiranja, prosečne starosti stanovništva, očekivane dužine života, prirodni priraštaj stanovništva, te broj velikih starosnih grupa. Sve to je značajno za karakteristike i promene socio-ekonomske strukture društva. Prema procenama Eurostata *ukupan broj stanovnika* EU28 bio je 508,401.406 u 2015. godini, a 2080. će

[20] Neki od tih dokumenata su: Opšta deklaracija o ljudskim pravima (1948), *unhcr.rs/media/Opsta%20deklaracija%20o%20ljudskim%20pravima%20(1948).pdf),* Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (2007/C 303/01), *http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Povelja%20Evropske%20unije%20o%20osnovnim%20pravima.pdf, 10. 8. 2019;* Međunarodni pakt o ekonomskim, kulturnim i socijalnim pravima (1966), http://www.unhcr.rs/media/Medjunarodni%20pakt%20o%20ekonomskim,%20socijalnim%20i%20kulturnim%20pravim.pdf, 10. 8. 2019. O tome videti: Janis Kstikatis, *Zaštita migranata prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i Evropskoj socijalnoj povelji (priručnik za pravnike),* Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2016.

[21] "Koji narod je nastariji, a koji najmlađi? Pogledajte karte i saznajte" *:https://www.srbijadanas.com/clanak/koji-narod-je-najstariji-koji-najmladi-pogledajte-karte-i-saznajte-*, 10.4.2019

biti 518,798.375. Zbog priliva migranata broj stanovnika EU28 bio je 510 miliona u 2016. godini. Ovo je značajno doprinelo i porastu *prirodnog prira*štaja (razlici između broja živorođenih i umrlih). U periodu 2007–2016. godini EU je poboljšala prirodni priraštaj (sa -474.922 na -19.626), a Nemačka smanjila negativan trend (-142.293 na -118.865). Najveći porast prirodnog priraštaja stanovništva imale su Austrija i Švedska, u koje su 2015. godine masovno pristizali migranti.[22]

Stopa nataliteta (broj živorođenih na 1000 stanovnika tokom godine) je prema Eurostatu u EU 2017. godine bila 9,9, što je smanjenje u odnosu na 2010. godinu za 0,9. Najveću stopu nataliteta imala je Irska (12,9), a najnižu Italija (7,6).[23] *Stopa fertiliteta* ili plodnosti odnosi se na broj živorođenih na jednu ženu u fertilnom periodu. Za prostu reprodukciju stanovništva potrebna je stopa 2,1. Opšti trend u EU je da fertilitet stagnira ili opada u dužem periodu. U 2015. godini prosek za EU je bio 1,57 (kao u Češkoj). Iznad proseka stopu fertiliteta imalo je 13 zemalja, a 14 ispod proseka. Najviše stope plodnosti imale su Francuska (1,96), Švedska (1,85), Irska (1,85) i Velika Britanija (1,80). Na začelju liste bile su Portugal (1,31), Kipar i Poljska (1,32) i Španija i Grčka (1,33).[24] Na *stopu mortaliteta* (broj umrlih na 1000 stanovnika u godini) u značajnoj meri utiče kvalitet zdravstvenih usluga, ali i socijalni i kulturni uslovi života. Što su oni na višem nivou to je i stopa mortaliteta odraslog stanovništva i odojčadi niža. U kriznim društvenim situacijama, kao što su ratovi, obe ove stope rastu. Najvišu stopu mortaliteta 2016. godine imale su Bugarska, Rumunija i Mađarska (13,0), a najnižu Kipar i Irska (6,4).[25] Podaci za 2015. godinu ukazuju da su velike razlike u EU u *očekivanom trajanju života*. Muškarcima se predviđalo 77,9 godina, a ženama 83,3. Od tog proseka najviše su odstupali Švedska (80,4), Španija, Italija i Luksemburg (po 80). Najlošije su bile prognoze za muškarce u Litvaniji i Letoniji (70). Na nivou EU isti indikator za žene je bio 83,3 godin3. Najduži očekivani životni vek proce-

[22] Dragovan Milićević, "Demografska slika Srbije i Evrope", *Makroekonomija,* avgust, 29, 2018, *http://www.makroekonomija.org/0-dragovan-milicevic/demografska-slika-srbije-i-evrope*, 1. 7. 2019.

[23] Romana Kovačević Barišić, "Hrvatska i Mediteran imaju najniži natalitet", Večernji.hr 29. kolovoza 2018, *https://www.vecernji.hr/vijesti/hrvatska-i-mediteran-imaju-najnizi-natalitet-1266227,* 20. 5. 2019.

[24] MONS, "Očekivani trendovi u EU i Srbiji: Očekivani trendovi i njihove posledice", 15. oktobar 2018, https://mons.rs/demografske-promene-u-eu-i-srbiji-ocekivani-trendovi-i-njihove-posledice, 5.6.2019.

[25] N. Babić, "Demografski i migracijski trendovi u "staroj" i "novoj" Europi prema Eurostatu", www.logicno. 20.7.2017, *https://www.logicno.com/politika/demografski-i-migracijski-trendovi-u-staroj-i-novoj-europi-prema-eurostatu.html*, 1. 9. 2019.

njen je za žene u Španiji (87,7) i Francuskoj (85,5), a najkraći u Bugarskoj (78,2) i Rumuniji (78,7).[26]

Starosna struktura je bitna kako za prirodno kretanje i obnavljanje stanovništva tako i za broj i procenat stanovništva različitih *velikih starosnih grupa*. Demografi imaju i indikatore o starosti nekog društva. Ako je udeo stanovništva starijeg od 65 godina do 4% reč je o mladom stanovništvu. Kada ta vrednost dostiže 7% to se društvo smatra demografski zrelo. Sve iznad toga svrstava ga u staro stanovništvo.[27] U EU je 2017. godine u najmlađoj grupi (0-14 godina) bilo 15,6%, u grupi 15–64 godine 64,9% a sa 60 i više godina čak 17%. Na vrhu liste najmlađeg stanovništva EU našao se Island (20,1), a na dnu je Nemačka (13,4%).[28] Izrazito nepovoljna starosna struktura društava zahteva i veća izdvajanja za zdravstvo, promene u penzijskom sistemu, reforme socijalnih službi namenjenih pomoći pojedincu i porodici. Reforme pomenutih sistema su prisutne u EU, ali su zbog "mera štednje" zbog uticaja svetske ekonomske krize koja traje već 12 godina, na štetu većine građana. Zemlje u tranziciji, a članice su EU, pogoršale su demografsku strukturu. Masovne migracije mlađeg i stručnijeg stanovništva pogoršale su odnos između starosnih grupa i doprinele padu ukupnog stanovništva i ekonomske aktivnosti.[29]

Ulazak migranata na tržište rada EU ima i pozitivne i negativne posledice. Prema oceni Danila Šukovića migracije su ne samo moralne nego i ekonomski i demografski poželjne. Evropa ima staro stanovništvo, u kojem radno sposobno nije u stanju da odgovori na finansijske potrebe starijih, kao što su penzije. Stoga je migracija sretno rešenje za te probleme. Do 2020. godine Evropi nedostaje 42 miliona ljudi, a već sad EU ima potrebe za 3,8 miliona radnika. Nemačkoj je potrebno 1,2 miliona.[30] Procenjuje se da će Nemačkoj nedostajati tokom sledeće četiri decenije oko 300.000 ekonomskih migranata godišnje.[31] Istraživanja na

[26] Karlo Vajdić, "Živimo kraće od europskog prosijeka, pobolijevamo češće, ali barem možemo kod liječnika", *tportal.hr,* 10. 2. 2018, *https://www.tportal.hr/biznis/clanak/zivimo-krace-od-europskog-prosjeka-pobolijevamo-cesce-ali-barem-mozemo-do-lijecnika-foto-20180218,* 4.6.2019.

[27] Dragana Vilić, "Uzroci i posledice starenja stanovništva u savremenom društvu, *Sociološki diskurs*, vol. IV, br. 12, 2016, str. 5–33.

[28] Eurostata: "File: Population age structure by major age age groups , 2007 and 2017#, *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Population_age_structure_by_major_age_groups,_2007_and_2017_(%25_of_the_total_population).png,*15.6.2019.

[29] Dejan Mirović, *Posledice EU integracija,* Catena Mundi, Beograd, 2014.

[30] Danilo Šuković, "Migracije i moralne i korisne", *Seobe i razvoj* (ur. Veselin Vukotić et al.), Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd, 2016, str. 47.

[31] Soeren Kern, "Sumorna demografska budućnost Nemačke", *Nova srpska politička*, 17. februar 2017, *http://www.nspm.rs/savremeni-svet/demografska-buducnost-nemacke.html?alphabet=l*, 12.9.2018.

njenom tržištu rada, na primer, potvrdila su stav da migranti čine svega 0,5% zaposlenih. Oni svojim radom bitnije ne utiču niti na zaposlenost niti na politiku zarada. O tome svedoče podaci o obrazovanju i starosti migranata i delatnostima u kojima rade. Većina migranata bila je mlađa od 34 godine (70%). Najviše je bilo muškaraca, među kojima su posebno poželjni za tržište rada migranti iz Sirije (zbog obrazovanja, mladosti, kulture, religije).

Na migrantsku krizu 2015. godine evropske države su različito reagovale, sve sa ciljem da novu radnu snagu maksimalno iskoriste za sopstvene potrebe. Mnoge članice EU su pooštrile mere koje ograničavaju pristup migranata tržištu rada, sistemu zdravstva, obrazovanja, stanovanja, sticanja državljanstva, političke participacije i sl.[32] Za obrazovanije migrante države su davale posebne pogodnosti ("Plava karta", "Zelena karta") i tako ih privlačile. Za migrante manje stručnosti i starije obično se politika upravljanja migracijama svela na sekuritizaciju (do deportacije u "bezbedne zemlje" ili zemlje porekla).

Ukratko rečeno, što je neka zemlja primila više migranata, a politiku prema njima više prilagodila potrebama rasta stanovništva i privrede, ona je sa njima uspešnije upravljala. Nemačka je sa politikom "otvorenih vrata" u tome imala velikog uspeha. Ona je masovnim prijemom migranata (1 milion u 2015. godini) poboljšavala svoju demografsku strukturu i potrebe na tržištu rada.[33] Najpoželjniji su bili visoko stručni ljudi iz IT sektora, a tržište je apsorbovalo i deficitarne ljudske resurse. Strah da će migranti povećati nezaposlenost u zemlji imigracije nije bio opravdan. U Nemačkoj uopšte nije porasla stopa nezaposlenosti. Ona je niža nego pre 2015. godine. Sve vreme domaće stanovništvo imalo je nižu stopu nezaposlenosti nego migranti. Pored toga, stvorena su i neka nova radna mesta. Nije došlo ni do većih promena u oblasti raspodela dohotka. Domaći radnici su zauzeli bolja radna mesta na kojima su zarađivali više, a manje stručnim migrantima su ostajali lošiji poslovi (teški, prljavi i slabo plaćeni). Migranti u drugim razvijenim zemljama Evrope, kao što su Švedska i Danska, značajna su radna snaga, sasvim kompatibilna domaćoj. Na to su ukazala i ranija istraživanja o ekonomskim migrantima, tj. da su oni potrebni razvijenim ekonomijama na fleksibilnom tržištu rada, sa niskom stopom nezaposlenosti.[34]

---

[32] Vesna Lukić, "Od migracije do integracije – Možemo li da učimo od zemalja sa razvijenim politikama integracije migranata?", *Zbornik za društvene nauke,* vol. LXIX, br. 167, 2018, Matica srpska u Novom Sadu, Novi Sad, str. 644.

[33] Miloš Vukelić, "Revizija dihotomije etničkog i građanskog nacionalizma", *Politička revija,* vol. 58, br. 4, 2017, str. 69–88.

[34] Dunja Poleti, "Savremene radne migracije u Evropskom kontekstu – ekonomski i politički aspekti", *Sociologija,* vol XV, br. 2, 2013, str. 332–348.

Postoje velike razlike u zaradama, poslovima, sigurnosti zaposlenja i profesionalnom napredovanju između visoko obrazovanih i manje stručnih migranata. Stoga su u uslovima globalizovanog poslovanja, ekonomija i društva primenili i različite politike privlačenja migranata. Segregacija tržišta rada i dalje se održava, pa su migrantkinje angažovane na manje plaćenim poslovima, uslužnom sektoru (trgovina, ugostiteljstvo, pomoć u kući), a obrazovaniji migranti imaju veću stopu zaposlenosti i obavljaju bolje plaćene poslove. Poređenje stopa zaposlenosti i nezaposlenosti domaćeg i migrantskog stanovništva u Evropi navodi na zaključak da su u boljem položaju domaći radnici, potom građani iz EU, a tek onda iz "zemalja trećeg sveta". Posebno su krizom i promenama na tržištu rada ugroženi mladi.[35] Među njima postoji jaka konkurencija, pa dolazak mladih migranata doživljavaju kao ugrožavanje sopstvenih prava i šansi na zaposlenje. Oni su potencijalni glasači stranaka koje se suprostavljaju migrantima.

Negativan stav prema ekonomskim migrantima često se nalazi i u državama koje su izvan EU. Takav primer je visoko razvijena Švajcarska, čiji je svaki četvrti građanin stranog porekla. Ona je van EU i ima posebnu politiku prema stranim radnicima. Specifičnim sistemom "kvota" svake godine određuje se koliko i kakvih migranata će se primiti u zemlju. Da bi kompanija zaposlila stranca ona mora da traži dokaze da takvih radnika nema u Švajcarskoj i u EU, a da sopstvenim sredstvima plati radnu dozvolu migrantu iz zemalja "trećeg sveta". Na taj način Švajcarska štiti domaće tržište rada i ograničava migraciju, mada je svaki četvrti stanovnik stranog porekla. Na referendumu održanom 9. februara 2014. godine većina je (50,3%) podržala inicijativu "Protiv masovnih migracija" iz EU, a 49,7% glasača je odbacilo ovaj predlog.[36]

Politike privlačenja obrazovanih kadrova su različite u pojedinim zemljama, ali su u najvećoj meri determinisane stanjem na domaćem tržištu rada. Obrazovanje je postalo jedan od najvažnijih faktora razvoja, a ulaganja u obrazovanje donosi višestruke dobiti pojedincu i društvu. Najveću korist imaju društva koja uspevaju da privuku ljude visokih kvalifikacija iz oblasti koje se najbrže razvijaju (IT sektor na primer) i koji su sposobni da se brzo prilagode promenama tržišta rada. Sasvim je drugačija situacija sa privlačenjem/odbijanjem migranata nižeg obrazovanja. Uspeh radnih migranata zavisi i od brojnih drugih faktora. Na

[35] Marina Savković, Jelena Gajić, "Mladi na tržištu rada u savremenim uslovima: Jedno poređenje Evropske unije i Srbije", *Sociologija,* vol. LVIII, br. 3, 2016, str. 452–453.

[36] Jelena Ćeranić, "Švajcarski referendum o ograničenju migracije iz EU: Posledice za odnose između EU i Švajcarske", *Strani pravni život*, vol. 58, br. 3, 2014, Institut za međunarodno pravo, Beograd, str. 148.

jednoj strani su interesi, motivi pojedinca, a na drugoj realne potrebe tržišta rada u zemljama u koje migriraju. Motivi visokoobrazovanih migranata se menjaju u zavisnosti od prilika u kojima se odlučuju na taj korak. Najčešća očekivanja odlaska iz zemlje su: nalaženje boljeg posla i zarade, mogućnost boljeg profesionalnog usavršavanja i napredovanja, veći materijalni standard migranta i porodice, život u društvu koje je bezbednije i sa manje mita i korupcije. Ovo u najvećoj meri vredi za građane koji su napuštali Srbiju i region. Sigurno je da obrazovani ljudski resursi odlaze i iz razvijenih članica EU (iz Nemačke u Švajcarsku, na primer). U oba slučaja za društvo koje migrant napušta nastaju materijalne, demografske, moralne i političke štete. Dobici zemalja u koje se oni useljavaju su višestruko veći nego što su troškovi integracije.[37] Ovi troškovi i gubici zbog migranata nižeg obrazovanja su ekonomski značajno niži nego društveni. Razvijene zemlje EU imaju višestruku korist od radnih migracija, koje na taj način povećavaju jaz u razvijenosti između njih i onih država iz kojih su migranti došli.

ZAKLJUČAK

Politički i ekonomski ciljevi koje ima EU, a u skladu sa privrednim i socijalnim promenama, zahtevaju od EU da odgovornije pristupa obrazovnim politikama. Obrazovna politika je iscrpan rad na usklađivanju potreba privrede i postojećih ponuda obrazovnih sistema zemalja članica. Zatim, potrebno je usklađivanje vrednosnih sistema zemalja članica. Cilj izučavanja ove teme je da se u Srbiji podstaknu pozitivne promene, da se formira sopstvena nacionalna politika kako bi se lakše i uspešnije, a samim tim i brže, integrisala u EU28. Promene na tržištu rada EU su pod snažnim uticajem globalizacije ekonomija i društava, ali i posebnostima svake od njenih članica. Posle 1990. godine broj i intenzitet migracija stanovništva značajno se povećao (pad Berlinskog zida, raspad SSSR-a, Jugoslavije i promena na geopolitičkoj sceni sveta). Većina migranata je manje obrazovana, niže stope zaposlenosti i obavlja manje plaćene i nesigurne poslove. Međutim, najnepovoljniji položaj imaju ekonomski migranti angažovani u sivoj ekonomiji, jer obavljaju nelegalne, slabo plaćene i nesigurne poslove, a uskraćeni su za osnovna socio-ekonomska prava. Posledice ekonomskih migracija su pozitivne i negativne u zavisnosti čiji se interesi štite. Politika prema migrantima je prešla put od sekuritizacije do deportacije nepoželjnih stranaca.

[37] Vladimir Grečić, *Srpska naučna dijaspora,* Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. 2010.

MARIJANA MAKSIMOVIĆ, Ph.D.,
Researh Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade
NADA NOVAKOVIČ, Ph.D.,
Researh Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade

HUMAN RESOURCE MANAGEMENT IN THE EU: EDUCATION AND MIGRATION

Summary

The importance of human resources has been on the rise over the last few decades, both in developed countries and in less developed countries. As the EU comprises a community of 28 countries with varying degrees of economic development, the role and importance of human resources is very prominent in it. Within human resources, education is a central element of personal and professional orientation. Although so significant, education is still incompatible with the needs of many individual markets, but also of the EU labor market as a whole. Some of the reasons for this are changes in the way IT technologies work, then changes that have led to the transition from traditional industrial areas to those industrial areas caused by the development of new technologies, such as biotechnology, nanotechnology, quantum sciences and digitalization. One of the innovations of the second decade of the 21st century is migratory movements, which had their strongest intensity in 2015. Their impact on the labor market of the EU, as well as the individual countries of this community, came down to one thing: those occupations that were lacking in the structure of those countries were filled by migrants who had the required level of education. However, certain newspapers remain to be seen, such as the European Student Card Initiative.

Key words: human resources, EU, education, migrants, socio-economic raights of employees

IRIS BJELICA VLAJIĆ

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA POSADE BRODA

Specifičnosti radnog mesta i uslovi za život i rad posade broda uslovljavaju pitanja vezana za zaštitu njihovih ličnih podataka. Od posade se uzimaju različiti podaci potrebni za zapošljavanje i transfer do plovila, ispunjavanje zakonskih uslova za punovažnost ugovora o radu, otvaranje bankovnih računa ili drugih zakonskih odredbi, zaštitu vitalnih interesa pomorca ili trećih lica, interesa kompanije i sl. Budući izuzetno ranjiva kategorija, brodari uživaju nekoliko nivoa zaštite. Lični podaci pomoraca mogu se koristiti u medicinske i zdravstvene svrhe, svrhe statističke analize, personalizaciju određene usluge, povezivanje sa sindikalnim organizacijama ili udruženjima. Zbog osetljivosti ličnih podataka veoma je važno uspostaviti tehničke i administrativne mehanizme za njihovo čuvanje i sprečiti neovlašćen pristup pohranjenim podacima. Samo lica koja imaju poslovni interes mogu dobiti pristup ličnim podacima. Istovremeno, podaci koji se pribavljaju iz medija ili sa društvenih mreža ne podležu ograničenjima. Primenom Opšte uredbe o zaštiti podataka EU postavljeni su novi standardi u zaštiti ličnih podataka.

Ključne reči: *posada broda, lični podaci, Opšta uredba o zaštiti podataka EU*

U V O D

Svaka informacija koja se odnosi na fizičko lice, bez obzira na oblik u kome je izražena, datum nastanka ili drugo svojstvo predstavlja lični podatak. Lični podaci se prikupljaju i obrađuju u skladu sa međunarodnim i domaćim pravnim ak-

Dr Iris Bjelica Vlajić, docent Visoke brodarske škole akademskih studija u Beogradu.

tima. Obrada ličnih podataka je bilo koja operacija ili njihov skup koji se vrše nad ličnim podacima.[1] Može, a ne mora biti izvršena automatskim putem. Neke operacije obrade mogu predstavljati poseban rizik za prava i slobode imalaca podataka zbog njihove prirode, opsega ili svrhe, ili zbog upotrebe novih tehnologija, pa takve rizične operacije treba ograničiti. Države uspostavljaju nadzorna tela ili službenike za zaštitu podataka koji proveravaju da li su uspostavljeni mehanizmi kojima se garantuje očuvanje ličnih podataka pre nego što obrada bude izvršena i, izuzetno, kontrolišu način obrade nakon što se ona izvrši.

Savet Evrope je posebnu pažnju posvetio zaštiti ličnih podataka i članicama je uputio na potpisivanje i ratifikaciju Konvenciju o zaštiti lica u pogledu automatske obrade ličnih podataka, koja se još naziva i Konvencija 108.[2]

U zaštitu podataka uključila se i Evropska unija, čija su nadležna tela usvojila niz akata kojima se reguliše razmena podataka između organa i Unije i propisuju uslovi za slobodan protok podataka.[3] Najznačajnim poduhvatom za potrebe jedinstvene zaštite podataka smatra se usvajanje Opšte uredbe o zaštiti podataka (GDPR).[4] Uredba unapređuje postojeće zakonodavstvo o zaštiti ličnih podataka s obzirom na digitalizaciju i tehnološki razvoj, ali i usaglašava standarde među članicama. Cilj je zaštita pojedinaca od neovlašćenog korišćenja njihovih ličnih

[1] Pod obradom ličnih podataka podrazumeva se prikupljanje, snimanje, organizovanje, čuvanje, prilagođavanje ili menjanje, vraćanje, upotreba, otkrivanje prenosom i širenjem, ili stavljanje na raspolaganje drugim načinom, blokiranje, brisanje ili uništavanje ličnog podatka.

[2] Konvencija o zaštiti lica u pogledu automatske obrade ličnih podataka je usvojena u Strazburu, 28. januara 1981. godine. U preambuli Konvencije navodi se da je sve veći protok ličnih podataka koji podležu automatskoj obradi podataka preko granica uz potrebu obezbeđenja slobodnog protoka informacija između naroda, poželjno osigurati zaštitu prava i osnovnih sloboda svih, a posebno prava na poštovanje privatnosti. U tom smislu, svaka članica zadržala je pravo da u domaćem zakonodavstvu ponudi veći stepen zaštite od onog garantovanog Konvencijom 108.

[3] Uredba 45/2001 o zaštiti pojedinaca pri obradi ličnih podataka od strane institucija i tela Zajednice i slobodnome protoku takvih podataka od 18. decembra 2000. godine, Uredba 1049/2001 o javnom pristupu dokumentima Evropskog parlamenta, Komisije i Veća od 30. maja 2001. godine, Direktiva 95/46/EZ od 24. oktobra 1995. godine o zaštiti pojedinaca u vezi obrade ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, Direktiva 2006/24/EZ o zadržavanju podataka dobijenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacionih usluga ili javnih komunikacionih mreža, kojom se menja i dopunjuje Direktiva 2002/58/EZ od 15. marta 2006. godine; Direktiva 2003/4/EZ o pristupu javnosti podacima o okolini i ukidanju Direktive 90/313/EEZ od 28. jula 2003. i Direktiva 2002/58/EZ o privatnosti i elektronskim komunikacijama od 12. maja 2002.

[4] Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka (*EU General Data Protection Regulation*) usvojena je 8. aprila 2016. godine, a sa njenom primenom u članicama započeto je 25. maja 2018. godine.

podataka.[5] Cilj se postiže tako što se olakšava kontrolorima praćenje zaštite ličnih podataka globalno, jer je obavezna njena primena od strane svih organizacija koje rukuju ličnim podacima građana EU, čak i u slučaju kada se organizacije ne nalaze na teritoriji EU.[6] Osnovni mehanizam za sprovođenje Uredbe su visoke kazne predviđene za kompanije koje je ne budu primenjivale.[7] Ključni koraci su: pribavljanje prethodne saglasnosti za prikupljanje i obradu podataka, sprovođenje postupka procene najefektivnijeg načina za prikupljanje podataka, postavljanje jasnih osnovnih principa na osnovu kojih se podaci prikupljaju analiziraju i skladište, imenovanje zaposlenog nadležnog za kontrolu postupka prikupljanja i obrade ličnih podataka (*Data Protection Officer*), stvaranje baze podataka i sprovedenih aktivnosti, priprema izveštaja o narušavanju privatnosti u roku 72 sata od povrede prava na zaštitu.[8]

Kompanije moraju omogućiti fizičkim licima razuman pristup i kontrolu prikupljenih i obrađenih podataka, njihovu ispravku, prenos ili brisanje. Osetljivi podaci su osetljivi po svojoj prirodi. Garantuje im se posebna zaštita jer njihovo narušavanje predstavlja opasnost po osnovna prava i slobode iz kojih proističu. Uključuju podatke kojima se otkrivaju rasno ili etničko poreklo, političko, versko ili filozofsko mišljenje ili uverenje, članstvo u sindikalnoj organizaciji, biometrijske ili genetske podatke, zdravstvene podatke ili seksualnu orijentaciju. Posebna pravila važe za prikupljanje i obradu podataka dece mlađe od 16 godina i pre obrade je obavezna saglasnost roditelja. Osnovni principi zaštite ličnih podataka su: zakonitost, pravičnost i javnost. Lični podaci se prikupljaju u specifične, jasne i zakonite svrhe i ne mogu se obrađivati suprotno tim principima, niti se mogu čuvati nakon što je ispunjena svrha u koju su prikupljeni i obrađeni. Podaci koji po svojoj prirodi mogu prekršiti osnovne slobode ili privatnost ne smeju se obrađivati ukoliko osoba čiji se podaci obrađuju nije dala svoju izričitu saglasnost. Odstupanja od ove zabrane moraju se izričito navesti.

---

[5] Opšta uredba o zaštiti podataka ne primenjuje se ako je: ispitanik mrtav, ispitanik pravna osoba, obradu obavila osoba koja deluje u svrhe koje ne ulaze u okvir njene stručne, poslovne ili profesionalne delatnosti.

[6] Preduzeća s poslovnim sedištem van EU koja obrađuju lične podatke građana EU moraju imati predstavnika u EU.

[7] Kazne iznose od 2% godišnjeg prihoda ili 10 miliona evra (u zavisnosti koji je iznos veći) do 4% odnosno 20 miliona za drastičnija kršenja.

[8] U slučaju sumnje da je došlo do povrede sistema zaštite, obavezno se sprovodi unutrašnja istraga i preduzimaju mere za ispravljanje propusta i uklanjanje posledica povrede. Ukoliko je povreda takva da može dovesti do povrede osnovnih prava i sloboda, o povredi prava na zaštitu podataka obaveštava se nadležno državno telo za zaštitu podataka u roku kraćem od 72 sata.

Međunarodna organizacija rada postavila je standarde kojim se štite sloboda, ravnopravnost, bezbednost i dostojanstvo radnika i pomoraca jer je pomorski saobraćaj jedna od najranije globalizovanih industrija.[9] Ti standardi MOR postavljaju minimum uslova za "pristojan život" i uključuju sve aspekte života i rada na brodovima.

Posebno značajan rad je na izradi međunarodno priznatih dokumenata pomoraca kojima se olakšava pogranična kontrola (identifikacioni dokumenti pomoraca). Iz tog razloga, 2003. godine usvojena je revidirana Konvencija o identifikacionim dokumentima pomoraca (Konvencija 185).[10] Značajna je po tome što uspostavlja stroži režim sa ciljem borbe protiv terorizma uz garantovanje slobode kretanja koja je neophodna za obavljanje posla pomoraca ali i njihov privatni život. U prilozima konvencije dati su obrasci identifikacionih dokumenata (biometrijski obrasci koji se baziraju na otisku prsta). Uz konvenciju usvojena je rezolucija kojom se od Generalnog direktorta MOR zahteva preduzimanje hitnih mera kako bi se razvili standardi za biometričke dokumente ili pravila koja olakšavaju korišćenje dopusta na obali bez obzira na vizni režim. Članice koje ratifikuju konvenciju imaju obavezu da uspostave i održavaju baze podataka i strogo nadziru izdavanje tih dokumenata. Radi zaštite ličnih podataka, predviđen je međunarodni nadzor i kontrola tih baza. Prenos ličnih podataka moguć je samo unutar EU i zemalja koje imaju isti stepen zaštite, kada je to potrebno radi pribavljanja viza, hotelskog smeštaja ili obezbeđivanja transportnih usluga ili nesmetanog obavljanja posla od strane lučkih agenata ili zakupa broda s posadom (tzv. čarter) i slično. Obaveza je kompanije da podaci tokom prenosa budu zaštićeni.[11] Podaci se

[9] Konvencijama se reguišu: zabrana prinudnog rada i diskriminacije po bilo kom osnovu, sloboda udruživanja i organizovanja, pravo na kolektivno pregovaranje, jednaka naknada za iste poslove, minimalna starosna granica za zapošljavanje i sprečavanje dečjeg rada. Dalji napredak u zaštiti položaja radnika u pomorstvu postignut je u februaru 2006. godine usvajanjem jedinstvene Pomorske konvencije rada, koja je obuhvatila oblasti koje je do tada regulisalo 37 različitih konvencija i preporuka, čime su najvažnije oblasti uređene jedinstveno. Takođe, pojednostavljen je sistem izmena i prilagođavanja novim okolnostima.

[10] Konvencija br. 185 stupila je na snagu 9. februara 2005. godine. Njom je zamenjena Konvencija br. 108 koja je usvojena 1958. godine. Posle niza sastanaka tripartitnih odbora i usvajanja njihovih zaključaka 8. juna 2017. godine na snagu stupile su izmene i dopune koje predviđaju obaveznu upotrebu putnih dokumenata koji će biti podobni za očitavanje od strane mašina kako bi se uklonile sve prepreke koje postoje za slobodno kretanje pomoraca. Time se postojeća Konvencija prilagođava potrebi postojanja sigurnih dokumenata kojima će se pogranične kontrole obavljati lakše i brže, garantujući pomorcima lakše kretanje. Republika Srbija nije ratifikovala ovu Konvenciju.

[11] Pod adekvatnom zaštitom ličnih podataka podrazumeva se enkripcija, postavljanje zaštitnih zidova u kompjuterske sisteme, pravljenje rezervnih kopija svih podataka, ograničen pristup ličnim podacima samo na zaposlene kojima ti podaci trebaju u radu.

čuvaju onoliko koliko je razumno i opravdano.[12] Nakon isteka predviđenog roka, podaci se brišu ili uništavaju na drugi primeren način.

Zaštitu protiv dela kojima se narušava privatnost na brodovima predviđa i Konvencija o visokotehnološkom kriminalu Saveta Evrope u članu 22.[13] Predstavlja prvi međunarodni sporazum o kriminalnim aktivnostima učinjenim putem interneta i kompjuterskih mreža sa posebnim akcentom na povrede autorskih prava, prevare, dečju pornografiju i povredu bezbednosti na mreži. Za borbu protiv ovih vidova kriminala predviđena je međunarodna saradnja.

PRIMENA U BRODARSTVU

Lični podaci brodara i pomoraca prikupljaju se u različite svrhe, pa je stoga različit stepen njihove zaštite.

Ugovor o radu

Ugovori o radu retko se zaključuju direktno između člana posade i kompanije, češće preko posrednika. Posrednik pri zaključenju tog ugovora može biti privredno društvo, nacionalno ili regionalno udruženje ili državni organ. Očekuje se da posrednici pri zapošljavanju obezbede poštovanje osnovnih prava pomorca i ispunjenje odredbi ugovora. Prema sedištu ovih pravnih lica biće određeno zakonodavstvo u skladu sa kojim će se garantovati zaštita ličnih podataka. Sve češće prijave za zapošljavanje se popunjavaju elektronskim putem. One su skup različitih ličnih podataka.[14] Po pravilu, lični podaci se prikupljaju direktno od kandidata za posao, ređe preko posrednika. Postoje uobičajeni i dodatni poda-

[12] Najčešće do 4 godine od dana kada je lice konkurisalo za posao do 9 godina za lica koja su ukrcana na brodove.

[13] Usvojena je u Budimpešti 23. novembra 2001. godine. Pristup je dozvoljen članicama Saveta Evrope, ali i zadržave koje nisu članice, a izraze spremnost da joj pristupe. Na snagu je stupila 1. jula 2004. godine nakon ratifikacije od strane 5 država od kojih su bar 3 članice Saveta Evrope. Trenutno su 44 države članice Saveta Evrope potpisale, ratifikovale i primenjuju Konvenciju o sajberkriminalu. Ruska Federacija je nije potpisala, a Irska i Švedska su potpisale ali nisu ratifikovale. Konvenciju je ratifikovalo i primenjuje više od 20 država koje nisu članice Saveta Evrope, među kojima su: Argenitina, Australija, Gana, Dominikanska Republika, Zelenortska ostrva, Izrael, Japan, Kanada, Kolumbija, Kostarika, Mauricijus, Meksiko, Maroko, Nigerija, Panama, Paragvaj, SAD, Senegal, Tonga, Tunis, Čile, Filipini i Šri Lanka. Zajednica država Srbija i Crna Gora potpisala je Konvenciju 7. aprila 2009. godine, ratifikovala je 14. aprila 2009. godine. Konvencija je stupila na snagu 1. avgusta 2009. godine. Republika Srbija je pravni naslednik ove države. V. o tome na: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=lszTwYTe\

[14] Ime, prezime, adresa stanovanja, datum i mesto rođenja, nacionalnost, pol, kontakt, obrazovanje i osposobljenost, ranije iskustvo, kopiju važećih dokumenata, fotografiju, podatke o najbli-

ci koji se traže. Kompanija treba da obrazloži traženje dodatnih podataka. Najčešće posrednik navodi da će prijave zadržati radi nekih budućih pozicija ukoliko se stranka unapred ne izjasni protiv čuvanja njegovih/njenih podataka. Oni koji se ne izjasne protiv toga, mogu zahtevati: dostavljanje liste ličnih podataka koje pravno lice ima o toj osobi, ispravljanje netačnih podataka ili njihovo ažuriranje, brisanje nekog ili svih ličnih podataka, dostavljanje liste kompanija ili lica kojima su njihovi lični podaci dostavljeni i ispitivanje pritužbe o postupanju sa prikupljenim ličnim podacima.

Biometrijski dokumenti

Uvođenje novih biometrijskih transportnih dokumenata i odgovarajućih sertifikata nameće potrebu izrade baze podataka svih pomoraca i brodara, ali i povezivanje sistema različitih lučkih kapetanija u jedinstven sistem, a prema zahtevima Konvencije 185.

Vođenje evidencije

Poslodavac mora voditi evidenciju dnevno odrađenih sati i razdoblja odmora svoje posade. Ta se evidencija mora čuvati na brodu do kraja referentnog razdoblja i redovno se proverava s članovima posade.[15] Svakom članu posade daje se kopija njegove evidencije koju overava zapovednik broda, ali i garantuje sigurnost baze od pristupa neovlašćenih lica. Poslodavac kopiju te evidencije treba da čuva najmanje godinu dana.

Zdravstveni pregledi i medicinski podaci

Pre zasnivanja radnog odnosa i početka rada na brodu, članovi posade prolaze preglede i dobijaju lekarsku potvrdu da su u zdravstvenom smislu sposobni za izvršavanje dužnosti. Lekarske potvrde posade vrede određeni period, pa se periodično obnavljaju.[16] Pored opštih ličnih podataka prikupljaju se i medicinski

žim članovima porodice, zdravstveni karton sa kartonom vakcinacija, podatke o vizama i bankarskim računima, evaluacije ranijih poslodavaca, podatke o primanjima i slično.

[15] U njoj se navode: ime plovila, ime radnika, ime odgovornog kapetana, datum, radni dan ili dan odmora, početak i kraj dnevnog radnog vremena ili vremena odmora.

[16] Potvrda važi najviše dve godine, a za članove posade mlađe od 18 godina, najduže do godinu dana. Potvrda o raspoznavanju boja može vredeti najviše šest godina.

podaci o izdavanju uverenja i o ograničenjima u vezi zdravstvenog stanja.[17] Medicinske podatke obrađuju medicinski radnici radi donošenja odluke o zdravstvenom stanju, a poslodavcima ili drugim zainteresovanim licima dostavlja se samo uverenje o sposobnosti za plovidbu ili potvrda invalidnosti sa određenim stepenom. Prikupljeni medicinski podaci se čuvaju 10 godina kako bi se medicinskim radnicima omogućio uvid u sve rezultate i raniju zdravstvenu istoriju pomorca.

Radiofrekvencijski signali

Obalske straže prikupljaju i zadržavaju lične podatke vezane za korišćenje radiofrekvencijskih signala.[18] Na taj način se lakše identifikuju osobe koje su u opasnosti i spasavaju životi. Aktiviranjem radiofrekfencijskih signala, službe spasavanja koriste informacije iz registra. Podaci se koriste sve dok je odašiljač aktivan, odnosno dok se ne ukloni sa plovila, zameni ili uništi. Postoji obaveza posedovanja i korišćenja EPIRB i ličnih lokatora za neke ribarske i sve trgovačke brodove na određenoj frekvenciji. Verifikovani podaci se dele sa svim službama uključenim u operacije spasavanja, ali i obalskim operaterima.

Izdavanje uverenja i sertifikata

Podaci se prikupljaju i kada se traži izdavanje uverenja da bi se ispunili standardi iz Konvencije o obuci, sertifikaciji i brodskoj straži (STCW) u vezi obuke zapovednika i posade broda i njihovog radnog vremena.[19] Mada se lični podaci prikupljaju radi izdavanja navedenih sertifikata i uverenja, mogu se koristiti i za istraživanje pritužbi ili nezgoda, poboljšanje rada službi ili rešavanje pravnih zahteva, sprečavanje zločina ili krivično i prekršajno gonjenje izvršilaca. Čuvaju se onoliko vremena koliko traje važenje izdatog uverenja. Ukoliko se zahtevi ne obnavljaju, konačno uklanjanje svih podataka je nakon 25 godina. Podaci se dele se državnim telima, vladama potpisnicama IMO konvencija, lučkim upravama i inspekcijama. Za razliku od toga, podaci vezani za finansijsko stanje ili pla-

[17] Osnov za to su odredbe Konvencije o radu pomoraca (MLC) iz 2006. godine, Konvencije o radu u ribarstvu br. 188 i Konvencije o obuci, sertifikaciji i brodskoj straži (STCW) iz 1978. godine.

[18] Oni obuhvataju lokator za hitne slučajeve (ELTs), lične lokatore (PLBs) koje nose i koriste fizička lica ili odašiljače, radio za hitne slučajeve (EPIRBs), pojednostavljeni snimači podataka o putovanju (S-VDRs) i sistem sigurnosnog upozorenja za brodove (SSAS) u skladu sa zahtevima Međunarodne pomorske organizacije (IMO) i Cospas-Sarsat zahteve.

[19] Sertifikata o kompetenciji (CoC), sertifikata ekvivalentne kompetencije (CEC), certifikacija rejtinga na palubi /motoru, sertifikata o rejtingu jahti, sertifikata ovlašćenja za rad (ATO), certifikata pomorca, elektrotehnički sertifikat i licence za upravljanje brodom (BML).

ćanje kreditnim karticama biće uništeni odmah po potvrđivanju uplate za izdavanje uverenja.

Upis u registar

Podaci se prikupljaju u vezi upisa broda u neki od registara.[20] Svi registri su javni i dostupni svim zainteresovanim licima.[21] Podaci prikupljeni radi upisa u registar čuvaju sve sve vreme upisa i uništavaju 7 godina nakon što je brod izbrisan iz registra, odnosno sve dok se ne isplati hipoteka koja je zasnovana na brodu.

Zahtevi za EU fondove

EU ima posebne fondove za pomorstvo i ribolov (EMFF) koji se koriste za poboljšanje sigurnosti opreme ili unapređenje i rekonstrukciju broda. Zahtevi se podnose na obrascima u kojim se navode ime broda, ime vlasnika broda i kontakt podaci vlasnika, kao i tačne izmene koje operater ribarskog broda planira. Ovi podaci se čuvaju u dosijeu broda sve dok brod postoji. Prikupljene informacije dostavljaju se na potvrdu nadležnim organima države u kojoj je brod registrovan (država zastave).

Obuka u oblasti pomorstva

Sličan postupak predviđen je u slučaju prijave za obuku u oblasti pomorstva koju organizuje i finansira država (SMarT) ali sprovodi neko pravno lice registrovano za obavljanje te delatnosti. U bazu podataka unose se podaci koji po karakteru nisu lični (broj pod kojim je podnosilac zahteva za obuku zaveden). Odvojeno se čuvaju podaci vezani za ličnost kao što su ime i prezime, uverenja o sposobnosti i broj ili kopija pasoša. Podaci se mogu koristiti samo radi provere ispravnog korišćenja fondova i pomoći po principu izbora slučajnog uzorka. Podaci se čuvaju 10 godina nakon poslednje isplate odobrenih sredstava, odnosno od momenta napuštanja programa i ne dele se sa trećim licima.

Pozivi u pomoć

Tokom akcije spašavanja po upućenom pozivu u pomoć, obalska straža će prikupiti određene lične podatke. Tako prikupljeni podaci dostavljaju se Centru

[20] To su: registar domaćih brodova, registar ribarskih brodova, registar malih brodova i registar stranih brodova koji se uzimaju u zakup.

[21] Registracija broda podrazumeva potvrdu vlasništva na brodu, ali i pravo da se vije zastava određene države i očekuje njena pravna zaštita, naročito na otvorenom moru prema UN Konvenciji o pravu mora ('UNCLOS'). U registru se čuva sva istorija vlasništva na brodu, kao i hipotekama koje može imati.

za istraživanje pomorskih nesreća ili drugim nadležnim telima Min. saobraćaja prema važećem zakonodavstvu. Neki podaci mogu biti dostavljeni partnerima u spašavanju kao što su policija i druge hitne službe. Podaci se prikupljaju u trenutku prijave incidenta i ažuriraju svaka 2 sata tokom akcije spašavanja. Dostavljaju se svim učesnicima u akciji. Takođe, postoji mogućnost dostavljanja podataka medijima isključivo uz saglasnost nosioca ličnog podatka. Svi prikupljeni podaci se čuvaju 10 godina.

Vađenje potonule stvari

U slučaju prijave potonule stvari, nadležne državne službe prikupljaju lične podatke kako bi se moglo postupiti u skladu sa zakonom koji reguliše vađenje potonulih stvari i utvrđivanja vlasništva nad njima. Prikupljene informacije se koriste radi tog postupka, ali i sprečavanja izvršenja krivičnih dela ili istragu u slučaju sumnje na postojanje prekršaja ili krivičnog dela. Podaci se uništavaju u roku 5 godina od prilaganja poslednjeg podneska, odnosno elektronskog unosa. Podaci o vlasnicima potonule stvari čuvaju se dok postoji vlasnički interes na toj stvari ako bi se naknadno pojavili delovi koji pripadaju potonuloj stvari na koju se polaže vlasničko pravo.

Uverenje o osiguranju ili drugom finansijskom obezbeđenju

Kada se podnese zahtev za izdavanje uverenja o osiguranju ili drugom finansijskom obezbeđenju u skladu sa konvencijama Međunarodne pomorske organizacije (IMO) kojim se zahteva potvrda o postojanju obaveznog osiguranja plovila, pribavljaju se određeni lični podaci i čuvaju 7 godina. U zavisnosti od načina izdavanja uverenja, prikupljaće se različiti lični podaci.[22]

Baze podataka o napuštenim pomorcima i finansijskom obezbeđenju

Izmene i dopune Konvencije o radu pomoraca predvidele su uspostavljanje baze podataka o napuštenim pomorcima i finansijskim osiguranjima koja im stoje na raspolaganju u slučaju napuštanja.[23]

[22] Ukoliko se zahteva dostavljanje putem pošte ili kurirske službe, potrebni podaci su ime i prezime, adresa isporuke, kontakt telefon i elektronska adresa i oni se dostavljaju ovlašćenoj kurirskoj službi odnosno državnoj poštanskoj službi. Za elektronsku dostavu prikupljaće se ime i prezime, kontakt telefon i adresa elektronske pošte.

[23] Baza podataka uspostavljena je u januaru 2017. godine, a odnosi se na slučajeve napuštanja od 2006. godine.

Korišćenje globalnog sistema pozicioniranja (GMDSS)

Prijavom za korišćenje Globalnog sistema pozicioniranja (GMDSS) prikupljaju se lični podaci za radio-operatere i drugo osoblje određeno za komunikaciju u slučaju nezgode ili nesreće prema poglavlju IV Međunarodne konvencije o zaštiti života na moru (SOLAS) iz 1974. i Konvencija STCW iz 1978. godine. Korišćenje ovog sistema podrazumeva naplatu naknade, predglede sistema, potvrde kursa i slično. Postoji nekoliko uverenja koja se tim povodom izdaju i za koje se prikupljaju lični podaci.[24] Prijavni obrasci za izdavanje uverenja u kojim se nalaze lični podaci čuvaju se godinu dana od dana podnošenja i nakon toga se uništavaju. Elektronski podaci se čuvaju sve vreme važenja uverenja, odnosno u roku 25 godina od kad je uverenje izdato prvi put ako nije produžavano. Nakon završetka obuke i polaganja ispita, prijava se arhivira. Podaci se ne dele ni sa kim.

Video nadzor u lukama

Obalske straže, lučke uprave i drugi državni organi imaju pravo da postave kamere za video nadzor kojima kontrolišu bezbednost osoblja ili movine na području pod svojom nadležnosti. Snima se unutar zgrada ili oko njih ili se mogu postaviti spoljne kamere kojima se kontrolišu prilazi ili ograđeni prostor. Snimci se čuvaju 30 dana i ne dele se ni sa kim, osim sa policijom u posebnim slučajevima.

ZAŠTITA PODATAKA U REPUBLICI SRBIJI

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije primenjuju se na svaku automatizovanu obradu, kao i na obradu sadržanu u zbirci podatka koja se ne vodi automatizovano, s ciljem da se, u vezi sa obradom podataka o ličnosti, svakom fizičkom licu obezbedi ostvarivanje i zaštita prava na privatnost i ostalih prava i sloboda.[25] Zakonom se uređuju uslovi za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti, prava lica i zaštita prava lica čiji se podaci prikupljaju i obrađuju, ograničenja zaštite podataka o ličnosti, postupak pred nadležnim organom za zaštitu podataka o ličnosti, obezbeđenje podataka, evidencija, iznošenje podataka iz Re-

[24] To su: GMDSS sertifikat generalnih operatera (GOC), GMDSS sertifikat ograničenih operatera (ROC), GMDSS sertifikat velikog dometa (LRC), GMDSS sertifikat za satelitski modul dugog dometa, GMDSS konverzija, Sertifikat za održavanje elektronske navigacione opreme, GMDSS sertifikat o održavanju radija.

[25] Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009.

publike Srbije i nadzor nad izvršavanjem ovog zakona. Poslove nadzora nad zaštitom podataka o ličnosti obavlja Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, kao samostalan državni organ, nezavisan u vršenju svoje nadležnosti. Podaci se mogu obrađivati samo na osnovu slobodno datog pristanka lica, osim kada zakonom nije dozvoljena obrada ni uz pristanak. Član 12. Zakona predviđa u kojim slučajevima je obrada bez pristanka dozvoljena i ovi slučajevi su isti kao oni navedeni u međunarodnim instrumentima. Naš zakonodavac je u članu 16. listu osetljivih podataka dopunio podacima o primanju socijalne pomoći i položaju žrtve nasilja. Pored navedenog u Srbiji je usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o pomorskoj plovidbi, predviđena zaštita ličnih podataka putnika na domaćem putničkom brodu.[26] Nažalost, Republika Srbija nije ratifikovala Konvenciju o identifikacionim dokumentima MOR br.185 kojom se garantuje visok stepen zaštite ličnih podataka i sistem njihove zaštite, uz istovremeno olakšano kretanje posade broda. S druge strane, kompletno domaće zakonodavstvo trebalo bi da bude usaglašeno sa Opštom uredbom o zaštiti ličnih podataka, čime će radnici u lukama i posada brodova dobiti posredno veći stepen zaštite.

ZAKLJUČAK

Prekogranični tok ličnih podataka potreban je radi širenja međunarodne trgovine i usluga. Zaštita pojedinaca zajemčena međunarodnim sporazumima ne sprečava prenos ličnih podataka trećim zemljama koje osiguravaju odgovarajući nivo zaštite, ali se taj nivo zaštite treba proceniti zavisno od svih okolnosti oko prenosa i nametnuti sankcije bilo kojoj osobi, koja se ne pridržava nacionalnih mera. Najstrože je zabranjeno ustupanje ili prodaja ličnih podataka trećoj strani uz izuzetak angažovanja stručnog trećeg lica koje je specijalizovano za obradu prikupljenih podataka. Pristupom određenoj veb stranici, svako fizičko lice automatski ostavlja određene podatke koje administratori stranice imaju pravo da koriste i analiziraju.[27]

Izuzeci su predviđeni kada je obrada podataka potrebna u svrhe preventivne medicine, medicinske dijagnoze, zdravstvene zaštite ili tretmana ili upravljanja zdravstvenim službama, te kada te podatke obrađuje zdravstveni radnik koji

[26] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o pomorskoj plovidbi, *Službeni glasnik RS,* br. 87/11 i 104/13, član 12. stav 5: "Lični podaci o putnicima na domaćem putničkom brodu, koji isplovljava iz luke polazišta koja se nalazi u jednoj državi članici Evropske unije i na putu je ka luci odredišta koja se nalazi u drugoj državi članici Evropske unije, čuvaju se u skladu sa potrebama traganja i spasavanja, kao i sprovođenja postupka istraživanja pomorske nesreće ili pomorske nezgode."

[27] To su: internet domen i IP adresa, tip pretraživača koji koriste, operativni sistem, tačno vreme pristupa stranici, stranice koje su posećivane.

na osnovu nacionalnog zakonodavstva ili propisa koje utvrde nacionalna nadležna tela podleže obavezi čuvanja profesionalne tajne ili druga osoba koja podleže obavezi čuvanja tajne. Obrada podataka koji se odnose na krivična dela, krivične osude ili mere bezbednosti mogu se izvršiti jedino pod kontrolom službenog tela. Uslove pod kojima se obrađuje nacionalni identifikacioni broj ili bilo koji drugi način identifikacije opšteg zahteva utvrđuju države. Neophodno je redovno usaglašavanje nacionalnih pravila sa međunarodnim sporazumima. Pored državnih organa, ulogu u tome imaju i trgovinska udruženja i druga tela koja zastupaju kontrolore.

Članovi posade broda uživaju posebnu zaštitu zbog svih specifičnosti svog položaja. Uvođenjem biometrijskih dokumenata u pomorstvu, izazovi za zaštitu ličnih podataka su veći, kao i koristi za ova lica u svakodnevnom životu. Pored primene prava države čiju zastavu brod vije (*Flag State Law*) i pravila "zastave luke" (*Port State Law*), te zaštite DKP matične države, članove posade štiti i niz međunarodnih akata univerzalnog ili regionalnog karaktera. Stupanjem na snagu Opšte uredbe za zaštitu podataka EU značajne izmene i sveobuhvatniji pristup problemu koji se vazuje za razvoj informacionih tehnologija menja postojeće nacionalne propise u ovoj oblasti. Prava pojedinaca na zaštitu ličnih podataka su osnažena, a obaveze za pravna lica koja se bave njihovim prikupljanjem i obradom pooštrene sa značajno višim kaznama. Prvi put i pravna lica koja prikupljaju podatke i oni koji ih obrađuju imaju odgovornost, čime se obuhvataju i računarstvo u oblacima, odnosno 'clouds'.[28] Za pomorce i brodare ovaj dokument je posebno značajan jer se odnosi na lične podatke svih građana EU bez obzira na sedište kompanije, čime se njena primena širi.

Podatke o brodovima, brodovlasnicima, brodarskim agentima i lične podatke pomoraca prikupljaju i lučke kapetanije i obalske straže različitih država. Za sve državne organe važi obaveza poštovanja Opšte uredbe o ličnim podacima Evropske unije. Zbog toga se u ovim organima najčešće imenuje oficir za zaštitu ličnih prava koji kontroliše rad zasebnih jedinica i stara se o poštovanju svih obaveza u vezi zaštite ličnih podataka.

[28] Računarstvo u oblaku (Cloud computing) oslanja se na deljenje resursa preko mreže. Krajnji korisnici pristupaju aplikacijama u oblaku preko veb pregledača ili aplikacije na mobilnom telefonu, dok se softver i korisnički podaci nalaze na serverima na udaljenoj lokaciji. Postoje tri osnovna tipa računarstva u oblaku: softver kao usluga (Software as a Service), platforma kao usluga (Platform as a Service) i infrastruktura kao usluga (Infrastructure as a Service). Prednosti računarskog oblaka je da se aplikacije podižu i koriste mnogo brže, sa boljom kontrolom i manje održavanja, što omogućava efikasnije poslovanje. Postoje javni oblak, privatni oblak, zajednički oblak i hibridni oblak (povezuju javne i privatne modele oblaka).

Takođe, ovo lice može objasniti razloge i načine prikupljanja i obrade podataka svakom pojedincu. Lični podaci će se prikupljati i obrađivati kada za to postoji saglasnost osobe o čijim se pravima radi ili je to potrebno radi zaštite nečijeg vitalnog interesa ili ostvarenje zakonom garantovanog prava ili ugovorne obaveze ili za obavljanje javne dužnosti ili zadatka. U zavisnosti od osnova za prikupljanje ličnih podataka određuje se obim zaštite tokom obrade. Posebna dozvola se traži za prikupljanje, obradu ili prenos podataka koji će se koristiti u svrhe direktnog marketinga, naučne, istorijske ili statističke svrhe. S druge strane, deljenje podataka radi otkrivanja ili sprečavanja izvršenja krivičnog dela ili anonimno urađene statistike ne podleže obavezi najave i traženja prethodne saglasnosti subjekta ličnih podataka. Isto važi za deo prikupljenih podataka koji se odlaže u nacionalne arhive. U svakom momentu može se sprovesti kontrola rizika po zaštitu ličnih podataka u pogledu korišćenja novih tehnologija. Oficiri za zaštitu ličnih podataka sarađuju sa nacionalnim institucijama za zaštitu ličnih podataka. Opasnost po lične podatke predstavljaju neovlašćeno korišćenje ili pristup ličnim podacima, gubitak, uništenje ili oštećenje podataka. Iz tog razloga osoblje koje dolazi u kontakt sa ličnim podacima prolazi posebnu obuku. Tehnička zaštita podataka znači da pravno lice mora preduzeti sve potrebne tehničke i organizacione mere za provođenje načela zaštite podataka i zaštitite prava pojedinaca. Integrisana zaštita podataka znači da bi osnovna postavka trebalo biti ona kojom se najviše štiti privatnost.

IRIS BJELICA VLAJIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, High Ship School
of Academic Studies in Belgrade

PROTECTION OF SHIP CREWS' PERSONAL DATA

Summary

The workplace and conditions for the life and work of the crew of the ship influence the issues related to the protection of their personal data. Various stakeholders take different piecies of information necessary for: hiring and transfer to the vessel, fulfillment of legal conditions for the validity of a labor contract, opening of bank accounts or other legal obligations, protection of vital interests of seafarers or third parties, interests of the company etc. Being an extremely vulnerable cathegory, memebers of the ship crews enjoy several levels of protection that helps avoiding possible conflict of jurisdiction. Personal data of seafarers can be used for medical and health purposes, purposes of statistical analysis, personalization of a particular service or association with trade uni-

on organizations or associations. Due to the sensitivity of personal data, it is very important to establish technical and administrative mechanisms for their storage and to prevent unauthorized access to stored data. Only persons with business interests can get access to personal data. Data obtained from the media or from social networks are not subject to restrictions. Since the EU General Regulation on Data Protection has been applied new standards had been set in the protection of personal data.

Key words: ship crew, personal data, EU General Regulation on Data Protection

ŠESTA KATEDRA

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU

SAŠA BOVAN,
MARIJA JAKOVLJEVIĆ

TEORIJA IZJEDNAČAVANJA K. ENGIŠA I A. KAUFMANA KAO PARADIGMA UMNOSTI PRAVNIČKOG RASUĐIVANJA I ODLUČIVANJA

U ovom radu se razmatraju epistemološki potencijali teorije izjednačavanja K. Engiša i A. Kaufmana na temu prirode juristićkog rasuđivanja. Ključni razlog preduzimanja ovog poduhvata jeste aktuelnost njihovog pristupa kada se uporedi sa pokušajima rešavanja ovog pitanje koja nude neka savremena gledišta. Osim toga, u kontekstu jedne sociološke teorije tumačenja prava koju smo formulisali u seriji ranijih radova, teorija izjednačavanja, po nama, u najvećoj mogućoj meri korespondira sa jednim takvim stanovištem, s tim što predstavlja primer jednog ipak neosvešćenog sociologizma u razmatranju ove materije.

Ključne reči: *pravna hermeneutika, subjektivna i objektivna teorija tumačenja prava, teorija izjednačavanja K. Engiša i A. Kaufmana, sociološka teorija pravnog rasuđivanja*

U V O D

Na nekoliko poslednjih učešća na stručnim skupovima i diskusijama povodom pojedinih aktualnih tema u oblasti teorije prava nekako se kao lajt motiv provlačilo uverenje da se klasična pravna literatura neumitno i neopravdano, i sasvim nerazumno, potiskuje i zanemaruje. U tom kontekstu, skloni smo zaključku

---

Dr Saša Bovan, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Marija Jakovljević, asistent Akademije poslovnih strukovnih studija u Beogradu. Ovaj rad je deo istraživačkog projekta "Identitetski preobražaj Srbije" Pravnog fakulteta u Beogradu.

da je možda u oblasti jurističke hermeneutike, tj. teorije pravnog rasuđivanja ovaj trend ponajviše izražen. Dodatno, čini se da na težini dobijaju autori za čije se radove, osim izvesnih terminoloških inovacija, ne može reći da predstavljaju prodor u ovoj materiji. Kao dokaz za ovu konstataciju služi nam pre svega činjenica da spor između subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava ostaje i dalje otvoren, pogotovo na temu međusobnog odnosa i pouzdanosti postojećih kanona tumačenja prava, te na temu logičke prirode jurističkog zaključka. U odnosu na prvo pitanje kao zajednički imenitelj obe ove teorije iskrsava njihova pretenzija na objektivnost, iza čega zapravo otkrivamo krajnju nepouzdanost kriterijuma tumačenja prava jer se, imajući u vidu teškoće sa kojima se susreće pravna interpretacija, i volja zakonodavca i volja zakona ispostavljaju kao najobičnije fikcije. U odnosu na drugo pitanje svedoci smo upornih pokušaja da se opravda i obrazloži silogističko zaključivanje (modus barbara) kao lgički model sudijskog rasuđivanja.

U ranijim radovima u oblasti pravne hermeneutike više puta i u različitom kontekstu smo se izjašnjavali na ove teme. Kako se ne bismo ponavljali, i sasvim kratko, osvrnućemo se u ovom uvodu na dva autora čiji je opus paradigmatičan u izloženom pravcu. To su R. Aleksi i A. Barak, koje ne treba posebno predstavljati s obzirom na njihovu reputaciju u stručnoj javnosti.

R. Aleksi je, prema izloženom, dosledni zagovornik silogistike, logičku strukturu pravnog zaključka razmatra kroz model internog i eksternog opravdanja presude.[1] Interno opravdanje presude odnosi se na ispravno izvođenje zaključka iz premisa, dok se eksterno opravdanje presude odnosi na pitanje ispravnosti samih premisa.[2] Aleksi se fokusira na interno opravdanje presude polazeći od toga da logički valjana presuda nije garant ispravne presude, ali da je nužan uslov njene ispravnosti. U tom smislu, Aleksi interno opravdanje presude označava kao pravila i forme formalne pravednosti.[3] Ipak, i sam Aleksi uviđa da logička (silogistička) valjanost presude omogućava samo da se jasno prepoznaju i formulišu premise presude.[4] U kritici Aleksijevog pristupa najdosledniji je bio U. Nojman koji je pokazao da silogistika u krajnjoj liniji nije garant ispravnosti presude (pravnog zaključka).[5]

Kada se radi o kanonima tumačenja prava, Aleksi kao prvo daje primat objektivno-teleološkom tumačenju koje on naziva opšte praktičkim ili supstanci-

[1] Robert Aleksi, *Teorija pravne argumentacije*, Zagreb 2015, 218–228.

[2] *Ibidem,* 218.

[3] *Ibidem,* 224.

[4] *Ibidem,* 226.

[5] Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, 19–28.

jalnim argumentom.[6] Izvestan doprinos ovoj problematici, ali nikako presudan i bitan, Aleksi daje podelom opštih praktičkih argumenata na teleološke i deontološke argumente, gde se prvim tumačenje posmatra sa stanovišta posledica koje će proizvesti u stvarnosti, a drugi podrazumeva tumačenje pravne norme koje ima za cilj dolaženje do ispravne (pravedne) presude nezavisno od toga kakve će ona posledice proizvesti.[7]

A. Barak pokušava da reši problem subjektivnosti / objektivnosti pravnog rasuđivanja zagovaranjem jedne mešovite teorije pravne argumentacije, gde se zapravo prepliću istorijsko i ciljno tumačenje,[8] ali njegov pokušaj u tom smislu ne donosi ništa novo pravnoj hermeneutici s obzirom da većina teorija pravnog tumačenja ima mešoviti karakter.[9] On inače i proces tumačenja prava konačno određuje, sasvim neinventivno, kao izbor jednog od mogućih semantičkih značenja teksta,[10] a na temu logičke strukture pravnog rasuđivanja zastupa klasično gledište o deduktivnoj (silogističkoj) strukturi tog postupka, doduše indirektno, favorizovanjem ciljnog tumačenja koje podrazumeva hipostaziranje velike premise juristčkog zaključka.

U svakom slučaju, a imajući u vidu sve moguće sporove između objektivne i subjktivne teorije tumačenja prava (spor oko pouzdanosti pojedinih kanona tumačenja, spor o granicama sudijske kreativnosti, spor oko same definicije tumačenja prava itd.), smatramo da je razmatranje logičkog odnosa između velike i male premise juristčkog zaključka uvek početna i zajednička tačka u diskutovanju i razrešavanju tih spotova. Tada se kao nezaobilazna literatura na ovu temu nameću radovi K. Engiša i A. Kaufmana, prvo zbog pokušaja uspostavljanja jedne fine ravnoteže u posmatranju odnosa između velike i male premise pravnog rezonovanja, a drugo stoga što njihova teorija izjednačavanja sadrži elemente jednog sociološkog pristupa ovoj problematici. Sveukupno, a prema opštoj temi ovogodišnjih kopaoničkih susreta, teorije izjednačavanja ovih autora, s obzirom na epistemološki potencijal koji nose zaslužuju da se detaljnije obrade i to baš obavijene plaštom jedne naglašene umnosti.

---

[6] Robert Alexy, "Juristische Interpretation", *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (Hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 88.

[7] *Ibidem*, 89.

[8] Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton–Oxford 2005, 89, 152–153.

[9] O odnosu subjektivne i objektivne teorije tumačenja prava informativno i ubedljivo kod. Gerhard Hassold, "Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung", *Ztchr. for Zivilproces* 2/1981, 196–214.

[10] A. Barak, 91.

U tom smislu, i kao polazna osnova za razmatranje Engišove i Kaufmanove teorije izjednačavanja, poslužiće nam zaključak koji smo izveli u seriji ranijih radova na ovu temu gde se kaže da aksiomatizacija, tj. favorizovanje velike premise juristićkog rasuđivanja (i u subjektivnim i u objektivnim teorijama tumačenja prava) dovodi do aksiologizacije male premise pravnog rezonovanja kada se zapravo problematika prirode juristićkog zaključka razmatra pod hipotekom jedne teleološke i jedne silogistićke fikcije,. Konačna posledica svega toga ispoljava se kao jedna pravnohermeneutička samoobmana jer teoriji pravnog rasuđivanja izmiče postupak tumačenja i primene prava onako kako se on zaista odigrava u sudnici.

TEORIJA IZJEDNAČAVANJA KARLA ENGIŠA

Engišov pristup problemu pravničkog načina razmišljanja (juristische denken) je realistićan i pragmatićan. Izloženi problem on posmatra polazeći od pitanja na koji način dovesti u vezu život i zakon.[11] Engiš odmah ukazuje na delikatnost ovog nauma s obzirom da se povezivanje činjenica i prava odvija preko posrednika, tj. preko sudova i drugih državnih institucija.[12]

Realizam, pragmatizam i prakseološka usmerenost Engišove teorije pravnog rasuđivanja podrazumeva, kao prvo, rezerve prema silogistici, tj. prema formalnoj (deduktivnoj) logici u postupku tumačenja i primene prava. Naime, ovaj autor smatra opravdanim sumnje u pouzdanost silogistićkog pristupa već samim tim što u postupku primene prava silogistika u sebi krije logićku grešku s obzirom da se činjenice slućaja (mala premisa) podvode pod izvestan pojam što je logićki nedopustivo jer činjenice i zakon (velika premisa) imaju različit ontološki status (različitu kategorijalnu pripadnost), tj. s obzirom da se pod jedan pojam može podvoditi samo neki drugi pojam a ne i činjenice.[13]

Neophodno je istaći da K. Engiš problem logićke prirode pravničkog rasuđivanja posmatra u dva koraka. U prvom, on razmatra odnos činjeničnih i pravnih pitanja nezavisno od njihovog logićkog odnosa. U drugom koraku, on odnos male i velike premise juristićkog zaključka posmatra kao subsumciju, ali osporava silogistićku prirodu tog postupka, već je smatra jednim oblikom analogije.

Kada se radi o odnosu činjeničnih i pravnih pitanja posebno je interesantno da Engiš pridaje veći značaj maloj nego velikoj premisi pravnog zaključka, za

[11] Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1956, 44.

[12] *Ibidem*.

[13] Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg 1963, 22–23. K. Engisch, *Einführung in das jutistischen Denken*, 56.

razliku od većeg dela logičke literature koja postupa suprotno. Međutim, najinteresantnije je to što ovaj autor malu premisu posmatra kroz jednu sociološku optiku, na sličan način na koji se postupa u ovom radu, tj. u okviru sociološke teorije tumačenja prava koju smo formulisali u više ranijih radova. Kada se radi o prirodi, tj. strukturi male premise Engiš kaže da "čisto logički uzevši, konstatovanje činjenica u sudskom postupku je blisko srodno istorijskom konstatovanju činjenica. Kao što istoričar na osnovu raspoloživih izvora konstatuje istorijske činjenice, tako se u sudskom procesu na osnovu izjava samog optuženog, u koje spada i moguće priznanje, i uz pomoć tzv. dokaza, a naime očiglednih objekata, dokumenata, svedoka i veštaka, zaključuju pravno relevantne činjenice. Kao činjenice ćemo smatrati: prostorno-vremenski ili samo vremenski u prošlosti odeđene događaje, okolnosti, predmete i karakteristike, koje spadaju u spoljne ili unutrašnje opažanje i regulisano je prirodnim zakonima".[14] (*Rein logisch fahren nahe verwandt der historischen Tatsachenfeststellung. Wie der Historiker auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Quellen geschuchtliche Tatsachen ermittelt, so werden im gerichtlichen Prozess auf Grund der Erklärungen des Angeklagten selbst, zu denen auch ein erwaiges Geständnis gehört, und mit Hilfe der sog. Beweismittel, nämlich der Augenscheinsobjekte, Urkunden, Zeugen und Sachverständigen, rechtserhebliche Tatsachen erschlossen. Als Tatsachen wollen wir dabei ansehen: in der Vergangenheit liegende raum – zeitlich oder auch nur zeitlich bestimmte Ereignisse, Zustände, Verhältnisse, Gegenstände und Beschaffenheiten, die der äusseren und inneren Wahrnehmungswelt zugehären, und naturgesetzlich geordnet sind.*)

U ovom citatu koji gotovo u poslednju reč pogađa neke naše misli i ideje na ovu temu praktično se postiže istovetnost onda kada se reč "istorijski" kod Engiša zameni rečju "sociološki" koju mi koristimo i koja više pogađa prirodu male premise. Ovde zapravo kod Engiša konstatujemo jedan neosvešćeni sociologizam, što je i logično s obzirom na vreme nastanka njegovih radova, kada je sociološki pristup u teoriji tumačenja prava bio jeretička zamisao.

Sociološki pristup u razmatranju prirode male premise kod Engiša ipak ne predstavlja ništa spektakularno u teorijskom smislu. Naprosto, kako posmatrati činjenice realnosti, svakodnevnog života, drugačije nego kroz jednu iskustvenu optiku. Međutim, sociološki pristup ovoj problematici dolazi do izražaja ne samo kada se radi o pojmovnom određenju činjeničnih pitanja u sudskom postupku već i kada razmišlja o tretmanu činjeničnih pitanja. Naime, baš kao i u našem pristupu, Engiš problematiku male premise posmatra ne samo kroz utvrđivanje i kvalifikaciju činjenica, već i kroz njihovo objašnjenje koje se umeće između utvr-

[14] K. Engisch, *Einfüfrung in das juristische Denken*, 50–51.

đivanja i kvalifikacije činjenica. On neprestano ukazuje na "neophodnost "misaone obrade opažajnog materijala" (*Verarbeitung des Wahrnehmungsmaterials*),[15] koja podrazumeva primenu iskustvenih pravila na temelju kojih se donose zaključci o uzročno-posledičnim odnosima, odnosno kada konstatovanje posledica podrazumeva i traganje za njihovim razlozima.[16] Evo jedne tipične Engišove izjave u tom smislu: "Ako neko stanje stvari treba da bude prihvaćeno kao uzrok ili posledica određenih indicija, mora da bude usklađeno sa svim poznatim okolnostima i mora kao uzrok tj. posledica koja u celosti objašnjava okolnosti, da se prirodno uklopi u celinu događaja. Mora da odgovara kao ključ i da stvori put za pojašnjenje" (*Wenn der zu erweisende Sachverhalt als Ursache oder Wirkung bestimmter Indiziendargetan werden soll, so muss er seinerseits mit allen bekannten Umständen harmonieren, er muss sich ungezwungen als eine diegesamten Umstände vollständig erklärendeUrsatsche bzw. Wirkung in den Zusammenhang der Begebenheiten einordnen lassen. Er muss wie ein Schlüssel passen und den Weg zur Aufklärung freimachen.*)[17]

Na ovom mestu treba ukazati da je Engiševa diskusija o odnosu činjeničnih i pravnih pitanja plodotvorna i inspirativna onda kada se bavi prirodom i tretmanom male premise u postupku pravničkog rasuđivanja i odlučivanja. Tim pre što njegovi stavovi u velikoj meri korespondiraju sa sociološkom teorijom tumačenja prava koju promišljamo i gradimo već godinama. Međutim, treba reći da u konačnici rasprave o odnosu činjeničnih i pravnih pitanja Engiš pokazuje jedno epistemološko posustajanje. Naime, on zagovara stav da je u principu i u najvećem broju slučajeva moguće jasno razgraničiti gde prestaju činjenična a nastaju pravna pitanja.[18] Ipak, njegovi stavovi na ovu temu nemaju veliki teorijski potencijal, tim pre što u dva najvažnija dela na ovu temu, koja smo koristili u radu, osim nepotrebno velikog broja primera i beskrajnih ponavljanja jednih te istih stavova,[19] nema kvalitativnih pomaka u odnosu na autore koji zastupaju iste ili slične ideje na ovu temu. Naprosto, čitava njegova diskusija se može svesti na poziciju prema kojoj su "konstatovanje činjenica i subsumcija strogo razdvojeni postupci. Konstatovanje se bavi egzistencijom stvarnih objekata, čije se postojanje ustanovljava na osnovu opažanja. Subsumcija se bavi poistovećivanjem konkret-

[15] K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 82.

[16] *Ibidem,* 73.

[17] *Ibidem,* 77.

[18] *Ibidem*, 83-84.

[19] *Ibidem,* 86–120. K. Engisch, *Einführung in das juristische denken*, 53–63.

nog slučaja sa slučajevima koji su obuhvaćeni zakonom, na osnovu vrednovanja, procene i iskustva" (*Tatsachenfeststellung und Subsumption sind begrifflich streng geschieden. Jene hat es mit der Exkjiloistenz von "wirklichkeitsartigen" Gegenstandenzu tun, deren Vorhandenseinletztlich auf Grund fon Wahrnehmungen festgestellt wird. Die Subsumption dreht sich dagegen um die Gleichsetzung des konkreten falles mit den vom gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fallen auf Grund von Wertung oder Erfahrung*).)[20]

Međutim, ono što je dragoceno kod Engiša kada razmatra problem jurističke subsumcije, čime prema strukturi ovog rada dolazimo do drugog koraka u razmatranju njegove teorije pravničkog rasuđivanja, staje u dve konstatacije. Prva, koja se odnosi na osnov subsumcije, demantuje uobičajeno shvatanje da subsumcija predstavlja konstatovanje (otkrivanje) istovetnosti konkretnog činjeničnog stanja sa apstraktnim činjeničnim stanjem formulisanim u velikoj (zakonskoj) premisi.[21] Engiš zapravo brani stav da se poređenje u subsumciji može vršiti samo između manje ili više konkretnih slučajeva ali ne i sa apstraktnim slučajevima.[22] Iz ovog pristupa sledi druga konstatacija, odnosno konačni zaključak koji Engiš izvodi u pogledu prirode subsumcije kojom barataju pravnici gde se ne prihvata silogistička priroda te subsumcije. To se najbolje vidi iz terminologije koju ovaj autor koristi kada izričito odbija da odnos male i velike premise jurističkog zaključka obuhvati pojmom "podvođenja". Naime, Engiš koristi čitavu lepezu sinonima za izražavanje ovog odnosa kao što su: poistovećivanje (*Gleichsetzung*), podređivanje (*Einordnung)*, upoređivanje (*Vergleiche)*, dodeljivanje (*Zuordnung*), itd.[23] Time on želi reći da je pravnička subsumcija zapravo poređenje i pridodavanje nekog konkretnog slučaja određenoj klasi slučajeva koji su označeni i određeni apstraktnim činjeničnim stanjem u velikoj (zakonskoj) premisi.[24]

Sve ovo konačno znači da K. Engiš odnos velike i male premise jurističkog zaključka posmatra pre kao oblik analogije a nikako kao silogistički odnos (modus barbara). Doduše, mora se reći da on nikada nije logiku pravničkog rezonovanja označio kao analogiju. I to bi tada bila jeretička zamisao. U tom pravcu, a polazeći od Engišovih ideja (mada to nikada nije voleo da prizna), nije se ustručavao A. Kaufman koji je insistirao na tome da logička priroda sudijskog odlučivanja počiva na analogiji.

---

[20] K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 113.

[21] *Ibidem,* 26.

[22] *Ibidem.*

[23] *Ibidem,* 89, 90, 94, 100.

[24] K. Engisch, *Einführung in das juristischen Denken*, 56.

TEORIJA IZJEDNAČAVANJA ARTURA KAUFMANA

Upravo izrečen stav o Kaufmanovoj teoriji izjednačavanja nedvosmisleno proističe iz onoga što je on sam izrekao na ovu temu. U tom pravcu, u njegovom ključnom delu koje obrađuje logičku prirodu pravničkog rasuđivanja, u najvažnijem odeljku (III odeljak), ističe se tvrdnja da je pravo "prožimanje" onoga što treba da bude i onoga što jeste (*Recht als Entsprechung von Sollen und Sein*).[25] Pozivajući se na velika imena filozofije kako bi potvrdio svoju tezu (Hajdeger, Hegel itd.), on ističe prolegomenu svoje teorije izjednačavanja koja glasi: "Pravo je prožimanje trebanja i stvarnog, što znači da trebanje i stvarno u pravu nisu niti identični niti različiti, već su analogno (prožimajući se) povezani – dakle, da je stvarnost prava zasnovana u jednoj analogiji i da je zbog toga pravna spoznaja uvek i analogna spoznaja" (*Mit unserer Bestimmung: Recht ist die entsprechung von Sollen und Sein, ist mithin gesagt, dass Sollen und Sein im Recht weder ident noch different, sonder analog (: entsprechung) verbunden sind – ist gesagt, dass die Wirklichkeit des Rechts selbst in einer Analogie gründet und dass demzufolge Rechtserkenntnis immer analogische Erkenntnis ist.)*[26]

Inače, Kaufman je svestan da je njegov pristup radikalno suprotan važećoj, silogističkoj teoriji pravnog rasuđivanja, ali se u odbrani svoje teze poziva na čitavu plejadu autora, od antike pa do današnjih dana, koji ukazuju na velike intelektualne i konačno teorijske potencijale analogije.[27]

U nastavku knjige, Kaufman detaljno razrađuje ideju o analoškom karakteru postupka pravnog rasuđivanja i primene prava. U tom pravcu, zapravo, on pojašnjava termin "prožimanja" (*Entsprechung*), koji kod njega ima ontološku funkciju i logičku prirodu (u smislu da je sinonim za analogiju). Kaufman tada, u prvom koraku, iznosi listu sinonima kojima se precizira "prožimanje" stvarnosti i norme, a to su kod njega pre svega termini ujednačavanje (*Angleichung)* i asimilacija (*Assimilation*) između životnih činjenica i norme.[28] U drugom koraku, ovaj autor objašnjava šta konkretno podrazumeva pod prožimanjem (ujednačavanjem, asimilacijom, poistovećivanjem) stvarnosti i zakona. Za njega je to jedan reverzibilan proces, tj. postupak gde se činjenice slučaja upoređuju sa opisom či-

[25] Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Heildeberg 1982, 18.

[26] *Ibidem,* 19.

[27] *Ibidem,* 20–28. U tom pravcu pominjemo naročito E. Erliha i njegove ideje po ovom pitanju, koje su čini se, bile naročito inspirativne za Kaufmana. Videti: Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen 1925.

[28] A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 38.

njenica iz zakonske norme, i istovremeno, kada se činjenični opis iz zakona upodobljava činjenicama koje pripadaju nekom slučaju koji se našao pred sudijom.[29]

U opisu i objašnjenju Kaufmanove formule pravnog rasuđivanja, tj. tumačenja i primene prava odabrali smo dve reči koje su u isto vreme sinonim i najbolje oslikavaju proces sudijskog rezonovanja onako kako se on zaista odvija u sudnici. To su reči: "upoređivanje" i "upodobljavanje". Čini se da ove reči više odgovaraju duhu našeg jezika, te da su manje metaforične nego one Kaufmanove (ujednačavanje, prožimanje, poistovećivanje). Osim toga, semantika i lingvistička pragmatika ove dve reči (upoređivanje, upodobljavanje) je takva da jasno asocira na logički postupak analogije. Doduše, treba reći da Kaufman koristi vrlo često termin koji je u duhu onih koji su ovde predloženi za izražavanje odnosa između male i velike premise, a to je reč prilagođavanje (*Angleichung*).[30] Najzad, i u isto vreme kao još jedan primer Kaufmanove formule pravnog rasuđivanja, evo citata gde se odnos životnih činjenica i norme posmatra kroz termin "ogledanje" (*Wiedererkennen*). On kaže: "Ovde se svuda, mada različitim rečima, govori da se ne može izolovano pronaći ni prva premisa ni druga premisa tzv. pravnog zaključka, i da zato ostvarivanje prava nikad nije samo jedan logički silogizam, već jedno uporedno posezanje iz oblasti Trebanja u oblast Postojanja, jedno ogledanje norme u činjenicama i činjenica u normi." (*Hier wird überall, wenn auch mit unterschiedlichen Worten, zum Ausdruck gebracht, dass man weder den "Obersatz" noch den "Untersatz" des sog. juristischen Schlusses isoliert je für sich ermitteln kann, dass darum Rechtsfindung nie einfach nur ein logischer Syllogismus ist, sondern ein Hand in Hand gehendes Hinübertasten vom Bereich des Seins in den Bereich des Sollens und vom Bereich des Sollens in den Bereich des Seins, ein Wiedererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhalts in der Norm.*)[31]

Inače, ne treba ni reći da se potpuno slažemo sa Engišom i Kaufmanom da subsumciju između male i velike premise u postupku pravničkog rasuđivanja treba posmatrati kao oblik analogije a ne kao silogističku operaciju.

U svakom slučaju, ovim postaje jasna epistemološka pozicija A. Kaufmana u objašnjenju postupka juristističkog rasuđivanja i zaključivanja, tj. njegova varijanta teorije izjednačavanja koja govori o analoškom odnosu male i velike premise.

Ovaj autor je u seriji svojih kasnijih radova (zapravo, u većini tih radova) razrađivao teoriju izjednačavanja male i velike premise. Pominjemo ovom prilikom radove koji su poznati našoj intelektualnoj i stručnoj javnosti, i to jedan čla-

[29] *Ibidem,* 38–39.

[30] *Ibidem*, 40.

[31] *Ibidem,* 41.

nak objavljen u "Arhivu za pravne i društvene nauke", i zbirku radova A. Kaufmana koje je odabrao, priredio i preveo akademik Danilo Basta.[32]

Upravo pomenuti tekstovi, a naročito zbornik prevedenih radova A. Kaufmana potvrđuju njegovu preokupaciju teorijom pravnog rasuđivanja i sopstvenom teorijom na ovu temu. On na primer kaže, kada se radi o prirodi pravnog jezika, da jezik zakona, budući usmeren ka društvenoj stvarnosti, nije udešen za jednoznačnost.[33] Ovakva priroda pravnog jezika podrazumeva da norme moraju biti otvorene prema životnim činjenicama.[34] Time se i na lingvističkom planu otvara prostor za razvijanje teorije izjednačavanja.

Kaufman zatim svoju ideju o ogledanju normi u činjenicama i činjenica u normama obogaćuje novim pojmovima, i to pojmom "uračunavanja" i "paralelnog ocenjivanja".[35] Naime, kako nas uči Kaufman, "slučaj i norma nalaze se na kategorijalno različitim ravnima, na ravnima bivstva i trebanja, i zato se ne mogu jedno drugom dodeliti u njihovoj neobrađenoj formi. Dodeljivanje je mogućno tek pošto su norma sa empirijom a slučaj sa normativnošću obogaćeni tako da jedno drugom odgovaraju. Supsumirati se mogu samo činjenična stanja pod opis bića dela".[36] Inače, najprecizniju formulaciju teorije izjednačavanja (kada i sam Kaufman koristi ovu sintagmu) nalazimo u sledećim njegovim rečima: "Kod primene prava (koja, međutim, upravo nije puka primena zakona) događa se, kratko rečeno, sledeće: na jednoj strani, potrebna je konstrukcija slučaja, tj. izrada njegovih suštinskih elemenata s obzirom na normu i time stvaranja od slučaja činjeničnih okolnosti: na drugoj strani, neophodna je interpretacija normi, naimenjena konkretizacija s obzirom na slučaj i time stvaranja od normi opisa bića dela. Pomoću ta dva akta konstrukcije i interpretacije, koji vremenski ne slede jedan za drugim, nego se nalaze u uzajamnom odnosu onoga istovremeno, ostvaruje se to da slučaj i norma jedno drugom odgovaraju kao činjenične okolnosti i kao opis bića dela".[37] U jednoj, još preciznijoj formulaciji, Kaufman kaže: "Uobličavanje neke zakonske norme u opis bića krivičnog dela – interpretacija, događa se na slučaju, uobličavanje slučaja u činjenične okolnosti krivičnog dela – konstrukcija, događa se na zakonskoj normi".[38]

---

[32] Arthur Kaufmann, "*Das Hermeneutische Verstandnis der juristischen Methode*", Arhiv za pravne i društvene nauke, 471996. Artur Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Beograd-Valjevo 1998.

[33] A. Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, 27.

[34] *Ibidem,* 27–28.

[35] *Ibidem,* 41, 43–47.

[36] *Ibidem,* 60.

[37] *Ibidem,* 88.

[38] *Ibidem,* 161.

Najzad, kada se radi o logičkoj prirodi ovog postupka, a polazeći od izjednačavanja male i velike premise u izloženom smislu, Kaufman izvodi zaključak: "Svaka primena prava ima analogan karakter, jer se neraščlanjen amorfan slučaj, empirijsko bivstvo, ne može bez daljeg dodeliti (supsumirati) pojmovno-apstraktnoj normi, opštem trebanju. Takvo dodeljivanje je mogućno tek ako su slučaj i norma međusobno dovedeni u prikladnost, tj. u odnos sličnosti – teorija izjednačavanja".[39]

Iz svega ovoga, glede Kaufmanove teorije pravnog rasuđivanja, mogu se izvesti sledeći zaključci: /1) Kaufman potencira značaj male premise za razumevanje postupka pravnog rasuđivanja; (2) on u isto vreme preciznije i sadržajnije nego Engiš, na primerima iz pravne prakse (mada, uglavnom se radi na primerima iz krivičnog prava) razrađuje odnos male i velike premise juristićkog zaključka; (3) Kaufman najzad tvedi, i ubedljivo dokazuje, da supsumcija između male i velike premise ima logički oblik analogije a ne silogistike.[40]

ZAKLJUČAK

Posmatrane zajedno, doktrine pravnog rasuđivanja K. Engiša i A. Kaufmana predstavljaju značajan doprinos teoriji tumačenja prava. Njihove ideje nisu potpuno originalne,[41] ali, nezavisno od toga, briljantno izložene i skrupulozno branjene ubedljivo ukazuju kako izgleda postupak primene prava, odnosno šta se i zaista dešava u sudnici prilikom sudijskog odlučivanja. Najvažnije što se može reći, polazeći od zagovaranja analoške prirode pravnog rasuđivanja, jeste da oba ova autora pristupaju ovoj materiji pragmatički, što se najviše ogleda u hipostaziranju male premise sudijske odluke, ali tako da ukazuju na značaj i strukturu male premise juristićkog zaključka. Naime, mala premisa se tretira kao deo jedne prožimajuće strukture, i još važnije, mala premisa se posmatra ne samo kroz utvr-

[39] *Ibidem,* 245–246.

[40] Kritika Kaufmanove teorije, u kontekstu jedne sociološke teorije pravnog rasuđivanja, u našoj monografiji: Saša Bovan, *Pravna hermeneutika između filozofije i logike*, Beograd 2014, 111. O teoriji pravnog rasuđivanja A- Kaufmana u našoj literaturi detaljno kod: Danilo Basta, "Pravna hermeneutika Artura Kaufmana", *Osnovni problemi filozofije prava* (ur. M. Šuković), Podgorica 1994.

[41] Kada se radi o nemačkoj pravnoj literaturi dovoljno je pomenuti dva velika imena koja zagovaraju "teoriju lutajućeg pogleda" između stvarnosti i norme poput Engiša i Kaufmana. To su K. Larenc koji odnos između male premise i velike premise opisuje kao dijalektičan (Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg 1960, 118, kao i V. Fikenčer koji svoj model teorije izjednačavanja označava kao "teoriju slučaj-norma", gde se takođe uspostavlja jedna fina ravnoteža između male i velike premise pravnog zaključka (Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Band III, Tübingen 1976, 129–130).

đivanje i kvalifikaciju činjenica nekog pravnog slučaja, već se potencira i objašnjenje činjenica koje se umeće između njihovog utvrđivanja i kvalifikacije. Time se ukazuje, pored novina koje se tiču logičke prirode juristićkog zaključka (koji ima oblik analogije), da tumačenje i primena prava nisu samo jedan normativno-teleološki, već i normativno-kauzalni postupak. Zato se može reći, a u kontekstu jedne sociološke teorije tumačenja prava koju razvijamo, da Engišove i Kaufmanove ideje možda i ponajviše pripadaju jednom takvom, tj. sociološkom i sociološkopravnom teorijskom miljeu. Doduše, s obzirom da je u njihovo vreme (ali i u ovom trenutku razvoja teorije pravnog rasuđivanja) povezivanje pravne hermeneutike i sociologije bila krajnje jeretička zamisao, može se reći da su njihove doktrine u tom smislu primer jednog neosvešćenog sociologizma.

Najzad, moramo istaći da teorija izjednačavanja K. Engiša i A. Kaufmana ukazuje na jednu finu ravnotežu i suptilan odnos velike i male premise pravnog zaključka, na njihovo prožimanje u najdubljem ontološkom ali i praktičnom smislu, na jedan sklad i sklop koje teorija tumačenja prava opterećena silogističkim zabludama ne ume da prepozna. Stoga, a u skladu sa opštom temom ovogodišnjih kopaoničkih dana, smatramo da pravnohermeneutičke doktrine ova dva autora ispoljavaju jednu zavidnu dubinu, jedno prodorno rasuđivanje, jednu uzornu kompleksnost, i konačno, jednu umnost najvišeg ranga i kvaliteta, umnost zbog koje je ovo zgodna prilika da se baš pod okriljem ovogodišnjih susreta naše pravne škole i "umnosti" kao njihove opšte teme, predstave ideje ova dva znamenita pripadnika nemačke škole pravnog rasuđivanja.

SAŠA BOVAN, LL.D.,
Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade
MARIJA JAKOVLJEVIĆ
Assistant, Academy of business professional studies,
Belgrade

THE THEORY OF BALANCING OF K. ENGISCH AND A. KAUFMANN AS PARADIGM OF WISDOM IN LEGAL REASONING AND DECISION MAKING

Summary

This paper presents the legal – hermeneutical ideas of K. Engish and A. Kaufman. Both authors use the same term to denote their theories, ie. these are know as"equalization theories". Their essence is that the aforementioned authors are looking for a "now" balance in the relation between the big and small premise of a juridical conclusion. This approach is somewhat heretical because it

confronts the syllogistic tradition that prevails in this area of law theory. Engisc and Kaufman 's approach is pragmatic, because by discussing the logical structure of legal reasoning, they want to show what really happens in the courtroom when judges make their decisions. Also, their approach shows the elements of a sociological reasoning, since they give special treatment to the small premise of a juridical conclusion. This sociological angle of view on these issues is also expressed through their claims that analogy is the logical form through which the application of law takes place, because the analogy does not always rest on some kind of comparison, which is an indisputable peculiarity of the sociological method.

Key words: Legal hermeneutics, Subjektive and i objektive theory of interpretation of law, K. Engish and A. Kaufman's equalization theory, Sociological theory of legal reasonong

VLADO KAMBOVSKI

LEPOTA PRAVEDNOG PRAVA: OGLED O PRAVNOJ ESTETICI

Uspomena dragom prijatelju, uvaženom Profesoru dr Slobodanu Peroviću, pokretaču Kopaoničke škole prirodnog prava, koji je svoj život i grandiozno delo posvetio potrazi za nedosanjanom lepotom pravednog prava.

U doba globalne krize koju karakteriše raspad moralnih vrednosti, preispitivanje koncepta prava postaje predmet ozbiljnih rasprava gotovo o svim njegovim aspektima. U prvom planu tih rasprava izbija problem usaglašavanja procesa globalizacije savremenog društva sa univerzalizacijom ljudskih prirodnih sloboda i prava na nacionalnom i međunarodnom ravništu, kao i saznanje da u pluralitetu supranacionalnih, nacionalnih i subnacionalnih pravnih pravila dolazi do sve veće normativne konfuzije koja dovodi u pitanje antropocentričnu usmerenost prava ka ljudskom dostojanstvu i drugim vrednostima. Da li je pravo lepo, odnosno dobro, ili ne, pitanje je koje se odnosi, u stvari, na aksiološke kriterijume koherentnosti, srazmernosti i proporcije integralnog sistema prava, koji počiva na polaznim idejama pravde, slobode i prirodnih prava i ima formu pozitivnog prava (zakona), njihove primene i pravednih sudskih presuda.

Na to pitanje odgovor treba da dȃ pravna estetika kao filozofsko-pravno učenje čija je svrha uspostavljanje čvrste arhitektonike prava koja odgovara tim zahtevima i razvijanje jasnih kriterijuma, prema kojima ideal lepog i dobrog prava može da bude ostvaren na temelju ideje pravde i drugih njegovih vrednosti. Estetski postulati prava supstancijalnog,

---

Akademik Vlado Kambovski, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

vrednosnog karaktera treba da određuju ne samo njegovu formu već i njegov sadržaj i ciljeve. Kao učenje o ispravnom (pravednom) i lepom pravu, pravna estetika je bitan elemenat pravnog obrazovanja, profesionalne etike, pravne kulture i svesti, i viši unutrašnji zakon za zakonodavca u donošenju zakona i za sudiju u njihovom tumačenju i primeni.

Ključne reči: *kriza prava, pravna estetika, pravda, ispravno (pravedno) i lepo (dobro) pravo*

UVOD

Živimo u doba preispitivanja pravnih i političkih koncepata kroz konfrontaciju klasičnih doktrina sa brzom transformacijom savremenog društva, koje kao svoj glavni podsticaj ima pojavu univerzalnih, prirodnih i "urođenih" prava pojedinca s jedne, i demokratsku pravnu državu, s druge strane. U dramatično promenjenim društvenim uslovima civilizacijske krize i pada svih moralnih vrednosti, postaju predmet ozbiljne rasprave gotovo svi aspekti bića prava, koje se umesto ka čoveku i njegovim vrednostima, sve više orijentiše prema sistemima upravljanja nad njim, postajući ružna konfuzija često puta nerazumnih zakona podređenih utilitarnim, političkim, ekonomskim ili drugim efemernim ciljevima.

Stoga ne postoji slučajnost u pojavi (kao *deus ex machina*) učenja pravne estetike u raspravama o krizi prava i njegove budućnosti. Njegova glavna svrha je redefinisanje i osavremenjivanje ideje prava koja datira iz vremena dalekih (od pre dva milenijuma) početaka rimske pravne misli: *jus est ars boni et aequi* (*Celsus*). Da li je danas pravo "lepo", odnosno "dobro"? I pod kojim uslovima se može smatrati takvim? Debata o pravnoj estetici igra važnu ulogu u njegovom osmišljavanju kao racionalni put za izbavljanje čoveka od sveopšteg osećanja poraza i ružnoće društvene stvarnosti, naročito u okolnostima u kojima se nalaze naša društva.

Prethodna metodološka pitanja

1. Rasprava o pravnoj estetici i o pravu kao predmetu estetskog vrednovanja pretpostavlja prethodnu saglasnost o sledećim tezama. Prvo, da je filozofija prava, kojoj pripada učenje o njegovoj estetici, definisana kao što mnogi definišu filozofiju uopšte – kao beskrajno postavljanje pitanja, i kada se ne može dobiti konačan odgovor. Drugo, da pravo nije samo ono što se pod tim pojmom redovno i svakodnevno podrazumeva – sistem pravnih normi iza kojih stoji državna prinuda, već je kompleksan spoj idealnog i stvarnog, ideja, vrednosti i principa prava i pozitivnih pravnih normi, kao i njihove praktične primene putem donošenja pravednih sudskih presuda (*Kambovski,* 2010: 193).

Saglasnost o ovim tezama opravdava interes za pravnu estetiku i mogućnosti njenog konstituisanja kao celovitog filozofsko-pravnog učenja. Moguća zamerka da ovaj argument nema smisla jer je pravo izvan polja estetskih sudova kao izuzetno racionalan i objektivan sistem normi koje se moraju primenjivati onakvima kakve jesu, bez obzira da li su lepe, je prihvatljiva ako se smatra da se odnosi samo na pozitivno pravo. Ali to ne može biti valjan zaključak koji bi se odnosio na integralni pojam prava, čije prihvatanje podrazumeva fundamentalno razlikovanje dve kategorije: pravo, kao ispravno, korektno, pravedno pravo, i zakon (pozitivno pravo), koji može da bude nepravedan, nekorektan, neispravan i, u pojedinim slučajevima, i ne može da se smatra pravom, već zakonskim pokrićem neprava i nepravde.

2. Bez obzira da li je moguće prevazići spor oko ovih pitanja, ne može se poreći postojanje jednostavne činjenice da pravo, pre svega pozitivno pravo (zakon) koje je "kamen spoticanja", nije ništa drugo nego pisana reč koja ima ulogu sredstva za prenošenje određenih povelja za regulisanje odnosa među ljudima u različitim oblastima društvenog života. Zakon, dakle, iscrpljuje svoje značenje i funkciju u rečima, kao što i poezija, literatura uopšte, koriste reč da utiču na formiranje svesti, znanja, osećanja, uverenja, odluka, itd. kod istog adresata njihovih specifičnih poruka: pojedinca. Pravo je u tom smislu *ars poetica*, kao što je poezija, a zakonodavac ili sudija je pesnik u istoj meri u kojoj je pesnik zakonodavac itd. (*Shelley* u svom eseju "Odbrana poezije" iz 1840. godine kaže, "Pesnici su nepriznati zakonodavci sveta"). Kao i u poeziji, u kojoj pesnik ne stvara, već otkriva pesmu, i u pravu zakonodavac, konačno sud, ne samo što stvara odnosno primenjuje već i "otkriva" pravo.

Individualni emocionalni odgovor pojedinca na povelje sadržane u pravnoj reči predstavlja njen prirodni i unapred određeni efekat, jer se njena imperativna priroda ("treba") iscrpljuje očekivanjem da je poruka prihvaćena i da na taj način pojedinac daje saglasnost za njenu primenu. Neosporno je, naime, da se ceo koncept prava u osnovi zasniva na pretpostavljenom pristanku adresata pravnih normi, koji garantuje njihovu automatsku primenu. Većina pojedinaca poštuje zabranu ubijanja drugog, krađu, ugovore itd. Automatska i dobrovoljna primena prava, koja efikasnu državnu prinudu svodi na ravništu izuzetka, postaje važno područje pravne svesti i kulture ljudi, obezbeđujući harmonične odnose među njima, pravnu sigurnost i zaštitu od emocionalnih ugrožavanja, što je važna pretpostavka za uživanje u drugim dobrima, uključujući lepotu umetničkih dela.

3. Na ideji da postoji prirodna veza između spoljnih normi ponašanja i psihičkog, pre svega emocionalnog života čoveka, razvijena su različita psihološka pravna učenja. Za *Petražickog,* jednog od glavnih protagonista psihološke teorije

prava, psihički život čoveka ne može se raščlaniti na samo tri osnovna elementa: spoznaju (svest i predstave), osećanja (zadovoljstvo i patnja) i volju (težnje, aktivni doživljaji). On je takođe ispunjen doživljajima koja su dvostrane, pasivno-aktivne prirode, i predstavljaju s jedne strane trpljenje, a s druge strane aktivni impulsi i motorni nadražaji (glad, žeđ, seksualni nagon itd.). Impulzije ili emocije, koje imaju takav karakter pasivno-aktivnih doživljaja, igraju u ljudskom životu ulogu glavnih psiholoških faktora u prilagođavanju životnim uslovima, podstičući ličnost na određene radnje i mentalne aktivnosti i izazivajući fiziološke i psihološke procese ili odgovarajuće voljne radnje (*Petražicki,* 1999: 15).

U zavisnosti od njihovog intenziteta, emocije izazivaju različite, do burnih, stuporoznih, afektivnih i drugih psihosomatskih reakcija i fizioloških i psiholoških procesa, a posebno intenzivne su impulzije izazvane naredbama ili zabranama, naročito ako su oštre i odlučne i ne ostavljaju prostora za slobodno odlučivanje ("odbij", "ne diraj", "skloni se" itd.). Ove opšte psihološke postavke pomažu u razumevanju prirode morala i prava, koji se psihološki doživljavaju kao normativne, estetske impulzije (privlačne) i repulzije (odbijajuće) u odnosu na različita ljudska ponašanja za koja se procenjuje da su lepa ili ružna (odvratna itd., *ibid*em, 31). Na taj način spoljni nalozi i zabrane pokreću složen estetsko-psihološki proces prilagođavanja, prihvatanja ili odbacivanja. Specifična priroda pravnih i moralnih estetskih pojava i njihove međusobne veze i razlike od drugih doživljaja ne temelje se na intelektualnom, već na emocionalnom, a to je njihov impulzivni sadržaj.

Učenje o emocionalno-estetskoj dimenziji prijema pravnih naloga od strane pojedinca ne može biti osnova celovitog filozofsko-pravnog koncepta pravne estetike, iz razloga što samo objašnjava individualnu i subjektivnu refleksiju (internalizaciju) objektivnih pravnih normi. Ono ne daje odgovor kada je pravo "dobro", odnosno "lepo", da bi moglo da izazove pozitivne estetske impulzije.

Kriza savremenog prava

1. Vrednosna kriza savremenog društva suočava pravo, od kojeg se očekuje da će predstavljati snažan stabilizator društvenog uređenja ("vladavina prava"!) i neprikosnoveni garant ljudske slobode i prirodnih prava, sa ekstremnom pluralizacijom društvenih sistema i društvene misli, koja se sukobljava sa postulatom vrednosnog univerzalizma i unifikacije pravnog režima ljudskih prava. Živimo u vreme društvenih protivrečnosti, čije prevazilaženje premašuje moć razuma i snagu volje ne samo pojedinaca već i čitavih naroda. S jedne strane, čovek danas koristi sve prednosti novog informatičkog, postindustrijskog društva, ali s dru-

ge strane, postaje sve više zabrinut, zbunjen i uznemiren usled nemogućnosti da nađe odgovor na egzistencijalna pitanja o svom ličnom identitetu i sopstvenoj sigurnosti, o vrednosti njegovih prirodnih sloboda i prava, održivosti života uopšte, društvenog i prirodnog okruženja. Suočen je sa novim izvorima ograničavanja njegove slobode, a ekonomsko okruženje u kojem živi postaje sve ružnije zbog ekonomskih razlika i proglašavanja novca i profita kao najvišeg životnog cilja.

Brojni ozbiljni znakovi varvarizacije nove dobi odavno su uzdrmali uverenje da *Hobbesova* vizija društva kao sveopšte borbe "svih protiv svakog" pripada istoriji ljudske civilizacije (*Savio*). Mnogobrojne činjenice iz socijalne sfere, ekonomije, razaranja životne sredine, terorizma, ratova, nasilja, kriminala i drugih pojava masovne patnje na globalnom nivou upozoravaju na sve brži nastup globalnog civilizacijskog sumraka. To se dešava kao istorijski paradoks – u vremenu procvata znanja i nauke, tehnološkog razvoja i brzih promena društvenih paradigmi – komunikacijskih i drugih, da društvo upada u spiralu varvarizacije. Politički sistemi, zadržavajući spoljni oblik demokratije (multipartizam, slobodni izbori, itd.), prazne ljudski sadržaj političkih procesa i upravljanja društvom, dopuštajući da državama vladaju nesposobni ljudi, daleko od *Platonovog* ideala upravljanja od strane mudraca ("filozofa"). Forme diktature, omiljene u prošlom veku, danas su zamenjene "populokratijom", koja imitira demokratiju i još je opasnija od diktature jer ima prividno opravdanje koje prikriva prave ciljeve, funkcije i mehanizme autoritarnog sistema upravljanja.

Kako, pod takvim uslovima, može da se očekuje da bilo koji populokratski sistem donese zakone koji nisu nasilni, ružni, nepravedni i neispravni i da postoji "dobro" pravo kao varvarocidni lek?

Proglašavanje "kraja istorije" istekom drugog (*Fukuyama*), pokazalo se kao velika zabluda na samom početku novog milenijuma. Ova teza, inspirisana velikim promenama uglavnom u političkoj i ideološkoj sferi, pojačana je obećavajućim uverenjima da će od ovog doba nastupiti era ljudskih sloboda i prava i vladavine prava u ekonomski prosperitetnom društvu, i da će doći do prestanka ratova i masovnih patnji ljudi. Nadanja svakodnevno blede pred grubom realnošću novih podela, nemira, masovnih prinudnih migracija naroda, agresije svih vrsta i društvene dezorganizacije.

U kojoj se meri nesklad između idealnog i stvarnog, proglašenih ciljeva i šansi za njihovo ostvarenje odražavaju na koncept zakona, dovoljno ilustrativno pokazuje čak i površna analiza savremenih pravno-teorijskih koncepata koji odstupaju od svoje klasične metafizičke matrice vezanosti prava za čvrstu i logičnu armaturu ideja, vrednosti i principa, i rastaču se u nepovezane varijante skeptičkih, eklektičkih i palijativnih pravnih učenja. Prošlo je i vreme postmoderne, vre-

me kada je sve što je prikazano u njenom destruktivnom duhu definitivno dovedeno u pitanje, ali iz pepela do danas još ništa ne izrasta (*Uzelac,* 2003: 3).

Kakvu ulogu u takvim dinamičnim društvenim promenama može da ima zahtev da savremeno društvo treba da bude "zajednica zasnovana na pravu", naravno – dobrom pravu? I da li "lepo" i "dobro" pravo može da spasi svet (*Dostojevski*: "lepota će spasiti svet"!), u vreme kada ružno preti da potpuno zavlada nad njim?

2. Dolazeći do raskršća, sa nizom otvorenih pitanja na koja nema definitivnog odgovora, analiza koncepta savremenog prava teško može da pomogne u predviđanju njegove budućnosti, zavisne od budućnosti društva čija je predikcija neizvesna i ne isključuje razna, čak i katastrofična scenarija (*Muller, Zouridis, Frishman, Kistemaker, Introduction*, 2012: 2). Pravna misao je u velikoj meri nemoćna da odgovori na sadašnje izazove društvenog razvoja, ostajući na stavu da je pravo kulturni fenomen, predodređen dominantnim idejama vremena, potrebama i interesima pojedinca i društva, tradicija i drugih posebnosti prostora i država u kojima se razvija. Sigurno je, već danas, da je Vestfalska koncepcija o ekskluzivnom pravu države da propisuje pravne norme na svom teritoriju neodrživa i da se približava vreme supremacije međunarodnih normi (*Smits, v. Muller et al.,* 2012: 469).

Unutrašnja tenzija između univerzalizacije prava, uslovljene procesom globalizacije, i tradicionalnog državnog (nacionalnog) koncepta, usložnjava zahtev za njegovom koherencijom i doslednošću u traganju za idejom pravde zbog disperzije njegovih izvora i centara moći koji stvaraju pravna pravila. S druge strane, proširenje funkcija države, kao "države blagostanja" ili "socijalne države", rezultira suštinskim promenama u pravnim sistemima i njihovoj strukturi: ona se ne svodi samo na imperativne i prohibitivne norme koje direktno primenjuju državni organi, već se u njoj sve više probijaju podstrekavajuća i instruktivna pravila (poput uređenja socijalne pomoći itd.), podređenih čisto utilitarnim i pragmatičnim interesima i ciljevima.

3. Ekspanzija međunarodnih normi i standarda usmerenih ka unifikaciji ili harmonizaciji pravnih sistema odražava stvarnost pluralističke globalne ekonomske, političke i pravne scene. Pritom, regulacija putem međunarodnog prava sve šireg spektra društvenih oblasti (od klimatskih promena do sprečavanja kriminala) odvija se sa mnogo nižim stepenom demokratske kontrole nad usvajanjem supranacionalnih normi u poređenju sa nacionalnim zakonodavstvom, što otvara široke mogućnosti da njih diktira najuži krug moćnih političkih, ekonomskih, vojnih i sličnih faktora. Takva mogućnost instrumentalizacije međunarodnog pravnog poretka potvrđuje saznanje da se fokusiranjem na globalnu ekono-

miju i oblast ekonomskih odnosa, poslovanja, međunarodnih finansija, trgovine i investicija, međunarodno pravo u prvom redu olakšava i pomaže, umesto da reguliše globalni kapitalizam, ostavljajući po strani ljudska ekonomska, socijalna i kulturna prava.

Središnji značaj za odnos prava i globalizacije stoga dobija pitanje o redefinisanju principa vladavine (dobrog) prava nasuprot univerzalizaciji objekata ljudskih prava: na koji način ovaj princip može na globalnom ravništu da se uskladi sa postulatom osnovnih i prirodnih ljudskih prava? Da bismo odgovorili na to, potrebno je analizirati globalizaciju vladavine prava i globalizaciju ljudskih prava, i drugo, potrebno je analizirati implikacije njihovog odnosa u kontekstu ekonomske globalizacije (*Kinley,* 2003: 241). Takvu analizu usložnjava saznanje da je proces globalizacije dvostrani proces, s jedne strane, izražen kao "globalizovani lokalizam", a s druge, kao "lokalizovani globalizam". U te dve oblasti koje treba da budu kongruentne na formiranje prava deluju različiti faktori: u prvoj je snažna tendencija usvajanja univerzalnih normi i standarda o ljudskim pravima, dok u drugoj dominira koncepcija o državnom suverenitetu i oktroisanim pravima.

Sve ove tendencije u razvoju savremenog prava predstavljaju otvoreni izazov za suštinsku raspravu upravo o ostvarivanju njegove elementarne estetske pretpostavke: o njegovom formiranju kao skladnog sistema vrednosti, normi i odnosa, orijentisanih ka ostvarenju antropocentrične i ekocentrične vizije održivog društvenog razvoja.

Pravna estetika kao traganje za pravednim pravom

1. Da li pravo od kojeg se danas sve više i više očekuje (vladavina prava definisana je kao važan razvojni cilj savremenog društva i u dokumentima UN kao što su *The Sustainable Development Goals* iz 2016) može da bude predmet estetskog vrednovanja i da li na osnovu toga može da se razvije koncept pravne estetike kao posebno učenje o lepom, odnosno dobrom pravu?

Ovo pitanje zahteva prethodno razmatranje o estetici, uobičajeno definisanje kao učenje o lepom (lepoti) i sastavni deo filozofije umetnosti. Pojava estetike kao filozofske discipline vezuje se za nemačkog filozofa *Baumgartena*, koji je prvi odredio njen naziv i predmet u jednom spisu iz 1735. godine ("Filozofske meditacije o nekim aspektima poetskog dela"). Izraz estetika ima grčko poreklo (*aisthetis*), što označava čulni utisak. Uz pojam mišljenja (*noesis*), oba izraza se takođe koriste kao atributi (*aisthetikos-noetikos*). Na latins kom se koristi izraz *sensatio* (i *sensitivus*), ali i termin "aestheticus". *Baumgarten* im je dao poseban značaj, deleći spoznaju na duhovnu i čulnu, objašnjavajući čulno sazna-

nje (*cognitio sensitiva*) kao percepciju lepog (lepote). Deo filozofije koji istražuje ovo područje naziva se *cognitio aesthetica*, ili jednostavno *aesthetica* (*Uzelac,* 2003: 21).

U predvečerju nove civilizacijske ere (krajem 18. i početkom 19. veka), racionalistička i idealistička filozofska misao, posebno *Kanta* i *Hegela,* postavlja temelje estetike kao filozofskog učenja koje naglašava lepotu kao ključnu komponentu umetnosti i estetskog iskustva, smatrajući da je umetnost nužno usmerena ka lepom. Za *Kanta* je lepota objektivna i univerzalna (tj. određene stvari su lepe svima). Ali postoji i drugi koncept ukusa, sviđanja, koji je subjektivan i svodi se na individualni prijem umetničkog dela, varirajući u skladu sa kulturnom pozadinom, obrazovanjem i drugim spoljnim faktorima. U stvari, može da se tvrdi da su svi estetski sudovi do određene mere uslovljeni kulturom, mogu se menjati tokom vremena i povezani su sa sudovima o ekonomskim, političkim ili moralnim vrednostima. Njegova teorija čiste lepote takođe podrazumeva moralno zapažanje: "lepota je simbol morala: uživanje u lepoti zalaska sunca ili na plaži pokazuje harmoniju između nas i sveta". Ali, i subjektivno dopadanje, ukus, takođe je usko povezano sa razumom i moralnom prosudbom. *Hegelovim* učenjem o lepoti, filozofija umetnosti oblikuje se kao estetika, koja se bavi čulnim recepcijama umetnosti, i kalistika kao učenje o lepom u umetnosti. Prema njemu, postoje tri vrhunska oblika svesti kroz koje čovek komunicira sa apsolutom: umetnost, religija i filozofija, dok su nauke niži oblici svesti, koji sami po sebi nisu cilj. Iako su tri različita – oblici duha, oni teško komuniciraju jedni sa drugim. Kod umetnosti se radi o odnosu između čulnog i duhovnog, tako da se na čulni način izražava duhovno, ali i osećaji i volja. On daje definiciju lepog, ali ne i umetnosti, jer ne prepoznaje umetnost u jedinstvu ili razlikama od prirodno lepog.

Povezanost shvatanja o lepoti sa idejom ljudske moralne autonomije i slobode (*Kant*) u 18. veku i u vremenu koje je usledilo inicira pojavu romantizma u umetnosti, naročito u književnosti i slikarstvu, ali svoj odraz nalazi i u obećavajućim velikim deklaracijama o ljudskoj slobodi. Za *Schillera*, koji prvi govori o "estetskoj državi", estetsko vrednovanje lepote je najsavršenije pomirenje čulnih i racionalnih delova ljudske prirode, a lepota nije samo čulno već i važno moralno iskustvo. U tako probuđenom traganju za čistom i univerzalnom lepotom, *Američka Deklaracija o nezavisnosti* iz 1776. godine, prvi glasnik novog doba, predviđa sanjano oslobođenje od srednjovekovnih lanaca sa pesničkim rečnikom u polaznoj odredbi: "svi su ljudi stvoreni jednaki, obdareni od strane Stvoritelja sa određenim neotuđivim pravima, uključujući pravo na život, slobodu i potragu za srećom". *Francuska deklaracija o čoveku i državljanstvu* iz 1789. godine, ne zaostaje u promociji novog stila koji podstiče duh dubokih društvenih promena (član 1): "Ljudi se rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima. Socijalne razlike mogu

se zasnivati samo na opštoj koristi." Ta retorika borbe za pravedno pravo postaje tradicija poštovana u svim narednim univerzalnim dokumentima o ljudskim pravima, uključujući UN-ovu *Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima* iz 1948. godine, koja je kamen temeljac savremene ere prirodnih i neprikosnovenih ljudskih sloboda i prava (član 1): "sva ljudska bića se rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Oni su obdareni razumom i sveśću i jedni prema drugima treba da postupaju u duhu bratstva". Ovi osnovni pravni i politički dokumenti današnjice nagoveštavaju civilizacijski skok u humanije i slobodnije društvo, priključujući se glavnoj matici estetičkog učenja u čiji kategorijalni sistem dolazi do pojave "uzvišenog", koje zajedno sa "lepim" postaje centralni pojam izražavanja estetskog osećaja (*Burke*).

2. U zadnjim decenijama prošlog veka pojavljuje se tendencija da se pojam estetike proširi u potrazi za lepotom ne samo u polju umetnosti već i na mnogim drugim područjima života, prerastajući u filozofsku estetiku, koja dalje teži da se fragmentarizuje na odvojene filozofsko-estetičke pravce. Jedno od najprihvatljivijih objašnjenja za takvu ekstenziju je upućivanje na evoluciju pojma umetnosti, za koji se veže estetičko učenje, koja prolazi kroz promene različitih paradigmi: predstavljanje, izražavanje, forma. Shvatanje o umetnosti kao predstave i imitacije stvarnog, koja potiče pre *Platona* i traje do kraja 18.veka, potisnuto je u doba prosvetiteljstva (*Hume, Hutchenson, Burke*) idejom da je za umetnost ključno čulno reagovanje na spoljne izazove, koje dovodi do emocionalnih ekspresija, da bi 20. vek preusmerio fokus estetskih sudova na apstrakciju i vrednovanje forme (elegantno, lepo itd.), koja izražava dobru organizaciju, jedinstvo, harmoniju, ali i raznolikost i složenost (*Bell:* forma je jedinstveni kvalitet zajednički za sva vizuelna dela).

Ta paradigma se približava izvornom značenju koje je dato izrazu "umetnost" (*ars*: veština ili zanat) u antici: izraz koji je prema njegovom indoevropskom korenu označavao "sređivanje", ukrašavanje. Umetnost ("umeće") je označavala i još uvek označava proces smišljenog i ciljnog sređivanja stvari (čak se i danas ponavlja *Bismarckova* definicija politike u pejorativnom smislu kao "umetnost mogućeg"). Pojam umetnosti kod starih Grka i kod *Platona* je bio shvaćen šire nego danas: kao veština (*techne)*, podrazumevao je ne samo ono što se danas smatra umetnosću (slikarstvo, vajarstvo, muzika, itd.), već i druge veštine (zanate) i bio je usko povezan sa pojmom znanja (*episteme*) i spretnosti. Poezija, povezivana sa božanskom inspiracijom, nije se smatrala umetnošću, već proročkom veštinom. *Platon* u dijalogu "Hipija Veliki" pojam lepog (*kalon*) shvata u veoma širokom smislu, koji podrazumeva sve što zaslužuje pohvalu, što kao ispravno treba da se preporuči, i u velikoj meri se preklapa sa pojmom "dobrog" (*agathon*). Isprav-

nost onoga što je lepo ima ne samo tehničku već i moralnu prirodu, pa se odnosi i na dobar i ispravan život u skladu s moralnim vrlinama. Za spoj dobrog i plemenitog, stari Grci su skovali i izraz "dobroljubstvo", *kalokagathia* (usp. *Grubor,* 2010: 96; *Uzelac*, 2003: 97). *Platon* je smatrao da lepi predmeti uključuju delove među kojima postoji harmonija i jedinstvo, dok je *Aristotel* isticao da su univerzalni elementi lepote red, simetrija i definitivnost. Sasvim prirodno je pod takvim značenjem pojma lepog i dobrog podvođeno pravo nastalo u vreme nepostojanja moćne države koja sa svojim prinudnim zakonima ograničava slobodu ljudskog stvaranja i oblikovanja vrednosti, pravila i kriterijume lepog i pravednog (ispravnog) u odnosima među ljudima. Tek kroz diferencijaciju određenih veština koje su karakterisale umetničko stvaralaštvo (koje je uglavnom ostalo van dominantnog uticaja države), od sredine 18. veka, pojam umetnosti je dobio uže značenje povezano sa veštinom stvaranja estetskog proizvoda, odnosno "lepe" umetnosti u slikarstvu, muzici i književnom stvaralaštvu.

3. Upravo kraj 18. i početak 19. veka je vreme kada započinje "istinska istorija" prava, njegovim prerastanjem u "zakonsko" pravo. Perspektive za njegov ponovni ulazak u polje estetskih sudova otvara, s jedne strane, naglašavanje njegove antropocentričke orijentacije ka prirodnim slobodama i pravima čoveka u drugoj polovini prošlog veka (Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN), i s druge strane, napuštanje rigidnog povezivanja estetike sa (lepom) umetnošću. Do promena dovodi i oživeli interes za prirodu i životnu sredinu u poslednjim decenijama prošlog veka, kao i nastup popularne umetnosti.

"Everyday" estetika proširuje dijapazon estetskih sudova priključujući objekte, događaje i aktivnosti koje su sastavni deo svakodnevnog života čoveka. Shvatanje da je estetika "svakodnevog života" novo polje estetskog diskursa u zapadnoj, naročito angloameričkoj estetici, nameće zahtev da se estetski kriterijumi unesu u osmišljavanju doma, hrane, odeće, itd. i da se pitanje "lepog" dopuni sudovima o onome što je prijatno, prikladno, ukusno itd. za razliku od ružnog, monotonog itd. Njegovo posebno važno područje postaje "središnja estetika" (prirodne lepote, hortikultura, dizajn, itd.). Brojne studije iz zadnjih decenija prošlog veka sažete su kroz nekoliko velikih antologija (*A. Light/J. Smith*, Estetika svakodnevnog života, 2005. i druge), koje sumiraju estetičke obrade brojnih tema, kao što su estetika tela, zdravlje (estetska hirurgija, stomatologija), estetika dizajna itd.

Transformacija estetičkog učenja u potrazi za lepim, odnosno dobrim načinom života je emanacija postulata poštovanja ljudskog dostojanstva kao vrhunske vrednosti, koja je polazna osnova za razlikovanje onoga što je za pojedinca prigodno i dobro, od onoga što ga ograničava, negira ili povređuje i što je ružno, negativno. U kontekstu univerzalnog koncepta ljudskih prirodnih sloboda i prava,

postulat pravde postaje ključni kriterijum lepog (dobrog) prava i dobija estetsku funkciju (*Schwartz,* 1987: 187). To je direktno povezano sa kriterijumom "kvaliteta ljudskog života", koji danas postaje osnovni kriterijum realnog statusa pojedinca i njegovih sloboda i prava, kao i mogućnosti za njihovo ostvarenje u datom društvu. Danas nije slučajno to da merenje QOLI (indeks kvaliteta života) postaje sve dominantnije na međunarodnom nivou, za razliku od čisto ekonomističkih merenja ekonomskog rasta i razvoja (GDP itd.). U tom smislu, estetsko iskustvo postaje glavni kriterijum socijalne estetike, koja izražava socijalno okruženje u kojem pojedinac živi i deluje, kao kompleks međuljudskih odnosa, institucija i drugih komponenti koje društvo čine "prijatnim mestom za život" ili odbacuju pojedinca, gurajući ga prema samoizolaciji, apatiji ili bekstvu. Društvo ima takve estetske kvalitete ako je to slobodna zajednica jednakih u slobodama i pravima građana, ako stvara jednake mogućnosti za razvoj i prosperitet za svakoga, i ako u njemu vlada harmonija, tolerancija i međusobno poštovanje, demokratske institucije i humani odnosi. Ako je "lepo istinito, a istinito lepo" (*Keats*), pravo takvog društva je dobro (lepo) samo ako je podređeno pravdi kao apsolutnoj istini (v. *Schultz,* 1987: 146).

4. Uvođenje pravde u fokusu pravno-estetskog vrednovanja susreće se sa istim poteškoćama na koje nailazi i sama estetika kao filozofija umetnosti u definisanju pojma "lepog". O pravdi i lepoti su napisane gomile knjiga i vode se beskrajne rasprave, koje ostaju bez završne reči. Sama njihova priroda apsolutnih ideja predstavlja prepreku za prevazilaženje njihovog fluidnog statusa, koji unapred odbacuje svaki pokušaj definitivnog određivanja. Zbog toga do danas rasprave o pravdi se nisu pomerile mnogo od svoje prvobitne definicije još iz vremena antike: *Justitia est constans et perpetuavoluntas suum quisque tribuendi*, "svakome dati njegovo" (*Ulpianus*). Ali ona dopušta da njena konkretizacija bude izvedena u određenom društvenom i istorijskom kontekstu, pozivajući se i na *Platonovo* objašnjenje značenja pojma pravde: mir, harmonija, umerenost i prava mera, odnosno proporcionalnost i simetrija (*Carneiro,* 2011: 12). To su osnovne estetske vrednosti prava, utkane još u rimskom pravu u idealu ispravnog prava kroz "tri zlatna pravila": *honeste vivere, neminem laedere, suum quisque tribuere.*

Na njihovu estetsku relevantnost, koja neizbežno mora proizaći iz refleksije pravednog–nepravednog u ljudskom čulnom i emotivnom svetu, upućuje činjenica da je osećaj za pravdu komplementaran čovekovoj sposobnosti da formira koncepciju dobrog. Društvena kooperacija, solidarnost i uzajamnost prava i obaveza su rezultantna sveprisutnog smisla za pravdu i podrazumeva socijalne stavove pojedinaca koji polaze od određenog koncepta dobrog života i svoje vrednosne

stavove razmjenjuju sa drugima: pravda određuje granice odnosa u zajednici, dobro pokazuje cilj (*Rowls*, 1988: 252).

Danas niko ne može osporiti uverenje da je pravda osnova i svrha civilizovanog društva i da je društvo bez pravde i prava koje za svoju vodeću ima ideju pravde konfliktno, netolerantno i na ivici društvene dezorganizacije i dezintegracije. Niko ne može da ospori ni tvrdnju da je ideja pravde, zajedno sa idejom ljudske slobode, glavni motiv velikog civilizacijskog skoka u poslednja dva-tri veka, usmeravajući društvene pokrete, društvenu misao i razvoj savremene države i prava. Ugrađena u temeljima univerzalnog koncepta prirodnih ljudskih prava, ideja pravde postaje prioritetni postulat vladavine prava u nacionalnom i međunarodnom okviru. Pravda čini ljude srećnim i zadovoljnim, nepravda nesrećnim, nezadovoljnim i ugroženim. Istorija čovečanstva potvrđuje tezu o pobedničkoj istorijskoj misiji ideje pravde kao najjačeg agenta društvenog napretka.

U kontinuitetu sa klasičnim i novovekovnim konceptima pravde (učenje prirodnih prava), diskurs o pravdi i pravednom pravu je svakodnevno obogaćen otvaranjem novih aspekata, kao što je interes nauke za istraživanje mogućeg urođenog, predestiniranog osećaja pravde kod svakog čoveka, koji se stiče samim njegovim rođenjem. Takvo je istraživanje u poslednjoj deceniji jedne grupe profesora psihologije i kognitivnih nauka na Američkom univerzitetu Jejl (*Bloom* i *Vinn*), u njihovom Infant Cognition Center (*The Baby Lab*). U svojim studijama o reakcijama beba od 3, odnosno od 6 do 12 meseci, pre nego što su naučile da govore, utvrdili su da kod njih postoji rudimentarni osećaj razlikovanja ispravnog i pogrešnog, dobra i zla, što se može testirati. Ta istraživanja produbljuju raspravu o tome da li se čovek rađa kao *tabula rasa* (*Locke*), ili sa urođenim moralnim kompasom i predispozicijom za moralnost i empatiju, i sa osećajem dobrog i ispravnog ili lošeg i pogrešnog, pravde i nepravde.

Nepredvidivo je do kakvih saznanja može dovesti ubrzani razvoj nauka o čoveku i kakve refleksije one mogu da imaju na koncept pravde i prava!

Sadržaj, funkcije i svrhe pravne estetike: forma i vrednosti prava

1. Proširivanjem predmeta estetskog vrednovanja (estetika svakodnevnog života, lepota prirode, kvalitet ljudskog života itd.), u njegovom fokusu ulazi i pravo. "Estetička intervencija" u ovoj naizgled hladnoj i racionalnoj sferi povelja i zabrana nadilazi ravnište umetničke obrade brojnih pravnih tema i metafora, poput često razrađene teme u svim oblastima umetnosti o osudi nevinog čoveka. Ona sažima u sebi ideju koja je kroz biblijsku legendu o suđenju *Isusu Hristu* po-

stala pokretač čitave višemilenijumske duhovne ere zapadnog sveta, uvodeći pitanja pravde i nepravde u samom središtu ljudskog racionalnog i emotivnog sveta.

Novo estetičko učenje o pravu, utemeljenog na postulatu ispravnog (pravednog) prava kao izraza težnje za pravdom i poštovanjem ljudskog dostojanstva i prirodnih sloboda i prava, nadilazi redukciju estetskih sudova na njegovu formu (pozitivno pravo, zakoni). Nije neuobičajeno da pravnici kažu da je određeni zakon "dobar". Poznavaoci istorije prava smatraju da su velike kodifikacije, poput *Justinijanovog Corpus Juris Civilis-a* (6. vek) ili *Napoleonov Code Civile* iz 1806. godine, "lepe", jer nisu samo kompleksne i funkcionalne, već promovišu precizan pravni stil koji pravne povelje prenosi kao svakom razumljive. Crnogorci su do danas, s pravom, uzdizali "lepotu" *Bogišićevog Opšteg imovinskog zakona za Crnu Goru* iz 1888. godine, koji je zaslužio takvo priznanje zbog lepote i bogatstva narodnih mudrosti i pouka, koje se pridružuju citatima poznatih rimskih pravnika (*Paulus* i dr.), da bi bolje objasnili njegove odredbe u duhu narodnih tradicija i pravila slovenskog običajnog prava.

2. Do aktualizacije pravne estetike u prošlom veku je došlo najpre pod uticajem uglavnom književne estetike. Tako u tekstu o poeziji u pravu *G. Grimm* poentira da su zakon i poezija "začeti u istoj postelji", a *H. Fehr* u svojoj trilogiji o umetnosti i pravu iz 1930. godine ističe da pravo, kao i književnost, teži ka afektaciji adresata njegovih poruka ne samo na racionalnom već i na emocionalnom ravništu (usp. *Fischer-Lescano,* 2016: 5). Stoga je savršeno u skladu sa prirodom stvari da pravna misao, zakonodavac i sud koriste forme retorike, umetnosti, arhitekture i pozorišta kako bi pojačali efekte zakona.

Nasupot ranijem krutom stavu da pravo ne može biti predmet estetskih sudova, preuveličana je i tvrdnja da je ono prvoklasni estetski poduhvat jer, bez obzira na etička ili politička stajališta ili interese koje izražava, oni treba da budu artikulisani i ostvareni putem medijuma koji ima estetsku dimenziju (*Schlag*, 2002: 1049). Ipak, njegovo estetsko vrednovanje ne može se svesti samo na posmatranje određenih elemenata, kao što je forma ili jezik prava, osmišljenih tako da obezbede veću prihvatljivost zakona, bez obzira na njegove funkcije i svrhe. Forma ili jezik prava se ne može razlikovati od njegovog sadržaja i svrhe koji su presudni za uvek složeno, racionalno-emocionalno prihvatanje njegovih normi. Iza forme prava i institucija koje ga provode može da bude sakriveno najteže zlo i nepravda. I nemački zakoni za vreme *Hitlera,* ili sovjetski pod *Staljinom*, bili su ukrašeni praznim formulacijama o pravima čoveka i njihove jednakosti, iza kojih je stajala zločinačka mašinerija masovnih uništavanja ljudskih života i fundamentalnih civilizacijskih vrednosti!

3. Širu perspektivu usklađivanja naizgled nepomirljivih pogleda na odnos između estetike i prava nudi preispitivanje shvatanja o pojmu (lepe) umetnosti i postupno napuštanje stava da estetika, odnosno estetički sudovi moraju da budu ograničeni samo na umetnost. Da li je, u svetlu takvog pristupa, bilo nepopravljive pogreške u definiciji prava koju su dali rimski pravnici: *jus est ars boni et aequi* (*Celsus*): pravo je umetnost (umeće) dobrog i pravednog!

U savremenoj pravnoj misli ovaj pristup se probija pozivanjem na semantičke, istorijske i sociološke argumente naročito u američkoj pravnoj misli (*Geares, Douzinas* et al.). Profesor prava u Coloradu *Schlag* (2002: 1050) u svojoj studiji o estetici američkog prava polazi od teze o preispitivanju i relativizaciji konvencionalne koncepcije estetike u svetlu antičke filozofske misli, fokusirajući se na elemente koji se odnose na estetske aspekte stvaranja i identiteta prava: sistemsku, dinamičku, perspektivističku i disocijativnu estetiku (*ibidem*: 1055). Prva se odnosi na unutrašnju sistematiku i strukturu pravnog poretka; sledeća, dinamička (energetska) estetika, izražava progresivnu i reformatorsku funkciju prava, predstavljajući sliku prava kao strelicu usmerenu prema budućnosti, stalno pod dinamičnom napetošću u kojoj se pronalaze prave mere pomirenja, ravnoteže između pravnog pravila i zahteva za njegovo prilagođavanje situacijama koje se menjaju u stvarnom životu; treća, perspektivistička estetika, polazi od posmatranja prava u određenom kulturnom, društvenom i vrednosnom kontekstu, determinisanog shvatanjem o pravnim vrednostima koje se razlikuju od jedne do druge istorijske epohe i prostornih razlika, što zahteva stalnu potrebu usklađivanja "teksta" zakona sa "kontekstom"; četvrta, disocijativna estetika je radikalizacija perspektivizma i podrazumeva pomirenje različitih značenja koja različiti subjekti daju pravu (sudija i advokat).

Ova koncepcija, usredsređena pre svega na spoljnu sliku prava (sistem, forma itd.), u nedovoljnoj meri objašnjava njegovu vrednosnu osnovu koja ima ključni značaj za bilo koji estetski aspekt i zapostavlja saznanje da se forma, kao i sadržaj prava određuju u veoma kompleksnom procesu stvaranja i primene prava. Tako, od jednog estetskog stajališta polazi zakonodavac koji stvara zakon, od drugog sudija, koji je suočen sa potrebom da se pravna norma primeni na određeni slučaj, ali iza svih mora da postoji unutarnja vrednosna vertikalna i horizontalna osa.

4. Poseban aspekt "sociološke estetike" prava razvija nemački profesor *Fischer-Lescano*, posmatrajući ga kao pojavu koja svoje funkcije vrši putem audio-vizuelnih kanala (zakon je pisani tekst i govor, parnica je usmena, sudska presuda je pismena itd.). Ali pravno znanje (prema *Luhmannu*) nije ni tekst ni slika ili reč, već određeni stav, ideja, vrednost, postulat koji pronalazi svoj izraz audio-vizuel-

nom komunikacijom. U modernom dobu komunikativnog diskursa (*Habermas*), pravno znanje je određeno društvenim uslovima i fragmentirano je, policentrično, između mišljenja i spoljnog sveta. Ono je spoj idealnog i realnog, ideje prava i društvene i pravne stvarnosti. Dakle, pravo nije uniformno i ima za svoju osnovu razlikovanje prava (pravnog) i neprava (nepravnog), a ne racionalnu pravnu logiku i aracionalnog spoljnog sveta (*Fischer-Lescano,* 2016: 2). Centralno pitanje, sa stajališta ovog učenja, je utvrđivanje da li pravna racionalnost ima odgovarajući odnos prema nepravu, odnosno da li pravo u razlikovanju prava od ne-prava stvara dovoljno kompleksnu sliku tog odnosa. Ako pravo uspe da razvije samorefleksiju o razlici između prava i ne-prava, može se oblikovati kao autonomni sistem koji je sposoban da se suprotstavi savremenim pojavama merkantilizacije, militarizacije ili naučne kolonizacije. Sredstvo za postizanje takvog cilja je estetika, kao disciplina koja tematizuje veze i kontraste, harmoniju i slaganje, suprotnost i analogije na način kojim se izbegava artificijelno razdvajanje između racionalnog i iracionalnog.

Naglašavanjem sistemskog karaktera prava i uravnoteženosti njegove forme sa antropocentričnim sadržajem koji sačinjavaju prirodne slobode i prava pojedinca, ova koncepcija se primiče ka sledećem ključnom elementu pravne estetike – harmonije, moći prava da uravnoteži suprotstavljene snage pravde i nepravde, prava pojedinca i društvenih nužnosti. To je upravo aspekt pravne estetike čije objašnjenje potiče još iz vremena antičke filozofije prava. U "Državi" (Republika), *Platon* povezuje svoju teoriju o državi sa muzikom i osnovnim estetskim principom harmonije (398b–399s, 410b–412e). Ideju *paideia*-e (u rimskom pravu učenje *humanitas*-a *Cicerona* kao preduslov za postizanje ideala harmonične države i političkog sistema) obnavljala *Schiller* u 19. veku kao osnovu učenja o državi i političkom sistemu.

5. Na ideju da pravna estetika odražava određeni spoj idealnog i realnog, koegzistenciju "siromaštva lapidarnog stila" i "bogatog osećaja pravde" u pravu, poslednjih decenija su razvijene brojne studije, usredsređene uglavnom na koncept blizak *Platonovom* učenju: o odnosu prava i muzike, igre, spektakla, pozorišta itd. Njihovo polazište je stav da pravo nije pod uticajem samo suvoparnih i pragmatičnih, već i aracionalnih faktora koji imaju emocionalne efekte. U tom smislu, posebno se istražuje njihov uticaj na sudiju u donošenju presude, kao procesa primene pravnih normi koji se zasniva ne samo na argumentima razuma već i na emocionalnoj intuiciji.

Sledeći ključni elementi pravne estetike – kulturni fon prava i pravda, postaju sastavni deo pravno-estetičkog učenja pojavom *Radbruchove* "Filozofije prava" (objavljene 1932). U opštem delu svog sistema u jednom od petnaest poglavlja

posvećenih opštim kategorijalnim pojmovima, on posebno izdvaja estetiku prava (par. 14). Razumevanje njegove koncepcije pravne estetike pretpostavlja prethodno objašnjenje njegovog učenja o pravu kao kulturnom fenomenu. Posebno i stvarno ljudsko carstvo koje nastaje u društvu je, prema njemu, ukupnost kulturnih pojava ili kultura, koja uključuje pojave stvarnosti povezane sa nekom vrednošću. Te pojave se ne mogu obuhvatiti samo pomoću spoznaje, već pre svega razumevanjem, a takve su umetnost, moral i nauka, među njima i pravo kao kulturni fenomen koji je jedinstvo posebne egzistencije i trebanja. Pravo je komponovano od stvarnosti, ideje prava i pravne norme. Njegov pojam je izveden iz ideje prava koja u sebi izražava ideale za što bolje regulisanje života u zajednici, a njen specifičan izraz je ideja pravde (*Radbruch*, 2006: 38). Pravo je stvarnost čija je svrha da služi pravnoj vrednosti; pravo je volja za pravdom, a pored pravde vrhunske pravne vrednosti su celishodnost i pravna sigurnost. U tom kulturnom kontekstu, pripadnosti prava i umetnosti istoj kulturnoj matrici, u kojoj su fenomeni stvarnosti povezani sa vrednostima do kojih se dolazi spoznajom, ali i razumevanjem i emocionalnim prihvatanjem, povezanost prava i umetnosti je više nego prirodna. Njihova povezanost je takva da se pravo može koristiti sa umetnošću, a umetnost sa pravom, jer kao i bilo koji kulturni fenomen, pravu su potrebna sredstva izražavanja: govor, gestikulacija, odeća, simbol, zgrade. Takođe, kao i bilo koji drugi fenomen, pravo može ući kao građa u umetnosti, u istinskom području estetskog vrednovanja. Stoga je potrebno tražiti estetiku prava (*ibidem*, 111). Polazeći od te teze, *Radbruch* podseća na rani istorijski period rađanja ljudske civilizacije u kojem nije bilo podele kulturnih područja, koja su bila spojena – pravo, običaj i moral, pravo i umetnost, tako da mnogi autori s pravom govore o "poeziji u pravu" ili o književnom mitološkom oblikovanju prava kroz predstave *Themide* i *Dike*. Kasnijim razdvajanjem kulturnih područja, pravo i umetnost se sve više razilaze, tako da pravo postaje najgrublja forma kulturnog stvaralaštva, a umetnost najpromenljiviji oblik izražavanja nestabilnog duha vremena, živeći u uzajamnom kulturnom neprijateljstvu. Ali, možda je upravo zahvaljujući takvom razdvajanju prava izražena njegova specifična estetska vrednost, koja nije nastala uplitanjem drugih oblasti umetnosti, a dokaz o tome je pravni jezik, koji je uspeo da se izgradi potpunim odvajanjem prava od ostalih kulturnih područja, stičući svoju estetsku posebnost. Pravni jezik je hladan, odbacuje osećanja, oporit je, kompaktan i negira svaku nameru da podučava. itd., i na taj način izražava samouverenu moć države da britkim jezikom nametne svoje povelje iza kojih stoji njena prinuda. S druge strane, jezik borbe za pravo i druge estetske vrednosti su svojstvene pravnoj misli i sudskom presuđivanju. Takva su "elegantna" rešenja koja, kroz zaslepljujuće izraze mudrosti i logičkog zaključivanja, svedoče o sposobnosti sjajnih pravnih mislilaca, kao što je *Celsus*, da "na pojedinačnom slu-

ju razvijaju opšte pravilo koje, sažeto u najzbijenijem jezičnom obliku poleće poletnom snagom izreke i bleskom munje obasjava predeo". Ta elegancija se može svesti na formulu *simplex sigillum veri* (jednostavnost je znak istine), koja izražava mišljenje da je lepota znak istine, a estetska vrednost merilo logičke vrednosti. U toj eleganciji je kod svih naroda razvijena književna tradicija "mudrog sudije".

6. Koncept prava kao objekta estetskih sudova suočava se s njegovom definicijom kao kompleksan pojam koji sažima ideje i vrednosti prava, pozitivno pravo, primenu zakona i pravedne sudske presude. Bez jednog od ovih elemenata pravo ne može da se ocenjuje kao pravedno (ispravno), a samo kada oni postoje i nalaze se u unutrašnjem jedinstvu, može se govoriti o dobrom, odnosno ispravnom i lepom pravu. Otuda se postavlja pitanje da li sud o lepoti prava obuhvata sve, ili se može fokusirati samo na neke od elemenata njegovog pojma. Može li, na primer, i najkrasnorečiviji zakon biti dobar ako je nepravedan? Da li je moguće da pomoću dobre argumentacije pobedi neispravna interpretacija zakona, koja rezultira nepravednom presudom?

Nasuprot integralističkog pristupa koji nužno implicira celovitost estetskog vrednovanja prava u svim njegovim sastavnim elementima, pojedini autori smatraju da lepota (estetika) prava može da se traži samo u sferi pravne argumentacije i tumačenja, a da samo pravo – zakoni, njegove institucije, ne mogu da budu objekt estetskih sudova u proceni (*Bernatchez,* 2019: 87). "Lepota" zakona može se dovoditi u pitanje samo sa aspekta konačnog rezultata njegove primene sudskom presudom, tako da samo presuda može biti "lepa" i pravedna ili obrnuto. Nasuprot toga, zakoni ne mogu biti predmet estetskog vrednovanja, s obzirom na njihov imperativni karakter (*dura lex sed lex*, *lex jubeat, non disputet* itd.).

Dok u kontinentalnom pravu ovaj spor uglavnom ostaje u senci tradicije zakonskog prava, koja ostavlja malo prostora za estetsko vrednovanje samog zakona, u anglosaksonskom pravu on se odvija u drugačijoj perspektivi, otvorenoj konceptom "prava u primeni", koji se oslanja na precedentno pravo. Uvažavanje sudskih presuda kao sudskih presedana prema doktrini *stare decisis* dovodi u samom središtu rasprave o lepoti prava pravnu argumentaciju i hermeneutiku kao područje kreativne uloge sudije u stvaranju i primeni prava (*Dworkin*, 1994). 281: to je kao da nekoliko autora treba zajedno da napišu roman, u kojem svaki piše po jedno poglavlje koje se nadovezuje na prethodno: svaki mora, da bi roman uspeo, da pazi na koherentnost i uporedivost, kao i na lepotu svog poglavlja). Zasluga za proširenje polja estetskog vrednovanja prava pripada naročito novovekovnoj filozofsko-pravnoj hermenetici, koja napušta metod tumačenja jezika i jezičkih predstava misli kao zatvorenog misaonog sistema, okrećući svoj interes više ka pita-

njima nego ka odgovorima: interpretira iskaze kao odgovore na pitanja koja treba razumeti (*Gadamer,* 2000: 64).

7. Isticanje postulata vladavine prava kao temeljnog principa koji garantuje poštovanje univerzalno priznatih prirodnih sloboda i prava i njihove sudske zaštite, prirodno je povezano sa zahtevom za jačanje nezavisnosti i nepristrasnosti suda i za proširivanje njegove slobode tumačenja i primene zakona. Otuda estetizacija prava podrazumeva da sudija ne može tumačiti zakon bez da smatra da je njegovo tumačenje najbolje od svih mogućih, polazeći od principa pravde i drugih osnovnih vrednosti koje imaju moralni sadržaj. Putem sudske presude kojom se izriče pravda u konkretnim slučajevima, lepota prava dobija intersubjektivni smisao kada je kao pravednu prihvata i subjekt na koga se odnosi (*Bernatchez*, 2019: 98). U tumačenju pravne norme, shvaćene kao njeno razumevanje i legitimizaciju kroz argumentativni diskurs, posebno značajno mesto zauzima korišćenje argumenata pravde i pravičnosti (usp. *Zippelius*, 2005: 57). Pravnoj normi treba dati značenje koje predstavlja emanaciju ideje pravde, jer je osnovna funkcija prava pravedno rešavanje i donošenje pravednih presuda u konkretnim slučajevima. Primena ovog argumenta zahteva da se u nadmetanju različitih argumenata u konkretnom slučaju odabere onaj koji vodi do najpravednijeg rešenja.

Estetski sud da je presuda lepa (pravedna) ne može se ograničiti na sudiju i subjekta na koga se odnosi, već ona mora biti prihvaćena kao pravedna i za druge, odnosno da ima određeni objektivni i opšti značaj. Jer pravda kao istina i lepota, kao i sama lepota, nije samo subjektivna kategorija koja zavisi od osećanja pojedinca, već je i proizvod kulture određene epohe (*Schwartz,* 1987: 145). U jednoj važnoj i često citiranoj presudi engleskih sudova (M*R v Sussex Justices*, *ex parte McCarthy* (1924), *Lord Chief Justice Hewart* kaže: "Nije samo bilo kakvog, već je od suštinskog značaja da pravda ne samo da treba da bude data, već da je očito i nesumnjivo vidljivo da je data".

8. Zakon, kao i presuda koju donosi sudija, moraju biti ubedljivi za svakoga da su pravedni kroz prizmu danas dominantne paradigme prava – prirodne ljudske slobode i prava i s tim konceptom povezane ključne uloge suda kao garanta pravde. Ispravno (pravedno) pravo postaje glavni instrument za stvaranje novih vrednosti i humani i održivi razvoj savremenog društva. U fokusu estetike ulazi pravo kao integralni sistem vrednosti, normi i instituta za njegovu primenu koji imaju opšte i objektivno značenje, a njegovo estetsko vrednovanje je fokusirano na pravdu kao njegovoj vodećoj ideji: lepi (dobri, ispravni) su samo oni zakoni i sudske presude koje su pravedne i odgovaraju istini kao jedne od najviših pravnih vrednosti.

Pravda je osnovno načelo raspodele prava, dužnosti i odgovornosti: jednako sa jednakima, različito prema različitima, u skladu s ljudskom merom proporcionalnosti i simetrije. Postulat pravde je stalni napor da se čini ono što je ispravno, a pod ispravnim se podrazumeva ono što se smatra prirodnim i što se suprotstavlja nasilnom ometanju težnje za harmonijom ljudskih prava i društvene nužnosti. Dakle, forma i sadržaj prava moraju da predstavljaju jedinstvo, koje osigurava unutrašnju koherentnost principa i pravila izvedenih iz njegovih polaznih ideja i vrednosti. Usklađenost i unutrašnja harmonija koja značajno utiče na položaj pojedinca u društvu i harmoničnost društvenih odnosa obavezuje zakonodavca da stvara pravo saglasno opštoj volji građana, na pretpostavci da se oni pokoravaju pravilima koja korespondiraju sa njihovom voljom za pravdu.

Pravna estetika je učenje o lepoti ne samo spoljne slike prava – njegove forme, sistema, harmoničnosti njegovih kategoričkih pojmova i kompatibilnosti pozitivnog prava i njegove primene sa njegovim polaznim osnovama, vrednostima i principima, već i njegove inherentne, suštinske dimenzije – vrednosti na koje je pravo orijentisano i podstiče ih, razvija i štiti. Svet može da spasi samo pravo koje ovaploćuje Pravdu, Lepotu i Istinu u spoju najvišeg Dobra u *Platonovoj* vrednosnoj trijadi.

ZAKLJUČAK

Jedan od sve značajnijih pravaca preispitivanja savremenog koncepta prava i njegove krize u uslovima globalne i sveobuhvatne krize, koja je pre svega vrednosnog karaktera, postaje pravna estetika, kao filozofsko-pravno učenje o lepom, odnosno dobrom pravu. U uslovima hiperinflacije pravnih normi, nekoordinacije supranacionalnih, nacionalnih i subnacionalnih sistema, izvora prava i mehanizama za njihovo funkcionisanje, ono se pojavljuje kao rezultat saznanja potrebe za uspostavljanjem reda, unutrašnje harmonije i simetričnosti, kao pretpostavke za ostvarivanje univerzalnog koncepta o prirodnim ljudskim slobodama i pravima i principa vladavine prava.

Vođena zahtevom za uspostavljanjem čvrste arhitektonike prava koja odgovara tim zahtevima, pravna estetika ima za ciilj razvijanje jasnih kriterijuma, prema kojima ideal lepog i dobrog prava može da bude ostvaren na temelju apsolutnih ideja pravde, istine i prirodnih ljudskih sloboda i prava, koji treba da određuju ne samo njegovu formu već i njegov sadržaj i ciljeve.

Kao učenje o ispravnom (pravednom) i lepom pravu, pravna estetika je bitan elemenat pravnog obrazovanja, profesionalne etike, pravne kulture i svesti, i viši unutrašnji zakon za zakonodavca u donošenju zakona i za sudiju u njihovom tumačenju i primeni.

Academician VLADO KAMBOVSKI
Full Professor, Faculty of Law
"Iustinianus Primus", Skopje

BEAUTY OF JUST LAW: AN ESSAY IN LEGAL AESTHETICS

Summary

We are living in a time of rethinking legal and political concepts through the confrontation of classical doctrines with the rapid transformation of modern society, which has at its core the emergence of universal, natural and "innate" human rights on the one hand, and the democratic rule of law on the other. In the dramatically changed social conditions of the civilization crisis and the decline of all moral values, they become the subject of serious debate almost all aspects of the importance and the being of law, which instead of man and his valuesbeing human and its values are oriented towards its management systems, becoming confusion by irrational and ugly laws subordinated to utilitarian political, economic, or other ends.

There is, therefore, no coincidence in the emergence (as *deus ex machina*) of aesthetic learning between the confusing debates about the crisis of law and its future, as well as in the philosophical concepts which they seek to explain. Its main purpose is to redefine and modernize the idea of the law dating back (two millennia ago) to Roman legal thought: *jus est ars boni et aequi* (*Celsus*).

Is the law today "beautiful", that is, "good"? And under what conditions can it be and be considered such? The debate on legal aesthetics plays an important role in its design as a hopeful rational way for human deliverance from the overall sense of defeat and ugliness. Especially when society, like the Macedonian one, strides along side paths that can easily lose sight of human dignity.

Key words: Crisis of Law, Aesthetics of Law, Justice, Just Law, Good Law

Bibliografija

Bernatchez, Stéphane, (2017): Oh! Le beau droit. La pertinence du jugement esthétique pour le jugement juridique, Le Cahiers de droit, 58 (1-2)

Carneiro, Maria Francisca, (2011): Law and Aesthetics. Available at SSRN: https://ssrn.com

Dworkin, Ronald, (1994): L'empire du droit, Paris

Fischer-Lescano, Andreas, (2016): Sociological Aestethics of Law, Law, Culture and Humanities, I-26

Gadamer, Hans-Georg, (2000): Um u doba nauke, Beograd

Grubor, Nebojša, (2010): Platonova estetika lepog, Arhe VII, 13, Filozofski fakultet, Beograd

Kambovski, Vlado, (2010): Filozofija na pravoto, Skopje

Kinley, David, (2003): Human Rights, Globalization and the Rule of Law: Friends, Foes or Family?, Sydney Centre Working Paper 16, Sydney

Muller, Sam, Zouridis, Stavros, Frishman, Morly and Kistemaker, Laura (editors), (2012): The Law of the Future and The Future of Law, Volume II, The Hague

Petražicki, Lav Josifovič, (1999), Teorija prava i morala, Podgorica

Platon, (1969): Država, Beograd

Radbruh, Gustav, (2006), Filozofija prava, Beograd

Rowls, John, (1988): The Priority of Rights and Ideas of the Good, Philosophy and Public Affairs, Vol. 17, No. 4

Savio, Roberto, (2019): The Precipitous Barbarisation of Our Times, Other Newz, Voices Against the Tide, online Jul 22 2019

Schlag, Pierre, (2002): The Aestethics of American Law, Harvard Law Review 1047

Schwartz, Louis, (1987): Justice, Expediency, and Beauty, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 136:14

Uzelac, Milan, (2003): Estetika, Novi Sad 2003, www.uzelac.eu

Zippelius, Reinhold, (2005): Juristische methodenlehre, 9. Aufl., München

IGOR KAMBOVSKI

PRAVO NA PRIVATNOST I ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA

– Od starog Rima do savremene Evrope –

Privatnost označava intimni deo života pojedinca, stanje mira, neometanja, spokojnost. Privatnost nije pravni pojam, ali jeste shvatanje o onom delu ljudskog života koji treba da ostane suvereno pravo individue, kako će i na koji način raspolagati svojom intimom, svojim ličnim podacima, svojim tajnama i svojim unutrašnjim svetom. Pod privatnim životom podrazumijevamo onu sferu našeg života u kojoj nismo zavisni o institucijama, pravilima niti o bilo kakvoj moralnoj prihvatljivosti. Međutim, čovek je društveno biće, učestvuje u javnom životu, stupa u odnose, postaje dostupan drugima. Svaki čovek je unikatno živo biće, sa svojim ličnim biološkim karakteristikama, ali i sa društveno prepoznatljivim individualnim osobinama koje ga izdvajaju od ostalih: ime, prezime, datum rođenja, matični broj, krvna grupa, adresa, telefonski broj, broj kreditne kartice, sve su to lični podaci koji spadaju u deo identiteta svakog pojedinca. U različitim fazama razvoja čovečanstva, privatnost i lični podaci imali su različit društveni tretman i vrednost. Ovaj rad predstavlja hronologiju društvenih i pravnih shvatanja i uređivanja ljudskih prava na privatnost i zaštitu ličnih podataka, od starog Rima do savremenih evropskih država i društva.

Ključne reči: *privatnost, lični podaci, zaštita*

PRIVATNOST PRE XX VEKA

Privatnost je osnovno ljudsko pravo. To je pravo suprotno stanju javnosti i označava pravo na nepoznatost, tajnost, neuznemiravanost. Terminološki, pojam

---

Dr Igor Kambovski, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta "Goce Delčev", Štip, Makedonija.

privatnost potiče od latinske reči privatus, koja znači lični, tajni, koji nije državni, koji pripada jednoj ličnosti, vlastit, neslužben, skriven, poverljiv… U starom Rimu, taj termin je označavao lice koje je bilo izdvojeno iz javnog života. U drevnoj hijerarhiji vrednosti država je bila postavljena na mnogo viši nivo od čoveka, čovek je bio samo mali fragment države. U takvom društvu nije bilo ljudskih prava ili zaštite takvih prava. U 14. veku, u vreme renesanse i razvoja humanističke filozofije, čovek je postepeno zauzimao centralno mesto u društvu.

Humanistička filozofija života bavi se ljudskim dostojanstvom i poštovanjem njegovih sposobnosti. Jedan od najranijih zakona koji sadrže odredbe o individualnim pravima u društvu je engleski Zakon o miru iz 1361. godine (The Justices of the Peace Act[1]). Razvoj filozofske misli i kulturne delatnosti u tom razdoblju se sve više okreću ka položaju čoveka u društvu, a posebno njegovom dostojanstvu. Želju da se zakonskim osnovama i pravima zaštite ljudska prava ispunila je Velika francuska revolucija usvajanjem Deklaracije o ljudskim i građanskim pravima iz 1789.[2] godine (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen). Deklaracija je sadržavala proglas o slobodi govora, okupljanja i udruživanja, veroispovesti, pravu na nepovredivost imovine, i postala je pravna osnova sistema građanskog društva. Kasnije, termin Privacy je od strane dvojice istaknutih pravnika, Brandeis i Warren, u članku "The Right to Privacy" objavljenom u 1890. godini u Harward Law Review[3], po prvi put određen kao "Individual's right to be left alone", ili pravo da se bude pušten ili ostavljen na miru.

SAVREMENA SHVATANJA O PRIVATNOSTI

Savremena percepcija privatnosti formirana je posle Drugog svetskog rata. Velika stradanja i poniženje pojedinaca i čitavih grupa, pa i nacija, naterali su čovečanstvo da promeni sistem vrednosti i da postavi ljudsko dostojanstvo i zaštitu ljudskih prava na najvišu lestvicu društvenih vrednosti. 10. decembra 1948. Generalna skupština OUN usvojila je Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (Universal Declaration of Human Rights)[4]. Ako želimo da pravilno shvatimo značaj zaštite ličnih podataka kao sastavnog dela zaštite ljudskih prava, pogledajmo

[1] The Justices of the Peace Act, *http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/34/1,* 08.10.2019.

[2] Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789*, 08.10.2019.

[3] The Right to Privacy, *https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=5#metadata_info_tab_contents,* 08.10.2019.

[4] Universal Declaration of Human Rights, *https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/* 10.10.2019.

preambulu Univerzalne deklaracije: "Pošto je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu; pošto je nepoštovanje i preziranje ljudskih prava vodilo varvarskim postupcima, koji su vređali savest čovečanstva, i pošto je stvaranje sveta u kojem će ljudska bića uživati slobodu govora i ubeđenja i biti slobodna od straha i nestašice proglašeno kao najviša težnja svakog čoveka; pošto je bitno da ljudska prava budu zaštićena pravnim poretkom kako čovek ne bi bio primoran da kao krajnjem izlazu pribegne pobuni protiv tiranije i ugnjetavanja; pošto je bitno da se podstiče razvoj prijateljskih odnosa među narodima; pošto su narodi Ujedinjenih nacija u Povelji ponovo proglasili svoju veru u osnovna ljudska prava, u dostojanstvo i vrednost čovekove ličnosti i ravnopravnost muškaraca i žena i pošto su odlučili da podstiču društveni napredak i poboljšaju uslove života u većoj slobodi; pošto su se države članice obavezale da u saradnji s Ujedinjenim nacijama obezbede opšte poštovanje i primenu ljudskih prava i osnovnih sloboda; pošto je opšte shvatanje ovih prava i sloboda od najveće važnosti za puno ostvarenje ove obaveze; Generalna Skupština proglašava Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima kao zajednički standard koji treba da postignu svi narodi i sve nacije da bi svaki pojedinac i svaki organ društva, imajući ovu Deklaraciju stalno na umu, težio da učenjem i vaspitavanjem doprinese poštovanju ovih prava i sloboda i da postupnim unutrašnjim i međunarodnim merama obezbedi njihovo opšte i stvarno priznanje i poštovanje kako među narodima samih država članica, tako i među narodima onih teritorija koje su pod njihovom upravom.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je prvi univerzalni pravni dokument koji se bavi isključivo ljudskim pravima i slobodama. Deklaracija sadrži 30 članaka koji sadrže politička, građanska, socijalna, kulturna i druga prava i obaveze država i pojedinaca da ih poštuju. Pravo na zaštitu privatnosti je sadržano u članu 12. Univerzalne deklaracije: Niko se ne sme izložiti proizvoljnom mešanju u privatni život, porodicu, stan ili prepisku, niti napadima na čast i ugled. Svako ima pravo na zaštitu zakona protiv ovakvog mešanja ili napada. Na taj način je, po prvi put u modernoj istoriji, javno deklarisano poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske kao osnovnim ljudskim pravom.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je od suštinskog značaja za izgradnju pravnih okvira u oblasti ljudskih prava i sloboda, kao i za stvaranje pravnih normi za zaštitu ličnih podataka. Njeni principi su postepeno postali deo ustava mnogih država u svetu. Ostvarivanje ljudskih prava u društvu dovelo je do promena u društvenom sistemu i režimu u mnogim zemljama. Deklaracija je doprinela ukidanju kolonija, padu mnogih diktatura, borbi protiv rasizma, ksenofobije i drugih oblika ljudske netolerancije. Deklaracija je bila inspiracija za stvaranje mnogih nacionalnih i međunarodnih normi o ljudskim pravima.

Dok moderno doba donosi nove probleme i sukobe između država, Deklaracija ne gubi na značaju u globalnom društvu. Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima takođe je inspirisano stvaranje Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pravo na zaštitu ličnih podataka jedna je od osnovnih ljudskih sloboda i prava zagarantovanih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima iz 1951. godine i Konvencijom Evropske unije o osnovnim pravima iz 2000. godine.

U Londonu, 5. maja 1949. godine je osnovan Savet Evrope, koji u Statutu (Statute of the Council of Europe)[5] sadrži odredbe o ljudskim pravima, koje definiše kao: "duboku posvećenost duhovnim i moralnim vrednostima koje su zajedničko nasleđe naroda i primarni izvor o principima slobode pojedinca, političkim slobodama i pravne države, koji su temelji svake istinske demokratije". Pod snažnim uticajem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Savet Evrope 1950. (4. novembra u Rimu) usvaja Konvenciju o zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[6] (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). Konvencija je prvi i najvažniji dokument Saveta Evrope o zaštiti ljudskih prava i sloboda. Zaštita privatnosti navedena je u članu 8 ove konvencije: - Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog doma i prepiske. -Javne vlasti se ne mešaju u ostvarivanje ovog prava, osim ako je takvo mešanje predviđeno zakonom i ako predstavlja meru koja je u interesu državne i javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih u demokratskom društvu. Savet Evrope je usvojio Konvenciju u cilju postizanja većeg jedinstva među evropskim državama, kao i da bi ljudska prava i slobode opisane u Univerzalnoj deklaraciji, bile ugrađene u ustavne principe zemalja članica i tako doprinele razvoju demokratija u Evropi posle rata. Evropska konvencija o ljudskim pravima postala je prvi i najvažniji dokument Saveta Evrope na polju zaštite ljudskih prava i sloboda. Konvencija je stupila na snagu 18. maja 1953. godine i potpisale su je i ratifikovale sve države članice Saveta Evrope. Republika Makedonija ratifikovala je ovu konvenciju 10. aprila 1997. godine.

PRIVATNOST PRED IZAZOVIMA TEHNOLOŠKOG RAZVOJA I INTERNETA

Što se tiče zaštite ličnih podataka na nacionalnom nivou, neke države su svoju zakonodavnu aktivnost usredsredile isključivo na kompjuterski obrađene

[5] Statute of the Council of Europe, *https://rm.coe.int/1680306052,*16.10.2019.

[6] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005,* 18.10.2019.

podatke, dok su druge uzele ovaj problem u širem kontekstu obrade ličnih podataka, odnosno bilo kojim tehničkim sredstvima. Međunarodno iskustvo je postepeno pokazalo da se zaštita ličnih podataka ne može obezbediti samo na nacionalnom nivou. Povećanje količine ličnih podataka koji se prenose između država, razvoj kompjuterskih tehnologija, uspostavljanje međunarodnih baza podataka, sve veće kretanje ljudi preko državnih granica, porast međunarodne saradnje u oblasti nauke i istraživanja stvaraju potrebu za međunarodnom koordinacijom u pogledu zaštite ličnih podataka. Neophodno je bilo uskladiti principe zaštite ličnih podataka i ravnomerno definisati rizike povezane sa njihovim prenosom. Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), koja je 1969. pripremila studiju o prenosu podataka preko državnih granica za potrebe javnog sektora, objavila je i Vodič za zaštitu privatnosti i prenos ličnih podataka preko državnih granica (Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)[7]. U pripremi ovog dokumenta OECD je sarađivao sa Savetom Evrope, koji je tada pripremio Konvenciju o privatnosti. Ovaj dokument prvi put definiše izraze koji će se kasnije koristiti u svim ostalim pravnim normama. Izraz "kontrolor" definiše se kao subjekt koji po zakonu mora da snosi osnovnu odgovornost za aktivnosti u vezi sa obradom ličnih podataka. Definisani su i pojmovi "subjekt podataka", "lični podaci", prenos preko granice i drugi.

Od 1980. godine, ovi su pojmovi postali široko korišćeni ne samo u zakonima država članica OECD-a, već i u međunarodnom pravu. 70-ih i 80-ih godina prošlog veka doživeli smo značajan razvoj tehnologija u oblasti kompjuterske i komunikacione tehnologije. Savet Evrope je konstatovao da savremene tehnologije sa svojim mogućnostima obrade informacija predstavljaju nove rizike za privatnost subjekata. Želja da se izbegnu takvi rizici inspirisala je Savet Evrope da pripremi pravno obavezujući dokument koji sadrži osnovne principe za obradu ličnih podataka subjekata, posebno u slučaju kompjuterske obrade podataka ili druge automatske obrade. 1968. godine Parlamentarna skupština Saveta Evrope zatražila je od Saveta ministara da istraži kako konvencije o ljudskim pravima i nacionalni zakoni pojedinih država članica obezbeđuju zaštitu privatnosti u razvoju savremene nauke i novih tehnologija. Konačna analiza pokazala je da nacionalne pravne norme ne štite u dovoljnoj meri privatnost i druga osnovna prava subjekata, posebno u pogledu razvoja automatskih baza podataka, nivoa tehničkog razvoja i mogućnosti za obradu podataka. Na osnovu tih nalaza Komitet ministara je usvojio dve Rezolucije o zaštiti podataka u periodu 1973-74. Rezolucija

[7] Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data,*https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm,* 20.10.2019.

(73) 22 utvrđuje principe zaštite privatnih podataka u privatnom sektoru (Resolution on the Protection of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector)[8], a Rezolucija (74) 29 utvrđuje slične principe u javnom sektoru (Resolution on the Protection of Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector)[9]. Istraživanje je pokazalo da s povećanjem obima ličnih podataka koji se prenose preko državnih granica i sa porastom obima međunarodnih baza podataka, nije dovoljno riješiti pitanja privatnosti isključivo nacionalnim propisima pojedinih država, već je potrebno usvojiti međunarodne norme koje bi mogle omogućiti harmonizaciju i koordinirani pristup državama članicama. Donošenje obe rezolucije nije rešilo sve probleme privatnosti tokom obrade ličnih podataka i već je tokom pripreme oba teksta bilo jasno da će biti potrebno pripremiti i izdati dokument koji će sveobuhvatno rešiti probleme u ovoj oblasti. Isti zaključci doneti su i na Evropskoj konferenciji ministara pravde 1972. godine.

Konvencija o zaštiti pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS 108)[10], usvojena 28. januara 1981. godine u Strazburu, postala je prva zakonska norma za zaštitu ličnih podataka u Evropi. Takođe, ova Konvencija je referentni dokument za zaštitu osoba u vezi sa automatskom, posebno kompjuterskom, obradom ličnih podataka. Konvencija uvodi osnovne definicije, principe, prava i obaveze prilikom obrade ličnih podataka. Postupno su Konvenciju ratifikovale države članice Saveta Evrope – do 1. oktobra 2019. godine to je učinilo 46 država članica i 9 država koje nisu članice Saveta Evrope. Republika Makedonija ratifikovala je Konvenciju 24 marta 2006 godine. Konvencija je takođe referentni dokument Evropske komisije prilikom pripreme sopstvene Direktive o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnom protoku tih podataka. Kako se odredbe Direktive EU ne odnose na obradu ličnih podataka u oblasti javnog reda, odbrane, državne bezbednosti i krivičnog prava, EU zahteva usklađivanje pravnog poretka sa Konvencijom 108 o obradi podataka u tim oblastima. Zaštita podataka iz drugog i trećeg stuba prema Ugovoru iz Maastricht-a mora biti u skladu s Konvencijom. Konvencija po prvi put definiše termin "lični podaci" kao bilo koje informacije koje se odnose na identifikova-

[8] Resolution on the Protection of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector, *https://rm.coe.int/16804d1c51,* 20.10.2019.

[9] Resolution on the Protection of Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector, *https://rm.coe.int/16804d1c51*, 20.10.2019.

[10] Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, *https://rm.coe.int/1680078b37,* 20.10.2019.

no fizičko lice ili lice koje se može identifikovati; ili izraz automatska obrada kao operacija obrade ličnih podataka koristeći automatizovane metode. Prema Konvenciji, obrada uključuje snimanje podataka na elektronskim medijima, izvođenje logičkih ili aritmetičkih operacija, promenu, brisanje, preuzimanje ili proširenje podataka. Ali, važnije od definisanja je postavljanje uslova za kvalitet obrađenih ličnih podataka. Tako, lični podaci moraju biti:

a) primljeni i obrađeni pravedno i savesno, u skladu sa zakonima. Zahtev za pravednom i savesnom obradom je u duhu Konvencije kao primarne norme u oblasti ljudskih prava. Lične podatke treba pribaviti pravedno, na način kako bi građanin podatke direktno dostavio ili bio informisan od strane kontrolora o tome kako su ih dobili;

b) podaci moraju biti prikupljeni u konkretne, jasne i zakonite svrhe i ne smiju se koristiti na način koji je nespojiv sa tim svrhama. Zahtjev za utvrđivanjem svrhe obrade jedan je od ključnih principa zaštite podataka. Onaj koji želi prikupiti i dalje obrađivati lične podatke o fizičkim subjektima mora unapred odrediti svrhu obrade i ta svrha mora biti poznata subjektu podataka. U tom pogledu, nije dozvoljeno prikupljanje i obrada ličnih podataka bez jasne i unapred određene svrhe;

c) podaci moraju biti odgovarajući i moraju se odnositi na svrhu zbog koje su prikupljeni. Unapred određena svrha ograničava količinu ličnih podataka koji se mogu prikupiti. Osoba koja prikuplja lične podatke radi dalje obrade mora unapred utvrditi da li je neki od dostupnih ličnih podataka potreban za ispunjenje određene svrhe. U suprotnom, baza prikupljenih ličnih podataka će biti preobimna;

d) Podaci moraju biti tačni i ažurni. Potreba za ažuriranjem povezana je sa određenom svrhom. Na primer, podaci o adresi pacijenata ili osiguranika moraju se ažurirati kako bi se zdravstvena ustanova ili osiguravajuća kompanija osigurale da bilo koji pisani dokument stigne na tačnu adresu. Naprotiv, podaci u zdravstvenoj dokumentaciji koji opisuju razvoj bolesti i efikasnost lečenja takođe bi trebalo da budu ažurirani, ali njih ne treba ispravljati, jer je jasno da se zdravstveno stanje pacijenta s vremenom menja i da bi se korekcijom izgubile važne informacije;

e) Podaci moraju da se čuvaju u obliku koji omogućava identifikaciju predmeta ličnih podataka, ne duže od vremena potrebnog za ispunjavanje svrhe u koju su podaci prikupljeni. Trajanje skladištenja ličnih podataka postaje čest predmet rasprave i spora. Razumljivo je da oni koji prikupljaju lične podatke žele da ih čuvaju što je duže moguće, ali dugoročno čuvanje ličnih podataka može imati negativne posledice po privatnost ljudi. Stoga se dužina skladištenja podataka uvi-

jek treba odrediti s obzirom na svrhu u koju su prikupljeni. Tako, na primer, lične podatke prikupljene u nekoj marketinškoj nagradnoj igri ne treba čuvati duže od dana izvlačenja nagrada. S druge strane, podaci koji su deo medicinske dokumentacije o zdravstvenom stanju pacijenta, njegovih zdravstvenih problema, lečenja, indikacije lekova trebalo bi da se čuvaju tokom celog života pacijenta. Takvo trajanje čuvanja podataka je apsolutno u skladu sa svrhom za koju je prikupljena zdravstvena dokumentacija.

Od 1. januara 1999. godine, akti Evropske zajednice o zaštiti fizičkih lica u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnom protoku takvih podataka primenjuju se na institucije osnovane Amsterdamskim ugovorom. Time je zaštita ličnih podataka postala deo Ugovora o osnivanju Evropske zajednice i sastavni deo primarnog prava. 1995. godine usvojena je Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 95/46/EC o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnom protoku takvih podataka (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24. October 1995. on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data)[11]. Države članice EU morale su odluke i principe iz ove Direktive uključiti u svoj pravni poredak u roku od tri godine od njenog usvajanja. Direktiva je tako postala pravni propis, sa kojim se moraju uskladiti svi nacionalni propisi, ne samo zemalja članica već i država kandidata koja su podnela zahtev za članstvo u EU. Prilikom pripreme ove Direktive, Evropska komisija se rukovodila gore pomenutom Konvencijom br. 108. Neki principi zaštite podataka su prošireni i usavršeni kako bi se bolje rešilo ovo pitanje u Evropskoj zajednici, ali su takođe uključeni i drugi aspekti problematike zaštite privatnosti fizičkih lica u savremenom društvu U preambuli Direktive se, između ostalog, navodi da sistemi za obradu podataka služe ljudima, bez obzira na državljanstvo ili prebivalište, te da se moraju osigurati osnovna prava i slobode tih ljudi, naročito pravo na privatnost.

Sledeći veliki pravni akt koji se, među ostalom, odnosi i na pravo privatnosti, jeste Povelja o osnovnim pravima Evropske unije(2007/C 303/01 - Charter of Fundamental Rights of the European Union)[12]. Povelja o osnovnim pravima Evropske unije objavljena je 7. decembra 2000. godine u Nici; ona predstavlja zbir osnovnih ljudskih vrednosti Unije. Njena svrha navedena je u Preambuli: "Svesna

[11] Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046*, 21.10.2019.

[12] Charter of Fundamental Rights of the European Union, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2007%3A303%3ATOC,* 21.10.2019.

svog duhovnog i moralnog nasleđa, Unija je utemeljena na nedeljivim, univerzalnim vrednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti; ona se zasniva na načelima demokratije i vladavine prava. Ona stavlja pojedinca u središte svojih aktivnosti, uspostavljanjem građanstva Unije i stvaranjem prostora slobode, bezbednosti i pravde". Zaštita privatnog i porodičnog života i zaštita ličnih podataka uređeni su članovima 7 i 8: Svako ima pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i komunikacije. Svako ima pravo na zaštitu podataka o svojoj ličnosti. Takvi podaci moraju biti obrađeni pošteno za (unapred) određenu svrhu i na osnovu informisanog pristanka osobe ili na nekom drugom legitimnom osnovu uređenom zakonom. Svako ima pravo da pristupi prikupljenim podacima o svojoj ličnosti i ima pravo da zatraži njihovu ispravku. Postupanje po ovim pravilima je pod kontrolom nezavisnog organa. Ova Povelja je bila na snazi do 30.11.2009. godine, kada je zamenjena novom Poveljom o osnovnim pravima Evropske Unije (2010/C 83/02)[13].

U međuvremenu, uzimajući u obzir ekspanziju novih tehnologija i komunikacija, Evropski parlament i Savet su pripremili još jedan pravni propis koji se izričito odnosi na zaštitu privatnosti i ličnih podataka kod elektronskih komunikacija. To je Direktiva br. 2002/58/EC o procesiranju ličnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru elektronskih komunikacija (Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector - Directive on Privacy and Electronic Communications)[14]. Ova Direktiva upotpunjuje prethodne aktivnosti i regulativu, naročito u delu upotrebe savremenih alata i tehnologija za obradu podataka i kontrole elektronske komunikacijske infrastrukture. Svi podaci se obrađuju na način koji ne utiče na prava pojedinaca, ne obrađuju se na njihovu štetu, odnosno podaci se obrađuju u skladu sa zakonima o zaštiti ličnih podataka i drugim zakonima koji regulišu pravo na privatnost. Takođe, sredstva kompjuterske i telekomunikacijske tehnologije i prenosa podataka neće biti u sukobu sa normama pristojnosti, ljudskog dostojanstva i poštenog ponašanja. Lica čiji se lični podaci obrađuju, prenose, skladiraju i koriste moraju biti sigurna da takve aktivnosti ne stvaraju rizik po njihovo pravo na zaštitu osnovnih prava i sloboda.

[13] Charter of Fundamental Rights of the European Union, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2010.083.01.0389.01.ENG,*21.10.2019.

[14] Directive on Privacy and Electronic Communications, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058,* 21.10.2019.

OPŠTA REGULATIVA O ZAŠTITI PODATAKA (GDPR) – TRAJNO REŠENJE

Konačno, pod konstantnom globalnom pretnjom ugrožavanja prava na privatnost i zaštite ličnih podataka, posle četvorogodišnje legislativne aktivnosti, 27. aprila 2016. godine Evropski Parlament i Savet su doneli Regulativu (EU) 2016/679 za zaštitu fizičkih lica sa posebnim osvrtom na procesiranje ličnih podataka i slobodno kretanje tih podataka (GDPR – General Data Protection Regulation)[15]. Ova Regulativa je stupila na snagu 25. maja 2018. godine. Ovaj pravni akt je dočekan sa strahopoštovanjem od strane kompanija u EU i šire, pre svega, iz razloga što uređuje neke "sive" zone koje su se pojavile i razvile paralelno sa razvojom tehnologije. Regulativa predstavlja svojevrsnu nadogradnju nekadašnje Direktive 95/46 koja je doneta još u vreme kada se pojavio internet i kada je bio izuzetno malo zastupljen i korišćen u Evropi.

U međuvremenu su se desile drastične tehnološke promene, ekspanzija interneta, elektronskih komunikacija i elektronske trgovine, tako da je Direktiva 95/46 već postala zastarela. U eri migracija trgovine i biznisa na internetu i neverovatne razmere monetizacije ličnih podataka koje su korisnici ustupali internet kompanijama kao "naknadu" za pristup njihovim servisima, nakon čega su lični podaci postali predmet trgovanja između internet servisa i trgovaca, javila se potreba za promenu pravnog okvira. Takođe, države članice EU nisu imale unificiranu legislativu, a prethodni okvir je dozvoljavao veliki stepen slobode državama članicama da pravila privatnosti prilagode svojim unutrašnjim prilikama (donošenjem posebnih zakona), što je neminovno vodilo ka nejednakom stepenu zaštite ovog veoma važnog prava. Evropska Unija se upustila u reformu pravnog okvira koji uređuje zaštitu prava privatnosti i ličnih podataka kako bi uklonila regulatorne probleme i prepreke za kreiranje jedinstvenog digitalnog tržišta. GDPR, u svojoj suštini, ne nudi neka posebna iznenađenja ili nešto što do tada nije bilo poznato. Osnovni postulati, propisani prethodnim aktima EU ostaju nepromenjeni: svaka obrada podataka mora da bude transparentna, zakonita i pravična. Svaka kompanija koja na internetu prikuplja lične podatke svojih klijenata ili posetitelja na sajtu, moraće da postavi link sa Politikom privatnosti, koju klijent treba da pročita da bi doneo odluku da li će nastaviti na tom sajtu.

Princip ograničavanja svrhe podrazumeva da oni koji obrađuju podatke mogu koristiti podatke u svrhe koje su izričito objašnjene i opravdane. Princip minimiziranja podataka znači da bi potrebne informacije trebale biti relevantne

[15] General Data Protection Regulation-GDPR, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679*, 22.10.2019.

za njegovu svrhu i ograničiti se na ono što je neophodno. Dalje, načela istinitosti i tačnosti, prema kojim treba ukloniti ili popraviti netačne podatke. Princip ograničavanja procesa skladištenja obavezuje kompanije da čuvaju podatke u obliku koji omogućava identifikaciju osoba i da taj proces ne traje duže nego što je potrebno u svrhe u kojima se lični podaci obrađuju. i, na kraju, princip integriteta i poverljivosti, kao garant da su preduzete sve potrebne mere kako bi se osigurala pretpostavka da su svi lični podaci zaštićeni.

GDPR nudi novi pristup u metodologiji razrade pravila, bolju sistematizaciju i jasnoću, kao i drakonske sankcije za nepoštovanje tih pravila. Takođe, iako je reč o dokumentu koji pravno obavezuje države članice EU i države sa kandidatskim statusom, GDPR predviđa eksteritorijalnu primenu svojih pravila, kada se radi o podacima lica koja su pod jurisdikcijom EU, u vezi sa njihovim aktivnostima u Evropskoj Uniji. Na primer, kompanija iz Srbije ili Makedonije koja nudi brzu isporuku robe (brzu poštu) njemačkim državljanima u Nemačkoj, bila bi dužna da primeni pravila GDPR, iako je registrovana u državi koja nije članica EU. Isto, ako vi (vaša kompanija) posedujete, čuvate, obrađujete podatke o bar jednom državljaninu EU, bez obzira na to gde se vaša kompanija nalazi, onda vi (vaša kompanija) podležete propisima i sankcijama GDPR-a. Što se tiče sankcija, one su stvorile veliku pometnju i strah kod kompanija, s obzirom na to da su izuzetno visoke (4% godišnjeg prometa ili 20 miliona evra za bitne povrede, i polovina od toga za manje bitne povrede).

Koja su prava fizičkih lica koja pruža GDPR u pogledu zaštite ličnih podataka? Pristup informacijama – svako fizičko lice ima pravo da zna koje su informacije o njemu sačuvane u kompjuterima, serverima ili pisanim registrima i datotekama (medicinska evidencija, poreska evidencija, katastar, bankovni računi i evidencije); mogućnost promene podataka – fizička lica imaju pravo tražiti od upravljača podataka (kontrolira) da ispravi, blokira, ukloni ili uništi detalje o njima ako su netačni ili sadrže mišljenje zasnovano na pogrešnim informacijama; prekin i obustava procesiranja podataka – može se tražiti da bilo koji kontrolor za prikupljanje ličnih podataka ne obrađuje podatke koji se odnose na određeno lice, ili one čija obrada može prouzrokovati ozbiljne povrede ugleda i časti tog lica (međutim, postoje i situacije kada kontrolori nisu uvek u obavezi da ispune zahtev o prekidu ili obustavi procesiranja podataka!); zabrana direktnog marketinga-kontrolor prikupljanja podataka dužan je da ne obrađuje podatke o nekom određenom licu za potrebe direktnog marketinga ako to lice podnese takav zahtev (na primer, svako lice ima pravo da zaustavi primanje neželjenih e-poruka - spam poruka); onemogućavanje automatizovanog odlučivanja - to znači da se svako može suprotstaviti nekoj odluci koja zadire u njegovu ličnu sferu podataka, pod uslovom da je odluka donesena automatski, bez učešća ljudskog faktora u donošenju

odluka; mogućnost institucionalne zaštite – svaka država mora uspostaviti institucionalni sistem zaštite ličnih podataka, odnosno mora osnovati telo (agenciju, upravu, direkciju) za zaštitu ličnih podataka kod koje svaki građanin može uputiti prigovor ili žalbu sa zahtevom da se proveri dozvoljenost obrade podataka koje se odnose na njega.

Primeri ličnih podataka koji najčešće cirkulišu na internetu, elektronskoj komunikaciskoj infrastrukturi i na društvenim mrežama su ime i prezime određene osobe, mesto rođenja, datum rođenja, matični broj, telefonski broj, porodični status, bankovni račun, broj kreditne kartice. Lični podaci su ključ privatnosti osobe. U različitim situacijama, isti podaci za neku osobu mogu se smatrati ličnim podacima ili ne moraju, u zavisnosti od toga da li se osoba može identifikovati ili ne na osnovu tih podataka (na primer, kućna adresa je lična, jer tačno identifikuje dotičnu osobu kada se informacije prenose stanovnicima u toj ulici gde se nalazi kuća). Moramo biti svesni da ispunjavanjem različitih obrazaca svakog dana otkrivamo svoju privatnost.

Tako, na primer, u aplikacijama za kredit, nagradne igre, osiguranje, aplikacije za posao, kupovini popusta u supermarketu, detalje o sebi uglavnom ostavljamo sami. Nisu svi lični podaci podjednako zaštićeni. Postoje osetljivi lični podaci koji su posebno zaštićeni. Lični podaci koji otkrivaju rasno i etničko poreklo, politička uverenja, verska uverenja, zdravstveno stanje ili seksualnu orijentaciju su posebna kategorija ličnih podataka. U pogledu ovih podataka postoji zabrana njihove obrade, osim u izuzetnim slučajevima predviđenim zakonom. Moguće pretnje privatnosti zloupotrebom ličnih podataka ograničene su samo maštom onoga ko to želi. U uslovima brzog razvoja informacionih tehnologija, mogućnost zloupotrebe ličnih podataka građana postaje još veća i ozbiljnija.

Zakon štiti privatnost građana, ali zakon je samo jedan korak ka toj zaštiti. Najvažnije od svega je svest kod građana i pojedinaca da su njihovi lični podaci zaštićeni u onoj meri koliko će oni sami dozvoliti da ih javno izlože. Što manje eksponiranja, to je manji rizik od povrede prava na privatnost. Najvažnije je da građani budu svesni ovog prava i da znaju kako ga ostvariti. Bilo koji lični podatak o zdravstvenom stanju osobe, koji se deli izvan zakonskih odredaba, može naneti ozbiljnu ličnu, reputacijsku, pa čak i materijalnu štetu toj osobi. Nezaštićeni lični podaci bankovnih podataka mogu biti osnov za ozbiljno kršenje privatnosti i imovine. Postoje i radikalni primeri krađe identiteta. Ako osoba može prikupiti brojne podatke o Vama sačuvane u različitim bazama podataka i ako ih uspe objediniti, ta osoba može u potpunosti konstruisati Vaš identitet i počiniti zločin, posebno na mreži, kao da ste Vi to uradili. To nije lako učiniti, niti se dešava često, ali što više informacija o nekoj osobi postoje u različitim bazama podataka,

verojatnost i rizici od povrede prava privatnosti i zloupotrebe ličnih podataka su sve veći.

IGOR KAMBOVSKI, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, "Goce Delčev"
University of Štip, Macedonia

RIGHT TO PRIVACY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA – From ancient Rome to modern Europe

Summary

Privacy denotes the intimate part of an individual's life, a state of peace, unobstructed, peacefulness. Privacy is not a legal term, but it is an understanding of that part of human life that should remain the sovereign right of the individual, how and in what way they will dispose of their intimacy, their personal information, their secrets and their inner world. By private life we mean that sphere of our life in which we are not dependent on institutions, rules or on any moral acceptability. However, man is a social being, participates in public life, enters into relationships, becomes available to others. Every human being is a unique living being, with his or her personal biological characteristics, but also with socially recognizable individual traits that set him apart from others: name, surname, date of birth, identification number, blood type, address, telephone number, credit card number – those are personal information that belongs to each individual's identity. At different stages of development of civilisation and humanity, privacy and personal information had different social treatment and value. This paper presents a chronology of social and legal understandings and regulation of human rights to privacy and the protection of personal data, from ancient Rome to modern European states and societies.

Key words: privacy, personal data, protection

ZORAN JELIĆ

PRILOG KRITICI DOKTRINE O NAUČNOJ BEZVREDNOSTI JURISPRUDENCIJE

– Pravna nauka između zakonskog i pravničkog prava –

Nastala na osnovama rimske pravne misli, kao sinonim za poznavanje "božanskih i ljudskih stvari", čiji univerzalni uticaj na pravno obrazovanje traje gotovo neprekidno od antičkog vremena do danas, jurisprudencija ili normativna pravna nauka je, uprkos tome, često bila izložena nihilističkom omalovažavanju, odnosno naučnom nipodaštavanju.

Najradikalniju tezu o naučnoj bezvrednosti jurisprudencije, izneo je u prvoj polovini 19. stoleća nemački pravnik Julijus fon Kirhman, da bi docnije sličan stav počeli da zagovaraju i pojedini marksistički teoretičari, polazeći od gledišta da je pravni pogled na svet tipičan proizvod buržoaske ideologije koja je osuđena da završi na smetlištu istorije.

Nemerljiva zasluga u borbi protiv negiranja naučne vrednosti jurisprudencije svakako pripada Hansu Kelzenu, koji je svojim učenjem dao krupan doprinos afirmaciji njene egzaktnosti i tako omogućio da postane punopravni član opštepriznatog korpusa društvenih nauka.

Ključne reči: *Julijus fon Kirhman (Julius von Kirchmann), naučna bezvrednost jurisprudencije, Hans Kelzen (Hans Kelsen), Čista teorija prava, borba protiv negiranja naučne vrednosti jurisprudencije*

U V O D

(1) Kao teorija i interpretacija pozitivnog prava, jurisprudencija se, obično, smatra jedinom istinskom naukom o pravu, mada je – naročito u novije doba –

Dr Zoran Jelić, publicista, Beograd.

po rečima Artura Kaufmana (1923–2001), često trpela prigovor da nema nikakvu naučnu vrednost.[1]

Sličnu tvrdnju nalazimo i u impozantnom delu najpoznatijeg američkog pravnika Roska Paunda (1870–1964), objavljenom pod naslovom "Jurisprudencija", gde se ukazuje na činjenicu da postoji mišljenje po kojem "nema pravne nauke, već samo veštine odlučivanja u sporovima ili savetovanju parničara, ili predviđanja toka sudskog i upravnog postupka".[2]

U tom kontekstu, jedan od velikana pravne misli i sigurno najveći pravnik minulog stoleća, Hans Kelzen (1881–1973) napominje da je jurisprudencija ili normativna pravna nauka tokom dve hiljade godina, u stvari, bila jedini način intelektualnog prilaženja fenomenu prava (pored čistog istorijskog pristupa) i da otuda nema nikakvog razumnog razloga zbog čega bismo bili dužni da odreknemo ime "nauka" toj neprekidnoj tradiciji intelektualnog obrađivanja pozitivnog prava.[3]

Svakako je vrlo teško ako ne i nemoguće ne složiti se u načelu sa navedenom Kelzenovom tezom, ukoliko se imaju u vidu mesto i uloga jurisprudencije u društvenom životu od antike do naših dana, kao ukupnosti pravnonaučnog znanja, pravne prakse i pravnog obrazovanja. U starom Rimu gde je postigla izuzetno visok ugled i neupitan autoritet, jurisprudencija je, po viđenju istaknutog rimskog pravnika Ulpijana (D.1.1.10), bila sinonim za poznavanje božanskih i ljudskih stvari i predstavljala nauku o onom što je pravično i onome što je nepravično. Ulpijan takođe ističe da pravnike ponekad nazivaju sveštenicima pravde, s obzirom na činjenicu da služe pravdi i posvećuju se saznanju šta je dobro i pravično; da odvajaju pravično od nepravičnog; da razlikuju dozvoljeno od nedozvoljenog i da na taj način promovišu istinitu, a ne lažnu filozofiju.

Međutim, nezavisno od činjenice što je rimska pravna misao prerasla ekonomske i društvene prilike u kojima je nastala i transformisala se u opštu civilizacijsku tekovinu, tj. tradicionalnu jurisprudenciju, pravna nauka u tom svom autentičnom obliku povremeno je bila izložena ne samo omalovažavanju već ponekad i *radikalnoj* negaciji. Tako, primera radi, tvorac teorije međunarodnog prava i modernog učenja o prirodnom pravu, Hugo Grocijus, u svom čuvenom delu

[1] Up. Artur Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Gutembergova galaksija, Beograd–Valjevo, 1998, str. 49.

[2] Up. Rosko Paund, *Jurisprudencija* knj. I, JP Službeni list SRJ – CID Podgorica, 2000, str. 11.

[3] Up. Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998, str. 222.

"O pravu rata i mira" ("De iure belli ac pacis")[4] naglašava da su mnogi jurisprudenciju nameravali da svedu u okvire nekog teorijskog sistema, ali da u tome nije uspeo niko ("*Artis formam ei imponere multi antehac destinarunt: perfecit nemo*"). Da bi takav poduhvat bio uspešan, mora se, po njemu, pozitivno pravo razlučiti od prirodnog koje se, budući da uvek ostaje isto, lako može objediniti u teorijsku nauku. S druge strane, veli Grocijus, pozitivno pravo je promenljivo i na različitim mestima različito, pa se stoga nalazi izvan sistema teorijske nauke.

(2) Kulminacija negiranja tradicionalne nauke o pozitivnom pravu, utemeljene na načelima rimskog prava, kao fundamentalnog ogranka tzv. pravničkog prava (Juristenrecht), došla je do svog punog izražaja u 19. stoleću kada je nemački pravnik Julijus fon Kirhman, u svom čuvenom predavanju održanom 1848. godine u Pravničkom društvu u Berlinu, ustvrdio da jurisprudencija nema naučni karakter, tj. da se radi o potpuno bezvrednoj duhovnoj tvorevini.[5] Njegovim putem, ali sa drugačijih ideoloških pozicija, nastavili su da osporavaju naučnu vrednost jurisprudencije marksistički teoretičari, posebno zastupnici sovjetske pravne teorije tzv. ranog razdoblja, polazeći od stava da je pravni pogled na svet proizvod retrogradne buržoaske ideologije osuđene da završi na smetlištu istorije i da je rodno mesto prava ekonomija, a ne država, odnosno da osnovnu ćeliju pravnog fenomena čini specifični društveni odnos zasnovan na sukobu klasnih, pre svega ekonomskih interesa, a ne norma kao mrtva papirna apstrakcija. Sličan teorijski pristup u modernoj varijanti danas zagovara Škola ekonomske analize prava u SAD na čelu sa Ričardom Poznerom.

U tom kontekstu karakteristična je i ocena o građanskoj jurisprudenciji data u poznatom delu Petra I. Stučke, objavljenom 1921. godine pod nazivom "Revolucionarna uloga prava i države", gde ovaj istaknuti sovjetski autor saopštava da je, pregledavši brdo "nove i najnovije" buržoaske literature, otkrio da se "ta nauka nije pomerila s mesta ni za korak i da je njen položaj beznadniji nego ikada".

(3) Poglede sovjetske teorije ranog perioda (1918–1928) u osnovi je u našoj sredini prihvatio Ljubomir Tadić u dva članka objavljena u sarajevskom časo-

[4] Up. Hugonis Grotii *De iure belli ac pacis, Prolegomena,* tač. 30, izdanje Lugduni Batavorum, E. J. Brill, 1939.

[5] Up. Julijus. fon Kirhman, *Bezvrednost jurisprudencije kao nauke*, Dosije studio, Beograd, 2017, i Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Manutius Verlag, Heidelberg, 1988. Pored Kirhmana, kao jednog od najpoznatijih zagovornika nihilističkog stava prema jurisprudenciji, Ljubomir Tadić navodi i Hjustona Stjuarta Čemberlena (Houston Stewart Chamberlain, 1855–1927), po kome se pravna nauka, u stvari, svodi na tehniku.

pisu "Pregled", br. 5/56 i br. 11–12/1957,[6] kao i u studiji "Predmet pravnih nauka" (Dosije, Beogrd, 2004). U pomenutim radovima, on dovodi u sumnju naučnost jurisprudencije, redukujući je takoreći na ogoljeni normativizam i smeštajući njene pojmove i kategorije u sferu ideologije, s tim što ujedno tvrdi da ona ne može biti jedina nauka o pravu, budući da se mora voditi računa da, osim nje, egzistiraju ravnopravno pravna istorija, pravna sociologija i pravna filozofija koje takođe ulaze u korpus pravnih nauka. No, Lj. Tadić ipak priznaje da kad kažemo "pravna nauka", mi obično i pre svega mislimo na jurisprudenciju, kao najrasprostranjeniji naziv i oblik znanja o pravnom fenomenu, čija su karakteristična svojstva dogmatičnost, kazuistika i tehnika. U vezi s tim, ugledni francuski sociolog prava, Žorž Gurvič, ističe da bi bilo veoma značajno, a radi izbegavanja svake metodološke konfuzije, saglasiti se da je jurisprudencija ili "pravna nauka" samo veština za praktične ciljeve.[7] Naime, tvrdi ovaj pisac, samo sociologija prava i filozofija prava mogu biti zaista teorijske discipline, dok se jurisprudencija, zapravo, svodi na društveni inženjering. Na izloženo shvatanje nadovezuje se u domaćoj pravnoj literaturi gledište prof. dr Saše Bovana, autora jednog lucidno napisanog udžbenika iz sociologije prava, po kome su pravna dogmatika, uopšteni izraz "pravna nauka" i jurisprudencija, zapravo tri različita naziva za delatnost tumačenja normi, koja je samo jedna veština i ništa više od toga.[8] Prof. Bovan, u stvari, zastupa stanovište da je sociologija prava sintetička i jedina moguća nauka o pravu i, u vezi s tim, ukazuje na njen integralni karakter, a naročito na činjenicu da je svaki pravnik sociolog u praksi.

Ma koliko bila zavodljiva, sociološka koncepcija pravnog fenomena, u krajnjoj liniji je, ipak, naučno neodrživa. Pre svega, kako primećuje H. Kelzen, mora se imati na umu da sociološka pravna nauka koja ima pretenziju da zameni tradicionalnu jurisprudenciju ili normativnu pravnu nauku, pretpostavlja normativni pojam prava i, što je još važnije, ne postoji nijedan opis jednog pravnog poretka koji bi bio izgrađen prema principima sociološke pravne nauke. Ono što se zove

[6] Reč je o člancima "Kakva nam je nauka o pravu potrebna" (1956) i "Sovjetska teorija prava u periodu od Oktobarske revolucije do 1928. godine". Po Lj.Tadiću, pojam prava može se graditi na području zakona i normi, tj. rodno mesto prava može se tražiti u državi, što nas vodi u empirizam i normativizam, a može se takođe tražiti u društvu (konkretno istorijski određenom društvu), što nas upućuje na primenu sociološkog metoda.

[7] Up. Žorž Gurvič, *Sociologija prava*, CID Podgorica, 1997, str. 26.

[8] Up. Saša Bovan, *Osnovi sociologije i sociologija prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP "Službeni glasnik", Beograd, str. 166, u vezi sa str. 131, fusnota 76. Od istog autora videti i knjigu *Paradigmatski koreni sociologije prava*, Dosije, Beograd, 2004, str. 121.

sociološkom pravnom naukom, zaključuje, sa razlogom Kelzen, nije ništa drugo da skup prostih metodoloških zahteva.[9]

(4) Izloženi letimičan pogled nekolikih pogleda usmerenih na omalovažavanje, odnosno negaciju naučnog karaktera jurisprudencije, odabranih po metodu slučajnog uzorka, predstavlja, zapravo, niz konstatacija i ocena, nedovoljno analitički utemeljenih da bi mogli ozbiljno da dovedu u pitanje egzistenciju normativne pravne nauke u korpusu pravnih nauka. Štaviše, u okviru tog korpusa jurisprudencija je bila i ostala vodeća, pa čak jedina disciplina, jedini oblik pravnog znanja koji je, uprkos mnogim osporavanjima, često nihilističkim i bespoštednim, opstao na području pravnog obrazovanja od antičkog do našeg doba, potvrdivši time svoju trajnu vitalnost i vrednost.

Radi bliže eksplikacije teme ovog rada, u daljem tekstu ćemo sučeliti Kirhmanove teze,[10] kao najpoznatije i najdoslednije doktrine o bezvrednosti pravne nauke, sa odgovarajućim stavovima i opredeljenjima Čiste teorije prava, čiji je tvorac Hans Kelzen uspeo da, posle izuzetno puno uloženog truda i napora, dokaže, na briljantan način, naučnost jurisprudencije i svoje učenje pretvori u neiscrpan izvor plodnih ideja od značaja za neprekidno unapređivanje pravne misli i prakse.

KRITIČKA ANALIZA TEZA O NAUČNOJ BEZVREDNOSTI JURISPRUDENCIJE

(1) U omalovažavanju statusa, mesta i uloge jurisprudencije u ljudskom društvu, koje je, štaviše, preraslo praktično u njenu negaciju, najdalje je, kao što je već nagoviješteno, u svojim, inače vrlo atraktivnim, tezama otišao nemački pravnik Julijus fon Kirhman (Julius Hermann von Kirchann, 1802–1884), čije čuveno predavanje pod naslovom "Bezvrednost jurisprudencije kao nauke" iz 1848. godine, i sada privlači respektivnu pažnju unutar teorijske pravne misli zbog pokrenutih određenih delikatnih pitanja koja još uvek čekaju da budu egzaktno rešena. Moglo bi se čak reći da su kod nas relativno malo poznati pravnik, kao što je Kirhman, i najveći pravnik minulog stoleća Hans Kelzen, dva ekstremna antipoda u jurisprudenciji: prvi je u svojstvu radikalnog nihiliste odricao svaku naučnu vrednost normativnoj pravnoj nauci, dok je drugi uzdigao ovu intelektualnu disciplinu na nivo stroge nauke, jedne vrste interpretativne ("normativističke") so-

[9] Up. H. Kelzen, *op. cit.,* str. 233.

[10] Akademik Danilo Basta, u pogovoru napisanom povodom objavljivanja na srpskom jeziku Kirhmanovog predavanja iz 1848. godine, kaže da je ovaj autor tim predavanjem pobudio "veliku pažnju i zanimanje, koji ni danas ne jenjavaju".

ciologije prava u duhu ideja Maksa Vebera, smatrajući da je ljudsko društvo prevashodno normativni fenomen. Na pomenuto obeležje Čiste torije prava koje se gotovo redovno zanemaruje, skrenuo je pažnju još Kelzenov učenik, a kasnije ljuti protivnik Fric Zander kada je zaključio da se Kelzenovo pravno učenje može, suštinski posmatrano, izjednačiti sa posebnom vrstom sociologije.[11] Uostalom, po Hermanu Kantoroviču (1877–1940), jurisprudencija, uzev uopšte, treba uvek da bude sociološki orijentisana, jer je dogmatika bez sociologije prazna, a sociologija bez dogmatike slepa.[12] Takva, neosporno tačna, konstatacija upućuje na zaključak da je jurisprudencija istovremeno pravna i sociološka disciplina shodno klasičnom načelu ubi societas ibi ius, tj. da je oblast znanja kompleksne prirode, čvrst spoj normativno-pravnih i sociooloških elemenata i da se nikad ne sme redukovati na formalnu logiku pozitivnog prava. Ako već tako stvari stoje, postavlja se opravdano pitanje zbog čega Kirhman, kao poklonik egzaktnog znanja, ignoriše ove činjenice i zastupa stanovište da je jurisprudencija bezvredna nauka. Kirhman je, doduše, potpuno svestan da je zadatak jurisprudencije isti kao i zadatak svih drugih nauka; ona svoj predmet treba da razume, da pronađe njegove zakone, obrazuje pojmovni aparat, utvrdi srodnost i povezanost sa drugim naučnim područjima i najzad, da svoje znanje sažme u jedan prost sistem. Ukoliko se, pak, pretpostavi da je jurisprudencija nauka koja zaostaje za drugim naukama, onda razlog valja, po Kirhmanu, tražiti u prirodi njenog predmeta, pa otud treba pristupiti njegovom upoređivanju, pre svega, sa objektima egzaktnih prirodnih nauka i utvrditi uzroke takvog zaostajanja.

Na osnovu, pak, ovakve komparativne analize, nedvosmisleno proizlazi da se tradicionalna pravna nauka, u stvari, ne bavi onim što je nužno, već onim što je slučajno, promenljivo, prolazno, nepostojano i sl., te time što slučajnost čini svojim predmetom, ona sama postaje slučajnost: dovoljne su, veli Kirhman, tri ispravke zakonodavca, pa da čitave biblioteke postanu makulatura.

Takođe, postojeće mane jurisprudencije i njeno zaostajanje za prirodnim naukama, po Kirhmanu, potiču i zbog njene ograničene mogućnosti da pristupi objektu koji istražuje ili obrađuje: pravna nauka bila bi kudikamo bolja i kvalitetnija kad bi mogla poput prirodnih nauka da neposredno priđe svom predmetu. Bliže rečeno, pravni fenomen obuhvata dva sloja – jedan, dubinski, unutrašnji, su-

[11] I u domaćoj literaturi postoji mišljenje da Kelzenov opus ima tesnih dodira sa sociologijom. Tako je npr. Radomir D. Lukić još 1951.godine u svom radu o Kelzenu, objavljenom u *Arhivu za pravne i društvene nauke*, br. 4/51, str. 629, konstatovao sledeće: "... pošavši od toga da oslobodi pravnu nauku od sociooloških elemenata, Kelzen završava unošenjem normativističkih elemenata u sociologiju ... i stvaranjem normativističke sociologije".

[12] Up. Herman Kantorovič, *Borba za pravnu nauku*, Dosije, Beograd, 2006, str. 109.

štinski i autentični ili takozvanu prirodu stvari, skup objektivno postojećih uslova u kojima i na koje se pravo treba i mora primenjivati, a izražava se u obliku prirodnog prava i drugi, spoljni, površinski koji čini pozitivno pravo, a stvaraju ga ljudi, polazeći od prirode stvari, odnosno prirodnog prava ili skupa osnovnih (temeljnih) principa, koji moraju biti prisutni u svakom ispravnom zakonodavstvu, jer se bez njih ne može zamisliti nikakvo, a kamoli valjano zakonodavstvo. Drugim rečima, svaki pozitivni zakon uslovljen je stepenom poznavanja prirodnog prava, od čega, u krajnjoj liniji, zavisi kakav će biti njegov kvalitet i kako će funkcionisti u praksi.

(2) Jedno od osnovnih polazišta Kirhmanovog pogleda na fenomen prava počiva na stavu da jedan narod može da egzistira bez jurisprudencije i njenih usluga, ali nikada bez normi sponatano nastalih saglasno prirodi stvari, ili preciznije izraženo, bez prirodnog prava koje svaki pojedinac ostvaruje u krugu svojih životnih aktivnosti. To pravo ne sastoji se samo u znanju nego i osećanju (u prvom redu, po nama, u osećanju pravde i pravičnosti), pa otuda ono ima svoje središte ne samo u čovekovoj glavi već i čovekovim grudima.

Pozitivni zakon, taj, po Kirhmanu, "hermafrodit bivstva i znanja", utkan je, međutim, između prirodnog prava i pravne nauke, vršeći štetan uticaj na oboje. Budući da se jurisprudencija bavi obradom pozitivnog zakonodavstva, sve njene mane potiču iz njenog predmeta koji je, po pravilu, opterećen nestabilnošću, kontradiktornostima, prazninama, nepostojanošću, dvosmislenostima i sličnim nedostacima, tako da je samo mali deo pravne nauke usredsređen na tumačenje relevantnih poruka zakonodavca. Drugim rečima, ona je, htela to ili ne, neizbežno prinuđena da svoju pažnju usmeri na brojne i raznovrsne nedostatke pozitivnih zakona kako bi iz njih eliminisala, pre svega, ono što je nejasno, pogrešno, zastarelo, samovoljno, nelogično, nedorečeno, konfuzno itd. Zbog takvog zadatka pravni poslenici su, zapravo, postali "crvi koji žive jedino od trulog drveta", imajući u vidu da su mahom orijenisani na ono što je u zakonu bolesno, a ne zdravo i što bi trebalo da bude njihov osnovni posao. Prema tome, umesto da bude sveštenica istine, jurisprudencija je zbog pozitivnog zakonodavstva postala sluškinja slučaja: iz etera neba, ona se spustila, tvrdi Kirhman, u kaljugu zemlje. Takođe, valja posebno istaći da je u svojoj krajnjoj određenosti pozitivni zakon čista samovolja; npr. zakonodavcu je potpuno ostavljeno na volju da postupa arbitrarno kad treba da propiše s kojom godinom počinje punoletstvo ili, pak, koliko iznosi opšti rok zastarelosti itd – na takva i slična pitanja apsolutno je nemoguće dati precizan odgovor koji bi nužno proizlazio iz prirode predmeta regulisanja.

Najzad, bezvrednost jurisprudencije, po Kirhmanu, ogleda se i u njenom minornom značaju za izgrađivanje pozitivnog prava. Generalno uzevši, pravnici,

po pravilu, ne učestvuju u stvaranju zakonodavstva, već u reprodukciji njegovog tačnog smisla i značenja. Tek kad pravno zdanje bude gotovo, na hiljade njih se sa svih strana sjate "kao gavranovi i gnezde se u svim kutovima" i tačku po tačku dograđuju ili razgrađuju svojim intelektualnim operacijama tu "plemenitu zgradu" tako da zakonodavac na kraju jedva može da prepozna vlastitu duhovnu tvorevinu. Ovu Kirhmanovu zamerku, u osnovi, prihvata i Rosko Paund kada se zalaže za takvu koncepciju prava koja može da navede pisce i profesore da svojim radovima postanu putokaz za sudove i zakonodavca, a ne da ih gotovo isključivo prate analitičkim delima koja treba samo da uvode red, sistematičnost i povezanost u postojeći pravni poredak[13]. Ovakva, po nama, inače sasvim prihvatljiva koncepcija, podrazumeva transformaciju pravne nauke iz reproduktivne u produktivnu naučnu disciplinu, koja bi se, u prvom redu, morala baviti izradom uzornih normativnih modela pravnih akata, pravnih instituta i pravnih rešenja, od značaja za usmeravanje izgradnje i razvoja važećeg pravnog poretka. U domaćoj pravnoj nauci u tom pogledu kao primer za ugledanje može da posluži delatnost Mihaila Konstantinovića (1897–1982), koji je svojevremeno napisao veći broj nacrta zakonskih tekstova čije ideje i principi i danas mogu da budu inspirativan putokaz za zakonodavca u traganju za optimalnim rešenjima prilikom uređivanja pojedinih relevantnih materija iz oblasti privatnog prava.[14]

(3) Ma koliko, na prvi pogled, izložene Kirhmanove kritičke primedbe na račun jurisprudencije izgledaju po sebi razumljive, logične, razložne i prihvatljive, njima po našem stanovištu nedostaje potrebna analitička utemeljenost. Uostalom, Kirhman je u svom usmenom predavanju, po prirodi stvari, morao da se ograniči na opšte konstatacije i ocene koje se uglavnom ne dovode u pitanje zbog svoje nesumnjive iskustvene osnove. Međutim, pošto se ovaj autor ne libi da izrekne konačan sud bez priziva o bezvrednosti tradicionalne jurisprudencije, on se mora neposredno sučeliti sa dijametralno suprotnim stanovištem koje zagovara konstituisanje jurisprudencije kao stroge naučne discipline usmerene na "formu i samo formu", tj. na ono što mu je u fenomenu prava opšte u pojedinačnom, apstraktno u konkretnom i konstantno u varijabilnom. Jedan takav, dosad najuspešniji poduhvat, predstavlja Kelzenova Čista teorija prava, čija je trajna vrednost postala ma-

[13] Up. Gvido Faso, *Istorija filozofije prava*, CID Podgorica – Univerzitet Mediteran, Montenegro, 2007, str. 601. Na str. 532–533 *op. cit.*

[14] Na ovom mestu treba se podsetiti da najznačajniji prilog Mihaila Konstantinovića domaćoj nauci i pozitivnom zakonodavstvu predstavlja *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (1969. god.), koja je, uz minimalne redakcijske intervencije, 1978. godine pretočena u Zakon o obligacionim odnosima.

nje-više, priznata u svetskim razmerama, uprkos brojnim osporavanjima i žestokim kritikama.

Kirhman, kako je već rečeno, zastupa gledište da jurisprudencija ljudskom društvu nije neophodna i da ono može da egzistira bez pravne nauke, ali ne i bez prirodnog prava koje spontano živi u narodu i koje svaki pojedinac ostvaruje u ponašanju sa drugima, bilo po navici bilo po ustaljenom automatizmu utemeljenom najčešće na interesnoj osnovi.

Navedeno stanovište, međutim, previđa da je jurisprudencija sadržinska logika pozitivnog prava (pa i prirodnog prava koje je pozitivizacijom u novije doba praktično pretočeno u prava čoveka ili ljudska prava) i da je u tom smislu nužna za svekoliku pravnu teoriju i praksu, jer omogućuje primenu principa i pravila dvovalentne logike aristotelovskog tipa na pravo kao normativno područje. Naime, predstavnici Čiste teorije prava (u prvom redu Kelzen i Robert Valter) nepobitno su dokazali da su formalna logika i pravo shvaćeno u vidu skupa normi, međusobno nespojivi, s obzirom na činjenicu da logička pravila ne mogu važiti za postojeće norme u svetu trebanja ni za postojeće stvari u svetu bivstvovanja, ali da svakako važe za iskaze o postojanju ili svojstvima normi i stvari.

Primera radi, pravni silogizam, kao temeljna figura pravnog mišljenja, izvodljiv je i korektno ostvarljiv u procesu rešavanja pravnih stvari (gde se zakon i slučaj nalaze na različitim ravnima – ravnima trebanja i bivstvovanja) samo ako se gornja premisa i zaključak ne shvate kao norme već kao logičkom zaključivanju dostupni iskazi o normama.[15]

Krupna greška u Kirhmanovom rasuđivanju ogleda se i u tome što on tvrdi da sve mane jurisprudencije potiču otuda što nije u mogućnosti poput prirodnih nauka da neposredno pristupi svom autentičnom predmetu, tj. prirodnom pravu proisteklom iz prirode stvari, nego je prinuđena da se isključivo bavi pozitivnim zakonima krcatim raznim nedostacima koji su ponekad previše brojni da bi bili slučajni. Kirhman, naime, previđa da u modernoj nauci, pa i u jurisprudenciji, metod konstituiše i kreira predmet istraživanja (shodno Kantovom kopernikanskom obrtu u teoriji saznanja) i da je otuda dozvoljeno pribegavati aproksimacijama. Npr. u slučaju beskrajne raznovrsnosti pojava koje se izučavaju, do njihove suštine može se praktično dopreti jedino ako se redukuju na mali broj odabranih karakterističnih pojava, prema načelu pars pro toto. U vezi s tim, Herman Kantorovič (v. *Borba za pravnu nauku,* Dosije, Beograd, 2006, str. 95) ispravno primećuje da su dosad svi metodi primenjivani na području prava dali samo slučajne

[15] Up. Robert Valter, *Teorija prava Hansa Kelzena,* Dosije, Beograd, 1999, str. 38 i *Tri priloga Čistoj teoriji prava,* Dosije, Beograd, 1999, str. 7–14. Posebno vidi Hans Kelsen, *Recht und Logik* (Forum, Wien, XII, Jahrgang, 1965, Heft 142, S. 421–425 und Heft 143, S. 495–500) .

rezultate, pošto su neograničeni broj činjeničnih kombinacija, bez odgovarajuće prethodne redukcije , hteli da reše ograničenim brojem zakonskih tekstova, što je s logičkog gledišta za osudu.

(4) Nema sumnje da pozitivni zakoni često ne predstavljaju predmet dostojan naučnog proučavanja, ali oni nisu ni prvi ni poslednji stepen u procesu stvaranja prava, koji se završava tek donošenjem pravnosnažne sudske odluke i njenim izvršenjem. U najmanju ruku, zakonodavstvo, veli Kelzen, predstavlja skup polufabrikata koji se dostvaruju, razrađuju, konkretiziju i individualizuju sudskim presudama (i drugim pravnim aktima) kao gotovim (finalnim) proizvodima, čija je postojanost, zahvaljujući ustanovi pravnosnažnosti, neupitna.

A upravo glavni prigovor koji Kirhman upućuje na adresu jurisprudencije svodi se, u krajnjoj liniji, na promenljivost i nestabilnost pozitivnih zakona kao objekata izučavanja pravne nauke, što, drukčije rečeno, znači da on prećutno identifikuje jurisprudenciju sa poznavanjem pozitivnog zakonodavstva. U vezi s tim, neprikladno je Kirhmanovo poređenje jurisprudencije sa egzaktnim prirodnim naukama, jer pravna nauka spada u sferu slobode, a prirodne nauke u sferu nužnosti; za jurisprudenciju važi princip uračunavanja, a za egzaktne nauke – princip prirodne kauzalnosti.

Na ovom mestu takođe treba konstatovati da je sadržinska nedovršnost zakona kao pravnih akata na koju ukazuje Kelzenova Čista teorija prava, nužna posledica njihove manje ili veće apstraktne opštosti koja se, radi delotvornosti pozitivnog pravnog poretka, mora pretvoriti u konkretnu opštost u obliku sudskih precedenata, odnosno ponovljive i konzistentne sudske (i druge pravne) prakse. U tom kontekstu, uputno je navesti i stanovište istaknutog italijanskog pravnika Bruna Leonija, pisca poznate studije *Sloboda i pravo* gde on tvrdi da postoji više od jedne analogije između uspešnosti tržišne privrede i sudstva kao oličenja konkretnog karaktera pravničkog prava, isto kao što postoji više od jedne analogije između neefikasnosti planske privrede i apstraktne opštosti pozitivnog zakonodavstva. Ako se uzme u obzir da je tržišna privreda bila najuspešnija u starom Rimu i anglosaksonskim zemljama u okvirima odnosnog pravničkog, odnosno sudskog prava, izgleda da je realno zaključiti da to nije bila slučajnost.[16]

(5) Na osnovu pažljive analize Kirhmanovog predavanja, može se izvući i zaključak da se, on, u stvari, zalaže za afirmaciju prirodnog prava, a za ukidanje dominacije pozitivnog zakonodavstva kao nepostojanog regulatora društvenog života, odnosno za drastično smanjivanje broja pozitivnih zakona tako što bi se njihova sadržina ograničila na izražavanje vodećih načela, a njihova primena u fi-

[16] Up. Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand Company, Inc. Princeton, New Jersey, Toronto, New York, *London*, 1961, str. 22–23.

nijim razgraničenjima, bez posebnog odmeravanja, prepustila zdravom razumu naroda. Ovo i ovakvo viđenje, naravno, mora se korigovati u tom smislu što bi se sadržina vodećih načela, shodno teoriji stupnjevitosti pravnog poretka, konkretizovala i individualizovala reprezentativnom precedentnom praksom izgrađenom na bazi studije odgovarajućih slučajeva iz realnosti pozitivnog prava. S druge strane, racionalno jezgro navedenog Kirhmanovog stanovišta, (koje je zbog insistiranja na upotrebi zdravog razuma ipak, u osnovi, neprihvatljivo) potiče iz nasleđa rimskog prava (pravne nauke) gde su po tvrđenju Fridriha Karla fon Savinjija, rukovodeća pravna načela imala ključnu ulogu u primeni prava. Naime, svaki deo rimskog prava, po Savinjiju[17], sadrži odredbe (elemente) na osnovu kojih su ostali delovi unapred dati: upravo zato u postupanju rimskih pravnika ima sigurnosti kakve inače, osim u matematici, nigde ne postoji, pa se bez preterivanja može reći da oni računaju uz pomoć svojih pojmova. U svakom rukovodećem načelu oni vide slučaj primene pravila koje ga određuje i njihovo majstorstvo se ogleda u lakoći s kojom oni prelaze sa opšteg na posebno i obrnuto, što upućuje na zaključak da su rukovodeća načela, po njima, samo drugo ime za suštinu valjanog pravnog poretka. Radi se, zapravo o uspostavljanju začetaka, danas već univerzalno prihvaćene, institucije vladavine prava, kao vladavine pravnih načela, koja počiva na neotuđivim ljudskim pravima, a ostvaruje se slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu. Ovo rešenje iz čl. 3. Mitrovdanskog ustava iz 2006. godine koje je u potpunosti u skladu sa standardima uporednog prava, predstavlja vrhovni osnov pozitivnog prava primerenog valjanom i ispravnom pravnom poretku i ujedno doprinos rehabilitaciji jurisprudencije kao glavnog i najopštijeg izvora prava. Takav status pravna nauka je imala, uz određene modalitete, dosad samo u starom Rimu, počev od imperatora Avgusta do imperatora Justinijana, te ponovno uspostavljanje sličnog statusa ubedljivo svedoči o njenom relativnom vaskrsu u današnjem vremenu.[18]

Najkraće rečeno, osnovno pravnotehničko sredstvo za realizaciju ideje vladavine prava u svojstvu vrhovnog izvora prava i metapravne doktrine koja zahteva da se politika podredi pravu i da svi zakoni budu u skladu sa određenim načelima,[19] jesu temeljni prirodnopravni principi koji imaju univerzalno važenje

[17] Up. Fridrih Karl fon Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*, CID, Podgorica, 1998, str. 29, 34, 35–36.

[18] Up. Dragan Simeunović, *Uvod u političku teoriju*, Institut za političke studije, Beograd, 2009, str. 75. Ovaj autor ispravno konstatuje, u duhu Hajekovog učenja, da vladavina prava nije vladavina zakona, već vladavina načela o tome kakvi zakoni treba da budu, te kako, na koga i od koga treba da se primenjuju.

[19] Up. Fridrih Hajek, *Poredak slobode*, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 181.

i koji su stoga, na ovaj ili onaj način, prisutni u svakom ispravnom pozitivnopravnom poretku.

(6) Još je Kant u *Kritici čistog uma* zagovarao pretvaranje pravnih pravila u načela; preciznije rečeno, transformisanje razuma kao moći pravila u um kao moć principa. U tom smislu on sugeriše racionalizaciju zakonskog materijala na bazi njegovog sažimanja i, u vezi s tim, navodi sledeće:

"Postoji jedna stara želja koja će se možda nekad, ko zna kad, ispuniti, naime, da se jednom umesto beskrajne raznovrsnosti građanskih zakona potraže njihovi prinicipi; jer jedino u tome može ležati tajna da se zakonodavstvo, kako se to kaže, simplificira."[20] Naravno, principima se ne obezbeđuje samo pojednostavljenje zakonodavstva, već, pre svega, uvid u suštinu (umnost) prava, ali i trajna vrednost pravne nauke, te je, po Lj. Tadiću, neubedljiva Kirhmanova teza o nestabilnosti njenog predmeta, bar kad je reč o pravnim načelima. Čista teorija prava u tom pogledu u potpunosti prihvata ovo gledište, jer izričito zahteva konstantnost pravnog materijala kao uslov njegovog naučnog izučavanja[21], a ona se najdoslednije ogleda upravo u postojanju pravnih principa. Shodno tome, istaknuti predstavnik Kelzenove škole, Adolf Julijus Merkl (1890–1970) napisao je 1927. godine *Opšte upravno pravo* koje nije bilo vezano ni za jedno pozitivno zakonodavstvo tadašnjeg vremena. Ovo delo, prevedeno na španski jezik između dva svetska rata, postalo je standardni udžbenik u univerzitetskoj nastavi na španskom govornom području, koji se koristi i danas u 21. veku, kada je doživelo više izdanja, a poslednje datira iz 2018. godine (Ediciones Olejnik, ISBN 978–956–39–2296–7). Uspeh ove knjige, utemeljene na Kelzenovom učenju, može se objasniti samo time što predstavlja sistem teorijskih apstrakcija iz realnosti pozitivnog upravnog prava,[22] dakle, što počiva na najširem korišćenju principa zasnovanih na iskustvenim standardima uporednog prava, a ne na spekulacijama i apstrakcijama karakterističkim za teorijske radove koji počivaju na primeni metoda konceptualne analize.

Principi vladavine prava definisani na izloženi način kojim se jedino može garantovati njihova plodotvornost, moraju se, naravno, razraditi sadržinski, pomoću precedentnih (ponovljivih) sudskih odluka i svekolike jedinstvene pravne prakse. Pri tome se polazi od stava da nijedan pravni termin nema potpuno si-

[20] Imanuel Kant, *Kritika čistog uma*, Dereta, Beograd, 2003, str. 201.

[21] Up. Zoran Jelić, *Moderna koncepcija vladavine prava*, Dosije studio, Beograd, 2010, str. 94.

[22] Up. Adolf Merkl, *Allgemeines Werwaltungsrecht*, Wien und Berlin, Verlag von Julius Springer, 1927, str. 97. U 21. stoleću ovo Merklovo delo je od raznih izdavača u raznim mestima španskog govornog poručja, pod naslovom *Teoria General del Derecho administrativo*, po našoj evidenciji, objavljeno 2004, 2013, 2014, 2016. i 2018. godine, što bez sumnje ukazuje na njegovu izuzetnu upotrebnu vrednost, mada je napisano i (prvi put) publikovano još 1927. godine?!

gurno značenje dok se on i njegova ograničenja prethodno ne provere u praksi, a to je upravo stvar presedana, čija obrazloženja treba da budu saobrazna zahtevima metoda, poznatog u nauci pod nazivom "studija slučaja" i načelima doktrine "strare decisis", po kojoj je ponovljivost starija od pravičnosti, jer bez nje ne može biti pravičnosti.

ZAKLJUČAK

Položaj jurisprudencije u starom Rimu, gde je ona, po tvrđenju rimskog pravnika Pomponija[23] imala ulogu glavnog izvora prava, predstavlja vrhunac uvažavanja značaja i veličine pravne nauke, koja posle toga više nikada i nigde nije uspela da ponovo dostigne takav izuzeto visok ugled, stekne neupitan autoritet i postane nezaobilazni putokaz za izgradnju i unapređivanje pozitivnog zakonodavstva i svekolike relevantne pravne prakse, maksimalno prilagođene aktuelnim i realnim zahtevima i potrebama društvenog života.

Kada je zakonsko pravo potislo na evropskom kontinentu tzv. pravničko pravo (Juristenrecht), jurisprudencija se velikim delom transformisala u sluškinju zvanične politike, a njeni stavovi, u krajnjoj liniji, sveli su se, zapravo, na kontemplativna razmatranja i apstraktna rasuđivanja, bez stvarnog uticaja na delatnost zakonodavstva i sudstva.

Pa ipak, čini se, da se u novije vreme, pojavljuju, doduše vrlo skromni nagoveštaji ako ne potpunog vaskrsa, ono barem rehabilitacije pravne nauke, i to zahvaljujući ideji vladavine prava shvaćene u svojstvu jedne metapravne doktrine (Hajek) čije korene, po Mandelbaumu, valja tražiti još u starom Rimu.[24]

Pomenuta tendencija radikalno demantuje održivost Kirhmanovih teza i sličnih mišljenja o bezvrednosti jurisprudencije kao nauke i najavljuje postepeno prevazilaženje njenog urušenog ugleda i uticaja, i povratak statusu analogno onom iz antičkih vremena. Ova konstatacija može se, primera radi, potkrepiti činjenicom da EU posebno insistira na istinskom uvođenju i jačanju vladavine prava u onim zemljama koje teže da postanu njene punopravne članice, među koje spada i naša zemlja.

Razume se po sebi da jurisprudencija snosi odgovarajuću profesionalnu odgovornost za sopstvenu marginalizaciju koja je, istini za volju, samo deo opšte marginalizacije društvenih nauka u našoj zemlji. Ubedljivo svedočanstvo za jednu ovakvu tezu predstavlja Šangajska lista na kojoj su domaće prirodno-matematičke, tehničke i medicinske nauke visoko rangirane, dok društveno-humanističk-

[23] Up. Mišel Vile, *Rimsko pravo,* Beograd, Plato (Biblioteka XX vek), 2001. str. 38.

[24] Up. Majkl Madelbaum, *Ideje koje su osvojile svet*, "Filip Višnjić", Beograd, 2004, str. 211.

kih nauka na toj listi uopšte nema, osim psihologije i nauke o obrazovanju.[25] S druge strane, na ovom mestu mora se ukazati na poseban značaj koji jurisprudecija ima za empirijske društvene nauke (sociologiju, ekonomiju, politikologiju), a koji se, po uglednom hrvatskom pravnom autoru Ivanu Pađenu ("Naše teme", Zagreb, 1988, 32, 7–8) ogleda u tome što normativno objašnjenje, tj. identifikovanje određenog predmeta upućivanjem na norme (pravila, razloge) koji taj predmet konstituišu, predstavlja temeljnu metodu istraživanja društvenih pojava. Stoga moderne empirijske društvene nauke pretpostavljaju pravnu interpretaciju problematike čijim se proučavanjem bave, ali se, nažalost, taj nepobitni fakat danas redovno ignoriše zbog navodnog "normativizma" jurisprudencije, tj. njenog tobožnjeg zanemarivanja realnih činjenica.

Po svemu sudeći, pravna nauka u Republici Srbiji još uvek se velikim delom nalazi u "dogmatskom dremežu", što znači da bi, što pre, morala postati svesna da njena ključna i stalna tema treba da budu kontinuirana izgradnja i unapređivanje pravnog poretka u celini na podlozi ideje vladavine prava u svojstvu glavnog instrumenta opšteg usmeravanja i kontrole savremenih privrednih i društvenih tokova, ali i kao krunske komponente jurisprudencije, čiji je najdosledniji pobornik bio zapravo Kelzen[26], a što se još uvek, nažalost, manje-više redovno previđa.

ZORAN JELIĆ, LL.D.,
Publicist, Belgrade

CONTRIBUTION ON CRITICISM OF THE DOCTRINE OF SCIENTIFIC UNWORTHINESS OF JURISPRUDENCE

Summary

According to A. Kufmann jurisprudence has often been criticized for being unworthy discipline, from theoretical of view, which can hardly be deemed as genuine science.

[25] Up. napis "Društvene nauke kao da nisu nauke", objavljen u dnevnom listu *Politika* (od 7. X. 2018, str. 8) u kojem se navodi upozorenje dr Branka Uroševića, profesora Ekonomskog fakulteta u Beogradu, potpredsednika Nacionalnog saveta za visoko obrazovanje u prošlom mandatu, koji u vezi sa zaostajanjem društvenih nauka konstatuje: "Ili ćemo se menjati nabolje, ili ćemo sve teže ići u korak sa onima koji napreduju."

[26] Up. Goran Dajović, *Pravna obaveznost i važanje prava,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2008. Str. 77, fusnota 241. Dajović napominje da je Kelzen, na izvestan način, bio najradikalniji pristalica ideje vladavine prava koji se može zamisliti, jer je zastupao stav da pravo mora posedovati neku vrstu sopstvene pravne ideologije koja će opravdati njegovo važanje i njegovu obaveznost.

The most radical thesis about scientific unworthiness of jurisprudence was proposed, back in 1848, by a German jurist Julius von Kirchmann, in his famous lecture before the Legal Society in Berlin, suggesting that it deals with the accidental, passing, extremely changeable, namely the matter of no lasting value.

Immeasurable credit goes to H. Kelsen for his struggle against denial of scientific value of jurisprudence, no doubt. According to him, jurisprudence, as a structural analysis of law, over two thousand years, has been and is the main method of intellectual approach to legal phenomenon. Hence, there is no reason to deny the name "science" to this uninterrupted tradition of dealing with positive law.

Key words: Julius von Kirchmann, scientific unworthiness of jurisprudence, Hans Kelsen, Pure theory of law, struggle against denial of scientific value of jurisprudence

SANJA ĐURĐIĆ

OSNOVNI PRINCIPI PRAKTIČNE RAZUMNOSTI DŽONA FINISA

Rad se bavi analizom mesta i uloge praktične razumnosti u prirodnopravnoj teoriji Džona Finisa, vodećeg savremenog prirodnopravnog teoretičara u svetu. Autor najpre identifikuje dvostruku ulogu praktične razumnosti ukazujući da ona, za Finisa, istovremeno predstavlja kako osnovnu vrednost i značajan aspekt ljudskog blagostanja, tako i brigu za participaciju u svim drugim osnovnim aspektima čovekovog samorazvitka. Njegova teorija prirodnog prava, po oceni autora, izlaže vrstu praktičnih principa koji predstavljaju osnovu na kojoj treba da počivaju ljudske ustanove, uključujući i pravo. Priroda prava shvaćena je kao svrhovita aktivnost, aktivnost usmerena na opšte dobro, u koju se uključuju razumna ljudska bića. Finis u pravo inkorporira skup direktiva koje pomažu ljudima da svoje ponašanje usmeravaju na društveno poželjne načine tj. u cilju ostvarenja opšteg dobra. Autor zaključuje da autoritet prava i zakonodavca, prema Finisu, zavisi od sposobnosti pozitivnog prava da bude u službi opšteg dobra, odnosno od njegove usklađenosti sa principima praktične razumnosti.

Ključne reči: *Džon Finis, praktična razumnost, osnovne vrednosti, prirodno pravo*

UVOD

U prirodnopravnoj teoriji Džona Finisa praktična razumnost ima dvostruku ulogu. Predstavlja osnovnu vrednost i značajan aspekt ljudskog samorazvitka.

Dr Sanja Đurđić, vanredni profesor i rukovodilac studijskog programa Pravo, Fakultet za pravne i poslovne studije "dr Lazar Vrkatić", Univerzitet Union u Beogradu.

Ona je i jedno od osnovnih ljudskih dobara koja oblikuje čovekovu participaciju u ostalim osnovnim vrednostima. Prema tome, praktična razumnost jeste jedan od osnovnih aspekata ljudskog blagostanja, ali istovremeno i briga za participaciju u svim drugim osnovnim aspektima čovekovog samorazvitka. Osnovna je vrednost koja ujedno određuje načine i oblike participacije u ostalim osnovnim vrednostima. Stoga, obuhvata skup osnovnih metodoloških zahteva za donošenje razumne odluke i za valjano rasuđivanje. Svi ovi zahtevi tiču se načina čovekove participacije u osnovnim vrednostima, odnosno, onoga što čovek mora da uradi, misli, ili da bude, ukoliko želi da participira u osnovnim vrednostima[1]. Na taj način, oni se tiču "punoće blagostanja (u meri u kojoj svaki čovek može uživati takvu punoću blagostanja u okolnostima njegovog života)"[2].

Drugim rečima, praktična razumnost razmatra moralne obaveze šta treba i šta ne treba činiti u težnji za ostalim osnovnim ljudskim dobrima. Zahtevi praktične razumnosti izražavaju Finisov prirodnopravni metod za izvođenje njegovog (moralnog) prirodnog prava iz (predmoralnih) principa prirodnog prava[3]. Tako se moralnost javlja kao rezultat primene zahteva praktične razumnosti na osnovne vrednosti. Finis utvrđuje devet osnovnih zahteva praktične razumnosti. To su: formulisanje racionalnog, koherentnog životnog plana; nepostojanje arbitrarnih preferencija među vrednostima; nepostojanje arbitrarnih preferencija među licima; uzdržanost; obavezivanje; ograničena relevantnost konsekvenci; poštovanje svake osnovne vrednosti u svakom aktu; zahtev opšteg dobra; i poštovanje vlastite savesti. Navedenih devet osnovnih zahteva praktične razumnosti Finis je postulirao u delu *Prirodno pravo*.

Međutim, naknadno je dodao poslednji, deseti zahtev – zahtev nebiranja prividnih dobara. To je učinio tri godine kasnije u svom delu *Fundamentals of Ethics,* objavljenom 1983. godine[4]. Na ovaj način, Finis je kompletirao svoje stanovište o osnovnim zahtevima praktične razumnosti. Svaki od njih predstavlja oblik moralne obaveze ili moralne odgovornosti, usled čega se ovi zahtevi nazivaju i "vidovima obaveze"[5] ili "vidovima odgovornosti"[6]. Stoga, osnovni zahtevi prak-

[1] Finisova praktična razumnost je kao i Aristotelova praktična mudrost uvek usmerena na akciju (praksu). Uporedi, Aristotel: *Nikomahova etika*, Beograd, 1970, str. 152.

[2] Džon Finis, *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005, str. 112.

[3] *Ibidem*, str. 113.

[4] John Finnis, *Fundamentals of Ethics,* George Town, 1983, str. 75–76.

[5] V. Germain Grisez "Methods of Ethical Inquiry", 1967, 41 *Proc. Amer. Cath. Philosophical Ass*, str. 160.

[6] Uporedi, Germain Grisez, Russell Shaw, *Beyond the New Morality: The Responsibilities of Freedom,* Notre Dame, 1988, str. 108–136.

tične razumnosti primenjeni na osnovne ljudske vrednosti generiraju moralnost, tj. moralno prirodno pravo. Tako osnovni zahtevi praktične razumnosti, zapravo, u Finisovom jusnaturalizmu imaju ulogu metoda, odnosno, metodoloških postulata za izvođenje "moralnog" prirodnog prava (iz predmoralnih) principa prirodnog prava.

ZAHTEVI PRAKTIČNE RAZUMNOSTI

Koherentan životni plan

Prvi osnovni zahtev praktične razumnosti nalaže formulisanje koherentnog životnog plana. Pod njim se podrazumeva ono što Džon Rols naziva *racionalni životni plan*[7]. Ovaj zahtev praktične razumnosti nalaže da čovek mora imati skladan skup ciljeva i orijentacija. On nalaže holističko gledanje na životne aktivnosti u poretku bez favorizovanja neke osnovne ljudske vrednosti u odnosu na ostale. Zahtev za koherentnim životnim planom deluje kao harmonizacija čovekovih generalnih angažovanja i obavezivanja. Finis je svestan da će se koherentan životni plan čoveka fokusirati na neko osnovno ljudsko dobro više nego na ostala, ali on zahteva da se ovo ne uzme kao razlog za poricanja bilo kog osnovnog ljudskog dobra. On ovde ne implicira da čovek mora imati savršen život sa savršenom ravnotežom participacije u svim osnovnim ljudskim dobrima. Njegovi zahtevi praktične razumnosti samo pozivaju čoveka da ostane otvoren vrednostima svih osnovnih ljudskih dobara, bez obzira na to na koje je od njih fokusiran njegov racionalni životni plan. Zahtev racionalnog životnog plana stoga je tesno povezan sa sledećim zahtevom praktične razumnosti: nepostojanja arbitrarnih preferencija među vrednostima.

Nepostojanje arbitrarnih preferencija među vrednostima

Ovaj zahtev praktične razumnosti nalaže da se ni jedna osnovna ljudska vrednost ne sme arbitrarno odbaciti ili favorizovati u odnosu na ostale. Naravno, Finis je svestan da se čovekov koherentni životni plan često fokusira na jednu ili nekoliko osnovnih vrednosti, a na uštrb, bilo privremeno ili trajno, drugih osnovnih oblika ljudskih dobara. Međutim, on ukazuje da postoje određeni kriterijumi za utvrđivanje da li je takva pristrasnost nekom obliku osnovnog ljudskog dobra racionalna ili iracionalna. Ono što obavezivanje jednom osnovnom dobru u odnosu na druga čini racionalnim jeste činjenica da ono počiva na "osnovi čoveko-

[7] Džon Rols, *Teorija pravde,* Beograd, 1998, str. 72.

ve procene sopstvenih sposobnosti, okolnosti, pa čak i čovekovih ukusa"[8]. Takvo obavezivanje bi bilo nerazumno ukoliko bi bilo zasnovano na devalvaciji bilo koje osnovne vrednosti ili pridavanju prevelikog značaja pomoćnim, sekundarnim ili instrumentalnim dobrima koja su samo sredstva za ostvarenje osnovnih vrednosti. Takva instrumentalna dobra su: bogatstvo, prilika ili mogućnost. Finis potvrđuje da svaki čovek ima svoj subjektivni poredak prioriteta osnovnih vrednosti uslovljen njegovim koherentnim životnim planom.

Međutim, to nikako ne može biti razlog za poricanje ostalih osnovnih životnih vrednosti. Poricanje vrednosti bilo kog oblika osnovnog ljudskog dobra bilo bi nerazumno. Stoga, prilikom formulisanja racionalnog životnog plana i interakcije i kolaboracije sa drugim ljudima i njihovim racionalnim životnim planovima, čovek treba biti otvoren i priznavati vrednosti svih osnovnih ljudskih dobara nezavisno od toga na koju je osnovnu vrednost fokusiran njegov racionalni životni plan. Poricanje vrednosti bilo kog oblika osnovnog ljudskog dobra ne samo da je nerazumo, već po Finisu, predstavlja i osujećenje i grubo narušavanje tj. onemogućavanje čovekovog samorazvitka i napredovanja. Tako Finis zaključuje da "ako... bilo koje lice koje sebe usmerava tretira istinu, prijateljstvo, igru ili bilo koji drugi osnovni oblik dobra kao beznačajan i nikada se ne zapita da li njegov plan (njegovi planovi) dozvoljava razumni prostor za učestvovanje u onim unutrašnjim ljudskim vrednostima (kao i izbegavanje njima suprotstavljenih vrednosti), on se može optužiti kako za iracionalnost tako i za sprečavanje razvoja ili za osakaćenje sebe i onih za koje se stara"[9]. Stoga je za čovekov samorazvitak i ostvarenje njegovih mogućnosti neophodna fundamentalna nepristrasnost priznanja vrednosti svakog oblika osnovnog ljudskog dobra.

Nepostojanje arbitrarnih preferencija među licima

Osnovna ljudska dobra predstavljaju osnovne aspekte ljudskog blagostanja svih ljudskih bića. Stoga, svi ljudi njima teže i nastoje što je moguće više participirati u njima. Ovaj zahtev pretpostavlja da će samopreferencija voditi čoveka tako da će on biti potpuno zainteresovan samo za svoj samorazvitak i da će preferirati samo svoje blagostanje. To je, po Finisu, i razumno budući da "jedini razlog da ja preferiram svoje blagostanje koje je u potpunosti moje i samoostvarujuća participacija u osnovnim dobrima koju mogu vršiti jeste da ga sugeriše i zahteva razumnost"[10]. Međutim, da bi samopreferencija bila razumna ona mora imati

[8] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 115.

[9] *Ibidem*, str. 116.

[10] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 117.

određene granice[11]. Upravo svrha ovog zahteva praktične razumnosti jeste utvrđivanje razumnog domašaja samopreferencije. Ovaj zahtev sledi *Zlatno pravilo*: "čini drugome (ili za drugoga) ono što bi voleo da oni učine tebi (ili za tebe)". "Nemoj (bez posebnog razloga) sprečavati drugima da za sebe obezbede ono što pokušavaš da obezbediš za sebe"[12]. Suština ovog zahteva praktične razumnosti jeste u tome da čovek ne treba da participira u poricanju tuđeg racionalnog života kao istinski dobrog.

Dakle, ovaj zahtev podrazumeva da će samopreferencija čoveka voditi tako da on neće biti potpuno zainteresovan za tuđi opstanak, znanje, kreativnost, ili težnju za bilo kojim drugim osnovnim dobrom, ali nalaže da čovek ne sme umanjiti ili odbaciti tuđu težnju za osnovnim dobrima kao da nije istinski dobra. Na taj način, ovaj zahtev nalaže da se ne potcenjuje niti precenjuje dobro participacije drugih ljudi u osnovnim ljudskim vrednostima. Time se suština ovog zahteva praktične razumnosti ogleda u fundamentalnoj nepristrasnosti priznanja vrednosti participacije svakog ljudskog bića u osnovnim ljudskim dobrima, odnosno, osnovnim aspektima ljudskog napredovanja. U cilju postizanja nepristrasnosti, Finis preporučuje heuristički metod[13]. To objašnjava na sledeći način: "Heuristički metod pomaže čoveku da postigne nepristrasnost kako među mogućim subjektima ljudskog blagostanja (licima) tako i da isključi puku pristrasnost u svom praktičnom rasuđivanju. On takođe omogućava čoveku da bude nepristrasan među neiscrpno brojnim životnim planovima koji različiti ljudi mogu izabrati"[14].

Međutim, on naglašava da nepristrasnost ne podrazumeva jednako tretiranje životnog plana koji teži i participira u osnovnim ljudskim dobrima i onog koji to ne čini. Jasno je i razumno da će se favorizovati životni plan koji teži osnovnim dobrima u odnosu na onaj koji to ne čini. Time se ne narušava nepristrasnost, niti prouzrokuje arbitrarnost među ljudima. Stoga se svrha ovog zahteva praktične razumnosti ogleda u sprečavanju precenjivanja ili potcenjivanja dobra participacije drugih ljudi u osnovnim ljudskim vrednostima onemogućavanjem pojave arbitrarnosti među ljudskim bićima.

---

[11] Slično stanovište o nepostojanju arbitrarnih preferencija među licima i obezbeđenju nepristrasnosti nalazimo kod Džona Rolsa koji u tu svrhu izbor principa pravde smešta u prvobitni položaj pod veo neznanja i kao racionalnu strategiju izbora u uslovima neizvesnosti preporučuje maximin pravilo; V. Dž. Rols, *Teorija pravde*, str. 150.

[12] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 117.

[13] Ulogu heurističkog sredstva za isključenje pristrasnosti u Rolsovoj teoriji pravde ima prvobitni položaj koji predstavlja odgovarajuću početnu nepristrasnu situaciju koja obezbeđuje da i saglasnost o principima pravde postignuta u njemu bude nepristrasna; V. Dž. Rols, *Teorija pravde*, str. 29.

[14] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 118.

Uzdržanost i obavezivanje

Četvrti i peti zahtev praktične razumnosti Finis je izložio zajedno zbog toga što su međusobno komplementarni, kao i zato što su tesno povezani i sa prvim zahtevom koherentnog životnog plana. Ovi zahtevi praktične razumnosti su međusobno povezani usled toga što zahtev koherentnog životnog plana utvrđuje subjektivni poredak prioriteta obaveza, planova, projekata i sl. Četvrti zahtev – uzdržanost sprečava fanatično posvećivanje samo jednom cilju, projektu, obavezi, dok peti – obavezivanje sprečava olako odustajanje od obaveza i projekata. U Finisovoj prirodnopravnoj teoriji zahtev uzdržanosti je neophodan. Naime, čovek mora imati određenu uzdržanost u odnosu na specifične i ograničene projekte i obaveze koje preduzima u svom životu. Bez određene uzdržanosti prema projektima i ciljevima moglo bi se dovesti u pitanje jedno od osnovnih ljudskih dobara – dobro života.

Naime, fanatično posvećivanje jednom projektu bi u slučaju njegovog neuspeha moglo dovesti do gubitka smisla života za tog čoveka. Preterano i bezuslovno posvećivanje samo jednom projektu "na iracionalan način obezvređuje i tretira kao besmisleno osnovno ljudsko dobro autentičnog i razumnog samoodređenja, dobro u kome čovek značajno učestvuje prosto tako što pokušava da učini nešto razumno i vredno truda, bez obzira što se taj razumni i truda vredan projekt neće ostvariti"[15]. Zahtev uzdržanosti, naime, nalaže da se posebnom projektu ne pridaje najveći i bezuslovni značaj kakav može imati samo osnovno ljudsko dobro. Stoga je uzdržanost, za Finisa, nužna u poretku kako bi podsetila da je potrebno da se bude dovoljno otvoren prema svim osnovnim oblicima dobra.

Dok zahtev uzdržanosti nastoji da spreči jednu krajnost koja se ogleda u fanatičnom posvećivanju određenom projektu ili obavezi, dotle zahtev obavezivanja pokušava onemogućiti drugu krajnost koja se ogleda u olakom odustajanju od obaveza. Peti zahtev, zapravo, "uspostavlja ravnotežu između fanatizma i odustanka, apatije, nerazumnog neuspeha ili odbijanja "uključenja" u bilo što"[16]. Zahtev obavezivanja jednostavno predstavlja apel, poziv da se olako ne napuste generalne obaveze. Finis tvrdi da ukoliko čovek zauzme stav ravnodušnosti prema svojoj obavezi i olako je se odriče, tada on neće stvarno participirati u bilo kom osnovnom ljudskom dobru. Značaj zahteva obavezivanja ogleda se u tome što sprečavanjem olakog odricanja od obaveza i njihovog zanemarivanja omogućava čoveku istinsku, stvarnu participaciju u bilo kom obliku osnovnih vrednosti.

[15] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 119–120.

[16] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 120.

Peti zahtev praktične razumnosti može se nazvati i zahtevom vernosti preuzetim opštim obavezama.

Ograničena relevantnost konsekvenci: efikasnost u granicama razuma

Ovaj zahtev praktične razumnosti je povezan sa zahtevom obavezivanja tj. nezanemarivanja i neodricanja od generalnih obaveza. Nalaže čoveku da doprinosi dobru u svom životu i životima drugih kroz aktivnosti koje su efikasne zbog svog razumnog cilja. Zahteva da čovek bude efikasan u svojim akcijama nastojanja ostvarenja osnovnih ljudskih dobara. Čovek ne sme rasipati svoje mogućnosti koristeći se nedelotvornim oblicima težnje za osnovnim vrednostima. To znači da kada postoji više mogućih načina participacije u nekom obliku osnovnog ljudskog dobra, treba preferirati najefikasniji. Ovaj zahtev se ogleda u nalogu da se ne razbacuje mogućnostima koristeći se nepotrebno neefikasnim metodima, kao i u nalogu da se ne previđaju predvidive nepovoljne konsekvence određenog izbora. Kada je potrebno napraviti izbor razumno je preferirati osnovna ljudska dobra u odnosu na prosto instrumentalna. Kada postoje alternativne tehnike ili sredstva za postizanje ciljeva, razuman je izbor onih alternativa koje maksimiziraju zadovoljenje ovih ciljeva, preferencija i potreba. Zahtev efikasnosti je tesno povezan sa nekim drugim zahtevima praktične razumnosti.

Tako, "prvi, drugi i treći zahtev, nalažu da prilikom pokušaja maksimiziranja zadovoljenja preferencija čovek treba da odbaci preferencije, npr. sadiste (koji slede impulse trenutka, i/ili ne poštuju vrednost života i/ili ne univerzalizuju svoje principe akcije nepristrasno)"[17]. Objašnjava da iz drugog zahteva praktične razumnosti koji traži da nema arbitrarnih preferencija među vrednostima proizilazi da su sve osnovne ljudske vrednosti jednako fundamentalne, da ni jedna nije objektivno značajnija i osnovnija od ostalih. Iz ovoga izvodi zaključak da ni jedna osnovna vrednost ne može pružiti zajednički imenitelj niti kriterijum za procenu korisnosti i efikasnosti svih projekata. Osnovne vrednosti tj. osnovni aspekti ljudskog blagostanja, za Finisa, su neuporedivi i usled toga svaki račun o posledicama koji pretenduje da ih uporedi smatra iracionalnim. Tvrdi da su upravo iz ovog razloga utilitarizam i konsekvencijalizam iracionalni[18]. Ovo stoga što je, po Finisovom gledištu, "metodološka zapovest da se maksimizira dobro (dobra) iracionalna"[19]. Ova metodološka zapovest ne samo da je iracionalna, već je i be-

[17] *Ibidem*, str. 121.

[18] Za kritiku utilitarizma vidi, Dž. Rols, *Teorija pravde*, str. 37-47, 176-183.

[19] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 122.

smislena, po oceni Finisa. Ukazuje da je ova iracionalnost neizbežna zbog toga što ne postoji zajednički imenilac za osnovna ljudska dobra. Kako kaže: "samo nečovečni fanatik smatra da čovek može napredovati na samo jedan način ili samo za jedan cilj"[20]. Pretpostavku o zajedničkom imeniocu osnovnih vrednosti ocenjuje u potpunosti neprihvatljivom zbog toga što se ne može pronaći jedno određeno značenje za reč "dobro" koje bi omogućilo svako svođenje svih osnovnih dobara na zajednički imenilac. Tačno je da su svi osnovni aspekti ljudskog dobra zaista dobra i da im je svima zajednička karakteristika da ljudi teže za što većom participacijom u njima.

Međutim, različiti oblici osnovnih dobara, ipak su objektivno nesvodljivi (ireducibilni) na zajednički imenilac, tvrdi Finis. Drugim rečima, postoji bezbroj različitih kombinacija osnovnih dobara da bi se mogao ustanoviti zajednički imenilac na koji bi se sva osnovna ljudska dobra mogla svesti i koji bi predstavljao zajednički cilj svih ljudskih bića. Upravo zbog utilitarističkog i drugih oblika konsekvencijalističkih zahteva za zajedničkim imeniocem kao fundamentalne osnove njihovih pristupa moralnim pitanjima, oni su, za Finisa, krajnje neodrživi.

Ovaj zahtev praktične razumnosti predstavlja "stvarni zahtev za neizmerno mnogo primena u "moralnom" (i stoga pravnom) rasuđivanju"[21]. Međutim, njegova primena je ograničena, tako da bi svaki pokušaj da se on načini isključivim ili vrhovnim zahtevom praktičnog rasuđivanja bio iracionalan i stoga nemoralan, zaključuje Finis.

Poštovanje svake osnovne vrednosti u svakom aktu

Sva osnovna ljudska dobra su jednako fundamentalna i bazična i sva imaju jednaku unutrašnju vrednost. Međutim, svaki čovek ima subjektivni poredak prioriteta osnovnih vrednosti koji je uslovljen njegovim racionalnim životnim planom. Tako za njega jedna osnovna vrednost može biti fundamentalnija i značajnija od ostalih. Usled toga, čovek će težiti da što više participira u njoj čime će zanemariti, inhibirati ili onemogućiti realizaciju ostalih osnovnih vrednosti. Upravo se u takvim situacijama ogleda značaj sedmog zahteva praktične razumnosti[22] – poštovanja svake osnovne vrednosti u svakom aktu. Ovaj zahtev ima više formulacija, a prva glasi: "čovek ne treba da bira da vrši bilo kakav akt

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem*, str. 127.

[22] Jasnu i snažnu formulaciju ovog zahteva praktične rezumnosti nalazimo i kod Griseza; vidi, G. Grisez, *Beyond the New Morality: The Responsibilities of Freedom*; G. Grisez, *Contraception and the Natural Law*, Milwaukee, 1964.

koji po sebi ne čini ništa do što šteti ili sprečava ostvarenje ili učestvovanje jednoga ili više njih u osnovnim oblicima ljudskog dobra"[23]. To znači da čovek ne treba da vrši akt čije je vršenje direktno usmereno protiv jednog ili više osnovnih ljudskih dobara. Finis oštro kritikuje konsekvencijalističko rasuđivanje po kome akti koji neposredno štete ili sprečavaju ostvarenje nekog osnovnog dobra mogu biti opravdani kao faze ili načini realizacije, unapređenja ili zaštite nekog drugog osnovnog dobra. Na taj način, bilo bi opravdano žrtvovanje jednog nevinog života kako bi se spasili mnogi. Stoga, konsekvencijalističko rasuđivanje ocenjuje kao arbitrarno i besmisleno. U ovakvom žrtvovanju života on vidi isključivo akt koji po sebi ne čini ništa drugo osim što šteti osnovnoj vrednosti života. Ovakav akt je suprotan zahtevu praktične razumnosti po kome se u svakom aktu mora poštovati svaka osnovna vrednost, i zato iracionalan i besmislen. Finis opravdava ovaj zahtev praktične razumnosti upućujući na to da kada jednom isključimo konsekvencijalističko rasuđivanje sedmi zahtev postaje samoočevidan[24]. Akt koji je neposredno i direktno usmeren protiv neke osnovne vredosti je nerazuman i nemoralan i protivan ovom zahtevu koji nalaže da se ne bira neposredno protiv osnovnih vrednosti.

Međutim, situacija je drugačija ukoliko se vrši određeni akt koji samo posredno narušava ili inhibira neku osnovnu vrednost. Ovakve situacije su neizbežene budući da svaki čovek neku osnovnu vrednost smatra za sebe fundamentalnijom od ostalih i na nju fokusira svoj koherentni životni plan i takvim svojim izborom posredno zanemaruje i inhibira realizaciju ostalih osnovnih vrednosti. Mora se reći da je izbor akata koji indirektno štete nekom osnovnom dobru, pri čemu direktno ili indirektno unapređuju neko drugo osnovno dobro, moralno prihvatljiv za Finisa. O tome kaže sledeće: "posredno oštetiti bilo koje osnovno dobro (birajući akt koji neposredno i trenutno unapređuje ili to osnovno dobro u nekom drugom aspektu ili učestvovanju ili neko drugo dobro ili dobra) je očigledno potpuno različito, racionalno i stoga moralno od neposrednog i trenutnog oštećivanja osnovnog dobra u nekom aspektu ili učestvovanju izborom akta koji po sebi prosto ... šteti dobru u nekom aspektu ili učestvovanju"[25].

Finis smatra da kada se jednom čovek oslobodi ideje zajedničkog imenioca osnovnih vrednosti i kada prihvati činjenicu da sve osnovne vrednosti imaju jednaku objektivnu vrednost, tada on neće birati i vršiti akte koji direktno i primarno narušavaju bilo koji oblik osnovnog ljudskog dobra. Sedmi zahtev praktične razumnosti utvrđuje da je uvek nerazumno birati neposredno i primarno

[23] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 128.

[24] *Ibidem*.

[25] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 129.

protiv bilo koje osnovne vrednosti kako za sebe tako i za druge ljude. Takvi izbori i ukoliko se vrše nikada ne mogu biti racionalni i moralno prihvatljivi, budući da razum zahteva da "svaka osnovna vrednost bude barem poštovana u svakoj akciji"[26]. Veliki značaj ovog zahteva praktične razumnosti ogleda se stoga u činjenici da upravo na njemu počiva stroga nepovredivost osnovnih ljudskih vrednosti, a samim tim da su na njemu utemeljena i osnovna ljudska prava[27].

Zahtev opšteg dobra

Osmi zahtev praktične razumnosti – zahtev opšteg dobra služi kao osnova "konkretnih moralnih odgovornosti, obaveza i dužnosti"[28]. On favorizuje i unapređuje zajedničko dobro ljudske zajednice. Zajedničko dobro Finis shvata kao "skup uslova koji omogućava članovima zajednice da za sebe postignu razumne ciljeve ili da za sebe razumno realizuju vrednosti, zbog kojih oni imaju razloga da kolaboriraju jedan s drugim (pozitivno i/ili negativno) u zajednici"[29]. Drugim rečima, participacija u zajedničkom dobru predstavlja realizaciju onih materijalnih i drugih uslova koji omogućavaju što veću participaciju svih članova zajednice u osnovnim vrednostima i time favorizuju samorazvitak svakog člana zajednice. Ovaj zahtev praktične razumnosti nalaže unapređivanje zajedničkog dobra vlastite zajednice. Njegovim unapređivanjem razvijaju se uslovi koji su neophodni da svaki član zajednice ostvari svoje sopstvene ciljeve i što više participira u osnovnim vrednostima. Na taj način, ovim zahtevom ne unapređuje se samo zajedničko dobro ljudske zajednice, već i samorazvitak svakog njenog pripadnika.

Poštovanje vlastite savesti i zahtev nebiranja prividnih dobara

Zahtev poštovanja vlastite savesti može se posmatrati kao specifičan aspekt sedmog zahteva koji nalaže poštovanje svake osnovne vrednosti u svakom aktu tj. nebiranja akata kojima se narušava bilo koje osnovno ljudsko dobro. Ovaj zahtev može se, po Finisu, posmatrati i kao rezime svih zahteva praktične razumnosti. Međutim, on je samostalan i potpuno osoben zahtev koji nalaže da "niko ne treba da radi ono što ocenjuje, smatra ili "oseća" da ne treba da bude učinjeno"[30].

[26] *Ibidem*, str. 130.

[27] Za crkveno priznate implikacije sedmog zahteva opširnije vidi, J. Finnis "Natural Law and Unatural Acts", 11 *Heythrop Journal* 365, 1970.

[28] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 134.

[29] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 164.

[30] *Ibidem*, str. 134.

Praktična razumnost, time, zahteva da se čovek ponaša u skladu sa svojom savešću. Njime se štiti i unapređuje dostojanstvo savesti, čak i pogrešne savesti (pogrešnih sudova savesti). To se uočava iz Finisovog stanovišta da "praktična razumnost ne predstavlja prosto mehanizam za proizvođenje pravilnih sudova, već aspekt lične punoće, da se bude poštovan (kao i svi drugi aspekti) u svakom aktu i "ukupno" – bez obzira na posledice"[31]. Ovaj zahtev poštovanja vlastite savesti bio je i finalni zahtev praktične razumnosti koje je Finis izložio u delu *Prirodno pravo*. Međutim, on je naknadno dodao poslednji, deseti zahtev praktične razumnosti – zahtev nebiranja prividnih dobara. To je učinio tri godine kasnije u svom delu *Fundamentals of Etichs.* Zahtev nebiranja prividnih dobara zabranjuje čoveku da vrši izbor prividnih dobara za koja je poznato da predstavljaju samo simulacije stvarnih osnovnih dobara. Ova zabrana važi i u slučajevima kada simulacije prouzrokuju stvarna osećanja, iskustva, ili stvarna zadovoljstva[32]. Suština ovog finalnog zahteva praktične razumnosti ogleda se u zabrani preferiranja prividnih dobara u odnosu na stvarna osnovna dobra, kao i pomoćnih ili instrumentalnih dobara u odnosu na suštinska osnovna ljudska dobra. Smisao ove zabrane jeste omogućavanje, putem participacije u stvarnim osnovnim dobrima, punog ljudskog samorazvitka.

Dodatkom desetog zahteva Finis je upotpunio svoju koncepciju o osnovnim zahtevima praktične razumnosti. Zahtevi praktične razumnosti zapravo predstavljaju zahteve prirodnog prava. Ovo stoga što, za Finisa, "ako se za išta može reći da ga zahteva prirodno pravo ili mu se protivi, tada sve što je moralno (tj. razumno) potrebno da se uradi predstavlja zahtev (bilo posredno, bilo neposredno) prirodnog prava i sve što je razumno (tj. moralno) potrebno da se uradi suprotno je prirodnom pravu"[33]. Po njemu, kao završni produkt navedenih deset osnovnih zahteva praktične razumnosti javlja se moralnost. Budući da se svaki od ovih zahteva može smatrati vidom moralne obaveze ili moralne odgovornosti, zahtevi praktične razumnosti generiraju moralnost.

Naime, osnovni zahtevi praktične razumnosti primenjeni na osnovne ljudske vrednosti proizvode moralnost, odnosno, moralno prirodno pravo. Upravo iz ovog razloga, Finis osnovne zahteve praktične razumnosti kvalifikuje kao "prirodno-pravni metod za izvođenje (moralnog) prirodnog prava iz (predmoralnih) principa prirodnog prava"[34]. Zbog toga se praktična razumnost bavi pitanjem vrste razloga zbog kojih postoje stvari koje moralno treba ili ne treba učiniti. Mo-

[31] *Ibidem*, str. 135.

[32] V. J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, str. 75–76.

[33] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 133.

[34] *Ibidem*, str. 113.

ralni standardi o ubistvu, krađi, držanju obećanja, kleveti, itd. stvaraju se kroz argumente koji polaze od jednog ili više osnovnih zahteva praktične razumnosti i imaju kao svoj centralni pojam neko od osnovnih ljudskih dobara[35]. Ovim se potvrđuje Finisova tvrdnja da se moralnost javlja kao rezultat primene zahteva praktične razumnosti na osnovne ljudske vrednosti. Za njega, ne samo moralnost, već i pravo predstavlja samo jedan aspekt praktične razumnosti. Na osnovu svega navedenog možemo zaključiti da Finisov jusnaturalizam, zapravo predstavlja prirodnopravnu teoriju o racionalnim osnovama moralnih sudova. Prirodno pravo, po njegovom mišljenju, predstavlja upravo skup zahteva praktične razumnosti kojima se uređuje ljudski život i ljudska zajednica. Takvi navedeni osnovni prirodnopravni zahtevi prethode svakom moralu i pretpostavljaju određene osnovne vrednosti kojima ljudska bića streme i bez kojih se ljudski život a posebno valjan ljudski život ne može zamisliti. Usled toga, moral nastaje kao rezultat primene osnovnih zahteva praktične razumnosti (prirodnopravnih zahteva) na osnovne ljudske vrednosti (osnovna ljudska dobra).

ZAKLJUČAK – DERIVIRANJE POZITIVNOG IZ PRIRODNOG PRAVA

Svaka prirodnopravna teorija koja ima pravilan pristup predmetu nastoji, prema **Finisu, razmotriti i shvatiti odnos između pozitivnog prava i trajno relevantnih principa praktične razumnosti. Ovo stoga što pravni sistem treba da obuhvata** pravila i principe koji su kompatibilni sa zahtevima praktične razumnosti "koji po sebi predstavljaju zaključke koji neposredno proizlaze iz kombinacije posebne osnovne vrednosti ... sa jednim ili više osnovnih "metodoloških" zahteva praktične razumnosti"[36].

Na taj način, dobro razvijen pravni sistem integriše osnovne zahteve praktične razumnosti, odnosno, prirodnopravne principe, u pravo. U oceni ovakvih pravila, tj. zakona koji po sebi predstavljaju zaključke koji proizilaze iz osnovnih principa praktične razumnosti, Finis se slaže sa Tomom Akvinskim da "ova vrsta zakona derivira iz prirodnog prava procesom koji je analogan dedukciji demonstrativnih zaključaka iz opštih principa; i da takvi zakoni nisu samo pozitivno pravo nego takođe i deo svoje "snage" crpu iz prirodnog prava (tj. iz osnovnih principa praktične razumnosti)"[37]. Finis smatra da proisticanje pozitivnog prava iz prirodnog prava, odnosno, iz osnovnih principa praktične razumnosti pose-

[35] Miomir Matulović, *Ljudska prava. Uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb, 1996, str. 185.

[36] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 292.

[37] *Ibidem*.

duje dva glavna modaliteta koja je identifikovao i imenovao Toma Akvinski. Naime, Akvinski je ukazivao da pozitivno pravo delimično obuhvata pravila koja su "derivirana iz prirodnog prava kao zaključci iz opštih principa"[38], dok se ostala pravila "deriviraju iz prirodnog prava kao implementacije (determinationes) opštih direktiva"[39]. Međutim, za razliku od Akvinskog po kome svaki zakon koji su doneli ljudi ima karakter zakona samo u meri u kojoj je deriviran iz prirodnog prava[40], Finis zauzima stav da principi prirodnog prava objašnjavaju obavezujuću snagu pozitivnog prava, čak i kad se takvo pravo ne može dedukovati iz tih principa[41].

Opšti principi prava ili principi prvog reda, prema Finisu jesu sledeći: "(i) prinudno sticanje svojinskih prava treba nadoknaditi u pogledu damnum emergens (stvarna šteta) ako ne u pogledu lucrum cessans (izgubljena dobit); (ii) nepostojanje odgovornosti za nenamernu povredu, bez krivice; (iii) nepostojanje krivične odgovornosti bez mens *rea*; (iv) zabrana poricanja prethodne izjave – estoppel – (nemo contra factum proprium venire potest); (v) nepostojanje pravne pomoći licu koje se poziva na sopstvenu krivicu (onaj ko zahteva pravičnost sam mora delati pravično); (vi) nepružanje podrške zloupotrebi prava; (vii) prevara sve raspliće; (viii) koristi stečene neopravdano i na račun drugoga moraju se vratiti; (ix) pacta sunt servanda (ugovori se moraju poštovati); (x) relativna sloboda da se promene postojeći obrasci pravnih odnosa putem sporazuma; (xi) u procenjivanju pravnih posledica nameravanih pravnih akata slabi se moraju zaštititi od svoje sopstvene slabosti; (xii) sporove ne razrešavati ako se obema stranama ne pruži prilika da budu saslušani; (xiii) nikome ne dozvoliti da bude sudija u svom slučaju"[42]. Navedeni principi ne predstavljaju po sebi prve principe praktične razumnosti.

Međutim, oni su tesno povezani sa prvim principima "u kombinaciji sa osnovnim metodološkim zahtevima praktičnog rasuđivanja da ih treba posmatrati kao izvodive, pomoću razuma, iz prirodnog prava"[43]. Kao izvodivi iz prirodnog prava, oni u izvesnom smislu, prema Finisu, predstavljaju deo prirodnog prava. Istovremeno, oni su i principi za sistem pozitivnog prava i nalaze se u svim po-

[38] Za određenje ovih zakona kao "mešovito-ljudskih" čija je materija usklađena sa onim što razum nužno zahteva, koji ratifikuju pravo razuma, dodajući mu samo dodatna ograničenja ili obavezujuću snagu pretnje sankcijom; vidi, Richard Hooker, *Of the Laws Ecclesiastical Polity*, Oxford, 2013.

[39] Uporedi, Toma Akvinski, *Izbor iz djela*, tom 1–2, Zagreb, 1990.

[40] Isto, *Omnia lex humanitus posita intantum habet de retione legis inquantum a lege naturae derivatur*.

[41] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 32–33.

[42] *Ibidem*, str. 298.

[43] *Ibidem*, str. 309.

zitivno-pravnim sistemima. Stoga, ovi opšti principi prava predstavljaju, po oceni Finisa, *ius gentium* u smislu koji mu je dao Toma Akvinski[44]. Naime, principi *ius gentium*-a predstavljaju, prema Akvinskom deo prirodnog prava zbog njihovog načina deriviranja i istovremeno deo pozitivnog prava zbog načina njihove promulgacije. Iz navedenog razloga su opšti principi prava, za Finisa, principi *ius gentium*-a u smislu da su oni istovremeno i principi prirodnog i pozitivnog prava.

Finis smatra da se pozitivno pravo izvodi iz prirodnog tj. iz osnovnih principa praktične razumnosti na dva načina koja je objasnio Toma Akvinski, ali ti modaliteti, po njemu, nisu odvojeni, već se međusobno prožimaju. Tako, opšti, centralni principi prava mogu predstavljati "pravolinijsku primenu univerzalno važećih zahteva razumnosti, ali trud da se integrišu ove predmetne materije u vladavinu prava će zahtevati od sudija i zakonodavca bezbrojne elaboracije koje u najvećem broju slučajeva učestvuju u drugom načinu derivacije"[45]. S druge strane, drugi modalitet proisticanja pozitivnog iz prirodnog prava, "nije povezan sa osnovnim principima pomoću inteligibilnog odnosa sa ciljevima … koji su neposredno povezani sa osnovnim ljudskim dobrima, ali je takođe kontrolisan široko rasprostranjenim formalnim i drugim struktuirajućim principima (kako u obliku prvog tako i drugog reda)" koji su i sami izvedeni iz osnovnih principa derivacijom prvog modaliteta[46]. Dva modaliteta su uzajamno povezana na način što primena opštih, univerzalnih principa podrazumeva neophodnost izvesnih izbora (*determinatio*) od strane zakonodavca i sudija, dok su takvi njihovi izbori determinisani i kontrolisani principima prava.

Stoga, da bi bila, po sebi, autoritativna za razumnog čoveka, *determinatio* mora biti konzistentna sa osnovnim zahtevima praktične razumnosti. Prema tome, da bi pozitivno pravo i njegova pravila bilo autoritativno neophodno je, za Finisa, da ono bude usklađeno i konzistentno sa prirodnopravnim principima tj. osnovnim zahtevima praktične razumnosti. Time njegova namera nije bila da minimizira značaj i domašaj pozitivnog prava, odnosno, opštu dovoljnost pozitivnih izvora prava kao rešenja za pravne probleme, već mu je intencija bila "da pokaže da čin "pozitivizacije" prava (bez obzira da li je ono izvršeno od pravosuđa, zakonodavca ili na drugi način) predstavlja čin koji može i treba da bude vođen "moralnim" principima i pravilima; da su te moralne norme stvar moralne razumnosti, a ne hira, konvencije ili proste "odluke"; i da te iste moralne norme opravdavaju (a) samu instituciju pozitivnog prava, (b) glavne institucije, tehnike ili modalitete unutar te institucije (npr. podelu vlasti) i (c) glavne institucije regulisane i

[44] Uporedi, T. Akvinski, *Summa theologica*, I-II, q. 95, a. 4c ad 1; II-II, q. 57, a. 3.

[45] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 299.

[46] *Ibidem*.

podržane pravom (npr. vlast, ugovor, svojina, brak i krivična odgovornost)"[47]. To znači da, po Finisu, autoritet pozitivnog prava, njegovih pravila i institucija počiva na njegovoj usklađenosti i konzistentnosti sa osnovnim principima praktične razumnosti tj. prirodnopravnim principima, jer samo ovi principi pružaju racionalnu osnovu za aktivnosti zakonodavca, sudija i građana. Iako smatra da pozitivno pravo izvodi svoj autoritet i važenje iz prirodnog prava, odnosno, fundamentalnih principa praktične razumnosti, pozitivno pravo nije samo prosta emanacija ili kopija prirodnog prava, već zapravo njegova dopuna i dodatak, budući da prirodno pravo samo ne uspeva da pruži i obezbedi sva, pa čak ni većinu, rešenja za koordinacione probleme ljudske zajednice.

Principi praktične razumnosti, za Finisa, predstavljaju osnovu na kojoj treba da počivaju ljudske ustanove, uključujući i pravo. Njegova teorija prirodnog prava izlaže vrstu praktičnih principa kojima će se razumni ljudi rukovoditi prilikom stvaranja prava čija je osnovna svrha opšte dobro. Prirodu prava shvata kao svrhovitu aktivnost u koju se uključuju razumna ljudska bića. Uveren je da pravo inkorporira skup direktiva koje pomažu ljudima da svoje ponašanje usmeravaju na društveno poželjne načine tj. u cilju ostvarenja opšteg dobra. Dakle, autoritet prava i zakonodavca, po Finisu, zavisi od sposobnosti pozitivnog prava da bude u službi opšteg dobra, odnosno od njegove usklađenosti sa principima praktične razumnosti. Pravo mora biti u skladu sa osnovnim praktičnim principima, koji afirmišu život, znanje, igru, estetski doživljaj, prijateljstvo, praktičnu razumnost i religiju kao osnovna dobra ljudskog života, u kojima ljudska bića treba što više da participiraju. Stoga, pravo koje je nepravedno ili protivno opštem dobru, i nekonzistentno sa praktičnom razumnošću gubi svoj autoritet.

SANJA ĐURĐIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Head of Law department,
Faculty of Law and Business Studies dr Lazar Vrkatić,
Union University in Belgrade

THE BASIC PRINCIPLES OF THE PRACTICAL REASONABLENESS OF JOHN FINNIS

Summary

The paper deals with the analysis of the place and role of practical reasonableness in the natural law theory of John Finnis, the leading contemporary natural law theorist in the world. The author first identifies the dual role of practical reasonableness, pointing out that, for Finis, it simulta-

[47] Dž. Finis, *Prirodno pravo*, str. 300–301.

neously represents both the fundamental value and a significant aspect of human well-being and the concern for participation in all other basic aspects of human self-development. His theory of natural law, in the author's view, sets out a series of practical principles that underpin human institutions, including law. The nature of law is understood as a purposive activity, an activity aimed at the common good, an activity in which reasonable human beings are participants. Finnis in law includes a set of directives which help people to guide their conduct in socially desirable ways, in a way that contributes to the common good. The author concludes that, according to Finis, the authority of the law and of the legislator depends on the ability of the positive law to serve the common good and depends on the compatibility of positive law with the principles of practical reasonableness.

Key words: John Finnis, practical reasonableness, basic values, natural law

VLADAN PETROV

POUKE I PORUKE NAMESNIČKOG USTAVA IZ 1869.

Da bi upozorio i podsetio na to koliko su za izgradnju ustavne države važna razmatranja o odnosu ustava i vremena, bogatstva ustavnog nasleđa, s jedne, i zahteva ustavne modernosti, s druge strane, autor uzima za primer Namesnički ustav iz 1869. Neposredni povod je 150-godišnjica od donošenja ovog ustava, koji je, bez sumnje, jedan od "kamena – međaša" srpske ustavnosti. Autor najpre daje jedan osavremenjeni pristup najvažnijim normama Namesničkog ustava, a potom ukazuje na to kako se s vremenom menjalo i mišljenje o ovom ustavu u našoj ustavnopravnoj nauci. Naposletku, ističući njegova ključna obeležja, autor formuliše pouke i poruke koje sobom nosi iskustvo ovog ustava, a koje bi trebalo uzeti u obzir u nekim budućim ustavotvornim radnjama u Srbiji.

Ključne reči: *Namesnički ustav, vreme, ustavno nasleđe, ustavna modernost*

U V O D

USTAV, VREME I MUDROST USTAVOTVORCA

Neko je davno rekao da su ustavi "čeda sreće". Koliko god obojena duhom romantizma druge polovine XIX veka, ova tvrdnja nosi sobom jednu važnu istinu. Vreme, u znatnoj meri, određuje vrednost jednog ustava – vreme njegovog donošenja, njegovog trajanja i vreme proteklo od kada je taj ustav prestao da važi. Istinitost ove tvrdnje se lepo može pokazati i na primeru Ustava Knjaževine Srbije

---

Dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije. Rad je prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom "Identitetski preobražaj Srbije".

iz 1869 (Namesničkog ustava), a evo i zašto. Prvo, Namesnički ustav je donet pre nego što su mnoge države Evrope, koje se danas nazivaju razvijenim ili stabilnim demokratijama, poput, recimo, Austrije i Nemačke, uopšte imale ustave. Srbija, nesuverena državica u okviru Otomanskog carstva, praktično političko-teritorijalna autonomija, imala je svoj ustav. Ideja moderne ustavnosti, sa svojim temeljnim načelima i vrednostima, podelom vlasti i ustavnim garancijama ljudskih prava i sloboda, ma koliko neubedljivo i nedorečeno, bila je izražena u ovom ustavu. Ta ideja je možda došla prerano imajući u vidu pravni status države, kao i političko-ekonomske prilike u njoj.

Drugo, vreme važenja Namesničkog ustava "presečeno" je na dva perioda – pre i posle nesporno najnaprednijeg ustava kog je Srbija imala u XIX veku, onog iz 1888. Isti ustav imao je "dva života". U ta "dva života", premda isti normativni tekst, niti je dejstvovao isto niti je značio isto. Rečju, to kao da nije bio isti ustav. U prvom periodu, od 1869. do 1888, njegova umereno liberalna "aura" je, bez sumnje, doprinela razvitku političkog života u Srbiji – naročito nastanku i organizovanju prvih modernih političkih partija. U drugom periodu, od 1894. do 1901, njegova autoritarna, antidemokratska "aura" došla je do punog izražaja kao podloga i okvir za ličnu vladavinu kralja Aleksandra Obrenovića.

Ustav ima svoje vreme trajanja. Svaki pokušaj da se to vreme produži prinudnim putem ne samo da je način za njegovu potpunu diskreditaciju, nego ostavlja i dalekosežno negativne posledice po prirodni razvoj ustavnosti u jednoj zemlji. Prekid važenja Ustava iz 1888. i povratak na Ustav iz 1869, trajno je uklonio Srbiju sa puta razvoja parlamentarizma, kojim je krenula da ide na vreme, možda čak i pre vremena, upravo s početkom prvog važenja tog ustava.

Dakle, vreme, shvaćeno u relativnom smislu, kao istorijska kategorija, bitno određuje vrednost, snagu i domete jednog ustava. Upravo stoga je neophodno, štaviše nužno, da određena načela i vrednosti koje je vreme iskušalo i isklesalo, budu usađeni u temelje ustavnog uređenja moderne pravne države. Na njima moderni ustavni poredak ne treba samo da počiva nego i da njima ceo bude prožet. Jednakost, sloboda, pravda i pravičnost, rečju vrednosti prirodnog, odnosno umnog prava moraju biti utkane "rukom" mudrog ustavotvorca ne samo u ustavni tekst, nego i u ustavni život.

O Namesničkom ustavu, 150 godina posle njegovog donošenja, 125 posle njegovog drugog stupanja na snagu i 118 godina posle njegovog konačnog odlaska u "vitrine" ustavne istorije, ne može se uglavnom ništa novo i epohalno reći iz ugla političke istorije i pravne dogmatike. Ipak, Namesnički ustav u celini, u pojedinim njegovim rešenjima kao i u sprezi s ostalim srpskim ustavima, daje materijal za pronalaženje modernog ustavnog identiteta Srbije. Ovaj ustav bez sum-

nje nosi pouke i poruke koje nam mogu poslužiti da damo odgovore na moderne ustavotvorne i ustavne izazove .

U ovom radu ćemo još jedanput ukazati na najvažnija i najzanimljivija normativna rešenja Namesničkog ustava, ona koja čine njegovu "ličnu kartu", podsetiti na to šta o njemu misli naša ustavnopravno nauka i naposletku, izvući izvesne pouke koje se tiču odnosa između zahteva vremena, s jedne, i mudrosti ustavotvorca, s druge strane.

"LIČNA KARTA" NAMESNIČKOG USTAVA

Namesnički ustav formalno je donela Velika narodna skupština 29. juna 1869. Politički posmatrano, on je delo liberala, koji su ovim ustavom, s jedne strane, "verifikovali" ustavnu situaciju stvorenu organskim zakonima šezdesetih godina, a s druge, "osavremenili" prividna ograničenja knjaževe vlasti – demokratskim elementom (Narodnom skupštinom koja nije bila pravo narodno predstavništvo) i liberalnim elementom (listom novih ličnih i političkih prava koja su svoje utemeljenje imala više u zakonu, nego u Ustavu). Suštinski, tvorac ovog ustava, svih njegovih osnovnih ideja i ključnih rešenja, bio je Jovan Ristić, jedan od trojice namesnika. Namesnički ustav je, po preovlađujućem stanovištu, donet protivno članu 14. Zakona o Narodnoj skupštini iz 1861. koji je izričito zabranjivao promenu Ustava za vreme maloletstva Knjaza.

Prema članu 1. Ustava, Knjaževina Srbija je "nasledna ustavna monarhija sa narodnim predstavništvom". Na ovaj način ne samo da je određen oblik vladavine – ustavna monarhija, već je jasno rečeno da će Knjaz deliti državnu vlast sa narodnim predstavništvom. Ma koliko nominalnog i formalnog karaktera, ova načelna odredba bila je, imajući u vidu tadašnje prilike, od izuzetnog značaja za razvoj ustavnosti koja počiva na ograničavanju monarhove vlasti. Zanimljiv je i član 2. u kom se praktično definiše savremeno načelo nepovredivosti teritorijalnog integriteta države i predviđa da je svaka promena granice državne teritorije moguća jedino odlukom ustavotvorne vlasti oličene u Velikoj narodnoj Skupštini. "Državna oblast Srbije ne sme se razdvajati. Njene granice ne mogu se smanjiti ni razmeniti bez pristanka Velike narodne Skupštine; no u slučajevima ovog roda od manje važnosti dovoljan je pristanak i obične skupštine".

Knjaz je nosilac izvršne vlasti (vrhovni zapovednik sve zemaljske sile, postavlja sve državne činovnike, zastupa zemlju u inostranstvu), a zakonodavnu vlast vrši sa Narodnom skupštinom (član 4). Iako ustavotvorac kaže da "nikakav zakon ne može važiti, dokle ga Knjaz ne proglasi" (član 5. stav 2), važi i obrnuto: "nikakav zakon ne može biti bez pristanka Narodne skupštine izdat, ukinut, iz-

menjen ili protumačen" (član 55. stav 1). Dakle, načelno, postoji ravnopravnost dva zakonodavna činioca, Knjaza i Narodne skupštine. U operacionalizaciji ovog načela, ustavotvorac je odstupio znatno u korist Knjaza. Tako, na primer, nosilac prave zakonodavne inicijative je samo Knjaz, a ne i Narodna skupština.[1]

Namesnički ustav je proklamovao lična i politička prava građana. Odeljak "O pravima i dužnostima građana u opšte" prethodio je odeljku "O narodnom predstavništvu", a sledio odeljak "O državnoj oblasti, Knjazu, nasledstvu prestola i namesništvu knjažeskog dostojanstva".[2] Dva su osnovna obeležja ustavne regulative materije ljudskih prava. Prvo, sva proklamovana prava ostvaruju se u skladu sa zakonom, odnosno sa pozivom na zakon (formulacije su "zakon bliže opredeljuje", "zakon propisuje", "zakonom opredeljenima", "načinom koji propisuje zakon"). Dakle, nedostajalo je osnovno moderno načelo ostvarivanja ljudskih prava, a to je neposredna primena ustavom zajemčenih prava. Uređenje ljudskih prava putem zakona, otvaralo je mogućnost, a to se u praksi i pokazalo, za mnoga ograničenja i modifikacije ustavom proklamovanih prava građana. Drugo, "u slučaju preke opasnosti za javnu sigurnost", Vlada je mogla na neko vreme obustaviti pojedina lična i politička prava (ličnu slobodu, nepovredivost stana, slobodu govora i štampe). Ustavom neodređeni osnov za "suspenziju" ljudskih prava dovoljno pokazuje kakav je bio pravi odnos ustavotvorca prema ovom delu ustavne materije.

Kad je reč o sastavu Narodne skupštine, dobro je poznato da ona nije bila sastavljena samo od poslanika izabranih od naroda nego i od poslanika koje imenuje Knjaz.[3] Ipak, očekivati jedno pravo narodno predstavništvo u to doba i u takvim prilikama bilo je nerealno koliko i tražiti slobodne i neposredne izbore za poslanike, kao i opšte biračko pravo. Ustavotvorac je predvideo lično glasanje i delimično pokušao da ustanovi jednakost glasanja, time što je odredio da se glasa samo na jednom mestu.[4]

---

[1] "Predlog, da se kakav zakon izda ili postojeći izmeni, dopuni ili protumači, može Knjaz skupštini, a tako isto i skupština Knjazu učiniti. No formalni projekti proizlaze samo od Knjaza" (član 58. Namesničkog ustava).

[2] U ustavnoj teoriji postoji mišljenje da redosled odeljaka u ustavu ukazuje ne značaj koji određena materija ili oblast ima za ustavotvorca. Tako, u modernim ustavima, posle osnovnih odredaba ili načela, po pravilu, dolazi odeljak o ljudskim pravima, pa tek onda o političkim institucijama, a među njima, najpre, o narodnom predstavništvu itd.

[3] "Knjaz bira na svaka tri poslanika po jednog od svoje strane iz reda ljudi, koji se odlikuju naukom ili iskustvom u narodnim poslovima, no ovaj broj ne mora biti podpun" (član 45. Namesničkog ustava).

[4] "Pri izboru narodnih poslanika ili poverenika, samo se lično, i samo na jednom mestu može dati glas" (član 49. Namesničkog ustava).

Bez sumnje, jedna od najvećih tekovina Namesničkog ustava je proklamovanje slobodnog mandata narodnih poslanika. Ustavotvorac je pogodio samu suštinu slobodnog mandata i lepo ga iskazao sledećim rečima: "Narodni poslanici nisu predstavnici samo onih, koji su ih izabrali, već celog naroda; i po tome, njima se ne može dati nikakvo obavezno nastavljenje od izbirača, već oni po svom uviđenju i savesti predstavljaju i rešavaju narodne potrebe" (član 51). Imunitet neodgovornosti poslanika bio je proklamovan, ali je, za razliku od ovog današnjeg koji je u našem ustavu praktično apsolutan, imunitet po Namesničkom ustavu bio znatno ograničen. Za izraze koji su predstavljali napad na ličnost Knjaza, njegovu familiju, namesnike knjaževskog dostojanstva, Skupštinu ili pojedine poslanike, Skupština je, na predlog predsednika Skupštine, mogla isključiti poslanika za neko vreme iz rada Skupštine. Dakle, ovde je bila u pitanju disciplinska odgovornost poslanika za reč, koja je bila predviđena samim Ustavom. Međutim, "ako bi izrazi poslanika sačinjavali po krivičnom zakoniku kakvo zločinstvo, ili prestup, dotični član može i pred redovnim sudovima biti optužen, ako skupština predhodno odobri" (član 70. stav 3. Namesničkog ustava).

Jedna od važnijih tekovina Namesničkog ustava je redovno sazivanje Narodne skupštine, svake godine.[5] Knjaževa uloga u ostalim radnjama u vezi sa sazivanjem i zaključivanjem Skupštine (član 76) i mogućim odlaganjem (član 77) bila je ključna.

Pored "obične" Narodne skupštine, Ustav je predviđao sazivanje Velike narodne skupštine, koju bira narod i koja je četiri puta veća, po broju, od "obične skupštine". Njene nadležnosti bile su taksativno određene Ustavom i odnosile su se na izbor Knjaza u situaciji koju predviđa Ustav, izbor namesnika, promenu Ustava, pitanja veće važnosti o promenama državne teritorije, kao i na neko pitanje "od vanredne važnosti sa zemlju", kad Knjaz nađe za potrebno da je sasluša (član 89. Namesničkog ustava).

Važne odredbe Namesničkog ustava bile su i one koje su Državni savet, nekada najvažniji politički organ uz Knjaza, počele da "pretvaraju" u upravni sud (član 90); o odgovornosti ministara, koja je bila isključivo krivična, ne i politička, što znači da parlamentarizma nije bilo po ovom ustavu (čl. 100-103); o sudovima i njihovoj nezavisnosti, kao i drugim načelima o sudskoj vlasti (čl. 108-118).

Za kraj ovog prikaza normativnih rešenja bilo bi lepo podsetiti kako je ustavotvorac s malo reči definisao suštinu nezavisnosti sudstva i podele vlasti: "Pravda se izriče u ime Knjaza. Pri izricanju pravde sudovi su nezavisni i ne stoje ni pod kakvom vlašću osim zakona" (član 109); "Nikakva državna vlast, ni zakono-

[5] "Skupština se saziva redovno svake godine, a kad bi važni hitni poslovi zahtevali, ona se može i vanredno sazvati" (član 75. Namesničkog ustava).

davna ni upravna, ne može vršiti sudske poslove, niti opet sudovi mogu vršiti zakonodavnu ili upravnu vlast" (član 110. stav 1). Na ovakve odredbe trebalo bi da se ugleda i moderni ustavotvorac. Mnogorečje i "brbljivost" ne smeju biti odlika ustavotvorčevog stila, jer su svagda odlika konfuzije misli. Ekonomija reči ne samo da obezbeđuje jasnost i razumljivost ustavnih odredaba; ona garantuje i dostojanstvo ustava, koji ne sme da se rasplinjava, bavi malim i tekućim pitanjima koja ni u kom slučaju ne mogu imati ustavni rang, kao ni da preterano sadrži prevedene ili unekoliko prepričane odredbe međunarodnih konvencija koje su, samim potvrđivanjem od strane države, postale sastavni deo pravnog poretka i neposredno se primenjuju.

Dakle, Namesnički ustav sadržao je, pored spornih odredaba iz ugla savremenog konstitucionalizma, čitav niz rešenja koja bi i danas mogla stajati gotovo nepromenja, suštinski i stilski, u modernom srpskom ustavu. Ta rešenja su zdrava osnova i pravi putokaz za izgradnju nacionalnog ustavnog modela koji će moći da se uklopi u pravno-politički okvir definisan savremenim evropskim standardima i vrednostima (nacionalni v. evropski ustavni identitet).[6]

NAŠI USTAVNI PRAVNICI O NAMESNIČKOM USTAVU

Jedno moguće podsećanje na Namesnički ustav podrazumevalo bi osvrt na mišljenje i ocenu koje su o ovom ustavu dali naši ustavni pravnici, koji su pisali u različitom državnom i političkom trenutku, imali različit pogled na metodologiju i sadržinu ustavnog prava, pripadali u velikoj meri različitom pravno-kulturološkom kontekstu. Činjenica da su ovi pisci davali različite komentare u vezi sa Namesničkim ustavom, nekada čak i gotovo suprotstavljene, potvrđuje još jednu veliku istinu ustavnog prava – ustav nije samo normativni tekst, ali ni samo ono što u stvarnosti predstavlja; ustav je i ono što o njemu pišu i misle, kakvim ga vide, pripadnici ustavnopravne doktrine iz različitog vremena. Dakle, poimanje jednog ustava i njegovo adekvatno smeštanje u ustavnost jednog naroda i države, kao i njegov realni domašaj u izgradnji nacionalnog ustavnog identiteta, rezultat su proteka vremena i promišljanja više generacija.

Milovan Milovanović nije imao dobro mišljenje o Namesničkom ustavu. "Srbiji je 1869. godine dan rđav ustav, koji ne samo da nije odgovarao savremenim prilikama, nego je, sračunjenom neiskrenošću i protivrečnošću svojih odredaba, otvorio u našoj otadžbini *eru lažne, fiktivne ustavnosti* (podvukao *V. P.*), koja je državni život Srbije u mnogome pogledu skrenula bila sa pravoga

[6] V. Vladan Petrov, "Ka modelu modernog ustava za Srbiju", *Ustav Kraljevine Srbije od 1888. – 125 godina od donošenja* (urednik Vladan Petrov), Beograd, 2015, str. 9-16.

puta i omela je u njenom pravilnom razvijanju, pa i u vršenju njenih nacionalnih zadataka".[7] Prva velika načelna primedba koju iznosi na račun Ustava bila je samo prividno uspostavljanje ustavne parlamentarne monarhije. Umesto toga, "dao je samo mogućnosti ličnim apsolutističkim režimima da parlamentarne ustanove upotrebe kao busije"[8]. Milovanović objašnjava potom da Narodna skupština nije bila istinsko narodno predstavništvo, a da je nad njom punu kontrolu imao knez. Navodi primer sastava ove skupštine koju su, pored poslanika formalno izabranih od naroda, jednu trećinu činili poslanici koje postavlja knez, a u Skupštinu nisu mogli ulaziti činovnici, advokati, penzioneri. Skupština se sastajala kad i gde je vladar sazove. Takođe, Milovanović navodi krnje budžetsko pravo Skupštine. Posebno kritikuje pravo vladaoca da sam donosi zakone, ako Skupština nije u zasedanju, a zemaljska bezbednost je u opasnosti.[9] Naposletku, Milovanović se osvrnuo i na ustavno proklamovanje pojedinih ličnih i političkih prava. Naizgled, to je bila važna pozitivna karakteristika ovog ustava. U stvari, ustavotvorac je na više načina omogućio njihovo potpuno obesmišljavanje. Jedan od tih načina je bila mogućnost da Vlada, u slučaju preke opasnosti za javnu sigurnost, privremeno obustavi odredbe koje su se odnosile na garancije lične slobode, nepovredivosti stana, slobode govora i štampe i nadležnosti suda. Milovanović još jedanput izriče oštru osudu Namesničkom ustavu: "Ovakav ustav, kao što je bio ovaj od godine 1869, nije mogao ne samo dati ma i privremeno rešenje ustavnome pitanju u Srbiji, nego ni stvoriti kratko zatišje u borbi koja se vodila oko toga pitanja."[10]

Da je Milovanović imao priliku da makar sagleda celinu procesa koji možemo nazvati ustavnost Srbijina XIX i XX veka, možda bi izrekao nešto blažu negativnu ocenu Namesničkog ustava, možda bi nešto više stavio naglasak na ona njegova dobra obeležja, bar onoliko koliko je neku deceniju kasnije to učinio Slobodan Jovanović.[11]

---

[7] Milovan Milovanović, "Ustavnost srbijina", *Državno pravo i druge ustavnopravne studije*, Beograd, 1997, str. 305.

[8] *Ibidem*, 306.

[9] "Dajući ovakvo pravo vladaocu, ustav nije bliže odredio ni kakve su to opasnosti pred kojima vladalac može uzeti svu zakonodavnu vlast u svoje ruke, ni na kakav predmet se mogu odnositi zakoni stvoreni na takav izuzetan način! Nikakva jemstva protivu zloupotrebe toga prava nije ustav dao ni time što je utvrdio da se vladalac može njima poslužiti samo u slučajevima kad Skupština nije i ne može biti na okupu iz razloga tačno određenih! Nije čak ni toliko predviđeno da se Skupština ima sastati čim se zato mogućnost stvori, te da o takvim zakonima i njihovoj danoj primeni donese svoju odluku." *Ibidem*, 308.

[10] *Ibidem*, 309.

[11] Slobodan Jovanović, "Druga vlada Miloša i Mihaila (1858-1868), sabrana dela Slobodana Jovanovića, tom VI, Beograd, 1990.

Evo koje je osobine Namesničkog ustava Jovanović smatrao bitnim. Prvo, uspostavljanje nasledne ustavne monarhije na čelu sa dinastijom Obrenovića, uz izričitu zabranu da "...nikad ne može izabrat biti za Kneza srbskog niko od familije i potomstva Karađorđevića". Drugo, Narodna skupština je dobila zakonodavnu vlast da je vrši zajedno sa knezom.[12] Treba istaći da je Jovanoviću naročito "smetao" sastav Narodne skupštine, koja je bila "u punom smislu reči seljačka Skupština"[13]. Treće, Ustav nije uspostavio parlamentarni režim. "Da Ustav od 1869 nije hteo ustanoviti parlamentarni režim, vidi se po ovim njegovim odredbama: a) Ministri nisu mogli biti istovremeno narodni poslanici (...) b) Skupština nije mogla odbaciti budžet u celini (...) v) Ministarska odgovornost, ukoliko priznata Ustavom, bila je samo krivična (...) Politička odgovornost ministara, koja čini suštinu parlamentarnog režima, nije postojala po Ustavu od 1869."[14] Od tri navedena konstitutivna obeležja parlamentarizma, koja su nedostajala u Namesničkom ustavu, probu vremena izdržali su drugo i treće, ne i prvo – danas se više ne smatra da je uslov parlamentarizma postojanje tzv. poslaničke vlade; štaviše, mnogi smatraju suprotno – neposlanička vlada, u kojoj su ministri koji ne smeju biti poslanici, je pravo obeležje parlamentarizma. Četvrto, Knjaz je bio nadmoćniji činilac u zakonodavstvu. "Jer, (a) pravo podnošenja formalnih zakonskih projekata pripadalo je isključivo knezu. Skupština nije imala pravo zakonodavne iniciative (...) (b) Vlada je mogla zahtevati 'potpuno primanje ili odbačenje svojih predloga', - drugim rečima, mogla je zahtevati da se njeni predlozi ili prime bez ikakvih izmena, ili sasvim odbace (...) (v) Vlada je mogla izdavati privremene zakone ili uredbe po nuždi."[15] Peto, proklamovane su građanske slobode, ali uz gotovo potpunu slobodu datu zakonodavcu da propiše ograničenja ovim slobodama. Jovanović primećuje da je odeljak Ustava o građanskim pravima imao manju obaveznu snagu za vladu nego ostali odeljci, jer je vlada mogla većinu tih odredaba, u slučaju "preke opasnosti za javnu sigurnost", obustaviti. Šesto, Ustav je imao određene praznine i nedorečenosti. Tako je proklamovana nezavisnost sudstva bez nepokretnosti sudija, a lokalna samouprava je definisana na nejasan način.[16]

---

[12] "Ustav od 1869 dao je Skupštini pravo rešavanja o zakonima. Dotle o zakonima su rešavali knez i Savet, a Skupština se samo saslušavala. Sada je bilo obrnuto: o zakonima su rešavali knez i Skupština, a Savet se samo saslušavao. Zakonodavna vlast preneta je sa činovničkoga saveta na seljačku Skupštinu. O narodu se, govorilo je Namesništvo, "ne može više ništa odsudnoga rešavati bez njega samoga". *Ibidem*, 73.

[13] "Ni činovnici ni advokati nisu mogli biti birani za poslanike. To je bila onakva Skupština bez inteligencije kakvu je voleo knez Miloš". *Ibidem*.

[14] *Ibidem*, 74–75.

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem*, 76.

To su, rečima Jovanovića, "bile glavne crte Ustava od 1869". On je ukazao i na znatan broj tzv. organskih zakona, koji su doneti odmah po stupanju Ustava na snagu, a koji su dopunili, razradili, a u mnogim elementima i protivrečili ustavnim odredbama.[17] Jovanović nije propustio da istakne ključnu ulogu namesnika Jovana Ristića u donošenju baš takvog ustava. On objašnjava: "Posle 1858 načinjen je kompromis između kneza i seljačke mase o trošku birokratije; posle 1868 načinjen je kompromis između birokratije i seljačke mase o trošku kneza. Ustav od 1869 bio je pokušaj birokratije da se oslobodi kneževe stege, i da se, iza zaklona Narodne skupštine, načini gospodarem države. Birokratija je podražavala Milošu, dajući svome režimu tobože narodski izgled. Saglasan s interesima birokratije, Ustav od 1869 bio je saglasan i sa zahtevima Ristićeve ambicije. Njegova ambicija terala je daleko; on se nije zadovoljavao da bude ministar; njegovo ministarstvo imalo je da postane jedna vrsta vice-kneževstva. Sa tim veliko-vezirskim prohtevima, on je osećao potrebu takvog Ustava po kome prava vlast neće biti ni u kneza ni u Skupštine, nego u ministara."[18] Slobodan Jovanović na kraju daje svoju konačnu ocenu Namesničkog ustava, jezgrovito i dopadljivo: "...Ustav od 1869 nije bio pobeda naroda nad birokratijom, nego pogodba birokratije s narodom. Jedan savremenik rekao je: taj Ustav daje više prava narodu nego ikoji drugi, i više vlasti vladi nego ikoji drugi".

Ukazujući na kompromisni karakter Namesničkog ustava, Slobodan Jovanović je pravilno sagledao vezu između sadržine ovog ustava i aktuelnog društveno-političkog konteksta, s jedne, i vezu između Ustava i njegovog "tvorca" (J. Ristić), s druge strane.

Pišući o Namesničkom ustavu, 90 godina posle Milovanovića i 70 posle Jovanovića, Miodrag Jovičić je, za razliku od velikih prethodnika, imao generalno pozitivan stav o ovom ustavu. Prvo, "Ustav od 1869. prvi je srpski ustav moderno koncipiran i pravno-tehnički uređen po savremenim evropskim standardima".[19] Drugo, "ovaj ustav je prvi koji je pisan ekavicom, Vukovim pravopisom, uz retku upotrebu arhaizama, ali zato uz korišćenje odgovarajuće stručne terminologije. Članovi ustava redigovani su jasno i precizno".[20] Treće, Državni savet je pretvoren u upravni sud. Četvrto, Ustav je izvršio podelu vlasti, iako to nije izričito rečeno,

[17] Tako je, na primer, Zakonom o Državnom savetu, do tada organ zakonodavne vlasti postao, u stvari, administrativni sud. Prema Ustavu, Savet je rešavao administrativne (upravne) sporove koji su proizlazili iz ministarskih rešenja, a ne i one koji su proizlazili iz kneževih ukaza. Zakon je tu nadležnost, protivno Ustavu, proširio i na ove druge akte.

[18] *Ibidem*, 85.

[19] Miodrag Jovičić, *Leksikon srpske ustavnosti 1804–1918*, Beograd, 1999, str. 303.

[20] *Ibidem*.

između kneza (koji je bio nosilac izvršne vlasti i jedan od dva činilaca u zakonodavstvu), Narodne skupštine i nezavisnih sudova. Peto, Narodna skupština je prvi put postala zakonodavni organ u pravom smislu, uz značajna ograničenja.[21] Peto, Ustav nije stvorio uslove za parlamentarizam. Ipak, uspostavljanje Narodne skupštine kao centralnog zakonodavnog organa vlasti "predstavlja veliki napredak u odnosu na pređašnje stanje i svakako značajan korak u uvođenju parlamentarnog sistema".[22] Šesto, proširen je katalog građanskih prava, "relativno stidljivo"[23] i na pojedina politička prava (sloboda izražavanja misli, sloboda govora, ali ne i sloboda zbora i sloboda udruživanja), uz enonsijaciju zakonitosti. Sedmo, nije proklamovana lokalna samouprava, ali su opštine postale "samostalne u svojoj upravi, shodno propisima zakona". Osmo, za promenu Ustava predviđen je neuobičajeno složen postupak (Jovičiću koji se uporedno i teorijski bavio ustavotvornom i revizionom vlasti, to nije moglo promaći).[24] Prema pravnom režimu promene, Namesnički ustav spada u kategoriju izuzetno čvrstih ustava (tri obične skupštine su morale usvojiti predlog da bi ga zatim potvrdile Velika skupština i vladalac). Prema načinu donošenja, bio je to ustav pakt između Velike narodne skupštine, s jedne, i kneza, s druge strane. Revizioni postupak je bio tako ustrojen da je jasno iskazivao volju ustavotvorca o nepromenjivosti izvorne ustavne pogodbe, odnosno njenoj izuzetnoj promenjivosti samo na osnovu izričite volje vladaoca.

Opšta ocena o Namesničkom ustavu, data gotovo 100 godina po prestanku njegovog važenja po drugi put (1894-1901), čini se, daleko odmerenijom i objektivnijom naročito od one koju je početkom prošlog veka dao Milovan Milovanović. "...Valjalo bi reći da je on predstavljao svojevrstan *most između primitivne ustavnosti* (podvukao, *V. P.*) uvedene Ustavom od 1838, kakva je mogla da odgovara uslovima tadašnje zaostale turske provincije koja se grčevito borila za svoju autonomiju, ali i nužnosti kakvog-takvog organizovanja vlasti, i dvadeset godina kasnije u nezavisnoj zemlji donetog Radikalskog ustava od 1888, koji je u mnogo čemu bio na visini savremene evropske ustavnosti u jednoj parlamentarnoj monarhiji...".[25]

---

[21] Jovičić uglavnom navodi ista ona ograničenja o kojima su pisali i njegovi prethodnici, te ih nećemo spominjati da bismo izbegli nepotrebno ponavljanje.

[22] *Ibidem*, 304.

[23] *Ibidem*.

[24] Predlog za promenu Ustava imao je da bude usvojen dvotrećinskom većinom prisutnih članova Skupštine, potom su sa njim morale da se saglase dve sledeće redovne skupštine, da bi predlog na kraju morala usvojiti Velika narodna skupština i potvrditi Knjaz.

[25] *Ibidem*, 305–306.

Vraćajući se na činilac vremena, o kom smo po nešto rekli u uvodnom delu rada, i Jovičić upozorava da jedan isti ustav u dva različita vremenska perioda može proizvoditi sasvim različito dejstvo i imati sasvim drukčiji uticaj na razvoj društva. "Za vreme prvog perioda važenja Ustava od 1869, dakle do 1888, došlo je do velikih svakovrsnih promena u razvoju srpskog društva, i u političkom, i u privrednom, i u kulturnom pogledu. On je za taj razvoj, uprkos svim svojim ograničenjima, pružao uslove (ovo je potpuno suprotan stav u odnosu na Milovanovićev, koji je ovaj ustav smatrao "kočnicom" daljeg društvenog i političkog razvoja, *V. P.*). U celini uzev, ovaj ustav bio je značajan korak napred u razvoju srpske ustavnosti. Razume se, njegovo vraćanje na snagu u periodu 1894-1901, označilo je i korak nazad".[26]

Prema Ratku Markoviću,[27] suštinska karakteristika Namesničkog ustava, zbog koje se on može smatrati "vesnikom nove koncepcije ustava, drukčije od one na kojoj su rađena prethodna dva srpska ustava",[28] je ta što je ovaj ustav "uključio (...) i narod kao nosioca vlasti, pa je samim tim otvorio pitanje legitimnosti institucija vlasti - pristanka ili neposrednog učešća građana u izboru i radu institucija vlasti".[29] Ovo su bitna obeležja Namesničkog ustava. Prvo, "vladalačka vlast podvedena je pod principe ustavne monarhije, makar u skromnom obliku. Sva vlast više nije poticala samo od kneza nego od kneza i od naroda".[30] Drugo, izvršena je liberalizacija ustavnog poretka.[31] Treće, ustanovljena je jednodomna Narodna skupština sa tzv. kvalifikovanim poslanicima. Četvrto, ministarska odgovornost nije politička nego krivična. Peto, Savet gubi zakonodavnu vlast; ostaje mu samo pravo da sasluša o predlozima zakona.

Po Markoviću, najveća dobit koju je Srbija imala od Namesničkog ustava jeste zakonodavno angažovanje Narodne skupštine, ma koliko ono bilo ograničeno, a preko i nje i podanika, koji na taj način, ma koliko elementarno i svedeno, bez opšteg biračkog prava, postaju građani. Marković, poput Jovičića, ističe da je Namesnički ustav važio u dva različita vremenska perioda i imao dva sa-

[26] *Ibidem*, 306.

[27] Ratko Marković, "Namesnički ustav (prelaz biračke vlasti na podanike)", *Sa ustavne osmatračnice,* Beograd, 2017, str. 332–337.

[28] *Ibidem*, 332.

[29] *Ibidem*.

[30] *Ibidem*.

[31] "Priznavanjem slobode štampe građanima (saobražavajući se u njenom korišćenju propisima zakona), njima je dato pravo da kritikuju postupke vlasti, čime je vlast postala odgovorna pred svojim građanima". *Ibidem*, 333.

svim različita uticaja na srpsko društvo – u prvom, omogućio je napredak društva; u drugom, zaustavio je razvoj društva i predstavljao je vraćanje na prevaziđenu ustavnost. "U svakom slučaju, Namesnički ustav je, uz sva njegova nastojanja da narodnom predstavništvu ograniči izbornu osnovu i da mu suzi izborna prava, dao moć Narodnoj skupštini da odlučuje o zakonima, umesto dotadašnjeg neobavezujućeg izražavanja mišljenja o zakonima o kojima drugi odlučuje. Ta moć se više nije mogla umanjivati, nego budućim ustavima samo uvećavati, tako da je Narodna skupština s vremenom ne samo proširivala svoja zakonodavna ovlašćenja nego je osvajala i druga, svojstvena parlamentu u parlamentarnom sistemu vlasti (...) Ma koliko suženih nadležnosti, čak i kao zakonodavno telo, i ograničene predstavničke osnove, Narodna skupština je omogućila *da politika prodre u narodne mase, da izađe iz uskog korita ustavnih ustanova i da se u zemlji razvije politički život* (podvukao, *V. P.*)".[32]

Bez sumnje, pored relativno objektivnih, normativnih obeležja jednog istorijskog ustava, svestranog sagledavanja prilika u kojima je važio, važno je i stanovište ustavnopravne doktrine o ustavu. Svi ovi činioci razmotreni zajedno mogu omogućiti ispravno zaključivanje o doprinosu jednog ustava za izgradnju ustavnog identiteta. Namesnički ustav nesporno pripada "velikoj četvorci" srpske ustavnosti. Nju čine: Sretenjski ustav iz 1835, s kojim ona započinje; Namesnički iz 1869, kojim su, ipak, postavljeni temelji prave ustavnosti; Radikalski iz 1888, koji nagoveštava parlamentarizam i jedan ustav s kraja XX veka, onaj iz 1990, o kojem će, kad protekne još vremena od prestanka njegovog važenja, tek da se formiraju odmereniji stavovi naše ustavnopravne nauke.

ZAKLJUČAK
ČEMU NAS UČI ISKUSTVO NAMESNIČKOG USTAVA

Ako bismo pokušali da identifikujemo *ključna obeležja* Namesničkog ustava, reklo bi se da su to sledeća: 1) *Ustav sa ličnim pečatom* glavnog "autora" (Jovan Ristić); 2) *originalan* – ustavotvorac je vodio računa o izvesnim načelima i vrednostima savremene ustavnosti, ali se nije ugledao ni na jedan konkretan ustavni uzor tog doba, niti je pristao na "diktat" činilaca spolja; 3) *moderan u izrazu* – pisan Vukovim jezikom i pismom, sadrži lepe primere prave ustavne nomotehnike; 4) *trajao je dva puta* – jednom da napravi pozitivan iskorak i podsticaj za razvoj ekonomskog i političkog života; drugi put, da zaustavi taj razvoj i pokuša da vra-

[32] *Ibidem*, 336–337.

ti ustavnost u stanje pre njegovog prvog donošenja; 5) postavio je *normativne temelje moderne predstavničke demokratije*, omogućivši da se Narodna skupština, u čijem formiranju, premda ograničeno, učestvuje narod, ipak pita kad je reč o kreiranju zakonodavne politike; 6) uveo *politički liberalizam* (proklamovanje ličnih i političkih prava građana) ublažen, bolje reći *znatno ograničen*, dosledno sprovedenom tehnikom enonsijacije zakonitosti.

Čemu nas uči iskustvo Namesničkog ustava i ove njegove bitne odlike, pod pretpostavkom da smo ih dobro utvrdili? Razuman, tačnije mudar ustavotvorac uvek će voditi računa o odnosu između ustava i vremena. To, u stvari, znači da će učiniti sve što je u njegovoj moći da nađe adekvatnu "formulu" za *ustav koji će biti poštovan i stabilan*;[33] za ustav koji će, u najvećoj mogućoj meri, *uskladiti zahteve savremenosti* (evropske i uopšte međunarodne standarde i vrednosti), s jedne, i *potrebe koje proizlaze iz nacionalnog bića i ustavnog nasleđa*, s druge strane. Može se slobodno reći da *imperativ umnosti u oblasti ustavnog prava nalaže da načela i vrednosti svetske, a pre svega evropske ustavnosti dobiju svoj originalni izraz u definisanju nacionalnog ustavnog identiteta.*[34] Bez ovog drugog, koje je u stvari prvo, evropska ustavna načela i vrednosti ostaju obična "ljuštura", a sudbina takvog ustava biće sudbina "barskog cveta", koji lepo izgleda, ali kratko živi.

Namesnički ustav iz 1869. daleko je od uzoritog primera gore opisane ustavotvorne mudrosti, ali je nesumnjivo bio pokušaj da se u datim, po Srbiju još uvek ne preterano povoljnim spoljno-političkim prilikama, fragmenti nacionalnog bića ispolje u pojedinim načelima i vrednostima tadašnje evropske ustavnosti. Pokušaj iskusnog i politički inteligentnog Jovana Ristića, makar preovlađujuće motivisan interesom održavanja najvišeg stepena kontrole nad vršenjem političke vlasti u državi u kojoj Knjaz više nije mogao biti sve, ali ni narodno predstavništvo nije moglo biti ništa, bio je sasvim dovoljan da Namesničkom ustavu obezbedi izuzetno referentno mesto u ustavnoj istoriji Srbije.

---

[33] V. o ustavnoj stabilnosti kao jednoj od najvažnijih vrednosti moderne ustavne demokratije: Vladan Petrov, "U potrazi za ustavnom stabilnošću u Republici Srbiji", *Pravni život*, br. 12, Tom IV, 2017, str. 591–602.

[34] V. Vladan Petrov, "Ustav Srbije između evropskog i nacionalnog ustavnog identiteta", *Univerzalno i osobeno u pravu* (urednik Ognjen Vujović), Kosovska Mitrovica, 2018, str. 181–192.

VLADAN PETROV, Ph.D.,
Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade;
Judge of the Constitutional Court of Serbia

THE LESSONS AND THE MESSAGES OF THE REGENT'S CONSTITUTION OF 1869

Summary

In order to warn and remind of the importance of the discussions about constitution and time, the richness of constitutional heritage, on the one hand, and the demand for constitutional modernity, on the other, the author takes the example of the Regent's Constitution of 1869. A direct motive for the analysis is the 150th anniversary of the adoption of this constitution which is without a doubt one of the cornerstones of the Serbian constitutional history. Firstly, the author gives an up-to-date approach to the most important articles of the Constitution. Secondly, he points out how the statements about this constitution have changed over time in our constitututional law science. Finally, highlighting its key features, the author formulates the messages and the lessons that the experiance of this constitution carries which should be taken into account in some future constitutional making activities in Serbia.

Key words: The Regent's Constitution, Time, Constitutional heritage, Constitutional modernity

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ

GARANCIJE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U KRIVIČNOM POSTUPKU

U tekstu se razmatraju garancije prava na pravično suđenje u krivičnom postupku, kao jednog od osnovnih ljudskih prava koje je garantovano Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Ustavom Crne Gore.

Odredba Konvencije o pravu na pravično suđenje govori o krivičnoj optužbi protiv lica i formulisana je na način da zahtijeva od sudova pružanje garancija pravičnog suđenja u krivično-pravnim postupcima. Garancije ostvarivanja ovog prava u krivičnom postupku ostvaruju se kroz čitav niz posebnih prava koja su u Konvenciji direktno navedena u okviru prava na pravično suđenje, ali i preko prava koja je Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi tumačenjem Konvencije utvrdio kao posredno obuhvaćena u tom pravu.

Posebno se ukazuje na bogatu i razuđenu praksu Evropskog suda o pojedinim komponentama prava na pravično suđenje preko kojih se obezbjeđuju garancije njegovog ostvarivanja u krivičnom postupku.

Ključne riječi: *pravo na pravično suđenje, krivični postupak, Evropska konvencija, garancije prava*

U V O D

Pravo na pravično suđenje sadržano je u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1], koja, kao potvrđeni i objavljeni međunarod-

Dr Dragoljub Drašković, predsjednik Ustavnog suda Crne Gore.

[1] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, CETS No. 005), Rome, 4 November 1950, Treaty Series No. 71/1953: Cmd. 8969. Crna Gora smatra

ni ugovor, čini sastavni dio pravnog sistema Crne Gore u skladu sa čl. 9 Ustava Crne Gore,[2] a koja u čl. 6, st. 1 ovo pravo garantuje pojedincu "tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega". Pravo na pravično suđenje sadržano je i u čl. 13 Konvencije u formi prava na djelotvoran pravni lijek pred organima države potpisnice, a kada je u pitanju krivična odgovornost lica i u nekim odredbama Protokola br. 7 uz Konvenciju iz 1984. godine. Značaj prava na pravično suđenje potvrđuje i činjenica da ga nacionalna zakonodavstva u skoro identičnom normativnom iskazu preuzimaju iz Konvencije i daju mu značaj ustavnih garancija, što je slučaj i sa pravnim poretkom Crne Gore.

Pravo na pravično suđenje u pravnom poretku Crne Gore garantovano je kako potvrđenim međunarodnim ugovorima, tako i neposredno Ustavom Crne Gore. Naime, odredbom čl. 17, st. 1 Ustava obezbijeđeno je ostvarivanje ljudskih prava koja su zajemčena potvrđenim međunarodnim sporazumima. U čl. 32 Ustav i neposredno garantuje pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku. Iz sadržine tog prava, kao što će se u tekstu dalje vidjeti, proizilazi da je riječ o složenom pravu koje ima opšti karakter i u sebe uključuje niz drugih, posebnih ustavnih prava.

Pravo na pravično suđenje je, prema zvaničnim podacima, najčešće kršeno pravo u većini nacionalnih zakonodavstava.[3] Evropski sud za ljudska prava u Strazburu posvećuje posebnu pažnju pravu na pravično suđenje. O značaju ovog prava u praksi Suda govore brojčani pokazatelji. Ubjedljivo najveći broj predmeta pred Sudom, uz povredu prava na imovinu, odnosi se na povredu prava na pravično suđenje. Od ukupno 47 presuda koje je Sud donio u odnosu na Crnu Goru do kraja 2018. godine, u kojima je utvrđeno da je došlo do povrede prava, najveći broj, njih 34, odnosi na niz različitih aspekata čl. 6 Konvencije.

Tema ovog rada jeste sagledavanje ostvarivanja prava na pravično suđenje u krivičnom postupku, odnosno elemenata i pojedinih prava iz ukupne sadržine tog prava koja se Evropskom konvencijom i Ustavom Crne Gore garantuju optuženom u krivičnom postupku. Pored teorijskih, ta analiza ima i značajne praktične implikacije. Nepoštovanje utvrđenih garancija iz okvira pravičnog i po-

se obaveznom na ispunjavanje obaveza iz Konvencije od 03.03.2004. godine, kada je bivša Državna Zajednica Srbija i Crna Gora ratifikovala Konvenciju, a u odnosu na Crnu Goru kao nezavisnu državu Konvencija je stupila na snagu njenom ratifikacijom 06.06.2006.godine.

[2] *Službeni list Crne Gore,* br. 1/2007

[3] Od ukupnog broja okončanih postupaka po ustavnim žalbama u 2018. godini pred Ustavnim sudom Crne Gore (1068), u najvećem broju predmeta ukazivano je na povredu prava na pravično suđenje iz čl. 32 Ustava Crne Gore (25%), odnosno čl. 6, st. 1 Konvencije (34%).

štenog suđenja u krivičnom postupku za posljedicu ima sve češće obraćanje građana Evropskom sudu.

DOMAŠAJ PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Čl. 6 Konvencije koji jemči pravo na pravično suđenje sadrži tri stava, od kojih najpunije određenje prava na pravično suđenje daje prvi stav. Stav 2 utvrđuje pretpostavku nevinosti, a stav 3 minimalna prava lica optuženog za krivično dijelo. Čl. 6, st. 1 Konvencije glasi: "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti sa cijelog ili sa dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbijednosti u demokratskom društvu, kada to zahtjevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde".

Iz formulacije prve rečenice citirane odredbe Konvencije odmah se uočava da se garancije pravičnog suđenja moraju obezbijediti u postupcima u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obavezama određenog lica ili o krivičnoj optužbi protiv njega. Pravom na pravično suđenje zaštićena su, dakle, građanska prava i obaveze ustanovljena nacionalnim pravom, kao i određena prava iz krivičnog postupka. Član 6 u cjelini se odnosi na građansko – pravnu i krivičnu odgovornost lica, pri čemu stav 1 obuhvata postupke u kojima se odlučuje i o građanskim i o krivičnim pravima, dok se st. 2 i 3 tiču samo krivičnog postupka.

Čl. 6, st. 1 Konvencije garantuje dakle prava koja čine sadržinu prava na pravično suđenje u postupcima u kojima se odlučuje o "krivičnoj optužbi" protiv lica. Kod takve stipulacije navedene odredbe, prvo pitanje koje se neminovno postavlja jeste šta je prema normi Konvencije i praksi Evropskog suda krivična optužba. Evropski sud je u svojim odlukama posvetio posebnu pažnju značenju pojma krivična optužba u kontekstu Konvencije. Poput pojma građanskih prava i obaveza, i "optužba" je autonomni pojam utvrđen kroz bogatu praksu Suda, koji se primjenjuje bez obzira na definiciju koju mu daje domaće zakonodavstvo, ali je, za razliku od građanskih prava i obaveza, apstraktno definisan. U predmetu *Deweer protiv Belgije*[4], Sud je naveo da riječ "optužba" treba posmatrati prvenstveno u suštinskom, pa tek onda u formalnom značenju, što zahtijeva da se uđe

[4] Presuda od 27.02.1980, Serija A, br. 35, st. 42, 44 i 46.

dublje u suštinu tog pojma i analizira konkretno činjenično stanje u određenom postupku. Sud je zaključio da se "optužba" može definisati kao "zvanično obavještavanje koje pojedincu daje nadležni organ vlasti o navodima da je lice počinilo krivično djelo" ili kada je "situacija (u kojoj se nalazi optuženi) bitno ugrožena". U predmetu *Engel i ostali protiv Holandije*[5], Sud uspostavlja i određene kriterijume za određivanje postupka u kome se odlučuje o krivičnoj optužbi, koji su posebno od značaja za razlikovanje krivičnog postupka od drugih postupaka, npr. disciplinskih ili upravnih, a to su: klasifikacija u unutrašnjem pravu države članice, priroda djela, svrha, vrsta i težina sankcije.[6] Ukoliko je određeno djelo u nacionalnom zakonodavstvu klasifikovano kao krivično, onda postupak spada u domen čl. 6 Konvencije koji se u tom slučaju primjenjuje. Ukoliko je, pak, normativno tretirano kao prekršaj ili disciplinski prestup, to nije apsolutna smetnja za primjenu garancije pravičnog suđenja iz čl. 6 i taj postupak se pod određenim uslovima takođe može smatrati postupkom u kome se odlučuje o krivičnoj optužbi.[7] Ovakav stav Suda po tom pitanju je takođe rezultat uviđanja da bi sloboda država ugovornica da prema sopstvenom nahođenju klasifikuju djelo kao disciplinsko, "kombinovano" ili sl. umjesto kao krivično, ugrozila ostvarivanje osnovnih principa i dovela u pitanje svrhu i cilj čl. 6 Konvencije. Države imaju ovlašćenje da svojim zakonima utvrđuju materiju kao krivičnu, disciplinsku ili upravnu, pod uslovom da je to kategorisanje u skladu sa Konvencijom.

U građanskim stvarima pravo na pravično, fer i nepristrasno suđenje prvenstveno podrazumijeva načelnu jednakost stranaka i parničnih sredstava koja imaju u postupku. U krivičnom postupku to pravo se pojavljuje kao skup procesnih garancija i ovlašćenja kojima se obezbjeđuje odgovarajući nivo položaja okrivljenog u postupku zasnovan na pretpostavci nevinosti i podrazumijeva postupanje od strane suda sa punim uvažavanjem njegovih prava koje treba da osigura zaštitu u njihovom ostvarivanju. Okrivljeni tokom cijelog postupka mora imati na raspolaganju sva prava koja su mu Konvencijom garantovana,[8] sa težištem na pravu na odbranu. Bez obzira na različit položaj tužioca i okrivljenog u krivičnom postupku, svaka strana mora imati jednaku mogućnost upotrebe procesnih sredstava pri čemu nijedna ne smije biti favorizovana po bilo kom osnovu. Obaveze suda koje se odnose na meritorno odlučivanje istovjetne su u građanskim i krivičnim stvarima i zahtijevaju od njega da u pravičnom i javnom postupku, u ra-

[5] Presuda od 08.06.1976.

[6] Nula Mol, Kristina Harbi, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primjenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima,* Savjet Evrope, Beograd, 2007, str. 32.

[7] *Ibidem,* str. 32–37.

[8] Meftah i drugi protiv Francuske, presuda od 26.03.2001.

zumnom roku, donese svoju odluku. Zakonom se strankama mora osigurati mogućnost kontrole odluka suda ili drugog državnog organa od strane nadležne više sudske ili državne vlasti, zbog čega sastavni dio prava na pravično suđenje čini i pravo na djelotvorno pravno sredstvo protiv tih odluka. Ta kontrola po svojoj formi i sadržaju mora biti efikasna da omogući ostvarivanje sadržine pravosnažnog pravnog akta.[9]

Zakonik o krivičnom postupku[10] sadrži načelne odredbe prema kojima okrivljeni ima pravo da u najkraćem roku bude izveden pred sud i da mu bude suđeno bez odlaganja, sud je dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja i da onemogući svaku zloupotrebu prava koja pripadaju licima koja učestvuju u postupku, a trajanje pritvora, odnosno drugih ograničenja sloboda, mora biti svedeno na najkraće potrebno vrijeme (čl. 15). Opšta obaveza iz ovog člana konkretizovana je brojnim odredbama Zakonika, kojima se propisuje: ovlašćenje suda da kazni učesnike u postupku čije su radnje usmjerene na odugovlačenje postupka; rok do kojeg se istraga ima završiti; rok za zakazivanje glavnog pretresa; rok za izradu presude nakon njenog donošenja; krajnji rok drugostepenom sudu do kada je dužan da odluči po žalbi itd. Zakonik naglašava potrebu za naročitom hitnošću u postupcima prema maloljetnicima, koji u krivičnom postupku imaju ista prava kao i punoljetna lica. I trajanje pritvora mora biti svedeno na najkraće potrebno vrijeme. Takođe je u čl. 448, st. 2 Zakonika, koji se odnosi na određivanje pritvora u skraćenom postupku, predviđeno da prije podnošenja optužnog predloga pritvor može trajati samo onoliko koliko je potrebno da se sprovedu dokazne radnje, ali ne duže od osam dana, bez mogućnosti produženja. Radi ostvarivanja prava okrivljenog da mu se sudi u razumnom roku i sud ima obavezu da sve procesne radnje sprovede bez odugovlačenja i suzbije svaku zloupotrebu procesnih prava.

PRAVA PREKO KOJIH SE GARANCIJE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE OSTVARUJU U KRIVIČNOM POSTUPKU

Odredba čl. 6, st. 1 Konvencije u okviru prava na pravično suđenje garantuje čitav niz posebnih prava koja su direktno navedena, ali sadrži i prava koja je Evropski sud u svojoj praksi tumačenjem Konvencije utvrdio kao njome posredno obuhvaćena. Neposredno sadržana su pravo na pravičnu raspravu, pravo na javnu raspravu, pravo na raspravu pred nezavisnim, nepristrasnim i na osnovu zakona obrazovanim sudom, pravo na suđenje u razumnom roku i pravo na jav-

[9] Ruiz - Mateos protiv Španije, presuda od 23.06.1993.

[10] *Službeni list Crne Gore,* br. 57/2009 i 49/2010.

no izricanje presude. Evropski sud je u svojim odlukama utvrdio da odredba, pored navedenih, sadrži i sledeća prava: pravo na pristup sudu (pravo na tužbu), pravo na prisustvo u postupku, pravo na pretpostavku nevinosti, pravo optuženog da bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega, pravo na kontradiktoran postupak, pravo na jednakost sredstava stranaka, pravo optuženog da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane, pravo optuženog na odbranu uz pomoć branioca, pravo optuženog da ispituje svjedoke, pravo na dokazivanje, pravo na besplatnu pomoć prevodioca i pravo na obrazloženu presudu.[11] Prema stavu Suda, "u jednom demokratskom društvu pravo na pravično suđenje, u značenju koje mu daje Konvencija, zauzima toliko važno mjesto da restriktivno tumačenje čl. 6, st. 1 ne odgovara cilju i svrsi te odredbe".[12] Zato prava i obaveze koja čine predmet prava na pravično suđenje ne mogu biti određivani isključivo prema unutrašnjem zakonodavstvu zemlje potpisnice, iako ono ima bitan značaj za utvrđivanje sadržaja ovog prava. Za određivanje broja i obima prava koja ulaze u sastav čl. 6 Konvencije određujući je stvarni sadržaj te norme, a ne tumačenje nacionalnog zakonodavstva.[13]

U ovom dijelu teksta će biti riječi o nekim od navedenih prava u okviru prava na pravično suđenje preko kojih se ono zapravo i ostvaruje u krivičnom postupku, a to su prije svega: pravo na pravičnost postupka i na jednakost strana; pravo na javnu raspravu; pravo na suđenje u razumnom roku; pravo na obaviještenost o razlozima lišenja slobode i optužbi; pretres u prisustvu optuženog; prezumpcija nevinosti; pravo na odbranu i pravnu pomoć; pravo optuženog da ispituje svjedoke; pravo na tumača i na prevod; zabrana samooptuživanja; pravo na obrazloženu presudu; pravo na javno izricanje presude; pravo na pravno sredstvo protiv presude, odnosno žalbu; pravo na odštetu zbog greške suda; pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj pravnoj stvari.

Pravo na pravičnost postupka i na jednakost strana

Pravo na pravično suđenje podrazumijeva pravo stranaka u postupku da budu upoznate sa svim aktima ili podnescima koji su upućeni sudu, kao i pra-

[11] Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar,* Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, str. 160; Clare Ovey, Robin. C.A. White, *European Convention of Human Rights,* Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 151–170.

[12] Delcourt protiv Belgije, presuda od 17 01.1970; Moreira de Azevedo protiv Portugala, presuda od 23.10.1990.

[13] Koenig protiv SR Njemačke, presuda od 31.05.1978.

vo na izjašnjenje na te procesne radnje,[14] a istovremeno podrazumijeva i dužnost suda da temeljno ispita zahtjev, argumente i dokaze iznesene tokom postupka, kao i da izvrši njihovu pravnu procjenu,[15] poštujući pri tome načelo jednakosti strana.

Drugim riječima, pravo na pravično suđenje uključuje i pravo na pravičan postupak. Pravo na pravičnost postupka mora biti obezbijeđeno i u građanskom i u krivičnom postupku, kao i u svim pratećim postupcima, kao što je npr. spor o troškovima postupka.[16] U odlukama Evropskog suda se ističe da se pravičnost postupka cijeni na osnovu postupka kao cjeline[17], tako da je njegov zadatak da ispita da li je postupak, sagledavajući ga kao jedinstvenu cjelinu, bio vođen na način koji je pravičan za podnosioca.[18] Pri tome neće svaka procesna povreda usloviti povredu prava na pravično suđenje, već samo povreda koja je takvog značenja da podnosiocu vrijeđa to pravo.[19]

Načelo jednakosti strana predstavlja jedan od osnovnih elemenata sadržaja šireg prava na pravično suđenje, a u skladu sa tim i prava na pravičan postupak. Jednakost strana znači da svaka stranka u postupku mora imati ravnopravnu mogućnost da izloži svoj zahtjev i iznese svoje argumente pred sudom i to pod uslovima koji joj omogućavaju načelnu "jednakost oružja" i ne stavljaju je u suštinski nepovoljniji položaj u odnosu na drugu stranu.[20] U relevantnom domaćem zakonodavstvu jednakost sredstava detaljno uređuje Zakonik o krivičnom postupku koji u čl. 4 st. 2 nalaže da se okrivljenom mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete, kao i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist. Zakonikom je predviđeno da državni organi, mediji, udruženja građana, javne ličnosti i druga lica ne smiju svojim javnim izjavama o krivičnom postupku koji je u toku vrijeđati pravila postupka, prava okrivljenog i oštećenog i načelo sudske nezavisnosti (čl. 3, st. 2). Na osnovu ovih i drugih ustavnih i zakonskih odredbi može se zaključiti da propisi Crne Gore pružaju garancije sudske nezavisnosti i nepristrasnosti suda.

---

[14] Kress protiv Francuske, presuda od 07.06.2001.

[15] Kraska protiv Švajcarske, presuda od 19.03.1993.

[16] Beer protiv Austrije, presuda od 06.02.2001, st. 18.

[17] Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije, presuda od 06.12.1998, Serija A, br. 146, st. 68.

[18] Delta protiv Francuske, presuda 19.12.1990, serija A broj 191, st. 35; Vidjeti, takođe: Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 12.05.2000, st. 34 i 38.

[19] Stromberg protiv Danske, presuda od 20.06.2002; Pedersen protiv Danske, presuda od 12.06.2003.

[20] Hentrich protiv Francuske, presuda od 22 03.1994.

Pravo na javnu raspravu

Pravo na javnu raspravu je izričito obuhvaćeno čl. 6, stav 1 Konvencije koji predviđa da u postupku odlučivanja o građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu. Suđenje i rasprava načelno mora biti javno.[21] Javnost rasprave obezbjeđuje vršenje javne kontrole ostvarivanja pravde koja treba da doprinese pravičnom suđenju i očuvanju povjerenja naroda u sud.[22] Štampa i javnost se mogu isključiti sa cijelog ili sa dijela suđenja samo iz razloga koji su predviđeni čl. 6, i to u tri slučaja: u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbijednosti u demokratskom društvu; kada to zahtijevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka; ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde. U krivičnim predmetima u kojima postoji veliko interesovanje i očekivanje javnosti, legitimna su ograničenja načela javnosti, iz razloga npr. zaštite prava i interesa okrivljenog, zaštite privatnosti ili bezbijednosti svjedoka itd.[23]

Što se tiče relevantnog domaćeg prava, Ustav Crne Gore sadrži sličnu odredbu, obzirom da u čl. 120 proklamuje javnost rasprave pred sudom, uz određenje da sud može izuzetno isključiti javnost sa rasprave ili njenog dijela iz razloga koji su nužni u demokratskom društvu, samo u obimu koji je potreban: u interesu morala; javnog reda; kada se sudi maloljetnicima; radi zaštite privatnog života stranaka; u bračnim sporovima; u postupcima u vezi sa starateljstvom ili usvojenjem; radi čuvanja vojne, poslovne ili službene tajne i zaštite bezbijednosti i odbrane Crne Gore. Princip javnosti zastupljen je i u krivičnom postupku. Zakonik o krivičnom postupku sadrži pravilo o javnosti glavnog pretresa, sa tim što određuje da glavnom pretresu mogu prisustvovati samo punoljetna lica. Zakon propisuje i osnove isključenja javnosti za cio glavni pretres ili jedan njegov dio, ako je to potrebno radi čuvanja tajne, čuvanja javnog reda, zaštite morala, zaštite interesa maloljetnog lica ili zaštite ličnog ili porodičnog života okrivljenog ili oštećenog (čl. 313. i 314).

Pravo na suđenje u razumnom roku

Garancija prava na pravično suđenje u krivičnom postupku može se posmatrati posebno i sa stanovišta provođenja postupka u razumnom roku. U ovom

[21] Pretto i drugi protiv Italije, presuda od 08.12.1983.

[22] V. Rodoljub Etinski, "Pravo na pravično suđenje u svijetlu prakse Evropskog suda za ljudska prava", *Pravni život*, br. 12, tom IV, Beograd, 2002, str. 441–442.

[23] Doorson protiv Holandije, presuda od 26.03.1996.

postupku pravo na suđenje u razumnom roku ima posebne implikacije i, najopštije izraženo, predstavlja garanciju izvođenja lica u najkraćem roku pred sud.

U čl. 6, st. 1 Konvencije pravo na suđenje u razumnom roku utvrđeno je kao pravo na raspravu u razumnom roku. Taj zahtjev je propisan da bi se predupri-jedila neopravdana i pretjerana kašnjenja u sudskom postupku. Da bi bila djelotvorna, pravna zaštita mora biti blagovremena. Prema odlukama Evropskog suda, bez prava na razumnu dužinu postupka nema ni prava na pristup sudu, niti prava na pravično suđenje u cjelini. Okončanje sudskog postupka u razumnom roku je interes pojedinca, ali i značajan elemenat sistema pravne sigurnosti u državi.[24]

Pojam razumnog roka, kao elementa prava na suđenje u razumnom roku, predstavlja pravni standard koji Konvencijom nije bliže određen. U pravnoj teoriji se uzima da "vrijeme koje se smatra razumnim predstavlja vrijeme u kome treba putem sudske odluke da bude okončana nesigurnost u kojoj se građanin nalazi u pogledu svog građansko - pravnog položaja ili zbog krivične optužbe protiv njega."[25] U praksi Evropskog suda razumni rok nije definisan određenjem konkretnih vremenskih granica ili tačnog perioda mogućeg (prihvatljivog) trajanja postupka niti apsolutnog vremenskog okvira u kome bi postupak trebalo da se okonča, već je Sud prihvatio kazuistički pristup u određivanju razumnog roka utvrđivanjem kriterijuma za njegovu ocjenu u svakom konkretnom slučaju.[26] Šta će se smatrati "razumnim rokom" zavisiće od posebnih uslova i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, pri čemu se uzima u obzir prije svega predmet spora, složenost činjeničnih i pravnih pitanja, a zatim se naročito cijene momenti kao što su stepen odgovornosti nadležnog državnog organa i podnosioca predstavke za odugovlačenje, ponašanje podnosioca predstavke i državnog organa, kao i značaj predmeta spora za podnosioca.[27] "...Razumnost roka utvrđuje se u svakom pojedinačnom slučaju, a neki od relevantnih činioca su složenost slučaja, način postupanja državnih tijela sa predmetom, postupanje podnosioca tužbe, kao i posebne okolnosti od kojih zavisi trajanje postupka."[28] Pri tome se kao relevantna cijene samo kašnjenja u postupku koja su uzrokovana propustom državnog organa. Ri-

[24] N. Mol, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje..,* op. cit., str. 48.

[25] Ljiljana Milutinović, "Suđenje u razumnom roku, Mjere u cilju sprječavanja povrede prava na pravično suđenje", *Paragraf,* 255/2007.

[26] Ove kriterijume Evropski sud je utvrdio u presudama: Buchholz protiv Njemačke, King protiv Njemačke, Zimmermann i Steiner protiv Švajcarske. Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 196.

[27] Horvat protiv Hrvatske, presuda od 26.07.2001.

[28] Salesi protiv Italije, presuda od 26.02.1993.

ječ je istovremeno i o kriterijumima za utvrđivanje osnova za oslobađanje države od odgovornosti za povredu prava na suđenje u razumnom roku.

Generalno posmatrano, razumni rok počinje da teče od momenta preduzimanja prvog akta kojim stranka u postupku uspostavlja kontakt sa državnim organom, a završava se ostvarenjem prava koje je bilo predmet postupka u materijalnom smislu. U građanskom postupku razumni rok se računa po pravilu od trenutka pokretanja postupka pred sudom, tj. od podnošenja tužbe i njenog dostavljanja tuženom.[29] Za razliku od parničnog, krivični postupak počinje da teče od trenutka kada je lice optuženo, odnosno kada je primilo zvanično obavještenje da je počinilo krivično djelo.[30] Postupak obuhvata prvostepeni i postupke po redovnim i vanrednim pravnim ljekovima.[31] Kao kraj roka, i u građanskim i u krivičnim stvarima uzima se momenat okončanja postupka pred najvećom sudskom instancom. Zato se u državama u kojima je dozvoljeno podnošenje ustavne žalbe ustavnom sudu prilikom procjene razumnosti dužine postupka uzima u obzir i trajanje postupka pred tim sudom.[32] Računa se i vrijeme potrebno za izradu odluke. Da bi se moglo smatrati da je postupak okončan u razumnom roku, potrebno je da sudska odluka u tom roku bude "pravosnažna" i "izvršna." Ako nacionalni pravni sistem ne bi obezbijedio izvršenje konačne ili pravosnažne sudske odluke pravo na suđenje u razumnom roku bi izgubilo smisao. Zato se izvršenje sudske odluke smatra integralnim dijelom sudskog postupka koji treba da se okonča u razumnom roku.[33]

U krivičnom postupku koji se sprovodi u skladu sa čl. 6, st. 1 Konvencije suđenje u razumnom roku obuhvata vrijeme od trenutka kada je lice uhapšeno, odnosno od dana kada bude optuženo i kada je na zvaničan način saznalo da se protiv njega preduzimaju radnje u cilju provođenja krivičnog postupka pa do pravosnažnog završetka postupka, utvrđivanjem krivice ili nevinosti, uključujući, dakle, i postupak po žalbi.[34] Vrijeme može početi da teče i ranije ako postoji osnovana sumnja protiv lica zbog čega je prethodno ispitivano ili je izdat na-

[29] Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2006, str. 197.

[30] N. Mol, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*.., op. cit. str. 37–38.

[31] Neumeister protiv Austrije i Wemhoff protiv Njemačke, A.Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima - komentar*, op. cit. str. 211; C. Ovey, R. White, *Euopean Convention of Human Rights*, op. cit., pp.167.

[32] Eckle protiv Njemačke presuda od 23. 06. 1982.

[33] Homsby protiv Grčke, presuda od 19.03.1987, Ž. Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, op. cit. str. 198.

[34] Eckle protiv Njemačke, presuda od 23.06.1982; Deweer protiv Belgije, op. cit. st. 14; B. protiv Austrije, presuda od 28.03.1990, st. 36.

log za hapšenje.[35] Pravo na raspravu u razumnom roku iz čl. 6, st. 1 Konvencije tijesno je povezano sa zahtjevom "razumnog roka" iz čl. 5, st. 3 budući da je interes lica u pritvoru da se krivični postupak protiv njega što brže okonča, a nepotrebno produžavanje postupka dovodi u pitanje zakonitost daljeg pritvora. U slučaju primjene čl. 5, st. 3 Konvencije vremenski period "razumnog roka" teče od hapšenja ili lišenja slobode do donošenja prvostepene osuđujuće ili oslobađajuće presude, bez postupka po žalbi (koji je obuhvaćen čl. 6, st. 1). Umjesto utvrđivanja vremenskih granica trajanja pritvora, Sud je zauzeo stav da za neprekidni pritvor moraju postojati odgovarajući i dovoljni razlozi. Prvim dijelom odredbe čl. 5, st. 3 Konvencije utvrđeno je da svako ko je uhapšen ili lišen slobode u skladu sa odredbama st. 1.c) tog člana, tj. radi privođenja pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršio krivično djelo ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se preduprijedilo izvršenje krivičnog djela ili bjekstvo po njegovom izvršenju, mora bez odlaganja biti izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije. Drugi dio te odredbe garantuje licu lišenom slobode pravo "da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja". Pri tome je Sud konstatovao da te opcije nijesu alternativne, već je utvrđeno pravo lica da se pusti na slobodu do suđenja u nedostatku opravdanih razloga za pritvor.[36] Umjesto da postavlja čvrste vremenske rokove za preduzimanje radnji, Sud je stao na stanovištu da neprekidni pritvor mora biti opravdan odgovarajućim i dovoljnim razlozima. Njihovo postojanje može utvrditi samo sud, bez obzira na stav stranaka i državnih organa.[37]

U domaćem pravu, odredbom čl. 32 Ustava Crne Gore u sklopu prava na pravično suđenje zajemčena je i neposredna zaštita prava na suđenje u razumnom roku. Zakon o sudovima uvodi standard suđenja u razumnom roku tako što propisuje da svako ima pravo na nepristrasno suđenje u razumnom roku (čl. 5). Zakonik o krivičnm postupku sadrži načelne odredbe prema kojima okrivljeni ima pravo da u najkraćem roku bude izveden pred sud, o čemu je prethodno bilo riječi.

Pravo na obaviještenost o razlozima lišenja slobode i optužbi

Međunarodni standardi utvrđuju pravne osnove lišenja slobode i određivanja pritvora, zaštitu prava lica lišenih slobode i trajanje pritvora. Prema njima, sa-

[35] N. Mol, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*.., op. cit. str. 37–38.

[36] Wemhoff protiv Njemačke, presuda od 27.07.1968, Serija A, br. 7, st. 4–5.

[37] Filip Lič, *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2007, str. 236.

stavnim dijelom prava na pravično suđenje može se smatrati i pravo na obaviještenost o razlozima lišenja slobode i optužbi. Tako je Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima predviđeno da se uhapšeno lice u trenutku hapšenja obavještava o razlozima hapšenja, a u najkraćem roku pisanim putem se obavještava o svakoj optužbi koja je podignuta protiv njega (čl. 9 st. 2). Konvencija u čl. 5, st. 1, po tačkama a) – f) taksativno nabraja pravne osnove po kojima lice može biti lišeno slobode u krivičnim i drugim postupcima u skladu sa zakonom propisanim postupkom.[38] A po odredbi čl. 5 st. 2 svako ko je uhapšen mora biti odmah i na jeziku koji razumije obaviješten kako o razlozima hapšenja, tako i "o svakoj optužbi protiv njega". Dalje, čl. 6, st. 3a) Konvencije propisuje da svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo da bez odlaganja, podrobno i na jeziku koji razumije bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega. On mora imati preciznu i punu informaciju o optužbama i pravnim kvalifikacijama koje mu se stavljaju na teret.[39] Navedenim odredbama se garantuje pravo lica lišenog slobode, odnosno optuženog za krivično djelo, na obavještenje o razlozima hapšenja, odnosno optužbe, i to "odmah", odnosno "bez odlaganja". U ovim, samo na prvi pogled istovjetnim odredbama, pažljivijim sagledavanjem uočava se razlika.

Naime, u čl. 6, st. 3 a) zahtijeva se neodložno davanje obavještenja o prirodi i razlozima optužbe protiv lica, čim je osumnjičeni optužen, ili inače prilikom otpočinjanja krivičnog postupka, pri čemu riječ "podrobno" ukazuje da okrivljeni ima pravo da se na početku postupka upozna ne samo sa prirodom i razlozima optužnice, tj. sa djelima koja je navodno učinio i na kojima se optužnica zasniva, već i sa što više činjenica i okolnosti, a isto tako i sa pravnom kvalifikacijom djela. U čl. 5, st. 2 se, pak, zahtijeva neodložno obavještavanje o razlozima za lišenje slobode i o optužbi protiv lica koje predstavlja prvenstveno informaciju o optužbi koja mu se daje prilikom hapšenja.

Drugim riječima, obaveza detaljnog upoznavanja sa optužbom utvrđena je sa ciljem da se omogući priprema valjane i efikasne odbrane otkrivljenog, a informacija o razlozima za hapšenje treba da mu omogući korišćenje pravnog lijeka protiv odluke o hapšenju. Što se tiče domaćeg pravnog sistema, Ustav Crne Gore sadrži sličnu odredbu po kojoj lice lišeno slobode mora odmah biti obaviješteno na svom jeziku ili jeziku koji razumije o razlozima lišenja slobode (čl. 29, st. 3). Zakonik o krivičnom postupku u čl. 4, st. 1 na jasan i precizan način utvrđuje pravo okrivljenog da bude obaviješten o optužbi protiv njega, tako što propisu-

[38] Dona Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1996, str. 27.

[39] Pelissieri i Sassi protiv Francuske, presuda od 25.09.1999.

je: "Osumnjičeni na prvom saslušanju mora biti obaviješten o krivičnom dijelu za koje se tereti i o osnovima sumnje protiv njega."

Pretres u prisustvu optuženog

Jedan od aspekata krivičnog postupka kojim se garantuje pravo na pravično suđenje je i pretres u prisustvu optuženog. Čl. 6 Konvencije ne sadrži izričitu garanciju prava optuženog na prisustvovanje suđenju u krivičnim predmetima, ali Sud smatra da ta odredba načelno osigurava svakome ko je optužen za krivično djelo da prisustvuje glavnom pretresu.[40] Međutim, prema stavu Suda pravo na prisustvovanje pretresu nije apsolutno pravo. Tako se, npr., pod uslovom da su njegova prava zaštićena, okrivljeni može isključiti sa pretresa kada ometa postupak, odbija da dođe pred sud, ili se napravi toliko bolesnim da ne može pristupiti sudu.[41] Ustav Crne Gore nema odredbi o pravu optuženog da prisustvuje glavnom pretresu. To pravo je, međutim, predviđeno posebnim propisima. Zakonik o krivičnom postupku sadrži odredbe iz kojih nesmnjivo proizilazi da je prisustvovanje glavnom pretresu ne samo pravo okrivljenog već i njegova obaveza, a samo u dva slučaja Zakonik dozvoljava mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog, pod uslovom da njegovo prisustvo nije nužno i da je prije toga bio saslušan, i to ako ne dođe na glavni pretres, a uredno je pozvan, ili mu poziv nije mogao biti uručen zbog neprijavljivanja sudu promjene adrese ili boravišta (čl. 457).

Prezumpcija nevinosti

Pravo na pravično suđenje u krivičnim stvarima polazi od prezumpcije nevinosti jer odredba čl. 6 Konvencije eksplicitno predviđa da se svako ko je optužen za krivično djelo ima smatrati nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona (st. 2). Ova prezumpcija narušena je ako sud u postupku okrivljenog unaprijed smatra krivim za djelo koje mu se stavlja na teret. Prema praksi Evropskog suda, pretpostavka nevinosti je prekršena ako sudska odluka ili izjava javnog funkcionera koja se tiče lica optuženog za krivično djelo odražava stav da je optuženi kriv, a da prethodno njegova krivica nije dokazana na način utvrđen zakonom, a naročito ako nije imao priliku da iskoristi svoje pravo na odbranu.[42]

[40] Ekbatani protiv Švedske, presuda od 26.05.1988, st. 25.

[41] Ennslin i ostali protiv Njemačke, presuda od 1987, st. 115.

[42] Mugoša protiv Crne Gore, presuda od 21.06.2016, st. 67; Garycki protiv Poljske, presuda od 06.02.2007, st. 66; Oreb protiv Hrvatske, presuda od 31.10.2013, st. 140; Karaman protiv Njemačke, presuda od 27.02.2014, st. 63.

Pretpostavka nevinosti primjenjuje se na cijeli postupak, a ne samo na razmatranje merituma optužbe.[43] Teret dokaza je na tužilaštvu i svaka sumnja u pogledu izvršenja krivičnog djela treba da ide u prilog optuženom. Tužilaštvo mora da pruži dokaze dovoljne za utvrđivanje krivice optuženog kako bi on, u skladu sa navodima optužnice, mogao da pripremi i iznese svoju odbranu.[44]

Što se tiče relevantnog domaćeg prava, Ustav Crne Gore na isti način sadrži prezumpciju nevinosti, tako što u čl. 35, st. 1 propisuje da se svako smatra nevinim dok se njegova krivica ne utvrdi pravosnažnom odlukom suda. Okrivljeni nije obavezan da dokazuje svoju nevinost, a sumnju u pogledu krivice sud je dužan da tumači u korist okrivljenog (st. 2 i 3). Zakonik o krivičnom postupku u čl. 3 st. 1 takođe sadrži pozitivnu definiciju pretpostavke nevinosti koja glasi: "Svako se smatra nevinim dok se njegova krivica za krivično djelo ne utvrdi pravosnažnom odlukom suda". I prema ovom Zakoniku svaka sumnja u pogledu postojanja nekog bitnog elementa krivičnog djela ili neke bitne činjenice od koje zavisi primjena neke odredbe Zakonika na konkretni slučaj mora biti tumačena u korist okrivljenog (čl. 3 st. 3).

Pretpostavka nevinosti je na određeni način konkretizovana u odredbi čl. 373 Zakonika, prema kojoj sud izriče oslobađajuću presudu ako nije dokazano da je okrivljeni izvršio krivično djelo za koje je optužen. Uzima se da nije dokazano da je okrivljeni izvršilac krivičnog djela ako je na osnovu rezultata postupka dokazana njegova nevinost, ali za donošenje oslobađajuće presude je dovoljno da sud nađe da nije dokazana njegova vinost.

Pravo na odbranu i pravnu pomoć

Jedna od garancija prava na pravično suđenje u krivičnom postupku je i pravo na odbranu i pravnu pomoć. Okrivljenom mora biti obezbijeđeno pravo na odbranu. Čl. 6, st. 3 b) propisuje da svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo da mu se osigura dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane, kao i c) pravo da se brani lično ili putem profesionalnog branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtijevaju. Garancija obezbjeđenja dovoljnog vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane uslovljena je prirodom i složenošću slučaja zbog čega ne može biti unaprijed i apstraktno određena, već samo u odno-

[43] Minelli protiv Švajcarske, presuda od 25.03.1983, Serija A br. 62, st. 30; Sekanina protiv Austrije, presuda od 25.08.1993, Serija A, br. 266 - A; Allenet de Ribemont protiv Francuske, presuda od 10.02.1995, Serija A, br. 308.

[44] Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije, op. cit., st. 77.

su na okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.[45] Pravo okrivljenog na odbranu uz pomoć branioca po sopstvenom izboru takođe nije apsolutno pravo, već se realizuje u skladu sa normativnim rešenjima kojima država, u skladu sa svojim ovlašćenjima, uređuje djelatnost advokature i pravne pomoći.[46] Relevantni, pak, kriterijumi za utvrđivanje kada "interesi pravde" zahtijevaju da optuženi dobije pravnu pomoć besplatno ako nema dovoljno sredstava da plati za istu, po stavu Suda, su: složenost datog slučaja, sposobnost optuženog da razumije i iznese relevantne argumente bez pomoći branioca i težina zaprijećene kazne.[47]

Što se tiče domaćeg pravnog sistema, Ustav Crne Gore svakome jemči pravo na odbranu, a posebno: da na jeziku koji razumije bude upoznat sa optužbom protiv sebe; da ima dovoljno vremena za pripremanje odbrane i da se brani lično ili putem branioca kojega sam izabere (čl. 37). Lice lišeno slobode ima pravo da njegovom saslušanju prisustvuje branilac koga izabere (čl. 29, st. 6). Zakonik o krivičnom postupku sadrži načelne i pojedinačne odredbe koje se odnose na pravo okrivljenog na branioca i njegovo pravo na pripremanje odbrane. Okrivljeni ima pravo da se brani sam ili uz stručnu pomoć branioca koga sam izabere iz reda advokata. Zakonik, dakle, predviđa ličnu i stručnu odbranu okrivljenog. Okrivljeni ima pravo da njegovom saslušanju prisustvuje branilac (čl. 12, st. 1 i 2). Okrivljenom se mora obezbijediti dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane (čl. 12, st. 5). Pravo na mogućnost za pripremanje odbrane podrazumijeva mogućnost pristupa spisima predmeta i mogućnost okrivljenoga da komunicira sa braniocem. Branilac okrivljenog ima pravo da razmatra i kopira spise i razgleda prikupljene predmete koji služe kao dokaz (čl. 72, st. 1). Posebno vrijeme za pripremanje odbrane ostavlja se okrivljenom za glavni pretres time što se u čl. 307, st. 3 navodi da mu se poziv mora dostaviti tako da između dana dostavljanja poziva i dana glavnog pretresa ostane dovoljno vremena za pripremanje odbrane, a najmanje osam dana. Radi se o minimalnom roku za pripremanje odbrane, a na sudu je da odredi primjereni rok u svakom konkretnom slučaju.

Pravo optuženog da ispituje svjedoke

Pravo optuženog da ispituje svjedoke takođe je jedno od prava koje je Evropski sud utvrdio kao posredno sadržano u okviru prava na pravično suđe-

[45] Pakelli protiv Njemačke, presuda od 25.03.1983; Airey protiv Irske, presuda od 11.09.1979.

[46] Ennslin i ostali protiv Njemačke, op. cit., st. 114.

[47] Benham protiv UK, presuda od 05.06.1996, st. 60 - 62; Quaranta protiv Švajcarske, presuda od 24.05.1991, st. 32–38.

nje. Prema načelu "jednakosti procesnih sredstava" okrivljeni ima pravo na ispitivanje svjedoka u postupku.[48] Čl. 6, st. 3 d) Konvencije propisuje pravo optuženog da sam ispituje svjedoke optužbe ili da zahtijeva da budu ispitani i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega.

Konvencija, dakle, ne utvrđuje apsolutno pravo optuženog da poziva svjedoke ili da prinudi sud da sasluša određenog svjedoka. Uslove za prihvatanje predloženog svjedoka utvrđuje nacionalno zakonodavstvo. Sud može odbiti predlog za pozivanje svjedoka ako smatra da njegovo svjedočenje ne bi bilo od značaja. Podnosilac predstavke Evropskom sudu zato mora dokazati da je propust da se sasluša određeni svjedok bio štetan po njega. U domaćem pravu položaj i prava svjedoka uređeni su čl. 107–120 Zakonika o krivičnom postupku. Prema odredbi čl. 123, st. 2 Zakonika presuda se ne može zasnivati isključivo na iskazu zaštićenog svjedoka.

Pravo na tumača i na prevod

Sastavni dio prava na pravično suđenje je i pravo na tumača i na prevod. Čl. 6, st. 3e) Konvencije predviđa da svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo na "besplatnu pomoć prevodioca ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu". U skladu sa tim, Evropski sud u svojim odlukama takođe ističe da okrivljeni tokom krivičnog postupka, na glavnoj raspravi i izvan nje, ima pravo na besplatnog tumača ako ne zna jezik na kojem se krivični postupak provodi.[49] Što se tiče relevantnog domaćeg prava, Ustav Crne Gore pravo na upotrebu svog jezika u postupku pred državnim organima jemči samo pripadnicima manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica.

Zakonik o krivičnom postupku u čl. 8, st. 2 daje pravo strankama, svjedocima i drugim licima koja učestvuju u postupku da upotrebljavaju svoj jezik ili jezik koji razumiju. Ako se sudska radnja odnosno glavni pretres ne vode na jeziku tog lica, obezbijediće mu se usmeno prevođenje svega što se iznosi, kao i prevođenje isprava i drugog pisanog dokaznog materijala. Prevođenje se vrši preko tumača (st. 4). Uskraćivanje okrivljenom, protivno njegovom zahtjevu, da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik, bitna je povreda odredaba krivičnog postupka (čl. 386, st. 2) zbog koje se presuda može ukinuti.

[48] Engel i drugi protiv Holandije, op. cit.

[49] Kamasinski protiv Austrije, presuda od 19.11.1989; Luedicke, Balkacem i Koc protiv Njemačke, presuda od 28.11.1987, st. 42 i 46.

Zabrana samooptuživanja

Pravo lica optuženog za krivično djelo da se brani ćutanjem i da ne smije biti prinuđeno da svjedoči protiv sebe nije izričito navedeno u čl. 6 Konvencije, ali je Evropski sud kroz niz slučajeva koje je razmatrao zaključio da to pravo ipak čini sastavni dio prava na pravično suđenje. Pravo na pravičan postupak podrazumijeva, dakle, i pravo optuženog za krivično djelo da se brani ćutanjem i da ne doprinosi svom optuživanju.[50] Međutim, Sud je u predmetu *John Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[51] našao da "pravo na ćutanje" ipak nije apsolutno pravo. Iako zabrana samooptuživanja ne dozvoljava da se presuda zasniva samo ili pretežno na ćutanju okrivljenog ili na odbijanju davanja odgovora, ova zaštita nije apsolutna smetnja da se ćutanje okrivljenog, u situaciji nepostojanja jasnog činjeničnog stanja ili relevantnih dokaza, uzme u obzir kod utvrđivanja presude. U domaćem pravnom sistemu, Ustav Crne Gore izričito ne utvrđuje ovo pravo, ali u čl. 29 st. 4 određuje da lice lišeno slobode mora odmah biti upoznato da nije dužno ništa da izjavi. U cilju zaštite prava na poštovanje ličnosti Ustav takođe utvrđuje da je zabranjeno i kažnjivo svako nasilje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje nad licem koje je lišeno slobode ili mu je sloboda ograničena, kao i iznuđivanje priznanja ili izjava (čl. 31, st. 2). Zakonik o krivičnom postupku u čl. 4, st. 3 sadrži načelnu odredbu da osumnjičeni prilikom prvog saslušanja, odnosno okrivljeni mora biti upoznat da ne mora da daje nikakve izjave niti da odgovara na postavljena pitanja, a da sve što izjavi može biti upotrijebljeno kao dokaz. U čl. 100 Zakonika propisan je način saslušanja okrivljenog.

Pravo na obrazloženu presudu

U čl. 6, st. 1 Konvencije nije izričito istaknuta obaveza suda da obrazloži svoju presudu, ali je Evropski sud zaključio da ta obaveza postoji. Međutim, da li je sud ispunio tu svoju obavezu može se zaključivati samo na osnovu prirode odluke i okolnosti konkretnog slučaja.[52] Ta obaveza takođe ne znači da se mora dati odgovor na svaki navod stranke, već samo na one koje sud ocijeni relevantnim.[53]

[50] Funke protiv Francuske, presuda od 25.02.1993, st. 44.

[51] Presuda od 08.01.1996.

[52] Hiro Balani protiv Španije, presuda od 09.12.1994, Serija A, br. 303 - B, st. 27 - 28; Ruiz Toria protiv Španije, presuda od 09.12.1994, Serija A, br. 303 - A, st. 29 - 30; Mugoša protiv Crne Gore, op. cit., st. 60.

[53] Harutyunyan protiv Jermenije, presuda od 05.07.2005; Van de Hurk protiv Holandije, op. cit., st. 61.

Isto tako, konačne odluke žalbenih sudova ne moraju imati iscrpna obrazloženja, već obrazloženja bitnih žalbenih navoda, koje sud kao takve ocijeni.[54] Što se tiče relevantnog nacionalnog zakonodavstva, čl. 379 Zakonika o krivičnom postupku propisuje da pismeno izrađena presuda mora da sadrži uvod, izreku i obrazloženje. U pogledu obrazloženja presude, odredbe st. 6, 7, 8, 9 i 10 navedenog člana nalažu da presuda mora da sadrži iscrpne razloge o utvrđenom činjeničnom stanju, riješenim pravnim pitanjima i odluci o krivičnoj sankciji.

Pravo na javno izricanje presude

Čl. 6 Konvencije sadrži izričit zahtjev za javnim izricanjem presude. Od tog pravila ne postoje izuzeci kao što je to slučaj sa mogućnošću isključenja javnosti sa cijelog ili dijela suđenja. Pritom, Sud je protumačio da izraz "izreći javno" ne znači da se presuda uvijek mora javno saopštiti od strane suda. Naprotiv, "Sud smatra da se u svakom predmetu oblik javnosti koji će presuda imati po domaćem zakonu odgovorne države mora procjenjivati u svijetlu posebnih karakteristika konkretnog postupka i pozivanjem na svrhu i cilj čl. 6, st. 1."[55]

Relevantno domaće pravo sadrži rešenja u skladu sa zahtijevima iz čl. 6 Konvencije. Ustav Crne Gore u čl. 120, st.1 proklamuje da se presuda pred sudom izriče javno. Zakonik o krivičnom postupku obavezuje sud da objavi presudu odmah, a najduže u roku od tri dana po završetku glavnog pretresa. Objavljivanje se sastoji u javnom čitanju izreke presude i saopštavanju ukratko razloga presude u prisustvu stranaka, njihovih zakonskih zastupnika, punomoćnika i branioca. Ovo pravilo važi bez izuzetka tako da će se izreka presude javno pročitati, čak i u slučaju suđenja u kojem je na glavnom pretresu bila isključena javnost (čl. 375). Zakon o sudovima daje pravo svakom licu koje ima opravdani interes da izvrši uvid u sudske spise (čl. 148, st. 2).

Pravo na pravno sredstvo protiv presude

Pravo na pravno sredstvo protiv presude, odnosno žalbu, takođe je sastavni dio prava na pravično suđenje. Pravo na žalbu u krivičnim predmetima predviđa Protokol br. 7 uz Konvenciju u čl. 2. Svako ko je odlukom suda osuđen za krivično djelo ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud. Ostvarivanje ovog prava i naročito osnovi za njegovo korišćenje uređuju se zakonom. Država je odgovorna da licu u postupku po žalbi pred sudom obezbijedi garancije utvrđe-

[54] Evropska komisija za ljudska prava, Odluka br. 8769/07, od 16.07.1981, Ol 25.

[55] Pretto i ostali protiv Italije, op. cit., st. 26.

ne čl. 6 Konvencije.[56] Ustav Crne Gore u čl. 20 jamči svakom pravo na pravni lijek protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu ili na zakonom zasnovanom interesu. Ustavna odredba podrazumijeva pravo na žalbu – ne samo u krivičnim stvarima, već i pravo na žalbu protiv odluka svih sudova i drugih državnih organa kojima se rješava o nekom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Prema čl. 381, st. 1 Zakonika o krivičnom postupku, protiv presude donesene u prvom stepenu može se izjaviti žalba u roku od 15 dana od dana dostavljanja prepisa presude. Žalbu mogu izjaviti stranke, branilac, zakonski zastupnik optuženog i oštećeni (čl. 381, st. 1).

Pravo na odštetu zbog greške suda

Pravo na odštetu zbog greške suda takođe se može smatrati sastavnim dijelom prava na pravično suđenje. Utvrđeno je čl. 3 Protokola br. 7 uz Konvenciju. Naknadu za pogrešnu osudu može ostvariti lice koje je pravosnažnom presudom osuđeno za krivično djelo i kome je izrečena kazna. Odredba se može primijeniti samo ako je presuda kasnije ukinuta ili ako je lice pomilovano, a u oba slučaja na osnovu toga što neka nova ili novootkrivena činjenica neosporno ukazuje da je učinjena greška od strane suda, tj. neki ozbiljni propust u sudskom postupku koji je osuđenom licu prouzrokovao štetu.[57] Oštećenom pripada naknada u skladu sa zakonom ili praksom države članice, osim ako se ne utvrdi da je lice samo u potpunosti ili djelimično odgovorno što ta ranije nepoznata činjenica nije blagovremeno otkrivena. U relevantnom domaćem pravu, Ustav Crne Gore u čl. 38 jemči pravo na naknadu štete od države licu koje je nezakonito ili neosnovano lišeno slobode ili neosnovano osuđeno. Zakonik o krivičnom postupku u glavi XXXI propisuje postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neosnovano osuđenih, nezakonito ili neosnovano lišenih slobode.

Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj pravnoj stvari

Pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari utvrđeno je čl. 4 Protokola br. 7 uz Konvenciju. Ta odredba zabranjuje ponavljanje suđenja i ponovno kažnjavanje u krivičnom postupku u nadležnosti iste države ukoliko je optuženom licu prethodno pravosnažno izrečena oslobađajuća ili osuđujuća presuda u skladu sa zakonom te države. Zabrana, međutim, ne onemogućava ponovno otvaranje postupka u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom ako postoje dokazi

[56] Delcourt protiv Belgije, op. cit., st. 25.

[57] Pelissieri i Sassi protiv Francuske, op. cit, st. 62–63.

o novim činjenicama ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla uticati na njegov ishod.

Ustav Crne Gore u čl. 36 utvrđuje pravilo *ne bis in idem*: Nikome se ne može ponovo suditi niti može biti ponovo osuđen za isto kažnjivo djelo. To načelo u Ustavu Crne Gore prošireno je, dakle, zabranom ponovnog suđenja u odnosu i na drugo kažnjivo djelo, a ne samo krivično.

Zakonik o krivičnom postupku u čl. 6 predviđa zabranu ponovnog suđenja (*ne bis in idem)* licu koje je pravosnažnom odlukom osuđeno ili oslobođeno optužbe za krivično djelo. Osnovni cilj ovog načela je da se niko ni paralelno ni sukcesivno dva ili više puta ne može javiti kao okrivljeni i osuđeni za isto djelo, čime se obezbjeđuje pravičnost i pravna sigurnost građana u postupku pred sudom. Na taj način se sprječava dvostruko ugrožavanje od strane različitih organa iste države – dva različita suda ili kaznena organa za isti događaj, ako se događaj ili pravna priroda prestupa mogu poistovjetiti, odnosno ako jedno djelo obuhvata svo nepravo sadržano u drugom djelu. Ta zabrana ne sprječava ponavljanje krivičnog postupka u skladu sa Zakonikom.

ZAKLJUČAK

Predmet rada su garancije prava na pravično suđenje utvrđenog Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u krivično – pravnom postupku. U tom postupku pravo na pravično, fer i nepristrasno suđenje pojavljuje se kao skup procesnih garancija i ovlašćenja kojima se obezbjeđuje odgovarajući nivo položaja okrivljenog u postupku zasnovan na pretpostavci nevinosti i podrazumijeva postupanje od strane suda sa punim uvažavanjem njegovih prava koje treba da osigura zaštitu okrivljenog u njihovom ostvarivanju. Okrivljeni tokom cijelog postupka mora imati na raspolaganju sva prava koja su mu Konvencijom garantovana, a naročito pravo na odbranu. Bez obzira na različit položaj tužioca i okrivljenog u krivičnom postupku, svaka strana mora imati jednaku mogućnost upotrebe procesnih sredstava pri čemu nijedna ne smije biti favorizovana po bilo kom osnovu. Obaveze suda koje se odnose na meritorno odlučivanje istovjetne su u građanskim i krivičnim stvarima i zahtijevaju od njega da u pravičnom i javnom postupku, u razumnom roku, donese svoju odluku.

U tekstu je bilo riječi o nekim od prava u okviru prava na pravično suđenje preko kojih se ono ostvaruje u krivičnom postupku. Radi se o nizu prava iz sastava tog prava koja su neposredno zajemčena Konvencijom, a to su pravo na pravičnu raspravu, pravo na javnu raspravu, pravo na raspravu pred nezavisnim, nepristrasnim i na osnovu zakona obrazovanim sudom, pravo na suđenje u razumnom

roku i pravo na javno izricanje presude. Pravo na pravično suđenje u krivičnom postupku ostvaruje se, međutim, i putem prava koja je Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi tumačenjem Konvencije utvrdio kao njome posredno obuhvaćena, i to: pravo na pristup sudu (pravo na tužbu), pravo na prisustvo u postupku, pravo na pretpostavku nevinosti, pravo optuženog da bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega, pravo na kontradiktoran postupak, pravo na jednakost sredstava stranaka, pravo optuženog da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane, pravo optuženog na odbranu uz pomoć branioca, pravo optuženog da ispituje svjedoke, pravo na dokazivanje, pravo na besplatnu pomoć prevodioca i pravo na obrazloženu presudu.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ, LL.D.,
President, Constitutional Court of Montenegro

GUARANTES OF RIGHT TO FAIR TRIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summery

The paper discusses guarantees of a right to fair trial in criminal proceedings, as one of the basic human rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Constitution of Montenegro.

The provision of the Convention on the right to a fair trial is about a criminal charge against a person and it is formulated in a way that requires from courts to provide guarantees of a fair trial in the criminal – legal proceedings. Guarantees of realization of this right in criminal proceedings are implemented through a series of specific rights which are directly mentioned in the Convention in the framework of the right to a fair trial, but also through the rights that the European Court of Human Rights in its case law by interpreting the Convention established as indirectly included in this right.

Special attention is given to the rich and dispersed case law of the European Court on the individual components of the right to a fair trial which provides guarantees for its implementation in the criminal proceedings.

Key words: the right to a fair trial, criminal proceedings, the European Convention, guarantees of rights

LJUBODRAG PLJAKIĆ

NAMESNIČKI USTAV KNEŽEVINE SRBIJE – KOREN UPRAVNOG SUDSTVA U SRBIJI

Godine 2019. u Srbiji se navršava 150 godina postojanja upravnog sudstva u pravnom sistemu države Srbije. Lep jubilej koji stvara obavezu, ali čini i zadovoljstvo da se govori o počecima rada upravnog sudstva. A počeci se vezuju upravo za donošenje Ustava Kneževine Srbije 1869. godine, kojim je uveden u pravni sistem Državni savet, kao deo izvršne vlasti, ali njen nezavisan deo. On je odlučivao o zakonitosti administrativnih akata po ugledu na francuski model Državnog saveta. Sve do Drugog svetskog rata upravno sudstvo je funkcionisalo po francuskom modelu kontrole administrativnih akata.

Posle usvajanja Ustava, 1870. godine je donet Zakon o poslovnom redu, kojim su predviđena pravila ponašanja i reda pri donošenju odluka u Državnom savetu.

Donošenjem Ustava i Zakona stvaraju se koreni upravno sudske zaštite prava i pravnih interesa građana i pravnih interesa pravnih lica u Srbiji.

Referat sadrži kritički odnos u odnosu na rešenja iz Ustava i zakona, ali i poglavlje o političkim prilikama u Srbiji u to vreme što doprinosi boljem razumevanju vremena u kome su ovi važni dokumenti doneti.

U V O D

Godine 2019. u Srbiji se navršava 150 godina od uvođenja upravnog sudstva u naš pravni sistem. Lep jubilej koji ne samo da stvara obavezu da se o njemu progovori malo više, već je i posebno zadovoljstvo o toj temi pisati. To sve uprkos činjenici da se ova materija najmanje poznaje u odnosu na druge oblasti prava. Oduvek sam, kao autor, smatrao da se iz odnosa države prema upravnom

Ljubodrag Pljakić, sudija Vrhovnog kasacionog suda, u penziji.

sudovanju može zaključiti i stepen demokratičnosti jednog društva. Kontrola zakonitosti akata izvršne vlasti od strane druge grane vlasti, sudske, i način na koji se ona vrši, ukazuje u kojoj meri je obezbeđena pravna zaštita građana i pravnih lica u toj državi. Taj proces podjednako obavezuje obe ove grane vlasti i sudsku, da je snabdevena maksimalnim sudijskim integritetom i izvršnu, da poštuje donete sudske odluke i pravne stavove u njima. Na taj način se uspostavlja fini sklad u funkcionisanju vlasti u odnosnoj državi tako bitan za zaštitu prava i pravnih interesa građana i pravnih lica. Onda kada se taj sklad dogodi nije teško prepoznati dostignuti stepen demokratičnosti jednog društva.

Sto pedeset godina od početka upravnog sudovanja u Srbiji vezuje se za donošenje *Namesničkog ustava Knjaževstva Srbije,* izdanog i zakletvom potvrđenog o Duhovima 1869. godine u ime njegove svetlosti Knjaza Srpskog Milana M. Obrenovića na Velikoj narodnoj Skupštini u Kragujevcu, a Namesnici Knjaževskog dostojanstva potvrdili i objavili[1] u daljem tekstu: Namesnički ustav.

Ovim Ustavom je ustanovljen Državni savet.

Sledeće 1870. godine, donet je Zakon o poslovnom redu u Državnom Savetu[2], u daljem tekstu: Zakon o poslovnom redu.

Da bismo bolje razumeli samu suštinu Namesničkog Ustava i Zakona o poslovnom redu, nužno je objasniti političke prilike u Srbiji u vreme njihovog donošenja 1869. godine i 1870. godine. Od tada pa sve do danas, Srbija je prolazila kroz razčitite oblike državnog uređenja. Svaki od tih oblika je, na odgovarajući način, uticao ne samo na prilike i sam život u Srbiji, već je značio i odgovarajuću razvojnu liniju u oblasti ljudskih prava, pa tako i na nove institute koji su trebali da obezbede veću zaštitu prava i pravnih interesa građana Srbije u oblasti upravnog sudovanja.

POLITIČKE PRILIKE U SRBIJI U VREME DONOŠENJA NAMESNIČKOG USTAVA[3]

U Srbiji je pre donošenja Ustava iz 1869. godine, poznatog još i kao Namesnički ili Trojički ustav, formalno bio na snazi Ustav iz 1838. godine, poznat kao tzv. Turski ustav, koji je u tadašnjim međunarodnim okolnostima bila nametnula Osmanska Visoka porta, a sultan ga izdao u vidu hatišerifa, pošto je prethodno

[1] Državna štamparija Beograd 1869. godine.

[2] Srpske novine br. 127 od 24.10.1870. godine i br. 128 od 28.10.1870. godine.

[3] Zahvalnost za ovaj deo referata dugujem dr Srđanu Pirivatriću, naučnom saradniku Vizantološkog instituta SANU.

međunarodni činilac izdejstvovao ukidanje Ustava iz 1835. godine, tj. Sretenjskog ustava, mesec dana po njegovom donošenju.

Još je hatišerif iz 1838. godine, kojim je Knezu Milošu (1815–1838) dato dostojanstvo naslednog kneza, predviđao stvaranje posebnog Saveta, čiji bi članovi bili doživotni, a koji bi ograničio kneževu vlast. Upravo je Turski ustav učinio članove Saveta doživotnim, kao što je to prećutno bilo predviđeno i Sretenjskim ustavom, a izričito hatišerifom. Savet je delio zakonodavnu vlast sa knezom, ali je knez imao pravo apsolutnog veta. Savet nije imao sudskih nadležnosti, a za tu svrhu bio je ustanovljen poseban Apelacioni sud. Narodna skupština nije bila predviđena, te je Savet rešavao o danku i budžetu. Knez Miloš (1815–1838) smatrao je Turski ustav svojim porazom pred članovima Saveta, te je naredne godine napustio vlast i zemlju, a knez je postao njegov sin Mihajlo (1839–1842). Turski Ustav izmenjen je tokom narednih godina nizom drugih zakona.

Zakon o Savetu iz 1839. godine omogućio je da se članstvo Saveta vrši izborom unutar tog tela a ne kneževskim postavljenjem. Zakon o Savetu propisao je da samo savetnici mogu biti ministri i tako prebacio upravnu vlast sa kneza na Savet. Turskim ustavom odvojena su upravna i sudska vlast koje su u vreme Kneza Miloša bile spojene. Prevlast Saveta u odnosu na kneza posle 1839. godine, za vreme prve vlade Kneza Mihajla, a naročito posle 1842. godine, za vreme Kneza Aleksandra Karađorđevića (1842–1858), imala je za posledicu stvaranje razgranatog činovničkog aparata čiji je položaj bio strogo utvrđen zakonom. Kasniji sukob Saveta i kneza doveo je do novog Zakona o ustrojstvu Saveta iz 1858. godine, koji je sporna pitanja između kneza i Saveta rešio u korist Saveta. Po novom Zakonu o Savetu, knez više nije imao pravo apsolutnog veta, te je Savet i u upravnoj i zakonodavnoj vlasti postajao jači činilac od kneza.

Savet je 1858. godine doneo Zakon o Narodnoj skupštini samo zbog toga da bi mogao da zbaci kneza, što se na Svetoandrejskoj skupštini, krajem 1858. godine i dogodilo. Međutim, Skupština je, protivno očekivanjima i željama Saveta, izglasala povratak Obrenovića na vlast. U istoriji srpske ustavnosti započela je nova epoha, u kojoj se kao treći ustavni činilac, pored kneza i Saveta pojavljuje i Narodna skupština. Novi Zakon o Narodnoj skupštini iz 1859. godine učinio je Skupštinu telom koje se saziva redovno, na svake tri godine i sastoji od izbornih narodnih poslanika doduše, bez prava odlučivanja po predlozima, već samo saslušavanja. Knez Miloš je za svoje kratke druge vlade (1858–1860) želeo donošenje novog ustava, ali nije pristajao na izričit uslov Porte da novi ustav potvrdi sultan kao vrhovni vladar Srbije. Knez Mihajlo se u početku svoje druge vlade (1860–1868) suočio sa istim problemom. Da bi izbegao sukob sa Portom po ustavnom pitanju, knez je pribegao donošenju zakona koji su suštinski izmenili ustavne prilike u Kneževini. Izdavanjem pojedinih osnovnih zakona, kako je ka-

snije u svojim memoarima zabeležio Nikola Hristić, jedan od najbližih kneževih saradnika, dotadašnji Turski ustav "bismo na taj način ništavnim učinili". Tako je Ustav iz 1838. godine izmenjen nizom zakona. Zakon o Savetu iz 1861. godine učinio je dotadašnje članove Saveta smenjivim, po odluci kneza i izjednačio ih sa činovnicima. Zakon o Državnoj upravi iz 1862. godine povećao je broj ministarstava na sedam, formiranjem nova tri ministarstva: prosvete, građevine i vojske. Ministri su odgovarali knezu, a ne Savetu. Istim zakonom uveden je Ministarski savet, kojim je objedinjen rad ministarstava. Zakon o Narodnoj skupštini iz 1861. godine uveo je ustanovu Velike skupštine, koja je po broju poslanika bila četiri puta veća od obične, a sastajala se radi izbora kneza ili određivanja namesništva. Knez Mihajlo je donetim zakonima pojačao položaj kneza naspram Saveta, sasvim suprotno prilikama koje su vladale za vreme kneza Aleksandra.

Prvi koraci za donošenje novog Ustava Kneževine Srbije preduzeti su ubrzo posle ubistva kneza Mihajla. Zavera u kojoj je knez 29.05.1868. godine ubijen u Košutnjaku nije dovela do smene dinastije Obrenovića i povratka Karađorđevića na vlast, kao što je uži krug zaverenika želeo. Vlast dinastije spasena je državnim udarom tadašnjeg ministra vojske Milivoja Petrovića Blaznavca, koji je maloletnog Milana Obrenovića, brata od strica pokojnog vladara, proglasio za novog kneza. Odmah zatim, Velika narodna skupština proglasila je Blaznavca, Jovana Ristića i Jovana Gavrilovića namesnicima maloletnog kneza. Srbijom su zapravo, vladali Blaznavac i Ristić, kao najuticajnije ličnosti namesništva i političkog života uopšte. Konstituisano Namesništvo pokazalo je po prvi put politički uticaj liberala, koji su u tom trenutku još uvek činili neformalnu grupu, a ne pravu političku partiju. Jedno od prvih pitanja kojim se Namesništvo bavilo bilo je ustavno pitanje. Stupajući na vlast izdalo je proglas u kojem je, pored ostalog, izjavilo "naše ustanove zemaljske imaju nedostatke koje se i sam knez Mihajlo spremao da popravi i izmeni, i koje bi on zaista i usavršio bio, da nam ga zločinačka ruka nije otrgla... Češćim dogovorima između Vlade i naroda, mi ćemo se truditi da, u ime Boga, savladamo tegobe na koje ćemo naići..."

Namesnici su formirali jedan Ustavni odbor od sedamdesetšest članova, koji je počeo sa radom 06. (19.) decembra i stoga bio nazvan Svetonikoljski. Njegov jedini zadatak bio je da odgovori na pitanje da li je Kneževini potreban novi Ustav i da li je pogodno vreme za njegovo donošenje. Rad odbora, kojim su rukovodili predsednik Vlade Đorđe Cenić i ministar unutrašnjih dela Radivoje Milojković, završen je 19. decembra odlukom da se pristupi donošenju novog Ustava.

Smatralo se da se Porta posle predaje srpskih gradova 1867. godine neće mešati u donošenje novog Ustava kao do tada, što se ispostavilo kao tačno, pa je donošenje Ustava mimo Porte, o čemu je ona bila samo obaveštena, bio važan čin potvrde faktičke samostalnosti Srbije, uprkos njenom položaju vazalne Kne-

ževine. Rad na projektu Ustava započet je po završetku rada odbora, a projekat je gotovo u celini bio delo Jovana Ristića. Rad Namesništva na donošenju novog Ustava bio je po dva osnova nezakonit: ustav se nije mogao menjati za kneževa maloletstva, a trebalo ga je doneti u dogovoru sa Savetom, koji je u toj stvari zaobiđen, a ne sa Velikom skupštinom, za tu priliku pretvorenu u defakto ustavotvornu, koja za to nije bila nadležna. Procedura donošenja Ustava pokazala je nadmoć Namesništva i liberala nad konzervativcima, članovima saveta.

NAMESNIČKI USTAV

Prema Namesničkom ustavu, Srbija kao kneževina je bila nasledna ustavna monarhija sa narodnim predstavništvom. Knjaz je vršio zakonodavnu vlast sa Narodnom skupštinom i nijedan zakon nije mogao da važi dok ga Knjaz ne proglasi. Knjaz je postavljao sve državne činovnike.

Poglavlje 2 se odnosilo na prava i dužnosti građana. U članu 25. je bilo predviđeno da se lična sloboda i pravo sopstvenosti zajemčuju i ne podležu nikakvim drugim ograničenjima osim onih koje zakon propisuje. Takođe, niko nije mogao biti osuđen ukoliko nije saslušan ili na drugi način pozvan da se brani. U članu 33. je bilo predviđeno da "svaki Srbin ima pravo da se žali na protivzakonite postupke vlasti, a ukoliko viša vlast nađe da je žalba neosnovana, dužna je da žalitelja u svome rešenju izvesti o osnovima sa kojih mu žalbu ne uvažava".

Smatram nužnim da ukažem na citirane odredbe o pravima građana u odnosu na njihovu ličnu slobodu i da su pravo slobode i naročito pravo sopstvenosti bili Ustavom zajemčeni još pre 150 godina. Već letimičnim pregledom ovih odredbi i njihovom primenom možemo jasno utvrditi gde smo bili, šta nam se dešavalo i kroz šta smo sve prolazili i kao narod i kao društvo.

Narodna skupština je narodno predstavništvo. Interesantno je ukazati da činovnici u koje su spadali i penzioneri i svi oni koji su bilo kakvo izdržavanje primali iz državne kase, nisu mogli biti birani za poslanike.

U članu 51. je bilo predviđeno da narodni poslanici "nisu predstavnici samo onih koji su ih izabrali, već celog naroda; i po tome njima se ne može dati nikakvo obavezno nastavljenje od izbirača, već oni po svom uviđenju i savesti predstavljaju i rešavaju narodne potrebe." Iz ovih odredbi Namesničkog ustava se vidi da to što su mnogo kasnije pojedini izabrani predstavnici naroda, obećavali da će predstavljati sve građane Srbije nije nikakva novina, već ima svoje ustavno utemeljenje u Ustavu iz 1869. godine.

Ono što je tema i razlog za pisanje ovog referata je da je Namesničkim ustavnom začeto upravno sudovanje u Srbiji. Poglavlje IV se odnosi na formi-

ranje Državnog saveta i sadrži odredbe čl. 90–92. Državni savet je formiran po ugledu na francuski model i čitavo upravno sudstvo u Srbiji, sve do Drugog svetskog rata je bilo uređeno po francuskom modelu. Podsećanja radi, Francuska je ustanovila temelje Državnog saveta još 1799. godine. Francuski model upravnog sudstva je značio da je on deo izvršne vlasti, ali nezavisan od nje.

Francuski model Državnog saveta se jasno uočava iz njegovih tzv. zadataka iz člana 90. kroz široku lepezu nadležnosti bitnih za funkcionisanje države. Poređani su u 14 tačaka:

1. Da daje Vladi svoje mišljenje o predmetima, koje bi mu ona predložila;
2. Da na poziv Vlade izrađuje i ispituje zakonske i administrativne projekte;
3. Da razmatra i rešava žalbe protiv ministarskih rešenja i u spornim administrativnim pitanjima;
4. Da rešava sukobe između administrativnih vlasti;
5. Da odobrava počasne izdatke iz opšteg kredita budžetom određenog na vanredne potrebe, kao i počasno upotrebljavanje kredita, određenog na građevine, ukoliko bi izdatak u pojedinom slučaju bio veći od sume, sa kojom ministar sam po zakonu može raspolagati;
6. Da odobrava izuzetno odstupanje u sažiteljstvo Srpsko;
7. Da odobrava zaduživanje države kao i vanredne kredite u slučajevima predviđenim članom 66. Ustava;
8. Da rešava o prirezima za potrebe okruga, srezova i opština, ako prirezi prelaze sumu, koju sama upravna vlast po zakonu odobrava, a isto tako i o zaduživanju okruga, srezova i opština;
9. Da odobrava prodaju i uopšte otuđivanje nepokretnih dobara okružnih, sreskih i opštinskih;
10. Da rešava o rashodovanju onih suma, za koje bi se pokazalo, da se nemaju otkud naplatiti;
11. Da odobrava u vanrednim potrebama zajmove iz državne kase, izuzetne zajmove od uprave fondova;
12. Da odobrava poravnanja koja bi se po državne interese kao probitačna pokazala;
13. Da može od glavne kontrole zahtevati potrebne izveštaje, i objašnjenja o državnim računima i
14. Da rešava ima li po zakonu mesta zauzimanju privatnih nepokretnih dobara, za opštenarodnu potrebu.

Članove Državnog saveta je postavljao Knjaz i oni su ulazili u red ostalih činovnika. Njihov broj se kretao između 11 i 15. Knjaz je između njih postavljao predsednika i potpredsednika.

Član Državnog saveta je morao da ispunjava 3 uslova: da nije mlađi od 35 godina; Da ima 10 godina državne službe, i da ima nepokretno imanje u Srbiji.

Odredbom člana 92. stav 2. je predviđeno da će se poslovni red državnog saveta urediti posebnim zakonom.

Uvek kada se govori o upravnom sudovanju i o različitim fazama kroz koje je prolazilo, zavisno od oblika državnog i ustavnog uređenja, postavljalo se nužno pitanje gde je bilo mesto sudova i pravosuđa uopšte, u takvom sistemu.

Namesnički ustav je ovo pitanje uredio na način da su u odnosu na Državni savet odredbe o sudovima predstavljene u posebnom poglavlju VII, odredbe člana 108. - 118. Budući da je Državni savet bio deo izvršne vlasti, ali nezavisan od nje, sudovi su bili nezavisni "i ne stoje ni pod kakvom vlašću, osim zakona (čl. 109)". Pravda se izricala u ime Knjaza. U jednom sudu nisu mogli da budu istovremeno sudije srodnici po krvi u pravoj ushodnoj nishodnoj liniji do bilo kog stepena, niti u pobočnoj liniji do četvrtog, a po tazbini do drugog stepena zaključno. Sudija prvostepenog suda je morao imati 25 godina, a viših sudova preko 30 godina. Veća su zasedala u trojnom sastavu, a da se samo zakonom moglo predvideti postupanje sudije pojedinca.

U današnjim uslovima donošenja presuda kada govorimo o povredi prava na obrazloženu sudsku odluku kao element prava na pravično suđenje reći ćemo da se i u Namesničkom ustavu, u poglavlju o sudovima, insistiralo da "u presudi moraju se izložiti osnovi suđenja i paragrafi zakona po kojima je presuđeno." Optuženi je imao pravo na branioca, a u zakonom predviđenim slučajevima sud je postavljao branioca po službenoj dužnosti. Posebnim zakonom je ostavljeno da se uredi formiranje porotnih sudova za određena krivična dela.

Kao što se vidi neke važne osnove današnjeg sudovanja imale su svoje utemeljenje i u Namesničkom ustavu.

ZAKON O POSLOVNOM REDU

Rekosmo, da je Namesnički ustav ostavio da se pravila postupanja u radu Državnog saveta urede posebnim zakonom. I tako su, u ime svetlosti Knjaza Srpskog Milana M. Obrenovića IV, namesnici Knjaževskog dostojanstva proglasili i objavili da je Narodna skupština rešila, a da su oni potvrditi Zakon o poslovnom redu u Državnom savetu.[4]

[4] U potpisu Zakona su namesnici MP Blaznavac, Jov Ristić i Jovan Gavrilović, 05.10.1870. god. u Kragujevcu.

Zakon o poslovnom redu sadrži tri poglavlja: opšti postupak, naročiti postupak pri zakonskim predlozima i naročiti postupak u spornim administrativnim pitanjima.

Sastanke Državnog saveta je zakazivao, otvarao i zatvarao predsednik, a mogao je odlučivati sa najmanje 9 savetnika, računajući i predsednika. Savetnici su sedeli po redu kako su naimenovani, a ukoliko su ministri dolazili na sastanak tačno se znalo gde je njihovo mesto. Čini se da takav protokol nije bio samo obična forma, već je više govorio o značaju funkcija. Predmeti su odmah rešavani, a ukoliko je bilo potrebno da se sama stvar detaljnije ispita, onda je takvo zaduženje dobijao jedan od članova saveta. Ako bi neki član saveta imao izdvojeno mišljenje u odnosu na doneto rešenje, mogao ga je posebno obrazložiti.

Za razliku od drugih predmeta u kojima je upisivano u protokol samo rešenje, kada je savet odlučivao u administrativnim sporovima u protokol su unošeni i razlozi (pobuđenja na kojima se odluka zasniva).

Ukoliko je ispitivana administrativna odluka nekog od prisutnih ministara on bi imao pravo da odmah stavi primedbe koje bi ulazile u protokol. Ukoliko ministar nije prisustvovao, protokol bi mu se slao na potpis i ukoliko bi stavio primedbe o njima bi se raspravljalo na sledećem sastanku.

Ne treba posebno naglašavati da je u ovakvom načinu odlučivanja ministar, kao tužena strana, imao daleko veća ovlašćenja i povlašćeni položaj u odnosu na žalioca što je svakako uticalo i na različitu praksu saveta u odlučivanju.

Značajno je ukazati da su sva rešenja donošena na savetu, izuzev u spornim administravitnim pitanjima, bila važeća samo ukoliko ih Knjaz odobri (čl. 12.) što bi značilo bar formalno, veću samostalnost Saveta u ovim predmetima.

Ukoliko bi na sastanku bilo manje od 11 savetnika, svaki od predloga je usvajan ako je za njega glasalo najmanje 6 savetnika. U slučaju da je bilo više od 11 prisutnih članova, a, glasovi budu podeljeni, prihvaćen bi bio predlog za koji bi glasao predsednik. Glasalo se sa "za" ili "protiv". "Nešto treće odgovarati što nije čisto ni "za" ni "protiv", ne dozvoljava se." Pojam uzdržanog u odlučivanju je uspostavljen u nekim kasnijim sistemima.

Treba reći da je Savet imao i rešenja u slučaju da je dolazilo do sukoba nadležnosti između ministara. Ako bi se tražile primedbe u odnosu na sastav i rad Saveta, jedna od prvih je bila da su u njegovom sastavu bili činovnici, koje je po Namesničkom ustavu postavljao Knjaz. Tek je Ustavom za Kraljevinu Srbiju[5] bilo predviđeno da su članovi Saveta morali imati završen fakultet u Srbiji ili na strani ili neku Višu stručnu školu u rangu fakulteta.

[5] Srpske novine br. 282 od 23.12.1988. godine.

Već smo ukazali da su ministri kao tužena strana u postupku imali povlašćeni položaj u vođenim administrativnim postupcima, što je uticalo i na neujednačenu praksu prilikom odlučivanja.

U prvoj godini rada Saveta bilo je 40 žalbi, od kojih je 22 bilo odbačeno, a 1873. godine je razmatrano 95 žalbi od kojih je samo 10 uzeto u postupak.[6] Čini se da je najpotpuniju i najozbiljniju kritiku rada Državnog saveta učinio gospodin Danilo Danić[7]:

"Državni savet nije ispunjavao gotovo nijedan uslov za dobro i pravilno odlučivanje, kako zbog toga što su savetnici bili obični činovnici koji su zavisili od Knjaza, tako i zbog toga što se još uvek nije tražilo pravno obrazovanje, kao jedan od uslova za njihov izbor."

Bez obzira i na moguće i druge manjkavosti, autor želi da iskaže svoje veliko poštovanje prema uvođenju kontrole administrativnih akata izvršne vlasti predstavljene kroz uvođenje Državnog saveta u Namesnički ustav, kao organa koji je tu kontrolu vršio. Ima više razloga za to poštovanje, jedan od njih su političke i društveno ekonomske prilike u Srbiji pre 150 godina. Drugi je da je uzet kao ugledni primer Francuski model koji se u odnosu na Namesnički ustav primenjivao vek ranije a i činjenica da je Francuski model upravnog postupanja postojao u Srbiji sve do Drugog svetskog rata ukazuje na uvažavanje uređenog upravnog sudovanja. Sliku značaja stvaranja korena upravnog sudovanja u Srbiji upotpunjuje činjenica da mnogo naprednije i ekonomski bogatije zemlje od Srbije u to vreme, nisu razumele značaj kontrole akata izvršne vlasti. Tema ovog referata je početak, dakle sami koreni upravnog sudovanja u Srbiji. Mnogi danas važni instituti nastajali su u daljem razvoju ove, za zaštitu građana, važne materije. Obaveznost presude u upravnom sporu je uvedena u naš pravni sistem 1888. godine, ćutanje uprave 1921. godine.

Ta razvojna crta upravnog sudovanja u Srbiji bi morala da se nađe u posebnim programima neophodne edukacije pravosudnih kadrova opredeljenih da se bave ovom materijom. Samo ozbiljnim pristupom u pripremi kadrova za bavljenje upravnim sudovanjem izbeći će se apsurdna situacija da se kolege sa ovom materijom upoznaju tek kao izabrane sudije od kojih se očekuje da odmah učestvuju u stvaranju pravnih stavova iz nadležnosti Upravnog suda, u preko 100 različitih materija, od kojih sa mnoštvom različitih zakonskih i podzakonskih propisa.

---

[6] Danilo Danić, *Razvitak administrativnog sudstva u Srbiji i ostale skupštinske rasprave iz javnog prava,* Izdavačka knjižarnica Gece Kona Beograd 1926. godine, str. 37.

[7] *Nav. delo,* str. 37.

GDE SMO DANAS?

U državi Srbiji nikako da shvatimo značaj usklađivanja i približno jednovremenog donošenja osnovnog procesnog zakona u primeni kod državnih organa i organa javne vlasti, Zakona o opštem upravnom postupku i sudskog procesnog Zakona o upravnim sporovima, u kome se ceni zakonitost postupanja organa i druge grane vlasti.

Najpre smo imali oba "stara" Zakona, da bi od 2010. godine i početka rada Upravnog suda dobili novi Zakon o upravnim sporovima, a potom ga ubrzo učinili "starim" jer je u primeni novi Zakon o opštem upravnom postupku (stupio na snagu 2016. godine i u primeni od 2017. godine). Ne postoji žalba kao redovno pravno sredstvo protiv presude Upravnog suda, jer Zakonom o uređenju sudova nije predviđen drugostepeni sud koji bi o njoj odlučivao. Po vanrednom pravnom sredstvu – Zahtevu za preispitivanje presude Upravnog suda, odlučuje se u Vrhovnom kasacionom sudu i to dve upravne sudije a treći član veća je građanac koji ovu materiju nikada nije radio. Pravni stavovi se usvajaju na sednici građanskog odeljenja u kome je većina sudija građanske – parnične orijentacije.

Upravni sud je zatrpan u startu prilikom početka rada, jer je zakonodavac loše proračunao da je za rad Suda dovoljno 35 sudija + predsednik što je totalno nepoznavanje ove materije. Ovo sve uprkos činjenici da je Kopaonička škola prirodnog prava na upravnoj katedri decembra 2009. godine, pred početak rada Upravnog suda, predlagala 60 sudija u tom sudu, a ovaj autor na Međunarodnom skupu održanom u hotelu Metropol u Beogradu 2005. godine, na temu budućnosti upravnog sudstva u Srbiji predlagao je 70 sudija. Zato i ne čudi da se na odluke Upravnog suda čeka preko 2 godine, na moguću ustavnu žalbu kod Ustavnog suda oko 3 godine, tako da građani i ne dočekaju odluke najviših sudova, a u odnosu na pravna lica nastupa stečaj.

Očekujemo i nadamo se od nove strategije pravosuđa da vrati blistavi sjaj nekadašnjeg upravnog sudovanja (prethodna istekla strategija to nije učinila), da obezbedi stručne upravne sudije sa integritetom snažnijim od onog u drugim materijama, jer te sudije odlučuju u sporovima na relaciji dve vlasti, što sve predstavlja osnov za potpunu pravnu i političku ocenu dostignutog stepena demokratije u zemlji Srbiji.

O razlozima za zaključivanje u ovom referatu, autor se izjašnjavao u toku svakog od poglavlja. Država je na potezu, imali smo mnogih strategija, čekamo rešenja, ne da bismo se upoređivali sa drugim zemljama: naši građani i pravna lica očekuju pravnu uređenu državu u ovoj oblasti.

LJUBODRAG PLJAKIĆ
Retired judge of the Supreme Court
of Cassation of Serbia

REGENT'S CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY OF SERBIA – THE ROOT OF THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN SERBIA

Summary

2019 is the 150 year anniversary of the administrative jurisdiction in the legal system of the state of Serbia.

It is a nice anniversary which brings about an obligation, but it is also a pleasure to talk of the beginnings of work of administrative jurisdiction. The beginnings are exactly linked to the passing of the constitution of the Principality of Serbia in 1869 by which the state council was introduced into the legal system, as part of the executive power, but as its independent part. It decided on the legality of administrative acts where the French model of the state council was taken as an example. Until World War I the administrative jurisdiction functioned according to the French model of control of administrative acts.

After the passing of the constitution in 1870, the Law on Business Order was passed which stipulates the rules of conduct and order with the passing of decisions in the state council.

The passing of the constitution and of the law created the roots of administrative court protection of law and legal interests of citizens and legal interests of legal entities in Serbia.

The paper contains a critical standpoint in relation to the solutions from the constitution and law, but also a chapter on political circumstances in Serbia at that time, which contributes to a better understanding of the time in which these important documents were passed.

MARKO STANKOVIĆ

GRAD BEOGRAD U USTAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE

– Ocena izmena i dopuna Zakona o glavnom gradu od 2019. –

Rad analizira položaj grada Beograda u sistemu lokalne samouprave u Republici Srbiji. Ustavom od 2006. je predviđeno da glavni grad ima poseban položaj koji će se urediti posebnim zakonom o glavnom gradu. Zakonodavac je, donoseći Zakon o glavnom gradu 2007. godine, propustio da u dovoljnoj meri diferencira položaj glavnog grada u sistemu lokalne samouprave. Sredinom 2019. usvojene su izmene i dopune tog zakona, koje su predvidele izvesne specifičnosti u vezi sa položajem, organima i nadležnostima grada Beograda.

Ključne reči: *grad Beograd, glavni grad, lokalna samouprava, Zakon o glavnom gradu, Ustav Srbije od 2006.*

U V O D

Sistem lokalne samouprave u Republici Srbiji uređen je Ustavom od 2006. i nizom zakona. Srbija se vratila klasičnoj lokalnoj samoupravi donošenjem Ustava od 1990. Od tada do danas, grad Beograd ima poseban status među ukupno 174 jedinice lokalne samouprave u Republici Srbiji. Grad Beograd je Ustavom Republike Srbije od 2006. proglašen posebnom jedinicom lokalne samouprave (čl. 188, st. 1), a najviši pravni akt je predvideo mogućnost da se njegov položaj diferencira u odnosu na položaj ostalih jedinica lokalne samouprave. To je sasvim opravdano, imajući u vidu da je, s jedne strane, reč o glavnom gradu, u kojem se nala-

Dr Marko Stanković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

ze sedišta najznačajnijih državnih institucija, kao i da, s druge, grad Beograd ima mnogostruko veću teritoriju i stanovništvo od svih ostalih gradova u Republici Srbiji. Poseban položaj grada Beograda, glavnog grada Republike Srbije, uređuje se posebnim Zakonom o glavnom gradu, čije je donošenje predviđeno samim Ustavom.

Kako se status grada Beograda ne može analizirati nezavisno od sistema lokalne samouprave u Srbiji, njegova analiza će podrazumevati i izlaganje opštih pravila o lokalnoj smaoupravi u Republici Srbiji. Prvo će biti reči o sistemu i jedinicama lokalne samouprave u Srbiji, zatim o ustavnom položaju grada Beograda, "plišanoj" reformi lokalne samouprave od 2018, a tek nakon toga o izmenama i dopunama Zakona o glavnom gradu od 2019. Na kraju će, u okviru zaključnih razmatranja, biti data ocena sprovedene reforme.

SISTEM LOKALNE SAMOUPRAVE U REPUBLICI SRBIJI

Ustav Republike Srbije od 2006. je već u okviru svojih načela predvideo pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, kao oblike vertikalne podele vlasti. Stavljajući ta dva oblika vertikalne podele vlasti u rang ustavnog načela, ustavotvorac je iskazao nedvosmislenu nameru da ih definiše kao izvorno pravo građana i oblik ograničenja državne vlasti.[1] Član 12. Ustava propisuje da je državna vlast "ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu", kao i da to pravo "podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti". Sadržinu ovog prava ustavotvorac je konkretizovao u delu Ustava o teritorijalnoj organizaciji (čl. 176–194).[2]

Iz rešenja sličnih onima koja je sadržao Ustav od 1990, proistekla su i relativno slična zakonska rešenja o lokalnoj samoupravi. Ipak, u toj oblasti je u poslednjih četvrt veka bilo i određenih napredaka, pa se mora konstatovati da "uređivanje sistema lokalne samouprave u Srbiji u periodu od 1990. do 2007. godine ima opštu karakteristiku da svaki novi zakon u odnosu na prethodni predstavlja potpunije i celovitije uređivanje sistema lokalne samouprave."[3]

---

[1] V. Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 2009, str. 241.

[2] Stručnjaci Venecijanske komisije su u analizi Ustava Srbije (mišljenje br. 405/2006, od 18. marta 2007) izneli kritički stav o pokrajinskoj autonomiji i lokalnoj samoupravi. Njihovo je mišljenje da ustavotvorac nije u dovoljnoj meri odredio sadržinu vertikalne podele vlasti, već je tu materiju prepustio zakonodavcu.

[3] Milan Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, Banja Luka, 2008, str. 271. U pogledu zakona o lokalnoj samoupravi od 1999, 2002. i 2007, može se reći "da smo sistem lokalne samouprave normativno uređivali, u celini uzevši, u skladu sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi." (*Ibidem.*)

Najznačajniji zakoni kojima se uređuje sistem lokalne samouprave u Republici Srbiji su: Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije (ZTI)[4], Zakon o lokalnoj samoupravi (ZLS)[5], Zakon o glavnom gradu (ZGG)[6] i Zakon o lokalnim izborima (ZLI)[7]. Republika Srbija je ratifikovala i Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi sredinom 2007,[8] a odredbe te Povelje predstavljaju pozitivno pravo u Republici Srbiji, jer Ustav svojom odredbom o hijerarhiji pravnih akata (čl. 194) daje međunarodnim ugovorima nadzakonsku pravnu snagu. Konačno, značajni zakoni za položaj lokalne samouprave su i Zakon o finansiranju lokalne samouprave (ZFLS) od 2006.[9] i Zakon o javnoj svojini (ZJS) od 2011.[10]

Zakonodavac je, u Zakonu o lokalnoj samoupravi (ZLS), definisao lokalnu samoupravu na sličan način kao ustavotvorac – kao pravo građana i kao pravo na upravljanje javnim poslovima – propisavši da je, s jedne strane, lokalna samouprava "pravo građana da neposredno i preko slobodno izabranih predstavnika upravljaju javnim poslovima od neposrednog, zajedničkog i opšteg interesa za lokalno stanovništvo", kao i da je, s druge, "pravo i obaveza organa lokalne samouprave da, u skladu sa zakonom, planiraju, uređuju i upravljaju javnim poslovima koji su u njihovoj nadležnosti i od interesa za lokalno stanovništvo" (čl. 2. ZLS).[11]

---

[4] Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 18/2016. i 47/2018.

[5] Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 – dr. zakon, 101/2016 – dr. zakon i 47/2018.

[6] Zakon o glavnom gradu, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 – dr. zakon, 101/2016 – dr. zakon i 37/2019.

[7] Zakon o lokalnim izborima, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 34/2010 (odluka USRS) i 54/2011.

[8] Zakon o potvrđivanju Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* , br. 70/2007. Republika Srbija je 2018. usvojila i zakon kojim je potvrdila Dodatni protokol Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi o pravu da se učestvuje u poslovima lokalnih vlasti, koji je sačinjen u Utrehtu, 16. novembra 2009.

[9] Zakon o finansiranju lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013, 83/2016, 91/2016, 104/2016 – dr. zakon i 96/2017.

[10] Zakon o javnoj svojini, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 – dr. zakon, 108/2016. i 113/2017. Navedenim propisima Dimitrijević i Vučetić pridodaju još i Zakon o komunalnoj delatnosti, navodeći da se taj zakon "često zapostavlja prilikom analize pravnog ražima lokalne samouprave." (Predrag Dimitrijević, Dejan Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd, 2011, str. 231)

[11] Zakonska definicija lokalne samouprave izmenjena je u okviru reforme lokalne samouprave 2018, a izvorna verzija definicije je glasila: "Lokalna samouprava je pravo građana da upravljaju javnim poslovima od neposrednog, zajedničkog i opšteg interesa za lokalno stanovništvo, neposredno i preko slobodno izabranih predstavnika u jedinicama lokalne samouprave, kao i pravo i sposobnost organa lokalne samouprave da, u granicama zakona, uređuju poslove i upravljaju jav-

JEDINICE LOKALNE SAMOUPRAVE I POLOŽAJ GRADA BEOGRADA PREMA USTAVU OD 2006.

Ustav je utvrdio da su jedinice lokalne samouprave u Republici Srbiji opštine, gradovi i grad Beograd (čl. 188, st. 1), što je potvrdio i zakonodavac u Zakonu o lokalnoj samoupravi (čl. 3, st. 1), propisujući da se lokalna samouprava ostvaruje u opštini, gradu i gradu Beogradu. Iako na prvi pogled izgleda da se radi o tri različita tipa jedinica lokalne samouprave, reč je, zapravo o jednostepenoj i monotipnoj lokalnoj samoupravi, čija je osnovna jedinica opština, a u okviru takve lokalne samouprave postoje posebna rešenja za gradove i grad Beograd (glavni grad), čime se jednoličnost opštine u izvesnoj meri ublažava. Ovakav zaključak jasno proizlazi iz činjenice da sve jedinice lokalne samouprave imaju isti izvorni delokrug, istovetne organe i isti pravni režim odnosa sa državom. Zato je "pravilnije govoriti o tri vrste opština u Republici Srbiji nego o tri jedinice lokalne samouprave, pošto sve tri, navodno jedinice lokalne samouprave, imaju ista prava i dužnosti."[12] Drugim rečima, "grad nije, sa stanovišta poslova i položaja, jedinica lokalne samouprave višeg stepena, s obzirom na to da ima iste nadležnosti koje su poverene opštini i u osnovi njihov ustavno-pravni položaj je jednak."[13] U Republici Srbiji trenutno postoje 174 jedinice lokalne samouprave – 145 opština, 28 gradova i grad Beograd.

Opštine, gradovi i grad Beograd, dakle, imaju identične izvorne nadležnosti, odnosno kao osnovnu vrše opštinsku nadležnost.[14] Ili, kako navodi Ratko Marković, "u nadležnosti svake od jedinica lokalne samouprave nalaze se istovetni samoupravni, tj. izvorni poslovi, i to su poslovi koji su utvrđeni kao izvorna nadležnost opštine."[15] Ustav je nedvosmislen u tom pogledu, jer propisuje da "grad ima nadležnosti koje su Ustavom poverene opštini, a zakonom mu se mogu poveriti i druge nadležnosti." (čl. 189, st. 3), dok "grad Beograd ima nadležnosti koje su Ustavom i zakonom poverene opštini i gradu, a zakonom o glavnom gradu mogu mu se poveriti i druge nadležnosti" (čl. 189, st. 5). Pored identičnog izvornog (sa-

---

nim poslovima koji su u njihovoj nadležnosti i od interesa za lokalno stanovništvo." Razlike između dve definicije su sledeće: prema novoj definiciji, lokalna samouprava je "pravo i obaveza" lokalnih organa da "planiraju, uređuju i upravljaju" javnim poslovima, dok je, prema staroj definiciji, ona bila "pravo i sposobnost" lokalnih organa da "uređuju" i "upravljaju" javnim poslovima; u svemu ostalom, definicije su identične.

[12] Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2014, str. 416.

[13] M. Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, Banja Luka, 2008, str. 229. U tom smislu i: P. Dimitrijević, D. Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd, 2011, str. 235.

[14] Uporediti: M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 2009, str. 244–245.

[15] R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2014, str. 416.

moupravnog) delokruga, jedinice lokalne samouprave imaju i poverene delokruge, koji se sastoje od poslova državne uprave koje im Republika poveri na vršenje. U pogledu poverenih poslova, Ustav je ostavio mogućnost za diferenciranje između različitih tipova jedinica lokalne samouprave, a od zakonodavca zavisi koliko će razlikovanje između jedinica napraviti.

POLOŽAJ GRADA BEOGRADA PREMA ZAKONU O GLAVNOM GRADU OD 2007.

Kao što je rečeno, grad Beograd ima poseban status u sistemu lokalne samouprave Republike Srbije, koji mu je dat samim Ustavom. Već u okviru osnovnih načela Ustava od 2006, propisano je da je glavni grad Republike Srbije Beograd (čl. 9). Pored toga, Ustav (čl. 189, st. 5) predviđa da se položaj grada Beograda, glavnog grada Republike Srbije, uređuje zakonom o glavnom gradu i statutom grada Beograda, kao i da grad Beograd ima nadležnosti koje su Ustavom i zakonom poverene opštini i gradu, ali i druge nadležnosti predviđene Zakonom o glavnom gradu (čl. 8. ZGG), koji je donesen krajem 2007. i menjan i dopunjavan u još tri navrata. Jasno je da je povereni delokrug grada Beograda širi od poverenog delokruga opština i gradova.

Za razliku od gradova, gde je formiranje gradskih opština samo mogućnost, u gradu Beogradu ono je obaveza, pošto zakon predviđa da se statutom grada Beograda "obrazuju gradske opštine", i to "radi efikasnijeg i ekonomičnijeg obavljanja određenih nadležnosti grada Beograda" (čl. 6, st. 2. ZGG). Gradske opštine u Beogradu imaju svojstvo pravnog lica, kao i sam grad Beograd, što je još jedna razlika u odnosu na gradske opštine u gradovima. Statutom grada Beograda se određuju poslovi iz nadležnosti grada Beograda koje vrše gradske opštine (čl. 6, st. 4. ZGG). Statutom se bliže uređuje i način obrazovanja i ukidanja gradskih opština, promena njihovih područja, organi i način izbora organa gradske opštine, kao i međusobni odnos organa grada Beograda i organa gradske opštine (čl. 6, st. 5. i čl. 7. ZGG).[16] U gradu Beogradu trenutno postoji 17 gradskih opština.

Rešenje prema kojem grad Beograd ima poseban tretman u odnosu na ostale jedinice lokalne samouprave i prema kojem se pitanja vezana za njegov status i organizaciju uređuju posebnim zakonom je u potpunosti logično i opravdano. Odavno je, naime, u uporednom pravu prepoznata potreba za posebnim tre-

[16] Detaljno o položaju grada Beograda: M. Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, Banja Luka, 2008, str. 259–267; P. Dimitrijević, D. Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd, 2011, str. 242–245.

tmanom velikih, milionskih gradova, tzv. metropola.[17] Razlozi za to su očigledni. Pre svega, metropola ne može da predstavlja osnovnu lokalnu zajednicu za tako veliki broj stanovnika, jer se lokalna pripadnost može osećati samo prema daleko manjoj teritoriji i manjem broju ljudi. Zatim, višemilionski grad nije pogodan da bude organizovan kao "obična" opština, jer "obična" opština nije u stanju da zadovolji potrebe tolikog broja građana. Osim toga, postoji neprestana potreba za širenjem gradskog područja, najviše usled povećanja broja stanovnika i razvoja gradske privrede. Konačno, poseban razlog za specijalan status postoji kod glavnih gradova, koji su sedišta najviših državnih organa. Svi navedeni razlozi važe za grad Beograd, u kojem živi gotovo četvrtina ukupne populacije Republike Srbije i koji sa svojih gotovo dva miliona stanovnika spada među petnaest najvećih glavnih gradova u Evropi.[18]

"PLIŠANA" REFORMA LOKALNE SAMOUPRAVE OD 2018.

Izmene i dopune Zakona o glavnom gradu su neposredna posledica reforme lokalne samouprave od 2018, kada je izmenjen osnovni zakon iz ove oblasti – Zakon o lokalnoj samoupravi. Taj Zakon se odnosi i na glavni grad, jer se primenjuje kao osnovni zakon u slučajevima kada Zakon o glavnom gradu nije predvideo posebne odredbe. Njime su utvrđene nadležnosti, organi, finansiranje, zaštita i ostala ključna pitanja vezana za status lokalne samouprave, pa je, pre izlaganja izmena i dopuna Zakona o glavnom gradu od 2019, neophodno u kratkim crtama izložiti efekte reforme lokalne samouprave od 2018.

Dugo najavljivana reforma lokalne samouprave u Srbiji dobila je svoju realizaciju u obliku izmena i dopuna Zakona o lokalnoj samoupravi 2018. godine. Četiri glavna elementa "reforme" bila su: 1) promena koncepta određivanja nadležnosti jedinica lokalne samouprave; 2) otklanjanje uočenih slabosti u funkcionisanju lokalnih organa; 3) unošenje novih odredaba o mesnoj samoupravi i 4) uvođenje novih normi o saradnji jedinica lokalne samouprave. Od pet ključnih problema koji opterećuju lokalnu samoupravu u Srbiji[19], zakonodavac se dotakao samo jednog – mesne samouprave, a ni njega nije na adekvatan način rešio. Doduše, time što je odlučio da suštinski izmeni samo jedan od šest temeljnih zakona

[17] O problemima velikih gradova (metropola) pogledati: Karl Joakim Fridrih, *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica, 2005, str. 211–215.

[18] O pravnom režimu velikih gradova (metropola) detaljnije pogledati: Miodrag Jovičić, *Struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave u evropskim zemljama*, Beograd, 1974, str. 66–78.

[19] Opširnije o ovim problemima: Marko Stanković, *Pravo lokalne samouprave*, Beograd, 2018, str. 171–193.

koji uređuju položaj lokalne samouprave, zakonodavac se umnogome ograničio, pa se ozbiljniji rezultati i nisu mogli očekivati.[20]

Izmene i dopune Zakona o lokalnoj samoupravi nisu donele mnogo suštinskih promena u sistemu lokalne samouprave u Republici Srbiji. Svega su tri suštinske novine u zakonskom tekstu: promena koncepta određivanja nadležnosti lokalne samouprave, dovođenje broja članova opštinskog veća (i broja pomoćnika predsednika opštine) u vezu sa brojem stanovnika opštine i unošenje novih odredaba o mesnoj samoupravi. Od te tri novine, jedino se može pohvaliti ova druga, jer su opštine sa malim brojem stanovnika imale neprimereno glomazne lokalne egzekutive. Novi koncept određivanja nadležnosti se može kritikovati zbog mogućnosti da ministarstvo nadležno za lokalnu samoupravu svojevoljno umanjuje nadležnosti lokalnih vlasti bez njihove saglasnosti, a odredbe o mesnoj samoupravi mogu u praksi ostati mrtvo slovo na hartiji, jer je mesna samouprava u gradskim naseljima ostala zakonski fakultativna kategorija.

Kad je reč o manjim izmenama i dopunama, koje predstavljaju korekcije zakonskog teksta na mestima gde su uočene slabosti u njegovoj primeni, ima ih nekoliko, uglavnom korisnih: proširenje statutarne materije, dopuna prava odbornika, nove odredbe o hitnom sazivanju sednica skupštine opštine, preciziranje postupka izbora opštinske egzekutive, ukidanje (nepotrebne) dvojne odgovornosti načelnika opštinske uprave, odredbe o sprovođenju javne rasprave u različitim slučajevima, određivanje potrebnog broja građana za podnošenje građanske inicijative, nove odredbe o saradnji jedinica lokalne samouprave i sl. Ima, međutim, i promena koje će svakako uneti konfuziju u budućnosti, kao npr. izmenjene odredbe o opštinskom referendumu, iz kojih nije sasvim jasno koja je većina potrebna da bi se referendum mogao smatrati uspešnim.

Treća grupa izmena se može nazvati "kozmetičkim promenama", koje nemaju nikakav suštinski značaj za funkcionisanje lokalne samouprave, poput neznatne izmene njene definicije, promene naziva lokalnog ombudsmana ili terminološkog usklađivanja sa drugim zakonima.

I nakon sprovedene "reforme", sistem lokalne samouprave u Srbiji pati od istih slabosti kao i do sada, a one se mogu otkloniti jedino izmenama i dopunama svih zakona koji regulišu njen položaj. Prvi problem, promena strukture i teritorijalne osnove lokalne samouprave, odnosno problem velikih opština, morao bi se rešavati postupno, a Zakon o teritorijalnoj organizaciji bi pretrpeo velike izme-

[20] Osim izmena i dopuna Zakona o lokalnoj samoupravi, zakonodavac je u dva navrata menjao i Zakon o teritorijalnoj organizaciji, pa je 2016. i 2018. godine još pet opština steklo status gradova, čiji se broj sada povećao na 28. Opštine Vršac, Kikinda i Pirot su dobile status grada 2016, a opštine Bor i Prokuplje 2018. godine.

ne i dopune. Drugi, možda i najkrupniji problem – nedostatak legitimiteta lokalnih predstavnika, može se rešiti jedino promenom (proporcionalnog) izbornog sistema koji je uspostavljen Zakonom o lokalnim izborima. Treće, neposredan izbor gradonačelnika zahtevao bi, pre svega, promenu ustavnih odredaba, a nakon toga i usvajanje odgovarajućih zakonskih normi. Četvrti problem, problem mesne samouprave, koji je jedini obuhvaćen reformom 2018, mogao bi dobiti adekvatno rešenje samo u slučaju da formiranje mesnih zajednica postane obavezno u svim jedinicama lokalne samouprave. Tek tada bi nove odredbe o tom obliku mesne samouprave dobile pravi smisao. Konačno, status imovine lokalne samouprave se može popraviti izmenama i dopunama odgovarajućih zakona, pre svega Zakona o javnoj svojini. Dakle, svih pet ključnih nedostataka lokalne samouprave u Srbiji nastavilo je da postoji i nakon reforme. Imajući u vidu da nijedan suštinski problem lokalne samouprave u Republici Srbiji nije rešen izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi od 2018, ova "plišana reforma" se mora oceniti kao nedovoljna, što znači da bi u bliskoj budućnosti trebalo sprovesti temeljniju reformu lokalne samouprave u Srbiji.

IZMENE I DOPUNE ZAKONA O GLAVNOM GRADU OD 2019.

Izmene i dopune Zakona o glanom gradu izvršene su u dva pravca, tačnije radi ostvarenja dva cilja: prvo, da bi se iskoristila ustavna mogućnost da se položaj glavnog grada učini specifičnijim u odnosu na ostale jedinice lokalne samouprave nego što je to do sada bio slučaj, i, drugo, da se taj pravni akt upodobi promenama koje su prethodne godine učinjene u opštem Zakonu o lokalnoj samoupravi, kako bi "mini reforma" bila upotpunjena.

Prva grupa izmena i dopuna odnosi se na finansiranje, nadležnosti i organe grada Beograda, kao i na status (pri)gradskih opština. Finansiranje grada Beograda i njegova imovina (čl. 5. ZGG) nešto su preciznije uređeni novim zakonskim odredbama. U vezi sa uređivanjem, upotrebom, unapređenjem i zaštitom građevinskog zemljišta (st. 2) predviđeno je osnivanje javnog preduzeća (stara odredba je sadržala samo formulaciju "preduzeće"), a imovinom grada Beograda (st. 4) "samostalno raspolažu organi grada Beograda, u skladu sa zakonom, Statutom grada i drugim aktima grada Beograda" (ranije je bilo predviđeno raspolaganje "u skladu sa zakonom"). Pored ovih preciiziranja postojećih zakonskih odredbi o imovini i finansiranju grada Beograda, dodate su i četiri nove. Prvom (st. 5) je taksativno navedeno koja dobra čine javnu svojinu grada Beograda[21], drugom je

[21] To su: dobra u opštoj upotrebi na teritoriji grada Beograda (opštinski putevi, nekategorisani putevi, ulice koje nisu deo autoputa ili državnog puta I i II reda, trgovi i javni parkovi i dr.); ko-

propisano da "komunalne mreže na teritoriji grada Beograda mogu biti u svojini vršioca komunalne delatnosti, čiji je osnivač grad Beograd, odnosno kome je grad Beograd poverio obavljanje te delatnosti, a grad Beograd po osnovu ulaganja stiče udele ili akcije u javnim preduzećima i društvima kapitala i prava po osnovu tih akcija, odnosno udela" (st. 6), trećom je propisana mogućnost da grad Beograd statutom predvidi da "gradska opština ima pravo javne svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima neophodnim za rad organa i organizacija gradske opštine" (čl. 7), a četvrtom da "javna preduzeća čiji je osnivač grad Beograd, imovinom grada Beograda upravljaju i raspolažu u skladu sa zakonom, osnivačkim aktom i drugim aktom nadležnog organa" (st. 8).

Odredbe o statusu gradskih opština su izmenjene u tom smislu što je faktički "oživljena" stara podela na "gradske" i "prigradske" opštine, tako što je propisano (čl. 6, st. 5) da "gradske opštine: Barajevo, Grocka, Lazarevac, Mladenovac, Obrenovac, Sopot i Surčin mogu osnovati javno komunalno preduzeće, uz prethodnu saglasnost Skupštine grada Beograda, u skladu sa Statutom grada kojim se uređuju uslovi i postupak pribavljanja saglasnosti i utvrđuje organ gradske opštine koji vrši prava osnivača". Na ovaj način je tzv. "prigradskim" opštinama poverena nešto veća samostalnost u vršenju komunalnih delatnosti nego što je to slučaj sa tzv. "gradskim" opštinama. Ovo rešenje je bez sumnje celishodno, jer je sedam "prigradskih" opština značajno udaljeno od sedišta gradskih komunalnih službi, pa osnivanje njihovih sopstvenih službi deluje kao prirodan i logičan potez.

Najznačajniju promenu u Zakonu o glavnom gradu bez sumnje predstavljaju nove odredbe o nadležnostima grada Beograda. Osim nadležnosti koje imaju opštine i gradovi, i samim Ustavom je propisana mogućnost da grad Beograd ima veći povereni delokrug od njih. Do izmena i dopuna Zakona 2019, u taj povereni delokrug ulazile su samo četiri grupe nadležnosti (vodoprivreda i plovni objekti, ulice i putevi, komunalna policija i zaštita od požara), a sada je Zakon o glavnom gradu obogaćen spiskom od čak 23 nadležnosti (čl. 8, st. 2).[22] Na ovaj način, po-

munalna mreža na teritoriji grada Beograda; nepokretne i pokretne stvari i druga imovinska prava koje koriste organi i organizacije grada Beograda; stvari u javnoj svojini na kojima pravo korišćenja imaju gradske opštine, mesne zajednice na teritoriji grada Beograda, ustanove, javne agencije i druge organizacije čiji je osnivač grad Beograd; kulturna dobra, ukoliko je to u funkciji ostvarivanja nadležnosti grada Beograda ili kojima upravljaju pravna lica čiji je osnivač grad Beograd, organi ili organizacije grada Beograda; druge nepokretnosti evidentirane u registru nepokretnosti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje upis prava javne svojine na nepokretnostima, kao i pokretne stvari i imovinska prava, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina.

[22] Pored nadležnosti opštine i grada, grad Beograd, na svojoj teritoriji, vrši i sledeće nadležnosti: 1) uređuje i obezbeđuje obavljanje poslova koji se odnose na izgradnju, rekonstrukciju, održavanje i upravljanje javnim i nekategorisanim putevima na teritoriji grada Beograda, osim državnih puteva i auto-puteva kojima upravlja javno preduzeće osnovano od strane Republike Srbije i

ložaj grada Beograda je značajno diferenciran u odnosu na ostale jedinice lokalne samouprave, što je i bila intencija ustavotvorca. Navedenim spiskom nadležnosti grada Beograda nisu ograničene, jer je propisano i da "grad Beograd vrši i druge nadležnosti i poslove državne uprave koji su mu zakonom povereni" (čl. 8, st. 5). Osim toga, gradu Beogradu je ostavljeno (čl. 8, st. 3) da svojim statutom uredi "podelu poslova" između grada i gradskih opština u vršenju pojedinih nadležnosti (građevinske dozvole, poljoprivredno zemljište, eksproprijacija).

Kad je reč o organima grada Beograda i njihovim nadležnostima, izmene i dopune su minimalne. Neke nadležnosti Skupštine grada Beograda su preciziraosniva javno preduzeće za obavljanje delatnosti upravljanja javnim putevima koji su u nadležnosti grada Beograda; 2) obrazuje komunalnu policiju, obezbeđuje i organizuje vršenje poslova komunalne policije, u skladu sa zakonom kojim se uređuje komunalna policija; 3) stara se o zaštiti od požara i obezbeđuje uslove za sprovođenje zaštite od požara, propisuje mere zaštite od požara specifične za područje grada Beograda u cilju unapređenja stanja zaštite od požara i donosi akcione i sanacione planove zaštite od požara, u skladu sa zakonom kojim se uređuje protivpožarna zaštita; 4) utvrđuje Statutom grada Beograda prava i obaveze gradskih opština na teritoriji grada Beograda u oblasti smanjenja rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, u skladu sa zakonom kojim se uređuje smanjenje rizika od katastrofa i upravljanje vanrednim situacijama; 5) odlučuje o nazivima ulica, trgova, zaselaka i drugih delova naseljenih mesta na svom području, u skladu sa Statutom grada Beograda i drugim propisima, uz prethodnu saglasnost ministarstva nadležnog za poslove lokalne samouprave, u skladu sa zakonom kojim se uređuje lokalna samouprava; 6) uređuje uslove, postupak i način pribavljanja i raspolaganja građevinskim zemljištem i drugim nepokretnostima u javnoj svojini grada Beograda, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina; 7) uređuje opšte uslove zaštite, način podizanja i održavanja, obnove uništenih javnih zelenih površina i vođenje podataka o javnim zelenim površinama; 8) imenuje i razrešava direktore ustanova u oblasti dečije zaštite čiji je osnivač; 9) utvrđuje manifestacije od značaja za grad Beograd, uređuje način njihovog sprovođenja i realizacije i obezbeđuje uslove za njihovo održavanje; 10) sprovodi mere i finansira projekte u cilju podsticanja nataliteta na teritoriji grada Beograda; 11) vrši kontrolu realizacije i namenskog korišćenja sredstava koja se, iz budžeta grada Beograda prenose reprezentativnim udruženjima u kulturi kod kojih su stekli status samostalni umetnici za koje grad Beograd obezbeđuje sredstva iz budžeta grada Beograda za učešće u plaćanju doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje i doprinosa za zdravstveno osiguranje, u skladu sa zakonom kojim se uređuje kultura; 12) određuje vrstu robe koja se može prodavati, odnosno vrstu ugostiteljske usluge koja se može pružati u privremenim objektima koji se postavljaju na teritoriji grada Beograda; 13) određuje vreme, način i mesta na kojima se može obavljati trgovina na malo sa pokretnih sredstava ili opreme i izdaje odobrenje za obavljanje trgovine na tim mestima, u skladu sa zakonom kojim se uređuje trgovina; 14) uređuje i organizuje vršenje poslova u vezi sa držanjem i zaštitom domaćih i egzotičnih životinja, propisuje uslove i ograničenja držanja životinja, mesto i način izvođenja kućnih ljubimaca, a naročito pasa i mačaka na javne površine na teritoriji grada Beograda; 15) propisuje uslove za upravljanje komunalnim otpadom, kao i za njegovo odlaganje na teritoriji grada Beograda; 16) donosi Program mera prevencije stvaranja otpada od plastičnih kesa, sa planom za njegovo sprovođenje; 17) može učestvovati u finansiranju protivgradne zaštite na teritoriji grada Beograda i osnivati poljočuvarsku službu; 18) izdaje građevinske dozvole za izgradnju objekata i ostala akta u postupku objedinjene procedure, kao i druga akta, u skladu sa zakonom kojim se uređuje planiranje i izgradnja;

ne (čl. 12, st. 4. i 15), a statusna pitanja u vezi sa njenim radnim telima su, umesto statutarne, postale poslovnička materija (čl. 16, st. 3). Novim članom 20a predviđeno je da Skupština grada obrazuje Komisiju za planove, u skladu sa zakonom kojim su uređeni prostorno planiranje i izgradnja objekata.[23] Novim zakonskim rešenjima su precizirane i nadležnosti Gradskog veća (čl. 24, tač. 4. i 7), kao i odredbe o izveštavanju Skupštine grada o izvršavanju njenih odluka i drugih akata (čl. 28). Konačno, kad je reč o Gradskoj upravi (čl. 35), njen načelnik se postavlja na osnovu javnog konkursa, a novim odredbama su uređena pitanja koja se odnose na zamenike načelnika uprava (čl. 35, st. 3. i 4): ukoliko je Gradska uprava organizovana kao jedinstveni organ, postavljaju se zamenici načelnika Gradske uprave – sekretari sekretarijata, u skladu sa zakonom kao i aktom o organizaciji Gradske uprave, a ukoliko je načelnik Gradske uprave odsutan i sprečen da obavlja svoju dužnost zamenjuje ga jedan od zamenika načelnika Gradske uprave, za određenu oblast kojeg on odredi i koji ispunjava posebne uslove za postavljenje na položaj načelnika Gradske uprave. Identično kao i prilikom prošlogodišnjih izmena i dopuna Zakona o lokalnoj samoupravi, ukunuta je nepotrebna dvostruka odgovornost načelnika Gradske uprave, pa on više za rad Gradske uprave više ne odgovara i Skupštini grada i Gradskom veću, nego samo Gradskom veću (čl. 36). Izmenama i dopunama Zakona o glavnom gradu ukinuta je i funkcija gradskog arhitekte, kao jednog od najviše pet pomoćnika gradonačelnika (čl. 37). Uneko-

19) obavlja poslove poljoprivredne inspekcije u delu kontrole nad primenom mera koje propisuje grad Beograd za vlasnike, odnosno korisnike poljoprivrednog zemljišta, kao i kontrole korišćenja poljoprivrednog zemljišta prema godišnjem programu zaštite, uređenja i korišćenja poljoprivrednog zemljišta koji donosi grad Beograd, u skladu sa zakonom kojim se uređuje planiranje, zaštita, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta u postupku i pod uslovima predviđenim tim zakonom; 20) sprovodi postupak eksproprijacije, u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak eksproprijacije; 21) određuje delove obale i vodnog prostora na kojima se mogu graditi hidrotehnički objekti, postavljati plutajući objekti i privezišta za čamce, odnosno mesta za raspremu brodova, uslove i način postavljanja plutajućih objekata i privezišta za čamce, uključujući izdavanje odobrenja za njihovo postavljanje i vrši nadzor u oblasti vodoprivrede kao i nad korišćenjem mesta za postavljanje plutajućih objekata i privezišta za čamce, u skladu sa zakonom kojim se uređuje korišćenje voda i vodni saobraćaj; 22) uređuje i obezbeđuje, organizaciju i način obavljanja javnog prevoza putnika u svim vidovima saobraćaja, koji se obavlja na teritoriji grada Beograda, u skladu sa zakonom; 23) stara se o održivom razvoju stanovanja na teritoriji grada Beograda, u skladu sa zakonom kojim se uređuje stanovanje i održavanje zgrada.

[23] U slučajevima kada je Statutom grada utvrđeno da pojedine urbanističke planove donosi gradska opština za svoje područje, gradska opština obrazuje komisiju za planove, s tim da se jedna trećina članova komisije imenuje na predlog Skupštine grada. Na sva planska dokumenta, posle javnog uvida, pribavlja se saglasnost Komisije za planove Skupštine grada Beograda, o usklađenosti plana detaljne regulacije sa planom višeg reda, odnosno sa zakonom kojim su uređeni prostorno planiranje i izgradnja objekata.

liko su izmenjene i odredbe o organizaciji i sistematizaciji Gradske uprave, jer je propisano da se organizacija i sistematizacija radnih mesta u Gradskoj upravi uređuje "objedinjenim pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji radnih mesta, u skladu sa zakonom" (čl. 38, st. 2).

Drugu grupu izmena i dopuna Zakona o glavnom gradu predstavljaju manja preciziranja postojećih odredbi, kao i usklađivanja zakonskih odredbi sa izmenama i dopunama drugih zakona. Tako su predviđene nove odredbe o mesnoj samoupravi (čl. 50, st. 2–3. i čl. 50a), koje prate odgovarajuća rešenja Zakona o lokalnoj samoupravi.[24] Osim toga, isto kao i u Zakonu o lokalnoj samoupravi, promenjen je naziv funkcije "Zaštitnik građana" u "Lokalni ombudsman" i predviđeno je i da on može imati najviše četiri zamenika (čl. 52). Na odgovarajućim mestima (čl. 20, čl. 34, st. 2) je Zakon o glavnom gradu usklađen sa propisima o visokom obrazovanju, pa se umesto formulacije "lice sa završenim pravnim (odgovarajućim) fakultetom", koristi nešto komplikovanija formulacija – lice "koje ima stečeno visoko obrazovanje iz naučne oblasti pravne nauke (odgovarajuće naučne oblasti u odnosu na delokrug uprave) na osnovnim akademskim studijama u obimu od najmanje 240 ESPB bodova, master akademskim studijama, specijalističkim akademskim studijama, specijalističkim strukovnim studijama, odnosno na osnovnim studijama u trajanju od najmanje četiri godine ili specijalističkim studijama na fakultetu". Konačno, izvršene su još neke terminološke korekcije (npr. u čl. 38. izraz "mandatna kazna" je zamanjen izrazom "prekršajni nalog" itd.).

Zakona o izmenama i dopunama Zakona o glavnom gradu, grad Beograd je bio obavezan da uskladi statut sa tim zakonom i Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu Zakona o izmenama i i dopunama Zakona o glavnom gradu, što Skupština grada Beograda i učinila jula 2019, Odlukom o promeni Statuta grada Beograda.[25]

ZAKLJUČAK

Noveliranje Zakona o glavnom gradu, koje je deo "mini reforme" lokalne samouprave u Republici Srbiji, imalo je očekivane efekte. Imajući u vidu da izmene i dopune osnovnog Zakona o lokalnoj samoupravi nisu donele mnogo pozitivnih pomaka, od izmena i dopuna Zakona o glavnom gradu se više nije moglo ni očekivati. Među izvršenim izmenama i dopunama mogu se pohvaliti tri njegove

[24] Opširnije: M. Stanković, *Pravo lokalne samouprave*, Beograd, 2018, str. 154–157. i 189–190.

[25] Odluka o promeni Statuta grada Beograda, *Službeni list Grada Beograda*, br. 60/2019.

sadržinske novine: navođenje koja dobra čine javnu svojinu grada Beograda, mogućnost da tzv. "prigradske" opštine imaju nešto veću samostalnost u obavljanju komunalnih delatnosti i, povrh svega, značajno povećanje poverenog delokruga grada Beograda. Sve ostale izmene i dopune su ili neposredna posledica izmena i dopuna Zakona o lokalnoj samoupravi (status mesnih zajednica, lokalni ombudsman i sl.) ili minimalne formalno-tehničke korekcije ranijih rešenja. Sve u svemu, izmene i dopune Zakona o glavnom gradu od 2019. predstavljaju pozitivan, ali nedovoljan pomak ka uobličavanju statusa kakav bi grad Beograd trebalo da ima u sistemu lokalne samouprave u Srbiji. Takvo uobličavanje bi, ipak, moralo biti deo sveobuhvatne reforme lokalne samouprave u Srbiji, koja bi podrazumevala promenu njene strukture, izbornog sistema, lokalne demokratije i otklanjanje njenih drugih nedostataka.

MARKO STANKOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE CITY OF BELGRADE IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA – EVALUATION OF AMENDMENT OF LAW ON THE CAPITAL CITY OF 2019.

Summary

The paper analyzes the position of the City of Belgrade in the system of local government in the Republic of Serbia. The Constitution of Serbia of 2006 stipulates that the capital city has a special position that will be regulated by a special Law on the capital city. The legislator failed to differentiate the position of the City of Belgrade in the system of local self-government.by passing the Law on the capital city in 2007. In mid-2019, amendments were made to that law, which envisaged certain specificities regarding the position, bodies and competencies of the City of Belgrade.

Keywords: City of Belgrade, Capital, Local self-government, Law on the capital city, Constitution of Serbia of 2006

VLADIMIR ĐURIĆ

ZAKONSKO UREĐIVANJE NETERITORIJALNE MANJINSKE SAMOUPRAVE U SVETLU SHVATANJA USTAVNOG SUDA SRBIJE

Nacionalni saveti nacionalnih manjina su oblik neteritorijalne manjinske samouprave. Prema shvatanju Ustavnog suda Srbije oni su nedržavna tela kojima se prenose javna ovlašćenja. Autor analizira normativnu razradu takvog shvatanja Suda koja je izvršena zakonskim izmenama iz 2018.

Ključne reči: *neteritorijalna manjinska samouprava, nacionalni saveti, Ustavni sud*

U V O D

– POJAM NETERITORIJALNE MANJINSKE AUTONOMIJE/SAMOUPRAVE –

Pojam "autonomija", i pored široke i česte upotrebe, još uvek nema jednoobrazno značenje. Može se slobodno istaći da taj pojam nema određenu, zapravo da ima nedovoljno određenu sadržinu ne samo u vanpravnom, politikološkom, sociološkom, filosofskom i istoriografskom poimanju, već i u rečniku pravne nauke. Otuda i ne čudi da "autonomija" predstavlja predmet čestih sporenja u teoriji i pozitivnopravnom regulisanju društvenih odnosa. Deo takvih sporenja odnosi se i na koncept neteritorijalne autonomije, naročito na pitanja razloga za njeno uspostavljanje, subjekata u čiju korist se uspostavlja, odnosno koji je uživaju, aran-

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

žmana u kojima se javlja, kao i pravnih osnova, sadržine i okvira njenog postojanja.

Uprkos izostanka jednoobraznog značenja i poimanja autonomije, nema sumnje da je ona bila i ostala predmet značajnih naučnih studija. Mnogobrojni autori, naročito u oblasti politikologije i prava, posvetili su opsežna istraživanja fenomenu autonomije. Većina takvih studija bila je međutim fokusirana na istraživanje *teritorijalne autonomije*.

S druge strane, *neteritorijalna autonomija* (NTA), dugo nije bila predmet sveobuhvatnih naučnih studija i nije postala posebna oblast naučnog istraživanja.[1] Takav se pristup međutim poslednjih godina menja i svedoci smo objavljivanja većeg broja radova, ali i čitavih studija koje su u potpunosti posvećene istraživanju NTA[2] što, sa jedne strane, korespondira sa horizontalnim uporednopravnim širenjem takvih institucionalnih aranžmana, dok, sa druge strane, nesumnjivo svedoči o tome da NTA postaje posebno polje naučnog istraživanja.

U okviru naučnog istraživanja NTA ističe se njen poseban aspekat koji može biti samostalna kategorija istraživanja, a prema kome ta pojava spada u domen javne uprave, a možemo dodati i pravne nauke, tačnije da se odnosi na autonomne sub-sisteme donošenja odluka i vršenja usluga koji mogu biti različitog

[1] U teoriji se navode dve grupe razloga za takav izostanak naučnog interesovanja za neteritorijalnu autonomiju. Prvu grupu čine oni razlozi koji potiču iz savremenog naučnog diskursa, budući da istraživanja teritorijalne autonomije govore o sigurnosnoj paradigmi koja definiše evropsku i svetsku istoriju međudržavnih odnosa u poslednjih 500 godina, dok je neteritorijalna autonomija bila viđena isključivo kao sredstvo za religioznu akomodaciju. Drugu grupu razloga za takav izostanak čine konceptualni razlozi, budući da koncept neteritorijalne autonomije podrazumeva difuziju ovlašćenja individuama koje izražavaju kolektivni identitet i, kao takav, može da se preklapa sa paradigmom ljudskih prava koja nakon Drugog svetskog rata emancipuje individualna nasuprot grupnih prava. – Tove H. Malloy, "Introduction", *Managing Diversity Through Non-Territorial Autonomy* (ed. Tove H. Malloy, Alexander Osipov, Balázs Vizi), Oxford University Press, Oxford, 2015, str. 3

[2] Asbjorn Eide, Vibeke Greni and Maria Lundberg, "Cultural Autonomy: Concept, Content, History and Role in the World Order", *Autonomy: Applications and Implications* (ed. M. Suksi), Kluwer Law International, The Hague 1998; *Minority Governance in Europe,* (ed. K. Gál), Local Government and Public Service Reform Initiative of the Open society Institute, Budapest 2002; *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics,* Routledge, London-New York 2005 (ed. E. Nimni); Christopher Decker, "Contemporary forms of cultural autonomy in Eastern Europe: recurrent problems and prospects for Improving the functioning of elected bodies of cultural autonomy", *The Participation of Minorities in Public Life*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2008; Maria. Ackrén *Conditions for Different Autonomy Regimes in the World: a fuzzy-set application*, Åbo Akademi University Press, Åbo 2009; *Minority Accommodation through Territorial and Non-territorial Autonomy* (ed. Tove.H. Malloy, Francesco Palermo), Oxford University Press, 2015; *Managing Diversity Through Non-Territorial Autonomy* (ed. Tove H. Malloy, Alexander Osipov, Balázs Vizi), Oxford University Press, Oxford, 2015.

ranga, od korporativnih entiteta integrisanih u državnu mašineriju, preko izabranih ili ekspertskih tela inkorporiranih u proces donošenja odluka ("administrativna demokratija"), do nevladinih organizacija koje se redovno finansiraju iz budžeta. Jednostavnije rečeno, može da obuhvati NTA shvaćenu kao "novu javnu upravu" ili "indirektnu administraciju" u domenu kulturnih i obrazovnih politika, to jest kao institucije koje materijalne resurse i autoritativna ovlašćenja dobijaju na regularnoj osnovi, za razliku od običnih nevladinih organizacija.[3] Utvrđivanje da NTA čine institucije obrazovane po etničkim linijama i/ili koje deluju u etno-kulturnoj sferi i koje materijalne resurse i autoritativna ovlašćenja dobijaju na regularnoj osnovi, vodi zaključku da osnovnu odrednicu NTA čini postojanje odgovarajućih institucija. Dovođenje NTA u vezu sa određenim institucijama je, prema pojedinim autorima, od krucijalne važnosti za definisanje pojma NTA, pa se zaključuje da bez institucija NTA i nije autonomija, odnosno da bez samoregulirajućih (odnosno samoupravnih) institucija takva autonomija ne postoji.[4] U tom smislu, može se prihvatiti određenje prema kome NTA podrazumeva *samoupravu grupe osoba kroz sub-državni entitet sa neteritorijalnim karakterom u stvarima koje se smatraju vitalnim za održavanje i reprodukciju njihovih distinktivnih kulturnih osobenosti koje mogu da se odnose na jezik, kulturu, religiju ili običaje određenih grupa*.[5] Ako sub-državni entitet podrazumeva institucionalni okvir, onda izloženo određenje upućuje da se fokus istraživanja usmeri na pitanja šta zaista čini sadržinu takve samouprave i kakvi su način konstituisanja, pravni položaj i ovlašćenja, a time i pravna priroda tela i aranžmana posredstvom kojih se NTA ostvaruje, odnosno vrši.

Budući da oblici neteritorijalne manjinske autonomije/samouprave postoje i u Republici Srbiji (dalje RS), jasno se nameće potreba za naučnim istraživanjem i analizom njihovih institucionalnih i funkcionalnih aspekata. Ovaj rad je skromni doprinos naučnom sagledavanju pravnog uređenja takvih aranžmana u RS kroz prizmu shvatanja Ustavnog suda Srbije (dalje US) o njihovoj pravnoj prirodi. Prvi korak u takvom sagledavanju je razmatranje ustavnih rešenja o neteritorijalnoj autonomiji.

---

[3] Alexander Osipov, "*Can 'non-territorial' serve as a category of analysis? Between 'thick' and 'thin' approaches*", European Consortium for Political Research, 41st ECPR Joint Session of Workshops, Johannes Gutenberg Universität, Mainz, 11–16 March 2013, str. p. 18–20.

[4] T.H. Malloy, "Introduction", *Managing Diversity Through Non-Territorial Autonomy* (ed. T.H. Malloy, A.Osipov, B. Vizi), 2015, str. 5, 7.

[5] Online Compendium Autonomy Arrangements in the World, January 2016, www.world-autonomies.info (pristupljeno 4.7.2019).

ISTORIJAT NASTANKA I PRAVNOG UREĐENJA NACIONALNIH SAVETA U RS

Nacionalni saveti nacionalnih manjina (u daljem tekstu NS) uvedeni su u pravni poredak Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (u daljem tekstu ZZPSNM). [6] Tim Zakonom je predviđeno da pripadnici nacionalnih manjina mogu izabrati svoje NS, radi ostvarivanja prava na samoupravu u oblasti upotrebe jezika i pisma, obrazovanja, obaveštavanja i kulture. NS je po odredbama tog Zakona *pravno lice*[7] koje predstavlja nacionalnu manjinu u navedenim oblastima društvenog života, učestvuje u procesu odlučivanja, ili odlučuje o pitanjima iz tih oblasti i osniva ustanove iz tih oblasti.[8] Dakle, ZZPSNM je opredelio da su NS, kao pravna lica, institucionalni vid samouprave nacionalnih manjina i da mogu da imaju tri uloge – 1. predstavljanje manjine, 2. učestvovanje u odlučivanju i 3. osnivanje ustanova i odlučivanje o pitanjima iz navedenih oblasti.

Ustav RS iz 2006. je predvideo da pripadnici nacionalnih manjina mogu, u skladu sa zakonom, da izaberu svoje NS radi ostvarivanja prava na samoupravu. Međutim, Ustav nije opredelio u čemu bi mogla da se ogleda samouprava čiji organizacioni vid predstavljaju NS, već je u odredbi čl.75.st.3. samo naveo da se ta samouprava ostvaruje u oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma. Reč je dakle o *neteritorijalnoj samoupravi.* Navedene oblasti društvenog života spominju se i u čl. 75. st. 2. Ustava kojim je propisano da putem kolektivnih prava, pripadnici nacionalnih manjina, u skladu sa zakonom, neposredno ili preko svojih predstavnika, učestvuju u odlučivanju, ili sami odlučuju o pojedinim pitanjima vezanim za svoju kulturu, obrazovanje, obaveštavanje i službenu upotrebu jezika i pisma. Može se zaključiti da samouprava koju NS oličavaju zapravo predstavlja *odlučivanje, ili učešće u odlučivanju o pojedinim pitanjima vezanim za njihovu kulturu, obrazovanje, obaveštavanje i službenu upotrebu jezika i pisma.*

Prema odredbi člana 75. st. 3. Ustava, samouprava se ostvaruje u skladu sa zakonom. Zakon kojim je ona uređena je Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina (u daljem tekstu ZNSNM).[9] ZNSNM se utvrđuju nadležnosti NS, postupak neposrednih i elektorskih izbora za NS, kao i njihovo finansiranje. Budući da je Zakon od trenutka svog donošenja izazvao mnoge teorijsko-pravne

[6] "Sl. list SRJ", br. 11/2002, "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja i "Sl. glasnik RS", br. 72/2009 – dr. zakon i 97/2013 – odluka US i 47/2018

[7] Čl. 19. st. 3.

[8] Član 19.st.2.

[9] "Sl. glasnik RS", br. 72/2009 i 20/2014 – odluka US i 47/2018

kontroverze, kao i da su u praksi njegove primene uočene nejasnoće koje su u velikoj meri pobudile sumnju u usklađenost pojedinih normi sa Ustavom, US upućen je veći broj inicijativa za ocenu ustavnosti Zakona. US je svojom Odlukom iz januara 2014. kasirao pojedine odredbe ZNSNM,[10] o čemu će se na odgovarajućim mestima u analizi biti više reči. U maju mesecu 2014. usvojen je Zakon o izmenama i dopunama ZNSNM, [11] a 2018. su usvojene nove izmene i dopune tog Zakona koje su upravo implementirale spomenutu Odluku US.[12]

SHVATANJE USTAVNOG SUDA O PRAVNOJ PRIRODI NACIONALNIH SAVETA

Pravna priroda NS, naročito u kontekstu primene zakona kojima je uređen njihov položaj, delatnosti i finansiranje, izazivala je izvesne dileme. Zbog toga je US u svojoj odluci o ustavnosti ZNSNM našao za shodno da najpre utvrdi prirodu Ustavom zajamčenih manjinskih prava, karakter njihovog učešća u javnim poslovima koje se ostvaruje posredstvom NS i pravnu prirodu tih tela.

U svojoj Odluci o ustavnosti ZNSNM US je najpre istakao "...da bi pripadnici nacionalnih manjina uživali stvarnu ravnopravnost s većinskim stanovništvom, nije dovoljno samo priznati im pravo da se slobodno izjašnjavaju kao pripadnici odnosne manjine i zabraniti njihovu diskriminaciju, već je neophodno osigurati im i čitav niz posebnih prava, kao što su: pravo na negovanje sopstvene kulture i tradicije, pravo na obrazovanje na maternjem jeziku, pravo na informisanje na maternjem jeziku, pravo na osnivanje sopstvenih organizacija, pravo na delotvorno učešće u životu društva, itd." Zatim je US utvrdio da ZNSNM "ima za cilj razradu svih zajemčenih prava iz Ustava i potvrđenih međunarodnih ugovora i obezbeđivanje takve stabilnosti, odnosno toga da svi građani, bez obzira na etničku pripadnost, prihvate Srbiju kao svoju državu, kao i onemogućavanje, odnosno stvaranje brane svakoj vrsti asimilacije pripadnika nacionalnih manjina... Pri tome ovlašćenja nacionalnih saveta iz Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina načelno posmatrano se ne mogu posmatrati kao kršenje jednakosti građana koji žive u njoj i na njenoj teritoriji, već kao postulat stvarne jednakosti". Razume se, stav US da se ovlašćenja takvih tela ne mogu smatrati kršenjem jednakosti građana odnosio se uopšteno na mogućnost takvih tela da budu nosioci određenih ovlašćenja, a ne i na ustavnost pojedinih ovlašćenja i njihovu prvobitnu zakonsku razradu. To je jasno i na osnovu činjenice da je US pojedine odred-

[10] IUz-882/2010, "Službeni glasnik RS", br. 20/14.

[11] "Službeni glasnik RS", br. 55/2014.

[12] "Službeni glasnik RS", br. 47/2018.

be ZNSNM u kojima su bila sadržana takva ovlašćenja kasirao, a pojedine zadržao na snazi pod uslovom da se tumače na način na koji je u svojoj Odluci ukazao (tehnika interpretativne odluke).

Utvrdivši najpre karakter manjinskih prava zajamčenih Ustavom, US je prešao na tumačenje karaktera učešća NS u javnim poslovima. Sud je stao na stanovište da "ovakvo učešće nacionalne manjine po svojoj prirodi zapravo predstavlja učešće u izvršavanju zakona kojima su uređene navedene oblasti društvenog života, što znači poveravanje pojedinih javnih ovlašćenja nacionalnoj manjini kao kolektivitetu". Drugim rečima, US je podvukao da NS vršeći svoja ovlašćenja učestvuju u obavljanju *izvršne funkcije državne vlasti,* a da takva ovlašćenja po svojoj prirodi *nisu izvorna, već poverena.* Dakle, izvorno posmatrano, takva ovlašćenja su *državna ovlašćenja* koja, zbog obezbeđivanja stvarne jednakosti i olakšanog učešća manjina u javnim poslovima, *vrše njihovi NS.*

Polazeći od izloženih shvatanja o prirodi i svrsi manjinskih prava, kao i o karakteru učešća manjina u javnim poslovima koje se ostvaruje posredstvom njihovih NS, US je zaključio da "izabrani savet nacionalne manjine predstavlja ...onaj pravno uobličeni subjekt kome se zakonom, saglasno čl. 137, st. 2 Ustava mogu poveriti pojedina javna ovlašćenja u oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma". Drugim rečima, US je stao na stanovište da NS čini institucionalni subjektivitet kome se, u skladu sa čl. 137. st. 2. Ustava mogu poveriti pojedna javna ovlašćenja. U tom smislu, US je zaključio da "nacionalni savet nacionalne manjine ima karakter posebnog (nedržavnog) tela – organizacije koja predstavlja institucionalni oblik putem koga se u Ustavom utvrđenim oblastima društvenog života koje su značajne za očuvanje identiteta nacionalne manjine (kultura, obrazovanje, obaveštavanje i službena upotreba jezika i pisma), ostvaruju kolektivna prava nacionalne manjine (pravo na samoupravu) u tim oblastima, tako što se nacionalnom savetu zakonom poveravaju određena javna ovlašćenja da učestvuje u odlučivanju ili da samostalno odlučuje o pojedinim pitanjima iz ovih oblasti, vodeći pri tome, naravno, računa o prirodi ovlašćenja koje se poverava".

Izloženim rezonovanjem za koje se u naučnim komentarima ističe da su u osnovi logički koherentni i konsekventni i da su u najvećem delu zasnovani na preovlađujućim stavovima teorije i usklađeni sa standardima relevantnih međunarodnih organizacija u vezi s pravima nacionalnih manjina,[13] US je u osnovi razrešio teorijsku dilemu o pravnoj prirodi takvih tela, dilemu koja je donekle

[13] Tamaš Korhec, "Neteritorijalna samouprava nacionalnih manjina u Srbiji, Pravni okvir i njene nedorečenosti u svetlu odluke Ustavnog suda Srbije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol. 63, Br. 1 (2015), str. 85.

istaknuta u domaćoj pravnoj teoriji i pre spomenutog ustavnosudskog postupka i koja je svoj izraz imala i u prilozima pojedinih učesnika u javnoj raspravi pred US. Naime, pojedini autori stajali su na stanovištu da bi se NS mogli definisati kao *specifični organi neteritorijalne samouprave,* temeljeći takav stav kako na argumentaciji prema kojoj izbornost i pretpostavljena reprezentativnost, odnosno *demokratski karakter* NS upućuje na zaključak da je reč o *specifičnom obliku državnog organa,* tako i na utvrđivanju da NS ne predstavljaju nijednu Ustavom pomenutu organizacionu formu kojoj se mogu poveriti javna ovlašćenja što vodi zaključku da bi njih, *po analogiji, trebalo tretirati kao organe teritorijalne samouprave* (autonomne pokrajine i opštine), kojima se zakonom može poveriti obavljanje određenih poslova iz nadležnosti RS, a na šta upućuje i sličnost pravnih režima "raspuštanja" NS, odnosno skupštine opštine.[14]

US, čini se s pravom, nije usvojio izloženo gledište prema kome su NS *organi* i to kako ni organi neteritorijalne samouprave, tako ni državni organi. Naime, ako pripadnici manjina prema izričitoj odredbi Ustava *mogu,* što znači da ne moraju, da izaberu svoje NS i ako se njima *mogu* poveriti određena javna ovlašćenja, jasno je da su oni jedan vid nedržavne organizacije. Zapravo, tačnim se čini tumačenje relevantnih odredbi Ustava prema kome ako pripadnici manjina reše da u skladu sa zakonom izaberu svoje NS, onda je država *ex constitutione* u obavezi da im prenese određena javna ovlašćenja, ali i da prilikom prenošenja javnih ovlašćenja vodi računa o prirodi ovlašćenja koja im se poveravaju. Takvo tumačenje iziskuje sagledavanje zakonskog regulisanja takvih ovlašćenja. No, pre toga potrebno je razmotriti zakonsku implementaciju izloženog rezonovanja US.

ZAKONSKO REGULISANJE PRAVNE PRIRODE NACIONALNIH SAVETA

Prilikom izmena i dopuna ZNSNM 2018. zakonodavac je u izvorni tekst uneo određene dopune koje se odnose na definisanje NS i njihovu pravnu prirodu. Tom prilikom u tekst je uvršten čl. 1a prema čijem prvom stavu je NS *organizacija* kojoj se zakonom *poveravaju* određena javna ovlašćenja da učestvuje u

[14] Miodrag Jovanović, "O pravnoj prirodi nacionalnih saveta nacionalnih manjina", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2013, str. 264–265. U pojedinim radovima istaknut je stav da su nacionalni saveti sui generis tela, jer delimično funkcionišu kao vladina tela, delimično kao lokalna upravna tela, dok takođe imaju i odlike nevladinih organizacija – Katinka .Beretka, "National Councils of National Minorities in Serbia: Pros and Contras of an Ethnic Self Governance", *The Challenge of Non-Territorial Autonomy, Theory and Practice* (ed. Ephraim Nimni, Alexander Osipov, David J. Smith), Peter Lang, Oxford, Bern, Berlin, Bruxelles, Frankfurt am Mein, New Zork, Wien, 2013, str. 185, 186.

odlučivanju ili da samostalno odlučuje o pojedinim pitanjima iz oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma *u cilju ostvarivanja kolektivnih prava* nacionalne manjine na samoupravu u tim oblastima. Na taj način Narodna skupština je, čini se ispravno, u tekst ZNSNM unela tri ključne karakteristike takvih tela koja slede izloženo rezonovanje US – 1. da NS nisu organi, već organizacije, 2. da se njima *moraju poveriti* određena javna ovlašćenja i 3. da je cilj takvog poveravanja javnih ovlašćenja da se ostvare kolektivna prava na samoupravu u Ustavom opredeljenim oblastima društvenog života.

No, to nije jedina dopuna izvornog teksta ZNSNM koja proističe iz rezonovanja US u pogledu pravne prirode NS. Budući da od pravne prirode takvih tela zavisi i uređivanje određenih statusnih pitanja kako NS u celini, tako i njegovih izabranih članova, izmenama i dopunama ZNSNM iz 2018. delimično su regulisana i ta pitanja, uz dosledno poštovanje činjenice da je pravo na izbor NS jedno od Ustavom zajamčenih manjinskih prava. Tako je u tekst ZNSNM unesena odredba stava 2. člana 1a prema kojoj je precizirano da pripadnici manjine mogu izabrati samo jedan NS. Takođe, na izloženom tragu su i nove odredbe o pravima i dužnostima članova NS i njihovom statusu, a prema kojima je član NS dužan je da učestvuje u radu NS (čl. 1b st. 1) što je od izuzetne važnosti budući da ZNSNM propisuje mogućnost raspuštanja NS, između ostalog, i ako NS ne zaseda duže od šest meseci, kao i prema kojima predsednik NS i član izvršnog odbora ne mogu biti članovi rukovodećih organa političke stranke kao što su predsednik, predsedništvo, izvršni odbor i sl., niti mogu biti izabrana ili postavljena lica u državnom organu, pokrajinskom organu, odnosno organu jedinice lokalne samouprave koji u okvirima svojih nadležnosti odlučuje o pitanjima koja se tiču rada NS (čl. 7a st. 1. i 2).

Potonjim odredbama obezbeđuje se razumna mera depolitizacije i inkompatibilnosti nosilaca najznačajnijih funkcija u NS koja onemogućava da ta tela postanu produžene ruke političkih stranaka i/ili da njihovi rukovodioci dođu u konflikt interesa ako bi obnašali neku od funkcija u državnim, pokrajinskim ili lokalnim organima. Imajući u vidu da je st. 3. istog člana propisano da izborom, odnosno postavljenjem na iz st. 1. i 2. ovog člana, prestaje mandat predsednika NS, odnosno članstvo u izvršnom odboru, jasno je da članstvo u rukovodećim organima političke stranke, odnosno status izabranog ili postavljenog lica u državnom, pokrajinskom ili lokalnom organu i *vice versa* nije nepodobnost za izbor, već inkompatibilitet shvaćen kao nemogućnost obnašanja obe vrste funkcija.[15]

[15] O razlici između nepodobnosti za izbor i inkompatibiliteta, v. Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995, str. 376.

Za pravni položaj članova NS značajna su i nove odredbe čl. 7b koje direktno proističu iz činjenice da NS nisu *organi*. Prema tim odredbama, član NS može zasnovati radni odnos u tom telu, za vreme trajanja svog mandata, a na radne odnose u NS primenjuju se odredbe zakona kojim se uređuje rad. U protivnom, da NS nije nedržavno telo, na radne odnose u savetu bi se primenjivale odredbe koje uređuju položaj državnih službenika, uz, razume se, neophodnost ispunjavanja svih uslova u pogledu stručne spreme i polaganja državnog stručnog ispita, kao i u pogledu sistematizacije radnih mesta i državne kontrole nad utvrđenom sistematizacijom, a što bi svakako uveliko umanjilo samoupravni karakter takvih tela.

U vezi sa zakonskim regulisanjem pravne prirode NS koje proističe iz shvatanja US i implikacija koje tako utvrđena pravna priroda ima na pojedine aspekte statusa i rada NS od značaja je ukazati na još dve dimenzije novih zakonskih rešenja.

Izvornim tekstom ZNSNM propisano je da NS svojstvo pravnog lica stiče upisom u Registar. Imajući u vidu da je izmenama i dopunama ZNSNM iz 2014. propisano da se NS briše se iz Registra samo u slučaju da bude raspušten zbog obustavljanja postupka izbora, ili ako bude raspušten zbog toga što je broj njegovih članova smanjen ispod polovine, jer na izbornim listama nema kandidata za koje podnosioci izbornih lista nisu dobili mandat, pri čemu brisanjem iz Registra gubi svojstvo pravnog lica, postavlja se pitanje da li je u slučaju izmena iz 2018. bilo osnova da se razmotre dodatne mogućnosti zakonskog uređivanja brisanja NS iz Registra, a koje bi odgovarale u Odluci US utvrđenoj prirodi takvih tela. Naime, izmene i dopune ZNSNM iz 2018. i dalje su ostavile pravnu prazninu u pogledu toga šta se dešava sa izabranim NS u slučaju da prema rezultatima popisa stanovništva broj pripadnika određene manjine padne ispod najmanjeg broja lica koja bi trebalo da podrže zahtev za obrazovanje posebnog biračkog spiska za izbor NS koji je određen izvornim tekstom ZNSNM, a što predstavlja nužan uslov za izbor NS? Zaista se postavlja pitanje da li u takvim slučajevima ima društvene opravdanosti, a i realne potrebe za postojanjem NS. U sklopu takvih razmatranja posebnu pažnju privlači i pitanje eventualne *zabrane rada* NS.

Naime, ako su NS nedržavna tela kojima se poverava vršenje javnih ovlašćenja, nije li onda moguće, a za pojedine slučajeve i nužno, predvideti i zabranu njihovog rada, analogno takvoj mogućnosti koja je predviđena za pojedine nedržavne subjekte koji takođe imaju autonomni status i vrše, ili mogu da vrše javna ovlašćenja? Da li bi, primera radi, ustavni osnov za zabranu udruženja, uključujući i političke stranke, kao i za zabranu verske zajednice oličen u izazivanju i podsticanju verske, nacionalne ili rasne netrpeljivosti, ili čak nasilnom rušenju ustavnog poretka, mogao da bude potreban, ali i dovoljan razlog za eventualnu zabranu NS i da li bi takva zabrana narušila Ustavom zajamčeno pravo

pripadnika manjine da izaberu svoj NS? Formalno posmatrano, Ustav ne sadrži odredbe o eventualnoj zabrani NS, kao ni odredbe o nadležnosti i postupku takve zabrane. S druge strane, analogno izloženim osnovama za zabranu političkih stranaka i verskih zajednica, osnovano bi se moglo zaključiti da bi US mogao da bude nadležan i za zabranu NS koji podstiče nacionalnu mržnju, ili poziva i svoje delovanje usmerava na nasilno rušenje ustavnog poretka. U tom smislu, eventualno zakonsko regulisanje nadležnosti US da odlučuje o zabrani rada *jednog saziva NS* ne bi bilo proširivanje nadležnosti tog Suda izvršeno *contra constitutionem*, već bi se, štaviše, moglo smatrati razumnim balansom između, sa jedne strane Ustavom zajamčenog prava pripadnika manjine da izaberu svoj NS, i, sa druge strane, legitimnog prava države da onemogući da se nedržavno telo koje se obavezno finansira iz budžeta bavi aktivnostima koje narušavaju suštinske vrednosti ustavnog poretka. Izmenama i dopunama ZNSNM iz 2018. propuštena je prilika da se izložena pravna praznina jasno uredi.

U vezi sa zakonskim regulisanjem određenih pitanja koja su u direktnoj vezi sa pravnom prirodom NS stoji i problematika kontrole nad njihovim radom i aktima. Naime, ako je NS prema svojoj prirodi nedržavno telo kome su poverena određena javna ovlašćenja, nije li onda jasno da se na njega mogu i moraju primeniti odredbe Zakona o državnoj upravi (ZDU)[16] kojima se uređuje nadzor nad radom imalaca javnih ovlašćenja u vršenju poverenih poslova državne uprave. U tekstu ZNSNM koji je važio do izmena i dopuna 2018. bilo je propisano da nadzor nad zakonitošću rada i akata NS, u skladu sa Ustavom i zakonom, vrši ministarstvo kome je nacionalni savet dužan da, na njegov zahtev, u roku od osam dana dostavi tražene podatke, spise i isprave (čl. 120) i koje će pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti statuta, propisa ili drugog opšteg akta NS pred US, ako smatra da taj akt nije u saglasnosti sa Ustavom, zakonom ili drugim republičkim propisom (čl. 121). Pri tome, ministarstvo je bilo dužno da obustavi od izvršenja akt NS za koji smatra da nije u saglasnosti sa Ustavom, zakonom ili drugim propisom, rešenjem koje se objavljuje u *Službenom glasniku* i da takav postupak pokrene u roku od pet dana od dana objavljivanja rešenja, a ako to ne učini rešenje o obustavi od izvršenja prestajalo je da važi.

Načelno posmatrano, takve odredbe nisu bile u duhu sistemskih odredbi ZDU prema kojima je, bar što se tiče nadzora nad zakonitošću propisa imalaca javnih ovlašćenja, predviđeno da je imalac javnih ovlašćenja dužan da pre objavljivanja propisa pribavi od nadležnog ministarstva mišljenje o ustavnosti i zakonitosti propisa, a ministarstvo da njemu dostavi obrazloženi predlog kako da propis usaglasi sa Ustavom, zakonom, drugim propisom ili opštim aktom Narod-

[16] "Sl. glasnik RS", br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018 – dr. zakon.

ne skupštine i Vlade i saglasno kojima je ministarstvo dužno, u slučaju da imalac javnih ovlašćenja ne postupi po njegovom predlogu, da Vladi predloži donošenje rešenja kojim se poništava ili ukida propis ako on nije u saglasnosti s drugim propisom ili opštim aktom Narodne skupštine ili Vlade, a u slučaju da takav akt nije u saglasnosti sa Ustavom ili zakonom, ministarstvo je dužno da predloži Vladi da ga obustavi od izvršenja i da pred US pokrene postupak za ocenu njegove ustavnosti ili zakonitosti.

Dakle, u tekstu ZNSNM koji je važio do izmena i dopuna 2018. primetna su bila dva odstupanja od sistemskih rešenja sadržanih u ZDU – izostavljena je obaveza NS da od nadležnog ministarstva pribavi mišljenje o ustavnosti i zakonitosti propisa, a rešenje o obustavljanju propisa nije donosila Vlada, već samo ministarstvo. Dok se za prvo odstupanje i moglo imati razumevanja s obzirom na samoupravni karakter NS, dotle je drugo od izloženih odstupanja zaista predstavljalo grubo zadiranje organa uprave u rad nacionalnih saveta. Umesto da rešenja o nadzoru nad radom i aktima NS, sa jedne strane, upodobe sistemskim rešenjima ZDU i da ih, sa druge strane, usaglase sa shvatanjem US o prirodi NS, izmene i dopune ZNSNM iz 2018. su, čini se, unele su novu dozu konfuzije. Naime, promenjenim članovima ZNSNM se uopšte ne predviđa mogućnost poništavanja i obustavljanja od izvršenja propisa NS, već se samo propisuje da će ministarstvo pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti statuta, propisa ili drugog opšteg akta NS pred US, ako smatra da taj akt nije u saglasnosti sa Ustavom i zakonom. Takva odredba zapravo NS stavlja u donekle privilegovaniji položaj u odnosu na druge nedržavne subjekte kojima su poverena javna ovlašćenja.

SHVATANJE USTAVNOG SUDA O OVLAŠĆENJIMA NACIONALNIH SAVETA

US je svojom Odlukom najpre utvrdio da su navodi inicijatora postupka prema kojima NS po svojoj prirodi ne može da ima nadležnosti, jer se pojam nadležnosti odnosi isključivo na RS, autonomnu pokrajinu (AP) i jedinicu lokalne samouprave (JLS) "u osnovi tačni, pošto nacionalni savet nacionalne manjine, kao nedržavni subjekt...nema nadležnosti, već vrši pojedina javna ovlašćenja koja su mu ovim zakonom poverena, te je, u tom smislu, imalac javnog ovlašćenja". Zatim je US, što u celini, što delimično, kao neustavne ocenio deset članova ZNSNM.[17]

[17] Neustavnim su ocenjeni čl. 10. t. 6 – ovlašćenje NS da osniva ustanove, udruženja, fondacije, privredna društva izvan četiri oblasti u kojima deluje; čl. 10. t. 12. – ovlašćenje NS da inicira pokretanje postupka pred US; čl. 10. t. 15. – AP i JLS mogu odlukom poveriti savetu poslove iz svoje izvorne nadležnosti; čl. 12. st. 1. t. 2. – ovlašćenje NS da predloži članove organa upravljanja u obrazovnim ustanovama za koje utvrdi da su od posebnog značaja za manjinu; čl. 12. st. 1. t. 5. –

U slučaju nekoliko odredbi ZNSNM koje su bile ustavnopravno sporne, US je odbio zahtev za utvrđivanje neustavnosti. Reč je o sledećim odredbama tada važećeg teksta ZNSNM: čl. 2 st. 2 (pravo NS da osniva privredna društva), čl. 10, tač. 10 (na osnovu ove odredbe NS učestvuje u pripremi propisa koji se tiču prava manjine), čl. 10, st. 11 (pravo NS da inicira donošenje propisa i preduzimanje mera u oblastima od značaja za očuvanje identiteta, s ciljem ostvarivanja pune ravnopravnosti), čl. 10, tač. 13 (pravo NS na pokretanje različitih postupaka za zaštitu prava u slučaju kršenja prava pripadnika manjine), čl. 11, st. 3 (RS, AP i JLS mogu preneti u celosti ili delimično osnivačka prava nad predškolskim ustanovama, školama, domovima učenika ili studentskog doma na NS), čl. 13, tač. 3 (NS daje mišljenje o nastavnom planu i programu predmeta srpski jezik) i čl. 14 (NS daje saglasnost u postupku davanja dozvole za korišćenje udžbenika i nastavnih sredstava, čija sadržina izražava identitet nacionalne manjine). Zahtev za utvrđivanje neustavnosti izloženih odredbi odbijen je "pod uslovima i ograničenjima datim u delu VI" Odluke. Dakle, u tom delu Odluka US ima karakter tzv. interpretativne odluke.[18]

U tom smislu, radi analize potonjeg zakonskog uređivanja neteritorijalne manjinske samouprave potrebno je izložiti tumačenja US u vezi sa pojedinim od tih odredbi, naročito imajući u vidu da je Sud stao na stanovište da za pojedine od njih postoji "*obaveza zakonodavca da ih dodatno uredi*". Reč je prvenstveno o

NS daje prethodnu saglasnost prilikom izbora direktora vaspitno-obrazovnih ustanova u kojima se u većini odeljenja nastava izvodi na jeziku manjine, odnosno u ustanovama koje su od posebnog značaja za manjinu; čl. 12. st. 3. – ovlašćenje NS manjine čiji je udeo u ukupnom stanovništvu teritorije JLS najmanje 1%, da daje prethodno mišljenje prilikom izbora i razrešenja organa upravljanja u određenim ustanovama; čl. 12. st. 4.- ovlašćenje NS da daje prethodno mišljenje u postupku izbora organa upravljanja visokoškolskih ustanova čiji je osnivač AP ili JLS; čl. 15. t. 7. ovlašćenje NS da daje mišljenja o utvrđivanju broja učenika koji se upisuju u srednje škole; čl. 19. st. 2. – mogućnost da NS preuzme osnivačka prava ustanova ili javnih preduzeća koji isključivo ili pretežno emituju program na jeziku manjine; čl. 20. t. 1–4. – ovlašćenje da učestvuje u upravljanju javnih servisa koji emituju program na jeziku manjine; čl. 23. – ništavnost akata donetih bez predloga ili mišljenja NS; čl. 24.- obaveza prenosa osnivačkih prava; čl. 25. st. 1. – mogućnost da NS uputi predloge, inicijative i mišljenja Narodnoj skupštini i Vladi; čl. 25. st. 3. – obaveza Narodne skupštine i Vlade da u svojim poslovnicima urede način učešća NS u postupku donošenja odluka; čl. 26. st. 2–4. – obaveza organa AP i JLS da razmotre inicijative i predloge NS i čl. 27. st. 1. – NS može da sarađuje s državnim organima matične države.

[18] Iterpretativne odluke se u RS retko pojavljuju kao odluke koje *in toto* pripadaju tom tipu. Češća je situacija da se kombinuju sa kasacijom, tako da odluka u dispozitivu ima svoj kasatorni i svoj interpretativno-odbijajući deo – Dragan Stojanović, *Ustavno sudstvo, Ustavni sud Republike Srbije*, Sven, Niš, 2017, str. 207. V. o takvim odlukama i Tanasije Marinković, "Interpretativne odluke ustavnih sudova", *Zbornik radova:Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu*, Ustavni sud Republike Srbije, Beograd, 2004, str. 243–261.

odredbama kojima je bio predviđen prenos osnivačkih prava nad ustanovama čiji je osnivač RS,AP ili JLS na NS kao nedržavna tela.

Prema rešenjima ZNSNM koja su važila u vreme donošenja Odluke US, RS, AP i JLS kao osnivači ustanova iz oblasti obrazovanja i kulture mogli su u celini ili delimično preneti osnivačka prava na NS (čl. 11. st. 3. i čl. 16. st. 3), dok se prema nekadašnjem čl. 24. takav prenos osnivačkih prava vršio na inicijativu NS, nad: 1) obrazovno-vaspitnim ustanovama u kojima se nastava izvodi isključivo na jeziku manjine; 2) ustanovama kulture čija je osnovna delatnost očuvanje i razvijanje kulture manjine; 3) ustanovama koje obavljaju javno informisanje isključivo na jeziku manjine, kao i na inicijativu NS, nad ustanovama koje nisu obuhvaćene tač. 1) do 3) *ako su od posebnog značaja za nacionalnu manjinu*. Takva rešenja su u delu domaće pravne nauke smatrana neophodnim za ostvarivanje Ustavom zajamčenih manjinskih prava, jer bi bilo ne samo neracionalno, već praktično i nemoguće stvoriti svuda nove ustanove pored postojećih čiji su osnivači RS, AP i JLS.[19]

Međutim, u vezi sa prenosom osnivačkih prava nije bio sporan *prenos* kao takav, već *način prenosa* i *vrsta ustanova* nad kojima se osnivačka prava prenose, budući da je NS u potpunosti samostalno utvrđivao da li je neka ustanova od posebnog značaja za manjinu koju predstavlja, jer, kako je to US ispravno istakao, nijednim zakonom nije bilo propisano koje uslove treba da ispunjava ustanova da bi stekla status tzv. "ustanove od posebnog značaja za manjinu", a imajući u vidu da su, bar u sferi obrazovanja, tada važećom odredbom člana 15. tačka 3) bili propisani samo kriterijumi u pogledu broja vaspitno-obrazovnih ustanova koje se mogu utvrditi da su "od posebnog značaja", a u odnosu na ukupan broj ustanova u kojima se nastava izvodi "i na jeziku nacionalne manjine". Takva, potpuna zakonska neuređenost ovog pojma, prema shvatanju US, lišavala je svaku pravnu normu koja je bilo koje ovlašćenje nekog subjekta vezivala za "ustanove od posebnog značaja" osnovnih standarda jasnoće i određenosti kao preduslova principa vladavine prava. S tim u vezi, US je u svojoj Odluci za oblast obrazovanja, odnosno za odredbu čl. 11. st. 3. ZNSNM stao na stanovište da nema ustavnopravnih smetnji da različiti nivoi organizovanja javne vlasti, kao osnivači obrazovnih ustanova, prenesu osnivačka prava na nacionalne savete, ali je istovremeno ukazao i na oba-

[19] Tibor Varadi, "Mišljenje o ustavnopravnim pitanjima koja se postavljaju povodom osporenih odredaba Zakona o nacionalnim savetima", *Pravni zapisi* br. 2/2013, str. 423. U pojedinim komentarima je isticano da odredbe ZNSNM o prenosu osnivačkih prava na nacionalne savete otvaraju vrata za postepeno ustanovljavanje "sistema javnih ustanova pod kišobranom nacionalnih saveta" – Tamás Korhecz, "National Minority Councils in Serbia", *Managing Diversity through Non-Territorial Autonomy:Assesing Advantages,Deficiencies and Risks* (ed. T.H. Malloy, A. Osipov, B. Vizi), Oxford University Press, Oxford, 2015, str. 81.

vezu zakonodavca da ovo pitanje dodatno uredi, ističući svoje stanovište da je, po prirodi stvari, *reč o ustanovama u kojima pravo na obrazovanje (i sa njim povezano vaspitanje i smeštaj tokom obrazovanja) ostvaruju isključivo ili u najvećem delu pripadnici te nacionalne manjine*. Štaviše, prilikom ocene čl. 24. koji je kasirao US je stao na stanovište da prenos osnivačkih prava nad ustanovama "mora biti zasnovan na saglasnosti volja, shvaćene u najširem smislu, subjekata između kojih se vrši prenos osnivačkih prava", te da se "osnivaču ne može nametati svojevrstan automatizam i potpuna zavisnost od odluka druge strane...".

Dakle, ako se pažljivije sagleda izloženo rezonovanje Suda, onda se može zaključiti da je je on pred zakonodavca stavio tri zahteva u pogledu dodatnog uređivanja prenosa osnivačkih prava – 1. da jasno utvrdi kriterijume koji su od značaja za utvrđivanje pojma "ustanova od posebnog značaja", a koji nisu isključivo numerički, odnosno koji se ne svode samo na propisivanje dozvoljenog broja takvih ustanova; 2. da dodatno uredi prenos osnivačkih prava, između ostalog, propisivanjem i nad kojim se ustanovama osnivačka prava mogu preneti i 3. da onemogući da prenos osnivačkih prava zavisi isključivo od volje NS, tačnije da propiše neophodan uslov saglasnosti volja osnivača i NS za prenos osnivačkih prava. Da li su i na koji način u izmenama i dopunama ZNSNM poštovani uslovi i ograničenja koja je US postavio?

ZAKONSKO REGULISANJE OVLAŠĆENJA NACIONALNIH SAVETA

Izmenama i dopunama ZNSNM iz 2018. promenjen je dosadašnji čl. 11. st. 3. tako što je propisana *mogućnost* da RS, AP i JLS kao osnivači ustanova vaspitanja, obrazovanja, učeničkog i studentskog standarda, prenesu u celini ili delimično osnivačka prava na NS, *ali samo nad ustanovama koje su u skladu sa tim zakonom, utvrđene za ustanove od posebnog značaja za nacionalnu manjinu*. Dakle, umesto obaveznog prenosa osnivačkih prava nad ustanovama koje su jednostrano od strane NS proglašene za ustanove od posebnog značaja, zakonodavac je predvideo mogućnost takvog prenosa. Istovetno rešenje propisano je i za ustanove u oblasti kulture novom odredbom čl. 16. st. 3. ZNSNM.

Definisanje kriterijuma za proglašnje ustanove od posebnog značaja nije u potpunosti zakonski sprovedeno. Naime, novim čl. 11a propisano je da je to ustanova obrazovanja i vaspitanja čiji je osnivač RS, AP, JLS ili NS, u kojoj se *tradicionalno ili u značajnoj meri* ostvaruje Ustavom zagarantovano pravo pripadnika nacionalnih manjina na *obrazovanje i vaspitanje na svom jeziku* (st. 1), pri čemu se već u st. 3. odstupa od takvog, inače nedovoljno preciznog određenja, odredbom prema kojoj se takvom ustanovom može proglasiti ustanova obrazovanja i vaspita-

nja *u kojoj se nastava izvodi na jeziku nacionalne manjine*. Naprosto, ostvarivanje obrazovanja na jeziku manjine i izvođenje nastave na jeziku manjine nisu instituti koji imaju isto značenje, jer u pravnom sistemu RS postoji mogućnost *celokupne nastave na jeziku nacionalne manjine*, sa jedne, i izučavanja predmeta *maternji jezik/govor sa elementima nacionalne kulture*, sa druge strane. Iako je US uputio zakonodavca da se kriterijumi za određivanje takvih ustanova ne mogu svesti samo na dozvoljeni broj takvih ustanova, izmenama i dopunama ZNSNM iz 2018. oni su suštinski ponovljeni.[20] Drugačije je zakonodavac postupio u pogledu ustanova u oblasti kulture, jer je novom odredbom čl. 17. st. 1. predvideo da je ustanova od posebnog značaja ustanova kulture čije se programske delatnosti pretežno odnose na proučavanje, očuvanje i predstavljanje kulture nacionalnih manjina u RS, a u skladu sa brojem pripadnika nacionalnih manjina na teritoriji na kojoj obavlja delatnosti, kao i ukoliko su te programske delatnosti od naročitog značaja za zadovoljavanje kulturnih potreba specifičnih za nacionalne manjine.

Naposletku, novim tačkama 7a i 7b čl. 10. uređena su pitanja nadležnosti i načina prenosa osnivačkih prava. Prema tim odredbama, NS predlaže RS, AP ili JLS kao osnivaču, utvrđivanje ustanove od posebnog značaja iz oblasti obrazovanja i kulture i inicira odnosno predlaže im prenos osnivačkih prava nad takvom ustanovom. Dakle, sudeći prema novim odredbama, različiti nivoi javne vlasti će *saodlučivati* ne samo o prenosu osnivačkih prava, već i o statusu pojedinih ustanova kao ustanova od posebnog značaja. Dok je takvo saodlučivanje u pogledu prenosa osnivačkih prava jasna implementacija shvatanja US koja upućuje na sporazumni prenos osnivačkih prava, dotle je možda i preširoko postavljeno u smislu donošenja odluke o karaktaru i značaju jedne ustanove kao ustanove od posebnog značaja, tim pre što su NS nedržavna tela koja pripadnici manjina biraju radi ostvarivanja prava na samoupravu.

[20] Prema čl. 11a st. 4. ustanovom od posebnog značaja za obrazovanje manjine može se proglasiti: 1) po jedna ustanova osnovnog i srednjeg obrazovanja i vaspitanja u kojoj se nastava izvodi na jeziku manjine, odnosno i na jeziku manjine, ukoliko je u JLS broj ustanova u kojima se nastava izvodi i na jeziku manjine manji od četiri; 2) najviše 1/4 od ukupnog broja ustanova osnovnog i srednjeg obrazovanja i vaspitanja u kojima se nastava izvodi na jeziku manjine, odnosno i na jeziku manjine, ukoliko je u JLS broj ustanova u kojima se nastava izvodi i na jeziku manjine veći od četiri; 3) osnovna škola u kojoj nastavu na jeziku manjine pohađa najmanje 1/3 učenika i srednja škola u kojoj nastavu na jeziku manjine pohađa najmanje 90 učenika, ukoliko u JLS postoji ustanova određenog nivoa obrazovanja koja je proglašena za ustanovu od posebnog značaja za obrazovanje manjine; 4) osnovna škola u JLS u kojoj se zbog opadanja broja stanovnika usled negativnog prirodnog priraštaja i emigracije pripadnici manjina moraju posebno zaštititi garantovanjem dodatnih prava.

ZAKLJUČAK

NS predstavljaju oblik neteritorijalne manjinske samouprave. Prema shvatanju US, reč je o nedržavnim telima na koja se prenose javna ovlašćenja. Takvo shvatanje US iziskivalo je određene izmene i dopune ZNSNM. Izmene i dopune ZNSNM iz 2018. izvršene su dosledno u skladu sa shvatanjem US u pogledu određenja NS, kao i u pogledu statusno-pravnih pitanja kako NS u celini, tako i njegovih izabranih članova. No, shvatanje Suda o nedržavnom karakteru saveta kojima se poveravaju javna ovlašćenja nije u potpunosti poštovano i izraženo u zakonskim odredbama o kontroli njihovog rada i akata, a izostalo je i uređivanje eventualnih razloga za zabranu njihovog rada.

US je pojedine odredbe ZNSNM o ovlašćenjima NS zadržao na snazi pod uslovima i ograničenjima datim u Odluci iz 2014, uz obavezu zakonodavca da ih dodatno uredi. Dodatno zakonsko uređivanje pojedinih ovlašćenja saveta, naročito onih koja su u vezi sa prenosom osnivačih prava nad ustanovama iz oblasti obrazovanja i kulture čiji su osnivači javne vlasti, upućuje na sporazumni prenos osnivačkih prava čime je onemogućena potpuna zavisnost osnivača od odluka NS, ali je, sa druge strane, možda i preširoko postavljeno u smislu donošenja odluke o karaktaru i značaju jedne ustanove kao ustanove od posebnog značaja, tim pre što su NS nedržavna tela koja pripadnici manjina biraju radi ostvarivanja prava na samoupravu.

VLADIMIR ĐURIĆ, LL.D.,
Research Fellow, Institute
of Comparative Law

LEGAL REGULATION OF THE NON-TERRITORIAL MINORITY SELF-GOVERNMENT IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S LEGAL REASONING

Summary

National councils of national minorities are form of non-territorial minority self-government. According to the Constitutional Court of Serbia, they are non-state bodies with transfered public powers. The author analyses the normative regulation of such bodies from the perspective of the 2018 legislative changes influenced by 2014 Constitutional Court's decision.

Key words: non-territorial minority self-government, national councils, Constitutional Court

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ

SLOBODA VJEROISPOVIJESTI U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Rad je posvećen tumačenju i primjeni jemstva zaštite slobode vjeroispovijesti u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Crne Gore. U radu se određuje pojam slobode vjeroispovijesti i njeno ograničenje, istorijat dokumenata koji regulišu religijske slobode, kao apsolutno pravo koje pripada pojedincima i religijskim zajednicama. Navedena je recentna praksa Evropskog suda za ljudska prava vezano za položaj velikih crkava, manjih religijskih grupa, obreda, prozetizma i unutrašnje autonomije, kao i praksa Evropskog suda za ljudska prava o slobodi vjeroispovijesti pojedinca, koja pokazuje pozitivnu i negativnu stranu strazburške jurisprudencije i praksa Ustavnog suda Crne Gore u predmetima apstraktne kontrole i povodom ustavnih žalbi.

Ključne riječi: *sloboda vjeroispovijesti, član 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, Evropski sud za ljudska prava, Ustav Crne Gore i Ustavni sud Crne Gore*

U V O D

Sloboda vjeroispovijesti ili uvjerenja podrazumijeva pravo svakog da, postupajući po sopstvenoj savjesti, sam ili u zajednici s drugim, javno ili privatno ispoljava vjeru ili uvjerenje molitvom, propovijedima, običajima, obredom ili na drugi način, pravo da prihvati ili promijeni vjeru ili uvjerenje, slobodu da učestvuje u vjerskoj pouci i nastavi, ili pouci odnosno nastavi koje odgovaraju vlastitom uvjerenju, kao i pravo da njeguje i razvija vjersku tradiciju ili tradiciju u

Mr Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

skladu s vlastitim uvjerenjem i pravo da odbije, u skladu sa zakonom, ispunjenje vojne ili druge obaveze koja uključuje upotrebu oružja[1].

Riječ je o posebnoj vrsti prava koja se baziraju na moralu i pravdi, pa su u određenom smislu iznad države, ali s njenom obavezom da ih poštuje i štiti.[2] Po svom značenju za najveći broj ljudi sloboda vjeroispovijesti je, i istorijski i u savremenom svijetu, postala univerzalna potreba i interes s karakteristikama koje omogućavaju veće prisustvo prava nego u slučaju pravnog tretmana slobode misli, savjesti i uvjerenja, u koju i sama ulazi.[3] Sloboda vjeroispovijesti je čovjekovo prirodno pravo koje se ne može ograničavati pravnim normama, jer se radi o apsolutnom ljudskom pravu, zbog kojeg se on ne može kažnjavati i uznemiravati niti prisiljavati. Tretiranje ove slobode kao apsolutnog prava ima svoje praktične efekte koji se ogledaju u tome što ona može postati istinski vrijedna ukoliko se može slobodno izraziti; ako to nije moguće, u pitanju je pritisak na čovjeka da promijeni svoja uvjerenja, što znači da narušavanje slobode vjeroispovijesti postoji uvijek kad čovjek ne može da postupa u skladu sa svojim vjerskim uvjerenjima, uključujući i to da ih sam mijenja.

Sloboda vjeroispovijesti je čovjekova duhovna sfera, njegov *forum internum*, koja – za razliku od slobode misli i savjesti – ima i eksternu komponentu, *forum externum*, jer se ne može zamisliti pripadnost određenoj vjeri bez mogućnosti ispovijedanja vjere i drugim ljudima. Prava na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti u velikoj se mjeri ispoljavaju unutar srca i uma pojedinca. Tek kad neko manifestuje sopstvene misli ili ubjeđenja, država postaje svjesna njihovog postojanja i karaktera.[4]

Augsburški mir (1555), zajedno sa *Vestfalskim* mirom (1648), koji se uzima kao početak novog doba, važni su dokumenti u razvoju religijskih sloboda u Evropi. Protestantska reformacija zaživjela je na mnogim njemačkim teritorijama koje su tada sačinjavale Sveto Rimsko Carstvo, pa je Augsburškim mirom izjednačen status luteranskih i katoličkih vladara u tadašnjoj Evropi i dopušteno da svjetovni vladari mogu odrediti koju religiju mogu usvojiti unutar svojih teritorija, po principu *cuius regio, eius religio*.[5] To je bio značajan korak o napuštanju teo-

[1] Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strazburški acqus*, Novi informator, Zagreb, 2014, str. 1044

[2] Neđo Milićević, "Sloboda vjere i vjeroispovijedanja", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLVII - 2004, str. 253.

[3] Ante Gavrić, "Crkva i pravo čovjeka", *Glas Koncila*, br. 27, 1967.

[4] Donna Gomien, *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd, 1994, str. 52.

[5] Gerhard Benecke, *Germany in the Thirty Years War*, London, Edwin Arnold, 1978, str. 8.

rije o carstvu zasnovanoj na zajedničkoj religiji, premda je prihvatanje slobode religije još daleko. Podanicima katolicima i luterancima dato je pravo da se presele na teritoriju kneza čija im religija odgovara. Na teritoriji srednje i sjeverne Evrope odvijala se borba između katolika i protestanata, luteranaca i kalvinista. Oslabljene snage Carstva 1648. godine nagodile su se s protivnicima i zaključile vestfalske sporazume u Minsteru i Osnabriku, napokon sahranivši svoje pretenzije o carstvu koje je na okupu držala katolička vjera.[6]

U prošlosti su donošeni dokumenti od ustavnopravnog i međunarodnopravnog značaja da zaštite slobodu vjeroispovijesti, a pojedini su bili posljedica višedecenijskih vjerskih sukoba i revolucionarnih slobodarskih pokreta. *Nanski edikt* iz 1598. godine stavio je tačku na vjerske ratove u Francuskoj, a Vestfalski mirovni sporazum je okončao tridesetogodišnji rat katolika i protestanata u Evropi. Garantovanje slobode vjerovanja i uvjerenja nije izostalo ni u *Virdžinskoj povelji o pravima iz 1776*, niti u *francuskim deklaracijama o pravima čovjeka i građanina iz 1789. i 1793*. godine. Danas je sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti zajemčena na međunarodnom nivou *Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima* (član 14) i *Američkom konvencijom o ljudskim pravima* (član 12), dok član 10 *Povelje o osnovnim pravima Evropske unije* preuzima formulaciju člana 9 *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*[7]

Najvažnije aktivnosti Savjeta Evrope s obzirom na slobodu vjeroispovijesti i uvjerenja odnose se na tri pitanja: prvo je prigovor savjesti vojnoj službi, tj. pravo pojedinca da odbije vojnu službu na osnovu savjesti i da tim pojedincima dopuste da obavljaju alternativnu službu na ravnopravnoj osnovi;[8] druga grupa inicijativa odnosi se na ulogu religije u savremenom društvu, u kojem je naglašeno da je saradnja između religije i demokratije ne samo moguća već i neophodna;[9] treće pitanje je rast i razvoj novih pokreta religijskog ili spiritualnog karaktera.[10]

Sloboda misli, savjesti i religije jeste pravo koje po prirodi pripada pojedincima, ali ono ima veoma značajnu institucionalnu ili "kolektivnu" dimenziju, jer je u međunarodnom pravu duboko usađeno pravilo da svaka konfesija ima pra-

[6] Malcolm D. Evans, *Historijska analiza slobode religije ili uvjerenja kao tehnika rješavanja vjerskih sukoba*, Centar za napredne studije, Sarajevo, 2015, str. 71.

[7] Tanasije Marković, *Sloboda misli, savesti i veroispovesti*, Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni glasnik, 2017, str. 214–215.

[8] Rezolucija Parlamentarne skupštine 337 (1967) i Preporuka Komiteta ministara R (87)8 (1987).

[9] Preporuka Parlamentarne skupštine 1202 (1993) o religijskoj toleranciji u demokratskom društvu i Preporuka Parlamentarne skupštine 1396 (1999) o religiji i demokratiji i Preporuka Komiteta ministara R (97)21(1997) zemljama članicamao medijima i promovisanju kulture tolerancije.

[10] Preporuka Parlamentarne skupštine 1178 (1992) o sektama i novim religijskim pokretima.

vo na religijsku slobodu, bez obzira na to radi li se o tradicionalnoj velikoj crkvi ili skorašnjoj ili atipčnoj grupi, jer sve religijske denominacije moraju imati slobodu da djeluju neometano u svakoj zemlji bez neopravdanih ograničenja, čak i ako brane moralne vrijednosti koje su u opreci s vrijednostima koje prihvata određeno društvo, manifestuje sopstvene misli ili ubjeđenja, onda država postaje svjesna njihovog postojanja i karaktera.[11]

Ustav Crne Gore odredbama člana 46 garantuje pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, a ostvarivanje slobode vjeroispovijesti i status vjerskih zajednica trenutno su propisani Zakonom o pravnom položaju vjerskih zajednica iz 1977. godine.

PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA O SLOBODI VJEROISPOVIJESTI

Pravni okvir i značaj slobode vjeroispovijesti

Odredbama člana 9 EKLJP propisano je, da "svako ima pravo na slobodu misli, savjesti i vjere; ovo pravo uključuje slobodu da promijeni vjeru ili uvjerenje i slobodu da, sam ili zajedno sa drugima, javno ili privatno, ispoljava svoju vjeru ili uvjerenje molitvom, propovijedima, običajima i obredima". Uslovi za ograničavanje ovog prava definisani su u članu 9 (2) EKLJP, koji propisuje da "sloboda ispoljavanja svoje vjere ili uvjerenja podliježe samo onim ograničenjima koja su propisana zakonom i koja su neophodna u demokratskom društvu u interesu javne bezbjednosti, radi zaštite javnog poretka, zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

Prema jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava izraženoj u presudi Velikog vijeća *Bayatyan* protiv *Jermenije* (2011) naznačen je okvir i značenje slobode vjeroispovijesti:

"118. Sud ponavlja da je sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti, zajemčena članom 9 Konvencije, jedan od osnova 'demokratskog društva' u smislu Konvencije. Ta sloboda, u svojoj vjerskoj dimenziji (*in its religious dimension*), jedan je od najvažnijih elemenata koji stvaraju (*go to make up*) identitet vjernika i njihove koncepcije života, ali je takođe dragocjeno sredstvo ateista, agnostika i skeptika i onih koji prema vjeri nemaju nikakav odnos (*the unconcerned*). O njoj zavisi pluralizam, neodoljiv dio demokratskog društva, čije se ostvarenje skupo plaćalo vjekovima. Ta sloboda obuhvata, *inter alia*, slobodu prihvatiti ili ne pri-

[11] Donna Gomien, *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd, 1994, str. 52.

hvatiti vjerska uvjerenja (*freedom to hold or not to hold religious beliefs*) ili praktikovati ili ne praktikovati vjeru (*practise or not to practise a religion*)..."

Navedene slobode uživaju ne samo zaštitu člana 9 zasebno i u vezi s članom 11 nego i člana 6 Konvencije.

"35... član 9 mora se tumačiti u svijetlu člana 11 Konvencije, koji osigurava udruženi život (*associative life*) protiv neopravdanih miješanja države..."[12]

Evropski sud je utvrdio da su vjeroispovijesti koje uživaju zaštitu sve tradicionalne crkve i islamska zajednica, ali i vjerske zajednice novijeg doba, kao što su Jehovini svjedoci,[13] Scijentološka crkva,[14] Unifikacijska (Munova) crkva,[15] itd. Pod slobodom misli i vjeroispovijesti podrazumijeva se i pravo da se ne bude religiozan ili da se vjera ne ispovijeda.[16]

Praksa Evropskog suda o slobodi vjeroispovijesti prema religijskim zajednicama

Evropski sud u Strazburu je u svojoj jurisprudenciji utvrdio politička načela koja određuju odnos između države i religije, pri čemu je priznao da postoji određeno "područje diskrecione ocjene" u pogledu načina na koje države strukturiraju svoje odnose s religijskim zajednicama. Različite forme saradnje između države i religijskih zajednica mogu postojati i u situacijama kada države ne sarađuju na strogo ravnopravnoj osnovi sa svim religijama, te se ravnopravnost (član 14 Evropske konvencije) mora primjenjivati rigorozno radi očuvanja religijskih sloboda. Ni privilegovana saradnja između države i određenih crkava u formi skrivene konfesionalnosti države (*Grčka*) ili u formi državne crkve (*Engleska i neke skandinavske države*) ne smatra se protivnom Evropskoj konvenciji. Prema shvatanju Suda, odnos privilegovane saradnje ne proizvodi za posljedicu značajan diskriminatorski uticaj na pojedince ili neopravdanu štetu za slobodu djelovanja koje ostale grupe i pojedinci moraju uživati u religijskim i ideološkim pitanjima, jer odredbe člana 9 Evropske konvencije imaju za cilj da pruže adekvatnu garanciju prava na slobodu vjeroispovijesti i uvjerenja, a ne da uspostave jedinstvene kriterijume za odnos između crkve i države u zemljama članicama Savjeta Evrope niti prinudno nametnu sekularizam. Stav države prema religiji je poli-

[12] ECHR, presuda *Fusu Arcadie i drugi protiv Republike Moldavije* (2012).

[13] ECHR, presuda *Thlimmenos protiv Grčke* (2000).

[14] ECHR, presuda *Scijentološka crkva Moskve* (*Church of Scientology Moscow) protiv Rusije* (2007).

[15] ECHR, presuda *Nolan i K. protiv Rusije* (2009).

[16] ECHR, presuda *Kokkinakis protiv Grčke* (1993).

tičko pitanje i rezultat je istorijske tradicije i društvenih okolnosti u svakoj zemlji. U slučaju *Kokkinakis* Sud nije doveo u pitanje blisku povezanost Grčke prvoslavne crkve s državom. Položaj velikih tradicionalnih crkava prema stavu Evropskog suda ima za cilj da zaštiti religiozna osjećanja njihovih vjernika pa je Sud u predmetima *Otto-Preminger-Institut* i *Wingerove* podržao odluku austrijskih i britanskih vlasti o zabrani komercijalne distribucije filmova koji su uvredljivi za hrišćansko stanovništvo.

Prema jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava manje religijske grupe imaju pravo na istinsku slobodu da djeluju, a ne samo da budu tolerisane.

U predmetu *Hoffman protiv Austrije* Sud je zauzeo stav da nacionalni sud pri donošenju odluke o starateljstvu nad djecom u slučaju razvoda ne smije različito tretirati roditelje na osnovu religije.[17] Pripadnici manjinskih religijskih grupa ne smiju biti podvrgnuti nadzoru ukoliko nema uvjerljivog opravdanja koje se zasniva na nečemu drugom osim njihove religijske pripadnosti.[18] Međutim, Sud je u predmetu *Chaare Shalom vs Tsedek* usko tumačio princip ravnopravnosti, koji se ticao obrednog klanja životinja, prema kojem nacionalne vlasti uživaju prostor diskrecione ocjene u davanju određenih pravnih privilegija religijskim denominacijama kada uređuju odnose s religijskim zajednicama, ukoliko nije dokazano da je narušena sloboda pojedinca da praktikuje svoju religiju. Sud je zauzeo stav da niti pravo na religijsku slobodu niti princip ravnopravnosti nijesu bili povrijeđeni činjenicom da su francuske vlasti dodijelile odobrenje za izdavanje administrativnih dozvola za obredno klanje isključivo Jevrejskom zbornom udruženju Pariza, uskraćujući ga manjinskom jevrejskom udruženju ultraortodoksne orijentacije.

Evropski sud je priznao pravo religijskim grupama da posjeduju i upravljaju vlastitim objektima za obavljanje *obreda i okupljanje*. Uskraćivanje ovog prava bez dovoljnog opravdanja nije u skladu s Evropskom konvencijom, prema doktrini Suda u slučajevima *Manoussakis i Penditis*.[19] *Prozelitizam* religijskih manji-

[17] Odluka je donesena shodno odredbama čl. 14 i 8 Konvencije (pravo na uživanje privatnog i porodičnog života). Jedna domaćica je konvertirala u Jehovine svjedoke i odvela djecu sa sobom još u toku trajanja razvoda braka. Evropski sud je poništio odluke austrijskih nacionalnih sudova koje su starateljstvo nad djecom dodijelili ocu.

[18] *Tsavachidis protiv Grčke*, pred. br. 28802/95 odnosi se na nadzor nad Jehovinim svjedocima koje je vršila Nacionalna obavještajna služba. Okončan je prijateljskim rješenjem u kome se grčka vlada složila da plati određenu sumu novca za troškove i dostavila formalnu izjavu po kojoj "Jehovini svjedoci nijesu i neće biti u budućnosti podvrgnuti bilo kakvom praćenju zbog njihovih religijskih opredjeljenja".

[19] U predmetu *Manoussakis* apelanti su tražili odobrenje vlade da uspostave obredno mjesto, a pošto odobrenje nije izdato u periodu koji su oni smatrali pretjerano dugim, počeli su koristi-

na je bio predmet interesovanja u dva predmeta protiv Grčke. U predmetu *Kokkinakis* Sud je smatrao da odredbe člana 9 Konvencije obuhvataju pravo pojedinca i religijskih grupa da šire svoje doktrine i pridobijaju svoje sljedbenike kroz prozelitizam, pod uslovom da se ne služe iskorišćavanjem, prevarnim ili nasilnim sredstvima.[20]

Pravo religijskih grupa da budu priznate i da imaju svoju *unutrašnju autonomiju* bilo je predmet jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Šerif*,[21] a u predmetu *Crkva Besarabija* Sud je ponovio principe iz prethodna dva navedena slučaja, pošto je vlada Moldavije odbila da dâ pravni subjektivitet crkvi tvrdeći da je riječ o šizmatičkoj grupi unutar Prijestone crkve Moldavije, koja je priznata zakonom.

Sloboda udruživanja i sloboda vjeroispovijesti

Odluka Evropskog suda u predmetu *Refah Partisi (Refah partija) protiv Turske* pokrenula je neka pitanja u vezi s budućom interpretacijom slobode udruživanja i slobode religije. *Refah Partisi* je bila politička partija sa specifično islamskim usmjerenjem iako je prihvatila načelo sekularizma. Zastupala je projekat promovisanja "pluralnog pravnog sistema" u zemlji, prema kojem bi svaka religijska grupa rukovodila posebnim religijskim pravilima. Turski Ustavni sud izveo je zaključak o postojanju skrivene agende same partije čiji je cilj bio uspostavljanje političkog sistema koji nije u skladu ne samo s načelom laicizma nego i sa samim konceptom demokratije – naime, cilj im je bilo uspostavljanje teokratskog sistema utemeljenog na šerijatu ili islamskom pravu uz pribjegavanje, ako je neophodno, džihadu ili svetom ratu. Evropski sud je potvrdio odluku na koju je uložena žalba Velikom vijeću Evropskog suda, koje je podržalo raniju presudu i prihvatilo njene razloge.

---

ti to mjesto. Pokrenuti su krivični postupci protiv njih na grčkim sudovima. Evropski sud je utvrdio povredu člana 9 Evropske konvencije.

[20] Sljedbenik Jehovinih svjedoka uhapšen je i kasnije osuđen od grčkih sudova shodno zakonu donešenom 1938. godine koji prozelitizam kvalifikuje kao krivično djelo. Sud je zaključio da grčka vlada nije obezbijedila dovoljno dokaza da je gospodin Kokkinakis, koji je samo propovijedao evangelizam od vrata do vrata, bio uključen u neprimjereni prozelitizam, čime je povrijeđena Konvencija.

[21] Predmet se odnosio na imenovanje muslimanskog vjerskog vođe (muftije) u grčkoj regiji Trakiji, gdje je muftiju izabrala muslimanska zajednica ignorišući intervenciju državne vlasti koju propisuje grčki zakon o izboru i imenovanju muftije. Identični stav Sud je zauzeo u presudi *Hasan i Čauš*, koji se odnosi na spor dvije različite frakcije bugarske muslimanske zajednice i intervencije državne vlasti prilikom imenovanja muftije.

Stav je Evropskog suda da pitanje vjere i njeno praktikovanje za koje nacionalne vlade smatraju da dotiče područje državne i nacionalne sigurnosti teško mogu biti razlog za opravdanje miješanja u član 9 Konvencije. Relevantni međunarodni standardi vezani za pojam "državne sigurnosti" sadržani su u Načelima iz Sirakuze o ograničenjima i ukidanju odredbi sadržanih u međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, koje je usvojilo Ekonomsko i socijalno vijeće Ujedinjenih nacija 1985. godine, koji glase:

"29. Za opravdanje ograničenja određenih prava može se pozvati na državnu sigurnost samo kad se ograničavanja uvode radi zaštite opstanka nacije i njenog teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti protiv sile ili prijetnje silom.

30. Državna sigurnost ne može biti razlog za nametanje ograničenja radi sprečavanja lokalnih ili relativno izolovanih prijetnji redu i zakonu."[22]

Praksa Evropskog suda o slobodi vjeroispovijesti pojedinaca

Kao i ostali međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, i Evropska konvencija tretira slobodu misli, savjesti i religije kao pravo koje u prvom redu pripada pojedincima. Pravo religijskih grupa proističe iz prava pojedinaca, ali je individualna dimenzija ovog prava zanemarena i u jurisprudenciji Evropskog suda ima manju zaštitu u odnosu na korporativnu dimenziju ovog prava.

Nedovoljna zaštita individualne slobode religije ili uvjerenja javlja se iz terminologije koja je upotrijebljena u Evropskoj konvenciji i drugim međunarodnim dokumentima koji uređuju sadržaj slobode religije. Tako član 9(1) spominje pravo na iskazivanje religije ili uvjerenja obredima, poučavanjem, *praksom* i pridržavanjem. Prema tome, pojam prakse sadržan u članu 9 Konvencije garantuje pravo pojedincu da postupa u skladu sa zabranama i nalozima vlastite savjesti. Ova garancija treba biti pružena bez obzira na to jesu li ove prakse utemeljene na sadržajima institucionalne religije ili potiču iz strogo ličnih uvjerenja, (član 9 (2)) jer sloboda postupanja nije apsolutna. Ovakvo široko tumačenje prava na iskazivanje uvjerenja u praksi predložio je Opšti komentar člana 18 Međunarodnog pakta o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija koji je usvojio Komitet za ljudska prava 1993. godine. Praksa Suda razlikuje unutrašnji aspekt religijske slobode koji podrazumijeva slobodu vjerovanja koja obuhvata slobodu *izbora* uvjerenja i slobodu *promjene* religije i spoljni aspekt slobode koji se sastoji od slobode *iskazivanja*

[22] U predmetu *Nolan i K. protiv Rusije* (2009) Evropski sud je utvrdio da Rusija nije predočila nikakve dokaze u prilog tvrdnji da su aktivnosti misionara crkve negativno uticale na državnu sigurnost odnosno na prava drugih, pa je došlo do povrede člana 9 Konvencije.

religije ili uvjerenja. Prva dimenzija religijske slobode *apsolutna* je i ne smije biti ograničena, dok je sloboda iskazivanja religijskih uvjerenja *relativna* i može biti podvrgnuta ograničenjima koja su uređena članom 9(2) Konvencije.[23]

Javna vlast ne smije preduzimati niti dozvoljavati bilo kakvo direktno djelovanje s ciljem da se građani prisiljavaju da vjeruju ili nevjeruju u nešto. U slučaju *Kjeldsen* Sud je mišljenja da državi, koja organizuje obrazovni sistem, nije dopušteno da razvija bilo kakve aktivnosti koje bi značile indoktriniranje učenika u pogledu određenog religijskog ili moralnog svjetonazora, suprotno ubjeđenju njihovih roditelja.[24] U slučaju *Buscarini* Sud je podržao stav da se građanin ne smije prisiljavati da polaže zakletvu na jevanđeljima kao uslov za stupanje u javnu službu, što se može smatrati prisiljavanjem nekog da izrazi religijska uvjerenja suprotno svojoj volji.[25] Esencijalno pitanje jeste razumijevanje relativnog karaktera slobode pojedinca *da djeluju* ili *praktikuju* naloge vlastite savjesti, što je usko povezano s pitanjem konflikata između prava i svijesti, između pravnih i moralnih dužnosti jer pojam praksa ne uključuje svako djelo koje je motivisano ili učinjeno pod uticajem religije.

Prema praksi strazburške jurisprudencije, određene profesionalne situacije koje su dobrovoljno prihvaćene mogu podrazumijevati specifična ograničenja religijske prirode, kao što je slučaj unutar "sistema vojne discipline, koji po svojoj prirodi podrazumijeva mogućnost uspostavljanja ograničenja na neka prava i slobode pripadnicima oružanih snaga koja se ne smiju nametati civilima".[26] U jurisprudenciji Evropskog suda često nailazimo na praksu da Sud pravi razliku između aktivnosti država, koje imaju direktan ili indirektan uticaj na slobodu vje-

[23] *Campbell i Casans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. U ovom predmetu dvije majke, podnositeljice zahtjeva, između ostalog su tvrdile da su njihova prava, zajemčena drugom rečenicom člana 2 Protokola br. 1 povrijeđena zbog kažnjavanja kao disciplinske mjere u školama koje su pohađala njihova djeca, pri čemu je Evropski sud morao razmotriti značenje sintagme "vjerskih i filozofskih uvjerenja" roditelja iz druge rečenice član 2 Protokola 1. *Kokkinakis protiv Grčke*, par. 31, 33.

[24] *Kjeldsen, Buck Madsen i Pedersen protiv Danske*. Radilo se o implementaciji novog Sistema seksualnog obrazovanja u javnim školama koji je imao za cilj da spriječi neželjene trudnoće među tinejdžerima. Neki roditelji su zastupali prigovor savjesti prema ovoj nastavi smatrajući da je seksualno obrazovanje u isključivoj nadležnosti roditelja. Danska vlada je odbila da djecu tih roditelja oslobodi časova seksualnog obrazovanja. Kjeldsen je bio prvi slučaj o kome je sud odlučio a koji se odnosio na religijska uvjerenja, a odluka se tumačila na osnovu člana 2 Prvog protokola (Pravo na obrazovanje i pravo roditelja u pogledu obrazovanja njihove djece).

[25] *Buskarini i dr. protiv San Marina*. Sud je potvrdio da nije u skladu s Evropskom konvencijom lišavanje dvoje izabranih članova Parlamenta njihove službe u slučaju da ne polože zakletvu na jevanđeljima, jer bi to bilo "ravno zahtjevu dvojici izabranih predstavnika naroda da polože zakletvu vjernosti određenoj religiji", par. 39.

[26] *Kalac protiv Turske*.

roispovijesti kada se ponašanje pojedinca sprečava ili sankcioniše zakonom ili drugom vrstom aktivnosti države koja *direktno* ima za cilj da ograniči iskazivanje vjere, obavljanje obreda ili širenje određenih ili svih religija. U ovim slučajevima Konvencija zahtijeva da država opravda miješanje u individualnu slobodu shodno članu 9(2), a naročito da dokaže da su ograničavajuće mjere "neophodne u demokratskom društvu". Sud je zauzeo ovaj pristup u predmetima *Kokkinakis* i *Buscarini*, a sličan zaključak je izveo i u predmetu *Dahlab* kad je ocijenio neprihvatljivom apelaciju švajcarske učiteljice u javnoj osnovnoj školi, preobraćenice u islam, kojoj je primjenom kantonalnog zakona koji ima za cilj da sačuva sekularni karakter javnih škola bilo zabranjeno da nosi tradicionalno propisanu maramu na glavi kad predaje svojim učenicima.[27]

PRAKSA USTAVNOG SUDA CRNE GORE U PREDMETIMA SLOBODE VJEROISPOVIJESTI

Ustavna i zakonska određenja prava na slobodu vjeroispovijesti u Crnoj Gori

Ustav Crne Gore garantuje pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti u članu 46 stav 1, koji propisuje: "Svakome se jemči pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, kao i pravo da promijeni vjeru ili uvjerenje, i slobodu da, sam ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno, ispoljava vjeru ili uvjerenje molitvom, propovijedima, običajima ili obredom". Prema stavu 2 ovog člana niko nije obavezan da se izjašnjava o svojim vjerskim ili drugim uvjerenjima. Stav 3 se odnosi na ograničenja slobode ispoljavanja vjerskih uvjerenja i navodi da se sloboda ispoljavanja vjerskih uvjerenja može ograničiti samo ako je to neophodno radi zaštite života i zdravlja ljudi, javnog reda i mira, kao i ostalih prava zajemčenih Ustavom. Odredbama člana 14 navodi se da su "vjerske zajednice odvojene od države" i garantuju svim vjerskim zajednicama jednaka prava i slobode u vršenju vjerskih obreda i vjerskih poslova, a odredbama člana 50 nadležni sudovi mogu spriječiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obavještavanja radi sprečavanja propagiranja rasne, nacionalne i vjerske mržnje ili diskriminacije.

Ostvarivanje slobode vjeroispovijesti i status vjerskih zajednica trenutno su propisani zakonom o pravnom položaju vjerskih zajednica iz 1977. godine.[28] Ovaj zakon predviđa pravni i regulatorni okvir za osnivanje i ukidanje vjerskih zajednica, sadrži pravila o mjestima i prostorima gdje se mogu vršiti vjerski obredi i definiše okvir za osnivanje vjerskih škola.

[27] *Dahlab protiv Švajcarske*, odluka o prihvatljivosti 42393/98, 2001.

[28] *Sl. list SRCG* 9/77, 26/77, 29/89, 39/89, *Sl. list RCG* 27/94, 36/03.

Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom statusu vjerskih zajednica[29] usaglašen je s važećim međunarodnim dokumentima i sa Smjernicama za zakonodavno preispitivanje zakona koji utiču na vjeroispovijest i uvjerenja.[30] Međutim, u javnosti su se pojavila oprečna mišljenja između predlagača zakona i Srpske pravoslavne crkve u vezi s odredbama čl. 62 i 63 Predloga zakona, vezano za rješavanje imovine vjerskih zajednica nastalih prije 1. decembra 1918. godine, a tiču se imovine koja predstavlja kulturnu baštinu.

Predlogom navedenog Zakona predviđa se:

"Vjerski objekti i zemljište koje koriste vjerske zajednice na teritoriji Crne Gore koji su izgrađeni, odnosno pribavljeni iz javnih prihoda države ili su bili u državnoj svojini do 1. decembra 1918. godine, i za koje ne postoje dokazi o pravu svojine vjerskih zajednica, kao kulturna baština Crne Gore, državna su svojina.

Vjerski objekti koji su izgrađeni na teritoriji Crne Gore zajedničkim ulaganjima građana do 1. decembra 1918. godine, a za koje ne postoje dokazi o pravu svojine, kao kulturna baština Crne Gore, državna su svojina." (čl. 62)

"Organ uprave nadležan za poslove imovine dužan je da, u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, utvrdi vjerske objekte i zemljište koji su, u smislu člana 62 ovog zakona, državna svojina, izvrši njihov popis i podnese zahtjev za upis prava državne svojine na tim nepokretnostima u katastar nepokretnosti.

Organ uprave nadležan za poslove katastra je dužan da upis prava iz stava 1 ovog člana izvrši u roku od 60 dana od dana podnošenja zahtjeva."

Prema mišljenju Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (Venecijanske komisije) dato na navedeni Predlog zakona[31] navedene su "odredbe i njihova činjenična pozadina prilično neprecizni i nejasni".

Prema Međunarodnom izvještaju o vjerskim slobodama za 2017. godinu koji objavljuje Ministarstvo vanjskih poslova SAD (Department of State), [32] oko 72 odsto stanovništva je pravoslavne vjere. Lokalni mediji procjenjuju da Srpskoj pravoslavnoj crkvi pripada oko 70 odsto pravoslavnog stanovništva, dok Crnogorska pravoslavna crkva predstavlja preostalih 30 odsto. Popis stanovništva navodi da 19, 1 odsto stanovništva čine muslimani, 3, 4 odsto rimokatolici, a 1, 2

[29] Predlog zakona o slobodi vjeroispovijesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica uradilo je Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, dostavljen je Vladi Crne Gore aktom 04-090-593/19-4, 14. maja 2019. godine.www.minmanj.gov.me

[30] CDL-AD(2004)028.

[31] CDL-AD(2019)010, Mišljenje br. 953/2019, Strazbur, 24. jun 2019. godine.

[32] Ministarstvo vanjskih poslova SAD (Department of State), Kancelarija za demokratiju, ljudska prava i rad, Međunarodni izvještaj o stanju vjerskih sloboda za 2017. – Crna Gora.

odsto su ateisti. Pored toga, 2,6 odsto ispitanika nije dalo odgovor, a nekoliko ostalih grupa, uključujući adventiste sedmog dana (registrovane lokalno kao Hrišćanska adventistička crkva), budiste, Jehovine svjedoke, druge hrišćane i agnostike, zajedno čine manje od 1 odsto stanovništva. Jevrejska zajednica ima oko 350 pripadnika.

Potpisani su "Osnovni sporazumi" između Vlade Crne Gore i niza vjerskih zajednica, kojima se definiše pravni status relevantne vjerske zajednice i uređuju odnosi tih zajednica s državom. Prvi temeljni sporazum odnosio se na Svetu Stolicu i potpisan je 2011. godine. Nakon toga su, 2012. godine, uslijedili Sporazum koji uređuje međusobne odnose između Vlade i Islamske zajednice i Sporazum koji uređuje međusobne odnose između Vlade i Jevrejske zajednice. Dosad nije potpisan sličan sporazum sa Srpskom pravoslavnom crkvom ili Crnogorskom pravoslavnom crkvom.

Praksa Ustavnog suda Crne Gore o slobodi vjeroispovijesti u predmetima apstraktne kontrole

Odlukom Ustavnog suda Republike Crne Gore U br 33/2000 i 36/2000od 12. maja 2003. godine utvrđeno je da odredbe člana 13 Zakona o položaju vjerskih zajednica ("Službeni list SR Crne Gore", br. 9/77) nijesu u saglasnosti s Ustavom Crne Gore.

"Osporenim odredbama člana 13 Zakona se prema mišljenju Suda ograničava, odnosno zabranjuje vjenčanje i krštenje po vjerskom obredu prije zaključenja braka i upisa djeteta u matičnu knjigu rođenih pred nadležnim državnim organima, odnosno propisuju uslovi za mogućnost obavljanja vjerskih obreda vjenčanja i krštenja novorođenog djeteta, čime se ograničava vjerska zajednica (crkva) da na zahtjev građanina (vjernika) slobodno izvrši vjerski obred vjenčanja i vjerski obred krštenja novorođenog djeteta prije ili nezavisno od zaključenja braka i upisa djeteta u matičnu knjigu rođenih kod nadležnih državnih organa. Time se, istovremeno, po ocjeni Ustavnog suda, ograničava sloboda vjeroispovijesti, koja se prije svega sastoji u vjerskom ubjeđenju i praktikovanju vjere. Obaveza države je da u pogledu poštovanja i zaštite osnovnih ljudskih prava, koja se odnose na slobodu vjeroispovijesti, obezbijedi slobodno polje za ispoljavanje vjere, vjerskog ubjeđenja i za mogućnost da se ono slijedi u načinu života, u funkcionisanju vjerskih zajednica kao i slobodno polje za odbacivanje religije i za poštovanje ćutanja o vjerskom ubjeđenju, tako da se slobodno mogu formirati i razviti razna shvatanja i da se samim tim može slobodno i svjesno razviti individual-

no ubjeđenje, jer proklamovana sloboda vjeroispovijesti zahtijeva slobodan izbor svakog građanina."

Rješenjem Ustavnog suda Republike Crne Gore U br. 33/2000 i 36/2000 od 15. marta 2003. godine nije prihvaćena inicijativa za ocjenjivanje ustavnosti odredaba člana 2 istog zakona, povodom inicijative upravne radnje Ministarstva unutrašnjih poslova – Odjeljenja bezbjednosti Cetinje, kojom je ovaj organ izdao uvjerenje na osnovu kojeg je konstatovano osnivanje vjerske zajednice Crnogorske pravoslavne crkve.

"Naime, iz Ustava Republike Crne Gore proizlazi da se slobode i prava ostvaruju na osnovu Ustava, a da se način ostvarivanja sloboda i prava čovjeka i građanina može propisati zakonom u skladu sa Ustavom, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje. Saglasno tome, Republika je ovlašćena da u cilju obezbjeđenja ravnopravnog položaja vjeroispovijesti, slobode vjerovanja, javnog i privatnog ispovijedanja vjere, zakonom uredi osnovna pravila koja su primjenjiva na sve religije i crkve, pravila koja se uklapaju u okvir neutralnog zakonskog poretka, koja treba da obezbijedi punu slobodu vjeroispovijesti. Propisivanjem obaveze prijavljivanja osnivanja ili prestanka rada vjerske zajednice, sadržaja prijave i određivanjem da vjerske zajednice imaju svojstvo građanskog pravnog lica, zakonodavac, po ocjeni Ustavnog suda, nije povrijedio ustavom utvrđene principe o odvojenosti vjeroispovijesti od države o ravnopravnosti vjeroispovijesti o slobodi vjeroispovijesti u uređivanju svoje unutrašnje organizacije i vjerskih poslova. Ovi principi nijesu povrijeđeni ni time što je osnivač vjerske zajednice Zakonom obavezan da osnivanje ili prestanak rada vjerske zajednice, odnosno njenog organa i organizacije, prijavi organu uprave nadležnom za unutrašnje poslove, tj. državnom organu, s obzirom da taj organ ne daje odobrenje za njihovo osnivanje ili prestanak rada, već samo vodi evidenciju tih činjenica. Pri tom je zakonodavac samostalan u ocjeni kojem će organu povjeriti evidentiranje odnosnih činjenica, pa ovaj Sud nije nadležan da ocjenjuje cjelishodnost zakonskog rješenja u tom dijelu."

Ustavni sud Republike Crne Gore je odlukom U. br. 48/05 od 13. septembra 2005. godine utvrdio da odredbe člana 10 stav 2 u dijelu koji glasi: "krsna slava" Statuta Opštine Herceg Novi ("Službeni list Republike Crne Gore – opštinski propisi", br. 15/04) i Odluka o utvrđivanju krsne slave Opštine Herceg Novi ("Službeni list Republike Crne Gore – opštinski propisi", br. 38/04), koju je donijela Skupština Opštine Herceg Novi, na sjednici od 18. novembra 2004. godine, nijesu u saglasnosti s Ustavom i zakonom i prestaju da važe danom objavljivanja date odluke.

"Polazeći od ustavnog principa da su građani jednaki bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo i s tim u vezi da ih niko ne može dovoditi u situa-

ciju da vjera ili drugo ubjeđenje budu razlog odvajanja, nerazumijevanja i razlikovanja, po ocjeni Suda, Skupština opštine je osporenim aktima uvela svetkovanje krsne slave, čime je povrijedila ustavni princip iz člana 34 Ustava, kojim se jamči sloboda ubjeđenja, savjesti i misli. Skupština opštine Herceg Novi je ovakvim propisivanjem uvela vjerske običaje u državne i druge institucije na području opštine Herceg Novi i tome povrijedila ustavni princip odvojenosti crkve od države (član 11 Ustava). Takođe, Ustavni sud je utvrdio da je Skupština opštine Herceg Novi postupila suprotno odredbi člana 23 Zakona o lokalnoj samoupravi, jer nije dobila od Vlade Republike Crne Gore saglasnost na odredbe Statuta kojima se uređuje, između ostalog, i praznik."

Ustavni sud Crne Gore u odluci U-II br. 56/4 od 24. februara 2017. godine nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti odredbe člana 14 stav 1 Ugovora o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i Islamske zajednice u Crnoj Gori, broj 01-427, od 30. januara 2012. godine, koji su zaključile Vlada Crne Gore i Islamska zajednica u Crnoj Gori.

"Osporenom odredbom člana 14 stav 1 Ugovora, po ocjeni Ustavnog suda, vjerniku (pripadniku islamske zajednice u Crnoj Gori) omogućeno je da, ukoliko to želi, javno ispolji nacionalnu pripadnost, vjeroispovijest ili običaj nošenjem kape ili marame, kao sastavnim dijelom nošnje (...) u postupcima pred državnim organima, kao i u sistemu obrazovanja, ako je riječ o učeniku i studentu. Na taj način, po ocjeni Ustavnog suda, donosioci akta su osporenim odredbama člana 14 st. 1 Ugovora, u suštini, pripadnicima Islamske zajednice u Crnoj Gori omogućili ispoljavanje vjerskih osjećanja (nošenje kape ili marame) bez ograničenja, odnosno da zbog ispoljavanja vjerskih osjećanja ne budu neposredno ili posredno diskriminisani prilikom zaposlenja, kao zaposleni, u postupku pred državnim organima, pa i u sistemu obrazovanja, kao učenici i studenti, Zakona o manjinskim pravima i slobodama, kojim je propisano da manjinski narodi i druge manjinske nacionalne zajednice i njihovi pripadnici imaju pravo izražavanja, čuvanja, razvijanja i prenošenja i javnog ispoljavanja nacionalnog, etničkog, kulturnog, vjerskog i jezičkog identiteta, kao dijela njihove tradicije. Ustavni sud je stoga ocijenio da donosioci Ugovora osporenom odredbom člana 14 stav 1 nijesu prekoračili svoja ustavna i zakonska ovlašćenja. Takođe, osporenom odredbom člana 14 stav 1 Ugovora, po nahođenju Ustavnog suda, nije povrijeđeno ni načelo legaliteta iz odredbe člana 145 Ustava, kako u pogledu formalne, tako i u pogledu materijalne zakonitosti.

Navod podnosioca inicijative "da je osporenom odredbom člana 14 stav 1 Ugovora omogućeno religijsko djelovanje u sistemu obrazovanja" Ustavni sud je

ocijenio neosnovanim, jer iz odredbe člana 5, člana 5a stav 1 i člana 19 Opšteg zakona o vaspitanju i obrazovanju proizilazi da se "svjetovnost" obrazovanja i vaspitanja i zabrana religijskog djelovanja, u smislu tog zakona, odnose na sadržinu obrazovnog ili javno važećeg obrazovnog programa čije se sprovođenje vrši u javnim ustanovama koje nijesu licencirane kao srednje vjerske škole, a ne na ispoljavanje vjerskih osjećanja učenika koji stiču obrazovanje na osnovu tih programa. "

Praksa Ustavnog suda u odnosu na pojedinačne pravne akte

Ustavni sud Crne Gore je u svom radu imao samo jedan predmet u vezi sa slobodom vjeroispovijesti, povodom ustavne žalbe, Už-III br. 201/13 od 29. decembra 2016. godine, u kojem je Radović Risto – Amfilohije Radović, mitropolit crnogorsko-primorski Srpske pravoslavne crkve u Crnoj Gori oglašen krivim:

"Zato što je dana 06, 13. i 18. januara 2011. godine u Podgorici i Baru, na javnom mjestu govorom povrijedio nacionalna i vjerska osjećanja građana na način što je 6. januara u Baru ispred Hrama Svetog Jovana Vladimira prilikom obraćanja pravoslavnim vjernicima na ceremoniji polaganja badnjaka proklinjanjem svakog ko bi se usudio da sruši Crkvu Svete Trojice na Rumiji riječima: 'Bog ga srušio, i njega i njegovo potomstvo, časni krst mu sudio', za lidera Demokratskog saveza Albanaca u Crnoj Gori Mehmeda Bardhija izjavio da poziva na novi turski rat i da 'nije dobar znak i moram da pomenem po imenu da gospodin Bardhi koji je musliman neprestano podstiče bezumne ljude da urade isto ono što su uradili Turci osvajači kada su osvojili Bar i kada su srušili časni krst na Rumiji', dok je u Podgorici istog dana oko 17:30 časova, ispred Hrama Hristovog Vaskrsenja pravoslavnim vjernicima i javnosti obratio se riječima: 'jer šta je drugo kad se čuje iz usta nekoga koji kaže da je hrišćanin, pri tom kaže još i da je mitropolit, pa kaže treba srušiti Crkvu Svete Trojice na Rumiji, samo pasja vjera i lažna vjera može tako govoriti pored Ćivota Svetog Petra Cetinjskog', a dana 13. januara u Podgorici oko 16:00 časova pred Crkvom Svetog Đorđa prilikom dočeka Nove godine po julijanskom kalendaru crnogorski jezik nazvao 'čirgilica', dok je 18. januara pozvao na vjerski sukob riječima: 'ukoliko dođe do rušenja crkve to može izazvati neke od džamija, da ne kažem krvoprolića na vjerskoj osnovi', te tako vrijeđanjem, omalovažavanjem i izražavanjem prezira povrijedio vjerska i nacionalna osjećanja građana, čime je počinio prekršaj iz čl. 17 st. 1 Zakona o javnom redu i miru, i izrečena mu je opomena."[33]

[33] Vijeće za prekršaje Crne Gore rješenjem PŽP br. 3000/12 – 8 od 19.12.2012. godine odbilo je žalbu i potvrdilo prvostepeno rješenje.

"Podnosilac ustavne žalbe se pozvao na povredu prava na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti iz odredbe člana 46 Ustava i člana 9 Evropske konvencije, tvrdeći da je osporenim odlukama podnosiocu povrijeđeno pravo na vjeroispovijest, budući da je u bogoslužećem kontekstu ispovijedao vjeru pravoslavnim vjernicima. Podnosilac tvrdi da samo ljudi opterećeni ideološkim predrasudama i mržnjom u odnosu na one koji drugačije misle i govor mogu ovo proglasiti za "jezik mržnje".

Ustavni sud je većinom glasova stao na stanovište da "član 9 Konvencije ne štiti svako djelo podstaknuto i nadahnuto religijom ili vjerovanjem (presuda Kalac protiv Turske), od 1. jula 1997. Evropski sud smatra da u demokratskom društvu u kom u istom stanovništvu istovremeno postoji nekoliko religija, ponekad je potrebno ograničiti ovu slobodu da bi se uskladili interesi raznih grupa i osiguralo poštovanje svake vjere (*presuda Kokkinakis*, stav 33)."

ZAKLJUČAK

Praksa Evropskog suda za ljudska prava u presudama religijske slobode u kojima je odlučivao pokazuje pozitivnu stranu davanjem naglasaka na ideju da ustupanje privilegija velikim crkvama mora biti praćeno priznanjem i stvarnom zaštitom prava religijskih manjina. Saradnja države s crkvama može se javiti u različitim vremenima, ali sloboda koju uživaju religijske grupe i njihovi sljedbenici mora se razumjeti u skladu sa strogom ravnopravnošću. Negativna strana strazburške sudske prakse jeste sklonost ka pridavanju apsolutne nadmoći "neutralnim" zakonima nad pravima individualne svijesti, čije posljedice su štetne za pojedince i za manjinske religijske grupe koje zastupaju moralne vrijednosti koje ne korespondiraju u potpunosti zapadnom nasljeđu, tj. vrijednostima judeo-hrišćanske tradicije združenim sa drugim vrijednostima koje su karakteristične za sekularizam. Praksa Ustavnog suda Crne Gore, u domenu slobode vjeroispovijesti, iako skromna, saglasna je s praksom Evropskog suda za ljudska prava.

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ, M.Sci.,
Judge of the Constitutional Court of Montenegro

FREEDOM OF RELGION IN CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO

Summery

This paper discusses issues concerning the concept of freedom of religion that is defined by the Constitution of Montenegro and the European Convention for the Protection of Human Rights

and Fundamental freedoms. It is a specific type of right that is based on morality and justice, which is above the state, but with its obligation to respect and protect it. This is people's natural right that cannot be restricted by legal norms, because it is an absolute human right, in other words its people's spiritual sphere, its *forum internum,* which has an external component, *externum forum.* The European Court found that the confessions that enjoy the protection are: all traditional churches and Muslim communities but also religious communities of recent times, Jehovah's Witnesses, Church of Scientology, the Unification (Moon's) church, etc. Paper quotes the most recent jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the situation of large churches, small religious groups, rituals, proselytism and internal autonomy, as well as the case law of the European Court of Human Rights on freedom of religion of the individual and the jurisprudence of the Constitutional Court in the cases of the abstract control and constitutional complaint.

Key words: freedom of religion, Constitution of Montenegro, European Court of Human Rights, Constitutional Court of Montenegro

ĐORĐE MARKOVIĆ

TRAMPOVA REFORMA VRHOVNOG SUDA

Još od sredine osamdesetih godina prošlog veka, u SAD je tinjao sukob između demokrata i republikanaca oko imenovanja sudija u najviše federalne sudove u zemlji. Poslednjih godina ovo nadmetanje američkih političkih stranaka je dobilo epske razmere. U radu će biti opisani ključni događaji za razumevanje ovog sukoba kao i uloga najviših državnih organa u procesu imenovanja sudija Vrhovnog suda. Biće prikazana i sva složenost anglosaksonskog pravnog kruga, kojeg pored pisanih pravila čini i veliki broj ustavnih konvencija. Akcenat će biti na najnovijim događajima koji su iz korena potresli američki ustavni sistem, a reč je o imenovanjima dvojice sudija najvišeg suda. Na kraju rada će biti učinjen osvrt na posledice koje ove krupne promene mogu da prouzrokuju, kao i na pouke koje politički činioci u Srbiji mogu da izvuku iz ovog gorkog američkog iskustva.

Ključne reči: *Vrhovni sud, SAD, demokrate, republikanci, proces imenovanja sudija*

U V O D

Kao inspiracija za naslov i temu rada poslužio je gotovo legendarni članak našeg konstitucionaliste i profesora dr Jovana Đorđevića, koji je objavljen u Arhivu za pravne i društvene nauke (knj. XXXIV, br. 4), sada već davne 1937. godine, pod naslovom "Ruzveltova reforma Vrhovnog suda". U njemu je autor obradio tada veoma aktuelnu temu, sukob predsednika Ruzvelta i njegove progresivne po-

---

Đorđe Marković, master pravnik, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta br. 47026, Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije: "Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije".

litike sa konzervativnom sudskom većinom, kao i njegov pokušaj da ovo nesaglasje reši u sopstvenu korist, kako bi mogao neometano da sprovodi svoj politički program. Nasuprot tome, u našem radu će biti analiziran sukob između republikanaca i demokrata oko prevlasti nad Vrhovnim, ali i drugim federalnim sudovima. Ruzvelt je rešavao već nastali problem, dok su naši akteri hteli da trasiraju svoj put unapred, tj. da postave što je moguće više sebi lojalnih sudija, kako bi potom na miru sprovodili svoju politiku. Rad je mogao da nosi naziv i "Republikanska reforma Vrhovnog suda", pošto je mnogo istaknutih republikanksih lidera učestvovalo u ovom procesu, a ne samo ili pretežno predsednik Tramp. Ipak, pošto se radi o dramatičnoj promeni, sličnoj onoj koja se desila sredinom tridesetih godina prošlog veka, opredelili smo se za naslov koji je sličniji naslovu članka našeg velikana.

Za razliku od predsednika Sjedinjenih Američkih Država (u daljem tekstu: SAD) i Senata, koje biraju građani, Vrhovni sud (u daljem tekstu: VS) nastaje posrednim putem. Predsednik SAD vrši primarnu selekciju potencijalnih kandidata, predlaže jednog od njih Senatu, i na kraju, ako Senat posle sprovedene rasprave izglasa predloženog kandidata, predsednik će izvršiti imenovanje. Ustav SAD je još jezgrovitiji: predsednik nominuje, i na osnovu mišljenja i sa odobrenjem Senata, imenuje sudije Vrhovnog suda.[1] Ova norma je na prvi pogled kratka i nedvosmilena. Međutim, mnoga pitanja su ostala otvorena. Odgovore na njih je morala da pruži politička i pravna praksa, koja se razvijala tokom protekla dva veka primene najdugovečnijeg ustava na svetu. Ovo se naročito odnosi na način odlučivanja Senata u ovom procesu. Tako su se pored pisanih pravila koja su zapisana u senatskom poslovniku, razvile i brojne ustavne konvencije.[2] Tokom decenija, praksa je iznedrila rešenja i procedure o kojima pisci američkog ustava nisu mogli ni da sanjaju, poput onih koja su se ustalila krajem 20. veka o značajnoj uključenosti javnosti u proces potvrđivanja sudija VS.[3]

---

[1] Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, Savremena administracija, Beograd, 1984, str. 465. Uporediti: *The Constitution of the United States*, National Center for Constitutional Studies, Malta, 2nd edition, 2005, str. 11.

[2] Tako se ističe da nema ustavnih smernica o ulozi Senata u čitavom procesu, već da je gornji dom američkog Kongresa samostalno i postepeno usvajao pravila koja se tiču ovog postupka. Sve do 1929. senatske rasprave o sudijskim kandidaturama održavale su se iza zatvorenih vrata. Richard Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 64 i 65. Prvo pojavljivanje sudijskog kandidata pred Senatom desilo se 1916. godine. Norman Dorsen, "The Selection of U.S. Supreme Court Justices", *Journal of Constitutional Law*, Vol *4,* No *4*, 2006, str. 658.

[3] U doba pisanja američkog Ustava, učešće javnosti u politici je bilo minimalno, a izbor najviših državnih organa je bio u rukama ograničenog kruga ljudi, uglavnom pripradnika elita. R.

PREDISTORIJA KONFLIKTA

Davno su prošla vremena kada se dešavalo, mada je to i tada bio izuzetak, da predsednik SAD na mesto sudije VS-a kandiduje osobu koja je bliska suparničkoj partiji. Prvi koji je to učinio bio je predsednik Abraham Linkoln (*Abraham Lincoln*), a poslednji Ričard Nikson (*Richard Nixon*).[4] Period koji je nastupio bio je mnogo manje harmoničan sa aspekta odnosa dveju partija. Politički zemljotresi koji su pogodili Vrhovni sud u periodu 2016. i 2017, mogli su se naslutiti i mnogo ranije po "podrhtavanju tla". Početak "sudskih ratova" (*judicial wars*), američki žurnalista Hals vezuje za davnu 1987. godinu i čuveni slučaj sudije Roberta Borka (*Robert Bork*).[5]

Sredinom 1987. godine, predsednik SAD iz republikanskih redova Ronald Regan (*Ronald Reagan*), je obznanio svog kandidata za upražnjeno mesto u Vrhovnom sudu. Sudija Bork je bio istaknuti član prestižnog Apelacionog suda za Distrikt Kolumbiju (*US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*) i bivši državni tužilac (prevod nije najprikladniji, pošto je ovo mnogo složenija funkcija od kontinentalnog tužioca). Umesto slike o "promišljenom konzervativnom teoretičaru i pravniku", javnost je stekla utisak da se radi o "radikalu sa divljim očima koji ne razume svet ni efekte njegovih pravnih stavova na obične ljude".[6] Uprkos svom nesumnjivom pravničkom kvalitetu, Bork je doživeo fijasko u Senatu, posle koga su se republikanci decenijama "pušili".[7] Propast ovog sudi-

Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 86.

[4] Osim Linkolna i Niksona, i drugi republikanski predsednici su nominovali kandidate bliske demokratama. Vilijam Taft (*William Taft*) je to učinio čak tri puta. Dok su Ruzvelt (*Franklin D. Roosevelt*) i Truman (*Harry S. Truman*) jedini demokratski predsednici koji su predložili republikance za sudije Vrhovnog suda. David Savage, *Guide to the U.S. Supreme Court*, CQ Press, Washington, 2010, str. 1052.

[5] Hals ističe da sukob nije nastao preko noći, već je evoluirao i intenzivirao vremenom, hraneći se oštrim stranačkim borbama, a kao ključni momenat označava "gromoglasna slušanja u Senatu" povodom nominacije sudije Borka. Konačni rezultat tog glasanja je bio 58 prema 42, na štetu Borka. Carl Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 57. Ipak, klica sukoba je možda još i ranije posejana. Republikanci su 1968. sprečili demokrate da izaberu sudiju Fortasa (*Abe Fortas*) za predsednika Vrhovnog suda, za šta su im se demokrate osvetile već 1969. odbivši kandidaturu sudije Heinsvorta (*Clement Haynsworth*), a potom i 1970. godine, kada je i sudija Karsvel (*G. Harrold Carswell*) doživeo krah u Senatu. R. Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 40.

[6] R. Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 134.

[7] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 59.

je predstavlja prekretnicu u načinu izbora sudija Vrhovnog suda, pa se često govori o eri pre i posle Borka. Od tog vremena ispitivanja javnog mnjenja su po prvi put opsežno korišćena[8], a mediji su dramatično podigli nivo svog interesovanja za postupak imenovanja sudija VS[9]. Iako se i do tada naslućivala politička dimenzija procesa, od tada je to svima postalo očigledno: "Bitka oko Borka je vođena i dobijena na političkim osnovama".[10] Proces kandidovanja za sudiju VS je postao jedno "naporno putovanje", koje je prema nivou medijskog interesovanja, reklama i političkih obraćanja, počelo da poprima obrise prave izborne kampanje.[11]

Tokom devedestih godina prošlog veka ovaj sukob je tinjao smanjenim intenzitetom, ali je bilo nekoliko situacija koje su ukazivale na ono što će kasnije uslediti. Administracija predsednika Buša Starijeg (*George H. W. Bush*) se 1991. godine susrela sa problemima oko imenovanja sudije Tomasa (*Clarence Thomas*) za sudiju VS, pošto ga je bivša koleginica optužila za seksualno uznemiravanje.

Ipak, u to doba obe stranke su se još uvek suzdržavale od ozbiljnijih sporenja, između ostalog i što su demokrate bile oprezne da ne izgube deo glasačkog tela koje potiče iz afroameričke zajednice, kojoj je i Tomas kao i njegov prethodnik Maršal (*Thurgood Marshall*) pripadao.[12] Za vreme drugog mandata predsednika Klintona (*Bill Clinton*, 1997-2001), republikanci su odbili da potvrde nominaciju sudije Vajta (*Ronnie White*) za jedan od federalnih sudova, dok su sudije Paez (*Richard A. Paez*) i Berzon (*Marsha Berzon*) čekali po nekoliko godina da budu imenovani na funkcije u istaknuti Apelacioni sud Devetog okruga (*US Court of Appeals for the Ninth Circuit*).[13]

DEMOKRATE AKTIVIRAJU "NUKLEARNU OPCIJU"

Ping pong igra demokrata i republikanaca do punog izražaja dolazi tokom prvog mandata predsednika Buša Mlađeg (*George W. Bush*). Republikanska nominacija Estrade (*Miguel Estrada*) za sudiju Apelacionog suda Distrikta Kolumbija je propala usled parlamentarne opstrukcije (*filibuster*) kojom su se demo-

[8] R. Davis, *Electing Justice – Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, New York, 2005, str. 122.

[9] U odnosu na period pre "Borkove ere", broj članaka koji su se bavili ovom tematikom, povećavao se za 38% u čuvenom Njujork Tajmsu (*New York Times*), dok je magazin Tajm (*Time*) imao uvećanje za čitavih 300%. *Ibidem*, str. 98.

[10] *Ibidem*, str. 33.

[11] *Ibidem*, str. 62.

[12] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 62.

[13] *Ibidem,* str. 63.

krate poslužile kako bi sprečile njegov izbor. [14] Naime, republikanci su u sedam navrata bezuspešno pokušavali da pravaziđu opstrukciju tzv. "zatvaranjem" rasprave, za šta je bilo neophodno postići 2/3 većinu u Senatu. Na kraju je sam kandidat odustao u martu 2003. godine. Estrada je bio prvi kandidat za sudiju nekog apelacionog suda čiji je izbor bio opstruiran, kao i prvi sudija koji je imao podršku većine senatora a da pri tome nije bio izabran.[15]

Kada se u narednim godinama borba zaoštrila, demokrate su se pokajale zbog svog postupanja, a sam Estrada je u jednom autorskom tekstu pravilno zaključio da se republikanci i demokrate međusobno optužuju za potpuno napuštanje pravila i normi koje se tiču procesa potvrđivanja sudijskih kandidata.[16] Demokrate su nastavile da blokiraju republikanske kandidate za mesta u federalnim sudovima (*Owen, Brown*, *Pryor*), tako da se nekoliko njih našlo na sredini puta do imenovanja. Poslednji pokušaj da se očuva duh konsenzusa u Senatu je bilo stvaranje neformalne četrnaestočlane grupe senatora (*The Gang of Fourteen*).[17] Sedmoro senatora iz obe stranke trebalo je da s jedne strane, omogući prevazilaženje opstrukcije, a sa druge da onemogući aktiviranje tzv. nuklearne opcije. Zahvaljujući ovom džentlmenskom sporazumu, pomenuti republikanski kandidati su imenovani za sudije federalnih sudova. Iako je ova nezavidna situacija bila prevaziđena, lideri poslaničkih grupa nisu bili zadovoljni, jer su izgubili na svom uticaju, pošto kao i u svakom kompromisu i u ovom je svako po nešto izgubio, a obe strane su prvobitno imale maksimalističke ciljeve.[18]

Kao u pravom ratu, kada jedan od suparnika uspe da konsoliduje svoje redove, uzvraća se istom merom. "Kontranapad" republikanaca je otpočeo 2010. godine, kada su na izborima uspeli da povrate nekoliko mesta u Senatu, čime su ojačali svoju poziciju u ovom telu i započeli sa opstrukcijom demokratskih imenovanja. Usled toga, tadašnji predsednik Obama (*Barack Obama*) i demokratski

[14] "Estradina kandidatura za Apelacioni sud distrikta Kolumbija – koji je oduvek bio odskočna daska za viši sud – bila je snažno podržana od nekih konzervativnih hispanskih grupa za podršku kao i uticajnih privrednika, mada su se neke liberalne organizacije snažno suprotstavljale ili bile neutralne. *Ibidem,* str. 69.

[15] *Ibidem,* str. 77.

[16] *Ibidem,* str. 80–81.

[17] Da bi se prevazišla opstrukcija stvorena je grupa četrnaestorice senatora, po sedam iz obe stranke. Senatska mesta su bila podeljena u odnosu 55:45 u korist republikanaca, tako da je prema ovoj formuli sedam demokrata u zbiru sa republikancima omogućavalo prevazilaženje opstrukcije (62 glasa od 60 neophodnih), dok je istovremeno sedam republikanskih glasova na strani demokrata značilo da su republikanci onemogućeni da posegnu za tzv. nuklearnom opcijom (republikanci bi ostali na 48 glasova, dva manje od neophodnog broja od 50 glasova). *Ibidem,* str. 88.

[18] *Ibidem,* str. 91.

senatori su u nekoliko navrata bezuspešno pokušavali da popune nekoliko značajnih mesta u federalnim sudovima.[19] Pošto je ovakvo stanje potrajalo, konačno, 2013. godine demokrate su izgubile strpljenje i povukle potez posle koga više ništa nije bilo isto. Prvi put u istoriji, u procesu potvrđivanja kandidata za federalne sudove je upotrebljena tzv. nuklearna opcija. "U skladu sa presedanom kojeg je Senat danas, 21. novembra 2013. uspostavio, za zaključivanje rasprave i prelazak na glasanje za kandidate, izuzev kandidata za Vrhovni sud SAD, glasaće se običnom većinom" – na ovaj način se Senatorima obratio predsedavajući senatskog Odbora za pravosuđe, demokrata i najstariji senator, Patrik Lejhi (*Patrick Leahy*).[20]

Do ovog momenta važilo je pravilo da je za okončanje rasprave o sudijskom kandidatu i prelazak na glasanje bilo neophodno da se postigne 3/5 većina, odnosno da se pridobije 60 glasova senatora.[21] Ovim činom je narušeno "sveto" pravilo Senata, koje ga je razlikovalo od Predstavničkog doma, da i manjina mora imati određeni doprinos u donošenju odluka. Kao što je demokratski senator Karl Leven (*Carl Levin*) primetio, ovo je bio kratkoročni dobitak, nekoliko sudija je imenovano, ali je stvoren loš presedan, kojim je omogućeno da većina menja pravila po svom nahođenju, što znači da pravila više nema.[22] Ili, drugim rečima, "ako je većina u Senatu pokazala da ovakvu promenu može da izvrši jednom, nema pravila koje bi je obavezivalo, pa se tako bilo koja druga većina u budućnosti može osećati slobodnom da iskoriti istu vlast – ne samo u slučaju sudija i kandidata za izvršne funkcije, već i za zakonodavna pitanja".[23] Ipak, postoji i suprotan stav da je ovo pravilo koje je najčešće primoravalo većinu da sarađuje sa manjinom korisno po pitanju nekih drugih nadležnosti Senata, ali ne i u pomenutoj, jer "narušava osetljivu ravnotežu koju su osnivači predvideli vezano za sudijska imenovanja".[24]

---

[19] Kako bi se postigao "maksimalni efekat" pažljivo je izabrano troje sudijskih kandidata. Ne samo da se radilo o pravnicima neupitne stručnosti, već se vodilo računa i o drugim osobinama: kandidovane su dve žene i jedan pripradnik manjinske zajednice – Afroamerikanac. *Ibidem,* str. 102.

[20] Nuklearna opcija (pravilo) je dobila svoj naziv po analogiji sa atomskim oružjem – izuzetno ubojito sa teško predvidivim posledicama. *Ibidem,* str. 111.

[21] Rules of the Senate, *https://www.rules.senate.gov/rules-of-the-senate*, 20.09.2019.

[22] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 113.

[23] *Ibidem*, str. 112.

[24] Michael Tolley, "Legal Controversies over Federal Judicial Selection in the United States: Breaking the Cycle of Obstruction and Retribution over Judicial Appointments", *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World* (editors Kate Malleson and Peter H. Russell), University of Toronto Press, 2006, str. 84–85.

TRAMPOVE SUDIJE

Propast Garlandove kandidature

Po svom značaju, godina 2016. ostaće zasigurno krupnim slovima zabeležena u američkim političkim i ustavnim analima. Početkom februara te godine, preminuo je legendarni sudija Vrhovnog suda Antonin Skalija (*Antonin Scalia*). U svojoj knjizi, Hals ističe da ovaj događaj usled sudijinog lošeg zdravlja nije bio veliko iznenađenje, ali da je ipak predstavljao "šok za naciju" jer se radilo o "epskoj figuri" koja je provela u sudu više od tri decenije. Njegov odlazak podstakao je kompleksnu političku borbu i to u veoma nezgodnom trenutku, u poslednjoj godini drugog Obaminog mandata. Hals jezgrovito i pomalo pompezno opisuje posledice ovog događaja: "To će presuditi o pobedniku predsedničkih izbora, suštinski izmeniti prirodu Senata SAD i ubrzati transformaciju Vrhovnog suda u politizovano telo koje služi kao produžetak našeg gorkog strančarenja, umesto da bude nezavisni arbitar koji se izdiže iznad svih".[25]

Svega ovoga ne bi bilo da vođa (republikanske) većine u Senatu[26], Mič MekKonel (*Mitch McConnell*), nije istupio sa sada već legendarnom izjavom da i američki građani treba da daju svoj glas prilikom izbora sudije Vrhovnog suda.[27] Ovakav stav republikanci su poduprli i pozivajući se na izjavu nekadašnjeg predsednika senatskog Odbora za pravosuđe, inače demokrate, Bajdena (*Joe Biden*), koji je u junu 1992. godine (koja je takođe bila izborna) poručio predsedniku Bušu Starijem da treba da se pridržava tradicije svojih prethodnika i da ukoliko se pojavi upražnjeno mesto u Sudu, ne treba da predlaže kandidata dok se predsednički izbori ne okončaju.[28] Stav iznet u pomenutom govoru republikanci su podigli na nivo presedana – nema imenovanja u izbornoj godini; nazivajući ga "Bajdenovim pravilom" (*Biden Rule*), istovremeno ističući da oni ni jednoga trenutka nisu napadali ličnost sudije Garlanda, već da su se samo držali ustanov-

[25] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 10.

[26] Tokom 114. saziva, u periodu 2015–2017, republikanci su imali 54, a demokrate 44 mesta u Senatu, dok su preostala dva sedišta pripadala nezavisnim senatorima, *https://www.senate.gov/pagelayout/history/one_item_and_teasers/partydiv.htm*, 20.09.2019.

[27] McConnell throws down the gauntlet: NoScalia replacement under Obama, *https://www.politico.com/story/2016/02/mitch-mcconnell-antonin-scalia-supreme-court-nomination-219248*, 20.09.2019.

[28] Joe Biden Argued for Delaying Supreme Court Picks in 1992, *https://www.nytimes.com/2016/02/23/us/politics/joe-biden-argued-for-delaying-supreme-court-picks-in-1992.html*, 20.09.2019.

ljenog pravila.[29] Nasuprot ovome, postojali su argumenti da američki Ustav nigde ne ograničava predsednika po pitanju imenovanja, već da mu naprotiv to omogućava čak i kada Senat nije u zasedanju (*recess appointments clause*); da su se građani već dvaput izjasnili, 2008. i 2012, birajući predsednika Obamu, time mu dajući mandat i za vršenje imenovanja; kao i da istorijski primeri idu u prilog tome da se imenovanje može izvršiti i u izbornoj godini.[30]

Kako o ovom pitanju američki narod svoj glas može da iskaže jedino na posredan način, republikanski plan je bio da se predsednik onemogući u imenovanju novog sudije, tj. da mesto ostane upražnjeno dok novi predsednik SAD ne bude stupio na dužnost, posle izbora koji su se održavali u novembru 2016. godine. Ipak, kao što se i moglo očekivati, predsednik Obama je sredinom marta 2016. kandidovao federalnog sudiju Merika Garlanda (*Merrick Garland*) na upražnjeno Skalijino mesto. Republikanci nisu mnogo marili za ovu kandidaturu, pa je tako predsednički kandidat Donald Tramp (*Donald Trump*), u maju 2016. izašao u javnost sa listom potencijalnih kandidata za ovo mesto, u slučaju da on bude izabran.[31] Krajem septembra, uoči samih izbora, Tramp je izašao sa novom listom kandidata na kojoj se našlo i ime budućeg sudije Nila Gorsača (*Neil Gorsuch*). Ovim je upražnjeno mesto u Vrhovnom sudu postalo deo predizborne kampanje što je dodatno pogoršalo odnose dveju političkih stranaka i rasplamsalo "sudske ratove". Iako se i ranije dešavalo da predsednički kandidati podele svoj stav o tome kakvog bi sudiju mogli da predlože (po "kalupu" u odnosu na njegovog prethodnika), ovim potezom, republikanci su se odlučili na nešto što do tada niko nije uradio. Uprkos riziku da bi tako rano iznošenje imena kandidata u javnost moglo da omogući dosta vremena protivnicima da pronađu mrlje u njihovim biografijama, prevagnula je procena da će korist od takvog poteza biti veća.[32]

[29] Donald McGahn, "A Brief History of Judicial Appointments from the Last 50 Years through the Trump Administration," *William & Mary Law Review Online*, 60, 2018-2019, str. 123–124. Republikanci su se oslanjali i na maglovito Turmondovo pravilo (*Thurmond rule*), nazvano prema senatoru koji je sredinom 20. veka predsedavao Odborom za pravosuđe. U skladu sa ovim pravilom Senat treba da zastane sa razmatranjem sudijskih kandidatura u izbornoj godini. C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 17.

[30] U toku 20. veka, desila su se četiri imenovanja sudija Vrhovnog suda tokom izborne godine (1932. *Benjamin Cardozo*, 1940. *Frank Murphy*, 1956. *William Brennan*, 1988. *Anthony Kennedy*). Carl Tobias, "Confirming Supreme Court Justices in a Presidential Election Year", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 4, 2017, str. 1092 i 1093.

[31] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 2.

[32] *Ibidem*, str. 53.

Pošto Garland nije dobijao šansu ni da se pojavi u Senatu, demokrate su žustro napadale svoje oponente, na šta su republikanci imali spreman odgovor. Isticali su Obaminu ulogu u slučaju sudije Alita (*Samuel Alito*) iz 2006. godine, kao "prvog predsednika u istoriji" koji je uskratio podršku jednom sudiji Vrhovnog suda.[33] Jedan od razloga zašto je nominacija sudije Garlanda, uprkos njegovoj nespornoj stručnosti i reputaciji propala, je taj što je bio suviše "u sredini" – "bled kandidat". Nije bio pripadnik ni jedne etničke ili verske grupe, koja bi mogla da bude politički interesantna, niti je pripadao manje zastupljenom polu. Činilo se da su i same demokrate digle ruke od svog kandidata, tj. da su bili spremni na opciju da ako njegova kandidatura ne uspe, a predsednički kandidat Hilari Klinton (*Hillary Clinton*) postane predsednica SAD, da bi ona mogla da načini "uzbudljiviji izbor".[34]

Na kraju je, kao i obično, presudio finansijski momenat. Donatori su procenjivali gde će se investicija najviše isplatiti i trudili su se da njihov čin bude "prepoznat i cenjen", a to je tokom 2016. definitivno bila predizborna trka. Tako je presudila ideja – investirati u pobedu Hilari Klinton, a potom će ona svakako nominovati sudiju demokratskih uverenja, a da li je to Garland ili neko drugi, njima je to bilo manje bitno.[35] Pokušavajući da nekako preokrene već izgubljenu situaciju, predsednik Obama je indirektno priznao i da su demokrate grešile i želeo je da svojim pomirljivim tonom ipak navede senatore da omoguće Garlandu da se makar pojavi pred Senatom. On je tako isticao da stranačke borbe izazivaju jedan začarani krug vraćanja "milog za drago", što će predsednika SAD bilo kog stranačkog opredeljenja onemogućiti u vršenju svojih ustavnih funkcija. Kako bi pojačao svoje argumente, istakao je i da će nastavak sudijskog rata (u konkretnom slučaju nastavak blokade Garlandove kandidature) uticati nepovoljno na reputaciju Vrhovnog suda, a biće ugroženo i poverenje u sudove kao i u demokratiju.[36] Iako se

[33] *Ibidem*, str. 136.

[34] Kada je u martu 2016. godine Obama održao konsultacije sa senatorima i upitao republikance da li oni imaju neke kandidate koje bi on mogao da razmotri, MekKonel je tada jasno rekao: "Gospodine predsedniče, Vi nećete popuniti ovo upražnjeno mesto u Vrhovnom sudu". C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 45–125. U prilog ovoj MekKonelovoj izjavi služi i istorijsko iskustvo da jedan od preovlađujućih razloga za opstrukciju nije onaj koji se tiče biografije određenog sudijskog kandidata, već da je to otpor koji postoji prema ličnosti predsednika. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Editors Kermit L. Hall, James W. Ely, Jr. Joel B. Grossman, Oxford University Press, Second Edition, New York, 2005, str. 692.

[35] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 137.

[36] *Ibidem,* str. 120.

ovo predviđanje pokazalo kao tačno, bilo je suviše kasno da se ratne sekire zakopaju. Garlandova kandidatura je propala i u anale otišla kao jedna od najdužih u istoriji SAD, jer je zvanično trajala 293 dana, od marta 2016. do janura 2017.[37]

Gorsač stupa na "ukradeno mesto"

Kada je stupio na funkciju u januaru 2017. godine, novi predsednik Donald Tramp nije gubio vreme i odmah je pokrenuo postupak za imenovanje nedostajućeg sudije Vrhovnog suda. S obzirom da se sudija Gorsač nalazio na drugom spisku koji je Tramp objavio uoči izbora, može se zaključiti da su republikanci u određenoj meri uvažili preferencije svog biračkog tela, a pri tome su ostali dosledni i svojoj ideologiji i opredeli se za sudiju konzervativnih uverenja. Upravo ova ideološka potka budućeg sudije je za demokrate bila najveća i gotovo jedina prepreka da podrže njegovu kandidaturu, pa su stoga otpočeli sa snažnom parlamentarnom opstrukcijom. Republikanci su ovakvo ponašanje demokrata smatrali svojevrsnim poklonom, s obzirom da im je to dalo povoda da posegnu za proširenjem primene "nuklearne opcije".[38] To se i dogodilo početkom aprila, kada su republikanci uspeli da zatvore raspravu prostom većinom, ukidajući dotadašnje 2/3 pravilo tj. "pravilo o 60 glasova". Ovim je primena "nuklearne opcije" proširena i na imenovanja sudija Vrhovnog suda, čime je ukinuto ograničenje koje su demokrate uspostavile nekoliko godina ranije, da se prostom većinom mogu zatvarati samo rasprave povodom imenovanja sudija federalnih sudova.

Konačno, Senat je potvrdio Gorsačevu kandidaturu tako što je 54 senatora glasalo za (trojica su bila iz redova demokrata) a 45 protiv. Demokrate su bile ogorčene jer su smatrale da je Gorsač stupio na mesto koje je "ukradeno" njihovom kandidatu.[39] Bilo kako bilo, Vrhovni sud je radio više od godinu dana u kr-

---

[37] "Neomogućavanje sudiji Garlandu da se pojavi pred Senatom je bio potez bez presedana koji je podrio poverenje javnosti prema Sudu i postupku potvrđivanja [...]". C. Tobias, "Confirming Supreme Court Justices in a Presidential Election Year", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 4, 2017, str. 1108.

[38] Tako je bivši Trampov savetnik Donald MekGan (*Donald McGahn*), koji je predsedniku preporučio i sudiju Gorsača i Kavanaga, izjavio da on ne bi pokretao opstrukciju u Senatu da je bio na mestu demokrata kada se radilo o Gorsačevoj kandidaturi, već da bi sačekao sledeću bitku. Donald McGahn, "A Brief History of Judicial Appointments from the Last 50 Years through the Trump Administration", *William & Mary Law Review Online*, 60, 2018-2019, str. 125.

[39] C. Tobias, "Confirming Supreme Court Justices in a Presidential Election Year", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 4, 2017, str. 1104. Slično ovome, Gorsačev izbor je bivao okarakterisan kao "nelegitiman". Daniel Epps, Ganesh Sitaraman, "How to Save the Supreme Court", *Yale Law Journal* (forthcoming 2019) 129, [Draft April 1, 2019], str. 5.

njem sastavu, sa osam sudija. [40] Od 1946. godine oko 20% svojih odluka, Vrhovni sud je doneo u nepotpunom sastavu, pa stoga postoje predlozi da se usvoji norma koja bi dozvolila Sudu da reaktivira penzionisane sudije dok postoji upražnjeno mesto, tj. dok se ne okonča postupak imenovanja novog sudije.[41]

Kavanag na krilima "nuklearne opcije"

Odlazak u penziju sudije Kenedija (*Anthony Kennedy*) je bio još jedan poklon koji su republikanci oberučke prihvatili. U julu 2018. godine, predsednik Tramp je nominovao Breta Kavanaga (*Brett Kavanaugh*) za novog sudiju Vrhovnog suda. U poređenju sa sudijom Gorsačem, Kavanagova biografija je bila mnogo kontroverznija. Od otvorenog političkog angažmana u administraciji predsednika Buša Mlađeg, do optužbi za seksualno uznemiravanje počinjeno u tinejdžerskim godinama, do pravnih stavova koji nikoga nisu ostavljali ravnodušnim. Takođe, u razgovoru sa senatorima iz redova demokrata odavao je utisak "prezira i nepoštovanja", što je dovelo do toga da njegov nastup bude ocenjen kao "neprikladan za jednog sudiju".[42] Rečju, proces potvrđivanja ovog kandidata nije protekao nimalo lako.[43]

Uprkos energičnom protivljenju javnosti i demokratske manjine u Senatu, republikanci su tesnom većinom dobili još jednog sudiju u najvišem sudu SAD. Dva su zanimljiva momenta u ovom slučaju. Prvi, da nuklearno pravilo nije bilo prošireno i na sudije VS-a u slučaju sudije Gorsača, gotovo bi nemoguće bilo da se ono uvede u tako složenoj situaciji kakva je bila izbor sudije Kavanaga. Drugi, potvrda Senata je učinjena tesnom većinom 50:48.[44] Ukupno 49 republikanaca

[40] Ako se izuzmu imenovanja iz 19. veka i slučaj sudije Fortasa, mesto sudije Skalije je najduže bilo upražnjeno u novijoj istoriji. The longest Supreme Court nomination delay in history, *https://constitutioncenter.org/blog/the-longest-supreme-court-nomination-delay-in-history*, 10.09.2019.

[41] Ryan Black, Amanda Bryan. "Calling in the Reserves: Judicial Replacements on the U.S. Supreme Court", *Justice System Journal*, vol. 35, no. 1, 2014, str. 18.

[42] D. Epps, G. Sitaraman, "How to Save the Supreme Court", *Yale Law Journal* (forthcoming 2019) 129, [Draft April 1, 2019], str. 6.

[43] Ovo je slikovito priznao i MekGan: "Ovde se jednim delom radilo o Borku, jednim od Tomasu, a jednim ne znam ni ja o čemu. Glasovi u Vašingtonu su govorili da je to bilo Borkovo mesto – i to je istina, to je bilo mesto za koje je Bork bio nominovan". D. McGahn, "A Brief History of Judicial Appointments from the Last 50 Years through the Trump Administration," *William & Mary Law Review Online*, 60, 2018–2019, str. 125.

[44] Reč je o jednom od najtešnjih rezultata glasanja u američkoj istoriji. D. Epps, G. Sitaraman, "How to Save the Supreme Court", *Yale Law Journal* (forthcoming 2019) 129, [Draft April 1, 2019], str. str. 2.

i jedan demokratski senator su bili za, dok je protiv glasalo 46 demokrata i dvoje nezavisnih senatora. Jedan republikanski senator je bio odsutan, pa je njegov glas bio "uparen" sa negativnim glasom republikanske senatorke, Lize Murkovski (*Lisa Murkowski*), te njihovi glasovi nisu ušli u konačni zbir.[45] Demokrate su stradale od onog istog "nuklearnog" oružja koje su upotrebile misleći da će samo njima koristiti, ali im se takav stav vratio kao bumerang. Konačno, pored ukidanja 2/3 praga za zatvaranje rasprave, republikanci su napustili i konvenciju "plavih listova" koja je primenjivana prilikom senatskog potvrđivanja kandidata za niže federalne sudove. Tako su početkom 2019. godine, republikanci sa Trampom na čelu, došli u situaciju da u jednom danu odlučuju o četrdeset kandidata za apelacione i sudove u distriktima. "Jasno je, sudovi su postali nastavak i arena za vođenje stranačke politike koja je već bila progutala druge dve grane vlasti – zakonodavnu i izvršnu".[46]

VRHOVNI SUD ILI REPUBLIKANSKI KLUB

Jedan od faktora koji je doprineo da se stranačka borba oko sudijskih imenovanja rasplamsa je svakako i kohabitacija ili "podeljena vlada" (*divided government*).[47] Ovde je zapravo reč o situaciji da predsednikova stranka nema većinu u Senatu, pa je primorana na kompromise sa opozicionom partijom. Tako su se, polazeći od jedne ustavne norme koja propisuje učešće samo dva organa, u političku borbu oko mesta u VS-u uključile i brojne interesne grupe, mediji (nji-

[45] Ovde je reč o svojevrsnoj konvenciji, neformalnom dogovoru koji se pre glasanja sklapa među senatorima (kao i pripadnicima Predstavničkog doma), o tome da onaj senator koji unapred zna da će biti sprečen da se izjasni u danu za glasanje, traži svog para – radi se o dva parlamentarca koji zastupaju suprotno stanovište o određenom pitanju koje se nalazi na dnevnom redu, koji su postigli dogovor da dok je jedan od njih odsutan, glas onog drugog se neće računati, što dovodi do toga da se u konačnom zbiru ta dva glasa anuliraju. Henry Robert, *Robert's Rules of Order Revised*, 1915 Version, Public Domain, str. 88.

[46] Konvencija "plavih listova" (*blue slip*) predviđa da je za glasanje o određenom sudijskom kandidatu za federalne sudove neophodno da postoji saglasnost senatora iz njegove savezne države. Saglasnost ili protivljenje se izražava na plavom papiru po kome je konvencija i dobila ime. Senatori raspolažu i opcijom da ne vrate papir, što se tumači kao protivljenje, pa je tako nastalo pravilo – nema rasprave bez papira. U februaru 2019. godine, dogodilo se da jedan kandidat bude izabran uprkos negativnom stavu obojice senatora njegove matične države. C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 281–287.

[47] "Tokom poslednja dva veka, međutim, podeljena vlada je u američkoj politici postala više rutina nego izuzetak. Ono što Francuzi nazivaju 'kohabitacijom' – kada opoziciona stanka deli odgovornost u vršenju vlasti – postala je uobičajena pojava u američkoj nacionalnoj politici". *Ibidem*, str. 79.

hovi korisnici su i Bela kuća i Senat podjednako), što sve u zbiru daje jednu "visokoprofilisanu šaradu" u kojoj se dijalog između senatora i kandidata vodi tek reda radi.[48] Javne rasprave u Senatu su "nesavršeno sredstvo za ocenu kandidata" jer ih senatori koriste kao pogodno tle da drže političke govore umesto da se bave kvalifikovanošću kandidata.[49] U ovoj nemilosrdnoj stranačkoj borbi, bilo da se pruža podrška ili da se oponira kandidatu, primenjuje se taktika "poseci i spali", u kojoj je "pobeda slatka jer obuhvata težak poraz suprotstavljene strane".[50] Umesto da proces potvrđivanja sudijskih kandidata pred Senatom doprinosi "temeljnosti i otvorenosti, kako bi parlamentarci mogli da ispune svoju ustavnu dužnost da savetuju i daju saglasnost [...]" u kome "Republikanci i demokrate treba u potpunosti da sarađuju tokom razmatranja kandidature", on se pretvorio u nemilosrdnu borbu zakletih protivnika, "upadljivo strančarenje, oštru podeljenost i sistematske činove osvete".[51] Ovakvom stanju stvari je svaka strana doprinela na svoj način. Kada su demokrate uvele "nuklearnu opciju" na mala vrata, jedan od razloga za takvu odluku je bio i taj da su imali većinu u Senatu u dugom periodu, tako da mnogi senatori iz njihovih redova nisu znali šta znači biti u manjini i stoga nisu dovoljno cenili "vrednost senatskih pravila koja se tiču zaštite manjine".[52]

S druge strane, republikanci su svojom blokadom Senata u Garlandovom slučaju uspostavili jedan "opasan, čak i radikalan presedan" jer je njihovo ponašanje bilo "*sui generis* i lišeno samoograničenja".[53] Da je ovde bilo reč o jednoj politički oportunoj odluci u prilog govori novija izjava pomenutog senatora MekKonela, da ako bi se upražnjeno mesto pojavilo tokom 2020. godine, da bi on podržao imenovanje sudije VS-a učinjeno od strane predsednika Trampa, iako je to izborna godina, kao što je bila i 2016.[54]

---

[48] "Senatori se pretvaraju da postavljaju pitanja na koja će kandidat zapravo odgovoriti, a kandidat se pretvara da odgovara na pitanja koja su Senatori zapravo postavili". *Ibidem*, str. 109- 144–160.

[49] N. Dorsen, "The Selection of U.S. Supreme Court Justices", *Journal of Constitutional Law*, Vol *4,* No *4*, 2006, str. 661.

[50] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 62.

[51] C. Tobias, "Confirming Supreme Court Justices in a Presidential Election Year", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 4, 2017, str. 1100–1104.

[52] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, HarperCollins Publishers, New York, 2019, str. 107.

[53] C. Tobias, "Confirming Supreme Court Justices in a Presidential Election Year", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 4, 2017, str. 1100.

[54] Mitch McConnell says he would seek to confirm a Trump Supreme Court pick in 2020 if a vacancy opened, after he refused to do it in 2016, *https://www.cnbc.com/2019/05/29/mitch-mcconnell-says-he-would-seek-to-fill-supreme-court-vacancy-in-2020.html*, 20.09.2019.

U svakom slučaju, u Vrhovni sud su dospela dvojica sudija koji su poznati po pisanju "uticajnih odluka" u kojima interpretiraju zakone na taj način da oni služe "kao sredstvo za oduzimanje vlasti od države".[55] Pored toga što je imenovanje sudije Kavanaga bilo jedno od najdramatičnijih, ako se u obzir uzme konačni odnos glasova kao i sve ono što je tom činu prethodilo, posledice njegovog imenovanja su "seizmičke". Njegovim dolaskom, u Sudu je stvorena konzervativna većina, što je svakako bio jedan od dugo sanjanih snova za republikance. Pitanje koje se nameće je da li će Sud postati samo jedno političko telo – "podeljeno prema partijskim linijama", čiju većinu sudija jedna polovina države doživljava kao političke agente koji "rade za drugi tim".[56] Ukoliko je odgovor pozitivan, onda će prva na udaru biti njegova legitimnost, koja će se teško održati u takvim uslovima. Pored gubitka legitimiteta, iako republikanci deluju kao kratkoročni pobednici, svi će biti na gubitku, i sam Sud kao i američki građani.[57]

Republikanci su izvojevali nekoliko pobeda: prvo, najpre je njihov kandidat osvojio predsedničke izbore, između ostalog i zbog toga što je kao jednu od tema u kampanju uveo i pitanje budućeg naslednika sudije Skalije; drugo, postavili su konzervativnog sudiju na upražnjeno mesto u VS-u; i treće: proširili su tzv. nuklearno pravilo i na sudije Vrhovnog suda, što im je omogućilo da imenuju i drugog konzervativnog sudiju, iako njegov izbor sa aspekta ličnih karakteristika nije bio neupitan. Ako se ovome doda i veliki broj federalnih sudija koji su imenovani za vreme Trampovog mandata, jasno je da će se republikanski uticaj u američkom društvu osećati decenijama, čak i onda kada ne budu na vlasti. J. Đorđević je svoj članak završio rečima: "Time Ruzveltova reforma ima za opštu posledicu da vlada zakona ponovo pođe u korak sa vladom ljudi".[58] Kakve će biti posledice republikanskih reformi, to niko sa sigurnošću ne može da kaže, ali je jasno da u američkoj politici više ništa neće biti kao nekada.

ZAKLJUČAK

Na kraju, postavlja se pitanje šta bi mogle da budu pouke za Srbiju iz ovog nadasve dramatičnog američkog iskustva. Jasno je da Ustavni sud Republike Srbi-

[55] C. Hulse, *Confirmation Bias: Inside Washington's War Over the Supreme Court, from Scalia's Death to Justice Kavanaugh*, Harper Collins Publishers, New York, 2019, str. 3.

[56] D. Epps, G. Sitaraman, "How to Save the Supreme Court", *Yale Law Journal* (forthcoming 2019) 129, [Draft April 1, 2019], str. 2–4–5.

[57] *Ibidem*, str. 3.

[58] Jovan Đorđević, "Ruzveltova reforma Vrhovnog suda", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knj. XXXIV, br. 4, 1937, str. 367.

je i pored svoje relativno duge tradicije još uvek nije izgradio onaj ugled koji uživa Vrhovni sud SAD. Takvom stanju doprineo je odnos nedovoljnog poštovanja Suda od strane drugih institucija, mediji kojima vesti iz Suda i o Sudu nisu preterano zanimljive, kao i sam Sud. Slično kao i u SAD, naš Ustav ne precizira kako se tačno vrši selekcija ustavnih sudija. Zbog toga ostaju otvorena mnoga pitanja, između ostalih i kako kolektivni organi kao što su Narodna skupština, Vrhovni kasacioni sud, Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca vrše svoju ustavnu dužnost izbora sudija. Pošto ni Zakon o ustavnom sudu ne sadrži nikakva pravila koja se tiču ove materije, ova važna pitanja su prepuštena regulisanju putem internih akata pomenutih organa. Ovakva situacija ostavlja mogućnost da se pojave mnoge nedorečenosti i pravne praznine u čitavom postupku. Da situacija bude još složenija, prema nacrtu amandmana na Ustav Srbije, koji se nalaze u početnoj fazi postupka pred Narodnom skupštinom, na teži način će se postajati član visokih sudijskih i tužilačkih saveta negoli sudija Ustavnog suda.[59]

Što se tiče medija, utisak je da ni oni nemaju dovoljno izgrađen stav, a ni svest o značaju ove institucije, pa je tako nedavno održan izbor jednog broja sudija u medijima propraćen šturo i jedva primetno.[60] Kada je reč o samom Sudu, kao da ni on ne želi da se preterano eksponira u javnosti, o čemu svedoči gotovo zanemarljiv broj održanih javnih rasprava, pojavljivanja u medijima, ali i izostanak pravovremenog i odlučnijeg rešavanja politički osetljivih predmeta. Američko iskustvo nas uči da čak i države sa tako dugom demokratskom tradicijom mogu da dospeju u jedan začarani krug neobuzdanih političkih i stranačkih borbi, koje mogu da izazovu nesagledive i nepredvidive posledice.

U slučaju Srbije, koja još uvek gradi svoje krhke institucije, od ključne je važnosti da politički akteri budu svesni uloga koje im je društvo poverilo, jer ukoliko se jednom krene u raspakivanje sistema, niko ne može da predvidi gde će i kako će se taj proces završiti.

---

[59] Amandmani IX i XVII, Radni tekst amandmana Ministarstva pravde na Ustav Republike Srbije, *https://www.mpravde.gov.rs/files/amandmani%20za%20objavljivanje1.pdf*, 20.09.2019.

[60] Imenovano četvoro sudija Ustavnog suda, *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3496141/imenovano-cetvoro-sudija-ustavnog-suda.html,* 20.09.2019.

ĐORĐE MARKOVIĆ, LL.M.,
Teaching Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

TRUMP'S SUPREME COURT REFORM

Summary

Ever since the mid-1980s, the United States has been plagued by conflicts between Democrats and Republicans over the appointment of judges of the federal courts. In recent years, this bidding by US political parties has gained epic proportions. The article will describe key events for understanding this conflict as well as the role of the highest state bodies in the process of appointing Supreme Court justices. The complexity of the Anglo-Saxon legal circle, which consists from the written rules and from a large number of constitutional conventions, will also be presented. The emphasis will be on the latest events that have shaken the American constitutional system, e.g. appointments of two judges of the highest court. At the end of the paper, the consequences that these changes can cause, as well as the lessons that political actors in Serbia can draw from this bitter American experience, will be reviewed.

Key words: Supreme court, USA, Democrats, Republicans, appointing judges.

DANIJELA DUKIĆ

PRAVNA SIGURNOST U USTAVNO-SUDSKOJ PRAKSI SRBIJE

Princip pravne sigurnosti je jedan od najvažnijih principa na kojima počiva savremeni demokratski pravni poredak. Potrebno je reći da princip pravne sigurnosti dovodi do sigurnosti i stabilnosti pravnog poretka, princip pravne sigurnosti dovodi i do efikasnijeg i delotvornijeg ostvarivanja samog pravnog poretka ali i sigurnosti građana i društva u državi. Samo se one države u kojima je vladajući princip pravne sigurnosti mogu nazvati demokratskim državama. U autokratskim režimima ovaj princip ili ne nalazi svoju primenu ili je pak samo mrtvo slovo na papiru. Drugim rečima, možemo reći da u autokratskim režimima oduvek postoji razlika između normativnog i stvarnog. Ono što je propisano najčešće se ne ostvaruje u praksi, odnosno realnosti.

Ključne reči: *pravo, pravna sigurnost, Ustavni sud, sudska praksa, pravni poredak*

U V O D

Funkcionalnost državno-pravnog poretka uslovljena je mnoštvom faktora, u zavisnosti od konkretnih okolnosti u svakom pojedinačnom slučaju. Iskustvo razvoja nas uči da je svaki državno-pravni poredak "priča za sebe", pa je neophodno imati u vidu školsku postavku o nužnosti uvažavanja onih specifičnosti, koje su relevantne za određeni poredak. Kako je to u pravnoj književnosti već mnogo puta pominjano, radi se o jednom istorijskom poreklu, jednom vladajućem prav-

---

Danijela Dukić, sudija Privrednog apelacionog suda u Beogradu i član Naconalne mreže za zaštitu ljudskih prava u Republici Srbiji.

ničkom načinu mišljenja, posebno značajnim pravnim institutima, vrstama izvora, njihovom tumačenju i ideološkim faktorima. Međutim, uporedo sa razvojem pravne civilizacije, a u odnosu na očekivane razlike, u svakom državno-pravnom poretku uspostavljaju se određeni pravni standardi, poželjni da svojim postojanjem budu merila za kvalitet pravnog poretka.

Locirana u okviru vremenske dimenzije pravne sfere važenja prava, pravna sigurnost ostavlja posledice i na kvalitet moralne i faktičke sfere ovog važenja.

Pravna sigurnost je parametar stabilnosti pravnog poretka, a u savremenim uslovima njegove egzistencije, neposredno utiče i na njegovu funkcionalnost. Kada govorimo o principu pravne sigurnosti, potrebno je reći da je funkcionisanje i poštovanje ovog principa nužan preduslov za postojanje i egzistenciju demokratskog pravnog poretka. Zbog toga svi zakoni kao i drugi pravni propisi, sudske odluke moraju u sebi sadržati i poštovati pomenuto načelo.

Pravnu sigurnost zatičemo u procesima stvaranja i primene prava. Primena prava može biti shvaćena kao skup ljudskih radnji i to na način kako je to određeno dispozicijom pravne norme ili eventualno sankcijom, za slučaj neprimenjivanja dispozicije. Kada je reč o stvaranju prava, onda se, prvenstveno, ovaj princip odnosi na vremensku dimenziju, u kom slučaju se pred pravni poredak ispostavlja zahtev da se stvaraju očekivana pravna pravila, koja sa sobom neće nositi efekat nepovoljnog iznenađenja za pravne subjekte. Zato se i blagovremenom društvenom raspravom o planiranim potpuno novim pravnim rešenjima obezbeđuje blagovremena informisanost pravnih subjekata, kako ne bi bili dovedeni u situaciju nespremnosti da svoje ponašanje prilagode novim pravnim okolnostima.

Nećemo ništa novo reći iznošenjem stava o tome da se pravna sigurnost svrstava u red onih principa na kojima se temelji stabilnost i funkcionalnost pravnih poredaka.

Pitanje pravne sigurnosti se može problematizovati na više različitih načina, možda na onoliko načina, koliko je dopušteno utvrditi njegovih različitih dimenzija. Pravna sigurnost je u isto vreme i klasična norma i opšte pravno načelo. Kada je doživimo u smislu klasične ustavne i zakonske norme, opet je izvodljivo evidentirati ekstenzivnost njenog prisustva unutar nekoliko normativnih formulacija. Jer, pravnu sigurnost zatičemo u načelnom temelju za razumevanje vladavine prava ali i kao izričito formulisanu sadržinu i nominalno određenje, kao što je to slučaj sa pravnom sigurnošću u kaznenom pravu, sudeći po slovu Ustava Republike Srbije, ali i kao element prava na pravično suđenje.

Već na prvi pogled može se zapaziti da je pravna sigurnost duboko utisnuta u sadržajnu strukturu ustavnog i celokupnog pravnog poretka, a naša istraživačka pažnja za potrebe ovog savetovanja, usmerena je ka ustavno-sudskoj praksi i pravnoj sigurnosti. Tim povodom, iznosimo zapažanje da se i u praksi Ustav-

nog suda Srbije mogu zapaziti dva osnovna pristupa zaštiti pravne sigurnosti. Ili, bolje reći, zaštiti drugih vrednosti, jer se pravna sigurnost pojavljuje dvovrsno i kao proklamovani i utvrđeni normativni cilj ali suštinski i kao sredstvo za ostvarivanje drugih vrednosti. Ukoliko bismo odvojeno tretirali praksu Ustavnog suda Srbije prema kriterijumu ustavno-sudskih kompetenci, ukazala bi se potreba da se izvrši analiza prisutnosti pravne sigurnosti, kao sastavnog dela obrazloženja ustavno-sudske argumentacije prilikom odlučivanja o ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata ili prilikom odlučivanja o ustavnim žalbama.

Analiza ovim povodom će nas dovesti do potencijalnog zaključka o tome da je Ustavnom sudu znatno jednostavnije da istakne argument pravne sigurnosti, prilikom odlučivanja o pojedinačnim pravnim aktima nego u slučajevima kontrole ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata.

Najvažniji princip koji se podvodi pod pojam pravne sigurnosti je zabrana retroaktivnosti. Međutim, dozvoljeno je retroaktivno dejstvo pojedinih odredaba krivičnog zakona i to pod uslovom da su te odredbe blaže po učinioca krivičnog dela a da postupak još uvek nije okončan. Bilo bi neosnovano pravnu sigurnost vezivati isključivo za zabranu retroaktivnosti. Pored zabrane retroaktivnosti važan princip koji potpada pod princip pravne sigurnosti jeste i primenjivost sankcija nad svim pravnim subjektima nad kojima država vrši suverenost.

Jedan od bitnih preduslova za ostvarivanje pravne sigurnosti jeste i princip vladavine prava odnosno pravne države. Ustavni sud štiti ustavnost i zakonitost i to je jedno od njegovih osnovnih nadležnosti. Ne postoje jedinstveni stavovi u teoriji i praksi oko značenja pojmova ustavnost i zakonitost. Ustavnost i zakonitost se ne razmatraju kao dva odvojena načela, već se oni pre mogu posmatrati kao dve strane jednog istog pojma koji označavamo kao vladavina prava. Definiciju ovog načela je takođe teško shvatiti na jedinstven način. Načelo vladavine prava je vrlo čest pojam u rečnicima pravnih, ekonomskih i političkih nauka. Ostvarivanje vladavine prava je veoma bitno za stvaranje demokratskog pravnog poretka. Vladavina prava je jedna od osnovnih pretpostavki pravne države i otuda ona predstvalja jednu od osnovnih brana nezakonitom i arbitrernom postupanju državne vlasti. Vladavinu prava možemo definisati kao nemogućnost da određeno lice poseduje više subjektivnih prava nego što mu objektivno pravo dozvoljava. Subjektivno pravo proizlazi iz objektivnog prava.

Načelo ustavnosti i zakonitosti možemo shvatiti u širem i u užem smislu. Ustavnost u širem smislu znači da u određenoj državi postoji pravni akt kojim se regulišu osnovna pravila funkcionisanja državnog, društvenog, političkog i pravnog poretka određene države. Ustavnost u užem smislu, sa druge strane, znači saglasnost svih akata, nižih od ustava, sa ustavom, kao najvišim opštim pravnim aktom. Zakonitost u širem smislu označava postupanje svih, i onih koji vladaju, i

onih nad kojima se vlada, na osnovu zakona i zakonskih propisa. Zakonitost u užem smislu znači saglasnost svih akata, hijerarhijski nižih od zakona, sa zakonom kao višim opštim pravni aktom.

Postoje različita shvatanja načela vladavine prava. U teoriji ustavnog prava su, u najvećoj meri, prisutna tri gledišta shvatanja ovog načela. To su: pozitivističko shvatanje, liberalno-demokratsko shvatanje i shvatanje vladavine prava kao vladavine pozitivnog pravnog poretka.

Pozitivističko shvatanje polazi od forme, a ne od sadržine pravnih propisa. Predstavnike ovog shvatanja interesuje samo forma pravnog propisa. U domenu ovog shvatanja smatra se da ne postoje nikakva metapravna načela koja su postojala pre Ustava.

Predstavnici liberalno-demokratskog shvatanja polaze od toga da je princip vladavine prava van vremenskog i prostornog okvira, kao i da ima univerzalno i večito značenje.

Razumevanje pozitivno-pravnog poretka u ovom slučaju nije dovoljno zato što se princip vladavine prava ne može samo poistovetiti sa pozitivno-pravnim normama. Potrebno je da tvorci ustava prepoznaju pravna načela, da otkriju njihovo pravo značenje te da ih unesu u Ustav. Oni se bave strukturom idealnog ustava, tj. kakvi bi ustavi trebalo da budu, a ne kakvi jesu. Predstavnici treće škole polaze od toga da državna vlast mora biti ograničena preciznim pravnim pravilima. Ovo treće učenje je povezano sa političkim pojmom Ustava. Da bi se jedan pravni poredak definisao kao poredak vladavine prava, potrebno je da ispunjava sledeće uslove: legitimnost državne vlasti, podela vlasti, ustavnost i zakonitost, nezavisnost sudstva, ljudska i manjinska prava i slobode kao i sloboda privrednog delovanja. Načelo pravne sigurnosti jemči, između ostalog, određenu stabilnost u pravnim situacijama i doprinosi poverenju javnosti u sudove. Istrajnost oprečnih sudskih odluka, sa druge strane, može da stvori stanje pravne nesigurnosti koje bi dovelo do smanjenja poverenja javnosti u pravosudni sistem, pri čemu je jasno da je to poverenje jedna od osnovnih komponenti države zasnovane na vladavini prava

Ustavni sud je u nekim svojim odlukama zauzeo stanovište da je takva praksa sudova poslednje instance suprotna principu pravne sigurnosti. Ustavni sud je ocenio da je sama činjenica da je revizijski sud, kao sud poslednje instance u našoj državi, povodom iste činjenične situacije i istog pravnog pitanja donosio različite odluke, stvorila pravnu nesigurnost kod podnosilaca ustavne žalbe, te da ova okolnost, sama po sebi, predstavlja dovoljan razlog da se utvrdi postojanje povrede prava na pravnu sigurnost, kao elementa prava na pravično suđenje iz člana

32. stav 1. Ustava, upravo oslanjajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava koja je formirana kroz mnogobrojne odluke navedenog suda.[1]

USTAVNO-SUDSKA PRAKSA REPUBLIKE SRBIJE

Odbacuju se inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima Zakona o privremenom uređivanju načina isplata penzija ("Službeni glasnik RS", broj 116/14).

Ovakvim pristupom Ustavni sud je "legalizovao" zakonodavčeva postupanja da uvek, kada proceni da je to celishodno, vodeći "zakonodavnu politiku" (za šta je nesporno nadležan, ali uvek i samo u okvirima važećeg Ustava kao najviše rangiranog prava u državi) donese novi zakon kojim će rešenja iz važećih zakona kojima se uređuje ista oblast ili istovetna pitanja urediti na drugi način, uspostavljajući pravna stanja koja više odgovaraju novonastalim prilikama, ali unoseći i pravnu nesigurnost, neizvesnost i kršeći, naravno, načelo vladavine prava i jedinstva pravnog poretka.

Kada se u državi javi ekonomska kriza zakonodavac prilikom usvajanja odgovarajućih odluka u vezi sa ograničenjem zajamčenih prava iz oblasti socijalne zaštite, mora voditi računa o ustavnim imperativima pravne države, jednakim pravima, pravdi, proporcionalnosti, zaštiti legitimnih očekivanja, pravnoj sigurnosti, pravnoj izvesnosti, socijalnoj solidarnosti

I na kraju, s obzirom na očiglednu kontradiktornost naziva Zakona i njegove sadržine, pitanje koje se prima facie postavlja jeste da li osporeni Zakon ispunjava određene standarde koji se tiču kvaliteta normi (trajanja, izvesnosti i predvidivosti), koji mora biti u funkciji obezbeđivanja ustavnih načela vladavine prava i pravne sigurnosti. Mišljenja smo da su odredbe ovog zakona bile dobar povod za ukazivanje suda na potrebu unapređenja kvaliteta zakona, naročito tehnike njihovog pisanja, i da je Ustavni sud svojom meritornom interpretativnom odlukom mogao doprineti izvesnosti i predvidivosti vremena važenja Zakona, ali i pojedinih odredbi Zakona utvrđujući ustavnopravno prihvatljivo značenje njegovih normi.

Polazeći od navedenog, osnovano se postavlja pitanje da li se u pogledu trajanja i izvesnosti normi osporeni zakon može smatrati privremenim. Podsećamo

[1] Santos Pinto protiv Portugala, broj 39005/04, stav 41, 20. maj 2008. godine i *Beian protiv Rumunije* (broj 1), broj 30658/05, st. 34–40, ECHR 2007-V (izvodi) od 6. decembra 2007. godine i druge presude Evropskog suda za ljudska prava dostupne na *https://hudoc.echr.coe.int/eng*

da je Ustavni sud u više svojih odluka[2], povodom kvaliteta zakonskih normi, zauzeo stav koji glasi: "Da bi se jedan opšti akt smatrao zakonom, ne samo formalno, nego i u sadržinskom smislu, taj zakon, odnosno njegove norme moraju biti u dovoljnoj meri precizne, jasne i predvidive".

IZVORI PRAVA EVROPSKE UNIJE O PRINCIPU PRAVNE SIGURNOSTI

U nepisane izvore pravnog sistema EU spadaju: 1. opšta pravna načela; 2. pravni običaji, i 3. sudska praksa Evropskog suda pravde (Europian court of justice).

Opšta pravna načela predstavljaju elementarne norme i vrednosti koje treba da poštuje svaki pravni poredak. S obzirom da opšta pravna načela imaju veću pravnu snagu u odnosu na sekundarne komunitarne norme, ovi pravni principi čine jedan od najbitnijih izvora pravnog sistema EU.

Evropski sud pravde je, usled nepotpunosti primarnog i sekundarnog zakonodavstva, u svojim presudama i plodotvornoj praksi stvarao nova pravna načela. Države članice su prihvatile ova načela jer se zasnivaju na pojmovima pravde i poželjnim vrednosnim kategorijama. Na ovaj način je Evropski sud pravde krajnje pragmatično popunjavao postojeće pravne praznine u komunitarnom pravu, što čini i danas. Zahvaljujući opštim pravnim načelima, Evropski sud pravde obezbeđuje vladavinu prava u okviru EU. Među najznačajnijim opštim pravnim načelima se izdvajaju: 1. zaštita ljudskih prava i sloboda; 2. načelo jednakosti (nediskriminacije); 3. načelo proporcionalnosti; 4. načelo pravne sigurnosti, i 5. načelo da, u slučaju kršenja komunitarnog prava, odgovornost leži na članicama EU.

Načela pravne sigurnosti i neretroaktivnosti Sud je kao opšta pravna načela uveo u slučaju (80/86) Kolpinghuis. Prema tome, nacionalni sud ima obavezu da svoje nacionalno pravo interpretira u svetlu teksta i svrhe direktive, ali ne i protivno opštim pravnim načelima, dakle nije dozvoljena interpretacija contra legem.

Pravna sigurnost, kao jedan deo pravde i kao element pravne države, uživa epitet univerzalne vrednosti. Pravna sigurnost ne može izolovano delovati van drugih društvenih instituta i zahteva, već je ona upravo inkorporirana u društveni organizam i čini organsku celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću odgovarajuće zajednice. I baš zbog toga, zahtev je svakog pravnog poretka i izvesna sigurnost pravnih institucija, sigurnost koja nije sama sebi cilj, već koja služi ostvarenju cilja prava.

[2] Odluke US Srbije IUz-27/2009 od 12. 07. 2012. godine, IUz-107/2011 od 24.11.2011 godine, IUz-299/2011 od 17.01.2013 i IUz-920/2012 od 26.12.2013 godine.

Prema tome, evolucije i promene pravnih institucija i pravnih regula su, s jedne strane, nužne jer one treba da prate društvene odnose u "svetu života", ali, s druge strane, kumulacija pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu, u njegovom kretanju na putu stalnog nastavljanja i usavršavanja, pa i u periodima revolucionarnih preobražaja društva, jer se i tada, neki kontinuitet pravne civilizacije mora održati i poštovati. Ako bi pravo bilo lišeno potrebne doze sigurnosti, ako bi jedno pravo čas bilo pravo, a čas antipravo, ako ne bi bilo objektivnih kriterijuma u njegovoj primeni, ako jedno pravo ne bi sačekalo da preživi paperje, onda takvo pravo ne može računati na krila.

Drugim rečima, načelo pravne sigurnosti je neminovni atribut svakog pravnog poretka, čije postojanje ne sme biti ugroženo, kao što to isto načelo ne sme imati toliku moć da pravne institucije "okameni u večnosti", jer bi i tada kao i u prvoj hipotezi, pravo izdalo sebe i svoju vokaciju koju ima u društvu. Pravna sigurnost je, dakle, relativan pojam i stvar je odgovorne zakonodavne politike da pristupi donošenju, odnosno izmeni zakona samo onda kada za to postoje duboko verifikovani zahtevi društvene zajednice i nauke. Pri tome, pravna sigurnost se ne ostvaruje samopoštovanjem relativno stabilnih opštih pravnih načela nego i poštovanjem relativne trajnosti pravnih načela, koji su, poput sitnih kapilara, u "službi" osnovnog krvotoka jednog društvenog organizma.

Iz svega rečenog proizlazi da pravna nesigurnost ne proističe iz opštih pravnih standarda i generalnih klauzula kao što je savesnost i poštenje, već pre svega zbog nedovoljnog legitimiteta (posebno naučnog i stručnog) prilikom donošenja određenih zakona, njihovog neopravdanog menjanja u smislu stalnih dopuna i izmena, nadalje, zbog neprimene zabrane retroaktivnosti, a naročito u postupku izvršenja gde se često krši ustavni princip o trodelnoj podeli vlasti. Polazeći od činjenice nekoherentnosti zakonskih propisa, kao i drugih činilaca koji utiču na legitimitet i legalitet prava, može se konstatovati da pozitivno pravo često ne dostiže onaj stepen stabilnosti koji ga čini atributom pravne države.

Pravna nesigurnost se ogleda u više pravaca: neopravdan broj stručno i naučno neproverenih promena pojedinih zakonskih rešenja; u nekim oblastima se samo u toku jedne kalendarske godine više puta promeni zakonsko rešenje tako da se i pravni stručnjak teško tu snalazi. To stvara osećaj nepoverenja u zakonska rešenja što se odražava i na pravnu svest onih kojima je pravo upućeno. Već je rečeno da pravnu nesigurnost čini i nepoštovanje pravila o zabrani retroaktivnosti čime nastaje nesigurnost i to već u postupku stvaranja prava. Pravna nesigurnost je još veća u primeni prava u smislu neobjektivne primene ili neprimene zakona čime se zalazi u širu oblast stručnosti, umnosti i nezavisnosti sudijske dužnosti u kontekstu trodelne podele vlasti. Posebno pravna nesigurnost je svojstvena u

postupku izvršenja pravnosnažnih izvršnih odluka sudske i upravne vlasti što često obezvređuje ranije vođeni sudski postupak: parnični, krivični ili upravni. Na taj način, umesto vladavine prava i pravne sigurnosti, na sceni se može pojaviti vladavina pravne nesigurnosti. Mnoštvo propisa, neusklađenost normi koje zahtevaju tumačenje pre primene pojačavaju strah od greške kod sudija, a to uzrokuje neusklađenu sudsku praksu, je svakako problem sa kojim se pravosuđe više ili manje uspešno bori. Na taj problem svojevremeno je ukazao i predsednik Vrhovnog kasacionog suda, sudija Dragomir Milojević. On je na konferenciji "Ujednačavanje sudske prakse - odnos pravne sigurnosti i sudijske nezavisnosti", konstatovao da u našoj zemlji postoji "inflacija propisa" koja usitnjava pravni sistem i stvara odvojena i nepovezana "ostrva" pravnog poretka. Podsećajući da presude ne mogu biti predmet vansudske kontrole, Milojević je rekao da bi trebalo promeniti Ustav Srbije, jer Ustavni sud sada predstavlja četvrtu instancu u preispitivanju sudskih odluka čime, kako je ocenio, komplikuje proces ujednačavanja sudske prakse.

"Ovlašćenje koje Ustavni sud zasniva na tumačenju Ustava ne može biti osnov za poništenje pravosudne sudske odluke jer je taj sud van sistema sudske vlasti. Mešanje Ustavnog suda na taj način u sudsku vlast podriva je i ugrožava načelo pravne sigurnosti", rekao je Milojević. On je dodao da sukob jurisdikcija može biti rešen promenom Ustava, kako bi se izričito odredila ovlašćenja Ustavnog suda.

Prethodni šef Misije OEBS-a u Srbiji Peter Burkhard isticao je da je pravna sigurnost važan element vladavine prava jer, kako je naveo, oni koji učestvuju u sličnim sudskim postupcima, pod istim okolnostima, treba da dobiju slične presude. To bi, kako je on zaključivao, dovelo do predvidivosti presuda, što bi odvratilo građane da pokreću uzaludne parnice i žalbene postupke.

"Izreka kaže da će tri advokata imati bar četiri mišljenja o istom pravnom pitanju, a to bi se moglo primeniti i na sudije", rekao je Brukhard pre par godina.

Međutim, kako je govorio, nije lako dostići ujednačenost sudske prakse jer se sudijama mora omogućiti da budu nezavisni u tumačenju propisa i nijedna presuda im ne sme biti nametnuta. Potpuno isto shvatanje ima i sadašnji šef Misije OEBS-a u Srbiji Andrea Oricio.

ZAKLJUČAK

Princip pravne sigurnosti je jedan od najznačajnijih principa na kojima se zasniva savremeni demokratski pravni poredak. Potrebno je reći da svi ostali principi moraju biti podređeni ovom principu kao vrhovnom. Princip pravne sigurnosti je neophodan kako bi se unutar pravnog poretka uveo princip sigurnosti

građana. Pravni akti moraju biti poznati građanima jer je to jedan od neophodnih preduslova i za samu njihovu primenu. Već je rečeno da je princip retroaktivnosti načelno zabranjen uz postojanje izuzetka u oblasti krivičnog prava. Pojedine odredbe zakona mogu imati retroaktivno dejstvo ako su te odredbe blaže po učinioca krivičnog dela a sve to pod uslovom da postupak povodom tog spora još uvek nije okončan. Postupak ne sme biti okončan zato što bi u tom slučaju važilo pravilo ne bis in idem ne dva puta o istoj stvari ili princip res iudicata- već presuđena stvar. Dakle, ne može se krivični postupak ili neki drugi postupak voditi u određenoj stvari koja je već pravnosnažnom odlukom suda okončana. Dakle, jasno možemo primetiti da su ova dva principa u direktnom saglasju sa načelom pravne sigurnosti.

Princip pravne sigurnosti je neophodan kako bi se na pravi način obezbedilo nesmetano funkcionisanje pravnog poretka. Unošenjem principa pravne sigurnosti u pravni poredak određene države, na vrlo jasan način obezbeđujemo minimum demokratičnosti koja se zahteva od svakog društva. Pravna pravila moraju biti na jasan način objavljena te se pravnim subjektima mora i ostaviti primeren rok da se sa tim pravilima i upoznaju na bolji način. Upoznavanje sa pravnim propisima je neophodno kako bi se na taj način obezbedila i pravilna primena pravnih propisa i pravnih normi uopšte.

Potrebno je da bude predviđen tzv. rok javnosti koji može biti različitog vremenskog okvira. To je najčešće rok od 8 dana od dana objavljivanja zakona ali često taj rok može biti i duži npr. 15 dana i to je najčešće neophodno kod zakona koji za svoj predmet imaju procesni deo neke grane prava. Budući da je tu reč o postupku koji je vrlo osetljiv, podrazumeva se da se i samim građanima mora ostaviti duži vremenski period za upoznavanje sa istim. Dakle, što je određeni pravni akt od većeg značaja za društvene odnose i društvenu zajednicu uopšte, time je i njegov značaj veći, pa je samim tim i opravdano da se u takvim situacijama građanima i ostavi duži, primereniji rok za upoznavanje sa određenim pravnim propisom. Takođe, jedan od načina putem koga građani mogu dobiti priliku za upoznavanje sa pravnim propisima jesu i javne rasprave. Međutim, najčešće zamerke prilikom donošenja ustava kao najviših opštih pravnih akata, jeste nedostatak tih javnih rasprava što je vrlo loša praksa sa kojom se u neko dogledno vreme treba i prekinuti.

Princip pravne sigurnosti je i neposredno vezan i sa principom vladavine prava na kom počiva svaki demokratski pravni poredak. Treba reći da su dva elementa načela vladavine prava nečelo ustavnosti i načelo zakonitosti. To nisu dva odvojena načela već su to dve različite strane jedne iste medalje - vladavine prava. Obezbeđivanje vladavine prava je naročito izazovan posao za svaku državu ponaosob, ali možemo reći da je potpuno ostvarivanje vladavine prava nemoguće, da

je to ideal kome u svakom konkretnom slučaju treba da težimo kako ujednačavanjem sudske prakse, tako i donošenjem zakonskih rešenja na osnovu kojih se može stvoriti dobra baza za implementaciju standarda prava Evropske unije čime će se otvoriti vrata i usaglašavanju sudske prakse nacionalnih sudova sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava.

DANIJELA DUKIĆ
Judge of Commercial Appellate Court
in Belgrade and member of National Human Rights
Network of Republic of Serbia

LEGAL SECURITY IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Summary

The principle of legal certainty is one of the most important principles on which the modern democratic legal order rests. It should be said that the principle of legal certainty leads to the security and stability of the legal order, the principle of legal certainty also leads to a more efficient and effective realization of the legal order itself, but also to the security of citizens and society in the country. Only states in which the prevailing principle of legal certainty can be called democratic states. In autocratic regimes, this principle either does not apply or is merely a dead letter on paper. In other words, we can say that in autocratic regimes there is always a difference between the normative and the real. What is prescribed is usually not realized in practice.

Key words: law, legal certainty, Constitutional Court, case law, legal order

OSMAN KADRIU

USTAVNO SUDSTVO U FUNKCIJI ZAŠTITE NEZAVISNOSTI SUDSKE VLASTI

U radu je učinjen pokušaj da se govori o ulozi i funkciji ustavnog sudstva u zaštiti i obezbeđenju nezavisnosti sudske vlasti. U ustavnim sistemima u kojima je usvojena podela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, još uvek ima problema oko statusa sudske vlasti i njene samostalnosti, nezavisnosti, nepristrasnosti i kompetentnosti.

U ostvarivanju nadležnosti ustavnog sudstva, vršenjem pojedinih njegovih nadležnosti dolazi do izražaja i njegov doprinos u procesu obezbeđenja nezavisnosti sudske vlasti. To se faktički odnosi i na druge organe koji pripadaju pravosudnoj sferi.

U nadležnosti ustavnog sudstva, vršenjem funkcija kao što su: normativna kontrola, odlučivanje o konfliktu nadležnosti, i odnosu ustavnog sudstva sa redovnim sudovima u pogledu ustavnosudske zaštite ljudskih prava, ustavno sudstvo doprinosi razrešenju važnih pitanja sudske nezavisnosti.

Za jednu jasniju predstavu, u radu je dat jedan kratki osvrt i o samoj instituciji podele vlasti kako sa aspekta konkretnih naučnih gledišta tako i sa aspekta pozitivne regulative u okviru unutrašnjeg i međunarodnog prava.

Ključne reči: *vlast, državna vlast, podela vlasti, sudska nezavisnost, ustavno sudstvo*

U V O D

Problematika koja se tretira u ovom radu nimalo nije jednostavna. Ovo tim pre što se radi o jednoj delikatnoj, složenoj i uvek aktuelnoj temi koja se tiče sud-

Prof. dr Osman Kadriu, sudija Ustavnog suda Republike Severna Makedonija.

ske vlasti i njene nezavisnoti, sa svim posebnostima koja se tiču ove vlasti. Nezavisnost sudske vlasti je tekovina savremenog prava i savremenih pravnih i političkih sistema. Ova tekovina se odražava na tri nivoa, i to: prvo, na nivou teorije i teorijske naučne misli; drugo, na nivou pozitivnog zakonodavstva jedne nacionalne zemlje, posebno onih zemalja koje se opredeljuju za demokratsko uređenje, znači, za demokratski režim države u jednom društvu. S ovog aspekta i ovde i u samom Uvodu treba istaći i značaj savremenog međunarodnog prava.

Važan je i onaj kriterijum odnosno kao što smo istakli nivo koji se tiče faktičkog ostvarivanja nezavisnosti sudske vlasti u praktičnom životu. Ovaj nivo je posebno važan zbog same činjenice što u ostvarivanju stvarne nezavisnosti sudske vlasti ima najviše problema. Imalo je i ranije, no, nažalost, ima ih i sada odnosno u prvim dekadama XXI veka. Ova situacija posebno zabrinjava kada se ima u vidu jedna važna i notorna okolnost. Naime, kao što je poznato, u većem broju savremenih političkih sistema usvojeno je važno načelo, važan suvereni princip da se vlasta treba podeliti i to na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.

Istini za volju kada se govori o podeli vlasti faktički u pitanju je podela funkcije na nivou državne vlasti. Sama vlast u jednoj zemlji, u svakoj zemlji, kao državna vlast je jedna, jedinstvena i nedeljiva.

Navedeno opredeljenje savremene nauke našlo je svoji puni izraz i u zakonodavstvima konkretnih zemalja. Kada je u pitanju pozitivno zakonodavstvo raduje činjenica što se pitanje podele vlasti tretira normama najvišeg pravnog akta, a to je ustav konkretne zemlje. Time pitanje podele vlasti postaje ustavna materija zato što se ceo kompleks važnih pitanja, ključnih reči i institucija podele vlasti regulišu ustavnim normama. Jedna ovakva regulativa dobije u svome značenju. Drugim rečima, kao što je jasno podvučeno u pojedinim ustavima, pitanje podele vlasti se kvalifikuje kao bazična vrednost ustavnog poretka zemlje u pitanju. U ovom pogledu jasnu odredbu sadrži i Ustav Republike Severne Makedonije.[1]

Ključno pitanje koje se problematizira u radu tiče se ostvarivanja i zaštite nezavisnosti sudske vlasti u jednoj zemlji, u svakoj zemlji. To nešto posebno u onim zemljama koje se opredeljuju da budu demokratske. U ovom smislu i na osnovu ovog kriterijuma, znači, treba obezbediti kako sudska vlast da bude nezavisna, samostalna, nepristrasna i kompetentna. Ima i drugih atributa kojima se kvalifikuje ceo kompleks pitanja sudske vlasti i njene nezavisnosti, no, gore navedene posebnosti su važne.

Da se ostvari ustavno opredeljenje sudske nezavisnosti svaka zemlja preduzima konkretne mere i aktivnosti. Počinje prvo i na prvom mestu odgovaraju-

[1] Ustav Republike Severne Makedonije čl. 8, *Službeni vesnik RM*, br. 52/1991 godine.

ćom regulativom. U ovom pogledu jasni su propisi iz cele oblasti pravosudstva kojima se uređuje pitanje sudske vlasti i njene nezavisnosti. Pozitivni propisi su brojni i slobodno možemo zaključiti da imamo prenormiranost pravosudne sfere. U ovom pogledu važno je istaći da se u domaće pozitivno pravo i pravni režim sudske vlasti implementiraju i važni dokumenti iz međunarodnog prava i to kako regionalnog tako i međunarodnog prava cele međunarodne zajednice kao što su konvencije, preporuke, rezolucije, direktive i drugo.

Međutim, sama regulativa nije dovoljno za obezbeđenje nezavisnosti sudske vlasti. To je dobro poznato. Treba implementirati pozitivnu regulativu u praksi. To podrazumeva preduzimanje važnih mera od strane države i njenih organa. Tu se posebno apostrofira nadležnost, a time i odgovornost zakonodavne, s jedne strane, i izvršne vlasti, s druge strane. U pravnim sistemima u kojima je izvršna vlast bicefalna, što znači da njoj pripada i nadležnost i odgovornost predsednika države, funkcija predsednika države i ceo njegov kabinet, isto tako je u funkciji zaštite nezavisnosti sudske vlasti. U ovom smislu je irelevantno da li se funkcija predsednika države vrši od jedne ličnosti, u smislu inokosnog organa, ili se ova funkcija vrši kolegijalno.

U kompleksu mere i aktivnosti koje se preduzimaju od nadležnih državnih organa, nezaobilazno mesto ima i ustavno sudstvo u zaštiti sudske vlasti i njene nezavisnosti. Inače, neka bude naglašeno i u okviru ovog Uvoda, da je poslednjih godina održano više naučnih konferencija ustavnih sudova zemalja našeg regiona o statusu ustavnih sudova, s posebnim naglaskom na njihovoj nezavisnosti.

Za jednu celovitu predstavu o funkciji ustavnog sudstva u zaštiti nezavisnosti sudske vlasti u daljem izlaganju u ovom radu zadržavamo se na sledećim pitanjima: prvo, podela vlasti i ustavno opredeljenje; i drugo, važne i ključne reči odnosno institucije preko kojih ustavno sudstvo doprinosi nezavisnosti sudske vlasti. U okviru drugog kompleksa važnih institucija, doprinos ustavnog sudstva za zaštitu sudske vlasti i njene nezavisnosti posebno dolazi do izražaja preko: prvo, normativne kontrole; drugo, nadležnosti ustavnog sudstva u rešavanju sukoba nadležnosti između različitih vlasti kao što su zakonodavna, izvršna i sudska; treće, dosledno poštovanje odluka sudske vlasti i nemogućnost njihove promene, ukidanja i preinačenja od drugih vlasti uključujući, razume se, i samo ustavno sudstvo; i četvrto, doprinos ustavnog sudstva u pravnoj zaštiti statusa nosilaca funkcije sudske vlasti.

Pre davanja odgovarajućeg odgovora na gore postavljena pitanja, sledi jedan kratak osvrt na teorijsko obrazloženje pojma podele vlasti.

UKRATKO O TEORIJSKOM OSVRTU PODELE VLASTI I NJENO POJMOVNO ODREĐIVANJE

Prethodne napomene

Podela vlasti predstavlja značajno načelo savremenih ustava. Kao načelo se utvrđuje i sankcionira u samom ustavu jedne zemlje i njegovim ustavnim normama. Razume se, ovo se odnosi na one pravne i političke sisteme koji se opredeljuju za podelu vlasti, s aspekta i kriterijuma oblika državne vlasti. Kao što je poznato, na osnovu ovog kriterijuma postoje dva oblika državne vlasti, i to: prvo, oblik podele vlasti; i drugo, jedinstvo vlasti kao poseban oblik državne vlasti.[2]

U radu se problematizira pitanje funkcije ustavnih sudova u zaštit i nezavisnosti sudske vlasti. Sudska vlast predstavlja posebnu vlast u pravnim sistemima sa podelom vlasti. Za jednu celovitu predstavu problema koji se tretira mišljenja smo da se pitanje podele vlasti tretira prethodno i sa naučnog aspekta, posebno sa aspekta političke teorije.

Ideja o podeli vlasti ima dugu istoriju. U pojedinim fazama istorijskog razvitka teorijskog sagledavanja može se primetiti da su postojala različita gledišta o oblicima državne vlasti. Tri oblika zaslužuju našu pažnju. To su: prvo, oblik kombinovane vladavine; drugo, oblik krute podele vlasti; i treće, oblik fleksibilne podele vlasti odnosno podele državne vlasti.

Široka je "lista" mislioca koji su se bavili problematikom podele vlasti. U ovom osvrtu i samo površno spominjemo sledeće i to: Platona, Aristotela, Polibija, Džona Loka, Monteskjea i druge. Platon je govorio o kombiniranoj vladavini u smislu teže i protivteže. Reč je o monarhističkom načelu mudrosti sa demokratskim načelom slobode. Pomoću ovih načela, Platon je smatrao, može se obezbediti unutrašnja stabilnost državnog uređenja. Značajne su misli i filozofa Aristotela. Aristotel je sagledao status triju grana državne vlasti, i to zakonodavne, izvršne i sudske. Aristotel je govorio o ljudima koji imaju moć ili su previše bogati. Kod njih se pojavljuje težnja ka nasilju i kriminalu većeg formata. U takvim slučajevima postoji moralni pad kod takvih pojedinaca – individua.[3] Drugim rečima, ovakvi ljudi su skloni da postanu nasilnici i zločinci velikih razmera, podvučeno je u delu Aristotela – *Politika*.[4]

Od poznatih teoretičara koji su se bavili pitanjima oblika državne vlasti treba posebno istaći gledišta francuskog mislioca Monteskjea. On je zastupnik teorije podele vlasti. U svome delu *O duhu zakona* (1748) posebno je elabobrirao

[2] Radomir Lukić, *Uvod u pravo*, Beograd, 1970, str. 183–184.

[3] Svetomir Škarić, *Ustavno pravo*, Skopje, 2015, str. 663–664.

[4] Kosta Čavoški, *Uvod u pravo I (Osnovni pojmovi i državni oblici)*, Beograd, 1999, str. 221–222.

razloge za to. Po njegovom mišljenju, "sve bi bilo izgubljeno" ako se u jednoj državi cela vlast koncentriše u rukama jednog lica ili jednog organa. Pod referencom "sve bi bilo izgubljeno", Monteskje je na prvom mestu mislio na slobodu građana. Znači "sloboda bi bila izgubljena". Podela vlasti na različite organe omogućava da se vlasti međusobno kontroliraju. Jedna vlast kontrolira drugu vlast, i obrnuto. Potrebno je, po mislima Monteskjea, vlast da zaustavlja drugu vlast – *Le pouvoir ârret le pouvoir*. No, i Monteskje je bio svestan da potpuna jednakost između triju vlasti ne postoji. Ovo posebno kad je govorio o sudskoj vlasti i njenom odnosu prema drugim vlastima. Nije mu bilo teško da zaključi da je sudska vlast, u poređenju sa zakonodavnom i izvršnom – *le pouvoir nul*.

Pojmovno uređivanje državne vlasti i teorije o njenim funkcijama

Ima više ključnih reči i institucija od kojih potiče i na kojima se zasniva cela problematika koja se tiče nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti i nadležnosti ustavnih sudova u tom pogledu. Zadržaćemo se na tri ključne reči i institucije. To su: prvo, pitanje i pojam vlasti; drugo, pojam i definicija državne vlasti; i treće, i najvažnija ključna reč i institucija – podela vlasti. *Vlast* je posedovanje najvažnijih političkih, pravnih i ekonomskih pozicija u jednom društvu. Ona predstavlja zapovedanje. U društvenim odnosima vlast se izražava tako što jedna strana može da odredi ponašanje i aktivnost druge strane uz pomoć stvarne ili potencijalne prinude. Još su stari filozofi Platon i Aristotel, govoreći o vlasti, između ostalog istakli i dali objašnjenje da je vlast normalna pojava u društvima u kojima su ljudi nejednaki.[5]

U okviru opšteg pojma vlasti u političkoj teoriji posebno se izučava pitanje državne vlasti. Državna vlast pojmovno se određuje u širem i užem smislu. Pod *državnom vlašću u širem smislu* se podrazumeva donošenje izvesnih odluka, zapovesti odnosno uopšte pravnih normi i njihovo izvršenje, po potrebi, i monopolom fizičke sile. Važno je pojmovno određivanje *državne vlasti u užem smislu*. U užem smislu, pod pojmom državne vlasti se podrazumeva podela vlasti na osnovu načina na koji se vršenje vlasti organizuje. Po ovom kriterijumu, znači kriterijumu načina izvršenja, državna vlast u užem smislu se deli na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.[6]

[5] *Politički leksikon*, Beograd, 1979, str. 496–497.

[6] R. Lukić, nav. delo, str. 183.

U pojmovnom određivanje državne vlasti u užem smislu kao ključna institucija se pojavljuje – oblik izvršenja vlasti. *Oblik* državne vlasti predstavlja način na koji se organizuje vršenje vlasti.[7]

Podela vlasti predstavlja važnu instituciju ustavnog prava. Za ovu instituciju u jednom delu pravne nauke posebno se problematizira i sama referenca "podela vlasti". Ističe se, sasvim osnovano, da referenca "podela vlasti" sadrži u sebi dosta nelogičnosti i nepreciznosti. Pri tome, tri važne pravno relevantne okolnosti treba uzeti u obzir. Prvo i najvažnije, državna vlast je jedna i jedinstvena; drugo, u svakoj zemlji, državna vlast je nedeljiva što znači da ona ne može da se deli na delove; i treća okolnost se odnosi na državne funkcije. Prema tome, govoriti o podeli vlasti znači da se govori o državnim funkcijama i njihovoj podeli.

Izložene teorije i gledišta daju odgovor na ključna pitanja o podeli vlasti. Od važnih pitanja ističu se na odgovarajućem mestu: prvo, razlozi za podelu vlasti. Od razloga za podelu vlasti u političkoj teoriji posebno se ističu dva. Prvi razlog je specijalizacija državnih organa u vršenju konkretnih, njima poverenih, funkcije. Specijalizacija omogućava što uspešnije vršenje funkcija državne vlasti. To je potreba društva, no, i potreba građana. Drugi razlog je još važniji. Naime, podela vlasti obezbeđuje slobodu građana. Sa ovog gledišta sledi i poznata pravna i politička aksioma, podela vlasti u društvu označava da je državna vlast ograničena. O tome je bilo reči.[8]

No, u izloženoj konotaciji još nešto. Naime, ideja o podeli vlasti nije motivisana potrebom slabljenja državne vlasti ili sazdavanjem "države - monstruma". Naprotiv, zahteva se postojanje jedne racionalne i skromne državne vlasti – *L'Etat modèrè* (Monteskije), odnosno državne vlasti neophodne i potrebne za dobru vladavinu (Slobodan Milačić).[9]

Istorijski gledano, ideja i težnja ka podeli vlasti je nastala u procesu borbe buržoazije protiv feudalne vlasti. Ta borba je bila za demokratiju i za slobodu, a protiv apsolutne feudalne monarhije. Kao što je poznato, u apsolutnoj monarhiji sve vlasti su bile u rukama monarha. On je donosio zakone, upravne akte i on je sudio.[10] Monarh je imao, znači, bukvalno neograničenu vlast. Iz ovih razloga, u pravnoj i političkoj istoriji i kada se govori o režimu apsolutne monarhije, ne slučajno jedna maksima stalno je prisutna, naime, da monarh nije odgovarao nikome, a njemu su odgovarali svi.

---

[7] *Ibidem*.

[8] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1995, str. 209 i R. Lukić, nav. delo, str. 188–190.

[9] S. Škarić, nav. delo, 2015, str. 663.

[10] R. Lukić, nav. delo, str. 189.

Na osnovu izloženog, podela vlasti znači podelu državnih funkcija na više organa, a ne podelu vlasti na više vlasti. Rekli smo da je državna vlast jedna i jedinstvena na celoj teritoriji dotične države.[11] Da je državna vlast jedinstvena to jest celovita, to znači da je ona neokrnjena, da državna vlast nije sastavljena od delova ili sastavljena od samostalnih sastavaka. Državna vlast je deljiva na pojedine svoje funkcije.[12]

Podela vlasti je faktički podela *pravne moći* na više državnih organa. Od ovakvog pojmovnog određivanja, značenje podele vlasti može se analizirati kako s aspekta političke tako i s aspekta pravne teorije. Političko značenje podele vlasti se ogleda i odražava se, prvo, na zaštiti slobode individua od državne vlasti. U vezi sa time treba napomenuti da u onim političkim sistemima u kojima je državna vlast ograničena, politička sloboda građana je šira. Treba naglasiti i pravno značenje ovog principa, ovog načela koje se odnose na podelu vlasti. Pravno značenje se sastoji u pravnoj definiciji navedenog načela, a naime, da su državne funkcije ograničene ustavnim normama.[13]

U pokušaju da se zaokruži pitanje podele vlasti, posebno s aspekta njenog značaja kod ostvarivanja nezavisnosti sudske vlasti, sasvim ukratko i o teorijama kojima se elaboriraju funkcije državne vlasti i njihovoj podeli. To znači da u okviru kompleksa pitanja o podeli vlasti važno mesto zauzimaju i teorije o funkcijama državne vlasti.

Teorije o funkcijama državne vlasti su brojne. Teorije o funkcijama državne vlasti izučavaju pitanja broja funkcija, a time i organa državne vlasti koji su nosioci tih funkcija. Prema tome, merilo o broju funkcija je kriterijum za njihovu podelu. Sasvim površno i putem enumeracije se ističu sledeće teorije. U teoriji političke i pravne nauke pravi se razlika između dualističkih, trijalističkih, kvadrijalističkih, a u jednom delu nauke se ističe i petodobna podela funkcija državne vlasti.

Dualistička teorija smatra da se državna vlast treba podeliti na zakonodavnu i izvršnu funkciju. Trijalistička teorija, koja danas dominira u savremenim sistemima, pravi razliku između zakonodavne, izvršne i sudske funkcije odnosno vlasti. Kvadrijalistička teorija o podeli funkcija državne vlasti se zalaže za podelu funkcija u četiri pravne grane, i to: zakonodavnu, izvršnu, upravnu i sudsku.

---

[11] Slobodan Milačić, *L'Etat postcommuniste entre l'histoire, le droit et le marché*, Brussels, 2003, str. 17 i dalje.

[12] R. Marković, nav. delo, str. 195.

[13] S. Škarić, nav. delo, str. 664.

FUNKCIJE USTAVNOG SUDSTVA I NEZAVISNOST SUDSKE VLASTI

Sam naslov upućuje na razmišljanje da su funkcije ustavnog sudstva značajne u zaštiti i ostvarivanju nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti. Pri tome treba naglasiti da se funkcije ustavnog sudstva ne svode samo na zaštitu nezavisnosti sudske vlasti. To je činjenica. Međutim, isto tako je činjenica da konkretne funkcije ustavnog sudstva imaju nezaobilazno mesto u celom kompleksu pravnih sredstava i mehanizama koje preuzima država i njeni organi, a sa ciljem obezbeđenja sudske nezavisnosti.

Funkcije ustavnog sudstva su veoma značajne. Njihov zajednički imenilac je zaštita ustavom utvrđenog i sankcionisanog ustavni poretka jedne zemlje. Zbog značaja funkcija ustavnog sudstva nije slučajnost što njih utvrđuje ustavotvorac u najvišem pravnom aktu zemlje. Prema tome, nadležnost ustavnog sudstva jedne konkretne zemlje je utvrđena ustavnim normama. U onim pravnim sistemima u kojima su doneti posebni zakoni o ustavnom sudu, zakonskim rešenjima se rešavaju brojna pitanja koja se tiču rada, organizacione postavljenosti suda, postupka i načina odlučivanja kao i druga pitanja organizacione prirode. No, ostaje, dakle, da pitanje nadležnosti odnosno funkcija ustavnog sudstva bude u isključivoj nadležnosti ustavotvorca. Ona predstavljaju ustavnu materiju – *materia constitutionis*.

Funkcije ustavnog sudstva su brojne i raznovrsne. Međutim, ono što može da se utvrdi u uporednim ustavnosudskim sistemima, za određena pitanja postoji potpuna ujednačenost u pogledu ustavnosudske nadležnosti. Ovo posebno u zemljama našeg regiona.

Kao pitanja ili kompleksi pitanja u nadležnosti ustavnog sudstva, između ostalog, nalaze se: prvo, normativna kontrola; drugo, pitanje sukoba nadležnosti između organa; treće, ljudska prava i ustavnosudska zaštita; četvrto, politička odgovornost predsednika države; peto, ustavnosudska zaštita biračkog prava; šesto, tumačenje ustava; sedmo, odlučivanje o ustavnosti programa i statuta političkih partija i udruženja građana. Ima i drugih funkcija odnosno nadležnosti ustavnih sudova, što zavisi od slučaja do slučaja odnosno od zemlje do zemlje. Ovo posebno kada su u pitanju razvijene zemlje koje tradicionalno imaju razvijeno ustavno sudstvo. No, gore nabrojene funkcije ustavnog sudstva su značajne. Od navedenih funkcija, normativna kontrola posebno se apostrofira. Ista se kvalifikuje kao prva i osnovna funkcija ustavnog sudstva.

Od nabrojanih funkcija ustavnog sudstva, vršenjem konkretnih funkcija u smislu nadležnosti ustavnog sudstva ono doprinosi, nekada neposredno dok u konkretnim slučajevima i posredno, zaštiti nezavisnosti sudske vlasti. Od mogu-

ćih funkcija, ustavni sud jedne zemlje preko sledećih funkcija daje odgovarajući doprinos pravnom statusu sudske vlasti odnosno, u širem smislu, statusu svih pravosudnih organa. Zadržavamo se, s aspekta postavljenog problema i samo do tog domena, na: normativnoj kontroli; sukobu nadležnosti; nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti i pravnom dejstvu njenih odluka.

Ukratko o navedenim pitanjima biće reči u produženju ovog rada.

Normativna kontrola i ustavno sudstvo

U ovom radu se naglašava da je normativna kontrola osnovna funkcija ustavnog sudstva. Pod normativnom kontrolom se podrazumeva ustavnost prava. Podvedeno pod dikcijom ustava, normativnom kontrolom ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih propisa i opštih akata sa ustavom. Međutim, normativna kontrola se odnosi i na zakonitost konkretnih podzakonskih akata i drugih propisa. Ovakvo opredeljenje i funkcije ustavnog suda upućuje na jasan pravni zaključak, a naime, da je ustavni sud poseban organ države koji štiti ustavnost i zakonitost.[14]

Imajući u vidu koji sve akti mogu biti objekt kontrole, kontrola ustavnosti i zakonitosti je, po pravilo, univerzalna. Ovo zbog toga što su načelno, svi pravni akti podobni da budu ocenjeni s aspekta ustavnosti i zakonitosti. Ovo je kao pravilo. Međutim, kako u teoriji tako i u konkretnim zakonodavstvima, predmet kontrole ne mogu biti određeni akti. To znači da konkretni akti moraju biti izuzeti od kontrole ustavnog sudstva. Tako na primer, predmet kontrole ne mogu biti akti koji imaju ustavnu snagu. Takav je slučaj sa ustavnim amandmanima; sa međunarodnim ugovorima u slučaju ustavom predviđenog primata međunardnog prava u odnosu na unutrašnje pravo, i slično.[15]

U vezi pokrenutog postupka pred ustavnim sudom, ustavni sud rešava spor. Rešava ustavni spor. Ustavni spor je apstraktan. Normativna kontrola ne može da se vodi u formi konkretnog spora, u smislu spora između konkretnih lica (*inter partes*). Spor je apstraktan zbog toga što se on vodi upoređivanjm konkretne pravne norme sa normama ustava zemlje u pitanje.

Od gornjeg pravila, u pojedinim zakonodavstvima se predviđaju izuzeci, a naime, da se vodi konkretan spor za ostvarivanje kontrole ustavnosti zakona. Tako na primer, po zakonu o sudovima u pojedinim zemljama našeg regiona, redovni sud ima ovlašćenje da oceni da zakon koji on treba da primeni u rešavanju

[14] Ustav Republike Severne Makedonije čl. 18, st. 3, *Službeni vesnik RM*, br. 52/1991. godine.

[15] R. Marković, nav. delo, str. 654–655.

konkretnog spora nije u saglasnosti sa ustavom zemlje. U ovom slučaju redovni sud ima dve mogućnosti. Prvo, može da odluči i konkretni spor da se reši neposrednom primenom ustavne norme, a predmetni osporeni zakon da se izuzme. Drugim rečima, redovni sud vrši *ekscepciju* neustavnog zakona. Ovaj je primer posredne ili akcesorne kontrole ustavnosti zakona. Na ovaj način se postupa i pred Vrhovnim sudom SAD. Redovni sud će primeniti i drugu mogućnost. Naime, ako redovni sud ne može da primeni neposredno ustavnu normu, a ceni da je zakon protivustavan, sud obustvlja postupak do donošenja odluke ustavnog suda.[16] Sasvim je drugo pitanje koliko redovni sudovi postupaju u konkretnim slučajevima u saglasnosti sa zakonom danim ovlašćenjima.

Vršenjem normativne kontrole ustavno sudstvo doprinosi zaštiti i nezavisnosti sudske vlasti posebno u postupku ocene ustavnosti konkretnih zakona. Zakonodavac donosi zakone. Brojni su zakoni i u sferi pravosuđa. Ako ustavni sud oceni da konkretni zakoni ili njegove konkretne odredbe nisu u saglasnosti s ustavom zemlje, on se opredeljuje za odluku kojom se poništava ili ukida osporena odredba. Na osnovu rečenog može se zaključiti da, iako zakonodavna vlast jeste samostalna i nezavisna, u zakonodavnoj politici učestvuju i drugi učesnici, činioci, faktori odnosno organi. To su Vlada zemlje koja je po pravilu i ustavom ovlašćeni predlagač zakona i drugih akata; predsednik države sa pravom veta na usvojene zakone; i ono što je tema koja se problematizuje u radu, tu je i Ustavni sud sa svojim konkretnim nadležnostima.[17]

Konflikt nadležnosti i uloga ustavnog sudstva

Pitanje konflikta nadležnosti između konkretnih državnih organa je važna nadležnost ustavnog sudstva. Konflikt nadležnosti je faktički nesaglasnost između raznih organa državne vlasti po konkretnim pitanjima nadležnosti i njihovo rešavanje. Kad se govori o sukobu nadležnosti, po pravilo, u pitanju su sporovi između visokih državnih organa. Ustavom svake zemlje posebno se uređuju pitanja sukoba nadležnosti.

Ustav Republike Severne Makedonije na dva nivoa reguliše pitanje sukoba nadležnosti. Prvi nivo tiče se sukoba nadležnosti između zakonodavne vlasti, izvršne vlasti, predsednika države i redovnih sudova. Drugi nivo je spor između organa Republike i jedinica lokalne samouprave. Ustavnim normama posebno se

[16] Zakonu o sudovima Republike Severne Makedonije, *Službeni vesnik RM* , od 1995. i 2006. godine.

[17] S. Škarić, nav. delo, str. 666.

normira pitanje sukoba nadležnosti između nosilaca zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.[18]

Konflikt nadležnosti može da bude pozitivan i negativan. Spor je pozitivan kada za rešavanje jednog pitanja, jedne stvari, konkurišu dva ili više organa. Svaki od njih se poziva na nadležnost, a nadležan može biti samo jedan organ. Sukob nadležnosti je negativan kada konkretni državni organi smatraju, svaki za sebe, da nisu nadležni za rešavanje predmetnog pitanja. U navedenim slučajevima ustavni sud arbitrira. On odlučuje koji organ je nadležan. Ustavni sud je konfliktni sud – *Tribunal des conflicts*. Ustavni sud ne rešava predmetno pitanje, spornu stvar. Naprotiv, on odlučuje o nadležnosti organa koji to pitanje treba da reši. Prema tome, i preko ove nadležnosti, važna je nadležnost ustavnog sudstva u pogledu zaštite i obezbeđenja sudske nezavisnosti.

Funkcije redovnih sudova i neprikosnovenost njihovih odluka

Ostaje još jedna nadležnost ustavnog sudstva da se razmatra. Tiče se odnosa ustavnog sudstva i sudskih odluka redovnog sudstva. Ovaj odnos se ceni u onim slučajevima kada se pred ustavnim sudom jedne zemlje vodi ustavni spor o povredi konkretnih ljudskih prava odlukom sudova opšte nadležnosti.

Ustavnosudska zaštita ljudskih prava je značajna novina savremenih ustava. Ovo se posebno naglašava za pravne sisteme postsocijalističkih zemalja. Ovo iz prostog razloga što, kao što je poznato, u režimu "socijalističkog prava", ustavnosudska zaštita ljudskih prava nije garantovana i obezbeđena. Sasvim je drugo pitanje u razvijenim zemljama zapadne Evrope u kojima je ustavnosudska zaštita ljudskih prava bila ne samo obezbeđena već i znatno unapređena, usavršena.

U vezi ovako postavljenog problema postavlja se pitanje da li može da se povredi određeno ljudsko pravo, ustavom garantovano, i odlukom redovnog suda, i kako treba da se vodi ustavnosudski spor o povredi ljudskog prava, za koji se smatra da je povređeno.

Pre nego se pokuša dati odgovarajući odgovor, par reči o značaju sudske funkcije – funkcije redovnog sudstva. Sudska funkcija je delatnost države. Sudska funkcija, kao delatnost, garantuje održavanje i ostvarivanje pravnog poretka po meri pravne norme, a u postupku rešavanja spora. U ovakvo pravnom opredeljenju sudske funkcije tri elementa su suštinski važni. To su, prvo, pravna norma; drugo, ljudsko ponašanje; i treće, spor. Pravna norma je ona norma kojem se uređuje ljudsko ponašanje. Ono je merilo za vršenje sudske funkcije. U ovom kon-

[18] Ustav Republike Severne Makedonije čl. 110, st. 1, tač. 4, *Službeni vesnik RM*, br. 52/1991 godine.

tekstu, sudska funkcija je vezana zakonom. Ljudsko ponašanje uvek se vrednuje sa stanovišta pravne norme. Spor je suštinski element sudske funkcije. Postojanje spora je pretpostavka za vršenje sudske funkcije. Spor treba razrešiti. Za to je nadležan sud.

Ustavni sud može da utvrdi da je pravosnažnom sudskom odlukom povređeno konkretno ljudsko pravo za koje se ustavom zemlje obezbeđuje ustavna sudska zaštita. Ako se to desi, ustavni sud u dispozitivu i obrazloženju svoje odluke utvrđuje povredu prava. Sa takvom konstatacijom Ustavni sud treba da izvesti nadležni redovni sud. Time je nadležnost ustavnog sudstva u celosti ostvarena. Po odluci ustavnog suda redovni sud treba da postupi i po pravilo postupa.

Međutim, ono što je bitno i čime se štiti nezavisnost redovnog sudstva se sastoji u tome što ustavni sud ne može da poništi, ukine ili preinači odluku redovnog suda. Razume se, u slučajevima kada Ustavni sud utvrđuje povredu konkretnog ljudskog prava odlukom redovnog suda, ona može da bude presuda ili rešenje.

Ova opredeljenja su sankcionirana u posebnim zakonima iz oblasti pravosuđa. Tako na primer, u Zakonu o sudovima Republike Severne Makedonoje od 1995, 2006. i 2019. godine, između ostalog je podvučeno da pravosnažna sudska odluka ima neprikosnovano pravno dejstvo i sudsku odluku može da menja ili ukine samo nadležni sud u postupku propisanom zakonom. Drug komentar nije potreban.[19]

OSMAN KADRIU, LL.D.,
Professor, Judge of the Constitutional Court
of the Republic North Macedonia

CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN THE FUNCTION OF PROTECTING INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY

Summary

An attempt was made in the paper for answering "the role and function of the constitutional judiciary in protecting and securing the independence of the judicial power. In the constitutional systems which the division of powers into legislative, executive and judicial has been adopted still there are" problems with the status of the judiciary and its self-independence, new value system, impartiality and competence.

[19] Zakon o sudovima Republike Severne Makedonije čl. 13, *Službeni vesnik RM*, od 2019. g.

In the exercise of the competences of the constitutional judiciary, the exercise of individual competences of it comes to the fore and contributes to the process of securing independence in the judiciary.

From the competences of the constitutional judiciary, performing the function of normative control, deciding conflicts of jurisdiction, and the relation of the constitutional judiciary to the regular courts in view of the constitutional protection of human rights, the constitutional judiciary contributes to the resolution of important issues for judicial independence.

To make it clear, in this paper is also given a brief overview of the institutional devision of power, both from the aspect of concrete scientific views and from the aspect of positive regulation within the framework of domestic and international law.

Key words: power, state power, separation of powers, judicial independence, constitutional judiciary

MLADEN VUKČEVIĆ,
IVAN VUKČEVIĆ

POSLANIČKI IMUNITET

– Ustavno oblikovanje i zakonsko "preoblikovanje" –

U radu je obrađen poslanički imunitet kao garancija vršenja poslaničke funkcije i njegov doprinos zaštiti parlamenta kao institucije. U prvom dijelu rada predočeni su pojmovno određenje, nastanak i uporednopravni prikaz normativnog uređenja ovog instituta. Iz sadržaja proističe da se obim poslaničkog imuniteta razlikuje u praksi savremenih država, ali je zajedničko polazište da postoje njegove šire dimenzije – očuvanje principa podjele vlasti, zaštita ljudskih prava i sloboda i ostvarivanje vladavine prava. U težišnom dijelu rada su, na primjeru iz prakse, analizirani ustavno oblikovanje i zakonsko "preoblikovanje"u primjeni ovog instituta.

Cilj rada nije samo predočavanje uporednih normativnih modela ovog instituta, već i predlaganje mogućih načina za njegovo primjereno pozicioniranje u crnogorskom ustavnom sistemu, što je učinjeno u zaključnim razmatranjima. U tom smjeru su dati predlozi za normativnu dogradnju po kojima poslanički imunitet treba utvrditi još jasnije u ustavnoj normi, bliže u zakonskoj, a detaljno u poslovničkoj odredbi, polazeći od normativnog okvira u Crnoj Gori i prakse u njegovoj primjeni, kao i preporuka relevantnih međunarodnih organizacija i prakse međunarodnih i nacionalnih sudova.

Ključne riječi: *poslanik, imunitet, skupština, Ustav, zakon*

Dr Mladen Vukčević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta "Mediteran" u Podgorici.
Mr Ivan Vukčević, Projekt koordinator u NVO Centar za monitoring i istraživanje, Podgorica.

POJAM I OBLICI POSLANIČKOG IMUNITETA

Imunitet poslanika je star koliko i moderno političko predstavljanje, i do danas je predmet preispitivanja pravnih i političkih nauka, ali i najšire javnosti. Njegov začetak nalazi se u Engleskoj, u odbrani prava parlamenta u odnosu na monarha, da bi kasnije opstao kao instrument kojim se štite prava parlamentarne manjine. U tom procesu, u Zakonu o pravima (1689) u članu 9 upisano je da sloboda govora u parlamentu ne smije biti sankcionisana, niti osporena u sudu, ili van parlamenta. Riječ je bila o imunitetu neodgovornosti koji je štitio poslanike od krivičnog progona za izgovorenu riječ ili glasanje. Za razliku od njega, imunitet nepovredivosti se prvi put javlja poslije Francuske revolucije kada je Nacionalna skupština uvela ovaj oblik imuniteta. Njegov cilj je bio da dodatno štiti poslanika od politički motivisanih posezanja izvršne vlasti u vršenje njegove funkcije. Poslije engleskog i francuskog iskustva poslanički imunitet se uspostavlja i u drugim državama, a razlog za to bila je potreba zaštite narodnog suvereniteta, narodnog predstavništva i jačanje njegovog položaja prema izvršnoj vlasti.[1]

U razmatranju ovog instituta nalazimo se na prostorima više grana prava, a primarno ustavnog i krivičnog prava, na razmeđi onoga što je propisano i onoga što se ostvaruje, a nerijetko i na raskršću prava i politike. Po ovom pitanju nema jedinstvenog normativnog pristupa. Naprotiv, pravna nauka svjedoči o raznolikosti odgovora na upit kako štititi poslanički imunitet, odnosno kako štititi parlament, drugim riječima ovo pravo nije adresirano isključivo pojedincu, već štiti parlament. Iz sličnih razloga i upotrebu izraza "parlamentarne privilegije" koji je karakterističan za anglosaksonsko pravo, ne nalazimo u zemljama kontinentalnoevropske pravne tradicije. Ističe se da taj izraz ugrožava smisao samog instituta i na temelju tog stanovišta se i u nekim državama gdje se on tradicionalno upotrebljava (Ujedinjeno Kraljevstvo) predlaže njegovo zamjenjivanje, ili sužavanje obima njegove primjene.[2]

Opšteprihvaćena podjela poslaničkog imuniteta, proistekla iz njegovog istorijskog razvoja, podrazumijeva postojanje dva pomenuta oblika: imuniteta neodgovornosti i imuniteta nepovredivosti.

Imunitet neodgovornosti (materijalni imunitet) se sastoji u garantovanju prava članovima parlamenta da slobodno izražavaju svoje mišljenje i glasaju, bez bojazni da će zbog toga biti pozvani na odgovornost.[3] Poslanik za pomenute sta-

[1] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 299.

[2] Vladan Petrov, *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 83.

[3] *Pravna enciklopedija,* Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 936.

vove, mišljenja i poglede ne može odgovarati ni dok mandat traje, ni nakon završetka mandata pa se za ovu vrstu imuniteta kaže da je apsolutna.[4]

Imunitet nepovredivosti (procesni imunitet) sastoji se u povlastici poslanika da ne mogu biti lišeni slobode bez odobrenja samog parlamenta.[5] On podrazumijeva zaštitu koja je vremenski ograničena (u nekim zemljama dok traje mandat, a u nekim državama samo za vrijeme trajanja zasijedanja) i zato se za ovu zaštitu kaže da je privremena.[6]

U teoriji postoji saglasnost oko opravdanosti imuniteta neodgovornosti za slobodno obavljanje parlamentarnog mandata i on je prisutan u praksi skoro svih savremenih država. Ono što se različito tumači jeste da li se on može primjenjivati samo unutar zgrade parlamenta ili i van nje, samo za vrijeme zasijedanja ili u bilo kom trenutku trajanja mandata, nezavisno od toga da li parlament zasijeda.

S druge strane, postoje i različita promišljanja o potrebi za postojanjem imuniteta nepovredivosti. Tako, primjera radi, *S. Wigley* i *G. Kocan* smatraju da se nedostatak ove vrste imuniteta ogleda u tome što "ugrožava ideju *nemo iudex in causa sua*".[7] Osim toga, *S. Šegvić i M. Bašić* smatraju da se imunitet nepovredivosti sve više sužava i da to "olakšava vođenje istrage i smanjuje razliku između poslanika i ostalih građana".[8] S druge strane, *C. Negotia* smatra da je ovaj oblik imuniteta dao veliki doprinos razvoju parlamentarnog života i da se obim i funkcija imuniteta nijesu značajno mijenjali od nastanka do danas, nego su zbog dinamičnih političkih procesa u evropskom društvu nastale različite interpretacije.[9] Nadalje, M. Jovičić ističe da bi takvo "onemogućavanje poslanika moglo da vodi paralisanju rada parlamenta od strane izvršnih organa i time neopravdanom jačanju njihovog uticaja, jačanju koje ne bi bilo u skladu sa mjestom i položajem ovih organa i njihovom načelno utvrđenom podređenošću parlamentu".[10]

---

[4] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 299.

[5] *Pravna enciklopedija,* Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 936.

[6] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 301.

[7] Democracy and the politics of parliamentary immunity in Turkey, https://www.academia.edu/4742106/Democracy_and_the_politics_of_parliamentary_immunity_in_Turkey, 22..08..2019.

[8] Saša Šegvić, Mia Bašić, P"arlamentarni imunitet - teorija, pravna regulativa i praksa u savremenim demokratskim državama", *Zbornik radova Pravnog fakulteta* u Splitu, god. 49, br. 3/2012, str. 508.

[9] From the concept to the practice of parliamentary immunity, *https://www.academia.edu/12416039/From_the_Concept_to_the_Practice_of_Parliamentary_Immunity,* 22..08..2019.

[10] Miodrag Jovičić, *Demokratija i odgovornost*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 240.

Osim u teoriji, različiti pristupi postoje i u praksi. Razlikuju se tri grupe zemalja s obzirom na postojanje i sadržinu ove vrste imuniteta: 1) države u kojima imunitet nepovredivosti nije predviđen, 2) države u kojima je predviđen samo u građanskim postupcima, i 3) države u kojima je imunitet ograničen na krivičnopravne postupke.[11] Takođe, postoje razlike u obimu krivičnih djela koja su "pokrivena" imunitetom, većini koja je potrebna za izglasavanje, i stepenu autorizacije parlamenta prilikom njegovog određivanja.

Značaj poslaničkog imuniteta kroz vjekove oslikava status parlamenta i neprikosnovenost zaštite onih koji ga čine - poslanika. Razvojem društva ovaj institut postajaće sastavni dio očuvanja načela podjele vlasti, ali i šire, ukupnog stepena demokratizacije društva.[12] To se na poseban način očitava u društvima koja su krajem devedesetih godina prošlog vijeka krenula ka uvođenju pluralističkog sistema političkog predstavljanja. O tome svjedoči i crnogorsko iskustvo, budući da je u tri decenije višepartizma u Crnoj Gori podnijeto više zahtjeva za oduzimanje poslaničkog imuniteta, o kojima je Skupština odlučivala. Rasprave i odlučivanja na ovu temu odražavali su intenzitet političkih konfrontacija, kao i različita tumačenja svrhe, obima i sadržine poslaničkog imuniteta. Istovremeno, označavali su napredak ili zastoje u jačanju autonomne uloge zakonodavnog tijela i postajali indikator ukupne demokratske emancipacije društva.

Što su odrednice poslaničkog imuniteta i kako ih pravilno primijeniti?

U prvom redu to su: sloboda poslanika, utvrđivanje uslova pod kojima se ona može ograničiti i sprovođenje postupka u kome se to čini. Sve to mora biti uokvireno pravnim i drugim dokumentima, posebno kada se rješava o nečijoj slobodi. Tome nas uči i istorija razvoja ljudskih prava, njeni prvi moderni akti su donijeti upravo u cilju zaštite od neosnovanog lišenja slobode, jer, sloboda je pretpostavka ostalih prava. Teorijski i normativni koncepti o ovim i drugim odrednicama, njihovo provođenje u praksi, i nove dimenzije ostvarivanja ljudskih prava, otvaraju više pitanja po ovom osnovu i upravo su ona predmet ovog rada.

NORMATIVNI OKVIR I PROBLEMI U PRIMJENI

Garancije poslaničkog statusa u istorijsko-pravnom razvoju Crne Gore

U periodu koji je prethodio uvođenju parlamentarizma u Crnoj Gori, ne postoji zaštita pojedinaca koji su obavljali predstavničku funkciju u različitim

[11] Vladan Petrov, *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.

[12] Postoje i gledišta po kojima pravila o parlamentarnoj nepovredivosti nijesu neophodan dio moderne demokratije. Tako u**:** *Reporton the Scope and Lifting of Parlamentary Immunities, Venice Commision, Venice, March 2014.*

oblicima odlučivanja (zborovi, narodne skupštine i sl.). Tek od usvajanja Ustava za Knjaževinu Crnu Goru iz 1905. godine, postoje normativne garancije statusa poslanika. U ovom ustavu institut poslaničkog imuniteta utvrđen je na način da omogući slobodu iskaza narodnih predstavnika i u osnovi je uređen na način kako je to bio slučaj u uporednoj ustavnosti toga doba.

Poslanički imunitet sadržan je u okviru trećeg dijela Ustava (Krug vlasti Narodne skupštine) u članovima 99 i 100. U članu 99 je utvrđeno da tokom trajanja Skupštine "ne može nikakva vlast ni pozvati ni u pritvor staviti narodnog poslanika" bez odluke Skupštine, osim "u slučaju kada se uhvati na samom djelu zločinstva". U narednom članu Ustava propisano je da ukoliko se "poslanik na samom djelu zločinstva uhvati, može se staviti u pritvor" pod uslovom da o tome odmah bude obaviještena Skupština, kao i da se dalje protiv njega ne mogu preduzimati mjere sve dok ona ne odluči "ima li mjesta stavljanju pod sud".[13]

Osim Ustavom, imunitet poslanika bio je uređen i Zakonom o privremenom poslovnom redu u Narodnoj skupštini.[14]To je bio prvi zakon koji je usvojen po Ustavom utvrđenoj proceduri, što potvrđuje uvažavanje značaja poslaničkog imuniteta i potrebe da se on bliže uredi, a to danas nije slučaj, o čemu će biti riječi u narednom dijelu rada. U članu 129 Zakona utvrđeno je da se poslanik za vrijeme trajanja Narodne skupštine, bilo u zgradi skupštinskoj ili van nje" ne može pozvati niti pak staviti u pritvor", dok Skupština ne riješi da se protiv njega može povesti "išljeđenje i u pritvor se staviti". U članu 130 uređeno je da ako se poslanik "uhvati na samom djelu zločinstva", on će biti "stavljen u pritvor", a protiv njega se neće moći "ništa dalje preduzimati" dok "Skupština ne riješi ima li mjesta da se istraga preduzme i optuženi za vrijeme saziva pod sud stavi".

Pored Ustava iz 1905. godine, i svi ustavi Crne Gore iz perioda tzv. socijalističke ustavnosti sadržali su odredbu o poslaničkom imunitetu.

Ustav Narodne Republike Crne Gore iz 1946. godine u članu 69 uređuje poslanički imunitet. Propisuje se da poslanici u vremenu kada Narodna skupština zasijeda ne mogu biti "lišeni slobode niti se protiv njih može pokrenuti krivični postupak bez odobrenja Narodne skupštine", a u vremenu kada Skupština ne zasijeda bez odobrenja Prezidijuma Skupštine. Izuzetak je zaticanje na djelu zločina o čemu se mora odmah izvijestiti Prezidijum. Pravo imuniteta na teritoriji Crne

[13] *Crnogorski ustavi,* NIU Službeni list Republike Crne Gore, Podgorica, 2005, str. 21.

[14] Zakon o privremenom poslovnom redu u Narodnoj skupštini iz 1905. godine, *Crnogorski zakonici (pravni izvori i politički akti od značaja za istoriju državnosti Crne Gore), knjiga IV* (urednici Branko Pavićević i Radoslav Raspopović), Istorijski institut Crne Gore, Podgorica, 1998, str. 367.

Gore uživali su i narodni poslanici narodnih skupština ostalih članica jugoslovenske federacije.[15]

Ustav Socijalističke Republike Crne Gore iz 1963. godine u članu 165 uređuje poslanički imunitet. Utvrđuje da poslanički imunitet važi "u Skupštini i van nje" i da predstavnici naroda ne mogu biti pozvani na odgovornost, niti pritvoreni, niti kažnjeni za mišljenje ili glasanje u Skupštini. Osim toga, poslanik, ne može biti pritvoren, niti se protiv njega može pokrenuti krivični postupak "bez odobrenja vijeća čiji je član". Poslanik može biti pritvoren samo "ako je zatečen u vršenju krivičnog djela za koje je propisana kazna strogog zatvora u trajanju dužem od pet godina". U tom slučaju, organ koji je lišio slobode poslanika treba da obavijesti o tome predsjednika Skupštine, koji to pitanje treba da iznese pred odgovarajuće vijeće koje će odlučiti da li se postupak nastavlja, odnosno da li će rješenje o lišenju slobode ostati na snazi.[16]

Ustav Socijalističke Republike Crne Gore iz 1974. godine u članu 157 uređuje pitanje poslaničkog imuniteta na isti način kao što je to, u osnovi, bilo u Ustavu iz 1963. godine. Razlika između ova dva ustava očitava se u tome što Ustav iz 1974. godine u posebnom članu (158) uređuje i pitanja imuniteta delegata u skupštini samoupravne interesne zajednice.[17]

U Ustavu Republike Crne Gore iz 1992. godine pitanje poslaničkog imuniteta uređuje se članom 79. Imunitet neodgovornosti garantovan je određenjem da poslanik ne može da bude pozvan na odgovornost zbog govora i glasa u Skupštini (stav 2). Imunitet nepovredivosti uređen je stavovima 3 i 4 ovog člana po kojima se protiv poslanika ne može pokrenuti krivični postupak, niti odrediti pritvor bez prethodnog odobrenja Skupštine. Poslanik može biti pritvoren ako je zatečen u vršenju krivičnog djela za koje je propisana kazna u trajanju dužem od pet godina zatvora.[18]

Važeći normativni okvir u Crnoj Gori i određenja u međunarodnim dokumentima

Važeći normativni okvir poslaničkog imuniteta u Crnoj Gori sadržan je u Ustavu Crne Gore[19] i Poslovniku Skupštine Crne Gore.[20]U pravnom sistemu Crne Gore poslanički imunitet nije predmet zakonskog uređivanja, odnosno ne

[15] *Crnogorski ustavi,* NIU Službeni list Republike Crne Gore, Podgorica, 2005, str. 50 i 51.

[16] *Ibidem*, str. 165.

[17] *Ibidem,* str. 291. i 292.

[18] *Ibidem,* str. 465.

[19] *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2007 i 38/2013.

[20] *Službeni list Crne Gore*, br. 59/17.

postoji opšti ili posebni zakon kojim je bliže uređen položaj Skupštine ili prava njenih poslanika.

Poslanički imunitet je u Ustavu Crne Gore uređen članom 86, a u vezi sa njim su i odredbe članova 29 (Lišenje slobode) i 30 (Pritvor).U članu 86 stav 1 uređen je materijalni imunitet koji podrazumijeva da poslanik "ne može biti pozvan na krivičnu ili drugu odgovornost ili pritvoren za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju svoje poslaničke funkcije". Stavom 2 uređuje se procesni imunitet po kome se "protiv poslanika ne može pokrenuti krivični postupak, niti odrediti pritvor, bez odobrenja Skupštine, osim ako je zatečen u vršenju krivičnog djela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina".[21]

U Poslovniku Skupštine Crne Gore poslanički imunitet utvrđen je u članovima 58 i 59. Članom 58 Poslovnika je propisano da zahtjev za odobrenje o pokretanju krivičnog postupka ili određivanju pritvora protiv poslanika predsjednik Skupštine upućuje Administrativnom odboru. Odbor je dužan da "svoj izvještaj sa predlogom podnese, po pravilu, na prvoj narednoj sjednici Skupštine", dok je u članu 59 propisano da se odredbe ovog Poslovnika primjenjuju i na odlučivanje o imunitetskim pravima predsjednika Crne Gore, predsjednika i članova Vlade, predsjednika Vrhovnog suda, predsjednika i sudija Ustavnog suda i Vrhovnog državnog tužioca.[22]

Bliža određenja poslaničkog imuniteta, odnosno procedure i smjernice prilikom njegovog ukidanja sadržane su u dokumentima tijela Savjeta Evrope - Komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) i Grupe država za borbu protiv korupcije (GRECO). U okviru njih su date detaljnije preporuke o sadržaju nacionalnih zakonodavstava po ovom pitanju, koje dodatno treba da ojačaju garancije poslaničkog imuniteta (veća transparentnost, uvođenje novih instrumenata koja se odnose na "pravo na odbranu poslanika", hitnost postupka, pravno dejstvo odluka o ukidanju imuniteta i sl.).[23]Osim toga, u dokumentima koji prate njihovo ostvarivanje, date su konkretne preporuke pojedinim državama, uključujući i Crnu Goru.[24]

Otvorena pitanja (primjer iz prakse)

Jedan skoriji slučaj iz crnogorske parlamentarne prakse upućuje na svu složenost ovog pitanja i brojne implikacije koje može izazvati njegovo neadekvat-

[21] Ustav Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2007 i 38/2013.

[22] Poslovnik Skupštine Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 59/17.

[23] Report on the scope and lifting of parlamentaryimmunities adopted by the Venice Commision at its 98th plenary session (Venice, 22–23 March 2014).

[24] Tako, npr. u: Evalution Report Montenegro, Strasbourg, 5–19 June, 2015.

no ili nepotpuno normiranje, kao i njegovo "usko" tumačenje. Postupanje u ovom slučaju zavrijedilo je pažnju političke, stručne i naučne javnosti i bilo je predmet tematske rasprave pred nadležnim radnim tijelom Skupštine Crne Gore.[25]

Naime, rješenjem Višeg suda u Podgorici[26] poslaniku Skupštine Crne Gore N.M. je na predlog Specijalnog državnog tužilaštva kao procesna mjera određeno "stavljanje u zatvor", iz razloga što je odbio da svjedoči u jednom predmetu Specijalnog državnog tužilaštva. Po nalaženju suda pozivanje poslanika na imunitet bilo je neosnovano, jer on "ne postoji za izjave učinjene van Skupštine jer izraženo mišljenje i glasanje treba da je izvršeno u vršenju poslaničkog mandata u samoj Skupštini". Dalje, Viši sud zaključuje da se imunitet odnosi samo na "izjave učinjene u pozivnom, zakonodavnom radu poslanika, odnosno imunitet se odnosi samo na izjave od momenta otvaranja pa do zaključenja sjednice Skupštine, a ne odnosi se na izjave i tvrdnje učinjene prije i poslije sjednice Skupštine", odnosno ako one nijesu vezane sa samim radom Skupštine. Na kraju, Viši sud je zauzeo stav da se poslanik u tom slučaju ne "pritvara", već "stavlja u zatvor" što je utvrđeno u članu 119 stav 2 Zakonika o Krivičnom postupku (ZKP)[27]. Pomenuti pristup potvrđen je odlukom Apelacionog suda Crne Gore.[28]

Na ovaj način je jednim posebnim zakonom (ZKP) ostvarena mogućnost derogiranja suštine ustavne norme o poslaničkom imunitetu. Dakle, u predmetu ovog poslanika došlo je do lišenja slobode, i to u formi procesne kazne odnosno "stavljanja u zatvor", a ne "određivanja pritvora" kako je to navedeno u ustavnoj odredbi o imunitetu. Međutim, suštinski posmatrano, i "stavljanje u zatvor"se svodi na oduzimanje čovjekove slobode, kako god se to pravno kvalifikuje. Posljedica je bila da je sud postupao striktno po zakonu, "usko" tumačeći odredbu, a pritom je izostalo izjašnjavanje Skupštine čime je "zakonski preoblikovana" ustavna norma.

To upućuje na probleme u tumačenju proistekle iz potencijalne nesaglasnosti ustavne i zakonske odredbe i zato se *de lege ferenda* otvara pitanje njihovog usklađivanja i dogradnje. Ovo u smislu da poslanik ne može na bilo koji način biti lišen slobode, osim ako nije uhvaćen na djelu ili za krivično djelo za koje je propisana kazna veća od pet godina zatvora.

Problema ove vrste u primjeni odredbi o poslaničkom imunitetu ne bi moglo biti po ranije citiranoj odredbi Ustava iz 1905. godine, gdje je u članu 99 utvr-

[25] Tematska rasprava održana je pred Administrativnim odborom Skupštine Crne Gore 18 jula 2019. godine uz učešće akademske zajednice, Udruženja pravnika i predstavnika pravosuđa.

[26] Rješenje Višeg suda, Kvs. br 328/18 od 28.11.2018. godine

[27] *Službeni list Crne Gore*, br. 57/2009, 49/2010 i 47/2014.

[28] Odluka Apelacionog suda Crne Gore, Kvsž. br. 143/18.

đeno da ne može "nikakva vlast (podvukli autori) ni pozvati, ni u pritvor staviti narodnog poslanika bez odluke Narodne skupštine" osim kada se uhvati "na samom djelu zločinstva". Pored toga, članom 100 istog Ustava bilo je uređeno da se poslanik, ako je uhvaćen na mjestu zločina, može staviti u pritvor, ali se to "mora odmah javiti Narodnoj skupštini i ništa se dalje ne može protiv njega preduzimati, dok skupština ne riješi ima li mjesta stavljanju pod sud". Takva ustavna rješenja dopunjuje i, takođe navedeni, Zakon o privremenom poslovnom redu u Narodnoj Skupštini, iz 1906. godine, na način što u članu 130 propisuje da se protiv poslanika ne mogu preduzimati mjere sve dok "Skupština ne riješi ima li mjesta da se istraga preduzme i optuženi za vrijeme saziva pod sud stavi". U tom zakonu nije, a danas jeste izostalo, da se zakonom bliže definiše obim i sadržaj poslaničkog imuniteta. Tako je, pored ostalog, prije više od jednog vijeka uređen i princip teritorijalnog važenja poslaničkog imuniteta, pa je u članu 129 ovog zakona utvrđeno da se poslanik ne može staviti u pritvor bez obzira da li je krivično djelo učinio "u zgradi skupštinskoj ili van nje".

Budući da nema posebnog zakona kojim se bliže uređuje poslanički imunitet Viši i Apelacioni sud pribjegli su ovakvom tumačenju (ZKP-a) i na taj način "devalvirali" ustavnu odredbu o imunitetu. To je osnov za zapažanje da bi oni koji primjenjuju norme o ličnoj slobodi i uopšte o ljudskim pravima uvijek trebalo da ih tumače šire, u interesu slobode, a ne rigidnog formalizma. Ukoliko bi drugačije postupali onda bi, primjera radi, aktima iz 70-tih godina homoseksualnost bila krivično djelo, a ne ljudsko pravo, pravo na seksualnu orijentaciju. Jer, ako ljudska prava imaju dinamički karakter, ako se širi njihov katalog, onda i njihovo tumačenje mora imati odlike evolutivnosti, što je i jedan od principa u tumačenju međunarodnih konvencija o ljudskim pravima. To važi i za razvoj u poimanju poslaničkog imuniteta koji, kako je već istaknuto, postoji zbog nezavisnosti parlamenta, a ne samo kao privilegija poslanika.

Potreba za širim tumačenjem uočljiva je i iz stava o teritorijalnom važenju ovog instituta, koji se ne može prostirati samo pod svodom skupštinskog zdanja, niti samo u vrijeme zasijedanja, kako je navedeno u odluci Apelacionog suda,[29] već opet šire. To upućuje da formulaciju "u vršenju poslaničke funkcije" treba šire tumačiti jer se ona odnosi i na obavljanje svih drugih aktivnosti, između zasijedanja, kojima se vrši poslanička funkcija, što pokazuje i praksa najviših sudova nekih država članica EU, npr. Vrhovnog suda Poljske.[30] Ovo iz razloga što poslanici ostvaruju svoju funkciju, ne samo na plenarnim i zasijedanjima radnih tijela u

[29] Rješenje Apelacionog suda Crne Gore, br. 143/18od 2. decembra, 2018. godine.

[30] Presuda Vrhovnog suda Poljske od 16. februara 1994, I KZP, 40/93.

zdanju parlamenta, već i u različitim oblicima djelovanja koji su posebno multiplicirani razvojem novih tehnologija.

Polazeći od ustavne žalbe poslanika N. M. na rješenje Apelacionog suda Ustavni sud Crne Gore (USCG) je pokrenuo postupak normativne kontrole odredbe člana 119 stav 2 ZKP-a[31] u dijelu koji glasi "a ako i poslije toga odbije da svjedoči, može se zatvoriti. Zatvor traje dok svjedok pristane da svjedoči ili dok njegovo saslušanje postane nepotrebno ili dok se krivični postupak završi, a najmanje dva mjeseca". Istovremeno, USCG je donio privremenu mjeru o obustavi izvršenja pojedinačnih akata (rješenja Apelacionog suda) i naložio da se bez odlaganja obustavi prinudna mjera zatvaranja poslanika. Uporište za ovakav stav (o neposrednosti povrede ustavnog prava i ocjeni ustavnosti zakonske odredbe) Ustavni sud Crne Gore, je u širem smislu, imao u njemačkoj ustavnosudskoj praksi po kojoj se dopušta ustavna žalba i protiv opšte norme zakona ili drugog propisa, kojim je povrijeđeno ustavno pravo podnosioca.[32]

Na ovaj način su podstaknuta šira sagledavanja ove dimenzije poslaničkog imuniteta. To je, s jedne strane, potvrdilo koliko je dobro da postoji pluralitet oblika i organa koji odlučuju o ljudskim pravima, a s druge, koliko značajni mogu biti dometi djelotvornosti ustavne žalbe kao pravnog sredstva.[33] Ovo posebno jer je u navedenom slučaju došlo do lišenja slobode poslanika bez "autorizacije parlamenta" korišćenjem drugog instituta, jedne od procesnih mjera, propisane u zakonu koji u tom dijelu ne posjeduje svojstva na koja upućuje praksa Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), a odnose se na svojstva zakona (pravni osnov, kvalitet, predvidljivost, dostupnost). Dakle, USCG je ocijenio da treba ukloniti iz pravnog sistema takvu odredbu koja je kvalifikovana kao neodređena i neprecizna, pozivajući se na primjere iz prakse ESLJP i bazični princip da se na načelima vladavine prava i izbjegavanja arbitrerne moći (*avoidance of arbitrary power*) zasniva pretežni dio teksta Konvencije. Konačno odlučivanje USCG o o ustavnosti citiranih odredbi ZKP-a biće test po pitanju njegove i ukupne spremnosti društva da u punoj mjeri štiti ljudska prava.

ZAKLJUČAK

Polazeći od pojmovnih određenja, pravnoistorijskog razvoja, normativne uređenosti i prezentiranog primjera iz prakse, može se zaključiti da izradi prav-

[31] Rješenja o "stavljanju u zatvor poslanika"

[32] Opširnije o ovim dometima ustavne žalbe u: D. Krapac, *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske* (ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora), Zagreb, 2014, str. 242.

[33] Djelotvornost ustavne žalbe u ustavnom sistemu Crne Gore potvrđena je u predmetu Siništaj i drugi protiv Crne Gore, ESLJP, br. 1451/10, 7260/10 i 7382/10 od 3. novembra 2015.

nih akata koji se odnose na poslanički imunitet i njihovoj primjeni treba pristupiti osmišljeno i odgovorno.To podrazumijeva da se uvažavaju međunarodni standardi zaštite ljudskih prava i relevantna sudska praksa, u prvom redu ESLJP, po ovom pitanju.

Treba normativno dograditi institut poslaničkog imuniteta, i to, jasnije u ustavnoj normi, bliže u zakonskoj, a detaljno u poslovničkoj odredbi.

U ustavnoj ravni treba zaštititi slobodu poslanika i autoritet parlamenta, recimo, kao u članu 68 Ustava Italije po kome "poslanik ne može biti uhapšen *ili na bilo koji drugi način lišen slobode,* niti se može držati u pritvoru".[34] U tom smjeru je i tumačenje Ustavnog suda Poljske u kojem se navodi da ustavni termin hapšenje "obuhvata sve oblike lišavanja slobode, uključujući i privremene, koji se sprovode od strane državnih organa".[35]

U zakonskoj ravni treba ovo pitanje definisati u Zakonu u Skupštini Crne Gore ili eventualno u posebnom zakonu o poslaničkom imunitetu. Takođe, i u drugim zakonima treba eliminisati mogućnost da se u vidu procesnih kazni ili na sličan način faktički zaobiđe ovo ustavno pravo.

Poslovnik Skupštine Crne Gore treba precizirati do mjere da se izbjegne svaka arbitrernost kroz detaljno uređivanje postupka i obima poslaničkog imuniteta, što sada nije slučaj.

Sve ovo treba učiniti uvažavajući smjernice GRECO-a i VK, ali ne nekritičkim preslikavanjem, već primjereno našim okolnostima, budući da, recimo, navedeni slučaj iz naše prakse (zakonsko "preoblikovanje" ustavne odredbe) njima nije obuhvaćen. U procesu detaljnijeg uređivanja poslaničkog imuniteta treba posebnorazmotriti preporuke VK, ali imati u vidu da i ona ne zauzima isključiv stav po pitanju imuniteta. Naprotiv, ovo tijelo Savjeta Evrope, kako je navedeno, ističe da imunitet nepovredivosti nije "neophodan dio moderne demokratije", ali da u nekim zemljama, koje nemaju druge mehanizme zaštite poslanika, imunitet nepovredivosti "može ostvariti demokratsku funkciju zaštite parlamenta kao institucije".

U postupku zakonskog i poslovničkog oblikovanja ovog instituta treba omogućiti da u raspravi o oduzimanju poslaničkog imuniteta poslanik ima pravo na "jednakost oružja", da da svoju riječ, da ima pravo na stručnog konsultanta, ali ne na način da se to pretvara u proces koji bi imao oblik prethodnog suđenja.

O ovim pitanjima treba povesti raspravu i van parlamenta, analizirati praksu ESLJP i ustavnih sudova čije su odluke reper u evropskom pravnom prostoru, npr. Saveznog ustavnog suda Njemačke. Tim izvorima pravničkog saznanja treba

[34] Ustav Italije, https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

[35] Presuda Ustavnog suda Poljske od 28. januara 1991. godine, K 13/90.

dati primat u odnosu na preporuke, npr. GRECO-a, budući da one više pokrivaju samo jedan aspekt poslaničkog imuniteta, onaj koji je u vezi sa fenomenom korupcije, ili preporuke VK koje predlogom za sužavanje polja imuniteta i drugim stavovima uvijek ne korespondiraju sa stavovima GRECO-a.

Ukoliko se u ovom smjeru ne dogradi institut poslaničkog imuniteta, njegovo oduzimanje će se u javnosti doživljavati kao sredstvo koje u svrhu političke oportunosti koristi većina. Zato je interes i većine i manjine da se ovo utvrdi na najbolji način, budući da u politici važi "pravilo povratne karte" (B.Rasel), odnosno mogućnost promjene odnosa onih koji vrše vlast i onih koji im oponiraju.

Uporedo sa tim treba afirmisati prakse šireg tumačenja ljudskih prava, kako u sudskoj, tako i u ustavnosudskoj ravni, koja se djelovanjem Ustavnog suda Crne Gore na konkretnom primjeru potvrdila kao "posljednja linija odbrane Ustava" u ovom segmentu.

Na kraju, pravila o poslaničkom imunitetu moraju posjedovati svojstva objektiviziranosti i izvjesnosti, jer razvoj prava je dužnik razvoju njegovih procedura. To je garancija da se po ovom pitanju ne ulazi u polje arbitrernosti, na što nas upućuje Strazburška praksa. Ujedno, to je u interesu onih koji primjenjuju pravila (Administrativni odbor, Skupština), i onih na koje se ta pravila potencijalno mogu primijeniti (poslanici). U krajnjem, to je u interesu načela podjele vlasti i vladavine prava kao bazičnih ustavnih principa i demokratskih polazišta po kojima su građani nosioci suvereniteta, a oni to mogu biti, pored ostalog, samo ako postoje valjane garancije djelovanja onih koji ih predstavljaju.

Prof. Dr. MLADEN VUKČEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law,
Mediteran University, Podgorica
IVAN VUKČEVIĆ, LL.M.,
Project Coordinator at NGO Centre
for Monitoring and Research, Podgorica

PARLIAMENTARY IMMUNITY

Summary

Parliamentary immunity as a guarantee of the exercise of parliamentary function and its contribution to the protection of parliament as an institution is researched in this scientific work.

In the first part of this work are presented the conceptual definition, establishment, and comparative regulation of the institute. It follows from the contents that the scope of parliamentary im-

munity differs in the practice of modern states, but the common starting point is that it has broader dimensions - the preservation of the principle of separation of powers, the protection of human rights and freedoms and the exercise of the rule of law. In focus part of the work, through examples from practice, the constitutional formulation and legal transformation in the application of this institute has been analyzed.

The aim of the work is not only a presentation of comparative normative model of the institute, but also suggest possible ways for its appropriate positioning in Montenegro's constitutional system, which is done in the concluding remarks.

In this direction proposals for normative upgrading were given, according to which parliamentary immunity should be further clarified in the constitutional norm, more closely in the legal and in details by rules of procedure, starting from the normative framework in Montenegro and the practice in its implementation, as well as the recommendations of relevant international organizations and the practices of international and national courts.

Key words: member of the Parliament, immunity, asssembly, Constitution, law

BESFORT RAMADANI

USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA PRAVA NA PRAVNO SREDSTVO POVREĐENO ODNOSNO USKRAĆENO U IZVRŠNOM POSTUPKU

Ustavnosudska zaštita prava na pravno sredstvo u izvršnom postupku ima svoje posebno mesto u praksi Ustavnog suda, s obzirom na to da je navedeni Sud opšte pravne stavove povodom pravnog sredstva izgradio upravo kroz odlučivanje o ustavnim žalbama iz oblasti izvršnog postupka. Iako je osnovni cilj izvršnog postupka što brže namirenje potraživanja izvršnog poverioca, to ne sme biti na štetu ustavnog prava na pravno sredstvo, a što potvrđuje već sada bogata praksa Ustavnog suda po ovom ustavnopravnom pitanju. Pravo na pravno sredstvo je istovremeno zakonsko, ustavno i međunarodno (univerzalno) pravo, što ukazuje samo na pravni značaj ovog prava. Do povrede Ustavom zajemčenog prava na pravno sredstvo u izvršnom postupku dolazi zbog primene zakonskih odredbi koje su restriktivne prema pravnim sredstvima u izvršnom postupku, što zakonodavac opravdava potrebom za što bržim okončanjem izvršnog postupka, zatim zbog proizvoljne odnosno preterane formalističke primene izvršnih procesnih normi od strane sudova u postupku odlučivanja o pravnim sredstvima.

Ključne reči: *pravna sredstva, izvršni postupak,ustavna žalba, Ustavni sud*

TERMINOLOGIJA, POJAM I ZNAČAJ PRAVNIH SREDSTAVA

Pojam "pravno sredstvo" predstavlja ustavnu kategoriju, ovaj izraz se koristi za označavanje ustavnog prava iz odredbe člana 36. stav 2. Ustava Republike Srbi-

Besfort Ramadani, savetnik Ustavnog suda, Beograd.

je ("Službeni glasnik RS", broj 98/06 – u daljem tekstu: Ustav)i zato se u ustavnopravnoj terminologiji koristi izraz pravno sredstvo. S druge strane, smatra se da je ovaj izraz primereniji kada je reč o izvršnom postupku.[1] Pravna sredstva predstavljaju zakonom uređene radnje stranaka i drugih ovlašćenih subjekata kojima obijaju nepravilnu i nezakonitu odluku i kojima zahtevaju da nadležna instanca u propisanom postupku ispravi postojeće nepravilnosti i nezakonitosti tako što će pobijanu odluku ukinuti ili preinačiti donošenjem nove odluke.[2] Dakle, osnovni cilj pravnih sredstava jeste otklanjanje štetnih posledica prouzrokovanih donošenjem nezakonite i nepravilne odluke od strane sudova, drugih državnih organa, kao i imaoca javnih ovlašćenja. S obzirom na to da država ima monopol u donošenju pravno obavezujućih odluka, ta ista država mora priznati pojedincu i pravo na ispravak pogrešnih odluka državnih organa.[3] Opravdanost primene pravnih sredstava se zasniva na zaštiti pojedinačnih prava i interesa, ali i javnih interesa. Primenom pravnih sredstava se ujednačava pravna praksa u postupcima u kojima se odlučuje o pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinaca, što doprinosi postizanju jedinstva pravnog poretka i njegovoj pravnoj sigurnosti i povećava poverenje javnosti u rad pravosuđa i drugih državnih organa, pri čemu je to poverenje jedno od osnovnih komponenti države zasnovane na vladavini prava.

Imajući u vidu značaj i funkciju pravnih sredstava u jednom pravnom sistemu, ovo pravo se istovremeno javlja kao zakonsko, ustavno i međunarodno pravo. Tako je pravo na pravno sredstvo zajemčeno članom 36. stav 2. Ustava, a primena navedenog ustavnog prava u sudskim postupcima je detaljno razrađena u procesnim zakonima. Ustavom je dozvoljeno da se zakonom propiše način ostvarivanja prava na pravno sredstvo, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu navedenog zajemčenog prava (član 18. stav 2). U tom smislu, Zakon o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 72/11, 49/13 (Odluka Ustavnog suda), 74/13 (Odluka Ustavnog suda), 55/14 i 87/18), kao krovni procesni zakon, poznaje ustanovu pravnih sredstava i detaljno je razrađuje u posebnoj glavi (čl. 367–435). Zatim, Zakonik o krivičnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. *72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 i 35/19) sadrži odredbe o pravnim sredstvima (čl. 432–493) i na kraju treći opšti procesni zakon* – Zakon o opštem upravnom po-

[1] Nikola Bodiroga, *Novi izvršni postupak*, Beograd, 2017, str. 72.

[2] Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 471; Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 540.

[3] Tadija Bubalović, "Pravo na pravni lijek protiv odluka tijela državne vlasti prema domaćem i međunarodnom pravu", *Zbornik Sveučilišta Libertas* (urednik Vladimir Filipović), br. 3, Zagreb, 2018, str. 266.

stupku ("Službeni glasnik RS", br. 18/16 i 95/18 (autentično tumačenje)), takođe, u posebnoj glavi sadrži odredbe o pravnim sredstvima (čl. 147–189). Pored navedenog i drugi procesni zakoni sadrže odredbe o pravnim sredstvima, kao što je to slučaj sa Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine ("Službeni glasnik RS", br. 106/15, 106/16 (autentično tumačenje) i 113/17 (autentično tumačenje) i 54/19) (član 24). Pravo na pravno sredstvo je zajemčeno u više međunarodnih dokumenata, prvenstveno u Opštoj deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine (član 8), u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (član 13) i u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine (član 14). Potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju (član 16. stav 2. Ustava). Pravo na pravno sredstvo je i univerzalno ljudsko pravo, jer to pravo poznaju gotovo sva savremena zakonodavstva u svetu i ono je važna ustanova u svim pravno uređenim postupcima u kojima se odlučuje o pravima i obavezama građana.[4]

PRAVO NA PRAVNO SREDSTVO KAO USTAVNO PRAVO

Odredbom člana 36. stav 2. Ustava utvrđeno je da svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Navedena ustavna odredba sadrži opštu ustavnoprocesnu garanciju za sve učesnike u pravnim postupcima. Ustavni sud Republike Srbije je u više svojih Odluka izričito potvrdio značaj prava na pravno sredstvo. Tako je navedeni Sud konstatovao da je osiguranje delotvornosti žalbe (i drugih pravnih sredstava) jedno od temeljnih procesnih jemstava u svim sudskim postupcima, koje je zbog svog izuzetnog značaja i zajemčeno članom 36. stav 2. Ustava.[5] Takođe, i drugim odredbama Ustava se jemči pravo na pravo sredstvo i to posebnoj kategoriji lica odnosno u posebnim postupcima. Tako se odredbama člana 27. stav 3. i člana 30. stav 3. Ustava posebno jemči pravo na žalbu licima lišenim slobode i pritvorenim licima. Dalje, Ustav u odredbi člana 170. predviđa ustavnu žalbu kao posebno, supsidijarno i ekskluzivno pravno sredstvo kojim se pokreće postupak pred Ustavnom sudom radi zaštite ljudskih i manjinskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, odnosno potvrđenih međuna-

[4] *Ibidem.*

[5] Odluke Ustavnog suda Už-4231/16 od 20. septembra 2017. godine i Už-8709/14 od 9. juna 2016. godine, dostupne na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 1. septembar 2019. godine.

rodnim ugovorom.[6] Zatim, odredbom člana 198. stav 2. Ustava utvrđeno je da zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. Na kraju, Ustav jemči i žalbe kao poseban vid zaštite jednog uskog kruga specifičnih prava zajemčenih Ustavom. U pitanju su sledeće žalbe: žalba na odluku donetu u vezi sa potvrđivanjem mandata (član 101. stav 5. Ustava); žalba na odluku Visokog saveta sudstva o prestanku sudijske funkcije (član 148. stav 2. Ustava); žalba protiv odluke Visokog saveta sudstva, u slučajevima propisanim zakonom (član 155. Ustava); žalba protiv odluke Državnog veća tužilaca o prestanku funkcije javnog tužioca i zamenika javnog tužioca (član 161. stav 4. Ustava).

USTAVNA ŽALBA I PRAVO NA PRAVNO SREDSTVO IZ ČLANA 36. STAV 2. USTAVA

Ustavnosudska zaštita ljudskog prava na pravno sredstvo ostvaruje se u postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi iz člana 170. Ustava.[7] Navedenom ustavnom odredbom je utvrđeno da se ustavna žalba može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Dakle, Ustav jemči ljudsko pravo na pravno sredstvo (član 36. stav 2), ali istovremeno jemči i njegovu zaštitu pred Ustavnim sudom u postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi. Iz sadržine odredbe člana 170. Ustava proizlazi da se ustavna žalba može izjaviti: 1) protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja; 2) kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom; 3) ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Navedeno predstavljaju ustavne pretpostavke za izjavljivanje ustavne žalbe.

Akti i radnje izvršnog suda jesu pojedinačni akti i radnje jednog državnog organa. To se odnosi i na akte i radnje javnih izvršitelja.[8] Javni izvršitelji jesu lica kojima je povereno javno ovlašćenje. Pojam sud u praksi Evropskog suda za ljud-

[6] V. Katarina Manojlović-Andrić, "Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe", *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (urednik Dragiša B. Slijepčević), Beograd, 2013, str. 161 i dalje.

[7] Pojam "ustavna žalba" predstavlja doslovan prevod sa nemačkog reči *verfassungsbeschwerde,* čijim se tvorcem (1885) smatra nemački pravni teoretičar *Seydel*.

[8] Odluka Ustavnog suda Už-7451/2016 od 25. oktobra 2018 godine, dostupna na adresi:-*http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 16. jul 2019. godine. U navedenoj Odluci Ustavni sud je zauzeo pravno stanovište da je sprovođenje izvršenja pred javnim izvršiteljem faza sudskog postupka.

ska prava ima autonomno značenje i nužno ne zahteva da lica i tela koja vode postupak formalno pripadaju sudskoj vlasti, već da ispunjavaju garancije propisane članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[9]

Ovo izuzetno pravno sredstvo se može izjaviti samo protiv pojedinačnih akata ili radnji izvršnog suda/izvršitelja kojima je odlučivano o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe, pošto samo takvim aktima ili radnjama podnosiocu može biti povređeno ili uskraćeno neko od Ustavom zajemčenih prava i sloboda. Izvršni postupak nije kontradiktorni postupak, u tom postupku načelno ne odlučuje se o novim subjektivnim građanskim pravima, već je osnovni cilj izvršnog postupka prinudno namirenje potraživanja izvršnog poverioca iz izvršne isprave.[10] Stoga, pretežan broj akata koji se donosi u izvršnom postupku ne spada u kategoriju pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe, odnosno nisu pojedinačni akti iz člana 170. Ustava. To se načelno odnosi na zaključke izvršnog suda i javnog izvršitelja kojima se određuje sprovođenje pojedinih radnji i upravlja postupkom. Prema praksi Ustavnog suda samo mali broj akata izvršnog suda odnosno javnog izvršitelja se mogu tretirati kao pojedinačni akti iz člana 170. Ustava.[11] Upravo kada je ustavna žalba izjavljena protiv pojedinačnih akata izvršnog suda odnosno javnog izvršitelja kojima je odlučivano o pravima i obavezama učesnika u postupku, Ustavni sud će se upustiti u meritorno odlučivanje o tome da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava na pravno sredstvo iz člana 36. stav 2. Ustava, u ostalim slučajevima ne.

Na kraju, ustavna žalba je supsidijarno pravno sredstvo, jer se može koristiti samo ako se neko pravno sredstvo u sudskom postupku pokaže kao iskorišćeno (ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva). U izvršnom postupku, donošenjem odluke o žalbi, odnosno o prigovoru, smatraće se da je iscrpljeno

[9] Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Benthem protiv Holandije*, broj predstavke 8848/80, od 23. oktobra 1985. godine, st. 43, dostupna adresi: *https://hudoc.echr.coe.int/eng#*, 19. jul 2019. godine.

[10] N. Bodiroga, *Teorija izvršnog postupka,* Beograd, 2012, str. 26–27.

[11] To su: 1) rešenja kojima se odbija ili odbacuje predlog za izvršenje, jer se time izvršnom poveriocu uskraćuje pravo da ostvari svoje materijalno pravo koje je utvrđeno izvršnom ispravom; 2) rešenja o izvršenju doneta na osnovu izvršnih isprava koja ne potiču iz kontradiktornog postupka, npr. izvršna vansudska hipoteka, a koja rešenja su osporena ustavnom žalbom od strane izvršnog dužnika; 3) rešenja o obustavi izvršnog postupka, jer se tim aktima okončava izvršni postupak bez namirenja potraživanja izvršnog poverioca; 4) rešenja kojima se zaključuje izvršni postupak usled namirenja potraživanja izvršnog poverioca, pri čemu navedena stranka tvrdi da nije namirena u celosti.

poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.[12] Znači, prema opštem stavu Ustavnog suda, žalba i prigovor u izvršnom postupku, predstavljaju delotvorna pravna sredstva. Da bi bilo delotvorno, pravno sredstvo mora biti u stanju da direktno ispravi dato stanje stvari i mora ponuditi realne izglede za uspeh.[13] Žalba i prigovor u izvršnom postupku to jesu. Međutim, delotvornost pravnog sredstva ne podrazumeva i pravo na pozitivan ishod za lice koje je izjavilo pravno sredstvo, ako za to nije bilo zakonskog osnova.[14]

PRAVO NA PRAVNO SREDSTVO KAO USTAVNA PROCESNA GARANCIJA SVIH UČESNIKA U IZVRŠNOM POSTUPKU

Izvršni postupak je dvostranački postupak – vodi se između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Stoga je opšte pravilo da se aktima koji se donose u toj vrsti sudskog postupka prvenstveno odlučuje o pravima i obavezama izvršnog poverioca, a izuzetno i o pravima i obavezama izvršnog dužnika. Stoga, izvršni poverilac, a izuzetno i izvršni dužnik, kao stranke u izvršnom postupku, imaju pravni interes da ustavnom žalbom osporavaju akte donete u ovoj vrsti sudskog postupka, odnosno oni su aktivno legitimisani za podnošenje predmetnog pravnog sredstva. Ostali učesnici u izvršnom postupku i treće lice imaju aktivnu legitimaciju da ustavnom žalbom osporavaju akte donete u izvršnom postupku samo ako se tim aktima neposredno odlučuje o njihovima pravima i pravnim interesima.[15] Dakle, primarni subjekat ustavnopravne zaštite u postupku po ustavnoj žalbi, jesu prava i pravni interesi izvršnog poverioca, a u drugom planu su prava i interesi izvršnog dužnika, učesnika u postupku i trećih lica. Ustavni sud je u više slučajeva izričito konstatovao da je osnovni cilj izvršnog postupka efikasno namirenje potraživanja izvršnog poverioca, a navedeni cilj izvršnog postupka podudara se sa osnovnim pravom i interesom izvršnog poverioca, te izvršni sud i javni izvršitelj kroz preduzimanje mere prinude moraju da omoguće izvršnom pove-

[12] Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, *Bilten Ustavnog suda*, (urednik K. Manojlović-Andrić), br. 2/2008, Beograd, 2009, str. 687.

[13] Presude Evropskog suda za ljudska prava *Zorica Jovanović protiv Srbije*, broj predstavke 21794/08, od 26. marta 2013. godine, st. 60. i *Balogh protiv Mađarske*, broj predstavke 47940/99, od 20. jula 2004. godine, st. 30, dostupne na adresi: *https://hudoc.echr.coe.int/eng#*, 20. jul 2019. godine.

[14] Rešenje Ustavnog suda doneto na sednici Trećeg malog Veća - Už – 4369/2011 od 29. maja 2012. godine.

[15] Odluka Ustavnog suda Už-5973/2015 od 27. aprila 2017. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 17. jul 2019. godine.

riocu da namiri svoje potraživanje u postupku izvršenja.[16] Stoga se povreda prava na pravično suđenje i suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava, povreda prava na imovinu iz člana 58. Ustava, kao i povreda drugih ustavnih prava, utvrđuje, po pravilu odnosno isključivo, izvršnom poveriocu, kao glavnom subjektu u izvršnom postupku. Kada je reč o Ustavom zajemčenom pravu na pravno sredstvo, važi drugačije pravilo, odnosno Ustavni sud povredu tog ustavnog prava podjednako i bez razlika utvrđuje svim učesnicima u izvršnom postupku – izvršnom poveriocu, izvršnom dužniku, trećem licu i drugim učesnicima u postupku.[17]

ZAKONSKA RESTRIKTIVNOST PREMA PRAVNOM SREDSTVU KAO RAZLOG UTVRĐENJA POVREDE PRAVA NA PRAVNO SREDSTVO

U skladu sa Ustavom, protiv odluke kojom se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo. Pod ustavnim pojmom "prava, obaveze ili na zakonu zasnovan interes" treba razumeti prava (interese) i obaveze koje spadaju u domen privatnog, a ne javnog prava. Koncept "građanskih prava i obaveza" primenjuje se bez obzira na status stranaka u postupku, na karakteristike zakona koji se primenjuju na određeni spor i na vrstu organa kojima je data nadležnost za rešavanje određenog pravnog pitanja, jer je ključno pitanje da li će ishod postupka imati odlučujući uticaj na lična (građanska) prava i obaveze pojedinca.[18] U "građanska prava i obaveze", po pravilu spadaju prava i obaveze koja nastaju u međusobnim odnosima pravnih i fizičkih lica u oblasti građanskog (privatnog) prava – obligacija, stvarnog, naslednog privrednog, porodičnog i radnog prava.[19] Zahvaljujući ovoj ustavnoj odrednici, odredba člana 36. stav 2. Ustava se može neposredno primeniti na sudski postupak, bez pozivanja Ustavnog suda na odredbe relevantnog zakona koje u sebi sadrže smernice za primenu određenog pravnog sredstva u sudski postupak. Drugim rečima, Ustavni sud može utvrditi povredu Ustavom zajemčenog prava

[16] Odluka Ustavnog suda Už-6161/2016 od 21. marta 2019. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 17. jul 2019. godine.

[17] O utvrđenju povrede prava na pravno sredstvo iz člana 36. stav 2. Ustava učesniku u postupku – najpovoljnijem ponuđaču – kupcu nepokretnosti u izvršnom postupku, v. Odluku Ustavnog suda Už-5973/2015 od 27. aprila 2017. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine.

[18] Karen Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, vodič za praktičare, knjiga 1*, Beograd, 2007, str. 85.

[19] Nuala Mole, Catharina Harby, *The right to a fair trial – A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001, 2006, str. 12.

na pravno sredstvo, bez obzira na to što zakonom nije propisano pravo na pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Ovo ustavnopravno pitanje je dobilo na intenzitetu sa primenom Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine ("Službeni glasnik RS", broj 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US, 55/14 i 139/14), koji se i dalje primenjuje i Ustavni sud se u 2019. godini bavi ustavnim žalbama koje su izjavljene protiv akata donetih u skladu sa navedenim izvršnim zakonom.[20]

Odredbom člana 39. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine je bilo propisano da se protiv rešenja može izjaviti prigovor, samo kada je ovim zakonom propisano da je prigovor dozvoljen, s tim što je izvršni zakon iz 2011. godine propisao pravo na prigovor samo protiv malog broja rešenja suda/izvršitelja, tako da protiv velikog broja rešenja kojim je odlučivano o pravima i obavezama učesnika nije bio dozvoljen prigovor. Navedena zakonska odredba je "preživela ustavni nadzor", ali je Ustavni sud u svojim Odlukama o ustavnim žalbama utvrđivao koja rešenja doneta u izvršnom postupku su akti kojima je odlučivano o pravima i obavezama učesnika u izvršnom postupku i protiv kojih akata je uvek dozvoljen prigovor, a odbacivanje navedenog pravnog sredstva od strane izvršnog suda predstavlja povredu Ustavom zajemčenog prava na pravno sredstvo. Iako su takve Odluke Ustavnog suda donete u konkretnim ustavnosudskim sporovima, one imaju normativni (zakonski) karakter, jer u sebi sadrže opšte procesno pravilo o tome koja rešenja predstavljaju akte kojima se odlučuje o pravima i obavezama i protiv kojih je uvek dozvoljen prigovor, derogirajući na taj način opštu odredbu iz člana 39. stav 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine, u skladu sa kojim je isključen prigovor protiv takvih rešenja. U bogatoj ustavnosudskoj praksi izdvojene su tri grupe rešenja izvršnog suda za koje je Ustavni sud utvrdio da se radi aktima kojima se odlučuje o pravima i obavezama i protiv kojih je uvek dozvoljeno pravno sredstvo. To su 1) rešenja o obustavi izvršnog postupka/rešenja o zaključenju izvršnog postupka; 2) rešenja o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti; 3) rešenja o troškovima postupka u fazi sprovođenja izvršenja.

Rešenjima o obustavi izvršenja se okončava izvršni postupak i tim aktima konačno se odlučuje o imovinskom pravu poverioca da namiri potraživanje u situaciji kada namirenje iz nekog od zakonom predviđenih razloga nije moguće. Obustava izvršenja ne predstavlja sprovođenje neke izvršne radnje ili akt upravljanja postupkom, a to ima za posledicu da se odluka o obustavi izvršenja ne do-

[20] Odredbom člana 545. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine propisano je da izvršni postupci i postupci obezbeđenja koji su počeli pre stupanja na snagu ovog zakona nastavljaju se prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine. Znači, svi izvršni postupci i postupci obezbeđenja koji su započeti pre stupanja na snagu ovog zakona nastavljaju se prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine.

nosi u formi zaključka, već u formi rešenja. Stoga se protiv rešenja o obustavi izvršenja može podneti prigovor, a odbacivanje prigovora ima za posledicu povredu prava na pravno sredstvo iz člana 36. stav 2. Ustava.[21] Navedeno se shodno primenjuje i na rešenja kojim se zaključuje izvršni postupak.[22]

Odredbom člana 74. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine bilo je propisano da stranka i učesnik mogu podneskom zahtevati od suda, odnosno izvršitelja da otklone nepravilnosti učinjene u toku i povodom sprovođenja izvršenja. Zahtev za otklanjanje nepravilnosti je bio zamišljen kao mogućnost da se ospori faktička radnja suda ili izvršitelja, ali je u praksi vremenom postao pravno sredstvo kojim se u sudskoj praksi pobijaju rešenja i zaključci suda, kao i zaključci izvršitelja i faktičke izvršne radnje koje preduzimaju kako sud tako i izvršitelj. O takvom pravnom sredstvu sud/izvršitelj odlučuje u formi rešenja i takvim donetim rešenjem može biti nezadovoljan kako podnosilac zahteva, tako i suprotna strana.[23] Rešenje kojim se odlučuje o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti predstavlja akt kojim se odlučuje o pravima i obavezama učesnika u izvršnom postupku i oni imaju pravo da prigovorom pobijaju rešenja kojim je odlučeno predmetnom zahtevu, a odbacivanje prigovora protiv takvog rešenja, ima za posledicu povredu prava na pravno sredstvo iz člana 36. stav 2. Ustava.[24]

Prema pravnom stanovištu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu odlučivanje o troškovima postupka smatra se sastavnim delom suđenja, odnosno "delom utvrđenja građanskih prava i obaveza", u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[25] Takvo pravno stanovište je zauzeo i Ustavni sud.[26] Odredbama člana 41. st. 1. i 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine bilo je propisano da na rešenje o izvršenju na osnovu izvršne isprave prigovor mogu da podnesu izvršni dužnik i izvršni poverilac i da rešenje iz stava 1. ovog člana izvršni poverilac može pobijati samo u delu koji

[21] Odluke Ustavnog suda Už-6185/2011 od 25. septembra 2014. godine i Už-296/2016 od 21. marta 2019. godine, dostupne na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine.

[22] Odluka Ustavnog suda Už-9696/2013 od 14. oktobra 2015. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine.

[23] Bilten Vrhovnog kasacionog suda 3/2015, str. 171.

[24] Odluka Ustavnog suda Už-3648/2017 od 20. juna 2019. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 30. jul 2019. godine.

[25] Presuda *Robins protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj predstavke 22410/93, od 23. septembra 1997. godine, st. 29, dostupna na adresi: *https://hudoc.echr.coe.int/eng#*, 30. jul 2019. godine.

[26] Odluke Ustavnog suda Už-914/2012 od 15. januara 2015. godine i Už-3844/2012 od 5. februara 2015. godine, dostupne na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine.

se odnosi na troškove izvršenja. Iz navedene zakonske odredbe proizlazilo je da je prigovor protiv rešenja o troškovima izvršnog postupka bio dozvoljen samo u slučaju kada se radilo o troškovima nastalim u vezi sa određenjem izvršenja, ali ne i u slučaju kada su u pitanju troškovi nastali u toku sprovođenja izvršenja. Prema pravnom stanovištu Ustavnog suda prigovor se može izjaviti protiv rešenja o troškovima postupka koji je donet kako u fazi određenja izvršenja, tako u fazi sprovođenja izvršenja, jer se radi o aktu kojim se odlučuje o građanskim pravima i obavezama i ovo pravo pripada izvršnom poveriocu i izvršnom dužniku.Stoga se protiv rešenja o troškovima postupka nastalim tokom sprovođenja izvršenja može podneti prigovor, a suprotno postupanje izvršnog suda za posledicu ima povredu Ustavom zajemčenog prava na pravno sredstvo.[27]

PROIZVOLJNA PRIMENA PRAVILA IZVRŠNOG POSTUPKA I PRAVO NA PRAVNO SREDSTVO

Pravilnu primenu merodavnog prava nadležan je da ceni redovni sud u zakonom propisanom postupku kontrole zakonitosti odluka nižestepenih sudova. U postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi, Ustavni sud nije nadležan da ocenjuje pravilnost činjeničnih i pravnih zaključaka redovnih sudova, osim u slučaju kada je primena merodavnog materijalnog i/ili procesnog prava bila očigledno proizvoljna, diskriminatorna odnosno arbitrarna na štetu podnosioca ustavne žalbe. Uporište za ovakav stav Ustavni sud je našao u stavu Evropskog suda za ljudska prava izraženog u presudi *Khamidov protiv Rusije* (broj predstavke 72118/01, od 15. novembra 2007. godine, st. 170). Postupkom koji nije proizvoljan može se smatrati onaj postupak koji nije zasnovan na samovolji, koji nije neutemeljen, odnosno u kome se nije postupalo i odluka donela na ličnom uverenju, već na osnovu izvedenih dokaza i važećih propisa.[28] Proizvoljna primena izvršnog procesnog prava vezuje se načelno za povredu prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava. Međutim, nije retkost da Ustavni sud u situaciji kad postoji proizvoljna primena izvršnog procesnog prava u postupku odlučivanja o prigovoru/žalbi, utvrdi istovremeno povredu prava na pravično suđenje i prava na pravno sredstvo, upravo kako bi se istakao značaj prava na pravno sredstvo u izvršnom postupku. Povreda prava i na pravno sredstvo postoji u situaciji kada izvršni sud nije poštovao

[27] Odluke Ustavnog suda Už-923/2012 od 5. februara 2015. godine i Už-5645/2017 od 6. decembra 2018. godine, dostupne na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine.

[28] Radovan Bezbradica, "Očigledno neosnovana ustavna žalba", *Bilten Ustavnog suda* (urednik Jovan Ćirić), br. 1/2017, Beograd, 2019, str. 984.

proceduru dostavljanja rešenja o izvršenju izvršnom dužniku, zbog čega je i ocena izvršnog suda o blagovremenosti podnetog prigovora protiv rešenja bila nepravična.[29] Dostavljanje kao parnična radnja je od suštinskog značaja za ostvarivanje ustavnih i konvencijskih prava stranaka i učesnika u izvršnom postupku. Prema opštem stavu Evropskog suda za ljudska prava, koji prihvata i Ustavni sud, pravo na pristup sudu podrazumeva i pravo na adekvatno obaveštavanje o sudskim odlukama, posebno u slučajevima u kojima se žalba (ili drugo pravno sredstvo) može izjaviti u određenom zakonskom roku.[30] Povreda prava i na pravno sredstvo postoji kada je izvršni sud odbacio kao neblagovremeni prigovor izvršnog dužnika protiv rešenja o izvršenju, pri čemu je izvršni sud učinio "očiglednu grešku" ne uzimajući u obzir da je poslednji dan roka za podnošenje prigovora pao na neradni dan.[31]

PRETERANI FORMALIZAM U PRIMENI IZVRŠNIH PROCESNIH NORMI KAO RAZLOG UTVRĐENJA POVREDE PRAVA NA PRAVNO SREDSTVO

Referentna presuda Evropskog suda za ljudska prava na koju se poziva Ustavni sud u svojim odlukama prilikom ocene da li je u konkretnom slučaju došlo do preterane formalističke primene izvršnog procesnog prava jeste *Eşim protiv Turske*, br. 59601/09, od 17. septembra 2013. godine, st. 21. U navedenoj presudi je utvrđen opšti princip da su sudovi obavezni da primene pravila postupka izbegavajući kako preterani formalizam koji bio ugrozio pravičnost postupka, tako i potpunu fleksibilnost koja bi obesmislila proceduralne zahteve predviđene zakonima.[32] Inače, redovna primena procesnih pravila obezbeđuje procesnu ravnopravnost i jednakost stranaka u postupku, a nepostupanje po procesnoj normi za

[29] Odluka Ustavnog suda Už-9076/16 od 21. februara 2019. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 18. jul 2019. godine. Upravo je u navedenoj Odluci izričito konstatovano da pravo na pravno sredstvo predstavlja zakonsku procesnu garanciju koja je ustanovljena kako u korist izvršnog poverioca, tako i u korist izvršnog dužnika.

[30] Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Zavodnik protiv Slovenije*, broj predstavke 53723/13, od 21. maja 2015. godine, st. 71, dostupna na adresi*: https://hudoc.echr.coe.int/eng#,* 19. jul 2019. godine.

[31] Odluka Ustavnog suda Už-5485/2017 od 7. februara 2019. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 15. jul 2019. godine.

[32] Presuda Evropskog suda za ljudska prava *Sotiris i Nikos Koutras Attee protiv Grčke*, broj predstavke 39442/98, od 16. novembra 2000. godine, st. 20, dostupna na adresi *https://hudoc.echr.coe.int/eng#,* 19. jul 2019. godine.

jednu stranku znači korist, a za drugu štetu (bez zakonskog osnova).[33] S druge strane, redovni sudovi primenom proceduralnih pravila treba da izbegavaju višak formalnosti koji bi bio u suprotnosti sa proceduralnom pravičnošću.

Kod preteranog formalizma osnovna premisa nije da li je redovni sud pravilno i zakonito primenio procesnu normu, već se utvrđuje da li se primenom izvršne norme ostvaruje legitimni cilj zbog čega je takva norma propisana. Preterani formalizam izvršnog suda, u kontekstu povrede prava na pravno sredstvo, postoji u situaciji davanja pogrešne pouke o pravnom sredstvu. Kada postoji pravo stranaka na podnošenje žalbe ili prigovora, sud je dužan da o tom pravu da zakonitu, pravilnu i potpunu pouku koja neće ostavljati bilo kakve dileme o tome da li postoji pravo na žalbu odnosno pravo na prigovor i koji su rokovi za podnošenje navedenih pravnih sredstava.

Stoga, stranke zbog postupanja po pogrešnoj pouci o pravnom sredstvu koju daju sudovi, ne smeju trpeti štetne posledice. U slučaju kada sud stranci da pogrešnu pouku o dužini roka za izjavljivanje pravnog sredstva, mora da se prihvati onaj rok koji je za stranku povoljniji, bez obzira na to da li se radi o stranci koja je vična pravu ili ne, jer zbog grešaka suda stranka ne bi smela da trpe štetne posledice.[34] Nije sporno da su odredbe izvršnog zakona o dužini roka za podnošenje žalbe odnosno prigovora imperativnog karaktera, ali to ne isključuje obavezu izvršnog suda da u svakom konkretnom slučaju, a imajući u vidu njegove karakteristike, primeni procesne odredbe na ustavnopravno prihvatljiv način. Upravo u procesnoj situaciji kada je sudija pojedinac u izvršnom postupku dao pogrešnu pouku o tome u kom roku može da se podnese prigovor, a zatim veće prvostepenog suda se prilikom odlučivanja o prigovoru striktno drži imperativne zakonske odredbe o dužini roka, na štetu stranke koja je postupala u skladu sa datom poukom o pravnom sredstvu, predstavlja očigledno preterani formalizam izvršnog suda što ima za posledicu povredu prava na pravno sredstvo iz člana 36. stav 2. Ustava.[35]

ZAKLJUČAK

Bez delotvornih pravnih sredstava nema pravičnog postupka u celini, a što predstavlja univerzalnu demokratsku vrednost bez koje nema vladavine pra-

[33] Odluka Ustavnog suda Už-8544/2014 od 7. jula 2016. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 15. jul 2019. godine.

[34] Odluka Ustavnog suda Už-8709/2014 od 9. juna 2016. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 19. jul 2019. godine.

[35] Odluka Ustavnog suda Už-4231/2016 od 20. septembra 2017. godine, dostupna na adresi: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 19. jul 2019. godine.

va. Zaštita ovog prava se ostvaruje prvenstveno kroz pravilnu i zakonitu primenu procesnih pravila, sa pozivanjem i na relevantne odredbe Ustava, međunarodnih konvencija, međunarodnih standarda o ljudskim i manjinskim pravima, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje, jer samo na taj način zaštita prava na pravno sredstvo može biti potpuna. Redovni sudovi, a time i sudovi u izvršnom postupku, su prvi pozvani da štite pravo na pravno sredstvo, a na kraju to radi i Ustavni sud u postupku ustavnosudske kontrole pojedinačnih akata i upravo je navedeni Sud imao i ima važnu ulogu u zaštiti navedenog ustavnog prava u izvršnom postupku čija je delotvornost dovedena u pitanje sa primenom Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine (koji se i dalje primenjuje).

BESFORT RAMADANI
Legal Advisor at the Constitutional
Court, Belgrade

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF LEGAL REMEDY VIOLATED IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

Summary

Protection of the right to a legal remedy in enforcement proceedings is a procedural challenge, especially when it comes to a legal remedy prescribed for the benefit of the enforcement debtor and other participants in the proceedings, since the main objective in the enforcement proceedings is to settle the claims of the executive creditor as quickly as possible. However, without effective remedies, there is no fair procedure as a whole, which is a universal democratic value without which there is no rule of law. Regular courts, and thus courts in enforcement proceedings, are the first to be called upon to protect the right to a legal remedy, primarily through the proper and lawful application of procedural rules, but also with reference to the relevant provisions of the Constitution, international conventions, international standards on human and minority rights, as and the practices of the international institutions that monitor their implementation, because only in this way can the protection of the right to a legal remedy be complete.

Key words: legal remedy, court, enforcement proceedings, rule of law

DARKO GOLIĆ

IZBOR SUDIJA U SRBIJI, CRNOJ GORI I BOSNI I HERCEGOVINI – NEZAVISNOST I(LI) LEGITIMITET

Nezavisnost sudske vlasti predstavlja jednu od osnovnih komponenti vladavine prava, koju je potrebno kontinuirano preispitivati, sistemski sagledavati i unapređivati. Kao grana državne vlasti, stručnog i nepolitičkog karaktera, sudska vlast podrazumeva i odgovarajući nivo legitimiteta, koji se, za razliku od drugih grana vlasti, obezbeđuje na osoben način. Centralno pitanje preko koga se ova dva principa prepliću predstavlja izbor sudija. U evropskim državama se prema nadležnosti za izbor može uočiti postojanje različitih modela. U nedostatku standarda, za ovo pitanje su relevantne i preporuke odgovarajućih međunarodnih konsultativnih tela. U ovom radu su posebno obrađena pitanja izbora sudija u državama koje su u procesu pridruživanja EU. Crna Gora je u ovom procesu izmenila svoj ustavni okvir u delu koji se odnosi na sudsku vlast. U Srbiji je pitanje promene ustavnih rešenja o izboru sudija strateško opredeljenje reforme pravosuđa. BiH je, uz "međunarodnu asistenciju" uspostavila karakterističan sistem, koji bi trebalo da odražava njenu složenu državnu strukturu i obezbedi punu nezavisnost pravosuđa, s tim da se postavlja pitanje njegovog legitimiteta.

Ključne reči: *izbor sudija, nezavisnost sudske vlasti, legitimitet*

U V O D

Podela vlasti predstavlja, osnovno načelo organizacije vlasti u svim evropskim državama, sa izuzetkom Švajcarske. S obzirom da se radi o načelu, koje se

Dr Darko Golić, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu.

u teoriji javlja u dva osnovna oblika – predsedničkom i parlamentarnom (iako u praksi suštinski postoje tri oblika, sa mešovitim - polupredsedničkim sistemom, kao posebnim), konkretni oblici organizacije vlasti poseduju mnoštvo različitih svojstava, prvenstveno u pogledu organizacije izvršne vlasti, položaja i uloge šefa države i vlade, interferencije među nosiocima vlasti, te posebnih – *sui generis* organa, koji neretko imaju sopstvenu ustavnu egzistenciju.[1]

Podela vlasti predstavlja jednu od pretpostavki vladavine prava, koja se izdiže na nivo vrhunske pravne vrednosti.[2] Ma u kom obliku da se javlja, ona podrazumeva i izvesnu sponu između nosilaca različitih državnih funkcija, što obezbeđuje efikasnost i odgovornost vlasti, te jedinstvo pravnog poretka.[3] Veza između nosilaca državnih funkcija, zakonodavne, izvršne i sudske, je različita u različitim oblicima podele i predstavlja meru uzajamne ravnoteže, kočnice ili kontrole, ali ne uspostavlja hijerarhijski odnos među njima.[4] Ipak, bez obzira na konkretan model, garancija sudske nezavisnosti predstavlja opšteprihvaćeno načelo, koje se, zavisno od njegove konkretizacije, ali i pravne kulture i tradicije, ostvaruje na različite načine i u različitoj meri. Dakle, sudska vlast ne podleže u istoj meri i na isti način teorijskoj odrednici "uzajamne kontrole" među nosiocima državnih funkcija, kao što je to slučaj sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. Ipak, ni nezavisnost sudske vlasti nije apsolutizovana. Naime, državna vlast pre svega podrazumeva odgovarajući nivo legitimiteta, koji se različito obezbeđuje u pogledu različitih državnih vlasti. On je rezultat načela građanske suverenosti, kao temeljne vrednosti demokratske ustavnosti. Stoga se između zahteva za nezavisnošću i le-

[1] Sudski i tužilački saveti, centralna banka, revizija, izborni organi, ombudsman, regulatorna tela, itd.

[2] Marković je označava kao merilo ispravnosti i valjanosti bilo kojeg pozitivnog pravnog poretka. Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015, str. 507 i 511. Bataveljić, kao i Marković, navodi uslove pod kojima se jedan poredak može okarakterisati poretkom vladavine prava, i to: 1) legitimnost vlasti; 2) podela vlasti; 3) nezavisnost sudstva; 4) ustavnost i zakonitost (legalitet); 5) ustavna jemstva ljudskih prava; 6) sloboda privrede i privredne aktivnosti. Dragan Bataveljić, "Uloga ustavnog sudstva u ostvarivanju vladavine prava", *Nauka bezbednost oilicija*, br. 3, Beograd, 2013, str. 81-82.

[3] Vukadinović navodi da "strogi sistem podele vlasti kao svojevrstan sistem međusobno neprobojnih i zatvorenih krugova onemogućio bi praktično funkcionisanje države i doveo bi do njene potpune paralize." Gordana Vukadinović, *Teorija države i prava 1*, Futura publikacije, Novi Sad, 2006, str. 92.

[4] "Saradnja među državnim vlastima parlamentarnih režima ogleda se kako u svakodnevnim poslovima vođenja države od strane odgovorne izvršne vlasti, tako i pri konstituisanju nosilaca funkcija triju vlasti. U predsedničkom sistemu saradnja je mnogo "siromašnija." Slobodan Orlović, "Kratak osvrt na načelo podele vlasti sa istorijskim i savremenim aspektom", *Politička revija*, br. 1, Beograd, 2010, br. 1, str. 57.

gitimitetom mora uspostaviti odgovarajući balans. Centralno pitanje preko koga se ovi principi prepliću jeste izbor sudija.

Imajući u vidu da je osnovno spoljnopolitičko opredeljenje država bivše Jugoslavije članstvo u Evropskoj uniji, koje podrazumeva ispunjenje čitavog niza obaveza, uključujući i odgovarajući institucionalni okvir, koji u integracionom procesu nužno prolazi kroz proces višestruke kontrole i ocene od strane EU, ove države su prihvatile i specifične obaveze u pogledu obezbeđenja nezavisne sudske vlasti.[5] Ona čini najvažniju komponentu vladavine prava, kao jednog od najvažnijih zahteva EU. U procesu tzv. evropskih integracija najdalje je odmakla Crna Gora. S tim u vezi ona je izmenila svoj ustavni okvir u pogledu izbora sudija, što je od strane odgovarajućih učesnika u integracionom procesu pozitivno ocenjeno.[6] U Srbiji je pitanje promene ustavnih rešenja o izboru sudija strateško opredeljenje reforme pravosuđa,[7] te je u vezi s njom Narodnoj skupštini upućen predlog za promenu Ustava. BiH je, uz "međunarodnu asistenciju" uspostavila karakterističan model izbora, koji bi trebao da odražava njenu složenu državnu strukturu, konstitutivnost naroda i potpunu nezavisnost, s tim da se postavlja pitanje šta čini osnov legitimiteta sudske vlasti u ovoj državi.

MODELI IZBORA SUDIJA U EVROPSKIM DRŽAVAMA

Za razliku od zakonodavne i izvršne vlasti, sudska vlast kao stručna, nepolitička, sa ulogom nepristrasnog rešavanja sporova o pravnosti, uglavnom je samo načelno ustavno regulisana. Iako se mera ustavne regulacije širi, prvenstveno u državama koje su prolazile kroz proces društvenoekonomske tranzicije i paralelno integracije sa EU, naročito u pitanjima izbora sudija i garancija njihovog pro-

[5] Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju Evropskih zajednica i njihovih članica, s jedne, i Republike Srbije, s druge strane, iz 2008. godine kao prioritetne oblasti saradnje su naznačene jačanje institucija i vladavine prava, a posebno jačanje nezavisnosti i unapređenje efikasnosti sudstva (čl. 80). Pregovarački okvir EU za RS, kao dokument EU, koji definiše pregovarački proces i uslove pod kojima će država kandidat usvajati i sprovoditi pravne tekovine Unije, sadrži obavezu sprovođenja reformi, uključujući izmene propisa u oblasti vladavine prava i obezbeđenja nezavisnosti pravosuđa (t. 14).

[6] Povodom usvajanja amandmana na Ustav CG, 2013. godine, VK je u svom mišljenju pozitivno ocenila izmene Ustava u delu koji se odnosi na sudstvo, posebno Visoki savet sudstva. CDL(2013)033.

[7] Kao osnovna načela reforme u Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period 2013-2018 se navode: nezavisnost, nepristrasnost, stručnost, odgovornost i efikasnost pravosuđa (str. 3). Cilj reforme je osposobljavanje pravosudnog sistema za nove izazove u skladu sa evropskim standardima i vrednostima, uz vođenje računa o pravu EU, te preporukama i standardima Saveta Evrope. S tim u vezi, Strategija predviđa izmene Ustava u pogledu uticaja zakonodavne i izvršne vlasti na izbor i razrešenje sudija.

fesionalnog statusa, ona ipak ostaje predmet detaljnijeg i sveobuhvatnijeg zakonskog uređivanja.[8]

Nezavisnost sudske vlasti ne predstavlja samo pitanje ustavnih i zakonskih garancija, njihovog sadržaja, usklađenosti i delotvornosti, jer uslovljena mnoštvom pravnih i vanpravnih činilaca, ona se mora kontinuirano preispitivati, sistemski sagledavati i unapređivati.[9] Pitanje izbora sudija samo u širem smislu potpada pod ovo načelo. Načelo nezavisnosti se prvenstveno odnosi na podređenost sudija samo ustavu i zakonu, zabranu uticaja na vršenje sudijske funkcije, zabranu vansudske kontrole sudskih odluka i odsustvo odgovornosti za rad drugim organima.[10] Iako se između različitih načela uspostavljaju mnogobrojne relacije, gde je, u najopštijem, nezavisnost u funkciji zakonitosti i nepristrasnosti, a načela stalnosti, nepremestivosti i stručnosti u funkciji nezavisnosti, pitanje nezavisnosti sudova i sudija se mora znatno šire posmatrati.[11] Stoga se pitanju izbora sudija, naročito u uslovima nestabilizovanih pravnih i političkih sistema, mora obazrivo pristupati, vodeći računa ne samo o klasičnim modelima, nego i potrebama inovativnog pristupa, ali u meri koja neće iznedriti suštinsko odstupanje od načela podele vlasti i njegovih standardnih formi.[12]

U svakom savremenom sistemu organizacije vlasti uspostavlja se odgovarajući nivo odnosa sudske vlasti sa drugim vlastima, od uređivanja organizacije su-

[8] V. u: Vladan Kutlešić, Darko Golić, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2017, str. 233-236.

[9] Kritikujući tendenciju preuzimanja inostranih rešenja, Pejić navodi: "Prosto preuzimanje rešenja u odsustvu pravne originalnosti i neprilagođenosti političkom i društvenom okruženju izaziva posledice suprotne onima koje ustavni institut treba da proizvede." Irena Pejić, "Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: uporedno i iskustvo Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014, str. 159.

[10] Dilemu u pogledu toga koja pitanja spadaju u opseg nezavisnosti sudova i sudija, a koja pogoduju širenju ustavne regulative, razmatrao je i Evropski sud za ljudska prava. Odlučujući o povredi člana 6. Evropske konvencije, kroz više odluka on je dao svoje viđenje nezavisnog i nepristrasnog suda, čiji su osnovni pokazatelji: izbor sudija, dužina trajanja mandata sudija, ustavna zaštita od spoljnih pritisaka, kao i da li sud objektivno može da deluje kao nezavisan u odnosu na izvršnu vlast, ali i u odnosu na stranke u postupku. Više o tome: Slučaj Ringeisen vs. Austria, presuda od 16. jula 1971, serija A br. 13.

[11] "Smisao nezavisnosti je u obezbeđivanju nepristrasnosti sudije u obavljanju njegove funkcije, tj. da zakon neće biti arbitrerno tumačen, ni pravda arbitrerno deljena." R. Marković, *op. cit.,* str. 517.

[12] Ovo pitanje je potrebno posmatrati sa stanovišta nužne interferencije i uzajamnog ograničavanja i kontrole različitih državnih vlasti. Više o interferenciji državnih funkcija u: Radomir Lukić, Budimir Košutić, Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 2001, str. 320–321.

dova, do njihovog finansiranja, administriranja i izbora sudija, čime se, između ostalog, obezbeđuje i potrebna legitimizacija ove vlasti. Izbor sudija, koji će, pored nezavisnosti, uz sve specifičnosti, obezbediti i neophodan nivo legitimiteta,[13] moguće je urediti na različite načine. Ovu tvrdnju potkrepljuju rešenja koja postoje u evropskim državama.

S tim u vezi, postavlja se pitanje da li se između različitih rešenja zastupljenih u pravima evropskih država koja se odnose na izbor sudija može uočiti postojanje standarda, kao zahteva višeg stepena opštosti, koji u svojoj konkretizaciji mogu obuhvatiti različite modalitete izbora nosilaca sudijske funkcije.[14] Postojanje standarda podrazumeva zajedničke imenitelje različitih rešenja, makar na najvišem nivou opštosti, nezavisno od toga koji društveni ili politički faktori opredeljuju konkretna rešenja. U tom pogledu su od male pomoći stavovi i preporuke različitih stručnih, strukovnih i savetodavnih tela na međunarodnom nivou. Ipak, u traganju za najboljim ili rešenjima kojima se u većoj meri obezbeđuju opšteprihvaćeni principi nezavisnosti, nepristrasnosti, stručnosti i depolitizacije, oni se ne mogu zaobići, ali se ne smeju tretirati kao imperativ.

Imajući u vidu da se razlike između rešenja o izboru sudija odnose prvenstveno na nadležnost za izbor i postupak izbora, koja za cilj imaju obezbeđenje nezavisnosti, ali i legitimiteta, može se uočiti postojanje različitih modela. Modeli izbora, koji predstavljaju veći stepen uopštavanja i manji nivo unutrašnje sličnosti, ne mogu se označiti "standardima".[15] Osnovnu supstancu modela predstavlja uloga različitih državnih organa u izboru sudija. Ipak, u okviru svakog od modela uočavaju se posebna svojstva različitih načina izbora - broj subjekata uključenih u izbor, sloboda nadležnog organa u izboru, uloga i sastav sudskog saveta, dodatni

[13] Govoreći o načelu podele vlasti, njegovom razvoju i oblicima, Orlović konstatuje: "Bez obzira da li vlast delimo na način kako je to u predsedničkom ili u parlamentarnom sistemu, preovlađuje stav da vlast mora biti podeljena da bi bila legitimna, efikasna i odgovorna." S. Orlović, *op. cit*. str. 40.

[14] S tim u vezi, Pejić navodi: "Danas je teško govoriti o postojanju univerzalnih i uspešnih formula o načinu izbora sudija, o formiranju pravosudnog saveta i o drugim segmentima organizacije i funkcionisanja sudske vlasti. Zato bi bilo svrsishodnije formirati "minimalna" pravila na univerzalnom planu, koja bi činila srž vladavine prava i obezbedila nezavisnost sudstva in apstracto. Razrada ovih pravila u nacionalnom zakonodavstvu mogla bi da dovede do stvaranja garancija in concreto koje bi odražavale sliku određenog sistema, uvažavajući njegove posebnosti u istorijskom i u kulturološkom smislu." I. Pejić, *op. cit*., str. 159.

[15] Darko Golić, "Modeli izbora sudija u evropskim državama", *Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa Nezavisnost pravosuđa* (urednik Milorad Bejatović), br. 14, Novi Sad, 2017, str. 539–551.

korektivni instrumenti.[16] Institucionalizacija različitih kombinacija pojedinačnih rešenja deklarativno uvek za cilj ima obezbeđenje nezavisnosti sudske vlasti, ali i njene odgovornosti i legitimizacije, koja proizlazi iz načela građanske suverenosti.[17] Ipak, njihova procena u različitim državama vrši se različitim merilima, sa posebnim vrednovanjem stabilnosti njihovih pravnih i političkih sistema, tradicije, pravne kulture, nivoa razvoja itd.

Sudska vlast po svojoj prirodi nije podobna za neposredan izbor sudija od strane građana. Ipak, u pojedinim švajcarskim kantonima je prisutno i ovakvo rešenje, što u bogatoj tradiciji neposrednog odlučivanja građana ne stvara praktične probleme, naprotiv, smatra se dostignućem razvijene pravne kulture. Građani kao nosioci suverenosti, putem svojih slobodno izabranih predstavnika daju legitimitet državnoj vlasti. Stoga se parlament neretko javlja kao subjekt u izboru sudija. Izbor od strane parlamenta može biti uslovljen odgovarajućim predlogom, može biti potpuno slobodan, ali češće je posredan i sastoji se u izboru članova sudskih saveta koji vrše izbor sudija. Neposredan parlamentarni izbor svih ili određenih sudija je zastupljen u Švajcarskoj, Sloveniji, Ukrajini. Parlament učestvuje u izboru pojedinih članova sudskih saveta u Španiji, Hrvatskoj, Gruziji, Portugaliji. Neposrednom izboru sudija od strane parlamenta, odnosno izboru većine članova sudskog saveta, zamera se veća mogućnost politizacije. Izbor se, teoretski, može bazirati isključivo na volji i interesu parlamentarne većine, čime se omogućava prodor političkog uticaja na rad sudija i umanjuje domet načela nezavisnosti.[18] To posebno dolazi do izražaja ukoliko ne postoje čvrste garancije stalnosti, nepremestivosti, obezbeđenja stručnosti. Ipak, ukoliko je parlamentarni model izbora ograničen preciznim i javnim postupkom selekcije i objektiviziranim kriterijumima, utvrđenim od strane nepolitičkog organa, sa čvrstim garancijama stalnosti, nepremestivosti, materijalnog položaja i zaštite sudija, teško da se tom modelu

[16] Marković citirajući Đ. Tasića navodi da izbor od strane parlamenta ili šefa države ne isključuje rizik politizacije i dovodi u pitanje nezavisnost, dok se izboru od strane posebnih (sudijskih) tela prebacuje da stvara esnafski duh i koterijaštvo. R. Marković, *op. cit*. str. 518.

[17] Kutlešić s pravom navodi da: "sudije ne mogu legitimitet za vršenje te vrste državne vlasti dati sami sebi i bez uticaja ograničenja i odgovornosti drugih vlasti koje su taj legitimitet prethodno dobile od onoga koji je njen izvor – svi građani." Vladan Kutlešić, Sudovi i tužilaštva nisu udruženja građana – prilog Javnoj raspravi o radnom tekstu amandmana na Ustav, 2018, str. 5, *https://www.mpravde.gov.rs* 22.02.2018

[18] Ovaj stav zastupa Venecijanska komisija: "Imenovanje sudija redovnih sudova nije pitanje koje je adekvatno za glasanje u pralamentu iz razloga što postoji opasnost da politički obziri odnesu prevagu nad objektivnim zaslugama kandidata, a to je nešto što se ne može isključiti." CDL-JD(2007)001rev, str. 4.

može istaći osnovan prigovor. Prigovor ovakvom modelu bi se pre odnosio na manjkavost konkretnog političkog i pravnog poretka, negoli na njega samog.

Izbor sudija od strane izvršne vlasti, neposredno ili posredno, javlja se kao jedan od posebnih, značajno zastupljenih modela. Ipak, i ovaj model se javlja u nekoliko varijanti. Jedno od najzastupljenijih rešenja predstavlja izbor sudija od strane šefa države. Njegova uloga se može manifestovati na različite načine. U najopštijem, negde je izbor vezan za predlog sudskih saveta, negde je šef države predsedavajući takvih tela, negde, uz propisane uslove i mišljenja sudskih organa ili posebnih parlamentarnih tela, on o tome neposredno odlučuje, kao što je to u Rusiji, Austriji, Irskoj. Postoje i specifična, atipična rešenja, npr. na Malti, šef države bira sudije na predlog vlade, ili Španiji, gde šef države postavlja članove sudskog saveta, na predlog parlamenta.

Imenovanje sudija od strane šefa države (ili drugog organa izvršne vlasti) je uslovljeno predlogom posebnog organa, najčešće sudskog saveta, sa različitim stepenom slobode. Najčešće je on potpuno vezan predlogom, od koga može odstupiti samo u kvalifikovanim slučajevima (Italija, Mađarska, Slovačka). Nekada je on pak znatno slobodniji, jer mu na predlog dolaze svi kandidati koji ispunjavaju uslove (Irska, Austrija). Moguća je i situacija da predlog posebnih organa nije obavezujući. Čest je slučaj, pak, da šef države predsedava posebnom organu koji donosi odluku o izboru. Pri oceni ovog modela, uz prethodno pomenute okolnosti koje se tiču pravne kulture, tradicije, razvoja i stabilnosti pravnog i političkog sistema, u obzir se uzima i položaj šefa države u ustavnom sistemu. U polupredsedničkom sistemu šef države raspolaže efektivnim nadležnostima političkog karaktera te bi veća uloga u izboru predstavljala značajno mešanje izvršne vlasti u sudsku. U parlamentarnom sistemu, šef države je distanciran od efektivne vlasti, te bi predsedavanje posebnom sudskom organu koji ima ključnu ulogu u izboru bilo u funkciji njegove proklamovane uloge i ne bi nužno podrazumevalo mešanje izvršne vlasti u sudsku. Izbor od strane šefa države u nekoj od opisanih varijanti postoji u Francuskoj, Austriji, Mađarskoj, Italiji, Irskoj, Češkoj, Grčkoj, Holandiji, Poljskoj, Rumuniji, Slovačkoj, Moldaviji, Litvaniji, Jermeniji, Albaniji.[19] Najniži nivo učešća šefa države predstavlja izbor ograničenog broja članova sudskih saveta (Portugalija, Slovenija) ili predlaganje predsednika najviših sudova.

U Nemačkoj savezne sudije imenuje ministar pravde na predlog komisije u čijem sastavu učestvuju pokrajinski ministri i članovi parlamenta srazmerno njegovoj političkoj strukturi. U Švedskoj sudije postavlja vlada. U Austriji predsednik tradicionalno ne koristi svoje diskreciono ovlašćenje ili svoju nadležnost delegira ministru pravde. Iako se izbor od strane vlade, odnosno ministara, kao

[19] V. o izboru sudija u evropskim državama, u: VK, *Imenovanje sudija,* CDL-JD(2007)001rev.

subjekata izvršne vlasti, u parlamentarnom sistemu može označiti modelom koji je, teoretski, najdalje od institucionalnih garancija sudske nezavisnosti, tradicija i pravna kultura u ovim državama su na tom nivou da se nezavisnost sudske vlasti ne dovodi u pitanje, niti izvršna vlast takve ambicije pokazuje, niti su čvrste institucionalne garancije uopšte potrebne.

Ipak, odlučujuća uloga sudskih saveta u izboru sudija predstavlja najzastupljenije rešenje. U velikom broju evropskih država postoji poseban organ, sudski savet, sa ulogom da bira sudije, odnosno da vrši selekciju i predlaganje kandidata za izbor na sudijsku funkciju, gde je organ koji vrši neposredan izbor ograničen ovim predlogom.

U državama koje su posebno analizirane u ovom radu postoje karakteristični pristupi. U Crnoj Gori je izbor sudija u potpunosti izmešten u Visoki sudski savet. Ipak, Skupština ima ključnu ulogu u izboru njegovih članova. Postupak izbora članova Saveta i način njegovog odlučivanja, za cilj su imali obezbeđenje pomenutih principa: nezavisnosti i legitimiteta. U Srbiji je prema postojećim ustavnim rešenjima uloga Narodne skupštine znatno naglašena. Pored prvog izbora sudija i izbora predsednika sudova, izbor svih članova VSS, u različitim postupcima, u njenoj je nadležnosti, čime princip legitimiteta dobija izvesnu prevagu. U nastojanju da se ojača proklamovano načelo nezavisnosti predlaže se izmena postojećih rešenja, gde bi se izbor sudija izmestio u VSS, čiji bi izbor i uloga takođe bili redefinisani. U BiH je uloga drugih državnih organa na nivou simbolične, s tim da je pitanje izbora sudija vanustavno rešeno. O sudskoj vlasti u Ustavu BiH nema ni jedne reči, ona je u isključivoj nadležnosti entiteta. Ipak, zakonska rešenja uspostavljaju Sudsko i tužilačko veće kao zajednički organ, administrator sudskog sistema i tužilaštva.

POLOŽAJ I ULOGA SUDSKIH SAVETA

Iako ne postoji u svim evropskim državama (Nemačka, Austrija, Malta), institucionalizacija posebnog organa, sa ulogom administriranja sudskim sistemom, predstavlja jednu od najrasprostranjenijih pojava u evropskim državama. Osnovna i najopštija uloga ovog organa tiče se selekcije među kandidatima za sudijsku funkciju, na osnovu koga se nepristrasno vrši odabir, bilo da je on jednofazan, pa taj organ sam donosi konačnu odluku, ili njegovu selekciju potvrđuje, sa ili bez diskrecionog ovlašćenja parlament, šef države ili ministar. Smisao ovog organa se sastoji u doslednijoj podeli vlasti, ali i balansiranju odnosa sa drugim granama vlasti, gde se između njegovog sastava i uloge obezbeđuje odgovarajuća relacija. U različitim formama, sa različitom ulogom, negde ustavom definisan, a

nekad kao zakonsku instituciju, danas ga imaju: Albanija, Belgija, BiH, Bugarska, Gruzija, Grčka, Danska, Estonija, Kipar, Finska, Francuska, Irska, Island, Italija, Estonija, Litvanija, Mađarska, Makedonija, Moldavija, Norveška, Poljska, Portugalija, Rumunija, Rusija, Slovačka, Slovenija, Srbija, Ukrajina, Holandija, Hrvatska, Crna Gora, Španija.[20]

Ustanovljenje ovih organa u istočnoevropskim državama u velikoj meri je uslovljeno zahtevima koji su proizašli iz procesa pristupanja Evropskoj uniji, koja se u oceni institucionalnog okvira rukovodila stavovima konsultativnih tela pri Savetu Evrope (prvenstveno Venecijanska komisija), koja nastoje da uobliče standarde, odnosno u nedostatku istih, formulišu određene preporuke, te vrše procenu konkretnih rešenja spram tih standarda, ali i nacionalnog ambijenta, putem različite metodologije ili relativno slobodne procene. Prema mišljenju Konsultativnog saveta evropskih sudija (CCEJ), datog na poziv Komiteta ministara SE, koje pogoduje institucionalizaciji ovog organa, "svaka odluka koja se odnosi na imenovanje sudije ili njegovo kretanje u karijeri, trebalo bi da počiva na objektivnim kriterijumima i da ih primenjuje ili neki nezavisni organ ili da postoje garancije koje će osigurati da se imenovanje ne vrši po bilo kakvim kriterijumima drugačijim od ovih objektivnih."[21] Venecijanska komisija, čije mišljenje EU posebno uzima u obzir, do nivoa da se neformalno smatra obavezujućim za države kandidate, dodatno podvlači da bi "u novim demokratijama" sudski savet trebalo da ima "odlučujući uticaj na imenovanje i unapređenje sudija i na disciplinske mere protiv njih."[22] Ovo bi ujedno bili najkonkretniji standardi u vezi sa nadležnošću za izbor sudija, s tim da iz njih ne proizlaze jednoznačna rešenja.

Položaj i uloga sudskog saveta su veoma različiti. Ipak, centralno pitanje u vezi sa ovim sui generis organom, koji se određuje kao posrednik između drugih vlasti i samog sudstva (nekada obuhvata i javno tužilaštvo), predstavlja njegova uloga. S tim u vezi, na osnovu rešenja u državama koje imaju dužu tradiciju postojanja ovog organa govori se o tzv. južnoevropskom i severnoevropskom modelu. Južnoevropski model podrazumeva da sudski savet proizlazi iz ustava, on ima efektivnu ulogu u obezbeđenju nezavisnosti sudova, prvenstveno u vezi izborom sudija, njihovim napredovanjem, disciplinskim ovlašćenjima, razrešenjem, ali i mnogobrojnim administrativnim pitanjima, uključujući i budžetska.

[20] V. o institucionalizaciji ovog organa u: Zoran Lončar, Darko Golić, Aleksandar Martinović, "Načelo podele vlasti i izbor sudija", *Naučni skup Univerzalno i osobeno u pravu* (urednik Ognjen Vujović), Kosovska Mitrovica, br. 1, 2018. str. 225–245.

[21] Mišljenje CCEJ-a br. 1 (2001) *O standardima koji se odnose na nezavisnost pravosuđa i nesmenjivost sudija*, alineja 20. Takav stav zauzima i Komitet ministara Saveta Evrope - Preporuka br. R(94)12 Komiteta ministara SE o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija.

[22] Venecijanska komisija, CDL-JD(2007)001rev, str. 11.

Ovom modelu pripadaju Francuska, Španija, Portugalija i Italija. Njega su preuzele i istočnoevropske države, tako da je on danas brojčano znatno zastupljeniji. Severnoevropski model podrazumeva znatno manja ovlašćenja sudskog saveta (komisije, odbora, magistrature) u vezi imenovanja i disciplinskih ovlašćenja (selekcija i rangiranje kandidata), ali poseduju veća ovlašćenja u oblasti upravnih poslova i administracije u sudskom sistemu. Ovom modelu pripadaju Danska, Norveška, Irska, Holandija.[23]

U pogledu uloge sudskog saveta u izboru (razrešenju) sudija mogu se uočiti različite varijane. U najopštijem: 1) ovaj organ sam vrši izbor (Portugalija, Španija, Bugarska, Kipar, Makedonija, Hrvatska); 2) on vrši selekciju, a izbor potvrđuje drugi organ, sa ograničenim stepenom slobode (Grčka, Francuska, Mađarska, Rumunija, Slovenija, Slovačka); 3) on sprovodi konkursni postupak, a odluku donosi drugi organ, sa značajnom slobodom u izboru među kandidatima (Irska, Holandija, Češka).

Crna Gora, Srbija i BiH, kao države u procesu pridruživanja EU, prihvatile su obavezu da svoj institucionalni okvir u oblasti sudstva prilagodile zahtevima koji se odnose na pravne tekovine Unije, posebno standard vladavine prava i unutar njega nezavisnost sudova i sudija. Prilikom institucionalizacije sudske vlasti se posebno vodi računa o stavovima Venecijanske komisije, koja, s pravom ili bez njega, neformalno dobija status ustavotvornog faktora, posebno u državama koje imaju ambiciju da postanu članice EU, te u nedostatku standarda po određenim pitanjima sama daje tumačenja, preporuke ili procene rešenja. Postojeća rešenja u ovim državama su evolutivno uobličavana, a taj proces još nije završen, naročito kada je u pitanju Srbija. U tom kontekstu se imaju posmatrati rešenja koja regulišu izbor sudija, gde se nekad odstupa od onih principa na kojima se zasniva njihov ustavni sistem, te se neretko traže nova, inovativna i(li) hibridna rešenja.

Ustavi Srbije (čl. 4) i Crne Gore (čl. 11) izričito predviđaju podelu vlasti, zasnovanu na međusobnoj kontroli i ravnoteži, uz garanciju nezavisnosti sudske vlasti. BiH takvo izričito određenje ne sadrži, uspostavljajući složeno državno uređenje i atipičnu organizaciju vlasti, zasnovanu na pretežnosti elemenata predsedničkog sistema i konsocijalne demokratije. Sudska vlast je, shodno Ustavu, u nadležnosti entiteta.[24] Ipak, zakonom[25] je uspostavljen Visoki sudski i tužilački

[23] V. o modelima sudskih saveta u: Wim Voermans, Pim Albers, *Pravosudni saveti u zemljama EU*, Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), Hag, 2003.

[24] V. o distrbuciji nadležnosti između BiH i njenih entiteta u: Mile Dmičić, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Banjaluci, Banjaluka, 2011, str. 153–162.

[25] Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 25/2004, 93/2005, 48/2007 i 15/2008, Zakon o sudu BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 29/2000, 16/2002, 24/2002, 3/2003, 37/2003, 42/2003, 4/2004, 9/2004, 35/2004, 61/2004, 32/2007.

savet i Sud BiH, s tim da su pitanja koja se tiču položaja i izbora sudija uređena zakonom, a odrednice položaja sudske vlasti su sadržane u ustavima entiteta.

U svakoj od pomenutih država sudski savet se definiše kao nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija. On poseduje izbornu ulogu, te odlučuje o razrešenju, premeštaju, upućivanju sudija. Izborna funkcija je u CG i BiH potpuna, odnosi se i na predsednike sudova, a u Srbiji je umanjena prvim izborom na sudijsku funkciju koju vrši Narodna skupština, s tim da se on vrši na predlog Visokog saveta sudstva.[26] Uloga Narodne skupštine u praksi nije bila samo deklarativna, jer ona nije prihvatala svaki predlog VSS. VSS bira sudije na stalnu funkciju. Takođe, Narodna skupština na predlog VSS bira predsednike sudova (čl. 154). Postojećim rešenjima u svakoj od ovih država je, dakle, u pogledu izborne uloge zadovoljen standard "odlučujućeg uticaja na izbor sudija". Usled primedbi na prvi izbor na sudijsku funkciju, koji relativizuje načelo stalnosti funkcije i donekle sužava ulogu VSS pri izboru na stalnu funkciju, te uopšte naglašenu ulogu Narodne skupštine,[27] Nacionalnom strategijom za reformu pravosuđa za period 2013-2018[28] predviđena je promena Ustava, uspostavljanje pune stalnosti sudijske funkcije,[29] dislokacija izbora sudija i predsednika sudova.[30] S tim u vezi ministarstvo pravde je izradilo nacrt ustavnih amandmana, a Vlada uputila predlog za promenu Ustava Narodnoj skupšti-

[26] Iako je rezervisana prema organičenom mandatu pri prvom izboru, Venecijanska komisija ga ne isključuje. Ona smatra da se u zemljama sa relativno novim pravosudnim sistemima može javiti praktična potreba da se najpre utvrdi da li je jedan sudija zaista sposoban da delotvorno vrši svoju funkciju pre stalnog imenovanja. Ukoliko se probni period smatra neophodnim, "odluka o nepotvrđivanju funkcije sudiji koji tu dužnost obavlja treba da se donosi u skladu sa objektivnim kriterijima i sa istim proceduralnim zaštitnim mehanizmima koji se primenjuju kada se radi o smenjivanju jednog sudije sa dužnosti". VK, *Mišljenje o Nacrtu ustavnih amandmana koji se odnose na reformu pravosudnog sistema u "Bivšoj Jugoslovenskoj Republici Makedoniji"*, CDL-AD(2005)038, str. 23.

[27] Venecijanska komisija, *Mišljenje o Ustavu Srbije*, CDL-AD(2007)004, str. 14-16.

[28] Iako je u toku izrada novog strateškog dokumenta, osnovni ciljevi Strategije su i danas relevantni.

[29] Više o prvom izboru, prednostima i(li) nedostacima u: I. Pejić, *op. cit*., 167, Vladan Petrov, "Predlozi za reformu ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe – preispitivanje Nacionalne strategije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, Niš, 2014, str. 101–102, R. Marković, *op. cit*., 523–524.

[30] Ustav predviđa da VSS učestvuje u postupku prestanka funkcije predsednika sudova, ali ne precizira u čemu se ogleda sadržaj ove nadležnosti već prepušta zakonu da reguliše sadržaj i obim nadležnosti. Više o nadležnosti VSS, ali i ustavnoj formulaciji načela podele vlasti i nezavisnosti sudske vlasti u: Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Konrad Adenauer, Beograd, 2009, 195–196. i 16–17.

ni. Prema nacrtu amandmana izbor i razrešenje sudija i predsednika sudova je u isključivoj nadležnosi VSS,[31] a neposredno ustavom bi mu se garantovale i druge nadležnosti.[32] Za razliku od Crne Gore i BiH, Ustav Srbije sudiji garantuje pravo žalbe Ustavnom sudu na odluku o prestanku funkcije (čl. 148), te pravo žalbe na odluke VSS (ne precizira se titular prava niti uslovi) u slučajevima koje propiše zakon (čl. 155), ali ne i u pogledu odluke o izboru.[33]

Zakonima se u svakoj od ovih država sudskom savetu dodeljuju i brojne druge nadležnosti administrativnog karaktera, disciplinska ovlašćenja i nadležnost za odluke o premeštaju i upućivanju sudija, određena normativna ovlašćenja, vrednovanje rada sudija, pravo predlaganja budžetskih sredstava za rad sudova. U Srbiji[34] i BiH sudski saveti, kao obavezni predlagači, učestvuju i u izboru jednog broja sudija ustavnih sudova. Specifičnost rešenja u BiH, pored toga što je ovaj organ, kao i celokupna materija koja se odnosi na sudstvo vanustavnog karaktera (a shodno principu podele nadležnosti i protivustavnog), sastoji se u tome što je ovaj organ zakonskog karaktera, jedinstven i za sudstvo i tužilaštvo i za sve nivoe vlasti, iako je sudska vlast među njima podeljena, nadležan i za predlaganje sudija ustavnih sudova entiteta, ne i Ustavnog suda BiH, što je samo jedan u mnoštvu primera potpune konfuzije u pogledu hijerarhije pravnih akata u ovoj državi, gde se ustavne institucije (ustavni sud) entiteta delimično (prvenstveno u izbornom aspektu) uređuju zakonom na nivou BiH, posebno jer Ustavni sud BiH nije nadležan da utvrđuje usklađenost entitetskih ustava i zakona sa zakonima na nivou BiH (čl. 6, t. 3 Ustava BiH).

[31] Prema nacrtu ustavnih amandmana (XIII) nadležnost VSS obuhvata i premeštaj i upućivanje, a uslovi za premeštaj su amandmanom IX detaljnije definisani. Ipak ostaje nejasno zašto ovim amandmanom (koji se odnosi na nepremestivost sudija) nije obuhvaćeno i upućivanje!

[32] Venecijanska komisija se pozitivno izjasnila o nacrtu ustavnih amandmana, CDL-AD(2018)023. Konsultativno veće evropskih sudija se negativno izjasnilo o nacrtu ustavnih amandmana, smatrajući posebno problematičnim rešenja o izboru članova VSS (petočlana, supsidijarna komisija) i uslovima za izbor sudija (Pravosudna akademija). Više o tome u: VK CCJE-BU(2018)9.

[33] Pošto se kod prvog izbora radi o nadležnosti Narodne skupštine, Pajvančić navodi: "Žalba se ne bi mogla izjaviti na odlučivanje o izboru, čak ni kada bi, na primer, u toku izbora bilo povređeno neko od pravila postupka izbora. Na taj slučaj možda bi se moglo primeniti ustavno pravilo prema kojem Ustavni sud odlučuje o izbornim sporovima za koje niije određena nadležnost sudova. M. Pajvančić, *op. cit*., str. 188.

[34] Član 172 Ustava propisuje da opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda imenuje pet sudija između 10 kandidata koje na zajedničkoj sednici predlože Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca.

SASTAV I IZBOR ČLANOVA SUDSKIH SAVETA

Sastav sudskih saveta u evropskim državama je raznolik. U najopštijem, u njemu su zastupljeni sudijski i nesudijski članovi. Sudijske članove uglavnom čine izabrane sudije i neretko predsednik najvišeg suda po funkciji. Među nesudijskim članovima se može uočiti članstvo po funkciji šefa države, ministra pravde, predstavnika parlamenta,[35] ali i jednog broja stručnjaka, profesora pravnih fakulteta, advokata isl., izabranih najčešće od strane parlamenta ili šefa države, ređe od strane odgovarajućih nedržavnih institucija (fakulteti, advokatske komore). Odnos sudijskih i nesudijskih članova, njihov položaj u savetu kao i način izbora su različiti. S tim u vezi može se navesti mišljenje Venecijanske komisije koja sugeriše da "značajan deo ili većinu članova sudskog saveta treba da bira samo sudstvo. Kako bi se obezbedilo da sudski savet ima demokratsku legitimaciju, ostali članovi treba da se biraju u parlamentu iz redova lica sa odgovarajućom pravnom kvalifikacijom, vodeći pri tome računa o mogućim konfliktima interesa."[36] Analizom rešenja evropskih država može se, mada ne kao pravilo, uočiti izvesna tendencija da odnos sudijskih i nesudijskih članova zavisi od uloge ovog organa. Samostalnoj izbornoj ulozi najčešće nije svojstven većinski sudijski sastav, kao što je to slučaj kada on funkciju izbora ne vrši samostalno.[37]

Crna Gora je tokom pristupnih pregovora sa EU izmenila svoj ustavni okvir u skladu sa preporukama Venecijanske komisije.[38] Sastav Sudskog saveta u Crnoj

[35] U Francuskoj predsednik Republike je predsednik Saveta, ministar pravde je po funkciji potpredsednik, u Bugarskoj sastancima Vrhovnog sudskog saveta predsedava ministar pravde bez prava glasa, kao i u Rumuniji. U Sloveniji pet članova bira Nacionalna skupština na predlog predsednika Republike iz redova advokata, profesora prava i drugih pravnika, a šest članova biraju sudije iz svojih redova. U Hrvatskoj Državno sudbeno vijeće čini sedam članova iz reda sudija, dva profesora i dva zastupnika Sabora (jedan nužno iz opozicije), ali se njihov izbor reguliše zakonom. Više o tome u: Venecijanska komisija, CDL-JD(2007)001rev, str. 7–9. i D. Golić, *op. cit.,* str. 543–545.

[36] Venecijanska komisija, CDL-JD(2007)001rev, str. 7.

[37] U Španiji postoji Generalni pravosudni savet nadležan za imenovanje, unapređenje i nadzor nad nosiocima pravosudnih funkcija. Karakteriše ga većinsko sudijsko članstvo i nesudijski izbor članova. Čine ga predsednik Vrhovnog suda i 20 članova, koje na preporuku parlamenta bira šef države. Od tih 20 članova, 12 dolazi iz redova zvaničnika u pravosuđu. U Portugaliji, pored predsednika Vrhovnog suda, Savet, sa sličnim nadležnostima , čini 16 redovnih članova - dvoje imenuje šef države, sedam bira parlament, a sedam članova su iz redova pravosuđa. U Francuskoj sudije i tužioce imenuje šef države na preporuku Saveta, sa većinski sudijskim članstvom. U izboru nesudijskih članova učestvuju predsednici Republike, Parlamenta, Državni savet. Savet ima i nadležnost u oblasti disciplinskih postupaka i unapređivanja. W. Voermans, P. Albers, *op. cit*., 9.

[38] VK izričito pozdravlja paritet članova i kvalifikovanu većinu za izbor, navodeći da se na taj način izbegava "rizik od politizovanja i rizik od samo-obnavljanja sudstva u okviru jednog zatvorenog sistema, pod uticajem velikih interesnih grupa." CDL(2013)033, p. 9–13.

Gori čine: 4 istaknuta pravnika, koje po javnom pozivu bira Skupština 2/3 većinom u prvom glasanju i 3/5 većinom u drugom glasanju; 4 sudije koje bira Konferencija sudija; predsednik Vrhovnog suda i ministar pravosuđa po položaju, koji ne učestvuje u odlučivanju o svim pitanjima (disciplinska odgovornost). Predsednik Saveta se bira iz reda nesudijskih članova, dvotrećinskom većinom svih članova, s tim da to ne može biti ministar. S obzirom na to da je broj sudijskih i nesudijskih članova jednak (5+5), predsednik Saveta u slučaju jednakog broja glasova ima odlučujući glas, čime se nesudijska grupa članova hipotetički može označiti dominantnom, sem u pitanju disciplinske odgovornosti (čl. 127). Ono što ova rešenja, ipak, čini karakterističnim jeste kvalifikovana većina prilikom izbora nesudijskih članova, kao i predsednika Saveta. Imajući u vidu u praksi naglašenu političku polarizaciju u Skupštini ove države, te čestu nemogućnost da se ostvari propisana većina, zaštitni mehanizam koji se sastoji u tropetinskoj većini u drugom glasanju, pokazao se kao nedelotvoran, jer je tu većinu jednako teško obezbediti, što može voditi blokadi izbora članova Sudskog saveta, a time i nemogućnosti njegovog funkcionisanja, posebno imajući u vidu i da se predsednik Vrhovnog suda, ali i predsednik Saveta biraju dvotrećinskom većinom članova Sudskog saveta. Dakle, kvalifikovana većina u pitanjima o kojima se relativno često odlučuje i od čijeg rešavanja zavisi funkcionisanje čitavog sistema organa, nije uvek adekvatno rešenje, naročito tamo gde ne postoji tradicija, odnosno praksa političkog konsenzusa, naročito u izbornim pitanjima. Ona omogućava blokadu, čak i kada se odredi u manjim iznosima, odnosno ona zahteva zaštitni institucionalni mehanizam, iako on može predstavljati hibridno rešenje, atipično i neuklopivo u ustavni sistem, iz čega mogu proisteći različite posledice.

Visoki savet sudstva, kao ustavna institucija, u Srbiji postoji od 2006. godine. Pored tri člana po položaju (ministar, predsednik skupštinskog odbora i predsednik Vrhovnog kasacionog suda), njega čine i dva člana iz reda istaknutih pravnika (profesor pravnog fakulteta i advokat), te šest sudija na stalnoj sudijskoj funkciji (to ne mogu biti predsednici sudova). U njegovom sastavu je većinsko sudijsko članstvo (7 od 11), a izborna uloga, iako nepotpuna, ipak je na nivou standarda "odlučujućeg uticaja". Ipak, sve članove ovog organa, u različitim postupcima, bira Narodna skupština.[39] Takođe, prisustvo predsednika skupštin-

[39] Uloga Narodne skupštine u izboru je ograničena odgovarajućim predlogom. Zakonom je propisano da Narodna skupština izborne članove bira na predlog ovlašćenih predlagača, a to su: VSS za sudije, Advokatska komora i sednica dekana pravnih fakulteta. Sudije se u Savet biraju po određenim sudovima, kako su oni Zakonom klasifikovani, a sudija glasa samo za kandidata sa liste kandidata vrste, odnosno stepena suda u kojem vrši sudijsku funkciju. Savet predlaže jednog kandidata sa najvećim brojem glasova, sa svake liste. Advokatska komora i sednica dekana svojih aktom uređuju postupak kandidovanja i predlaganja. Zakon o visokom savetu sudstva, *Sl. glasnik RS*, br. 116/2008, 101/2010, 88/2011 i 106/2015, čl. 22–38.

skog odbora i ministra pravde u ovom organu "u punom kapacitetu", način izbora članova, uz nepotpunu izbornu ulogu, može dovesti u pitanje garanciju njegove nezavisnosti i samostalnosti.[40] Stoga se Nacrtom ustavnih amandmana suštinski menja sastav i izbor njegovih članova, eliminiše uloga Narodne skupštine u izboru sudija, ali i menja njegov sastav i izbor. Predviđeno je paritetno (po pet) sudijsko i nesudijsko članstvo,[41] a za donošenje odluka se zahteva apsolutna većina. Sudijske članove biraju neposredno sudije, a nesudijske bira Narodna skupština iz reda istaknutih pravnika.[42] Postupajući po preporuci da se izbor vrši kvalifikovanom većinom, koja bi trebalo da onemogući politički izbor i obezbedi usaglašavanje, predviđeno je da se nesudijski članovi - istaknuti pravnici[43] biraju na osnovu sprovedenog konkursa, na predlog skupštinskog odbora, 2/3 većinom svih narodnih poslanika.[44] Ipak, nije retkost na našim prostorima da parlamentarni život karakteriše odsustvo političkog dijaloga i minimalnog konsenzusa među parlamentarnim političkim strankama, te da se demokratsko pravo bojkota rada ili glasanja odrazi na nemogućnost izbora članova ovog organa, kao što nije nerealna mogućnost da se izbor pretvori u političku trgovinu. Stoga je zaštitni mehanizam sastavni deo ovakvog koncepta odlučivanja, iako on predstavlja atipično

[40] Uporediti: Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled*. Ustav Republike Srbije. Justinijan, Beograd, 2006, str. 42; V. Petrov, *op. cit.,* 99–104.

[41] Petrov smatra da "Uravnotežen sastav VSS-a podrazumeva i uravnotežen način izbora njegovih članova, tako što bi sudije članove birale sudije, a članove koji nisu sudije birala bi Skupština iz redova istaknutih pravnika na predlog profesionalnih i strukovnih organizacija. Skupština članove VSS-a ne bi trebalo da bira običnom, kvorumskom, već kvalifikovanom većinom, koja bi podrazumevala kompromisno iznalaženje kandidata između većine i opozicije." V. Petrov, *op. cit*., str. 104.

[42] Više o standardu "istaknuti pravnik", njegovom sadržaju, opravdanosti i potrebi ustavnog preciziranja u Vladan Petrov, "Istaknuti pravnik" – poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma, *Nauka bezbednost policija*, br. 3, Beograd, 2013, str. 41–51.

[43] U odnosu na formulaciju koja se odnosi na sudije Ustavnog suda (čl. 172 Ustava), nacrt amandmana XIV sadrži nešto detaljnije određenje. Kao istaknuti pravnik smatra se diplomirani pravnik sa najmanje 10 godina odgovarajućeg radnog iskustva u poslovima pravne struke određenog zakonom i koji se dokazao stručnim radom i uživa lični ugled. Suštinska razlika se tiče zakonskog uređivanja radnog iskustva.

[44] Venecijanska komisija predlaže moguća rešenja u vezi sa izborom članova VSS, koja bi onemogućila da polovina članova budu "koherentna grupa istomišljenika": "Jedna od njih bi bila da se obezbedi proporcionalni izborni sistem koji obezbeđuje da i manjina u Skupštini bude u mogućnosti da bira članove. Druga mogućnost bi bila da se spoljnim telima, koji nisu pod kontrolom vlasti, poput Advokatske komore ili pravnih fakulteta, dâ mogućnost da imenuju članove. Treća mogućnost bi bila da se poveća broj članova sudija koje biraju njihove kolege. Četvrta mogućnost bi bila da se poveća zahtev za većinom i da se dozvoli petočlanoj komisiji da bira između kandidata koji su isprva konkurisali Narodnoj skupštini za članstvo u VSS". VK CDL-AD(2018)011, str. 15.

rešenje. Međutim atipična rešenja proističu iz ambijenta postizanja atipičnih ciljeva i uslova određenih proklamovanim spoljnopolitičkim opredeljenjem. Kao zaštitni mehanizam, nacrtom amandmana se predviđa komisija koju čine predsednici Narodne skupštine, Ustavnog suda i Vrhovnog suda, Vrhovni javni tužilac i Zaštitnik građana, koja vrši izbor većinom glasova između svih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor. Činjenica da se jedan broj sudija Ustavnog suda, kao i predsednik Narodne skupštine i Zaštitnik građana biraju apsolutnom većinom poslanika, teoretski ne isključuje mogući politički uticaj vladajuće većine, s tim da se mandati četiri člana ovog tela ne podudaraju sa mandatom Skupštine, kao što se i predsednik Ustavnog suda bira među njegovim članovima, što ovoj tvrdnji umanjuje uverljivost. Ipak, sve to je rezultat parcijalne promene Ustava kojom se odstupa od njegovih klasičnih instituta (odlučivanje Narodne skupštine, izbor funkcionera), širenja ustavne materije, pomenutih uslova koji su atipičnog karaktera, ali i nastojanja da se očuva minimalan nivo legitimiteta sudske vlasti,[45] koji proizlazi iz načela građanske suverenosti, gde sudska nezavisnost ne može predstavljati njegovu negaciju. Nacrt amandmana smanjuje i menja ulogu Narodne skupštine, ali je ne svodi na nivo simbolične. Problematizacija njene minimalne uloge, uprkos navedenom načelu, ipak je rezultat nepoverenja u pravni i politički poredak, čije funkcionisanje pokazuje nedostatke koji su češće uzrokovani vanpravnim činiocima, negoli samim pravnim rešenjima. Specifičnost predloženog rešenja predstavlja i mogućnost raspuštanja ovog organa (A XVII). Do njega obavezno dolazi u situaciji kada on ne donese odluku u roku od 60 dana od dana kada je prvi put odlučivao o pitanjima koja nisu taksativno nabrojana u tekstu amandmana. Kako bi se izbegao prigovor o raspuštanju kao mogućem pritisku na ovaj organ, krug pitanja zbog kojih je raspuštanje moguće treba biti limitiran, bez mogućnosti zakonskog proširivanja.

Sastav Visokog sudskog i tužilačkog saveta BiH odražava složeno državno uređenje,[46] u kome je između sudova državnog i entitetskog nivoa podeljena stvarna nadležnost i "sastav naroda" BiH (čl. 4, st. 1 i 4). Osnovno obeležje sastava ovog organa jeste kvalifikovana većina članova iz reda pravosuđa, sa tek simboličnim učešćem drugih grana vlasti. Njega čini 15 članova, od čega su dva iz reda advokata, koje neposredno biraju advokatske komore, po jednog člana biraju Par-

[45] Kutlešić s pravom ukazuje na osnov legitimiteta i navodi da: "sudovi kao sistem državnih organa legitimitet mogu dobiti samo preko i od zakonodavne ili izvršne vlasti, zavisno od toga da li se radi i o kom obliku parlamentarnog, predsedničkog ili mešovitog sistema podele vlasti. Kako je u važećem Ustavu Republike Srbije utvrđena jedna varijanta parlamentarnog modela podele vlasti sudovi legitimitet moraju i mogu dobiti samo od parlamenta dok bi u drugim modelima podele vlasti u drugim državama to bilo i kroz organe izvršne vlasti." V. Kutlešić, *op. cit*., str. 4–5.

[46] V. o atipičnosti državnog uređenja BiH u: M. Dmičić, *op. cit*., str. 153–154.

lamentarna skupština i Savet ministara, koji ne mogu biti njihovi članovi, a preostale, sudijske i tužilačke članove biraju sudije i tužioci različitih nivoa. Po jednog člana iz svog sastava biraju sudije, odnosno tužioci iz sledećih institucija: Sud BiH, Tužilaštvo BiH, vrhovni sudovi entiteta, najviša entitetska tužilaštva, okružni i osnovni sudovi RS, kantonalni i opštinski sudovi FBiH, okružna tužilaštva RS, kantonalna tužilaštva FBiH, pravosudna komisija Distrikta Brčko. U sastavu ovog organa je, dakle, 13 članova iz reda pravosuđa, koje se koristi kao generički pojam u ovom zakonu za označavanje jedinstvenog položaja sudova i tužilaštava, sadržanog u načelima nezavisnosti, nepristrasnosti i profesionalnosti (čl. 3). Imajući u vidu da organizaciju sudova i tužilaštava uređuju entiteti, te da je raspored izabranih sudijskih i tužilačkih članova izveden mehanički, prema preseku stanja organizacije pravosuđa u trenutku donošenja Zakona, nije jasno kakva bi situacija nastupila ukoliko bi entiteti reorganizovali sopstvenu organizaciju, npr. izdvojili osnovna iz okružnih tužilaštava, imajući u vidu složenu proceduru izmene zakona na nivou BiH. Zakonom nije utvrđena mogućnost da sudije sudova posebne nadležnosti (npr. okružni privredni i Viši privredni sud u RS) učestvuju u izboru članova VSTV. Entiteti su prema Ustavu BiH nosioci svih sudskih nadležnosti. Ipak, koncentracijom nadležnosti za izbor sudija, njihova je nadležnost znatno umanjena. Učešće entiteta u ovom zajedničkom organu svodi se na to da njihovi sudovi, tužilaštva i advokatska komora učestvuju paritetno sa članovima drugih nivoa. Takođe, prilikom izbora sudija u entitetske sudove, odluka se donosi na predlog nadležnog entitetskog podveća, na osnovu rang liste sastavljene od strane komisije koju ono imenuje iz svog sastava. Ipak, davanjem prava advokatskim komorama da neposredno izaberu jednog člana ovog organa, za razliku od organa vlasti entiteta sa neposrednom izbornom legitimacijom, kao što je parlament, kojem je to pravo oduzeto, pod izgovorom eliminacije političkog uticaja i obezbeđenja nepristrasnosti, iako je isto ustanovljeno za državni parlament, kao i Savet ministara, te raspored članova ovog organa, govore u prilog tvrdnje da traganje za originalnim može da iznedri hibridna rešenja, koja postaju svrha samima sebi, bez bilo kakvih pokazatelja o njihovom stvarnom doprinosu kvalitetu vršenja sudske funkcije i njenom imunitetu na politički ili drugi uticaj.

ZAKLJUČAK

Iako načelo nezavisnosti sudske vlasti predstavlja jedan od temeljnih principa vladavine prava, te se proklamuje u ustavima svih evropskih država, različita su shvatanja njegovog opsega, kao i načini njegove institucionalizacije, prvenstveno u pogledu načina izbora sudija. Nivo različitosti rešenja je zasnovan na izboru različitih modela, koji pored nezavisnosti, nastoje da obezbede i legitimitet sud-

ske vlasti, a unutar pojedinih modela na različitim kombinacijama pojedinačnih rešenja, kao što su nadležnost za izbor, postupak, učešće različitih organa u izboru, odnos koji se povodom toga među njima uspostavlja.

Postojanje sudskog saveta, kao nepolitičnog organa, osobene prirode, sa značajnim brojem sudijskih članova i odlučujućim uticajem na izbor sudija, kao rešenje koje je zajedničko najvećem broju evropskih država, iako ne svima, moglo bi se odrediti standardom, zajedničkim imeniteljem raznolikih rešenja, koji obezbeđuje veći nivo nezavisnosti sudova, posebno u uslovima koje ne karakteriše tradicija nepristrasnog, depolitizovanog sudovanja, ali koji ne bi smeo da pogoduje korporativizaciji sudova.

Institucionalizacija rešenja o izboru sudija u državama koje su analizirane u ovom radu determinisana je obavezama proizašlim iz integracionih procesa sa EU, sa nezavisnim sudstvom kao jednim od najvažnijih zahteva. Ipak, uopštenost standarda i osobenost ambijenta koji postoji u svakoj od ovih država, uslovili su i različitost rešenja o izboru sudija. Takođe, ne može se zanemariti ni politički kriterijum koji determiniše institucionalna rešenja, jer stručni karakter sudske vlasti ne može da eliminiše potrebu njenog legitimiteta, s tim da se on u Srbiji i Crnoj Gori zasniva na principima građanske suverenosti i podele vlasti, tj. odgovarajućoj ulozi predstavničkog organa u izboru sudija, dok se u BiH taj legitimitet oblikovao na vanustavnim koncepcijama, u kojima je prenaglašeni nacionalni princip "neutralisan" apsolutnim izdvajanjem pravosuđa iz ustavnog koncepta organizacije vlasti i njegovim korporativnim organizovanjem, gde je uloga drugih organa samo simbolična.

U najopštijem, u svakoj od ovih država je prihvaćen model odlučujućeg sudskog saveta, sa značajnim (polovičnim) ili većinskim sudijskim članstvom. Ipak, različiti su načini njihovog izbora. U Srbiji se u postojećim rešenjima sadrži tradicionalan osnov legitimiteta, proizašao iz parlamentarnog izbora članova sudskog saveta i prvog izbora na sudijsku funkciju, dok se u predloženim rešenjima njegove promene on približava konceptu koji postoji u Crnoj Gori. To podrazumeva da se uloga parlamenta svodi na izbor polovine članova sudskog saveta, s tim da u pojedinim rešenjima, kao što je korektivni mehanizam u slučaju nemogućnosti izbora ili odlučivanje saveta, postoje značajne razlike.

Manjkavost koncepta koji postoji u nekoj od ovih država, uz sve prethodne konstatacije, više proizlazi iz različitih vanpravnih faktora njegovog deformisanja u postupku primene, nego što je neko rešenje samo po sebi loše, iako se ne može negirati postojanje različitih hibridnih rešenja čije uvođenje u pravni sistem samo po sebi predstavlja rizik u nestabilizovanim pravnim i političkim sistemima. Ipak, nezavisno od toga koji model i konkretan sistem pojedinačnih rešenja izbora se konstitucionalizuje, pitanje na kome se zasniva kvalitet izbora i koje amortizuje

njihove moguće nedostatke, odnosi se na precizan, objektiviziran, javan i predvidiv postupak selekcije kandidata za sudijsku funkciju, koji većito ostaje u drugom planu, u kome bi, pored objektivnih kriterijuma utvrđenih od strane nepolitičkog organa, čije je članstvo stručno, nespornog integriteta, ali i sa odgovarajućim legitimitetom, bilo omogućeno i učešće akademske zajednice, stručne javnosti i građana, kao što u slučaju njihovog odsustva svaki model može da sadrži modalitete zloupotrebe i politizacije, ili pak korporativizacije sudova, koja predstavlja negaciju sudstva kao grane državne vlasti.

Dr. DARKO GOLIĆ
Associate Professor, Faculty of Law, Novi Sad,
University of Business Academy, Novi Sad

SELECTION OF JUGDES IN SERBIA, MONTENEGRO AND BOSNIA AND HERZEGOVINA – INDEPENDENCE AND LEGALITY

Summary

Summary: Independence judicial is one of the basic components of the rule of law, which needs to be continuously reviewed, systematically perceive and improve as a state power professional and non-political character, judicial power .It also implies an appropriate level of legitimacy, which, unlike other branches of government, provides in a special way. The central issue through which these two principles interweave is the choice of judges. In European countries, according to the competence to choose, the existence of different models can be observed. In the absence of standards, the relevant international consultative organizations are relevant to this issue. In this paper, the issues of election of judges in the countries that are in the process of EU accession are especially addressed. In this process, Montenegro has changed its constitutional framework in the area of judicial authority. In Serbia, the issue of changing constitutional solutions on the choice of judges is a strategic determination of judicial reform. BiH, with "international assistance", has established a distinctive system, which should reflect its complex state structure and ensure the full independence of the judiciary, with the question of its legitimacy being raised.

Key words: the choice of judges, the independence of the judiciary, legitimacy.

DUŠAN ILIĆ

ETNIČKO PREKRAJANJE GRANICA IZBORNIH JEDINICA

– Primer Kraljevine Jugoslavije –

Ovaj članak ima za cilj da rasvetli fenomen džerimanderinga, a posebno jedan od njegovih najinteresantnijih oblika – etnički džerimandering. Iako se u literaturi posebna pažnja posvećuje proučavanju stranačko-političkog oblika prekrajanja granica izbornih jedinica, kao i pojedinim oblicima rasnog džerimanderinga, do sada je malo pisano o etničkom tipu džerimanderinga, posebno na evropskom tlu. Posebna pažnja u ovom članku biće posvećena pomenutom fenomenu na prostoru bivše jugoslovenske države. Stoga će cilj rada biti da, uz već pomenute pojave, pruži i kratak pregled mogućeg postojanja etničkog džerimanderinga u Kraljevini Jugoslaviji, s obzirom na njen multietnički karakter i nacionalnu fragmentaciju, kao i političku krizu koja ju je neprestano pratila sve vreme njenog postojanja.

Ključne reči: *džerimandering, nacionalnost, Kraljevina Jugoslavija, izborne jedinice*

U V O D

Formiranje izbornih jedinica vrši se prema različitim merilima i to uglavnom ili prema ukupnom broju stanovnika jednog područja ili prema broju birača koji imaju biračko pravo, mada se često podela na izborne jedinice poklapa s administrativno-teritorijalnom podelom države.[1] Bazični, ali ujedno i najvažniji kriterijum koji se koristi prilikom formiranja izbornih jedinica jeste princip jednakosti građana u ostvarivanju biračkog prava (načelo jedan čovek – jedan glas).

Dušan Ilić, istraživač saradnik Instituta za Evropske studije u Beogradu.

[1] Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd 1997, 277.

Izuzev ovog merila, prilikom obrazovanja izbornih jedinica moraju se uzeti u obzir i drugi veoma bitni faktori: demografski, regionalni, geografski, etno-istorijski, ekonomski, kao i teritorijalna organizacija, državno uređenje i dr.[2]

Veštačko kreiranje granica izbornih jedinica – džerimandering (Gerrymandering)[3] se u pravno-političkoj teoriji definiše kao oblik stranački i politički pristrasne podele biračkog tela na izborne jedinice. Drugim rečima, to je postupak crtanja granica izbornih jedinica na način da se jednoj partiji ili političkoj grupaciji obezbedi brojčana prednost u odnosu na protivnike. To se ne čini prema nekom unapred utvrđenom načelu ili kriterijumu, već prema izraženom interesu kreatora zakona o izbornim jedinicama, a to je uglavnom vladajuća partija ili koalicija. Bilo je autora, koji su poput Slobodana Jovanovića smatrali da je veštačko obrazovanje granica izbornih jedinica način da se većina pretvori u manjinu i obrnuto. Po mišljenju Jovanovića, ova pojava je gora čak i od ograničenog prava glasa, jer se ono bar zasniva na nekom principu, iako pogrešnom, a ne na prevari.[4] U teoriji se mogu izdvojiti dva osnovna vida veštačkog kreiranja granica izbornih jedinica. S jedne strane, to je aktivan i neposredan, a sa druge, pasivan i posredan uticaj na rezultate izbora.

Direktan uticaj džerimanderinga na rezultate izbora primećuje se kada se formiranje izbornih jedinica vrši u svrhu stvaranja prednosti za određenog kandidata ili listu određene partije u konkretnoj izbornoj jedinici. Postoje dva karakteristična vida ovakvog uticaja. Prvi predstavlja takvo kreiranje granica izbornih jedinica koje maksimalno obuhvataju biračko telo privrženo određenom kandidatu ili političkoj grupi (izborne jedinice – utvrđenja ili bunkeri). U takvoj situaciji se na oblikovanje izbornih jedinica primenjuje princip koncentracije biračkog tela koje naginje određenom kandidatu ili političkoj partiji. Kandidat ili stranka koji uživaju popularnost među određenim biračima imaju šanse za izbornu pobedu, ali samo u slučaju da je njihovo potencijalno biračko telo koncentrisano u toj izbornoj jedinici. Ako su njihovi "sigurni" glasači rasuti u više izbornih okruga, onda oni nemaju nikakvih izgleda u izbornoj trci.[5] U praksi se često doga-

[2] Marijana Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Beograd 2008, 39.

[3] Ovaj naziv potiče iz izborne prakse SAD i oblikovanja jedne izborne jedinice u korist senatora Masačusetsa Džerija Elbridža, a koja je vizuelno podsećala na salamandera-daždevnjaka. Kovanica *Gerrymandering* je nastala spajanjem prezimena tog senatora i završna dva sloga reči salamander. Ona je kasnije dobila šire značenje obuhvatajući ne samo izborne jedinice bunkere, već i svaki drugi oblik politički pristrasnog kreiranja granica izbornih jedinica.

[4] Slobodan Jovanović, *O državi, osnovi jedne pravne teorije*, Sabrana dela, tom 8, BIGZ, SKZ i Jugoslavijapublik, Beograd 1990, 313.

[5] Stefan Ružić, *Izborne jedinice u većinskim i proporcionalnim izborima, master rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2015, 25.

đa da desno orijentisane i konzervativne političke partije vrše koncentraciju ruralnog stanovništva u pojedinim izbornim jedinicama, a socijalističke, levičarske, kao i građansko-liberalne stranke koncentrišu svoje pristalice, pre svega, gradsko biračko telo u svojim veštački skrojenim izbornim jedinicama. Džerimandering se može ispoljiti i u odnosu na rasne, nacionalne i verske manjine i to u dva vida. Prvi, kada se vrši u slučaju pozitivne diskriminacije, kada je to način da u većinskim izbornim sistemima oni dobiju mandat u svojoj izbornoj jedinici. Međutim, ovde se on mnogo češće manifestuje u negativnom kontekstu, tj. predstavlja sredstvo da se konkretne manjine spreče da osvoje više mandata.

Drugi pojavni oblik ovog fenomena predstavlja formiranje izbornih jedinica ustanovljavanjem takvih granica između njih koje cepaju biračko telo naklonjeno određenom kandidatu ili kandidatskoj listi. Ovo je tzv. efekat granice koji deli "sigurne" glasače određenog kandidata ili partije u nekoliko izbornih jedinica i tako im umanjuje izglede na osvajanje poslaničkog mandata u svakom od njih. On se zasniva na disperziji i podeli biračkog tela, pa se tako podstiče neutralisanje potencijalnog uspeha konkretnog kandidata ili liste što redovno dovodi do gubitka na izborima.[6] Tzv. efekat granice manifestuje se na dva načina. U prvom on cepa biračko telo protivnika kreatora ovakvih granica, tako da oni ni u jednoj od njih nemaju svog predstavnika. Tipičan slučaj ovakvog cepanja je kada opoziciona partija ima svoje uporište u urbanim područijima, pa vladajuća stranka oblikuje takve izborne jedinice koje mešaju gradsko i seosko stanovništvo koje je brojnije i onda ona u njima osvoji mandat. U drugom slučaju efekat granice ima pozitivno dejstvo za stranku koja je kreirala izborne jedinice i on sprečava fenomen "bačenih glasova".

U jednomandatnim izbornim jedinicama "bačeni glasovi" su oni koje pobednik osvoji preko minimalno potrebnog broja za osvajanje mandata. Npr. jedan glas više od drugoplasiranog ili preko 50%, zavisno od tipa većinskog izbornog sistema. Svi glasovi osvojeni preko ovog broja suvišni su u toj izbornoj jedinici, pa se oni preraspodeljuju u druge izborne okruge gde odlučujuće doprinose za osvajanje poslaničkih mesta u njima. Pasivan i indirektan uticaj džerimanderinga na rezultate izbora postoji i u slučaju odsustva neophodnih intervencija i nepreduzimanja promena granica izbornih jedinica koje se javljaju usled različitih faktora, najčešće demografskih. Ovakav uticaj značajniji je u većinskim izbornim sistemima nego u proporcionalnim, jer svako povećanje ili smanjenje broja stanovnika u izbornoj jedinici u kojoj se bira jedan poslanik treba da prati promena njihovih granica kako bi one obuhvatale približno jednak broj birača. Ako se ne izvrše nužne reforme granica izbornih okruga, to može dovesti do prikrivene nejedna-

[6] *Ibidem*, 26.

kosti građana u ostvarivanju biračkog prava i povrede načela jedan čovek - jedan glas.[7] Primer za ovu pojavu je kada jedna uninominalna izborna jedinica obuhvata 5.000 birača, a druga u kojoj se u međuvremenu naglo povećao broj stanovnika u trenutku izbora ima 10.000, pa je za osvajanje poslaničkog mesta u jednoj potrebno osvojiti dvostruko više glasova nego u drugoj. To se može dogoditi kada se poveća broj stanovnika, a samim tim i birača u onim izbornim okruzima koje su naklonjenije opozicionim kandidatima. Prihvatljivo odstupanje od prosečne veličine izborne jedinice je ono koje iznosi za 10% manje ili više od tog broja.[8]

U proporcionalnim izbornim sistemima, tj. višemandatnim izbornim jedinicama ovaj problem se rešava drugačije, te nije neophodna promena njihovih granica već samo povećanje ili smanjenje broja poslanika koji se u njima bira, zavisno od demografskih ili migracionih kretanja u njima. Usled pomenutih promena, neophodno je periodično vršiti izborne reforme, s tim što je najvažnije pitanje ko će vršiti promenu granica izbornih jedinica, te je neophodno da u proces odlučivanja budu uključeni i pripadnici opozicionih partija. Kod proporcionalnih sistema promene granica izbornih jedinica ne treba vršiti često, jer one uglavnom slede upravnu i sudsku podelu zemlje, pa se bolji efekat postiže promenom broja mandata koji se u njima raspodeljuju. Džerimandering se u proporcionalnim izbornim sistemima javlja kada vladajuća stranka ne vrši povećanje broja poslaničkih mesta u onim izbornim jedinicama koje su tradicionalno naklonjene opoziciji, a koje su se u međuvremenu demografski uvećale. Međutim, on se ponekad ispoljava i kada vladajuća stranka podeli celokupnu državu na mnogo manjih višemandatnih izbornih jedinica, pa stvori dejstvo većinskog izbornog sistema i poveća broj mandata koje je osvojila u odnosu na svoju snagu u biračkom telu.[9]

IZBORNI SISTEM PRVE JUGOSLAVIJE

Kraljevina SHS/Jugoslavija stvorena je po završetku Prvog svetskog rata na krilima pobede Kraljevine Srbije. Tu multietničku i multikonfesionalnu državu su od samih početaka pratili ozbiljni politički i nacionalni problemi. Oni će kasnije dovesti i do njenog nestanka u vihoru Drugog svetskog rata. No, pomenuti problemi naročito su se oslikavali na polju izbornog sistema, kao jednog od najvažnijih elemanata političkog sistema. Oni su obeleželi celokupan međuratni period čineći političke prilike u našoj zemlji jednim od najnestabilnijih u njenoj istori-

[7] *Ibidem*

[8] *Ibidem*, 26–27.

[9] *Ibidem*, 27.

ji.[10] Imajući u vidu izrazitu dominaciju Narodne radikalne stranke u periodu tzv. "zlatnog doba srpske demokratije od 1903–1914",[11] ali i zametke kasnije polarizacije srbijanskog društva koji su začeti izdvajanjem samostalaca od staroradikala 1901. godine, već i u granicama predratne Srbije postojali su uslovi za nestabilan stranačko-politički život. Ova podela koja se nakon formiranja ujedinjene Jugoslovenske demokratske stranke 1919. godine očitovala po liniji radikali-demokrate, dodatno je produbljena velikim uspehom komunista na prvim posleratnim izborima.

Međutim, pored ovih ozbiljnih ideoloških rascepa koji su delili srpski deo jugoslovenskog društva, dodatno se nadovezao jedan drugi, mnogo važniji problem. Po sredi je bilo centralno pitanje prve jugoslovenske države - nacionalno pitanje. Ono je došlo do izražaja već prilikom donošenja Vidovdanskog ustava, koji je donesen preglasavanjem hrvatskih predstavnika. Da će nacionalno pitanje biti središte svih izbora u međuratnom periodu, moglo se zaključiti i iz naziva partija ostalih naroda u zemlji, koje su gotovo sve imale ili etnički ili verski predznak**.**

Kada se analizira sam izborni sistem Kraljevine, u literaturi se mogu naći stanovišta po kojima se istorijat izbora u Kraljevini SHS/Jugoslaviji može podeliti na samo dva perioda. Tako se ističe da je od "osnivanja zajedničke države pa do proglašenja diktature 6. januara 1929. godine važio jedan način i sistem izbora, a od donošenja ustava 3. septembra 1931. godine, kada je ustanovljen dvodomni predstavnički sistem, važio drugi način i sistem izbora."[12] Ako se 1929. godine i zavođenje šestojanuarske diktature uzme kao graničnik ove dva perioda, onda se može zaključiti da su između dva rata postojala dva izborna sistema: izborni sistem Kraljevine SHS i izborni sistem Kraljevine Jugoslavije (promena imena države desila se u perodu ustavnog interregnuma, kada nije bilo narodnog predstavništva, pa samim time ni izbora).[13]

Ovakva klasifikacija, iako očita, ipak nije potpuna, jer u obzir uzima samo dva ustava doneta u ovom periodu, Vidovdanski i Septembarski, kao i izborne zakone koji su po njima doneti. Previđa se pravni akt koji je po mnogima predstavljao delo ustavnopravnog karaktera, a preko kojeg je suštinski izvršen državni

[10] V. Branislav Gligorijević, *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji 1919–1929,* Beograd 1979.

[11] Olga Popović, *Izborni sistem i njegov uticaj na struktuiranje partijskog sistema za vreme vladavine parlamentarnog režima (1903–1914.godine), Srbija – hvatanje koraka, prilozi projektu Konstituisanje pravne države*, Beograd 1997, 167–168.

[12] Katarina Rašić-Mihajlović, "Sistem i način izbora za predstavnička tela u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevini Jugoslaviji", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 6/1990, 762.

[13] Godine 1929. 3. oktobra, kralj je proglasio Zakon o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja, po kome je država dobila novi naziv – Kraljevina Jugoslavija.

udar i ukinut raniji ustavnopravni sistem. Reč je o Uredbi o Banovini Hrvatskoj od 26. avgusta 1939. godine. Njome je jednim aktom izvršne, a ne zakonodavne vlasti izmenjen Septembarski ustav, čime je povređen inače vrlo čvrst sistem za promenu ovog ustava. Takođe, njome je stvorena banovina sa nacionalnim predznakom, na koju su preneta mnoga ovlašćenja centralne vlasti, čime je stvorena asimetrična kvazifederalna država. U isto vreme je, kako ćemo videti, u formi uredbe donet novi izborni zakon.

Čini se, iz ovog razloga da je istorijat izbornih sistema u prvoj Jugoslaviji možda celishodnije analizirati kroz tri, umesto dve faze, i to: period Kraljevine SHS, period Kraljevine Jugoslavije do formiranja Banovine Hrvatske i period od formiranja Banovine Hrvatske do sloma Jugoslavije 1941. godine. "Takođe, ovakvoj sistematizaciji ide u prilog i činjenica da je sa donošenjem neustavne Uredbe o formiranju Banovine Hrvatske, raspušteno Narodno predstavništvo (koje nije ponovo formirano sve do kraja postojanja države). Dana 18. februara 1940. godine doneta je Uredba o izboru narodnih poslanika, koja je između ostalog predviđala i neka znatno drugačija rešenja od prethodnih, ali izbori po ovoj uredbi usled izbijanja Drugog svetskog rata i sloma države nikada nisu sprovedeni. Isto važi i za Banovinu Hrvatsku, za čiji Sabor izbori takođe nisu održani, iz istog razloga. Stoga bi se moglo reći da je taj treći period (doba egzekutivne, nepredstavničke vlasti) zaista poseban zbog drugačijih materijalnopravnih rešenja u izbornoj oblasti."[14]

Na izborima za Ustavotvornu skupštinu (Konstituantu), izborne jedinice organizovane su korišćenjem postojećih izbornih okruga, a posebne jedinice predstavljali su gradovi Beograd, Zagreb i Ljubljana. Birači su glasali tajno (kuglicom) za kandidatske liste, a važno je napomenuti činjenicu da su oni održani ne na osnovu nove demografske realnosti, već po popisu iz 1910. godine (jedan mandat na 30.000 stanovnika). U literaturi se često nailazi na opravdanje korišćenja predratnih demografskih podataka, pre svega, iz razloga ozbiljnih demografskih promena koje je usled ratnih razaranja doživela Kraljevina Srbija, te je ovo moglo predstavljati jednu vrstu političke kompenzacije učinjene Srbiji s obzirom na njene ratne zasluge za oslobođenje i ujedinjenje Južnih Slovena. Na taj način je Srbija, čija je muška populacija posle Prvog svetskog rata smanjena za trećinu, dobila srazmerno veći broj mandata od Hrvatske, u kojoj je bio osetan porast stanovništva.[15] U pogledu sistema raspodele mandata, nije prihvaćen D'Ontov sistem, već sistem izbornog količnika koji je bio propisan Ustavom Kraljevine Srbi-

[14] Miroslav Đorđević, "Istorijat izbora u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji", *Strani pravni život,* 3/2013, 295–296.

[15] K. Rašić-Mihajlović, 763.

je iz 1888. godine.[16] Ustav je propisivao da se poslanik bira na svakih 40.000 stanovnika, a ako višak stanovnika u jednoj izbornoj jedinici bude veći od 25.000, birao se i za taj ostatak jedan poslanik. Nakon brojnih političkih peripetija, Konstituanta je napokon, 28. juna 1921. godine, donela novi Ustav. On je umnogome zadržao ranija izborna rešenja. Na osnovu njega je 27. juna 1922. godine donet novi Izborni zakon u vidu novele ranijeg Izbornog zakona za Ustavotvornu skupštinu. Po ovom zakonu, održani su izbori za narodne poslanike 1923, 1925. i 1927. godine.

Nakon ozbiljne političke krize nastale nakon atentata u Skupštini 1928. godine, Kralj Aleksandar naredne godine ukida Ustav i zavodi lični režim. Ovakvo stanje potrajaće dve godine, nakon čega odlučuje da oktroiše novi ustav. On je donet 3. septembra 1931. godine, a nedugo potom, doneti su 6. septembra 1931. godine Zakon o biračkim spiskovima, 10. septembra Zakon o izboru narodnih poslanika za Narodnu skupštinu i 26. septembra Zakon o izboru senatora. Izbori za Senat su vršeni tako što je kralj postavljao polovinu senatora, dok je izbor druge polovine vršen posrednim izborima.[17] Svaka banovina i grad Beograd činili su posebne izborne jedinice. Bilo je predviđeno da se na svakih 300.000 stanovnika bira jedan senator, ali je ostatak koji u izbornoj jedinici premaši 150.000 davao još jednog senatora. Biračko telo za izbor senatora činili su: narodni poslanici svih srezova odnosno mesta banovine, svi banski većnici, kao i svi načelnici opština na teritoriji banovine. Na teritoriji grada Beograda biračko telo su činili narodni poslanici za ovo upravno područje, predsednici i potpredsednici opština sa tog područja, opštiniski odbor grada Beograda i po pet odbornika opštine zemunske i pančevačke, koje opštinski odbor izabere iz svoje sredine.[18] Sistem raspodele mandata za izbor senatora vršen je po D'Ontovom sistemu.

U literaturi se takođe navodi da je izborni sistem uveden na osnovu Septembarskog ustava i pomenutih zakona, iako je načelno proklamujući opšte, jednako i neposredno biračko pravo "uvođenjem javnog glasanja izgubio svaki demokratski smisao, utoliko više, što je i izborna tehnika bila ventil sigurnosti da spreči demokratsku suštinu opšteg, jednakog i neposrednog izbornog prava".[19]

---

[16] Danilo Pavlović, *Izborni sistem po Vidovdanskom ustavu, doktorksa teza*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1939, 28.

[17] Dušan Ilić, *Ideja socijalno-ekonomskog bikameralizma u srpskom i jugoslovenskom pravu, master rad*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016, 23.

[18] V. Popović, *Izborni sistem Jugoslavije*, *doktorska teza*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1961, 65.

[19] V. Popović, 62.

Pored izbora iz 1931. godine, po ovom izbornom zakonodavstvu oni su održani još dva puta, 1935. i 1938. godine.

Novim, Septembarskim ustavom, nije rešen ni jedan od problema koji su postojali za vreme važenja prethodnog. Naprotiv, nacionalna suprotstavljenost, pre svega na srpsko-hrvatskoj liniji, bila je čak sve intenzivnija.[20] Postalo je jasno da politika kojom se promoviše integralno jugoslovenstvo, a koja se zasnivala na unitarizmu ne daje opipljive rezultate, te je u odnosu na rešavanje tzv. "hrvatskog pitanja" 1939. godine učinjen radikalan politički zaokret. Dana 26. avgusta 1939. godine kao rezultat političkog sporazuma Cvetković-Maček doneta je Uredba o formiranju Banovine Hrvatske, koja u preambuli kaže da se donosi kako bi se "obezbedilo učešće Hrvata u životu države i time očuvali javni interesi."[21] Ovaj neustavni akt, značajno je svojim rešenjima izmenio državno ustrojstvo.

Za razliku od ranije podele na 9 banovina, ovom Uredbom je došlo do spajanja dve postojeće, većinski hrvatske banovine, te je stvorena jedna nacionalno opredeljena, kvazi federalna tvorevina, koja je i teritorijalno i po svojim ovlašćenjima odudarala od ostatka države, čime je pak stvoreno asimetrično i suštinski nelogično rešenje. Na ovaj način je, kako to pojedini autori primećuju, "podzakonskim aktom - uredbom - izmenjen ustav?!",[22] što je ostavilo posledice, između ostalog, i na izborni sistem. Banovina Hrvatska dobila je tako svoje predstavničko telo koje je nazvano Sabor. Međutim, usled izbijanja Drugog svetskog rata, izbori za Sabor nikada nisu ni održani.

Nakon donošenja pomenute kontroverzne Uredbe, ubrzo je 12. februara 1940. godine doneta Uredba o izboru narodnih poslanika za Narodnu skupštinu Kraljevine Jugoslavije, i to kao podzakonski akt (jer je Narodno predstavništvo bilo raspušteno), ali je suštinski ona u stvari predstavljala novi izborni zakon. Cilj njenog donošenja bio je upravo da se ovakvo stanje prekine i Kraljevina Jugoslavija ponovo postane parlamentarna monarhija, ali zbog sloma države izbori planirani za 1941. godinu nisu ni održani. Jedan od ciljeva je takođe bio i demokratizacija izbornog sistema i vraćanje u politički život građanskih političkih partija (osnovne crte izbornog sistema koje Uredba uvodi određene su sporazumom Cvetković - Maček).[23]

Proklamovani su slobodni, opšti i jednaki izbori sa tajnim glasanjem. Što se tiče navedene "opštosti" glasanja, ona se i u ovom slučaju, kao i ranije, ostvariva-

[20] Slaviša Orlović, *Ustavni položaj organa vlasti u prvoj jugoslovenskoj državi*, *Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd 2010, 291–292.

[21] Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2005, 149.

[22] S. Orlović, 292.

[23] V. Popović, 69.

la delimično, s obzirom na činjenicu da su određene grupe, poput žena, vojnika i policijskih službenika izuzete iz biračkog tela. Propisivanjem tajnog glasanja nestalo je kratkotrajno nelogično rešenje da se poslanici parlamenta Kraljevine biraju javno, a članovi Sabora Banovine Hrvatske, njenog autonomnog dela - tajno. Štaviše, bila je predviđena kazna za javno glasanje, kakva je nekada postojala i u Kraljevini Srbiji po Izbornom zakonu iz 1890. godine.[24]

Uredbom je zemlja podeljena na 55 izbornih okruga. Uvedene su okružne izborne liste koje su grupisane u jednu zemaljsku (državnu) listu, koju je mogla da podnese svaka politička grupacija ili koalicija političkih grupa.[25] Ovakav sistem kandidovanja izbornih lista bio je uređen tako da primora birače da se udruže u veće političke grupe, pa čak i koalicije većih grupa, jer bez takvog udruživanja praktično nisu mogli učestvovati na izborima.[26] Ukrupnjivanje političke scene, tj. "isključivanje malobrojnih grupa birača sa interesima partikularnog karaktera"[27] imalo je za cilj da stvori širu koheziju unutar same države.

ETNIČKI DŽERIMANDERING U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Kraljevina SHS 1920. još nije imala jedinstvenu upravnu podelu, te je novi izborni zakon morao detaljno odrediti način oblikovanja izbornih jedinica. Na prvim izborima korišćena je dotadašnja sudska i upravna podela u pojedinim pokrajinama. U predašnjoj Srbiji u granicama nakon balkanskih ratova, kao i u Bosni i Hercegovini granice izbornih jedinica podudarale su se sa granicama upravnih okruga, te je tako u Srbiji bilo trideset izbornih okruga, u Bosni i Hercegovini šest, dok je u Hrvatskoj sa Slavonijom uzeta u obzir negdašnja upravna organizacija, te je devet izbornih okruga formirano po županijama. U Dalmaciji, Sloveniji i Bačkoj s Banatom i Baranjom granice izbornih jedinica prilagođene su granicama sudskih okruga. Crna Gora u predratnim granicama predstavljala je jedan izborni okrug. Stari srpski izborni zakon određivao je gradove kao izborne okruge odvojene od svoje okoline. Razlog je bio zaštita gradskih birača od nadglasavanja seoskih koji su bili brojniji. Za izbore 1920. godine određeno je da će taj posebni status dobiti Beograd, Zagreb i Ljubljana. Izmenama iz 1922. godine odlučeno je da se broj poslanika u spomenuta tri grada određuje jednako kao i u ostalim okruzima, tj. prema broju stanovnika. U manjim izbornim jedinicama osvajao bi

[24] Živojin Ristić, *Izborni zakoni Srbije, doktorska teza*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1935, 131.

[25] V. Popović, 68.

[26] S. Popović, "Izborni sistem u svetu i Kraljevini Jugoslaviji", *Pravni život*, 7–8/1990, 1095.

[27] *Ibidem*.

se mali broj mandata, te bi i proporcije bile lošije nego u većim. Zakonom o izboru narodnih poslanika iz 1922. godine nije promenjena veličina izbornih okruga. Novi način dodeljivanja mandata propisivao je da se svaki izborni okrug deli na toliko srezova/kotareva koliko se poslanika u tom okrugu bira. Izborni srezovi temeljili su se na upravnim, a neretko su se i upravni srezovi prema potrebi ujedinjavali ili razjedinjavali. Veličina izbornih srezova prilagođavana je uglavnom veličini administrativnih srezova.[28]

Naročit problem u crtanju granica izbornih jedinica predstavljali su mešoviti predeli, a posebno tzv. sporni predeli Srba i Hrvata, kako ih je kasnije opisivao Lazo M. Kostić.[29] On se ponajviše u ovom razdoblju bavio pomenutom problematikom. Kako je kao sekretar Državnog zavoda za statistiku raspolagao preciznim podacima o konkretom broju birača u svakoj izbornoj jedinici i njihovom nacionalnom izjašnjavanju, to ćemo se u daljem tekstu koristiti podacima koje je on detaljno prikazao. I sam Kostić kao razlog za detaljnije istraživanje na ovu temu navodi sumnju u arondiranje izbornih okruga u projektu Uredbe o izboru narodnih poslanika, te napominje očigledne primere tzv. izborno-okružne geometrije, kako je tada u srpskom jeziku označavan pojam džerimanderinga.[30]

Može se primetiti da se fenomen džerimanderinga na poslednjim izborima održanim pre Drugog svetskog rata ispoljio na dva načina. Prvo, u postizanju u nekim krajevima što većeg, a u drugim što manjeg broja poslanika. I drugo, u grupisanju jednih birača, te razbijanju drugih.

Iako je još od formiranja banovina 1929. godine, ustanovljena Uprava Grada Beograda, koja je obuhvatala i Zemun i Pančevo, uoči pomenutih izbora, iz ove izborne jedinice izuzet je grad Pančevo i pripojen srezu Pančevu. Na taj način Beograd je izgubio jedno poslaničko mesto, a izborni okrug Pančevo nije dobio ništa. Razlozi za to su demografske prirode. Naime, kako je grad Pančevo imao 22.089 stanovnika, on nije omogućio svojoj novoj izbornoj jedinici još jedan mandat, ali je zato spustio broj stanovnika u Beogradu, koji je do tada sa 288.938 stanovnika birao pet poslanika po kvoti i jednog po ostatku koji je veći od 30 000 (konkretno ovde je iznosio skoro 39.000) na cifru manju od traženog ostatka, te ga ostavio bez jednog mandata. Kako se ima u vidu etnička slika glavnog grada, jasno je da je u srpski narod ovde izgubio jedno mesto.[31]

---

[28] Bojan Balkovec, "Izborno zakonodavstvo prve jugoslavenske države (1918-1941)", *Časopis za suvremenu povijest*, 1/2016, 204–205.

[29] V. Lazo M. Kostić, *Sporne teritorije Srba i Hrvata*, Beograd 1990.

[30] Lazo M. Kostić, *Primeri izborno-okružne geometrije*, Beograd 1940, u Lazo M. Kostić, *Sabrana dela, I tom, Ustavno pravo,* Beograd 2000, 489.

[31] *Ibidem*, 489–490.

S druge, pak, strane, grad Zagreb koji je imao 185.581 stanovnika, birao je četiri poslanika, te bez obzira na činjenicu da je imao nešto više od 80.000 duša manje od glavnog grada, birao je samo jednog poslanika manje. Granice izbornog okruga Zagreb I, postavljene su tako da on obuhvata i 4.000 Srba, koji svakako zbog malobrojnosti nisu mogli da računaju na svog predstavnika, ali je zanimljivo da za upravo ovu cifru pomenuti okrug premašuje granicu navedenog ostatka, te sa 284.613 duša, on bira šest, a bez malobrojnih Srba, birao bi samo pet. Izborni okrug Split I sa 233.765 stanovnika birao je pet poslanika i to zahvaljujući takvoj arondaciji koja je omogućila da u njega uđe i 14.417 pravoslavnih Srba, koji samostalno nisu mogli da biraju poslanika, ali su ipak, svojim brojem omogućili ovoj izbornoj jednici peto poslaničko mesto.[32]

Izborni okrug Šibenik imao je 240.323 stanovnika, te po ostatku birao pet predstavnika. Kako je Srba u njemu bilo 74.771, oni bi mogli da izaberu jedva jednog poslanika i to pod uslovom da većina njih glasa za jednu listu. Međutim, da su prethodna dva okruga bila spojena u jedan (Split I i Šibenik), oni bi birali devet, a ne deset predstavnika, a dva bi mogla biti srpska, ako bi Srbi kompaktno izašli na birališta. Tako da je dobijena računica – jedan od deset, a moglo je biti od devet dva srpska predstavnika. Po ranijoj izbornoj regulativi, tj. Zakonu o izboru narodnih poslanika iz 1922. godine cela Južna Dalmacija (sa sve Bokom Kotorskom) činila je jednu izbornu jedinicu. Međutim, po novom zakonu, Boka je izdvojena iz ranijeg okruga i pripojena izbornoj jedinici Crnoj Gori. Da se ostalo pri ranijoj varijanti, glasovi birača Boke Kotorske spojeni sa glasovima iz okruga Split I i Split II doprineli bi da od ukupnog broja od osam mandata (koliko je birano na 428.163 stanovnika) jedan svakako pripadne Srbima s obzirom na njihovu većinu u Boki. Na ovaj način oba splitska okruga imala su 389.174 duša, što im je opet davalo ukupno osam mandata, ali ovoga puta Srbi nisu mogli računati ni na jedan.[33]

Ovakve tendencije se mogu zapaziti i u drugim etnički mešovitim predelima. U izbornoj jedinici Ogulin, od 281.082 stanovnika, bilo je 200.000 rimokatolika i 80.000 pravoslavnih. Kako je tada važio D'Ontov sistem, Hrvati su mogli računati na četiri, a Srbi na jedno poslaničko mesto. Međutim, zahvaljujući neznatnom ostatku od jedva 1.000 ljudi, ovaj okrug dobio je pravo na još jedan mandat, koji su Hrvati zbog svoje brojnosti imali veće šanse da zadobiju. Izborna jedinica Petrinja birala je četiri predstavnika. Kako je pravoslavnih bilo 122.797, a

[32] *Ibidem*, 490.

[33] *Ibidem*.

rimokatolika 92.136, i jedni i drugi mogli su računati na po dva mandata, bez obzira na činjenicu da je Srba bilo gotovo 30.000 više. Interesantno je da je pre izbora srez Dvor (na Uni) iz Vrbaske banovine, koji je ima 26.579 duša i bio čisto srpski, pripojen izbornoj jedinici Petrinji, ali nije doprineo da Srbi dobiju ovde još jedno poslaničko mesto. S druge strane, njegovim izdvajanjem iz izbornog okruga Banja Luka, ovaj je izgubio jedno mesto. Sa Dvorom ova izborna jedinica imala bi 385.125 stanovnika, što bi joj bilo dovoljno za osam mandata, ovako je izgubila jedno mesto. Kako je u ovom okrugu bilo 57.000 Hrvata i 60.000 muslimana, oni su zasigurno mogli računati na po jedan mandat, dok je izdvajanje Dvora išlo na štetu isključivo srpskih birača.[34]

Izborna jedinica Derventa svedena je na svega tri sreza sa ukupno 216.259 stanovnika. Kako je u njoj bilo 75.000 pravoslavnih, 96.000 rimokatolika i 43.000 muslimana, jasno je da je muslimanima nedostajalo svega nekoliko hiljada glasova za osvajanje jednog mandata, dok Srbi svakako nisu mogli računati na drugog predstavnika. Da je ovom okrugu dodat bilo koji okolni srez, i Srbi i muslimani mogli bi računati na predstavnika više. Na isti način u izbornim okruzima Bihać i Tuzla, u kojima je uzgred, Hrvata bilo neznatno malo, nije omogućeno dobijanje dodatnog mandata po ostatku. S druge strane, izborna jedinica Travnik, sa svega 187.602 stanovnika, mogla je birati četvrtog predstavnika po ostatku. S obzirom na strukturu stanovništva, Srba je ovde bilo 26.269, nedovoljno za osvajanje i jednog mesta, ali dovoljno da omoguće čitavom okrugu izbor još jednog predstavnika u Skupštini. Tako su u njemu Hrvati dobijali tri, a muslimani jedno mesto, tj. treći mandat Hrvati su mogli ostvariti zahvaljujući srpskom stanovništvu. Iako je Izbornom okrugu Sarajevo, u kome su Srbi bili u većini, nedostajalo svega 500 glasova za zadobijanje osmog poslaničkog mesta, nije izvršena slična geometrija kako bi se ovaj neznatni zaostatak nadoknadio. Kako ni po kakvoj kombinatorici ovo mesto nije moglo pripasti hrvatskim strankama, za njega niko nije iskazao naročiti interes.

Izborni okrug Bjelovar imao je po popisu stanovništva iz 1931. godine 41.740 Srba. Kako je tek brojka od 50 000 omogućavala zadobijanje jednog mandata, ti srpski glasovi, pa makar bili dati jedinstveno isključivo jednoj listi, nisu mogli da doprinesu osvajanju jednog poslaničkog mesta. Ali na drugom mestu, nekadašnji jedinstveni izborni okrug Osijek podeljen je na dva, u kojima su Srbi imali po 64 000 ljudi u obe jedinice. Tako da su mogli računati samo na po jedan mandat u oba okruga. Da nije došlo do ovakve podele, oni bi mogli raču-

[34] *Ibidem*, 490–491.

nati i na trećeg predstavnika. Ipak, najinteresantnija situacija viđena je u izbornoj jedinici Mostar, koja je po novom zakonu obuhvatala celokupnu nekadašnju Hercegovinu. Na prostoru većinski srpskih srezova Istočne Hercegovine, hrvatskih glasova bilo je svega oko sedam hiljada, te bi svakako propali. Da bi se to izbeglo, razbijena Hercegovina ponovo je sastavljene u izborne svrhe. Tako da se došlo do situacije da je novoformirani izborni okrug Mostar imao 305.630 stanovnika, od toga 137.000 rimokatolika, 98.000 pravoslavaca i 70.000 muslimana. U ovakvoj situaciji, bilo je potrebno da svi Srbi glasaju za svoje liste kako bi jedva dobili dva poslanika, dok bi da je Istočna Hercegovina ostala poseban okrug, dva srpska mandata bila nesumnjiva, s obzirom na to da je on imao 100.000 ljudi, od toga 70.234 pravoslavnih, 22.897 muslimana i 7.131 rimokatolika. Da je ostalo tako, to bi bio jedini primer formiranja izborne jedinice gde glasovima Hrvata i muslimana, koji ne bi mogli da osvoje mandate, Srbima zasigurno bude obezbeđen dodatni mandat.[35]

ZAKLJUČAK

Uzimajući u obzir poluvekovni zvanični istoriografski narativ o nacionalnom pitanju u jugoslovenskoj državi, ali i o političkom, samim tim i izbornom sistemu prve jugoslovenske države, možemo izvući nekoliko zaključaka. Prvo, s obzirom na etnokonfesionalnu složenost nove države, politički odnosi u njoj mereni su, dobrim delom, i kroz prizmu nacionalne ravnoteže ili potpunog suzbijanja etničkih posebnosti. Drugo, svakako se u različitim periodima postojanja Kraljevine, u njenom životu mogu uočiti periodi dominacije jedne nacionalne grupe u odnosu na druge. Međutim, čini se da je na planu izbornog zakonodavstva, a naročito oblikovanja izbornih jedinica, u predelima koji se mogu okvalifikovati mešovitim, očita dominacija hrvatskih interesa i to ne samo spram srpskih, nego i spram interesa drugih etničkih i konfesionalnih skupina. S obzirom na iznete brojne primere prekrajanja granica izbornih okruga i to pre svega iz nacionalno inspirisanih motiva, možemo slobodno reći da je jugoslovenka kraljevina bila tipičan primer zemlje čiji izborni sistem odlikuje etnički džerimandering. Stoga se može zaključiti da je izborni sistem Kraljevine Jugoslavije favorizovao hrvatski nacionalni element, pre svega na štetu većinskog srpskog naroda, te se i na taj način dekonstruiše mit o tzv. "velikosrpskoj hegemoniji" u političkom životu prve jugoslovenske države.

[35] *Ibidem*, 490–491.

DUŠAN ILIĆ,
Assistant Researcher, Institute
of European Studies, Belgrade

ETHNIC GERRYMANDERING: EXAMPLE OF THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA

Summary

This article aims to shed light on the phenomenon of gerrymandering, and in particular one of its most interesting forms - ethnic gerrymandering. Although particular attention has been paid in the literature to the study of the party-political form of border-crossing of constituencies, as well as to certain forms of racial gerrymandering, little has been written so far about the ethnic type of gerrymandering, especially on European areal. Particular attention in this article will be given to the mentioned phenomenon in the territory of the former Yugoslav state. Therefore, the aim of the paper will be, in addition to the phenomenon mentioned above, to provide a brief overview of the possible existence of ethnic gerrymandering in the Kingdom of Yugoslavia, given its multiethnic character and national fragmentation, as well as the political crisis that has continuously followed it throughout its existence.

Key words: gerrymandering, ethnicity, Kingdom of Yugoslavia, constituencies

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo
Justice and Law
La Justice et le Droit
PRAVO I SNAGA UMNOSTI – IV tom
LAW AND THE POWER OF MIND – Vol. IV

Četvrta katedra
Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU
RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

Industrijska svojina i Autorsko pravo
Right to Industrial Property and Copyright

Dimitrije Milić

Građansko-pravna zaštita autorskog i srodnih prava
Civil-law protection of copyright and related rights 5

Sanja Danković Stepanović

Odnos prava interpretatora i proizvodjača fonograma
Relation between performers' and fonogram producers' rights 15

Žaklina Spalević,
Vladimir Džamić

Intelektualna svojina u sajber prostoru
Intellectual property in cyber space 31

Marija Daskalović Ilić

Ostvarivanje autorskog prava sleđenja
Practicing author's resale right 45

Zoran Dragojević,
Mario Lukinović

Reputacija i oznake geografskog porekla
Reputation and geographical indication 57

Snežana Šarboh

Mali patent – karakteristike i uloga u pravu industrijske svojine
Utility model – characteristics and role in the framework
of industrial property rights 67

Mirela Bošković

Pravna zaštita poslovne tajne
Legal protection of trade secrets 77

Mina Jovanović

Pravne posledice nekorišćenja žigom zaštićene oznake
The legal consequences of trademark non use 91

Njegoslav Jović

Mirisni žig
Smell (scent, olfactory) trademark 101

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde
Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković,
Marija Ignjatović

Zaštita prava deteta u postupcima građanskopravne zaštite
Protection of child rights in the civil-legal protection proceedings 117

Duško Medić

Vještačenje u građanskom sudskom postupku
An expert opinion in civil judicial procedure 133

Milena Trgovčević Prokić

Parnični postupak kao korektivan način prilikom raspravljanja zaostavštine
Litigation as a corrective way in discussing legacy 149

Gordana Jovanović

Obaveza postupanja javnih beležnika i razlozi za uskraćivanje preduzimanja javnobeležničke radnje
Obligations of public notaries and the reasons for rejection the public notary word 165

Nebojša Šarkić,
Zoran Vavan

Mogući oblici poravnanja koji se sprovode u izvršnom postupku
Possible forms settlement that are enforced in executive procedure 183

Dušica Palačković,
Jelena Čanović

Izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima
Enforcement of rulings pertaining to family relations 195

Vujadin Masnikosa

Novi postupak dobrovoljnog namirenja pred javnim izvršiteljem
New procedure for voluntary settlement before public bailiffs 213

2. Međunarodni odnosi i pravda
International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti
International law – foreign elements

Rodoljub Etinski

Problem u vezi sa tumačenjem člana III GATT-a: određivanje sličnih proizvoda i ograničavanje nacionalnih politika
Problem concerning the interpretation of Article III of the GATT: determination of like products and the limitation of national policies 223

Boris Krivokapić

Veliki jubileji temelja međunarodnog prava oružanih sukoba
The great anniversaries of the foundations of international law of armed conflicts 245

Duško Dimitrijević

Razgraničenje Slovenije i Hrvatske na Jadranskom moru
Delimitation of Slovenia and Croatia on the Adriatic sea 259

Bojana Čučković

Praksa ugovornih tela Ujedinjenih nacija u oblasti zaštite ljudskih prava
United nations treaty bodies' practice in the field of Human Rights protection 281

Matej Savić

Međunarodnopravni status Bosne i Hercegovine
International legal status of Bosnia and Herzegovina 303

Jelena Milenković

Prirodno pravo u temelju pravnih akata o zaštiti ljudskih prava i prakse Evropskog suda za ljudska prava
Natural law in the foundations of the legal acts for the protection of human rights and in the practice of the European Court of human rights 321

Ana Zdravković

Pravo na život sagledano kroz prizmu apsolutnih ljudskih prava
The right to life analysed through the lens of absolute human rights 337

b) Pravo Evropske Unije
European Union Law

Radovan Vukadinović

Kolektivne tužbe u međunarodnim investicionim arbitražama
Collective actions in international investment arbitrations 357

Marko Babić,
Eduard Kunštek

Pohvala pravnom "razumu"
Praise to legal sense 375

Jelena Ćeranić

Bilateralni pristup procesu evropskih integracija – održivost švajcarskog modela u kontekstu izmenjenih okolnosti u Evropskoj uniji
Bilateral approach to the European integration process – sustainability of the Switzerland model in the context of changed circumstances in EU 391

Maja Lukić Radović,
Marija Vlajković

Kriza vrednosti u Evropskoj uniji – uzdrmani temelji
European Union values in crisis – are the foundations shaken 407

Branislava Lepotić Kovačević,
Miloš Kuzman

Geološko skladištenje ugljen-dioksida u pravnom okviru Evropske unije i Republike Srbije
Geological storage of carbon dioxide in the legal frame work of the European Union and the Republic of Serbia 423

Marijana Maksimović,
Nada Novakovič

Upravljanje ljudskim resursima u EU: obrazovanje i migracije
Human resource management in the EU: education and migration 437

Iris Bjelica Vlajić

Zaštita ličnih podataka posade broda
Protection of ship crews' personal data 453

Šesta katedra
Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO LEGAL STATE

Saša Bovan,
Marija Jakovljević

Teorija izjednačavanja K. Engiša i A. Kaufmana kao paradigma umnosti pravničkog rasuđivanja i odlučivanja
The Theory of Balancing of K. Engisch and A. Kaufmann as Paradigm of Wisdom in Legal Reasoning and Decision Making . . 469

Vlado Kambovski

Lepota pravednog prava: ogled o pravnoj estetici
Beauty of Just Law: an Essay in Legal Aesthetics 483

Igor Kambovski

Pravo na privatnost i zaštita ličnih podataka
Right to privacy and protection of personal data 505

Zoran Jelić

Prilog kritici doktrine o naučnoj bezvrednosti jurisprudencije
Contribution on criticism of the doctrine of scientific
unworthiness of jurisprudence 519

Sanja Đurđić

Osnovni principi praktične razumnosti Džona Finisa
The basic principles of the practical reasonableness
of John Finnis 535

Ustavno pravna pitanja
Constitutional Law Questions

Vladan Petrov

Pouke i poruke Namesničkog ustava iz 1869.
The lessons and the messages of the regent's Constitution of 1869 . 551

Dragoljub Drašković

Garancije prava na pravično suđenje u krivičnom postupku
Garantes of right to fair trial in criminal proceedings 565

Ljubodrag Pljakić

Namesnički ustav Kneževine Srbije - koren upravnog sudstva u Srbiji
Regent's Constitution of the Principality of Serbia - the root
of the administrative jurisdiction in Serbia 587

Marko Stanković

Grad Beograd u Ustavnom sistemu Republike Srbije
The City of Belgrade in the Constitutional system of the Republic
of Serbia 599

Vladimir Đurić

Zakonsko uređivanje neteritorijalne manjinske samouprave u svetlu shvatanja Ustavnog suda Srbije
Legal regulation of the non-territorial minority self-government in the light of the Constitutional Court's legal reasoning 613

Hamdija Šarkinović

Sloboda vjeroispovijesti u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Crne Gore
Freedom of relgion in case law of the European court of human rights and Constitutional Court of Montenegro 629

Đorđe Marković

Trampova reforma Vrhovnog suda
Trump's Supreme Court reform 647

Danijela Dukić

Pravna sigurnost u ustavno-sudskoj praksi Srbije
Legal security in the Constitutional Court of Serbia 663

Osman Kadriu

Ustavno sudstvo u funkciji zaštite nezavisnosti sudske vlasti
Constitutional judiciary in the function of protecting independence of the judiciary 673

Mladen Vukčević,
Ivan Vukčević

Poslanički imunitet
Parliamentary immunity 687

Besfort Ramadani

Ustavnosudska zaštita prava na pravno sredstvo povređeno odnosno uskraćeno u izvršnom postupku
Constitutional protection of legal remedy violated in enforcement proceedings 701

Darko Golić

Izbor sudija u Srbiji, Crnoj Gori i Bosni i Hercegovini – nezavisnost i(li) legitimitet
Selection of jugdes in Serbia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina – independence and legality 715

Dušan Ilić

Etničko prekrajanje granica izbornih jedinica: primer Kraljevine Jugoslavije
Ethnic gerrymandering: example of the Kingdom of Yugoslavia . . 735

IUS
LIBERTAS
PROPRIETAS
VITA
HUMANITAS
IUSTITIA
UNIVERSITAS
IURIS
NATURALIS
COPAONICI