

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA



31

godina kopaoničke škole  
prirodnog prava

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 12 • BEOGRAD • 2018 • TOM IV**



31  
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.)

# 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) i dr Milan Petrović (1975–1980).*

---

Broj 12/2018 / Godina LXVII / Knjiga 610

1-724

---

**B e o g r a d**

*Glavni i odgovorni urednik*  
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

*Izdavač*  
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE  
Beograd, Krunska 74  
tel. 244-69-10  
fax 244-30-24, poštanski fah 18  
E-mail: upj@EUnet.rs  
www.Kopaonikschool.org

*Lektura i korektura*  
Dragana Beker

*Kompjuterska obrada i prelom teksta*  
Javorina Beker

Pretplata za 2018. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 dinara,  
za pravna lica – 16.000 dinara, 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*



PETA KATEDRA

# **PRAVO NA PRAVDU**

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



VLADIMIR CRNJANSKI

## **ODNOS IZVRŠNOG I VANSUDSKOG POSTUPKA**

### **– Namirenje potraživanja obezbeđenog hipotekom uređenog Zakonom o hipoteci**

#### U V O D

Kako u Republici Srbiji ne postoji kodifikacija pravila izvršnog postupka, pored Zakona o izvršenju i obezbeđenju<sup>1</sup> postoje i drugi zakoni kojima se uređuju pojedini posebni postupci prinudnog izvršenja. Kod nas je Zakonom o hipoteci<sup>2</sup> uređen vansudski postupak namirenja hipotekarnog potraživanja. Predmet ovoga rada je analiza međusobnog odnosa ZIO i ZH, posebno u vezi sa primenom u njima sadržanih pravila koja uređuju postupak namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom.

Funkcionisanje svakog pravnog sistema ne može se zamisliti bez izvršnog postupka. Funkcija izvršenja ima izuzetnu važnost sa stanovišta celokupnog pravnog poretka jer se odnosi na postupak prinudnog izvršenja autoritativno utvrđenih potraživanja. Prema strukturi grane prava u kojoj se izvršno pravo pojavljuje,

---

Mr Vladimir Crnjanski, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

<sup>1</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Službeni glasnik RS", br. 106/2015, u daljem tekstu: ZIO.

<sup>2</sup> Zakon o hipoteci,"Službeni glasnik RS", br 115/05, 60/15, 63/15, 83/15, u daljem tekstu: ZH.



postoji građansko izvršno pravo, krivično izvršno pravo, administrativno izvršno pravo, poreski izvršni postupak, prekršajni izvršni postupak i dr.<sup>3</sup>

Fizionomija izvršnog postupka nesumnjivo utiče na stepen uređenosti celokupnog pravnog sistema. Pravo na pravnu zaštitu dobija svoj potpuni smisao tek nakon uspešnog završetka izvršnog postupka. Uopšteno govoreći, izvršni postupak predstavlja niz pravno uređenih i funkcionalno povezanih radnji suda, javnih izvršitelja, stranaka i drugih subjekata koje imaju za cilj prinudno namirenje potraživanja izvršnog poverioca. Slično tome, postupak obezbeđenja je niz pravno uređenih i funkcionalno povezanih radnji suda, stranaka i drugih subjekata koje imaju za cilj obezbeđenje potraživanja.<sup>4</sup>

Izvršni postupak čini sistem pravila kojima se uređuje prinudno izvršenje i obezbeđenje potraživanja utvrđenih izvršnim i verodostojnim ispravama. Pored toga, izvršni postupak reguliše i odnose između subjekata i učesnika u toku i povodom postupka izvršenja.<sup>5</sup> Glavni pravozaštitni zahtev u izvršnom postupku usmeren je na pretvaranje pravnog stanja određenog u izvršnoj ili verodostojnoj ispravi u faktičko stanje primenom odgovarajućih sredstava i predmeta izvršenja.

---

<sup>3</sup> Šarkić, N, Rašić, D, 1990, Priručnik za primenu Zakona o izvršnom postupku, Beograd, str. 2-3. Zakonskim pravilima o izvršenju krivičnih sankcija detaljno je razrađen postupak njihovog izvršenja. Zakonom se do detalja razrađuju pravila koja u procesnom pogledu uređuju postupak izvršenje krivičnih sankcija, postupak lišenja slobode i sl. Kada se radi o administrativnom izvršnom postupku, uočavaju se dva dela: administrativno izvršenje koje se reguliše opštim pravilima o upravnom postupku i postupak administrativnog obezbeđenja koji je takođe zakonski regulisan. U okviru administrativnog izvršenja izvršavaju se samo rešenja i zaključci doneti u upravnom postupku koji glase na ispunjenje nenovčanih obaveza, kao i rešenja i zaključci koji glase na ispunjenje drugih činidbi. Poreski izvršni postupak po svojoj prirodi predstavlja ogranak administrativnog izvršnog postupka jer se u okviru poreskog izvršnog postupka izvršavaju rešenja organa uprave na osnovu kojih se građani obavezuju na plaćanje poreza i doprinosa, i zbog njegovog značaja uređen je posebnim propisima. Prekršajni izvršni postupak podrazumeva izvršenje odluka donetih u prekršajnom postupku koje glase na ispunjenje neke novčane obaveze kao što su: novčane kazne, troškovi prekršajnog postupka, oduzimanje imovinske koristi i slično.

<sup>4</sup> Dika, M, 2007, Građansko ovršno pravo, prva knjiga, Zagreb, Narodne novine, str. 9. Izvršni postupak i postupak obezbeđenja su postupci specijalne egzekucije. Dakle, postupci koji se sprovede radi ostvarenja i obezbeđenja određenog potraživanja na pojedinačno određenim delovima imovine izvršnog dužnika. U pitanju su postupci imovinskopravne egzekucije – neposredni predmet izvršenja odnosno obezbeđenja su delovi imovine izvršnog dužnika, a samo izuzetno i sam izvršni dužnik.

<sup>5</sup> Bodiroga, N, 2012, Teorija izvršnog postupka, Beograd, str. 14. Pravna disciplina koja proučava izvršni postupak naziva se izvršno pravo. Izvršne i verodostojne isprave predstavljaju pravni osnov za vođenje izvršnog postupka. Izvršni postupak predstavlja celinu koja se nadovezuje na parnični ili drugi kognicijski postupak.

Postavljajući zahtev za izvršenje, izvršni poverilac određuje i granice sudskog odlučivanja, shodno načelu dispozicije, s obzirom da je u izvršnom postupku dozvoljeno odlučivati samo u granicama postavljenog zahteva. Ovo pravilo važi i kada javni izvršitelji odlučuju o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih i srodnih delatnosti.<sup>6</sup> Pravo na potpunu pravnu zaštitu obuhvata i zahtev za efikasno i zakonito izvršenje izvršnih isprava. Pravo na donošenje izvršnih isprava mora biti ravnopravno tretirano kao i samo pravo na izvršenje izvršnih isprava jer se izvršnim postupkom pravna zaštita zaokružuje i upotpunjuje.

Sa stanovišta ukupne pravne sigurnosti za subjekte prava sama proklamacija subjektivnih građanskih prava nema potpun pravni značaj ukoliko ne postoji uređen sistem njihove zaštite i mogućnost prinudnog namirenja autoritativno utvrđenih subjektivnih građanskih prava.<sup>7</sup>

Izvršni postupak treba da obezbedi ravnotežu položaja svih izvršnih poverilaca, odnosno svih izvršnih dužnika. O tome zakonodavac mora da vodi računa prilikom propisivanja pravila izvršnog postupka.<sup>8</sup> Na terenu uporednog prava kao dobar primer ujednačenih pravila izvršenja može da posluži Švajcarsko pravo. Švajcarski koncept izvršenja sadrži ista zakonska pravila prilikom sprovođenja izvršenja nezavisno od toga da li se u poziciji izvršnog poverioca pojavljuje subjekt prava iz domena javnog ili privatnog prava. Time se jasno ukazuje na značaj jednakosti pozicije izvršnog poverioca bez obzira da li se u njoj pojavljuje država ili drugi nosilac javnih ovlašćenja ili privatni subjekti prava.<sup>9</sup>

Svakako da je i načelo zaštite izvršnog dužnika jedno od najvažnijih načela izvršnog postupka. Načelo zaštite izvršnog dužnika ima svoje utemeljenje u svim

---

<sup>6</sup> Bodiroga, N, 2012, str. 15. Osnovni cilj izvršnog postupka jeste namirenje potraživanja koje je na autoritativan i nesumnjiv način utvrđeno izvršnom ili verodostojnom ispravom. Krajnji cilj izvršnog postupka jeste potvrđivanje i očuvanje pravnog poretka.

<sup>7</sup> Bodiroga, N, 2012, str. 13 i dalje. Država u kojoj se subjektivna građanska prava samostalno ostvaruju i realizuju isključivo voljom pravnih subjekata je nedostizan ideal. Zbog toga je pravo na intervenciju u sferi subjektivnih građanskih prava država u potpunosti preuzela na sebe.

<sup>8</sup> Bodiroga, N, 2012, str. 143. Karakteristika izvršnog postupka u kojem se namiruju novčana potraživanja nastala iz komunalnih i srodnih delatnosti jeste velika koncentracija ovlašćenja na strani javnog izvršitelja i postepeno zanemarivanje uloge suda. To utiče na poremećaj načelne ravnoteže stranaka u izvršnom postupku jer će takve pogodnosti moći da koriste samo pružaoci komunalnih i srodnih usluga, odnosno prvenstveno država ili nosioci javnih ovlašćenja.

<sup>9</sup> Bodiroga, N, 2012, str. 144. Činjenica da se ista pravila postupka prilikom sprovođenja izvršenja primenjuju kada se na poziciji izvršnog poverioca nalaze pravni subjekti javnog ili privatnog prava ukazuje na jednak tretman države i privatnih lica koji pokreću postupak izvršenja.

modernim pravnim sistemima. U Nemačkoj je načelo zaštite izvršnog dužnika ustavna kategorija. Zakonska pravila o zaštiti izvršnog dužnika imaju za cilj da se mogućnost upliva u prava izvršnog dužnika može propisati samo u granicama postavljenog ustavnog okvira.<sup>10</sup>

### SREDSTVA OBEZBEĐENJA

Novim ZIO nije povećan broj sredstava obezbeđenja u odnosu na raniji zakon. ZIO propisuje sledeća sredstva obezbeđenja: sticanje založnog prava na nepokretnosti i pokretnoj stvari po sporazumu stranaka, sticanje založnog prava na nepokretnosti i pokretnoj stvari, prethodne mere i privremene mere.<sup>11</sup> S obzirom da se radi o ograničenom broju sredstava obezbeđenja (*numerus clausus*), u sudskom postupku obezbeđenja mogu se odrediti samo sredstva obezbeđenja koja su predviđena ZIO.

Pod sredstvima obezbeđenja podrazumevamo zakonom propisane radnje suda ili drugih nadležnih organa obezbeđenja, stranaka i drugih učesnika u odgovarajućim postupcima obezbeđenja u kojima se prinudno ili dobrovoljno pruža pravna zaštita radi obezbeđenja potraživanja, odnosno drugih prava i pravnih odnosa aktivne stranke prema pasivnoj stranci u odgovarajućem postupku obezbeđenja sa ciljem da se u budućnosti omogući potpuno ostvarenje obezbeđenih potraživanja, odnosno pravnih odnosa.<sup>12</sup>

Sredstva obezbeđenja su, po pravilu, prinudnog karaktera i određuju se i sprovode nezavisno od volje pasivnog subjekta. Ipak, ZIO uređuje i dobrovoljno sredstvo obezbeđenja – sudsko založno pravo na nepokretnostima i pokretnim stvarima po sporazumu stranaka.

Delikatnost postupka obezbeđenja ogleda se i u vezi sa njegovom pravnom prirodom. Postupak obezbeđenja je složen postupak jer sadrži kako pravila izvrš-

---

<sup>10</sup> Videti više o tome: Wolber, J, 2015, *Schuldnerschultz im Europäischen Zwangsvollstreckungsrecht*, Tübingen, str. 28-29.

<sup>11</sup> Član 414 ZIO. U ovom radu biće razmatran postupak sticanja sudskog založnog prava na nepokretnosti u funkciji obezbeđenja.

<sup>12</sup> Dika, M, 2007, str. 739. Instituti obezbeđenja imaju i anticipacijsku funkciju jer omogućavaju u sadašnjosti ispunjenje putativnih – još uvek nedvosmisleno utvrđenih prava poverioca. U kvalitativnom i kvantitativnom smislu takva vrsta obezbeđenja ne pruža isti nivo zaštite koji se ostvaruje u postupku izvršenja. Zbog toga se u postupku obezbeđenja sadržajno pruža manji stepen zaštite nego u izvršnom postupku.



nog postupka, tako i pravila parničnog postupka. Postupak obezbeđenja približava se kognicijskom postupku kada se u njemu raspravlja i odlučuje (postupak određivanja privremene mere). S druge strane, rešenje u postupku obezbeđenja izvršava se prema pravilima izvršnog postupka. Zbog toga postoje pravci razmišljanja u pravnoj doktrini da se postupak obezbeđenja ne može u potpunosti tretirati kao izvršni postupak.<sup>13</sup>

Pre usvajanja novog ZIO nisu postojala pravila koja su uređivala pravnu situaciju kada izvršni poverilac protiv izvršnog dužnika najpre pokrene izvršni postupak po odredbama ZIO, a nakon toga radi namirenja istog potraživanja protiv istog izvršnog dužnika pokrene postupak vansudskog namirenja u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje hipoteka.<sup>14</sup>

### *Založno pravo na nepokretnosti po sporazumu stranaka*

Institut dobrovoljnog založnopravnog obezbeđenja potraživanja prvi put je uveden Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku ("Sl. list SFRJ", br. 27/90).

Novim ZIO nisu u bitnom smislu izmenjene ranije odredbe zakona o založnom pravu na nepokretnim stvarima po sporazumu stranaka kao posebnom sredstvu obezbeđenja.<sup>15</sup> Sudsko založno pravo na nepokretnosti po sporazumu stranaka je vrsta dobrovoljnog sudskog obezbeđenja koje se određuje i sprovodi u skladu sa postignutim sporazumom stranaka pred sudom. Za odlučivanje i sprovođenje ove vrste sredstva obezbeđenja mesno je nadležan sud na čijem se području nalazi nepokretnost.<sup>16</sup>

Neophodan procesnopravni uslov za ovu vrstu sredstva obezbeđenja jeste zajednički predlog stranaka (i izvršnog poverioca i izvršnog dužnika) u skladu sa kojim se inicijalno pokreće postupak pred nadležnim sudom radi određiva-

---

<sup>13</sup> Bodiřoga, N, 2012, str. 341-349. Načelo formalnog legaliteta u postupku obezbeđenja u određenim situacijama trpi ograničenje. U postupku obezbeđenja sud je dužan da utvrdi postojanje zakonskih razloga za obezbeđenje, za razliku od izvršnog postupka gde sud ne utvrđuje činjenice koje su ranije utvrđene u parnici. Zakonodavna pravila u postupku obezbeđenja ne opravdavaju stanovište da se postupak obezbeđenja tretira kao izvršni postupak.

<sup>14</sup> Videti o tome: Bodiřoga, N, 2017, Novi izvršni postupak, Beograd, str. 94-96.

<sup>15</sup> Predmetno sredstvo obezbeđenja uređeno je zakonskim odredbama 427-430 ZIO.

<sup>16</sup> Član 427 ZIO.

nja i sprovođenja upisa založnog prava na nepokretnosti izvršnog dužnika u cilju obezbeđenja novčanog potraživanja.<sup>17</sup>

Novčano potraživanje jeste nužna pravna pretpostavka za određivanje sudskog založnog prava na nepokretnosti na osnovu sporazuma stranaka. Stranke saglasno, u formi predloga za obezbeđenje, predlažu sudu da odredi upis založnog prava na nepokretnosti radi obezbeđenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca.<sup>18</sup>

Na saglasan predlog stranaka, sud zakazuje ročište na kome sporazum stranaka o postojanju novčanog potraživanja i vremenu njegovog dospeća unosi u zapisnik, kao i saglasnost stranaka da se novčano potraživanje obezbedi založnim pravom na nepokretnosti. Potpisan zapisnik o sporazumu stranaka ima snagu sudskog poravnjanja (izvršne isprave) i predstavlja pravni osnov za upis založnog prava na predmetnoj nepokretnosti. Stranka dostavlja zapisnik o sporazumu stranaka katastru nepokretnosti, pri čemu se založno pravo stiče u trenutku upisa zapisnika o sporazumu stranaka u katastar nepokretnosti.<sup>19</sup>

Pored toga, propisan je i postupak sticanja založnog prava na nepokretnosti koja nije upisana u katastar nepokretnosti primenom odredaba koje regulišu postupak namirenja novčanog potraživanja na nepokretnosti koja nije upisana u katastar nepokretnosti.<sup>20</sup>

Novčano potraživanje koje se obezbeđuje mora biti dopušteno i po pravilu je egzistentno - određeno ili određivo. Novčano potraživanje je dovoljno određivo ako je potraživanje određivo u pogledu predmeta, vrste, obima i dospelosti. Može se smatrati da je novčana obaveza dovoljno određiva ako se ona na nesumnjiv način može utvrditi dopunskim izvršnim ispravama koje bi zadovoljile zahteve načela formalnog legaliteta u izvršnom postupku ili nekom drugom zakonom

---

<sup>17</sup> Šarkić, N, Nikolić, M, 2013, Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Pravni instruktor, časopis za pravnu teoriju i praksu, Beograd, str. 301. Ukoliko se nadležnom sudu podnese zajednički predlog za sticanje založnog prava na nepokretnim stvarima na osnovu sporazuma stranaka, sud je dužan da vodi računa da se takvim sporazumom ne oštećuju eventualna prava trećih lica koja postoje na nepokretnim stvarima. S tim u vezi, i lica koja imaju određena prava (založni poverioci založnog dužnika i slično) moraju biti uključena u sam postupak obezbeđenja na osnovu sporazuma stranaka. Ukoliko se u inicijalnom aktu predlaže zasnivanje založnog prava na nepokretnosti trećeg lica – predlog za obezbeđenje mora potpisati i treće lice.

<sup>18</sup> Član 428 ZIO.

<sup>19</sup> Član 429 ZIO.

<sup>20</sup> Član 430 ZIO.

propisanom kvalifikovanom ispravom.<sup>21</sup> Dakle, ne može se obezbediti novčano potraživanje u nastanku jer zakonodavac zahteva da se pred sudom utvrdi sporazum stranaka o postojanju novčanog potraživanja i vremenu njegovog dospeća.<sup>22</sup>

Kako se založno pravo stiče upisom zapisnika o sporazumu stranaka u katastar nepokretnosti, u cilju pravne sigurnosti primerenije je propisati zakonsku obavezu suda da zapisnik, kao pravni osnov sticanja založnog prava, po službenoj dužnosti dostavi katastru nepokretnosti.<sup>23</sup> Sudsko založnopravno obezbeđenje po osnovu sporazuma stranaka predstavlja oblik dobrovoljnog obezbeđenja jer izvršni dužnik pred sudom iznosi svoju saglasnost da se odredi upis založnog prava na nepokretnosti radi obezbeđenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca.

*Založno pravo na nepokretnosti na osnovu  
novčanog potraživanja iz izvršne isprave*

Za odlučivanje o predlogu za obezbeđenje novčanog potraživanja sticanjem založnog prava na nepokretnosti i za sprovođenje obezbeđenja mesno je nadležan sud na čijem području se nalazi nepokretnost (član 431 ZIO). Na osnovu predloga izvršnog poverioca zasnovanog na izvršnoj ispravi koja glasi na novčano potraživanje, sud određuje obezbeđenje i nalaže da se u katastar nepokretnosti upiše založno pravo izvršnog poverioca na nepokretnosti izvršnog dužnika. Zbog toga je izvršni poverilac dužan da uz predlog za obezbeđenje priloži i izvod iz katastra nepokretnosti kojim dokazuje da je izvršni dužnik nosilac prava svojine na nepokretnosti ili ispravu podobnu za upis svojine izvršnog dužnika, ako je u katastar nepokretnosti upisano kao titular prava svojine drugo lice.<sup>24</sup>

Založno pravo na nepokretnosti stiče se u trenutku upisa u katastar nepokretnosti (član 433 ZIO). Za sticanje založnog prava na nepokretnosti koja nije upisana u katastar nepokretnosti shodno se primenjuju odredbe o izvršenju radi

---

<sup>21</sup> Videti: Dika, M, 2007, str. 751.

<sup>22</sup> Dika, M, 2007, str. 749. Pravozaštitni cilj sudskog dobrovoljnog založnopravnog obezbeđenja nije samo pribavljanje založnog prava nego i ishodovanje izvršne isprave na osnovu koje se sudski postupak obezbeđenja može nastaviti kao izvršni postupak.

<sup>23</sup> Član 429, stav 3 ZIO. Stranka dostavlja zapisnik o sporazumu stranaka organu koji vodi katastar nepokretnosti. S druge strane, kada se radi o založnom pravu na nepokretnim stvarima na osnovu novčanog potraživanja iz izvršne isprave, sud nalaže da se u katastar nepokretnosti upiše predmetno založno pravo (član 432, stav 1 ZIO)

<sup>24</sup> Član 432 ZIO. Predlog za obezbeđenje ima sadržinu kao predlog za izvršenje.



namirenja novčanog potraživanja na nepokretnosti koja nije upisana u katastar nepokretnosti.<sup>25</sup> Za određivanje ovog sredstva obezbeđenja potrebno je da se kumulativno ostvare sledeće pravne pretpostavke: postojanje izvršne isprave, potraživanje koje se obezbeđuje mora biti novčano, postojanje relevantnih podataka o identifikaciji nepokretnosti – po pravilu nepokretnost je upisana u katastar nepokretnosti i izvršni dužnik kao nosilac prava svojine na nepokretnosti, a ukoliko to nije slučaj izvršni poverilac mora uz predlog za obezbeđenje da dostavi i ispravu podobnu za upis prava svojine u korist izvršnog dužnika.

Od trenutka kada izvršni dužnik primi rešenje o obezbeđenju svi akti pravnog ili faktičkog raspolaganja predmetom obezbeđenja nemaju pravno dejstvo.<sup>26</sup>

*Zasnivanje založnog prava na nepokretnosti  
prema Zakonu o hipoteci*

Hipoteka je bezdržavinsko založno pravo na nepokretnoj stvari i nastaje upisom u registar nepokretnosti. Kao stvarno pravo, hipoteka je nedeljiva i odlikuje se pravom sledovanja.<sup>27</sup>

Hipoteka je založno pravo na nepokretnosti koje ovlašćuje poverioca da zahteva, ukoliko dužnik ne isplati dug o dospelosti, naplatu potraživanja obezbeđenog hipotekom iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti, pre običnih poverilaca ili docnijih hipotekarnih poverilaca, bez obzira u čijoj svojini se nepokretnost nalazi.<sup>28</sup>

Prema pravilima ZH, ugovor o hipoteci zaključuju se u formi javnobeležničkog zapisa ili javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave, pri čemu založna izjava o zasnivanju jednostrane hipoteke po formi i sadržini odgovara ugovoru o hipoteci.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Član 434 ZIO.

<sup>26</sup> Član 19 ZIO.

<sup>27</sup> Hiber, D, Živković, M, 2015, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, Beograd, str. 225 – 226. Hipoteka je založno pravo na nepokretnoj stvari, dok se zaloge pokretnih stvari (brodova, vazduhoplova) ne smatraju hipotekom nego osobenim zalagama – nezavisno od toga što se i u odnosu na njih supsidijarno primenjuju pravila hipotekarnog prava.

<sup>28</sup> Član 2 ZH.

<sup>29</sup> Član 10 stav 1, član 14, stav 3 ZH.

Međutim, samo ugovor o hipoteci i založna izjava o jednostranom zasnivanju hipoteke koji su sačinjeni u formi javnobeležničkog zapisa (uz uslov da sadrže i nužne elemente iz člana 15 ZH) imaju snagu izvršne isprave.<sup>30</sup> Javnobeležnički zapis o zasnivanju hipoteke koji sadrži izričitu izjavu (saglasnost) obavezanog lica da se na osnovu njega u cilju ostvarenja dugovane činidbe, po dospelosti obaveze, može neposredno pokrenuti prinudno izvršenje, bilo sudskim ili vansudskim putem, jeste jedini oblik izvršne isprave u postupku zasnivanja izvršne vansudske hipoteke. Postupku prinudnog izvršenja kao završnoj fazi zaštite subjektivnih građanskih prava moraju da prethode jasno propisana pravila o formi i sadržini izvršne isprave. Postojanje većeg broja ravnopravnih oblika izvršne isprave, u odnosu na koje postoje različiti zahtevi strogosti pravne forme, nije preporučljivo sa stanovišta instrumenta zaštite prava na polju pravne sigurnosti. Svakako da složeni javnobeležnički postupak – u okviru kog se sačinjava javnobeležnički zapis – garantuje veći stepen pravne sigurnosti.<sup>31</sup>

*Funkcionalna povezanost ZIO i ZH u postupku  
namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom*

Posebna osobenost postupka obezbeđenja je i njegova funkcionalna povezanost sa izvršnim postupkom koji se nakon njega može nastaviti. Ta povezanost podrazumeva da se radnjama koje su preduzete u postupku obezbeđenja daje ravnopravan pravni učinak kao izvršnim radnjama koje se sprovode u izvršnom postupku. Dosledno tome, podnošenjem predloga za izvršenje izvršni poverilac postupak obezbeđenja prevodi u izvršni postupak, a sporazum stranaka pred sudom u postupku obezbeđenja ima dvostruki pravni značaj: predstavlja pravni osnov za određivanje postupka obezbeđenja i pravni osnov za postupak izvršenja.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Član 41, stav 2 ZIO.

<sup>31</sup> Crnjanski, V, 2015, Javnobeležnička isprava o zasnivanju hipoteke kao vrsta izvršne isprave, Pravni zapisi, časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, str. 85-109. Do izmena ZH, ugovor o hipoteci i založna izjava, kod kojih su potpisi bili samo overeni, predstavljali su ravnopravne oblike izvršne isprave kod izvršne vansudske hipoteke. Strogi zahtevi forme javnobeležničkog zapisa iziskuju pojačanu odgovornost javnog beležnika u vezi sa sadržinom javnobeležničke isprave, posebno u pogledu usklađenosti odredaba javnobeležničkog zapisa sa imperativnim pravnim pravilima. Nasuprot tome, overa potpisa ugovornih strana, prema ranijoj odredbi čl. 10 ZH, predstavljala je dovoljan uslov formalne punovažnosti ugovora o hipoteci (založne izjave).

<sup>32</sup> Videti: Crnjanski, V, 2016, Pravila novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju o međusobnom odnosu postupaka namirenja poverioca primenom različitih zakona na nepokretnosti optere-

Iako novi ZIO nije proširio krug sredstava obezbeđenja, doneo je novine u pogledu namirenja istog poverioca ili više poverilaca primenom različitih zakona na nepokretnosti opterećenoj hipotekom. ZH pored hipoteke uređuje i vansudski postupak namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom. Sa stanovišta pravne sigurnosti nije preporučljivo da se bez nužnog zakonskog ograničenja omogućí vođenje istovremenih postupaka namirenja koji imaju različitu strukturu i fizionomiju (postupak namirenja prema ZH i postupak namirenja prema ZIO).

Odredbom člana 34, stav 6 ZH propisan je rok u kojem se mora sprovesti postupak vansudskog namirenja prema pravilima ZH. U pitanju je prekluzivni rok od 18 meseci koji teče od dana konačnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje, nakon čijeg isteka se namirenje može ostvariti samo prema pravilima sudske prodaje (član 34, stav 7 ZH).<sup>33</sup>

Poverilac<sup>34</sup> koji poseduje ugovor o hipoteci i založnu izjavu kao izvršne isprave ima pravo da izabere da li će svoje potraživanje namiriti primenom ZH ili primenom ZIO. Zakonodavnom intervencijom ZIO uvodi zakonsku pretpostavku prioritetnog postupka namirenja i određuje da se smatra da je poverilac izabrao namirenje primenom zakona kojim se uređuje hipoteka kada se donese rešenje o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje, a za namirenje primenom ZIO kada

---

čenoj hipotekom, *Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, zbornik radova, *Glosarijum*, Beograd, str. 143.

<sup>33</sup> O pravilima u postupku vansudskog hipotekarnog namirenja, videti više: Crnjanski, V, Knežević, D, 2015, *Novine u Zakonu o hipoteci – s posebnim osvrtom na pravni položaj hipotekarnog dužnika*, zbornik radova, *Glosarijum*, Beograd. Opravdana i pravno logična težnja da se omogućí efikasniji i brži postupak namirenja poverioca kroz vansudski postupak izvršenja može se pretvoriti u svoju suprotnost ukoliko izostanu konzistentno propisani instrumenti kontrole u postupku vansudskog namirenja. Zbog toga je normotvorac u obavezi da pronađe rešenje koje će omogućiti ravnotežu interesa učesnika, ne samo u postupku zasnivanja nego i u postupku realizacije hipoteke. Pravnopolitički zahtev da se omogućí brže i uspešnije namirenje poverioca mora biti u korelaciji sa pravнопolitičkom potrebom uravnotežene institucionalne zaštite dužnika. Samo uređen pravni sistem može da teži idealu zakonite, pravične i efikasne pravne zaštite. Načelo oficialnosti kod hipoteke je potpuno atimirano neograničenom mogućnošću ugovaranja vansudske hipotekarne prodaje. Zbog toga procesne norme u vezi sa vansudskim postupkom hipotekarnog namirenja moraju stvoriti uslove za uravnoteženi položaj, kako hipotekarnog poverioca tako i hipotekarnog dužnika, i sprečiti pravno neopravdane zahteve koji ugrožavaju pravnu zaštitu hipotekarnog dužnika. U postupku vansudskog hipotekarnog namirenja ne postoji kontrolni organ javne vlasti. Jedino se ugovor o prodaji hipotekovane nepokretnosti kojim se okončava vansudska prodaja podnosi javnom beležniku radi potvrđivanja (solemnizacije).

<sup>34</sup> Radi lakšeg razumevanja, u ovom delu rada koristi se odrednica poverilac koja odgovara zakonskoj formulaciji iz člana 20 i 21 ZIO i pored toga što je u pitanju lice čije je potraživanje autoritativno i nesumnjivo utvrđeno izvršnom ispravom.

podnese predlog za izvršenje. S tim uvezi, sud će odbaciti predlog za izvršenje koji je podnet posle donošenja rešenja o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje.<sup>35</sup> Na taj način se onemogućava istovremeno vođenje sudskog i vansudskog postupka hipotekarnog namirenja.

Ukoliko različiti poverioci istovremeno vode postupak namirenja primenom ZH i primenom ZIO, a rešenje o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje je doneto pre rešenja o izvršenju - prednost ima namirenje primenom zakona kojim se uređuje hipoteka. U tom slučaju, redosled namirenja izvršnog poverioca određuje se prema danu kada je stekao pravo na namirenje u izvršnom postupku (član 21, stav 1 ZIO).

Shodno tome, kada prednost ima namirenje primenom zakona kojim se uređuje hipoteka, redosled namirenja izvršnog poverioca određuje se prema danu kada je stekao pravo na namirenje u izvršnom postupku. To dalje znači da se na izvršnog poverioca ne primenjuje odredba člana 40 ZH (koja propisuje redosled namirenja hipotekarnih poverilaca u vansudskom postupku namirenja) - kada je jedan predmet hipoteke založen nekolicini hipotekarnih poverilaca, redosled po kome se isplaćuju njihova potraživanja iz cene dobijene prodajom predmeta hipoteke određuje se prema danu, času i minutu nastanka hipoteke, računajući od prijema zahteva za upis prve hipoteke. Ovo je veoma značajno naglasiti jer izvršni poverilac u izvršnom postupku stiče pravo da se namiri na nepokretnosti (pravo na namirenje) upisom zabeležbe rešenja o izvršenju u katastar nepokretnosti (član 155, stav 3 ZIO).

Izvršni postupak nastavlja se ako nepokretnost ne bude prodana u postupku namirenja prema pravilima ZH. Ako je rešenje o izvršenju doneto pre rešenja o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje, prednost ima namirenje primenom ZIO - u kom slučaju zabeležba hipotekarne prodaje gubi dejstvo.<sup>36</sup>

Zakonodavac je pokušao da uredi funkcionalnu koordinisanost postupaka namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom propisujući zakonska pravila koja opredeljuju prednost jednog postupka namirenja u odnosu na drugi. Zakonske odredbe koje uređuju međusobni odnos postupaka namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom trebalo je preciznije formulisati. Kada se uvodi zakonsko pravilo prvenstva, zakonodavac mora da vodi računa o posebnoj unutrašnjoj snazi zakonske norme. Ona mora biti precizna, sveobuhvatna i nedvosmislena.

---

<sup>35</sup> Član 20 ZIO. Protiv rešenja o odbacivanju predloga dozvoljen je prigovor.

<sup>36</sup> Član 21, stav 2 i 3 ZIO.

Zakonotvorac je potpuno zanemario situaciju ukoliko se podneta žalba protiv rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje uvaži od strane nadležnog organa. U takvim slučajevima drugostepeno rešenje je konačno i izvršno.<sup>37</sup>

Nadalje, rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje sadrži izričito ovlašćenje hipotekarnog poverioca da može u svojstvu zakonskog zastupnika vlasnika hipotekovane nepokretnosti predmetnu nepokretnost prodati shodno pravilima ZH, ali tek kada rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje postane konačno i ne pre roka od 30 dana od dana izdavanja rešenja.<sup>38</sup> Na osnovu člana 34, stav 1 ZH pravo poverioca da pristupi prodaji hipotekovane nepokretnosti izričito je zakonskom normom ograničeno ispunjenjem dvostrukog uslova: da dužnik ne isplati dug do dana konačnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje i da od dana izdavanja pomenutog rešenja protekne rok od 30 dana.<sup>39</sup>

S druge strane, u izvršnom postupku rešenje doneto o žalbi je pravnosnažno, a kada se rešenje može pobijati isključivo prigovorom – pravnosnažno je rešenje doneto o prigovoru.<sup>40</sup> Osnovna posledica usvajanja žalbe jeste da se rešenjem o usvajanju žalbe obustavlja izvršni postupak, preinačava prvostepeno rešenje o izvršenju i odbija predlog za izvršenje ili se ukida prvostepeno rešenje i odbacuje predlog za izvršenje.<sup>41</sup> Radi obezbeđenja nesmetanog funkcionisanja pravnog poretka odluka doneta u izvršnom postupku takođe mora postati pravno izvesna. Otklanjanje pravne neizvesnosti postiže se institutom pravnosnažnosti.<sup>42</sup>

Konačno, izvršni poverilac može u toku celog izvršnog postupka, pa i posle pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, odlučiti da povuče predlog za izvršenje bez pristanka izvršnog dužnika, i tada se izvršni postupak obustavlja. Izvršni poverilac može ponovo da podnese predlog za izvršenje.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Član 31, stav 9 ZH.

<sup>38</sup> Član 31, stav 5, tačka 1 ZH.

<sup>39</sup> Videti o tome: Crnjanski, V, 2016, str. 143-146.

<sup>40</sup> Član 27, stav 1 i 2 ZIO.

<sup>41</sup> Član 80, stav 1 ZIO.

<sup>42</sup> Institut pravnosnažnosti ima formalnopravni i materijalnopravni značaj. Formalna pravnosnažnost podrazumeva nemogućnost pobijanja odluke redovnim pravnim lekovima. U izvršnom postupku formalna pravnosnažnost je izjednačena sa apsolutnom neopozivošću odluke jer važi zakonska zabrana kontrole i preispitivanja odluke po vanrednim pravnim lekovima (član 27 ZIO). S druge strane, materijalna pravnosnažnost sprečava donošenje odluke različite sadržine. Prethodni uslov materijalne pravnosnažnosti jeste ispunjenje formalne pravnosnažnosti.

<sup>43</sup> Član 65 ZIO.

Pravila koja uređuju postupak namirenja potraživanja po svom karakteru su procesna pravila – *ius cogens*. Shodno njihovoj kogentnoj pravnoj prirodi, procesna distinkcija koja određuje liniju razdvajanja i, s tim u vezi, pravne posledice supremacije jednog postupka namirenja potraživanja u odnosu na drugi mora biti jasno propisana. Sledstveno tome, zakonodavac je morao preciznije da propiše normu o prioritetnom postupku namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom.

Odredba člana 20, stav 2 ZIO trebalo bi da glasi: “Smatra se da je poverilac izabrao namirenje primenom zakona kojim se uređuje hipoteka kada se doneše rešenje o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje pod uslovom da rešenje postane konačno, a za namirenje primenom ovog zakona kada podnese predlog za izvršenje koji bude usvojen pravnosnažnim rešenjem o izvršenju, osim kada se ispunе uslovi o povlačenju predloga za izvršenje iz člana 65, stav 1 i 2 ovog zakona.”. S tim u vezi, stav 3 trebalo bi da glasi: “Sud odbacuje predlog za izvršenje podnet posle donošenja rešenja o upisu zabeležbe hipotekarne prodaje koje je postalo konačno”.<sup>44</sup>

Pomenuto je na odgovarajući način primenljivo i kada se radi o namirenju više poverilaca primenom različitih zakona na nepokretnosti opterećenoj hipotekom, posebno u delu koji je procesno relevantan za pravnu supremaciju jednog postupka namirenja u odnosu na drugi i njegove pravne posledice (član 21 ZIO). U pitanju su postupci istovremenog namirenja potraživanja koji se vode od strane više poverilaca primenom ZH i primenom ZIO. Ovo su delikatne pravne situacije koje se razlikuju ne samo u pogledu opšteg režima pristupanja izvršnom postupku (član 157 ZIO), već sa radi o postupcima namirenja potraživanja koji su regulisani različitim zakonskim režimima (ZH, ZIO). Zbog toga je neophodno pravne situacije stvorene pod različitim zakonskim režimima jasno razgraničiti i precizno odrediti sa stanovišta pravno okončane situacije.

Kod sukoba zakonskih režima pravno dejstvo jednog zakonskog režima mora biti precizno propisano kako bi se onemogućio sukob zakona u vremenu. Linija razgraničenja u postupku namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom primenom ZIO je institut pravnosnažnosti rešenja o izvršenju (član 21, stav 3 ZIO). U postupku vansudskog hipotekarnog namirenja, *mutatis mutandis*, linija razgraničenja je konačnost rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje (član 21, stav 1 ZIO). Pravnosnažnost rešenja o izvršenju i konačnost rešenja o upisu zabe-

---

<sup>44</sup> Videti: Crnjanski, V, 2016, str. 147.



ležbe hipotekarne prodaje su relevantne pravne odrednice koje opredeljuju prednost jednog postupka namirenja u odnosu na drugi, pa samim tim i pravno dejstvo jednog zakonskog režima u odnosu na drugi.<sup>45</sup>

## ZAKLJUČAK

Novi ZIO nije u potpunosti uredio odnos postupaka namirenja hipotekom obezbeđenog potraživanja izvršnog poverioca (ili više njih) u slučaju primene različitih zakona. Zakonodavna intervencija nije doprinela potrebnoj preciznosti i jasnoći zakonske norme u pogledu nedvosmislene primene zakonskog pravila o prioritonom postupku namirenja potraživanja obezbeđenog hipotekom. Usled toga, de lege ferenda potrebno je dopuniti postojeće zakonske odredbe (član 20 i 21 ZIO). Pravno zasnovan zaključak može da se izvede samo iz jasno i nedvosmišleno propisane pravne norme. Takav zahtev je dodatno naglašen kod normi koje imaju zakonsku snagu.

VLADIMIR CRNJANSKI, LL.M.,  
Ph.D. candidate, Faculty of Law,  
Union University, Belgrade

## RELATIONSHIP OF THE ENFORCEMENT AND THE OUT-OF-COURT PROCEDURE

– Settlement of claim secured by a mortgage regulates the mortgage act –

### Summary

There is no codification of the rules of the enforcement procedure in the Republic of Serbia. The Law on Enforcement and Security is not the only source of enforcement legislation. In addition to it, there are other laws regulating individual particular procedures of compulsory enforcement. In our country, the Mortgage Act regulates the out-of-court procedure for settlement of mortgage receivables. The subject of this paper is an analysis of the mutual relationship between the Law on Enforcement and Security and the Mortgage Act, in particular with regard to the application of the

---

<sup>45</sup> Slično: Crnjanski, V, 2016, str. 147-148.

rules governing the procedure for settlement of claim secured by a mortgage contained therein. The new Law on Enforcement and Security did not completely regulate the rules of procedure for settlement of secured claim by mortgage of the enforcement creditor (or more of them) in case of application of various laws. From the point of view of legal certainty, it is of utmost importance to unambiguously and completely regulate the procedure for settling claim secured by a mortgage.



*ANDON MAJHOSHEV,  
SVETLANA POPOVA*

## **MEDIATION IN REPUBLIC OF MACEDONIA: LEGAL AND INSTITUTIONAL PRESUMPTIONS**

### INTRODUCTION

Citizens in modern societies are faced with the problem of access to justice and trial within reasonable time. Access to justice and legal protection is considered a fundamental human right, guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights. Result, Alternative dispute resolution (ADR) is an integral part of the legislative and policy reforms in all European countries and can lead to faster, cheaper and more efficient resolution of disputes. The problem of access to justice in modern legal systems derived from three primary factors: 1) the number of court cases in all countries is constantly increasing and the courts are overloaded with cases; 2) the procedures are complex and long-lasting; 3) court costs in the proceedings are exceptionally high. Result, ADR is an integral part of the legislative and policy reforms in all European countries and in the Republic of Macedonia, and that leads to faster, cheaper and more efficient resolution of dis-

---

Andon Majhoshev, Ph.D., Associate Professor Faculty of Law at the University "Goce Delchev", Štip, Macedonia.

Svetlana Popova, master of Law, Secretary of Doctoral studies at the University of "Goce Delchev", Štip, Macedonia.

putes.<sup>1</sup> Mediation is an alternative way of resolving disputes (out of court dispute resolution) and means negotiating of the conflicting parties in the presence of a mediator, as a neutral and impartial third person who has no right to rule, but rather helps the parties in the dispute themselves to reach an acceptable agreement. By its nature, the institute mediation in countries with a long tradition and more experience, is a procedure in which governs the principle of the autonomy of the parties.<sup>2</sup>

The Judicial resolution of disputes, generally is characterized by an adversarial proceeding, impersonality, the lawyer control and the rule of centralized authoritarian orders, while *mediation* is based on the values of modern society, such as respect for the dignity of the person, fairness, justice, reciprocity, individual participation, consent and control of the parties in resolving of their conflicts and others. The principles on which rests the mediation are: voluntary, confidentiality, informality, equality, the mediator is independent, neutral and impartial. In this paper we will look at the legal framework of mediation arranged in a number of international legal instruments, and we will also focus on the legal framework in Republic of Macedonia.

However, for mediation to function effectively there must be and institutions that will ensure for its development.

#### LEGAL FRAMEWORK OF MEDIATION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

The legal framework for alternative dispute resolution, in that context mediation is consists of Constitution, the Law on Mediation<sup>3</sup>, Civil Procedure Law<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Commission of European Community, COM 2002.

<sup>2</sup> Manojlovic, Ognjenka, Flow of mediation procedure, The Faculty of Law of University of Zagreb, Zagreb, 2005, p. 13.

<sup>3</sup> Law on Mediation is a separate special law for out of court dispute resolution under the mediation. The law was enacted in 2006 and was published in the "Official Gazette of RM" no. 60/06. Law on Mediation is revised and amended by the Law revising and amending the Law on Mediation in 2007 and 2009. Amendments of the said law are published in the "Official Gazette of RM" no. 22/2007 and no. 114/2009.

<sup>4</sup> "Official Gazette of the Republic of Macedonia", no. 79/2005; 110/2008; 83/2009; 116/2010 and 7.11.

Law on Consumer Protection<sup>5</sup>, Family Law<sup>6</sup>, Juvenile Justice<sup>7</sup>, Law on international commercial arbitration<sup>8</sup>, and the Law on peaceful resolution of labor disputes<sup>9</sup>.

### *Constitution of the Republic of Macedonia*

Constitution of the Republic of Macedonia as the highest general legal act in a state is not explicitly talking about alternative ways of resolving disputes, but they implicitly derived from the constitutional right of citizens which guarantees legal protection (Amendment XXI).<sup>10</sup>Hence, the Constitution of the Republic of Macedonia undoubtedly constitutes an important source which guarantees the legal protection of citizens in the resolution of all disputes and conflicts arising in connection with the exercise of the fundamental rights and freedoms of man and citizen.

Constitution of the Republic of Macedonia under Article 9 to Article 60 of the normative part establishes and guarantees fundamental human rights and freedoms. The realization of human rights and freedom, alternative ways of resolving conflicts and other disputes, constitute very important forms to achieve them. Each country that pretends to be legitimate as a legal state should establish the legal protection. Pursuant to the provisions of the Constitution, the term legal protection, its referred of the legal remedies and legal mechanisms applied in the process of realization of human rights and freedoms.

In this sense, the term legal remedies, refers to the various legal means and legal remedies that apply in specific cases and specific situations, which will depend on the particular law and the particular freedom.

---

<sup>5</sup> Law on Consumer Protection (“Official Gazette of the Republic of Macedonia “, no. 38/2004, 77/2007, 103/2008 and 24/2011).

<sup>6</sup> Official Gazette of RM no. 38/04; 33/06 and other novels.

<sup>7</sup> Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 87/07 and 145/10;

<sup>8</sup> International Trade Law Arbitration of the Republic of Macedonia was adopted in 2006 and published in the Official Gazette. 60/2006.

<sup>9</sup> Law for the peaceful resolution of labor disputes has been published in the “Official Gazette of RM” no. 11/2012 of 24.1. In 2012.

<sup>10</sup> Official Gazette of RM, No. 107 / 05. With Amendment XXI is replaced Article 15 of the Constitution of the Republic of Macedonia with whom .... is guarantee the right of appeal or other legal protections.



*Law on mediation*

Basic law that legally regulates mediation in Republic of Macedonia is Law on Mediation<sup>11</sup> which is passed on 9.05.2006, and entered into force on 1.11.2006. The law was subsequently modified several times<sup>12</sup>, including the intervention of the Constitutional Court<sup>13</sup>. In the adoption and amendment of the Law on Mediation, consideration had been on the achieving compliance with Directive 2008/52 / EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008, for mediation in civil and commercial disputes. The introduction of the Law on Mediation, led to amendments to the Law on Civil Procedure<sup>14</sup>. Because of the dysfunction of the Law on Mediation was approached for adoption of a new law. The new Law on Mediation<sup>15</sup> was adopted in December 2013, which entered into force on 31.12.2013.

Law defines (Article 2) that “*mediation*” means any mediation, regardless of its name, the resolution of dispute in the mediation process in which the parties to the dispute are allow it to resolve the dispute by negotiation, peacefully using one or more licensed mediators (here and after mediator) to achieve mutually acceptable solution expressed in the form of a written agreement. This applies particularly in proprietary, family, work, trading, consumer, insurance disputes, disputes in the field of education, environmental protection, disputes about discrimination, as other contentious relationship where mediation fits the nature of contentious relations can help to resolve them. Also, the provisions of this Law shall apply in criminal cases, unless in a special law is not excluded its application (Article 1, paragraph 3). The law also defines the principles of mediation, including: *voluntary, equality, neutrality, confidentiality, the excluding the public from mediation, equality of the parties, (un)availability of information on mediation in*

---

<sup>11</sup> Official Gazette of the Republic of Macedonia”, no. 60/2006; 22/2007 and 114/2009.

<sup>12</sup> Law for Amending the Law on Mediation (“Official Gazette of the Republic of Macedonia”, no. 22/2007) and the Law on Amending the Law on Mediation (“Official Gazette of the Republic of Macedonia “, no. 114/2009).

<sup>13</sup> Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia: U. No.. 117/2006 from 1.11.2006, published in the “Official Gazette of the Republic of Macedonia”, no. 119/2006 and U. No. 34/2007 of 06.06.2007, published in the “Official Gazette of the Republic of Macedonia”, no. 77/2007.

<sup>14</sup> Law amending the Law on Civil Procedure (“Official Gazette of the Republic of Macedonia”, No. 116/2008).

<sup>15</sup> Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13.

*other procedures, efficiency and fairness.*<sup>16</sup> The law further stipulates the procedure of mediation regulated by Articles 15 to 26.

Something new in the Law represents support of the mediation from the Government of Republic of Macedonia through the adoption of a program for development of mediation, in which are determined the measures and resources that provide support to mediation. The program is made for at least four years. Special programs to support mediation also adopted Judicial Council of the Republic of Macedonia and the Supreme Court of the Republic of Macedonia (article. 27, paragraph 1 and 2). According to Art.28 for development of mediation The State is doing subsidizing of part of the cost of mediation under, legally defined criteria.

The organization of mediators in the Chamber of mediators and its authorities and responsibilities is defined by Law (Article 32 to 45). The law contains also the rules of the mediation procedure, which will be adequately considered in this paper. In Chapter VII of the Act are stipulates the conditions for practicing mediator and arbitration and mediation work (article. 46 to 55), mediation exam, The Program for taking the mediator exam, taking the exam, while in Chapter VIII relates to security, monitoring and evaluation of the quality of the work of mediation through a special Board for that purpose. Composition, mandate, scope of work, organization, work and funds for the Committee are governed by Articles 56 to 61.

Based on the Law on Mediation (Official Gazette of RM no. 60/06) are adopted some bylaws, with whom its completed the general legal framework for mediation. They primarily refer to issues related to the profession of mediator and include:

- 1) Pricelist for reward and compensation of the costs of mediators;<sup>17</sup>
- 2) Rulebook for the manner and procedure of conducting training of mediators;<sup>18</sup>
- 3) Pricelist for reward and compensation of the costs of mediators;<sup>19</sup>
- 4) Rulebook for the training program for mediators and form for finished training for mediator;<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> The principles of mediation is regulated in Articles 6 to 14.

<sup>17</sup> Official Gazette of RM No 12/11.

<sup>18</sup> Official Gazette of RM No 12/11.

<sup>19</sup> Official Gazette of RM No 46/08.

<sup>20</sup> Official Gazette of RM No 78/06.

*Law of Civil Procedure*

An integral part of the legal framework for the mediation also is the Code of Civil Procedure (Civil Procedure). In Article 272, paragraph 2, imposes an obligation on the court in the cases in which mediation is allowed, along with an invitation to the preparatory hearing, to the parties to be submitted written indication that the dispute can be resolved through mediation. Also, in the invitation to the parties is submitted a request to state whether they have decided to settle the dispute through mediation (Article 272, paragraph 4). If the parties agree to resolve the dispute through mediation, the court will make a decision to discontinue the procedure. Civil Procedure also, regulates the issue of the court settlement, to which can be reach through mediation. The law gives the possibility the agreement reached through mediation, when litigation is initiated and stopped for mediation to be considered for a court settlement (Article 308 in relation to Article 307, Civil Procedure). The law, also, provides an opportunity before filing the lawsuit, the party that filed the lawsuit to submit a proposal to the other party for settlement (Article 310, Civil Procedure).

In Article 461 paragraph 1 at the beginning of the provision the number “(1)” is added. After paragraph (1), three new paragraphs (2), (3) and (4) shall be added: “(2) In commercial disputes for a monetary claim whose value does not exceed 1.000.000 denars, and according to which the procedure is initiated with a lawsuit before the court, the parties are before the filing of the lawsuit, they should try to resolve the dispute by means of mediation. (3) When filing the complaint, the plaintiff is obliged to submit written evidence issued by a mediator that the attempt to resolve the dispute by mediation has failed. (4) The court shall reject the lawsuit to which the evidence referred to in paragraph (2) of this Article has not been attached”.<sup>21</sup>

*Law on Consumer Protection*

The Law on Mediation and the Law on consumer protection are containing provisions that regulate the issues related to the resolution of consumer disputes arising between buyer and seller (merchant). In Article 1, paragraph 2 of the Law on Mediation, predicts mediation of consumer disputes. Thus, in accordance with the Law on the protection of consumers, Consumer Associations (in accordance

---

<sup>21</sup> Official Gazette of RM No 124/15;

with Article 128, paragraph 1, line 8) are entitled to mediate between consumers and traders of goods and providers of services, in order to resolve disputes. Such practice exists. The Consumers Organization of Macedonia, as an umbrella organization, through its advisory bureaus within the counseling which are performed in certain way also is doing mediation in resolving disputes. In 2011, OPM has achieved 3.330 counseling.

But even if there was no such provision, as the Law on Consumer Protection provides subsidiary application of the Law of Obligations (hereinafter ZOO)<sup>22</sup> in consumer contracts, and accordingly and its principle of peaceful settlement of disputes makes consumer disputes suitable for mediation. Namely, in accordance with Article 2, paragraph 2 of the Law on Consumer Protection, when the law is not otherwise, contracting and other Contracts Act of supply of goods and services shall apply the provisions of the Law of Obligations. In accordance with Article 13 of ZOO, participants in the obligation relations will endeavor to resolve disputes with compliance, mediation or other peaceful means. Hence, mediation as a way of peacefully resolving disputes out can be a mechanism to resolve consumer disputes.

### *Mediating family disputes in Macedonia*

Given the specifics of marital and parental disputes, in many states, mediation is considered for more appropriate way to resolve family conflicts, as opposed to the standard court procedure. When it comes to mediation in family disputes, the autonomy of the parties allows the spouses and parents to find a solution that best suits their needs, especially the needs of their children. Resolving marital and family disputes through mediation is much more appropriate than their resolution through litigation. The main reason is the nature of the proceedings, where there are conflicting sides that they entrust their conflict for court to resolve, in which one side is always defeated and the other winner.<sup>23</sup> Practice shows that if the court resolves family disputes, especially disputes between parents, their relationship will be permanently impaired, the conflict between them would not be resolved to the satisfaction of both parents, but will continue to respect the

---

<sup>22</sup> Law of Obligations ("Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 and 161/2009).

<sup>23</sup> Dr. D. Micković, Mediation in family disputes in the Republic of Macedonia, The dispute resolved - yes, with mediation. - Skopje: Institute for European Politics (EPI), Skopje, 2013th.

exercise of parental rights and responsibilities. This situation have an extremely negative affect on the children, because they have become “*weapon in the conflict between their parents.*” Despite the involvement of the court in resolving family disputes, mediation provides a collaborative agreement between the parents, and better application of the principle of protection of the rights and interests of the child. Except for keeping and raising children, mediation provides a more flexible approach than litigation to resolve the financial and property issues, especially after the divorce. In this regard, the parties can reach better solutions that suit their specific needs, and provide a deal for the division of joint property, alimony, particularly agreements to preserve the home as a continuous residence of the children, instead selling.

*The Mediation in Juvenile Justice  
in the Republic of Macedonia*

When a juvenile will appear in the role of a perpetrator of a crime, the Law on Juvenile Justice enable conducting of the mediation procedure. Mediation is conducted in accordance with the provisions of the Law on mediation, but because it has specific penalty area, certain aspects of dispute resolution is regulated by the Law on Juvenile Justice. The mediation procedure in *the Law on Juvenile Justice* is contained in Chapter XII (artc.72-78). Mediation in juvenile justice is primarily focused on the future of the juvenile, and not on his sanctions and isolation. In other words, mediation gives a new chance in life for social integration and a new start of the minor. In the process of mediation with minors main actors are the children and the parents.

*Referral to mediation.* Pursuant to the provisions of the Law on Juvenile Justice, Attorney General and the juvenile judge can assess whether a particular case there are conditions parties to be referred to the mediation. Because mediation is designed for lighter offenses, the parties may be referred to mediation by an application for action which by law is defined as a criminal offense and punishable with imprisonment of up to five years, when for this type of crime a minor is on trial.

In order to start the procedure there must be consent of the involved parties. The consent is given in writing to the prosecutor or the juvenile court within three days from the date of the proposed initiating a mediation procedure. If within the specified period the parties do not submit written consent is con-

sidered that the proposal for mediation is not accepted. In cases where litigation is initiated, and the Public Prosecutor did not instruct the parties to mediation, then the referral to mediation is conducted by a juvenile court, with the prior written consent of the juvenile and his attorney, the counsel and the injured until the main hearing by interrupting the procedure with a decision.

By achieving the consent of the parties to initiate a mediation procedure, then approaches amicable determination of a mediator from the list of mediators in the court for minors. For the common agreement on the selected mediator, the parties shall inform the Public prosecutor or the juvenile court. If the parties do not agree on a mediator, the prosecutor, or the court shall, within three days to appoint a mediator from the list of mediators and notify the parties.

With the act of choosing a mediator can begin the process of mediation, but before it starts, the mediator shall inform the parties to the rules, principles and procedural costs. The mediator, in agreement with the parties will determine the timing for mediation, and the presence of the parties is required<sup>24</sup>. The communication with the parties can be together or separately, whereby the information that the mediator receives from any party to the proceedings, may disclose them to the other party, except those for which a party shall determine to be confidential.<sup>25</sup> The parties and the mediator unless otherwise agreed may at any time during the proceedings amount their proposals for the agreement that would resolve the dispute.<sup>26</sup> The deadline for completion of the mediation procedure is up to maximum 45 days from the submission of a written agreement with the competent authority. If this period of mediation is not completed, the case is returned to the public prosecutor or the trial continues where stopped.<sup>27</sup>

## INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF MEDIATION IN REPUBLIC OF MACEDONIA

### *Ministry of Justice*

The Ministry of Justice also has been responsible for the efficient functioning and development of mediation. The ministry also supervises the work of

---

<sup>24</sup> Art. 76 paragraph 1 and 2 of ZZMP.

<sup>25</sup> Ibid. Art. 76.

<sup>26</sup> Ibid, Art. 76.

<sup>27</sup> Article 74 paragraph 1 of the Law on Juvenile Justice (Official Gazette of RM no. 87/07, No.103 / 08 and 161/08)



mediators. Therefore, within this ministry is formed Department ie Division of Supervision of mediators. Monitoring Unit of the work of the mediators perform the following tasks: preparation of proposals for the adoption of laws, draft laws and proposal on laws and other regulations and general acts in the field of mediators; preparation of reports, opinions, analysis, reviews, information and other materials relating to the work of mediators; preparation of a Program for training of mediators; supervising the work of mediators ex officio or upon objection by interested persons; supervising the work of the Chamber of mediators; keeping records of persons who completed training for mediators and others.<sup>28</sup>

*Board for providing, monitoring and evaluating the quality  
of the work of mediation*

With the new Law on Mediation<sup>29</sup> is introduced the institution Board for providing, monitor and evaluate the quality of the work of mediation, whose main task is to monitor the quality of work of mediation.<sup>30</sup> The Board has ten members appointed by the Government of Republic of Macedonia on the proposal of authorized bodies.<sup>31</sup> The term of the members of the Board is four years and a person cannot be appointed for more than twice in succession.

Based on the principle of independence and expertise, the Board shall: determines whether the conditions for issuance of a certificate of completion of finished training for mediators; forms the basis of questions for the exam for mediators; sets, examinations and how the methods of examination of mediators, organizing and conducting the examination and issue certificates for passing the exam; issued licenses for mediators and trainers of mediators; keep a register of trained mediators, trainers of mediators, determines the methodology and manner of monitoring and evaluating the quality of the work of mediators, trainers of mediators, and implementation of accredited training programs for mediators, monitors and evaluates the quality of the work mediators, trainers of me-

---

<sup>28</sup> [www.mp.gov.mk](http://www.mp.gov.mk), open on day 30.08.2014.

<sup>29</sup> Official Gazette of RM no. 188 of 31.12.2013.

<sup>30</sup> Article 56 of the Law on Mediation.

<sup>31</sup> According to Article 56 of the Law on Mediation, as authorized bodies are determined: Chamber of Mediators, the Judicial Council of the Republic of Macedonia, the Macedonian Bar Association, Inter-University Conference, Chamber of psychologists, Ministry of Justice, Ministry of Labor and Social Policy, Ministry of economy, Chambers of Commerce and the Association of Consumers of RM. All the above organizations and institutions proposed by one member.

diators, in implementation of accredited training programs for mediators and based on the results of periodic evaluation decisions for extension or revocation of licenses or credentials; reviews and decides on complaints from the operation of trainers in mediation, or the implementation of training programs for mediation and perform other duties prescribed by law.

Funds for the Committee are provided from the Budget of the Republic of Macedonia and from their own revenues.

### *Mediator*

Mediation in Macedonia is regulated profession. The system of organization of the profession is set by the Law on Mediation. In accordance with Article 46 of the Law on Mediation, a mediator can be any legal capable person who holds a license to perform arbitration and mediation work, and mediator license issued to a person who will pass the exam to check the theoretical knowledge and practical skills of mediation (in hereinafter exam mediators) to the Board for ensuring, monitoring and evaluating the quality of the work of mediation (hereinafter the Board) and will present a contract for liability insurance for damages pursuant to Article 24 paragraph (4) of this Act . License issued is valid for five years and the same may be extended or subtracted depending on the results of the evaluation of the quality of the work of the mediator. The exam mediator can be taken by persons who have submitted to the Board for examination along with proof of:

a) University degree VII/I or 300 credits according to the European Credit Transfer System (ECTS) in the Republic of Macedonia or solution for proper recognition of higher education qualifications obtained abroad issued by the Ministry of Education and Science;

b) training completed by an accredited training program for mediators of at least 70 hours in Republic of Macedonia or abroad, or a decision to recognize the proper training completed abroad adopted by the Board;

c) at least three year work experience after graduation;

d) sent at least four mediation procedures implemented by the mediator issued a certificate of mediator supported with an extract from the Register recording procedures appropriate for mediation procedures;

e) conducted psychological tests and tests of integrity issued by a licensed professional;

- f) certificate of citizenship of the Republic of Macedonia;
- g) at least five references from people who know the applicant professionally.

With the exam for mediator is checking knowledge and understanding of the general theory, legal regulations governing mediator activity, process and procedure of mediation and mediation practice, based on written tests, essays and reports. Person under paragraph (1) of this Article shall be obliged to reimburse the cost of the exam.

### *Chamber of Mediators*

The mediators are organized in the Chamber of mediators, which is a legal entity and is based in Skopje. Bodies of the Chamber are Chamber Assembly (which is the highest governing body made up of all mediators), President, Board of Directors, Supervisory Board and Ethics Council Chamber. Chamber (Board) maintain a Register to record the proceedings for mediation and Directory of Mediators. The Directory of registered mediators is total of 156 mediators. If their qualifications are analyzed, it should be noted that most of them are with legal education and more than half operate in the city of Skopje. The main weakness of the structure of the list of mediators is the uneven representation of regional mediators.

### CONCLUSION

The current legal framework for mediation in Republic of Macedonia provides a solid opportunity in more social spheres to resolve disputes by mediation.

Institutional framework, also provides a good opportunity for efficient operation and faster development of mediation. Board for providing, monitoring and evaluating the quality of the work of mediation should soon be established and begin to work with the aim of providing, monitoring and evaluating the quality of the work of mediation.

The recruitment of new mediators, the mediators Chamber of Republic of Macedonia should take account of regional balanced representation of mediators.

Although the Law on Mediation was adopted eight years ago, a general evaluation of its use is that is far from accomplished its primary goal, which is to facilitate out of court resolution of disputes, they to be resolved in less time and for them to not be allocated more funding. According to the survey *“Perception and*

*attitudes of the mediators for mediation in Republic of Macedonia*”, the total number of mediations conducted with interviewed mediators was only 58, and 1/3 of the total number of mediators is not established contact with a client. Main reasons for the weak effects of the law, lie in the lack of tradition in our environment for mediation, lack of awareness of the professional and the general public about the benefits of mediation, the tendency of citizens “to seek justice in court” lack of coordination of all actors in the mediation process (Chamber of Mediators, the Ministry of Justice, courts, mediators) and others. Increasing the mediators knowledge of justice. As noted, the Directive on mediation requires the mediator competence. Only good knowledge of the specifics of the resolution will allow the mediator to guide the parties to find an appropriate solution to the dispute. In this regard, should be provided specialized training of mediators and that, moreover, continued training will set as a condition for keeping the status mediator;

In order to increase the use of mediation, one should bear in mind the need for *transparent work* of mediators. The current practice of not having publicly available data is not aimed at gaining public trust.



## O INTERVENCIJSKOJ TUŽBI

### U V O D

Tendencije razvoja parničnog postupka srpskog prava podrazumevaju konstantan rad na poboljšanju efikasnosti postupka i unapređenju prava na suđenje u razumnom roku kao elementa prava na pravično suđenje. Ipak, iako zakonodavac čestim izmenama Zakona o parničnom postupku teži unapređenju efikasnosti postupka, on to čini kroz promene rokova, odredaba koje utiču na procesnu disciplinu stranaka<sup>1</sup>, ali mnogo manje prostora posvećuje razvoju postojećih instituta parničnog procesnog prava. Tako, duže vreme izostaje modernizacija neke od tradicionalnih instituta kao što su instituti učešća trećih lica u parničnom postupku<sup>2</sup>. Kako bi se analizirala eventualna potreba za modernizacijom instituta učešća trećih lica u parničnom postupku potrebno je analizirati uporednopravna rešenja i uporediti ih sa našim pravom.

---

Branka Babović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije* koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2018. godine.

<sup>1</sup> Posebno u Zakonu o parničnom postupku ("Sl. Glasnik RS" br.72/2012).

<sup>2</sup> Treba analizirati razvoj austrijskog i nemačkog parničnog procesnog prava s obzirom da naš pravni sistem deli tradiciju sa navedenim sistemima. Vid. Branka Babović, "Subjektivni okviri protivtužbe", *Srpska politička misao* 4/2017, str.385-402.



U ovom radu predmet istraživanja je intervencijska tužba kao poseban oblik učešća trećih lica u parničnom postupku prisutan u uporednom pravu i poređenje sa institutima učešća trećih lica u parničnom postupku Republike Srbije. Kako bi poređenje bilo potpuno ono zahteva i analizu pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti za intervencijsku tužbu. Cilj istraživanja prikazanog u ovom radu nije bio da detaljno predstavi primenu instituta intervencijske tužbe u francuskom ili nekom drugom inostranom pravnom sistemu već da na apsraktnijem nivou uporedi glavne karakteristike ovog instituta učešća trećih lica u parničnom postupku. Pitanje koje se postavlja je da li bi eventualne izmene tradicionalno prisutnih instituta parničnog postupka doprinele procesnoj efikasnosti ili ne i to kroz povećane mogućnosti za koncentraciju parničnog postupka.

*Instituti učešća trećeg lica u parničnom postupku  
Republike Srbije*

Instituti učešća trećih lica u parničnom postupku srpskog prava su: umešač, obaveštenje o parnici i imenovanje prethodnika. Pored toga, u parničnom postupku može učestovati i javni tužilac<sup>3</sup> koji se u parnicu meša u javnom interesu. Nekoliko je ključnih odlika parničnog postupka koje su važne za primenu instituta učešća trećih lica u parničnom postupku u Republici Srbiji i distinkciju u odnosu na uporednopravne institute.

Tako, parnični postupak je u pravu Republike Srbije dvostranački. Učešće trećih lica u parničnom postupku u takvom sistemu ne utiče na promenu ovog osnovnog pravila. Pored toga, učešće trećih lica u parničnom postupku srpskog prava je dobrovoljno. Tako umešač stupa u parnični postupak onda kada ima pravni interes za to. On može biti obavešten o parnici, ali ne može mimo svoje volje stupiti u parnični postupak. Ukoliko se odazove obaveštenju o parnici, kao i u slučaju da po primljenom obaveštenju ne stupa u postupak, presuda prema njemu deluje intervencijski, a ne i sa svim dejstvima koje proizvodi prema strankama u postupku. Presuda deluje intervencijski i prema imenovanom prethodniku ukoliko ne stupa u parnični postupak po pozivu inicijalno tuženog. Po pravilu, treće lice kada stupa u postupak ne stiče svojstvo stranke. Imenovani prethodnik je retko primenjivan institut učešća trećeg lica u parničnom postupku srpskog prava u kome treće lice stiče svojstvo stranke, ali umesto tuženog. Umešač sa po-

---

<sup>3</sup> Aleksandar Jakšić, Građansko procesno pravo, Beograd 2012, str. 578.

ložajem jedinstvenog suparničara, takođe, zajedno sa ostalim suparničarima stiče svojstvo stranke.

Međutim, u oba slučaja postupak ostaje dvostranački. Tako je i u nemačkom i u austrijskom pravu u kojima je postupak takođe dvostranački<sup>4</sup>. Takođe, učešćem umešača kao trećeg lica u našem parničnom postupku ne dolazi do promene identiteta predmeta spora. Shodno tome odredbe o nadležnosti ne regulišu učešće umešača kao trećeg lica u parničnom postupku. Međutim, u uporednom pravu ima instituta koji podrazumevaju da treće lice učestvuje kao stranka u postupku kao i instituta učešća trećih lica u kojima umešač može biti uvučen u postupak mimo svoje volje. Uporednopravni primer značajno drugačije koncepcije učešća trećih lica u parničnom postupku u odnosu na naše pravo je pravo Francuske.

#### *Učešće trećih lica u parničnom postupku francuskog prava*

U francuskom pravu instituti učešća trećih lica u parničnom postupku omogućavaju šire učešće trećih lica nego što je to slučaj u srpskom pravu. Za razliku od odredaba srpskog prava, u onim pravnim sistemima u kojima pomoću instituta učešća trećih lica pored tužioca i tuženog i treće lice postane stranka u postupku, primenu ovih instituta nekad prate i posebne odredbe o direktnoj međunarodnoj nadležnosti. Takav je slučaj sa intervencijskom tj. garacijskom tužbom koju poznaje i francusko pravo.

Intervencijska tužba regulisana čl. 331. st. 1. francuskog Zakonika o parničnom postupku (CPC) omogućava ne samo da treće lice bude umešano u parnicu, već da protiv trećeg lica bude podneta tužba, da to lice postane stranka u postupku i da se protiv tog trećeg lica donese posebna presuda.<sup>5</sup> Tuženi u intervencijskoj tužbi je obuhvaćen pravnosnažnošću odluke o glavnoj stvari pa ima pravo na odbranu i po zahtevu o glavnoj stvari.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> O institutima učešća trećih lica u parničnom postupku nemačkog prava vid. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, str. 252-273. O institutima učešća trećih lica u parničnom postupku austrijskog prava vid. Walter H. Rechberger, Daphne A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, Wien, 2010.

<sup>5</sup> Urlike Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 30-31.

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

Posebna vrsta intervencijske tužbe je garancijska tužba.<sup>7</sup> Razlika između garancijske i intervencijske tužbe je u tome što i treće lice može podneti intervencijsku tužbu, dok garancijsku tužbu može podneti samo stranka u postupku.<sup>8</sup>

Imajuću i vidu znatno šire dejstvo presude kod ovog instituta Građanskog procesnog prava u odnosu na intervencijsko dejstvo koje presuda u našem pravu ima u odnosu na umešača, kao i s obzirom na promenu identiteta predmeta spora u uporednom pravu su propisana posebna pravila o nadležnosti za intervencijsku tužbu.

Pored intervencijske tužbe i drugi instituti omogućavaju šire učesće trećih lica u parničnom postupku francuskog prava. Primera radi, francusko pravo takođe poznaje institut umešača, trećeg lica koje dobrovoljno stupa u parnicu. Međutim, francusko pravo se razlikuje od našeg ili nemačkog i po tome što umešač u francuskom pravu stiče svojstvo stranke ali nema sva ovlašćenja koja ima tužilac ili tuženi utoliko da ukoliko njegovo mešanje prestane, to neće imati uticaja na postupak.<sup>9</sup>

Kao i u našem, nemačkom ili austrijskom pravu, ni u francuskom pravu umešač ne ističe svoj zahtev u postupku već se meša u parnicu radi zaštite svojih interesa. Razlika u odnosu na naše ili nemačko pravo je u tome što se za mešanje u parnicu traži postojanje moralnog ili ekonomskog interesa, ne mora biti reč o pravnom interesu na strani umešača. U ovom pogledu je, takođe, mogućnost učesća trećih lica u parničnom postupku šire postavljena nego što je to slučaj u našem pravu.

Pored toga, članovima 582.-592. francuskog Zakonika o parničnom postupku (*CPC*) predviđena je mogućnost i pravnog leka trećeg lica. Reč je o vanrednom pravnom leku koji može da podnese bilo koje treće lice koje ima pravni interes da se presuda izmeni ili ukine, a nije bio stranka niti predstavnik stranke, pri čemu se pod tim pojmom ne podrazumeva zastupnik.<sup>10</sup> Ovaj pravni lek nema suspenzivno dejstvo, ali u francuskom pravu postoje drugi mehanizmi po osnovu kojih sud može odložiti izvršenje presude dok traje postupak po pravnim lekovima.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> *Ibid*

<sup>8</sup> Wolfgang Winter, "Ineingangreifen von EuGVVO und nationalen Zivilverfahrensrecht am Beispiel des Gerichtsstands des Sachzusammenhangs, Art. 6 EuGVVO", Berlin 2007, str. 151.

<sup>9</sup> U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 32.

<sup>10</sup> Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2015, str. 246.

<sup>11</sup> U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 34-35.

Pravni interes stranke se u ovom slučaju široko tumači tako da se dopušta izjavljivanje ovog pravnog leka svakom licu koje je u bilo kakvom materijalnopravnom odonosu sa onim što je presudom utvrđeno.<sup>12</sup>

Dakle, mogućnosti učešća trećeg lica u parničnom postupku francuskog prava su šire nego što je to slučaj kod nas, a i položaj trećih lica kad stupe u parnicu je drugačiji. Sledstveno tome, na nivou EU je regulativom Brisel 1 bis<sup>13</sup> regulisano pitanje nadležnosti za intervencijsku tužbu u onim državama u kojima postoji ovaj institut.

### *Nadležnost za intervencijsku tužbu*

Intervencijska tužba francuskog prava je samo jedan od instituta na koje se primenjuje odredba člana 8. stav 2 Brisel 1 bis regulative. Pored proširenja direktne međunarodne nadležnosti za intervencijsku odnosno garancijsku tužbu, članom 8. Brisel 1 bis regulative (ranije članom 6.) je predviđena mogućnost proširenja direktne međunarodne nadležnosti i za množinu subjekata u parničnom postupku, kao i za protivtužbu. Prema slovu regulative odredba člana 8 se primenjuje u odnosu na lica koja su domicilirana u državi članici EU.

Dakle, proširenje direktne međunarodne nadležnosti u slučaju množine subjekata u parničnom postupku je samo jedna od normi koja vodi koncentraciji i time boljoj efikasnosti postupka u zemljama članicama EU.

Neke zemlje evropskog pravnog područja tradicionalno ne poznaju proširenje direktne međunarodne nadležnosti za suparničare. Takve su: Nemačka, Danska, Poljska, Grčka, Finska, Malta, Švedska.<sup>14</sup> S druge strane, pet od šest zemalja osnivača EU su poznavale forum za množinu subjekata u parničnom postupku. Od tih pet država, četiri, koje su bile male države odnosno države sa jedinstvenim pravnim poretkom nisu predviđale zakonska ograničenja za proširenje direktne međunarodne nadležnosti.<sup>15</sup> Čak i u tim zemljama je sudska praksa postavljala ograničenja proširenju direktne međunarodne nadležnosti pa je u Briselskoj

---

<sup>12</sup> B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015, str. 246.

<sup>13</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of the European parliament and of the council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters.

<sup>14</sup> Niles Lund, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen 2014, str. 150.

<sup>15</sup> Frank Brandes, *Der gemeinsame Gerichtsstand*, Frankfurt am Main 1998, str. 85.

konvenciji, odnosno kasnije Brisel 1 regulativi sadržana norma o proširenju direktne međunarodne nadležnosti za množinu subjekata u parničnom postupku i to sa ograničenjima.<sup>16</sup>

Dug je bio do donošenja ovakvog akta na nivou Evropske unije, odnosno pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti koja će se primenjivati u više različitih jurisdikcija odnosno na više različitih institua učešća trećih lica u parničnom postupku.

Evropska unija sve do Amsterdamskog ugovora nije imala kompetencije za donošenje regulativa u oblasti nadležnosti, priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka. Međutim, ova oblast je regulisana međunarodnim ugovorom i to Briselskom konvencijom donetom 1968. godine<sup>17</sup>. Radi tumačenja Briselske konvencije donet je Luksemburški protokol iz 1971. godine.

Nakon što je EU stekla odgovarajuće kompetencije, doneta je Regulativa br. 44/2001 od 22. decembra 2000. godine o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (Brisel 1 regulativa)<sup>18</sup>. Dana 21. aprila 2009. godine je Evropska komisija prihvatila izveštaj o primeni Brisel 1 regulative zaključivši da je primena Brisel 1 regulative zadovoljavajuća, ali da slobodan protok sudskih odluka kao i pristup sudovima može biti poboljššan, kao i da ima mesta pojašnjenju pojedinih odredaba i da je s toga potrebno doneti novu Regulativu 1215/2012 od 12. decembra 2012. godine o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (Brisel 1 bis regulativa).<sup>19</sup>

Brisel 1 regulativa je menjana pet puta i dugo zadržala nomenklaturu inicijelnog akta<sup>20</sup>. Nomenklatura je menjana prilikom donošenja Brisel 1 bis regulative, ali odredbe koje se odnose na proširenje direktne međunarodne nadležnosti za množinu subjekata su ostale nepromenjene, pa je tekst ranijeg člana 6. stav 2 sadržan u sadašnjem članu 8. stav 2 Brisel 1 bis regulative. Pri tom treba imati u

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> O istorijskom razvoju Brisel 1 regulative vid. Heinrich Nagel, Peter Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2007, str. 76-78.

<sup>18</sup> Više o istorijskom razvoju vid. Adrian Briggs, *Private International Law in English Courts*, Oxford 2014, str.175-182.

<sup>19</sup> Uvodna izjava br. 1 uz Brisel 1 bis regulativu.

<sup>20</sup> A. Briggs, *Private International Law in English Courts*, Oxford 2014, str. 174.

vidu da je regulativa izvor prava koji je nadnacionalnog karaktera i odraz poverenja između država u kojima važi.<sup>21</sup>

Takođe, bogata praksa koja je razvijena u zemljama članicama EU u kojima se primenjuje Brisel 1 regulativa se bazira na autonomnom tumačenju. Autonomno tumačenje je primenjivano i prilikom tumačenja Briselske konvencije kao i prilikom tumačenja Brisel 1 regulative. Ono je neophodno kako bi se omogućilo ostvarivanje ciljeva regulative i kako bi se tumačenje baziralo na opštim principa evropskog procesnog prava koji proizlaze iz svih nacionalnih pravnih sistema<sup>22</sup>. Značajnu ulogu kod autonomnog tumačenja ima Sud pravde Evropske unije<sup>23</sup> koji u postupku iniciranom od strane sudova zemalja članica Evropske unije u postupku pokrenutom po članu 267. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

Ipak, pored težnje za ujednačavanjem tumačenja pojmova iz regulative, odnosno težnje za tumačenjem u skladu sa pojmovima iz regulative, odnosno u skladu sa primarnim pravom Evropske unije, različitost između procesnih sistema država članica ipak ne rezultira u ujednačenom shvatanju pojmova koji su sadržani u odredbama o proširenju direktne međunarodne nadležnosti. Naime, svaka država odredbe regulative primenjuje u okvirima svog nacionalnog procesnog prava i u okvirima sopstvenih instituta množine subjekata u parničnom postupku. To dovodi do različitih tumačenja pojmova iz regulative<sup>24</sup>. Različitost između pravnih sistema država članica EU dovela je i do stavljanja rezervi na odredbe člana 6. stav 2. kojima je predviđena nadležnost za garancijsku i intervencijsku tužba imajući u vidu da je reč o pravnim institutima koji nisu predviđeni svim pravnim sistemima unutar EU.

Odredbe Brisel 1 bis regulative o učešću trećih lica u parnici vode do toga da usklade pravila različitih pravnih sistema unutar Evropske unije i obezbe-

---

<sup>21</sup> Pietro Ortolani, "The Recast Brussels I Regulation and Arbitration", *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations* (eds. Loic Cadiet, Burkhard Hess, Marta Requejo Isidro ), Luxembourg 2015, str. 125.

<sup>22</sup> Ovaj princip je ustanovljen još za vreme primene Briselske konvencije. Često citirana odluka koja izričito definiše ova je princip je Odluka ESP od 14.10.1976. godine u predmetu C-29/1976 (LTU/Eurocontrol), 1541, dostupna na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0029&from=EN>.

<sup>23</sup> Ansgar Staudinger, Björn Steinrötter, "Europäisches Internationales Zivilverfahrensrecht: Alles "Brüssel", oder was?", *JA* 4/2012, 242.

<sup>24</sup> N. Lund, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen 2014, 16.

de mogućnost priznanja sudskih odluka donetih u drugim zemljama.<sup>25</sup> Reč je o izvoru prava sa neposrednim dejstvom u zemljama članicama EU<sup>26</sup>, ali svakako da se odredbe regulative ne mogu primenjivati van procesnog okvira nacionalnih prava.

Naime, sama Brisel 1 bis regulativa ne propisuje posebne kriterijume za učešće trećeg lica u parnici već omogućava primenu instituta predviđenih nacionalnim pravima u odnosu na treća lica koja imaju domicil u zemljama članicama EU. Upravo zbog toga član 8. stav 2 (član 6. stav 2) koji reguliše nadležnost za intervencijsku tužbu mora se tumačiti u vezi sa članom 67. (članom 65.<sup>27</sup>) koji reguliše međusobno priznanje sudskih odluka donetih u drugim državama članicama primenom instituta učešća trećeg lica sopstvenog parničnog procesnog prava.

Odredbom člana 67. (člana 65.) je propisano da one države članice koje ne poznaju institut intervencijske tužbe i izuzete su od primene člana 8. stav 2 (člana 6. stav 2) priznaju dejstvo presude donete po intervencijskoj tužbi u onoj državi članici koja taj institut poznaje. I obrnuto, države koje ne poznaju institut obaveštenja o parnici priznaju intervencijsko dejstvo koje proizvodi institut obeveštenja o parnici odnosno mešanja u onim pravnim poretcima koje ovaj insitut primenjuju u slučajevima u kojima se primenjuje intervencijska tužba.

U pravnim sistemima zemalja koje su se izuzele od primene odradaba o nadležnosti za intervencijsku tužbu ne postoji intervencijska tužba, već sličnu svrhu koju ti instituti i posebna pravila o nadležnosti za primenu tih instituta<sup>28</sup>,

<sup>25</sup> Više o obavezi priznanja sudske odluke v. Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München 2014, 157.

<sup>26</sup> Više o dejstvu regulative vid. Rudolf Streinz, *Europarecht*, Heidelberg 2008, 147-148; Matthias Herdegen, *Europarecht*, München 2008, 163. Dakle, reč je o sekundarnom izvoru prava EU koji se neposredno primenjuje u državama članica. Zanimljivo je napomenuti da je u jednom predmetu Apelacioni sud u Novom Sadu primenio direktivu EU/98/59/EZ što je, očigledno pogrešno, više o tome vid. Maja Stanivuković, "Pravo Evropske unije i sudovi u Srbiji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2012*, 215. Imajući u vidu da je u Srbiji stupio na snagu Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju 2013. godine (<https://europa.rs/srbija-i-evropska-unija/kljucni-dokumenti/sporazum-o-stabilizaciji-i-pridruzivanju/>) Republika Srbija je preuzela na sebe obavezu usklađivanja zakonodavstva Evropske unije, dok sudovi mogu pozivati na pravna načela koja važe u EU kao i pravo EU u tumačenju onih zakonskih pravila koja su rezultat usklađivanja našeg prava sa pravom EU, vid. M. Stanivuković, "Pravo Evropske unije i sudovi u Srbiji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2012*, str. 219.

<sup>27</sup> Odredba člana 67. Brisel 1 bis regulative je drugačije formulisana od odredbe člana 65. Brisel 1 regulative imajući u vidu proširenje Evropske unije do koga je došlo u međuvremenu.

<sup>28</sup> Jens Adolphsen, *Zivilprozessrecht*, Baden Baden 2014, str. 312.

ostvaruje institut obaveštenja o parnici<sup>29</sup>. Posebna pravila o nadležnosti za intervencijsku tužbu sadrži u Lugano konvencija. Rezervu na odgovarajuću odredbu Briselske konvencije i regulativa koje su usledile dale su i ostale zemlje EU koje ne poznaju ove pravne institute. Rezervu je, takođe, na odredbu Lugano konvencije dala i Švajcarska<sup>30,31</sup>

Naime, član 8. stav 2 (član 6. stav 2) predviđa da ukoliko stranka u postupku smatra da ima pravo po osnovu jemstva ili po nekom drugom osnovu protiv trećeg lica domiciliranog u državi članici EU, to lice može biti tuženo pred istim sudom pred kojim teče parnica, osim ako bi cilj toga bilo odvlačenje trećeg lica od nadležnosti suda koji bi po pravilima o opštoj nadležnosti bio nadležan. Prema članu 65. stav 2. Brisel 1 regulative, odluke će biti priznate, a kada priznanje traži treće lice i neće se postaviti pitanje da li je u odnosu na njega (nezavisno od glavnog postupka), nadležnost bila pravilno zasnovana<sup>32</sup>.

Članom 8. stav 2 (članom 6. stav 2) otvoren je, dakle, forum koji je predviđen za garancijsku ili intervencijsku tužbu koja ne postoji u velikom broju država članica EU, a u ostalim državama postoji u različitim oblicima pa se postavilo pitanje na koje konkretno procesne institute se ova odredba može primeniti. Garancijska tužba je svaka regresna tužba, dok je intervencijska tužba pojam koji se u romanskim pravnim sistemima koristi za svaki oblik uvlačenja trećeg lica u postupak.<sup>33</sup> U svakom slučaju mora postojati regresni zahtev prema trećem licu, ali ne i samostalni zahtevi za naknadu štete prema trećem licu, čije postojanje zavisi od ishoda spora o glavnoj stvari.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 69.

<sup>30</sup> U Švajcarskoj je 2011. godine donet novi Zakon o parničnom postupku kojim je uvedena i intervencijaska tužba pored obaveštenja o parnici pa je rezerva u međuvremenu otpala, vid. P. Gottwald, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München 2017, VO EU 1215/12 Art.8, Rn.21 (numera-cija prema elektronskoj verziji sadržanoj u bazi Beck Online- pristupljeno 10.1.2018.); Heinrich Nagel, Peter Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2013, str. 118.

<sup>31</sup> Jan Kropholler, Jan von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main 2011, str. 263.

<sup>32</sup> H. Nagel, P. Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2007, str.289-290.

<sup>33</sup> Peter Schlosser, Burkhard Hess, *EuZPR, Kommentar*, München 2015, str.100.

<sup>34</sup> U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 71.



Pojam intervencijske tužbe shvaćen je u najširem smislu te reči<sup>35</sup>, pa se odredbe o nadležnosti primenjuju u onim državama EU čije procesno pravo poznaje te institute, a odluke donete primenom tih instituta moraju biti priznate i u drugim državama članicama<sup>37</sup>.

Važno je napomenuti da u ovom slučaju treće lice može biti tuženo iako postupajući sud ne bi bio nadležan u takvom postupku<sup>38</sup>. U ovom slučaju treći postaje stranka u postupku i u odnosu na njega se može pribaviti izvršni naslov<sup>39</sup>.

Kod primene ove odredbe se prednost daje harmoniji odlučivanja na nivou svih zemalja članica i efikasnosti postupka u odnosu na pravo trećeg lica da bude tužen u mestu svog domicila. Iako su zemlje koje ne poznaju ovu vrstu tužbi stavile rezerve na primenu odgovarajućih članova Brisel 1 regulative odnosno Lugano konvencije, lica sa prebivalištem u nekoj od tih zemalja, naravno, nisu izuzeta od primene ovih tužbi.<sup>40</sup>

### *Odnos sa institutima učešća trećih lica u srpskom pravu*

Pitanje učešća trećih lica u parničnom postupku u svojstvu samostalne stranke i mogućnost uvlačenja trećih lica u parnični postupak mimo njihove volje institutima parničnog procesnog prava dovodi do koncentracije postupka.

---

<sup>35</sup> Iako je prema prvim tumačenjima tada još važeće Briselske konvencije ukazivano da ovu odredbu treba tumačiti prema belgijskom modelu, više o tome v. U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str.71.

<sup>36</sup> Danas je prihvaćeno široko tumačenje pojma intervencijske tužbe, šire nego što je to slučaj u nekim pravimnim sistemima iz kojih je ova vrsta tužbe potekla, v. P. Schlosser, B. Hess, *EuZPR, Kommentar*, München 2015, str. 100-101.

<sup>37</sup> Prema nekim tumačenjima insituti na koje bi se primeninjavale odgovarauće odredbe Brisel 1 regulative ne moraju biti izričito navedeni u samom tekstu već se može zaključiti da ako je u odredbi člana 65. izričit naveden institut obaveštenja o parnici, da se može argumentovati ova odredba može primeniti i na umešača. Autorka nudi argumentaciju i za primenu člana 6. stav 2 na insitut tužbe glavnog mešanja nemačkog prava. vid. U. Köckert, *Die Beteiligung Dritter in internationalen Zivilverfahrensrecht*, Berlin 2010, str. 62-90.

<sup>38</sup> P. Gottwald, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München 2017, VO EU 1215/12 Art.8, Rn.18 (numeracija prema elektronskoj verziji sadržanoj u bazi Beck Online- pristupljeno 10.1.2018.); J. Kropholler, J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main 2011, str. 262.

<sup>39</sup> H. Nagel, P. Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2013, str. 119.

<sup>40</sup> J. Kropholler, J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main 2011, str. 264.

Upravo intervencijska tužba francuskog prava je institut kojim se omogućava koncentracija parničnog postupka i koji se po mnogim svojim karakteristikama razlikuje od instituta učešća trećeg lica u parničnom postupku srpskog prava

U našem pravnom sistemu instituti učešća trećih lica su: umešač, obaveštenje o parnici i imenovanje prethodnika. Jedino u slučaju imenovanja prethodnika treće lice postaje stranka u postupku. Međutim, kod ovog instituta koji se primenjuje na materijalnopravno uzak krug slučajeva novi tuženi stupa u postupak umesto dotadašnjeg tuženog. Ovaj institut se primenjuje onda kada tuženi kao držalac stvari ili korisnik prava tvrdi da stvar drži ili pravo vrši u ime trećeg lica pa je preko suda dužno u odgovoru na tužbu da pozove to treće lice da kao stranaka stupi u postupak umesto njega<sup>41</sup>. Ako imenovani prethodnik stupi u parnicu onda postaje stranka u postupku i presuda u odnosu na njega deluje kao da je inicijalno tužen, a ako odbije da stupi u postupak onda presuda u odnosu na njega deluje intervencijski.

Iako imenovani prethodnik našeg prava stiće svojstvo stranke u postupku, institut interencijske tužbe je bliži ininstitutu umešača našeg prava. U nemačkoj pravnoj teoriji je Šloser postavio pitanje da li je intervencijska tužba zapravo već “na mala vrata” postala deo nemačkog pravnog sistema time što se može u nekim slučajevima poistovetiti sa protivtužbom trećeg lica institutom koji je stvorila nemačka sudska praksa<sup>4243</sup>.

Intervencijska tužba kao i drugi instituti množine subjekata u parničnom postupku ima za cilj da omogući rešavanje spornog odnosa u jednom postupku i sprečavanje donošenja protivurečnih odluka. Ona je primenjuje onda kada prema trećem licu postoji regresni zahtev po osnovu jemstva ili po nekom drugom osnovu i omogućava pribavljanje izvršnog naslova i u odnosu na taj predmet spora i u odnosu na treće lice.

---

<sup>41</sup> Član 220. stav 1 ZPPa.

<sup>42</sup> Reč je o protivtužbi koja je određenim slučajevima prema stavu nemačke sudske prakse može biti podneta protiv tužioca i trećeg lica koje do tada nije učestvovalo u parnici, a koje postaje suparničar sa tužiocem protivtuženim. U nekim retkim slučajevima nemačka sudska praksa dozvoljava izolovanu protivtužbu samo protiv trećeg lica. Takav je slučaj kada treće lice koje je tuženo protivtužbom ono koje je cediralo potrživanje tužiocu, vid. Ioannis Mantzouranis, “Die Wiederklage mit Drittgeteiligung als Mittel zur Ausschöpfung des historischen Sachverhalts”, ZJP 3/2014, str. 267-406.

<sup>43</sup> Vid. Peter Schlosser, ““Interventionsklagen” in Deutschland?”, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, (eds. Katharina Hilbig-Lugani, Dominique Jakob, Gerald Mäscher, Phillipp Reuß and Christoph Schmid), Bielefeld 2015, str. 733-744.

Međutim, ostvarivanje cilja intervencijske tužbe bi moglo uslediti ne samo kroz eventualne izmene instituta učešća trećih lica u parničnom postupku već i kroz omogućavanje šire koncentracije postupka i izmenom instituta množine zahteva kao i protivtužbe. Takve tendencije se naziru u nemačkom pravu. Međutim, u srpskom pravu nije prihvaćeno ni gledište nemačkog prava po kome se protivtužba može podneti i protiv trećeg lica kao suparničara tužioca<sup>44</sup>.

Svako uvlačenje trećeg lica u postupak mimo njegove volje bi podrazmevalo i posebna pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti. Sledstveno tome zasnivanje direktne međunarodne nadležnosti za ove institute nije reglisano posebno važećim Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja<sup>45</sup>. Nacrtom ZMPPa<sup>46</sup> je predviđeno da se uvede proširenje direktne međunarodne nadležnosti za povezne zahteve i za protivtužbu. Cilj ovakvog rešenja je sprečavanje donošenja protivurečnih odluka. Ipak, kako naš pravosudni sistem i primena odredbi parničnog postupka trpi česte promene zbog što se ogleda i na praksi sudova, dalje promene koje bi pratile modernizaciju instituta koji dovode do koncentracije parničnog postupka, bilo onih koje prate praksu nemačkog prava<sup>47</sup>, bilo nekih srodnih bi nepotrebno opteretile postojeću praksu primene prava.

BRANKA BABOVIĆ  
Assistant, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## ON COMPULSORY INTERVENTION

### Summary

The author examines compulsory intervention as a comparative legal institute known to French law. When compared to the Serbian law, the conclusion is that the purpose of the compulso-

---

<sup>44</sup> U srpskom pravu bi morali da budu ispunjeni dodatno i ulovi za subjektivno preinačenje tužbe.

<sup>45</sup> "Sl. List SFRJ" br.43/82 i 72/82 sa kasnijim izmenama i dopunama.

<sup>46</sup> Konačna verzija iz juna 2014. godine dostupna na <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

<sup>47</sup> Vid. Branka Babović, "Subjektivni okviri protivtužbe", Srpska politička misao 4/2017, 385-402.

ry intervention is similar to notification of the third party about intervention known to the Serbian law. However, there are crucial procedural differences between those two institutes having in mind that third party in compulsory intervention enters a proceedings not as a intervener, but as a party to the proceedings. Rules on compulsory intervention known to the several jurisdictions within the EU are followed by the special rules on jurisdiction for compulsory intervention prescribed by Brussels 1 regulation recast. Some of the purposes of compulsory intervention are fulfilled through the institutes of Serbian law. However, for further concentration of the proceedings, the change of the Serbian law would not be meaningful.



*VUJADIN MASNIKOSA,  
ALEKSANDAR RADOVANOV*

## **NAČELO ZAŠTITE IZVRŠNOG DUŽNIKA U IZVRŠNOM POSTUPKU**

### **U V O D**

U rimskom pravu dužničko-poverilački odnos bio je isključivo u domenu privatnog prava i posmatran je kao privatnopravni odnos, dok se u savremenom pravu javlja i javno pravni interes koji zakonodavac mora da zaštiti normama izvršnog procesnog prava. Razvojem države i jačanjem njene uloge u društvu, nastaje sve veća intervencija države u privatno pravne odnose, pa i u dužničko-poverilačke odnose. Nastoji se kroz brojne odredbe zaštititi sa jedne strane imovina izvršnog dužnika, a sa druge omogućiti efikasno sprovođenje postupka izvršenja i obezbeđenja.

Kako su stvarna prava, prvenstveno pravo svojine kao apsolutno pravo po-  
gođeni postupkom izvršenja i obezbeđenja, neophodno je posebnu pažnju posve-  
titi njihovoj zaštiti koja postoji kako u našem pravnom sistemu, tako i u upored-  
nom pravu.

---

Mr Vujadin Masnikosa, zamenik predsednika Komore javnih izvršitelja Republike Srbije.  
Dr Aleksandar Radovanov, profesor Emeritus Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u  
Novom Sadu, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad.

U zavisnosti od oblika vladavine i društvenog uređenja zavisi i broj ograničenja u izvršnom postupku, odnosno stepen zaštite izvršnog dužnika u izvršnom postupku. Međutim, sa humanizacijom društva i podizanjem nivoa osnovnih ljudskih prava i sloboda, ustavi većine zemalja sadrže odredbe o socijalno - pravnoj sigurnosti. Načelo socijalnog postupanja u sadržinskom smislu obuhvata veći broj ograničenja u realnom i personalnom smislu, dok načelo zaštite izvršnog dužnika obuhvata manji nivo ograničenja i to po pravilu samo u realnom smislu odnosno u pogledu i predmeta i sredstva izvršenja.

Načelo zaštite izvršnog dužnika je rezultat humanizacije prava, a „ostvarivanje dosuđenih imovinskih zahteva, po svaku cenu, moglo bi da dovede u pitanje interes celine pravnog poretka.”<sup>1</sup>

#### NAČELO ZAŠTITE IZVRŠNOG DUŽNIKA TOKOM ISTORIJE U REPUBLICI SRBIJI

Nakon propasti srednjovekovne srpske države i stvaranja moderne srpske države nastale nakon Prvog i Drugog srpskog ustanka<sup>2</sup>, prvi propis kojim je regulisan sudski postupak bio je Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama iz 1865. godine. Tim Zakonikom propisana je zaštita minimuma zemljoradničkog poseda, pa su bili izuzeti od izvršenja pet dana oranja zemlje, kuća za stanovanje i ekonomske zgrade.<sup>3</sup>

U Srbiji je između dva svetska rata bio na snazi Zakon o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije (donet 1930. godine, a primenjivo se od 1936. godine) koji je važio na čitavoj teritoriji Kraljevine Jugoslavije i isti je zadržao na snazi odredbu 471. tač.4a Zakonika o postupku sudskom u građanskim parnicama iz 1865. godine. Ovaj zakon je poznavao instituciju pritvora kao posebnog sredstva izvršenja i instituta personalne egzekucije.

Dugi niz godina nije bio donet propis koji je na sistemski način regulisao izvršni postupak. Tek 1978. godine donet je Zakon o izvršnom postupku, koji je predstavljao značajnu kodifikaciju izvršnog sudskog postupka u tadašnjoj SFRJ i

---

<sup>1</sup> Vorgić N., Načela Izvršnog postupka, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine: časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad, 1978, str. 23.

<sup>2</sup> Prvi srpski ustanak počeo je 1804. godine, a Drugi srpski ustanak 1815. godine, i njima je započet proces oslobođenja Srbije od Osmanlijskog carstva.

<sup>3</sup> Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama iz 1865. godine, odredba paragrafa 471. tač. 4a.

koji je sadržao brojne odredbe o zaštiti izvršnog dužnika. Zakonu su se pripisivale dve osnovne odlike, a to su s jedne strane neravnopravan odnos društvene svojine, kao dominantnog oblika svojine i preterana zaštita dužnika.

Naime, odredbom čl. 5 ZIP iz 1978. godine bilo je propisano načelo socijalnog postupanja kao osnovno načelo izvršnog postupka, a u sadržinskom smislu to načelo je svakako predstavljalo osnovno načelo postupka, jer je na potpun način štitalo izvršnog dužnika i u značajnoj meri ograničavalo izvršnog poverioca u naplati svog potraživanja.<sup>4</sup> Smatralo se pod uticajem tadašnjih shvatanja i jačanja radničke klase da je dužnik onaj koji je slabiji u pravnom sistemu i da ga je neophodno zaštititi. Zamerana mu je bila preterana sporost vođenja sudskog postupka zbog brojnih rešenja i dvostrukog sistema odlučivanja. Predviđao je prigovor i žalbu kao pravne lekove.<sup>5</sup>

Zakonom o izvršnom postupku iz 1978. godine je bilo propisano da se izvršenje novčanog potraživanja i obezbeđenje tog potraživanja određuje i sprovodi u obimu koji je potreban za namirenje, odnosno obezbeđenje.<sup>6</sup> Pri sprovođenju izvršenja i obezbeđenja moralo se voditi računa o dostojanstvu ličnosti dužnika kao i o tome da izvršenje i obezbeđenje bude što manje nepovoljno za dužnika.

Načelo socijalne zaštite je bilo sadržano je i u odredbama člana 143. stav 1 Zakona, te ukoliko je u pitanju bilo izvršenje na nepokretnosti, dužnik je mogao u roku od osam dana od dana prijema rešenja o izvršenju predložiti da se odredi drugo sredstvo izvršenja ili da se izvršenje sprovede na drugoj nepokretnosti.<sup>7</sup>

U članu 71. ovog zakona taksativno su bile nabrojane pokretne stvari koje su bile izuzete od izvršenja, pri tome je primenjivan kombinovani kriterijum. Odnosno, u nekim slučajevima su pokretne stvari nevedene poimence, a u drugim su kombinovane sa njihovom količinom ili potrebama dužnika. Izuzeti su bili od izvršenja predmeti koji su služili za zadovoljavanje ličnih potreba dužnika i članova domaćinstva, uz procenu uslova sredine u kojoj žive. Takođe odredbom člana 71. ovog zakona štatile su se delatnosti dužnika, izuzimanjem predmeta koji su

---

<sup>4</sup> Vidi: Zakon o izvršnom postupku, "Sl. list SFRJ", broj 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, i 35/91, član 5.

<sup>5</sup> Šarkić N., Nikolić, M., Komentar zakon o izvršnom postupku sa sudskom praksom i obrascima, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 14.

<sup>6</sup> Vidi: Zakon o izvršnom postupku, "Sl. list SFRJ", broj 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, i 35/91, član 4.

<sup>7</sup> Ibid, član 143 stav 1.



služili za obavljanje naučne, umetničke ili druge profesionalne delatnosti.<sup>8</sup> ZIP iz 1978. godine je važio u Republici Srbiji više od dvadeset godina, a zbog načela socijalnog postupanja i brojnih pravnih lekova koji su bili propisani za stranke u postupku, u praksi je doveo do velikog broja nerešenih predmeta. Izvršni dužnici su često zloupotrebljavali pravne lekove i svoja procesna ovlašćenja, usled čega izvršni poverioci nisu bili u mogućnosti da naplate svoje potraživanje.

Sve su to bili razlozi za donošenje novog Zakona o izvršnom postupku iz 2000. godine koji nije sadržao izričitu odredbu o zaštiti izvršnog dužnika. Osnovne primedbe koje su ovom zakonu upućivane su da je neprimereno i neuravnoteženo pokušavao da smanji dominantan položaj izvršnog dužnika, te je u tom cilju uskratio neka zakonska i uobičajena prava dužnika. Žalba kao pravni lek je stavljena van snage i modifikovana je u pravni lek o kojem je odlučivao isti sud koji je odlučivao u prvom stepenu.<sup>9</sup>

Nakon ovog zakona donet je Zakon o izvršnom postupku iz 2004. godine koji takođe nije sadržao izričitu odredbu o zaštiti izvršnog dužnika. Njegova specifičnost je bila ta što je predviđao skraćeni izvršni postupak. Skraćeni postupak se sprovodio kada su izvršni poverilac i izvršni dužnik bili pravna lica, preduzetnici, fizička lica koja su obavljala delatnost radi sticanja dobiti i imala otvorene račune u skladu sa propisima o platnom prometu, kao i fizička lica u svojstvu dužnika iz ugovora o komercijalnom kreditu.<sup>10</sup>

Sva navedena zakonska rešenja doneta do 2000. godine sadržala su izričitu odredbu o zaštiti izvršnih dužnika, kao načelo socijalnog postupanja, načelo socijalne zaštite ili načelo zaštite dužnika.<sup>11</sup> Vrlo često se u stručnoj javnosti navodilo da je ZIP iz 1978. godine bio zakon koji je štiti izvršnog dužnika, a da su svi zakoni o izvršenju doneti posle 2000. godine zakoni kojima se štiti izvršni poverilac.

U Republici Srbiji 2011. godine donet je Zakon o izvršenju i obezbeđenju, sa čijom se primeno otpočelo 2012. godine, a koji je doneo brojne novine među kojima je i uvođenje izvršitelja u pravni sistem Republike Srbije. Ovaj zakon nije sadržao izričitu odredbu ili načelo o zaštiti izvršnog dužnika. Čak možemo sa ove distance i na osnovu iskustva u primeni novog Zakona o izvršenju i obezbe-

---

<sup>8</sup> Ibid, član 71.

<sup>9</sup> Šarkić N., Nikolić M., Komentar zakon o izvršnom postupku sa sudskom praksom i obrascima, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 15

<sup>10</sup> Zakon o izvršnom postupku, "Sl. glasnik RS", broj 125/2004, član 252.

<sup>11</sup> Dika M., Zakon o izvršnom postupku, Zagreb, 1987, str. 11.

nju iz 2015. godine zaključiti da je prethodni zakon obezbeđivao manju zaštitu izvršnom dužniku. Kao jedno od sredstava pritiska na izvršnog dužnika predviđao je ovlašćenje izvršnog poverioca, ranije nepoznato našem pravu, da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika bez opredeljivanja konkretnog sredstva i predmeta izvršenja.<sup>12</sup>

Mišljenja smo da se novim zakonskim rešenjima nastoje pomiriti interesi stranka u izvršnom postupku, odnosno da se nastoji zaštititi izvršni dužnik i njegova imovina, prvenstveno u skladu sa načelom formalnog legaliteta, institutima ograničenja i isključenja od izvršenja, ali i da se sa druge strane nastoji omogućiti da se izvršenje efikasno sprovede i namiri izvršni poverilac.

U Republici Srbiji prema važećem Zakonu o privatizaciji postoji personalna zaštita za pojedina preduzeća u postupku privatizacije, gde sud ne može ni da odredi izvršenje, niti pak da sprovodi izvršenje.<sup>13</sup>

#### NAČELO ZAŠTITE IZVRŠNOG DUŽNIKA U POZITIVNOM PRAVU I UPOREDNOM PRAVU

Izvršni postupak je posledica nedobrovoljnog izvršenja obaveze izvršnog dužnika, međutim iako je on skrivio vođenje postupka izvršenja i obezbeđenja neophodno je pružiti mu zaštitu. To se čini putem mera kojima se prvenstveno štiti ličnost izvršnog dužnika, dok se druga vrsta ograničenja izvodi iz prava na imovinu, prvenstveno prava na svojinu.

Zaštita izvršnog dužnika, odnosno njegove imovine u postupku izvršenja i obezbeđenja ostvaruje se kroz načelo formalnog legaliteta kao jedno od osnovnih načela. Primena ovog načela podrazumeva da su pri odlučivanju o predlogu za izvršenje sud i javni izvršitelj vezani izvršnom ili verodostojnom ispravom<sup>14</sup>, što označava da se izvršenje ne može sprovoditi preko granica izvršnog zahteva.

Isto tako, zaštita izvršnog dužnika se vrši kroz nepostupanje javnog izvršitelja u slučaju da izvršni poverilac ne predujmi troškove postupka. Troškove izvršnog postupaka i postupka obezbeđenja prethodno snosi izvršni poverilac, koji

---

<sup>12</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon, član 20 stav 3.

<sup>13</sup> Vidi: Zakona o privatizaciji, "Sl. glasnik RS" br. 83/2014, 46/2015., čl. 12. st. 1 i čl. 13. st. 1.

<sup>14</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015 i 106/2016, 113/2017, član 5.

je dužan da sudu ili javnom izvršitelju predujmi troškove na način u visini i roku koji oni odrede. Ukoliko to ne učini postupak se obustavlja.<sup>15</sup>

Važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine čija je glavna karakteristika da predviđa više nadležnosti za javne izvršitelje, sadrži odredbu kojom propisuje da je javni izvršitelj dužan da prilikom izbora sredstava i predmeta izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja vodi računa o srazmeri između visine obaveza izvršnog dužnika i sredstava i vrednosti predmeta izvršenja.<sup>16</sup> Ovu odredbu sadržao je i prethodni zakon iz 2011. godine, međutim novina je to da ako je u rešenju o izvršenju određeno više sredstava i predmeta izvršenja tako da se sledeća sprovodu tek ako prethodna nisu dovoljna da se izvršni poverilac namiri, javni izvršitelj može zaključkom na predlog izvršnog dužnika ograničiti izvršenja samo na neka sredstava i predmete koji su dovoljni da se izvršni poverilac namiri.<sup>17</sup> Ovo je svakako iskorak u zaštiti imovine izvršnog dužnika u odnosu na prethodni zakon, iz čijih odredbi je proizilazilo da su sud i javni izvršitelj bili ovlašćeni da zaključkom u toku postupka odrede predmet i sredstvo izvršenja nakon identifikovanja imovine izvršnog dužnika.<sup>18</sup>

U praksi se kada je u pitanju zaštita izvršnog dužnika upravo najčešće postavlja pitanje poštovanja načela srazmere. Česti su slučajevi da izvršni poverioci predlažu da se radi namirenja novčanog potraživanja izvršenje sprovodi na nepokretnosti izvršnog dužnika. Međutim, javni izvršitelj vodeći računa o ovom načelu, a imajući u vidu visinu dugovanja odbijao je ovaj predlog izvršnog poverioca. Tako su sudovi odlučujući o prigovoru izvršnog poverioca na ovakvo rešenje javnog izvršitelja odbijali isti, uz navođenje da bi bilo neopravdano sprovesti izvršenje prodajom nepokretnosti izvršnog dužnika, naročito imajući u vidu visinu potraživanja izvršnog poverioca sa jedne strane i vrednosti nepokretnosti, potom da se izvršenje može sprovesti na drugom predmetu izvršenja, kao i da je reč o nepokretnosti u kojoj izvršni dužnik živi, koja predstavlja njegov dom. "Pravo na dom iz člana 8. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda predstavlja jedno od najznačajnijih ljudskih prava, a prilikom ograničenja istih svi državni organi, a naročito sudovi, dužni su da vode računu o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, od-

<sup>15</sup> Ibid, član 33, stav 1, stav 2, stav 4.

<sup>16</sup> Ibid, član 56.

<sup>17</sup> Ibid, član. 57 stav 1 i stav 3.

<sup>18</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon, član 20.

nosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava.”<sup>19</sup>

Sprovođenje izvršenja se tako ne bi moglo odrediti prodajom nepokretnosti izvršnog dužnika, ukoliko vrednost nepokretnosti višestruko prevazilazi iznos potraživanja izvršnog poverioca. Međutim, načelo srazmere bi išlo na uštrb interesa izvršnog poverioca ukoliko druga sredstva ne postoje, odnosno ukoliko je to jedini način da se postupak izvršenja efikasno sprovede. Viši sud u Novom Sadu izneo je svoj stav navodeći, da je neophodno da izvršni dužnik u žalbi ponudi drugo sredstvo ili predmet izvršenja, te da ukoliko to ne učini može se sprovođenje izvršenja i na nepokretnosti čija je vrednost čak dvostruko veća od potraživanja izvršnog poverioca.<sup>20</sup>

Zaštita izvršnog dužnika ostvaruje se i kroz dužnost javnog izvršitelja da izvršne radnje, posebno pretraživanje stana i poslovne ili druge prostorije izvršnog dužnika ili odeće koju nosi preduzima s dužnom pažnjom prema ličnosti izvršnog dužnika i članovima njegovog domaćinstva. Popisu i proceni pokretnih stvari, kao i drugim izvršnim radnjama u stanu izvršnog dužnika kojima ne prisustvuje izvršni dužnik, njegov zakonski zastupnik, punomoćnik ili odrasli član njegovog domaćinstva, obavezno prisustvuju dva punoletna lica kao svedoci. Javni izvršitelj može da otvori zaključanu prostoriju samo u prisustvu dva punoletna lica kao svedoka, ukoliko izvršni dužnik nije prisutan ili neće da je otvori.<sup>21</sup>

Novi zakon ponovo uvodi načelo dvostepenosti u postupak izvršenja i obezbeđenja kroz mogućnost ulaganja žalbe kao pravnog leka kojim se pobija rešenje prvostepenog suda ili javnog izvršitelja u postupcima koji se vode za naplatu potraživanja na osnovu izvršne isprave, o kojem odlučuje drugostepeni sud. Mogućnost izjavljivanja žalbe postoji i protiv rešenja donetog po prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave.<sup>22</sup>

Nadalje, zaštita izvršnog dužnika i njegovog prava svojine u izvršnom postupku u Republici Srbiji postoji kroz izuzimanje od izvršenja pojedinih nepokretnosti, potom kroz izuzimanja od izvršenja određenih pokretnih stvari i izuzimanja od izvršenja pojedinih novčanih potraživanja izvršnog dužnika.

---

<sup>19</sup> Rešenje Osnovnog suda u Novom Sadu, posl. Br. IPV I 1225/17 od dana 21.11.2017. g.

<sup>20</sup> Videti: Rešenje Višeg suda u Novom, posl. br. GŽI. 442/2017 od dana 19.04.2017. godine.

<sup>21</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, “Sl. glasnik RS”, br. 106/2015 i 106/2016, 113/2017, član 142.

<sup>22</sup> Ibid, član 24 stav 2 i stav 4.

Izuzeto je od izvršenja, odnosno ne može biti predmet izvršenja poljoprivredno zemljište zemljoradnika površine do 10 ari, međutim to ne važi kad se namiruje novčano potraživanje koje je obezbeđeno ugovorom hipotekom ili založnom izjavom.<sup>23</sup> Kada izvršni poverilac u predlogu navede da se izvršenje sprovodi na nepokretnosti izvršnog dužnika, uz predlog izvršni poverilac prilaže i izvod iz katastra nepokretnosti, kao dokaz o tome da je nepokretnost upisana kao svojina dužnika.<sup>24</sup>

Od izvršenja su izuzete i određene pokretne stvari izvršnog dužnika koje zakon izričito navodi, te tako ne mogu biti predmet izvršenja:

– “odeća, obuća i drugi predmeti za ličnu upotrebu, posteljne stvari, posuđe, deo nameštaja koji je neophodan izvršnom dužniku i članovima njegovog domaćinstva, šporet frižider i peć za grejanje;

– hrana i ogrev koji su izvršnom dužniku i članovima njegovog domaćinstva potrebni za tri meseca;

– gotov novac izvršnog dužnika koji ima stalna mesečna primanja do mesečnog iznosa koji je zakonom izuzet od izvršenja, srazmerno vremenu do narednog primanja;

– ordenje, medalje, ratne spomenice i druga odlikovanja i priznanja, lična pisma, rukopisi i drugi lični spisi i porodične fotografije izvršnog dužnika;

– pomagala koja su osobi sa invaliditetom ili drugom licu s telesnim nedostacima neophodna za obavljanje životnih funkcija;

– kućni ljubimac.”<sup>25</sup>

Navedene pokretne stvari sudski izvršitelj i javni izvršitelj izuzima od izvršenja, te se ne može sprovesti izvršenja njihovim popisom pre svega, kao ni proćenom, prodajom i namirenjem izvršnog poverioca iz prodajne cene. Mišljenja smo da je ipak zakonodavac propisao široku zaštitu izvršnom dužniku u pogledu predmeta odeće, obuće i drugih predmeta lične upotrebe, jer neka lica mogu imati izuzetno skupocene predmete lične upotrebe (npr: skupocene bunde), za koje zaista nema ni moralnog ni ekonomskog osnova da budu izuzeti od izvršenja.

---

<sup>23</sup> Ibid, član 164.

<sup>24</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, “Sl. glasnik RS”, broj 106/2015, 106/2016, 113/2017, član 152, stav 1.

<sup>25</sup> Ibid, član 218.

U prilog našem mišljenju da je novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine skloniji zaštiti imovine izvršnog dužnika u odnosu na Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine govore i zakonske odredbe koje se tiču prodajne cene pokretnih stvari i nepokretnosti na javnom nadmetanju. Tako je prethodni zakon predviđao početnu cenu na prvom javnom nadmetanju koja je iznosila 60% od procenjene vrednosti pokretnih i nepokretnih stvari, dok je kao početnu cenu na drugom javnom nadmetanju predviđao cenu koja nije mogla biti niža od 30% od procenjene vrednosti.<sup>26</sup>

Međutim, novi zakon izričito predviđa da se nepokretnost ne može na prvom javnom nadmetanju prodati ispod 70% procenjene vrednosti nepokretnosti, a da na drugom javnom nadmetanju početna cena ne može biti ispod 50% procenjene vrednosti nepokretnosti. ZIO iz 2015. godine predviđa još jednu mogućnost koja pogoduje izvršnom dužniku, a to je mogućnost da na zajednički predlog stranaka ili izvršnog poverioca, javni izvršitelj može odredi početnu cenu na prvom javnom nadmetanju koja je viša od 70% procenjene vrednosti nepokretnosti.<sup>27</sup>

Prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine predviđena je bila prodaja neposrednom pogodbom. Ovoj prodaji se moglo pristupiti nakon dva neuspela javna nadmetanja, pri čemu je bilo predviđeno da je prodajna cena predmet dogovora između strana u kupoprodajnom ugovoru, i za nju se nije tražila saglasnost izvršnog dužnika.<sup>28</sup> Što je ukazivalo da se nije pridavalo puno pažnje vrednost po kojoj se prodavala imovina izvršnog dužnika. Prema odredbama novog zakona, ukoliko su se stranke sporazumele ili ako posle neuspeha drugog javnog nadmetanja to izabere izvršni poverilac, nepokretnost se može prodati i neposrednom pogodbom, u tom slučaju prodajna cena nepokretnosti ne može biti niža od 70 % procenjene vrednosti nepokretnosti.<sup>29</sup>

Prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine jasno je proizlazilo da u Republici Srbiji nije bila propisana donja granica ispod koje se

---

<sup>26</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon, član 97 stav 1 i stav 4.

<sup>27</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 106/2015, 106/2016 i 113/2017, član 178.

<sup>28</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon, član 97 stav 6.

<sup>29</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 106/2015, 106/2016 i 113/2017, član 186 stav 3.

imovina izvršnog dužnika mogla prodati, da se ona mogla prodati u bescenje, te su ove odredbe bile isključivo u interesu izvršnog poverioca, i nisu pružale adekvatnu zaštitu izvršnom dužniku, što ne možemo reći za novi zakon, koji nastoji pomiriti interese izvršnog poverioca i dužnika, sa izraženom tendencijom ka zaštiti imovine i dostojanstva izvršnog dužnika.

Kada je reč o novčanim potraživanjima izvršnog dužnika, prema zakonu ne mogu biti predmet izvršenja:

- “primanja po osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete zbog narušavanja zdravlja, novčane rente zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad i novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja;
- primanja na osnovu noćane naknade za telesno oštećenje prema propisima o invalidskom osiguranju;
- primanja koja se ostvaruju prema propisima o socijalnoj zaštiti;
- primanja na osnovu privremene nezaposlenosti;
- primanja na osnovu dodatka na deci;
- primanja na osnovu stipendije i pomoći učenicima i studentima;
- potraživanja čiji je prenos zakonom zabranjen.”<sup>30</sup>

Tendencija ka zaštiti izvršnog dužnika izražena je i kroz institut ograničenja izvršenja. Tako izvršenje na zaradi ili plati izvršnog dužnika, naknadi zaradi kao i naknadi plate i penzije može se sprovesti do dve trećine tog primanja. Ukoliko je iznos ovih primanja jednak ili manji od minimalne zarade utvrđene u skladu sa zakonom, izvršenje će se sprovesti do njihove jedne polovine. Isto ograničenje se odnosi i na plate oficira, podoficira, vojnika po ugovoru, vojnog službenika i primanja lica u rezervnom sastavu za vreme vojne službe. Izvršenje na primanjima ratnih i mirodopskih vojnih invalida na osnovu invalidnine, ortopedskog dodatka i inavalidskog dodatka može da se sprovede samo do njihove polovine i to samo da bi se namirila potraživanja na osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete zbog narušenja zdravlja, novčane rente zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad i novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja. Na primanjima na osnovu naknade štete u obliku novčane rente koje nije izuzeto od izvršenja, potom primanjima na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i ugovora o osiguranju života, može se sprovesti izvršenje, ali na

---

<sup>30</sup> Ibid, član 257.

delu primanja koji prelazi iznos najviše stalne socijalne pomoći koja se isplaćuje na području na kome izvršni dužnik ima prebivalište, odnosno boravište.<sup>31</sup>

Izuzimanje i ograničenje izvršenja vodi u situaciju u kojoj će obe stranke biti pobednici, tzv. "win-win" situacija.<sup>32</sup> Za izvršnog dužnika izuzimanje i ograničenje izvršenja je značajno jer omogućuje opstanak izvršnog dužnika, dok za izvršnog poverioca znači da će imati više izbora u pogledu sredstava i predmeta izvršenja. U Republici Srbiji nije predviđena mogućnost ličnog stečaja fizičkih lica.

Načelo zaštite izvršnog dužnika u izvršnom postupku ostvaruje se i kroz propisivanje instituta odlaganje izvršenja. Ova mogućnost u Republici Srbiji prema ranije važećem Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine nije bila predviđena, međutim novi zakon ponovo uvodi institut odlaganja izvršenja. Izvršenje se prema odredbama važećeg zakona može odložiti na predlog izvršnog poverioca, potom na osnovu sporazuma stranaka o odlaganju, na osnovu predloga izvršnog dužnika i na predlog trećeg lica. Javnom izvršitelju ukoliko on sprovodi izvršenje, izvršni dužnik može jednom u toku izvršnog postupka da predloži da se izvršenje odloži. Izvršenje može da se u tom slučaju odloži ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi usled izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, koja je veća od one koju bi zbog odlaganja pretrpeo izvršni poverilac, kao i ako to odlaganje opravdaju naročiti razlozi koje izvršni dužnik dokaže javnom ili po zakonu overenom ispravom.<sup>33</sup>

Izvršenje na imovini dužnika je neophodno da se sprovodi uz poštovanje principa proporcionalnosti pre svega. Što podrazumeva da izvršnom poveriocu ne sme da se preda manje nego što potražuje, a da se dužniku ne sme uzeti više nego što njegovo dugovanje iznosi. Takođe i da potpuno namirenje izvršnog poverioca ne sme da vređa pravo na poštovanje ličnosti izvršnog dužnika koje je zaštićeno i međunarodnim konvencijama kao što je Evropskom konvencijom o ljudskih pravima.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 106/2015, 106/2016 i 113/2017, član 258.

<sup>32</sup> Meier I., Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrecht aus der Sicht des Schweizerischen Rechts", Zeitschrift für Zivilprozess, Nummer 4/2008, str. 436.

<sup>33</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", broj 106/2015, 106/2016 i 113/2017, član 122 stav 2 i stav 3.

<sup>34</sup> Jakšić A., Građansko procesno pravo, Uvodne teme, parnični, vanparnični i izvršni postupak, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 718.



Brojni su načini na koji se štiti imovina izvršnog dužnika u uporednom pravu, tako se kao najdrastičniji načini zaštite izvršnog dužnika navode mogućnost izvršnog dužnika da izdejstvuje otvaranje stečaja i mogućnost oslobađanja od duga.<sup>35</sup> Mogućnost oslobađanja od duga postoji u švajcarskom pravu, kao i u američkom pravu, u kome se može zahtevati oslobađanje od dugova nastalih u poslednjih nekoliko godina pre otvaranje stečaja tzv. "discharge of debts". Izvršni dužnik pri tom može da predloži plan ozdravljenja koji mora biti odobren od strane sudije.<sup>36</sup> U praksi švajcarskog suda, granicu izvršenja određuje i primena principa srazmernosti. U Nemačkoj se zaštita dužnika izvodi i iz principa socijalne države. Tako prema odredbama član 12. Ustava Savezne Republike Nemačke, svako ko se nađe u stanju nužde i nije u stanju da se stara o sebi ima pravo na pomoć i negu kao i na sredstva bez kojih se ne može zamisliti ljudsko dostojanstvo.<sup>37</sup>

#### ZAKLJUČAK

Svojina je jedno od najznačajnijih stvarih prava i titularu omogućava najpotpunije raspolaganje nekom stvari. Ovo pravo može biti ograničeno usled vođenja postupka izvršenja i obezbeđenja, te je tako izvršni dužnik dužan da trpi posledice ovih postupaka po njegovu imovinu. Međutim, zakonskim odredbama se nastoji zaštititi izvršni dužnik od ekonomske ruine.

Načelo zaštite izvršnog dužnika postoji u uporednom pravu većine zemalja, s tim što je u različitim istorijskim periodima ono bilo šire ili uže definisano. U Republici Srbiji zaštita izvršnog dužnika najpotpunije je bila određena Zakonom o izvršnom postupku iz 1978. godine, dok je od 2000. godine do donošenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine u značajnoj meri bilo potisnuto načelo zaštite izvršnog dužnika propisivanjem od strane zakonodavca većih prava i ovlašćenja u korist izvršnog poverioca, a sve radi efikasnosti izvršnog postupka. Novi zakon uveo je brojne novine, među kojima su najznačajnije one kojima se nastoji pružiti zaštita imovini izvršnog dužnika i uspostaviti ravnoteža između načela zaštite izvršnog dužnika sa jedne strane i načela efikasnosti sa druge strane.

---

<sup>35</sup> Meier I., Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrecht aus der Sicht des Schwizerischen Rechts", Zeitschrift für Zivilprozess, Nummer 4/2008, str. 446.

<sup>36</sup> Ibid, str. 448.

<sup>37</sup> Bodiroga N., Teorija izvršnog postupka, Pravni fakultet u Beogradu, 2012, str. 212.

Načelom zaštite izvršnog dužnika ne štiti se samo izvršni dužnik već šira društvena zajednica i društvo, jer ukoliko se imovina izvršnog dužnika proda u bescenje, takav čovek će postati teret čitavom društvu.

Neophodno je da zakonodavac propiše načelo zaštite izvršnog dužnika u izvršnom postupku kao jedno od osnovnih načela izvršnog postupka, jer se tim načelom štiti ne samo pravo svojine izvršnog dužnika, već i interesi društva u celini.

VUJADIN MASNIKOSA, M.C.L.,  
Vice President of the Public Enforcement  
Chamber of Republica Serbia  
ALEKSANDAR RADOVANOV, Ph.D.,  
Professor Emeritus at the Faculty of Law f  
or Commerce and Judiciary in Novi Sad,  
University Business Academy, Novi Sad

## THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF THE DEBTOR IN THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS

### Summary

The right to property is an absolute right, whose effect is “erga omnes”. The enforcement proceeding arises as a result of voluntary failure to fulfill obligations, and enforcement is primarily exercised on the property of the debtor. Legislation regulating enforcement and security matters contained the principle of protection of the debtor, starting from the 1978 Enforcement Procedure Act, which is also known as a “debt law”. Regulations that were subsequently adopted contained legislative provisions that regulated the exclusion from enforcement, as well as the limitation of enforcement. In addition to these set of legal norms, the new Law on Enforcement and Security from 2015. again introduced the possibility of postponing execution, the principle of two-instance procedure, as well as the principle of proportionality, in order to adequately protect the property of the debtor, but it does not contain an explicit provision on the principle of protection of the debtors.



VUKAŠIN RISTIĆ

## SVE PROMENE U ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU

– Kritički osvrt –

### U V O D

Pitanja koja uređuje važeći Zakon o parničnom postupku Republike Srbije, kao procesni zakon, u ranijoj, saveznoj državi, spadala su u nadležnost saveznih organa. Razdruživanjem republika članica, kao federalnih jedinica Savezne Federativne Republike Jugoslavije i Savezne Republike Jugoslavije, Republika Srbija je konačno postala suverena i nezavisna država, pa je i procesno zakonodavstvo u svim oblastima, pa i u građansko-pravnoj oblasti, preuzela da samostalno uređuje, na osnovu svog Ustava.

Republika Srbija je, po prvi put, materiju koja obuhvata građansko-pravnu oblast, potpuno uredila Zakonom o parničnom postupku iz 2004. godine.

Tako su, osim ovog zakona, doneti: Zakon o izmenama i dopunama ovog zakona iz 2009. godine, Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine i Zakon o izmenama i dopunama istog zakona iz 2014. godine.

Ovi zakoni o izmenama i dopunama inkorporirani su u postojeći zakon odmah nakon donošenja, te ćemo ih u referatu tretirati kao posebne (nove) zakone.

Iznećemo najznačajnije izmene i dopune zakona po hronološkom redu kako su donošeni, sa kritičkim osvrtom, da li su i u kojoj meri doprineli pobolj-

---

Vukašin Ristić, advokat u Beogradu.

šanju ažurnosti i efikasnosti u rešavanju predmeta iz ove oblasti, i stvorili mogućnost da se povređena prava subjekata ostvaruju na zakonit i transparentan način i u razumnim rokovima, kako osnovna načela propisuju.

Napominjemo da u ovu oblast spadaju i pitanja koja se uređuju drugim procesnim zakonima, kao što su Zakon o vanparničnom postupku, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Zakon o javnim beležnicima, Zakon o stečajnom postupku i dr, koji pojedine odredbe zakona o parničnom postupku shodno primenjuju, ali koji nisu predmet ovog referata.

Ovaj zakon uređuje složenu i široku građansko-pravnu oblast u potpunosti, oslanjajući se na osnovna načela važećeg Ustava, i načela međunarodno priznatog prava, kojima se, i u ovoj oblasti, u odnosu na unutrašnje pravo daje određeni prioritet. Usklađivanje zakona sa tim propisima bila je i ostala stalna briga zakonodavca.

S druge strane, unutrašnje društveno – ekonomske potrebe te razvoj i modernizacija celokupnog pravnog sistema, sa ciljem da se dostignu rešenja modernog evropskog prava, nametala su potrebe za izmenu i dopunu postojećih odredaba ovog zakona i efikasnije postupanje i odlučivanje subjekata koji ga primenjuju. Nezadovoljavajuća ažurnost sudova zahtevala je ubrzano sprovođenje postupaka i postupanje u razumnim rokovima, uz pojačanu odgovornost svih učesnika u tim postupcima, sa propisivanjem određenih sankcija.

Navešćemo najznačajnije promene u svakom od ovih zakona, sa viđenjem o njihovoj opravdanosti i potrebi za tim promenama, koje su u relativno kratkom periodu, preduzimane više puta.

*Zakon o parničnom postupku, objavljen u "Sl. glasniku RS", broj 125/2004, sa početkom primene od 23. februara 2005. godine*

Ovaj zakon u osnovi je, po sadržini i sistematici, zadržao rešenja koja su postojala u ranijem saveznom zakonu, ali i sa značajnim izmenama i dopunama.

U osnovnim odredbama, konkretizovano je pravo stranke na pravnu zaštitu, koja mora biti zakonita, jednaka i pravična, kao i dužnost suda da tu zaštitu pruži. Naglašena su prava stranke na pravično suđenje, kao i obaveza suda da o njenim zahtevima i predlozima odluči u razumnom roku.

Stranke i sud se obavezuju da nastoje da se građanskopravni sporovi rešavaju vansudskim putem - posredovanjem ili na drugi miran način.

Korigovane su odredbe zakona iz člana 7. o osnovnom načelu materijalne istine – da je sud dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost tužbenog zahteva. Teret dokaza za osnovanost tvrđenja svojih zahteva prenosi se na stranke, da one obezbede činjeničnu građu za donošenje odluke, osim kada se radi o pravima kojima ne mogu samostalno raspolagati.

U posebnom delu zakona, bila su propisana nova rešenja ili su postojeća rešenja preciznije formulisana, u cilju postizanja veće efikasnosti i ažurnosti u radu sudova, kao i potpunije sinhronizacije sa savremenim evropskim zakonodavstvom.

U skladu sa pravnim standardima Evropskog suda za ljudska prava, osim pravnog standarda *izuzeća* sudija, uvedeno je i *isključenje* sudije i propisani slučajevi kada sudija ne može da vrši sudijsku dužnost, uz obavezu da prekine svaki rad na određenom predmetu i da o tome obavesti predsednika suda, koji će mu odrediti zamenika (član 66. i 67). U odredbama zakona, koje se odnose na punomoćnike stranaka propisano je novo pravilo da stranku mora da zastupa advokat u postupku po reviziji i zahtevu za zaštitu zakonitosti, kao vanrednim pravnim lekovima.

Odredbe zakona o *podnescima* stranaka, kada su podnesci nerazumljivi ili nepotpuni, dopunjene su tako da se u odnosu na njihovu ispravku ili dopunu propisani postupak neće primenjivati, ako stranka ima punomoćnika - advokata, već će se nerazumljiv ili nepotpun podnesak odbaciti, bez ispravke ili dopune (član 103. stav 6). Ovaj zakon je uveo novo rešenje. tzv. *postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja*, koji pred revizijskim sudom pokreće prvostepeni sud po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, po kome je revizijski sud, najpre, zauzimao određeno pravno shvatanje, a kasnije, donosio odluku o tom pitanju, što je imalo određeni pravni značaj za dalji tok prvostepenog postupka.

Pravno shvatanje o tom pitanju donosio je Vrhovni sud, koje je sprečavalo stranke da ponovo traže njegovo rešavanje, a kasnije je Vrhovni kasacioni sud o tome donosio odluku, koja je sprečavala stranke da to pitanje rešavaju u parnici koja je u toku.

Odredbe koje su se odnosile na procesnu disciplinu stranaka i drugih učesnika u postupku, zakon je izdvojio u poseban odeljak, pooštrevajući izricanje novčanih kazni za nepoštovanje pravila postupka, uz mogućnost da se u posebnom postupku odlučuje o zahtevu za naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih

ovlašćenja. Ta nova rešenja trebalo je da poboljšaju efikasnost u trajanju i okončanju postupaka.

U odredbama o tužbi i njenoj sadržini uvedena je novina da je tužilac, koji ima boravište ili prebivalište, odnosno sedište u inostranstvu, dužan da u tužbi *imenuje punomoćnika* za prijem pismena, uz posledicu da će se, u protivnom, tužba kao neuredna i nepotpuna odbaciti (član 187. stav 2).

Umesto *odredaba o prekidu i mirovanju* postupka po ranijem zakonu, zadržane su odredbe o prekidu postupka, uz izvesne modifikacije, a mirovanje postupka je izostavljeno, jer se njegovo korišćenje često zloupotrebljavalo i znatno odugovlačilo ukupno trajanje postupka. Uveden je institut *zastajanje sa postupkom*, koje može nastati kada je to izričito predviđeno zakonom ili kada u toku postupka sud oceni da je to celishodno.

Imajući u vidu određene korekcije u odnosu na primenu načela materijalne istine i afirmaciju raspravnog načela, te da činjeničnu građu za donošenje odluke po pravilu obezbeđuju stranke, izvršene su značajne novine i u odredbama člana 222. i 223. ovog zakona o pojmu tzv. *opšte poznatih činjenica*, koje se ne dokazuju, kao i posebno, u odnosu na obaveze stranaka o teretu dokazivanja.

Propisano je da su opšte poznate i "one činjenice za koje je sud saznao u vršenju sudske funkcije ukoliko ih je saopštio na raspravi strankama". Zatim, precizno su uređena pravila o teretu dokazivanja. Stranka koja ima neko pravo snosi teret činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, dok stranka koja osporava postojanje nekog prava snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji. Sve ovo, ukoliko zakonom nije drukčije određeno.

Na ovaj način, smatra se da će stranke imati aktivniji pristup u postupku da se utvrdi postojanje odnosno nepostojanje nekog prava od čega zavisi i odluka o predmetu spora, jer sud nije više u obavezi da utvrđuje i one činjenice i izvodi dokaze koje stranke ne predlože, osim u slučajevima kada se radi o zahtevima o kojima stranke ne mogu raspolagati (član 3.stav 3).

U postupak pripremanja glavne rasprave uvedena je značajana novina kojom se ovlašćuje predednik veća da, posle prijema odgovora na tužbu, *donese presudu o tužbenom zahtevu* ako utvrdi da među strankama nisu sporne činjenice i da ne postoje druge smetnje za donošenje odluke. To je izuzetak od pravila iz člana 4. stav 1. ovog zakona, da sud odlučuje o tužbenom zahtevu na osnovu usmenog, neposrednog i javnog raspravljanja. Takvi su slučajevi, na primer,

kod donošenja presude na osnovu odricanja i presude zbog propuštanja, kao i kod donošenja presude zbog izostanka u sporovima male vrednosti, da se o tužbenom zahtevu tužioca odlučuje presudom bez održavanja ročišta (član 337, 338. i 476.stav 1). Ovim zakonom po prvi put je propisana sadržina *odgovora na tužbu* od strane tuženog u roku do 30 dana od dana dostavljanja tužbe, sa posledicom, ukoliko se isti ne podnese, da se može doneti presuda zbog propuštanja, na štetu tuženog.

U odredbama o redovnim pravnim lekovima precizirano je da se u žalbi na odluku prvostepenog suda *mogou iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi*, samo u slučaju da žalilac učini verovatnim da ih bez svoje krivice nije mogao izneti do zaključenja glavne rasprave. Sud koji odlučuje o žalbi, radi provere navoda žalioaca, može prema potrebi sprovesti određene izviđaje.

Veoma je važna i *prvi put propisana novina u članu 369. stav 2* - da drugostepeni sud nije ovlašćen da ukida presudu prvostepenog suda ukoliko je ista već jedanput bila ukinuta a zasniva se na pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, ili su pred prvostepenim sudom učinjene bitne povrede odredaba parničnog postupka, koje presudu čine nezakonitom.

Ta odredba zadržana je i u važećem zakonu i ista je, kao i sve navedene promene, imala za svrhu da se postigne veća efikasnost u sprovođenju i okončanju, odnosno, trajanju sudskih postupaka u ovoj oblasti.

Ustanovljen je novi vanredni pravni lek – žalba sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje (direktna revizija, član 389-393).

Po toj reviziji, protiv presude donete u prvom stepenu, po kojoj je inače revizija dozvoljena, odlučuje Vrhovni sud Srbije, pod određenim uslovima. Sa istim ciljem: postizanje veće efikasnosti u tim predmetima, ali je to pravno sredstvo kasnijim izmenama zakona izostavljeno, jer očigledno nije ostvarilo nameravanu svrhu.

*Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku,  
objavljen u "Sl. glasniku RS" br. 111/2009 od 29. decembra 2009. godine,  
kada je i stupio na snagu*

Donošenje ovog zakona obrazloženo je potrebom za usklađivanje važećeg zakona sa odredbama Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, kao i zbog neophodnog usklađivanja sa drugim zakonima koji imaju niz dodirnih tačaka sa ovim zakonom i koji se na njega, u izvesnom smislu, oslanjaju. Ovaj zakon se, u naj-



većem delu, odnosi na to usklađivanje, imajući u vidu međunarodne propise i posebno propise zemalja Evropske unije.

Neka nova rešenja doneta su i prilagođena novo nastalim promenama u unutrašnjim društveno-ekonomskim odnosima i redefinisaniu celokupnog pravnog sistema u sprovođenju reforme u pravosuđu, za koju se, nažalost, može konstatovati da je bila neuspešna. Pojednostavljena su i preciznije uređena pojedina pitanja, za koje je zakonodavac našao da su od bitnog značaja za poboljšanje efikasnosti parničnog postupka, uz očuvanje načela zakonitosti i obezbeđenja procesnih prava stranaka, sa povećanom i sankcionisanom odgovornošću svih učesnika u postupku, za svaku vrstu zloupotrebe procesnih prava.

Propisana je mogućnost odstupanja od načela usmenosti i neposrednog i javnog raspravljanja, kada je to zakonom određeno, kao i da sud, samo izuzetno, utvrđuje i činjenice koje stranke nisu iznele, odnosno predložile. Data su *šira ovlašćenja sudije pojedinca* da sprovodi postupak i donosi odluke i u sporovima veće vrednosti na osnovu sporazuma stranaka.

U određenim članovima izvršeno je usklađivanje sa novim Zakonom o uređenju sudova i sa odredbama Porodičnog zakona, u odnosu na stvarnu i mesnu nadležnost sudova, a *dopunjene su odredbe u vezi sa izuzećem i isključenjem* sudije i predsednika suda, koji ne postupaju po predmetima po kojima se traži izuzeće.

U odredbama o *održavanju glavne rasprave* novina je bila da izmenjeno veće nije u obavezi da na raspravi ponovo izvodi već izvedene dokaze saslušanjem stranaka, svedoka i veštaka ili da obavlja novi uviđaj, već je dovoljno samo da pročita zapisnike o izvođenju tih dokaza i bez pribavljanja saglasnosti stranaka.

Precizirana je odredba zakona iz člana 373. tako što se potvrđuje da drugostepeni sud ne može ukinuti presudu prvostepenog suda i uputiti predmet na ponovno suđenje, ukoliko je ista već jedanput bila ukinuta. Drugostepeni sud mora o predmetu spora u tom slučaju da donese meritornu odluku. Ovim zakonom *izmenjeni su uslovi za izjavljivanje revizije* iz člana 394. u odnosu na imovinski cenzus, tako da protiv presude donesene u drugom stepenu revizija nije dozvoljena ako vrednost predmeta spora pobijanog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 100.000 evra, a u privrednim sporovima ako vrednost predmeta spora prelazi iznos od 300.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, na dan podnošenja tužbe. Dodata je odredba da je revizija *uvek dozvoljena* kada je to posebnim zakonima propisano. Povećani su novčani iznosi u odnosu na sporove male vrednosti kod obe vrste sudova. Dopunjen je član 446. koji se odnosi na smetanje poseda, tako da se

u tim parnicama ne primenjuju odredbe zakona koje se odnose *odgovor na tužbu i na održavanje pripremnog ročišta*.

*Zakon o parničnom postupku objavljen u "Sl.glasniku RS", br. 72/2011 od 28.09.2011. godine, a primenjuje se od 1. februara 2012. godine*

Ustavni osnov, kao i razlozi za donošenje ovog zakona, izneti su u skupštinskom obrazloženju predloga za njegovo donošenje. U obrazloženju je, uz ostalo, navedeno da je praksa u primeni Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine, sa izmenama i dopunama u 2009. godini, pokazala da je "neefikasnost sudova u dobroj meri bila uslovljena nekim rešenjima iz tog zakona", koje je trebalo izmeniti i usaglasiti sa ostalim, inostranim i domaćim propisima.

Taj zakon nije do kraja i u potpunosti onemogućio brojne zloupotrebe procesnih prava od strane dužnika u ovim postupcima, posebno u privrednim stvarima. Primena materijalno-pravnih odnosa (Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o nasleđivanju, Zakona o privrednim društvima i dr) koji su bili već usklađeni sa savremenim evropskim zakonodavstvom, upravo zbog određenih nedostataka procesnih propisa ispoljavala je permanentnu neefikasnost, što se neposredno odražavalo i na sporo i nesigurno ostvarivanje narušenih subjektivnih prava građana i ostalih subjekata u ovoj oblasti.

U međuvremenu bili su doneti određeni zakoni koji su iziskivali potrebu usaglašavanja zakona iz 2004. godine, da bi se "stvorio nov ambijent u celokupnoj građanskoj materiji" ( Zakon o uređenju sudova, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Zakon o javnom beležništvu i dr.).

Osim toga, u novi Zakon o parničnom postupku bilo je potrebno da se ugrade sve relevantne preporuke Saveta Evrope, kao i presude Evropskog suda za ljudska prava, te i rešenja uporednog zakonodavstva modernih pravnih sistema drugih država. Zbog svih ovih kao i drugih nedostataka, važeći zakon stvarao je brojne polemike i različita tumačenja u primeni pojedinih suštinskih odredaba, uz приметно povećanje postupaka za narušenu zakonitost, pred Ustavnim sudom, kao i pred međunarodnim sudovima. U odredbama ovog zakona o osnovnim načelima pojednostavljena su i precizirana osnovna prava i obaveze stranaka, ali, s druge strane, preciznije su naglašene i obaveze suda da im omogući ostvarenje prava u razumnim rokovima.

Odredba iz člana 2. zakona da stranke imaju pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih prava, obavezuje sud da o tome odlučuje u određenim

rokovima i da ne može da odbije donošenje odluke o pravnoj stvari za koju je nadležan. Zakonodavac je smatrao da će se ovakvim uređivanjem prava i obaveza stranaka, kao i suda, smanjiti broj ustavnih žalbi i broj predstavki koje se od strane domaćih sudbjekata podnose Evropskom sudu za ljudska prava protiv Republike Srbije. Očekivanja zakonodavca u ovom domenu izmena zakona, u dobroj meri su se i ostvarila. Očuvano je načelo *dispozicije stranaka* u postupku, koje se mogu o predmetu spora poravnati u toku *celog postupka*, kao i pravo tužioca da *povuče tubu*, sve do pravnosnažnog okončanja postupka.

Načelo utvrđivanja materijalne istine i raspravno načelo, iz člana 7. stav 2. zakona preciznije je formulisano, kada su u pitanju utvrđivanje određenih činjenica i izvođenje određenih dokaza. Propisano je da će sud “da utvrdi samo činjenice koje su stranke iznele i da izvede samo dokaze koje su stranke predložile, ako zakonom nije drugačije propisano”. Stavom 3. ovog zakona dato je ovlašćenje sudu da utvrđuje i činjenice i izvodi dokaze koje stranke nisu predložile, samo ukoliko idu za tim da raspoložu zahtevima kojima ne mogu raspolagati.

Načelu *postupanja suda u razumnim rokovima*, da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim *vremenskim okvirom* i sa što manje troškova posvećena je posebna pažnja (član 10). Donet je i poseban zakon o postupanju sudova u razumnom roku.

Pojednostavljen je i preciziran *rok do kada se može istaći prigovor mesne nadležnosti suda*, u zavisnosti od toga da li se tužba dostavlja na odgovor tuženom ili ne, što ima znatan uticaj na efikasnost trajanja određenog postupka (član 19).

U odredbama o *punomoćnicima stranaka* izvršena je izmena, tako da “stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika, koji mora da bude advokat” (član 85. stav 1). To novo rešenje, već je Zakonom o izmenama i dopunama ZPP iz 2014. godine, bitno izmenjeno, jer je zaključeno da nije bilo u skladu sa Ustavom.

Novina je da se (sudski) rokovi određuju u skladu sa *vremenskim okvirom* i preduzimanjem određenih parničnih radnji. Sud i stranke su dužni da se pridržavaju utvrđenog vremenskog okvira, tako da se, po pravilu, ročište može odložiti samo izuzetno, radi izvođenja novih dokaza ili zbog sprečenosti sudije (član 102).

U praksi se ovo novo rešenje pokazalo delimično uspešnim, uz primedbu da se vremenski okvir, po pravilu, određuje olako, jer zakon za nepridržavanje te odredbe ne predviđa nikakve sankcije.

Odredbe zakona o dostavljanju pismena i razmatranju spisa, pretrpele su značajne novine u cilju poboljšanja efikasnosti trajanja i okončanja postupka.

U važećem zakonu odredbe o dostavljanju zadržane su još iz prvobitnog zakona iz 1957. godine, što je u velikoj meri davalo mogućnost strankama i ostalim učesnicima u postupku da, zloupotrebom procesnih prava, odugovlače trajanje postupka i njegovo okončanje. Zakon je predvideo da se pismena koja se moraju lično dostaviti, dostavljaju na *adresu iz evidencije o prebivalištu*, odnosno na adresu iz registra pravnih lica, a ako se pozvano lice ne zatekne na toj adresi, ostavlja se obaveštenje da pismeno može podići u sudu u roku od 30 dana, nakon čega se smatra da je dostavljanje uredno izvršeno. Ovakvim rešenjem znatno je poboljšana efikasnost u trajanju i okončanju ovih postupaka.

Takođe, novinu predstavlja i rešenje da stranke mogu neposredno jedna drugoj da dostavljaju podneske, a da dokaz o tome dostave sudu (član 130. i dr).

U odnosu na rešavanje spornog pravnog pitanja zakon je zadržao rešenja iz ranijeg zakona, s tim što je Vrhovni kasacioni sud dužan da odbije da to pitanje reši, ukoliko isto nije od značaja za odlučivanje u *većem broju predmeta*, koji se vode pred prvostepenim sudom (član 183.stav 2).

U odredbama o sankcijama za nepoštovanje procesne discipline zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja i ometanja preduzimanja parničnih radnji, kao i vredanja učesnika i suda u postupku, *povećane su novčane kazne*, uz mogućnost da iste budu izvršene po pravilima Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

Proširena je mogućnost podnošenja *tužbe za utvrđenje* radi postojanja, odnosno nepostojanja *činjenica*, ukoliko je to predviđeno zakonom ili drugim propisom. Tužiocu je data mogućnost *da tužbu povuče* sve do pravnosnažnog okončanja postupka, ukoliko tuženi na to pristane, dok je prema važećem zakonu tužilac mogao da povuče tužbu samo do zaključenja glavne rasprave, uz pristanak tuženog (član 202).

*Kod prekida i zastoja* u postupku propisana je novina da sud može da zastane sa postupkom samo kada je to *izričito* propisano zakonom, a ne i kada oceni da je to celishodno, kako je bilo po važećem zakonu. Čini se, ipak, da sudovi i dalje primenjuju odredbe o zastajanju sa postupkom po ranijem zakonu (član 219. ranijeg zakona).

Određene novine u zakonu odnose se na način izvođenja dokaza putem saslušanja svedoka i posebno *kod izvođenja dokaza veštačenjem*, gde su stranke ovlašćene da *same pribave* nalaz veštaka određene struke, koji sud dostavlja

protivnoj strani i koji ceni u sklopu ostalih dokaza, po svom sudijskom uverenju (član 245, 261. i dr).

*U stadijumu postupka pripremanje glavne rasprave* (opšte odredbe, prethodno ispitivanje tužbe, odgovor na tužbu i pripremno ročište), uz zakazivanje ročišta za glavnu raspravu, zadržana su rešenja iz ranijeg zakona, s tim što su *najveće promene izvršene* u fazi zakazivanja i održavanja pripremnog ročišta.

Obaveza suda je da pripremno ročište održi, osim kad sud po prijemu odgovora na tužbu, utvrdi da među strankama nema spornih činjenica, odnosno ako je spor jednostavan (što je diskreciona ocena predsednika veća), hitan, ili ako je to propisano zakonom (*bilo kojim*, član 302). Propisana je izričita obaveza suda da na tom ročištu, zajedno sa strankama, utvrdi koje su činjenice sporne a od značaja za odluku o predmetu spora, da odredi dokaze koje treba izvesti, kao i da utvrdi vremenski okvir za sprovođenje i okončanje postupka.

Propisana je *obaveza stranaka da najkasnije na pripremnom ročištu*, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu, uz ostalo, iznesu sve činjenice potrebne za obrazloženje svojih predloga i predlože dokaze kojima se te činjenice potvrđuju. Zakon dopušta stranci da iznosi nove činjenice i predlaže nove dokaze sve do zaključenja glavne rasprave, ali je u obavezi da dokaže da ih *bez svoje krivice ranije nije mogla izneti*.

U odredbama zakona o *redovnim pravnim lekovima* zadržana su rešenja iz važećeg zakona, s tim što žalba, izjavljena protiv prvostepene presude kojom je naložena isplata iznosa koji ne prelazi 300 evra za fizička, ili 1.000 evra za pravna lica, u dinarskoj protivvrednosti, *ne zadržava izvršenje rešenja*, dakle nema suspendivno dejstvo, što je u skladu sa preporukom saveta Evrope (član 368). U odnosu na vanredne pravne lekove, izvršene su značajne novine, kako u odnosu na broj tih lekova, tako i u odnosu na mogućnost njihovog izjavljivanja.

Zakon je izostavio žalbu sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje (direktna revizija), jer se u praksi pokazalo da je direktna revizija korišćena u veoma malom broju u odnosu na redovnu reviziju *i nije doprinela* poboljšanju ažurnosti i postizanju veće efikasnosti sudova.

Redovna revizija, kao vanredni pravni lek, u osnovi je zadržala rešenja iz ranijeg zakona, ali je u izvesnoj meri sužen krug apsolutno bitnih povreda parničnog postupka zbog kojih se ista mogla izjaviti.

Podnosilac revizije zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka iz člana 374. stav 2. tačka 6, 8, 10. i 11. ovog zakona, da bi se po istoj meritorno po-

stupalo, morao je prethodno da te povrede ističe i u žalbi ili da su iste učinjene u postupku pred drugostepenim sudom (član 407).

*Takozvana posebna (izuzetna) revizija*, koja je uvedena u Zakon o parničnom postupku iz 2004. godine (član 395), zadržana je i u ovom zakonu, ali su uslovi za njeno podnošenje i sprovođenje propisanog postupka, *znatno prošireni i preciznije određeni*, jer se, ipak, radi o nedozvoljenoj reviziji, koja u suštini, do stupanja na snagu i primene ovog zakona, *nije ni zaživela*. Ovo, iz razloga što je o njenoj dopuštenosti trebalo da odlučuje “apelacioni sud” (*u jednini*), a ti sudovi su započeli sa radom tek januara 2010. godine, pa se i sa tih razloga ona nije mogla ni primenjivati. U državi postoje četiri a ne jedan apelacioni sud.

Ovim zakonom izvršene su značajne *promene i u režimu zahteva za zaštitu zakonitosti*, kao vanrednog pravnog leka, tako da je umesto njega uveden novi vanredni pravni lek - zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude, koji je mogao da podnese samo Republički javni tužilac, i to samo iz razloga ako je povređen zakon na štetu javnog interesa (član 421).

Spominjemo i *predlog za ponavljanje postupka*, kao vanredni pravni lek, u vezi koga je izvršeno proširenje razloga kao i produženje roka za podnošenje, u odnosu na važeći zakon. Opšti rok zastarelosti podnošenja ovog predloga iznosi pet godina od dana pravnosnažnosti odluke koja se pobija, ali je u ovom zakonu ostao samo jedan razlog zbog kojeg se isti može podneti u roku od deset godina (nezakonito postupanje prema stranci u odnosu na dostavljanje pismena, član 428. stav 4. u vezi člana 426. tačka 2).

Ovaj zakon “radi usklađivanja sa pravnim standardima Evropske unije i propisima drugih evropskih država”, uveo je dva nova posebna postupka: *Postupak u potrošačkim sporovima* i *Postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana*, jer se u zemljama EU obraća posebna pažnja ovoj vrsti zaštite i ostvarivanju prava građana u ovim oblastima.

*Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku,  
objavljen u “Sl. glasniku RS” br. 55/2014 od 23.05.2014. godine,  
a stupio na snagu 31.maja 2014. godine*

Kada je, za relativno kratko vreme (od 1. februara 2012. godine do 31.maja 2014. godine, odnosno za period od oko 2,5 godine, uvideo da zakon iz 2011. godine neće doneti očekivano poboljšanje u postizanju zadovoljavajuće ažurnosti sudova i željenu efikasnost u sprovođenju postupaka u ovoj oblasti, zakonoda-

vac je odlučio da, po hitnom postupku, donese nov Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2014. godine.

Iznećemo, ukratko, usvojena nova rešenja u zakonu iz 2014. godine, sa napomenom da se, ipak, radi o relativno kratkom periodu primene važećeg zakona, da bi se moglo do kraja ustanoviti da li su i koje promene u istom prevaziđene, da bi one, u ovom obimu i sadržini, bile neophodne.

U osnovnim odredbama izmenjen je član 35. tako što je pretpostavka nadležnosti prvostepenog suda *poverena veću suda*, sastavljenom od jednog sudijske, predsednika veća i dvoje sudija porotnika, isključivo je određena i taksativno nabrojana nadležnost *sudije pojedinca*, za razliku od važećeg zakona koji je, u pravilu, propisivao nadležnost sudije pojedinca ukoliko ista nije poverena veću. Na taj način, formalno je funkcionalna nadležnost propisana u korist veća (kao po ranijim zakonima), ali će i po ovom zakonu u prvostepenim sudovima pretežno postupati sudije pojedinci, s obzirom na oblasti koje su im tom izmenom poverene. Ovom odredbom zakona izvršeno je usaglašavanje sa načelom Ustava, da se prioritet u suđenju daje veću (član 142. stav 2. Ustava). Izmenjene su odredbe važećeg zakona iz člana 85. o punomoćnicima stranaka, jer su na osnovu odluke Ustavnog suda, objavljene u "Sl. glasniku RS" br. 49/13 od 5. juna 2013. godine, odredbe ovog člana - da punomoćnik stranke *mora da bude advokat*, oglašene neustavnim.

Punomoćnik fizičkog lica, po ovom zakonu, može biti advokat, krvni srodnik u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug, kao i predstavnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave koji je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom. Uveden je nov stav u ovom članu, da sud mora da upozori stranku koja nema punomoćnika i koja se iz neznanja ne može koristiti pravima koji joj pripadaju, da može da angažuje punomoćnika, u skladu sa ovim zakonom. U odnosu na *dostavljanje pismena*, koje je i po ranijim zakonima u praksi stvaralo velike probleme, izvršene su određene izmene, koje bi trebalo da ove nedostatke otklone, jer se pokazalo da je u pitanju veoma značajna faza postupka.

Novim zakonom izvršena je izmena člana 143. važećeg zakona o dostavljanju, tako da je sud ovlašćen da, ako nije u mogućnosti da uruči pismeno na saopštenoj adresi, po službenoj dužnosti od nadležnog organa pribavi adresu stranke kojoj pismeno treba lično dostaviti i izvrši dostavljanje na toj adresi, u skladu sa ostalim odredbama zakona o ličnom dostavljanju pismena. Na ovaj način zakonodavac smatra da će se otkloniti problemi i teškoće u odnosu na dostavljanje pi-



smena, koji su po važećem i ranijim zakonima značajno uticali na dužinu trajanja i efikasnost postupaka.

U odnosu na *sadržinu tužbe* koju lice podnosi *protiv Republike Srbije*, po novom zakonu tužilac nema obavezu da pre podnošenja dostavi predlog za mirno rešavanje spora nadležnom pravobranilaštvu, odnosno ovlašćenom zastupniku jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, već to može učiniti, što zavisi od njegove volje.

Velika i značajna novina u važećem zakonu *izvršena je u članu 294.* o postupanju suda i donošenju odluka u fazi prethodnog ispitivanja tužbe.

Odredbe zakona o pripremanju glavne rasprave (opšte odredbe, prethodno ispitivanje tužbe, odgovor na tužbu i pripremno ročište sa zakazivanjem glavne rasprave), po važećem i ranijim zakonima davale su ovlašćenje prvostepenom sudu da u fazi prethodnog ispitivanja tužbe, rešenjem *odbacuje tužbu*, bez dostavljanja tužbe tuženom i bez održavanja ročišta, ako je ista nedopuštena ili ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njoj moglo postupati.

Novi zakon je u celini zadržao takvo rešenje, s tim što je u stavu 2. u ovaj član uneo novo rešenje *o održavanju ročišta*, čija je primena kod sudova, kao i u stručnoj javnosti, izazvala polemiku, i dovela do različite primene u praksi (ukoliko se uopšte u prvostepenim sudovima taj stav i primenjuje). Tekst tog novog stava člana 294. glasi: "Pre donošenja rešenja o odbacivanju tužbe iz razloga propisanih stavom 1. ovog člana, sud je dužan *da održi ročište* na kome će tužiocu omogućiti da se izjasni o odbacivanju tužbe" (!?)

Smatramo da su odredbe ovog stava suviše i u suprotnosti sa odredbama zakona u celini, ma na koji način se u praksi primenjivale. One su i u koliziji sa osnovnim načelima parničnog postupka, posebno načelom ekonomičnosti i efikasnosti i postupanja suda u razumnim rokovima i u okviru određivanja vremena trajanja postupka, kao i drugim, jer ne doprinose ostvarivanju tih načela. Razlozi ovakvom shvatanju su brojni, navešćemo samo neke.

Nije uobičajeno i protivno je zakonu, imajući u vidu sadržinu i karakter stadijuma pripremanje glavne rasprave, koja se odnosi na prethodno ispitivanje tužbe, sa do sada izričito propisanom sadržinom, da se iz bilo kojih razloga *održava ročište između suda i jedne stranke*, u odsustvu protivne stranke, koja se pri tom, o tome i ne obaveštava. Radi se o dvostranačkom (višestranačkom) *spornom* postupku, što je protivno i odredbama iz člana 105. stav 1. i 2. zakona, koje propisuju da se ročište određuje kada je to zakonom propisano, ili kad to zahtevaju



potrebe postupka, u skladu sa vremenskim okvirom. U ovom slučaju ne ukazuje se potreba za uvođenje novog stava ovog člana zakona, jer se eventualne dileme suda kako postupiti sa neurednom, nerazumljivom i nepotpunom tužbom, mogu otkloniti na drugi način, koji je isti zakon propisao. Ukoliko je tužba nerazumljiva ili nepotpuna, ili se iz sadržine iste ne može zaključiti da li je treba odbaciti iz nekog razloga iz stava prvog, ona se vraća podnosiocu na uređenje, sa ostavljanjem roka za ispravku i dopunu, ako se ne radi o licu koje nije advokat. Ako je tužbu podneo advokat, u svoje ime ili kao punomoćnik tužioca, tužba se ne vraća na dopunu i ispravku, već se rešenjem odbacuje, bez održavanja ročišta i bez prethodnog dostavljanja protivnoj strani (član 101. stav 5). Osim toga, iz stilizacije navedenog novog stava ovog člana ne može da se zaključi da li sud u ovim slučajevima *samo poziva tužioca na ročište*, bez vraćanja tužbe, kao neurednog podneska, kao i posebno, da li tužiocu prethodno saopštava sa kojih razloga ga poziva i o čemu treba da se izjasni. Tužilac, pre prijema poziva za ovo ročište, ne zna šta je razlog pozivanja, ukoliko mu u pozivu odnosno podnesku, to sud ne naznači, jer mu se ni odgovor na tužbu, koji nije ni tražen, ne dostavlja.

Zakon o parničnom postuku poznaje samo dve vrste ročišta: pripremno ročište i ročište za glavnu raspravu. U konkretnom slučaju, ne radi se ni o jednom od tih ročišta. U ranijim zakonima iz ove oblasti nikada se nije određivalo i održavalo ročište (sa jednom strankom) u ovom stadijumu postupka. Proizlazi da je odredba iz stava 2. ovog člana u potpunoj suprotnosti sa navedenim i izričitim odredbama zakona o mogućnosti određivanja ročišta. U prilogu stava da se ovim novim rešenjem radi o odredbama koje su protivne zakonu u celini i samom poimanju tog pravnog standarda, da se ročište, na ovaj način i u ovom stadijumu postupka, ne može niti odrediti i održati, je i stav pravne teorije.

(Prof. dr Borivoje Poznić, u delu "Komentar Zakona o parničnom postupku", izdanje Sl. glasnik RS 2009. godine, na strani 262, kaže: "Ročište je vreme namenjeno koncentrisanom (raspravljanju) suda i stranaka. U nauci i pravnom životu reč "ročište" je shvaćeno i kao sastanak učesnika postupka, koji se u tom cilju održava - podvukao V.R).

Iz izloženog, smatramo da je ovaj dodatni stav člana 294. zakona protivan zakonu i njegovim osnovnim načelima, i da osim toga, ne doprinosi poboljšanju ažurnosti i efikasnosti postupka, pa ga ne treba primenjivati. U ostalom, primena ovog stava protivna je načelu iz člana 2. zakona o pravu stranaka na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu prava koja imaju stranke u postupku, jer se sud na ročištu treba da sporazume sa tužiocem kako da izbegne da mu tužbu iz nekog (za-

konskog) razloga ne odbaci, što praktično znači kako da “spasi tužioca da ne izgubi spor (?)

Posebne izmene novim zakonom izvršene su i u odnosu na vanredni pravni lek reviziju, u članu 403. izmenom stava 2. i 3. tog člana. Osim odredbe da je revizija uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom propisano, koja je preuzeta iz važećeg zakona, po ovom zakonu revizija je dozvoljena i u slučajevima kada drugostepeni sud preinači presudu prvostepenog suda i odluči o zahtevima stranaka, kao i kada drugostepeni sud *usvoji žalbu, ukine pobijanu presudu i odluči o zahtevima stranaka.*

U vezi sa *vrednošću predmeta spora*, kao kriterijuma za izjavljivanje revizije, novina je da revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra, odnosno 100.000 evra u privrednim sporovima, po srednjem kursu NBS na dan podnošenja tužbe (član 485). Ovaj zakon u članu 23. u prelaznim odredbama, propisuje da će se postupak koji je započeo po važećem zakonu (iz 2011. godine), a nije okončan pre njegovog stupanja na snagu, sprovesti po odredbama tog zakona. U stavu 2. tog člana, zakon propisuje da će *osnovni sudovi* nastaviti da postupaju po započetim postupcima, *kao nadležni*, i po onim predmetima u kojima vrednost predmeta spora prelazi iznos od 40.000 evra, bez obzira što se ovaj zakon primenjuje od 31. maja 2014. godine. U odnosu na nadležnost privrednih sudova, s obzirom na promene u imovinskom cenzusu za mogućnost podnošenja revizije, to se pitanje ne postavlja.

S druge strane, stav 3. istog člana određuje da će se revizija moći da podnese i u imovinskopravnim sporovima po kriterijumima iz novododatog stava 3. člana 403. u svim postupcima koji nisu pravnosnažno rešeni do dana njegovog stupanja na snagu (31.05.2014. godine).

Sporno pitanje, koje se u primeni novog zakona postavilo, odnosilo se na činjenicu *koji zakon* primeniti po onim predmetima koji su pravnosnažno okončani do dana stupanja na snagu novog zakona, a u kojima *još nije doneta odluka revizijskog suda.*

Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav po ovom pitanju tako da će se i ti predmeti okončati *po novom zakonu, odnosno po Zakonu o izmenama i dopunama zakona o parničnom postupku iz 2014. godine* (Vida Petrović Škero “Pravni informator”, br. 7-8/2014). Proizlazi, da su se zbog ovih prelaznih odredaba novog

zakona, osnovni i revizijski sud znatno više opteretili, dok se kod viših sudova opterećenje u prilivu predmeta smanjilo.

Iz godišnjeg izveštaja o radu Vrhovnog kasacionog suda za 2015, 2016. i 2017. godinu, o primljenim i rešenim svim predmetima u tom sudu, proizlazi: da je ukupno primljeno 51.478 a rešeno 49.248 predmeta, odnosno da priliv ukupnih predmeta u tom periodu nije savladan za 2.230 predmeta. Na početku 2015. godine bilo je nerešeno 5.315 predmeta, a na kraju 2017. godine ostalo je nerešenih 5.812 predmeta, odnosno više za 497 nerešenih predmeta.

U građanskoj materiji za period 2016-2017. godine, to stanje neažurnosti je još nepovoljnije, pa tako imamo da je revizijski sud u tom periodu primio 21.745 ovih predmeta, a rešio 20.020 predmeta, tako da priliv nije savladan za 1.725 predmeta. Na početku 2016. godine bilo je nerešeno 4.684 predmeta, a na kraju 2017. godine, ostalo je nerešeno 5.284 predmeta, odnosno više za 600 predmeta.

Proizlazi da je ukupna ažurnost ovog suda u navedenim periodima, u odnosu na sve predmete po kojima je postupao, kao i u građanskoj oblasti, pogoršana. Razlozi enormnog povećanja priliva predmeta iz građanske oblasti, pre svega, nastali su zbog krupnih izmena odredaba o mogućnosti izjavljivanja revizije, po Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku u 2014. godini.

Zakonodavac je propustio da blagovremeno obezbedi potrebne i objektivne uslove da se to pogoršanje ažurnosti izbegne, koje se nužno odražava i na otežano i sporo ostvarivanje povređenih prava stranaka u ovim postupcima.

U članu 404. važećeg zakona, koji se odnosi na tzv. posebnu reviziju, takođe su izvršene značajne izmene, koje su rezultat nedovoljno jasnih odredaba tog člana, kao i posebno, zbog različite prakse sudova u njihovoj primeni, što se odražavalo na kvalitet tih odluka, kao i na efikasnost postupaka. U stavu 1. tog člana brisane su reči “apelacionog suda”, a stav 2. je izmenjen, tako da glasi: “o dozvoljenosti i osnovanosti revizije iz stava 1. ovog člana odlučuje Vrhovni kasacioni sud u veću od pet sudija”.

Na ovaj način, pošto je konačno izostavljeno učešće apelacionih sudova u postupku sprovođenja i odlučivanja po ovoj vrsti revizije, koja je uvedena zakonom iz 2004. godine, u ovim postupcima je pred revizijskim sudom efikasnost znatno poboljšana. Podsećamo i ovom prilikom, da odredbe o posebnoj reviziji nisu primenjivane sve do početka primene Zakona o uređenju sudova (2010. godine), kada su počeli sa radom apelacioni sudovi, iako je zakonom iz 2004. godine bilo propisano da o njenoj dopuštenosti odlučuje “apelacioni sud” (a ne “suo-

vi”), jer su tim zakonom obrazovana četiri takva suda, na šta je autor ovog rada i ranije ukazivao.

Na kraju, kada je reč o novim rešenjima u ovom zakonu, treba spomenuti i činjenicu da je novim članom 433a. uređen postupak za ponavljanje postupka pred Vrhovnim kasacionim sudom, u vezi sa članom 426. važećeg zakona kojim su propisani razlozi za korišćenje ovog vanrednog pravnog leka.

Vukašin Ristić, Attorney at Law  
Belgrade

#### THE CHANGES IN THE FIELD OF CIVIC PROCEDURE LAW,

#### Summary

“The paper is dealing with continuous changes in the field of civic procedure law, specifically referring to numerous amendments of Law on Civic Procedure, adopted by the Serbian Parliament during the period 2004 – 2014 (present).

The intention of the legislator was to improve overall efficiency in application of the said Law by adopting these amendments, especially in terms of shortening the procedure before the court when it comes to a dispute.

The author has observed that the Government’s proclaimed goal has been achieved only to a certain extent; his final conclusion is that, parallel with relevant legislative improvements (especially in the context of joining the EU), introduction of different actions and measures in other fields is necessary, such as amending existing and adopting new laws and regulations, capacity building of Judiciary and the judges (as well as of other governmental bodies) etc, in order to conduct the court procedure in more smooth and efficient manner.

The author is attorney at law from Belgrade dealing mostly with civic law matters. Previously he has spent most of his professional carrier as a judge of several courts in Serbia, and also was a president of Belgrade Municipal court for several mandates.”



RODOLJUB ETINSKI

**MEĐUNARODNI SUD: RAZUMNOST ZAHTEVA  
DA SE POŠTUJU LEGITIMNI INTERESI DRUGIH DRŽAVA**

U V O D

U filozofiji postoje različite teorije o razumu i razumnosti.<sup>1</sup> U pravu i u međunarodnom pravu nalazimo standard ili standarde razumnosti. Prema nekim mišljenjima razumnost je subjektivni i sociološki koncept koji izmiče objektivnom pravnom određenju.<sup>2</sup> Korten (Corten) upućuje na mišljenja Salmona (Salmon) i Perelmana (Perelman) u tom smislu. Sam Korten smatra da bi bilo moguće identifikovati koherentan metod definisanja šta je razumno, makar u posebnom pravnom diskursu međunarodnog pravosuđa.<sup>3</sup> On razlikuje formalne i materijalne elemente metoda. Kada su u pitanju formalni elementi, Korten kaže da utvrđivanje sadržaja reči “razumno” spada pod tradicionalna načela tumačenja, dakle upućivanje na instrument, na predmet i cilj kao i case law.<sup>4</sup> “Diskusiona

---

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Vidi o pojmu praktičnog i teorijskog razuma u Wallace, R. Jay, “Practical Reason”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/practical-reason/>>.

<sup>2</sup> O. Corten, The Notion of “Reasonable” in International Law: Legal Discourse, Reason and Contradictions, International and Comparative Law Quarterly, 1999, str. 614.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.* str. 620.

igra” između sudija i strana u sporu je, takođe, formalni elemenat metoda putem koga sudije ocenjuju i prihvataju argumente strana kao razumne ili nerazumne.<sup>5</sup> Pojedini filozofi kao što je Habermas, podseća Korten, nazivaju to proceduralnom razumom. “Ništa nije razumno u apsolutnom smislu. ‘Razumno’ je ono što se takvim smatra na osnovu rasprave u kojoj je svaka zainteresovana strana imala priliku da iznese argument.”<sup>6</sup> Razumno je, dakle, nešto što je relativno jer važi za jednu, posebnu zajednicu i privremeno, jer važi do nove rasprave.<sup>7</sup> Materijalni model razumnosti unosi sadržaj u diskurs pravdanja i predpostavlja odgovarajući odnos između traženog legitimnog cilja i ponašanja, te taj odnos treba da bude ocenjen kao razuman.<sup>8</sup>

Razumnost je, naravno, inherentna rezonovanju Međunarodnog suda pravde<sup>9</sup>, što je taj Sud čak izričito pomenuo u jednom predmetu.<sup>10</sup> Sud se često poziva na razumnost u svom rezonovanju te kaže: razumno je pretpostaviti,<sup>11</sup> razumna je pretpostavka<sup>12</sup> ili ne izgleda razumno pretpostaviti.<sup>13</sup> On, takođe, upućuje na razumni osnovi za zaključivanje<sup>14</sup> ili kaže “može se razumno smatrati”<sup>15</sup> itd. Ovde

<sup>5</sup> *Ibid.* str. 621.

<sup>6</sup> *Ibid.* str. 622, 623.

<sup>7</sup> *Ibid.* str. 623.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Ime “Međunarodni sud pravde” je kolokvijalni, bukvalni prevod engleskog imena “the International Court of Justice”. Isparavan i naš službeni prevod je Međunarodni sud te je u daljem tekstu korišćeno to ime ili samo Sud.

<sup>10</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015*, para. 148.

<sup>11</sup> *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, para. 67; *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I. C.J. Reports 1952*, p. 105; *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, para. 120; *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C. J. Reports 1954*, p. 28.

<sup>12</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) ICJ Judgment of 11 September 1992*, para. 143.

<sup>13</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985*, para. 50. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment I.C. J. Reports 1964*, p. 23.

<sup>14</sup> *Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate), Judgment of May 19th, 1953: I.C. J. Reports 1953*, p. 18

<sup>15</sup> *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U. N. E.S.C.O., Advisory Opinion of October 23rd, 1956: I.C. J. Reports 1956*, p. 95.

se pod razumnošću misli, verovatno, na pravnu logiku, na opšte zakone pravničkog mišljenja.

Međunarodni sud vidi standard razumnost kao kontrolora tumačenja međunarodnih ugovora. Nerazumno značenje propisa ugovora nije očekivano i znak je da postoji neki problem u vezi sa tim ugovorom. Pod nerazumnim značenjem Međunarodni sud misli na očigledno nepravično dejstvo ili na praktičnu neostvarivost ugovora. Tada tumač treba da koristi dopunska sredstva tumačenja da bi rešio problem i došao do razumnog značenja. Ovakvo pravno rezonovanje Stalnog suda međunarodne pravde i Međunarodnog suda pretočeno je u član 32 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.

Razumnost ima, takođe, ulogu opšte zamene za nedostajuće konkretno pravno pravilo. U jednom predmetu Sud je tumačio čl. 7 (1) UN Konvencije protiv torture i drugog okrtunog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1984. godine. Navedenim članom utvrđena je obaveza države da, ukoliko ne ekstradiraju lice, koje je navodno počinilo krivično delo torture, ona treba da preda slučaj svojim nadležnim vlastima radi kažnjavanja. Međunarodni sud primećuje da navedenim propisom nije određen rok u kome država treba da izvrši ovu obavezu te konstatuje da je nužno implicirano u tekstu da se obaveza mora izvršiti u razumnom vremenu.<sup>16</sup> Precizno određenje vremena za izvršavanje ove ili druge obaveze na osnovu razumnosti nije lako odrediti, ali imajući u vidu praksu Evropskog suda za ljudska prava relevantni faktori za procenu razumnog vremena bili bi, verovatno, složenost posla koji treba obaviti, broj involviranih organa, predviđene procedure i značaj involviranih interesa koji opredeljuju hitnost.

Razumnost se javlja, dakle, u tumačenju ugovora kao opšti supstitut za nedostajući propis. Ako tekst ugovora ne daje odgovor na pitanje koje se pojavilo kao sporno u primeni ugovora i ako nema nekog drugog relevantnog izvora koji će dati odgovor na to pitanje, Sud se okreće opštem izvoru, dakle razumnosti, i traži odgovor u njemu. To važi, naravno, i za običajno pravo. U pogledu izvršavanja obaveza "načina" Sud smatra da je država dužna da koristi sva sredstva koja joj razumno stoje na raspolaganju da postigne predviđen cilj.<sup>17</sup> Sud se drži stan-

---

<sup>16</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 114.

<sup>17</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 430.



darda razumne naknade štete.<sup>18</sup> Takođe, on govori o razumnim razlozima za činjenje razlike u postupanju, dakle za različito postupanje, koji isključuju diskriminaciju.<sup>19</sup>

U jednoj presudi u vezi sa sporom koji se ticao dopuštenosti pružanja diplomatske zaštite akcionarima multinacionalne kompanije, Međunarodni sud ističe da je nužno da se u oblasti diplomatske zaštite, kao i u drugim oblastima međunarodnog prava, razumno primenjuje pravo.<sup>20</sup> U predmetu Gabčikovo-Nadžmaroš Međunarodni sud primećuje da načelo dobronamernosti obavezuje ugovornice da ugovor primenjuju na razuman način i na takav način da se njegov cilj može ostvariti.<sup>21</sup>

Zaista, Međunarodni sud vidi u razumnosti kontrolora ne samo tumačenja već i primene međunarodnog prava. Ponekad posebne činjenične okolnosti čine dejstvo pravnog pravila nepravičnim. Tada Međunarodni sud dopušta razumno odstupanje od uobičajenog načina primene pravila da bi se novim načinom postigao razuman rezultat.<sup>22</sup> Ili, u nedostatku konkretnog pravnog pravila, koje bi mogao da primeni, Sud derivira pravila iz postojećeg prava tako da ona daju razuman rezultat.<sup>23</sup>

U presudi iz 1974. godine u sporu između V. Britanije i Islanda, Međunarodni sud kaže da je međunarodno pravo mora proizvod uzajamnog prilagođavanja, razumnosti i saradnje.<sup>24</sup> Sud je imao, videćemo kasnije, poseban razlog da to kaže u toj presudi baš u vezi sa pravom mora koje je zajedničko ili opšte dobro (*res communis omnium*) svih država. Videćemo, takođe, da se razumnost, uzaja-

<sup>18</sup> *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N. E.S.C.O.*, Advisory Opinion of October 23rd, 1956 : I.C.J. Reports 1956, p. 100; *Corfu Channel case* Judgment of December 15th, 1949 : I.C.J. Reports 1940, p. 249.

<sup>19</sup> *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012, para. 39, 44.

<sup>20</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, para. 93.

<sup>21</sup> *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para. 142.

<sup>22</sup> *Fisheries case*, Judgment of December 18th, 1951: I.C. J. Reports 1951, str. 131.

<sup>23</sup> *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 90.

<sup>24</sup> *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Island), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 53; *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Island), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 45.

mno prilagođavanje i saradnja međusobno prožimaju. U stvari, razumnost zahteva uzajamno prilagođavanje koje treba da se ostvari kroz saradnju država.

Test razumnosti koji je korišćen za rešavanje suprotstavljenih zahteva, koji su se zasnivali na slobodi otvorenog mora, pre kodifikacije prava mora, pretočen je u st. 2 čl. 2 Ženevske konvencije o otvorenom moru iz 1958. godine. Saglasno tom propisu države pri korišćenju sloboda otvorenog mora treba razumno da uzmu u obzir ostvarivanje sloboda drugih država na moru. U pomentom sporu između V. Britanije i Islanda u vezi sa njihovim ribolovnim pravima na otvorenom moru, Sud je našao da ribolovna prava obe države jesu utemeljena u međunarodnom pravu i obavezao ih je da u međusobnim pregovorima odrede dozvoljene kvote ulova, razumno pazeći na interese ne samo druge strane i trećih država, čiji državljani tradicionalno love ribu u tim vodama, već i interese očuvanja ribljih fondova u spornim vodama. Tako Međunarodni sud unosi standard razumnosti u međunarodne pregovore i primenjuje kasnije taj standard na sve međunarodne pregovore, dakle i one koji se ne odnose na pravo mora, odnosno na zajedničke resurse.

Cilj ovog teksta jeste da pokaže kako je Međunarodni sud konstituisao standard razumnosti u međunarodnom pravu u kontekstu zajedničkih, odnosno podeljenih resursa te kako ga je uzdigao u opšti standard međunarodnog pregovaranja. Pokušaću, takođe, da odredim sadržaj tog standard.

*Konstituisanje standarda razumnosti u kontekstu  
međunarodnog prava koje se odnosi na zajedničke  
i podeljene resurse*

Poreklo ovog standarda nalazi se u testu razumnosti koji je pre kodifikacije prava mora korišćen za rešavanje sukoba različitih interesa država na moru. Pedesetih godina prošlog veka iskrslo je pitanje legalnosti američkih testova hidrogenske bombe na Pacifiku. Imajući u vidu proglašavanje zona opasnosti, značajne veličine, na okeanu, grof Džaut (Earl Jowitt) je u Domu lordova Britanskog parlamenta izneo da takva praksa nije u skladu sa slobodom plovidbe na moru. Slično mišljenje iznosi E. Margolis (E. Margolis) u Jejskoj pravnoj reviji. U uredničkom članku u Američkoj reviji za međunarodno pravo odgovara im MekDugal (McDougal).<sup>25</sup> Taj odgovor je značajan za našu temu jer se u njemu autor pozi-

---

<sup>25</sup> M. S. McDougal, The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea, *American Journal of International Law*, 3/1955, str. 356-361.

va na test razumnosti kao pravni mehanizam koji koriste svi donosiocu odluka, kako nacionalni službenici tako i međunarodne sudije, za rešavanja sukoba interesa u vezi sa korišćenjem mora, kao opšteg dobra koje pripada svim državama. Primena ovog testa u MekDugalovoj verziji izgleda ovako. Pravo na samoodbranu zajemčeno je Poveljom UN te je i priprema za samoodbranu (slobodnog sveta) legitimna i opavdana aktivnost. Nuklearnim testovima se, istina, zadire u slobode mora, u plovidbu i ribarenje u zonama opasnosti, ali privremeno, u ograničenom prostoru i neznatno. Korist koju imaju SAD (i slobodni svet) od izgradnje kapaciteta samoodbrane preteže, dakle, nad mogućom malom štetom koju trpe druge države zbog privremenog ograničenja plovidbe i ribolova. Prema tome, nuklearni testovi na pacifičkim atolima nisu nespojivi sa slobodom mora.<sup>26</sup> Isti stav ponovio je predstavnik SAD na Konferenciji UN o pravu mora u Ženevi 1958. godine: "Legalnost svih korišćenja otvorenog mora treba da se odredi primenom testa razumnosti. Pošto SAD vrše nuklearne testove pod rigidnom kontrolom da bi osigurale minimalni nivo uplitanja u korišćenje otvorenog mora od strane drugih država, one su ubeđene da je takvo krišćenje razumno i, prema tome, legalno."<sup>27</sup>

Pripremajući nacrt konvencije o pravu mora, specijalni izvestilac Komisije UN za međunarodno pravo Fransa (François) pozvao se na test razumnosti u Mek Dugalovom tekstu u Američkoj reviji za međunarodno pravo i, polazeći od toga da je Komisija za međunarodno pravo koristila standard razumnosti u ranijim svojim nacrtima drugih konvencija, predložio je sledeći član o slobodi mora: "Sloboda otvorenog mora ne uključuje pravo korišćenja otvorenog mora na način koji nerazumno sprečava druge države da koriste ovu slobodu. Naučna istraživanja i testovi novog oružja na otvorenom moru su dozvoljeni jedino pod ovim uslovom."<sup>28</sup> Razumno ometanje drugih država u korišćenju slobode mora je, dakle, dopušteno. A šta je razumno ometanje? Imajući u vidu MekDugalov tekst, to je ono koje jednoj ili nekim državama donosi značajnu korist, a drugima ne pričinjava veliku štetu.

<sup>26</sup> Osam godina kasnije, 1963. godine zaključen je Ugovor o zabrani testova nuklearnog oružja u vazduhu, kosmosu i pod vodom. Najveći broj ugovornica ratifikovao je taj ugovor iste 1963 ili sledeće godine. To pokazuje koliko su države tu stvar smatrale urgentnom i važnom.

<sup>27</sup> Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume IV (Second Committee (High Seas: General Regime), A/CONF.13/C.2/SR.6-10, str. 15.

<sup>28</sup> Regime of the High Seas and Regime of the Territorial Seas, Report by J. P. A. François, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1956/II, str. 10, para. 51, 52.

Međutim, Komisija za međunarodno pravo, pomoćno telo Generalsne skupštine UN, nije prihvatila predlog navedene formulacije specijalnog izvestiova Fransa, izbacila je odrednicu o nerazumnom sprečavanju iz teksta predloga, a u komentar relevantnog člana je stavila da su države dužne da se uzdrže od akata koji bi mogli štetno da pogode korišćenje otvorenog mora od strane državljana drugih država. Predstavnik SAD se suprostavio izbacivanju načela razumnosti na Ženevskoj konferenciji o pravu mora 1958. godine i založio se za očuvanje načela razumnosti u toj formulaciji jer je ono korišćeno od davnina za ocenu šta je legalno na otvorenom moru i zato što ono treba da obezbedi svim državama optimalno korišćene otvorenog mora.<sup>29</sup> Predstavnik V. Britanije je podržao američki stav i predložio da drugi stav člana u kome su nabrojane slobode otvorenog mora glasi: "Sve države će vršiti ove slobode i druge koje su priznate opštim načelima međunarodnog prava uz razumnu pažnju prema interesima drugih država u njihovom vršenju slobode otvorenog mora."<sup>30</sup> Uprkos protivljenju istočnoevropskih zemalja, ovaj britanski predlog je prihvaćen i postao je stav 2 člana 2 Ženevske konvencije o pravu otvorenog mora iz 1958 godine. Tako je test razumnosti našao svoj ugovorni izraz u stavu 2 člana 2 Ženevske konvencije. Imajući u vidu *travaux préparatoires* ovog propisa, vršenje razumne pažnje prema interesima drugih država znači da država vrši test razumnosti svojih aktivnosti na otvorenom moru, dakle utvrđuje legitimitnost cilja svojih aktivnosti, te ispituje koliko te aktivnosti zadiru u interese drugih država i procenjuje na osnovu odnosa svog dobitka i njihovih gubitaka u svetlu važnosti cilja da li je aktivnost legalna.

Šesdesetih i sedamdesetih godina dvadesetog veka Island, Nemačka i Velika Britanija se spore u vezi sa nastojanjem Islanda da proširi svoju isključivu ribolovnu zonu. Razmenom nota između dve države 1961. godine Velika Britanija je prihvatila zonu od 12 milja od polaznih obalnih linija kao isključivu ribolovnu zonu Islanda.<sup>31</sup> Međutim, 1972. godine Island jednostrano istupa iz tog dogovora i proglašava svoju isključivu ribolovnu zonu od 50 milja. Dve strane pregovaraju i, imajući u vidu izuzetnu zavisnost Islanda od ribolova, V. Britanija je spremna da prizna preferencijalna prava Islanda u zoni izvan 12 milja, ali dve strane nisu

---

<sup>29</sup> Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume IV (Second Committee (High Seas: General Regime), A/CONF.13/C.2/SR.16-20, str. 41.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 13, para. 26.

mogle da se dogovore oko obima tih prava i načina njihove implementacije.<sup>32</sup> Velike Britanije pokreće 1972. godine postupak pred Međunarodnim sudom protiv Islanda zbog jednostranog proširenja ribolovnih zona, suprotno sporazumu o ribolovnim granicama, postignutom razmenom nota između dve strane iz 1961. godine. Imajući u vidu tadašnje međunarodno običajno pravo, Sud je potvrdio postojanje preferencijalnih ribolovnih prava Islanda u okolnom moru izvan zone od 12 milja, polazeći od izuzetne zavisnosti Islanda od ribolova, što uostalom V. Britanija nije opsoravala.

Sud je, međutim, konstatovao i postojanje tradicionalnih ribolovnih prava V. Britanije u tim vodama, sa obzirom na činjenicu da su britanski ribari tamo lovali ribu u dugom vremenskom periodu. On je, takođe, konstatovao zavisnost britanske ribolovne industrije od ribolova u tim vodama. Sud je ustanovio da koncept preferencijalnih prava ne znači koncept isključivih prava, dakle koncept koji bi isključio ribare svih drugih država iz ribolovnih oblasti. Konzervacija ribolovnih resursa u moru oko Islanda bila je u interesu obe zemlje i bila je predviđena nekim međunarodnim sporazumima. Pošto se more izvan zone od 12 milja smatralo otvorenim morem, Sud se pozvao na načelo razumnog poštovanja interesa drugih država, koje je proklamovano stavom 2 člana 2 Ženevske konvencije o otvorenom moru iz 1958. godine.

Imajući u vidu ovako utvrđeno pravno stanje, Sud nalazi da se spor može rešiti pomirenjem preferencijalnih ribolovnih prava Islanda sa tradicionalnim ribolovnim pravima V. Britanije<sup>33</sup> te da su pregovori najbolji metod postizanja tog pomirenja. Koncept preferencijalnih prava, po mišljenju Suda, implicira nužnost pregovora radi definisanja obima tih prava. U tim pregovorima svaka strana treba u dobroj veri razumno da uzmu u obzir prava druge strane u vodama izvan 12 milja, te da se tako ostvari pravična podela ribolovnih resursa, koja bi bila zasnovana na činjenicama konkretne situacije. Imajući u vidu da su i neke druge države ustanovile svoja ribolovna prava u tim oblastima, Sud kaže da Island i V. Britanija u međusobnim pregovorima uzmu u obzir i interese tih trećih država kao i interese konzervacije ribljih fondova. Sud primećuje da pregovori ne mogu biti jednostavno stvar nalaženja pravičnog rešenja, već da se pravično rešenje derivira iz postojećeg prava.<sup>34</sup> Međunarodni sud je našao da su dve strane obavezne da

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 16, para. 32.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 30, para. 69.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 33, para. 78.

dobronamerno pregovaraju radi nalaženja pravičnog rešenja spora o ribolovnim pravima u spornoj oblasti.<sup>35</sup> Dve strane treba u pregovorima tako da odrede obim svojih ribolovnih prava da se njima ne povredi konzervacija i razvoj ribolovnih resursa u spornoj oblasti niti interesi drugih država u konzervaciji i pravičnoj eksploataciji tih resursa.<sup>36</sup>

Važno je ovde primetiti stav Suda da države treba u pregovorima razumno da uzmu u obzir ne samo posebne interese drugih država već i zajedničke interese u konzervaciji i razvoju ribolovnih resursa u spornoj oblasti. Sud je, dakle, našao da postoji obaveza ovih država da nadgledaju ove resurse i da u svetlu naučnih i drugih informacija zajedno ispituju mere potrebne za konzervaciju, razvoj i pravičnu eksploataciju ovih resursa, koristeći mehanizam uspostavljen Konvencijom o ribolovu u severo-istočnom Atlantiku ili koristeći druge mehanizme koje mogu da ustanove u pregovorima.

Istovremeno sa rešavanjem spora između V. Britanije i Islanda, Sud je rešavao spor između Nemačke i Islanda koji je u pogledu činjenica i prava bio istovetan onom između V. Britanije i Islanda, te su nalazi i odluke Suda bili isti. Ipak, postojala je jedna razlika u pogledu činjenica koja je podstakla Sud na jednu novu konstataciju. Naime, dok je trajao postupak pred Međunarodnim sudom Island i V. Britanija su zaključile privremeni sporazum kojima su odredile svoje ribolovne kvote i koji je ostavljao vreme da dve države pregovorima utvrde ribolovne kvote saglasno presudi Suda. Međutim, Nemačka i Island nisu zaključile sličan privremeni sporazum o određivanju ribolovnih kvota. Na zahtev Nemačke Sud je na početku postupka doneo privremenu meru kojom je utvrdio ribolovne kvote za Island i Nemačku. Privremena mera važi do okončanje postupka i donošenjem presude ona je prestala da važi. U vezi sa tim Sud kaže: "Bez obzira na činjenicu da strane nisu zaključile privremeni sporazum, one nisu slobodne da vrše svoje ribolovne aktivnosti u spornim vodama bez ograničenja. Pregovori u dobroj veri, koje je Sud naredio, uključuju u okolnostima ovog slučaja obavezu strana da pokažu razumnu pažnju prema pravima druge i zahtevima za konzervaciju dok se pregovori ne okončaju..."<sup>37</sup> Države su dužne, dakle, da pokažu razumnu pažnju

---

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 34

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Island), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para 70.

prema pravima druge države ne samo u pregovorima radi nalaženja rešenja već i dok pregovori traju u pogledu korišćenja zajedničkih resursa.

Slično rezonovanje Međunarodnog suda nalazimo u predmetima koji se odnose na korišćenje međunarodnih reka. U predmetu *Gabčikovo-Nađmaroš* Sud se bavi osnovnim pravom države na pravično i razumno učešće u korišćenju podeljenih resursa međunarodne reke i nalazi da je uspostavljanje unilateralnog kontrole jedne obalne države na podeljenim resursom suprotno tom pravu.<sup>38</sup> Predmet spora između Mađarske i Slovačke, kao sukcesora Čehoslovačke, je bio da li je Ugovor o gradnji i funkcionisanju sistema brana Gabčikovo-Nađmaroš, koga su zaključile Čehoslovačka i Mađarska 1977. godine na snazi i da li ga je Čehoslovačka jednostanim akcijama na Dunavu, skretanjem 80 do 90% vode, pošto se Mađarska povukla iz Ugovora, prekršila. Sud je odgovorio potvrdno na oba pitanja. Ugovorom je implementirano pravo dve susedne države na pravično i razumno korišćenje resursa reke Dunav, iako sam Ugovor to pravo ne pominje, već predviđa podelu troškova i koristi između dve države u jednakim delovima.

Sud je primetio da to što se Mađarska povukla iz Ugovora ne znači da se odrekla svog osnovnog prava na pravično i razumno učešće u korišćenju podeljenog resursa. Pošto je tako definisao pravnu situaciju, Sud je obavezao dve strane da pregovorima obezbede ostvarivanja predmeta i cilja Ugovora iz 1977. godine i da pri tome uzmu u obzir pravila zaštite životne sredine, koja su se u međuvremenu pojavila. Pravno rezonovanje Suda u ovom predmetu slično je onom u gore prikazanim sporovima između Islanda, Namačke i V. Britanije. Jednostrano proglašenje isključive ribolovne zone od strane Islanda i isključenje britanskih i nemačkih ribara iz te zone bilo je suprotno tadašnjem pravu mora i, posebno, st. 2 čl. 2 Ženevske konvencije o pravu mora. Isto tako, jednostrana akcija Čehoslovačke, kojom je zahvaćeno 80 do 90% resursa Dunava, suprotna je osnovnom pravu Mađarske na pravično i razumno korišćenje reke. U jednom kasnije predmetu Sud primećuje da korišćenje zajedničke reke ne bi moglo da se smatra pravičnim i razumnim, ako interesi druge obalne države, uključujući zaštitu životne sredine u njoj, ne bi bili uzeti u obzir.<sup>39</sup> Tako je Sud obavezu razumne pažnje prema inte-

<sup>38</sup> *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para 78, 85

<sup>39</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 177.



resima druge države protegao na pravo korišćenja međunarodnih reka u vanplovidbene svrhe.

Ono što je zajedničko razmatranim presudama jeste da se one odnose na problem korišćenja zajedničkih resursa mora, odnosno podeljenih resursa međunarodnih reka. Međutim, spor između Grčke i Makedonije u vezi sa imenom poslednje<sup>40</sup>, nije se ticao korišćenja zajedničkih niti podeljenih resursa. U postupku koji je Makedonija vodila protiv Grčke zbog toga što joj je Grčka blokirala njeno učlanjenje u NATO, Međunarodni sud je ispitivao da li su dve strane vodile smislene pregovore o imenu države, te je naveo standarde smislenih pregovora. Jedan od standarda glasi da pregovori koji se preduzimaju radi postizanja sporazuma impliciraju da strane treba da pokažu razumnu pažnju prema interesima druge.<sup>41</sup> Tako je Međunarodni sud promovisao ovaj standard u opšti standard međunarodnog pregovaranja.

Zanimljiva je putanja preobražaja testa razumnosti, kao opšteg standarda prava mora, u razumno uzimanje u obzir interesa drugih država, kao opšteg standarda međunarodnih pregovora. Akteri tog preobražaja su Komisija za međunarodno pravo, države učesnice Ženevske konvencije o pravu mora i sudije Međunarodnog suda. Flečer (Fletcher) smatra da je koncept "razumnosti" karakterističan za *common law* dok je koncept "ispravnog" tipičan za *civil law*.<sup>42</sup> Vik (Vick) navodi da razumno korišćenje podeljenih voda predstavlja načelo razvijeno u *common law-u* radi rešavanja sporova između privatnih korisnika voda,<sup>43</sup> te da je odatle dospelo u međunarodno pravo.

Zaista, na test razumnosti ukazali su američki pravници i zastupali su ga na Ženevskoj konferenciji. Holandanin Fransoa, pripadnik *civil law* škole, specijalni izvestilac Komisije za međunarodno pravo, isključio je iz sloboda otvorenog mora korišćenja koja nerazumno sprečavaju druge da koriste iste slobode. Predstavnik V. Britanije je dao formulaciju o razumnoj pažnji, razumnom obziru prema interesima drugih (reasonable regard), koja je prihvaćena. Moguće je da ta formulacija nije bila samo politički kompromis, jer se u njoj ne pominju testovi novog oruž-

---

<sup>40</sup> *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011, para 132.

<sup>41</sup> *Ibid.*, para 132.

<sup>42</sup> G. P. Fletcher, *The Right and the Reasonable*, *Harvard Law Review*, 1985, str. 949.

<sup>43</sup> M. J. Vick, *The Law of International Waters: Reasonable Utilization*, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 2012, str. 143.



ja, protiv čega je bio istočni blok, već i kulturološki kompromis između *common law-a* i *civil law-a*. Stav 2 člana 2 Ženevske konvencije vezuje standard razumne pažnje ili razumnog obzira za interese drugih država u njihovom vršenju slobode mora. Međunarodni sud, videli smo u predmetima u vezi sa pravom ribolova, smatra da se obaveza razumne pažnje odnosi i na konzervaciju, dakle očuvanje i razvoj ribljih resursa. Očuvanje ribljih resursa nije nešto što bi direktno moglo da se podvede pod korišćenje mora. Koristeći široko tumačenje stava 2 člana 2 Ženevske konvencije, Međunarodni sud ostavlja u životu izvornu koncepciju razumnosti koja uključuje ocenu opravdanosti aktivnosti država na moru. Međutim, ocena opravdanosti nije rezultat pukok rezonovanja Suda. Sud se u stavu da su države dužne razumno da paze na interese zaštite ribljeg fonda oslanja na međunarodne sporazume država o zaštiti ribljih fondova koji su tada bili na snazi.

#### SADRŽAJ STANDARDA RAZUMNOSTI

Sadržaj standarda razumnosti u međunarodnom pravu nije lako utvrditi. Kada je u pitanju tumačenje međunarodnog prava, moguće je da istovremeno postoje dva razumna tumačenja. Događalo se u praksi da je Međunarodni sud tumačio isti propis različito u različitim fazama postupka. To se dogodilo, na primer, u sporu između Gruzije i Rusije u vezi sa primenom Međunarodne konvencije o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije.<sup>44</sup> Tumačeći član 22 Konvencije o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije u postupku u vezi privremenih mera zaštite, Sud je našao, istina, *prima facie*, da ima nadležnost.<sup>45</sup> Tumačeći isti propis u istom činjeničnom sklopu u postupku odlučivanja o prigovorima na nadležnost, Sud je našao da nema nadležnost. U odvojenom, suprotnom mišljenju manjina sudija u postupku o prigovorima, koja je bila većina u postupku o privremenoj zaštiti, kritikovala je striktno tumačenje čl. 22 Konvencije, ali je primetila da, iako ga ona ne prihvata, to tumačenje nije apsurdno i nerazumno.

Moguće je, očigledno, da oba suprotna tumačenja budu razumna. U jednom predmetu Sud dozvoljava da je moguće više razumnih zaključaka, pa govori

<sup>44</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 353

o razumnijem zaključku.<sup>46</sup> Naravno, nekada može da bude samo jedno tumačenje razumno. U jednom predmetu Sud primećuje da samo jedno tumačenje obezbeđuje delotvornost propisa i razuman rezultat, a da bi svako drugo tumačenje učinilo propis nedelotvornim i vodilo nerazumnom rezultatu.<sup>47</sup>

Kako je napred već pomenuto, Međunarodni sud je u jednom predmetu primetio: “Jasno je da ono što je razumno i pravično u datom slučaju mora zavisi od njegovih posebnih okolnosti.”<sup>48</sup> Sud uporedo koristi termine “pravično” i “razumno”. To nisu sinonimi, to nisu termini koji imaju isto značenje. Razmatrajući razliku između dva termina u kontekstu međunarodnog rečnog prava, Vik nalazi da se termin “pravičano” odnosi na podelu resursa vodenog toka, a termin “razumano” na korišćenje resursa vodenog toka i njime se određuje da li su cilj radi koga se voda koristi i količina koja se koristi razumni u konkretnim okolnostima.<sup>49</sup> MekDugal razmatra cilj probi nuklearnog oružja na Pacifiku i nalazi da je on opravdan jer služi jačanju kapaciteta za samoodbranu. Pored toga, on razmatra korist koju testovi donose i štetu koju prave i nalazi da odnos koristi i štete opravdava testove. Dakle, i on test razumnosti vezuje za ispitivanje opravdanosti cilja i evaluaciju načina zadovoljavanja cilja u odnosu na druga korišćenja. Kortzen nalazi, takođe, mesto za razumnost u ispitivanju odnosa legitimnog cilja i načina njegovog postizanja.

Standard razumnosti manje se zasniva na rezonovanju samog suda, a više na ponašanju zainteresovanih strana. U sistemu *common law-a* kada je rešavao konflikt interesa privatnih korisnika vodenog toka, sudija istražuje prethodnu praksu tih korisnika, njihove ugovore, njihove dokaze o korišćenju, uzajamno nadgledanje korišćenja itd.<sup>50</sup> I u predmetima koji su se ticali ribolovnih prava, Međunarodni sud je pošao od prakse ribarenja Islanda, Nemačke i V. Britanije, od toga da su se količine ulovljene ribe ribarskih flota tri države razlikovale, kao što su se nacionalne potrebe ovih država u pogledu ribolova razlikovale. Pored

---

<sup>46</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) ICJ Judgment of 11. September 1992, para 174.

<sup>47</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C. J. Reports 1995, p. 19.

<sup>48</sup> *Continental Shelf* (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para. 72.

<sup>49</sup> M. J. Vick, *op. cit.*, str. 145.

<sup>50</sup> J. Getzler, *A History of Water Rights at Common Law*, 2004, str. 349, navedeno prema M.J. Vick, *op. cit.* 149.

toga, Sud polazi i od toga da su ugovorima o zaštiti ribljih fondova države prihvatile cilj očuvanja ribljih fondova kao opravdan. Takođe, Sud je primetio da je on utvrdio prava i obaveze strana na osnovu tada važećeg prava, a ne na osnovu nekog budućeg prava. Razumnost unosi veliku fleksibilnost u pravo ali ne i odlučivanje protiv prava i mimo prava. Zahtev za uspostavljanje isključivih ribolovnih zona izvan teritorijalnog mora nije postavio tada samo Island već i druge države čije su ekonomije bile izuzetno zavisne od ribolova i, zaista, na Konferenciji o pravu mora 1982. godine prihvaćen je institut isključive ekonomske zone u širini od 200 milja. Ali, to se desilo osam godina posle odlučivanja Suda u sporovima između Islanda, Nemačke i V. Britanije.

Na Ženevskoj konferenciji o pravu mora predstavnik SAD, zalažući se za unošenje koncepta razumnosti kao standarda u pogledu korišćenja slobodnog mora, istakao je da taj koncept omogućava optimalno korišćenje mora za sve države. Danas bi se moglo reći da standard treba da omogući optimalno i održivo korišćenje.

Polazeći od iznetog može se reći da opšti standard razumnosti u kontekstu zajedničkih, odnosno podeljenih resursa znači sistemski pravni pristup, dakle oslanjanje na ceo sistem međunarodnog prava radi usklađivanja konfliktnih interesa država kroz evaluaciju ciljeva korišćenja i načina korišćenja. Evaluacija značaja ciljeva i načina njihovog ostvarivanja služi pravnoj artikulaciji međusobnog prilagođavanja koje će omogućiti svima da ostvaruju legitimne ciljeve u meri da svi oni budu postignuti srazmerno svom značaju za involvirane države i međunarodnu zajednicu kao celinu. Ovaj standard nalazi primenu u složenim situacijama u kojima se pojavljuje više legitimnih ali suprotstavljenih ciljeva.

U tom smislu standard razumnosti može značajno da doprinese ostvarivanju načela održivog razvoja kojim treba da se pomire ili dovedu u potrebnu ravnotežu interesi ekonomskog razvoja i interesi zaštite i unapređenja životne sredine. Zaista, Međunarodni sud je našao u jednom predmetu da član 27 Statuta reke Urugvaj pokazuje međusobnu povezanost pravičnog i razumnog korišćenja podeljenog prirodnog resursa i ravnoteže ekonomskog razvoja i zaštite sredine koja čini suštinu održivog razvoja.<sup>51</sup> Članom 27 Statuta predviđeno je da će pravo ugovornice da koristi vodu reke, u okviru svoje jurisdikcije, za domaće, sanitarne, industrijske i poljoprivredne svrhe biti vršeno bez štete po primenu postupka usta-

<sup>51</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 177.

novljenog članovima od 7 do 12, kada to korišćenje pogađa režim reke ili kvalitet njenih voda. Pomenutim članovima predviđeno je da ugovornica obavesti zajedničku rečnu komisiju o planiranoj aktivnosti na reci, te ako komisija nadje da će se planiranom aktivnošću dirati u režim toka ili kvalitet vode, ona obaveštava o tome obe ugovornice koje nastoje u pregovorima da se dogovore, a ako ne uspeju, svaka može da iznese stvar pred Međunarodni sud.

Pariski sporazum o klimi iz 2015. godine predstavlja uspešnu primenu načela održivog razvoja. Zaštita klimatskog sistema Zemlje, odnosno zaustavljanje ubrzanog zagrevanja Zemljinih sfera, jeste jedan od najsloženijih i najtežih zadataka sa kojim se suočila međunarodna zajednica. On spada u najznačajnije zadatke jer neprekinuti porast temperature na Zemlji vodi devastirajućim ekološkim i socijalnim posledicama. Klimatski sistem je svakako zajedničko dobro. Ne može se govoriti o korišćenju klime ali može da se govori o korišćenju fosilnih goriva, uglja i nafte, čiji produkt, gas ugljen dioksid, utiče na promenu klime, odnosno zagrevanje. Nacionalne ekonomije se još uvek zasnivaju na korišćenju tih resursa. Sporazum je specifičan po tome što je precizno odredio ciljeve koje ugovornice treba da postignu i rok za postizanje tih ciljeva, dok je u određivanju načina postizanja tih ciljeva i pogotovu konkretnih obaveza ugovornica bio mnogo manje određen. Zbog toga standard razumnosti može da ima naročiti značaj u njegovoj implementaciji.

U sporu između Grčke i Makedonije Međunarodni sud je proklamovao obavezu razumnog uzimanja u obzir interesa drugih država kao opšti standard međunarodnog pregovaranja. Interesi koji se razumno uzimaju u obzir ne mogu biti interesi koji su suprotni međunarodnom pravu i koji nisu legitimni. Niti način ostvarivanja tih interesa sme da bude suprotan međunarodnom pravu. Razumno uzimanje u obzir znači vaganje suprostavljenih interesa, istraživanje njihove važnosti za pojedine države ili za međunarodnu zajednicu i razmatranje koristi za jedne i štete za druge. Ta obaveza obuhvata i obavezu izvesnog samoograničavanja. I dok traju pregovori i kada ne traju pregovori razumno je voditi računa o interesima drugih. Da je ovo načelo dosledno poštovano u međunarodnim poslovima, međunarodna zajednica bi se danas suočavala sa mnogo manje problema.

## ZAKLJUČAK

Standard ili standardi razumnosti u međunarodno pravo vrše više funkcija. Zajedno sa načelom pravičnosti, razumnost čini opšti pravni supstitut za svako

nedostajuće konkretno pravno pravilo. Standard razumnosti kontroliše tumačenje i primenu međunarodnog prava. Ukoliko se autentičnim sredstvima tumačenja, definisanim u članu 31 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, stiže do nerazumnog značenja propisa ugovora, dakle do značenja koje je suprotno ciljevima ugovora, koje je očigledno nepravično ili koje praktično nemoguće ostvariti, član 32 Bečke konvencije zahteva da se koriste dopunska sredstva tumačenja kako bi došli do razumnog značenja ugovora. Razumnost zahteva izvesnu fleksibilnost u primeni prava kako bi se izbegli očigledno nepravični rezultati. Naravno, razumnost i sama podrazumeva fleksibilnost što znači da ona nekad zahteva samo jedno tumačenje i isključuje sva druga, dok u drugim situacijama dozvoljava dva suprotna tumačenja.

Tekst je posvećen standardu razumnosti koji se pojavio u međunarodnom pravu prvo kao test razumnosti u pravu mora, a zatim je interakcijom Komisije za međunarodno pravo, država na Ženevskoj konvenciji o pravu mora i Međunarodnog suda preobražen u opšti standard međunarodnih pregovora. Pre kodifikacije prava mora test razumnosti je kontrolisao legalnost aktivnosti na otvorenom moru putem evaluacije ciljeva aktivnosti i načina vršenja aktivnosti, kako bi svima bilo omogućeno korišćenje slobode mora u optimalnom obimu. Na Ženevskoj konferenciji o pravu mora 1958. godine taj standard je ugrađen u stav 2 člana 2 Ženevske konvencije o otvorenom moru kroz obavezu svake ugovornice da razumno pazi na interese drugih država u vršenju sloboda mora. U sporovima između Islanda, Nemačke i V. Britanije oko ribolovnih prava Međunarodni sud proteže obavezu razumne pažnje i na očuvanje ribljih fondova na otvorenom moru 1974. godine. Kasnije, on primenjuje standard razumnosti u pogledu korišćenja podeljenih resursa međunarodne reke. Neko vreme, dakle, Međunarodni sud primenjuje taj standard u kontekstu zajedničkih resursa otvorenog mora, odnosno podeljenih resursa međunarodne reke. Međutim, u sporu između Grčke i Makedonije, 2011. godine Međunarodni sud ubraja ovaj standard u opšte standarde smislenog pregovaranja, navodeći da države u međunarodnim pregovorima treba da razumno paze na interese drugih država.

Procena pravičnosti i razumnosti vezuje se za konkretne okolnosti, za konkretne činjenice. Ta procena nije bilo kakva procena već se ona oslanja na međunarodno pravo i sledi logos međunarodnog prava. Opšti standard razumnosti znači sistemski pravni pristup, dakle oslanjanje na ceo sistem međunarodnog prava radi usklađivanja konfliktnih interesa država kroz evaluaciju ciljeva i načina ostvarivanja tih ciljeva. Evaluacija značaja ciljeva i načina njihovog ostvarivanja

služi pravnom oblikovanju međusobnog prilagođavanja koje će omogućiti svima da ostvaruju legitimne ciljeve srazmerno značaju tih ciljeva za involvirane države i međunarodnu zajednicu kao celinu.

RODOLJUB ETINSKI, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: REASONABLENESS REQUIRES  
RESPECT FOR LEGITIMATE INTERESTS OF OTHER STATES

Summary

Standards of reasonableness perform more functions. They control legal reasoning, including creation, interpretation and application of international law. When Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties results in an unreasonable meaning, it activates employment of supplementary means of interpretation. Facts can require certain flexibility in the application of an international rule to come to reasonable result.

The article is dedicated to reasonableness as a general standard of meaningful international negotiation, as it was born in the practice of the International Court of Justice. The text points on transformation of standard of reasonableness from the status of the customary rule of the law of the sea into the status of general principles of negotiations and traces the path of transformation that began by the debate on lawfulness of nuclear probes on the sea and led via International Law Commission and the Geneva Conference on the Law of the Sea to the practice of the International Court of Justice. The essence of the standard is that States have to dedicated reasonable regard to legitimate interests of other States.



SANJA ĐAJIĆ

## NOVČANA NAKNADA EKOLOŠKE ŠTETE PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE

– U predmetu *Kostarika protiv Nikaragve* (2018) –

### U V O D

Međunarodni sud pravde je 2. februara 2018. godine prvi put u svojoj dugoj istoriji doneo presudu kojom je dosudio novčanu naknadu za ekološku štetu. Ovom presudom Međunarodni sud pravde čini korak dalje u međunarodnoj zaštiti životne sredine. Iako se ova sudska institucija nije smatrala najboljim forumom za zaštitu životne sredine, novijom praksom se adaptirala na specifičnost normi zaštite životne sredine i trendu sudske zaštite oštećenih subjekata kao i sve učestalijoj pojavi priznanja utuživosti normi međunarodnog ekološkog prava. Na ovaj način Sud sam sebe reformiše, jer je od ranije prakse u kojoj se ustručavao da uopšte izriče novčanu naknadu štete prešao dug put kada se odlučio da ovakvu naknadu izrekne upravo za ekološku štetu. Oba koraka su za Sud značajna i on ovom odlukom sebe pozicionira na mapi sudskih institucija za rešavanje ekoloških sporova i šalje jasnu poruku državama, kao jedinim mogućim tužiocima, da norme zaštite životne sredine jesu kao i sve druge norme koje mogu biti predmet

---

Dr Sanja Đajić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je nastao kao rezultat rada na projektu “Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo” br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.



tužbenog zahteva i osnov odgovornosti države, ali i da je ekološka šteta kao i svaka druga šteta koja je podobna za novčano obeštećenje.

Međutim, čini se da pohvale Sudu za zaštitu životne sredine tu i prestaju. Visina naknade koju je Sud dosudio (120.000 USD za potpunu devastaciju zaštićenog ekološkog područja) i ne sasvim jasan kriterijum za utvrđivanje visine odštete relativizuju progres načelno učinjen ovom presudom i bacaju senku na efikasnu sudsku zaštitu normi o zaštiti životne sredine jer im ovakva odluka na neki način oduzima svrhu i vrednost.

U ovom radu će biti dat pregled dve odluke Međunarodnog suda, prve kojom je ustanovljena odgovornost Nikaragve zbog povrede pravila zaštite životne sredine, i druge kojom je u korist Kostarike izrečena novčana naknada zbog štete na životnoj sredini u pograničnom području. Pregled prakse prati i analiza kriterijuma koje je koristio Sud prilikom utvrđivanja odgovornosti Nikaragve i obračuna štete.

### *Kostarika i Nikaragva: neumorni parničari*

Presuda o kojoj je u ovom radu reč je zapravo epilog dugih i brojnih sudskih postupaka i političkih razmirica između dve susedne zemlje, Kostarike i Nikaragve. Sporovi u vezi sa ovim područjem datiraju još iz sredine 19. veka kada je nakon rata 1858. godine zaključen dvostrani sporazum o razgraničenju. Ovim sporazumom reka San Huan pripala je Nikaragvi a granica između dve države povučena je na obali ove reke na strani Kostarike, dok je Kostarika stekla pravo slobodne plovidbe na reci. Spor se nije završio ovim sporazumom tako da su dve države arbitražnim sporazumom iz 1886. godine poverile predsedniku SAD, Stivenu Groveru Klivlendu, da kao arbitar pojedinac odluči o punovažnosti sporazuma o razgraničenju i nekim drugim pitanjima u vezi sa tumačenjem ovog ugovora. Arbitar je doneo odluku 1888. godine kojom je potvrdio punovažnost ugovora i odlučio o spornim pitanjima njegovog tumačenja. Tokom demarkacije sprovedene 1896. godine ovlašćeno lice na terenu imalo je ovlašćenje da na licu mesta donosi odluke radi sprovođenja demarkacije. Ova funkcija pripala je bivšem američkom generalu, Edvardu Porteru Aleksandru, koji je doneo pet odluka o izvođenju demarkacione linije.

Specifičnost geografskog područja na prostoru razgraničenja nije bez značaja. Dužina toka reke San Huan je 205 kilometara od jezera Nikaragva do Karipskog mora. Na jednom delu svog toka, u delti Kolorado, reka San Huan se ra-

čva na dve, Donji San Huan u dužini od 30 km, i reku Kolorado na južnoj strani koja se celim svojim tokom nalazi na teritoriji Kostarike u dužini od 20 km. Područje između ove dve reke je ostrvo Kalero (150 km<sup>2</sup>) koje pripada Kostariki. Severni deo ovog ostrva, Portiljos, posebno je zaštićeno ekološko područje. Portiljos se još naziva i ostrvo Portiljos jer jedan manji kanal, koji se kreće od reke San Huan do Karipskog mora, fizički odvaja ovo područje od ostrva Kalero. Nikaragva je, iako je i ranije na svojim službenim mapama prikazivala ovo područje kao kostarikansko, od 2010. godine izašla sa zahtevom da po ugovoru iz 1858. godine pravac razgraničenja nije Donji San Huan već upravo ovaj kanal tako da Portiljas mora pripasti Nikaragvi.<sup>1</sup> Odmah nakon toga na ovo specijalno zaštićeno prirodno područje je ušla vojska Nikaragve.

Ove dve države imale su čak šest sporova pred glavnim sudskom organom Ujedinjenih nacija i svi su upravo u vezi sa rekom San Huan. Dok je prvi pokrenula Nikaragva davne 1986. godine, koji je okončan vansudskim poravnanjem,<sup>2</sup> svi ostali sporovi su novijeg datuma.<sup>3</sup> U njima se čak u četiri spora Kostarika javlja kao tužilac. U postupku povodom prava na slobodnu plovidbu trgovačkih brodova na reci San Huan, Kostarika je dobila spor protiv Nikaragve gde je Sud odlučio da tužilac uživa pravo na slobodnu plovidbu, trgovinu i kabotažu i niz drugih prava na osnovu ugovora iz 1858. godine.<sup>4</sup> Odmah nakon ove presude Nikaragva je izašla sa tvrdnjom da Portiljos pripada Nikaragvi a ne Kostariki nakon čega je usledilo prokopavanje kanala i vojna okupacija područja. Kostarika je odmah pokrenula novi postupak protiv Nikaragve 2010. godine zbog izgradnje kanala i

---

<sup>1</sup> Nikaragva je svoj teritorijalni zahtev zasnivala, između ostalog, i na Gugl mapama na kojima je Portiljos bio prikazan kao deo nikaragvanske teritorije. – Frank Jakobs, “The First Google Maps War”, *New York Times*, 28 February 2012 (dostupno na: <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/02/28/the-first-google-maps-war/>, posećeno 13. juna 2018.). Čini se da je Gugl posle ovog saopštenja izmenio mapu i ogradio se od pravnog značaja svojih mapa. – Khristina Narizhnaya, “Google corrects mistake after Nicaragua blames site’s maps for invasion of Costa Rica”, *Daily News*, 7 November 2010 (dostupno na: <http://www.nydailynews.com/news/world/google-corrects-mistake-nicaragua-blames-site-maps-invasion-costa-rica-article-1.455191>, posećeno 13. juna 2018).

<sup>2</sup> *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Costa Rica), Order of 19 August 1987, I.C.J. Reports 1987, p. 182.

<sup>3</sup> O sporovima između Kostarike i Nikaragve u vezi sa zaštitom životne sredine, videti: Rodoljub Etinski i drugi, “Savremeni trendovi međunarodnopravne zaštite životne sredine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2017, str. 265-295, str. 280.

<sup>4</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

pregrađivanja reke San Huan u neposrednoj blizini teritorije tužioca i povredom teritorijalnog integriteta Kostarike. Godinu dana kasnije Nikaragva je uzvratila novom tužbom protiv Kostarike zbog izgradnje autoputa u blizini granice i duž reke San Huan što je po navodima tužbe bilo protivno pravilima o zaštiti životne sredine. Sud je ova dva postupka spojio i o tužbama odlučio u jedinstvenoj presudi 2015. godine.<sup>5</sup> Sud je tužbu Kostarike usvojio i utvrdio da je Nikaragva izvodila radove i postavila vojsku i policiju na teritoriji tužioca i time prouzrokovala materijalnu štetu. Po tužbi Nikaragve Sud je konstatovao da je Kostarika povredila obavezu da pripremi prethodnu procenu uticaja na životnu sredinu budući da je izgradnja autoputa nosila sa sobom rizik po životnu okolinu. Iako je u ovoj odluci bila ustanovljena povreda međunarodnih pravila o zaštiti životne sredine Sud je našao da je odgovarajuća sankcija za ovu povredu tek deklaratorna presuda koja predstavlja adekvatnu satisfakciju. Poslednja dva spora između ove dve države pokrenuta su opet po tužbi Kostarike radi utvrđivanja granica na moru i na kopnu. Kostarika je 2014. godine tražila od Suda da utvrdi granicu na moru između Kostarike i Nikaragve, a 2017. godine i kopnenu granicu u severnom delu ostrva Portiljos. O sva tri pitanja, o iznosu naknade ekološke štete ustanovljene presudom iz 2015. godine,<sup>6</sup> i o dve preostale tužbe, Sud je doneo odluke sa istim datumom (2. februar 2018. godine) s tim da je o oba pitanja razgraničenja odlučio jedinstvenom presudom.<sup>7</sup>

*Ekološka šteta na teritoriji Kostarike utvrđena presudom  
od 16. decembra 2015. godine*

U prvoj presudi povodom izgradnje kanala i izvođenja građevinskih radova na teritoriji Kostarike, i izgradnje autoputa u Kostariki u blizini granice sa Nikaragvom, uz reku San Huan, Sud je konstatovao da je Nikaragva izvođenjem gra-

<sup>5</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665.

<sup>6</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, Judgment, I.C.J. Reports 2018.

<sup>7</sup> *Martime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018.

đevinskih radova i iskopavanjem kanala na teritoriji Kostarike prekršila međunarodno pravo.

Reka San Huan pripada celim svojim tokom Nikaragvi. Granica između Nikaragve i Kostarike proteže se na desnoj obali reke odnosno na obali koja pripada Kostariki. Tužba Kostarike iz 2010. odnosila se na štetu koja je pogodila tropske šume i močvare u zoni zaštićenoj na osnovu Ramsarske konvencije kojom se štite močvarna područja kao prirodna staništa ptica močvarica.<sup>8</sup> Kostarika je optužila Nikaragvu da je tokom te 2010. godine izvodila radove na toku reke protivno bilateralnom ugovoru o razgraničenju i korišćenju reke San Huan, i iskopavala kanale na teritoriji Kostarike protivno ovom ugovoru i opštim pravilima međunarodnog prava. Sporni kanali bili su iskopavani u dva navrata, tokom 2010. i 2013. godine, a ove građevinske radove obezbeđivala je nikaragvanska vojska i policija.

Tužba Kostarike zasnivala se na aktivnostima Nikaragve na teritoriji Kostarike koje su ovoj pričinile štetu, i na aktivnostima koje je Nikaragva izvela na svojoj teritoriji ali koje su uzrokovale prekograničnu štetu Kostariki. U pogledu prve grupe aktivnosti Kostarika je smatrala da je ovim aktivnostima povređen njen teritorijalni suverenitet i prirodna okolina u tom području. U pogledu druge grupe aktivnosti Kostarika je smatrala da je povređeno nekoliko međunarodnih obaveza koje se tiču prekograničnog dejstva aktivnosti država koje mogu imati štetne posledice po životnu sredinu susedne države.

Radovi u zoni ostrva Portiljos i prisustvo vojske i policije Nikaragve na ovom području bili su osnovni tužbeni zahtev Kostarike. Prethodno pitanje, koje je Sud relativno lako rešio, bilo je da li je sporno područje Portiljosa zaista suverena teritorija Kostarike. Sud je dao potvrđan odgovor<sup>9</sup> i nakon toga zaključio da

---

<sup>8</sup> *Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat*, usvojena 2. februara 1971. godine, dopunjena Protokolom 3. decembra 1982. i izmenjena amandmanima 28. maja 1987. Danas ima 170 država članica među kojima je i Republika Srbija (Konvencija o močvarama koje su od međunarodnog značaja posebno kao staništa ptica močvarica, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori* br. 9/1977).

<sup>9</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, Judgment, 16 December 2015, I.C.J. Reports 2018, para. 92. U izdvojenom mišljenju sudija Gevorgijan primetio je da je Sud konstatovao da sporno područje pripada Kostariki nakon čega je i utvrdio odgovornost Nikaragve zbog povrede teritorijalnog suvereniteta. Sa druge strane, da je ovo sporno područje teritorija Kostarike Sud je odlučio pre donošenja odluke o razgraničenju koja je doneta tek 2018. godine. Njegova primedba je da je prvo trebalo odlučiti o granici a tek onda o pravnom položaju teritorije koju takva granica i određuje. – Declaration of Judge Gevorgian.

je ovde došlo do povrede teritorijalnog suvereniteta.<sup>10</sup> Pored povrede ove kogentne međunarodne obaveze Sud je konstatovao da je tom prilikom nastupila i šteta ne samo kao posledica povrede norme, za šta je našao da je deklaratorna presuda odgovarajuća sankcija,<sup>11</sup> već i materijalna šteta nastala usled nedozvoljenih aktivnosti zbog čega Kostarika ima pravo na novčano obeštećenje.<sup>12</sup> Odluku o vrsti i visini materijalne štete koja je nastupila iz aktivnosti na teritoriji Kostarike Sud je rezervisao za poseban postupak u slučaju da se strane same ne sporazumeju o ovom pitanju u roku od godinu dana od donošenja presude.<sup>13</sup> Kako se to nije desilo, Sud je o ovom pitanju, na zahtev Kostarike, doneo novu presudu 2. februara 2018. godine.

U delu koji se odnosio na prekograničnu štetu Kostarika se pozvala na dva osnova. Prvi zahtev se odnosio na povredu obaveze prethodne procene prekograničnog uticaja aktivnosti na životnu sredinu susedne države naročito kada je reč o području koje predstavlja jedinstvenu ekološku celinu, kao i na povredu obaveze prethodnih konsultacija sa susednom državom prilikom izvođenja radova u graničnom području. Drugim zahtevom je tražila naknadu štete koja je nastupila usled aktivnosti Nikaragve na teritoriji Kostarike. Drugim rečima, Kostarika se pozvala na procesnu i materijalnopravnu obavezu zaštite životne sredine: dok je obaveza prethodne procene, kao što je to i obaveza prethodnih konsultacija, procesnog karaktera i zahteva preduzimanje određenih radnji, zabrana činjenja prekogranične štete je obaveza materijalnopravnog karaktera. Ono što Sud ovde naziva obavezama procesnog karaktera su zapravo obaveze sredstva, dok je materijalnopravna obaveza obaveza cilja. Ova dihotomija je izgubila malo na značaju jer nije ušla u konačni tekst Pravila o odgovornosti država, ali je korisna prilikom analize sadržaja obaveza i odgovornosti za njihovu povredu.<sup>14</sup>

Prilikom iskopavanja kanala i radova na reci San Juan Nikaragva je, po tvrdnjama Kostarike, ne samo povredila teritorijalni suverenitet Kostarike već je ovakvim merama uticala na tok reke Kolorado a time i na zaštićeni ekosistem na njoj teritoriji. Zato je Kostarika i smatrala da je Nikaragva bila dužna da

<sup>10</sup> Presuda od 16. decembra 2015. godine, *ibidem*, pasus 93.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pasus 139.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pasus 142.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Pierre-Marie Dupuy, "Reviewing the difficulties of codification: on Ago's classification of obligations of means and obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, 2/1999, 371-385.

uradi prethodnu procenu uticaja radova na životnu sredinu i da o ovim radovima obavesti i konačno pregovara sa Kostarikom zbog potencijalnih prekograničnih efekata ovih radova. U pogledu procesnih obaveza Sud je zaključio da su obe obaveze, prethodne procene rizika po životnu sredinu i prethodnog obaveštavanja susedne države danas već pravila opšteg međunarodnog prava. Da bi dejstvo prve obaveze nastupilo potrebno je, po mišljenju Suda, da postoji rizik od značajne prekogranične štete.<sup>15</sup> Pošto je o delu zahteva Sud već odlučio u okviru zahteva koji se odnosio na povredu teritorijalnog suvereniteta, Sud se ograničio samo na donji tok reke San Huan. Oslanjajući se na izjave veštaka obe strane Sud je zaključio da ovi radovi nisu predstavljali značajan rizik prekogranične štete. Prema tome, Nikaragva nije ni imala obavezu da sprovede prethodnu procenu uticaja njenih radova na životnu sredinu susedne države, pa samim tim nije ni došlo do povrede.<sup>16</sup> Nadalje, pošto obaveza prethodnog obaveštavanja i pregovora postoji tek ako postoji i rizik od prekogranične štete,<sup>17</sup> to znači da ni ova druga obaveza procesnog karaktera nije mogla da nastupi, bar ne po opštim pravilima međunarodnog prava.<sup>18</sup> Postojala je još mogućnost da obaveza prethodnog obaveštavanja i konsultacija, nezavisno od prirode rizika, bude ustanovljena na osnovu dve konvencije na koje se pozvala Kostarika, Ramsarske konvencije i Konvencije za zaštitu biodiverziteta u Centralnoj Americi. Sud je zaključio nijedna od ove dve konvencije ne nalaže ovakvu obavezu Nikaragvi. Dakle, Nikaragva nije povredila nijednu obavezu zaštite životne sredine proceduralnog karaktera.<sup>19</sup> Iako je Sud konstatovao da ove obaveze postoje kao običajno pravno pravilo, i da one pokrivaju i aktivnosti koje nisu isključivo industrijskog karaktera, poput onih u pred-

---

<sup>15</sup> "Prema tome, da bi morala da ispuni obavezu dužne pažnje u prevenciji značajne prekogranične štete na životnu sredinu, država mora, pre nego što preduzme aktivnost koja je potencijalno opasna po sredinu druge države, da utvrdi da li postoji rizik značajne prekogranične štete koji bi aktivirao obavezu izvođenja procene na životnu sredinu." – Presuda od 16. decembra 2015. godine, pasus 104.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pasus 105.

<sup>17</sup> "Ukoliko prethodna procena uticaja na životnu sredinu potvrdi da postoji rizik značajne prekogranične štete, država koja planira da preduzme takvu aktivnost mora, u skladu sa obavezom dužne pažnje, da obavesti potencijalno pogođenu državu i da se sa njom konsultuje u dbroj veri kada je to neophodno da bi se utvrdile odgovarajuće mere za sprečavanje ili umanjeње takvog rizika." - *Ibidem*, pasus 104.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pasus 108.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pasus 112.

metu *Pulp Mills* između Argentine i Urugvaja,<sup>20</sup> one nisu apsolutne i uslovljene su značajnim rizikom prekogranične štete.

U pogledu supstancijalne obaveze zabrane da se pričini prekogranična šteta Sud je, nezavisno od ocene da je do štete došlo usled radova na teritoriji Kostarike, zaključio da sudska ocena obuhvata aktivnosti koje su se desile na teritoriji jedne države a šteta je nastupila u susednoj državi. U vezi sa ovim načelom javila su se dva pitanja: da li prekogranična šteta mora da bude značajna i dokazivanje nastupele štete. Sud se ovde zadovoljio nedostatkom dokaza jer tužilac nije uspeo da dokaže da je iskopavanjem kanala i delimičnim preusmeravanjem toka reke San Huan došlo do štete po močvare i ekosistem u graničnom području Kostarike niti do umanjenja ukupne količine vode u reci Kolorado. Sud je tako ustanovio da Nikaragva nije prouzrokovala prekograničnu štetu.

U istoj presudi Sud je odlučio i o tužbi Nikaragve povodom izgradnje autoputa uz granicu na obali Kostarike. Vrlo slični su bili tužbeni zahtevi a pravni osnov tužbe isti: međunarodno običajno pravo, Ramsarska konvencija, Konvencija o biodiverzitetu i bilateralni sporazum o razgraničenju i korišćenju reke San Huan iz 1858. godine. U osnovi Nikaragva je osporavala način na koji je Kostarika pristupila izgradnji puta optuživši je da je krčenje obale uticalo na ekosistem reke San Huan, dakle teritorije Nikaragve, te da je bacanje otpada u reku tokom izgradnje promenilo kvalitet vode i rečni ekosistem, čak uz tvrdnju da izbacivanje otpada u reku predstavlja povredu teritorijalnog suvereniteta Nikaragve. Ovim zahtevima dodaje i one procesnog karaktera koje se odnose na obavezu Kostarike da prethodno konsultuje i obavesti Nikaragvu o radovima jer oni nose rizik značajne prekogranične štete. Sud ni ovde nije našao da je nastupila značajna prekogranična šteta i u tom delu se uglavnom rukovodio nalazima veštaka. Ipak, ustanovio je da je Kostarika morala da prethodno obavesti Nikaragvu o radovima i da zbog obaveze postupanja u dobroj veri i sa dužnom pažnjom je morala da sa Nikaragvom vodi pregovore o ovim radovima. Zanimljivost je ovde da je izgradnja autoputa u graničnom području aktivnost koja nosi rizik značajne prekogranične štete, za razliku od izgradnje kanala u nacionalnom sektoru reke koji je deo zajedničkog ekosistema močvara i tropskih šuma. Odgovornost Kostarike tako postoji za povredu obaveza proceduralnog karaktera.

Sud je u ovim spojenim predmetima ustanovio jednu proceduralnu povredu Kostarike za koju je deklaratorna presuda adekvatno zadovoljenje, i povredu

<sup>20</sup> *Ibidem*, pasus 104.



teritorijalnog suvereniteta i zabranu nanošenja štete životnoj sredini Kostarike za akte koje je Nikaragva učinila na teritoriji Kostarike. Za akte koji su učinjeni na teritoriji jedne države sa posledicama na teritoriji druge, dakle za prekograničnu štetu, Sud nije našao povredu. Tužbeni zahtev za naknadu prekogranične štete tako nije ni usvojen.

*Naknada štete pričinjene životnoj sredini Kostarike  
na području Portiljos u presudi od 2. februara 2018. godine*

Sud polazi od dva merodavna načela, obaveze da se drugom nadoknadi šteta u punom iznosu kada je restitucija nemoguća ili neopravdana, i da se ustanovi jasna uzročno-posledična veza između akata jedne države i štete koju je pretrpela druga.<sup>21</sup> Ovo drugo načelo ovde je naročito važno jer je reč o ekološkoj šteti koja je uglavnom posledica različitih zbirnih uzroka<sup>22</sup> gde ne postoje nužno jasni naučni dokazi o uzrocima štete. Posledica je i po način obračuna visine štete, jer zbog posebne prirode ekološke štete nedostatak odgovarajućih dokaza o obimu stvarne štete još uvek ne znači da naknada neće biti dosuđena.<sup>23</sup>

Argument Kostarike bio je da opšte pravilo o naknadi svake štete obuhvata i ekološku i da se ona ima nadoknaditi na isti način kao i svaka druga materijalna šteta.<sup>24</sup> Nikaragva je delimično osporavala ovaj argument smatrajući da predmet naknade mogu biti samo troškovi koji nastanu u vezi sa restauracijom oštećenog

---

<sup>21</sup> Presuda od 2. februara 2018. godine, pasusi 29-32.

<sup>22</sup> "U slučajevima povodom ekološke štete, postojanje štete i uzročne veze može zaista biti specifično. Šteta može biti rezultat nekoliko konkurentnih uzroka, ili naučni dokazi o postojanju uzročne veze između protivpravnog akta i štete nisu sasvim pouzdani. Ovo su poteškoće koje treba rešiti upravo kada se pojave u svetlu činjenica kao što je to ovde slučaj i u svetlu dokaza koji su prezentovani Sudu. Konačno, na Sudu je da odluči da li postoji dovoljna uzročna veza između protivpravnog akta i pretrpljene povrede." – *Ibidem*, pasus 34.

<sup>23</sup> Reč je o utemeljenom pravilu međunarodnog prava koje pominje još arbitražna odluka u predmetu *Topionica u Trejlu 1938. godine*. U novijim izvorima ovo pravilo se pominje i u *Izveštaju Instituta za međunarodno pravo - Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage (1997)*:

Član 25 – Činjenica da je šteta učinjena životnoj sredini nepopravljiva ili da nije moguće utvrditi visinu štete neće imati za posledicu izuzeće od obaveze naknade. Subjekat koji je odgovoran za nepopravljivu štetu ne sme uživati povoljniji status od onih subjekata koji su odgovorni za štetu čiji je iznos moguće utvrditi.

<sup>24</sup> Presuda od 2. februara 2018. godine, pasus 39.



područja.<sup>25</sup> Međunarodni sud pravde se tako prvi put našao u poziciji da odlučuje o dosuđivanju naknade za ekološku štetu i pred izborom pravnog osnova, načina obračuna i konačno same visine obeštećenja.

U pogledu pravnog osnova Sud je konstatovao da se i u pogledu ekološke štete primenjuju osnovna pravila o naknadi štete, a to je da obeštećenje mora da bude takvo da u potpunosti nadoknadi pričinjenu stvarnu štetu kao i da pokrije troškove koje oštećena država može imati prilikom saniranja takve štete, uključujući tu različite restorativne mere.<sup>26</sup> Gubitak koji nastane zbog ukupnih štetnih posledica usled oštećenja okoline takođe se pokriva obeštećenjem.<sup>27</sup>

Sud je konstatovao da međunarodno pravo ne poznaje posebno pravilo o metodu utvrđivanja visine i obeštećenja za ekološku štetu i da svaki zahtev iziskuje ispitivanje posebnih okolnosti slučaja.<sup>28</sup> Ekološka šteta jeste specifična: uzroci mogu biti različiti a posledice kratokoročne i vidljive, ali i dugoročne i možda nepredvidljive u momentu nastanka ili procene štete.<sup>29</sup> Kostarika i Nikaragva su predlagale dva različita metoda obračuna štete. Kostarika je predlagala pristup "usluge ekosistema" (*ecosystem services approach*)<sup>30</sup> koji vrednuje životnu sredinu preko svih vrednosti koje pruža jedan ekosistem te obeštećenje treba da pokrije umanjenje ili gubitak sposobnosti ekosistema da stvori ove vrednosti. Izgubljene vrednosti se obračunavaju po direktnom i indirektnom metodu jer obuhvataju i sve krajnje vrednosti koje su rezultat ekosistema. Način obračuna je komparativni metod gde se vrednuje uporedivi ekosistem sa onim koji je pretrpeo štetu. Nikaragva je imala drugačiju teoriju za obračun štete. Smatrala je da je komparativni metod nepouzdan i da ne može poslužiti kao osnov za obračun štete i da Kostarika ima pravo samo na naknadu stvarne štete i troškova koji su bili potrebni da se izvrši restauracija životne sredine.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> *Ibidem*, pasus 40.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pasusi 29-32.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pasusi 41-43.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pasus 52.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pasus 34.

<sup>30</sup> Čini se da je u domaćoj literaturi prihvaćen prevod "usluge ekosistema". Videti: Milutin Pantović, Jelena Dučić, "Implementacija Konvencije o biološkoj raznovrsnosti i Konvencije o močvarnim područjima od međunarodnog značaja naročito kao staništa ptica močvarica (Ramsarska konvencija) u Republici Srbiji", *Zaštita prirode*, 1-2/2009, 693-703.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pasus 37.

Sud je odlučio da je slobodan u proceni štete jer za ovu vrstu obračuna ne postoje čvrsto utemeljena pravila međunarodnog prava pri tom vodeći računa o opštim načelima obeštećenja (puna, odgovarajuća i blagovremena naknada).<sup>32</sup> U ovoj presudi Sud jasno kaže da postoji međunarodna obaveza naknade ekološke štete, kao i svake druge štete:

“Sud do sada nije odlučivao o zahtevu za naknadu ekološke štete. U svakom slučaju, dosuđivanje naknade je u potpunosti u skladu sa načelima međunarodnog prava koji uređuju posledice međunarodnog protivpravnog akta uključujući i načelo pune naknade štete prouzrokovane životnoj sredini, i pored toga naknadu troškova koje je oštećena država imala kao posledicu takve štete. (...) Sud zato smatra da se šteta životnoj sredini, ali i umanjnje i gubitak potencijala životne sredine da pruži dobra i usluge, može obeštetiti na osnovu međunarodnog prava. Takvo obeštećenje uključuje naknadu štete za umanjnje i gubitak dobara i usluga u periodu pre restauracije i naknade oštećene životne sredine.”<sup>33</sup>

Sud je na ovaj način prihvatio ne samo stvarnu štetu već i neku vrstu izgubljenе dobiti kao metod obračuna obeštećenja.

Kostarika je navela dvadesetak stavki koje je smatrala elementima životne sredine koji su oštećeni radnjama Nikaragve. Tražila je obeštećenje za šest: drveće, druge sirovine (drvena građa i energenti), kvalitet vazduha, mehanizmi za umanjnje prirodnih nepogoda, zemljište i sistem kontrole erozija, i biodiverzitet (prirodna staništa i reprodukcija životinjskih vrsta), i to na spornom području Portiljos na površini od 6,19 hektara. Vremenski period za obračun štete je 50 godina koliko je potrebno, po mišljenju Kostarike, da se prirodno okruženje vrati u stanje u kojem je bilo pre nego što je Nikaragva iskopala kanale i preduzela druge radnje koje su oštetile životnu sredinu. Traženi iznos naknade bio je 2.880.745,82 američkih dolara. Nikaragva je smatrala da je dužna da plati iznos od 309 USD po hektaru na godišnjem nivou što je iznos subvencija koje Kostarika plaća vlasnicima područja kao stimulans za očuvanje životne sredine, i to u periodu od 20 do 30 godina što predstavlja razuman rok u kojem može doći do potpunog obnavljanja celokupnog područja. Tako se procena štete Nikaragve kretala između 27 i 35 hiljada američkih dolara. Svi osnovi su bili kvantifikovani bilo po jedinici zapremine ili površine, od cena sirovog drveta do troškova obnavljanja prirodnog staništa po jedinici površine.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pasusi 29-34.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pasusi 41-42.

Sud je utvrđujući postojanje štete i uzročno-posledične veze između spornih događaja i promena životne sredine prvo odbio dva zahteva Kostarike za naknadu, i to za zemljište i sistem kontrole erozija. Pošto su se prirodnim putem zatvorili kanali gde se vegetacija prirodno povratila, Sud je odbio zahtev po kojem je bilo potrebno zemljištem zatrpati kanale i uspostaviti sistem kontrole erozija, imajući u vidu i činjenicu da Kostarika nije dokazala ovaj osnov za naknadu štete. U pogledu preostala četiri zahteva Sud je smatrao da je tu šteta dokazana jer je Nikaragva prilikom iskopavanja kanala očistila celokupno područje od vegetacije. Na ovaj način je prihvatila da su uništeno drveće (oko 300 stabala), drugi energenti, kvalitet vazduha i biodiverzitet dokazana ekološka šteta. Ostaje pitanje metoda i iznosa koji se ima dosuditi na ime ove štete.

Prilikom ocene Sud je odbio oba načina obračuna štete kao i rokove koje su države ponudile. Smatrao je da nije moguće pojedinačno kvantifikovati štetu, za svaki osnov štete odvojeno, već da ekološku štetu treba ceniti u odnosu na ekosistem kao celinu.<sup>34</sup> Razlozi za ovakav integrativan pristup su po mišljenju Suda višestruki: reč je o močvari i području koji je specijalno zaštićen Ramsarskom konvencijom i takva područja predstavljaju vrlo dinamične ekosisteme u kojima se različiti faktori, a ovde osnovi štete, nalaze u složenim odnosima međuzavisnosti. To čini procenu štete daleko težom upravo zbog utvrđivanja jasnog uzročno-posledičnog odnosa. Istovremeno to štetu čini i manjom jer odnos međuzavisnosti deluje dvosmerno: restauracija jednog aspekta životne sredine umanjuje troškove restuaracije drugog u odnosu na individualni obračun štete svakog faktora pojedinačno. Sud je tako dosudio 120.000 USD na ime stvarne štete i 2.708,39 USD na ime troškova restauracije močvarnog područja.

Sud je Kostariki dosudio naknadu u vezi sa zaštitom životne sredine ali po jednom drugom osnovu. Sud je 2013. godine usvojio Naredbu o privremenim merama kojom je ovlastio Kostariku da preduzme preventivne mere zaštite spornog područja kako bi se sprečilo nastupanje nepopravljive štete.<sup>35</sup> Kostarika je tako, uz konsultacije sa Sekretarijatom Ramsarske konvencije, izgradila branu i preduzela druge konzervatorske mere za koje je Sud dosudio naknadu u iznosu od 185.000 USD. Ova naknada je obračunata na osnovu faktura i drugih dokaza o stvarnim troškovima.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pasus 78.

<sup>35</sup> *Costa Rica v. Nicaragua*) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Provisional Measures, Order of 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 370, para. 59, subpara. (2) (E)).

Sud je tako dosudio naknadu ekološke štete po dva osnova. Po prvom je dosudio odštetu za stvarnu štetu koju je pretrpela Kostarika i tom prilikom je opredelio obeštećenje na osnovu jednog holističkog pristupa nezavisno od kvantifikovanih dokaza o šteti svakog od elemenata životne sredine. Zahtev da se za ovu odštetu dosudi i kamata Sud je odbio uz obrazloženje da su svi faktori, pa i oni koji opredeljuju kamatu, bili uzeti u obzir prilikom utvrđivanja konačnog iznosa za obeštećenje.<sup>36</sup> Po drugom osnovu, Sud je dosudio naknadu troškova konzervatorskih mera preduzetih na osnovu Naredbe o privremenim merama i za ove troškove je dosudio i kamatu od 4% od dana donošenja presude o odgovornosti (16. decembar 2015.) do dana donošenja presude, 2. februara 2018. godine, u ukupnom iznosu od 20.000 USD.<sup>37</sup>

*Ekološka šteta kao materijalna šteta:  
značaj presude Međunarodnog suda pravde*

Poslednja presuda u nizu sporova između Kostarike i Nikaragve ući će u istoriju međunarodnog prava samo iz jednog razloga: prvi put je najpoznatiji međunarodni sud dosudio novčanu naknadu za ekološku štetu.<sup>38</sup> Na ovaj način ekološka šteta postaje, bar bi to mogao da bude generalni zaključak, jednako utuživa kao svaka druga materijalna šteta i norme o zaštiti životne sredine postaju jednako važan pravni izvor u odnosima između država ili u odnosima između drugih subjekata na koje se ove norme odnose. Norme o zaštiti životne sredine nisu samo moralne obaveze i politički korektan narativ, već pravne norme koje uprkos svojoj specifičnosti i svom inherentnom *erga omnes* dejstvu mogu biti svedene na dvostrani odnos konkretizovanih prava i obaveza.

U ovoj odluci koja je bila posvećena isključivo utvrđivanju iznosa štete i visini naknade bilo je mnogo pravila u igri. Norme o zaštiti životne sredine su se ovde preplitale sa pravilima o zaštiti teritorijalnog integriteta. Vredi podsetiti da nisu usvojeni zahtevi koji su se odnosili na prekograničnu štetu (osim zahteva i

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pasus 152.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pasus 153.

<sup>38</sup> A tek treći put u svojoj istoriji novčanu naknadu. Druge dve odluke u kojima je dosuđena novčana naknada su: Krfski tesnac (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije), presuda od 15. decembra 1949. (*Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania), Judgment of 15 December 1949, ICJ Reports 1949, 244); *Ahmadu Sadio Dijalo* (Republika Gvineja protiv Demokratske Republike Kongo), presuda od 29. juna 2012. (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guineav.DemocraticRepublic of the Congo)*, Judgment of 19 June 2012, ICJ Reports 2010, 324).

deklaratorne presude o obavezi Kostarike da ispuni svoje proceduralne obaveze prethodne studije procene uticaja na životnu sredinu i prethodne notifikacije susjednoj državi). Povreda teritorijalnog integriteta je ovde pomogla utuživosti normi zaštite životne sredine jer su sve radnje Nikaragve preduzete u Portiljosu *apriori* bile protivpravne.

Nastupela šteta bila je dokaziva i dokazana. Obe strane su angažovale veštace različitih struka a ni Nikaragva nije osporavala postojanje štete (čija je odgovornost bila načelno utvrđena presudom iz 2015. godine). Činilo se da su strane zauzele isti stav i šteti pristupile kao i svakoj drugoj materijalnoj šteti: dokazivanjem nastupanja kvantifikovanih štetnih posledica usled radnji odgovorne države. Cifre su bile egzaktna, nalazi naučni, potvrde višestruke. Ovakav način dokazivanja štete uobičajen je za praktično sve vrste domaćih i međunarodnih postupaka gde su egzaktni i precizni nalazi veštaka od suštinskog značaja za dokazivanje postojanja i iznosa štete. Kostarika je tako razumela svoju obavezu da dokaže postojanje štete.

Međutim, Sud se opredelio za drugačiji pristup. Umesto vrednovanja svakog pojedinačnog činioca životne sredine (zemljište, vazduh, kvalitet vode, prirodna staništa i slično) na osnovu njihove novčano procenjene vrednosti Sud je cenio štetu kao jedinstvenu jer ekosistem kao takav predstavlja jedinstvenu i nedeljivu celinu, a međuzavisnost svih činilaca životne sredine čini odvojenu proceduru neopravdanom i nerazumnom. Strane u sporu nisu ovakvom metodologijom dokazivale ili osporavale štetu.

Integrativni ili holistički pristup ima dobrih i loših strana. Dobre su u tome što je tačno da je svaki ekosistem specifičan i jedinstven. Loše strane su što ovakav pristup ponovo otvara pitanje pravne prirode normi o zaštiti životne sredine i njihove adaptibilnosti na kontradiktorni parnični postupak,<sup>39</sup> ali i zbog pitanja primenljivosti opštih načela o naknadi štete na povredu normi o zaštiti životne sredine. Teže je sa ovakvim pristupom precizno proceniti štetu. To negde i najavljuje Sud kada kaže: "Sud podseća da odsustvo odgovarajućih dokaza o visini materijalne štete neće, u svim prilikama, biti prepreka za dosuđivanje naknade za takvu štetu."<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Sanja Đajić, "Međunarodni sporovi o zaštiti životne sredine: normativni i procesni problemi", *Pravni život* 12/2013, 141-158.

<sup>40</sup> Presuda od 2. februara 2018. godine, pasus 35.

Osnov za dosuđivanje naknade za ekološku štetu, na osnovu načela pravičnosti i razumnosti, Sud pronalazi u poznatoj arbitražnoj odluci u slučaju *Topionica u Trejlu*:

“Kada je šteta sama po sebi takve prirode da je nemoguće sa sigurnošću utvrditi iznos obeštećenja, bilo bi protivno osnovnim načelima pravde uskratiti naknadu oštećenim licima i tako osloboditi prekršioca od obaveze da se iskupi za svoja dela. U tom slučaju, iako nije dopušteno procenjivati obeštećenje prostim nagađanjem, ipak su dovoljni oni dokazi koji i posredno, na osnovu pravičnosti i razumnosti, ukazuju na visinu štete čak i ako je tako određena suma paušalna.”<sup>41</sup>

Na ovaj način Sud izmešta ekološku štetu izvan osnovnih i opštih pravila o naknadi materijalne štete. Strane su dokazivale prirodu i visinu štete, i uzročnu posledicu između zabranjenih radnji i nastupele štete. Čini se da ekosistem kao celina ume da vredi i manje od pojedinačnih vrednosti činilaca životne sredine, sudeći bar po iznosu koji je Sud dosudio – 120.000 USD za devastaciju 6 hektara posebno zaštićenog rezervata ne izgleda previše razumno. Sud od tužioca traži da dokaže štetu i u više navrata konstatuje da Kostarika nije podnela dokaze koji bi dokazali različite štetne posledice na kojima zasniva svoj zahtev za naknadu, a potom odustaje i od prezentovanih dokaza i opredeljuje se za jednu paušalnu procenu štete učinjene ekosistemu kao celini što zapravo i nije bilo predmet dokaznog postupka.

Utvrđivanje novčanog ekvivalenta za štetu učinjenu prirodnim resursima je sigurno zahtevan zadatak,<sup>42</sup> ali ne i nemoguć.<sup>43</sup> Za razliku od metodologije koju

---

<sup>41</sup> *Trail Smelter case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. III, p. 1920.

<sup>42</sup> UNCC Governing Council, Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning the Fifth Instalment of “F4” Claims, UN doc. S/AC.26/2005/10, 30 June 2005, para. 81

<sup>43</sup> Verovatno je najpoznatiji primer Komisija za odštetne zahteve Ujedinjenih nacija u vezi sa štetom nastalom usled invazije Iraka na Kuvajt 1991. godine. Ova Komisija osnovana je kao pomoćno telo Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija (SC Res. 687(1991)) i u njegovoj nadležnosti su i zahtevi za naknadu ekološke štete. Komisija je odlučila o svim zahtevima i njen rad je okončan 2013. godine iako nisu sve odluke izvršene. Na ime naknade ekološke štete ukupno je dosuđeno skoro 6 milijardi USD. – United Nations Compensation Commission, *Post-Conflict Environmental Restoration: The UNCC Follow-Up Programme for Environmental Awards*, 2013, p. 14, (dostupno na: [https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/Publication\\_Final%20-%201523671\\_E\\_Web.pdf](https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/Publication_Final%20-%201523671_E_Web.pdf), posećeno 14. juna 2018.). Šire, videti: Cymie R. Payne and Peter H. Sand, *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission*, Oxford University Press, 2011.

primenjuju drugi sudovi<sup>44</sup> i druge komisije, i koju su zastupale obe strane u sporu, Sud je ovde procenu obeštećenja zasnovao na odluci donetoj pre 80 godina kada nisu postojale naučne i tehničke mogućnosti procene štetnih uticaja na životnu sredinu pa tako i obima štete. Dosuđujući skroman iznos od 120.000 USD Sud ne daje obrazloženje zašto se opredelio za ovaj iznos već prosto upućuje na načelo razumnosti i pravičnosti. Da li je i za takvu procenu potrebno ponuditi razloge i dokaze koji bi objasnili razumno i pravično, ili ova načela Sudu garantuju široko diskreciono pravo prilikom utvrđivanja iznosa, uz ograničenje da Sud ne dosuđuje kaznenu odštetu<sup>45</sup> i uz pretpostavku da poštuje načelo *non ultra petita*?

Nekoliko sudija je smatralo da je Sud morao dati obrazloženje zašto se opredelio za dosuđeni iznos.<sup>46</sup> Sudija Donahju, koja je glasala protiv paušalno određene iznosa na ime ekološke štete, u svom odvojenom mišljenju upravo se bavi procenom visine naknade štete – iako se slaže da načelo pravičnosti i razumnosti može da posluži kao osnov da se ustanovi visina “čiste” ekološke štete jer je ona nužno paušalna, ona smatra da je Sud mogao da ponudi obrazloženje zašto se opredelio baš za dosuđeni iznos. Po njenom mišljenju pregled dokaza ukazuje na manji iznos koji je trebalo dosuditi Kostariki. S druge strane, sudija Dugard se takođe nije složio sa iznosom ali iz sasvim drugačijih razloga i sa sasvim drugačijim predlogom. Po njemu visina odštete je tek mali znak pažnje i zadovoljenja za značajnu ekološku štetu koja je nastupila kao posledica besprizornog kršenja međunarodnog prava.<sup>47</sup> Pored osporavanja dokaznog postupka i stava Suda da se koristio načelom pravičnosti, Dugard smatra da bi ova ista načela morala uvesti u postupak odlučivanja i svrhu normi o zaštiti životne sredine i razumevanje ovih normi ih u širem kontekstu<sup>48</sup> što bi se postiglo, između ostalog, i dosuđivanjem

<sup>44</sup> Čak i u međunarodnoj investicionoj arbitraži se javlja praksa država da protivtužbama traže naknadu štete od tužioca zbog ekološke štete učinjene tokom obavljanja delatnosti. Nedavno je Ekvadoru dosuđena naknada u iznosu od 41 milion USD zbog štete koju je učinio Burlington, tužilac u istom sporu u ICSID arbitraži. Postupak utvrđivanja ekološke štete bio je vrlo detaljan i svaki zahtev je bio podvrgnut standardnim dokaznim sredstvima (čak su arbitri posetili područje pogođeno štetom). - *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counter-Claim, 7 February 2017.

Više o ovoj praksi: Petar Đundić, “Protivtužba u investicionoj arbitraži kao instrument zaštite životne sredine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2014, str. 279-294.

<sup>45</sup> Presuda od 2. februara 2018. godine, pasus 31.

<sup>46</sup> Gevorgijan, Donahju, Dugard, Bandari.

<sup>47</sup> Izdvojeno mišljenje sudije Dugarda, pasus 7.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pasus 29.



značajno više sume na ime oštete. Po Dugardovom mišljenju Sud zapravo nije primenio “razuman osnov” prilikom dosuđivanja naknade.<sup>49</sup>

## ZAKLJUČAK

Prva presuda Međunarodnog suda pravde kojom je dosuđena novčana naknada za ekološku štetu predstavlja skroman napredak u razvoju prava životne sredine. Dok je na jednoj strani reč o koraku napred jer Sud prihvata norme o zaštiti životne sredine kao punopravne i jednako utužive norme, što bi moglo navesti na zaključak da one sada uživaju bolju i efikasniju sudsku zaštitu, sa druge strane iznos od 120.000 USD koji je dosuđen čini se nesrazmerno mali u odnosu na štetu koja je nastupila a naročito zbog načina na koji je došlo do štete. Takođe, dok je sa jedne strane Sud smatrao da se ekosistem mora posmatrati kao celina jer je njemu pričinjena šteta, ostaje nejasno na koji način je Sud odredio visinu štete. Sud se načelno poziva na razumnost i pravičnost prilikom dosuđivanja ali bez pravog obrazloženja zašto je dosuđena suma razumna i pravična u konkretnom slučaju. Sud je ovde zaista imao odličnu priliku da postavi okvir za dosuđivanje ekološke štete i to na bar dva načina: da više mesta i pažnje posveti prirodi, funkcijama i značaju međunarodnog prava zaštite životne sredine, i da dosudi naknadu koja bi odgovarala šteti po jedan ekosistem. Možda su zapažanja sudije Dugarda najbolja ilustracija svih prilika koje je Sud propustio:

“Kostarika je pretrpela ozbiljnu ekološku štetu i to nije bila posledica nepažljivog tumačenja istorijske granice već planirane strategije sa namerom da se proširi teritorija Nikaragve uz oštećenje i preoblikovanje posebno međunarodno zaštićenog područja močvara. Tom prilikom Nikaragva je pričinila ozbiljnu štetu drveću, vegetaciji i zemljištu Kostarike. Neodgovorno je narušila biodiverzitet močvara i time doprinela, makar i u maloj meri, globalnom zagrevanju uništavanjem kapaciteta za kontrolu gasova ugljenika. Ovo su ozbiljne povrede. Prilikom donošenja presude Sud je morao da ozbiljnost ovih povreda sankcioniše dosuđivanjem više novčane sume na ime vrednosti usluga i dobara ekosistema koje je Nikaragva oštetila, kao i uticaj postupanja Nikaragve na međunarodno zaštićeno močvarno područje. Nikaragva je uništila oko 300 stogodišnjih stabala što je Sudu dalo priliku da se izjasni o svim posledicama takvog ponašanja na klimat-

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, pasus 15.



ske promene i da u tom smislu opredeli novčani iznos. Nažalost, ovakva prilika je propuštena.”<sup>50</sup>

SANJA ĐAJIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law  
University of Novi Sad

MONETARY COMPENSATION FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE  
IN THE ICJ CASE  
– Compensation owed by the Republic of Nicaragua  
to the Republic of Costa Rica case (2018) –

Summary

This article critically evaluates a case recently decided by the International Court of Justice between Costa Rica and Nicaragua regarding the award of pecuniary damages to Costa Rica on the ground that Nicaragua violated its territorial integrity and caused damage in the specially protected environmental area of Portillos. This is the first monetary judgment awarded for environmental damage by the International Court of Justice. After providing a historical background to the long-standing dispute between Costa Rica and Nicaragua the author examines the criteria and evidentiary standards the ICJ used in order to assess the pecuniary value of the damage. The Court employed the method of overall assessment of impairment of the environment and on this ground it awarded equitable relief. Despite the fact that both parties engaged in assessing loss for each particular element of the affected environmental area and argued on the basis of different heads of damage, the Court opted for a different method relying on its finding that international law does not prescribe any specific valuation method for environmental damage. The article concludes that relief for environmental damage, awarded solely for material damage caused directly by Nicaragua in the territory of Costa Rica, denying the claims for transboundary damage, seems to be far below the expected outcome.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pasus 47.

*BOJAN MILISAVLJEVIĆ*

## **MEĐUNARODNI SUD PRAVDE IZMEĐU DEDUKTIVNOG I INDUKTIVNOG PRISTUPA U TUMAČENJU PRAVILA**

### **U V O D**

Postoji veliko interesovanje u doktrini međunarodnog prava u pogledu prćenja prakse Međunarodnog suda pravde. U proteklom periodu ovaj Sud je svojim odlukama, bilo u rešavanju parničnih slučajeva između država, bilo iznošenjem savetodavnih mišljenja, veoma doprineo izgradnji međunarodnog poretka i formulisanju običajnih pravnih pravila. Postoji više razloga za to. Sa jedne strane na to utiče faktičko stanje u okviru pravnog poretka međunarodnog prava budući da su običajna pravna pravila imanentna ovom pravnom sistemu i da čine samo međunarodno pravo.

S druge strane, Međunarodni sud pravde veoma doprinosi velikom značaju običajnih pravnih pravila jer se u svojoj praksi u značajnoj meri oslanja svoje zaključke tumačenjem prakse država i opšteg međunarodnog prava. Pored toga nema sumnje da se celokupan koncept kogentnih normi upravo zasniva na običajnom pravu, pa je opštu obaveznost najvažnijih pravila u međunarodnoj zajednici nemoguće objasniti bez običajnih pravnih pravila. Zbog toga se običaj-

---

Dr Bojan Milisavljević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom "Identitetski preobražaj Srbije", za podprojekat "Pravo država i naroda na poštovanje nacionalnog identiteta".

na pravna pravila nalaze se opravdano u fokusu Komisije za međunarodno pravo koja analizira samo jedan važan segment običajnog procesa – njihovu identifikaciju.<sup>1</sup> U ovom radu analiziraće se praksa Međunarodnog suda pravde u pogledu primene deduktivnog i induktivnog metoda u tumačenju sa posebnim osvrtom na tumačenje i formulisanje običajnog prava, a biće ukazano i na neke protivurečnosti koje postoje u tom smislu.

### *Deduktivni i induktivni metod u međunarodnom pravu*

Obzirom da je međunarodno javno pravo relativno mlada grana prava u njoj su se koristili metodi tumačenja pravnih pravila koji su postojali predhodno u unutrašnjim porecima država.<sup>2</sup> Pošto je međunarodno pravo veoma specifičan poredak metodi u tumačenju pravila su se prilagođavali takvom ambijentu. Nedostatak formalnog zakonodavca doprineo je da postoji jaka potreba ka stvaranju deformalizovanih pravnih pravila kao što su običaji, ali kojima je nephodna autoritativna praksa pre svih Međunarodnog suda pravde kako bi se mogla konstituisati opšta pravna pravila. U vezi tumačenja pravnih pravila postoji i kodifikovan deo odredaba i to u Konvenciji o ugovornom pravu iz 1969. godine,<sup>3</sup> koje su vremenom postale deo opšteg običajnog prava. To potvrđuju i brojni autori koji su uglavnom tumačenje obrađivali kroz ugovorno pravo,<sup>4</sup> ali i praksa međunarodnih sudova.

U ovom radu će se analizirati pretežno primena deduktivnog i induktivnog metoda u tumačenju, a naročito u pogledu običajnih pravnih pravila gde je ona najviše i izražena. Pored metoda koji se koriste u dokazivanju treba obratiti na-

---

<sup>1</sup> See M. Wood, First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/663 (2013); Second Report on Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/672 (2014); Third Report on Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/682 (2015).

<sup>2</sup> Kreća Milenko, Međunarodno javno pravo, Beograd, 2016, 26-32.

<sup>3</sup> Videti članove 31 – 33 Konvencije.

<sup>4</sup> Videti: McNair Arnold D.: The Law of Treaties, Oxford University Press 1986; Vagts Dettlev F.: “The Interpretation and the New American Ways of Law Reading”, EJIL 1/1993, 472-505; Van Alstine Michael P.: “Dynamic Treaty Interpretation”, UPLR 3/1998, 687-793; Linderfalk Ulf: On the Interpretation of Treaties, Springer 2007; Pauwelyn Joost, Elsig Manfred: “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanation across International Tribunals”, in: Dunoff Jeffrey L., Pollack Mark A. (eds.): Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations, Cambridge University Press 2013, 445-473; Gardiner Richard K.: Treaty Interpretation, Oxford University Press 2015.

ročitu pažnju i na sredstva dokazivanja koja su u ovoj grani prava specifična.<sup>5</sup> U osnovi kod procesa dokazivanja običajnih pravila postoji jedna kontraverza prilikom njihove primene na konkretan slučaj. Tako je uobičajeno da se Međunarodni sud pravde rukovodi induktivnim metodom kada rešava pojedinačan slučaj jer utvrđuje potencijalnu obavezanost konkretne države nekim pravnim pravilom. Deluje sasvim logično da se prilikom dokazivanja pođe pojedinačne pozicije države i da se ispituje njena pojedinačna volja u smislu obavezivanja pravnim pravilima. Tako je Međunarodni sud pravde zaključio u slučaju o zalivu Mejn: “običajno međunarodno pravo ... sadrži skup običajnih pravila čije prisustvo u opinio juris država može biti testirano indukcijom na bazi analize dovoljno obimne i ubedljive prakse svake pojedinačne države.”<sup>6</sup> Ovakav pristup u dokazivanju iako sa sobom nosi veliki stepen precizosti, jeste ujedno i veoma spor i teško primenljiv kod običaja koji su univerzalnog karaktera. On bi bio imanentan partikularnim pravilima, ali kada je reč o velikom broju država tu se primena induktivnog metoda postavlja kao teško ostvarljiva.

S druge strane, kod primene običajnih pravila na pojedinačan slučaj, kada nije moguće pronaći pojedinačnu volju države u smislu obavezivanja običajnim pravilom, polazi se od dedukcije i konstatuje se da pošto se radi o opštem običaju onda on svakako važi i za odnosnu državu. Tako je isti Međunarodni sud pravde u slučaju o Kontinentalnom platou u severnom moru koristio deduktivni metod kroz individualna i odvojena mišljenja čak petoro sudija.<sup>7</sup> Na sličan način Međunarodni sud pravde poneo se i u slučaju vezanom za imunitete najviših državnih predstavnika u slučaju Naloga za hapšenje.<sup>8</sup> Sa aspekta pravne sigurnosti induktivni metod je bolji, a on precizno odslikava nameru države u konkretnom slučaju. Uopštavanje da je samim tim što je neko pravilo opšte ono važi i za konkretnu državu udaljavamo se od pravnog perfekcionizma i zarad opšte volje, podčinjava-

---

<sup>5</sup> Etinski Rodoljub, Sredstva tumačenja i njihovi međusobni odnosi, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2016, broj 1, str. 9.

<sup>6</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, ICJ Reports (1984) 246, at 229, para. 111

<sup>7</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, ICJ Reports (1969) 3, at 58, para. 3, Separate Opinion of President Bustamante y Rivero; 116, para. 16; 147, paras 48, 49, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun; 179, Dissenting Opinion of Judge Lachs; 200, Dissenting Opinion of Judge Morelli.

<sup>8</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Reports (2002) 3.

mo volju jedne države. Ipak takvo apstrahovanje volje država je neophodno zbog specifične pravne prirode običajnih pravila, pa i legislativnih ugovora.

Ako praksu Međunarodnog suda pravde posmatramo sa formalno pravne strane mora se zaključiti da je induktivni pristup bliži kontinentalnom sistemu razmišljanja jer se oslanja na tumačenje člana 59. Statuta Suda koji predviđa da se presuda odnosi samo na strane u sporu i samo za predmet spora. Odatle proizlazi da se u postupku utvrđivanja odgovornosti mora posmatrati postupanje tačno određene države i njene volje kada se utvrđuje obaveznost nekim pravnim pravilom. S druge strane, ako imamo u vidu specifičnu pravnu prirodu međunarodnog prava i postojanje objektivno obaveujućih pravnih normi koje deluju bez obzira na pojedinačni prihvata pojedinačne države onda se deduktivni pristup nameće kao logično rešenje.

Ako ove pristupe primenimo na izvore međunarodnog prava može se primetiti da bi induktivni pristup bio adekvatan za slučajeve utvrđivanja obaveznosti međunarodnim ugovorima ili jednostranim aktima, dok bi kada se utvrđuje obaveznost nekim opštim normama, bilo da se radi o običajima ili čak o kognitivnim normama, prednost mogla biti u deduktivnom pristupu. Ovde se već približavamo nečemu što je Švarzenberger nazvao "sudijsko zakonodavstvo",<sup>9</sup> a što nije formalno prihvaćena koncepcija na međunarodnom planu. Koliko god to mi hteli da negiramo, praksa Međunarodnog suda pravde je veoma blizu pravnoj kreaciji. On naravno nije formalni zakonodavac, ali kako objasniti njegovu ulogu u procesu kristalizacije običaja. U tom smislu sud tumačenjem prakse država u jednom momentu izvodi zaključak da je došlo do nastanka pravnog pravila i formuliše mu preciznu sadržinu. Iako bi neko mogao da kaže da to nije tipična zakonodavna uloga, takvo postupanje Međunarodnog suda pravde jeste delom zakonodavni proces. Prvo zato što rešavanjem nekog spora ili tumačenjem međunarodnog prava u savetodavnom postupku sud i sudije odlučuju koje će činjenice imati važnost, i kako će formulirati pravilo koje primenjuju. Od toga zatim zavisi primena pravila u budućnosti, obzirom da presedan igra veliku ulogu. Na ovaj način Sud može makar da usmeri pravac razvoja pravnih pravila, kao što je to recimo bilo u slučaju Savetodavnog postupka povodom rezervi na konveciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Tada je Međunarodni sud pravde odigrao kvazilegislativnu ulogu i pomerio klatno pravila od sistema jednoglasnog prihvata rezervi, ka fleksibilnom pristupu. Pored toga sud ovako uspostavlja i pravila u pogledu tu-

<sup>9</sup> Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (1965), at 115–164.

mačenja propisa međunarodnog prava kojih se kasnije pridržava. Sve to ojačava njegovu ulogu kao kvazizakonodavca.

Imajući u vidu specifičnu pravnu tehniku međunarodnog prava, kao i proces nastajanja običajnih pravila, uloga Međunarodnog suda pravde je često mnogo veća od rešavanja pojedinačnog slučaja ili davanja savetodavnog mišljenja. Zato se u međunarodnom pravu pored induktivnog pristupa, koji podrazumeva smer od pojedinačnog ka opštem, primenjuje u značajnoj meri i smer zaključivanja od opšteg pravnog pravila ka pojedinačnom slučaju. Tako kada se utvrđuje opšte postojanje pravne norme deduktivni metod je prihvatljiviji jer podrazumeva apstrahovanje volje svake pojedinačne države. Zbog toga autori sa pravom tvrde da je u osnovi obaveznosti svakog običaja volja međunarodne zajednice kao celine. To se nikako ne može objasniti primenom induktivnog metoda. Od ove situacije treba praviti razliku kada se utvrđuje obaveznost svake pojedinačne države nekim pravilom u konkretnom slučaju. Tada je primena induktivnog metoda u dokazivanju nezaobilazna jer pomaže da se utvrdi učešće konkretne države u odnosnom pravilu.

#### *Praksa Međunarodnog suda pravde povodom primene ovih metoda tumačenja*

Kao što je u predhodnom delu rada navedeno u međunarodnom pravu očigledno prihvatljiva kako primena deduktivnog pristupa, tako i primena induktivnog zaključivanja pa onda ne čudi što Međunarodni sud pravde koristi i jedan i drugi. Tako je slučaju Naloga za hapšenje sud zaključio sledeće: "Na osnovu značajne prakse država ne može se izvući zaključak koji bi išao na ruku postojanju izuzetka od pravila o imunitetu od krivične jurisdikcije najviših državnih predstavnika."<sup>10</sup> U zavisnosti od pravila o kome se radi u međunarodnom pravu nameće se i primena induktivnog ili deduktivnog metoda. Tako je u pogledu istraživanja i korišćenja kosmičkog prostranstva postojala praksa samo nekolicine država, a podrazumeva se da su nastala pravna pravila koja obavezuju sve države u međunarodnoj zajednici.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Reports (2002) para 58.

<sup>11</sup> Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, *The European Journal of International Law* Vol. 26 no. 2, 2015, str. 422.

Dakle, zbog specifičnosti pravnih pravila u međunarodnom pravu nameće se kao jedino logično rešenje primena deduktivnog metoda u tumačenju. Neko bi na osnovu ovoga mogao da zaključi da Međunarodni sud pravde luta između dva pola tumačenja, ali to se ne bi moglo reći. Primena deduktivnog ili induktivnog metoda u stvari zavisi od pravnog pravila o kome se radi. Kod običajnih pravila prirodnije je primeniti deduktivni metod, pogotovo ako se radi o opštim, to jest univerzalnim običajima. S druge strane, primena induktivnog metoda imanentna je ugovorima ili recimo jednostranim pravnim aktima. Međunarodni sud pravde je u nekoliko slučajeva upravo konstatujući da postoji široko rasprostranjena praksa država opravdano primeniti određeno pravilo na rešenje konkretnog slučaja. To se dogodilo u slučaju o razgraničenju na moru u sporu Libije i Malte,<sup>12</sup> kao i u slučaju Katara i Bahreina.<sup>13</sup> Međunarodni sud pravde će posegnuti za ovakvim rešenjima ukoliko nije u prilici da se jasno osloni na praksu samih država u sporu, a kada istovremeno postoji očigledan i jasan zaključak da je takvo pravilo već duboko ukorenjeno u praksi velike većine drugih država. Na prvi pogled ovakvo postupanje Međunarodnog suda pravde može se činiti preslobodnim, ali u stvari ono predstavlja samo primenu opšte objektivne norme na konkretan slučaj, kao kada se u unutrašnjem pravu radi o prevođenju opšte pravne norme na rešavanje inividualnog slučaja i donošenje pojedinačnog pravnog akta tim povodom. Dakle u slobodnom smislu reći dedukcija bi mogla biti shvaćena ne kao zakonodavna delatnost Međunarodnog suda pravde, već kao redovna primena pravnih pravila na pojedinačan slučaj.

Odnos indukcije i dedukcije u zaključivanju može da se prati i kroz elemente običaja, gde bi induktivni metod bio zastupljen u elementu prakse, a deduktivni u svesti o pravnoj obaveznosti. U tom smislu pogrešni su zaključci koji navode slučaj Nikaragva kao primer da je deduktivni pristup pobedio induktivni jer je tada Međunarodni sud pravde pronašao da iako ima primera intervencija u međunarodnom pravu to jeste suprotno svesti o obaveznosti da je zabranjeno vršiti intervencije u unutrašnje poslove država.<sup>14</sup> Pošto je nesporno da je zabrana oružanih intervencija u međunarodnom pravu norma kogentnog karaktera onda nema sumnje da je svaka suprotna praksa pravno ništava i ne može se ni uzeti

<sup>12</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports (1985) 13, at 29, para. 44.

<sup>13</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, ICJ Reports (2001) 40, at 101–102, para. 205.

<sup>14</sup> *Military and Paramilitary Activities, supra* note 26, at 106, para. 202; 108–109, paras 206–207.

kao postojeća ni relevantna.<sup>15</sup> Zbog toga ona ne može biti ni uzeta kao osnov za induktivno zaključivanje.

Da bi se ipak očuvao koncept međunarodnog prava kao formalnog pravnog poretka neophodno je da induktivni metod bude primarno primenjivan, a da deduktivni bude dopunski kriterijum u rezonovanju ukoliko nije moguće pronaći osnova za primenu ovog prvog.<sup>16</sup> Ovo je nekada moguće, a nekada nije kao što je napred navedeno. Kao još jedan od argumenata za primenu deduktivnog metoda u pogledu tumačenja pravila međunarodnog prava nameće se i imperativno dejstvo načela međunarodnog prava u pogledu nastajanja novih pravnih pravila. Definitivno ukorenjivanje novih pravnih pravila nije moguće ukoliko nije u skladu i ne korespondira sa najvišim principima međunarodnog prava. Kao jednu od tipičnih potvrda primene dedukcije u međunarodnom pravu možemo navesti De Martensovu klauzulu koja je služila dugo vremena da pokrije postojanje pravnih praznina u oblasti tadašnjeg prava oružanih sukoba.<sup>17</sup> Ova kaučuk norma obezbeđivala je dugo vremena popunjavanje pravnih praznina u pravu oružanih sukoba, pa se čak i u današnjim uslovima pojavljuje kao deo običajnog prava primenjiv u posebnim situacijama.

Kao jedan od očigledno deduktivnih pristupa Međunarodnog suda pravde može se zabeležiti zaključak u slučaju davanja savetodavnog mišljenja o Nadoknadi štete kada je razmatrano pitanje stepena subjektiviteta Organizacije Ujedinjenih nacija: "Prava i obaveze nekog entiteta, u ovom slučaju Ujedinjenih nacija mora da zavisi od svrhe i funkcija koje su izričito ili prećutno sadržane u osniivačkom aktu i razvijeni u praksi tog entiteta."<sup>18</sup> Deluje da kada god Međunarodni sud pravde nije u mogućnosti da primeni direktno neko postojeće pravno pravilo da onda poseže za pravnom kreacijom koja je u ovom slučaju bila dragocena

---

<sup>15</sup> Član 53. Konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine: Ugovori koji su suprotni imperativnoj normi opšteg međunarodnog prava. Ništav je svaki ugovor koji je u trenutku sklapanja suprotan imperativnoj normi opšteg međunarodnog prava. U svrhu ove Konvencije, imperativna norma opšteg međunarodnog prava je norma koju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmeniti samo novom normom opšteg međunarodnog prava iste prirode.

<sup>16</sup> Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (1964), str. 626–627.

<sup>17</sup> Iz preambule četvrte Haške konvencije o suvozemnom ratu iz 1899. godine: "Visoke strane ugovornice nalaze za potrebno da konstatuju da u svim slučajevima koji nisu regulisani prihvaćenim odredbama, stanovništvo i zaraćene strane ostaju pod vlašću i zaštitom načela međunarodnog prava, koja proističu iz običaja ustaljenih između prosvetljenih naroda, zakona čovečnosti i zahteva javne savesti."

<sup>18</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports (1949), str. 180.



i doprinela definisanju pravnog kapaciteta Organizacije Ujedinjenih nacija, ali i otvorila put za određivanje tog kapaciteta svih drugih međunarodnih organizacija. Dedukcija je stoga zahvalan pristup koji pogoduje međunarodnom poretku i naprosto je nezaobilazan u tumačenju pravila ovog specifičnog pravnog poretka. Primena deduktivnog metoda doprinosi izgradnji međunarodnog poretka i daje mu neophodnu dozu fleksibilnosti. Takva fleksibilnost ne pogoduje strogom formalizmu, ali se to i ne očekuje od međunarodnog prava kao takvog. Upravo zato Međunarodni sud pravde predstavlja najviši autoritet u međunarodnom pravu, a on je između ostalog potvrđen i radom Komisije za međunarodno pravo koja se prilikom priprema kodifikacije ponajviše naslanja na praksu Međunarodnog suda pravde u tumačenju pravnih pravila.

Dedukcija se u međunarodnom pravu može prepoznati i kao primena analognih pravila koja postoje na slične slučajeve koje je potrebno razrešiti ili primeniti na njih takvo pravilo. Kao jedan od primera za upotrebu analogije možemo navesti pravila o punovažnosti koja nesporno postoje u vezi međunarodnih ugovora, ali ne postoje kao formalno prihvaćena kod jednostranih akata država. Iako je to tako u doktrini, pa i u radu Komisije za međunarodno pravo, nema dileme da se pravila o punovažnosti mogu primenjivati i za jednostrane akte država.<sup>19</sup> Sa svoje strane i Međunarodni sud pravde podržava primenu analogije u smislu primene pravila koja se odnose na srodnu oblast. Tako je postupio u slučaju između Libije i Malte o epikontinentalnom pojasu kada je rekao da isključiva ekonomska zona može postojati ukoliko postoji epikontinentalni pojas, ali da obrnuto nije moguće.<sup>20</sup> Na taj način je ustanovio pravilo da je razgraničenje u vezi epikontinentalnog pojasa pravno obavezujuće i za granicu država u pogledu isključivih ekonomskih zona. Zbog toga je ispravan zaključak da se dedukcija pojavljuje u međunarodnom pravu kao rutinska pravna tehnika.<sup>21</sup>

Ovakvom stanju u međunarodnom pravu pogoduje specifična simbioza sa jedne strane običajnih pravnih pravila, a sa druge strane uloga koju ima Međunarodni sud pravde u pogledu ovih pravila. Tako se zaključuje da: "U odsustvu metodoloških ograničenja, čini se da je običajno pravo ulaz za "progresivan" razvoj međunarodnog prava i instrument za zakonodavnu ulogu koju faktički vrši sud-

<sup>19</sup> Videti: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/chp9.pdf&lang=EFS-RAC>.

<sup>20</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports (1985), str. 33, para 34.

<sup>21</sup> Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, *The European Journal of International Law* Vol. 26 no. 2, 2015, str. 427.

ski organ.”<sup>22</sup> Na ovaj način možemo da zaključimo da je međunarodno pravo ušlo je jednu novu etapu svoga razvoja. Posle nesporne ere kodifikacije pravnih pravila i usvajanja velikih konvencija koje su imale legislativni karakter, nalazimo se u fazi renesanse običaja u međunarodnom pravu.<sup>23</sup>

U takvom ambijentu Međunarodni sud pravde igra značajnu ulogu uobličavanja normi i postavlja se kao analitičar u smislu stvaranja pravnih pravila. Pretenziono bi bilo reći da on igra ulogu zakonodavca, pravna pravila se stvaraju u odnosima između država kao i do sada, samo što je forma tih pravila drugačija. Anglosaksonska doktrina je u sudskim odlukama videla način konačnog konstituisanja običajnih pravila. Tako je prirodno bilo da se kao poslednja etapa u formulisanju običaja uspostavi sudska odluka u vidu predsedana i tako jedna praksa država postaje definitivno pravno pravilo. Po njima je značaj sudova i uloga same presude u tom slučaju nešto iznad puke deklaracije postojanja pravila, već sudska odluka predstavlja konačnu i završnu fazu u procesu formiranja pravila. Tako je Kaseze lepo primetio: “Uzimajući u obzir rudimentarni karakter međunarodnog prava, kao i odsustvo kako centralizovanog zakonodavnog tela, tako i centralnog sudskog tela sa obaveznom nadležnošću, ne čudi što su u praksi brojne odluke najvažnijih sudskih tela (posebno Međunarodnog suda pravde) odigrale veliku ulogu u uspostavljanju običajnih pravila međunarodnog prava određujući im sadržaj i domašaj, ili predstavljajući evoluciju novog koncepta pravila.”<sup>24</sup> Prema tome ne bi moglo reći da je Međunarodni sud pravde samo telo koje primenjuje pravna pravila na konkretan slučaj, već da je njegova uloga u opštem međunarodnom pravu daleko veća.

Međunarodni sud pravde detektuje pravna pravila i daje svoj specifični pečat o njima. To se može jasno prepoznati kako u radu Komisije za međunarodno pravo, tako i u radovima autora. Donekle bi bilo ispravno zaključiti da se gotovo celokupno međunarodno pravo može sažeti u odnosu ugovora i običaja. Tako je detaljnom analizom prakse Međunarodnog suda pravde jedan od autora zaključio da su ugovori i dalje najdominantniji instrument u dokazivanju običajnih pravnih pravila.<sup>25</sup> Može se reći da je nepotrebno stalno tražiti razlike između ugo-

---

<sup>22</sup> Niels Petersen, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 2, 2017, str. 363.

<sup>23</sup> Bojan Milisavljević, *Renesansa običaja u međunarodnom pravu*, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2014, str. 214-226.

<sup>24</sup> Cassese, Antonio, *International Law*, 2001, str. 159.

<sup>25</sup> Table 1: Identification of Customary Law, Type of Argument Frequency (%): Treaties 47.4, Consent of parties 30.5, Precedent 17.9, Resolutions of international institutions 15.8, General ref-

vora i običaja. Autori uglavnom daju prevagu ugovorima kao izvoru prava i time pokušavaju da ukažu na nedostatke običaja kao drugog glavnog izvora.

Bolje je poslušati sledeće stavove: "Između ova dva formalna izvora međunarodnog prava postoji uzajamni uticaj. Nema razvoja jednog izvora bez razvoja drugog. Postoji uzajamno ukrštanje i preplitanje, prerastanje običaja u ugovorna pravila, ali i obrnuto. U doktrini se izlaže mišljenje da su međunarodni običaji "rezervoar" za međunarodna ugovorna pravila, ali istovremeno i katalizator u sistemu izvora međunarodnog prava."<sup>26</sup> Upravo je u ovome ključ, jer nema napredka u smislu međunarodnog prava bez koegzistencije ugovora i običaja kao njegovih glavnih izvora. Potpuno je nepotrebno i beskorisno tražiti argumente koje govore o primatu jednog izvora nad drugim, kada se oni prepliću i neraskidivo upotpunjuju. Već je zaključeno da nema opšteg međunarodnog prava bez običajnih pravila, da se postojanje legislativnih ugovora, pa i kogentnih normi nika-ko ne može objasniti putem opštih pravila ugovornog prava, već samo i isključivo preko običajnih pravila.

Pred Međunarodni sud pravde u proteklom periodu pojavljivali su se slučajevi koji su zahtevali posebna znanja i veštine na osnovu kojih bi Sud mogao da prikupi dokaze i utvrdi činjenično stanje. Deluje da je prošlo vreme kada su Sudije mogle na osnovu svog odličnog poznavanja međunarodnog prava da suvereno donose odluke, već im je sada u pogledu nekih odluka, neophodno da koriste specifična znanja i tehnike koja ne dolaze od njih samih. Tako je na osnovu člana 48 Statuta Suda predviđeno da je moguće koristiti sva neohodna sredstva kako bi se prikupili dokazi u postupku. Prikupljanje dokaza obezbeđeno je pravno tehnički preko naredbi Suda, ali i preko komunikacije koju ima Sekretar suda sa stranama u postupku. Uglavnom se prikupljanje dokaza svodi na komunikaciju sa stanama u postupku koje Sudu dostavljaju pisane akte neophodne za postupak dokazivanja, ili omogućavaju posetu predstavnika Suda.

S obzirom na unapređenje tehnologije prenosa podataka usvojeno je Uputstvo Suda koje uključuje i audio i fotografske materijale: "Imajući u vidu član 56 Pravilnika Suda, svaka strana koja želi da prezentuje audio-vizuelni ili fotografski materijal na saslušanjima koja ranije nisu bila uključena u spis predmeta pisanog postupka podnosi zahtev...Zahtev stranke. . . mora biti praćen informaci-

---

erence to state practice 12.6, Assertion 10.5, Functional arguments 6.3, Equitable considerations 3.2, Niels Petersen, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 2, 2017, str. 368.

<sup>26</sup> Đorđević, Stevan, *Uvod u međunarodno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2007, str. 193.

jama o izvoru materijala, okolnostima i datumom njegove izrade i stepena šta je od tih informacija dostupno javnosti.<sup>27</sup> U današnjim uslovima ovakvi oblici dokaza svakako uključuju i snimke iz satelita koji su već korišćeni u postupku pred sudom.<sup>28</sup> Sa jedne strane ovo predstavlja očiglednu promenu u postupku dokazivanja, a sa druge strane pruža neposredni uvid Sudu i bitno olakšava proces dokazivanja koje onda svodi na neposredno opažanje i zaključivanje.

Može se zaključiti da je Sud sebe ovde postavio na mesto respektabilnog tumača pravila, a od interesa ovog rada posebno mesto imaju svakako običajna pravna pravila. Uloga Suda u procesu nastanka običajnih pravila može biti deklarativna i konstitutivna. Uloga Suda je deklarativna kada on pronalazi elemente prakse država i kroz njih izvlači zaključak o postojanju svesti o pravnoj obaveznosti. Tada Međunarodni sud pravde samo potvrđuje jedno običajno pravilo i čini nesumnjivim njegovo postojanje i sadržinu. Ovakva uloga Suda je i formalno potvrđena kada je ona dobila mesto pomoćnog izvora prava u članu 38. Statuta suda.

S druge strane, aktivnost Međunarodnog suda pravde u običajnom procesu može biti konstitutivna ukoliko se radi o konačnom ustanovljenju običajnog pravila, to jest ako je reč o kristalizaciji običajnog pravila. Tada je značaj aktivnosti suda veći i može delovati da se ovde on približava ulozi da kreira pravo. Često se odluka Suda u nekim slučajevima uzima kao konačni argument u nastanku pravnih pravila, ali se on ovde javlja samo kao opšti forum, da u nedostatku formalnog zakonodavca, postojanje pravila učini definitivnim i da iz skupa veoma heterogenih akata pronade jasan put koji će onda značiti da je nastalo pravilo. Zbog ovih okolnosti anglosaksonska doktrina je sklona da postavi Međunarodni sud pravde na mesto koje mu formalno ne pripada, a to je specifični zakonodavac u međunarodnom poretku.

Dakle, Sud pre svega tumači međunarodno pravo i detektuje preciznu sadržinu pravila međunarodnog običajnog prava. Ova funkcija javlja se usled specifične nepisane forme običajnih pravila, pa je često odluka suda u stvari dolazak na svet, formulisanje pravnog pravila koje u svojoj suštini već postoji. Tako se Sud pojavljuje više kao tumač običajnih pravila nego kao njihov kreator. Ovakvu liniju sledi i sam Sud kada u postupku po tužbi Etiopije i Liberije protiv Juž-

---

<sup>27</sup> Practice Direction IX quater, the Court adopted in April 2013.

<sup>28</sup> Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica), Request by Costa Rica for the Indication of New Provisional Measures, Order of 22 November 2013, paras 13–15, 44, 46 and 49.

noafričke republike zaključuje: “Sud na ovom mestu ne mora da se upušta u prirodu ovog principa tumačenja čija je sadržina veoma kontroverzna, jer je jasno da on ne može biti primenjen na način da bi Sud morao da ide dalje od onoga što se razumno može smatrati procesom tumačenja, te da se usпусти u proces ispravljanja ili menjanja.”<sup>29</sup>

Upravo je ovo mesto na kome je moguće objasniti pravu razliku između tumačenja i kreacije prava. Anglosaksonska doktrina je sklona da, posmatrajući ulogu i praksu Suda iz svog ugla, zaključi da je uloga i zadatak Suda da zbog nedostatka zakonodavca igra njegovu ulogu. Ovde se u stvari radi o tumačenju pravnih pravila koja postoje ili koja upravo nastaju u međunarodnom pravu. Sud ima ulogu ovlašćenog tumača pravnih pravila, koja se u slučaju običajnih pravila svodi i na njihovu detekciju i na njihovo otelotvorenje. To se očigledno vidi tek kada se kroz odluku Suda dolazi do kristalizacije običajnih pravila, to jest kada je odluka Suda konstitutivne prirode. S druge strane, Međunarodni sud pravde ima posebnu poziciju u međunarodnom pravu jer prati evoluciju pravnih pravila i kako je to malopre napomenuto ocenjuje pravce kretanja pravnih pravila. Naročita vrednost i uloga koju ima Sud ogleda se u tome što kada jednom svojom odlukom potvrdi postojanje pravnog pravila i ukaže na njegovu sadržinu, onda je veoma teško bilo kom forumu ili državi da tvrdi ili dokazuje suprotno.<sup>30</sup>

Međunarodni sud pravde je u raznim slučajevima tumačio međunarodno običajno pravo i pokušavao da pronade agumente za njegovo postojanje. Jedan od novijih jeste slučaj Naloga za hapšenje.<sup>31</sup> Naime, opšte je pravilo međunarodnog prava da najviši predstavnici države imaju imunitet od krivične jurisdikcije drugih država. U tom smislu u toku je rad Komisije za međunarodno pravo pod nazivom “Krivičnopravni imunitet predstavnika države.”<sup>32</sup> Može se reći da je opšte pravilo na međunarodnom planu da postoji krivičnopravni imunitet državnih predstavnika, ali da on ne bi mogao da bude apsolutan u smislu *ratione mate-*

<sup>29</sup> International Court of Justice, South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6, para. 91.

<sup>30</sup> Cassese A: The International Court of Justice: Is it High Time to Restyle the Respected Old Lady, u: Cassese A. (ed.): Realizing Utopia: The Future of International Law, Oxford University Press, 2012, pp. 239, 240.

<sup>31</sup> Arrest Warrant of 11 April 2000 (Dem. Rep. Congo v. Belg.), 2002 I.C.J. 3 (Feb. 14) (DRC v. Belgium).

<sup>32</sup> Videti: Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, International Law Commission, Sixtieth session, 2008.

rie.<sup>33</sup> Tako se može reći da on postoji pred nacionalnim organima, ali da se ne bi mogao odnositi na međunarodna krivična dela. Tako se u odluci Međunarodnog suda pravde zaključuje: "Krivičnopravni imunitet predstavnika države i individualna krivična odgovornost su odvojeni pojmovi. Krivičnopravni imunitet je proceduralne prirode, dok je pitanje individualne odgovornosti suštinske prirode."<sup>34</sup> Jedina razlika koja se pojavljuje jeste da je procesuiranje za međunarodna krivična dela prihvatljivo na međunarodnom planu, ali još uvek ne na unutrašnjem planu. Sud je pronašao svega dve odluke nacionalnih sudova u vezi krivične nadležnosti prema najvišim predstavnicima države to Doma Lordova u Velikoj Britaniji i Kasacionog suda Francuske. Pored toga nije bilo značajnih navoda iz unutrašnjih zakonodavstava država koje bi išle u prilog ove prakse. "Na osnovu svih ovih materijala, Sud je naveo da nije našao izuzetak od pravila imuniteta pred domaćim sudovima u vezi sa ministrima inostranih poslova."<sup>35</sup>

I pored člana 59. Statuta Suda koji predviđa da presuda deluje samo prema stranama u sporu, bilo je situacija da se Sud osloni na svoje ranije presude kao osnov za rešavanje konkretnog slučaja. Tako se u slučaju, Islamske države Džamahirija i Čada,<sup>36</sup> rešavajući spor u vezi teritorije Sud pozvao na svoju raniju presudu koje doneo na osnovu običajnog prava.<sup>37</sup>

Međunarodni sud pravde ponekad samo konstatuje postojanje pravila opšteg običajnog prava bez ikakvog dokazivanja ili potvrđivanja. Tako je postupio u sporu oko Prolaza kroz Krfski kanal kada je zaključio da brodovi svih država imaju pravo plovidbe međunarodnim plovnicima.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Za detaljniju analizu videti: Bojan Milisavljević, Krivičnopravni imunitet predstavnika države, *Journal of Criminalistics and Law*, broj 1 iz 2015, str. 17 – 31, Bojan Milisavljević, Imunitet šefa države od krivične jurisdikcije stranih država, *Zbornik radova Tom 1, Suprotstavlanje savremenim oblicima kriminaliteta, Kriminalističko – policijska akademija, Fondacija Hans Zajdel*, 2015, str. 159-167.

<sup>34</sup> *Arrest Warrant case*, I.C.J. Reports 2002, str. 25, para. 60.

<sup>35</sup> *Ibidem*, str. 23 – 24.

<sup>36</sup> *Territorial Dispute (Libya v. Chad)*, 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3).

<sup>37</sup> Ovde se postavlja pitanje kakva je onda uloga Suda u običajnom procesu. On je rešavajući novi slučaj izbegao da ponovo utvrđuje postojanje i sadržinu običajnog pravila, već se pozvao na svoju raniju presudu i time joj dao snagu izvora prava u konkretnoj situaciji. Iako je uobičajena aktivnost Međunarodnog suda pravde ona se teško može braniti sa formalne strane Statuta, ali je običajno pravo i ovde bilo način na koji je moguće opravdati rezon Suda..

<sup>38</sup> Zaključio je da se radi o opštoj praksi koja je priznata kao običaj opštim međunarodnim pravom. *ICJ Reports, Corfy Channel Case*, 1949, str. 28.

Jasno je da se prilikom rešavanja pojedinačnih slučajeva Međunarodni sud pravde kretao u ograničenom prostoru koji određuju tužbeni zahtevi i dokazi koje prezentuju strane u postupku. Ipak i pored toga često je postojala potreba za tumačenjem opšteg međunarodnog prava u svrhu rešavanja konkretnog slučaja. Tako je Međunarodni sud pravde, u zavisnosti od konkretnog slučaja, uzimao u obzir različite instrumente za dokazivanje običajnog prava i koristio različite metode u rešavanju sporova. U tom pogledu praksa Suda nije jednoznačna. Tako je konsultovao sudske predsedane, bilatelarne ugovore o ekstradiciji, nacionalno pravo, bilatelarne i višestrane međunarodne ugovore, izjave državnih zvaničnika, arbitražne odluke.<sup>39</sup> Što se metoda tiče i tu je Međunarodni sud pravde koristio različite pristupe u zavisnosti od potrebe. Tako je koristio deduktivni metod zaključivanja - od opšteg ka posebnom u sledećim slučajevima: Krfski kanal, savetodavnom postupku u vezi rezervi na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, slučaju Barselona Trekšn kada je tumačio postojanje običajnog pravila u vezi diplomatske zaštite preduzeća i akcionara, u slučaju Genocida u sporu Bosna i Hercegovina protiv SRJ i slučaju tužbe i protivtužbe između Srbije i Hrvatske kao i u slučaju Nikaragva.

#### ZAKLJUČAK

Nema sumnje da je pitanje tumačenja u međunarodnom pravu od naročite važnosti. Ovaj rad pokušao je da iznese neke osnovne pravce u pogledu prakse koju primenjuje Međunarodni sud pravde kada rešava konkretne slučajeve ili iznosi savetodavna mišljenja. Zaključuje se da je primena deduktivnog metoda u tumačenju češća kada se radi o običajnim pravnim pravilima, a da je induktivni metod primenjiviji na ugovorna pravna pravila. Međunarodni sud pravde obavlja takođe specifičnu kvazilegislatvnu funkciju koja je pozitivno ocenjena u ovom radu. Iako za to nema formalno ovlašćenje praksa Međunarodnog suda pravde u velikoj meri utiče na pravce razvoja pravnih pravila, ili materijalizuje pravna pravila kada je reč o običajnim pravilima. Tada Međunarodni sud pravde određuje njihovu sadržinu i dejstvo, što nikako nije zanemarljiva uloga. Ne treba izgubiti iz vida ni da je primena induktivnog metoda obično polazna tačka u dokazivanju pravnih pravila pred Međunarodnim sudom pravde kada god je to moguće. Ipak nisu retki ni slučajevi da je deduktivni metod primenjivan, što samo po sebi

---

<sup>39</sup> Schlutter Birdit, *Developments in Customary International Law*, Leiden – Boston, 2010, str. 169.



ne mora da bude loše i jeste oslonac u rezonovanju prilikom rešavanja slučajeva. Značajnu ulogu u pogledu primene navedenih metoda ima i očigledan upliv anglosaksonskog pristupa prilikom funkcionisanja Međunarodnog suda pravde.

U ovom radu analizira se praksa Međunarodnog suda pravde u pogledu primene deduktivnog i induktivnog metoda u tumačenju sa posebnim osvrtom na tumačenje i formulisanje običajnog prava. Autor polazi od opšteg pojma tumačenja u međunarodnom pravu i kasnije ga svodi na praksu Međunarodnog suda pravde i primenu deduktivnog i induktivnog metoda. U radu je prezentovan značajan broj slučajeva kada je Međunarodni sud pravde koristio deduktivni metod i iznete su kritike u tom smislu. Naročito je analizirana pozicija Međunarodnog suda pravde u vršenju kvazilegislativne funkcije i iznete su brojne prednosti takve pozicije suda. Ukazano je i na korišćenje različitih pristupa u tumačenju u pogledu običaja, ali i drugih izvora međunarodnog prava, a naročito međunarodnih ugovora i jednostranih akata.

BOJAN MILISAVLJEVIĆ, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE BETWEEN DEDUCTIVE AND INDUCTIVE APPROACH IN THE INTERPRETATION OF THE RULES

### Summary

This paper analyzes the practice of the International Court of Justice regarding the application of a deductive and inductive method in interpretation with a special emphasis on the interpretation and formulation of customary law. The author starts from the general notion of interpretation in international law, and subsequently reduces it to the practice of the International Court of Justice and the application of a deductive and inductive method. The paper presents a significant number of cases when the International Court of Justice used the deductive method and criticisms were made in that regard.

In particular, the position of the International Court of Justice in the performance of the quasi-legal function was analyzed and numerous advantages of such a court position were noted. It was also pointed to the use of different approaches to interpretation in terms of customs, as well as other sources of international law, in particular international treaties and unilateral acts.





*DUŠKO DIMITRIJEVIĆ*

## **GENERALNA SKUPŠTINA UJEDINJENIH NACIJA I SAVREMENI MEĐUNARODNI POREDAK**

### **U V O D**

Prethodnu istorijsku epohu Ujedinjenih nacija karakteriše rad Generalne skupštine koja je u sistemu svetske organizacije ostala njen najdemokratskiji politički, savetodavni i predstavnički organ. Zbog činjenice da su u njoj okupljene delegacije svih država članica Ujedinjenih nacija koje u postupku odlučivanja imaju jednako pravo glasa, Generalna skupština je doprinela demokratizaciji međunarodnih odnosa. Njena zasedanja, koja su vremenom dobila izgled kontinuirane diplomatske konferencije, bila su institucionalni okvir za usvajanje najznačajnijih međunarodnih pravnih i političkih akata (međunarodnih konvencija, rezolucija, deklaracija i preporuka). Počev od prvog zasedanja održanog u Londonu 10. januara 1946. godine, pa do današnjih dana, Generalna skupština je prilagođavala svoju strukturu zahtevima vremena, preuzimajući postupno širu odgovornost u obavljanju funkcija i nadležnosti propisanih u Povelji.<sup>1</sup> To je naročito bilo primet-

---

Dr Duško Dimitrijević, naučni savetnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. Rad predstavlja rezultat rada na projektu: "Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti", finansiranog od Ministarstva za prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179029).

<sup>1</sup> Odmah po formiranju Generalne skupštine, pojavile su se tendencije za proširenjem njenih ovlašćenja. Tako je, na osnovu rezolucije br. 111 (III), iz 1947. godine, Generalna skupština od-

no nakon pada "gvozdene zavese" kada se u sklopu opšteg razvoja međunarodnih odnosa izmenio položaj velikih sila i kada se još senzibilnije, izmenio status većeg broja država i drugih subjekata međunarodnog prava. Nova situacija direktno se odrazila na rad i funkcionisanje Generalne skupštine.<sup>2</sup> Da bi se rešila ogromnog tereta stečenog tokom hladnoratovskog sukobljavanja, Generalna skupština je pristupila reafirmaciji koncepta o očuvanju mira i bezbednosti, ali i dogradnji postojećeg međunarodnog poretka čiji je vezivni faktor Povelja, kao fundamentalni pravni akt i "živi" konstitucionalni okvir neophodan za sprovođenje osnovnih ciljeva i principa univerzalne međunarodne organizacije.

Sa odlučnošću da se na nov način pozabavi rešavanjem pitanja napretka čovečanstva koje je povezano sa rešavanjem krucijalnih problema u ekonomskoj, socijalnoj i političkoj sferi, Generalna skupština je prihvatila htenja i namere država članica usmerena u tom pravcu, kao i široko koherentno delovanje subjekata unutar i van svetskog sistema (vladinih i nevladinih organizacija, međunarodnih finansijskih ustanova, transnacionalnih kompanija, privatnih lica i civilnog društva u celini), u cilju proširenja saradnje i koordinacije delovanja.

S obzirom da Ujedinjene nacije ni nakon sedam decenija svoga rada nemaju realnu alternativu, neefikasnost i neprilagodljivost njenih glavnih organa, uključujući i Generalnu skupštinu, zahteva reforme koje u perspektivi treba da dovedu do suštinskih promena i prilagođavanja savremenim međunarodnim procesima i pojavama.<sup>3</sup>

lučila da oformi tzv. Malu skupštinu (Little Assembly), kao neku vrstu komiteta zaduženog da deluje u prelaznoj fazi kada Savet bezbednosti nije mogao da obavlja svoje dužnosti zbog oponiranja pojedinih stanih članica u periodu do redovnog zasedanja. Zbog poznate blokovske konfrontacije, Mala skupština je prestala sa radom 1949. godine.

<sup>2</sup> Milan Šahović, "Šezdeseta godišnjica u znaku reforme Ujedinjenih nacija", *Međunarodna politika*, 2005, br. 1118-1119.

<sup>3</sup> Duško Dimitrijević, "Reforma kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija", *Međunarodna politika*, 2005-2006, br. 1120-1121; "Modeli reorganizacije Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija", *Pravni život*, 2007, tom V, br. 13, str. 935-958; *Reforma Saveta bezbednosti Ujedinjenih Nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2009; "Promene u sistemu kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija", u: Branislav Đorđević, Danijela Bjelja (ured.), *Međunarodne organizacije i njihov odnos prema Republici Srbiji*, Akademija za diplomatiju i bezbednost, Beograd, 2012, str. 5-18; "Reforme Ujedinjenih nacija – Generalna skupština, Ekonomski i socijalni savet i administrativni aparat", u: Dragoljub Todić i Marko Novaković (eds.), *Savremeni međunarodno-pravni poredak i evropske integracije Srbije*, 2014, str. 23-44; "Razvojne tendencije u Ujedinjenim nacijama i međunarodni pravni poredak", u: Sanja Jelisavac Trošić, *Savremeni međunarodni i ekonomski pravni poredak*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2016, str. 169-224.

## ZADACI I OVALAŠĆENJA

Principijelno posmatrajući, u prethodnom periodu Generalna skupština Ujedinjenih nacija imala je pravo da raspravlja ne samo o pitanjima koja se odnose na njena isključiva ovlašćenja propisana Poveljom, već i o predmetima i zadacima iz delokruga ovlašćenja drugih organa svetske organizacije (član 10. Povelje). U tom smislu, Povelja Ujedinjenih nacija govori o opštoj nadležnosti Generalne skupštine praveći razliku u odnosu na tzv. supsidijarnu nadležnost ovog organa, koju tvorci Povelje nisu predvideli, ali koja je proizašla iz prakse Ujedinjenih nacija.

Tako, u vezi pitanja održavanja međunarodnog mira i bezbednosti, Generalna skupština nije mogla davati preporuke povodom spora ili situacije o kojoj odlučuje Savet sve dok on to od nje ne zatraži (član 12. Povelje). Međutim, Generalna skupština je to u praksi činila, ali samo u situacijama kada Savet bezbednosti zbog odsustva saglasnosti stalnih članica nije bio u mogućnosti da se sastane, da raspravlja i da donosi meritorne odluke to jest, kada nije bio u stanju da odgovori svojim primarnim obavezama koje proizilaze iz Povelje. Reč je dakle o slučajevima kada je zbog paralisnosti Saveta bezbednosti upotrebom prava veta, Generalna skupština bila ovlašćena da na zahtev dve trećine država članica ili na osnovu proceduralne odluke Saveta bezbednosti donosi preporuke o preduzimanju kolektivnih mera zbog postojanja ozbiljnih pretnji miru, kršenja mira ili akta agresije.<sup>4</sup>

Prema članu 11. stav. 2. Povelje Ujedinjenih nacija, u delokrug nadležnosti Generalne skupštine spada mogućnost pokretanja rasprave o pitanjima održavanja međunarodnog mira i bezbednosti koja pred nju iznese bilo koji član svetske organizacije ili Savet bezbednosti ili država nečlanica Ujedinjenih nacija u skladu sa članom 35. stav 2. Povelje (koji propisuje prihvatanje obaveze mirnog rešavanja spora u skladu sa Poveljom). Uz navedeno, Generalna skupština prema Povelji ima pravo odlučivanja o prijemu, suspenziji članskih prava i isključenju država iz svetske organizacije (čl. 4-6. Povelje). To ovlašćenje, kao i ovlašćenja biranja

---

<sup>4</sup> **Pomenuto proceduralno pravilo usvojeno je** povodom korejske krize 1950. godine, kada je Generalna skupština donela poznatu rezoluciju "Ujedinjeni za mir" br. 377(V). Na osnovu rezolucije, ustanovljeno je pravilo da se Generalna skupština može sazvati "hitno specijalno zasedanje" u roku od 24 sata od prijema zahteva upućenog Generalnom sekretaru. Suštinski, rezolucija nije dirala u ovlašćenja Saveta bezbednosti koji je i dalje ostao primarno odgovoran za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti, dok je Generalna skupština dobila mogućnost da vrši supsidijarnu nadležnost, bez mogućnosti da donosi obavezujuće odluke.

sudija Međunarodnog suda pravde i revizije Povelje, podeljeno je sa Svetom bezbednosti. U okviru isključivih ovlašćenja koja su se odnosila na širenje međunarodne saradnje, Generalna skupština je u proteklom periodu upućivala preporuke i davala smernice Ekonomskom i socijalnom savetu, državama članicama, specijalizovanim ustanovama i drugim organima. Skupština je ujedno i odobravalu ugovore između Ujedinjenih nacija i specijalizovanih ustanova i davala je specijalizovanim ustanovama i drugim organima ovlašćenja da mogu tražiti savetodavna mišljenja od Međunarodnog suda pravde. Takođe, u okviru propisanih ovlašćenja, Skupština je raspravljala o regulaciji naoružanja i razoružanja.

Budući da Generalna skupština ne predstavlja parlament međunarodne zajednice, ona nema zakonodavna ovlašćenja *stricto sensu*. Međutim, njena uloga u kodifikaciji i progresivnom razvoju međunarodnog prava kroz Komisiju za međunarodno pravo nije bila zanemarljiva.<sup>5</sup>

U okviru administrativnih poslova Generalna skupština je bila nadležna da razmatra i nadgleda izveštaje Generalnog sekretara, Ekonomskog i socijalnog saveta, Starateljskog saveta i pomoćnih organa, a takođe i da razmatra i odobrava budžet svetske organizacije. Isključivo je bila nadležna i za izbor nestalnih članica Saveta bezbednosti, svih članica Ekonomskog i Socijalnog saveta. Sve do 1969.

---

<sup>5</sup> Komisija za međunarodno pravo ustanovljena je Rezolucijom Generalne skupštine 174/II iz 1947. godine. Statutom Komisije utvrđene su obaveze rada na pripremi nacrtu ugovora o predmetima koji nisu još uređeni međunarodnim pravom ili u odnosu na koje pravo još nije dovoljno razvijeno u praksi država. Takođe, Statutom je propisana i obaveza rada na kodifikaciji u smislu preciznijeg formulisanja i sistematizacije pravila međunarodnog prava u oblastima gde već postoji široka praksa država i doktrina. Sistematizacija i promena običajnih pravila u pisana konvencionalna pravila obuhvatila je otuda i sistematsku izradu novih, tzv. razvojnih pravila, iz kojih je proizašlo savremeno međunarodno pravo u različitim oblastima, koje obuhvataju veliki broj važnih međunarodnopravnih instrumenata *inter alia*, četiri Ženevske konvencije o pravu mora iz 1958 godine, Konvenciju o smanjenju apatridije iz 1961. godine, Bečku konvenciju o diplomatskim odnosima iz iste godine, Bečku konvenciju o konzularnim odnosima iz 1963. godine, Konvenciju o specijalnim misijama iz 1969. godine, Bečku konvenciju o pravu ugovora iz 1969. godine, Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina protiv međunarodno zaštićenih lica, uključujući i diplomatske agente iz 1973. godine, Bečku konvenciju o sukcesiji država u odnosu na ugovore iz 1978. godine, Bečku konvenciju o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove iz 1983. godine. Iako je doprinela progresivnom razvoju i kodifikaciji značajnih oblasti međunarodnog prava, Komisija za međunarodno pravo nije uvek bila uspešna u smislu pravne inkorporacije pripremljenih međunarodnopravnih akata u unutrašnji pravni poredak država (na primer, Bečka konvencija o predstavljanju država u njihovim odnosima s međunarodnim organizacijama univerzalnog karaktera iz 1975. godine i Bečka konvencija o pravu ugovora zaključenih između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnodnih organizacija iz 1986. godine, nisu prihvaćene iako je njihov tekst prihvaćen na diplomatskim konferencijama UN saznim u tu svrhu).

godine, Generalna skupština je bila nadležna i za izbor članova Starateljškog saveta koji nisu bili stalni članovi Saveta bezbednosti ili nisu vršili starateljstvo nad strateški važnim teritorijama.

S obzirom na brojna i složena pitanja koja su se vremenom našla u nadležnosti Generalne skupštine (oblasti međunarodnog mira, bezbednosti, političke ekonomske socijalne, kulturne i obrazovne saradnje, kodifikacije međunarodnog prava, ljudskih prava i sloboda, itd.), ovaj glavni organa Ujedinjenih nacija morao je obrazovati široku mrežu organa i tela koja su mu pomagala u odlučivanju. U tom smislu, Generalna skupština je formirala najpre mrežu od šest glavnih komiteta koji su joj pomagali u rešavanju pitanja razoružanja i međunarodne bezbednosti, ekonomskih i finansijskih pitanja, socijalnih, humanitarnih i kulturnih pitanja, političkih pitanja koja su uključivala pitanje dekolonizacije, administrativnih i budžetskih pitanja, kao i pravnih pitanja. Pored glavnih, Generalna skupština je formirala i stalne komitete za administrativna i budžetska pitanja i za pitanja doprinosa država članica, potom i komitete za proceduralna pitanja u koje spadaju predsedništvo ili generalni komitet i verifikacioni komitet. Uz pomenute komitete, Generalna skupština je osnovala i druga pomoćna *ad hoc* tela i specijalne organe na osnovu zaključenih višestranih međunarodnih ugovora (član 22. Povelje). Svi ti organi i tela smatraju se delo organizacione strukture Generalne skupštine neophodne za izvršavanje njenih funkcija i zadataka.<sup>6</sup>

#### SASTAV I PROCES ODLUČIVANJA

Prema članu 9. Povelje, Generalnu skupštinu sačinjavaju svi članovi Ujedinjenih nacija. Ne pravi se razlika između originalnih i naknadno primljenih država članica. Nijedan član nema više od pet predstavnika.<sup>7</sup> Generalna skupština se sastaje na redovnim godišnjim zasedanjima ili na specijalnim sesijama, već kako prilike nalažu. Skupština postupa u skladu sa svojim Poslovníkom koji je sastavni deo Povelje. Svaka država članica ima po jedan glas. Odluke se donose u skladu sa odredbom iz člana 18. Povelje (kvalifikovanom ili prostom većinom).<sup>8</sup> General-

---

<sup>6</sup> Sir Francis Vallat, "United Nations General Assembly", in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier, Amsterdam, 2000, Vol. IV, p. 1120.

<sup>7</sup> Pravilnikom o radu Generalne skupštine predviđena je mogućnost imenovanja pet zamjenika stalnih predstavnika u ovom glavnom organu Ujedinjenih nacija.

<sup>8</sup> Benedetto Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2000, pp. 91-99.

na skupština ima pravo otud da odlučuje o važnim pitanjima dvotrećinskom većinom prisutnih članova koji glasaju (na primer o održavanju međunarodnog mira i bezbednosti, o izboru nestalnih članova Saveta bezbednosti, o izboru članova Ekonomsko-socijalnog i Starateljskog saveta, o prijemu, suspenziji i isključenju iz članstva svetske organizacije, o amandiranju i reviziji Povelje, i dr), dok o drugim pitanjima odluke donosi većinom prisutnih članova koji glasaju. Budući da sva važna pitanja nisu taksativno navedena u Povelji, Generalna skupština može odlučiti većinom prisutnih članova koji glasaju da se i o takvim pitanjima glasa dvotrećinskom većinom. U izuzetnim situacija Generalna skupština odlučuje i konsenzusom tj. bez sprovođenja formalne procedure.<sup>9</sup>

Mogućnost vođenja rasprava o širokom dijapazonu pitanja uz disperziju ovlašćenja na više organizacionih nivoa, vremenom je dovelo do utiska da je Generalna skupština prerasla u jedno glomazno i nefunkcionalno telo koje nije u stanju da se usredsredi na najozbiljnije probleme današnjeg sveta. Pomenutom utisku doprinelo je i usvajanje ogromnog broja pravno neobavezujućih rezolucija i deklaracija koje su u velikoj meri dovele do opadanja autoriteta Generalne skupštine. U prethodnom periodu, ugled Generalne skupštine bio je ozbiljno narušen preopterećenim dnevnim redom, dugotrajnim i suvislim debatama, usporenim procedurama koje su neretko ishodovala usvajanjem “već viđenih” i “recikliranih” rezolucija, bez adekvatnih mehanizma za njihovo sprovođenje.<sup>10</sup>

#### ZAHTEVI ZA REFORMU GENERALNE SKUPŠTINE

Zahtevi za reformom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija povezani sa pitanjem gubitka legitimiteta svetske organizacije. Pitanje samo po sebi nije novo i datira od 1949. godine. Naime još tada je svetska organizacija bezuspešno pokušavala da izvrši racionalizaciju procedure i organizacije Generalne skupštine. Tokom 1952. godine, formiran je Specijalni komitet za mere (*Special Committee of Measures*), koji je imao zadatak da proceni mogućnost vremenskog ograničenja redovnih zasedanja Generalne skupštine. U novembru 1970. godine, Generalna

<sup>9</sup> Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2004, str. 158-159.

<sup>10</sup> S pravom primećuje prof. Račić da su “davno prošla vremena kada je Generalna skupština usvajala rezolucije od takvog značaja kao što je Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom i Definicija agresije”. Videti: Obrad Račić, *Ujedinjene nacije između moći i prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 95.

skupština je formirala mnoštvo komiteta *inter alia*, i Specijalni komitet za racionalizaciju postupka i organizacije njenog rada.

U svrhu davanja jedne koherentne vizije koja bi mogla doprineti reformi Ujedinjenih nacija u post-hladnoratovskom periodu, Generalna skupština je osnovala pet radnih grupa 1992. godine. U avgustu naredne godine, osnovala je i neformalnu Radnu grupu za revitalizaciju rada Generalne skupštine (*Open-ended Working Group on the Revitalization of the Work of the General Assembly*).<sup>11</sup> Na zasedanju 1995. godine, Generalna skupština je oformila Radnu grupu na visokom nivou radi postizanja konsenzusa oko jačanja kapaciteta svetske organizacije.<sup>12</sup>

Tokom 1997. godine, pod okriljem Generalne skupštine pokretna je i inicijativa da se u raspravi oko reformi svetske organizacije angažuje i civilno društvo. Kada je tokom jubilarnog 55. samita 2000. godine, pitanje reformi svetske organizacije istaknuto kao jedno od "Milenijumskih ciljeva", Generalni sekretar je, u cilju restauracije prestiža i vitalnosti Generalne skupštine preporučio osnivanje "Narodne milenijumske skupštine" kao nevladinog foruma koji treba da deluje u saradnji sa Generalnom skupštinom radi prevazilaženja svih budućih međunarodnih izazova.<sup>13</sup> Na kasnijim sesijama, u kontinuitetu je ponavljana potreba za jačanjem uloge i ovlašćenja Generalne skupštine u svrhu poboljšanja efikasnosti i metoda njenog rada.

U izveštaju: "U većoj slobodi: Ka razvoju, sigurnosti i ljudskim pravima za sve", od 21. marta 2005. godine (*In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for all*), Generalni sekretar Kofi Anan, predložio je korake ka usvajanju reformskog paketa koji bi vodio osnaženju i revitalizaciji Generalne skupštine.<sup>14</sup> On je podvukao značaj usklađivanja rada Generalne skupštine u svrhu povećanja njenog autoriteta. Anan je preporučio strukturalne i funkcionalne promene komiteta Generalne skupštine, jačanje autoriteta predsednika, osnaženje uloge civilnog društva i izmenu dnevnog reda. Iako je izveštaj o reformi Generalnog sekretara bio daleko od sveobuhvatnog, izveštaj je i predstavljao važan korak ka reafirmaciji uloge i mesta Generalne skupštine u sistemu Ujedinjenih nacija.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> GA Res. 47/233, 17 August 1993.

<sup>12</sup> GA Res. 49/252, 14 September 1995. Radna grupa je okončala mandat u julu 1997. god

<sup>13</sup> UN Doc. A/52/850

<sup>14</sup> "In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for all", Report of Secretary General, UN Doc. A/59/2005, 21 March 2005, p. 60.

<sup>15</sup> U izveštaju Kofija Anana: "U većoj slobodi: Ka razvoju, sigurnosti i ljudskim pravima za sve", od 21. marta 2005. godine, sugeriše se usvajanje integrisanog predloga Panela izabраних struč-



Na 60. sednici, Generalna skupština je usvojila tekst rezolucije br. 60/286 od 8. septembra 2006. godine, kojom je podstakla održavanje neformalnih interaktivnih rasprava o aktuelnim pitanjima od značaja za međunarodnu zajednicu.<sup>16</sup> Tokom 2008. godine, osnovana je *ad hoc* Radna grupa za revitalizaciju Generalne skupštine (*Ad Hoc Working Group on the Revitalization of the General Assembly*), sa mandatom da "identifikuje dodatne načine da se poboljša uloga, autoritet, efektivitet i efikasnost Generalne skupštine".<sup>17</sup> *Ad hoc* Radna grupa preporučila je da se predsednik Generalne skupštine uključi u interaktivnu debatu o revitalizaciji ovog organa.

U septembru 2010. godine, Generalna skupština je usvojila rezoluciju kojom je reafirmisala sve svoje prethodne odluke koje su se odnosile na revitalizaciju njenog rada. Ujedno je odlučila i da oformi novu *ad hoc* Radnu grupu koja bi bila otvorena prema svim državama članicama.<sup>18</sup> Radnom grupom svake godine predsedavaju dve države članice sa Severa i Juga čime se omogućava veća transparentnost rada i "prohodnost" predloga rezolucija u Generalnoj skupštini. Od aprila do juna 2012. godine, Radna grupa je održala više sednica na kojima je raspravljano o revitalizaciji Generalne skupštine u okviru četiri tematska klastera koja se odnose na:

#### *Unaprednje uloge i nadležnosti Generalne skupštine*

Za mnoge države članice svetske organizacije glavni problem jeste upravo neusklađenost njenih ovlašćenja i nadležnosti Saveta bezbednosti. Vodeći zagovornici reforme Generalne skupštine, među kojima zemlje članice Pokreta nesvrstanih, smatraju da Povelja formalno izjednačava ova dva organa s tim da Generalnoj skupštini propisuje kompetencije glavnog savetodavnog, političkog i predstavničkog tela. Univerzalnost članstva u Generalnoj skupštini međutim, tendenciozno usporava proces donošenja odluka što u krajnjem slučaju ne vodi efi-

---

njaka (*High Level Panel on Threats, Challenges and Change*), koji je, nešto pre, u izveštaju: "Jedan mnogo sigurniji svet: Naša podeljena odgovornost" (*A More Secure World: Our Shared Responsibility*), od 2. decembra 2004. godine, u sklopu sprovođenja institucionalnih reformi svetske organizacije između ostalog predložio uspostavljanje Saveta za ljudska prava koji bi zamenio često kritikovanu Komisiju za ljudska prava. Taj predlog bio je kasnije usvojen Rezolucijom Generalne skupštine br. 60/251 od 15. marta 2006. godine.

<sup>16</sup> GA Res. 60//286, 8 September 2006.

<sup>17</sup> GA Res. 62/276, 15 September 2008.

<sup>18</sup> GA Res. 64/301, 13 September 2010.

kasnosti i efektivitetu kakav poseduje Savet bezbednosti. S druge strane pak, neke države članice Ujedinjenih nacija izražavaju bojazan zbog činjenice da je Savet bezbednosti prekoračio svoj mandat razmatranjem pitanja koja nisu direktno vezana sa njegovim nadležnostima koja se odnose na očuvanje mira i bezbednosti (na primer u pogledu širenja pandemija, klimatskih promena i dr.). U svetlu navedenih okolnosti, države članice su razmotrile niz preporuka za unapređenje uloge i ovlašćenja Generalne skupštine. Konkretno, te preporuke obuhvataju poboljšanje koordinacije između predsednika Saveta bezbednosti i Generalne skupštine, doslednije sprovođenje skupštinskih rezolucija, održavanje tematskih debata o kritičnim temama uz učešće stručnjaka i političkih aktera na nacionalnom nivou, jačanje izbornog procesa i uloge predsednika Generalne skupštine i poboljšanje transparentnosti rada.

### *Selekcija i imenovanje Generalnog sekretara*

Druga ključna grupa pitanja o revitalizaciji Generalne skupštine obuhvataju odnos između glavnih organa svetske organizacije – Saveta bezbednosti i Skupštine povodom selekcije i imenovanja Generalnog sekretara. Generalnog sekretara inače, nakon ozbiljne selekcije svakih pet godina bira Generalna skupština na preporuku Saveta bezbednosti. U vršenju svojih funkcija Generalni sekretar po pravilu uživa formalno nezavisnost u odnosu na državu iz koje dolazi. Sekretarijat sa Generalnim sekretarom ima administrativna ovlašćenja koja se sastoje u koordinaciji rada glavnih organa svetske organizacije za čije potrebe priprema informacije i izveštaje, kao i plan budžeta neophodan za finansiranje njihovih aktivnosti. Ovaj organ zadužen je i za predstavljanje svetske organizacije u međunarodnim odnosima čime pored administrativnih, vrši i određene političke funkcije.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Politička ovlašćenja proizilaze iz člana 12. po kojem Generalni sekretar obaveštava Generalnu skupštinu o svim pitanjima koja se tiču održavanja međunarodnog mira i bezbednosti kojima se bavi Savet bezbednosti. Na osnovu člana 99. Povelje, Generalni sekretar “može skrenuti pažnju Savetu bezbednosti na svako pitanje koje po njegovom mišljenju može ugroziti očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti”. Generalni sekretar prema Povelji otuda ima sasvim ograničena ovlašćenja da vrši one političke dužnosti koje u konkretnim situacijama formulišu organi zaduženi za održavanje svetskog mira i bezbednosti. Time Povelja ne daje prava Generalnom sekretaru da preduzima konkretne akcije na planu mirnog rešavanja sporova i preventivne diplomatije. Međutim, vremenom je, a naročito nakon završetka hladnog rata, uloga Generalnim sekretarom postala mnogo osetljivija i složenija, zbog sve šireg angažovanja administrativnog aparata u rešavanju širokog spektra političkih pitanja (na primer, u poslovima rešavanja međunarodnih kriza, organizovanja i upravljanja mnogobrojnim mirovnim operacijama, organizovanja međunarodnih konferencija, prikupljanja informacija i izveštaja o primeni odluka Saveta bezbednosti, konsul-

### *Unapređenje radnih metoda Generalne skupštine*

Radna grupa je posvetila posebnu pažnju unapređenju radnih metoda Generalne skupštine koji uključuju *inter alia*, mere za uprošćavanje dnevnog reda, usvajanje akata i poboljšanje procedure vezane za rokove, pravila postupka i glasanje. U tom pogledu date su i određene sugestije u vezi izveštavanja Generalnog sekretara državama članicama, kao i u vezi metoda rada i koordinacije između glavnih odbora.

### *Jačanje institucionalnog pamćenja Kancelarije predsednika Generalne skupštine*

Jedno od glavnih pitanja koje se razmatraju u ovom klasteru je finansiranje Kancelarije predsednika Generalne skupštine (*Office of the President of the General Assembly - OPGA*) i obezbeđivanje adekvatnog osoblja.<sup>20</sup> Istorijski posmatrano, finansiranje u velikoj meri potiče od zemlje porekla predsednika, što otežava državljanima manje bogatih zemalja da uđu u izbor za ovo mesto. Uspostavljanje kancelarije povereničkog fonda nije doprineo rešavanju ovog problema.

Pored tema uključenih u četiri navedena klastera, tokom narednih sednica pokrenuta su i druga pitanja i teme vezane za međunarodno krivično pravosuđe u procesu pomirenja, pitanja o globalnoj ekonomiji, mirnom rešavanju sukoba u Africi, održivom razvoju i klimatskim promenama, kulturi i razvoju, preduzetništvu i o nejednakosti u svetu, itd.<sup>21</sup> U avgustu 2013. godine, uoči održavanja 68. zasedanja, predsednik Generalne skupštine podsetio je države članice svetske organizacije da se kompleksni izazovi sa kojima se svet danas suočava ne mogu rešavati izolovano i da svaka država ima odgovornost za sprovođenje reformi Ujedinjenih nacija.<sup>22</sup> Insistirajući na većim ovlašćenjima Generalne skupštine, na sastanku Radne grupa Generalni sekretar je podsetio da je Generalna skupština formirana 1945. godine da bi služila kao moralna svest međunarodne zajednice. Generalna skupština je stvorena kao demokratski skup prava svih nacija - veli-

---

tovanja sa vladama država članica oko implementacije usvojenih odluka, i dr.). Od najvišeg administrativnog službenika svetske organizacije, Generalni sekretar je postao u izvesnom smislu moderator i katalizator svetske politike.

<sup>20</sup> Tema ojačavanja "institucionalnog pamćenja" postala je svoj posebni klaster na 64. sednici Generalne skupštine.

<sup>21</sup> Internet: <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/67> 20/08/2018

<sup>22</sup> GA Res. 67/297, 29 August 2013.

kih i malih, razvijenih i u razvoju kako bi živele u miru, bezbednosti i napretku. Međutim, proteklih decenija velika obećanja osnivača Ujedinjenih nacija po Generalnom sekretaru nisu ispunjena u potpunosti, te sve više zemalja smatra da je efikasnija, transparentnija i sveobuhvatnija Generalna skupština imperativ 21. veka.<sup>23</sup> Istovremeno sa iznetim stavom predsednika Generalne skupštine, odlučeno je da se na narednom zasedanju ponovo formira *ad hoc* Radna grupa koja bi nastavila aktivnosti u vezi revitalizacije ovog organa.<sup>24</sup>

Na 68. zasedanju u septembru 2014. godine, formirana je nova Radna grupa koja je nastavila da se bavi sa pitanjima revitalizacije Generalne skupštine. Radna grupa je, pored pitanja obuhvaćenih ranijim tematskim klasterima, obuhvatila i pitanja koja se odnose na odnos Generalne skupštine prema drugim organima Ujedinjenih nacija i regionalnim organizacijama, potom i pitanje tehničke i operativne prirode poput metoda rada Generalne skupštine, pitanja sprovođenja rezolucija i racionalizacije dnevnog reda, pitanja uloge Generalne skupštine u izboru rukovodioca u sistemu svetske organizacije, kao i pitanja funkcionisanja Kancelarije predsednika Generalne skupštine, njegovog odnosa sa Sekretarijatom, i načinima poboljšavanja njenog institucionalnog pamćenja.<sup>25</sup>

Na narednom 69. zasedanju, Generalna skupština je usvojila rezoluciju br. 69/321 kojim je reafirmisala pitanja u četiri ključna klastera. Ujedno je uspostavila i osnovne kriterijume za izbor Generalnog sekretara, istovremeno pozivajući predsednike Saveta bezbednosti i Generalne skupštine da izdaju zajedničko saopštenje u svrhu sprovođenja postupka selekcije i imenovanja. Navedenom rezolucijom se sugeriše da Generalna skupština sprovede neformalne razgovore sa svim prijavljenim kandidatima. U rezoluciji međutim, nije uključen zahtev da Savet bezbednosti predstavi više od jednog kandidata za Generalnu skupštinu, a što je bio predlog više država članica. Takođe, rezolucija se nije bavila pitanjima metodologije imenovanja za Generalnog sekretara, kao ni pitanjem trajanja njegovog mandata (budući da je iznet predlog da se on bira na jedinstveni mandat od sedam godina umesto sa obnovljivim petogodišnjim mandatom).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Internet: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/10/Svet/1386776/Jeremi%C4%87%3A+Reforma+Generalne+skup%C5%A1tine+UN.html> 20/11/2017

<sup>24</sup> Internet: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=45735&Cr=general+assembly&Cr1> 20/08/2018

<sup>25</sup> GA Res. 68/307, 10 September 2014.

<sup>26</sup> GA Res. 69/321, 22 September 2015.

Nastavak debate o revitalizaciji Generalne skupštine usledio je na njenom narednom, 70. zasedanju, održanom u septembru 2016. godine. U rezoluciji br. 70/305, Generalna skupština je zaključila da prethodna rezolucija br. 69/321 predstavlja ključni orijentir za jačanje uloge, autoriteta, efikasnosti i efektivnosti Generalne skupštine utvrđene Poveljom Ujedinjenih nacija, posebno u odnosu na selekciju i imenovanje Generalnog sekretara i drugih izvrših rukovodioca u sistemu svetske organizacije. Rezolucijom se reafirmiše dotadašnji rad Radne grupe za revitalizaciju Generalne skupštine i daje se podsticaj za nastavak njenog rada na pitanjima obuhvaćenim tematskim klasterima (koji su u nekim segmentima prošireni, na primer u pogledu Kancelarije predsednika Generalne skupštine, gde se pored ojačavanja njenog institucionalnog pamćenja sada insistira i na transparentnosti njenog rada i preuzimanju odgovornosti).<sup>27</sup>

Na 71. zasedanju 2017. godine, Generalna skupština je podvukla značaj svoje dalje revitalizacije kao kritične komponente celokupne reforme Ujedinjenih nacija.<sup>28</sup> U rezoluciji br. 71/323 usvojenoj na ovom zasedanju, Generalna skupština ističe važnost međunarodnih akata usvojenih poslednjih godina pod njenim okriljem (na primer, Agende za održivi razvoj 2030, Pariskog sporazuma uz okvirnu Konvenciju o klimatskim promenama, Agende Treće međunarodne konferencije o finansiranju razvoja), iz čega suštinski ne proizilazi da je došlo do nekog progresivnog pomaka u pogledu njene revitalizacije osim da je učinjen značajan iskorak u reafirmaciji ranije predloženih rešenja koja tek treba sprovesti u praksi.

#### ZAKLJUČAK

Iz predhodne analize proizilazi da proces revitalizacije Generalne skupštine nije okončan. Razlog tome proizilazi iz nepostojanja političke volje svih država članica da se reforme dovedu do kraja. Promene u međunarodnim odnosima dovele su do nove geopolitičke podele između država, što se odrazilo na stastav i rad Generalne skupštine. Umesto nekadašnjih političkih koalicija zemalja Zapada i Istoka, danas je u Ujedinjenim nacijama prisutna podela na različite interesne grupe unutar globalnog Severa i Juga, koje čine interesne grupe razvijenih zemalja s jedne strane i interesne grupe nerazvijenih zemalja, odnosno zemalja u razvoju sa druge strane (Grupa G77, u koju ulaze i članice Pokreta nesvrstanih,

---

<sup>27</sup> GA Res. 70/305, 30 September 2016.

<sup>28</sup> GA Res. 71/323, 20 September 2017.

zatim jedan broja zemalja u tranziciji kojima pripadaju zemlje Evropske unije iz istočne Evrope, ali i druge zemlje iz profilisanih subregionalnih grupa). Odsustvo konsenzusa o pravcima i načinima reforme Ujedinjenih nacija (pre svega između između stalnih članica Saveta bezbednosti - P5), onemogućava efektivno rešavanje pitanja revitalizacije Generalne skupštine kao njenog glavnog deliberativnog, političkog i reprezentativnog organa, što dalje povlači reperkusije na planu očuvanja digniteta i povećanja autoriteta svetske organizacije.

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, Ph.D., Research Fellow  
Institute of International politics  
and Economics, Belgrade

THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY  
AND INTERNATIONAL ORDER

summary

The inefficiency and incompatibility of the United Nations General Assembly in contemporary international relations has led to an increased number of demands for its reform. Although there is a general consensus that the reform must be carried out, there is no political will to implement the reform requirements. The great ideological differences, as well as the interests of great powers, represent an aggravating circumstance in this respect. Under new conditions, however, the idea that the fulfilment of the goals of the United Nations can be fulfilled through the synchronized action of other important political factors other than the states has matured. Since the correction of political mistakes from the past is no longer possible, the predominant part of the international community has been put into the function of improving the organizational and functional capacities of the main bodies of the world organization. The following study is largely confined to issues related to the place and role of the General Assembly in the United Nations system and its aspirations to reform it and align it with the needs of contemporary international relations.



BOJANA ČUČKOVIĆ

## PRAVO IZBEGLICA I TRAŽILACA AZILA NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA U MEĐUNARODNOM PRAVU

– Od načela suverenosti države ka načelu jedinstva porodice –

### U V O D

Među ljudska prava koja su posebno ugrožena kada su u pitanju osobe koje traže međunarodnu zaštitu, svrstava se, pored drugih prava, i pravo na poštovanje porodičnog života. Ipak, za razliku od zabrane mučenja i slobode i bezbednosti ličnosti, u odnosu na koje postoje brojne i u velikoj meri ujednačene odluke međunarodnih tela, praksa Evropskog suda za ljudska prava, koja je pravo na poštovanje porodičnog života razmatrala u slučajevima azila, nije naročito bogata. To se, s jedne strane, nužno odražava na stepen iskristalisanosti dovoljno čvrstih i jasnih standarda u vezi sa pravom na poštovanje porodičnog života ove kategorije lica, dok, s druge strane, razloge za relativno mali broj odluka u ovoj oblasti treba tražiti, *inter alia*, u dosta visoko postavljenim kriterijumima čiju ispunjenost Sud zahteva da bi interes ove kategorije lica da se zaštiti njihov porodičan život odneo prevagu nad opštim interesima države.

U radu će najpre biti analizirano pravo na poštovanje porodičnog života izbeglica i tražilaca azila na nivou univerzalnog međunarodnog prava. Mada Kon-

---

Dr Bojana Čučković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu..



vencija Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica,<sup>1</sup> kao najznačajniji međunarodni instrument na kojem počivaju i regionalni mehanizmi zaštite tražilaca azila, ne sadrži posebnu odredbu o pravu na poštovanje porodičnog života, izvesne standarde je moguće izvesti iz drugih odredaba ove Konvencije, drugih univerzalnih međunarodnih ugovora za zaštitu ljudskih prava, kao i prakse tela koja nadziru primenu tih ugovora.

Analiza će potom biti usmerena na sistem zaštite tražilaca azila u okviru Saveta Evrope, konkretno praksu Evropskog suda za ljudska prava. Pravo na poštovanje porodičnog života, garantovano članom 8 Evropske konvencije, potezano je u slučajevima azila u različitim kontekstima. Bilo da je u pitanju upotreba ovog prava kako bi se sprečilo izručenje tražioca azila ili se ono koristi u svrhu ponovnog spajanja tražioca azila sa članovima njegove porodice od kojih se razdvojio na putu do države u kojoj je zahtev za azil podnet, mogu se uočiti izvesni standardi koje je Sud iznedrio u pogledu prava tražilaca azila na poštovanje njihovog porodičnog života.

Dve grupe slučajeva se, međutim, između sebe i razlikuju i to ne samo u pogledu visine ili pak fleksibilnosti postavljenih kriterijuma, već i po tome što, na način na koji su uspostavljeni, kriterijumi za posledicu imaju različit stepen zaštite porodičnog života u zavisnosti od toga kojoj kategoriji izbeglice ili tražioca azila osoba pripada.

S druge strane, u praksi Suda se poštovanje prava na prodičan život u pomenuta dva konteksta postavilo i u odnosu na druge kategorije migranata,<sup>2</sup> a nastali standardi nisu bez značaja za izbeglice i tražioce azila jer se neretko mogu protegnuti i na ove, posebno ugrožene kategorije.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 137.

<sup>2</sup> Primera radi, u pitanju su osobe koje nelegalno borave na teritoriji države ugovornice a kojima član 8 Konvencije služi kao način da se boravak učini dozvoljenim. O tome više: Thym, D., "Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57(1), 2008, 87-112.

<sup>3</sup> Rohan, M., "Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, 2014, 370-374. Lambert, H., "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, 1999, 433.

*Pravo izbeglica i tražilaca azila na poštovanje porodičnog života  
u univerzalnim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava  
i praksi Komiteta za ljudska prava*

Konvencija UN o statusu izbeglica, kao što je napred napomenuto, ne reguliše ni pravo na porodičan život niti pravo na spajanje porodice. Jedini član, dođuše od samo posrednog značaja za ovo pitanje, jeste član 12 Konvencije koji se bavi ličnim statusom izbeglica.<sup>4</sup> Mada potvrđuje obavezu država ugovornica da poštuju prava koja je izbeglica ranije stekao, uz posebno isticanje prava koja nastaju iz braka, pomenuta odredba Konvencije ima limitiran značaj za pitanje kojim se ovaj rad bavi i to iz bar dva razloga. Prvo, član 12 govori o ranije stečenim pravima izbeglice, dakle osobe kojoj je priznat status i koja je dobila međunarodnu zaštitu, a ne odnosi se na tražioce azila, tj. osobe čiji je zahtev za azil još uvek u proceduri u trenutku kada se pitanje poštovanja njihovog prava na porodičan život postavi kao sporno iz određenih razloga. Drugo, Konvencija naglašava prava nastala iz braka, čime izvan domašaja odredbe člana 12, bar na prvi pogled, ostaju porodični odnosi koji nastaju izvan braka. Mada 2. stav člana 12 Konvencije treba shvatiti kao dopunu stava 1 koji govori uopšte o pravima koja proističu iz ličnog statusa, ne treba izgubiti iz vida da se ona uživaju “pod rezervom, ako je potrebno, ispunjenja formalnosti predviđenih zakonodavstvom pomenute države, s tim što pravo o kome se radi treba da bude od onih prava koja bi bila priznata zakonodavstvom pomenute države da zainteresovano lice nije postalo izbeglica“.

U stručnoj literaturi je iznet stav da je pravo na jedinstvo i spajanje porodice implicitno sadržano upravo u članu 12 Konvencije i da bi uskraćivanje prava na ponovno spajanje porodice predstavljalo kršenje pomenute odredbe.<sup>5</sup> Međutim, takav stav postaje upitan i to ne samo zbog toga što se odredba člana 12 Konvencije odnosi na lica kojima je status priznat a ne i na osobe čiji je zahtev za azil još uvek u postupku. Indikativno je, naime, da je na zahtev Svete stolice,<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Član 12 Konvencije predviđa da će lični status izbeglice biti regulisan zakonom zemlje njegovog domicila ili, ako domicila nema, zakonom zemlje njegovog mesta prebivanja. Drugi stav istog člana u tom smislu uvodi obavezu za države ugovornice da poštuju prava koja je izbeglica ranije stekao a proističu iz njegovog ličnog statusa, posebno naglašavajući prava koja nastaju iz braka.

<sup>5</sup> Miliotis, G., “The Asylum Seekers and Refugees’ Right to Family Life from an International and EU Law Perspective”, 9. novembar 2017, dostupno na <http://cermigractions.org/ca/blog/asylum-seekers-and-refugees%E2%80%99-right-family-life-international-and-eu-law-perspective>, 16. avgust 2018.

<sup>6</sup> The Refugee Convention, 1951 – The Travaux Preparatoires Analyzed with a Commentary by Dr Paul Weis, str. 269, dostupno na <http://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee->

među preporuke sadržane u Završnom aktu Konferencije opunomoćenika, uvrštena i posebna preporuka koja se tiče upravo jedinstva porodice. Smatrajući da je jedinstvo porodice osnovno pravo izbeglice i konstatujući da su prava izbeglice proširena i na članove njegove porodice, Konferencija opunomoćenika u odeljku B Završnog akta preporučuje vladama da preduzmu mere koje su potrebne da se zaštiti porodica izbeglice i pogotovo “da se osigura održavanje jedinstva porodice izbeglice, naročito u slučaju kad glava porodice ispunjava uslove koji se zahtevaju za njegov prijem u neku zemlju“. Može se primetiti da o pravu na jedinstvo i spajanje porodice stavovi opunomoćenika nisu u pripremnim radovima sadržani u delu koji se odnosi na član 12 Konvencije već u segmentu posvećenom Završnom aktu, kao i da su oni izraženi u vidu preporuka državama ugovornicama, ne u formi jasne obaveze sadržane u dispozitivnom delu ugovora. Time se ozbiljno dovodi u pitanje postojanje eventualne namere država ugovornica da pravo na spajanje i jedinstvo porodice bude implicitno obuhvaćeno odredbom člana 12 Konvencije.<sup>7</sup>

S druge strane, stav Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za izbeglice kao agencije koja ima mandat za zaštitu ne samo izbeglica već i tražilaca azila, sasvim je nesporan. Kako stoji u Zaključcima o jedinstvu porodice iz 2001. godine, “obaveza da se poštuje pravo izbeglica na jedinstvo porodice predstavlja osnovno ljudsko pravo koje se primenjuje bez obzira na to da li je država ugovornica Konvencije iz 1951. godine“.<sup>8</sup>

Kada su u pitanju ostali međunarodni ugovori za zaštitu ljudskih prava na univerzalnom nivou, ne treba zanemariti značaj Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima<sup>9</sup> koji u članu 17 predviđa da “niko ne može biti izložen proizvoljnom ili nezakonitom mešanju u privatni život, porodicu, stan ili prepri-

convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html, 21. avgust 2018.

<sup>7</sup> Sličnog mišljenja je i Edwards. Autor smatra da član 12 Konvencije može biti od pomoći da se osnaže argumenti u prilog jedinstva porodice, ali da se njegov značaj lako da osporiti. Edwards, A., “Human Rights, Refugees, and the Right ‘To Enjoy’ Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17(2), 2005, p. 309.

<sup>8</sup> UNHCR, “Summary Conclusions: Family Unity, Expert roundtable organized by UNHCR and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”, in Feller et al. (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, par. 4, dostupno na <http://www.unhcr.org/419dbfaf4.pdf>, 18. avgust 2018.

<sup>9</sup> UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171.

sku“, dok u članu 23 porodicu smatra osnovnom ćelijom društva garantujući joj pravo na zaštitu.

Komitet za ljudska prava, kao telo koje nadzire primenu Pakta o građanskim i političkim pravima, imao je priliku da razmatra individualne predstavke tražilaca azila upravo u kontekstu primene člana 17 Pakta.<sup>10</sup> U slučaju *Zeyad Khalaf Hamadi Al-Gertani protiv Bosne i Hercegovine*,<sup>11</sup> podnosilac predstavke je tvrdio da bi njegovim izručenjem u Irak došlo, između ostalog, do povrede člana 17 Pakta. U vreme podnošenja predstavke, podnosilac je bio pritvoren u imigracionom centru u Istočnom Sarajevu i čekao je da bude izručen Iraku. Tvrdio je da pritvor i moguće izručenje predstavljaju samovoljno i nezakonito mešanje u njegov porodičan život s obzirom na okolnost da njegova supruga i maloletna deca poseduju državljanstvo Bosne i Hercegovine, da ne govore arapski jezik, kao i da nemaju nikakve veze sa iračkom kulturom. Iz navedenih razloga, supruga i maloletna deca ne bi mogli da ga prate ukoliko bude izručen Iraku, tim pre što je u pitanju država u kojoj je bezbednosna situacija loša zbog građanskog rata. Izručenje bi, prema navodima podnosioca predstavke, dovelo do razdvajanja porodice na najmanje nekoliko godina, što bi imalo negativan uticaj na dobrobit dece.<sup>12</sup>

S druge strane, država ugovornica je iznela argument da pravo na porodičan život nije apsolutno pravo, da može biti ograničeno u cilju zaštite javnog interesa, a da podnosilac predstavke predstavlja pretnju po samo društvo.<sup>13</sup> Prilikom razmatranja ovih navoda, Komitet je najpre podsetio na svoju raniju praksu u kojoj je potvrdio da razdvajanje osobe od njegove/njene porodice izručenjem, predstavlja mešanje u porodičan život zaštićen članom 17(1) Pakta.<sup>14</sup> Kriterijumi o kojima Komitet vodi računa prilikom procene da li izručenje predstavlja meša-

---

<sup>10</sup> Za praksu Komiteta u slučajevima koji su se ticali izručenja drugih kategorija lica i posledičnog kršenja njihovog prava na porodičan život, videti: Ronen, Y., “The Ties That Bind: Family and Private Life as Bars to the Deportation of Immigrants”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 8 (2), 2012, 289-293; Burchill, R., “The Right to Live Wherever You Want? The Right to Family Life Following the UN Human Rights Committee’s Decision in *Winata*”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21, 2003, 225-245.

<sup>11</sup> Human Rights Committee, *Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani v. Bosnia and Herzegovina*, Communication No. 1955/2010, Views adopted by the Committee at its 109th session (14 October – 1 November 2013), CCPR/C/109/D/1955/2010.

<sup>12</sup> *Ibid.*, par. 3.4.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 5.5.

<sup>14</sup> Human Rights Committee, *Canepa v. Canada*, Communication No. 558/1993, Views adopted by the Committee on 3 April 1997, par. 11.4.

nje u porodičan život tražioca azila ili se pak može opravdati, svode se na, s jedne strane, značaj razloga zbog kojih država ugovornica namerava da izvrši izručenje, a, s druge strane, stepen patnje s kojom bi porodica i njeni članovi bili suočeni u slučaju da do izručenja dođe.<sup>15</sup> Komitet je smatrao da bi izručenjem podnosioca predstavke u Irak zaista bila "nametnuta značajna patnja njegovoj porodici" jer bi, u svrhu da razdvajanje porodice bude izbegnuto, njegova supruga i deca morali da žive u državi čiju kulturu i jezik ne poznaju.<sup>16</sup> Mada deluje da Komitet zahteva da oba kriterijuma budu ispunjena kumulativno, više pažnje je posvećeno značaju razloga na kojima država ugovornica zasniva svoju odluku o izručenju. S tim u vezi, Komitet zapaža da su se nadležni domaći sudovi zadovoljili prostom konstatacijom da podnosilac predstavke predstavlja pretnju po nacionalnu bezbednost, bez ulaženja u odgovarajuću procenu razloga za njegovo izručenje, kao i da mu nisu pružili priliku da se izjasni o tim navodima, posebno u pogledu uticaja koje bi izručenje imalo po njegov porodičan život.<sup>17</sup> Komitet je svoj konačan zaključak da je došlo do povrede člana 17 Pakta zasnovao upravo na "odsustvu jasnog obrazloženja od strane države ugovornice zbog čega podnosilac predstavlja pretnju po bezbednost države", kao i na njenom propustu da "dokaže da je mešanje u njegov porodičan život opravdano ozbiljnim i objektivnim razlozima".<sup>18</sup>

S druge strane, kada su u pitanju vraćanja koja se sprovode u okviru Dablin sistema, Komitet je zauzeo drugačiji stav. Slučaj se ticao dvoje državljana Somalije i njihove maloletne dece koji su dobili azil u Italiji, ali su potom otišli u Dansku i tamo ponovo zatražili azil tvrdeći da bi njihovim povratkom u Italiju došlo do povrede članova 7, 17 i 24 Pakta jer je zbog loših uslova za prihvatanje tražilaca azila i izbeglica, između ostalog, postojala opasnost da porodica bude razdvojena.<sup>19</sup> Ko-

<sup>15</sup> Human Rights Committee, *Madafferi v. Australia*, Communication No. 1011/2001, Views adopted by the Committee on 26 July 2004, par. 9.8.

<sup>16</sup> Human Rights Committee, *Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani v. Bosnia and Herzegovina*, par. 10.9.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.* Videti i slučaj protiv Belorusije u kojem je podnosilac predstavke takođe tvrdio da bi izručenjem u Iran došlo do povrede njegovog prava na porodičan život. U svom mišljenju Komitet je, međutim, našao da nisu iscrpljena sva pravna sredstva u odnosu na član 17 Pakta jer je podnosilac predstavke pitanje povrede ove odredbe pokrenuo pred prvostepenim organom u postupku azila ali ne i pred višim instancama pred kojima je azilni postupak vođen. Human Rights Committee, *Merhdad Mohammad Jamshidian v. Belarus*, Communication No. 2471/2014, Views adopted by the Committee on 12 December 2017, par. 8.6.

<sup>19</sup> Human Rights Committee, *A.S.M. and R.A.H. v. Denmark*, Communication No. 2378/2014, Views adopted by the Committee on 21 November 2017.

mitet je, međutim, bio mišljenja da su tvrdnje podnosilaca predstavke u odnosu na članove 17 i 24 Pakta nekompatibilne *ratione materiae* sa odredbama Pakta jer se tiču povreda koje bi oni i njihova deca navodno pretrpeli u slučaju da budu vraćeni u Italiju.<sup>20</sup> Komitet je smatrao predstavku prihvatljivom isključivo u odnosu na član 7 Pakta, te je navode podnosilaca razmatrao samo u tom delu.

Konačno, povredu prava na porodičan život Komitet je razmatrao i u kontekstu imigracionog pritvora. U jednom slučaju protiv Australije, porodica sa maloletnom decom je tvrdila da je došlo do povrede člana 17 Pakta zbog loših uslova u kojima su držani u pritvoru. Međutim, Komitet je smatrao da njihovi navodi nisu bili dovoljno utemeljeni kako bi zadovoljili uslov prihvatljivosti, da je porodici pružena mogućnost da oстане zajedno, da je dobila poseban smeštaj, kao i edukativne i druge programe za decu, ne samo u okviru već i izvan ustanove.<sup>21</sup>

U odnosu na decu tražioce azila, važna je i Konvencija o pravima deteta,<sup>22</sup> koja se bavi ne samo decom izbeglicama već i decom tražiocima azila, te eksplicitno upućuje na spajanje porodice a ne na porodičan život.<sup>23</sup> Ipak, Konvenciji o pravima deteta se može prigovoriti da primenu principa spajanja porodice, u smislu učešća države ugovornice u naporima da se pronađu roditelji deteta izbeglice ili drugi članovi njegove porodice, uslovljava time da sama država ugovornica to "smatra za shodno".<sup>24</sup> Nedostatak se može otkloniti primenom načela najboljeg interesa deteta koje je ugrađeno u temelje Konvencije, a koje je, prema zajedničkom stavu Komiteta za prava deteta i Komiteta za zaštitu prava radnika migranata, u neposrednoj vezi sa principom spajanja porodice. Naime, dva pomenuta komiteta smatraju da države ugovornice imaju obavezu da "obezbede da je najbolji interes deteta u potpunosti uzet u obzir u imigracionom pravu, prilikom planiranja, implementacije i procene migracionih politika i donošenja odluka u pojedinačnim slučajevima, uključujući davanje ili odbijanje zahteva za ula-

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 7.5.

<sup>21</sup> Human Rights Committee, *F.K.A.G. et al. v. Australia*, Communication No. 2094/2011, Views adopted by the Committee on 28 October 2013, par. 8.7.

<sup>22</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3.

<sup>23</sup> Član 22 Konvencije o pravima deteta.

<sup>24</sup> *Ibid.* U literaturi su prisutna i mišljenja da Konvencija u pomenutom članu 22 za države ustanovljava "eksplicitnu obavezu da asistiraju prilikom ponovnog spajanja", te da Konvenciju treba shvatiti na način da predstavlja "izraz prava koja pripadaju porodici" a ne samo prava deteta. Rohan, M., "Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15(1), 2014, p. 354.

zak ili boravak u zemlji, (...) i odluka koje se tiče jedinstva porodice i starateljstva nad detetom“.<sup>25</sup>

*Primena člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima u slučajevima azila  
– kako ustanoviti pravičnu ravnotežu između suprotstavljenih interesa?*

Pitanje primene člana 8 Evropske konvencije u slučajevima azila postavilo se u praksi Evropskog suda u dva različita konteksta. Prvi se tiče situacije u kojoj je osobi koja uživa međunarodnu zaštitu, ili je pak njen zahtev u proceduri, uskraćena mogućnost da na teritoriju date države dovede člana svoje porodice. Drugi se odnosi na uticaj koji bi proterivanje tražioca azila imalo na njegov porodičan život zbog razdvajanja porodice čiji su članovi na teritoriji države koja je donela odluku o proterivanju.

Osnovne standarde Sud je ustanovio u slučaju *Gul protiv Švajcarske* koji se ticao turskih državljana koji su podneli zahtev za azil u Švajcarskoj ali kojima švajcarske vlasti nisu odobrile zahtev da im se na teritoriji Švajcarske pridruži i njihov maloletni sin. Mada ističe da granice između pozitivnih i negativnih obaveza države u okviru člana 8 nije moguće precizno odrediti, Sud smatra da one počivaju na sličnim principima jer u oba konteksta, kako onom koji se tiče negativne obaveze uzdržavanja od izručenja tako i onom u vezi sa pozitivnim obavezama prijema, “mora se uzeti u obzir pravična ravnoteža koju je nužno postići između suprotstavljenih interesa pojedinca i zajednice kao celine; a država u oba konteksta uživa izvesno polje slobodne procene”.<sup>26</sup> Evropski sud je, međutim, poseban značaj pridao činjenici da se dati slučaj tiče ne samo porodičnog života već i imigracije, te je istakao da u takvim okolnostima “država ima pravo da kontroliše ulazak stranih državljana na svoju teritoriju“ kao i da “član 8 ne može biti protumačen na način da državama nameće opštu obavezu da poštuju izbor bračnih partnera u pogledu države u kojoj će boraviti i da dozvole ponovno spajanje porodice na svojoj teritoriji“.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families and Committee on the Rights of the Child, *Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 November 2017, par. 29, dostupno na <http://www.refworld.org/docid/5a2f9fc34.html>, 11. avgust 2018.

<sup>26</sup> *Gül v. Switzerland*, Application No. 23218/94, ECtHR, Judgment of 19 February 1996, par. 38.

<sup>27</sup> *Ibid.*



Naprotiv, u takvim situacijama Sud odlučujućim smatra kriterijum da li je spajanje porodice na teritoriji države u pitanju jedini način da članovi porodice održavaju i razvijaju porodične odnose,<sup>28</sup> čime je praktično ustanovio standard postojanja mogućnosti za uživanje prava na porodičan život na drugom mestu. U konkretnom slučaju, Sud je svoj zaključak o tome da je porodica mogla da razvija svoj porodičan život u Turskoj zasnovao na nekoliko činjenica. Pre svega, razdvajanje podnosioca predstavke od deteta bilo je uzrokovano njegovim odlaskom u Švajcarsku gde je podneo zahtev za dobijanje političkog azila. Podnosilac predstavke, međutim, nije uspeo da dokaže da je bio izložen progonu u Turskoj, što je dovelo do odbijanja njegovog zahteva za azil. Sud je, bez obzira na ishod azilnog postupka, uzeo u obzir i činjenicu da je podnosilac predstavke putovao u Tursku tokom poslednjih godina kako bi video sina, što je Sud navelo da zaključi da razlozi zbog kojih je podneo zahtev za azil više nisu validni.<sup>29</sup> Osim toga, Sud je u obzir uzeo i okolnost da, uprkos njihovom dugogodišnjem boravku u Švajcarskoj, nema prepreka da podnosioci predstavke nastave da vode svoj porodični život u Turskoj, dok bi, s druge strane, njihovom sinu bilo teško da se navikne na život u novom okruženju jer je ceo svoj život proveo u Turskoj.<sup>30</sup>

Sud je standarde u pogledu prve kategorije slučajeva nastavio da razvija u svojim kasnijim odlukama. Slučaj protiv Holandije presuđen 2005. godine veoma je sličan slučaju *Gul* po činjeničnom sklopu. Podnositeljka predstavke je tokom građanskog rata iz Etiopije pobegla u Norvešku gde je dobila dozvolu boravka iz humanitarnih razloga, ali ne i azil. Norveške vlasti su dopustile da joj se u Norveškoj pridruži sin. Nakon toga, podnositeljka predstavke se udala za osobu koja je uživala izbeglički status u Holandiji, na osnovu čega je dobila dozvolu boravka u toj državi i u nju se preselila sa sinom. Tek nekoliko godina kasnije, podnositeljka predstavke je podnela zahtev holandskim vlastima da se porodici pridruži i njena ćerka koja je u tom periodu boravila u Eritreji. Holandske vlasti su, međutim, taj zahtev odbile, zbog čega podnositeljka predstavke i tvrdi da je došlo do povrede njenog prava na porodičan život. I u ovom slučaju Sud je nastojao da utvrdi da li je država uspeła da uspostavi ravnotežu između prava pojedinca i interesa čitave zajednice da se vrši migraciona kontrola. Tu procenu bazirao je na godištu deteta, njenoj situaciji u državi porekla kao i stepenu zavisnosti od rodi-

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 41.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 42.



telja.<sup>31</sup> Mada je ćerka podnositeljke predstavke u trenutku kada je Sud odlučivao već imala 15 godina, te jake kulturne i jezičke veze sa Eritrejom u kojoj se o njoj starala baka, Sud je prevagu dao specifičnostima njene situacije u ovoj državi i činjenici da ju je baka ispislala iz škole, kao i da se, u skladu sa običajima te države, ona već nalazila u godinama za brak. Po pitanju eventualne mogućnosti da se porodični odnosi održavaju i razvijaju na drugom mestu, Sud je značaj pridao činjenici da podnositeljka predstavke ima još dece koja su formirana u drugačijem, evropskom okruženju, te da imaju minimalne veze sa državom porekla njihovih roditelja.<sup>32</sup>

Najnovija praksa Suda kreće se u smeru razvijanja procesnog aspekta člana 8 i postavlja jasne standarde koje procedura za razmatranje zahteva izbeglice ili tražioca azila za spajanje porodice mora da ispuni. U slučaju *Mugenzi protiv Francuske*, francuske vlasti su odbile da izdaju vize deci podnosioca predstavke i time onemogućile ponovno spajanje njegove porodice zbog čega se on obratio Evropskom sudu tvrdeći da je došlo do povrede člana 8 Konvencije. Postupci vođeni pred različitim organima u Francuskoj trajali su više od pet godina, uz brojne propuste francuskih vlasti, naročito u pogledu izvođenja relevantnih dokaza o medicinskom stanju deteta podnosioca predstavke.<sup>33</sup> Stoga, uprkos činjenici da se radilo o starijim maloletnicima, Sud je našao da francuske vlasti nisu na adekvatan način uzele u obzir specifičnu situaciju podnosioca predstavke i zaključio da sam postupak po zahtevu za ponovno spajanje porodice nije zadovoljio zahteve fleksibilnosti, brzine i efikasnosti koji su neophodni za poštovanje podnosioćevog prava na porodičan život.<sup>34</sup>

Mada u prvoj grupi slučajeva prevagu odnose predmeti koji su se ticali spajanja dece sa roditeljima, postoje i slučajevi u kojima je od Suda zahtevana zaštita porodičnog života između drugih članova porodice. Slučaj koji je posebno važan u kontekstu uticaja koji praksa Evropskog suda ima na pravo Evropske unije,<sup>35</sup> je-

<sup>31</sup> *Tuquabo-Tekle and Others v. The Netherlands*, Application No. 60665/00, ECtHR, Judgment of 1 December 2005, par. 44.

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 48-51.

<sup>33</sup> *Mugenzi c. France*, Requête No. 52701/09, Jugement de 10 Juillet 2014, par. 57-60.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 62.

<sup>35</sup> U predlog za izmenu Uredbe Dablin kojom se utvrđuju kriterijumi za određivanje države odgovorne za ispitivanje zahteva za azil, unet je član 2(1)(g) na osnovu kojeg se porodični odnosi formirani nakon napuštanja države porekla, ali pre dolaska na teritoriju države članice, smatraju zaštićenim principom jedinstva porodice. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State re-

ste slučaj *Hode i Abdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Prvi podnosilac predstavke je državljanin Somalije koji je dobio azil u Ujedinjenom Kraljevstvu 2006. godine, da bi se godinu dana kasnije u Džibutiju oženio drugom podnositeljkom. Britanske vlasti su odbile njen zahtev za vizu uz obrazloženje da se pravila o spajanju porodice mogu primeniti isključivo na supružnike koji su brak zaključili pre napuštanja države porekla. Podnosioci predstavke su tvrdili da je u odnosu na njih postupano drugačije nego što je to bio slučaj sa drugim kategorijama osoba sa privremenom dozvolom boravka, poput radnika i studenata, ali i u odnosu na izbeglice koje su brak zaključile u državi porekla. Evropski sud je utvrdio da je došlo do povrede člana 14 Konvencije u vezi sa članom 8 jer su se podnosioci predstavke nalazili u istoj situaciji kao izbeglice koje su brak zaključile pre napuštanja države porekla, a da se jedina razlika ticala trenutka u kojem je brak zaključen. Takvo razlikovanje nije, prema mišljenju Suda, bilo objektivno i opravdano.<sup>36</sup>

Iz prikazanih slučajeva može se izvesti zaključak da će opseg obaveza države po članu 8 Konvencije varirati u zavisnosti od, na jednoj strani, posebnih okolnosti osobe u pitanju i, na drugoj strani, opšteg interesa države da vrši ovlašćenja koja ima u vezi sa migracionom kontrolom. Faktori koji će biti odlučujući za određivanje opsega tih obaveza svode se na stepen povezanosti osobe sa državom ugovornicom na čijoj teritoriji boravi, postojanje prepreka da se porodičan život razvija u državi porekla, te postojanje opravdanih razloga da se spajanje porodice uskrati zbog imigracione kontrole ili drugog opšteg interesa. Štaviše, sam postupak odlučivanja o zahtevu za spajanje porodice mora zadovoljiti stroge standarde brzine, efikasnosti i prilagodljivosti specifičnostima situacija u kojoj se nalaze osobe kojima je potrebna međunarodna zaštita, i to prevashodno u pogledu nji-

---

sponsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), Brussels, 4.5.2016 COM(2016) 270 final, 2016/0133 (COD). Takva izmena svakako predstavlja vid usklađivanja prava Evropske unije sa standardima Evropskog suda za ljudska prava, ali ujedno odražava realnost nametnutu velikom evropskom migrantskom krizom u kojoj je postalo jasno da migranti i tražioci azila sve duže periode provode u zemljama tranzita, dakle između države porekla i države u kojoj su podneli zahtev za dobijanje nekog oblika međunarodne zaštite. V. više: Lukić, M., Čučković, B., "Dublin IV Regulation, the Solidarity Principle and Protection of Human Rights – Step(s) Forward or Backward?", in Duić, D., Petrašević, T., (eds), *EU Law in Context – Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, University Josip Juraj Strossmayer, Osijek, 2018, 24-25. Videti i McCloskey, B., "Third-Country Refugees: The Dublin Regulation/Article 8 ECHR Interface and Judicial Remedies", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29(4), 2017, 641-654.

<sup>36</sup> *Hode and Abdi v. the United Kingdom*, Application No. 22341/09, ECtHR, Judgment of 6 February 2013, par. 54-56.

hove česte nemogućnosti da dokažu svoje tvrdnje.<sup>37</sup> Kada su u pitanju zahtevi za spajanje roditelja sa decom, Sud se rukovodi najboljim interesom deteta kao primarnim faktorom. U tom smislu, deluje da je Sud relaksirao svoje početne stroge kriterijume iz slučaja *Gul*. Mada i dalje značaj pridaje godištu deteta, Sud ipak uzima u obzir i sve ostale okolnosti, naročito situaciju u kojoj se dete nalazi u državi porekla i to nezavisno od toga da li postoje drugi članovi porodice koji se o detetu staraju, te da li je u pitanju stariji maloletnik ili čak mlađi punoletnik. Prilikom ocene da li je moguće porodične odnose održavati na drugom mestu, obično u državi porekla, Sud uzima u obzir ne samo potrebe deteta koje je razdvojeno od porodice već i dece koja žive sa roditeljima u državi azila, bilo da su u pitanju deca koja su kao jako mlada došla na teritoriju te države ili su pak u njoj rođena. Osim toga, relaksiranje kriterijuma za primenu člana 8 u slučajevima azila, konkretno spajanja porodice izbeglice ili tražioca azila, odražava se i kroz davanje značaja procesnom aspektu člana 8 u ovom kontekstu, čime je Sud odstupio od svog prethodnog insistiranja na posebnim okolnostima u kojima se osobe u pitanju nalaze.

Drugu grupu čine slučajevi u kojima su tražioci azila tvrdili da bi razdvajanjem porodice usled proterivanja došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života. Reprezentativan primer predstavlja slučaj *Mustakim protiv Belgije* koji se ticao marokanskog državljanina koji je u Belgiju emigrirao sa samo godinu dana i nakon toga živio u Belgiji sa roditeljima. Sa svojih 20 godina izrečena mu je kazna deportovanja zbog osuđivanosti za brojna krivična dela, te je kao migrant bez isprava putovao od države do države kako bi izbegao izvršenje rešenja o deportaciji. Dok je boravio u Stokholmu, ustanovljena mu je dijagnoza deprsije zbog prekida veza sa porodicom. U Belgiji je podneo zahtev za odlaganje izvršenja o deportovanju, koji je usvojen, da bi se potom obratio i Evropskom sudu tvrdeći da bi eventualno izvršenje rešenja o deportaciji dovelo do kršenja njegovog prava na porodičan život. Evropski sud je razmotrio prirodu i okolnosti krivičnih dela za koje je osuđen kao i prilike u vezi sa porodičnim odnosima podnosioca predstave, te je zaključio da "nije postignuta adekvatna ravnoteža između interesa u pitanju, kao i da su upotrebljena sredstva nesrazmerna legitimnom cilju koji se želeo postići".<sup>38</sup> Prag koji je Sud ustanovio u ovoj odluci se može smatrati dosta visokim jer je Sud najveći značaj pridao činjenici da je podnosilac predstave došao u Belgiju kada je imao samo godinu dana, da je u Belgiji u kontinuitetu ži-

<sup>37</sup> *Mugenzi c. France*, par. 47.

<sup>38</sup> *Moustaquim v. Belgium*, Application no. 12313/86, ECtHR, Judgment of 18 February 1991, par. 46.

veo dvadeset godina, te da ga za Maroko kao državu porekla ništa ne vezuje jer je tamo boravio svega dva puta tokom raspusta.<sup>39</sup>

U svojoj nešto kasnijoj praksi, Sud se odvažio da sumira kriterijume i faktore koji će ga opredeliti prilikom odlučivanja da li je došlo do povrede prava na porodičan život usled proterivanja tražioca azila u državu porekla, mada sam konstatuje da je broj presuđenih slučajeva koji spadaju u ovu kategoriju krajnje ograničen. Slučaj *Bultif protiv Švajcarske* ticao se državljanina Alžira koji je zbog vršenja krivičnih dela trebalo da bude vraćen u državu njegovog porekla. Podnosilac predstavke je tvrdio da bi deportacija za posledicu imala povredu člana 8 Konvencije jer bi bio razdvojen od supruge, državljanke Švajcarske. Sud je na veoma pregledan i sumaran način izložio faktore koje smatra opredeljujućim u ovakvim slučajevima. Pažnju pridaje prirodi i ozbiljnosti izvršenih krivičnih dela, dužini boravka u državi iz koje će podnosilac predstavke biti izručen, vremenu koje je proteklo od izvršenja dela i njegovom ponašanju tokom tog perioda, državljanstvu osoba u pitanju, te porodičnoj situaciji podnosioca predstavke poput dužine braka i drugih faktora koji ukazuju na to da li je par zaista održavao porodične odnose.<sup>40</sup> Sud je našao povredu člana 8 u konkretnom slučaju i to prevashodno ispitujući da li bi bračni par mogao da održava porodične odnose na drugom mestu, tj. van Švajcarske. Zbog nedovoljno jakih veza supruge sa Alžinom, Sud je zaključio da nije realno očekivati da ona sledi podnosioca predstavke u njegovu državu porekla, dok mogućnost zajedničkog života u Italiji, u kojoj je podnosilac predstavke boravio pre nego što je došao u Švajcarsku, takođe po mišljenju Suda ne postoji jer je diskutabilno da li bi podnosilac predstavke i njegova supruge tamo dobili dozvolu boravka.<sup>41</sup> Prema mišljenju pojedinih autora, sumiranje kriterijuma o kojima će Sud voditi računa prilikom razmatranja da li je došlo do povrede člana 8 Konvencije usled deportacije, a koje se odvažio da iznese u presudi u slučaju *Bultif*, marginalnog je značaja.<sup>42</sup> Zaista, kada se presuda u slučaju *Bultif* upoređi sa prethodno analiziranim presudom u slučaju *Mustakim*, uočljiva je razlika u kriterijumima kojima je Sud pridao odlučujući značaj. Dok je u slučaju

---

<sup>39</sup> N. Moul, I. Krstić, M. Papaduli, B. Čučković, A. Tidona, O. Vedel, *Priručnik o međunarodnim i evropskim standardima u oblasti azila i migracija i njihova primena i relevantnost u Republici Srbiji*, Aire centar i Međunarodna organizacija za migracije, Beograd, 2018, 37.

<sup>40</sup> *Boultif v. Switzerland*, Application No. 54273/00, ECtHR, Judgment of 2 August 2001, par. 48.

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 52-54.

<sup>42</sup> Frontman-Cain, S., "Boultif v. Switzerland: The ECHR Fails to Provide Precise Criteria for Resolving Article 8 Deportation Cases", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 25, 2003, 333.

*Mustakim* insistirao na dužini boravka podnosioca predstavke u Belgiji i činjenici da je u ovoj državi živio dvadeset godina, u slučaju *Bultif* Evropski sud je zanemario okolnost da je podnosilac predstavke relativno skoro došao na teritoriju Švajcarske, da je njegov brak zasnovan nedavno, te da ne postoje jake veze sa državom ugovornicom, a odlučujući značaj je pridao činjenici da je podnosilac predstavke u braku sa državljanom Švajcarske koja bi se suočila sa teškoćama ukoliko bi bili prinuđeni da život nastave na drugom mestu.

U svojoj novijoj praksi Evropski sud je pokušao da dalje razvija standarde u vezi sa povredom člana 8 usled proterivanja, pri čemu se iz razlike u stavovima veća i Velikog veća u slučaju *Papošvili protiv Belgije* na najbolji način može videti u kojoj meri su lutanja još uvek prisutna i koliko se teško i sporo formiraju jasniji i čvrsti standardi. Pomenuti slučaj iz 2016. godine ticao se gruzijskog državljanina koji je bolovao od leukemije i tuberkuloze, čija je porodica godinama živela u Belgiji, a koji je trebalo, zbog brojnih krivičnih dela, da bude vraćen u Gruziju. Za razliku od Veća koje je smatralo da njegovim vraćanjem ne bi došlo do povrede člana 8, prevashodno zbog težine krivičnih dela koja je izvršio, zbog činjenice da su članovi njegove porodice državljani Gruzije, te da bi, pošto imaju dozvolu za boravak u Belgiji, mogli da je napuste i u nju ponovo uđu, ali i zbog nepostojanja izuzetnih okolnosti koje se tiču njegovog zdravstvenog stanja,<sup>43</sup> Veliko veće je stajalo na suprotnom stanovištu obrazlažući ga sasvim drugačijim argumentima. Veliko veće, kome su predstavku podneli članovi porodice jer je podnosilac predstavke u međuvremenu preminuo, kritikovalo je pristup Veća koje je ključnim smatralo pitanje da li su belgijske vlasti bile u obavezi da dopuste podnosiocu predstavke da boravi u Belgiji kako bi ostao zajedno sa svojom porodicom. Naime, Veliko veće je istaklo da član 8 mora biti ispitan sa stanovišta pozitivnih obaveza države, pogotovo imajući u vidu pogoršanje podnosiocčevog zdravstvenog stanja i smrt.<sup>44</sup> Kako belgijske vlasti nisu ispitale u kojoj meri je podnosilac predstavke zavistan od svoje porodice zbog pogoršanog zdravstvenog stanja, te da li je bilo razumno očekivati da ga porodica prati u Gruziju, Veliko veće je našlo da bi član 8 Konvencije bio povređen u slučaju da on bude izručen državi porekla.<sup>45</sup> Proizlazi da je u datom slučaju Evropski sud u odnosu na član 8 Konvencije primenio standard izuzetnih okolnosti koji je, kada su u pitanju vraćanja tražilaca

<sup>43</sup> *Paposhvili v. Belgium*, Application No. 41738/10, EctHR, Judgment of the Grand Chamber of 13 December 2016, par. 209-211.

<sup>44</sup> *Ibid.*, par. 221.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 223-225.

azila veoma lošeg zdravstvenog stanja u zemlju njihovog porekla, izgradio u odnosu na član 3 Konvencije,<sup>46</sup> te da od država ugovornica zahteva da u okviru nacionalnih postupaka ispitaju i da li bi vraćanjem u zemlju porekla osobe izuzetno lošeg zdravstvenog stanja, došlo do povrede prava na poštovanje porodičnog života usled razdvajanja od ostalih članova porodice.

Konačno, kada su u pitanju odnosi između roditelja i maloletne dece, te povrede prava iz člana 8 usled proterivanja, Sud se ovim pitanjem bavio u slučaju *Nolan i K. protiv Rusije*. Mada nije u pitanju bio tražilac azila, stavovi Suda izraženi u presudi iz 2009. godine bi se mogli protegnuti i na ovu kategoriju lica. Naime, podnosilac predstavke je zakonito boravio u Rusiji nekoliko godina sa maloletnim sinom čiji je bio jedini staratelj. Nakon putovanja na Kipar, podnosiocu predstavke je zabranjen ulazak u Rusiju a njegov sin je ostao u Rusiji sve dok nakon deset meseci nije bio ponovo spojen sa ocem. Za to vreme o detetu se starala dadilja. Sud je utvrdio povredu člana 8 Konvencije zbog prisilnog odvajanja podnosioca predstavke od njegovog sina, smatrajući odvajanje posledicom propusta ruskih vlasti da preduzmu pozitivne mere kako bi dete bilo zaštićeno. Kako je podnosilac predstavke bio jedini detetov staratelj, a dete je bilo malo, Sud je smatrao da propust da se u obzir uzme najbolji interes deteta prevazilazi granice polja slobodne procene, tim pre što nije bilo materijalnih dokaza na osnovu kojih bi interesima nacionalne bezbednosti trebalo dati prednost u odnosu na interese deteta i očuvanja jedinstva porodice.<sup>47</sup>

Na osnovu analizirane prakse se može zaključiti da, za razliku od prve grupe slučajeva, gde se može uočiti fleksibilnost Suda i izvesno ublažavanje kriterijuma, kod druge grupe slučajeva Sud nije dosledan u zahtevanju kriterijuma koje tražioci azila i izbeglice treba da ispune u situacijama kada su suočeni sa deportovanjem, te postoje značajna odstupanja u pogledu faktora kojima se pridaje odlučujući značaj. Kako velike razlike u kriterijumima ostavljaju neizvesnost u pogledu ishoda postupka i uspešnosti predstavke, realno je očekivati da će većina podnosioca predstavki, kada god je to moguće, u slučaju proterivanja potezati član 3 a ne član 8 Konvencije, što će naročito biti slučaj sa osobama koje su na teritorije država ugovornica dospele sa velikim migrantskim talasom tokom po-

---

<sup>46</sup> Videti slučajeve *D. v. The United Kingdom*, Application No. 30240/96, EctHR, Judgment of 2 May 1997; *N. v. The United Kingdom*, Application No. 26565/05, EctHR, Judgment of the Grand Chamber of 27 May 2008.

<sup>47</sup> *Nolan and K. v. Russia*, Application No. 2512/04, EctHR, Judgment of 12 February 2009, par. 88.

slednjih nekoliko godina. Ipak, i u ovoj kategoriji slučajeva se može uočiti pome-  
ranje standarda usled prožimanja kriterijuma koje je praksa Suda iznedrila u po-  
gledu člana 3 i njihovog uticaja na slučajeve u kojima se ispituje povreda člana 8  
Konvencije. Ne samo što je utvrdio obavezu država da u postupcima vraćanja is-  
pitaju da li bi vraćanje za posledicu imalo i povredu prava na poštovanje poro-  
dičnog života usled razdvajanja porodice, Sud je kriterijum postojanja izuzetnih  
okolnosti posebno ugroženih kategorija tražilaca azila i drugih migranata, koje je  
izgradio u kontekstu zabrane mučenja, protegao i na slučajeve u kojima razmatra  
povredu prava na poštovanje porodičnog života.

### ZAKLJUČAK

Pravo izbeglica i tražilaca azila na poštovanje porodičnog života u među-  
narodnom pravu doživelo je delimičan preobražaj. Od prvobitnog nedvosmisle-  
nog davanja prednosti načelu suvereniteta države u vršenju njene migracione po-  
litike, te insistiranja na visokim kriterijumima koji moraju biti zadovoljeni da bi  
prevagu odnelo načelo jedinstva porodice, svedoci smo promene u shvatanju pra-  
va na poštovanje porodičnog života ove kategorije lica koja se desila zahvaljujući  
nešto liberalnijem pristupu međunarodnih tela u tumačenju tog prava u slučaje-  
vima azila.

Mada se član 8 i dalje tumači na način da, u situacijama azila i migracija,  
ne garantuje osobi pravo na spajanje porodice, što Evropski sud za ljudska pra-  
va redovno navodi u svakoj svojoj presudi, to ne podrazumeva da on neće utvr-  
diti povredu prava na poštovanje porodičnog života ukoliko država nije dozvolila  
spajanje porodice ili je pak porodica razdvojena usled proterivanja njenog člana.  
Ipak, za razliku od ranije prakse u kojoj je smatrao da će država imati obavezu  
da dozvoli spajanje porodice samo ukoliko je to jedini način da se ponovo uspo-  
stavi i održava porodičan život, u svojim kasnijim presudama Sud je istu obave-  
zu zasnovao na blažem standardu i smatrao dovoljnim da je spajanje porodice  
najadekvatniji, ne i jedini način održavanja porodičnog života. Faktori o kojima  
je napred bilo reči, a koje Sud uzima u obzir prilikom procene šta je najpriklad-  
niji način održavanja porodičnog života, takođe ukazuju na promenu u pristu-  
pu Suda. Umesto da prednost da razmatranju postojanja razloga opšteg interesa,  
Sud najviše prostora u svojim presudama daje analizi okolnosti u vezi sa pojed-  
načnim interesima, razvijajući sve jasnije i konkretnije, ali ujedno i blaže standar-



de kada su u pitanju specifične okolnosti ne samo pojedinačnih članova porodice u pitanju već i porodice kao celine.

Konačno, ostaje i pitanje da li će u budućim slučajevima pristup Suda i dalje biti sve liberalniji ili bismo mogli da očekujemo izvesno pooštavanje standarda usled specifičnih prilika izazvanih evropskom migrantskom krizom iz 2015. i 2016. godine. Naime, liberalan pristup tumačenju prava na jedinstvo porodice podrazumevao bi i uvećanje broja stranaca koji dolaze na teritorije država ugovornica Evropske konvencije i to u situaciji u kojoj su one već suočene sa ozbiljnim problemima u pogledu prihvata osoba kojima je međunarodna zaštita već priznata ili se pak njihovi zahtevi nalaze u proceduri. Izmene koje su s tim u vezi u svoja zakonodavstva počele da unose pojedine države ugovornice Evropske konvencije, upravo su posledica njihove bojazni da će većina osoba koje dobiju neki oblik međunarodne zaštite pokušati da u tu državu dovede i članove svoje porodice.<sup>48</sup> Kako se kreću u smeru pooštavanja uslova za ponovno spajanje porodice,<sup>49</sup> za očekivati je da će se pred Evropskim sudom u bliskoj budućnosti naći veći broj slučajeva kojima se osporava usklađenost pomenutih izmena sa do sada ustanovljenim strazburškim standardima.

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

## REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS' RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE IN INTERNATIONAL LAW

– From state sovereignty principle towards the principle of family unity –

### Summary

Right to respect for family life of persons in need of international protection may be violated either by not allowing family members to reunite on the territory of the State or by ordering a person to leave the territory of the State, the consequence of which is the separation of a family. In both

---

<sup>48</sup> P. Czech, "A Right to Family Reunification for Persons Granted International Protection? The Strasbourg Case-Law, State Sovereignty and EU Harmonization", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2016, dostupno na <http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/>, 14. avgust 2018.

<sup>49</sup> Commissioner for Human Rights, *Time for Europe to get Migrant Integration Right*, Council of Europe, 2016, 13-16.



cases, international human rights jurisprudence has established significant standards and criteria that need to be taken into consideration by State authorities when implementing relevant provisions of both national and international law.

The author offers an analysis of both early and recent case-law of the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights relating to respect for family life in asylum and immigration cases. The analysis has shown a rather harmonized jurisprudence of international human rights bodies in that regard, as well as an evolving approach of the European Court of Human Rights. From an initial unequivocal precedence given to the principle of State sovereignty in carrying out its asylum and migration policy, as well as stringent criteria that needed to be met in order for the principle of family unity to outweigh, a change has occurred in interpreting the right of refugees and asylum seekers to respect for their family life by significantly relaxing the otherwise strict criteria and adopting a more flexible and liberal approach based on the assessment of individual family circumstances of the person in question.

BORIS KRIVOKAPIĆ

## MEĐUNARODNI UGOVORI KAO IZVORI KOSMIČKOG PRAVA

### U V O D

*1. Kosmičko pravo i međunarodni ugovori.* – Bavljenje pojmom kosmičkog prava odnosno raznim definicijama i podelama međunarodnih ugovora su teme za sebe, koje su mnogo puta obrađene u literaturi, a u svakom slučaju iziskuju da im se posveti posebna pažnja. Stoga se time ovde nećemo baviti.

Umesto toga zadovoljićemo se time da samo objasnimo šta imamo u vidu pod međunarodnim ugovorima, a šta pod kosmičkim pravom. To je potrebno da bi se izbegle terminološke i slične nejasnoće u vezi sa daljim izlaganjem.

Ukratko, međunarodne ugovore shvatamo u najopštijem značenju. To znači da pod njima imamo u vidu međunarodnim pravom regulisanu saglasnost volja dva ili više subjekta međunarodnog prava, kojom se između njih povodom određenog predmeta stvaraju prava i obaveze. Mislimo na sve takve međunarodno-pravne akte bez obzira na njihov konkretan naziv i sadržinu. Premda su i dalje od najveće važnosti ugovori između država, tu spadaju i svoj značaj imaju i ugovori između država i međunarodnih organizacija, ugovori između međunarodnih organizacija, a sve veću ulogu i značaj imaju i sporazumi između pomenutih i nekih

---

Boris Krivokapić Inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka (RAEN), redovni profesor, naučni savetnik. Poslovni i pravni fakultet Univerziteta "Union – Nikola Tesla", Beograd i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta "S. P. Koroljov", Samara, Rusija.

drugih subjekata, koji imaju sve izraženiji međunarodnopravni subjektivitet odnosno sposobnost zaključenja međunarodnih sporazuma.<sup>1</sup>

S druge strane, osim kada je izričito rečeno nešto drugo, ovde imamo u vidu kosmičko pravo u užem smislu. To znači relativno mladu granu međunarodnog prava koja sadrži pravna pravila kojima se uređuju odnosi u vezi sa svemirom i u svemiru, a naročito režim tog prostora i nebeskih tela koja se u njemu nalaze, istraživanje i korišćenje kosmosa, režim plovidbe u kosmosu, pravni položaj kosmonauta i kosmičkih objekata, međunarodnopravna odgovornost za štetu pričinjenu drugima kosmičkim aktivnostima, problem kosmičkog otpada, itd.<sup>2</sup>

2. *Međunarodni ugovori kao izvori kosmičkog prava.* - Kao i u drugim oblastima, i u kosmičkom pravu međunarodni ugovori, ili makar neki među njima, imaju složenu funkciju, koja je u najmanju ruku trostruka: 1) njima se uređuju konkretni pravni odnosi (prava i obaveze ugovornih strana); 2) njima se regulišu odnosi u međunarodnoj zajednici i izgrađuje sâmo međunarodno pravo (slično kao što se to čini zakonima u nacionalnim porecima država) i 3) određeni univerzalni međunarodni ugovori poslužili su kao osnova za nastanak univerzalnih međunarodnopravnih običajnih pravila, koja su kao takva obavezna za sve države, a ne samo za članice ugovora kojima su pravila izvorno formulisana.<sup>3</sup> To su opšta mesta, karakteristična za međunarodne ugovore u raznim materijama, pa i u ovoj.

Ovde ćemo, međutim, pokušati da uloži međunarodni ugovora pridemo na originalan način, fokusirajući se na njihov značaj za kosmičko pravo. U tu svrhu poći ćemo od prirode i domašaja samih ugovora. Stoga ćemo izlaganje zasnovati na razlikovanju pet kategorije međunarodnih ugovora:

1) ugovori koji su deo opšteg ili regionalnog međunarodnog prava i imaju opšti domašaj;

2) ugovori koji samo delimično regulišu materiju kosmičkog prava;

3) ugovori kojima se osnivaju međunarodne organizacije i tela koji su uključeni u saradnju u vezi sa kosmičkim aktivnostima;

4) ugovori koji su posvećeni materiji kosmičkog prava, ali su zaključeni između uskoga kruga članica;

<sup>1</sup> Krivokapić Boris, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2017, 138-155.

<sup>2</sup> Krivokapić Boris, "Pojam kosmičkog prava", u: B. Krivokapić, D. Čović, N. Danilović (ur.): *Pravo 2018: Aktuelni problemi prava i pravne nauke*, međunarodna naučna konferencija, zbornik radova, Poslovni i pravni fakultet Univerziteta "Union – Nikola Tesla", Beograd 2018, 25-50.

<sup>3</sup> Krivokapić Boris, "Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu", *Megatrend revija* 3/2012, 35-81.

5) univerzalni ugovori, posvećeni problematici kosmičkog prava.

Razume se, svaka klasifikacija, pa i ova je relativna. Tako bi se npr., neki sporazumi kojima su osnovane specijalizovane organizacije u ovoj oblasti međunarodne saradnje, mogli posmatrati ne samo tako, već i kao ugovori koji samo delimično regulišu materiju kosmičkog prava, pa i kao ugovori koji su posvećeni materiji kosmičkog prava, ali su zaključeni između uskog kruga članica. Ipak, uz sve ograde, čini se da ove podele mogu da nam približe razne kategorije međunarodnih ugovora koji su u vezi sa istraživanjem i korišćenjem kosmosa.

*Ugovori koji su deo opšteg ili regionalnog međunarodnog prava  
i imaju opšti domašaj*

Postoje brojni ugovori koji na prvi pogled nemaju nikakve veze sa kosmičkim pravom. Neki od njih deo su opšteg međunarodnog prava, drugi se zaključuju u regionalnim okvirima, ali ni jedni ni drugi ne pominju kosmičko pravo niti sadrže odredbe o istraživanju i korišćenju kosmosa. Pa ipak, mnogi među njima imaju i te kako važno mesto i u odnosima koji nastaju u vezi sa kosmičkim aktivnostima. Ovo zato što na opšti način uređuju odnose u međunarodnoj zajednici ili regulišu neka pitanja koja mogu biti od značaja u vezi sa kosmičkim aktivnostima.

Najbolji primer je Povelja UN, koja je zapravo višestrani međunarodni sporazum o osnivanju međunarodne organizacije koja se zove Ujedinjenje nacija. Ona ima posebno mesto među svim međunarodnim ugovorima, u smislu da je po snazi iznad svakog od njih. Uostalom, sama Povelja (čl. 103) izričito utvrđuje: "U slučaju sukoba između obaveza članova Ujedinjenih nacija po ovoj Povelji i njihovih obaveza po nekom drugom međunarodnom sporazumu, prevagu će imati njihove obaveze po ovoj Povelji."

Zašto je to ovde važno? Zato što određene odredbe Povelje važe u svim odnosima između država članica UN, a to su danas praktično sve države sveta. Ova konstatacija u prvom redu važi za ciljeve i načela UN, kako su definisani u čl. 1-2 Povelje. Ukratko, i u svemiru odnosi između država moraju se zasnivati na principima kao što su suverena jednakosti država, zabrana upotrebe sile i pretnje silom, isključivo mirno rešavanje sporova, savesno ispunjenje obaveza preuzetih u skladu sa Poveljom UN, itd.

Tačno je da su ova načela prerasla u pravila univerzalnog običajnog međunarodnog prava, ali ona imaju svoju vrednost i kao osnovna načela Povelje UN,

koja, kao što je već istaknuto, sama po sebi ima posebno mesto među izvorima međunarodnog prava. Uostalom, najvažniji izvor kosmičkog prava, Ugovor o kosmosu (1967) u čl. III izričito kaže da države članice Ugovora moraju obavljati delatnost istraživanja i korišćenja kosmosa, uključujući Mesec i druga nebeska tela “u skladu s međunarodnim pravom, uključujući Povelju Ujedinjenih nacija, u interesu održavanja međunarodnog mira i razvoja međunarodne saradnje i razumevanja.”

Na isti način, nema sumnje da, čak i ako to nije izričito ugovoreno, i u svemiru odn. u pogledu odnosa vezanih za svemirske aktivnosti treba da važe rešenja koja utvrđuju osnovna ljudska prava, zabranjuju najteža međunarodna krivična dela, uređuju pitanja ugovornog prava, predviđaju obavezu i regulišu mehanizme za mirno rešavanje međunarodnih sporova itd. Ili konkretno, Međunarodni paktovi o ljudskim pravima (1966), Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločine genocida (1948), Bečka konvencija o ugovornom pravu (1969) itd. Jer sasvim je logično da najvažnije odredbe ovih sporazuma koji su okosnica međunarodnog prava moraju da važe, nezavisno od toga gde se odvijaju ti odnosi. Tako npr. i u kosmosu ljudi moraju da uživaju pravo na život, pravo na jednakost i zabranu diskriminacije, slobodu od mučenja, slobodu od ropstva itd.

Isto u principu važi i za relevantne regionale sporazume, kao što su npr. Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950), Evropska konvencija za mirno rešavanje sporova (1957) itd.

Ipak, nije sve tako jednostavno. Ovom problemu vratićemo se malo kasnije.

#### *Ugovori koji samo delimično regulišu materiju kosmičkog prava*

Postoje i međunarodni ugovori koji se dotiču materije kosmičkog prava, ali samo jednim delom. Neki od njih su, međutim, vrlo važni.

Najbolji primer je Ugovor o zabrani eksperimenata sa nuklearnim oružjem u atmosferi, kosmosu i pod vodom (1963). Kao što se vidi iz njegovog naziva, on nije usmeren na uređenje istraživanja i korišćenja svemira kao takvog, pa ni na neke aktivnosti koje su specifične za odnose u ili u vezi sa kosmosom, već na zabranu jedne opasne i štetne delatnosti – bez obzira u kojoj sredini bi ona mogla da se vrši. Pa ipak, to je važan međunarodni sporazum, koji ima svoje posebno mesto među izvorima kosmičkog prava.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Na dan 1.1.2018. imao je 126 članica i 11 potpisnica. *Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2018*, Committee on the Peaceful Uses of Outer

Drugi primer je Bečka konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete (1963) koja se bavi odgovornošću za štetu nastalu korišćenjem nuklearne energije u miroljubive svrhe. Do takve štete može doći iz raznih razloga, kao npr. zbog akcidenta u nuklearnoj elektrani, štete nanete nuklearnim zračenjem nekog drugog izvora (npr. nuklearnim reaktorom broda koji ima pogon na nuklearnu energiju), itd. Pošto se neki kosmički objekti kreću na nuklearni pogon, ova šteta može nastati i iz tih razloga,<sup>5</sup> te je utoliko zanimljiv i ovaj ugovor.

Dakle, ovi ugovori zapravo uređuju određene specifične probleme, s tim da sami izričito predviđaju ili u najmanju ruku podrazumevaju da se njima utvrđena rešenja odnose, pored ostalog, i na kosmos.

*Ugovori kojima se osnivaju međunarodne organizacije i tela koji su uključeni u saradnju u vezi sa kosmičkim aktivnostima*

Sadržina ovih ugovora se razlikuje, ali se može primetiti da makar neki među njima imaju dvostruku ulogu: 1) stvaraju neophodnu pravnu i institucionalnu osnovu za saradnju u ovoj oblasti međunarodnih odnosa, 2) stvaraju pravnu osnovu za regulisanje ove materije putem donošenja relevantnih pravnih akata - odluka nadležnih organa odnosno međunarodne organizacije i ugovora u kojima je organizacija jedna od članica (njeni ugovori sa državama ili drugim međunarodnim organizacijama) i 3) sami uređuju određena konkretna pitanja koja se tiču kosmičkih aktivnosti.

Gledano iz drugog ugla, može se govoriti o ugovorima o osnivanju međunarodnih organizacija koje se delom dotiču istraživanja i korišćenja svemira i o sporazumima kojima se osnivaju međunarodne organizacije specijalizovane za kosmičke aktivnosti. Po prirodi stvari, uloga ovih drugih u principu ima veći značaj.

---

Space, A/AC105/C.2/2018/CRP.3, 9 April 2018, [unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105\\_C2\\_2018\\_CRP03E.pdf](https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2018_CRP03E.pdf), 18.9.2018.

<sup>5</sup> Najpoznatiji takav slučaj dogodio se 1978, kada je na teritoriju Kanade pao sovjetski špijanski satelit *Kosmos 954*. Žrtava nije bilo, ali pošto je satelit prouzrokovao radioaktivno zagađenje područja u kome je pao, SSSR je na ime odštete isplatio Kanadi dogovorenih 3 miliona kanadski dolara. Galloway Eilene, "Nuclear Powered Satellites: The U.S.S.R. Cosmos 954 and the Canadian Claim", *Akron Law Review* vol.12, 3/1979, 401-415; Gummer W.K., Campbell F.R., Knight G.B., Ricard J.L., *Cosmos 954: The Occurrence and Natura of Recovered Debris*, Minister of Supply and Services Canada, 1980; Cohen Alexander F., "Cosmos 954 and the International Law of Satellite Accidents", *Yale Journal of International Law* vol. 10, 1984, 78-91.

1. *Ugovori o osnivanju međunarodnih organizacija koje se delom dotiču istraživanja i korišćenja kosmosa.* – Premda to ne mora odmah biti vidljivo, iz ugla pravnog regulisanja kosmičkih aktivnosti, mogu biti interesantni međunarodni ugovori kojima se osnivaju određene međunarodne organizacije.

Oni se u praksi nazivaju različito (sporazum, povelja, ustav itd.) a karakteristično je da su najčešće ne samo sporazumi o osnivanju odnosnih organizacija, već ujedno i njihovi najviši pravni akti (statuti) kojima su uređena najvažnija pitanja vezana za funkcionisanje organizacije (sedište, glavni organi, način njihovog izbora, nadležnost itd.).

Uz već pomenutu Povelju UN, posebno su zanimljivi sporazumi o osnivanju i istovremeno najviši pravni akti jednog broja specijalizovanih agencija UN, onih koje makar na određeni način učestvuju u kosmičkim aktivnostima odnosno sa njima pomenutim pitanjima. Takvih kao što su: Međunarodna organizacija za civilno vazduhoplovstvo (ICAO), Organizacija UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO), Svetska meteorološka organizacija (WMO), Svetska zdravstvena organizacija (WHO), Međunarodna unija za telekomunikacije (ITU), Međunarodna agencija za atomsku energiju (IAEA), Svetska organizacija za intelektualnu svojinu (WIPO) i dr.

Ne samo da sporazumi kojima su osnovane i na osnovu kojih rade ove organizacije stvaraju pravne pretpostavke za aktivnosti koje su od značaja za istraživanje i korišćenje svemira, već često sadrže i određena važna konkretna rešenja. Ako je kod nekih to relativno lako razumljivo zbog prirode njihove specijalizacije (npr. u slučaju UNESCO, WMO, ITU, IAEA) kod drugih se to ne vidi na prvi pogled. Dobar primer je WIPO – mada bi se moglo postaviti pitanje kakva je njena uloga u osvajanju kosmosa, mnogo toga postaje jasno kada se ima u vidu da je u kosmičke aktivnosti ugrađen ogroman broj rešenja koja su predmet intelektualne svojine.

2. *Ugovori o osnivanju međunarodnih organizacija specijalizovanih za kosmičke aktivnosti.* - Posebnu vrstu sporazuma predstavljaju oni kojima se osnivaju međunarode organizacije, specijalizovane za saradnju u oblasti miroljubivog istraživanja i korišćenja kosmosa. Njima se osnivaju odnosne organizacije, uređuju njihovi ciljevi i nadležnost, utvrđuju prava i imuniteti, formiraju organi itd. To su pravni i organizacioni preduslovi za višestranu institucionalizovanu saradnju država u ovoj oblasti.

U tom smislu odmah treba pomenuti ugovore kojima su stvorene i na osnovu kojih rade međunarodne organizacije koje se bave lansiranjem i korišćenjem veštačkih satelita.

Primer je Sporazum o Međunarodnoj organizaciji za telekomunikacione satelite "INTELSAT" (1971) čiji je skraćeni naziv kasnije promenjen u ITSO (od eng. *International Telecommunications Satellite Organization*). Sporazumom i aneksima i Eksploatacionim sporazumom uz njega, pored onoga što se odnosi na funkcionisanje same Organizacije (njeni ciljevi, struktura i način rada; povlastice i imuniteti itd.) i prava i obaveza država članica, regulisana su i mnoga pitanja koja se tiču investicionih udela država članica, finansijskih odnosa između država članica, plaćanja za usluge Organizacije, dohotka Organizacije i načina raspolažanja njim, zemaljskih stanica za korišćenje kosmičke komponente Organizacije, kupovine robe i usluga za potrebe Organizacije, pronalazaka i tehničkih informacija, mirnog rešavanja sporova itd. Organizacija je 2001. pretrpela promene utoliko što je deo komercijalne aktivnosti prepušten kompaniji "Intelsat Ltd." sa sedištem na Bermudima.<sup>6</sup>

Kao odgovor na stvaranje INTELSAT, u Moskvi je 15.11.1971. sporazumom, zaključenim između vlada 9 država (SSSR i tadašnjih njemu bliskih 8 socijalističkih zemalja) osnovana slična organizacija, nazvana "Intersputnjik" (*Международная организация космической связи Интерспутник*). Danas ima 26 članica i bavi se, pored ostalog, i komercijalnom delatnošću.<sup>7</sup>

Konvencijom o Organizaciji za međunarodne pomorske satelite, potpisanom 1976. stvorena je Međunarodna organizacija za pomorske satelite (*International Maritime Satellite Organization - INMARSAT*). To je bila međunarodna (međudržavna) neprofitna organizacija koja je obezbeđivala telefonske veze i prenos podataka preko satelita za potrebe pomorstva, a posebno stalnu vezu brodova sa obalom i prijem poziva za pomoć, ma gde se brod nalazio.<sup>8</sup> Funkcionisala je do 1999, kada je transformisana u Međunarodnu organizaciju za mobilne satelite (*International Mobile Satellite Organization - IMSO*) dok je njen poslovni deo privatizovan i postao kompanija *Inmarsat Ltd.*, sa sedištem u Londonu. Dve organizacije – međunarodna organizacija IMSO i kompanija *Inmarsat Ltd.*, potpisale su

---

<sup>6</sup> Organizacija ima 149 članica. Više na njenom veb sajtu: [itso.int/index.php?option=com\\_content&view=article&id=46&Itemid=55&lang=en](http://itso.int/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=55&lang=en), 18.9.2018.

<sup>7</sup> Više na zvaničnom sajtu: Интерспутник, [intersputnik.ru/](http://intersputnik.ru/) i na: [International Organization of Space Communications, unoosa.org/pdf/pres/copuos2007/06.pdf](http://International Organization of Space Communications, unoosa.org/pdf/pres/copuos2007/06.pdf), 18.9.2018.

<sup>8</sup> Više na njenom veb sajtu: [inmarsat.com/](http://inmarsat.com/), 18.9.2018.



ugovor o međusobnoj saradnji. O značaju IMSO govori činjenica da ona ima 103 članice, a da se i danas preko 90% svetske trgovine odvija morima.<sup>9</sup>

Jedan od primera na regionalnom nivou je Konvencija o osnivanju Evropske kosmičke agencije, koja je potpisana 1975. i stupila na snagu 1980. Njom stvorena Agencija, čije je sedište u Parizu, bavi se uspostavljanjem i razvojem saradnje evropskih država u istraživanju i korišćenju kosmosa isključivo u miroljubive svrhe.<sup>10</sup>

Pažnju zaslužuje i Evropska organizacija za telekomunikacione satelite (*European Telecommunications Satellite Organization – EUTELSAT*). Zanimljivo je primetiti da je stvorena 1977. na privremenoj osnovi, a da je tek zatim, 1982. potpisana Konvencija o osnivanju EUTELSAT (stupila na snagu 1985). I ova organizacija je 2001. doživela transformaciju, tako što je deo njenih aktivnosti prenet na novoformiranu privatnu kompaniju “Eutelsat S.A.”<sup>11</sup>

Pored već pomenutih, svoj značaj imaju i EUMETSAT (*European Organisation for the Exploitation of Meteorological Satellites*),<sup>12</sup> ARABSAT (*Arab Satellite Communications Organization*)<sup>13</sup> i dr. koje su takođe stvorene međunarodnim sporazumima.

Zanimljiva je i međuvladina organizacija Kospas-Sarsat (*International Cospas-Sarsat Programme*). Osnovana je 1988. Sporazumom o Međunarodnom programu Kospas-Sarsat, potpisanim između Francuske, Kanade, SSSR i SAD. Premda su i dalje članice Sporazuma samo 4 pomenute zemlje, danas u Programu učestvuju 44 države. Organizacija prima i prosleđuje vladama signale za pomoć brodova, aviona itd. koji su se našli u opasnosti ili nevolji. Do decembra 2015. zahvaljujući ovom sistemu spašeno je više od 41.750 ljudi u oko 11.800 opasnih situacija.<sup>14</sup>

Primer sporazuma o osnivanju međudržavnog tela za saradnju u istraživanju i korišćenju kosmosa je Protokol o osnivanju Međudržavnog saveta za

<sup>9</sup> Više o ovoj organizaciji na njenom veb-sajtu: [imso.org/public/IMSO-Yesterday](http://imso.org/public/IMSO-Yesterday), 18.9.2018.

<sup>10</sup> U članstvu Konvencije su 22 evropske države. Više na sajtu Agencije: <https://m.esa.int/ESA>, 18.9.2018.

<sup>11</sup> Više na: EUTELSAT, [eutelsat.com/en/home.html](http://eutelsat.com/en/home.html), 18.9.2018.

<sup>12</sup> EUMETSAT, [eumetsat.int/website/home/index.html](http://eumetsat.int/website/home/index.html), 18.9.2018.

<sup>13</sup> ARABSAT, [arabsat.com/english/home](http://arabsat.com/english/home), 18.9.2018.

<sup>14</sup> Cospas-Sarsat, [cospas-sarsat.int/en/](http://cospas-sarsat.int/en/), 18.9.2018.

kosmos (1992) koji je zaključen između država članica Zajednice Nezavisnih Država.<sup>15</sup>

Ovde je važno primetiti da sporazumi kojima se osnivaju međunarodne organizacije koje se bave telekomunikacijama putem satelita ili drugim kosmičkim aktivnostima, sadrže mnoga važna rešenja koja su deo međunarodnog kosmičkog prava. Možda će se u nekom trenutku moći govoriti i o pravu kosmičkih organizacija, kao delu međunarodnog kosmičkog prava.

*Ugovori koji su posvećeni materiji kosmičkog prava,  
ali su zaključeni između uskog kruga članica*

Postoje važni višestrani ugovori koji su posvećeni materiji kosmičkog prava ili nekom njenom delu, ali u svom članstvu imaju ograničeni krug članica (partikularni, regionalni ugovori) ili su čak dvostrani (bilateralni). I premda je njihov domašaj ograničen (u smislu uskog kruga članica) stvarni značaj može biti veliki.

Odmah treba nešto raščistiti. Poznato je da nijedan međunarodni ugovor nije okupio među svojim članicama sve države sveta. Ovde nije reč o tome. Misli se na one ugovore koji po prirodi stvari imaju vrlo uzak krug članica (npr. razni bilateralni sporazumi) ili je ograničenje tog kruga posledica prirode i vrste pitanja kojima se ugovor bavi i (ne)mogućnosti ostalih država da zaista postanu njegove članice i uživaju njime predviđena prava odnosno izvršavaju njime definisane obaveze.

*1. Višestrani sporazumi sa malim brojem članica.* - U red višestranih sporazuma sa malim brojem članica, spadaju, pre svega, ugovori kojima se osnivaju specijalizovane međunarodne organizacije, stvorene radi proučavanja i osvajanja kosmosa. O njima je već bilo reči.

Ovde ćemo se osvrnuti na druge važne ugovore, sklopljene između jednog broja država, kojima se uređuju konkretni oblici saradnje u istraživanju i korišćenju kosmosa.

---

<sup>15</sup> Малков С.П., *Международное космическое право*, Санкт-Петербург 2002, 263-266; Жуков Г.П., Абашидзе А.Х. (ред.), *Международное космическое право*, Москва 2014, 292-296.

U tom smislu posebno su zanimljivi sporazumi koji su zaključen samo između kosmičkih sila<sup>16</sup> ili čak između samo tri kosmičke velesile.<sup>17</sup> Za ostale države (njih skoro 200) oni su, strogo uzev, *res inter alios acta*.

Međutim, kada se zna da te ostale države faktički nisu u stanju da učestvuju u kosmičkim aktivnostima, da efikasno kontrolišu te aktivnosti, pa ni da spreče kosmičke sile, a tim pre kosmičke velesile u nečemu što su ove naumile, čitav problem dobija drugu dimenziju. Tome treba dodati da i one države koje u osvajanju kosmosa učestvuju posredno,<sup>18</sup> čine to preko neke od kosmičkih sila, što znači da su u izvesnom smislu zavisne od nje.

Razume se, nisu od interesa samo sporazumi između kosmičkih sila. U krugu članica ugovora koji je od značaja za osvajanje kosmosa, a nema univerzalni, pa ni regionalni karakter, mogu se, iz raznih razloga, naći još neke zemlje.

Primer je Međuvladin sporazum o međunarodnoj kosmičkoj stanici "Sloboda" (*Freedom*) koji je 1988. potpisan između SAD, Japana, Kanade i 11 evropskih država, kolektivno predstavljenih preko Evropske kosmičke agencije.

Deset godina kasnije, priključenjem Rusije i uz neophodna prilagođavanja odnosnih rešenja, pomenuti ugovor je prerastao u Sporazum o Međunarodnoj kosmičkoj stanici (1998)<sup>19</sup> koji je zaključen između nešto šireg, ali ipak relativno uskog kruga država – Kanade, članica Evropske kosmičke agencije, Japana, Rusije i SAD. U praksi u ovom obliku saradnje učestvuje dvadesetak država,<sup>20</sup> među kojima su neke od najrazvijenijih zemalja sveta.

<sup>16</sup> Tako se nazivaju države koje su samostalno lansirale satelite ili druge kosmičke objekte. Satelite sopstvenim snagama lansirali su (u zagradi je godina prvog lansiranja): SSSR odn. Rusija (1957), SAD (1958), Francuska (1965), Japan (1970), Kina (1970), Velika Britanija (1971), Indija (1980), Izrael (1988), Ukrajina (1992), Iran (2009), Severna Koreja (2012), Južna Koreja (2012) i Australija (2018).

<sup>17</sup> Reč je o tri države koje su do sada jedine u svemir sopstvenim raketama slale ljude – SSSR odn. Rusija, SAD i Kina.

<sup>18</sup> Oko Zemlje, već sada kruži više od 3.300 veštačkih satelita, s tim da se svake godine lansiraju 80-ak novih. Premda je satelite samostalno lansiralo 12 država, još oko 70 zemalja ima svoje satelite (lansirane tuđim raketama) a još oko 40 njih iznajmljuju tuđe satelite.

<sup>19</sup> Zvaničan naziv tog ugovora je *Sporazum između vlade Kanade, vlada država – članica Evropske kosmičke agencije, vlade Japana, vlade Ruske Federacije i vlade SAD o saradnji u vezi sa međunarodnom kosmičkom stanicom civilne namene (1998)*.

<sup>20</sup> Japan, Kanada, Rusija, SAD i članice Evropske kosmičke agencije: Austrija, Belgija, Danska, Francuska, Holandija, Italija, Nemačka, Norveška, Portugal, Španija, Švajcarska, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

Pored Sporazuma, odnosi između država učesnica, kao i niz drugih pitanja (kodeks ponašanja kosmonauta na Međunarodnoj orbitalnoj stanici, krivična nadležnost država itd.) regulisani su raznim memorandumima, pravilnicima i bilateralnim i drugim sporazumima.<sup>21</sup> Od 2.11.2000, kada je primila prve stanovnike, do sredine 2018. na Stanici je u 55 misija (dugoročnih ekspedicija) boravilo 230 lica iz 18 država, od čega 145 iz SAD, 46 iz Rusije i 39 iz ostalih zemalja. Normalan broj članova posade Stanice je između 3 i 6, a vreme boravka kosmonauta iz pojedine države zavisi od njenog udela u finansiranju Stanice ili od drugih doprinosa (npr. putem modula ili robotike).<sup>22</sup>

Sporazum o međunarodnoj kosmičkoj stanici i prateći sporazumi popunili su određene pravne praznine u međunarodnom kosmičkom pravu, rešivši niz pitanja od značaja za normalno odvijanje života i aktivnosti na Stanici odnosno saradnju u vezi sa njom. To se odnosi na pitanje načina registrovanja Stanice,<sup>23</sup> jurisdikciju i kontrolu nad delovima Stanice,<sup>24</sup> način finansiranja rada Stanice,<sup>25</sup> odricanje ugovornica od zahteva za naknadu štete pričinjene tokom ostvarivanja "zaštitne kosmičke operacije",<sup>26</sup> potpunije i preciznije definisanje štete nego što je to učinjeno Konvencijom o odgovornosti (1972),<sup>27</sup> carinske i imigracione olakši-

---

<sup>21</sup> Farand A., "The Space Station Legal Framework", *EESA Bulletin* 94, May 1998, [www.esa.int/esapub/bulletin/bullet94/FARAND.pdf](http://www.esa.int/esapub/bulletin/bullet94/FARAND.pdf), 18.9.2019; Moenter Rochus, "The International Space Station: Legal Framework and Current Status", *Journal of Air Law and Commerce* vol. 64, 1999, 1033-1056; Von der Dunk Frans G., "Space Law in the Age of International Space Station", in: Codignola Luca, Schrogl Kai-Uwe, Lukaszczuk Agnieszka, Peter Nicolas (eds.) *Humans in Outer Space – Interdisciplinary Odysseys*, Springer 2009, 148-161; Ruttley Tara, Robinson Julie Ann, Gerstenmaier William H., "The International Space Station: Collaboration, Utilization, and Commercialization", *Social Science Quarterly* vol. 98, 4/2017, 1160-1174.

<sup>22</sup> International Space Station: Facts and Figures, NASA, April 27, 2018, [nasa.gov/feature/facts-and-figures](http://nasa.gov/feature/facts-and-figures), 18.9.2018.

<sup>23</sup> Ne registruje se Stanica kao celina, već na osnovu čl. 5/1 Sporazuma (1998) svaki partner, u skladu sa čl. II Konvencije o registrovanju (1974) registruje kao kosmičke objekte svoje orbitalne elemente.

<sup>24</sup> Prema čl. 5/2 Sporazuma (1998) svaki partner, u skladu sa čl. VIII Ugovora o kosmosu (1967) i čl. II Konvencije o registrovanju (1974) zadržava jurisdikciju i kontrolu nad elementima koje je registrovao.

<sup>25</sup> Čl. 15. Sporazuma (1998).

<sup>26</sup> Ona obuhvata sve vidove aktivnosti neposredno povezane sa funkcionisanjem Stanice. Vidi čl. 16. Sporazuma (1998).

<sup>27</sup> Po čl. I/a Konvencije o odgovornosti (1972) šteta obuhvata lišenje života, telesnu povredu ili drugu povredu zdravlja; ili uništenje ili oštećenje imovine država ili fizičkih ili pravnih lica ili imovine međunarodnih međuvladinih organizacija. Sporazum (1998) u čl. 16/2/c mnogo šire defi-

ce za lica koja su uključena u aktivnosti vezane za Stanicu,<sup>28</sup> razmenu podataka i robe,<sup>29</sup> zaštitu intelektualne svojine,<sup>30</sup> krivičnu jurisdikciju država (reafirmisan je personalni princip),<sup>31</sup> konsultacije kao način rešavanja sporova,<sup>32</sup> itd. Pri tome su u nekim slučajevima potvrđena rešenja najvažnijih univerzalnih ugovora u materiji kosmičkog prava, a na mnogo mesta je čak i poimenice dato upućivanje na njih, dok su povodom niza pitanja usvojena nova rešenja koja znače jednu vrstu progresivnog razvoja kosmičkog prava.

Višestrani sporazumi u svakoj, pa i ovoj materiji mogu biti zaključeni i između samo tri ugovornice. Njihovo mesto i uloga tada zavisi od toga ko su te ugovornice (kakav je njihov stvarni značaj) i koja su pitanja njima regulisana. Primer je Sporazum između Vlade Republike Kazahstan, Vlade Ruske Federacije i Vlade SAD o merama za zaštitu tehnologije u vezi sa lansiranjem od strane Rusije sa kosmodroma "Bajkonur" kosmičkih aparata, u odnosu na koje postoje licence SAD (1999).

niše štetu, precizirajući da ona obuhvata: telesnu povredu nekog lica, ili prouzrokovanje bilo kakve druge štete njegovom zdravlju ili njegove smrti; oštećenje bilo koje imovine, njeno gubljenje ili gubljenje mogućnosti da se imovina koristi; gubitak dohotka ili prihoda; ili drugu neposrednu i posrednu štetu.

<sup>28</sup> Čl. 18. Sporazuma (1998).

<sup>29</sup> Čl. 19-20. Sporazuma (1998).

<sup>30</sup> Kosmičke stanice su, pored ostalog, jedna vrsta laboratorije za sprovođenje naučnih eksperimenata i istraživanja koji se ne mogu vršiti u uslovima koji vladaju na Zemlji. Pošto je na Zemlji pravna zaštita vlasnika patenta ograničena granicama teritorije odnosno države, postavilo se pitanje načina obezbeđenja te zaštite u kosmosu. Stoga čl. 21/2 Sporazuma (1998) precizira da u svrhu prava intelektualne svojine bilo koja aktivnost, koja se vrši unutar ili na orbitalnom elementu kosmičke stanice, smatra se za delatnost koja se vrši samo na teritoriji države-partnera koja je registrovala taj element. Drugim rečima, prihvaćena je fikcija da se to događa na teritoriji odnosne države.

<sup>31</sup> Međuvladin sporazum iz 1988. predviđao je jedan vid kombinovanja krivične nadležnosti svake države nad "njenim" sastavnim delom Stanice (njenom "teritorijom") i članovima posade koji imaju njeno državljanstvo, bez obzira na to gde se tačno nalaze, što je predstavljalo neku vrstu ugrađenog izvora sukoba nadležnosti. Štaviše, tim sporazumom partneri SAD prihvatili su rešenje prema kojem u slučaju nezakonitog akta lica koje nije državljanin SAD, a kojim se dovodi u opasnost Stanica ili ma koje lice na njoj, krivična jurisdikcija SAD se širi na čitavu Stanicu i sva lica na njoj. Жуков Г.П., Абашидзе А.Х., *op. cit.*, 257-258. Rusija, razume se, nije pristala na takvo rešenje, te je Sporazum iz 1998. u čl. 22. utvrdio princip da su lica na Stanici pod krivičnom jurisdikcijom samo države čiji su državljani. Krivična nadležnost druge države moguća je samo u slučaju ako je reč o posebno teškom aktu (koji ugrožava život ili bezbednost državljanina druge države-partnera ili je izvršen unutar ili na orbitalnom elementu druge države-partnera ili nanosi štetu tom elementu) pa i to samo pod uslovom da se sa tim složi država državljanstva ili ako ona ne pruži uverenje o tome da će pokrenuti krivični postupak kod svog suda.

<sup>32</sup> Čl. 23. Sporazuma (1998).

U ovu kategoriju spadaju i razni ugovori, zaključeni između država koje su međusobno povezane kroz članstvo u nekoj međunarodnoj organizaciji ili na sličan institucionalni način. Primer je niz sporazuma sklopljenih u okviru Zajednice Nezavisnih Država - Sporazum o zajedničkoj aktivnosti u istraživanju i korišćenju kosmosa (1991), Sporazum o načinu održavanja i korišćenja objekata kosmičke infrastrukture u interesu izvršenja kosmičkih programa (1992), Sporazum o načinu finansiranja zajedničke aktivnosti u istraživanju i korišćenju kosmosa (1992) Sporazum o sredstvima sistema za sprečavanje raketnog napada i kontrolu kosmičkog prostora (1992) i dr.<sup>33</sup>

2. *Bilateralni sporazumi.* - Oni su važni zato što regulišu konkretne odnose dveju strana, ali kao izvori međunarodnog kosmičkog prava kao posebne grane međunarodnog prava mogu biti posebno značajni onda kada se jave kao neka vrsta modela ili makar uzora za buduće ugovore – dvostrane, a moguće je i makar delom i za višestране.

Takvih sporazuma je sve više i sve su raznovrsniji. U njih spadaju ne samo uslovno rečeno opšti ugovori o saradnji u istraživanju i korišćenju kosmosa u miroljubive svrhe, već i sporazumi o razoružanju tačnije ograničenju naoružanja i zabrani nekih oružja (u meri u kojoj se tiču kosmosa), korišćenju satelita, praćenju lansiranih objekata, telemetriji, iznajmljivanju prostora za kosmodrom odn. svemirski centar, korišćenju na teritoriji druge države uređaja i instalacija itd.

Među dvostranim ugovorima u ovoj materiji poseban značaj imaju oni između dve kosmičke supersile – Rusije i SAD, a sve više i ugovori između neke od njih i Kine. To o čemu se oni dogovore u najvećem broju slučajeva značiće ne samo razrešenje nekih situacija, već i putokaz za druge zemlje.

Neki od primera bilateralnih sporazuma pomenutih država sa ostalim zemljama su: Sporazum između Vlade Ruske Federacije i Vlade Francuske Republike o saradnji u oblasti istraživanja i korišćenja kosmičkog prostora u miroljubive svrhe (1996) i Protokol uz njega (1996); Sporazum između Vlade Ruske Federacije i Vlade Ukrajine o sredstvima sistema za upozorenje o raketnom napadu i kontrolu kosmičkog prostora (1997) i protokoli uz njega (1997), Sporazum između Ruske Federacije i Republike Kazahstan o osnovnim principima i uslovima korišćenja kosmodroma “Bajkonur” (1994), Ugovor između Vlade Ruske Federacije i Vlade Republike Kazahstan o zakupu kompleksa “Bajkonur” (1994)<sup>34</sup> i drugi.

---

<sup>33</sup> Малков С.П., *op. cit.*, 257-266; Жуков Г.П., Абашидзе А.Х., *op. cit.*, 289-295.

<sup>34</sup> Za ugovore u vezi sa zakupom kosmodroma “Bajkonur” vidi: Малков С.П., *op. cit.*, 303-317.

Posebno su važni dvostrani ugovori kojima jedna vodeća kosmička sila, uređuje svoje odnose sa drugim kosmičkim silama na manje-više tipski način, stvarajući time jednu vrstu progresivnog razvoja međunarodnog prava, što onda može da posluži kao osnova za nastanak određenog višestranog sporazuma, pa i međunarodnopravnog običaja. Primer su četiri praktično istovetna memoranduma o razumevanju o saradnji u vezi sa Međunarodnom kosmičkom stanicom, koje je Nacionalna aeronautička i kosmička administracija SAD (NASA) potpisala sa Ruskom kosmičkom agencijom (29.1.1998), Kanadskom kosmičkom agencijom (29.1.1998), Evropskom kosmičkom agencijom (1998) i vladom Japana (24.2.1998).

Treba razume se, voditi računa i o dvostranim sporazumima u kojima je jedna ugovornica – država, a druga - međunarodna organizacija, kao i o dvostranim sporazumima u kojima su obe članice – međunarodne organizacije. Primer za ovaj drugi slučaj je Sporazum o saradnji između Međunarodne organizacije za civilnog vazduhoplovstvo i Međunarodne organizacije za mobilne satelite, koji je potpisan u Montrealu 20.9.2000.

#### *Univerzalni ugovori, posvećeni problematici kosmičkog prava*

Kada se pominju univerzalni ugovori koji su posvećeni problematici kosmičkog prava, misli se na pet čuvenih sporazuma, kojima su utvrđeni najvažiji principi u vezi sa raznim aspektima istraživanja i korišćenja kosmosa.

To su: Ugovor o načelima kojima se reguliše delatnost država u oblasti istraživanja i miroljubivog korišćenja kosmosa, uključujući Mesec i druga nebeska tela (1967), Sporazum o spasavanju kosmonauta, povratku kosmonauta i vraćanju predmeta izbačenih u kosmos (1968), Konvencija o međunarodnoj odgovornosti za štetu pričinjenu kosmičkim objektima (1972), Konvencija o registrovanju objekata lansiranih u kosmos (1974) i Sporazum o delatnostima država na Mesecu i drugim nebeskim telima (1979).

Poznati su pod skraćenim imenima kao: Ugovor o kosmosu (1967), Sporazum o spasavanju (1968), Konvencija o odgovornosti (1972), Konvencija o registrovanju (1974) i Sporazum o Mesecu (1979).

Ipak, oni nisu u potpunosti kodifikovali materiju kosmičkog prava, a uz to daleko su od dana kada će u svom članstvu imati sve ili makar veliku većinu drža-



va sveta. Naime, 1.1.2018. Ugovor o kosmosu (1967) imao je 107 članica, Sporazum o spasavanju (1968) – 96, Konvencija o odgovornosti (1972) – 95, Konvencija o registrowanju (1974) – 67 i Sporazum o Mesecu (1979) 18 članica.<sup>35</sup>

Nije važna samo brojnost članica ovih sporazuma, već i njihva struktura. Tako npr. domašaj Sporazuma o Mesecu (1979) je vrlo ograničen ne samo zbog zaista malog broja članica, već i zbog činjenice da među njima nije nijedna od kosmičkih supersila (Rusija, SAD, Kina). Zapravo, realno gledajući, čak i sporazum koji bi okupio sve članice UN, a ne i pomenuta tri lidera u osvajanju kosmosa, ne bi u praktičnom smislu mnogo značio.

Pored pomenutih pet osnovnih sporazuma kojima su definisani principi kosmičkog prava, postoje i drugi međunarodnih ugovori koji su u celosti posvećeni regulisanju odnosa u kosmosu i u vezi sa njim, ali su okrenuti relativno preciznom rešavanju konkretnih pitanja. Primer je Konvencija o distribuciji signala za prenos programa preko satelita (1974) koja ima 38 članica.<sup>36</sup>

### *Posebni problemi u vezi sa međunarodnim ugovorima kao izvorima kosmičkog prava*

#### *1. Kodifikacija. – Kodifikacija kosmičkog prava odvija se prilično sporo.*

Nije problem što nema jedinstvenog, sveobuhvatnog ugovora kojim bi ova materija bila uređena,<sup>37</sup> već to što ona nije ni na koji način dovoljno precizno kodifikovana (pa makar i putem nekoliko ugovora). To i ne treba da čudi, kada se ima u vidu da su relevantni odnosi i dalje tek u fazi nastanka. Od kada je sveta i veka ratuje se, održavaju se diplomatski odnosi, zaključuju međunarodni ugovori itd. I sasvim je razumljivo da su tu izgrađene prilično kompleksne ugovorne i običajne norme. Međutim, kada je reč o kosmosu, niko zapravo ne zna šta nas čeka u godinama koje su pred nama. Tek kada se dodatno razvije praksa doći će na red regulisanje niza novih odnosa i tek tada će sazreti uslovi za jednu sveobuhvatnu kodifikaciju.

---

<sup>35</sup> *Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2018, cit.*

<sup>36</sup> *UN Treaty Collection, Status as at 18.09.2018. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXV-1&chapter=25&clang=\\_en\\_18.9.2018](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXV-1&chapter=25&clang=_en_18.9.2018).*

<sup>37</sup> Uostalom, svojevremeno je materija prava mora bila kodifikovana putem četiri Ženevske konvencije (1958), kao što je veliki deo prava oružanih sukoba kodifikovan putem četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949) i uz njih zaključenim dopunskim protokolima I i II (1977) i III (2005).



Postojeće univerzalne konvencije, zaključene u periodu 1967-1979, u vreme prvog uzleta kosmičkog prava, bile su veliki uspeh koji je postignut na krilima sveopšteg oduševljenja zbog prodora u svemir i, s druge strane, kao izraz svesti da je neophodno utvrditi neke najosnovnije principe. One, međutim, nisu kodifikacije u pravom smislu i to iz najmanje dva razloga - zato što ne uređuju odnosna pitanja dovoljno sveobuhvatno i dovoljno duboko (više su zbirke načela nego preciznih rešenja) ali i zato što u svom članstvu i posle toliko godina imaju relativno mali broj članica.<sup>38</sup>

2. *Usmeni i prećutni sporazumi.* – Oni su i inače iz mnogo razloga dosta problematični, naročito onda kada ih jedna ili više strana osporavaju. Nije uvek lako dokazati da je takav sporazum zaključen, kao što je uvek moguće da je jedna strana zapravo pogrešno shvatila da je postignut sporazum, mada se to zapravo nije dogodilo.

Po logici stvari, ovaj problem bi mogao biti posebno izražen onda kada se postigne takav sporazum negde u kosmičkom prostranstvu ili na nekom nebeskom telu, a onda iz nekog razloga nestanu oni ili makar deo onih koji su sporazum zaključili. Srećom, danas smo okruženi tehnikom, tako da bi dokazi o postizanju takvog sporazuma i njegovoj sadržini mogli biti snimljeni, a to bi onda u najvećem broju slučajeva rešilo problem. Pa ipak, možemo zamisliti situaciju u kojoj se vođe ekspedicija dveju kosmičkih supersila nešto zvanično dogovore ili bar misle da su se dogovorili, a onda se u praksi javi pitanje da li su uopšte i šta su tačno dogovorili.

3. *Važenje.* – Svi, pa i ugovori iz materije kosmičkog prava mogu na razne načine prestati da važe, kao što i pojedina država može izaći iz njih. To znači da i jednom prihvaćena rešenja mogu, čak i ako su realno zaista dobra, kasnije biti dovedena upitanje. To važi i za višestране, a tim pre dvostrane ugovore. Izlazak jedne od vodećih kosmičkih sila iz nekog od tih sporazuma može ozbiljno da ugrozi

---

<sup>38</sup> Čak i ako se ostavi po strani Sporazum o Mesecu (1979) koji je za neke države problematičan zbog svog naprednog koncepta zajedničkog nasleđa (baštine) čovečanstva, ispostavlja se da ni ostala četiri sporazuma nisu jednodušno prihvaćena čak ni od svih kosmičkih sila, kao neposredno najviše zainteresovanih strana. Od 12 kosmičkih sila, njih 10, na čelu sa Rusijom, SAD, Kinom i Indijom ratifikovale su sva 4 sporazuma; Izrael je ratifikovao sve sporazume sem Konvencije o registrovanju, koju nije ni potpisao, a Iran je ratifikovao Sporazum o spasavanju i Konvenciju o odgovornosti i potpisao ali ne i preostala 2 sporazuma.

smisao ostanka čitavog ugovora na snazi (između preostalih članica)<sup>39</sup> odnosno da dovede do okončanja samog ugovora.<sup>40</sup>

Ovde je ništa manje važan jedan drugi problem koji je specifičan upravo za odnose koji se grade u procesu osvajanja kosmosa. Pošto nije moguće predvideti šta nas čeka u budućnosti, u bitno drugačijem svetu, nije jasno ni da li će i u kojoj meri u kosmičkom prostoru i na nebeskim telima važiti sporazumi kojima je (na Zemlji) kodifikovana određena materija međunarodnog prava. To važi i za ugovore koji su kamen-temeljac savremenog međunarodnog prava.

Premda je to u ovom trenutku u domenu fantastike, neka nam je dopušteno da, radi boljeg uočavanja problema, zamislimo neke od mogućih scenarija.

Recimo da se kod kolonizacije neke planete na njoj otvore zvanična predstavništva (kolonije) nekih država, npr. za početak Rusije i SAD. Da li će u njihovim međusobnim odnosima važiti odredbe Bečke konvencije o diplomatskim odnosima (1961)? A pošto će na tim planetama živeti državljani tih zemalja i vrlo verovatno biti prisutna određena pravna lica iz tih zemalja, koji će međusobno ulaziti u razne pravne odnose, da li će doći do primene Bečke konvencije o konzularnim odnosima (1963)? A šta ako jedno vreme, možda i duži vremenski period, tu budu živela i lica iz treće države (npr. Kine) ali ne bude uspostavljeno nikakvo zvanično predstavništvo te zemlje?

Ali, šta ako na toj planeti bude more? I vazduh? Da li će u pogledu odnosa u vezi sa tim morem (morima) važiti Konvencija UN o pravu mora (1982)? Odnosno u vezi sa vazdušnom plovidbom Čikaška konvencija o međunarodnom civilnom vazduhoplovstvu (1944)?

Razume se, nemamo odgovore na ova pitanja, sem što možemo samo da pretpostavimo da će odnosni ugovori možda i važiti, makar u prvo vreme, a da će se kasnije najverovatnij razviti neko lokalno običajno i ugovorno pravo.

Stvar je još komplikovanija kada su u pitanju regionalni sporazumi odnosno kodifikacije, čije teritorijalno dejstvo na Zemlji je u principu moguće utvrditi.

---

<sup>39</sup> Uostalom, jasno je da Rusija i Kina nisu ratifikovale Ugovor o Mesecu (1979) zato što to neće da učine SAD.

<sup>40</sup> Dobar primer je izlazak SAD 2002. iz Ugovora o ograničenju sistema protivrakete odbrane (engl. *Anti-Ballistic Missile Treaty*) koji je 1972. potpisan između te zemlje i SSSR, umesto koga se kasnije kao sukcesor javila Rusija. Kao što se moglo očekivati, to je dovelo do nove trke u nuklearnom naoružanju. Premda je u pitanju dvostrani, a ne višestrani sporazum, pošto su ugovornice dve najmoćnije nuklearne sile, to zadire u interese čitavog sveta. Slično bi bilo i u materiji kosmičkog prava, gde su SAD i Rusija takođe kosmičke supersile.

Ali, da li će i gde u kosmosu važiti rešenja Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950)? Na Zemlji Konvencija važi u pogledu svih lica koja su pod jurisdikcijom bilo koje države-članice (dakle, i stranaca koji su na njenoj teritoriji) ali šta sa svemirom i situacijama kada (u svemirskom brodu, na orbitalnoj stanici, u koloniji na Marsu itd.) ne bude jasno dokle se prostire jurisdikcija konkretnih država?

4. *Tumačenje.* – Tumačenje pravnih normi (utvrđivanje njihovog pravog značenja) je uvek važan problem. Kod međunarodnih ugovora on se dodatno komplikuje i zbog toga što ima nekoliko tvoraca norme (npr. država – ugovornica) pa je onda tzv. autentično tumačenje daleko složenije nego kada normu tumači zakonodavac. Takođe, međunarodni ugovori se zaključuju po pravilu na nekoliko jezika, pa se može dogoditi, a u praksi se i događa, da se tekstovi na raznim jezicima ne podudaraju u potpunosti. To su opšti problemi tumačenja ugovora, koji će se javljati i u materiji kosmičkog prava.

Ima, međutim, i situacija kada se postavlja i problem tumačenja ugovornih odredbi u užem smislu. U potvrdu tome dovoljan je primer vezan za tumačenje principa “miroljubivo korišćenje kosmosa”, formulisanog i ugovornim i običajnim pravom.<sup>41</sup> Umesto shvatanja o tome da postoji apsolutna zabrana njegove militarizacije, ubrzo se došlo do stava da se svemir može koristiti za vojne aktivnosti, sve dok one po svom karakteru nisu agresivne odnosno dok je u pitanju “pasivna” (“meka”) a ne “aktivna” (“čvrsta”) upotreba kosmosa u vojne svrhe. Uprkos protivljenju drugih zemalja, SAD su u praksi nametnule ovaj pristup. To je onda otvorilo prostor za trku u naoružanju u kosmosu i raznovrsne vojne aktivnosti u kosmosu čiji je domašaj i obim skoro nemoguće sagledati.<sup>42</sup>

5. *Problem kršenja ugovora i njegovog dokazivanja.* - Kada se već sada vidi da u nekim situacijama nije jasno tumačenje ugovora odnosno sporna je kvalifikacija određenog događaja u smislu da li je ili nije bio dozvoljen, možemo samo da zamislimo kakvi sve problemi bi potencijalno mogli da nastanu u budućnosti, kada putovanja u svemir postanu rutina. Poseban problem će biti – kako dokazati kršenje ugovora negde tamo u dubinama kosmosa? A spor oko toga može dovesti do nezadovoljstva drugih država, njihovih kontramera i ko zna čeka sve još.

<sup>41</sup> Vidi čl. III i IV Ugovora o kosmosu (1967). Uostalom, i prve dve relevantne rezolucije Generalne skupštine UN (1472/1958 i 1721/1961) nose naziv “Međunarodna saradna u miroljubivom korišćenju kosmosa”, dok se treća (1962/1963) zove “Pitanje miroljubivog korišćenja kosmosa”.

<sup>42</sup> One već sada obuhvataju upotrebu špijunskih satelita, testiranje raznih antisatelitskih oružja, razvoj američkog programa Strateška odbrambena inicijativa, poznatijeg kao “Zvezdani ratovi” itd.

Zamislimo još jedan primer. Recimo da dve ili čak sve tri kosmičke velesile (Rusija, SAD i Kina) zaključe između sebe sporazum koji je izričito protivan odredbama Ugovora o kosmosu (1967)? Na primer, priznaju jedne drugima pravo nacionalnog prisvajanja nebeskih tela, slično onome što su svojevremeno činile kolonijalne sile, deleći između sebe svet.<sup>43</sup> Šta bi to realno značilo? Razume se, ostale države bi mogle da traže da se protiv ove tri zemlje uvedu sankcije UN, ali to ne bi prošlo u Savetu bezbednosti, gde je svaka od tri pomenute države stalni član, sa pravom tzv. veta. Te ostale države bi, takođe, mogle da se dogovore da nezavisno od sistema UN uvedu sankcije pomenutim zemljama. Ali, realno gledajući, to je nezamislivo u ovom nesavršenom svetu, gde je većina država finansijski, bezbednosno i na razne druge načine tesno vezana za neku od tri pomenute zemlje i ne može priuštiti sebi luksuz da sa njom kvari odnose.

Najzad, one bi mogle izaći iz članstva Ugovora o kosmosu (1967) ali time bi samo potvrdile da njegova rešenja više ne važe, te da su, dakle, tri kosmičke velesile ispravno postupile. Sa druge strane, pošto još dugo neće biti u stanju da kolonizuju, a time ni da prisvajaju nebeska tela, time bi sve te ostale države zapravo dobrovoljno same sebe lišile bilo kakve koristi od kolonizacije kosmosa. Drugim rečima, ako bi se, kod odnosa snaga kakav je danas, tri najveće kosmičke sile međusobno dogovorile da čine nešto čime bi otvoreno kršile postojeće ugovorno pravo u ovoj materiji, niko ne bi mogao da ih u tome spreči. Toje vrlo ozbiljan problem.

*6. Sporazumi sa drugim subjektima.* – U kosmičkom pravu, kao i u međunarodnom pravu uopšte, i dalje su od najvećeg značaja ugovori, zaključeni između država. Međutim, sve su brojniji i sporazumi između država i međunarodnih organizacija, između međunarodnih organizacija, pa čak i između međunarodnih organizacija i privatnih kompanija. Uostalom, već je pominjano, na bazi konkretnih primera (slučajevi INTELSAT, INMARSAT, EUTELSAT i dr.) da su neke kompanije nastale izdvajanjem iz međunarodne organizacije, nakon čeka su sa njom zaključile sporazum o međusobnim odnosima i saradnji.

Zapravo, može se očekivati da će upravo privatne (multinacionalne, transnacionalne) korporacije sve više učestvovati u istraživanju i korišćenju svemira. Već sada mnoge od njih imaju veća finansijska sredstva od većine država, prednjače u nauci, tehnologiji, kvalifikovanim kadrovima itd. Vođene porivom za sti-

---

<sup>43</sup> Nacionalno prisvajanje kosmičkog prostora, uključujući Mesec i druga nebeska tela izričito je zabranjeno članom 2 Ugovora o kosmosu (1967).

canjem dobiti, one će ulagati u kosmičke aktivnosti, podržavajući na razne načine određene države, ali i istupajući sve više kao samostalan činilac. To će dovesti do toga da će one tražiti da se pitaju, kada je reč o osvajanju kosmosa, što znači da će za sebe zahtevati i obezbediti mesto i u pregovorima i kod zaključenja navažnijih međunarodnih sporazuma.

Konačno, najverovatnije ćemo jednog dana doći u kontakt sa inteligentnim bićima iz drugih svetova,<sup>44</sup> što znači da ćemo pre ili kasnije sa njima sklapati sporazume o regulisanju određenih pitanja. To će, po svojoj prilici biti prvi koraci u rađanju novog pravnog poretka, koji će uređivati odnose između ljudi i drugih civilizacija. To pravo, kome je već sada smišljeno ime *metapravo*,<sup>45</sup> vrlo verovatno će počivati na sličnim principima kao i ovo naše, zemaljsko, u prvom redu ono koje zovemo međunarodnim.<sup>46</sup> Ono će po svemu sudeći biti neka vrsta novog pravnog sistema, po mnogo čemu drugačijeg<sup>47</sup> i dobrim delom, ako ne i sasvim izdvojenog od onoga što imamo sada, ali nema sumnje da će među njegovim najvažnijim izvorima biti (“međusvetovni”) ugovori. Drugačije rešenje, jednostavno nije moguće.

<sup>44</sup> O tome, uostalom, vodi računa i Ugovor o kosmosu (1967) koji u čl. V/1 precizira da ugovorne strane kosmonaute smatraju izaslanicima čovečanstva u svemiru, što znači da bi takav status (ulogu predstavnika čitavog ljudskog roda) oni imali u slučaju eventualnog kontakta sa drugim razumnim bićima (vanzemaljcima).

<sup>45</sup> Малков С.П. *op. cit.*, 326-338; Haley Andrew G., “Space Law and Metalaw – Jurisdiction Defined”, *Journal of Air Law and Commerce* vol. 24, 3/1957, 286-302; Клеандров М.И. (2015) “Метаправо и метаправо для урегулирования отношений с иным разумом”, *Право и государство* 4/2015, 81-85; Sterns Patricia Margaret, Tennen Leslie I. (eds.), *Private Law, Public Law, Metalaw and Public Policy in Space*, Springer 2016. Čuveni rečnik *Merriam-Webster* definiše metapravo kao: “pravo koje reguliše uzajamna prava i obaveze inteligentnih bića sa zemlje i inteligentnih bića koja mogu biti pronađena u kosmosu i koje počiva na postulatu da oni sa Zemlje treba da se odnose prema drugima kao što žele da se ovi odnose prema njima”, “Definition of Metalaw”, *Merriam-Webster Dictionary*, [www.merriam-webster.com/dictionary/metalaw](http://www.merriam-webster.com/dictionary/metalaw), 18.9.2018.

<sup>46</sup> Nije zamislivo da razumna bića, ma odakle dolazila, imaju sisteme vrednosti koji su bitno različiti od naših. Teško npr. da je kod njih dozvoljeno ubijati, krasti i slično, jer da jeste, takva društva ne bi opstala. Uz to, ni čovečanstvo ne bi moglo da pristane na nešto što je suštinski drugačije od onoga na čemu počiva naš svet.

<sup>47</sup> Treba podsetiti da i danas, kada je kosmičko pravo deo našeg, zemaljskog međunarodnog prava, u njega su ugrađena neka rešenja koja odudaraju od onoga što važi u pravnim odnosima na Zemlji.

BORIS KRIVOKAPIĆ, Ph.D.,

Professor, Business and Law Faculty, University "Union – Nikola Tesla", Belgrade

Law Faculty, Samara National University "S. P. Korolev", Samara

## INTERNATIONAL AGREEMENTS AS SOURCES OF OUTER SPACE LAW

### Summary

Contrary to what one might think, since such an approach is common, the paper does not deal with the content of the five well known outer space law treaties concluded between 1967 and 1979. Instead, after a brief introductory part in which the author explains what exactly he means under outer space law, and what under international agreements, all agreements of importance for outer space law are classified into five groups and then a review is made of each of them. The author divides all agreements in this matter into: 1) agreements that are part of general international law and have a general scope; 2) agreements that only partially regulate the matter of outer space law; 3) agreements establishing international organizations and bodies involved in cooperation with space activities; 4) agreements devoted to the matter of space law, but concluded between a narrow circle of members; and 5) universal agreements, devoted to the problems of space law. In each group, the basic characteristics and significance of the respective agreements are indicated and concrete examples are given. At the very end, there is a review of some particularly interesting issues related to international agreements as sources of space law: the problem of codification; tacit agreements; the validity of the agreements; their interpretation; problem of violation of agreement and its proving; agreements with other entities (with corporations, in the perspective possibly with intelligent beings from the universe).



*JELENA Đ.LOPIČIĆ-JANČIĆ*

## **MEĐUNARODNOPRAVNI ASPEKT SREDSTAVA ZA MASOVNO UNIŠTAVANJE U RATU**

### U V O D

Ratovi i oružani sukobi su nastali još nastankom prvih država i nastavili su sa manjim ili većim prekidima sve do današnjih dana. U istraživanjima, za proteklih 5500 godina broj velikih i malih ratova se navodi od 14.513 u kojima je stradalo čak preko tri milijarde ljudskih života. Samo od 1800. pa do 1999. godine bilo je 1500 ratova i oružanih sukoba, što iznosi u proseku 7-8 godišnje. Kao najteži ratovi smatraju se Prvi svetski rat sa 10 miliona stradalih i Drugi svetski rat sa 70 miliona stradalih.<sup>1</sup>

Rat i oružani sukobi su međunarodnopravno zabranjeni prvenstveno na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija. Ipak, svedoci smo da ratovi i oružani sukobi sa nesmanjenom žestinom se vode u raznim državama sveta. Broj ratova i oružanih sukoba se stalno povećava, tako da je od 1945. do 2017. godine bilo preko 600 u kojima je poginulo preko 30 miliona ljudi, a još toliko je bilo ranjeno.

U ovom radu biće obrađeno sa kojim sredstvima su navedeni ratovi i oružani sukobi kroz razvoj ljudske istorije vođeni. Prvi ratovi koji su vođeni od pre

---

Dr Jelena Đ.Lopičić-Jančić, profesor Fakulteta za Međunarodnu politiku i bezbednost, Univerzitet "Union – Nikola Tesla" u Beogradu.

<sup>1</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 900.



najmanje pet hiljada godina pa sve do savremenih ratova vođeni su sa vrlo različitim vojnim sredstvima. Počev od hladnog oružja, kasnije pronalaskom vatrenog oružja, kao i modernizacijom nauke i tehnologije uopšte, koja je imala i velike primene u oružanim sredstvima kao i u vođenju ratova i oružanih sukoba. Navodimo samo nastanak i usavršavanje pešadijskog oružja, artiljerije, minobacača, bacača plamena, avijacije, ratnih brodova, podmornica, eksplozivnih materija, raketnog naoružanja, gasova, bojnih otrova, hemijskih sredstava, bioloških sredstava, atomskog i radioaktivnog naoružanja koji su masovno upotrebljavani u proteklim ratovima.

Početak nastanka masovnog uništavanja vojnika i civilnog stanovništva nastaje još na početku stvaranja prvih država u starom veku. Tokom razvoja civilizacije, još od starog veka, postojala su masovna uništavanja vojnika i civilnog stanovništva iako tada nisu postojala tehnička sredstva za brzo i masovno uništavanje kao u savremenom svetu, nego obična sredstva-hladno oružje (mačevi, noževi, sekire, koplja, buzdovani, strele i sl.) ali i sa tim hladnim oružjem su vršena masovna ubijanja vojnika, ratnih zarobljenika, ranjenika i civilnog stanovništva. Pouzdani podaci i dokazi o ovoj tvrdnji su brojni, navodimo samo Bibliju koja sadrži brojne primere. Jedan od njih je primer uništavanje grada Kartagine, kada je ubijeno preko 50.000 civilnog stanovništva.

Tadašnje javno mnjenje ukoliko se uopšte može govoriti o javnom mnjenju u tadašnjim epohama starog i srednjeg veka nije se mnogo uznemiravalo i uzbuđivalo zbog ovakvih masovnih masakra vojnika i civilnog stanovništva. Dođue postojali su retki pojedini naučnici, pisci, filozofi, sveštenici, političari kao i nekoliko međunarodnih organizacija i instituta koji su se zalagali za kodifikaciju međunarodnog ratnog prava i njegovu humanizaciju, ali bez većeg uspeha. Tek u XIX i XX veku nastaje preokret kada dolazi do više inicijativa za kodifikaciju međunarodnog ratnog prava i njegove humanizacije.

Danas kada je savremeni svet putem radija, televizije, satelita, interneta, skypa i drugih telekomunikacija za nekoliko minuta obavešten o svim mogućim značajnijim događajima počev od elementarnih nepogoda, zemljotresa, vulkanskih erupcija, poplava, suša, epidemija bolesti, cunamija kao i ratova i oružanih sukoba i u najudaljenijim delovima sveta, svetsko javno mnjenje veoma brzo reaguje. Razume se da pored navedenih elementarnih nepogoda svetsko javno mnjenje najviše izražava bojazan, strah i zabrinutost za oružja za masovno uništavanje ne samo vojske nego i civilnog stanovništva. Naročita opasnost, zabrinutost

i strah ispoljava se za upotrebu nuklearnog i hemijskog oružja, o čemu će kasnije biti više reči.

### *Pojam sredstava za masovno uništavanje u ratu*

Oružja koja se upotrebljavaju u ratu i oružanom sukobu mogu se podeliti na konvencionalna i nekonvencionalna oružja. Konvencionalna oružja ili "klasična" su pešadijska, streljačka, artiljerijska, tenkovska, vazduhoplovna, raketna i slična oružja. Nekonvencionalna oružja su nuklearna, hemijska, biološka i slična oružja. Oružja kojim se može izvršiti masovno uništavanje vojske i civilnog stanovništva moguće je da se izvrši ne samo nekonvencionalnim oružjem nego i sa konvencionalnim "klasičnim" oružjem. Navodimo samo nekoliko primera iz Drugog svetskog rata kada su saveznici kao retorziju i represalije zbog nemačkog bombardovanja Londona i drugih pedesetak gradova, izvršili bombardovanje tih bombama više nemačkih gradova (Drezdena, Hamburga, Lajpciga, Berlina, Esena, Kelna, Bremena i dr.) kao i bombardovanje Tokija 1945. godine, kada je ubijeno nekoliko stotina hiljada civilnog stanovništva, što je bilo više žrtava nego od dve atomske bombe bačene na Hirošimu i Nagasaki.<sup>2</sup>

Nekonvencionalna oružja za masovno uništavanje su ona oružja koja svojim upotrebom masovno uništavaju živi silu, životnu sredinu i čitavu infrastrukturu. To su pre svega nuklearna oružja, biološka, hemijska, radiološka, neutronska i druga slična oružja.

Navodimo karakteristike oružja za masovno uništavanje: "Ona izazivaju masovne gubitke ljudskih života na strani protivnika, pri čemu dejstvuju neselektivno, što znači da najvećim delom pogađaju civile; njihovo dejstvo nije moguće do kraja predvideti i ograničiti ni vremenski (traje dugo), ni prostorno (ne može se svesti na neki unapred definisan prostor). Stoga ona mogu da izazovu masovne gubitke ljudskih života i na strani saveznika, neutralnih država, pa čak i same strane koja ih upotrebljava; ona daleko više nego bilo koja druga oružja razaraju prirodu, a u krajnjoj liniji mogu da izazovu nestanak života na Zemlji, pa i same planete kao takve."<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Genocid, ratni zločini i Zapad: Istorija i saučesništvo, priredio Adam Džons, Zavod za udžbenike, Beograd, 2011, str. 154-175.

<sup>3</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 121.

Kao što smo naveli, svetsko javno mnjenje kao i sve države najviše se pribojavaju i strahuju od gasova, bojnih otrova kao i od nuklearnog oružja. Gasovi i bojni otrovi su jedna posebna vrsta oružja koji su zabranjeni na osnovu međunarodnog ratnog prava, ali koji se primenjuju više ili manje i u savremenim ratovima i oružanim sukobima i izazivaju velike žrtve. Navodimo jednu od brojnih definicija bojnih otrova, koja po našem mišljenju daje prihvatljivo objašnjenje šta su bojni otrovi: "Bojni otrovi (engl.chemical warfare agents) su vrsta hemijskog oružja, prirodna jedinjenja ili stvorena veštačkim putem koja svojim otrovnim dejstvom uništavaju ili onesposobljavaju ljude i životinje, odnosno kontaminiraju odgovarajuća područja i objekte."<sup>4</sup>

U prošlim epohama ratovi i oružani sukobi su bili redovna i normalna pojava i bili su dozvoljeni. Smatralo se da svaka država ima pravo da vodi rat (*jus belli gerendi*). Zatim, još u antičko vreme postojala je podela ratova na pravedne ratove (*bellum justum*) i na nepravedne ratove (*bellum injustum*). Ova podela zadržala se i u savremenoj doktrini uz vrlo različita tumačenja uz zavisnosti koja je država u pitanju. Razume se da velike sile imaju svoje interese i svoja tumačenja u podeli ratova i njihovih opravdanja.<sup>5</sup>

Veoma rano, još u antičko vreme kada je rat bio dozvoljen i predstavljao redovnu pojavu, javljale su se prve ideje i nastojanja da se rat na neki način ograniči, pravno reguliše i unese, koliko je moguće, element humanizacije. Uglavnom, to su bili radovi raznih filozofa, pisaca, političara, sveštenika i drugih ličnosti. Navodimo samo neke: Heraklid iz Efesa, Tukidid, Platon, Aristotel, Tacit, Sveti Avgustin, Makijaveli, Tomas Hobs, Monteskije, Kant, Hegel, Marks, Engels, Niče i drugi.<sup>6</sup> Sve do sredine XIX veka ratno pravo je ostalo praktično neregulisano jer nije postojala nikakva međunarodna multilateralna konvencija koja bi regulisala način vođenja rata i oružanih sukoba kao i prava i obaveze svih učesnika u tim ratovima. Postojalo je međunarodno običajno ratno pravo, koje nije bilo opšte

<sup>4</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 116; Detaljnije o vrstama bojnih otrova videti u: Vojni leksikon, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981, str. 62.

<sup>5</sup> Ernest Nis: Poreklo međunarodnoga prava, Izdanje i štampa državne štamparije, Beograd, 1896, str. 205-286; Krivokapić prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima, Beograd, 2017, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, str. 57-60. i 482-490; Volzer Majkl: Pravedni i nepravedni ratovi Moralni argument sa istorijskim primerima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 35-84.

<sup>6</sup> Hoker Kristofer: Filozovi varvari: razmišljanja o prirodi rata od Heraklita do Hajzenberga, Zavod za udžbenike, Beograd, 2012, str.26-55

usvojeno i nije postojala obaveza njegove primene. Praktično, međunarodno ratno pravo je bilo primenjivano od strane pobjedničke strane i tumačeno je kako je pobjedničkoj strani odgovaralo.

Tako da XIX vek predstavlja veoma značajnu i važnu prekretnicu u kodifikaciji međunarodnog prava uopšte, a naročito međunarodnog ratnog prava koje do tada nije bilo međunarodno pravno kodifikovano. Od druge polovine XIX veka nastaje kodifikacija međunarodnog prava, gde države na međunarodnim konferencijama i kongresima stvaraju multilateralne međunarodne konvencije. U vremenu od 1864. do 1914. godine održano je preko sto međunarodnih konferencija i kongresa na kojima je izrađeno više od dve stotine multilateralnih međunarodnih konvencija. Ovakva do tada neviđena evolucija kodifikacije obuhvatila je međunarodno ratno pravo. Tako je u vremenu od 1856. do 1914. godine održano deset međunarodnih konferencija: Pariski kongres 1856, Ženevska konferencija 1864. godine, u Petrogradu 1868. godine, u Briselu 1874. godine, u Parizu 1884. godine, a u Hagu 1899. godine, 1904. godine i 1907. godine, u Ženevi 1906. godine i 1909. godine u Londonu. Navedene međunarodne konferencije na kojima su bile donete međunarodne konvencije su bile veoma značajne i važne, ali se smatra da su konvencije koje su kodifikovale međunarodno ratno pravo i međunarodno privatno pravo bile značajnije od drugih za dalji razvoj međunarodnog ratnog prava. Svakako da su veliki značaj imale i poznate Haške konferencije mira od 1899. i 1907. godine.<sup>7</sup>

Početak humanizacija međunarodnog ratnog prava vezana je za nastanak Međunarodnog Crvenog krsta koji je osnovan u Ženevi 1863. godine. Posle poznate bitke kod grada Solferino u Italiji koja je bila 24. juna 1859. godine i kada je na boljnom polju ostalo preko 40.000 mrtvih i ranjenih, Švajcarac Anri Dinan (Henry Dunant) je bio jedan od osnivača Međunarodnog komiteta za pomoć ranjenim vojnicima. Zasluga Međunarodnog Crvenog krsta u humanizaciji i kodifikaciji ratnog prava je ogromna, jer je njegovom zaslugom donet čitav niz međunarodnih multilateralnih konvencija koje se odnose na civilno stanovništvo, ratne zarobljenike, ranjenike, bolesnike i brodolomnike.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Šahović dr Milan: Opšta pitanja kodifikacije međunarodnog prava, Savez udruženja pravika Jugoslavije, Beograd, 1958, str. 27-48.

<sup>8</sup> Kalshofen Frits: *Constrain on the waging of war*, ICRC, Geneva, 1991, p. 8-9; Starčević Miodrag: *Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Crveni krst Srbije, Crveni krst Vojvodine*, Novi Sad, 2010, str. 7-8; Lopičić-Jančić dr Jelena: *Međunarodni crveni krst, Strani pravni život broj 2*, Beograd, 2012, str. 395-399.

Hronološki, prva međunarodna multilateralna konvencija bila je Ženevska Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864. godine. Ženevska Konvencija iz 1864. godine potpisalo je 12 od ukupno 16 država koje su bili učesnici navedene konferencije. U naredne četiri godine sve evropske države kao i većina američkih država su potpisale ovu Konvenciju.<sup>9</sup> Zatim, dolazi Petrogradska deklaracija od 1868. godine radi zabrane upotrebe određenih projektila u ratu, koju su potpisale Austrija, Belgija, Danska, Francuska, Velika Britanija, Grčka, Mađarska, Italija, Norveška, Holandija, Persija, Portugal, Pruska, Rusija, Švedska, Švajcarska i Turska.<sup>10</sup>

Navedena Petrogradska deklaracija iz 1868. godine je veoma važna i značajna u međunarodnom ratnom pravu, jer je to prva zabrana upotrebe određenih sredstava u ratu putem međunarodne multilateralne konvencije u ratnom pravu, gde se pored ostalog navodi: "Smatrajući da napredak civilizacije treba da ima za posledicu što veće ublaženje nesreća rata." Svakako najznačajnija odredba odnosi se na projekte: "Strane ugovornice obavezuju se da, u slučaju međusobnog rata, uzajamno odustanu od upotrebe svojih kopnenih i pomorskih trupa svih projektila ispod 400 grama težine koji bi bili eksplozivni ili napunjeni praskavim ili zapaljivim materijama." Tada još uvek nije postojala avijacija tako da ona nije bila predmet regulisanja. U Deklaraciji se navodi da je jedini opravdani cilj u ratu slabljenje vojnih snaga protivnika, ali da se ne sme upotrebljavati oružje koje bi nepotrebno povećalo patnje ljudi koji su izvan borbe, ili bi im smrt učinilo neizbežnom.<sup>11</sup> Načelo "Zabrana nanošenja suvišnih patnji" sadržano je u mnogim kasnijim međunarodnim zabranama drugih vrsta oružja i ono postoji u svakom savremenom pravilu ratnog prava.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zbirku sastavio Boško Petković, Zavod za općenarodnu i društvenu samozaštitu SRH, Zagreb, 1979, str. 281; Avramov dr Smilja: Izvori ratnog prava, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2, Beograd, 1958, str. 295-298.

<sup>10</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zbirku sastavio Boško Petković, Zavod za općenarodnu i društvenu samozaštitu SRH, Zagreb, 1979, str. 13; Izvori humanitarnog prava, drugo, dopunjeno i prerađeno izdanje, Fakultet političkih nauka u Beogradu, Crveni krst Srbije, Međunarodni komitet Crvenog krsta Regionalna delegacija u Beogradu, Beograd, 2007, str. 375.

<sup>11</sup> Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 155-156; Krivokapić Prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 556.

<sup>12</sup> Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 155-156.

Na Međunarodnoj mirovnoj konferenciji u Hagu 1889.godine, države učesnice rukovođene idejom izraženom u Deklaraciji iz Petrograda od 29.novembra do 10.decembra 1868.godine izjavljuju: "Sile ugovornice međusobno se podvrgavaju zabrani upotrebe takvih projektila čija je jedina namenjena da šire zagušljive ili otrovne plinove."<sup>13</sup>

Na Prvoj Haškoj konferenciji iz 1899. godine doneta je Deklaracija o zabrani zrna koja se lako šire i rasprskavaju u ljudskom telu, gde se navodi: "Sile ugovornice se međusobno podvrgavaju zabrani upotrebe takvih projektila koji se u ljudskom telu rasprskavaju ili šire, kao što su projektili sa čvrstom košuljicom koja ne obuhvata potpuno jezgro ili koji imaju zareze." Naime, ovom Deklaracijom se predviđala zabrana upotrebe dum-dum metaka, koje su tako nazvani po mestu u Indiji blizu Kalkute gde su proizvođeni i koje su Englezi koristili u svojim kolonijalnim ratovima u Aziji i Africi.<sup>14</sup> Kasnije, u Prvom svetskom ratu 1915.godine ovu zabranjenu municiju su masovno koristili Nemačka i Austro-Ugarska u ratu protiv Srbije.<sup>15</sup>

Konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu (IV Haška konvencija iz 1907.godine) kao i u Prilogu uz navedenu Konvenciju o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine u Pravilniku o zakonima i običajima rata na kopnu u članu 22. predviđeno je: "Zaraćene strane nemaju neograničeno pravo izbora sredstava borbe protiv neprijatelja." Zatim, u članu 23. predviđeno je: "Osim zabrana ustanovljenih posebnim konvencijama, naročito je zabranjeno: a) upotrebljavati otrov i otrovna sredstva."<sup>16</sup> Treba napomenuti da su Nemačka i tadašnja

---

<sup>13</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zbirku sastavio Boško Petković, Zavod za općenarodnu i društvenu samozaštitu SRH, Zagreb, 1979, str. 311.

<sup>14</sup> Lummsden Malvern: Od Dum-Dum metka do napalma Borba protiv nehumanog oružja, Globus, Zagreb, 1985, str. 28-30.

<sup>15</sup> Izvori međunarodnog humanitarnog prava, Fakultet političkih nauka u Beogradu, Crveni krst Srbije, Međunarodni komitet Crvenog krsta Regionalna delegacija u Beogradu, Beograd, 2007, str. 376; Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 156-157; Arijus van Tinhoven: Strahote rata u Srbiji Dnevnik ratnog hirurga 1915, Utopija, Beograd, 2005, str. 43-56; Stojančević Vladimir: Holandanim doktor Arijus van Tinhoven, u sanitetskoj službi Srbije 1914. i 1915. godine, Srbija 1908-1918. izabrani radovi, Srpska književna zadruka, Beograd, 1995, str. 346.; Rajs Rudolf Arčibald: Izveštaj podnesen srpskoj vladi o zverstvima koje je austrougarska vojska počinila za vreme prvog upada u Srbiju, Dečje novine Beograd-Gornji Milanovac, 1995, str. 17-36.

<sup>16</sup> Izvori međunarodnog humanitarnog prava, drugo, dopunjeno i prerađeno izdanje, Fakultet političkih nauka u Beogradu, Crveni krst Srbije, Međunarodni komitet Crvenog krsta Regionalna delegacija u Beogradu, Beograd, 2007, str. 310-311; Radojković M. dr Miloš: Rat i međunarodno pravo, Izdanje odbora za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd, 1947, str. 78-81.

Austro-ugarska flagrantno kršile ove ovu konvenciju kao i sve druge međunarodne konvencije tokom Prvog svetskog rata.

*Kratka hronologija korišćenja sredstava  
za masovno uništavanje u ratovima*

Prvi svetski rat pored karakteristike da je bio do tada najkrvaviji rat kako po ljudskim gubicima tako i po razaranjima, bio je i prvi rat u kome su se upotrebljavala sredstva za masovno uništavanje vojske i civilnog stanovništva putem gasova i bojnih otrova. Navešćemo samo neke od stotinak vrsta raznih smrtonosnih gasova i bojnih otrova koji su upotrebljavani u Prvom svetskom ratu. Nemačka je prva upotrebila bojni otrov hlor u Belgiji kada je otrovano i onesposobljeno za borbu preko 15.000 vojnika, a preko 5.000 vojnika je od posledica trovanja umrlo. Nemci su upotrebili i bojni otrov iperit u Francuskoj 1917. godine, koji je nazvan po belgijskom gradu Iperu (Ypresu) gde je prvi put upotrebljen.<sup>17</sup> Zatim, Francuzi su upotrebili smrtonosni bojni otrov fozgen.

U Prvom svetskom ratu 80% smrtnih slučajeva bilo je od trovanja fozgenom.<sup>18</sup> Bojni smrtonosni otrov difozgen prvi su upotrebili Nemci u artiljerijskoj municiji, a zatim Francuzi i Britanci u velikim količinama.<sup>19</sup> Zaštita od navedenih gasova i bojnih otrova nije bila moguća i efikasna. Jedino su postojale gas maske, ali je njihova efikasnost bila dosta ograničena i nije se mogla univerzalno primeniti na sve gasove i bojne otrove. Procenjuje se da je u Prvom svetskom ratu 1915-1918. godine od korišćenja gasova i bojnih otrova ubijeno oko 91.000 lica.<sup>20</sup>

Versajskim ugovorom o miru iz 1919. godine u članu 171. je predviđeno: "Pošto dopuštena upotreba zagušljivih gasova, otrova ili podobnog, kao i svih sličnih tečnosti, materija ili metoda, to su u Nemačkoj izrada i uvoz njihov strogo zabranjeni. To važi i za materijal posebice namenjen izradi, održavanju ili upotrebi rečenih proizvoda ili metoda." I u ostalim mirovnim ugovorima koji su zaključeni u Sen Žermenu u članu 135., Neji na Seni u članu 82., Trianonu u članu 119.

---

<sup>17</sup> Leksikon JLZ A-Ž, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, 1974, str. 401.

<sup>18</sup> Vojni leksikon, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981, str. 138.

<sup>19</sup> Vojni leksikon, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981, str. 105.

<sup>20</sup> Perazić Đ. Prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo ( drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1986, str. 161.



i u Sevru članu 176. postoje slične odredbe o zabrani upotrebe zagušljivih gasova, otrova i svih drugih tečnosti i materijala.<sup>21</sup>

Između dva svetska rata doneto je nekoliko multilateralnih međunarodnih konvencija o zabrani sredstava u borbi protiv neprijatelja. Navešćemo neke od njih.

Vašingtonska konvencija o zabrani upotrebe zagušljivih i otrovnih gasova koja je zaključena 6. februara 1922. godine između Velike Britanije, Italije, Japana, SAD i Francuske, u članu 5 predviđa: "Pošto je upotreba zagušljivih, otrovnih i drugih sličnih gasova, kao i svih tečnosti, materija ili sličnih postupaka, s pravom osuđena opštim mišljenjem civilizovanog sveta, i pošto je zabrana ove upotrebe izražena u ugovorima u kojima su većina civilizovanih država ugovorne strane. Sile potpisnice, u nameri da učine da se ova zabrana uopšte prizna kao sastavni deo međunarodnog prava koja se podjednako nameće savesti i praksi nacija, izjavljuju da priznaju ovu zabranu, da se smatraju u međusobnoj obavezi u tom pogledu i pozivaju sve ostale civilizovane nacije da pristupe ovom Sporazumu."<sup>22</sup> Iako je navedena Vašingtonska konvencija iz 1922. godine bila svrsishodna, ona nikada nije stupila na snagu.<sup>23</sup> Koliko nam je poznato u literaturi se ne navode koji su razlozi o njenom nestupanju na snagu.

Posle završetka Prvog svetskog rata, na mirovnoj konferenciju u Versaju 28. aprila 1919. godine usvojen je Pakt Društva naroda, koji je unet i u mirovne ugovore sa Nemačkom, Austrijom, Mađarskom i Bugarskom i stupio je na snagu 1. januara 1920. godine.<sup>24</sup> Ovim Paktom osuđeni su agresorski ratovi i ograničio je pravo država na vođenje ratova, ali ga nije sasvim ukinuo. Praktično, ovaj Pakt se u tadašnjoj praksi pokazao kao i čitavo Društvo naroda nemoćan da spreči i ograniči ratove i oružane sukobe. Izbijanjem Drugog svetskog rata 1. septembra 1939. godine izgubio je praktičnu važnost, a formalno je prestao da važi tek 1946. godine.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, vanredni broj (119.a), godina II, 1920. od 2. juna, Beograd, 1920, str. 64; Perazić Đ. Prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (druugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 162.

<sup>22</sup> Radojković M. dr Miloš: Rat i međunarodno pravo, Izdanje Odbora za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd, 1947, str. 80.

<sup>23</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 678.

<sup>24</sup> Ilić Mihailo: Opšta razmatranja o Društvu naroda i njegovom pravu-doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996.

<sup>25</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu, Institut za uporedno pravo, Poslovni i pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 60.



U vremenskom periodu između dva svetska rata vrlo značajan je bio Brijan Kelogov pakt iz 1928. godine, koji je prvi put u istoriji formulisao stavljanje rata van zakona. Ipak, Pakt nije u potpunosti zabranjivao vođenje rata, predviđajući kao zakonito sredstvo u zakonitoj samoodbrani, zatim kao mera kolektivne međunarodne akcije, dozvoljenost između potpisnica Pakta i nepotpisnica, kao i protiv država Potpisnica koje su prekršile obaveze iz Pakta. Pošto se Društvo naroda pokazalo nemoćnim u više slučajeva gde su pojedine države potpisnice navedenog Pakta isti prekršile i to Italija 1935. godine, Japan 1937. godine i Nemačka 1939. godine, primena Pakta praktično nije bila moguća. U Nirnberškoj presudi od 1. oktobra 1946. godine utvrđeno je da je Brijan-Kelogov pakt bio prekršen od svih sila Osovine kao agresorski rat.<sup>26</sup>

Veoma važan i značajan je Ženevski protokol o zabrani upotrebe u ratu zagušljivih, otrovnih ili sličnih gasova i bakterioloških sredstava koji je potpisan u Ženevi 17. jula 1925. godine, a stupio je na snagu 8. februara 1928. godine. Navedeni Ženevski protokol iz 1925. godine donet je na osnovu katastrofalnih strahota u kojima je stradalo na stotine hiljada ljudi, a koje su u Prvom svetskom ratu prčinili gasovi, hemijska oružja i bojni otrovi. Prilika je da navedemo tekst Ženevskog protokola iz 1925. godine, jer je u našoj literaturi, koliko nam je poznato, naveden samo na jednom mestu:

“Punomoćnici dole potpisani u ime svojih respektivnih vlada: Smatrajući da je upotreba u ratu zagušljivih, otrovnih i drugih sličnih gasova, kao i svih tečnosti, materijala ili sličnih postupaka, s pravom osuđena opštim mišljenjem svega civilizovanog sveta. Smatrajući da je zabrana ove upotrebe ušla u ugovore kojima je prišla većina svetskih sila. U nameri da učine da se, uopšte, prizna kao sastavni deo međunarodnog prava ova zabrana, koja se takođe nameće savesti i praksi naroda. Izjavljuju: Da visoke strane ugovornice, ukoliko već nisu prišle ugovorima koji zabranjuju ovu upotrebu, priznaju ovu zabranu, primaju da prošire ovu zabranu na upotrebu bakterioloških ratnih sredstava i pristaju da se smatraju kao vezane između sebe odredbama ove deklaracije. Visoke strane ugovornice učiniće sve svoje napore da privole i ostale države da pristupe ovom Protokolu. Ovaj će Protokol stupiti na snagu za svaku silu potpisnicu od dana deponovanja njezine

<sup>26</sup> Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1986, str. 44-45.

ratifikacije, i, od tog trenutka, ova sila biće vezana prema ostalim silama, koje su već izvršile deponovanje svojih ratifikacija.”<sup>27</sup>

Razmatrajući navedeni Ženevski protokol iz 1925.godine proizilazi da se Protokolom potvrđuje postojeća zabrana svih bojnih otrova, gasova, tečnosti, materijala i sličnih postupaka, jer su postojeći ugovori na snazi. Zatim, u Protokolu se ne vrše pojedinačna navođenja koji su otrovi u pitanju, nego se samo navodi da je u pitanju gas ili drugi materijali i tečnosti. Isto tako, navodi se i zabrana bakterioloških ratnih sredstava što predstavlja jednu novinu u zabrani.<sup>28</sup>

Razume se da od ovog prvog Protokola u istoriji zabrane bojnih otrova nije se mogla očekivati potpuna regulacija koja se odnosi na zabranu proizvodnje bojnih otrova, čuvanje, kao i trgovinu hemijskog i biološkog oružja i sredstava. Ipak, navedeni Protokol je mnogo godina kasnije dopunjen Konvencijom o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i toksičkog oružja i o njihovom uništenju iz 1972.godine i Konvencijom o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništenju iz 1993. godine.<sup>29</sup>

#### *Drugi svetski rat 1939–1945. godine i upotreba sredstava za masovno uništavanje*

U Drugom svetskom ratu od 1939-1945.godine nisu upotrebljavani bojni otrovi iako su ga Nemačka i njeni saveznici posedovali. Naime, razlog za nekorisćenje gasova i bojnih otrova od strane Nemačke bio je taj što su procenili da će Saveznici uzvratiti retorzijom. Očigledno su uvideli da nemačka bombardovanja iz vazduha Engleske nisu se pokazala efikasna i da su Englezi, a kasnije i Amerikanci bombardovali nemačke gradove kao i industrijska postrojenja i naneli ogromne višestruko veće štete i gubitke.

---

<sup>27</sup> Radojković M. dr Miloš: Rat i međunarodno pravo, Izdanje Odbora za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd, 1947, str. 80-81.

<sup>28</sup> Perazić Đ. prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 163-164; Lumsden Malvern: Od Dum-Dum metka do napalma Borba protiv nehumanog oružja, Globus, Zagreb, 1985, str. 100-103.

<sup>29</sup> Krivokapić prof. Dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 1189; Izvori međunarodnog humanitarnog prava, Drugo, dopunjeno i prerađeno izdanje, Fakultet političkih nauka Beograd, Crveni krst Srbije, Međunarodni komitet Crvenog krsta Regionalna delegacija u Beogradu, Beograd, 2007, str. 380. i 423.

Zatim, u Prvom svetskom ratu vođena je uglavnom rovovska borba gde su postojale veće ili manje granične linije koje se nisu mnogo pomerale pa je bilo moguće upotrebiti gasove, hemijska i druga bakteriološka sredstva i bojne otrove ograničene na rovove i manju okolinu.<sup>30</sup> Međutim, u Drugom svetskom ratu rovovska borba je bila ograničena i mala, i granična linija fronta i pozadine se veoma brzo pomerala s jedne na drugu stranu, pa su se front i pozadina često menjali kao i razdaljina koja je često bila veoma mala, tako da upotreba otrovnih gasova i bojnih otrova nije bilo moguće koristiti jer bi stradali i sopstveni vojnici i civilno stanovništvo.

U Drugom svetskom ratu kao i u Prvom svetskom ratu postojali su brojni koncentracioni logori. U okupiranim državama Evrope nacistička Nemačka i njeni saveznici imali su preko hiljadu koncentracionih logora. To su praktično bili, kako su ih zvali “fabrike smrti,” pošto su na jedan zaista fabrički način masovno ubijali sve logoraše.<sup>31</sup> Navešćemo samo nekoliko tih koncentracionih logora. Najpoznatiji i najveći koncentracioni logor bio je na teritoriji okupirane Poljske, Aušvic, udaljen 50 kilometara od Krakova, gde je na azne načine ubijeno preko milion i trista hiljada lica.<sup>32</sup>

Ubijanja su vršena putem gasnih komora, gde su logoraši odmah po dolasku u logor uvođeni u gasne komore pod izgovorom radi dezinfekcije. Tada su u te komore puštani otrovni smrtonosni gas “Ciklon B” koji je vrlo brzo ubijao. Na ovaj način ubijeno je najviše logoraša. Zatim, u logoru su logoraši masovno umirali od izgladnjivanja, smrzavanja, prinudnog robovskog rada, epidemija raznih bolesti, streljanja, mučenja i medicinskih eksperimenata. Procena je da je u svim koncentracionim logorima bilo preko 12 miliona ljudi raznih nacionalnosti: Poljaka, Jevreja, Rusa, Jugoslovena, Holandana, Francuza, Belgijanaca, Grka, Roma,

<sup>30</sup> Procena da je u Prvom svetskom ratu 1914-1918. godine bilo prokopano oko 40.000 kilometara rovova na svim zaraćenim stranama. U tim rovovima uslovi života bili su nemogući, počev od higijene, zaraznih epidemija, blata, vremenskih nepogoda, a povrh svega relativno slaba zaštita od protivničke artiljerije, kao i od gasova i bojnih otrova.

<sup>31</sup> Detaljnije videti u: Eugen Kogon: Država SS-a Sistem njemačkih koncentracionih logora, Globus, Zagreb, 1982; Fridlender Sol: Godine istrebljenja: Nacistička Nemačka i Jevreji 1939-1945, Zavod za udžbenike, Beograd, 2013.

<sup>32</sup> Rudolf Hes jedan od komandanata logora Aušvic na suđenju u Krakovu je izjavio da je u Aušvicu ubijeno preko dva miliona i petsto hiljada logoraša, što je moguće obzirom da je to bila neprekidna i efikasna fabrika smrti putem gasnih komora i krematorijuma koji su radili bez prestanka i u kojoj nije vođena evidencija o likvidacijama logoraša.

Engleza, Austrijanaca, Rumuna, Španaca, Luksemburžana, manji broj Nemaca, svih uzrasta.<sup>33</sup>

Za vreme Drugog svetskog rata nacistička Nemačka kao i njihovi pomagači u Jugoslaviji su formirali 71 koncentracioni logor kao i 329 istražnih i drugih zatvora, u kojima su vršili masovna ubistva civilnog stanovništva, ranjenika, ratnih zarobljenika i bolesnika. Samo u tzv. Nezavisnoj Državi Hrvatskoj bilo je 24 koncentracionih logora smrti.<sup>34</sup> Najveći koncentracioni logor u okupiranoj Jugoslaviji bio je Jasenovac u koji su bili zatvoreni Srbi, Jevreji, Romi, komunisti, partizani kao i manji broj hrvatskih antifašista. Logor Jasenovac bio je čitav sistem logora, koji se nalazio u Hrvatskoj na prostoru od 210 kvadratnih kilometara. Broj žrtava u Jasenovcu nije utvrđen, ali realne procene su da je ubijeno između 700.000 i jedan milion lica.<sup>35</sup> Za razliku od nacističkih koncentracionih logora gde su logoraše ubijali vatrenim oružjem ili u gasnim komorama, u Jasenovcu ubijanja su vršena pored streljanja najviše klanjem noževima, zatim udarcima maljevima, sekirama i čekićima po glavi, motkama, gvozdanim polugama, vešanjima, davljenjima, spaljivanjima i drugim metodama, na najmonstruozniji način. U Jasenovac su dovođena samo lica sa teritorije tadašnje Nezavisne Države Hrvatske, koja je obuhvatala današnju teritoriju Hrvatske, Bosnu i Hercegovinu i Srem,<sup>36</sup> dok su u koncentracioni logor Aušvic dovođena lica iz čitave okupirane Evrope.

---

<sup>33</sup> Detaljnije videti u: Dr Tomislav Žugić, Miodrag Milić: Jugosloveni u koncentracionom logoru Aušvic 1941-1945, Institut za savremenu istoriju, Beograd, 1989; Živković Nikola: Ratna šteta koju je Nemačka učinila Jugoslaviji u drugom svetskom ratu, Institut za savremenu istoriju, Beograd, 1975.

<sup>34</sup> Peršen Mirko: Ustaški logori, Zagreb, 1990, Globus, str. 40-45; Jelić-Butić Dr Fikreta: Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941-1945, Drugo izdanje, Sveučilišna naklada Liber-Zagreb, Školska knjiga Zagreb, Zagreb, 1978, str. 185-187.

<sup>35</sup> Detaljnije videti u: Miletić Antun: Koncentracioni logor Jasenovac 1941-1945.: Dokumenta knjiga I, II, III, Beograd, 1986-1987; Bulajić dr Milan: Jasenovac, Ustaški logori smrti, "Srpski mit"? Hrvatski ustaški logori genocida nad Srbima, Jevrejima i Ciganima, Muzej žrtava genocida, Stručna knjiga; Beograd, 1999, Miletić Antun: Ustaška fabrika smrti 1941-1945, Beograd, Vojnoizdavački i novinski centar, 1988; Horstenaufon Glez: Između Hitlera i Pavelića (memoari kontraverznog generala), Drugo izdanje, Izdavačko preduzeće Pravoslavna reč Novi Sad, More Beograd, Novi Sad, Beograd, 2013; Mirković Jovan: Objavljeni izvori i literatura o Jasenovačkim logorima, GrafoMark Laktaši, Besjeda Banja Luka, Muzej žrtava genocida Beograd.Banja Luka-Beograd, 2000,

<sup>36</sup> Miliša Đorđe: U mučilištu-paklu Jasenovac, Zagreb, MCMXLV; Rifer Milko: Grad mrtvih Jasenovac 1943, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1946; Nikolić Nikola: Jasenovački logor, Zagreb, 1948; Jelić-Butić dr Fikreta: Ustaše i nezavisna Država Hrvatska 1941-1945, Drugo izdanje, Sveučilišna naklada Liber-Zagreb, Školska knjiga-Zagreb, Zagreb, 1978, str. 158-187; Psunjski: Hrvati u svetlosti istoriske istine, 1944, Reprint izdanje, Beograd, str. 143-198.; Colić Mladen: Takozvana Ne-

Primer masovnog ubijanja ljudi bio je i nemački koncentracioni logor pod nazivom Jevrejski logor Zemun (Semlin Juden lager) na Starom Sajmištu. U njemu je od 8. decembra 1941. do maja 1942. godine ubijeno preko 8.000 Jevreja, uključujući žene, decu i nemoćna lica. Ubijanje se vršilo najviše putem specijalno napravljenog kamiona zvanog “dušegupka” gde je na prevaru ubacivano po stotina lica, a zatim u toku vožnje puštan otrovni gas ugljen monoksid koji je ubijao sva lica u tovarnom prostoru kamiona. Ubijena lica su odvožena u Jajince gde su bacana u masovne grobnice. U ovom logoru je ubijeno preko 32.000 Srba, Roma, zarobljenih partizana i drugih lica.<sup>37</sup>

Pored navedenih koncentracionih logora, u Jugoslaviji su vojska i organi bezbednosti nacističke Nemačke izvršili masovne ratne zločine nad civilnim stanovništvom. Nemoguće je navesti u ovom radu sve te masovne i monstrozne ratne zločine, ali ćemo navesti samo neke. Prvi masovni ratni zločin koji je nemačka vojska izvršila u Jugoslaviji bio je od 4–19. oktobra 1941. godine u Mačvi i Podrinju u selima: Dragincu, Jarebici, Velikom selu, Cikotama, Čokešini, Novom selu, Tekerišu, Filipovićima, Gornjoj i Donjoj Badanji i Donjim Nedeljkovićima. Ovaj masovni ratni zločin je predhodio masovnim streljanjima u Kruševcu, Kraljevu, Kragujevcu, Pančevu, Beogradu, Šapcu i drugim mestima u Srbiji. Tada je u Dragincu i drugim selima ubijeno 3000 civila uključujući i decu, žene, starce i nemoćna lica. Čitava sela su popaljena i sva stoka ubijena. Često su pojedini uglavnom zapadni autori za sve masovne i monstrozne ratne zločine nad civilnim stanovništvom optuživali “SS nacističke jedinice”.

Međutim, i Vermaht je vršio najveći broj tih ratnih zločina u čitavoj okupiranoj Evropi uključujući u okupiranu Jugoslaviju.<sup>38</sup> Ovo je bila odmazda da se uguši narodni partizanski ustanak protiv okupatora. Ovaj masovni i monstrozni zločin u Dragincu i drugim okolnim selima u našoj literaturi nije dobio odgovarajuće mesto iz nama nepoznatih razloga. Samo u 1941. godini nemački okupator je streljao preko 10.000 civila kao taoce, a u toku čitavog rata preko 70.000 talaca.

Drugi svetski rat, je bio do sada najkrvaviji kako po ljudskim žrtvama tako i po razaranjima i ostaće zapamćen po do sada najvećim upotrebljenim sredstvi-

---

zavisna Država Hrvatska 1941, Delta-Pres, Beograd, 1973, str. 343-397; Đurić dr Rajko, Miletić mr Antun: Istorija holokausta Roma, Politika AD, Beograd, 2008, str. 203-423.

<sup>37</sup> Koljanin Milan: Nemački logor na Beogradskom sajmištu 1941-1944, Institut na savremenu istoriju, Beograd, 1992, str.33-77; Niman Beata: Moj dobri otac: Život sa njegovom prošlošću Biografija moga oca zločinca, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str.25-43.

<sup>38</sup> Šepard H. Ben: Teror na Balkanu Nemačka vojska i partizanski način ratovanja, Magelan Pres, Beograd, 2014, str. 145-155.

ma za masovno uništavanje vojske i civilnog stanovništva. Najveća upotreba sredstava za masovno uništavanje vojske i civilnog stanovništva bilo je bacanje dve atomske bombe od strane SAD na japanske gradove Hirošimu 6. avgusta 1945. godine i na Nagasaki 10. avgusta 1945. godine. Atomska bomba koja je bačena iz aviona na Hirošimu momentalno je spržila čitav grad i pobila preko 140.000 stanovnika. Druga atomska bomba bačena takođe iz aviona na Nagasaki pobila je preko 70.000 stanovnika i uništila u potpunosti ovaj grad.

U oba slučaja navedene atomske bombe su uništile stambene zgrade, škole, javne zgrade, bolnice i čitavu infrastrukturu. Ova dva atomska napada su bila do sada najveće masovno uništavanje civilnog stanovništva i gradova u istoriji ratova. U Hirošimi kao i u Nagasakiju nisu postojale vojne baze da bi opravdale navedena bombardovanja. Procenjuje se da je u gradovima Hirošima i Nagasaki sa okolinom do 1950.godine umrlo preko 350.000 lica od posledica radijacije. Posledice radijacije se i danas osećaju kod stanovnika navedenih gradova i okoline.<sup>39</sup> Često se kasnije postavljalo pitanje zašto su bačene ove dve atomske bombe na Hirošimu i Nagasaki, jer je Japan već bio poražen i pred kapitulacijom.

Naime, pojedini autori smatraju da su SAD na ovaj način hteli da pokažu pre svega Sovjetskom Savezu kao i ostalom svetu sa kolikom vojnom i do tada neviđenom snagom atomskog oružja raspolažu. Do tada, SAD su bile jedina država koja je raspolagala sa atomskim oružjem.<sup>40</sup>

Činjenica da bacanje dve atomske bombe na Hirošimu i Nagasaki ne samo što predstavlja do sada najveće masovno uništavanje civilnog stanovništva u ratu, nego predstavlja i ratni zločin protiv civilnog stanovništva.

Poznat je i slučaj Shimoda (Shimoda v. Japan) iz 1963.godine, gde je grupa oštećenih lica koji su preživeli bacanje atomske bombe na Hirošimu i Nagasaki pred sudom u Tokiju tužili američkog predsednika Hari Trumana za komandnu odgovornost i naknadu štete. Sud u Tokiju je utvrdio da je bacanje atomske bombe na Nagasaki i Hirošimu bilo nezakonito, ali da predsednik Truman ne može biti odgovoran (iako je izdao naređenje) jer, u međunarodnom pravu šteta ne može da se potražuje protiv predsednika Trumana, nego je princip da je država odgovorna za radnje lica koji rade u okviru države i to lice ne može da odgovara kao pojedinac.<sup>41</sup> Sasvim izvesno da je i u ovom slučaju odbačena tužba vezana

---

<sup>39</sup> Skoven Piter: Crna knjiga o Americi, Narodna knjiga, Alfa, Beograd, 2003, str. 60-61.

<sup>40</sup> Skoven Piter: Crna knjiga o Americi, Narodna knjiga, Alfa, Beograd, 2003, str. 55-58.

<sup>41</sup> Green L.C.: War Crimes, Crimes against Humanity, and Command Responsibility, Naval War College Review, Vol. L, No. 2, Spring 1997., p.p.1688-1702

za komandnu odgovornost, iako je konstatovana činjenica da je predsednik Truman naredio bacanje dve atomske bombe.

*Savremena situacija sa upotrebom sredstava  
za masovno uništavanje u ratu*

Sa bacanjem ove dve atomske bombe na Hirošimu i Nagasaki avgusta 1945. godine nastaje nova faza i trci u naoružanju. Naime, i druge države, pre svega velike sile, Sovjetski Savez, Velika Britanija, Francuska i Kina su nastojale da proizvedu sopstvene atomske bombe. Prvi je posle SAD atomsku bombu napravio Sovjetski Savez 1949. godine, zatim Velika Britanija 1952. godine, Francuska 1960. godine, Kina 1964. godine, Indija 1974. godine, Izrael 1979. godine, Južna Afrika 1979. godine, Pakistan 1998. godine i Severna Koreja 2015. godine. Navedene države poseduju relativno veliki broj atomskih bojevih glava (po nekoliko stotina ili hiljada) koje se mogu lansirati na razne načine: iz aviona, iz podmornica i brodova, iz raketnih lansera na kopnu, iz artiljerijskih oruđa, iz satelita. Do pedesetih godina XX veka proizvodnja atomskih bombi kao i drugog nuklearnog oružja predstavljalo je najveću državnu tajnu koju su imali jedino SAD. Međutim, usled napretka nauke i tehnologije već šezdesetih godina XX veka to više nije bila tajna, nego je bila dostupna i široj javnosti tako da je i veći broj država je proizvodio nuklearno oružje. Pored navedenih deset država koje poseduju nuklearno oružje, verovatno da postoji još i neka država koja poseduje nuklearno oružje ali ga ne obelodanjuje. Danas je čak pojednostavljena proizvodnja tih malih taktičkih atomskih bombi. Inače, napredovala je i tehnologija nuklearnog naoružanja, tako da danas postoje mnogo jače nuklearne bombe od onih koje su bačene na Hirošimu i Nagasaki a to su tzv. hidrogenske, kobaltne i druge bombe koje su jače preko hiljadu puta. U međunarodnim odnosima pojavila se, od strane pojedinih država kao i od pojedinih pisaca, podela nuklearnog oružja na strategijsko i taktičko nuklearno oružje, s tim da taktička atomska bomba ima manje i ograničeno dejstvo na određeni cilj. Sa međunarodno pravnog aspekta ovakva podela nema nikakvog značaja, jer nuklearno oružje je zabranjeno za upotrebu i mora biti zabranjeno i u malim količinama.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Perazić Gavro: Međunarodnopravni vid podele nuklearnog oružanja na strategijsko i taktičko nuklearno oružje, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1, Beograd, 1960, str. 112-117; Šahović Milan: Međunarodnopravni vid zabrane atomskog oružja, Međunarodni problemi broj 1, Beograd, 1955, str. 61-68.



Atomska bomba se pojavila kao veliki problem jer je bilo u pitanju oružje za masovno uništavanje. Zato je već na prvom zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 28. januara 1946.godine usvojena rezolucija na osnovu koje je formirana Komisija za atomsku energiju, koja će se baviti problematikom atomskog oružja. Postojao je i Baruhov plan, koji je bio predstavnik SAD<sup>43</sup> za regulisanje ove problematike, ali ni on nije sproveden u delo jer je već tada počeo "hladni rat" između SAD i Sovjetskog Saveza koji sa manjim ili većim prekidima traje do današnjih dana.<sup>44</sup> Praktično, do danas nije doneta ni jedna multilateralna konvencija koja bi zabranila upotrebu atomskog ili bilo kojeg drugog nuklearnog oružja, jer sve se manje više svodilo oko opšteg međunarodnog sporazuma za razoružanje koji nije uspeo.<sup>45</sup>

Završetkom Drugog svetskog rata 1945.godine nisu prestali ratovi i oružani sukobi. Ovde ćemo navesti samo nekoliko ratova koji su karakteristični po upotrebi sredstava za masovno uništavanje vojske, civilnog stanovništva i infrastrukture i privrede. Navodimo kolonijalni rat u Vijetnamu koji je počeo 1964. i trajao sve do 1973. godine. SAD i njihovi saveznici Australija, Novi Zeland, Južna Koreja, Filipini i Tajland izvršili agresiju na Vijetnam. Tada su agresori putem bezobzirnog bombardovanja gradova, naseljenih mesta, sela i ostale infrastrukture upotrebljavali specijalne napalm i fosforne bombe, bojne otrove i nedozvoljenu municiju kada je ubijeno i ranjeno nekoliko miliona ljudi.

Za vreme rata u Indokini i Vijetnamu bačeno je preko 7 miliona tona napalm i fosfornih bombi na gradove, naseljena mesta, sela, infrastrukturu kao i na šume, polja i poljoprivredna dobra što je neuporedivo više nego za vreme čitavog Drugog svetskog rata. Ove bombe su apsorbivale kiseonik u prečniku od 250 metara ubijajući sva živa bića i tom krugu. Od navedenih bombi gde su pale zemlja je potpuno bila spržena i još je uvek izrovano na stotine hiljada kratera i još je uvek kontaminirana. Pored navedenog, korišćeni su zabranjeni bojni otrovi, za-

---

<sup>43</sup> Bernard Baruch (1870-1965.) američki finansijski stručnjak, savetnik američkih predsednika Vilsona, F.D.Ruzvelta, Trumana i prijatelj Čerčila. Postao je poznat po svom projektu za višestrani međunarodni ugovor za regulisanje atomskog oružja. The Hutchinson Paperback Dicionary of Biography, Arrow Books, London, 1990, p.41.

<sup>44</sup> Avramov dr Smilja: Međunarodna kontrola atomske energije, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1, Beograd, 1960, str. 9-16; Babović dr Bogdan: Atomsko oružje i problem razoružanja, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1, Beograd, 1960, str. 80-86.

<sup>45</sup> Bartoš dr Milan: Pravni aspekt razoružanja, Međunarodni problemi broj 1, Beograd, 1955, str. 52-58; Jančićević Dušan: Prikaz dosadašnjih predloga za razoružanje i kontrolu razoružanja, Međunarodni problemi broj 1, Beograd, 1955, str. 80-94.



tim hemijska i biološka sredstva koja su uništavala letinu, drveće, lišće i šume. Zatim, upotrebljavana je municija za američke lake automatske puške M-16 i AR-15 čiji kuršumi su gori od zabranjenih dum-dum metaka, jer nanose smrtne posledice ili veoma teške i bolne rane koje se ne mogu zalečiti. Nesumnjivo da je ovo posle bacanja atomskih bombi na Hirošimu i Nagasaki najveće masovno uništavanje ljudi i infrastrukture posle Drugog svetskog rata. U ovom ratu bilo je poginulih i ranjenih oko četiri miliona lica.<sup>46</sup>

Za izvršenu agresiju na Vijetnam kao i za masovne ratne zločine niko nije krivično odgovarao. Jedini je poznati Raselov sud 1967.godine sproveo suđenje u Stokholmu i Kopenhagenu, ali to je bio samo neobavezni društveni sud koji nije imao mandat i snagu da izriče i krivične sankcije. Ipak, i ovo suđenje Raselovog suda je imalo političkog značaja, podrške i odjeka u celom svetu.<sup>47</sup>

Posle bacanja atomskih bombi na Hirošimu i Nagasaki 1946. godine postavilo se pitanje njegove dozvoljenosti i međunarodne legalnosti. Ovim pitanjem se bavila Komisija za atomsku enegriju u Organizaciji Ujedinjenih nacija, a kasnije u Komisiji za razoružanje. Činjenica da do danas nije postignut međunarodni sporazum o zabrani upotreba i proizvodnji nuklearnog oružja. Zaključeni su sporazumi između SAD i SSSR pod nazivom SALT I. i SALT II. o ograničavanju kopnenih strateških sistema, kao i novi sporazumi pod nazivom START I., START II. i START III. ali ni oni ne zabranjuju upotrebu nuklearnog oružja.<sup>48</sup>

Pored navedenih opasnosti od upotrebe nuklearnog oružja postoji još jedna latentna opasnost, a to je vršenje eksperimentalnih i probnih eksplozija nuklearnog oružja. Praktično, ovim eksperimentalnim eksplozijama nuklearnog oružja nastaje velika opasnost od razarajućih eksplozija, kao i od radioaktivnog zračenja koja se ne mogu kontrolisati niti za njih postoji odbrana. Iako je ova problematika razmatrana u Organizaciji Ujedinjenih nacija još od 1955.godine, do sada nije

<sup>46</sup> Lumsden Malvern: Od dum-dum metka do napalma Borba protiv nehumanog oružja, Globus, Zagreb, 1985, str. 78-86; Vuković Predrag: Oružane intervencije, NIN-NIP Politika, Beograd, 1979, str. 152-164; Obrenović mr Milan: Zločini optužuju-zbivanja u Vijetnamu i oko njega, Radnički univerzitet, Novi Sad, 1973.

<sup>47</sup> Detaljnije videti u: Raselov sud. Suđenje u Stokholmu i završno suđenje u Kopenhagenu, Prosveta, Beograd, 1969; Sartr Žan Pol: Inaguracioni govor pred Raselovim sudom za ratne zločine u Vijetnamu (1966.), Zavod za udžbenike, Beograd, 2011, Genocid, ratni zločini i Zapad: Istorija i saučesništvo, Priredio Adam Džons, str. 240-244.

<sup>48</sup> Krivokapić prof. dr Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 950. i 1004-1005

doneta neka međunarodna konvencija o zabrani eksplozija nuklearnog oružja i u eksperimentalne svrhe.

Prva probna eksplozija atomske bombe je bila u SAD, u državi Novi Meksiko, u mesto Alamogordo 16. jula 1945. godine, pre nego što je 6. avgusta 1945. godine bačena na Hirošimu. Posledice ove probne eksplozije su se odrazile na zdravlje ljudi koji su bili u blizini eksplozije, jer nije postojalo iskustvo sa nuklearnim zračenjem posle eksplozije atomske bombe zaštitom ljudi od radijacije.<sup>49</sup> Svedoci smo da su SAD, Francuska, Engleska, Sovjetski Savez, Kina, Indija, Pakistan u proteklim decenijama su izvršile probe putem eksplozija nuklearnog oružja. Severna Koreja je nedavno izvršila nekoliko probnih eksplozija nuklearnog oružja.

### *Osiromašeni uranijum*

Agresijom koju su devetnaest država NATO-a izvršile na Saveznu Republiku Jugoslaviju 1999.godine bez saglasnosti Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija upotrebljeno je nekoliko zabranjenih municija na vojsku i civilno stanovništvo Savezne Republike Jugoslavije. U pitanju je municija-bombe i rakete sa osiromašenim uranijumom kao i kasetne bombe.<sup>50</sup>

Municija sa osiromašenim uranijumom je proizvod koji nastaje preradom rude uranijuma. Osiromašeni uranijum spada u grupu teških metala, radioaktivan je i izuzetno toksičan. Jaka toksičnost deluje na sve žive organizme kao i na životnu okolinu, tako da su posledice fatalne i dugotrajne. Osiromašeni uranijum je po svom sastavu gušći od olova i zapaljiv pri udaru i vrlo efikasan u probijanju metalnih oklopa. Pokazao se kao uspešan u probanju oklopa na tenkovima.<sup>51</sup> Municija sa osiromašenim uranijumom korišćena je u ratovima u Persijskom zalivu 1990-1991. i 2003, u Bosni i Hercegovini 1994-1995. godine, Avganistanu 2001-

---

<sup>49</sup> Babović dr Bogdan: Atomsko oružje i problem razoružanja, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1, Beograd, 1960, str. 81.

<sup>50</sup> Krivokapić dr Boris: Agresija NATO-a na Jugoslaviju-sila iznad prava, Čigoja štampa, Beograd, 1999, 94-104; NATO aggression against Yugoslavia: Testimony of dr Ramsey Clark U.S. Attorney General in the Government of J.F.Kennedy and L.B.Johnson, Belgrade, april, 1999, University of Belgrade, Center for Strategic Studies;Jovanović Vladislav: NATO aggression against the Federal Republic of Yugoslavia and depleted uranium, Službeni glasnik, Crime in war genocide in peace The consequences of NATO bombing of Serbia in 1999, Beograd, 2012, p. P. 8-18

<sup>51</sup> Đurić Gordana, Popović Dragana:Procena štete životnoj sredini zbog upotrebe municije sa osiromašenim uranijumom, Beograd. 2012., Ekologija i rat Izveštaj nezavisnih eksperata o NATO bombardovanju SRJ, Priredio Vukašin Pavlović, Službeni glasnik, Zavod za udžbenike, str. 117.-123.

2003. godine kao i u agresiji NATO-a na Saveznu Republiku Jugoslaviju 1999. godine.<sup>52</sup>

Municija sa osiromašenim uranijumom korišćena je od strane SAD i njenih saveznika u "Zalivskom ratu" 1991. godine u Iraku i Kuvajtu, kada je ispaljeno oko 944.000 zrna sa osiromašenim uranijumom. U ovom ratu ubijeno je preko 1.500.000 ljudi uključujući i 750.000 dece.<sup>53</sup> Kasnije, po završetku tog rata, veći broj američkih i drugih stranih vojnika su oboleli od raznih malignih bolesti koje su izazvali municija sa osiromašenim uranijumom. Sredstva javnog informisanja u SAD i drugim zapadnim državama su te bolesti nazivale "sindromom zalivskog rata" prikrivajući pravu posledicu radioaktivnog zračenja osiromašenog uranijuma.

Pojedine velike sile se često mešaju u unutrašnje poslove drugih država raznim pretnjama kao i oružanim intervencijama što je protivno međunarodnom pravu. Svakako najpoznatiji primer je kada su SAD i Velika Britanija 2003. godine napale Irak navodeći da je razlog što je Vlada Iraka navodno proizvodila i skladištila oružje za masovno uništenje. Kada se utvrdilo da u Iraku nema oružja za masovno uništenje, dato je obrazloženje da je glavni argument bio da se sruši diktatorski režim Sadama Huseina koji je navodno terorisao sopstveni narod.<sup>54</sup>

U agresiji NATO-a na Saveznu Republiku Jugoslaviju 1999. godine bačeno je preko 15 tona municije sa osiromašenim uranijumom na 90 lokacija. Prema podacima Vojske Jugoslavije u toku ove agresije je ispaljeno oko 50.000 zrna sa osiromašenim uranijumom. Na teritoriji Republike Srbije na 4 lokacije, u Republici Crnoj Gori na jednoj lokaciji i na Kosovu i Metohiji na 85 lokacija. Na teritoriji Bosne je u vremenu od 1994-1995. godine ispaljeno oko 10.000 zrna sa osiromašenim uranijumom.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Žunić Prof. dr Snežana: Rani i odloženi zdravstveni efekti osiromašenog uranijuma, Medija centar "Odbrana", Beograd, 2016, str. 17-18.

<sup>53</sup> Nadić prof. dr Darko: Stanje čovekove životne sredine u Jugoslaviji (socijalno-ekološki pristup), Agresija NATO na Jugoslaviju sedam godina posle, Beogradski forum za svet ravnopravnih, Beograd, 2006, str. 181; Klark Remzi: Krivična tužbe protiv Sjedinjenih Država i drugih za zločine protiv žitelja Iraka (1996.) i Pismo Savetu bezbednosti (2001.), Beograd, 2011, Genocid, ratni zločini i Zapad Istorija i saučesništvo, Priredio Adam Džons, Zavod za udžbenike, str. 355-363.

<sup>54</sup> Račić Obrad: Međunarodno pravo: stvarnost i iluzije, Službeni Glasnik, Beograd, 2015, str. 342-343.

<sup>55</sup> Petković Slobodan: Upotreba zabranjenog oružja u agresiji NATO snaga na SR Jugoslaviju, Agresija NATO uzroci, karakter i posledice krize na Kosovu i Metohiji, Zbornik radova, Klub generala i admirala Vojske Srbije, Beoknjiga, Beograd, 2008, str. 64-68. Petković Slobodan: Nuklear aggression as an aspect of NATO military aggression against the FR of Yugoslavia War crime against

SAD koji su bili najviše ispaljivali zrna sa osiromašenim uranijumom u agresiji na Saveznu Republiku Jugoslaviju 1999.godine sada nastoje da dokažu da osiromašeni uranijum nije štetan po zdravlje ljudi. U tome im pod pritiskom pomažu i neke međunarodne nevladine organizacije koje su finansirane iz inostranstva, pojedini publicisti kao i pojedini lekari. Činjenica je da se u Srbiji povećao broj obolelih lica od malignih bolesti. Tako podaci za 2014. godinu govore da je ovo povećanje u Srbiji dva i po puta veće od svetskog proseka<sup>56</sup>, dok na Kosovu i Metohiji to povećanje je za 50% veće od svetskog proseka. U međunarodnoj medicinskoj literaturi postoji veliki broj stručnih radova koji dokazuju štetnost po zdravlje ljudi kao i po čovekovu okolinu od upotrebe oružja sa osiromašenim uranijumom.<sup>57</sup>

S obzirom na evidentne teške posledice na zdravlje i životnu sredinu koje su nastale usled bombardovanja od strane NATO-a municijom sa osiromašenim uranijumom i kasetnim bombama, Skupština Srbije je 18. maja 2018.godine formirala Komisiju za istraživanje posledica NATO bombardovanja 1999.godine na zdravlje i životnu sredinu. Teške posledice od radioaktivnog zračenja pojavile su se kod italijanskih vojnika koji su bili stacionirani na Kosovu i Metohiji posle izvršene agresije od strane NATO-a, gde je bačeno preko 31.000 projektila sa osiromašenim uranijumom.<sup>58</sup> Najviše je bačeno na relaciji Prizren-Đakovica-Peć, gde su posle bile stacionirani vojnici Italije i Nemačke. Od posledica tog radioaktivnog zračenja preko 4.000 italijanskih vojnika je obolelo od malignih bolesti, a 300 je umrlo. Oboleli vojnici su podneli i tužbe protiv italijanske države, tako da postoje i nekoliko pravosnažnih presuda o obeštećenju.

## ZAKLJUČAK

U nauci međunarodnog prava postoji podeljenost kod naučnika i autora u vezi zabrane upotrebe nuklearnog oružja. S obzirom na dosadašnja iskustva ve-

---

humanity, Službeni glasnik, Crime in War-genocide in peace The consequences of NATO bombing of Serbia in 1999, Beograd, 2012, p.p. 21-101.

<sup>56</sup> Čikarić prof. dr Slobodan: Merciful angel in Balkans Uranium “dirty” war and cancer, Službeni glasnik, Crime in war-genocide in peace The consequences of NATO bombing of Serbia in 1999, Beograd, 2012, p.p. 105-186.

<sup>57</sup> Videti detaljnije u: Žunić Prof. dr Svetlana: Rani i odloženi zdravstveni efekti osiromašenog uranijuma, Medija centar “Odbrana” Beograd, 2016.

<sup>58</sup> Pavlović Vukašin: Ekološke posledice NATO rata u SR Jugoslaviji, Ekologija i rat Izveštaj nezavisnih eksperata o NATO bombardovanju SRJ, Priredio Vukašin Pavlović, Službeni glasnik, Zavod za udžbenike, Beograd, 2012, str. 13.-26.

zana za Hirošimu i Nagasaki kao i za više nuklearnih proba i eksperimenata smatramo da je u pitanju do sada najstrašnije oružje za masovno uništavanje civilnog stanovništva, vojnika i sve postojeće infrastrukture, sa nesagledivim posledicama dugotrajnog radioaktivnog zračenja, da je upotreba nuklearnog oružja međunarodno pravno zabranjena.<sup>59</sup>

U ovom radu nemoguće je navesti sve naučnike i pisce koji su se bavili u vezi dozvoljenosti ili zabrane upotrebe nuklearnog oružja. Navodimo samo da se tadašnja jugoslovenska teorija međunarodnog prava bavila ovom problematikom i bila je jedinstvena u stavu i mišljenju da je nuklearno oružje zabranjeno prema važećim pravilima međunarodnog prava. Jugoslovensko udruženje za međunarodno pravo je 14. juna 1957. godine donelo Rezoluciju o zabrani upotrebe nuklearnog i termonuklearnog oružja i o zabrani opita sa nuklearnim oružjem.<sup>60</sup> Savezna narodna skupština FNR Jugoslavije je 18. juna 1957. godine usvojila Deklaraciju o obustavljanju eksperimentalnih eksplozija nuklearnim oružjem i istu uputila Potkomitetu Ujedinjenih nacija za razoružanje kao dopuna Memoranduma vlade FNRJ od 10. aprila 1957. godine.<sup>61</sup>

Opasnost od upotrebe nuklearnog oružja je opšte poznata o čemu postoje brojni dokazi počev od Hirošime, Nagasakija, zatim brojnih izvršenih proba nuklearnog oružja u raznim delovima sveta kao i poznate havarije nuklearne centrale u Ukrajini, u Černobilu aprila 1986. godine. Pokazalo se da je ta obična havarija gde je ispuštena radijacija ozračila ne samo Černobil i okolinu nego i atmosferu koja je nošena vetrovima i radoaktivnim oblacima obišla zemaljsku kuglu i izazvala veliku opravdanu zabrinutost i paniku u čitavom svetu.

Praktično, odbrane od nuklearnog oružja nema i tu ne postoji mogućnost da je pobednik ko prvi upotrebi nuklearno oružje, jer je nuklearno oružje raspoređeno na više tajnih i skrivenih mesta i za nekoliko minuta se može aktivirati i upraviti na više raznih mesta gde pogađaju precizno ciljeve za desetak minuta. Toga su svesne sve države koje imaju nuklearno oružje i to ih obuzdava da ne započiju nuklearni rat u kome nema pobednika i gde dolazi do potpunog uništenja planete. Posebnu opasnost predstavlja veliki broj nuklearnih centarla kojih

<sup>59</sup> Perazić Đ. Prof. dr Gavro: Međunarodno ratno pravo (drugo dopunjeno izdanje), Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1986, str. 168-172.

<sup>60</sup> Starčević dr Miodrag: Represalije u oružanom sukobu, Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd, 1991, str. 215-219; Navedena Rezolucija Jugoslovenskog udruženja za međunarodno pravo od 14. juna 1957. godine publikovana je u Beogradu, 1957, u Jugoslovenskoj reviji za međunarodno pravo broj 1, Beograd 1957, str. 146-148.

<sup>61</sup> Međunarodna politika broj 174-175, od 1. i 16. jula 1957, Beograd 1957, str. 7.

ima prema nepotpunoj proceni u čitavom svetu 425 i koji su potencionalna opasnost od raznih havarija, zatim zemljotresa kao nedavno u Japanu, kao i od terorističkih napada.

Na kraju ovog kratkog rada možemo sa sigurnošću da zaključimo da se nažalost upotrebljavaju sredstva za masovno uništavanje vojske i civilnog stanovništva u ratu i oružanom sukobu iako je upotreba po postojećem međunarodnom pravu zabranjena.

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty for International Politics and Security  
University "Union – Nikola Tesla" in Belgrade

## INTERNATIONAL LEGAL ASPECT OF THE MEANS OF MASS DESTRUCTION IN THE WAR

### Summary

This paper reviews an international legal aspect of the means of mass destruction in the war from the earliest times to modern wars. Numerous wars and armed conflicts through human history unfortunately have always resulted in a large number of human casualties, as well as great material damage. In last centuries occurred in wars and armed conflicts usage of means for mass destruction of a people, primarily soldiers and civilian population, as well as enormous destruction of economy and infrastructure. Developing of science and technology have also been enhanced by these means of mass destruction, starting with firearms and bombing, war poisoning and nuclear weapons. From the second half of 19<sup>th</sup> century and then in 20<sup>th</sup> century began the progressive process of codification of the international law of war, the international community failed to execute through the use of international multilateral conventions a general ban on the use of weapons for mass destruction including nuclear weapons. The problem of the use of means of mass destruction is very current in the World, so this paper is also a small contribution to its clarification from the international legal aspect, especially since our country was the victim of these means during the NATO bombing in 1999, of which even today are consequences.



MATEJ SAVIĆ

## TEORIJSKE KONCEPCIJE MEĐUNARODNOPRAVNOG SUBJEKTIVITETA

### PRETHODNI POJAM PRAVNOG SUBJEKTIVITETA

U teoriji prava postoje različiti pristupi u određenju i definisanju pravnog subjektiviteta, odnosno subjekata prava. Ovi različiti pristupi su rezultat sveprisutne diferencijacije teorijskih shvatanja u pogledu definisanja i shvatanja fundamentalnih postavki pravnog poretka uopšte, a posebno međunarodnog pravnog poretka, zatim, države, državnopravnog poretka i određenja države kao pravnog lica, odnosa javnog i privatnog prava, pravnog odnosa uopšte, legitimacije, dužnosti, prava, obaveza i nadležnosti itd. Jedno je sigurno – različiti pristupi koji se prepliću, prisutni su u teoriji prava od najstarijih vremena do danas.<sup>1</sup>

---

Dr Matej Savić, docent Fakulteta političkih nauka UNIBL, Univerzitet u Banjoj Luci.

<sup>1</sup> U pogledu pravnog subjektiviteta uopšte i problematike međunarodnog pravnog subjektiviteta šire v. R. Jering, *Borba za pravo*, Beograd, 1874, A. Verdros, *Les Origines du Droit International*, Bruxelles-Paris, 1894, R. Jering, *Cilj u pravu*, Beograd, 1894, E. de Vattel, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Carnegie Institute, Washington, 1916, Đ. Tasić, *Današnja tipična gledišta o državi*, Misao, Tom III Br. 03/1921 Beograd, 1921, Đ. Tasić, *Da li država može činiti privatnopravne radnje*, Zbornik znanstvenih rasprava, Ljubljana, Br. 23–24, 1924, L. Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*, 3 Eme Edition, Tom I, Paris 1927, H. Kelsen, *Theorie du Droit Internationale Public*, RCA-DI, 1923, T 42, H. Lauterpacht, *Recognition of International Law*, Cambridge, 1947, R. D. Lukić, *Teorija države i prava*, Beograd, 1976, M. Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 1986, V. Đ. Degan, *Prirodno i pozitivno pravo*, Zbornik PF UNIZG, 1987, H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley 1967, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York 1961, I. Brownlie, *Principles of In-*



U pravnoj terminologiji je uobičajeno da pojam lice - ličnost označava subjeka prava, odnosno organizam, jedinku ili biće koje je sposobno da bude nosilac prava i obaveza, nezavisno od njegove svijesti i volje.<sup>2</sup> Smatra se da se, na prvom mjestu, kao subjekti prava pojavljuju ljudi kao fizička lica, koji jednim dijelom prava i obaveze stiču nezavisno od svoje volje i svijesti, a drugim, upravo realizacijom svoje volje. S druge strane pojavljuju se i određene društvene tvorevine, koje takođe stvara čovjek udruživanjem sa drugim ljudima radi ostvarivanja priznatih individualnih i društvenih (kolektivnih) interesa. Ove tvorevine se jednim imenom nazivaju pravna lica.<sup>3</sup>

Bez obzira da li je riječ o fizičkim ili pak, pravnim licima, kao subjektima prava, (sva) prava i obaveze proističu iz pravnog poretka i pripadaju svim subjektima prava, pri čemu moramo naglasiti da se prava i obaveze, originarno, na prvom mjestu odnose na samog čovjeka. Pravni poredak čovjeka prepoznaje samim rođenjem i on kao zasebna jedinka, bez obzira na svoju svijest, stiče opšte kvalitete pravne sposobnosti, tj. stiče pravni subjektivitet.

S druge strane, društvene tvorevine koje su formirane od strane ljudi, iako kao vještački organizmi ne posjeduju autonomnu svijest, one posjeduju pravni subjektivitet. Njihov pravni subjektivitet je determinisan, s jedne strane voljom ljudi (fizičkih lica) i normativnim okvirom koji je postavljen pravnim poretkom (uopšte).

Dakle, na prvom mjestu, kao subjekti prava javljaju se ljudi – fizička lica, koji jednim dijelom prava i obaveze stiču nezavisno od svoje volje i svijesti, a drugim, upravo realizacijom svoje volje. Pored fizičkih lica, kao subjekti prava javljaju se i određene društvene tvorevine stvorene ljudskim udruživanjem radi ostvarivanja različitih interesa. Ove tvorevine se jednim imenom nazivaju pravnim lici-

---

*ternational Law*, Oxford 1990, R. D. Lukić–B. P. Košutić–D. M. Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd, 1999. N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001., D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003, B. P. Košutić, *Uvod u jurisprudenciju*, Beograd, 2008, D. M. Mitrović, *Država, pravo, pravda, pravnici*, Beograd, 2009, R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010, R. Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2010, S. Avramov–M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2012, M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge, 2014, S. Savić–M. Savić, *Teorija države i prava*, Banja Luka, 2017, B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017.

<sup>2</sup> S. Savić, *Osnove prava*, Banja Luka, 2005. 297, takođe, šire v. S. Savić–M. Savić, *Teorija države i prava*, Banja Luka, 2017. 421, Takođe v. R. Portmann, *Legal personality i international law*, Cambridge, 2010.

<sup>3</sup> Šire. v. S. Savić, *Država kao pravno lice i subjekt međunarodnog privrednog prava*, Banja Luka, 1996. 16, kao i V. Spaić, *Država kao pravno lice*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 03/1951, 404.

ma.<sup>4</sup> To znači da „..ljudi i društvene tvorevine koje imaju pravne obaveze i pravna ovlaštenja s obzirom na neke pravne objekte – tj. fizička i pravna lica” predstavljaju subjekte prava.<sup>5</sup>

Opšta sposobnost subjekta jednog pravnog poretka koja podrazumijeva da on kao posebna jedinka (ličnost-lice, organizam, biće, entitet) aktivno učestvuje u pravnim odnosima i da se u tim odnosima javlja kao nosilac prava i obaveza određuje prirodu i obim njegovog pravnog subjektiviteta. Tako, svi subjekti prava imaju pravnu sposobnost koja se praktično izjednačava sa pojmom subjekta prava i ona se ogleda u mogućnosti da određeno lice bude nosilac prava i obaveza. Pored pravne sposobnosti, pravni subjektivitet se determiniše uživanjem i poslovne sposobnosti. Ova sposobnost se može odrediti kao sposobnost da se svojim vlastitim izjavama volje preuzimaju obaveze i realizuju prava, tj. zasnivaju, mijenjaju i prekidaju pravni odnosi.<sup>6</sup> U smislu pravnog subjektiviteta, pravnu i poslovnu sposobnost možemo odrediti kao opšte sposobnosti subjekata prava.<sup>7</sup> Pored njih pravna teorija poznaje i dodatne sposobnosti, koje imaju značajnu ulogu posebno u pogledu određenja subjekata međunarodnog prava.<sup>8</sup>

Ako kažemo da subjekt nekog pravnog poretka predstavlja jedinku, organizam, odnosno ličnost koja ima određenu sposobnost u pravnim odnosima, akcent stavljamo, kako logika nalaže, na određenu sposobnost, ali i na pravni odnos *per se*. Ako prihvatimo opšte stanovište da je pravni odnos društveni odnos koji je regulisan pravom, sam po sebi nameće se zaključak da u ovom odnosu učestvuju jedinke koje svoje aktivnosti ostvaruju u društvu uopšte. Međutim, ove jedinke, da bi se mogle definisati kao subjekti u pogledu svog statusa, prava i obaveza moraju biti pravno formalizovane. A to znači da ovi subjekti moraju ispuniti uslove koje pravni poredak propisuje, a kako bi mogli biti nosioci pravnih obaveza i pravnih ovlaštenja.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Posebno mjesto među pravnim licima kao subjektima prava zauzima država kao osnovni subjekt međunarodnog prava, a koja istovremeno istupa i u pravnim odnosima domaćeg (unutrašnjeg) prava. Šire v. D. Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003. 258, V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000, 224, 354.

<sup>5</sup> N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2001. 207.

<sup>6</sup> Isto, 298.

<sup>7</sup> Šire v. V. Kazazić–M. Savić, *Aktualna pitanja međunarodnog subjektiviteta*, Godišnjak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru Br. XXVII 2018 (u štampi).

<sup>8</sup> Šire v. V. Kazazić–M. Savić, isto.

<sup>9</sup> V. Kazazić–M. Savić, isto.

Sve gorenavedeno, svakako se odnosi i na subjekte međunarodnog prava, odnosno međunarodnopravni subjektivitet uopšte. Međutim, u pravnoj literaturi ne postoji potpuna saglasnost, kako pri određenju opšteg pojma subjektiviteta, tako i pri određenju posebnih vrsta subjekata međunarodnog prava. Pojedini autori nastoje da pobliže odrede specifičnost subjekata u oblasti međunarodnog prava kako bi dešifrovali osnovne atribute međunarodnopravnog subjektiviteta uopšte. Drugi, opet određuju niz posebnih, dodatnih sposobnosti u kontekstu subjektiviteta, a koje se mogu pronaći unutar međunarodnopravnog poretka i posmatraju karakter pravnih odnosa u koje ovi subjekti stupaju.<sup>10</sup> Međutim, pojam, pravnu prirodu i krajnje određenje međunarodnopravnog subjektiviteta moramo posmatrati, prije svega kroz prizmu pravne doktrine i prakse koja je evoluirala kroz vijekove, uslovljavajući shvatanja o društvu, državi, subjektima prava, odnosu države i prava, kao i o konstelaciji između unutrašnjeg i međunarodnog prava. Pored ovoga, poseban značaj za međunarodnopravni subjektivitet ima supstancijalna, odnosno faktička (društvena) politička dimenzija međunarodnopravnog poretka.<sup>11</sup>

#### TEORIJSKE KONCEPCIJE MEĐUNARODNOPRAVNOG SUBJEKTIVITETA

“Kao i svako drugo pravo, i međunarodno pravo ima svoje subjekte. Oni su, kao i čitav taj poredak, po mnogo čemu osobeni u odnosu na ono što postoji u unutrašnjem (internom, državnom) pravu.”<sup>12</sup> To što su oni osobeni ne baca sumnju na činjenicu da subjektivitet u međunarodnom pravu postoji – pravne ličnosti, njegovi subjekti i pravni odnosi u koje oni stupaju, su osnova te postojanosti. Međutim, intenzitet i karakter međunarodnopravnih odnosa, sama priroda međunarodnog prava koje reguliše odnose u međunarodnoj sferi, ali i progresija međunarodne politike, kao dijela faktičkog elementa međunarodnopravnog po-

<sup>10</sup> O ovim pitanjima šire v. M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge, 2014. 198-264, A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press 2001. 19-85, T. Buergenthal – S. D. Murphy, *Public International Law in a nutshell*, Washington, 2013. R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010. B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017. 255-265. V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000. 219-537, R. Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2010. 111-114.

<sup>11</sup> Šire v. V. Kazazić–M. Savić, cit., dj.

<sup>12</sup> B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017. 258.

retka<sup>13</sup> usloveli su niz različitih koncepcija u pogledu definisanja međunarodno-pravnog subjektiviteta.

U teoriji međunarodnog prava, možemo izdvojiti pet osnovnih konceptualnih postavki međunarodnog pravnog subjektiviteta koje predstavljaju doktrinarni okvir (prema kojem danas možemo odrediti, ali i artikulirati) međunarodnog pravnog subjektiviteta uopšte.<sup>14</sup>

### *Država kao jedini subjekt međunarodnog prava*

Koncept koji određuje državu kao jedinog subjekta međunarodnog prava najstarijeg je datuma. U kontekstu modernog međunarodnog prava temelje ovog shvatanja možemo pronaći još u radovima teoretičara ranog *dualizma* kao što su Tripel (*H. Triepel*), Anciloti (*D. Anzilotti*), Openhajm (*L. Oppenheim*) i dr. Na prvom mjestu, to je koncept koji daje ekskluzivni subjektivitet državama u međunarodnom pravu. Ova teorijska pretpostavka se može definisati kao *States-only concept*.<sup>15</sup> Ovaj koncept odgovara klasičnom međunarodnom pravu i korespondira sa voluntarističkom teorijom međunarodnog prava,<sup>16</sup> pri čemu se temelji na či-

---

<sup>13</sup> O međunarodnom poretku i njegovim elementima, šire v. M. Savić, *Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements*, Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University – Stip, Vol. VII No. 7, 2017. 225-238.

<sup>14</sup> U pogledu samog određenja teorijskih koncepcija međunarodnog pravnog subjektiviteta, posebno danas, postoje otvorene teorijske rasprave. U međunarodnoj doktrini možemo pronaći različite pristupe i određenja ove problematike, koja se metodički sve više diferenciraju, u okviru savremenog međunarodnog poretka. Mi smo se opredijelili za ovih pet gorenavedenih, koje su se uspjele konstituisati kao teorije u međunarodnoj nauci. O ovome, šire v. R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2014, J. E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality*, The Hague, 2004. M. A. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011. T. Buergenthal–S. D. Murphy, *Public International Law in a nutshell*, Washington, 2013. U pogledu samog određenja teorijskih koncepcija međunarodnog pravnog subjektiviteta, posebno danas, postoje otvorene teorijske rasprave. U međunarodnoj doktrini možemo pronaći različite pristupe i određenja ove problematike, koja se metodički sve više diferenciraju, u okviru savremenog međunarodnog poretka. Mi smo se opredijelili za ovih pet gorenavedenih, koje su se uspjele konstituisati kao teorije u međunarodnoj nauci.

<sup>15</sup> R. Portmann, cit., dj. 13.

<sup>16</sup> Voluntarističko ili klasično shvatanje, koje je gotovo dominiralo sve do XX vijeka i prema kom su isključivo narodi (nacije), a kasnije države nosioci međunarodnog pravnog subjektiviteta razvilo se iz teorije prirodnog prava. Voluntarizam je podrazumijevao da međunarodno pravo predstavlja pravo koje stvaraju suverene države *inter se*, pri čemu one posjeduju potpuni ekskluzivitet za primjenu, ili pak kršenje, tako shvaćenih međunarodnih pravila. Takođe, voluntarizam, kako

stom, isključivom etatizmu. Prema ovom konceptu države su jedini subjekti međunarodnog prava. One su suverene i nezavisne jedinice koje ulaze u međusobne odnose – započinju i okončavaju ratove, uspostavljaju međusobne diplomatske odnose, zaključuju ugovore itd. Na ovaj način države stvaraju pravo koje ih obavezuje - međunarodno pravo.

Prema ovoj teoriji postoji samo jedan uslov za sticanje međunarodnopravnog subjektiviteta koji podrazumijeva potpunu državnost, odnosno suverenost državne vlasti prema vani, tzv. vanjsku suverenost države. Vanjski suverenitet kao ekskluzivitet temelji se na principu suverene ravnopravnosti država – načela *ius imperii*, koji se u mnogočemu razlikuje od savremenog načela suverene jednakosti, odnosno, *suverene nezavisnosti*.<sup>17</sup> Država je neprikosnoveni subjekt međunarodnog prava, pri čemu njeni državotvorni elementi predstavljaju fundament njenog međunarodnog suvereniteta i, svakako međunarodnopravnog subjektiviteta. Za ovaj koncept je od posebnog značaja dobro poznata odluka Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju Lotus (*Lotus Case*) iz 1927. godine, jer je sam koncept, zapravo ustoličen odrednicom iz presude koja definiše međunarodno pravo, kao pravo koje uređuje odnose između nezavisnih država.<sup>18</sup> Iako je danas *States-only concept* u mnogim aspektima prevaziđen, njegove refleksije su još uvijek relevantne za doktrinu, a posebno za praksu međunarodnog prava.<sup>19</sup>

to sama riječ govori, naglašava jedinstveni kvalitet, odnosno suverenost vlasti država i njihovu volju kao jedinih subjekata međunarodnog prava. Suverenost je, prema ovom shvatanju jedini kriterijum subjektiviteta u međunarodnom pravu. U modernim okolnostima međunarodnopravni voluntarizam korespondira sa realizmom u političkoj teoriji međunarodnih odnosa, posebno u pogledu ostvarenja spoljne politike i državnih interesa na međunarodnom planu. Šire v. M. Savić, *Međunarodno pravo na početku XXI vijeka - teorijski pogled na savremenu doktrinu, procese i probleme međunarodnog pravnog poretka*, Pravna riječ, Vol. 12, No. 44 2015. 155-183.

<sup>17</sup> Šire v. M. Savić, *Suverenost, nezavisnost i jednakost u kontekstu osnovnih prava (i dužnosti) država u savremenim izazovima međunarodnog prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, god. XXXVII br. 37. 2015.

<sup>18</sup> Šire v. Permanent Court of International Justice judgment No. 9, *The case of the S.S. "Lotus"*, tekst dostupan na: [https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf), pristupljeno u septembru 2018.

<sup>19</sup> Posebno je interesantno pozivanje Međunarodnog suda pravde na Lotus Case u kontekstu određenja subjekata međunarodnog prava i prihvatanja nadležnosti u tekstu Savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda pravde od 22. jula 2010. godine, Šire v. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403-453 br. 997/10. Tekst dostupan na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>, pristupljeno januara 2014. Takođe, vidi Vidi, ICJ Reports, br. 997/10, *Declaration of Judge Simma*.

### Koncept priznanja

Koncept (opšteg) priznanja predstavlja nešto pragmatičniji pristup u odnosu na *States-only concept* prihvatajući, iako restriktivno, progresivni razvoj međunarodnog prava i međunarodnopravnih odnosa. Ovaj koncept – *Recognition concept* podrazumijeva da su države originarni subjekti međunarodnog prava i da pored njih, drugi organizmi ipak mogu steći međunarodnopravni subjektivitet, ali pod posebnim uslovima. Dakle, ukida se ekskluzivitet, ali se zadržava primat države kao subjekta međunarodnog prava. Ove (druge) jedinke se, prema koncepciji priznanja, smatraju za derivativne subjekte međunarodnog prava, što se posebno odnosi na međunarodne organizacije.<sup>20</sup>

Koncept priznanja podrazumijeva eksplicitno ili implicitno međunarodno priznanje neke jedinke (kao subjekta) od strane država.<sup>21</sup> Ovdje, ne smijemo, *a priori* poistovjetiti instrument međunarodnog priznanja država sa priznanjem derivativnih subjekata međunarodnog prava. Iako ovaj koncept stoji u neposrednoj vezi sa konstitutivnom teorijom priznanja u međunarodnopravnom poretku koja je danas, kako doktrinarno, tako i praktično, oborena, on, prije svega, podrazumijeva priznanje nedržavnih jedinki i to na osnovu ugovora, davanjem pristanka od strane država.<sup>22</sup> Iz ovog razloga ovaj pristup možemo nazvati i konceptom opšte saglasnosti – *General consent concept*. To znači da je samo priznanje, zapravo sadržano u osnivačkim ugovorima, na osnovu kojih su formirane međunarodne organizacije kao derivativni subjekti. Od posebnog značaja za ovaj koncept je Generalna konvencija o privilegijama i imunitetima OUN, poznata i kao Opšta konvencija – *General convention*<sup>23</sup> kojom je utvrđen međunarodnopravni subjektivitet OUN, pri čemu je po prvi put formalno definisan funkcionalni imunitet. Takođe, možda još veći značaj ima Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde iz 1948. godine.<sup>24</sup> U svakom slučaju, prava i dužnosti ovih subjekata su, prema svemu navedenom, ograničena, prvo voljom država, a zatim i kriterijumima koje države (ekskluzivno) određuju i ispunjavaju. Ovaj pristup, iako široko prihvaćen, pokazuje verlike nedostatke posebno u prvim decenijama 21. vijeka kada se intenzivno razvijaju transnacionalni odnosi i na međunarodnu sce-

---

<sup>20</sup> R. Portmann, isto.

<sup>21</sup> Isto.

<sup>22</sup> Šire v. M. Savić, *Contemporary issues of legal personality in international law; Factual and normative problems*, European Journal of Law and Political Sciences, Vol. XVI No. 4, 2016, 30-38.

<sup>23</sup> Šire v. M. Savić, *Diplomatsko-konzularno pravo i međunarodnopravni poredak*, Banja Luka, 2016, 211-218.

<sup>24</sup> Vidi, Advisory opinion, *Reparation for injuris suffered in the service of the United Nations*, dostupno na; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/1837.pdf> pristupljeno u maju 2018.

nu u velikom broju dolaze međunarodne nevladine organizacije, multinacionalne kompanije i svakako, pojedinac kao subjekt međunarodnog prava. Međutim, ove promjene se ne odražavaju samo na navedenu teoriju, one utiču na cjelokupnu arhitekturu međunarodnog pravnog poretka.<sup>25</sup>

### *Individualistički pristup*

Individualistički pristup, odnosno, koncepcija, n posredan način zanemaruje opšti okvir pravnog poretka i na centralno mjesto postavlja pojedinca, koji individualno postoji i u interakciji sa drugim individuama gradi sopstveni subjektivitet i konsekventno tomr pravni poredak. Ova koncepcija je još poznatsa i kao – *Individualistic Concept*. Ona teorijski podrazumijeva fundamentalnu pretpostavku pojedinačnog (individualnog) međunarodnog subjektiviteta, pri čemu sposobnosti subjekata međunarodnog prava nisu unaprijed određne. Ovaj koncept određuje pojedinca kao međunarodnopravnu ličnost i na taj način mu daje određeni okvir osnovnih (originarnih) prava i dužnosti u međunarodnom pravu. Individualizam korespondira, s jedne strane, sa solidarističkim shvatanjem međunarodnog prava<sup>26</sup>, a s druge, sa pravnim univerzalizmom.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> J. Nijman naglašava da će se naš svijet u narednih dvadeset godina dramatično promijeniti. Globalizacija, demografski izazovi, klimatske promjene, energetska geopolitika, uz sva ostala dešavanja će osporiti trenutne svjetske upravljačke strukture. Uzdizanje novih centara moći kako državnih, a posebno nedržavnih usloviće institucionalno nazadovanje (urušavanje) na međunarodnom planu. Vidi J. Nijman *Non-state actors and the international rule of law: revisiting the 'realist theory' of international legal personality*, University of Amsterdam, 2010.

<sup>26</sup> Tvorac solidarističke teorije je francuski teoretičar prava L. Digi koji je došao do zaključka da se svim ljudima nameće jedan društveni zakon, koji nije metafizičke prirode, već je proizvod svjesne aktivnosti ljudi. Osnova ovog društvenog zakona je originarna društvena norma, koja se (univerzalno) odnosi na sve ljude. Ovde već možemo uvidjeti problem koji se manifestovao, jer je ova teza bila u koliziji, s jedne strane, sa postulatima prirodnog prava koje su preferirali idealisti toga vremena u Francuskoj, pri čemu je, s druge strane opovrgavala gotovo sve principe pozitivističke pravne škole. Naime, teza o postojanju jedinstvenog društvenog zakona koji je, prema Digiju univerzalan, negira postojanje prirodnog prava kao korpusa fundamentalnih prav(il)a, na osnovu čega pravo gubi sve osnove metafizičkog. Međutim, ono, na ovaj način gubi i materijalnopravnu supstanciju, jer se manifestuje kao skup društvenih pravila koja stvaraju ljudi. Pravo se vezuje za društvo i, prema Digiju nastaje samo kroz svjesnu kolektivnu aktivnost ljudi. Naime, društvena norma je jedna, jedinstvena po svom osnovu, karakteru i predmetu, razlika postoji samo u intenzitetu društvene reakcije koju izaziva njeno kršenje u različitim periodima i državama. Taj Digijev sociologizam je uveliko kritikovan od gotovo svih pravnih pisaca koji su predstavljali idealizam toga doba. Međutim, ovakav pristup, mada metodički drugačije postavljen, i danas se među nekim pravnim praktičarima i političkim teoretičarima prihvata i konceptualno razmatra. Šire v. M. Savić, cit. dj.

<sup>27</sup> O ovome šire v. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, F. A. Praeger, 1950.



Prema ovom konceptu, države i druge jedinice u međunarodnom pravu mogu objediniti međunarodnopravni subjektivitet samo pod pretpostavkom da se osnovne norme međunarodnog prava na njih neposredno odnose. To znači da ove jedinice moraju biti individualno prepoznate od strane međunarodnopravnog poretka, što *per se* uslovljava prvo, višedimenzionalnu diferenciju među subjektima koji učestvuju u međunarodnopravnim odnosima i drugo, minimalnu regulaciju ove materije na međunarodnopravnom nivou. Ovo prvo pretpostavlja da podjela subjekata međunarodnog prava može biti beskrajna, dok minimalna regulacija podrazumijeva da pitanje međunarodnopravnog subjektiviteta ostaje široko postavljeno, bez konkretnog normativnog određenja. Ovaj koncept je ostvario najveći uticaj na razvoj međunarodnog krivičnog prava i međunarodno pravo ljudskih prava, posebno u pogledu sudske prakse.<sup>28</sup>

Takođe, kroz individualizam akcenat je bio stavljen na međunarodnopravnu odgovornost, što i danas otvara niz teorijskih problema, u smislu odnosa javnog i privatnog prava, a u praktičnom smislu, problema individualne i kolektivne odgovornosti.

### *Formalnopravni koncept*

Formalnopravni, formalistički, ili pak, uže posmatrano, normativistički koncept utemeljen je u opštoj koncepciji izgradnje pravnog poretka. U engleskoj terminologiji prepoznat kao *Formal concept* čvrsto se oslanja na pozitivnopravnu doktrinu i definiše međunarodno pravo kao otvoren poredak u kojem nema posebnih, ekskluzivnih pretpostavki prema kojima se može odrediti ko jeste, a ko nije pravna ličnost, odnosno subjekt prava. Zapravo, ovaj koncept odbacuje tradicionalni pojam međunarodnopravnog subjektiviteta, karakterističan za klasično međunarodno pravo. Posebni ekskluzivni kvaliteti (suverenosti) koji uslovljavaju postojanje pravne ličnosti u međunarodnom pravu postaju stvar prošlosti jer pravna ličnost, prema ovom konceptu, više nije utemeljena striktno na unutrašnjem odnosno vanjskom suverenitetu.

Suverenost državne vlasti postaje samo *differentia specifica* države kao subjekta u odnosu na druge subjekte međunarodnog prava. Pravni subjektivitet mogu imati svi oni organizmi, entiteti, jedinice koje su u mogućnosti da budu adresati opšteg međunarodnog prava (*ius cogens*). Pravna ličnost, ovako shvaće-

---

<sup>28</sup> R. Portmann, cit. dj. 14.



na, uspostavlja se sticanjem opštih, ali i posebnih sposobnosti koje su, na ovaj način izuzetno značajne u međunarodnopravnim odnosima.<sup>29</sup>

Dakle, jedinice koje imaju sposobnost da budu nosioci određenih prava i obaveza u međunarodnopravnom poretku mogu se smatrati subjektima međunarodnog prava. Ovaj, formalnopravni pristup je dominantan (i) u unutrašnjem pravu, tj. u određenju subjekata unutrašnjeg, odnosno državnog prava. U tom smislu opšteprihvaćeno je načelo prema kojem se određuju četiri osnovne sposobnosti, a koje determinišu subjektivitet određenog lica. To načelo podrazumijeva pravnu, zatim poslovnu deliktanu, te procesna sposobnost, a koje jedinica mora objedniti u svojoj pravnoj ličnosti da bi se mogla smatrati za subjekta prava. Međutim, subjekti međunarodnog prava, prije svega, zbog prirode međunarodnopravnog poretka i karaktera odnosa u koje stupaju determinisani su kroz više posebnih (dodatnih) sposobnosti, o čemu će više riječi biti kasnije.

#### *Učesnici umjesto subjekata*

Politički orijentisan<sup>30</sup> koncept učesnika – *Actors concept* javio se kao rezultat američke međunarodnopravne škole u drugoj polovini 20. vijeka, utemeljene na čuvenom Jejlju - *Yale University*. Ovaj koncept (subjektiviteta) se pojavio konsekventno kao sastavni dio posebnog učenja, popularno nazvanog kao *Sljedeći talas napretka*,<sup>31</sup> a koje potpuno odbacuje prethodna shvatanja međunarodnopravnog subjektiviteta i samo određenje pravne ličnosti. Navedeni *Actors concept* definiše Pravo kao sveobuhvatni proces donošenja odluka, zanemarujući smisao pravnog poretka i usklađenost pravnih pravila i obaveza. Sam tvorac koncepta M. S. Mكدوغل (*M. S. McDougal*)<sup>32</sup> negira postojanje međunarodnopravnog poretka

<sup>29</sup> O ovome šire v. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley 1967 kao i H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York 1961.

<sup>30</sup> Termin preuzet iz engleske pravne terminologije: Policy-oriented concept.

<sup>31</sup> Engl. *Next Wave of Advance*.

<sup>32</sup> Pored profesora M. S. McDougal, sljedbenici ovog pravca su K. A. Mكدليلاند (*C. A. McClelland*), M. A. Kaplan (*M. A. Kaplan*), R. A. Falk (*R. A. Falk*) i drugi. Posebnu karakteristiku ovog teorijskog pravca predstavlja implementacija socioloških i psiholoških metoda u teoriji i praksi međunarodnih odnosa, što se posebno vidjelo u kontekstu percepcije međunarodnog prava. Partikularno tumačenje interesa država, to jest analiza državne participacije u međunarodnim odnosima, te ugradnja načina, obrazaca, artikulacije i sl. u postupanju i ponašanju država i njihovih predstavnika u međunarodnom životu, omogućila je nove metodičke pristupe u međunarodnom pravu. Ovo je naizgled omogućilo lepezu novih, alternativnih teza, međutim, samo je produčilo i osavremenilo voluntaristička shvatanja i probleme. Na ovaj način je došlo do implementacije

naglašavajući da se radi o "...aktivnom sveprihvatajućem pristupu, koji posmatra međunarodno pravo kao dinamičan sistem koji funkcioniše u okviru posebnog tipa svjetskog poretka".<sup>33</sup> Ideju o napuštanju forme međunarodnog poretka i definisanju učesnika međunarodno(pravnih) odnosa prihvatila je istaknuta profesorica Higgins (*R. Higgins*), naglašavajući da se ne trebamo zamarati određenjem subjekata i objekata međunarodnog prava, zato što u njemu subjekti i objekti ne postoje. Kada sagledamo prirodu i procese koji se odvijaju u međunarodnom pravu, nema subjekata, nema podjele, ne postoje objekti u smislu pravnog odnosa, postoje samo učesnici odnosa.<sup>34</sup> Ovaj koncept je, s razlogom, kritikovan od strane velikog broja modernih ali i tradicionalnih pravnih pisaca, zato što pogrešno tumači pravnu prirodu međunarodnog prava, a posebno međunarodnog odnosa i ignoriše činjenicu da su "nacije (države op. aut.) te koje su prihvatile međunarodno pravo takvo kakvo jest i da one prihvataju njegove naredbe" iako već odavno nisu njegovi jedini subjekti.<sup>35</sup> To državno prihvatanje međunarodnog prava je udarilo temelj opštem međunarodnom pravu – *ius cogens*, a na osnovu toga je i izgrađen prvi (osnovni) stub savremenog međunarodnog poretka, koji se prema ovom učenju u cjelosti ostavlja po strani.<sup>36</sup>

U svakom slučaju, koncept učesnika odbacuje pojam pravnog subjektiviteta *per se*, Praktično, sistematski se odbacuje definicija pravne ličnosti i prihvata se termin učesnik (*actor*) što predstavlja koherenciju sa modernom teorijom (političkih) međunarodnih odnosa.<sup>37</sup> U tom smislu, ovaj koncept prihvata

---

bihejviorističkog shvaćanja (teorije) međunarodnih odnosa u teoriju međunarodnog prava od strane velikog broja anglosaksonskih pisaca. Bihejviorizam je podijelio oblast međunarodnih odnosa na dva učenja. Prvo koje razmatra tehnike spoljne politike i drugo koje materiji međunarodnih odnosa pristupa kroz analizu međunarodnog sistema. O ovome, šire v. M. N. Shaw *International Law*, VII Edition, Cambridge University Press, 2014, str. 40.

<sup>33</sup> Šire v. M. S. Mc Dougal, *International Law, Power and Policy*, Hague Recueil, 1952, str. 195.

<sup>34</sup> Šire v. R. Higgins, *Problemes & Process: International Law and How We Use it*, Oxford University Press, 1995.

<sup>35</sup> Šire v. R. Higgins, *Policy Considerations and The International Judicial Process*, ICLQ 17, 1986, 58.

<sup>36</sup> Šire v. V. Kazazić–M. Savić, cit. dj. Godišnjak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, XXVII (u štampi), 2018.

<sup>37</sup> O ovome šire v. V. Dimitrijević–R. Stojanović, *Pojam i vrsta međunarodnih odnosa*, Beograd, 1996, A. M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011, M. A. Koskenniemi *From Apology to Utopia*, 2nd Ed. Cambridge 2005, R. St J. Macdonald i D. Johnston, *The Structure and Processes of International Law*, Dordrecht, 1983, D. Simić, *Međunarodni politički poredak*, Svetska politika, Fakultet političkih nauka, UNIBG, 2009.

pretpostavku da su svi učesnici međunarodnih odnosa relevantni u pogledu međunarodnog subjektiviteta, shodno svom značaju, uticaju i aktivnostima. U međunarodnom pravu, na ovaj način, više nema subjekata i objekata, postoje samo učesnici međunarodnih odnosa.

Dakle, dolazi do potpune rekonstrukcije pravnog odnosa u cjelini. Prema ovom konceptu, određeni učesnici posjeduju konkretna prava i dužnosti, što uslovljava procese donošenja odluka u kojima učesnici pojedinačno participiraju, u zavisnosti od njihove efektivne (političke) moći.<sup>38</sup> To znači da učesnici, entiteti koji posjeduju efektivnu moć u odlučujućim međunarodnim procesima predstavljaju subjekte međunarodnog prava.<sup>39</sup>

Ovaj koncept posredno odgovara savremenom voluntarizmu i ideji politike moći (*Power Politics*) što nas vraća na početak – u voluntarizam.<sup>40</sup>

#### PROBLEM ODREĐENJANJA SUBJEKTIVITETA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Svi pravni subjekti se mogu podijeliti na države, subjekte u državama (fizička i pravna lica) i subjekte izvan država (druge države, međunarodne organizacije i dr.). Ovako shvaćena lica mogu biti subjekti unutrašnjeg (državnog) prava, subjekti međunarodnog prava, a mogu biti istovremeno subjekti i unutrašnjeg i međunarodnog prava.<sup>41</sup> Međutim, međunarodnopravni subjektivitet je po mnogočemu specifičan, što je svakako uslovljeno prirodom međunarodnog prava, koje se znatno razlikuje od normativnog poretka koji se stvara i primjenjuje u unutrašnjem (državnom) pravu. To je posljedica činjenice da međunarodno pravo uređuje odnose koji se odvijaju na međunarodnoj sceni i oni se razlikuju od onoga što se dešava unutar državnih granica.<sup>42</sup>

Subjektivitet u međunarodnom pravu zahtijeva posebno razmatranje međusobnog odnosa između pravnih ovlaštenja i pravnih obaveza (dužnosti) koje su određene u međunarodnopravnom poretku, kao i definisanje sposobnosti prav-

---

<sup>38</sup> O ovome šire v. R. Higgins, cit. dj.

<sup>39</sup> Isto.

<sup>40</sup> O ovome šire v. M. Savić, *Međunarodno pravo na početku XXI vijeka - teorijski pogled na savremenu doktrinu, procese i probleme međunarodnog pravnog poretka*, Pravna riječ, Vol. 12, No. 44 2015. 155-183.

<sup>41</sup> B. Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd, 2011, 68.

<sup>42</sup> B. Krivokapić, cit. dj.

nih subjekata i kapaciteta za sprovođenje konkretnih zahtijeva u međunarodno-pravnim odnosima. Kako to naglašava M. Šo (*M. N. Shaw*) “u unutrašnjem pravu pojedinci, ograničene kompanije i javna preduzeća su prepoznati kao posebne pravne ličnosti, u uslovima koji su uokvireni relevantnom legislaturom. Pravo je to koje određuje okvir i prirodu pravne ličnosti.”<sup>43</sup> Tako i međunarodno pravo, na specifične načine, određuje okvir i prirodu ličnosti kojima određuje međunarodno-pravni subjektivitet

Kao što smo već ranije naglasili, jedinice koje imaju sposobnost da budu nosioci određenih prava i obaveza u međunarodnom pravnom poretku mogu se smatrati subjektima međunarodnog prava. Obično se određuju četiri sposobnosti.<sup>44</sup> To su: *pravna sposobnost* – koja podrazumijava mogućnost uživanja prava, te posjedovanje neophodnog kapaciteta za ispunjavanje obaveza koje proističu iz načela i pravila međunarodnog prava, pri čemu određeni organizam, da bi bio prepoznat kao subjekt međunarodnog prava a priori navedeno treba da posjeduje; *poslovna sposobnost* – predstavlja mogućnost sticanja i raspolaganja pravima, uz mogućnost preuzimanja i ispunjavanja obaveza koje konkretni organizam sopstvenim istupanjem u pravnim odnosima dobrovoljno preuzima; *procesna sposobnost* – koja se ogleda u legitimnosti za pokretanje međunarodnih postupaka pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu i drugim međunarodnim sudskim tijelima; *deliktna sposobnost* – koju možemo odrediti kao mogućnost pozivanja na odgovornost određenog subjekta za kršenje međunarodnih obaveza.<sup>45</sup> Ove četiri sposobnosti se smatraju opštim sposobnostima i one su u formalnom smislu istovjetne sposobnostima koje se određuju subjektima u unutrašnjem pravu.<sup>46</sup>

U kontekstu međunarodnog subjektiviteta možemo definisati, takođe i pravo zaključenja međunarodnih ugovora – *ius contrahendi*, kao i pravo poslanstva – *ius legationis*, odnosno pravo međunarodnog predstavljanja – *ius representationis* kao jedinstvo pravne i poslovne sposobnosti, a koje predstavljaju osnovu međunarodnog subjektiviteta. Zaključenjem međunarodnih ugovora i predstavljanjem u inostranstvu stvaraju se prava i obaveze, a koja proizlaze iz volje subjekata međunarodnog prava. Na ovaj način subjekti međunarodnog

---

<sup>43</sup> M. N. Shaw, cit. dj. 142.

<sup>44</sup> Ovo se na nekim mjestima u literaturi naziva i principom sposobnosti, ili pak načelom četiri sposobnosti.

<sup>45</sup> Šire v. M. Savić, cit. dj.

<sup>46</sup> Šire v. B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017. 257.

prava posjeduju sposobnost, s jedne strane da preuzimaju određena prava i da, s druge strane, prihvate konkretne obaveze sadržane u međunarodnom ugovoru.<sup>47</sup>

Svakako, razlike između unutrašnjeg (državnog) i međunarodnog prava uslovljavaju i značajnu diferencijaciju u pogledu sadržine navedenih sposobnosti, kao što se i unutardržavni i međunarodnopravni odnosi ne mogu poistovjetiti.<sup>48</sup> Pored opštih sposobnosti u međunarodnom pravu postoji i veliki broj tzv. posebnih sposobnosti koje u teoriji međunarodnog prava nisu jedinstveno određene. Neki autori smatraju da ove posebne sposobnosti predstavljaju upravo onu supstancijalnu, odnosno političku komponentu, koju kao takvu u smislu subjekata prava odbacuju. S druge strane, postoje autori koji ove sposobnosti definišu kao sastavni dio pravne, odnosno poslovne sposobnosti. Ipak, ova pitanja je neophodno posebno istaknuti i definisati ih kao posebne (ostale, dodatne) sposobnosti koje, uz osnovne četiri, predstavljaju dodatne elemente potpunog međunarodnopravnog subjektiviteta.

S tim u vezi, A. Magarašević naglašava da postoji određeni broj „dodatnih sposobnosti, ili pak, karakteristika koje posebno određuju međunarodnopravni subjektivitet i koje su jedinstvene samo za subjekte međunarodnog prava. Ovdje je riječ o npr. pravno - stvaralačkoj sposobnosti, koja podrazumijeva mogućnost učestvovanja u stvaranju, izmjenama ili gašenju pravila međunarodnog prava, kao i sposobnost, odnosno pravo slanja i primanja diplomatskih misija, te specifičnost pružanja diplomatske zaštite u inostranstvu.”<sup>49</sup> Nadalje, kada je riječ o posebnim karakteristikama možemo govoriti i o imunitetu međunarodnopravnog subjekta od nacionalne jurisdikcije, kao i o sudskom imunitetu u širem smislu, koji podrazumijeva da se subjekt međunarodnog prava u postupku pred bilo kojim sudom može pojaviti samo na osnovu dobrovoljnosti, što predstavlja njegovu posebnu sposobnost.<sup>50</sup> Takođe, R. Portman naglašava jedinstvenost subjekata međunarodnog prava u pogledu sposobnosti stvaranja međunarodnopravnih pravila, ali i sposobnosti za ograničenje primjene određenih pravila.<sup>51</sup> Posebne

<sup>47</sup> Šire v. M. Savić, *Pravna ličnost međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu*, Politia, Fakultet političkih nauka UNIBL, Vol. VI No. 11 2016, 169-191.

<sup>48</sup> Šire v. C. Brolmann–J. Nijman, *Legal Personality as a Legal Concept for International Law*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper: Amsterdam Center for International Law, No. 2016/17, 2017.

<sup>49</sup> A. Magarašević, *Osnovi međunarodnog prava*, Novi Sad, 1965, 97.

<sup>50</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, IV Edition, Oxford University Press, 1990. 60.

<sup>51</sup> R. Portmann, cit. dj. 8, 69, 231-312.

sposobnosti kao dodatne elemente međunarodnog subjektiviteta u najširem smislu možemo odrediti, kako je to uradio B. Krivokapić, kao ostale sposobnosti subjekata međunarodnog prava, a koje podrazumijevaju: 1) aktivno i pasivno pravo poslanstva, tj. sposobnost da se šalju i primaju diplomatski predstavnici; 2) sposobnost da se učestvuje u radu međunarodnih konferencija; 3) sposobnost da se bude član međunarodnih organizacija; 4) sposobnost vođenja odbrambenog rata i preduzimanja prinudnih mjera; 5) sposobnost mirnog rješavanja sporova, odnosno učešća u tim procesima; 6) sposobnost da se uživa imunitet od strane jurisdikcije.<sup>52</sup>

Nadalje, subjektivitet u međunarodnom pravu, pored prethodno definisanih opštih i posebnih sposobnosti, mora biti dopunjen i faktičkom, odnosno društvenom (preciznije, političkom) dimenzijom koja posredno utiče na formiranje, priznanje i postojanje pravnih subjekata, bilo da oni egzistiraju istovremeno u unutrašnjem (državnom) i međunarodnom, ili pak, samo u međunarodnom poretku. Ovo je jedini način na koji možemo u cjelosti obuhvatiti i odrediti prirodu, formu, i obim subjekata međunarodnog prava. Istina, ovaj supstancijalni segment ima mnogo manje značaja unutar određene države, naprosto zbog prirode njenog pravnog poretka koji je hijerarhijski precizno definisan i formalno, prema načelu zakonitosti, ustrojen. Iz tog razloga se pri teorijskopravnom određenju subjekata (državnog) prava i ne uzima u obzir.

S druge strane, u međunarodnom poretku koji ne poznaje hijerarhiju pravnih akata, njegova faktička komponenta ima mnogo veću ulogu u smislu determinisanja pravnog odnosa *a priori lege*, a zatim i u pogledu priznavanja ili nepriznavanja konkretnih sposobnosti određenim organizmima. Ovo znači da međunarodni subjektivitet objedinjuje participaciju uz određeni oblik pri-

---

<sup>52</sup> B. Krivokapić, cit., dj. 69. Autor je gorenavedenu klasifikaciju proširio u novom izdanju knjige Međunarodno javno pravo iz 2017. godine u kojoj je definisano da "... u ostale sposobnosti koje predstavljaju elemente punog međunarodnog subjektiviteta (onog svojstvenog država-ma) spadaju naročito: 1. aktivno i pasivno pravo poslanstva... 2. sposobnost da se učestvuje u radu međunarodnih konferencija, 3. sposobnost da se bude član međunarodnih organizacija, 4. sposobnost vođenja odbrambenog rata i preduzimanja prinudnih mjera, 5. sposobnost mirnog rješavanja međunarodnih sporova odnosno učešća u tim procesima, 6. sposobnost da se poseduju razni vidovi međunarodne nadležnosti, 7. sposobnost da se uživa imunitet od strane jurisdikcije, 8. sposobnost da se kažnjavaju drugi subjekti međunarodnog prava, tj. da se vrši kaznena funkcija (*ius punendi*)" B. Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2017. 259.

hvatanja od strane zajednice.<sup>53</sup> Ove dvije apstraktno postavljene kategorije predstavljaju esenciju složenosti subjektiviteta u međunarodnom pravu.

Naprsto, međunarodno pravo ne poznaje *ius imperii* u onom smislu u kojem država temelji poredak vlasti i stupa u javnopravne odnose. Participacija podrazumijeva sposobnost stupanja u međunarodnopravne odnose i tako objedinjuje pravnu i poslovnu sposobnost subjekata, dok prihvatanje s druge strane podrazumijeva određenu vrstu legitimacije unutar međunarodne zajednice. Međunarodno pravo i jeste na prvom mjestu javno pravo, jer je unutar međunarodnog poretka *ius imperii* princip, načelo, odnosno pravo na osnovu kojeg se države među sebi formalno jednakim subjektima legitimišu i tako tvore međunarodnu zajednicu.<sup>54</sup>

Međutim, danas u međunarodnopravnim odnosima participiraju i subjekti koje ne funkcionišu prema načelu jednakosti. Pored ovoga, značenje pojma međunarodne zajednice nije isto kao što je nekad bilo. Savremeni međunarodni tokovi donijeli su proliferaciju odnosa kao i posebnih sposobnosti, različitih subjekata koji stupaju u te odnose, ali su omogućili i dekompoziciju u pogledu instrumentalizacije priznanja država i samog značenja pojma međunarodne zajednice. Rezultat ovoga je takav da međunarodno pravo danas poznaje i subjekte koji nisu na ovaj način jednaki – oni su posebno legitimisani, konstituišu se i funkcionišu prema *specialis* utvrđenim uslovima.<sup>55</sup> Oni zauzimaju posebno mjesto u međunarodnopravnim odnosima i preuzimaju specifična prava i obaveze što otvara nove dileme u vezi sa međunarodnopravnim subjektivitetom uopšte. Ipak, s jedne strane ne mogu biti svi politički, odnosno u širem smislu društveni, akteri identifikovani kao subjekti međunarodnog prava, a s druge, mnogi od njih imaju veći (neformalni) uticaj na njega od većine međunarodnopriznatih država i postojećih međunarodnih organizacija.

U pogledu navedenog, problem može biti još veći, upravo iz razloga što postoji mnogo jedinki koje predstavljaju značajne aktere u međunarodnom životu i međunarodnim odnosima, a koje ni po kojoj osnovi nisu pravne ličnosti u međunarodnopravnom poretku. U ovom smislu, savremena međunarodna realnost

<sup>53</sup> Šire v. J. Nijman, *Non-state actors and the international rule of law: revisiting the 'realist theory' of international legal personality*, University of Amsterdam, 2010.

<sup>54</sup> Šire v. V. Kazazić–M. Savić, cit. dj.

<sup>55</sup> Šire v. J. Nijman, cit. dj. University of Amsterdam, 2010.



je takva da postoji značajan disparitet između faktičkih i normativnih elemenata međunarodnog poretka.<sup>56</sup>

## ZAKLJUČAK

Na osnovu svega prethodno navedenog, može se izvesti zaključak da je pojam subjekta međunarodnog prava višeznačan i svakako dinamičan, što posebno dobija na značaju u savremenim okolnostima. Međunarodnopravni subjektivitet danas možemo odrediti jedino kombinovanim pristupom, a koji podrazumijeva prihvatanje osnovnih odrednica formalnopravnog koncepta – *Formal concept*, kao temelja, zatim individualističkog pristupa – *Individualistic concept*, u smislu pravnog subjektiviteta pojedinca, ali ne zanemarujući koncept učesnika – *Actors concept* u kontekstu faktičkog djelovanja u međunarodnom poretku. Prihvativši formalnopravni koncept na prvo mjesto postavljamo osnovne sposobnosti – pravna, poslovna, deliktna i procesna – subjekata međunarodnog prava. Ovo je polazna osnova, na osnovu koje inkorporacijom koncepta učesnika možemo definisati okvir dodatnih (posebnih) sposobnosti u međunarodnom pravu. Na kraju kroz individualistički pristup određujemo i pojedinca kao subjekta međunarodnog prava i to kroz sposobnosti koje on kao jedinka može posjedovati u međunarodnom pravu.

Na kraju ćemo iskoristiti priliku da izvršimo klasifikaciju subjekata međunarodnog prava. Subjekte međunarodnog prava – jedinice koje posjeduju potpuni, ili pak ograničeni, djelimični, međunarodnopravni subjektivitet danas možemo klasifikovati u okviru pet opštih kategorija.<sup>57</sup> To su: 1) *države*, koje bez dileme predstavljaju osnovne subjekte međunarodnog prava i koje danas u savremenom svijetu posjeduju, ekskluzivitet formalnopravne suverene nezavisnosti; 2) *subjekti slični državama (kvazi-države)* koji u kontekstu savremenog međunarodnog prava na početku XXI vijeka obuhvataju: a) zavisna pravna lica slična državama, kao organizme koji posjeduju gotovo sve atribute kao i suverene države, ali to nisu;<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Šire v. M Savić, cit. dj.

<sup>57</sup> U pogledu izvršene klasifikacije i osnovnih odrednica u pogledu podjele subjekata međunarodnog prava šire v. V. Kazazić – M. Savić, cit., dj.

<sup>58</sup> Prema prethodno navedenoj strukturi možemo izvršiti klasifikaciju zavisnih pravnih lica na osnovu njihove pravne prirode, istorijskih okolnosti, načina uspostavljanja, opšteg karaktera, obima državnopravnog subjektiviteta i dr. Zavisna pravna lica su: 1) vazalne države, 2) protektorati i 3) neoprotektorati, uz poseban položaj državotvornih organizama, koji od slučaja do slučaja mogu imati elemente i zavisnih pravnih lica, odnosno mogu posjedovati kvalitete pravne ličnosti u



b) državotvorne organizme<sup>59</sup> koji se tek trebaju uspostaviti kao (potpuna) pravna lica u međunarodnom pravu, pri čemu trenutno posjeduju usko određen i ograničen međunarodnopravni subjektivitet i v) nesamostalne teritorije pod posebnim mandatom, a koje mogu posjedovati elemente subjektiviteta u međunarodnom pravu i mogu se ponovo u drugom obliku pojaviti u skoroj budućnosti.<sup>60</sup>

U XXI vijeku zavisna pravna lica zavrijeđuju posebnu pažnju, jer će kako nam praksa pokazuje u godinama koje dolaze biti, mada u različitim oblicima, čest fenomen s kojim će se međunarodno pravo morati suočiti. To su svakako, 3) *međunarodne organizacije*, kao subjekte koji su stvoreni od strane država i koji danas istovremeno predstavljaju formalne međunarodne institucije (organe). Međunarodne organizacije su pored država kao originarnih subjekata međunarodnog prava, drugi najznačajniji oblik društva koji posjeduje međunarodnopravni subjektivitet.<sup>61</sup> Ovdje mislimo na međunarodne organizacije javnog karaktera, tj. međunarodne institucije formirane od strane država. 4) *transnacionalne organizacije* i udruženja koja predstavljaju posebne subjekte međunarodnog prava formirane od strane nedržavnih subjekata. Ovi organizmi čiji osnivači nisu države zauzimaju sve značajnije mjesto u međunarodnopravnom poretku. Na prvom mjestu kao transnacionalne organizacije možemo odrediti međunarodne nevladine organizacije, koje zauzimaju posebno mjesto u međunarodnopravnom poretku, bez jedinstvenog formalnopravnog okvira, koji se može primjetiti kod međunarodnih javnih organizacija. Heterogenost nevladinih organizacija predstavlja osnovnu teškoću u iznalaženju jedne precizne definicije koja bi mogla objediniti ovaj veoma brojan korpus subjekata međunarodnog prava.

Na drugom mjestu se nalaze multinacionalne - transnacionalne kompanije (preduzeća, privredna društva, korporacije i sl.) čiji uloga i značaj su u stalnom

međunarodnom pravu. Prve dvije kategorije predstavljaju tekovinu prošlosti i danas ne postoje. Šire v. isto.

<sup>59</sup> Državotvorni organizmi su (ličnosti) države u nastajanju, na čijim teritorijama se odvija proces uspostavljanja vlasti. U ovu kategoriju možemo svrstati i neke teritorije koje su bile pod međunarodnim mandatom u prošlosti, a koje su organizovale određeni stepen samostalne vlasti, na osnovu čega su prije specialis subjekti, nego objekti u međunarodnom pravu.

<sup>60</sup> Danas je posebno značajan međunarodnopravni subjektivitet neoprotektorata kao posebnog oblika zavisnog pravnog lica, prije svega zato što analizom ovog fenomena možemo primjetiti mnoge specifičnosti savremenih izazova međunarodnog prava. O ovome, šire v. M. Savić, *Bosna i Hercegovina – država ili neoprotektorat?*, Dejtonski sporazum, dve decenije mira i pouke za svet, Beograd, 2016, 173-191.

<sup>61</sup> Šire v. M. Savić, cit. dj. Politeia, Fakultet političkih nauka UNIBL, Vol. VI No. 11 2016, 169-191.

porastu.<sup>62</sup> Ove kompanije se još nazivaju i globalnim korporacijama, što se može podvesti pod pojam privrednih preduzeća koja u cilju postizanja što većeg profita djeluju i imaju ogranke u više država.<sup>63</sup> I na kraju 5) pojedinac koji se sve češće javlja kao neposredni nosilac određenih prava i obaveza u međunarodnom pravu. Njegova prava, odnosno pravno ovlaštenje u konkretnom pravnom odnosu pronalazi utemeljenje u međunarodnom pravu ljudskih prava, dok se on, s druge strane, može pozvati neposredno na odgovornost u skladu sa normama međunarodnog krivičnog prava. U skladu sa navedenim, pojedinac danas posjeduje pravnu sposobnost, koja je, ipak, u velikoj mjeri ograničena, pri čemu širi okvir međunarodnog subjektiviteta on uživa u pogledu procesne, ali i deliktne sposobnosti.

MATEJ SAVIĆ, PH.D.,  
Assistant Professor, Faculty of political sciences,  
University of Banja Luka

## THEORETICAL CONCEPT OF INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY

### Summary

The main topic of this paper is the theoretical issues of International Legal Personality. Particular emphasis is given to the problem of the relationship between Formal-normative determination and the Factual-material aspect of Legal personality in International Law, which in modern trends of development of International Legal Relations actually predetermines the character of the entire International Legal Order. International law relations are extremely complex, especially today, and we can see more diverse rights holders and specific obligations in these relations. The theory of International Law is now encountered by the actual processes within the International Legal Order, where we can recognize major problems in terms of Subjects of International Law determination and general definition, which is one of the basic issues discussed in this paper

---

<sup>62</sup> V. Kazazić–M. Savić, cit. dj.

<sup>63</sup> Danas najpoznatije multinacionalne kompanije predstavljaju korporacije kao što su: Ford Motor Company, IBM, Exxon Mobil, Siemens, Heineken, Honda, Nestle, Samsung, Nike, Boeing, General Motors, Coca Cola itd. Šire v. isto.



FILIP TURČINOVIĆ,  
ALEKSANDRA KOVAČEVIĆ

## MEĐUNARODNO PRAVNI ZNAČAJ BERMUDSKIH SPORAZUMA JEDAN I DVA

### U V O D

Vazduhoplovno pravo je skup sistematski uređenih pravnih pravila koji na relativno potpun način uređuju najveći broj pravnih pitanja od važnosti za nesmetano odvijanje prometa ljudi i roba vazdušnim putem. Riječ je o veoma složenim pitanjima koja regulišu: 1) pravni status vazdušnog prostora; 2) pravni status vazduhoplova; 3) oblast vazdušne plovidbe i vazdušnog prometa; 4) uređenje usluga vazdušnog prevoza, 5) licenciranje pilota i posada vazduhoplova; 6) pravni status vazduhoplovnih prevoznika; 7) pravni status proizvođača vazduhoplova i vazduhoplovne opreme; 8) pravni status aerodroma; 9) pravni položaj vladinih i nevladinih organizacija oblasti vazduhoplovstva.

#### *Regulisanje međunarodno javno pravnih pitanja*

Regulisanju međunarodno javno pravnih pitanja posvećene su sljedeće Konvencije i to:

---

Dr Filip Turčinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union "Nikola Tesla", Beograd.  
Mr Aleksandra Kovačević, Advokataska kancelarija prof. dr Aleksandra Kovačevića, Cetinje.

1) Čikaška Konvencija iz 1944. godine nastala na Konferenciji u Čikagu.<sup>1</sup>

Ona obuhvata opšta pravna pitanja o međunarodnom civilnom vazduhoplovstvu. U njenim odredbama predviđa se poštovanje suvereniteta, odnosno potpuna suverena vlast države. Na toj Konferenciji prisustvovala su delegacije iz 52 države koje nijesu mogle postići sporazum o veoma bitnim pitanjima međunarodnog vazdušnog saobraćaja. Istina, postignut je sporazum o dvije slobode i to: 1) prva sloboda koja se odnosi na prelet teritorija drugih država ugovornica bez slijetanja; 2) druga sloboda se odnosila na pravo slijetanja radi otklanjanja ozbiljnog kvara, punjenja goriva ili usljed izbjegavanja opasnosti nastale zbog vremenskih nepogoda.<sup>2</sup>

Treća sloboda odnosila se na pravo prevoza putnika i tereta iz države registracije vazduhoplova u drugu državu.

Četvrta sloboda je pravo prevoza putnika i tereta iz druge države natrag u državu registracije vazduhoplova.

5) peta sloboda koja je obuhvatala ukrcavanje putnika i tereta van matične države vazduhoplova na letu van matične države.<sup>3</sup>

2) Tokijska Konvencija iz 1963 godine se bavi krivičnim djelima i drugim nezakonitim radnjama izvršenim u vazduhoplovima;<sup>4</sup>

3) Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova (Haška konvencija iz 1970. godine)<sup>5</sup>

4) Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbjednosti civilnog vazduhoplovstva iz 1971. godine.<sup>6</sup>

Međuvladine i nevladine međunarodne organizacije u vazduhoplovstvu

---

<sup>1</sup> Konvencija je objavljena u Sl. listu SFRJ, br. 9/1977. godine.

<sup>2</sup> Vidi potpunije: Avramov S., Kreća Milenko, Međunarodno javno pravo, 1999. str. 428-429.

<sup>3</sup> Vidi potpunije: Etinski R, Đajić S, i Tubić B, Međunarodno javno pravo, 2017, str. 685-681.

<sup>4</sup> Konvencija je objavljena u Sl. listu SFRJ br. 47, 1970. godine.

<sup>5</sup> Konvencija je objavljena u Sl. listu SFRJ br. 33, 1972. godine.

<sup>6</sup> Konvencija je objavljena u Sl. listu SFRJ, br. 33 1972. godine. Privatno pravna dimenzija zastupljena je: u Varšavskoj Konvenciji iz 1929. godine sa Protokolima; Ova Konvencija je objavljena u Sl. gl. Kraljevine Jugoslavije 1931, br. 124XXXVII. Pored ovih privatno pravnih dokumenata egzistira Konvencija o naknadi štete koju prouzrokuje strani vazduhoplov trećim osobama na zemlji tzv. Rimska Konvencija iz 1952. godine i Konvencija o osiguranju potraživanja na vazduhoplovu iz 1933. godine.

ICAO (Međunarodna organizacija civilnog vazduhoplovstva) osnovana je u Čikagu 1944. godine sa ciljem da: unaprijedi načela i tehnike međunarodne vazdušne plovidbe i podstiče planiranje međunarodnog vazdušnog prometa; reguliše pravno tehničke aspekte u oblasti bezbjedonosne zaštite; privredni aspekt tržišnog poslovanja.

Sporazum o međunarodnom vazdušnom prometu iz 1944. godine zamišljen je od strane tvoraca kao mnogostrani sporazum. Takav pravni instrument će omogućiti državama ugovornicama međusobno uživanje prava i obaveza iz prvih pet vazdušnih sloboda. Nažalost samo je 11 država prihvatilo taj sporazum što je očigledno bilo nedovoljno. Sporazum o vazdušnom transportu koji su pored SAD, Švedske i Holandije potpisali i još jedan manji broj država u suštini je bio plod ozbiljnih nespোরазума koji su u osnovi na Čikaškoj konferenciji 1944. godine.<sup>7</sup>

Ovaj tzv. Tranzitni sporazum iz 1944. godine regulisao je pravo korišćenja vazdušnog prostora neke države u svrhu prevoza vazdušnim putem. Riječ je o međunarodnom ugovoru o prevozu civilnim međunarodnim linijskim saobraćajem. Takođe je mnogostrani sporazum u kome se sve strane ugovornice međusobno obavezuju da će poštovati prava i obaveze i prve i druge vazdušne slobode.

Sporazum su potpisale samo jedanaest država, usljed čega se stvorila praksa regulisanja putem dvostranih ili višestranih regionalnih sporazuma.<sup>8</sup>

Države su međusobnu primjenu ovih "vazdušnih" sloboda počele da regulišu putem dvostranih ili višestranih regionalnih ugovora.

Bermudski sporazumi u međunarodnom vazduhoplovnom pravu. Opšte međunarodnopravne okolnosti nastanka ovih sporazuma.

Prvi Bermudski sporazum između Velike Britanije i SAD potpisan je 11. februara 1946. godine. Delegati SAD i UK susreli su se u Hamiltonu na Bermudima da riješe pojedina važna pitanja koja su ostala neriješena na Čikaškoj konferenciji 1944. godine.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Vladine su još sljedeće: 1) ECAC (Evropska konferencija civilnog vazduhoplovstva); 2) EASA (Evropska agencija za vazduhoplovnu bezbjednost) 3) EUROCONTROL (Evropska organizacija za bezbjednost vazduhoplovne plovidbe); Nevladine su: 1) IATA (Međunarodno udruženje za vazdušni promet); 2) AEA (Udruženje evropskih vazduhoplovnih prevoznika); 3) ERA (Evropsko udruženje regionalnih vazdušnih prevoznika); 4) ACI (Međunarodni savjet aerodroma).

<sup>8</sup> Sporazum je objavljen u Sl. listu SFRJ, br. 9 1977. godine.

<sup>9</sup> Vidi: Business Dictionary: Hamilton, 2014. godina, Bermuda.

Nakon toga, ovaj sporazum postaje široko prihvaćeni model uređenja međunarodnog vazduhoplovnog prava. Tačan naziv Bermuda I u slobodnom prevodu glasi: "Sporazum između vlade Ujedinjenog Kraljevstva i vlade Sjedinjenih Američkih Država koji se odnosi na vazdušni saobraćaj između njihovih teritorija".

Njegova izvornost ustvari je odražavala ukupan pravno politički položaj dveju velikih sila nakon završetka Drugog svjetskog rata. Međutim, pored toga predstavljao je presedan na osnovu kojega je zaključeno preko 3 hiljade ovih sporazuma.

Nakon više od 30 godina važenja potpisan je sporazum Bermuda dva 1977. godine koji je stupio na snagu 1978. godine. Njegovom usvajanju su doprinijeli nesporazumi velikih sila i promijenjene geopolitičke okolnosti u međunarodnoj zajednici (kao npr. stupanje na međunarodnu scenu brojnih država nastalih u procesu dekolonizacije).<sup>10</sup>

Suštinski SAD, Ujedinjeno Kraljevstvo i još nekoliko značajnih država nijesu mogli postići sporazum o ekonomskoj dimenziji te saradnje i modalitetima kontrole vazdušnog saobraćaja. Načelno su se sporazumjeli samo o dvjema slobodama i to: 1) pravo preleta i 2) pravo prizemljenja iz tehničkih razloga i punjenja goriva.

Nadmoćnost SAD nakon II svjetskog rata ogledala se i u tome što je ona bez obzira na svoj položaj zaraćene strane učesnice sačuvala svoje vazduhoplovne kapacitete za prevoz putnika i robe. Dok to nije bio slučaj sa drugim značajnim državama čiji su vazduhoplovni kapaciteti uništeni ili nepovratno oštećeni u najvećem dijelu.

SAD su predlagale da se svim prevoznicima dodijeli pravo da bez uticaja bilo kojeg autoriteta sa strane slobodno procjenjuju i utvrđuju međunarodne rute za održavanje vazdušnog saobraćaja. Suprotno tome Velika Britanija je zastupala stav da se prethodno utvrde rute i nakon toga podijele na ravne časti dvjema ugovornim stranama. Usljed ovako koncipiranih suprotstavljenih interesa nije očigledno moglo doći do sporazuma.

Za razliku od postojećih sporazuma u vazdušnom saobraćaju Bermuda sporazumi definišu rute u svakoj državi ugovornici po kojima mogu letjeti, ukrcajati putnike i robu na svim njenim tačkama. Naravno isključuje se kabotaža.

---

<sup>10</sup> Shaw.N.M., International law, 1986, str. 178 o otkazu ugovora Bermuda jedan od 1946. vid Cheng, Dispute Settlement in Bilateral Air Transport Agreement, 1980, p. 97.

Nešto kasnije SAD su potpisale gotovo identičan Sporazum sa Francuskom i Belgijom. Takva situacija i drugi razlozi naprijed navedeni ukazivali su na promjenu politike SAD u radu i koncipiranju razvoja međunarodnog vazdušnog saobraćaja. To je postalo vidljivo kada je 25. jula 1946. godine Stejt Department objavio da se mijenja politika u toj oblasti u skladu sa odredbama Bermuda I Sporazuma.

Između naprijed navedenih država, SAD i UK, potencijalno najvećih prevoznika u međunarodnoj zajednici na Čikaškoj konferenciji iz 1944. godine nije postignut sporazum o preostalim trima slobodama.

U Sporazumu Bermuda jedan, SAD i UK dvije strane ugovornice su ponovo prihvatile dvije prve slobode predviđene u Čikaškoj Konvenciji iz 1944. godine koja tada 1946. godine nije bila stupila na snagu.

SAD su se saglasile da Međunarodna organizacija za vazdušni transport (IATA) utvrđuje rute i cijene prevoza uz saglasnost obje strane ugovornice. Ovaj model sporazumijevanja između SAD i UK postao je uzorak za sporazume između drugih država.

Velika Britanija je nastavila da primjenjuje restriktivan model po kome su za utvrđivanje ruta letenja i cijena nadležne dvije vlade država ugovornica.

Za vrijeme II svjetskog rata vazdušni saobraćaj između dvije države na strani SAD obavljao je Pan American World Airlines, a sa Britanske strane, državni operater British Overseas Airways Corporation.<sup>11</sup>

Terminal za letove u SAD bio je u Baltimoru, a u UK u Pooly u jugozapadnoj Engleskoj. I jedna i druga strana koristila je za tehničko slijetanje odnosno za punjenje goriva aerodrom u Botwood na Nju Faudlendu. Takođe je Velika Britanija koristila za letove ka kolonijama aerodrom u Foynes-u na rijeci Šenon u Irskoj.

Preljetanje Atlantika je trajalo obično 32 sata što je zavisilo posebno od vremenskih prilika odnosno od jačine vjetra. Osim toga je popravka mehaničkih kvarova vrlo često oduzimala dosta vremena između slijetanja i uzlijetanja.

Putnički saobraćaj u ratu se odvijao uglavnom u vojne svrhe i za potrebe vlada dweju država.

---

<sup>11</sup> Vidi [potpunije:https://en.wikipedia.org/wiki/Bermuda\\_Agreement](https://en.wikipedia.org/wiki/Bermuda_Agreement) Posjeta sajtu 21.05 2018. godine.



Međutim, planeri budućeg razvoja vazdušnog saobraćaja veoma su vodili računa o najpovoljnijim uslovima za razvoj vazduhoplovstva preko Atlantika. To potvrđuju planovi u fabrikama aviona Lokidu, Boingu i Daglasu.

Novi prevoznici su prevozili sve više korisnog tereta, putnika pa i goriva za vazduhoplove. U tom razdoblju nije bilo preleta preko Atlantika bez slijetanja za punjenje goriva.

Stoga su pojedini aerodromi na tim rutama imali veliki značaj. Poseban značaj u tom smislu imao je aerodrom Glandar na Nju Faundlendu koji je bio britanska kolonija.

Aerodrom na Bermudama bio je od velikog značaja za početak brojnih letova. Prestwick u blizini Glazgova bio je pogodan za skladištenje i prevoz robe.

Tada novi aerodrom Hitrou u Londonu bio je vrlo pogodan kao središte za letove po Evropi i Srednjem Istoku.

Hong Kong je imao strateški značajan položaj za odvijanje letova između SAD i Kine. To potvrđuju sastanci između dtžavnih činovnika Ujedinjenog Kraljevstva i Ministrstva Avijacije i predstavnika SAD iz departmana (ofisa) za saobraćaj. Pri tom valja imati u vidu da je u tom razdoblju još trajao građanski rat između Čang Kaj Šekovih nacionalista i Mao Ce Tungovih komunista.<sup>12</sup>

Bermuda sporazum između dva pobjednička ratna saveznika ustvari je bio plod napora da se omogući razvoj vazdušnog saobraćaja preko Atlantika i Pacifika. Obije navedene ugovorne strane su se o tome saglasile načelno ali je bilo značajnih razlika kada je riječ o načinu i modalitetima kako to postići.

Američki delegati su tražili na sastanku u Hamiltonu-Bermuda 1946. godine da se uspostavi liberalan režim kako bi prevoznici mogli angažovati svoje kapacitete u prevozu putnika na utvrđenim linijama. Takođe su smatrali da se utvrđivanje ruta i cijene prevoza treba postaviti na komercijanim osnovama i da se ukupan rad odvija uz veoma mali uticaj državnih organa.

Ujedinjeno Kraljevstvo je uzimajući u obzir okolnost da SAD imaju vodeću ulogu u razvoju programa civilnih vazduhoplova za domaće i međunarodne letove i da njihovi prevoznici imaju tehnički savršenije avione i usljed toga prednost i u međunarodnom vazdušnom saobraćaju između Južne i Sjeverne Amerike. Stoga su preferirali sporazume manje liberalne kakve su kasnije uspjeli da potpišu sa Australijom i Novim Zelandom.

---

<sup>12</sup> Vidi sajt <https://www.Slide share. p. 2-7>. Posjeta sajtu 2 septembar 2018. godine.

Po njihovom stanovištu valjalo je utvrditi po jednu rutu preko Atlantika za obje ugovorne strane uz uslov da budu istovrsne frekvencije i podjednake cijene koštanja karata za putnike. Oni su idealistički mislili da u saobraćaju bude jedan avioprevoznik iz SAD u saradnji sa British Overseas Airways Corporation uz zajedničko pokrivanje troškova opreme i instalacija i podjednako učešće u podjeli profita.<sup>13</sup>

Naprijed izloženi model primjenjivao se u gotovo svim narednim koje Ujedinjeno Kraljevstvo zaključivalo sa drugim državama. Donekle je Pan American podržavala ovaj model s tim što je tražila više od jedne rute preko Atlantika.

Međutim, to je bilo neprihvatljivo za Stejt department posebno iz razloga što je gotovo cio pomorski putnički saobraćaj preko Atlantika bio u rukama Ujedinjenog Kraljevstva. Stoga su tražili da dobiju veći broj preleta, što se nesumnjivo kosilo sa britanskim interesima.

Dvije kompanije SAD American Export Airlines i Trans World Airlines koje su imale poslovne odnose sa Loceed Constelations odlučili su da se priključe Pan American kompaniji u vazdušnom saobraćaju preko Atlantika. U svojim marketinškim istraživanjima iznosili su stanovište da će ti letovi ubrzo postati veoma rentabilni. U tom pravcu su dobili podršku kongresmena i brojnih poslovnih ljudi koji su često naglašavali da tako restriktivan pristup Ujedinjenog Kraljevstva nije prihvatljiv za SAD. Usljed toga su pledirali da eventualni sporazum mora obuhvatiti mogućnost uključivanja većeg broja prevoznika prema sopstvenom nahođenju ugovornih strana na označenim destinacijama.

Na početku su SAD imale tri prevoznika dok je UK imalo samo BOAC.

SAD su za prelet preko Atlantika označile sljedeće aerodrome: u Baltimoru, Njujorku, Čikagu, Detroitu, Filadelfiji, Vašingtonu i Bostonu.

Ujedinjeno Kraljevstvo je predvidjelo letove sa sljedećih aerodroma i to: London i Prestwik u Škotskoj, a za kolonijalne rute Bermuda ili Gander.

Buduće rute su SAD dozvolile Nju Orleansu i Jamajki za letove prema Južnoj Americi. Takođe su odredili i rute za aerodrome uglavnom u glavnim gradovima evropskih država.

Preko aerodroma u gradovima svojih kolonija Ujedinjeno Kraljevstvo se povezivalo sa Srednjim Istokom, Indijom i Kinom.

---

<sup>13</sup> Vidjeti potpunije: <https://www.slideshare.net/bermude-agreement> Posjeta sajtu 18.09.2018. godine.

Delegacija SAD je označila kao veoma važnu rutu Njujork-Bermuda. Ovom rutom Delegacija SAD je putovala na pregovore sa UK. Pacifički terminal je obuhvatao Los Anđelos i San Francisko i kolonije Ujedinjenog Kraljevstva: Hong Kong i Singapur. Ovaj terminal imao je letove i u obratnom smjeru što se zahvaljujući Pan Amerikanu sprovodilo u praksi.

Jedan broj Karipskih ostrva u kolonijalnom posjedu UK kao npr. Jamajka, Trinidad i Bahami bili su dozvoljeni kao destinacija za letove iz Njujorka i povremeno iz Hjustona, Palm Biča i Nju Orleansa. Za vrijeme koje dolazi utvrđene su još neke rute za prevoznike iz Južne Amerike i iz SAD.

Sa Atlantskih ostrva koji su bili kolonije Ujedinjenog Kraljevstva utvrđene su rute za Ganu i Nigeriju i perspektivno za Južnu Afriku.

Članovi Senata i Doma lordova kritikovali su pregovarače bez obzira što su po opštoj ocjeni potpisali korektan sporazum. Bilo je prigovora da će objije strane biti u mogućnosti da pojedine odredbe mogu koristiti samo za svoje interese kada je riječ o unutrašnjim tarifama.<sup>14</sup>

Ta klauzla je umetnuta kako bi bila dozvoljena njena primjena za slučaj da je prethodno došlo do najave da nema dovoljno mjesta u avionu. U vezi sa tim važno je pomenuti specifičnost koja se ogleda u tome što se nije mogao uvesti u saobraćaj drugi veći avion na djelovima rute kao što su Njujork- Meksiko Siti ili London –Pariz. Kao što se očekivalo avioni iz SAD su obavljali lavovski dio posla na Atlantskoj ruti nekoliko godina. Pri takvom sudu valja imati u vidu da je postepeno BOAC bila u mogućnosti da stvara profit koristeći američke avione.

Od sredine 1946 godine Lokid konstelacija je radio sa Pam American i AOA vazdušni saobraćaj na ruti od Njujorka do Londona i obratno. Uprkos svim teškoćama tehničke prirode i na jednoj i na drugoj strani bilo je vidljivo da će ta ruta postati najvažnija i za jednog i za drugog avio prevoznika.

#### BERMUDA DVA

Krajem 1976 godine Laburistička vlada Harolda Vilsona je jednostranom izjavom okončala važenje Bermuda jedan sporazuma. Tom prilikom je izrazila namjeru da potpiše novi Bermuda sporazum do juna 1977. godine.

---

<sup>14</sup> Azzie R., Specific Problems Solved by the Negotiation of Bilateral Air Agreement, Mc Gill Law Journal 13(2) p. 303-308.

Takva odluka nije naišla na odobravanje u SAD. Upućeni su veoma kritički tonovi na račun vlade Ujedinjenog Kraljevstva, jer takvim postupkom se vraća na staru praksu poslovanja u ovoj oblasti od prije trideset godina koja je pokušala da afirmiše neodrživi restriktivni pristup, poguban po opštoj ocjeni, za razvoj međunarodnog civilnog vazdušnog saobraćaja.

Prigovaralo se takođe laburističkoj vladi da je u osnovi njenog jednostranog postupka ustvari namjera da se uskrate već stečena prava prevoznika iz SAD i da se dobije što bolji položaj za nove avione Concord iz Ujedinjenog Kraljevstva. Posebno im je bilo značajno da stvore mogućnost za njihovo uvođenje u saobraćaj na linijama za Vašington i Njujork.

Takve prilike izgledale su nepovoljno, jer je to dešavalo u vrijeme predsjedničkih izbora u SAD. Smatralo se objektivno da takav krucijalni događaj onemogućava da se u kratkom vremenu postigne dobar sporazum za obje strane.

Vlada Ujedinjenog Kraljevstva nastojala je da promijeni relativno nisko učešće u profitu svojih prevoznika na atlantskim rutama koji je varirao u procentu između 1/3 i 2/5. Međutim, najveći dio putnika bili su Amerikanci. Stoga se takav procenat nije mogao smatrati neočekivanim.

Pan Amerikan je preuzeo Američku prekomorsku putničku avijaciju, a zatim je pristupio Američkoj svjetskoj kompaniji na ruti za aerodrom Hitrou u Londonu koji je postao gotovo najvažnije središte u Evropi za letove prema Americi.

Kompanija TWA bila je u mogućnosti da ukrcava putnike sa domaćih linija u SAD. Najčešće ih je prevozila preko svog terminala na Njujorkškom aerodromu prema Londonu.

Pan American kompanija je razvijala saradnju i sa drugim kompanijama u SAD i pravila sa njima aranžmane za prevoz putnika u sljedećim godinama. Ova tri naprijed spomenuta prevoznika prevozili su "Boingom 747" putnike do Londonskih aerodroma Hitrou.

Nije sporno da su brojni putnici iz SAD uživali u vrhunskom servisu Britanskog avio prevoznika koji ipak nije mogao na duži rok sa svojim visokim cijenama da izdrži konkurenciju američkih prevoznika.

Prema opštem mišljenju sporazum Bermuda II koji stupio na snagu 1978. godine bio je manje liberalan nego Bermuda I. Značajna promjena u tom pravcu bila je što je izmješteno pravo prevoznika da utvrđuju cijene prevoza. To je dato u nadležnost vladama država ugovornica. Riječ je bilo o vrlo kompleksnoj proceduri bez obzira što su to pravo direktno vršile dvije vlade.

Osim toga predviđen je mali broj terminala na aerodromima u SAD za letove prema Londonu.

Na drugoj strani avionima van redovnog linijskog saobraćaja dozvoljena je upotreba novog aerodroma Getvik. Ovako razuđen sistem polijetanja zahtijevao je dobru kontrolu kapaciteta koja je morala po pridodi te stvari biti veoma složena. Ujedinjeno Kraljevstvo je uvijek plediralo da je potrebno ustrojiti sistem koji će omogućiti objema stranama ugovornicama da se takmiče za putnike u istim vremenskim terminima.

Kao što smo ranije istakli Bermuda jedan sporazum je bio veoma rigidan dok je Bermuda dva ustvari okvirni sporazum koji je dozvoljavao dopunu ili izmjenu onda kada se okolnosti promijene.

U tom pravcu ilustrativno je pridodavanje aerodroma u Mančesteru za letove preko Atlantika. Pored njega nešto kasnije pridodati su na tu listu još neki regionalni aerodromi. Tokom 1991 godine bankrotirale su kompanije Pan American i TWA. Nakon toga uslijedili su pregovori iz kojih je rezultirala dozvola letenja za dva prevoznika iz SAD i jednog iz Ujedinjenog Kraljevstva.<sup>15</sup>

Od 1996. godine svi aerodromi u Ujedinjenom Kraljevstvu koji imaju tehničku mogućnost primjene treće i četvrte slobode mogu letjeti na atlantskim rutama.

U vrijeme vlade Margaret Tačer postupalo se u ovoj oblasti prilično liberalno. Tome je doprinosila činjenica da je Britiš ervežz veoma dobro poslovao.

Routes je otvorio u tom periodu novi terminal na Hitrou za slobodno letenje prema Aziji, Centralnoj, Južnoj Americi i Australiji.

Obnovljeni pregovori omogućili su primjenu sedme slobode na osnovu koje je dozvoljeno avio prevoznicima iz UK i SAD da ukrcavaju putnike između kontinentalnih evropskih aerodroma i kako je bilo uglavnom predviđeno sporazumom Bermuda jedan.

Avio prevoznicima iz UK i SAD bilo je dozvoljeno učešće u dividendama koje su bile zabranjene Shermanovim zakonom o antitrustu.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vidi potpunije, [http://en.wikipedia.org/wiki/Bermuda\\_II\\_Agreement](http://en.wikipedia.org/wiki/Bermuda_II_Agreement) Posjeta sajtu 20 avgust 2018.

<sup>16</sup> Sherman Antitrust Act, vidi detaljnije [http://www.britanica.com/event/Sherman\\_Antitrust\\_Act](http://www.britanica.com/event/Sherman_Antitrust_Act). Posjeta sajtu 28 avgust 2018. godine.

Bermuda II Sporazum je donio dosta pogodnosti u vidu učešća u profitu za prevoznike iz Ujedinjenog Kraljevstva.

Tokom 1999. godine 13 prevoznika iz Ujedinjenog Kraljevstva je letjelo preko Atlantika. Sa domaćih aerodroma najviše su bili zastupljeni Britiš Ervejs sa 40% i Virdzin Atlantik sa 1,5%. Od prevoznika SAD bili su zastupljeni American Ervejs sa 13,9%, Junajted Arlajns sa 12%.

Slijede Kontinental 6%, Delta sa 4%. Er Indija, Er Langus, Er Nju Zeland i Kuvajat Ervejs imali su samo 1,3% putnika.

U toj godini bilo je 18 miliona putnika iz SAD. To je enormno povećanje u odnosu na 3 miliona u posljednjoj godini važenja Bermuda jedan Sporazuma. Oko 40% od tih putnika išlo je u zemlje Evropske unije, a prolazilo je kroz Londonski aerodrom.

Peta sloboda koja je bila primijenjena u sporazumu Bermuda I bila je mnogo restriktivnija u Bermuda II sporazumu. Ona obuhvata pravo prevoza putnika i tereta između dvije strane države koje počinje i završava se u državi registracije vazduhoplova.

Britanski avio prevoznici mogli su ukrcavati putnike samo za Belgiju, Francusku, Njemačku, Holandiju, Luksemburg i Irsku. Američki prevoznici mogli su ukrcavati putnike sa Šenona, Prestvika i Glazgova. Osim toga dozvoljeno im je sa aerodroma Ujedinjenog Kraljevstva ukrcavati putnike i robu za Berlin, Frankfurt, Hamburg, Minhen i Oslo. Ovakvo stanje se ocjenjivalo kao mnogo restriktivnije nego Bermuda I koji je imao mnogo više ruta za petu slobodu.

Pan Amerikan je do bankrotstva upražnjavao rute do Zapadnog Berlina. Bilo je to vrijeme kada njemački prevoznici nijesu obavljali međunarodni avio saobraćaj. Takođe za tu rutu nije bio velik interes.

Bermuda II sporazum je zamijenjen u dvije faze i to prva do 30. marta 2008. godine. I druga od 24 juna 2010. godine Sporazumom o vazдушnom transportu između 28 država Evropske unije i SAD.<sup>17</sup>

U taj Sporazum je unijeta odredba o Otvorenom nebu što je suštinski daleko više nego što je predviđao Bermuda I Sporazum.

---

<sup>17</sup> Cooper J. C, The Bermuda Plan: World Patern for Air Transport, Foreign Affairs, 8. maj 2015. godine.

FILIP TURČINOVIĆ, LL.D., professor, Faculty of Law  
University Union, Belgrade  
ALEKSANDRA KOVAČEVIĆ, LL.M., Lawyer Office,  
Cetinje

### Summary

After World War II both states and individual entities were considered to be subjects of international law. However, when it comes to possibilities for both of them to become members of international organizations and bodies, it must be said that there actually is a great difference of approach to the issue. States are sovereign subjects themselves, while entities are mostly not. Nevertheless, it should be emphasized especially when it comes to our work that a consistent application of the absolute sovereignty would end by prevention of the further development of international civil aviation. Consequently, some perceptions appeared concerning finding ways of limitation of the absolute sovereignty within which national corporations would be allowed to organize international civil aviation in order to contribute to the freedom of the air traffic of both people and goods, as an inevitable and necessary factor of development of overall international community relations. Having that in mind, the 1944 Chicago Conference makes a significant milestone.

It was made at a time when neither World War II was formally finalized nor the past abolished in order to get new relations within the international community established on the basis of affirmation of the principles of both sovereign equality of states and non-discrimination. Seeing that here the very beginning of these relations is under consideration, as well as that the states participating at the 1944 Chicago Conference primarily tended to take care of their own national interests, it could not be expected that the legal documents resulted from the Chicago Conference, comprising the five freedoms, would be accepted as a whole. The consent about the two freedoms was made, essentially bringing affirmation of the freedom of flyover the territory of another contracting state.

However, the absence of a legal framework for the remaining air traffic freedoms hindered or even prevented unimpeded international civil aviation. The fact that the Chicago Convention had not been enforced at the time made the Bermuda agreements at least partially acceptable model of overcoming the problem of restrictions of air navigation.

ANA BUDAK

## ODGOVORNOST MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA ZA KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA

### U V O D

Pravo treba da služi pravičnosti i efikasnosti.<sup>1</sup> Pravično je da svaki pojedinac bude kompenzovan za štetu koju je pretrpeo i da, prema tome, međunarodna organizacija kao štetnik za takav akt kršenja pojedinačnih prava i odgovara. Sa druge strane, ono mora biti i efikasno, te, prema tome, imati adekvatne mehanizme kojima će međunarodnu organizaciju prinuditi da poštuje ljudska prava ili je, ako ih ne poštuje, kazniti kada ih prekrši. Međutim, na današnjem stupnju razvoja međunarodnog prava čini se da adekvatni preventivni mehanizmi ne postoje, a ako i postoje, nisu efikasni. Da li je pravo efikasno u drugom aspektu, da li je razvilo mehanizme za odgovornost organizacije - štetnika tema je istraživanja ovog rada.

A šta je funkcija međunarodnog prava? Može se reći da je funkcija međunarodnog prava da obezbedi uredno upravljanje međunarodnim odnosima. Tradicionalna priroda takvog prava bila je ključna za aktivnosti u prošlim vekovima

---

Ana Budak, LL.M., doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> H. G. Schermers, "Liability of international organizations", *Leiden Journal of International Law* 1/1988, 4.



kada su se pod međunarodnim odnosima uglavnom smatrali međudržavni odnosi. Međutim, aktivnosti su se promenile. I pravo se promenilo.<sup>2</sup>

Poslednjih decenija uočljiv je trend proliferacije međunarodnih organizacija.<sup>3</sup> Ova ekspanzija može se objasniti potrebom da se zajedničkim snagama rešavaju problemi na regionalnom, pa i globalnom nivou.

Od same pojave međunarodne organizacije, pa sve do danas, teoretičari međunarodnog prava nisu uspeali da se usaglase oko samog pojma međunarodnih organizacija jer, s jedne strane, postoji velika raznovrsnost ovih entiteta, a sa druge strane, nije sasvim jasno ni koji pristup pojmu uzeti, s obzirom da on može biti pravnički ili politikološki.<sup>4</sup>

Proliferacija međunarodnih organizacija direktna je posledica nezavisnosti država i njihove svesti da bez kolektivne akcije globalni problemi ne mogu ili bar ne mogu efikasno biti rešeni. Zajednička akcija je i potrebna ako želimo progres u smislu da akcije država budu vođene međunarodnim pravom.<sup>5</sup> Ovo posebno imajući u vidu da međunarodno pravo predstavlja ograničenju diskrecionoj moći države, da njena volja nije neograničena, već, naprotiv, omeđena pravilima međunarodnog prava.

Neki autori upozoravaju na probleme koji iskrsavaju s obzirom da proliferacija međunarodnih organizacija nije praćena korespondirajućom odgovornošću.<sup>6</sup> Jedino je država u kojoj se poštuje pravo svakog pojedinca pravedna država. Jedino je takav svet pravedan svet. Zaštita ljudskih prava mora biti imperativ. Tako se može reći da je promocija i zaštita ljudskih prava u današnje vreme postala zajednička odgovornost cele međunarodne zajednice.

Tema odgovornosti međunarodnih organizacija je poslednjih decenija obeležila i rad raznih tela, pre svega Komisije za međunarodno pravo i Asocijacije za

---

<sup>2</sup> E. Duruigbo, "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", *Northwestern Journal of International Human Rights* 6/2007, 2.

<sup>3</sup> J. Wouters *et al.*, *Accountability for human rights violations by international organisations*, Intersentia, Antwerp - Oxford 2010, 27.

<sup>4</sup> B. M. Rakić, *Ostvarivanje mira preko međunarodnog organizovanja i integrisanja država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 13.

<sup>5</sup> O. De Schutter, "Human Rights and the Rise of International Organisations: The Logic of Sliding Scales in the Law International Responsabilité", *faculté de droit de l'université catholique de louvain - CRIDHO Working Papers*, 2014, 4.

<sup>6</sup> Detaljnije: A. Reinisch, "Securing the accountability of international organizations", *Global Governance* 7.2/2001, 131-149.

međunarodno pravo. Komisija za međunarodno pravo odlučila je da uključi odgovornost međunarodnih organizacija u svoj program 2000. godine.<sup>7</sup> Dve godine kasnije osnovala je radnu grupu i imenovala specijalnog izvišćioca profesora Đorđa Gaja (*Giorgio Gaja*).

Nacrt Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija Komisija je usvojila 2011. godine (koja se u velikoj meri oslanjaju na Pravila o odgovornosti država (2001)). Specijalni izvišćilac Đorđo Gaja istakao je u svom izveštaju da bi bilo nerazumno da je Komisija imala drugačiji pristup pri pisanju Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija u situacijama koje su slične onima koje se tiču država, osim ako bi imala specifične razloge za to.<sup>8</sup> Takav pristup Komisije doveo je do toga da skoro dve trećine Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija imaju svog direktnog "parnjaka" u Pravilima o odgovornosti država.<sup>9</sup>

Među prvim napomenama Komisija naglašava da su i Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija, kao i Pravila o odgovornosti država, sekundarnog karaktera.<sup>10</sup> S obzirom na manjak prakse<sup>11</sup> u ovoj oblasti, Pravila pre odražavaju progresivni razvoj međunarodnog prava, nego njegovu kodifikaciju, ali imajući u vidu autoritet koji poseduje Komisija za međunarodno pravo, osnovano bi se moglo očekivati široko prihvatanje i poštovanje ovih pravila što bi rezultiralo i praksom. Posebno je značajno istaći u ovom kontekstu da Međunarodna komisija ima nadležnost kako za kodifikaciju, tako i za progresivni razvoj međunarodnog prava prema Povelji Ujedinjenih nacija.

S obzirom da su međunarodne organizacije veoma različite po stepenu ovlašćenja, organizovanosti, načinu sprovođenja odluka, opšte ocene su da Nacrt Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija teško može biti shvaćen

---

<sup>7</sup> ILC, Report of its fifty-second session, 1 May to 9 June and 10 July to 18 August 2000, UN Doc. A/55/10, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_55\\_10.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_55_10.pdf), 03. April 2017.

<sup>8</sup> G. Gaja, Responsibility of International Organizations, First Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/CN.4/532, 26 Mar. 2003, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_532.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_532.pdf), 10. April 2017.

<sup>9</sup> K. Daugirdas, "Reputation and the Responsibility of International Organizations", *European Journal of International Law* 25.4/2014, 6.

<sup>10</sup> par. 3 Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija, 2011.

<sup>11</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

kao običajno pravo jer nema dovoljno prakse, a nedostaje i svest o pravnoj obaveznosti.<sup>12</sup>

U svom Konačnom izveštaju Komitet Asocijacije za međunarodno pravo dao je tri nivoa odgovornosti međunarodnih organizacija: (1) odgovornost za neispunjavanje funkcija uspostavljenih njihovim konstitutivnim aktom; (2) odgovornost za povrede aktom ili propustom koji ne uključuje kršenje nijednog pravila međunarodnog prava; (3) odgovornost za akte ili propuste koji uključuju kršenje bilo kog pravila međunarodnog prava. Povrede ljudskih prava, a i prema primeru Komiteta, spadaju u treću grupu.<sup>13</sup> Takođe, Komitet je istakao kao stvar principa da je odgovornost povezana sa autoritetom i moći međunarodnih organizacija, da moć povlači odgovornost, te da je odgovornost dužnost sa kojom se računa za upotrebu moći.<sup>14</sup>

Na kraju, iako je doprinos Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija veliki, ona nisu razvila mogućnost da se pojedinci ili drugi entiteti, sem država i međunarodnih organizacija, oslone na njih i pozovu međunarodnu organizaciju na odgovornost. Pojedinci će i dalje morati da se oslanjaju na diplomatsku zaštitu. Međutim, ovakav rad Komisije trebalo bi podržati jer otvara vrata daljem razvijanju režima odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava.<sup>15</sup>

Ljudska prava igraju ključnu ulogu u životima pojedinaca, ali su, analogno tome, i od ključnog značaja u "životima" država. Ovde možemo ići i dalje te tvrditi da bi bez ljudskih prava svet izgledao potpuno drugačije (ako bi ga uopšte i bilo). Kaseze (*Cassese*), recimo, navodi da su mir, ljudska prava i samoopredeljenje tri seta vrednosti koje podupiru sveobuhvatni sistem međudržavnih odnosa.<sup>16</sup>

Povelja Ujedinjenih nacija u svojoj Preambuli takođe navodi *ljudska prava* ("da ponovo potvrdimo veru u osnovna ljudska prava, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u ravnopravnost muškaraca i žena i nacija velikih i malih kao jed-

<sup>12</sup> B. Milisavljević, "Odgovornost međunarodnih organizacija sa osvrtom na zahteve Republike Srbije", *Srpska politička misao* 52(2)/2016, 141.

<sup>13</sup> I. F. Dekker, "Making sense of accountability in international institutional law", *Netherlands Yearbook of International Law* 36.01/2005, 93.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 115.

<sup>15</sup> Mirka Möldner, "Responsibility of International Organizations - Introducing the ILC's DARIO", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 16/2012, 311.

<sup>16</sup> A. Cassese, "Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?", *European Journal of International Law* 10/1999, 24.

nu od vrhovnih vrednosti”), pored *bezbednosti* (“da spasemo buduća pokoljenja užasa rata, koji je dva puta u toku našeg života naneo čovečanstvu neopisive patnje”), *vladavine prava* (“da obezbedimo uslove pod kojima će se moći očuvati pravda i poštovanje obaveza koje proističu iz ugovora i drugih izvora međunarodnog prava”) i *kvaliteta života* (“da radimo na socijalnom napretku i poboljšanju životnih uslova u većoj slobodi”).

Evidentno je da su ljudska prava i briga o njima postala neizostavni deo međunarodne politike, neiscrpna tema pravničkih radova, a odgovornost međunarodnih organizacija pojavljuje se kao jedna od najkompleksnijih tema modernog međunarodnog prava.

Ovaj rad će se baviti istraživanjem mehanizama koji vode do odgovornosti za kršenje ljudskih prava, počinjena odnosno pripisiva međunarodnim organizacijama. S tim u vezi, rad će biti organizovan na sledeći način. U prvom delu rada biće predstavljen problem odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava. Mehanizmi odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava biće predstavljeni u drugom delu rada. U trećem delu rada biće predstavljeni najčešći oblici kršenja ljudskih prava od strane međunarodnih organizacija. Sve ovo trebalo bi da rezultira sublimacijom postojećih znanja i ključnih teorijskih stavova u vezi sa problemom odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava sa ciljem da se istaknu ključne manjkavosti postojećih mehanizama odgovornosti i daju konkretni predlozi mogućnosti njihovog unapređenja kao i njihove praktične implikacije.

### *Problem odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava*

Na prvi pogled sam pojam odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava može zvučati čudno. Kako to međunarodne organizacije mogu da odgovaraju za kršenje ljudskih prava ili, pre toga, da li je moguće da one *krše* ljudska prava? Ova zbunjenost zasigurno je posledica tradicionalnog gledanja na međunarodne organizacije kao na čuvarke ljudskih prava, a ne na njegove prekršioce. Kada se pomisli na međunarodnu organizaciju, verovatno se prvo pomisli na Ujedinjene nacije, Organizaciju američkih država i Savet Evrope kao primarno odgovorne za praćenje i nadgledanje odnosa koje države imaju prema ljudskim pravima na globalnom i regionalnom nivou.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> A. Reinisch (2001a), 132.

Da bismo još bliže sagledali problem odgovornosti, uzmimo za primer Ujedinjene nacije. Ovde se pokazuju sve tehničke poteškoće u vezi sa odgovornošću međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava. Naime, Ujedinjene nacije, koje kao jedan od svojih ciljeva proklamuju upravo zaštitu i promovisanje ljudskih prava, i koje su i donele Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, ipak su suočene sa optužbama da krše ljudska prava u nekim svojim operacijama.

Regionalne organizacije sa visokim stepenom integracije, poput Evropske unije, dolaze u dodir sa fundamentalnim pravima pojedinaca na dnevnom nivou. Stoga i ne čudi činjenica da je potreba za zaštitu ljudskih prava od povreda međunarodnih organizacija identifikovana, pre svega, u ovom kontekstu.<sup>18</sup>

Potencijal kršenja ljudskih prava zakonodavnim aktima Evropske unije dostigao je enormne proporcije zbog masovnog prenošenja nadležnosti sa država članica na Evropsku uniju. Ovakav rizik kršenja ljudskih prava zakonodavnim aktima još više se povećava činjenicom da se značajan deo prava Evropske unije direktno primenjuje na pojedince, pa čak i ima primat u slučaju konflikta sa nacionalnim pravom.<sup>19</sup>

Imajući u vidu eksponencijalni rast broja međunarodnih organizacija, koji je praćen i povećanjem obima njihovih nadležnosti i sveukupnog uticaja koji imaju na pojedince, te imajući u vidu njihovu faktičku mogućnost da krše ljudska prava, pojavljivanje problema odgovornosti međunarodnih organizacija, čini se, bilo je neminovno.

Danas se može reći da je princip da su međunarodne organizacije odgovorne za svoje protivpravne akte deo običajnog prava.<sup>20</sup> Osim toga, odgovornost je i fundamentalna premisa na kojoj se zasniva svaki pravni sistem.<sup>21</sup>

Insistirajući na odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava, ne tražimo li od njih da izdaju primarni cilj, cilj radi kojeg su i osnovane?<sup>22</sup> Naime, problem odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava leži upravo u samom njegovom pojmu. Naime, razumno je pomisliti da je tema nategnuta, štaviše, kontradiktorna sama sebi i da predstavlja oči-

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> T. C. Hartley, "The foundations of European Community law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community", *Oxford University Press*, 2007.

<sup>20</sup> M. Tondini, *Putting an End to Human Rights Violations by Proxy: Accountability of International Organizations and Member States in the Framework of Jus Post Bellum*, 2008, 5.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>22</sup> O. De Schutter, 66.

to oponiranje samoj svrsi postojanja, pa, idući unazad, i osnivanja međunarodnih organizacija. Moglo bi se, imajući sve ovo u vidu, s pravom tvrditi da je nemoguće uopšte i zamisliti kršenje ljudskih prava od strane međunarodnih organizacija – one su tu upravo ne bi li ih štatile, pa i promovisale. Uz to, treba uvek imati na umu da niko nije, ili barem ne bi trebalo da bude, iznad prava. Čini se, međutim, da se *a priori* zaključivanje da međunarodne organizacije, pogotovo one osnovane upravo sa ciljem zaštite ljudskih prava, ne krše ljudska prava, ne može bespogovorno i nekritički uzimati.

Može se pomisliti na sudove za ljudska prava sa velikim dostignućima, na Evropski sud za ljudska prava, Inter-američki sud za prava čoveka, kao i pluralitet tela, komiteta i kancelarija u okvirima Ujedinjenih Nacija, Savet Ujedinjenih nacija za ljudska prava i Kancelariju Visokog komesara za ljudska prava. Same Ujedinjene nacije su prominentan primer organizacije koja je od svog samog osnivanja 1945. godine ne samo ponovo potvrdila veru u ljudska prava<sup>23</sup>, već kao jedan od svojih primarnih ciljeva navodi i “promovisanje i ohrabivanje poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve”<sup>24</sup>, uključujući i promovisanje takvih prava na univerzalnom nivou.<sup>25</sup> Mnoge druge organizacije, posebno regionalne (Evropska unija, Afrička unija i Organizacija američkih država), uključuju zaštitu ljudskih prava kao svoje primarne ili sekundarne ciljeve.<sup>26</sup>

Jedan od najvećih problema odgovornosti međunarodnih organizacija je problem nepostojanja odgovarajućeg tela koje bi im sudilo. U praksi ovo predstavlja veliku prepreku jer ne postoji sud koji ima jurisdikciju nad međunarodnim organizacijama.

Međunarodne organizacije kao što su Ujedinjene nacije, Svetska banka ili Evropska unija izuzetno su značajne na svetskoj geopolitičkoj sceni jer direktno utiču na živote pojedinaca. Ipak, mehanizmi za odgovornost međunarodnih organizacija su ili nepostojeći ili slabo razvijeni ili neobavezujući (slučaj mehanizma odgovornosti za kršenja ljudskih prava u slučaju administracije teritorijom, što je slučaj sa teritorijalne administracije Ujedinjenih nacija na Kosovu).<sup>27</sup> Ovde, dakle, postoji veliki jaz između broja, različitosti funkcija i moći međunarodnih

---

<sup>23</sup> Preambula Povelje.

<sup>24</sup> čl. 1(3) Povelje.

<sup>25</sup> čl. 55(c) Povelje.

<sup>26</sup> J. Wouters *et al.*, 27.

<sup>27</sup> Accountability of international organisations for human rights violations, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 05.april 2017.

organizacija sa jedne strane, i mehanizama koji takvu moć drže u granicama prihvatljivosti, odnosno do tačke gde bi se kršile međunarodne norme o ljudskim pravima.

Kada govorimo o funkcijama međunarodnih organizacija, treba imati u vidu da međunarodnim organizacijama mora biti ostavljen određeni stepen autonomije kako bi nesmetano mogle obavljati svoje funkcije. Parlametarna skupština Saveta Evrope ističe da se mora težiti pronalaženju adekvatnog balansa između odgovornosti međunarodnih organizacija i njihove autonomije.<sup>28</sup> U tom smislu, Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija moraju održati balans između očuvanja autonomije međunarodne organizacije u njenom funkcionisanju i garancija da organizacija neće izbeći svoju odgovornost. Ovakav sistem odgovornosti ojačao bi i legitimitet i efektivnost međunarodnih organizacija.<sup>29</sup>

Iako na prvi pogled neverovatno i kontradiktorno, Ujedinjene nacije mogu kršiti ljudska prava u mirovnim misijama, Međunarodni monetarni fond može kršiti ljudska prava u zemljama koje finansijski pomaže, Međunarodna organizacija rada može kršiti prava svojih zaposlenih.

Danas je nesporno da međunarodne organizacije imaju svojstvo pravne ličnosti.<sup>30</sup> Takvo postojanje odvojene međunarodne pravne ličnosti međunarodnih organizacija sa prenesenim nadležnostima država članica, bez ustanovljavanja mehanizama za odgovornost u slučaju kršenja ljudskih prava predstavlja očiglednu prazninu u odgovornosti ili pravni vakuum u smislu odgovornosti.

Međutim, ne možemo smatrati države članice odgovornim za akte međunarodnih organizacija samo na osnovu njihovog članstva jer bi to bilo suprotno upravo odvojenoj pravnoj ličnosti međunarodnih organizacija. Pozivanje države na odgovornost samo na osnovu njihovog članstva u organizaciji, osim što ne pravi distinkciju između pravnih ličnosti organizacije i države, nosi i rizik da država članica odgovara za akte nad kojima nije imala efektivnu kontrolu. Iz ovakvog rezonovanja stvari mogu proizaći i praktični problemi – kako na strani oštećenog, tako i na strani štetnika. Ako imamo u vidu osnovna pravila postupka u kome se kao osnovno pitanje postavlja jasno označavanje stranaka u postupku,

<sup>28</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

<sup>29</sup> K. Wellens, "Accountability of International Organizations: Some Salient Features", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, The American Society of International Law, 2003, 241.

<sup>30</sup> ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. (1949), 173-219.



ovde već nailazimo na prvi problem - kako pojedinac da izabere državu članicu i supstituiše je na mesto međunarodne organizacije, odnosno koji bi bili pouzdani kriterijumi u razgraničenju odgovornosti među državama i stepenu njihove odgovornosti. Dalje, problemi nastaju i posle označenja stranaka. Ovaj problem javio bi se i na strani odbrane – na koji način bi se države članice, ukoliko ih je više pozvano na odgovornost, dogovorile o pravcu njihove odbrane, imajući u vidu mogući scenario razilaženja njihovih interesa.

Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija prepoznaju “indirektnu odgovornost” države članice ukoliko država pruži pomoć, upravlja, kontroliše ili prinudi međunarodne organizacije.<sup>31</sup>

Dakle, osnovni izazov jeste pronaći mehanizam na osnovu kojeg će organizacija, na osnovu svoje odvojene pravne ličnosti, biti smatrana direktno odgovornom za kršenje ljudskih prava,<sup>32</sup> odnosno obezbediti efektivni pravni lek pojedincu-oštećenome.

Reputacija međunarodnih organizacija u smislu da li poštuju ljudska prava predstavlja važnu stranu njihove legitimnosti. Percepcija jedne međunarodne organizacije kao legitimne je međunarodnoj organizaciji od krucijalnog značaja za obezbeđivanje saradnje i podrške od država članica.<sup>33</sup>

Sa povećanjem oblasti delovanja međunarodnih organizacija, posebno supranacionalnih, kao što je Evropska unija, postalo je evidentno da, ne samo interesi, nego i prava, pa i fundamentalna prava mogu biti ugrožena. Svakako je najozbiljnija opasnost u slučaju povrede fundamentalnih prava od strane međunarodnih organizacija. Povreda fundamentalnih prava predstavlja najozbiljniju povredu iz najmanje dva razloga. Prvo, kao što i proizilazi iz samog njihovog pojma, ovo su fundamentalna prava, prava za koja se slobodno može reći da, ukoliko njihovo uživanje nije u potpunosti zaštićeno, nema ni civilizovanog društva. Dakle, ovo je samo jezgro ljudskih prava, korpus bez kojeg o ostalim pravima, uslovno rečeno, ne može biti ni govora. Primera radi, ukoliko je pravo na život nebranjeno, nezaštićeno, ili, slobodnije rečeno, ukoliko je život jednog pojedinca beznačajan, ostala prava su, *a fortiori*, mizerna jer, pravo na život jeste pravo koje je preduslov za uživanje svih drugih prava. Drugo, ovde dolazimo do apsurda da entiteti prvenstveno osnovani sa svrhom zaštite i promovisanja ljudskih

---

<sup>31</sup> čl. 58-60 Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija, 2011.

<sup>32</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

<sup>33</sup> K. Daugirdas, 1.



prava (bilo neposredno ili eksplicitno, bilo posredno ili implicitno) ista krše i to, naizgled, bez ikakvih posledica. Ako međunarodne organizacije (čitaj: “čuvari ljudskih prava”) krše ljudska prava, šta možemo očekivati od ostalih aktera na međunarodnoj sceni?

Jedan od problema odgovornosti međunarodnih organizacija jeste i problem osnova njihove odgovornosti (osim ukoliko je njihova odgovornost ugovorna, što, po pravilu, nije slučaj) i to iz najmanje dva razloga. Naime, da bi se međunarodne organizacije uopšte i mogle pozvati na odgovornost, mora se odgovoriti na pitanje da li su, na primer, fundamentalna ljudska prava deo opšteg nepisanog međunarodnog prava, i drugi, ukoliko je odgovor na prvi problem pozitivan, jeste, da li takvo pravo vezuje međunarodne organizacije?<sup>34</sup>

Svakako da je debata o odgovornosti međunarodnih organizacija delimično inspirisana strahom od “svemoćnih” organizacija. Postoje i autori koji smatraju da je stepen razvoja međunarodnih organizacija došao do tačke gde ga više ne možemo kontrolisati, te da su međunarodne organizacije te koje upravljaju našim životima.<sup>35</sup> Ovakav stav možda ne odgovara realnosti, ali imajući u vidu da su ljudska prava imperativ međunarodne zajednice, ne smemo ostati nemi na postojeće povrede ljudskih prava od strane međunarodnih organizacija bile one “svemoćne” ili ne. Isto tako, moramo učiniti sve ne bi li se buduće povrede ljudskih prava sprečile ili bar minimizovale.

#### *Mehanizmi odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava*

Često se ističe da pravni principi, te potreba za odgovornošću međunarodnih organizacija vane za njihovom odgovornošću, što nas dalje vodi do nepristrasnih sistema za suđenje međunarodnim organizacijama. U skladu sa gore pomenutim ciljem uglavnom se ističu dve mogućnosti – ili da se međunarodne organizacije odreknu svog imuniteta ili da se prepuste alternativnim mehanizmima. Na primer, arbitraža je jedan od metoda koji međunarodne organizacije često koriste stavljajući arbitražne klauzule u svoje ugovore sa privatnim licima.<sup>36</sup> S

---

<sup>34</sup> A. Reinisch (2001a), 135.

<sup>35</sup> E. Kwakwa *et al.* “Exploring the Evolution of Purposes, Methods and Legitimacy: Accountability of Intergovernmental Organizations”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, The American Society of International Law, 2000, 205-206.

<sup>36</sup> A. Reinisch (2000), 335.

obzirom na retkost odricanja međunarodnih organizacija od svog imuniteta, akcentat je na ovoj drugoj mogućnosti, pre svega na mogućnosti da se međunarodne organizacije pozovu na odgovornost pred međunarodnim telima.

Činjenica je da će se retko koja organizacija odreći svog imuniteta. Čak i ako se dogodi, često odricanje od imuniteta ne bi trebalo očekivati iz najmanje dva razloga. Prvo, situacija gde se jedna organizacija, možemo reći, sila, odriče svog imuniteta u korist jednog pojedinca sama po sebi izgleda nerealno. Drugo, odricanjem od imuniteta organizacija se potencijalno odriče i svog ugleda koji, uz kontinuelno prepuštanje rukama pravde nacionalnih sudova, neminovno povlači i kredibilitet ovakvih organizacija. Kod ovakvog stanja stvari, pod kojim se podrazumeva, pre svega, nepostojanje alternativnih mehanizama, ipak bi prevagu trebalo dati ljudskim pravima u odnosu na imunitet međunarodne organizacije, posebno kada su u pitanju fundamentalna ljudska prava.

Kada se govori o odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava, staro pitanje *quis custodiet ipsos custodes* (ko čuva čuvare) ponovo postaje aktuelno.<sup>37</sup>

Jedan od fundamentalnih principa ljudskih prava je da kada se kršenje ljudskih prava dogodi, ono za sobom povlači pravo na pravni lek.<sup>38</sup> Ovo je konsekvencija principa međunarodnog prava da, kada se prekrši neka obaveza predviđena međunarodnim pravom, bilo radnjom bilo propuštanjem (činjenjem ili uzdržavanjem od činjenja), automatski se rađa nova pravna veza između subjekta koji je prekršio neko pravilo međunarodnog prava i koji ima obavezu da sada nadoknadi štetu koju je tim svojim aktom ili propuštanjem načinio, i subjekta kome je načinjena šteta, te sada ima pravo na obeštećenje.

Činjenica da međunarodne organizacije uglavnom nisu strane ugovornice ugovora o ljudskim pravima<sup>39</sup> pojedince onemogućava da mehanizme ustanovljene takvim ugovorima iskoriste i pozovu ih na odgovornost za kršenje njihovih prava. Čini se da ne postoji dovoljno volje ni kod država ni kod međunarodnih organizacija za pristupanje ovakvim ugovorima. Eminentan primer jeste i Evropska unija, promoter ljudskih prava.

---

<sup>37</sup> D. P. Forsythe, "Who Guards the Guardians: Third Parties and the Law of Armed Conflict", *American Journal of International Law* 70/1976, 41.

<sup>38</sup> čl. 13 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; čl. 2(3)(a) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

<sup>39</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

Jedno od rešenja svakako je i trend prihvatanja od strane međunarodnih organizacija nadležnosti mehanizama kontrole predviđenih ugovorima o ljudskim pravima bez formalnog pristupanja, odnosno bez dobijanja statusa strane ugovornice. Prvi takav akt bio je zaključivanje sporazuma između UNMIK-a i Saveća Evrope u vezi sa Okvirnom Konvencijom o zaštiti nacionalnih manjina 2004. godine. Ovim se UNMIK obavezao da Komitetu ministara dostavlja izveštaje na osnovu kojih može dobiti odgovarajuće preporuke.<sup>40</sup>

S obzirom na nepostojanje foruma koji bi ekskluzivno presuđivao u sporovima protiv međunarodnih organizacija sa jedne strane, odnosno u kojima bi pojedinac mogao braniti svoja ljudska prava, postoji potreba da se ustanove alternativni mehanizmi odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava.

Međunarodne organizacije i rastuća moć i kontrola koju poseduju nisu *per se* nepoželjni na svetskoj sceni. Nepoželjna je zloupotreba takve moći. Postojanje mehanizama koji bi međunarodne organizacije pozivale na odgovornost od neprocenljivog je značaja jer međunarodne organizacije nisu ili bar ne bi trebalo da budu apsolutno slobodne u obavljanju svojih funkcija, već slobodne u okviru prava.

Navodna kršenja ljudskih prava od strane međunarodnih organizacija zasigurno degradiraju ugled organizacije, negativno utiču na već stečeno poverenje, i, u krajnjoj liniji, negativno utiču na kredibilitet međunarodnih organizacija. Iz ovih razloga, između ostalih, valja ustanoviti mehanizme odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava jer se na taj način povećava poverenje u organizaciju, olakšava joj se rad, i, posledično, povećava joj se efektivnost.

S obzirom na već pomenuto nepostojanje ekskluzivnog foruma za protivpravne akte međunarodnih organizacija, oštećeni svoja prava moraju ostvarivati pred već postojećim forumima koji, iako nisu specijalizovani za međunarodne organizacije, u izvesnim situacijama i posredno, ipak mogu donekle poslužiti svrsi.

Iz svega rečenog može se zaključiti da će u ovoj oblasti teško doći do foruma šopinga (*forum shopping*)<sup>41</sup> pred različitim tribunalima, proceduralnim pravilima, pravnim lekovima i sa potencijalno različitim rezultatima. Naime, pojedinci-oštećeni imaju veoma ograničen *locus standi* (ili ga uopšte nemaju) pred

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> K. Wellens, "Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: The role of the judiciary in closing the gap", *Michigan Journal of International Law* 25/2003, 1163.

postojećim mehanizmima odgovornosti što sužava mogućnost fragmentacije međunarodnog prava u ovoj oblasti.

U redovima koji slede sumarno će biti predstavljeni Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde, Međunarodni sud pravde, kao i unutrašnji mehanizmi kontrole uspostavljeni od strane pojedinih međunarodnih organizacija. Evropski sud za ljudska prava nema nadležnost *ratione personae* u odnosu na međunarodne organizacije. Barem kada je u pitanju Evropska unija, u ovom smislu, čini se, mogu se očekivati izvesne promene. Naime, značajan pomak u ovom smeru predstavlja Ugovor iz Lisabona kojim je predviđeno da Evropska unija pristupi Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovim bi se, konačno, omogućilo pojedincu da se obrati Sudu za navodno kršenje njegovih prava od strane institucija Evropske unije koje, bez sumnje, igraju veoma važnu ulogu u životima miliona ljudi.

Kada govorimo o Evropskom sudu pravde, prema Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije<sup>42</sup> on ima nadležnost da ocenjuje zakonitost zakonodavnih akata Saveta, Komisije i Evropske centralne banke. U slučaju da je tužba osnovana, Evropski sud pravde proglašiće odluku ništavom. Iako je ovakvom sistemu neophodno dalje usavršavanje, on ipak služi kao neka vrsta granice samovolji organa Evropske unije. Ovakav sudski sistem ne postoji nigde drugde do u Evropskoj uniji, te, iako nesavršen, on postoji kao prototip budućim mehanizmima kontrole.

Međunarodni sud pravde nema nadležnost da sudi međunarodnim organizacijama. *Locus standi* pred Sudom nemaju ni pojedinci, a ni drugi nedržavni entiteti. Očigledno je da član 34 Statuta Suda koji svojstvo parničnih stranaka priznaje samo državama predstavlja procesnu prepreku za suđenje međunarodnim organizacijama. Međutim, njegova izmena bila bi od krucijalnog značaja u smislu uspostavljanja adekvatnog režima odgovornosti međunarodnih organizacija.<sup>43</sup> Kod ovakvog stanja stvari, do eventualnog proširenja nadležnosti Suda *ratione materiae* i na međunarodne organizacije, državama ostaje mogućnost da pokrenu postupke protiv svih država članica organizacije koja je počinila protivpravni akt.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Član 263 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>43</sup> K. Wellens, *Remedies against international organisations*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2002, 241.

<sup>44</sup> Vid. npr. International Court of Justice, *Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*; (*Serbia and Montenegro v. Canada*); (*Serbia and Montenegro v. France*); (*Serbia and*

Najčešći mehanizmi odgovornosti u praksi jesu unutrašnji mehanizmi odgovornosti. Pored očigledne potrebe međunarodnih organizacija za legitimitetom<sup>45</sup>, postoje još dva faktora koja su uticala na proliferaciju unutrašnjih sistema kontrole. Prvi – unutrašnji mehanizmi se mogu posmatrati kao alternativa oslanjanju na odgovornost država članica za akte međunarodnih organizacija. Drugi – organizacije preferiraju unutrašnji sistem kontrole, sistem nad kojima imaju kontrolu, u odnosu na međunarodni, u kome su podređene pravilima međunarodnog prava ili pak u odnosu na procese pred nacionalnim sudovima. Po samoj definiciji, ovo su unutrašnji sistemi kontrole, mehanizmi koja je sama organizacija osnovala i koji joj nisu nametnuti “odozgo”.<sup>46</sup> Karakteristično za ove mehanizme je da kod njih i samo njihovo nastajanje, postojanje i delovanje, ali i eventualno gašenje, zavisi samo od volje organizacije. Teško je, u tom smislu, zamisliti takav mehanizam kojeg bi karakterisala apsolutna objektivnost jer, u krajnjoj liniji, ovde organizacija sudi samoj sebi, što je direktno suprotno dobro poznatoj maksimi *Nemo iudex in causa sua*.

### *Oblici kršenja ljudskih prava*

Jedna od posledica rastuće moći i sve različitijih funkcija međunarodnih organizacija jeste i zalaženje u najosetljivije zone ljudskih prava. Široki spektar mogućnosti za kršenje ljudskih prava specijalni izvestilac Berejto (*Bereyto*) posebno vidi kod organizacija zaduženih za održavanje mira i sigurnosti, za administraciju teritorijama, kao i kod organizacija koje se bave donošenjem i izradom standarda i politika.<sup>47</sup>

Osnovno pitanje koje se postavlja kod kršenja ljudskih prava u mirovnim misijama jeste koja međunarodna pravna ličnost će biti odgovorna za njihovo kršenje – države članice ili međunarodne organizacije. Odgovor na ovo pitanje veći na autora vidi u *efektivnoj kontroli*.

Uzmimo za primer Ujedinjene nacije i njihove mirovne misije. Ujedinjene nacije su u obavezi da poštuju ljudska prava uglavnom na osnovu njihovog statu-

*Montenegro v. Germany*); (*Serbia and Montenegro v. Italy*); (*Serbia and Montenegro v. Netherlands*); (*Serbia and Montenegro v. Portugal*); and (*Serbia and Montenegro v. United Kingdom*), 1999.

<sup>45</sup> T. M. Franck, “Legitimacy in the International System”, *American Journal of International Law* 82/1988, 705-759.

<sup>46</sup> O. De Schutter, 51.

<sup>47</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

sa običajnog prava. Ovo je svakako posledica statusa Ujedinjenih nacija kao pravne ličnosti međunarodnog prava. Neka od ovih pravila su stekla i status *ius cogens* norme, te kao takva svakako obavezuju sve, bez obzira da li su se posebno obavezali na njihovo poštovanje.

Međutim, čini se da za Ujedinjene nacije, konkretno, obavezu poštovanja ljudskih prava ne moramo zasnivati samo na statusu ljudskih prava kao običajnog prava, *ius cogens* normi, te prava koja su proklamovana u nekom ugovoru čiji su Ujedinjene nacije članice, već je možemo pronaći i u njenom konstitutivnom aktu. Naime, Povelja kao jedan od fundamentalnih ciljeva Ujedinjenih nacija navodi promovisanje ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Kao klasična izvršna funkcija, administracija teritorijom od strane međunarodnih organizacija direktno utiče na živote pojedinaca, te stoga nužno mora biti praćena odgovarajućim mehanizmima zaštite od protivpravnihi akata takvih organizacija. Prvi put u istoriji takvi mehanizmi osnovani su u odnosu na UNMIK i EULEX na Kosovu.<sup>48</sup> Kada su u pitanju međunarodne civilne administracije postoji nekoliko dokumentovanih primera brutalnosti Ujedinjenih nacija, uključujući kulminaciju brutalnosti sa nestajanjem "osumnjičenih". Često su optuživane i da koriste neprimerenu silu pri pretrazi oružja u privatnim domovima, kao što je provaljivanje vrata i uništavanje privatne svojine. Jedna od najčešće kršenih prava u međunarodnim civilnim administracijama jeste dužina pritvora, kao i pravo na suđenje u razumnom roku.<sup>49</sup>

Svetska banka i Međunarodni monetarni fond često bivaju suočavani sa optužbama da ne poštuju fundamentalna socijalna i ekonomska prava pojedinaca koja su pod uticajem implementacije njihovih projekata od strane država članica.<sup>50</sup> Ove dve institucije, pored Svetske trgovinske organizacije, često spadaju u grupu "najčešće osumnjičenih"<sup>51</sup> kada se raspravlja o odgovornosti međunarodnih organizacija. Očekivano, uticaj takvih organizacija na živote pojedinaca zasigurno nije isti u svakoj državi članici. Uticaj Fonda, na primer, zavisiće od identiteta države članice. Ukoliko je ona ekonomski zdrava i dovoljno bogata da joj pomoć Fonda nije potrebna, ona će biti slobodna da prihvati ili odbije stavove

---

<sup>48</sup> Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=20310>, 06. april 2017.

<sup>49</sup> F. Mégret and F. Hoffmann, 333.

<sup>50</sup> I. Fi. Shihata, B. Mundial, *The World Bank Inspection Panel*, Oxford University Press, 1994.

<sup>51</sup> S. Burall, C. Neligan, *The accountability of international organizations.*, GPPi Research Paper Series 2/2005.

Fonda po nekom pitanju. *A contrario*, države članice koje koriste fondove ili koje bi želele da ih koriste se svakako ne mogu prepustiti luksuzu previđenja stavova, saveta ili predloga Fonda, ma koliko oni neformalni bili.

Dakle, ljudska prava ne krše norme ovih organizacija *per se*, već ih krše politike koje ih vode, posebno politike usmerene ka zemljama u razvoju, koje se “najmanje pitaju” i kojima, faktički, i nije ostavljena diskrecija u odlučivanju da li će određenu politiku prihvatiti ili ne.

### ZAKLJUČAK

Međunarodni sudovi trebalo bi da budu promoteri odgovornosti međunarodnih organizacija s obzirom da su, po svojoj prirodi, promoteri pravde. Ipak, njihova uloga u ovom smislu jeste marginalna i ostaće takva sve dok se ne osnuje forum pred kojim će pojedinci slobodno moći podnositi svoje predstavljenke uperene protiv međunarodnih organizacija. Idealno bi bilo da takav forum postane obavezan, pa da se, barem u ovoj oblasti, ustanovi obavezno međunarodno sudstvo. Nezavisni sud koji bi sudio međunarodnim organizacijama uopšte, pa i u slučaju kršenja ljudskih prava, za sada ostaje na nivou teorijskih razmatranja. Čini se da su takve želje, za sada, utopija.

Ipak, osnovano je očekivati da će međunarodni mehanizmi odgovornosti imati veći stepen nezavisnosti, nepristrasnosti i objektivnosti s obzirom da deluju kao eksterni mehanizmi kontrole i da nisu deo vlasti pod nacionalnom jurisdikcijom. Iz ovog razloga, ali i iz razloga transparentnosti i ujedinjenosti prakse, međunarodne mehanizme odgovornosti trebalo bi preferirati u odnosu na interne ili u odnosu na odgovornost pred nacionalnim sudovima.

Trebalo bi ohrabrivati međunarodne organizacije da prihvate nadležnost postojećih mehanizama odgovornosti na međunarodnom nivou, odnosno da postanu strane ugovornice nekog od brojnih ugovora o ljudskim pravima koji imaju ustanovljene sisteme kontrole u vidu raznih tela koja kontrolišu usaglašenost sa ljudskim pravima. Isto tako, trebalo bi propagirati ideju da međunarodni sudovi, kao što je, na primer, Međunarodni sud pravde, dozvole međunarodnim organizacijama da budu stranke u postupku koji se pred njim vodi, odnosno da prošire svoju nadležnost *ratione personae* i na međunarodne organizacije. Ovakva odluka Ujedinjenih nacija verovatno bi povlačila izmenu njenog konstitutivnog akta, te se postavlja i pitanje njene (ne)spremnosti za takav čin.



Međutim, ne treba izgubiti iz vida da će pojedincima u ovakvim slučajevima, imajući pre svega u vidu činjenicu da su postupci uopšte pred međunarodnim sudovima dugi i inhibitivno skupi, ponekad biti oportunije da rešenje problema potraže u okviru internog mehanizma odgovornosti ili odgovornosti pred nacionalnim sudovima država članica.

U tom smislu, valjalo bi se pozabaviti i ovom tematikom, te raditi na iznalaženju maksimalnog olakšanja pojedincima da brane svoja prava pred međunarodnim telima. Na ovaj način, verovatno će doći i do koncentracije takvih postupaka pred međunarodnim telima, nauštrb postupaka pred nacionalnim sudovima i pred mehanizmima interne kontrole. Pozitivan učinak ovakve koncentracije za pojedince će svakako biti jedan vid pravne sigurnosti, a za pravosuđe uopšte ujednačena i konzistentna sudska praksa. Ipak, s obzirom da je nemoguće predvideti okolnosti svakog konkretnog slučaja, svakako bi valjalo zadržati i mogućnost da se postupak protiv organizacije pokrene i pred njenim organima (interni mehanizmi kontrole) i pred nacionalnim sudovima, ali i konstantno raditi na njihovom usavršavanju. Optiranje za ove tri opcije bilo bi, dakle, prepušteno *ad hoc* metodi, a u skladu sa najboljim interesom pojedinca.

Osnovna prednost unutrašnjih sistema je, čini se, u njihovoj prirodi, s obzirom da dolaze „iznutra”. Sama organizacija ipak najbolje zna šta joj je najpotrebnije, na koji način najbolje deluje i na koji način može najviše da pruži. Činjenica je da je svaki ovaj unutrašnji mehanizam skrojen na osnovu potrebe svake pojedinačne organizacije. Naravno, ovde postoji velika mogućnost zloupotreba, subjektivizma i prenebregavanja interesa pojedinca-oštećenog, te treba biti veoma obazriv u njihovoj primeni.

Činjenica da će organizacija učiniti sve da međunarodnoj zajednici odnosno očima javnosti pokaže i dokaže da je to odličan sistem odgovornosti, sistem koji nije *a priori* zaštitnik njenih sopstvenih interesa i na taj način sačuva svoju reputaciju, jeste dobra, ali ne i dovoljna garancija za pojedinca. Moramo naglasiti da je, koliko god da je bilo kakav mehanizam dobrodošao u situaciji nepostojanja međunarodnog foruma pred kojim bi se međunarodne organizacije pozvale na odgovornost, mehanizam interne kontrole daleko od optimalnog jer se njime, između ostalog, ozbiljno krši princip *nemo iudex in causa sua*, čime se oštećeni koji je već dovoljno pogođen situacijom u kojoj se nalazi, dodatno obeshrabruje da pravdu za sebe potraži upravo ovde. Rešenje koje bi bilo pravično i koje bi nadoknadilo nedostatke u samoj srži ovog mehanizma bila bi kontrola „spolja”. Na



ovaj način bila bi sačuvana efektivnost organizacije, ali bi, istovremeno, interesi pojedinca bili objektivno zaštićeniji.

Bilo bi idealno kada bi sve međunarodne organizacije imale barem interne mehanizme kontrole i na taj način zaštitile makar svoje zaposlene, ali u nedostatku takve prakse, poželjno bi bilo da one međunarodne organizacije koje takve mehanizme nisu ustanovile i ne žele da ih ustanove priznaju nadležnost nekog od već postojećih mehanizama kontrole uspostavljenih od strane neke druge međunarodne organizacije. Time bi međunarodne organizacije napravile prvi korak u zaštiti ljudskih prava obezbeđivanjem sistema odgovornosti u slučaju povrede prava sopstvenih zaposlenih.

Smatrati države članice *a priori* odgovornim za akte međunarodnih organizacija, čini se, šalje pogrešnu poruku na više nivoa. Prvo, time se negira odvoje- na pravna ličnost organizacije, odnosno njena sposobnost da bude nosilac prava i obaveza. Drugo, nepravedno se kažnjavaju države za nešto što nisu učinile. Ovaj argument po logici stvari otpada ako je država imala efektivnu kontrolu nad aktima organizacije, imala pravo na veto (markantan primer bi bio slučaj stalnih člana Saveta bezbednosti) ili na drugi način mogla da spreči kršenje ljudskih prava od strane organizacije čiji je član.

Postoji i otvorena mogućnost da se države članice odreknu svog imuniteta ili da im nacionalni sudovi isti ne odobre. Ovo bi bilo naročito oportuno u slučaju ljudskih prava koja imaju karakter *ius cogens* normi. Međutim, ovo je, svakako, najmanje očekivani scenario.

Uočava se potreba za daljim istraživanjem prednosti i mana postojećih mehanizama odgovornosti međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava u dvostrukom cilju - poboljšanja njihove efikasnosti i opremanja znanjem za eventualno uspostavljanje još efektivnijih sistema odgovornosti u budućnosti.

Nije slučajno da je Međunarodni sud pravde u svom savetodavnom mišljenju u vezi sa sporazumom između Svetske trgovinske organizacije i Egipta (1980)<sup>52</sup> kao pravnoobavezujuće pomenuo samo one ugovore čije su one članice, jer su ostali ugovori, po dobro poznatom principu, za njih *res inter alios acta*. Moramo priznati da je činjenica da su međunarodne organizacije vezane samo opštim pravilima međunarodnog prava<sup>53</sup>, blago rečeno, uznermiravajuća, posebno imajući u vidu njihovo najrazličitije polje delovanja, te široki spektar mogućnosti

<sup>52</sup> Vid. fn. 56.

<sup>53</sup> Ovo pod oborivom pretpostavkom da odnosna međunarodna organizacija nije članica ugovora koji za predmet imaju zaštitu ljudskih prava i da je njen konstitutovni akt limitiran u

za kršenje ljudskih prava koji, po sadašnjem stanju stvari, nema granica u smislu specijalizovanog foruma koji bi tome stao na put.

Prenos nadležnosti sa država na druge aktere, među kojima i međunarodne organizacije, esencijalni je element globalizacije.<sup>54</sup> Na pravicima ostaje da istraže implikacije koje ovakav fenomen ima na svakodnevni život pojedinaca, da pronađu sigurne osnove odgovornosti međunarodnih organizacija ili bar pouzdane kriterijume koji bi utvrđivali odgovornost i, na kraju, ali ne manje bitno, da iznađu efektivne mehanizme odgovornosti i primoraju međunarodne organizacije da odgovaraju za svoja nedela.

Postojeći mehanizmi odgovornosti međunarodnih organizacija ne nude adekvatnu zaštitu pojedincima za njihova prava. Ovakvo stanje stvari jeste donekle poražavajuće za današnji stepen razvoja međunarodnog prava, no ne treba prenebregnuti činjenicu da je bilo kakav pomak u odgovornosti međunarodnih organizacija za njihova nedela dobrodošao s obzirom da, doskora, njihova odgovornost nije bila razmatrana čak ni "na papiru".

U svakom slučaju biće potrebno mnogo truda, rada i pokušaja ustanovljavanja efektivnih mehanizama odgovornosti, ne isključujući ovde i mnogo neuspelih pokušaja kojih će zasigurno biti. Bez sumnje, biće potreban zajednički rad i teorije i prakse jer se ovako kompleksan problem može rešiti samo udruženim snagama svih. Neizostavna je, naravno, i politička volja jer u današnjem svetu koji je, neretko, igra moćnika, ona ovde može imati čak i presudan značaj.

Dakako, potrebna je i aktivna uloga javnosti. Možda javnost ne može direktno uticati da odnosna međunarodna organizacija prestane sa kršenjem ljudskih prava, ali se, zasigurno, može očekivati da će takva organizacija izgubiti legitimitet. Ovde treba naglasiti opet da, kao što se legitimitet ne stvara preko noći, on se i ne gubi preko noći, te je za podrivanje legitimiteta organizacije-štetnika potrebna istrajnost, upornost i kontinuelno naglašavanje principa da međunarodne organizacije jesu subjekti međunarodnog prava, a ne neprava, te da u skladu sa tim moraju i delovati.

Pitanje je, na kraju, i koliko su međunarodne organizacije zaista autonomne. Neretko se čini da su one direktno kontrolisane od strane moćnih država, te kao takve korišćene kao instrumenti njihovih spoljnih politika. Čini se da nekada one služe zadovoljenju upravo interesa moćnika, a ne interesa svih. Ostaje nada

---

pogledu obaveza u ovoj oblasti, što se osnovano može očekivati jer bi bilo nelogično da organizacija sama sebi nametne obaveze za koje zna ili pak veruje da će ih teško ispuniti.

<sup>54</sup> G. Verdrame, 286.

da nam se sve ovo samo “čini” i vera da će, ukoliko je sve ovo ipak java, ovome doći kraj: da će svako odgovarati za svoja nedela, te da pitanje *quis custodiet ipsos custodes* više neće imati negativnu konotaciju jer će međunarodne organizacije biti ono što bi trebalo da budu - zaštitnici svih.

KATINKA BERETKA

**BILATERALNI UGOVORNI ODNOSI SRBIJE  
SA SUSEDNIM DRŽAVAMA U OBLASTI ZAŠTITE PRAVA  
NACIONALNIH MANJINA**

– Kritička analiza –

U V O D

Regulisanje prava nacionalnih manjina putem bilateralnih ugovora nije novi fenomenon u međunarodnom pravu,<sup>1</sup> ali su u našem regionu zadobili značaj samo nakon dešavanja devetdesetih godina, a naročito raspadom socijalističke savezne Jugoslavije i nastankom novih država, a s njima istovremeno novih većinskih naroda i nacionalnih manjina.<sup>2</sup> 21. vek za Srbiju<sup>3</sup> je počeo zaključivanjem

---

Dr Katinka Beretka, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Subotici i asistent Fakulteta za pravne i poslovne studije “dr Lazar Vrkatić” u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Kinga Gál, *Bilateral Agreements in Central and Eastern Europe: A New Inter-State Framework for Minority Protection?* (Flensburg: European Centre for Minority Issues, 1999), 2–5.

<sup>2</sup> Nenad Đurđević (ur.), *National Minorities in Serbia's Relationship with the Neighbours. The Status of National Minorities in Serbia and EU Negotiations: The Role of Neighbouring Countries Belgrade* (Beograd: Forum za etničke odnose, 2017), 22.

<sup>3</sup> Predmetne sporazume zaključila je Savezna Republika Jugoslavija, odnosno kasnije Državna zajednica Srbija i Crna Gora. S obzirom da je nakon istupanja Crne Gore iz državne zajednice Republika Srbija nasledila međunarodno-pravni subjektivitet Srbije i Crne Gore, odnosno postala sledbenik međunarodnih dokumenata koji su se odnosili na Saveznu Republiku Jugoslaviju u skladu sa članom 60 Ustavne povelje Državne zajednice Srbija i Crna Gora (*Sl. list SCG*, br. 1/2003 i

niza takvih sporazuma sa susjednim državama: Rumunijom, Mađarskom, Makedonijom i Hrvatskom,<sup>4</sup> što je bilo centralno pitanje uspešnosti procesa stabilizacije i pridruživanja Evropskoj uniji.<sup>5</sup>

Iako se međunarodni sistem zaštite prava nacionalnih manjina ne može (niti ne sme) zameniti bilateralnim ugovornim odnosima,<sup>6</sup> mehanizmi za neposredne konsultacije o aktuelnim pitanjima, odnosno monitoring koji vrše mešovite komisije razultiraju (to jest *mogu* imati za rezultat) fleksibilnije, koncentrisano i blagovremeno rešavanje nesporazuma koji se pojave u oblasti prava nacionalnih manjina, odnosno u međusobnim političkim odnosima, umesto ponekad rigidnog i univerzalnog pristupa međunarodnih organizacija država-specifičnim pitanjima. Ali da li je to tačno i u slučaju bilateralnih sporazuma Srbije sa susjednim državama, to jest da li oni stvarno predstavljaju efektivno sredstvo za zaštitu prava nacionalnih manjina i unapređivanje njihovog položaja u regionu?

U poglavlju 11 Akcionog plana za ostvarivanje prava nacionalnih manjina – usvojenog od strane Vlada Republike Srbije 2016. godine kao jedan od posebnih preduslova za otvaranje pregovaračkog poglavlja 23 –<sup>7</sup> konstatuje se da “u vezi sa postojećim bilateralnim sporazumima, najveći problem predstavlja realizacija, jer se zajedničke sednice bilateralnih komisija država potpisnica ne održavaju po

---

26/2005 – Amandmani I-III), od 5. juna 2006. predmetni sporazumi se primenjuju isključivo u bilateralnim odnosima Srbije i njenih susednih država.

<sup>4</sup> Sporazum između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Rumunije o saradnji u oblasti zaštite nacionalnih manjina, Beograd, 4. novembar 2002.; Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske nacionalne manjine koja živi u Srbiji i Crnoj Gori i srpske nacionalne manjine koja živi u Republici Mađarskoj, Budimpešta, 21. oktobar 2003.; Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti srpske i crnogorske nacionalne manjine u Republici Makedoniji i makedonske nacionalne manjine u Srbiji i Crnoj Gori, Skoplje, 6. jul 2004.; Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Hrvatske o zaštiti prava srpske i crnogorske manjine u Republici Hrvatskoj i hrvatske manjine u Srbiji i Crnoj Gori, Beograd, 15. novembar 2004.

<sup>5</sup> Stabilisation and Association Agreement Between the European Communities and their Member States of the One Part, and the Republic of Serbia, of the Other Part, Article 5, [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/serbia/key\\_document/saa\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/serbia/key_document/saa_en.pdf) (13. 08. 2018.)

<sup>6</sup> Björn Arp, *International Norms and Standards for the Protection of National Minorities: Bilateral and Multilateral Texts With Commentary* (Leiden and Boston: Martinus Nijhof Publishers, 2008), 76.

<sup>7</sup> Usvajanjem Akcionog plana Srbija je postala prva potencijalna država članica Evropske unije u čijem je slučaju politički kriterijum iz grupe Kopenhaških kriterijuma pridruživanja, tkz. poštovanje i zaštita prava manjina dobio svoje praktično otelotvorenje u vidu posebnog strateškog dokumenta u oblasti prava nacionalnih manjina.

predviđenoj dinamici, a teško je i praćenje realizacije zajedničkih odluka.<sup>8</sup> Među aktivnostima se, između ostalog, predviđaju obnova rada postojećih bilateralnih komisija za nacionalne manjine (aktivnost 11.1), obezbeđivanje uslova za redovno zasedanje međuvladinih komisija (aktivnost 11.4), odnosno usvajanje posebnog zaključka radi izveštavanja Vlade o dogovorenim merama i aktivnostima u sprovođenju bilateralnih ugovora (aktivnost 11.5). Prema poslednjem izveštaju Kancelarije za ljudska i manjinska prava o sprovođenju Akcionog plana skoro sve planirane aktivnosti su se uspešno realizovale, odnosno se kontinuirano ostvaruju u vezi sa razvijanjem bilateralnih odnosa u oblasti prava nacionalnih manjina, ali treba napomenuti da je većina preduzetih mera samo formalnog karaktera (npr. održavanje sednice mešovityh komisija, imenovanje predstavnika države u mešovityh komisijama, učešće u radu međunarodnih organizacija).<sup>9</sup>

Umesto evaluacije dosadašnje aktivnosti međuvladinih mešovityh komisija i ponavljanja zaključaka drugih istraživanja (iako ih nema mnogo) u vezi sa pozitivnim iskustvima i manjkavostima u praktičnoj primeni bilateralnih ugovora koje je Srbija zaključila sa državama u regionu u periodu od 2002. do 2004. godine, u ovom radu se ukazuje na pojedina *pravna* pitanja od važnosti za usavršavanje bilateralnih ugovornih odnosa Srbije u oblasti prava nacionalnih manjina s ciljem da se putem kritičke analize odredaba spomenutih ugovora utvrdi u kojim oblastima ima potrebe i potencijala za njihovim izmenama i/ili dopunama u svetlu evolucije nacionalnog zakonodavstva Srbije, naročito jer se bilateralni ugovorni odnosi ne moraju nužno smatrati statičnim, nego baš *vice versa*.<sup>10</sup>

#### OPŠTE KARAKTERISTIKE BILATERALNIH SPORAZUMA SRBIJE O ZAŠTITI PRAVA NACIONALNIH MANJINA

Zaključivanje sporazuma Srbije (to jest u to vreme Savezne republike Jugoslavije i Državne zajednice Srbija i Crna Gora) sa susednim državama o zaštiti

---

<sup>8</sup> Vlada Republike Srbije, Akcioni plan za ostvarivanje prava nacionalnih manjina, 79, <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sh/node/21793> (13. 08. 2018.)

<sup>9</sup> Kancelarija za ljudska i manjinska prava, Izveštaj 1/2018 o sprovođenju Akcionog plana za ostvarivanje prava nacionalnih manjina, 569–585, [http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument\\_file/izvestaj\\_1-2018.pdf](http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/izvestaj_1-2018.pdf) (13. 08. 2018.)

<sup>10</sup> Max van der Stoel, *Minority Rights, Participation and Bilateral Agreements* – Address to an international seminar on Legal Aspects of Minority Rights: Participation in Decision-Making Processes and Bilateral Agreements on Minority Rights (Zagreb, 2000), 4–5, <https://www.osce.org/hcnm/42346?download=true> (13. 08. 2018.)

prava nacionalnih manjina (u daljem tekstu: sporazumi) je predstavljalo značajan korak u unapređivanju dobrosusedskih odnosa u regionu, iako se ratifikacija sporazuma odvijala različitim intenzitetom.<sup>11</sup>

Svi sporazumi su usvojeni nakon donošenja tada saveznog Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina 2002. godine, čije su odredbe imale signifikantan uticaj na tekstualizaciju bilateralnih ugovora, nezavisno od strukturalnih, terminoloških i delom sadržinskih razlika u odnosu na konačan tekst. Neke odredbe Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina (u daljem tekstu: Okvirna konvencija) su direktno preuzete sporazumima, naročito što se tiče тумачења одредаба споразума,<sup>12</sup> dok je broj država-specifičnih problema sporedičan (najviše ih ima u sporazumu sa Mađarskom, koji je inače i najduži po broju i složenosti odredaba).

U preambuli sporazuma se poziva na najrelevantnije međunarodne dokumente o pravima nacionalnih manjina,<sup>13</sup> odnosno u slučaju Hrvatske i Makedonije posebno se spominje i Evropska unija (ali u različitom kontekstu).<sup>14</sup> Posle osnovnih načela o zabrani diskriminacije, obezbeđivanju ravnopravnosti, slobodi nacionalnog opredeljenja, itd. slede obaveze<sup>15</sup> ugovornih strana u vezi sa razvijanjem prava pripadnika nacionalnih manjina o očuvanju posebnosti u oblasti obrazovanja, upotrebe maternjeg jezika i ličnog imena, kulture, informisanja, veroispovesti, naučnih i drugih istraživanja (različitim redosledom). Garantuje se pravo na odr-

<sup>11</sup> Ratifikacija sporazuma sa Mađarskom i Rumunijom *Sl. list SCG – Međunarodni dokumenti*, br. 14/2004; sa Hrvatskom *Sl. list SCG – Međunarodni dokumenti*, br. 3/2005; i sa Makedonijom *Sl. list SCG – Međunarodni dokumenti*, br. 6/2005.

<sup>12</sup> Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98, Odeljak 3.

<sup>13</sup> U sporazumu sa Mađarskom, Makedonijom i Hrvatskom se nabrajaju isti dokumenti Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope, odnosno OEBS-a u oblasti prava nacionalnih manjina (ali se koriste različiti nazivi dokumenata u srpskom prevodu), dok se u sporazumu sa Rumunijom spominju samo Okvirna konvencija Saveta Evrope o zaštiti nacionalnih manjina, odnosno Deklaracija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina.

<sup>14</sup> U sporazumu sa Hrvatskom se ističe značaj kvalitetne zaštite prava nacionalnih manjina kao jedno od načela na kojima počiva Evropska unija, a u sporazumu sa Makedonijom naglašava se opredeljenje ugovornih strana da uključe u evroatlantske integracije.

<sup>15</sup> Iako se u većini odredaba propisuju suviše uopštene obaveze, npr. ugovorne strane pružaju podršku ili podržavaju (odnosno *moгу* da pružaju podršku), pomažu, podstuču, omogućavaju, uzimaju u obzir..., ima dosta primera i za konkretne obaveze država, npr. ugovorne strane garantuju ili priznaju neko pravo, obavezuju se.

žavanje odnosa sa matičnom državom i sunarodnicima, odnosno ističe se važnost prekogranične saradnje. Ali ko su tačno adresanti svih ovih prava?

Kako je već istaknuto u uvodnom delu ovog rada, bilateralni pristup pravima nacionalnih manjina treba da prati smisao fundamentalnih prava i principa iz multilateralnih instrumenata,<sup>16</sup> naročito poštujući zabranu diskriminacije pripadnika *drugih* nacionalnih manjina, to jest onih koje nisu neposredni korisnici prava garantovanih dvostranim ugovorima.

Prema mišljenju Venecijske komisije preferencijalni tretman pojedinih etničkih grupa može se opravdavati legitimnim ciljem jačanja *kulturnih veza* dotične nacionalne manjine sa matičnom državom, posebno u oblasti kulture i obrazovanja, ali u svim ostalim slučajevima treba ga svesti na minimum.<sup>17</sup> Predmetni sporazumi su zaključeni u cilju zaštite nacionalnih manjina u regionu (to jest srpske nacionalne manjine u susednim državama i sunarodnika većinskog naroda susednih država u Srbiji), kako je isti utvrđen u samom nazivu ugovora (izuzev u slučaju sporazuma sa Rumunijom);<sup>18</sup> ali po pravilu sva garantovana prava istovremeno pripadaju svim nacionalnim manjinama koje žive na teritoriji ugovornih strana na osnovu njihovih preuzetih obaveza iz ratifikovanih međunarodnih ugovora. Diferencijacija je moguća u *načinu ostvarivanja* ovih prava, što “može zavisi od brojnosti manjine o kojoj je reč, s tim da se suština tih prava ne sme ograničiti.”<sup>19</sup>

U preambuli sporazuma Srbije sa Hrvatskom i Makedonijom polazi se od činjenice postojanja hrvatske, odnosno makedonske manjine u Srbiji i Crnoj Gori i srpske i *crnogorske* manjine u Republici Hrvatskoj i Republici Makedoniji, koje se u daljem tekstu sporazuma zajednički nazivaju nacionalnim manjinama. U sporazumu sa Mađarskom se posebno ističe obaveza ugovornih strana da “obezbede za mađarsku nacionalnu manjinu koja živi u Srbiji i Crnoj Gori i

---

<sup>16</sup> Organization for Security and Co-operation in Europe, The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note, Article 18, <https://www.osce.org/hcnm/bolzano-bozen-recommendations> (13. 08. 2018.)

<sup>17</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin-State (Venice, 19-20 October 2001), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2001\)019-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2001)019-e) (13. 08. 2018.)

<sup>18</sup> Umesto zaštite konkretnih nacionalnih manjina u nazivu sporazuma Srbije sa Rumunijom se poziva na saradnju u oblasti zaštite nacionalnih manjina uopšte.

<sup>19</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske..., član 2 stav 4.



za srpsku manjinu koja živi u Republici Mađarskoj (u daljem tekstu: nacionalne manjine) očuvanje i razvoj njihovog nacionalnog, jezičkog, kulturnog i verskog identiteta”,<sup>20</sup> odnosno da “podržavaju aktivnost Nacionalnog saveta mađarske nacionalne manjine u Srbiji i Crnoj Gori i Samouprave Srba u Republici Mađarskoj.”<sup>21</sup> A sporazum sa Rumunijom sadrži interesantno rešenje nudeći definiciju rumunske, odnosno srpske nacionalne manjine za potrebe dotičnog sporazuma: “smatraće se da rumunsku nacionalnu manjinu u Saveznoj Republici Jugoslaviji, odnosno srpsku nacionalnu manjinu u Rumuniji čine lica pod njihovom jurisdikcijom sa zajedničkim etničkim poreklom, jezikom i tradicijama sa većinskim stanovništvom druge strane ugovornice.”<sup>22</sup> Takvo određenje se inače razlikuje od pojma nacionalne manjine primenjenog u unutrašnjem pravu Srbije, što pored brojčane reprezentativnosti, dugotrajne i čvrste veze sa teritorijom države zahteva posedavanje obeležja “kao što su jezik, kultura, nacionalna ili etnička pripadnost, poreklo *ili* veroispovest,” po kojima se određena grupa *razlikuje od većine stanovništva*.<sup>23</sup>

Nekonzistentnost u pogledu upotrebe pojma nacionalne manjine je najviše prisutna u delu o mešovitim komisijama, što može da stvara čak i praktične probleme u slučaju Hrvatske i Makedonije. Sporazumima su uspostavljeni posebni odbori, tkz. mešovite komisije od predstavnika ugovornih strana, uključujući i predstavnike nacionalnih manjina koji se štite predmetnim sporazumima.<sup>24</sup>

S obzirom na to da u slučaju bilatarnih ugovornih odnosa najčešće ne postoji jedan supranacionalni entitet koji kontroliše ispunjenje obaveza država potpisnica (iako nema prepreke da se ugovorne strane opredele na institucionalizovane kontrolne mehanizme međunarodnih organizacija, ili da uključe treću

<sup>20</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske..., član 1.

<sup>21</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske..., član 9 stav 3.

<sup>22</sup> Sporazum između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Rumunije o saradnji..., član 1.

<sup>23</sup> Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, *Sl. list SRJ*, br. 11/2002, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 i *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009 i 97/2013 – odluka US, član 1 stav 1.

<sup>24</sup> U sporazumima se koriste razni nazivi: Međuvladina mešovita komisija o nacionalnim manjinama (Srbija-Mađarska), Mešoviti odbor (Srbija-Hrvatska), Mešovita komisija (Srbija-Makedonija), Međuvladina mešovita komisija (Srbija-Rumunija). Za potrebe ovog rada ova tela se zajednički nazivaju mešovitim komisijama.

stranu u ulozi supervizora u svoje bilateralne odnose),<sup>25</sup> mešovite komisije bi trebale da se putem obaveštavanja vlade ugovornih strana staraju, između ostalog, o sprovođenju zaključenih sporazuma i ostvarivanju prava nacionalnih manjina iz ugovora. Što se tiče slučaja Hrvatske i Makedonije, obe države su u obavezi da u mešovitoj komisiji delegiraju i predstavnike manjine, kao srpske, tako crnogorske nacionalnosti, s obzirom da se u ugovorima zaključenim sa ovim državama posebno spominje i zaštita crnogorske nacionalne manjine – pored srpske. Činjenica da je Srbija nasledila međunarodno pravni subjektivitet Državne zajednice Srbija i Crna Gora ne menja automatski tekst ratifikovanog bilateralnog sporazuma, što znači da se i pripadnici crnogorske nacionalne manjine mogu imenovati u mešoviti odbor Srbije i Hrvatske, odnosno Makedonije.<sup>26</sup> Imajući u vidu da je Crna Gora zaključila bilateralni sporazum sa Hrvatskom u vezi sa zaštitom crnogorske manjine,<sup>27</sup> uključivanje predstavnika crnogorske nacionalnosti u rad mešovite komisije Srbije i Hrvatske gubi smisao, ali, s druge strane, implicira izmenu sporazuma Srbije sa Hrvatskom. Što se tiče sporazuma sa Makedonijom, već navedene dileme i dalje ostaju.

Predmetne sporazume je Srbija zaključila sa rokom važenja od pet godina (Rumunija, Mađarska, Makedonija), osim u slučaju sporazuma sa Hrvatskom koji važi neodređeno vreme. Ukoliko nijedna ugovorna strana ne obavesti drugu stranu o nameri da otkáže sporazum, isti se automatski produžava za naredni period od tri (Rumunija), odnosno pet godina (Mađarska, Makedonija). A u slučaju sporazuma sa Mađarskom i Makedonijom među ovlašćenjima mešovitih komisija je još posebno naznačeno davanje preporuka vladama ugovornih strana o eventualnim izmenama sporazuma. Važno je napomenuti da vlade nisu vezane ovim preporukama, odnosno da do sada takve preporuke nisu formulisane od strane mešovitih komisija. Mešovite komisije više insistiraju na izmeni nacionalnog zakonodavstva (umesto izmene sporazuma) u vezi sa spornim pitanjima, naročito u pogledu političkog predstavljanja manjina na sva tri nivoa vlasti.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Björn Arp, *International Norms and Standards for the Protection of National Minorities ...*, 45–47.

<sup>26</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Hrvatske o zaštiti prava srpske..., član 16 stav 2; Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti srpske..., član 14 stav 1.

<sup>27</sup> Sporazum između Republike Hrvatske i Crne Gore o zaštiti prava hrvatske manjine u Crnoj Gori i crnogorske manjine u Republici Hrvatskoj, 14. 01.2009.

<sup>28</sup> J. Perković (ur.), *Analiza sprovođenja bilateralnih sporazuma o zaštiti prava nacionalnih manjina Srbije sa Hrvatskom, Mađarskom, Rumunijom i Makedonijom* (Novi Sad: Centar za regio-

PRIKAZ POJEDINIH ODREDBA SPORAZUMA I DRŽAVA  
– SPECIFIČNIH PITANJA PO OBLASTIMA

Predmetni bilateralni sporazumi regulišu slična pitanja, ali dosta se razlikuju u pogledu unutrašnje strukture odredaba, terminologije, obima garantovanih prava, odnosno preuzetih obaveza. Imajući u vidu cilj njihovog zaključivanja, opravdano je očekivati da se veća pažnja posvećuje država-specifičnim pitanjima umesto pukog ponavljanja odredaba iz drugih propisa, ali se po pravilu pretežno radi o odredbama generalnog karaktera koje svoju praktičnu implikaciju dobijaju putem preporuka mešovitih komisija. Zato je i od posebne važnosti da se ova tela učine funkcionalnim (kontinuitet u sastavu, redovno održavanje sednica, transparentnost rada, itd.), da njihove usvojene odluke dobiju pravnu formu i postaju deo politike vlade.<sup>29</sup> Sporazumi određuju sastav, način rada i ovlašćenja mešovitih komisija manje-više na sličan način, što se ne može reći o drugim delovima sporazuma. Zato se ovom poglavlju razrađuju pojedine odredbe po tematskim celinama koje bi trebale da se dopunjuju, “usavršavaju” ili čak izmene.

*Pravo na očuvanje posebnosti*

Najobimniji deo sporazuma se bavi pravima nacionalnih manjina na očuvanje posebnosti u raznim oblastima, a istovremeno obezbeđuje i najviše prostora za uključivanje država-specifičnih pitanja; ali u sporazumu sa Rumunijom, prvim po redu zaključenja (a ne i ratifikacije) skoro nema nijedne takve odredbe. Ponavljaju se pojedine odredbe Okvirne konvencije, i to vrlo oprezno, koristeći formulacije kao “tamo gde je to primenljivo” ili “kada je to potrebno”.

Sporazum sa Makedonijom, slično sporazumu sa Rumunijom, ne sadrži tipične država-specifične odredbe, ali je već više uočljiv uticaj Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina na tekstualizaciju ugovora,<sup>30</sup> odnosno na više mesta se poziva na konkretnu saradnju država ugovornica u regulisanju pojedinih pitanja (umesto upotrebe “opreznih” formulacija). Na primer, redovno emitovanje programa radija i televizije na jeziku manjina se omogućava u zoni pokrivanja i trajanju koji će biti *sporazumno utvrđeni* (član 7 stav 2), ili “ugovorne

nalizam, 2016), 49.

<sup>29</sup> J. Perković (ur.), *Analiza sprovođenja bilateralnih sporazuma o zaštiti prava ...*, 49–50.

<sup>30</sup> Razlog iza toga može da bude da je sporazum sa Rumunijom zaključen iste godine u novembru, kada je i Zakon o zaštiti prava i slobode nacionalnih manjina usvojen (u februaru 2002. godine), dok je sporazum sa Makedonijom zaključen dve godine kasnije, 2004. godine.

strane će očuvanje kulturne baštine nacionalnih manjina regulisati *posebnim sporazumom*” (član 6 stav 1).

U odnosu na prethodna dva sporazuma, sporazumi sa Hrvatskom i Mađarskom su detaljniji, naročito u delu o obrazovanju i službenoj upotrebi jezika i pisma, sadrže posebne odredbe u vezi sa veroispovešću, upotrebom znamenja i simbola nacionalne manjine. U sporazumu sa Hrvatskom ima dosta odredaba čije tumačenje može biti problematično imajući u vidu postojeći normativni okvir u Srbiji, iako nisu *direktno* suprotne pravnim propisima naše zemlje:

– član 3 stav 1: pre donošenja posebnih nastavnih programa za nacionalnu manjinu pribavlja se *mišljenje udruženja nacionalnih manjina*, ali član 13 Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina propisuje ovlašćenje *nacionalnog saveta nacionalne manjine* (a ne udruženja manjine) da *predlaže* programe nadležnom ministru, umesto davanja mišljenja;

– član 3 stav 3: omogućavanje učenja manjinskog jezika u područjima u kojima je manjinski jezik uveden u službenu upotrebu, ali “kada se obrazovno-vaspitni rad ostvaruje na srpskom jeziku, za učenika pripadnika nacionalne manjine organizuje se nastava jezika nacionalne manjine sa elementima nacionalne kulture,”<sup>31</sup> nezavisno od službenog statusa manjinskog jezika na datom području;

– član 4 stav 2: podsticanje učešća *pripadnika nacionalnih manjina* u upravljanju školskim ustanovama sa nastavom na manjinskom jeziku, ali u Srbiji direktor vaspitno-obrazovne ustanove ne mora da bude pripadnik nacionalne manjine, nego treba da zna srpski jezik i jezik na kojem se ostvaruje obrazovno-vaspitni rad.<sup>32</sup> A pripadnici nacionalne manjine mogu učestvovati u upravljanju vaspitno-obrazovnim ustanovama indirektno, preko nacionalnog saveta nacionalne manjine u skladu sa njegovim ovlašćenjima u postupku imenovanja direktora ustanove;<sup>33</sup>

– član 4 stav 4: podsticanje učenja jezika i kulture manjina i njihovih matičnih naroda u *školama većinskog naroda*, ali se najverovatnije misli na školske ustanove *s nastavom na jeziku i pismu većine*, kako je to formulisano u drugoj odredbi sporazuma sa Hrvatskom (član 3 stav 3);

---

<sup>31</sup> Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2013, 101/2017 i 27/2018, član 12 stav 5; Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2013, 101/2017 i 27/2018, član 5 stav 5.

<sup>32</sup> Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2017 i 27/2018, član 139 stav 1 tačka 5.

<sup>33</sup> Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009, 20/2014 – odluka US, 55/2014 i 47/2018, član 12.

– član 6 stav 2 tačka 5: obezbeđivanje službene upotrebe manjinskog jezika pri sastavljanju *privatnih isprava* koje se koriste u pravnom prometu, ali se službena upotreba jezika i pisma nacionalne manjine u Srbiji prostire samo na izdavanje *javnih isprava* na jezicima nacionalnih manjina i prihvatanje tih isprava na tim jezicima kao punovažnih.<sup>34</sup> S druge strane nezavisno od toga da u Zakonu o službenoj upotrebi jezika i pisma nema reči o službenoj upotrebi *privatnih isprava* na manjinskim jezicima, Srbija je preuzela obavezu da će obezbediti da “oni koji koriste regionalne ili manjinske jezike mogu punovažno da podnose dokumente na ovim jezicima”, bez obzira da li se radi o privatnim ili javnim dokumentima.<sup>35</sup>

Kako je već istaknuto, sporazum sa Mađarskom je najsloženiji, u kojem je najviše vidljiv uticaj Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina. Pored naredaba koje su prisutne i u drugim bilateralnim sporazumima Srbije, u ovom ugovoru se prilično detaljno regulišu verska pitanja: versko obrazovanje na maternjem jeziku, pravni status crkvenih zajednica, odlazak-dolazak sveštenika na službu (član 3 stav 4); obuka teologa (član 4 stav 5); povraćaj konfiskovane imovine crkvenim zajednicama i nacionalnim manjinama (čkan 12).

Takođe, ovo je jedini sporazum od četiri zaključena u kojem se spominje pružanje podrške radu *fakulteta i jezičkih odseka* na kojima se predaje maternji jezik nacionalnih manjina (član 4 stav 4), stipendiranje *postdiplomskog školovanja* (član 4 stav 5), izdavanje *ličnih isprava* na maternjem jeziku, pored upotrebe ličnog imena na maternjem jeziku u tim ispravama, odnosno *službenim evidencijama i zbirkama ličnih podataka* (član 5 stav 2), pristup informacijama na maternjem jeziku u *drugim elektronskim sredstvima* javnog informisanja – pored radija i televizije (član 6 stav 2), i pomoć *osnivanju naučnih institucija* nacionalnih manjina (član 7 stav 1). U odnosu na ostale sporazume jedino ovaj ugovor posvećuje pažnju pravu nacionalnih manjina na samoupravu, i u delu o službenoj upotrebi jezika i pisma posebno garantuje organima manjinskih samouprava da vode svoje poslove *i na svom maternjem jeziku* (član 5 stav 4), koje pitanje inače nije bilo regulisano u unutrašnjem pravu Srbije sve do poslednje izmene Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina 2018. godine.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Zakon o službenoj upotrebi jezika i pisama, *Sl. glasnik RS*, br. 45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005, 30/2010, 47/2018 i 48/2018, član 11 stav 3.

<sup>35</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 18/2005, član 10 stav 1 a(v).

<sup>36</sup> “Sve odluke i akti nacionalnog saveta objavljuju se najkasnije u roku od deset dana od dana stupanja na snagu, odnosno njihovog donošenja, na internet stranici nacionalnog saveta, koja se vodi dvojezično, na srpskom jeziku i na jeziku nacionalne manjine, ili na drugi način određen sta-

### *Manjinska samouprava*

Nacionalni saveti nacionalnih manjina (u daljem tekstu: nacionalni saveti) su postali deo pravnog poretka Srbije donošenjem Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina 2002. godine, kao pravna lica koja pripadnici nacionalnih manjina biraju radi ostvarivanja prava na samoupravu u oblasti upotrebe jezika i pisma, obrazovanja, informisanja i kulture.<sup>37</sup> Nezavisno od konstituisanja nacionalnog saveta mađarske, hrvatske, makedonske i rumunske nacionalne manjine neposredno nakon prvih posrednih izbora 2002. godine<sup>38</sup> manjinska samouprava se posebno spominje jedino u sporazumu sa Mađarskom u kojem se ugovorne strane obavezuju da u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom garantuju pripadnicima nacionalnih manjina odgovarajuće oblike manjinske samouprave, odnosno kulturne i personalne autonomije, i podržavaju aktivnost manjinske samouprave Mađara u Srbiji, odnosno Srba u Mađarskoj.<sup>39</sup>

Takođe, članovi mešovite komisije koji su predstavnici nacionalnih manjina imenuju se *na predlog* ovih manjinskih samouprava.<sup>40</sup> Ovo ovlašćenje prema Zakonu o nacionalnim savetima nacionalnih manjina praktično znači da umesto davanja predloga, predstavnici nacionalnih saveta sami *učestvuju u radu* mešovitih međudržavnih tela.<sup>41</sup> U vreme zaključivanja sporazuma sa Mađarskom (i sa drugim državama u regionu) nije postojao sektorski zakon kojim bi bila obuhvaćena sva ovlašćenja nacionalnih saveta na jednom mestu. Zato je i interesantno rešenje da se ova pravna praznina popunjuje jednim bilateralnim ugovorom. Na primer pored navedenog učešća u imenovanju članova mešovite komisije, predviđeno je da predstavnici manjinskih samouprava učestvuju u formulisanju programa za zaštitu i očuvanje kulturne baštine manjina.<sup>42</sup>

---

tutom (oglasnoj tabli, dnevnim novinama, ili na drugi pogodan način).” Član 8a stav 2 Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina.

<sup>37</sup> Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, član 19 stav 1-2.

<sup>38</sup> Katinka Beretka, István Gergő. Székely, “The national councils of national minorities in the Republic of Serbia”, *Online Compendium Autonomy Arrangements in the World*, 2016, 9, [http://www.world-autonomies.info/ntas/serb/Documents/Serbia\\_2016-01-15.pdf](http://www.world-autonomies.info/ntas/serb/Documents/Serbia_2016-01-15.pdf) (13. 08. 2018.)

<sup>39</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske..., član 9

<sup>40</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava..., član 16 stav 1.

<sup>41</sup> Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, član 27 stav 4.

<sup>42</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Mađarske o zaštiti prava mađarske..., član 3 stav 3.

U sporazumu sa Rumunijom i Makedonijom umesto manjinske samouprave priča se o organizacijama uopšteno koje predstavljaju interese nacionalnih manjina, kakve su udruženja, fondacije, obrazovne i kulturne institucije; ali u sporazumu sa Makedonijom naglašava se i obaveza strana ugovornica za obezbeđivanje učešća ovih organizacija u javnim poslovima,<sup>43</sup> što indirektno upućuje na podržavanje rada samih manjinskih samouprava koje se, prema poslednjim izmenama Zakona, definišu kao organizacije kojima se zakonom poveravaju određena javna ovlašćenja učešća u odlučivanju ili samostalnog odlučivanja o pojedinih pitanjima iz oblasti kulture, obrazovanja, obaveštavanja i službene upotrebe jezika i pisma.<sup>44</sup>

Iako se strane ugovornice iz sporazuma sa Hrvatskom obavezuju da će obezbediti nacionalnim manjinama *kulturnu autonomiju*, ta autonomija se zamišlja kao održavanje, razvoj i iskazivanje sopstvene kulture i očuvanje i zaštita svojih kulturnih dobara i tradicije (član 2 stav 1 tačka 4), što predstavlja samo manji segment ovlašćenja nacionalnih saveta u Srbiji. U toku javne rasprave o izmenama i dopunama Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina predlog "da se nacionalni savet odredi kao neteritorijalna kulturna samouprava, iako načelno teorijski tačan, nije prihvaćen zbog bojazni da se u primeni zakona pojam *kulturna* ne tumači suviše restriktivno,"<sup>45</sup> što se inače desilo u sporazumu sa Hrvatskom. S druge strane poziva se na rad manjinske samouprave u samom tekstu, samo pod drugačijim nazivom: "strane ugovornice će osigurati materijalne i druge uslove za izbor i delovanje *izabраних представника националних мањина*" (član 9 stav 3), odnosno članovi mešovite komisije koji su pripadnici manjina imenuju se na preporuku *krovnih koordinacijskih tela nacionalnih manjina* (član 16 stav 2).

Prilikom tekstualizacije bilateralnih ugovora uvek se vodi računa o reciprocitetu, što znači da pridavanje posebne pažnje manjinskoj samoupravi može da povredi interese te države ugovornice u kojoj takva samouprava (još) ne postoji. Zato je i razumljivo oprezno korišćenje pojmova *samouprava*, *manjinska organizacija* kao tela kulturne autonomije nacionalne manjine u predmetnim sporazumima. S druge strane, imajući u vidu evoluciju uloge nacionalnih saveta u Srbiji

<sup>43</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti..., član 5 stav 2 tačka 1.

<sup>44</sup> Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, član 1a.

<sup>45</sup> Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Izveštaj o sprovedenoj javnoj raspravi o nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, 7. <http://www.mduls.gov.rs/latinica/dokumenta-zakoni-javne-rasprave.php> (13. 08. 2018.)



ova tela su postala nezaobilazni akteri u ostvarivanju manjinskih prava i kao takvi ne mogu da se izostave iz dokumenata donetih u ovoj oblasti. Prihvatljivo rešenje bi bilo da se u bilateralnim sporazumima eksplicitno utvrdi da se pozivanje na manjinske organizacije, odnosno predstavnike nacionalne manjine u tekstu sporazuma u slučaju Srbije odnosi na nacionalni savet dotične nacionalne manjine čija se ovlašćenja detaljno regulišu nacionalnim zakonodavstvom, odnosno koji se ne mogu poistovećivati sa drugim manjinskim organizacijama kao privatno pravnim subjektima.

*Odnos sa matičnom državom  
i prekogranična saradnja*

“Pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo na nesmetane veze i saradnju sa sunarodnicima izvan teritorije Republike Srbije.”<sup>46</sup> Prema tumačenju Ustavnog suda Srbije datom u postupku ocene ustavnosti Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina ovo pravo podrazumeva i saradnju nacionalnog saveta nacionalne manjine sa organizacijama i ustanovama u matičnim državama ili sa nacionalnim savetima ili sličnim telima nacionalnih manjina u drugim državama. Kako je navedeno u odluci saradnja sa *državim organima* druge države (nezavisno od toga da se radi o matičnoj državi predstavljene manjinske grupe) već prelazi izvan okvira citirane ustavne odredbe, i predstavlja međudržavnu (međunarodnu) saradnju, “kao deo spoljne politike koju vode države, te jedan od aktera te saradnje ne može biti nedržavni subjekt.”<sup>47</sup> Imajući u vidu navedeno, postavlja se pitanje ustavnosti onih odredaba bilateralnih sporazuma kojima se garantuje pravo na saradnju pripadnika nacionalnih manjina ili njihovih organizacija sa javno pravnim telima matične države.

U sporazumu sa Hrvatskom posebno se ističe osiguranje odnosa sa matičnim narodnom i sa njegovim *državim i javnim ustanovama* (član 11 stav 1), prema sporazumu sa Makedonijom ugovorne strane će podsticati održavanje kontakata pripadnika nacionalnih manjine i manjinskih organizacija sa *matičnom zemljom*, odnosno sa *međunarodnim* i nevladinim organizacijama (član 5 stav 2 tačka 2). U skladu sa Okvirnom konvencijom “strane ugovornice se obavezuju da ne ometaju pravo pripadnika nacionalnih manjina da učestvuju u aktivnostima

---

<sup>46</sup> Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006, član 80 stav 3.

<sup>47</sup> Odluka Ustavnog suda, IUz broj 882/2010 od 16. januara 2014. godine, *Sl. glasnik RS*, br. 20/2014.



nevladinih organizacija, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou.”<sup>48</sup> Ali u slučaju sporazuma sa Makedonijom radi se o saradnji sa međunarodnim organizacijama, s jedne strane, odnosno nevladinim organizacijama, s druge strane. U sporazumu sa Mađarskom obezbeđuje se komunikacija između nacionalnih manjina i zajednica “koje imaju isti jezik i kulturu, ali žive u drugim zemljama, kao i sa njihovim *institucijama i organizacijama*.” (Član 10 stav 2) S obzirom na to da u odnosima Srbije i Mađarske *javne* i privatne organizacije i državljani ugovornih strana mogu da pružaju podršku svojim nacionalnim manjinama u interesu ostvarivanja ciljeva sporazuma (član 10 stav 1), može se pretpostaviti da je saradnja sa javno pravnim telima druge države uspostavljena i u ovom slučaju.<sup>49</sup>

Nezavisno od činjenice da su predmetni sporazumi zaključeni pre donošenja važećeg Ustava iz 2006. godine, s obzirom na spomenutu ustavno sudsku praksu u pogledu okvira saradnje pripadnika nacionalnih manjina sa sunarodnicima u inostranstvu ima prostora za njihovim eventualnim izmenama. Polaznom tačkom može da posluži odredba Zakona o nacionalnim savetima koja bez konkretizacije tačne vrste subjekata saradnje propisuje mogućnost kooperacije sa *organizacijama i ustanovama* u matičnoj državi.<sup>50</sup>

Pored saradivanja pripadnika nacionalnih manjina i matične države, drugi oblik zajedničkog rada se ostvaruje u odnosima samih država ugovornica. Prekogranična saradnja se podstiče u svakom bilateralnom sporazumu “u interesu manjina,”<sup>51</sup> ili “imajući u vidu ulogu koju u ostvarivanju te saradnje imaju nacionalne manjine,”<sup>52</sup> odnosno uključivanjem nacionalne manjine u tu saradnju,<sup>53</sup> ali bez navođenja uslova te saradnje. Jasniju sadržinu ova saradnja je dobila jedino u sporazumu sa Mađarskom, gde se posebno navodi privredni i trgovinski razvoj, razvoj seoskih područja, odnosno kulturna saradnja, poboljšanje prohodnosti granica putem uvođenja novih graničnih prelaza i poboljšanje saobraćajnih veza između zemalja (član 11 stav 2-3), iskorišćavanjem posredničke uloge nacionalnih manjina u međusobnim odnosima. U pogledu država-specifičnih odredaba sporazum sa Mađarskom može da se smatra dobrim primerom i za druge bilateralne ugovore.

<sup>48</sup> Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, član 17 stav 2.

<sup>49</sup> Sličnu odredbu sadrži i sporazum sa Hrvatskom ali je u tom slučaju mogućnost pružanja podrške predviđena za *pravna lica* i državljane druge države ugovornice (član 11 stav 2).

<sup>50</sup> Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, član 27 stav 1.

<sup>51</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Hrvatske o zaštiti prava srpske..., član 12.

<sup>52</sup> Sporazum između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Rumunije..., član 10.

<sup>53</sup> Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Makedonije o zaštiti..., član 10.

## ZAKLJUČAK

Iako se u svom trećem mišljenju Savetodavni komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina u vezi sa sprovođenjem člana 18<sup>54</sup> od strane Srbije pozitivno izjasnio o četiri, već zaključena bilateralna ugovora o pravima nacionalnih manjina, i više je insistirao na zaključivanje novih (sa Albanijom, Crnom Gorom i Bosnom i Hercegovinom),<sup>55</sup> umesto revidiranja postojećih dokumenata,<sup>56</sup> na osnovu analize pojedinih odredaba, odnosno međusobnog upoređivanja predmetnih ugovora, radi daljeg usavršavanja pravnog okvira za zaštitu prava nacionalnih manjina – partikularno sa aspekta pozitivnog prava Srbije, preporučuje se sledeće: 1) usklađivanje terminologije sa pravnim terminima korišćenim u nacionalnim propisima ili objašnjenje pojedinih izraza na samom početku bilateralnih sporazuma; 2) uključivanje više država-specifičnih pitanja, partikularno u slučaju sporazuma sa Rumunijom i Makedonijom; 3) regulisanje statusa crnogorske nacionalne manjine u sporazumu sa Hrvatskom i Makedonijom; 4) preciziranje sadržine prava neposredno garantovanih predmetnim sporazumima u svetlu nacionalnog zakonodavstva i ustavno sudske prakse, i navođenje konkretnih ustanova, spomenika kulture, oblika finansijske pomoći od strane matične države, oslobađanja od poreza na donacije, itd. radi prilagođavanja ugovora specifičnim potrebama zaštićenih nacionalnih manjina; i 5) detaljnije regulisanje procesnih pitanja u vezi sa radom mešovitih komisija radi povećanja njihove efektivnosti.

Prema dosadašnjem iskustvu bilateralni sporazumi u oblasti prava nacionalnih manjina su većim delom sklopljeni zarad pokazivanja “dobre namere”, a

---

<sup>54</sup> “Strane ugovornice će nastojati da, tamo gde je to potrebno, zakluče bilateralne i multilateralne sporazume sa drugim državama, posebno susednim državama, kako bi osigurale zaštitu pripadnika odnosnih nacionalnih manjina.” Član 18 Zakona o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.

<sup>55</sup> Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Third Opinion on Serbia adopted on 28 November 2013, No. ACFC/OP/III(2013)006, 50, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000168008c6aa> (13. 08. 2018.)

<sup>56</sup> Prema članu 18 Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina Savetodavni komitet Okvirne konvencije, odnosno Savet ministara nemaju neposredna nadzorna ovlašćenja u vezi sa sprovođenjem bilateralnih ugovora o zaštiti prava nacionalnih manjina, ali na posredan način ipak su uključeni u njihov monitoring, jer predmetni ugovori mogu da sadrže odredbe slične ili identične odredbama Okvirne konvencije, pa se zato moraju uzimati u obzir prilikom kontrole ispunjenja “obaveza” država ugovornica iz Okvirne konvencije. Emma Lantschner, Roberta Medda-Windischer, “Protection of National Minorities through Bilateral Agreements in South Eastern Europe”, *European Yearbook of Minority Issues Online* 1(2001): 540.

manje zarad stvarnog rešavanja aktuelnih potreba, odnosno problema konkretnih nacionalnih manjina. Zato se u većini slučajeva smatraju okvirnim dokumentima čija se sadržina konkretizuje putem unutrašnjeg zakonodavstva država potpisnica, odnosno daljim međudržavnim sporazumima o pojedinim pitanjima.<sup>57</sup>

S druge strane, nema pravne prepreke da se bilateralnim sporazumima direktno garantuju (nova) prava i predviđaju obaveze država ugovornica, pod uslovom da ne menjaju sistem zaštite manjinskih prava iz ratifikovanih multilateralnih međunarodnih ugovora, niti povređuju interese drugih nacionalnih manjina koje su ostale van dejstva ugovora, a u slučaju Srbije da su u skladu sa Ustavom. Iako najverovatnije izmena, odnosno dopuna predmetnih sporazuma neće biti uskoro na dnevnom redu u odnosima Srbije sa susednim državama, imajući u vidu promenjene pravne i političke okolnosti, opravdano bi bilo usklađivanje bilateralnih sporazuma nacionalnim propisima (umesto prilagođavanja nacionalnih propisa odredbama bilateralnih sporazuma), naročito u slučaju proširivanja kruga garantovanih prava pripadnicima nacionalnih manjina u unutrašnjem pravu država ugovornica.

KATINKA BERETKA, LL.D.,  
Assistant, Faculty for Legal and Business Studies  
dr Lazar Vrkatić, Novi Sad

BILATERAL CONTRACTUAL RELATIONS OF SERBIA  
WITH NEIGHBORING COUNTRIES IN FIELD OF PROTECTION  
OF NATIONAL MINORITY RIGHTS  
– Critical analysis –

Summary

Regulating national minority rights through bilateral agreements successfully completes the existing international system of minority rights protection which reaction on country-specific issues in this field seems to be more difficult and slower because of universal approach to certain problems and mainly soft law obligations of contracting states. On the other side, bilateral agreements might

---

<sup>57</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin-State (Venice, 19-20 October 2001), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2001\)019-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2001)019-e) (13. 08. 2018.)

be seen effective tools of enforcement of minority rights only if they really consider mutual needs of respective countries, instead simple repeating of articles of ratified international treaties administered by the OUN and the Council of Europe. The goal of this paper is to present general, common characteristics of the agreements of Serbia with its neighboring countries – Romania, Hungary, Macedonia and Croatia – in field of protection of national minority rights, and through critical analysis of their certain articles confirm whether their amendment or/and completion is necessary and possible in light of the national legislation of Serbia and work of joint commissions.



*TONI GJORGIEV*

## **SEARCH AND THE RIGHT TO PRIVACY IN THE INTERNATIONAL LAW**

### INTRODUCTION

The criminal process law is part of the criminal law, in a broader sense, and its goal is to define the relation, the state's manner of treatment towards the committers of criminal acts as well as the other citizens who are accomplice in it. This relation can be managed if and only if the state's interest is dominant, the individual's interest or a balance is drawn between them both. In the theory of the criminal process law the stated problem is enlisted as a clash of tendencies for the efficiency and tendencies for the protection of rights. On the state's side with total justification, an efficient action is requested for termination of the criminal acts, as well as respect of the basic citizens' rights.

In that sense, the rational criminal act has to represent the balance between the tendency for efficiency and the tendency for the protection of the citizens' rights, so the final solution would be the treatment that the state shows towards the individual in a precise criminal and legal system. Having this in mind, we can thoroughly agree that the law management and the practical realization of these

---

Dr Toni Gjorgiev, docent, lieutenant – colonel Military Academy “General Mihailo Apostol-ski” Skopje.

activities is a school example of the difficult balancing of the above-stated tendencies.

The control over the entrance, the search and the sequestration is meant to guarantee the citizens' privacy, yet the will is so little expressed since the police act violates the citizens' rights if there is no objective judicial control. The basic principles on which the individual's freedom is established for unreasonable entrance and search are: "anyone has the right of respect towards their private and family life, their home and household".<sup>1</sup>

In the United States of America, the Amendment 4 of the Federal constitution guarantees the freedom of unreasonable entrance, search and sequestration, ensuring that no warrant shall be filed without some basic reason.<sup>2</sup>

Unfortunately, in the Republic of Macedonia we have a very fluid and historically rudimentary concept for privacy. Even though the constitutional and legal solutions are in line with the international standards for its protection, the conscious that dominates among some of the authorities' structures are that the rights are generally, and especially the right to privacy, the cost that the citizens have to pay due to increased security.<sup>3</sup> We very often happen to hear witnesses as citizens that silently agree with the police acts that mean privacy intrusion towards individuals. They have agreed that the rights to privacy can be violated so as to have increased security. This can be observed as a type of a social myopia, i.e., as if we consciously accept these methods of police acts, as if we consciously accept the possibility that they could be abused in great number of other different cases.

This thinking increases the confidence among the police so that they can behave outside the standards for respect of the human rights, reflecting the interests of some part of the citizens and the politics in the given moment. Perhaps, for short, the results will be positive, yet in the long run, such action by the police can easily cause distance in its aims it should achieve in the society: to be a security service of the citizens that elicits the trust and collaboration by they themselves.

---

<sup>1</sup> See article 8 of the European convention (04.11.1950), where: "the house is a castle and a fortress to anyone, as well as a defense object from possible violence and intrusion, and for keeping their peace".

<sup>2</sup> See: J. H. Israel / W. R. La Fave, *Criminal Procedure, Constitutional Limitations*, Sixth Edition, St. Paul, Minn., 2001.

<sup>3</sup> So, in many cases of outgrowing the fear of the expansion of the criminal in the community, the request for privacy of the police is diluted when taking action for its termination.

From the moment when the police diminish the ethical principles on which its action is placed, it becomes easily vulnerable and manipulated by the state's power centres, separating from those on whose disposal and service it should be.

#### THE INTERNATIONAL AND LAW CONSTITUTIONAL PROTECTION OF PRIVACY

The relation between the internal and international law may be observed through two aspects. The first one is the agreement between the internal and international law. The Constitution of the Republic of Macedonia contains list of human rights and instruments for their protection, which generally are in accordance with the international law of human rights. The second aspect is the acceptance and the implementation of the international law for human rights in the internal law. Our constitution does not only accept and contain the general international principles for human rights, but it also shows tendency for highly recognition of the problem for the internal enforcement of the international law. The Constitution of the Republic of Macedonia acknowledges the international agreements ratified in accordance with the Constitution as part of the internal legal system. They cannot be changed by law (Art. 118).<sup>4</sup>

The privacy is defined as the will of the individual to freely choose the conditions and the limits to which they are going to expose their uniqueness, their attitudes and their behaviour towards the others in the community. Every illegal intrusion into privacy means violation directed against the person, the dignity and the human's freedom.<sup>5</sup>

Starting from the international law and human rights, in the most important universal and regional documents and conventions, the law has predicted the regulations that refer to the conditions and manners for taking special process actions for house search (flat and other rooms), as well as evidence acts. Therefore, the regulations that take a special place are those which regulate one of the basic human rights—the right to privacy, i.e., respect of the family life and the home.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Seemoreat R. Deskoska – *Конституционализмот и човековите права* – Скопје, 2006, pg. 241-246.

<sup>5</sup> See: С. Кнежевич, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш, 2007.

<sup>6</sup> See Article 17. From МПППП and Article 8 from ECHR.



The most important document of these is the Universal declaration of human rights adopted by the General Assembly of the United Nations in 1948 where all the principles that are stated have a strong influence in the whole world. Although the declaration itself is not obligatory, lots of lawyers would emphasize the argument that the same has become legally obligatory through the international tradition and practice, since it has been used in the constitutional and legal cases in many countries.

These regulations order the protection of the private and family life, i.e., the homes and the households, meaning that the right to privacy is protected on international level, the respect towards the family life and the home as well as other rights that are stated under that relation. The right to privacy, the respect of the family life and the home refers to the right of protection of all the requests that restrain these rights, except in allowed cases that are predicted in advanced.

In that sense, the public authority does not interfere in the conduction of the rights to privacy, except in cases when such interference is foreseen by the Law and if the necessary measurement in the democratic society is in the interest of the national security, public security, economic well-being of the country, prevention of violence, crime, health protection and moral rights and freedoms.<sup>7</sup>

The citizens' right of protection of privacy belongs to the line of basic human rights, whose respect is looking for civilized standards of the modern time. The law has to protect the individual from possible abuses of the personal and exceptionally sensitive information related to it. The imperative norms which create not allowed, approximate and illegal interference in the private lives of the people and their families as well as violation of the invulnerability of the flat and the personal integrity.<sup>8</sup>

No one should be exposed to freewill and illegal interference in its private life, family, home or households, nor to illegally attack their honour and status, and everyone has the right to law protection from such interference or intrusion.<sup>9</sup>

In order to justify the interference in the private and family life, the home and the households, the state has to show that it is in accordance with the criteria foreseen in this article and proportionally with the legitimate goals it wants to achieve. The implementation of these international acts, the regulations of these

---

<sup>7</sup> See Article 8 pg. 2 from ECHR.

<sup>8</sup> See Article 12 of the Universal declaration of human rights (10.12.1948).

<sup>9</sup> See Article 17 of the International pact for citizen and political rights.

acts have become integral part of our positive law. A concrete expression of these regulations of the international documents was found in the Constitution of the Republic of Macedonia.

The privacy of the citizens is protected in the Criminal jurisdiction of the Republic of Macedonia (CJ) through some incriminations, like unauthorized eavesdropping and tone recording, unauthorized recording, violation of the secrecy of the letters and other packages.<sup>10</sup> The law has to protect the individual from possible abuse of their personal and deeply sensitive information connected to them.

### *European convention of human rights (ECHR)*

The privacy of the citizens is protected in the regulations of the European convention for protection of human rights and basic freedoms. Through the signing and the ratification of the Convention for protection of human rights and basic freedoms (ECHR) and its protocols,<sup>11</sup> The Republic of Macedonia entered the group of the 46 countries that acknowledge the jurisdiction of the European Court for human rights (ECHR).

In Article 8 of the ECHR, the right to respect of the private and family life is treated, meaning:

Everyone has the right to respect their private and family life, the home and the household;

There shall not be any interference on behalf of the public authority for conduction this right, except if it is in accordance with the law and if that is necessary in one democratic society for protection of the national security, the public security or the economic well-being of the country, for prevention of riots or committing criminal acts, for protection of the health and moral, or for protection of human rights and freedoms of others.

---

<sup>10</sup> See Article 147, 151 and 152 from CL of the RM.

<sup>11</sup> The law for ratification on the Convention for protection of the people and the basic freedoms (Official Gazette of The Republic of Macedonia" No.11/1997). Despite the ECHR(04.11.1950) the protocols are also ratified: First Protocol, which enables certain rights and freedoms despite those that are included in the Convention from 20.03.1952; Protocol number 4, which ensures certain rights and freedoms despite those included in the Convention, and the First Protocol, from 16.11.1963; Protocol number 6, which refers to termination of death penalty from 28.04.1983; Protocol number 7, from 22.11.1984; Protocol number 11, which changes the mechanism of control stated by the Convention from 11.05.1994.

The substantial guarantees of the Article 8 in the ECHR are incorporated in the domestic jurisdiction.

The court practice in the Court has clarified that the States-the contractual sides might believe that it is necessary to head towards the measures like house search and confiscation in order to gain physical proof for certain criminal acts. Although such measures would usually interfere the rights of some person according to Article 8, paragraph 1 the private life or the home-reasons stated for justifying such measures have to be relevant and sufficient and not be proportional on the goal it follows. Despite that, the Court has to be satisfied that the relevant jurisdiction and practice allow for certain individuals proper and efficient security against abuse.<sup>12</sup>

The court practise on that way was concentrated on the conditions for the searches to be "lawful" and followed with adequate procedural security of freewill and abuse. Therefore, regardless of the margins that the States- the contractual sides have in this sphere, the Court has to be especially cautions when the authorities are authorised according to the national law to impose and conducts searches without warrant.<sup>13</sup> When the warrants are filled by the courts, with an inserted element in the court supervision, it is probably a sufficient protection to meet the needs of Article 8. During the conduction of the stated criminal law, the warrants for search will generally have the necessity of court statement if they should be considered proportional for that goal according to Article 8. When that is not the case and the domestic law allows search of the house without previously sought warrant it will be compatible to Article 8 only if the other legal rules which regulate the search contain enough protection of rights to the applicant of that regulative.

So, in the case of *Funke against France*<sup>14</sup>, the customs organs conducted search in the applicant's house in order to gain information for his property abroad and took away documents that refer to foreign accounts in banks related to customs violation, which according to the French law, were of criminal character. Although the Court in the case of *Funke* emphasizes the fundamental nature of

---

<sup>12</sup> There is an abundant literature for the European Convention. See at: B. PAVIŠIĆ, *Kazneno pravo Vijeca Europe, Izvori, komentari, praksa, Golden marketing, Tehničkaknjiga*, Zagreb, 2006; JACOBS, F. G./ WHITE, R. C. A.: *European Convention on Human Rights, Third Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2002; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>13</sup> See: *Camenzind against Switzerland*, verdict from December 16th, 1997.

<sup>14</sup> See: *Funke against France*, verdict from February 25<sup>th</sup> 1993.

the court warrant for the search and confiscation searches, the fact that there is any kind of warrant will not always be sufficient to be in accordance with the Article 8 paragraph 2. The States, in their efforts to fight terrorism, have the right to undertake measures which would otherwise be unjustified according to Article 8 paragraph 2. The state might have to conduct searches and confiscation in the house in order to gather physical evidence from area of exchange control.<sup>15</sup>

*Macedonia and the European convention  
of human rights*

A series of verdicts in the European Court of human rights against Macedonia, two of which are exceptionally difficult, brought in a period of just one month.<sup>16</sup>

*Case 1. Facts.* – On June, 6<sup>th</sup> 2001, around 8 o'clock approximately 15 armed people, employed in the Ministry of Internal Affairs (hereinafter: Ministry), entered the flat of the person MB (hereinafter: applicant) and conducted search of the flat and the applicant was forcefully taken to the police station in the municipality of Avtokomanda in Skopje. There, after hours of interrogation, he was transferred to an army official of the Army of the Republic of Macedonia (ARM) and taken to the House of the Army.

The officials of the Ministry neither presented nor handed over in person the warrant for the search to the applicant, there was not even a record for the conducted search and the taken objects. While the search had been ongoing in the flat, the applicant was with his wife and child were aimed with weapons. The officials did not pay attention for the dignity and the image of the applicant, insulting and taking him in front of the curious eyes of the public whose attention was attracted due to the numerous police vehicles and the great number of police officers. The applicant was not presented with the reasons for freedom deprived, and he was not told the criminal act he was accused of.

The applicant was first taken in the police station in Avtokomanda where he was interrogated for his connection and involvement with an illegal Albanian formation which operated on the territory of Kosovo "Kosovo Liberation Army -

---

<sup>15</sup> See: U.Kilkelly, *The right on respect for the private and family life-Guide for implementation of Article 8 from ECHR, Strasbourg, 2001.*

<sup>16</sup> Translation of the verdicts against The Republic of Macedonia on the web page of the Ministry of justice of RM ([www.justice.org.mk](http://www.justice.org.mk)).

KLA”, including the illegal formation which operated on the territory of the Republic of Macedonia, or the so-called “National Liberation Army of the Albanians in Macedonia” - ONA. During the interrogation in the police station, the applicant was tied with handcuffs for the radiator and was forced to admit his involvement in the terroristic actions of these formations. The applicant, who is an ethnic Albanian, was not at all informed about his rights, he was not presented the assault for which he was freedom deprived although he asked for a lawyer while the interrogation lasted. During the interrogation, the applicant was threatened, psychologically tortured and humiliated by the officials in the police station. The applicant reckons that the basis for his freedom deprivation were the gathered information that he could be involved in the terroristic activities connected to the attack in the airport as a result of his ethnical side and the fact that in the period of the armed conflict in Macedonia he worked as a captain in ARM, serving in Military Post 1386Petrovec. The applicant was afterwards transferred in the House of the Army, yet he was again interrogated with no presence of a lawyer. The applicant was not taken to an interrogatory judge and was released the same day at around 10:30pm.

The applicant filed a request on September, 7<sup>th</sup> 2001 for questioning the lawful act of freedom deprivation to the Primary Court Skopje 2 through the procurator MarjanGavrilovski, a lawyer from Skopje, which was accepted in the Primary Court Skopje 1 – Skopje (hereinafter: domestic Court) on November 11<sup>th</sup>, 2001. A year later, on February 18<sup>th</sup>, 2002, the procurator received an invitation for confirming the requests, more precisely, if the same should be stated as an investigation or criminal request.

According to part of the announcements gained from the Ministry of Internal Affairs (Official record no. 198, noted under the Evidence No. 1023-547, sent from the Department of the criminalistics police on July 15<sup>th</sup>, 2003) the applicant was neither freedom deprived, nor a searchwas conducted in his flat. Later, in the other announcements (An answer from the Section of internal control and professional standards in the Ministry noted under 13-81/7 on April 29<sup>th</sup>, 2004) it is said that the applicant was taken in PS Centar and given to an official (hereinafter: PO) from Gazi Baba, and then handed over for the continual work to the PO from the State security commission during the Ministry due to an established suspicion for criminal act of terrorism.

In the missive bellow it is stated that the searchwas conducted, but there was a warrant for the same in accordance with the court order. That court order

was not presented to the applicant, but the Municipal Court Skopje 1 – Skopje, with its announcement for the reasons due to which a hearing had not been scheduled, nearly confirms that such court order by its side was not filed. The Missive Id.no. 674/01 from the Primary Court Skopje 2– Skopje for returning the subject, also, nearly yet clearly states that neither that court nor the other has filed a warrant for search or, not to say – warrant for arrest of the applicant.

The applicant turned to the Ombudsman for gathering information about the conducted search and freedom deprivation. After the reaction of the Ombudsman, an announcement is received by the Ministry of Defence in that period, which states that the applicant was taken to the police station in Avtokomanda due to a doubt for committed criminal act. In the missive, the torture is denied, but just in that part where an ARMY official was involved, on the other hand, it is meticulously confirmed that the applicant was freedom deprived, and no contact to a lawyer or family was permitted, so as a result to that, when he was transferred to the House of the Army, and the incriminated part - which was allowed by ARM, and from the same day it was allowed to him, yet on behalf of ARM, as well as the Ministry of Internal Affairs that it conducted the action against the relevant legal regulations, meaning, without enabling representative from ARM during the whole procedure.

Just when the announcement for such action arrived, the Ministry of Defence protested and sent their representative. Anyway, the Ministry of Defence did not conduct investigation and did not check the fact why the Ministry of Internal Affairs had not respected the legal acts according to which it is mandatory to have a representative from the ARM.

Against the applicant, there has not been conducted a criminal prosecution for any criminal act, including the criminal act “Terrorism”.

In the Article 188 paragraph 1, 2, 4 and 5 by the Law for criminal act the conditions and ways of freedom deprivation without court warrant have been stated. The person caught doing a criminal act for which they can be prosecuted as officials, he will be freedom deprived. That person has to be handed over to the interrogatory judge or to the Ministry of Internal affairs, and if that cannot be done, these organs have to be informed for that. The Ministry of Internal Affairs will act in accordance with the regulations in this Law.

In Article 198 paragraph 1; Article 199 paragraph 1, 2, 3, 4; Article 200 paragraph 3 and Article 201 paragraph 1 and 2 of the Law for criminal act, the way

and conditions for home search are stated, i.e., in Article 198 paragraph 1, “The search of the home and other facilities of the guilty or other persons could be taken over if there is a slight possibility that the search would lead to arrest of the guilty or at least some traces for crime or objects important for the criminal procedure will be found.”

In Article 199 paragraph 1, 2, 3, 4, “The search is ordered by the court with a written and explained order in which the place and the person under search are enlisted, as well as the objects and the person that are sought or should be taken.”

The order for search is handed over to the person under the search before it is conducted. Before the search, a person to whom the order is addressed shall be called so that the search can be freely conducted, meaning the objects that are sought. The search can be conducted without previous presentation of the order to the person under search and the objects, if there is a suspicion for armed attack or if there is a suspicion that a severe crime was done so the search has to happen unannounced or maybe it has to be conducted in public facilities.”

In Article 200 paragraph 3, 4, 8 “During the search of the home or person, two adult citizens have to be present as witnesses.”

The search can be conducted without presence of witnesses if it is not possible to enable their presence immediately, and there is some danger of postponing things. The reasons for search without witnesses have to be stated in the record. While conducting the search on those objects that are aimed at the given case will be subject to temporary taking.”

In Article 201 paragraph 1 and 2 “For any search of the home or person, a record has to be made. The record is signed by the official conducting the search, the person where the search is conducted or the persons themselves, and the people whose presence is mandatory. In the record all the objects and documents that shall be taken away, are accurately stated.”

*Procedural guarantees of Article 8 from ECHR according  
to the judicial practice in Strasbourg*

The court believes that the limitations of the home privacy and the conduction of the search have to be in accordance with the law and adequately and efficiently secured against certain misuse. This is especially important in cases when the search is conducted without any warrant, and cases that the court has to exa-

mine due to the circumstances and state whether such action is in accordance with the law.

The court has to determine whether the conducted search without any warrant is compatible with the goal that the organs want to achieve. The European court in the cases of *Murray v. UK*; *Gaskin v UK*, stated that the country should establish balance between the right of the citizen guaranteed with Article 8 paragraph 1 from the ECHR and the necessity of the country to take over the efficient measures for prevention of terrorist criminal acts. However, the difficulty of proving that it is about protection of the public security and prevention of terrorism falls upon the country.

The primal aim of Article 8 is to protect that individual from the arbitrary action of the state organs, which, on one hand is a negative obligation of the organs in terms of withholding the arbitrary, and on the other hand it is a positive obligation in the overtaking of certain measures so as to provide effective enjoyment in the law foreseen in the Article on behalf of the individual and his proper protection. In any case, there should be a lawful and justified balance between the interests of the community and the enjoyment of the law from the individual's point of view. In the cases of *Marckx v. Belgium*, *X and Y v. Netherlands*, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, *Rees v. UK*, the court reckoned that the state did not fulfil the positive obligation to provide effective protection of the right to family and private life.

The European court believes that the domestic judiciary organs should be especially cautious when there is a search of a flat without a warrant, because if the organs do not prove that there was a real suspicion, then the domestic court should examine the reasons that caused it. In some cases, the European Court has claimed violation of Article 8 if there was a search warrant, yet the same was formed with many long terms and due to the inconveniences in the warrant, the possibility for abuse is rising, which makes the prevention of certain crime disproportional. In this concrete case, the officials in the Ministry for conducting the search acted against the legally foreseen procedure and as a result they directly harmed Article 8 paragraph 2 of the Convention according to which derogation of the Article is allowed only when the procedure and the conditions are stated in the law. As a result of the disability of the state to justify its actions related to the derogation of the right to private and family life as well as the sacredness of the home, the effective enjoyment and protection of law guaranteed with Article 8 in correlation with Article 13 of the Convention is disabled.



## CONCLUSION

The primal aim of Article 8 of the ECHR is to protect that individual from the arbitrary action of the state organs, which, on one hand is a negative obligation of the organs in terms of withholding the arbitrary, and on the other hand it is a positive obligation in the overtaking of certain measures so as to provide effective enjoyment in the law foreseen in the Article on behalf of the individual and his proper protection. Whether it is like that or there is a lack of functional responsibility of the state organs, we believe that the practice shows something totally different, seen through the examples given in this research.

There shall not be any interference on behalf of the public authority for conduction this right, except if it is in accordance with the law and if that is necessary in one democratic society for protection of the national security, the public security or the economic well-being of the country, for prevention of riots or committing criminal acts, for protection of the health and moral, or for protection of human rights and freedoms of others. The court practice in the Court has clarified that the States - the contractual sides might believe that it is necessary to head towards the measures like house search and confiscation in order to gain physical proof for certain criminal acts.

Although such measures would usually interfere the rights of some person according to Article 8, paragraph 1 the private life or the home-reasons stated for justifying such measures have to be relevant and sufficient and not be proportional on the goal it follows. Despite that, the Court has to be satisfied that the relevant jurisdiction and practice allow for certain individuals proper and efficient security against abuse. Can in the name of the national security or the meaning of the word itself, the state security organs break the right to privacy according to Article 8 from ECHR is quite a discussion issue, and can the court organs participate in that?

Dr TONI GJORGIEV,  
docent, Vojna akademija "General Mihailo Apostolski"  
Skopje

## PRAVO NA PRIVATNOST U MEĐUNARODNOM PRAVU

### Rezime

Želja za privatnošću je duboko ukorenjena u svakom od nas. Kao zaštićeno područje donošenja odluke bez mešanja sa strane, privatnost pojedinca je jasno postavljena granica u odnosima između pojedinca i države. Svaki prodor u strogo ličnu sferu, mora da prati pravnu opravdanost i mora biti upravljana pravom. Međunarodne pravne regulative, Ustav i zakoni, uobičajeno kreiraju područje privatnosti radi bezbednosti pojedinaca od moguće agresije vlasti, osim ako nezavisno sudstvo ne nađe nepristrasno opravdanje za to. Ovo je posebno važno sa aspekta policije, budući da autoritet koji poseduje, kao i izvore informacija s kojima raspolaže, te interesom da vlada našom privatnošću, smanjuje nam mogućnost da se zaštitimo od mogućih grešaka prilikom njenog dejstovanja.



RADOVAN D. VUKADINOVIĆ,  
JELENA VUKADINOVIĆ-MARKOVIĆ

## EU PAKET NOVIH PODSTICAJA ZA POTROŠAČE

### ZNAČAJ I SADRŽINA PAKETA O MODERNIZACIJI PRIMENE PRAVA EVROPSKE UNIJE

Nedavni skandal sa lažiranjem podataka o izduvnim gasovima u volkswagenovima automobilima<sup>1</sup> pokazao je da su masovne povrede prava EU realnost sa kojom se mora računati u unutrašnjem i u međunarodnom ili prekograničnom

---

Prof. dr Radovan D. Vukadinović, Univerzitet u Kragujevcu.

Dr Jelena Vukadinović-Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> U septembru 2015. godine Volkswagen grupa je u oko 11 miliona automobila ugradila uređaj koji je pokazivao manji stepen aero zagadjenja. Oko 8 miliona takvih automobila je prodato u Evropi, a ostalo uglavnom na tržištu SAD. Nakon što je SAD Agencija za zaštitu sredine otkrila ovu prevaru, Volkswagen je pristao da plati 2,7 milijardi dolara u poseban fond i oko 2 milijarde za promovisanjenulte emisije gasova. Stvar se, međutim, nije na tome završila. Nezadovoljni kupci su pred američkim sudovima podigli više od 200 klasnih ili grupnih tužbi, koje su spojene u jednu. U takvoj situaciji Volkswagen se nagodio da na ime štete omogući kupcima da vozila vrate prodavcima uz nadokandu štete, ili da im otklone nedostatke ili da vrate auta. U oba slučaja Volkswagen se obavezao da svakom kupcu plati kao odštetu između 5000 i 10.000 dolara. Sve ukupno, Volkswagen se obavezao da na ime raznih oblika štete plati nešto više od 20 milijardi dolara. Vid. <https://iclg.com/practice-areas/class-and-group-actions-laws-and-regulations/eu-developments-in-relation-to-collective-redress>. Za to vreme, do prvog novembra 2018. godine, u Nemačkoj je pokrrenuto 23800 pojedinačnih tužbi a doneto oko 6000 presuda. Vid. <https://www.mayerbrown.com/german-legislation-enabling-model-declaratory-actions-on-behalf-of-consumers-in-force/>

prometu.<sup>2</sup> Nakon što su američki kupci takvih automobila relativno brzo došli odštetu od više milijardi evra, nemački proizvođač automobila je evropskim kupcima poručio da zbog nepostojanja adekvatnih pravnih sredstava, ne mogu računati na sličnu naknadu, čime je pokrenuto pitanje pravne sigurnosti i (neravnopravnog) položaja kupaca-potrošača na tržištu u EU i SAD. Osim toga, štetne posledice masovnih povreda pogađaju ne samo pojedince (njihova prava i interese), već dovode u pitanje i ostvarivanje kolektivnih interesa, koji se često shvataju kao opšti interesi, kao što je zdrava životna sredina ili uspostavljanje i nesmetano funkcionisanje zajedničkog i unutrašnjeg tržišta u EU. Stoga je Unija bila odgovorna da omogući zaštitu i jednih i drugih interesa. U početku, nakon stupanja na snagu Ugovora o osnivanju EEZ/EZ, prednost je davana zaštiti opštih interesa koja je ostvarivana u postupku tzv. javnopravne primene propisa EU u administrativnom postupku, u kome je glavnu ulogu imala Evropska komisija. Međutim, već oko 2000. godine, EU nastoji da kroz različite “pakete o modernizaciji” primenu prava EU učini boljom i jednostavijom. U poslednjim decenijama posebno je aktualizovana modernizacija u primeni prava konkurencije i prava o zaštiti potrošača. U oblasti zaštite potrošača, najnovija modernizacija je izvršena usvajanjem “paketa novih podsticaja za potrošače” (engl. *New Deal for Consumers*).

Do usvajanja “paketa o modernizaciji” je došlo nakon što su analizirani rezultati dobijeni posle višegodišnjeg ispitivanja podesnosti postojećih propisa o zaštiti potrošača da omoguće bolju primenu (REFIT *Fitness Check*),<sup>3</sup> nakon

<sup>2</sup> U Litvaniji je BigBank obmanula veliki broj klijenata u pogledu kamatne stope koju je računavala vlasnicima kreditnih kartica u periodu dužem od dve godine i tako oštetila više hiljada korisnika koji su pretrpeli štetu i do 10.000 evra pojedinačno. U Nemačkoj je Savezni sud u periodu od 2005. do 2012. godine doneo presude protiv više osiguravajućih kuća čije je pojedine klauzule iz ugovora o osiguranju proglasio ništavim. Na ovaj način je oštećeno više miliona potrošača u ukupnom iznosu između 1,3 i 4 milijarde evra. I ovde su potrošači zbog nepostojanja kolektivnih tužbi ostali bez naknade. Jedino je 80torici potrošača isplaćena šteta u iznosu od 114.000 evra. U Francuskoj je jedna laboratorija ženama iz čitavog sveta ugradila više od 300.000 defektnih implantanata dojke. Samo u Francuskoj je bilo više od 300 000 oštećenih, koji su pojedinačno pretrpeli štetu od oko 10.000 evra. Međutim, zbog nepostojanja prekograničnog mehanizma kolektivne zaštite, niko nije dobio obeštećenje.

<sup>3</sup> REFIT Fitness Check of EU consumer and marketing law, published on 23 May 2017. The Fitness Check covered the Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC, Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC, Price Indication Directive 98/6/EC, Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC and Injunctions Directive 2009/22/EC. See for results SWD (2017) 208 final and SWD (2017) 209 final of 23.5.2017, available at: [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59332](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332).

“Izveštaja o kolektivnoj zaštiti (*Collective Redress Report*)<sup>4</sup> i analize sprovođenja Preporuke Komisije od 11. juna 2013. godine o zajedničkim principima o kolektivnim nalogima za propuštanje i kolektivnim zahtevima za nakandu štete, u vezi sa povredama prava koja su garantovana pravom EU.<sup>5</sup> Analiza je pokazala da i dalje postoje brojne nedoumice i pitanja teorijske i praktične prirode, počev od toga da ne postoji jedinstveno shvatanje “kolektivnog interesa”, do toga da se mešaju pojmovi zaštite kolektivnih interesa i kolektivne zaštite pojedinačnih (individualnih) interesa, što se, u generalnom smislu, objašnjava različitim pravnim tradicijama koje postoje u državama članicama EU.

U cilju prevazilaženja uočenih nedostataka, Evropska komisija je 11. aprila ove godine (2018) objavila tzv. paket novih podsticaja za potrošače.<sup>6</sup> Zakonodavni “paket” sadrži predlog nove Direktive kojom se menjaju četiri postojeće direktive: Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi<sup>7</sup> Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača,<sup>8</sup> Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredba-

---

<sup>4</sup> Vid. COM(2012) 635 final, Report from the Commission to the European Parliament and the Council concerning the application of Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers' interest i Commission Report of 25 January 2018 on the implementation of Commission Recommendation 2013/396/EU, COM(2018) 40 final

<sup>5</sup> Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, 2013/396/EU, OJ L 201/60, 26.7.2013. Analizu vid. u studiji “*Collective redress in the Member States of the European Union*”, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.829 - October 2018

<sup>6</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, COM/2018/0185 final - 2018/090 (COD). Dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1523880940100&uri=COM:2018:185:FIN>

<sup>7</sup> Direktiva 2005/29/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 11. maja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutrašnjem tržištu i o izmeni Direktive Saveta 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Evropskog parlamenta i Saveta, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Evropskog parlamenta i Saveta (SL L 149, 11.6.2005., str. 22.).

<sup>8</sup> Direktiva 2011/83/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, izmeni Direktive Saveta 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta i o stavljanju van snage Direktive Saveta 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Saveta (SL L 304, 22.11.2011., str. 64.)

ma<sup>9</sup> i Direktiva 98/6/EZ o isticanju cena.<sup>10</sup> Doduše, u poslednje dve direktive menjaju se samo kaznene odredbe. Kao osnovni razlog i cilj usvajanja novog paketa navodi se poboljšanje delotvornog izvršenja pravila EU kako bi se osiguralo da države članice “u potpunosti primenjuju, provode i izvršavaju pravo EU i pružaju prikladnu pravnu zaštitu građanima.”<sup>11</sup>

Zamišljeno je da se odredbe novih direktiva, posebno onih koje sadrže odredbe opšteg karaktera, primenjuju kao “sigurnosna mreža” kako bi osigurale visok nivo zaštite potrošača u svim sektorima, dok bi se u posebnim sektorima u kojima se primenjuju odgovarajuće sektorske direktive, dopunile postojeće odredbe i popunile pravne praznine. Drugi deo “paketa” sadrži Direktivu Evropskog parlamenta i Saveta o reprezentativnim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanje van snage Direktive 2009/22/EZ.<sup>12</sup> Cilj Direktive o reprezentativnim tužbama je da modernizuje i zameni Direktivu 2009/22/EZ o sudskim nalogima za zaštitu potrošača.

Predmet ovog rada je ograničen samo na analizu Direktive o reprezentativnim tužbama.

#### POTREBA ZA KOLEKTIVNOM ZAŠTITOM POTROŠAČA U SLUČAJU POVREDE EU PRAVA

Kao i nacionalni pravni sistemi, i pravo EU je izloženo brojnim i čestim povredama, koje se razlikuju po vrsti i subjektima koji čine povredu. Problem je, međutim, nastao zbog toga što pravom EU nisu predviđeni posebni postupci i pravna sredstva za zaštitu subjektivnih prava koja potiču iz prava EU. Osim toga, za primenu EU prava kao nadnacionalnog prava, bili su zaduženi nacionalni sudovi država članica u čijim pravnim sistemima, posebno u procesnim propisima, nisu bila predviđena adekvatna pravna sredstva zaštite. Radi prevazilaženja ovog problema, Sud pravde Evropskih zajednica (u to vreme) je kreativnim tumače-

---

<sup>9</sup> Direktiva Saveta 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima (SL L 95, 21.4.1993., str. 29.).

<sup>10</sup> Direktiva 98/6/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 16. februara 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cena proizvoda ponuđenih potrošačima (SL L 80, 18.3.1998., str. 27.)

<sup>11</sup> Vid. preambulu Direktive o reprezentativnim tužbama, tač. 1. kontekst predloga.

<sup>12</sup> Proposal for a Directive of the 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).

njem materijalnog prava EU stvarao opšta načela, u čijim okvirima su nacionalni sudovi bili pozvani da tumače konkretne EU propise, dok su države članice bile zadužene da omoguće njihovu delotvornu primenu. Od brojnih načela, valja posebno navesti načelo direktnog dejstva, načelo odgovornosti države zbog povrede prava EU i načelo procesne autonomije nacionalnih sudova. Prva dva načela su od značaja za stvaranje i priznanje subjektivnih EU prava, dok je načelo procesne autonomije od značaja za njihovu primenu (ili ostvarivanje) pred sudovima država članica. Stoga je i zaštitu potrošača potrebno analizirati u granicama ovih načela. Sa druge strane, trebalo bi imati u vidu da regulisanje zaštite potrošača spada u podeljene nadležnosti pa je odgovornost za njihovo regulisanje na državama članicama i na EZ/EU. U slučaju da ovlašćenja vrši Unija, kao u slučaju Direktive o reprezentativnim tužbama, Unija može svoja ovlašćenja da koristi uz poštovanje načela supsidijarnosti i srazmernosti.<sup>13</sup>

U početnom periodu, potrošači su zaštitu svojih prava ostvarivali uglavnom primenom ugovornih pravnih sredstava, kao što je raskid ugovora, odustajanje od ugovora, poništaj nepoštenih ugovornih odredbi, zabrana nedozvoljenog ponašanja i zaustavljanje povreda (sudskim nalogima). Sve ove sankcije su, međutim, bile usmerene na zaustavljanje povrede koja je u toku ili na njeno sprečavanje, ali ne i na otklanjanje štetnih posledica nastalih povredom, kao što je naknada štete. U tom smislu se korišćena sredstva kvalifikuju kao preventivna.

Međutim, od 2000. godine aktuelizovana je tzv. privatnopravna primena prava EU koju, za ove potrebe, karakterišu zahtevi pojedinaca da u slučaju masovnih povrede kolektivnih prava i interesa, veliki broj lica traži ne samo zaštitu kolektivnih interesa, već i kolektivnu zaštitu pojedinačnih (individualnih) interesa i naknadu novčane štete.

#### TERMINOLOŠKE DILEME I NEJASNOĆE

U stručnoj literaturi i pravnim propisima kao opšti koristi se engleski pojam “*collective redress*”, koji se različito shvata i prevodi. On se u materijalnom smislu može prevesti kao “kolektivno obeštećenje,” pod kojim se kao zbirnim pojmom razumeju različita *pravna sredstva* i načini obeštećenja. U procesnom smislu, pod ovim se razumeju posebni kolektivni *postupci* u kojima oštećeni traži ili

---

<sup>13</sup> O sadržaju i značaju ovih načela vid. R. Vukadinović i Jelena Vukadinović Marković, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac, 2016, str. 142. i dalje.



zauastavljanje povrede ili nedozvoljenog ponašanja, ili naknada pretrpljene štete. U praksi se koristi u oba značenja bez posebnog objašnjenja.

Druga pojmovna nejasnoća se odnosi na sadržinu ovog pojma. U materijalnom smislu, pod njim se razumeju dve vrste pravnih sredstava: ona kojima se traži određeno *ponašanje* ili njegova promena (kolektivne tužbe za propuštanje) i *kompensatorna* pravna sredstva. Prva sredstva se u generalnom smislu označavaju engleskim pojmom “*injuction*”, koji se može prevesti kao (sudski) nalog ili zahtev. Tako oštećeni mogu tražiti da se prestane sa određenim (nedozvoljenim) ponašanjem, izdavanjem privremene mere, ili tražiti da se odloži stupanje na snagu ili primena ugovora ili opštih uslova poslovanja koji sadrže nedozvoljene klauzule. Za predmet ovog rada su od značaja druga sredstva koja se generalno označavaju kao *kompensatorna* i svode se na zahtev za novčanu nakandu štete ili oduzimanje neosnovano stečene dobiti.

Treću dilemu izaziva termin “*representativna tužba*” (*representative actions*), kojim je u predlogu Direktive zamenjen pojam “*kolektivne ili grupne tužbe*”.<sup>14</sup> Naime, u dosadašnjoj praksi se kao opšti, koristio pojam *kolektivna tužba*, čiju je jednu vrstu predstavljala *representativna* ili *predstavnička tužba*, kojom je uglavnom označavan kolektivni preventivni nalog.<sup>15</sup>

Pojam *representativne tužbe* dolazi iz rezolucije Evropskog parlamenta iz 2012. godine<sup>16</sup> i iz Komisijine Preporuke iz 2013. godine. Pre toga su opštim terminom “*kolektivne tužbe*” (*collective actions*) bile obuhvaćene *grupne tužbe* (*group actions*) i *representativne tužbe* (*representative actions*).<sup>17</sup> *Representativne tužbe* su mogle da podnesu samo *representativna tela*<sup>18</sup> u ime dva ili više pravnih ili fizičkih lica koja tvrde da su izložena riziku da pretrpe gubitak ili da budu oštećena u situaciji masovne štete,<sup>19</sup> ali nisu stranke u postupku<sup>20</sup>. *Grupne tužbe* su mogli zajednički da podnesu *tužioc* koji tvrde da su pretrpeli štetu.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> U hrvatskom prevodu koristi se izraz “*udružna*” tužba, a u slovenačkom “*zastupnička*” tužba.

<sup>15</sup> Studija 2018, str. 11. i 70-71.

<sup>16</sup> Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, 2011/2089(INI)

<sup>17</sup> Vidi Studiju 2018, str. 69-70.

<sup>18</sup> To su mogla da budu ad hoc sertifikovana tela i/ili javna tela.

<sup>19</sup> Preporuka, 17.

<sup>20</sup> Preporuka, II. 3. d.

<sup>21</sup> Preporuka, 17.

U najnovijem Predlogu, “reprezentativna tužba” obuhvata preventivne tužbe i tužbe radi naknade štete. Preventivnim tužbama se može tražiti donošenje različitih vrsta mera, koje mogu da obuhvate privremene ili konačne mere za zaustavljanje i zabranu prakse trgovca koja se smatra povredom prava, kao i mere kojima se otklanjaju dalje posledice povrede. Ove poslednje mogu da obuhvate naloge za pravnu zaštitu i deklaratorne odluke kojima se utvrđuje odgovornost trgovca prema potrošačima oštećenima povredama. Osim toga, reprezentativnim tužbama se može tražiti i naknada, popravka, zamena, smanjenje cene, raskid ugovora ili povraćaj plaćene cene. Imajući u vidu da je, po sadržini reč o kolektivnim tužbama, u Studiji se preporučuje da se pojam “reprezentativne tužbe”, zameni pojmom kolektivne tužbe (*collective actions*) i kolektivna zaštita (*collective redress*).<sup>22</sup>

Posebnu vrstu zabune izaziva konceptualna nedoslednost kod određivanja pojma “kolektivni interes”.

U najvećem broju nacionalnih propisa pojam kolektivnog interesa nije definisan, ili je definisan tzv. negativnim pristupom, određenjem da kolektivni interes nije prost zbir pojedinačnih interesa. I u onim pravima u kojima je definisan tzv. pozitivnim pristupom, to je urađeno na različite načine. Tako, na primer, prema odredbama člana 145. Zakona o zaštiti potrošača Srbije, povreda kolektivnog interesa postoji ako je povređeno zagarantovano potrošačko pravo, ako je povreda učinjena određenom broju potrošača koji ne može biti manji od deset i ako je isti trgovac istovetnom radnjom odnosno na isti način povredio potrošačko pravo. U predlogu Direktive kolektivni interes je definisan kao interes više potrošača.<sup>23</sup>

U teoriji postoji saglasnost da se kolektivni interes ne može poistovetiti sa zbirom individualnih interesa, bez obzira na broj oštećenih lica i sličnost u posledicama koje nastaju dejstvom masovne povrede. Kolektivni interes nadilazi zbir pojedinačnih interesa, ali nije jasno određeno koliko i u čemu ga nadilazi.<sup>24</sup> Svakako, on uključuje individualne interese, ali se sa njima ne poklapa niti iscrpljuje u njima.

---

<sup>22</sup> Studija 2018, str. 70. U Studiji se navodi da se u državama članicama najčešće koriste sledeći izrazi: kolektivne i grupne tužbe. Osim njih i: klasne tužbe (u Danskoj i Poljskoj), test postupak ili model postupak (u Nemačkoj), nalog za grupne psotupke (u Velikoj Britaniji), popularne tužbe (u Portugaliji).

<sup>23</sup> Čl. 3(3).

<sup>24</sup> Branka Babović, Zaštita kolektivnih interesa potrošača, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXII, 2/2014, str. 218.

Prema prirodi povređenog prava ili interesa, kolektivni interes spada u kategoriju *opšteg* interesa, u smislu da je masovnom povredom povređeno i neko opšte dobro ili javni interes (pored individualnog), na primer: emisjom štetnih gasova zagađena je životna okolina ili, zaključivanjem kartelnog nedozvoljenog sporazuma oštećeni su ne samo neposredni ili posredni potrošači kao kupci, već je dovedeno u pitanje i nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, kao opšteg cilja EZ/EU. U slučaju povrede prava konkurencije, zaštita javnopravnih interesa u meri u kojoj se poklapaju sa kolektivnim interesima se ostvaruje u postupku javno pravne primene, pred Evropskom komisijom i nacionalnim regulatornim telima. Postupak naknade štete se, u okviru zaštite povređenih individualnih interesa, ostvaruje pred sudovima država članica. U tom smislu se podela na mehanizam za zaštitu kolektivnih interesa i mehanizam za kolektivnu zaštitu individualnih interesa delimično preklapa sa podelom na javnopravnu i privatnopravnu primenu prava. Međutim, on se ne može sa njom izjednačiti.

Od kolektivnog interesa shvaćenog u materijalnom smislu, potrebno je razlikovati *mehanizam i pravna sredstva njegove zaštite*. U generalnom smislu, zaštitu i pojedinačnih i kolektivnih interesa oštećeni mogu tražiti ili pred sudskim i upravnim organima u sudskom i upravnom postupku, ili na druge načine u postupcima koji se označavaju širokim pojmom alternativni načini rešavanja sporova. U oba slučaja, potrebno je razlikovati postupak ili sistem (mehanizam) kolektivne zaštite (*pojedinačnih*) interesa i postupak zaštite *kolektivnih* interesa.

U prvom slučaju, reč je o posebnom mehanizmu ili postupku pred sudovima ili upravnim organima radi zaštite prava i interesa više lica čija su prava ili interesi povređeni istom radnjom od strane jednog lica (zaštita *individualnih* interesa). Pojedinci čija su prava ili interesi povređeni mogu zaštitu tražiti u klasičnom postupku individualnom tužbom sami ili preko punomoćnika. I u slučaju kad u njihovo ime postupak pokrenu ovlašćeni punomoćnici reč je o individualnom pravu čije je vršenje povereno drugom licu. O zaštiti individualnih prava je reč i kad se u pokrenuti postupak pridruže drugi tužioci ili dođe do spajanja ili združivanja postupaka. Mehanizam kolektivne zaštite individualnih interesa se razlikuje od prethodnog klasičnog postupka po individualnim tužbama po vrsti pravnog sredstva (tužbi) kojom se pokreće postupak, organom pred kojim se vodi postupak, uslovima za pokretanje, odnosu između tužilaca i karakteru donete odluke i o tome će biti reči u daljem radu. Od mehanizma kolektivne zaštite individualnih interesa razlikuje se mehanizam zaštite *kolektivnih* prava i interesa. Predlog Direktive o reprezentativnim tužbama reguliše zaštitu oba interesa.

Ne poznaju sva nacionalna prava država članica pojam i kolektivnu zaštitu prava i interesa. Prema najnovijoj Studiji Evrospkog parlamenta<sup>25</sup>, dvanaest analiziranih država je podjeljeno u četiri grupe. Prvu grupu čine države članice koje imaju *efikasan sistem kolektivne zaštite* (Belgija, Italija i Španija). Drugu grupu čine države koje u svojim pravima *poznaju mehanizam kolektivne zaštite* ali ga ostavruju na različite načine (Nemačka, Austrija i Holandija). Treću grupu čine države članice koje su u skorije vreme donele ili izmenile svoje *prpovise* (Francuska, Velika Britanija i Poljska). U četvrtu grupu spadaju države čija prava *ne poznaju ovaj vid zaštite* (Luksemburg).

## SADRŽINA I ZNAČAJ PREDLOGA DIREKTIVE O REPREZENTATIVNIM TUŽBAMA

Osnovna svrha Direktive je da kvalifikovanim subjektima, koji zastupaju kolektivne interese potrošača, omogući da putem reprezentativnih tužbi traže pravni lek protiv povreda prava EU. Kvalifikovanim subjektima će biti omogućeno da traže da se zaustavi ili zabrani povreda, potvrdu da je došlo do povrede ili obeštećenje, kao što je naknada, popravka ili smanjenje cene u skaldu sa nacionalnim pravom. Već iz svrhe se može zaključiti da se pod pojmom “reprezentativne tužbe” zapravo razumeju dve vrste tužbi i postupaka: preventivne i kompenzatorne. Otuda bi stupanjem na snagu, tj. implementacijom u nacionalna prava, nova Direktiva trebalo da zameni postojeću Direktivu 2009/22/EZ o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača (Direktiva o sudskim nalogima)<sup>26</sup>, a da isto- vrmeno bude usklađena sa Preporukom Komisije 2013/396/EU o zajedničkim načelima za mehanizme privremene i komenzatorne kolektivne pravne zaštite u državama članicama zbog povrede prava koja proizilaze iz prava EU.<sup>27</sup> U procesu implementacije, države članice su slobodne da, zavisno od nacionalnih rešenja i interesa, odluče da li će tužbu koristi u okviru sudskog ili upravnog postupka ili u oba postupka. Od država članica se jedino traži da omoguće njenu delotvornost na način kako je to određeno članom 47. Povelje EU o osnovnim pravima (pravo na delotvorni pravni lek).

---

<sup>25</sup> *Collective Redress in the Member States of the European Union*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.829 - October 2018 str. 14. <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, 02.11.2018.

<sup>26</sup> OJ L 110, 1.5.2009, p. 30–36

<sup>27</sup> OJ L 201/60, 26.7.2013

U pogledu *obima ili domašaja*, i pored zalaganja za horizontalnu i sveobuhvatnu primenu, Direktiva će se primenjivati u određenim područjima primene prava EU<sup>28</sup>, kao što su zaštita podataka, finansijske usluge, putovanja i turizam, energetika, telekomunikacije i okolina, a na nju se mogu pozivati ne samo lica koja su formalno označena kao potrošači, već i putnici, kosrisnici, klijenti, mali ulagači i drugačije. Njena pravila će se primenjivati i na domaće i na prekogranične slučajeve povrede, uključujući i slučajeve kada su te povrede prestale pre pokretanja ili zaključenja reprezentativne tužbe. Međutim, Direktiva na utiče na pravila kojima se utvrđuju ugovorni i vanugovorni pravni lekovi koji su za takve povrede dostupni potrošačima u skladu sa pravom EU ili nacionalnim pravom, niti dovodi u pitanje pravila EU o međunarodnom privatnom pravu, posebno ona o nadležnosti sudova i merodavnom pravu. To praktično znači da se Direktivom ne zamjenjuju postojeći nacionalni mehanizmi za kolektivnu pravnu zaštitu. O tome da li će uvesti kolektivnu tužbu utvrđenu ovom Direktivom kao deo postojećeg ili budućeg mehanizma za kolektivnu pravnu zaštitu, ili kao alternativu tom mehanizmu, odlučice države članice uzimajući u obzir svoje pravne tradicije<sup>29</sup>, pod uslovom da je nacionalni mehanizam usklađen s postupcima utvrđenima ovom Direktivom.

### *Locus standi*

Kao tužioci koji su ovlašćeni da podnesu reprezentativne tužbe, Direktiva određuje “kvalifikovana tela”, koja unapred, na njihov zahtev određuju države članice i sa tom namerom ih upisuje u javno dostupnu listu. Prilikom određivanja podobnosti ili “kvalifikacije” države članice ispituju da li je odnosno telo (entitet) zakonito osnovano u skladu sa pravom odnosne države članice, da li ima legitimni interes u osiguranju poštovanja odredbi prava Unije i da li je neprofitnog karaktera.

Određivanje ovlašćenih tužilaca, tj. uslova koje moraju da ispune, nije samo od administrativnog, već od suštinskog karaktera i značaja, od čijeg rešenja zavisi “širina i dubina” zaštite. Budući da nije imala sopstveno iskustvo sa kolektivnim sredstvima zaštite, EU je na osnovu iskustva sa američkim klasnim tužbama (*class actions*) nastojala da izgradi svoj “evropski” pojam mehanizma zaštite<sup>30</sup> koji se,

<sup>28</sup> Koja su navedena u Prilogu I uz Direktivu.

<sup>29</sup> Na značaj pravne tradicije ukazano je na više mesta u Studiji 2018, na primer na str. 69.

<sup>30</sup> Vid. Studiju 2018, str. 65. i dalje.

iz različitih razloga, pre svega zbog moguće zloupotrebe,<sup>31</sup> nije smeo oslanjati na američki koncept. Jedno od spornih i načelnih pitanja se odnosilo na određivanje lica kojim je trebalo dati pravo da pokrenu postupak kolektivne zaštite. Pri tome je trebalo rešiti više pitanja, od kojih navodimao samo dva principijelna. Prvo se odnosi na dilemu da li kvalifikovanim telima kao tužiocima poveriti regulatornu funkciju ili samo funkciju čuvara interesa i okidača u slučaju povrede.<sup>32</sup> Drugo se odnosi na dilemu da li zaštitu poveriti sudskim ili upravnim organima u sudskom ili upravnom postupku. Kako ova pitanja u državama članicama EU nisu rešena na jednoobrazan način, niti Unija raspolaže isključivim nadležnosti za to, moguća rešenja su samo preporučena u Preporuci Komisije o zajedničkim načelima za kolektivne preventivne tužbe i tužbe radi naknade štete u državama članicama kod povrede prava koja su garantovana pravom Unije.<sup>33</sup> U Preporuci je Komisija bila nedvosmislena da ne bi trebalo prihvatiti američki model klasnih tužbi, ali ni *actio popularis*. To je, između ostalog, značilo i da tužbe mogu podnositi samo kvalifikovana tela i to ona koja ne posluju na profitnoj osnovi i koja se ne bave advokatskim uslugama. U predlogu Direktive to je iskazano i kroz zahtev za transparentnim poslovanjem i finansiranjem.

Prema odredbama člana 7. kvalifikovano telo koje traži naknadu štete, u skladu sa odredbama člana 6. stav 1. Direktive, dužno je da u ranoj fazi postupka navede izvore sredstava koje upotrebljava za svoje spoljno delovanje i sredstva koje koristi za finansiranje tužbe. Mora dokazati da ima dovoljan finansijska sredstva da zastupa najbolje interese dotičnih potrošača i da pokrije troškove u slučaju neuspeha tužbe. Države članice su dužne da garantuju da je, u predmetima u kojima kolektivnu tužbu za naknadu štete finansira treća strana, toj trećoj strani zabranjeno da:

(a) utiče na odluke kvalifikovanog tela u okviru kolektivne tužbe, kao i u pogledu nagodbi;

(b) obezbedi finansiranje kolektivne tužbe protiv tuženika koji predstavlja konkurenciju licu koje je osiguralo sredstva ili protiv tuženika od koga zavisi lice koje je osiguralo sredstva.

---

<sup>31</sup> Vid. tač. 10, I(1) i (2) Preporuke.

<sup>32</sup> Vid. Hans-W. Micklitz, Geneviève Saumier, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Springer, 2018m str. 40. Brigitte Haar, Regulation Through Litigation — Collective Redress in Need of a New Balance Between Individual Rights and Regulatory Objectives in Europe, 19 *Theoretical Inquiries in Law*, 203 (2018).

<sup>33</sup> 2013/396/EU.

Ove okolnosti su nadležni da cene sudovi i upravna tela i mogu, ako je to prikladno, od kvalifikovanog tela tražiti da odbije finansiranje i, prema potrebi, da odbije status kvalifikovanog tela u određenom predmetu. I nakon početne provere i upisa, države će redovno ceniti da li ovako kvalifikovana tela postupaju u skladu sa navedenim kriterijumima, inače će izgubiti ovo pravo - status. Države članice mogu i na *ad hoc* osnovi, na zahtev tela, imenovati kvalifikovano telo, ali samo za određenu reprezentativnu tužbu i ako ispunjava opšte uslove.

Države članice su dužne da posebno garantuju da su organizacije potrošača i nezavisna javna tela prihvatljivi za status kvalifikovanog subjekta. Ovaj status mogu imati i organizacije potrošača koje zastupaju članove iz više od jedne države članice.

Procesna sposobnost (*locus standi*) ovako određenih kvalifikovanih tužilaca može biti ograničena po sadržini tužbenog zahteva i vrsti tražene mere. U tom smislu države članice mogu odrediti pravila kojima se utvrđuje koje kvalifikovano telo može tražiti sve mere iz članova 5. i 6. Direktive, a koja mogu tražiti samo jednu meru ili više mera.<sup>34</sup> Ispunjenost uslova ne dovodi u pitanje pravo suda li upravno telo da ispita da li je činjenica da kvalifikovano telo pokreće tužbu u određenom predmetu opravdana njegovom svrhom u skladu s članom 5. stav 1. Direktive. U tom smislu valja razumeti odredbe člana 5(1) kojima je određeno da kvalifikovana tela mogu pred nacionalnim sudovima ili upravnim organima da podnesu tužbe samo ako pokažu da postoji *direktna uzročna povezanost* između ciljeva kvalifikovanog tela i prava koja proizilaze iz prava EU za koja se tvrdi da su povređena, a u pogledu kojih se pokreće tužba. Što se tiče položaja potrošača, za uspeh reprezentativne tužbe od ključne važnosti je da potrošači budu obavešteni o njoj. Potrošači bi trebalo da budu obavešteni o tekućoj reprezentativnoj tužbi, činjenici da se praksa trgovca smatra povredom prava, njihovim pravima nakon utvrđivanja postojanja povrede i svim daljim koracima koje bi trebalo da preduzmu predmetni potrošači, posebno u pogledu naknade štete.

### *Priroda i sadržina reprezentativne tužbe*

Iz sadržine mera koje se mogu tražiti i naslova članova 5. i 6. Direktive, može se zaključiti da su predlogom Direktive regulisane “reprezentativne tužbe za zaštitu kolektivnih interesa” i tužbe “za naknadu štete.” Navedena podela je pozna-

<sup>34</sup> Čl. 4(4) Predloga Direktive.



ta iz prethodnog perioda u kome su bile regulisane kao *tužbe za propuštanje* ili izdavanje sudskih naloga i *tužbe za naknadu štete*. Čini se da je podela bila izvršena prema pravnoj prirodi tužbenog zahteva i cilju koji je trebalo ostvariti. Prve su bile namenjene da štite “kolektivne interese” shvaćene kao nadindividulne interese koji nadilaze zbor pojedinačnih ili individualnih interesa. Tome u prilog govori činjenica da su Direktivom države članice obavezane da kvalifikovanim telima garantuju pravo da pokrenu ovakve tužbe i kad nezakonita ili nepravilna praksa nije sprovedena, niti je potrebno da dokažu da su potrošači pretrpeli stvarni gubitak ili štetu. Iz toga se zaključuje da se kolektivni interes ne iscrpljuje u stvarnoj šteti, posebno ne kao zbiru šteta više pojedinaca. U tom smislu se ove tužbe mogu označiti kao prave tužbe za zaštitu kolektivnih interesa. Druge su kolektivne tužbe za zaštitu individualnih interesa, koji su povređeni masovnom povredom EU prava. Čini se, takođe, da bi i jedne i druge bolje bilo nazvati *kolektivnim ili grupnim tužbama*, umesto reprezentativnim (iz raloga o kojima je već bilo reči). Prve, zbog toga se njima štiti kolektivni interes. Druge, zbog toga što se na organizovan, kolektivan ili grupni način pokreće i sprovodi postupak za zaštitu individualnih interesa.

Prvim tužbama (po staroj terminologiji tužbe za propuštanje) se može tražiti donošenje sledećih mera:

a) sudskog naloga kao privremene mere za *zaustavljanje* postojeće prakse ili, ako praksa još nije sprovedena, ali postoji opasnost da bude, da se *zabrani*. Sudskim nalogima može se od trgovaca tražiti da preduzmu određenu meru, na primer da potrošačima daju informacije koje su prethodno izostavili, čime su prekršili zakonske obveze. Odluke kojima je utvrđeno da određena praksa predstavlja povredu prava ne smeju zavisiti od toga da li je praksa počinjena namerno ili zbog nemara.

b) sudskog naloga kao privremene mere kojim se utvrđuje da praksa predstavlja povredu prava i, prema potrebi, kojom se zaustavlja praksa ili, ako praksa još nije sprovedena, ali će biti, nalog za zabranu prakse.

Kvalifikovani tužioci mogu da pokrenuti kolektivne tužbe kojima se otklanjaju dalje posledice povrede. Donošenje ovih mera se može tražiti na osnovu bilo koje konačne odluke kojom je utvrđeno da praksa predstavlja povredu prava Unije navedenog u Prilogu I Direktive, kojom je naneta šteta kolektivnim interesima potrošača, uključujući konačni sudski nalog iz prethodnog stava (b).

*Kompenzacioni zahtevi* su usmereni na naknadu, popravku, zamenu, sniženje cene, raskid ugovora ili povraćaj plaćenog iznosa, zavisno od toga šta je od



navedenog primereno i dostupno u skladu s nacionalnim pravima. Pre nego što bude doneta deklaratorna odluka ili nalog za naknadu država članica može od odnosnih potrošača tražiti ovlašćenje.<sup>35</sup>

U izuzetnim okolnostima Predlogom Direktive je predviđeno pravo država članica da odluče da li njihov sud ili nacionalno nadležno telo pred kojim je pokrenuta tužba za naknadu štete mogu *umesto naloga za naknadu štete izdati deklaratornu odluku* o odgovornosti trgovca prema potrošačima oštećenima povredom na koju se pojedinačni potrošači mogu direktno pozvati u kasnijim tužbama za naknadu štete<sup>36</sup>. To treba omogućiti u dovoljno obrazloženim predmetima kada bi bilo složeno i nedelotvorno kvantifikovati pojedinačnu štetu za svakog potrošača koji je obuhvaćen reprezentativnom tužbom. Međutim, deklaratorne odluke ne bi trebalo izdavati u situacijama koje nisu složene, posebno u situacijama u kojima se oštećeni potrošači mogu identifikovati i u kojima su pojedinačni potrošači pretrpeli uporedivu štetu u odnosu na vremensko razdoblje ili kupovinu. Isto tako, deklaratorne odluke ne bi trebalo izdavati u slučajevima kada je iznos gubitka koji je pretrpeo svaki pojedinačni potrošač tako mali da je malo verovatno da će pojedinačni potrošači tražiti pojedinačnu pravnu zaštitu. Sud ili nacionalno nadležno telo treba uredno da obrazloži zašto su u određenom predmetu pribegli deklaratornoj odluci umesto odluke o naknadi štete. U takvim slučajevima zahtev za ovlašćenjem obuhvaćenih pojedinačnih potrošača ne predstavlja uslov za pokretanje tužbe. Naknada štete se odnosi na dotične potrošače i ako su potrošači pretrpeli mali gubitak, zbog čega bi bilo nerazmerno dodeliti im naknadu štete. U takvim slučajevima države članice garantuju da nije potrebno ovlašćenje dotičnih pojedinačnih potrošača. Naknada štete mora biti namenjena javnoj svrsi i služiti kolektivnim interesima potrošača.

Naknada štete dobijena konačnom odlukom donetom ne dovodi u pitanje nikakva dodatna prava na naknadu štete koju potrošači mogu imati u skladu s pravom Unije ili nacionalnim pravom.

<sup>35</sup> Čl. 6(1) Predloga Direktive.

<sup>36</sup> Relevantni tekst na engleskom glasi: "...Member States should be allowed to decide whether their court or national authority seized of a representative action *for redress* may exceptionally issue, instead of a redress *order*, a declaratory decision regarding the liability of the trader towards the consumers harmed by an infringement which could be directly relied upon in subsequent *redress actions* by individual consumers...". Pojmovi "redress order" i "redress actions" su (u celom tekstu Direktive) hrvatskom prevodu prevedeni kao "nalog za pravnu zaštitu" i "postupak pravne zaštite". Slovenci su to preveli kao "odločbe za povračilo štode" i "tožbah na povračilo štode". U nemačkom prevodu to su: "Verbandsklage auf Schadenersatz". Vid. čl. 5. i 6. Direktive.

Nakon što podnese tužbu, kvalifikovano telo je dužno da dostavi dovoljne dokaze koji se traže prema nacionalnom pravu kao prilog uz tužbe kako to zahteva nacionalno pravo, uključujući i opis potrošača na koje se odnosi zahtev, kao i činjenična i pravna pitanja koja treba rešiti.<sup>37</sup>

Međutim, naknada dodeljena oštećenim potrošačima u situacijama u kojima je pogođen veliki broj oštećenih ne bi trebala da pređe iznos koji duguje trgovac u skladu s važećim nacionalnim pravom ili pravom Unije kako bi se pokrila stvarna šteta koju su pretrpeli. Naročito je potrebno izbegavati kaznene odštete koje dovode do prevelike naknade za pretrpljenu štetu u korist stranke tužioca.

Što se tiče odnosa kolektivnih tužbi prema pojedinačnim tužbama, pojedinačne tužbe za pravnu zaštitu se mogu zasnivati na konačnim deklaratornim odlukama koje su donete u okviru kolektivne/reprezentativne tužbe. Tužbe za pravnu zaštitu koje se zasnivaju na činjenici da je povreda utvrđena konačnim sudskim nalogom ili konačnom deklaratornom odlukom o odgovornosti trgovca prema oštećenim potrošačima u skladu sa predlogom Direktive ne smeju biti ograničene nacionalnim pravilima o rokovima zastarelosti. Pokretanje reprezentativne tužbe ima dejstvo obustavljanja ili prekida rokova zastarelosti za sve tužbe za pravnu zaštitu za potrošače koji su obuhvaćeni tužbom.

## ZAKLJUČAK

Analiza predloženih rešenja upućuje na zaključak da rešenja koja su predložena u Direktivi podstiču i jačaju tzv. privatnopravnu primenu prava EU i mogu obezbediti bolju zaštitu potrošača uvodjenjem posebne - reprezentativne tužbe. Bez obzira na terminološku zabunu koju može da izazove korišćenje termina reprezentativna tužba, očekuje se da će njeno korišćenje može poboljšati primenu EU prava jer omogućava da se jednom tužbom obezbedi i preventivna zaštita i naknada štete. Istovremeno, zahtevom da se kao tužioci mogu pojaviti samo kvalifikovana tela sprečavaju se neozbiljne tužbe. U tom smislu je razumljiv i zahtev za transparentnim postupkom osnivanja i rada kvalifikovanih tela posebno u pogledu izvora finansiranja da bi se sud ili upravno telo mogli uveriti da ne postoje sukobi interesa ili rizici od zloupotrebe u određenom slučaju. Osim toga, ako reprezentativna tužba dovede do nagodbe, sud ili upravno telo će ispitati zakonitost i pravednost nagodbe kako bi se uzeli u obzir interesi svih uključenih strana.

---

<sup>37</sup> Predlog Direktive, tač. 1, stav 2.

Boljoj zaštiti će doprineti i obaveza trgovca koji krši pravo da obavesti predmetne potrošače o konačnom sudskom nalogu, kao i o konačnim odlukama o merama za otklanjanje daljih posledica povrede, uključujući konačne naloge za nakandu štete i, ako je to primenjivo, o deklaratornim odlukama o odgovornosti trgovca prema potrošačima, kao i o konačnim odlukama o odobravanju kolektivnih nagodbi. Na kraju, konačne odluke koje donosi sud ili upravno telo u okviru postupka javnog izvršenja, konačni sudski nalozi kojima se utvrđuje povreda prava Unije ili konačne deklaratorne odluke o odgovornosti trgovca prema potrošačima koji su obuhvaćeni povredom donete u okviru reprezentativne tužbe imaju dokaznu snagu u daljim postupcima kojima se traži pravna zaštita. Takve postupke za pravnu zaštitu mogu pokrenuti pojedinačni potrošači ili se mogu pokrenuti u okviru reprezentativne tužbe ili, ako je to dostupno, u okviru drugog mehanizma kolektivne pravne zaštite u skladu s nacionalnim pravilima. Konačna odluka kojom je utvrđena povreda postala konačna, predstavlja neoborivi dokaz u narednim postupcima za pravnu zaštitu u istoj državi članici. Time se izbegava pravna nesigurnost i nepotrebni troškovi.

Academician RADOVAN D. VUKADNOVIĆ, Ph.D.,  
University of Kragujevac

JELENA VUKADINOVIĆ-MARKOVIĆ, LL.D.,  
Research fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

## EU NEW DEAL FOR CONSUMERS

### Summary

As part of the EU's continued efforts to make its law enforcement more effective and simpler, in particular the protection of subjective (individual) rights, on April 11, 2018, the European Commission adopted a package "New Deal for Consumers". The legislative package includes a proposal for a new Directive as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules amending the four existing Directives: Directive 2005/29 / EC on unfair business practices Directive 2011/83 / EU on consumer rights, Directive 93/13 / EEC on unfair contractual provisions and Directive 98/6 / EC on price indications, as well as the Proposal for a Directive on Representative actions. The new Directive on Representative actions provides for the right of qualified bodies to request the new model of "European" action to stop and prevent violations or unauthorized conduct, or compensation for damages incurred in cases of massive violation of law, or both. The first actions are known as injunctive collective redress, which the author considers as actions for the protection of (abstract) collective interests. Others are known as compensatory and serve as means

for the collective protection of individual interests and as damages actions. The analysis showed that the Commission, when drafting the Directive's Proposal, took care to avoid its misuse, which is common in the US class action, first of all, by prescribing the conditions that must be met by qualified claimants.

Regardless of the analysis of the solutions of the "European model" of a representative action, the author considers that the solutions envisaged in the proposal of the Directive should be taken into account when amending the existing one or adopting a new Serbian Law on Consumer Protection, especially with regard to the existing solution on the monopoly right of the competent ministry to initiate administrative procedure for the protection of collective rights and interests of consumers.



MIODRAG N. SIMOVIĆ,  
MARINA M. SIMOVIĆ,  
VLADIMIR M. SIMOVIĆ

**PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA  
PREMA EVROPSKOJ KONVENCIJI ZA ZAŠTITU  
LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA**

**– Novije odluke Evropskog suda za ljudska prava  
i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine –**

U V O D

Pravo na slobodu izražavanja (član 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>1</sup>), univerzalno prepoznato kao apsolutno i nedegabilno pravo, *ius cogens*, svoju primjenu na poseban način je dobilo i u praksi

---

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Balkanskog naučnog centra Ruske akademije prirodnih nauka.

Prof. dr Marina M. Simović, sekretar u Ombudsmanu za djecu Republike Srpske i profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron" u Banjoj Luci.

Prof. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva BiH i profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci i Fakulteta pravnih nauka Univerziteta "Vitez" u Vitezu.

<sup>1</sup> U daljem tekstu: Konvencija.

Evropskog suda za ljudska prava<sup>2</sup> i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine<sup>3</sup>. Prvo pitanje na koje treba dati odgovor kod analize člana 10 ove konvencije jeste da li i u kojoj mjeri pravo na pristup informacijama pod kontrolom javne vlasti ulazi, u konkretnom slučaju, u okvir "slobode izražavanja" iz člana 10 ove konvencije, te ako ulazi - postoji li miješanje u to apelantovo pravo. Ako se zaključi da postoji miješanje, onda će trebati odgovoriti i na pitanje da li je to miješanje opravdano, odnosno je li bilo u skladu sa zakonom, da li je imalo neki legitiman cilj i da li je bilo "neophodno u demokratskom društvu".

Pravo na slobodu izražavanja iz člana 10 Konvencije spada u grupu tzv. kvalifikovanih prava za koja je karakteristično da prvim stavom definišu samo pravo, a drugim stavom dozvoljena miješanja i ograničenja tih prava, pod uslovima propisanim tim stavom. Prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, sloboda izražavanja predstavlja suštinsku osnovu [demokratskog] društva, jedan od osnovnih uslova njegovog napretka i razvoja svakog čovjeka. Pod uslovima iz stava 2 člana 10, ova sloboda je primjenljiva ne samo na "informacije" ili "ideje koje nailaze na pozitivan prijem ili se smatraju neuvredljivim ili prema njima postoji ravnodušnost, već i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiravaju državu ili bilo koji dio populacije". To su zahtjevi pluralizma, tolerancije i širokumnosti bez kojih nema "demokratskog društva". Ovo, između ostalog, znači da sve "formalnosti", "uslovi", "ograničenja" ili "sankcije" koje se nameću u ovoj oblasti - moraju biti proporcionalne legitimnom cilju koji se želi ostvariti. Evropski sud je osigurao snažnu zaštitu izjava koje se odnose na pitanja od javnog interesa uključujući i one koje podrazumijevaju kritiku na račun političara, vlade, službenika, dakle javnih ličnosti ali i drugih članova društva. S druge strane, ko god koristi slobodu izražavanja, preuzima "dužnosti i obaveze" u obimu koji zavisi od njegove situacije i tehničkih sredstava koja koristi<sup>4</sup>. Ta sloboda, ipak, nije apsolutna i može biti ograničena zbog okolnosti i pod uslovima navedenim u članu 10 stav 2 Konvencije pod kojima se javna vlast može miješati u uživanje slobode izražavanja, dakle granice kritike su široke, ali nisu apsolutne. Stoga je ključna uloga i zadatak nezavisnog sudstva da u svakom pojedinačnom slučaju jasno utvrdi granicu između opravdanih i potrebnih, te neopravdanih i nepotrebnih ograničenja, koja neki princip potvrđuju kao pravilo ili ga negiraju kao puku deklaraciju. Evropski sud i Ustavni sud

<sup>2</sup> U daljem tekstu: Evropski sud.

<sup>3</sup> U daljem tekstu: Ustavni sud.

<sup>4</sup> Vidi Evropski sud, *Selistö protiv Finske*, presuda od 16. novembra 2004. godine, aplikacija broj 56767/00, stav 46 i Ustavni sud, *Odluka broj AP-1203/05* od 27. juna 2006. godine.

su u svojim odlukama konstatno ukazivali da je u domaćem pravnom sistemu neophodno napraviti jasnu razliku između činjenica i mišljenja (vrijednosne ocjene), jer se postojanje činjenice može dokazati, dok istinitost vrijednosnih sudova nije moguće dokazati<sup>5</sup>.

U radu se analiziraju novije presude Evropskog suda s naglaskom na recentnu judikaturu. Daje se i pregled relevantne prakse Ustavnog suda, koji je posljednjih godina, prateći razvoj standarda Evropskog suda i usklađujući svoje postupanje s tim sudom, intenzivirao svoju aktivnost u pogledu zaštite osnovnih prava osoba u slučajevima gdje važeće zakonodavstvo i praksa nisu pružali djelotvorna pravna sredstva u zaštiti navedenog prava. Kada se radi o praksi prema članu 10 Konvencije, izdvojene su uglavnom odluke Ustavnog suda koje su usvojene u zadnjih godinu dana.

#### PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropski sud je utvrdio niz načela i faktora koje treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja kršenja prava na slobodu izražavanja, prije svega uspostavljanja jasne razlike između činjenica i vrijednosnih sudova. On je osigurao snažnu zaštitu izražavanja koja se odnose na pitanja od javnog interesa i podrazumijevaju kritiku javnih ličnosti, a pri vršenju važne uloge “čuvara javnog interesa” sloboda procjene je ograničena upravo interesom demokratskog društva.

Kad se radi o ograničenjima iz člana 10 stav 2 Konvencije, Evropski sud je ukazao da test “neophodnosti u demokratskom društvu” zahtijeva da se pri odlučivanju da li je došlo do kršenja odluči da li “miješanje” domaćih vlasti u ovu slobodu korespondira “hitnoj društvenoj potrebi”, da li je proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići i da li su razlozi i opravdanja koje su dali nadležni organi za takvo miješanje relevantni i dovoljni. S tim ciljem je potrebno utvrditi da li su domaće vlasti primijenile standarde koji su u skladu s principima ustanovljenim u članu 10 Konvencije, kao i da li su domaće vlasti zasnovale svoje odluke na prihvatljivoj analizi relevantnih činjenica. Što se tiče proporcionalnosti, mora se utvrditi da li je postignut pravičan balans u zaštiti dviju vrijednosti garantovanih Konvencijom koje mogu biti u suprotnosti jedna drugoj: s jedne strane, sloboda izražavanja iz člana 10 Konvencije i, s druge strane, pravo lica koje je

---

<sup>5</sup> Vidi Evropski sud, *Lingens protiv Austrije*, presuda od 8. jula 1986. godine, serija A broj 103, stav 46 i Ustavni sud, *Odluka broj AP-1004/04* od 2. decembra 2005. godine.



napadnuto u tekstu da zaštiti svoju reputaciju, što je zaštićeno članom 8 ove konvencije<sup>6</sup>.

*Jurišić protiv Hrvatske*, broj 79584/12 od 8. februara 2018. godine  
(povreda člana 10 Konvencije)

Tužiteljka, Slava Jurišić, inače javna ličnost na lokalnoj političkoj sceni u Slavonskom Brodu, 2008. godine je održala konferenciju za novinare na kojoj je kritikovala kadrovsku politiku gradonačelnika Slavonskog Broda. Između ostalog, tužiteljka je izjavila da je gradonačelnik kao direktorku imenovao osobu (Z.B.) koja uopšte nije raspolagala valjanim ispravama o državljanstvu, te da je ona "jugoslovenska državljanka".

Z.B. je podnijela privatnu tužbu protiv tužiteljke Opštinskom sudu u Slavonskom Brodu, zbog krivičnog djela klevete. Nakon provedenog krivičnog postupka, Opštinski sud u Slavonskom Brodu je 26. januara 2012. godine tužiteljku proglasio krivom, te je osudio na 60 dana zatvora, uslovno na godinu dana.

Iako je Evropski sud utvrdio da se spomenute izjave doista mogu smatrati štetnim po dostojanstvo Z.B., utvrdio je i da je izrečena kazna nespojiva sa pravom tužiteljke na slobodu izražavanja. Naime, Evropski sud je smatrao da je u političkoj debati kazna zatvora za javno izrečenu misao (pa makar i uslovna) samo izuzetno kompatibilna sa pravom na slobodu izražavanja, i to u slučajevima teških kršenja osnovnih prava drugih osoba (primjera radi, pozivanje na nasilje, govor mržnje i sl.). Sud je utvrdio da ništa u ovom slučaju ne upućuje na postojanje takvih okolnosti, zbog čega je izrečenom kaznom povrijeđeno pravo tužiteljke na slobodu izražavanja, predviđeno članom 10 Konvencije.

*Magyar Kétfarkú Kutya Párt protiv Mađarske*, broj 201/17  
od 23. januara 2018. godine (povreda člana 10 Konvencije)

U ovom predmetu aplikantica je bila Magyar Kétfarkú Kutya Párt, politička stranka registrovana u Budimpešti, s slučaj se ticao žalbe stranke na odluke domaćih sudova da su upotrebom mobilne telefonske aplikacije koju je razvila kako bi omogućila biračima prikazivanje i komentarisanje nevažećih glasačkih listića tokom referenduma 2016. godine o planovima preseljenja migranata Evrop-

---

<sup>6</sup> Vidi Evropski sud, *Chauvy i dr. protiv Francuske*, presuda od 29. juna 2004. godine, aplikacija broj 64915/01, stav 70.

ske unije - prekršena izborna pravila. Birači su mogli koristiti aplikaciju za objavljivanje anonimnih fotografija nevažećih glasačkih listića i komentaranja načina na koji su glasali. Nakon pritužbe privatnog osobe, Državna izborna komisija je novčano kaznila stranku pošto je utvrdila da je aplikacija prekršila pravila pravičnih izbora, tajnosti glasanja i pravilnog ostvarivanja prava. Kúria je na kraju samo potvrdila odluku o pravilnom ostvarivanju prava i smanjila novčanu kaznu. Pritužba Ustavnom sudu je bila nedopuštena.

Evropski sud je istakao da mobilna aplikacija u ovom predmetu ima komunikacijsku vrijednost i za Sud predstavlja izražavanje o pitanju od javnog interesa, koje je zaštićeno članom 10 Konvencije. Štaviše, u ovome predmetu, Sud je uvjeren da je ono što je bio cilj političke stranke jeste upravo omogućavanje sredstava za prenos i primanje informacije u smislu člana 10 Konvencije. Evropski sud smatra da su radnje ove stranke zaštićene prema članu 10 stav 1 Konvencije i da je, stoga, njeno sankcionisanje ometalo njeno pravo na slobodu izražavanja<sup>7</sup> Takvo miješanje krši član 10, osim ako nije "propisano zakonom" i slijedi jedan ili više legitimnih ciljeva iz člana 10 stav 2. Evropski sud je dalje zaključio da miješanje nije ostvarilo "legitiman cilj", te stoga nije dalje istraživao pitanje da li je "nužno u demokratskom društvu". U konačnici je utvrđena povreda člana 10 Konvencije jer sankcije koje su nametnute aplikantice nisu bile u skladu sa zahtjevima člana 10 stav 2 ove konvencije.

*MAC TV s.r.o. protiv Slovačke*, broj 13466/12  
od 28. novembra 2017. godine (povreda člana 10 Konvencije)

Aplikant, kompanija MAC TV s.r.o., koja emituje dva televizijska kanala, osnovana je 1991. godine u Bratislavi. Predmet se odnosio na televizijski program emitovan u aprilu 2010. godine nakon avionske nesreće u kojoj je poginuo poljski predsjednik Lech Kaczyński. Reporterov komentar tokom emitovanja je bio kritičan u odnosu na političke poglede poljskog predsjednika, uz opasku da je politička era završila sa njegovom smrću.

Vijeće za emitovanje je po službenoj dužnosti pokrenulo upravni postupak protiv kompanije aplikanta, pri tome naročito uzevši u obzir zadnje dvije reporterove rečenice u kojima je naveo kako ne žali Poljake, već im zavidi. Vijeće je, uzevši u obzir da je komentar bio sarkastičan i ironičan, ipak našlo da je njime učinjen ozbiljan napad na ugled i čast bivšeg poljskog predsjednika kao političa-

---

<sup>7</sup> *Vidi Neij i Sunde Kolmisoppi protiv Švedske (dec.)*, broj 40397/12 od 20. juna 2012. godine.

ra i ljudskog bića, te je sa 5.000 eura kaznilo aplikanta kompaniju. Tu odluku je u martu 2011. godine potvrdio i Vrhovni sud. Aplikantova ustavna žalba je takođe odbijena. Ustavni sud je našao da je komentar odražavao pozitivno viđenje predsjednikove smrti, umanjujući pri tome njegovo ljudsko dostojanstvo.

Pozivajući se na član 10 Konvencije, aplikant se žalilo da je kažnjen zbog izražavanja političkog mišljenja o navodnom ekstremnom konzervatizmu poljskog predsjednika. Evropski sud smatra da komentar aplikanta, ocijenjen u opštem kontekstu, ne podstiče hvale za smrt predsjednika zbog njegovih političkih stavova, niti predstavlja govor mržnje. Sud takođe uzima u obzir prirodu predmetnog postupka. Prema saznanjima Suda, Vijeće za emitovanje pokrenulo je upravni postupak protiv aplikanta na vlastitu inicijativu. Ono nije postupilo po zahtjevu bliških rođaka pokojnog predsjednika<sup>8</sup> ili na zahtjev poljskog naroda ili vlasti da se zaštite lična prava Lecha Kaczynskog. Radi se o vlastitoj inicijativi Vijeća da primjenjuje Zakon o emitovanju - radi zaštite dostojanstva preminulog predsjednika. Na kraju, Sud je zaključio da domaće vlasti nisu pokazale da je uplitanje u prava aplikanta, zaštićeno članom 10 Konvencije, bilo neophodno u smislu te odredbe. Stoga je došlo do povrede ovog člana.

*GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus protiv Švajcarske,*  
broj 18597/13 od 9. januara 2018. godine (povreda člana 10 Konvencije)

Aplikant je GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (Fondacija GRA protiv rasizma i antisemitizma), nevladina organizacija koja je registrovana u Švajcarskoj. Ona afirmiše toleranciju i osuđuje rasno motivisanu diskriminaciju. Slučaj se tiče žalbe fondacije na sudsku odluku kojom je proglašena odgovornom za klevetu.

U novembru 2009. godine aplikant je izvijestio o sastanku održanom u gradu Frauenfeldu omladinskog krila Švajcarske narodne stranke u vezi sa referendumom o zabrani izgradnje minareta. Nakon sastanka, aplikant je objavio tekst na svojoj internetskoj stranici u odjeljku pod nazivom "Hronologija - verbalni rasizam". Citirao je izvještaj stranke vezan za govor na sastanku B.K., šefa omladinskog krila Švajcarske narodne stranke. Citiran je dio njegovog govora u kojem kaže da je vrijeme da se zaustavi širenje islama, da "švajcarska vladajuća kultura, utemeljena na hrišćanstvu, ne može dopustiti da se zamijeni drugim kulturama",

<sup>8</sup> Vidi, za uporedbu, *John Anthony Mizzi protiv Malte*, broj 17320/10 od 22. novembra 2011. godine.

te da će zabrana minareta biti izraz očuvanje nacionalnog identiteta. Minaretska zabrana je odobrena na referendumu u istom mjesecu, što je dovelo do ustavnog amandmana za provedbu rezultata.

U avgustu 2010. godine B.K. je GRA Stiftung izveo pred sud zbog teksta objavljenog na web stranici - podnoseći sudu tužbu radi zaštite njegovih ličnih prava. Tražio je da Fondacija povuče tekst i zamijeni ga. Fondacija je tvrdila da je tekst vrijednosna prosudba koja bi mogla kršiti prava ličnosti samo ako je bila nepotrebno štetna i uvredljiva.

Okružni sud je odbio zahtjev B.K. u martu 2011. godine s obrazloženjem da je internetski članak bio opravdan jer se odnosio na političku raspravu o pitanju od javnog interesa. Presuda je preinačena po žalbi u novembru iste godine kada je žalbeni sud utvrdio da su riječi “verbalni rasizam” mješoviti vrijednosni sud, koji bi mogao kršiti prava ličnosti ako se temelji na neistinama. Utvrdio je da govor B.K. nije bio rasistički i naložio organizaciji da ukloni članak i zamijeni ga presudom suda. GRA Stiftung je uložio žalbu Federalnom vrhovnom sudu, tvrdeći da je opravdano bilo kakvo miješanje u lična prava B.K. Jedan od glavnih ciljeva Fondacije bio je informisanje javnosti o rasističkom ponašanju. Da bi ispunila svoju ulogu čuvara, Fondacija je objavila članke i intervjuje o aktualnim događajima koji se odnose na rasizam i antisemitizam.

Savezni vrhovni sud je odbio žalbu Fondacije u avgustu 2012. godine. Utvrdio je da se komentari B.K. ne mogu opisati kao verbalno-rasistički i da mješoviti vrijednosni sud koji je prekršio njegova prava ličnosti - nije bio opravdan nikakvim važnijim interesom. Čak i sudjelovanje B.K. u političkoj raspravi, što je značilo da mora prihvatiti smanjeni nivo zaštite prava ličnosti, ne može opravdati širenje neistina ili objavljivanje vrijednosnih sudova koji nisu bili utemeljeni na činjenicama.

Evropski sud je utvrdio da kontekst rasprave u vrijeme referenduma, uključujući i druge kritike samog referenduma od organa za ljudska prava, znači da upotreba riječi “verbalni rasizam” nije bila bez činjeničnih osnova. Kazna koja je nametnuta Fondaciji mogla je imati uticaj na njenu slobodu izražavanja. Ukupno gledajući, prilikom ocjenjivanja okolnosti u konkretnom slučaju, domaći sudovi nisu u obzir uzeli načela i kriterije koje je utvrdio Evropski sud za uravnoteživanje prava na poštovanje privatnog života i prava na slobodu izražavanja, čime su prekoračili svoj prostor slobodne procjene (“margin of appreciation” ili “margin of state discretion”).

*Catalan protiv Rumunije*, broj 13003/04 od 9. januara 2018. godine  
(nema povrede člana 10 Konvencije)

Slučaj se odnosio na otkaz državnog službenika (aplikanta, Catalana), koji je radio za Nacionalno vijeće za proučavanje arhive Securitatea (CNSAS), zbog otkrivanja informacija za objavljivanje članka u kojem se tvrdi da je vjerski vođa saradivao sa Securitateom (bivšom političkom policijom pod komunističkim režimom). Zakon broj 187/1999 je CNSAS-u dodijelio ulogu informisanja javnosti o saradnji s Securitateom, ali Vijeće još nije bilo iznijelo svoj službeni stav o tom pitanju.

Aplikant je osporio njegovo razrješenje, ali su domaći sudovi utvrdili da je, javnim izražavanjem, prekršio svoju dužnost diskrecije kao državnog službenika (aplikant je 15. septembra 2000. godine potpisao izjavu o povjerljivosti). Pozivajući se na član 10 Konvencije, aplikant se žalio na otkaz zbog njegovog mišljenja objavljenog u novinskom članku.

Evropski sud je utvrdio, uzimajući u obzir dužnosti i odgovornosti državnih službenika, te razmotrivši razne interese u pitanju, da je miješanje u aplikantova prava na slobodu izražavanja imalo dva legitimna cilja (sprječavanje otkrivanja povjerljivih informacijama i zaštita prava drugih) i bilo je neophodno u demokratskom društvu. Konkretno, Sud je smatrao da je aplikant, koji je bio državni službenik, bio podvrgnut dužnosti diskrecije na svom radnom mjestu i da je stoga trebao pokazati veću brigu i naročitu umjerenost u njegovim primjedbama. Sud je takođe objasnio da se dužnost diskrecije ne može poništiti javnim interesom u pitanjima koja proizlaze iz primjene Zakona broj 187/1999 ili putem pristupa Securitatea arhivu. Naprotiv, rizik manipulisanja javnim mnijenjem, na temelju malog broja dokumenata izdvojenih iz spisa, dodatno je doprinio dužnosti lojalnosti prema CNSAS-u, čija je uloga i funkcija pružiti javnosti pouzdane i vjerodostojne informacije. Sud je stoga smatrao da je CNSAS imao legitimno pravo uzeti u obzir da je javno stanovište njegovog zaposlenika na osjetljivom predmetu unutar svog područja istraživanja - nepovratno ugrozilo odnos povjerenja koji se mora održati između organizacije i njenog službenog osoblja.

*Frisk and Jensen protiv Danske*, broj 19657/12 od 5. decembra 2017. godine  
(nema povrede člana 10 Konvencije)

Aplikanti su Mette Frisk i Steen Jensen, dva danska novinara zaposlena u nacionalnoj televizijskoj stanici Danmarks Radio. Predmet se odnosio na nji-

hovuu osudu u postupku klevete nakon programa koji je emitovan 2008. godine, u kojem je kritikovano liječenje raka u Univerzitetskoj bolnici u Kopenhagenu. Aplikanti su producent i glavni pomoćni urednik dokumentarnog programa "Kad ljekar najbolje zna".

Na temu raka pluća i tipova hemoterapije korištenih u Univerzitetskoj bolnici u Kopenhagenu 24. septembra 2008. godine u 8.00 sati emitovan je poseban program. Govorilo se o frustraciji bolesnika i porodice jer im je odbijen izbor u hemoterapiji, a Vinorelbina je preferirana opcija u Bolnici. Postavilo se pitanje da li bi bolesnici trebali biti obaviješteni o drugim mogućnostima, npr. Alimti, koja je navodno temeljitije testirana od Vinorelbine. Ubrzo nakon toga, Bolnica i konsultant koji je zadužen za liječenje raka u Bolnici pokrenuli su postupak klevete protiv aplikanata zbog optužbe za pogrešno liječenje. Tokom postupka pred sudovima, konsultant i medicinski direktor Bolnice dali su dokaze, posebno navodeći da je program dao pacijentima dojam da je Alimta jedini odobreni lijek i da je Vinorelbine samo testni proizvod, iako su aplikanti znali da to nije istina, te da, osim toga, nisu postojale studije koje bi pokazale da je Alimta medicinski bolji lijek.

U konačnici, u junu 2011. godine sudovi su aplikante proglasili krivim i osudili ih na 10 dani - novčane kazne od 1.000 danskih kruna (ukupno oko 1.340 eura). Iako se dala težina činjenici da se program bavio pitanjima od znatnog javnog interesa, odnosno rizika za život i zdravlje u javnom bolničkom liječenju, sudovi su utvrdili da je program nesumnjivo pružio gledaocima dojam da je došlo do pogrešnog liječenja u Bolnici u Kopenhagenu. Konkretno, program je optužio konsultanta da preferira korištenje hemoterapije koja je bila testna, s jasnim insinuiranjem da se to učinilo sa ciljem da se promoviše profesionalni prestiž i lična finansijska situacija konsultanta, te da je to dovelo do toga da neki bolesnici umiru ili da im se život skрати. Dalje, procjenjivanjem različitih istraživačkih materijala, sudovi su zaključili da su optužbe bile činjenično netačne - budući da nije bilo dokumentacije koja bi pokazala da je Alimta terapija bila učinkovitija od Vinorelbine i da su aplikanti morali biti svjesni toga, jer su bili u posjedu istih materijal pri pripremi svog programa. Na kraju, sudovi su utvrdili da se navodi ne mogu opravdati činjenicom da je Bolnica odbila učestvovati u programu. Naprotiv, Bolnica je saradivala reagujući na opsežna ispitivanja gospođe Frisk, a konsultant u Bolnici je u junu 2008. godine izradio memorandum, ističući kako međunarodne studije nisu pokazale da je bilo koja kombinacija hemoterapije superiorna nad drugom.

Pozivajući se na član 10 Konvencije, aplikanti su se žalili se da je njihova osuda za klevetu bilo neproporcionalna. Naročito, tvrdili su da je dokumentarac utemeljen na značajnim novinarskim istraživanjima i da je imao različite važne posljedice, uključujući javnu potražnju za Alimta terapijom i promjenu u praksi u Univerzitetnoj bolnici u Kopenhagenu. Evropski sud se složio s odlukama danskih sudova, utvrdivši da je postignuta pravična ravnoteža između prava novinara na slobodu izražavanja i prava Bolnice i konsultanta na zaštitu njihovog ugleda. Posebno, Sud nije vidio razloga da dovede u pitanje zaključak domaćih sudova da je program bio činjenično netačan. Takođe se Sud složio da su te pogrešne optužbe, širene u udarnom terminu na nacionalnoj televiziji, imale znatne negativne posljedice, a to je javno nepovjerenje u hemoterapiju koja se koristi u Bolnici.

*Eker protiv Turske*, broj 24016/05 od 24. oktobra 2017. godine  
(nema povrede člana 10 Konvencije)

Slučaj se ticao obaveze novinarskog izdavača da objavi odgovor kojim se ispravlja članak koji je napisao i objavio u svojim novinama. Aplikant je Mustafa Eker, turski državljanin. Nekada je bio izdavač lokalnog dnevnog lista pod nazivom “Bizim Karadeniz” koji se distribuirao u Sinopu.

U februaru 2005. godine aplikant je objavio članak pod nazivom “Yolunuz açık olsun” (“Neka vaš put bude gladak”) koji kritikuje Udruženje sinopskih novinara da djeluje suprotno svojoj primarnoj namjeni i napušta svoje osnovne ciljeve. Predsjednik Udruženja je, uzevši u obzir da je aplikantov članak ugrozio njegovo dostojanstvo i dostojanstvo ostalih članova Udruženja, poslao odgovor kojim je ispravio izvorni članak, ali je aplikant odbio da ga objavi u svojim novinama. U martu 2005. godine predsjednik Udruženja podnio je zahtjev sudu u Sinopu (Sinop Magistrate’s Court), tražeći naredbu da njegov odgovor bude objavljen. Sud je odobrio zahtjev, a aplikant se žalio Krivičnom sudu u Sinopu (Sinop Criminal Court) koji je odbio žalbu. Tekst odgovora objavljen je u aplikantovim novinama.

Pozivajući se na čl. 6, 8, 10 i 13 Konvencije, aplikant se žalio na nedostatak rasprave pred sudovima (Sinop Magistrate’s Court, Sinop Criminal Court), njihovu neadekvatnu procjenu predmeta, nemogućnost žalbe višem sudu protiv odluka tih sudova i činjenicu da je bio prisiljen objaviti tekst kojim je ispravio svoj članak, za koji tvrdi da je štetio njegovom ugledu i potkopao njegovo dostojanstvo, te predstavljao uplitanje u njegovu slobodu izražavanja.



U odnosu na navode o povredi člana 6 Konvencije Evropski sud je zaključio da je u kontekstu postupka, u kojem pravni problemi nisu bili posebno složeni i kada su domaći sudovi bili pozvani da pravovremeno odluče, činjenica da su sudovi odlučili nakon razmatranja dokumenata u spisu, bez održavanja rasprave, nije prekršila odredbe člana 6 stav 1 o usmenoj i javnoj prirodi postupka. U odnosu na član 10 Konvencije, Sud je istakao da su domaći sudovi postigli pravičnu ravnotežu između aplikantovog prava na slobodu izražavanja i prava Udruženja novinara Sinop na zaštitu njegovog ugleda. Sud je smatrao da odgovor nije prekoracio granice dopuštenih kritika i da je naredba za objavljivanje bila srazmjerna cilju koji se traži, a to je zaštita ugleda i prava drugih. Štaviše, aplikant nije trebao mijenjati sadržaj svog članka i nije bilo ničega što bi ga spriječilo da ponovno objavljuje svoju verziju činjenica.

*Axel Springer SE and RTL Television GmbH protiv Njemačke*, broj 51405/12  
od 21. septembra 2017. godine (nema povrede člana 10 Konvencije)

Aplikanti su dvije njemačke medijske kompanije: Axel Springer SE, izdavačka kuća sa sjedištem u Berlinu i RTL Television GmbH ("RTL"), emitera kompanija sa sjedištem u Kelnu. Predmet se ticao njihove žalbe na sudsku naredbu o zabrani objave slika na osnovu kojih optuženi za ubistvo u krivičnom postupku može biti identifikovan.

Obje medijske kuće su izvještavale o krivičnom postupku protiv mladića koji je priznao policiji da je ubio svoje roditelje, te je u vezi s tim u junu 2010. godine optužen za ubistvo. Prema mišljenju vještaka psihijatra koji je pribavio javni tužilac, optuženi je u vrijeme učinjenja krivičnog djela bolovao od šizoidnog poremećaja ličnosti.

Fotografi zaposleni u dvije navedene kompanije su prisustvovali pretresima u Okružnom sudu u Postdamu. Prije početka prvog pretresa, 11. januara 2011. godine, predsjedavajući vijeća je informisao novinare da prije nego što fotografije budu objavljene, lice optuženog treba da bude pripremljeno tako da ga nije moguće idenfikovati. Predsjedavajući vijeća je naknadno poslao obrazložen nalog novinarima u kojem je navedeno da je dozvoljeno snimanje, odnosno fotografisanje samo onim osobama koje su se registrovale u Sudu i koje su dali uvjerenja da će lice pomenutog mladića biti takvo da ga je nemoguće identifikovati. U nalogu je istaknuto da u konkretnom slučaju prevagu u odnosu na javni interes nose



lična prava optuženog koji nikad nije bio subjekt pažnje javnosti i izričito je zahtijevao da njegov identitet bude skriven.

Aplikanti su podnijeli prigovor sa zahtjevom za suspenziju naredbe suda sa obrazloženjem da je ovaj mladić već prvog dana postupka priznao zločin, ali je predsjedavajući vijeća nalog ostavio na snazi. Savezni ustavni sud je u februaru 2012. godine odbio da razmatra žalbu aplikanata.

Evropski sud je zaključio da je domaći sudija pažljivo uravnotežio suprotstavljene interese. Nalog je bio srazmjernom legitimnom cilju, a to je zaštita prava ličnosti optuženog, koji nije bio javna ličnost, i to za vrijeme suđenja u toku kojeg se smatra nevinim - dok se ne dokaže krivica. Nalog nije bio posebno teška zabrana izvještavanja, a snimanje nije bilo ograničeno.

*Becker protiv Norveške*, broj 21272/12 od 5. oktobra 2017. godine  
(povreda člana 10 Konvencije)

Predmet se odnosio na novinarku dnevnih novina kojoj je naredeno da preda dokaze u krivičnom predmetu pokrenutom protiv jednog od njenih izvora za tržišne manipulacije. Aplikantica je Cecilie Langum Becker, norveška državljanica, novinarka DN.no, interetske verzije novina *Dagens Noeringsliv*.

Aplikantica je u avgustu 2007. godine napisala članak o naftnoj kompaniji u Norveškoj i strahovima da bi se ona mogla urušiti. Njen članak je zasnovan na telefonskom razgovoru sa izvjesnim gospodinom X i pismu napisanom od strane advokata, koje joj je on profaksao, očito u ime imaoca obveznica u naftnoj kompaniji, a u kojem je izražena ozbiljna zabrinutost zbog situacije u ovoj kompaniji. Kasnije se ispostavilo da je advokat zapravo sastavio pismo samo na zahtjev gospodina X, koji posjeduje samo jednu obveznicu u kompaniji. Nakon objave članka, cijena dionica Kompanije je opala.

Aplikanticu je nakon toga u junu 2008. godine saslušala policija i rekla joj da je gospodin X potvrdio da je on njen izvor. Ona je tom prilikom izjavila kako je njen članak zasnovan na profaksanom pismu, ali je odbila dati dodatne informacije, pozivajući se na novinarski princip o zaštiti izvora.

Aplikantica je u junu 2010. godine optužena za tržišne manipulacije i insajdersku trgovinu. Tokom krivičnog postupka koji je uslijedio, ona je pozvana kao svjedok, ali je odbila svjedočiti, pozivajući se na domaći zakon o zaštiti novinarskih izvora i član 10 Konvencije. Sudovi prve instance su ocijenili da je obavezna

dati dokaze o njenom kontaktu sa X. Njene žalbe koje su uslijedile su odbijene, a u septembru 2011. godine je to učinio i Vrhovni sud, koji je zaključio da u situaciji kada se sam izvor otkrio - nema uopšte izvora kojeg treba štiti i objava njegovog identiteta stoga nema nikakve posljedice za slobodno kretanje informacija. Štaviše, to je ozbiljan krivični slučaj, uključujući optužbe da je gospodin X iskoristio aplikanticu da manipuliše tržištem obveznica i njen dokaz bi mogao pomoći sudu da riješi slučaj.

U međuvremenu, gospodin X je prvostepenom presudom osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci, koja je potvrđena u januaru 2012. godine. S tim u vezi, aplikantici je naređeno da plati novčanu kaznu u iznosu od 30.000 norveških kruna (oko 3.700 eura) zbog odbijanja da odgovori na pitanja o njenim kontaktima sa X.

Pozivajući se na član 10 Konvencije, aplikantica se žalila na odluku kojom joj se naređuje da dostavi dokaze u vezi njenog izvora, tvrdeći da bi to vrlo vjerovatno vodilo do toga da i drugi izvori budu identifikovani. Ona je takođe tvrdila da, u svakom slučaju, njeno svjedočenje nije bilo neophodno u predmetu protiv njenog izvora.

Evropski sud je utvrdio da se njegova procjena svela, prije svega, na to da li je dokaz od aplikantice bio potreban tokom krivične istrage, te kasnije sudske postupke protiv njenog izvora. Istaknuo je da aplikanticino odbijanje da otkrije svoj izvor nije ni u jednom trenutku ometalo ni istragu niti postupak protiv gospodina X. Tužilac je obavijestio prvostepeni sud koji je osudio gospodina X da neće biti podnesn prijedlog za produženje (do konačne odluke o obavezi da se daju dokazi) jer je slučaj bio dovoljno utvrđen čak i bez aplikanticine izjave. Takođe je imao na umu da se novinarske metode gospođe Becker nikada nisu dovodile u pitanje, te da ona nije bila optužena za bilo kakvu ilegalnu aktivnost. Nadalje, njeno pravo kao novinara da čuva svoje izvore povjerljivim - ne može se automatski ukloniti zbog ponašanja izvora ili zbog toga što je identitet izvora postao poznat. Sud stoga nije uvjeren da okolnosti u ovom predmetu ni dati razlozi - ne mogu opravdati obavezivanje aplikantice da svjedoči.

*Dmitriyevskiy protiv Rusije*, broj 42168/06, od 3. oktobra 2017. godine  
(povreda člana 10 Konvencije)

Slučaj se ticao aplikantove krivične osude nakon objavljivanja izjave dvojice čečenskih čelnika u regionalnim novinama u kojima je aplikant (Stanislav

Dmitrijevski, ruski državljanin) bio glavni urednik. Početkom 2004. godine aplikant, koji je u to vrijeme bio i direktor nevladine organizacije koja je pratila kršenja ljudskih prava u Čečeničkoj Republici, dobio je dva članka sa *web* stranice Chechenpress. Objavljeni su u izdanjima iz marta i aprila-maja 2004. godine mjesečnih novina koje je aplikant uređivao. Novine su imale tiraž od 5.000 primjeraka i uglavnom su bile distribuirane u regiji Nizhniy Novgorod.

Članci su predstavljali izjave dvojice separatističkih čečenskih čelnika, Aslana Maskhadova i Akhmeda Zakayeva, koji su optužili ruske vlasti za sukob u Čečenskoj Republici i oštro kritikovali vlasti. Prvi je članak posebno naglašavao da će, sve dok tadašnja vlada ostane u Kremlju, “krv nastaviti proticati u Čečeniji i Rusiji”. Drugi članak se odnosio na rezoluciju Evropskog parlamenta, usvojenu u februaru 2004. koja, je priznala Staljinovu deportaciju čečenskog naroda 1944. godine kao čin genocida. Nakon prikaza istorije rusko-čečenskog odnosa i nedavnog sukoba u Čečenskoj Republici, članak je naveo da “nema sumnje” da je Kremlj “danas središte međunarodnog terorizma”.

Nakon analize članaka, aplikant je optužen u septembru 2005. godine prema odredbi Krivičnog zakona koja se odnosi na “kažnjavanje mržnje ili neprijateljstva”. U februaru 2006. godine osuđen je prema toj odredbi i dobio uslovnu zatvorsku kaznu od dvije godine (sa četiri godine probnog roka). Presuda se u velikom dijelu oslonila na dva stručna izvještaja lingvista. Njegova osuda je potvrđena po žalbi u aprilu 2006. godine.

Evropski sud je, između ostalog, istakao da stanovišta izražena u dvije izjave se ne mogu čitati kao podsticaj na nasilje ili mržnju koja može rezultirati nasiljem. Stoga, nije uvjeren da objavljivanje predmetnih članaka može imati bilo kakav štetan učinak na sprječavanje nemira i zločina ili da može potkopati teritorijalni integritet ili javnu bezbjednost. Štaviše, odluke ruskih sudova bile su nedostatne: iako su svoju odluku o krivici zasnovili na dva stručna izvještaja lingvista, nisu razmotrili (procijenili) izvještaje već su samo potvrdili zaključke stručnjaka. Nadalje, nisu napravili nikakav smisleni pokušaj analize samih izjava.

*Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy protiv Finske,*  
broj 931/13, od 27. juna 2017. godine (nema povrede člana 10 Konvencije)

Nakon što su dve kompanije objavile lične podatke o porezu 1,2 miliona ljudi, domaće vlasti su presudile da je ovakvo objavljivanje ličnih podataka protivzakonito prema zakonima o zaštiti podataka i zabranile takve masovne publikacije

u budućnosti. Kompanije su se žalile Evropskom sudu ističući povredu njihovog prava na slobodu izražavanja. Evropski sud je zaključio da je zabranom došlo do miješanja u slobodu izražavanja kompanija. Međutim, član 10 Konvencije nije prekršen jer je miješanje bilo u skladu sa zakonom, slijedilo je legitiman cilj zaštite privatnosti pojedinaca, te je ostvarena pravična ravnoteža između prava na privatnost i prava na slobodu izražavanja. Konkretno, Sud se složio s zaključcima domaćih sudova - da masovno prikupljanje i širenje podataka o porezu nije doпринijelo raspravama od javnog interesa i nije bilo isključivo u novinarske svrhe.

*Sarıgül protiv Turske*, broj 28691/05 od 23. maja 2017. godine  
(povreda člana 10 Konvencije)

Aplikant je Resul Sarıgül, državljanin Turske, koji se nalazio u zatvoru odakle je i podnio svoju aplikaciju. Predmet se odnosio na zapljenu nacрта romana kojeg je aplikant napisao u zatvoru i pisma njegovom advokatu od strane zatvorskih vlasti.

Aplikant je 1. decembra 2004. godine uručio rukopis romana zatvorskim vlastima, tražeći da bude poslat njegovom advokatu, koji ga je trebao proslijediti njegovoj porodici - s ciljem objavljivanja. Predsjednik zatvorskog odbora odgovornog za čitanje prepiske zatvorenika je 6. decembra 2004. godine obavijestio aplikanta da tekst podržava ilegalnu organizaciju, vrijeđa policiju i koristi uvredljiv i neprikladan jezik, uključujući izraze koji su usmjereni direktno protiv žena, javnog morala i uvjerenja. Rukopis je nakon toga poslat disciplinskom odboru zatvorske uprave koji je 15. decembra 2004. godine odlučio da ga zaplijeni. Aplikant se žalio izvršnom sudiji sa zahtjevom da se takva odluka povuče, tvrdeći da je roman fikcija, ali je njegova žalba odbijena 7. januara 2015. godine. Aplikant se protiv te odluke žalio Porotnom sudu, pozivajući se na slobodu izražavanja, ali bezuspješno.

Aplikant je 25. januara 2015. godine predao zatvorskoj upravi pismo za njegovog advokata, zajedno sa odlukom izvršnog sudije i njegovu daljnju žalbu protiv te odluke. Pismo su zaplijenile zatvorske vlasti, a aplikantov zahtjev za poništenje te odluke je odbijen. Štaviše, protiv aplikanta je pokrenuta krivična istraga za javno ocrnjavanje turcizma, Republike Turske, oružanih snaga i državnih bezbjednosnih službi, ali je postupak prekinut, s obzirom na to da je nedostajao jedan od elemenata krivičnog djela, tj. javnost. Nacrt romana je u martu 2006. godine vraćen aplikantu.

Pozivajući se na čl. 9 (sloboda misli, savjesti i religije) i 10 Konvencije aplikant se žalio na zapljenu nacрта njegovog romana. Pozivajući se na član 6 (pravo na pravično saslušanje), aplikant je sporavao zapljenu njegovog pisma od 25. januara 2005. godine, koje je bilo adresirano na njegovog advokata. Bez pozivanja na bilo koji član Konvencije, aplikant se konačno žalio da je postupak pred izvršnim sudijom i Porotnim sudom bio nepravičan.

Evropski sud je utvrdio da oduzimanje aplikantovog rukopisa predstavlja miješanje u njegovo pravo na slobodu izražavanja, te da miješanje nije bilo “u skladu sa zakonom”, prema članu 10 Konvencije.

*Milisavljević protiv Srbije*, broj 50123/06, od 4. aprila 2017. godine  
(povreda člana 10 Konvencije)

Aplikantica Ljiljana Milisavljević, državljanka Srbije, bila je novinar “Politike” iz Beograda. Predmet se odnosio na osudu aplikantice za uvredu nakon što je napisala članak o N.K., poznatoj aktivistici za ljudska prava. Članak je objavljen u “Politici” u septembru 2003. godine - u vrijeme kada su vođene žustre javne rasprave o saradnji srpskih vlasti sa Haškim tribunalom. Prisutan je bio i visok stepen netrpeljivosti prema gospođi N.K. zbog njenog uključivanja u istraživanje zločina koje su počinile srpske snage tokom oružanih sukoba u bivšoj Jugoslaviji i zato što je ona bila jedna od najglasnijih zagovornica za punu saradnju sa ovim tribunalom. Nakon objavljivanja članka, N.K. je podnijela privatnu tužbu protiv aplikantice tvrdeći da je cilj napisanog da je prikažu kao izdajnika u Srbiji. Sudovi su na kraju utvrdili da je aplikantica počinila krivično djelo uvrede, te je aplikantica sudski upozorena. Sudovi su smatrali da time što je aplikantica propustila staviti određenu rečenicu pod znake navoda, ona prećutno podržala napisane riječi kao svoje.

Evropski sud je, između ostalog, utvrdio da je bilo očigledno, čak i bez navodnika, da rečenica koju je napisao drugi novinar koja je ranije objavljena u drugom časopisu, nije predstavljala aplikanticino lično mišljenje o N.K., već je ona samo značila prenošenje onoga kako N.K. drugi vide.

Osim toga, domaći sudovi, ograničavajući svoje obrazloženje na nedostatak navodnika, potpuno su propustili da uspostave ravnotežu između prava N.K. na ugled i aplikanticine slobode izražavanja i dužnosti, kao novinara - da prenosi informacije od opšteg interesa.

PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavni sud ukazuje da Evropski sud smatra da se, prilikom razmatranja ovakvih predmeta, mora uvjeriti da su nacionalne vlasti primijenile standarde koji su u skladu sa principima propisanim članom 10 Konvencije i, štaviše, da su odluke zasnovale na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica<sup>9</sup>. Prilikom pojmovnog određenja časti i ugleda, Ustavni sud ističe da se svaka ljudska individua odlikuje tim kategorijama koje su sastavni, neodvojivi dio njene ličnosti. Čast se najčešće definiše kao skup nematerijalnih vrijednosti koje čovjek posjeduje kao ljudsko biće i kao pripadnik određene društvene zajednice, a stiče se rođenjem. S druge strane, o ugledu se najčešće govori kao o drugoj strani časti, tzv. vanjskoj časti koja podrazumijeva uvažavanje koje čovjek ima u društvenoj zajednici. Na taj način određeni, čast i ugled predstavljaju neodvojive kategorije koje se mogu posmatrati s različitih aspekata, pa i s aspekta njihove građanskopravne zaštite<sup>10</sup>.

U pogledu načina utvrđivanja visine štete, kao sankcije koja predstavlja miješanje u slobodu izražavanja, Ustavni sud ima vlastiti stav<sup>11</sup> prema kojem je odmjeravanje novčane naknade nematerijalne štete vrlo delikatan i složen postupak, s obzirom na veoma različitu moralno-psihičku konstituciju svakog pojedinca i sve ostale okolnosti pod kojima se dogodila šteta koja je kao posljedicu imala povredu nematerijalnih dobara oštećenih. Pri tome, Ustavni sud naglašava da ne postoji "lista dokaza" na osnovu kojih bi domaći sudovi procjenjivali koja bi sankcija predstavljala miješanje koje je proporcionalno cilju koji se želi postići, niti se može očekivati izvođenje dokaza kojim bi se na egzaktan način utvrdio "intenzitet i trajanje" nastale nematerijalne štete. Stoga, sudovi nisu ograničeni posebnim formalnim dokaznim sredstvima, naročito ne izvođenjem dokaza vještačenjem u smislu utvrđivanja "jačine i trajanja duševnih bolova".

Dakle, prilikom odmjeravanja sankcije redovni sudovi uzimaju u obzir niz faktora značajnih za konkretni predmet i na osnovu slobodne procjene utvrđuju relevantne okolnosti svakog konkretnog slučaja, pri čemu ne smije izostati prihvatljiva analiza relevantnih načela.

---

<sup>9</sup> Vidi, Evropski sud, Vogt protiv Njemačke, presuda od 26. septembra 1995. godine, Serija A broj 323, str. 25 i 26, stav 52 i Jerusalem protiv Austrije, aplikacija broj 26958/95, stav 33, ECHR 2001-II sa daljnjim referencama.

<sup>10</sup> Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP-3222/12 od 12. januara 2016. godine, dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba), stav 40.

<sup>11</sup> Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP-3222/12 od 12. januara 2016. godine, stav 47.

Tako je u AP-2501/15 od 6. decembra 2017. godine Ustavni sud zaključio da postoji povreda prava na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine<sup>12</sup> i člana 10 Konvencije kada su redovni sudovi, propuštajući da ocijene da li je u okolnostima konkretnog slučaja postojao legitimni interes da se društvena zajednica obavijesti o nepravilnostima u poslovanju pravnog lica kojim je u relevantnom periodu u svojstvu predsjednika Upravnog odbora rukovodio tužilac, protiv kojeg je nesporno bio pokrenut krivični postupak, te da sporno izražavanje dovedu u širi kontekst i kontekst relevantnih odredaba Zakona o zaštiti od klevete<sup>13</sup>, dakle, onih koje propisuju odgovornost za klevetu i onih koje propisuju izuzetke od ove odgovornosti, standardima uspostavljenim u odredbi člana 10 Konvencije - prekoračili granice "slobodne procjene" koju, u smislu navedene odredbe, apelanti uživaju. To je rezultiralo miješenjem u pravo apelantata na slobodu izražavanja, koje u okolnostima konkretnog slučaja nije bilo nužno u demokratskom društvu<sup>14</sup>. Uz to, postoji povreda prava na slobodu izražavanja kada su redovni sudovi propustili da u prilogu koji je emitovala apelantica naprave jasnu distinkciju između činjenice i vrijednosnog suda, što je rezultiralo miješanjem u apelantino pravo na slobodu izražavanja (AP-2907/14 od 18. jula 2017. godine).

U AP-4881/14 od 18. jula 2017. godine Ustavni sud zaključuje da postoji povreda prava na slobodu izražavanja, imajući u vidu da u okolnostima konkretnog slučaja prethodno nije napravljena jasna razlika između vrijednosnog suda (mišljenja) i činjenica, niti su ocijenjeni kontekst i cilj informacije u vezi s društvenim interesom, već su zaključci do kojih su redovni sudovi došli utemeljeni isključivo na iskazu tužioca i njegovog utiska o spornom izvještavanju. Ustavni sud smatra da nije bilo mjesta za primjenu odredbe člana 5 Zakona o zaštiti od klevete, kojom je regulisana odgovornost za klevetu. Primjena navedene zakonske odredbe dolazi u obzir samo u slučaju kada se radi o iznošenju neistinitih činjenica, a ne vrijednosnih sudova čiju istinitost u postupku nije potrebno dokazivati ako postoji barem neka činjenična osnova koja takav sud može potkrijepiti.

U AP 4408/14 od 15. juna 2017. godine Ustavni sud smatra da su sporni zaključci redovnih sudova da je saopštenjem koje glasi: "Nosoci ovih napada su stranke i novinari koji su upravo u vrijeme rata bili sijači mržnje na tadašnjim ratnim nacionalističkim medijima, a neki su bili i direktni inspiratori ratnih zloči-

<sup>12</sup> U daljem tekstu: Ustav.

<sup>13</sup> "Službene novine Federacije BiH" br. 59/02, 19/03 i 73/05.

<sup>14</sup> Istu odluku Ustavni sud je donio i u predmetu AP-2193/15 od 15. novembra 2017. godine i AP-1236/14 od 7. marta 2017. godine.



na i bratoubilaštva” - apelantica narušila ugled tužioca i time počinila klevetu. S tim u vezi, Ustavni sud, suprotno zaključku redovnih sudova, smatra da se navedeno saopćenje ne može smatrati činjenicom čija se istinitost ili neistinitost trebala utvrđivati (dokazivati) u postupku, već vrijednosnim sudom (mišljenjem) o uticaju medija prilikom ratnih dešavanja u Bosni i Hercegovini i uloge novinara u tadašnjim medijima, koja je aktuelna i danas. To, svakako, predstavlja opšti interes da se određene informacije pruže i saopšte, ali i da ih javnost dobije. Konkretno apelantino saopštenje se, prema mišljenju Ustavnog suda, u suštini odnosi na neodređeni krug lica (političke stranke i novinari), a ne na apelanta lično, bez obzira na to što je njegova fotografija tom prilikom prikazana na ekranu. Taj aspekt, prikazivanje fotografije, redovni sudovi su ocijenili isključivo u vezi sa činjenicom da tužilac tokom ratnih dešavanja nije bio novinar i da apelantica nije dokazala suprotno - iako se radi o dokazivim činjenicama.

U AP 2291/14 od 7. marta 2017. godine Ustavni sud zapaža da apelant u predmetnom postupku nije izveo dokaze kojima bi dokazao da se na spornim fotografijama zaista nalazi tužiteljica, odnosno da su sporni činjenični navodi apelanta istiniti. Dakle, evidentno je da apelant prilikom objavljivanja spornog izražavanja nije, u smislu relevantnih kriterija Evropskog suda, postupao *bona fide* u nastojanju da pruži javnosti tačne i pouzdane informacije u skladu sa novinarskom etikom. Štaviše, po mišljenju Ustavnog suda, sporno izražavanje i fotografije nisu imale cilj da doprinesu debati od opšteg interesa, što je suštinska uloga štampe, već su isključivo poslužile da se zadovolji radoznalost određenog dijela publike i na taj način poveća tiraž novina. Dakle, proizlazi da u konkretnom slučaju štampa nije vršila svoju vitalnu ulogu “čuvara javnosti”.

U AP-2753/16 od 17. jula 2018. godine Ustavni sud zapaža da iz sadržaja spornog izražavanja proizlazi da ono nije bilo iznošenje vrijednosnih sudova koji se ne mogu dokazivati, nego da je bilo objavljeno kao iznošenje činjenica vezanih za ispravnost robe koju je tužilac uveo u BiH, pa se za razliku od vrijednosnih sudova ovakvi navodi mogu i dokazati. U konkretnom slučaju, ne proizlazi da su autor teksta i apelant kao izdavači časopisa u kojem je tekst objavljen, vodili računa o posljedicama objavljivanja sporne informacije prije njene potvrde od nadležnih organa - iako su na to upozoreni.

Ustavni sud zapaža da se apelant u apelaciji poziva na presudu Evropskog suda u predmetu *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*<sup>15</sup> i tvrdi da proizlazi da

---

<sup>15</sup> Vidi presudu Evropskog suda od 20. maja 1999. godine, aplikacija broj 21980/93.



“novine imaju pravo, kada to doprinosi javnoj raspravi o pitanjima od legitimnog javnog interesa, pouzdati se u sadržaj službenih izvještaja i bez preduzimanja nezavisnog istraživanja i uobičajenih mjera provjere informacija u njima sadržanim prije objavljivanja”. Međutim, to nije primjenljivo u konkretnom slučaju. Uvažavajući mogućnost da se u konkretnom slučaju radilo o potrebi da se zaštite životi i zdravlje ljudi na teritoriji BiH, Ustavni sud smatra da, iz načina na koji je publikovana sporna informacija, pri tom imajući u vidu i da je autor teksta znao da postoji mogućnost da informacija nije tačna, više proizlazi da se radilo o senzacionalističkom izvještavanju “kako vijesti ne bi zastarile” koje je moglo implicirati i teže posljedice od nastale materijalne štete tužiocu.

#### PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA POD KONTROLOM JAVNE VLASTI I SLOBODA IZRAŽAVANJA

U apelaciji broj AP- 461/16 od 6. juna 2018. godine apelant je smatrao da mu je osporenim odlukama prekršeno pravo iz člana II/3h) Ustava i člana 10 Konvencije, navodeći da su informacije koje mu nisu dostavljene u odnosu na spisak članova Komisije za izbor idejnog rješenja i zapisnike sa sastanaka te komisije, pogrešno proglašene izuzetkom “zbog navodne zaštite procesa donošenja odluka pred nadležnim organom, jer se ne radi o zaštiti postupka donošenja odluka u javnom organu onako kako to predviđa član 6 stav v) Zakona o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske (ZOSPI)<sup>16</sup>, s obzirom na to da je postupak okončan i donesena je odluka po njegovom okončanju”. Apelant smatra da navedena odredba štiti samo postupak do donošenja odluke, a ne i nakon što je postupak okončan. Apelant navodi da u prilog ovome ide i odredba člana 14 stav 3 tačka a) ZOSPI kojom je propisano da “javni organ koji donese dopis kojim odbija zahtjev za pristup informacijama u cijelosti ili djelimično, u dopisu, između ostalog, mora da navede zakonski osnov za status izuzeća informacije, uz navode članova ovog zakona na koje se poziva, kao i sva materijalna pitanja koja su važna za odluku, što uključuje i uzimanje u obzir faktora javnog interesa”. Apelant takođe smatra da ovaj “slučaj predstavlja primjer nepružanja pomoći javnog organa u smislu člana 18 ZOSPI kojim je propisano “da javni organ preduzima sve potrebne mjere pomoći svakom fizičkom ili pravnom licu koje traži da ostvari bilo koje pravo u smislu ovog zakona”.

---

<sup>16</sup> “Službeni glasnik Republike Srpske “ broj 20/01.

Za ocjenu navedenih pitanja, Ustavni sud je najprije razmotrio relevantnu praksu Evropskog suda u sličnim slučajevima.

### Relevantni standardi Evropskog suda

Evropski sud je razmatrao slično pitanje u predmetu *Magyar Helsinki Bizottsag protiv Mađarske*<sup>17</sup>. Odlučujući o tom zahtjevu, Evropski sud je naveo da je “ključno pitanje u tom predmetu bilo da li se član 10 Konvencije može tumačiti tako da garantuje nevladinim organizacijama pravo pristupa informacijama koje su pod kontrolom javne vlasti”, te da li je odbijanje zahtjeva podnosioca za pristup informacijama u navedenom predmetu, u okolnostima tog slučaja, rezultiralo miješanjem u njegovo pravo da prima i dijeli informacije u smislu člana 10 Konvencije<sup>18</sup>.

Razmatrajući to pitanje, Evropski sud je najprije iznio vrlo detaljnu opštu analizu odredbe člana 10 Konvencije<sup>19</sup>, nakon čega je detaljno iznio svoju praksu u vezi sa opštim pitanjem da li i u kojoj mjeri pravo na pristup informacijama pod kontrolom javne vlasti ulazi u okvir “slobode izražavanja” iz člana 10 Konvencije, uprkos činjenici da takvo pravo nije eksplicitno navedeno u tekstu te odredbe. Ovo pitanje je, kako je naveo Evropski sud, tokom niza godina postepeno razjašnjavano, a sudska praksa pokazuje “uočljivu evoluciju u korist priznavanja, pod određenim uslovima, prava na slobodu pristupa informacijama kao sastavnog dijela slobode da se primaju i dijele informacije iz člana 10 Konvencije”. Nakon navođenja predmeta koji su se ticali prava na pristup informacijama koje su bile relevantne za privatni život pojedinca, te predmeta koji su se ticali prikupljanja informacija kao ključnog pripremnog koraka u novinarstvu “što predstavlja inherentan zaštićen dio slobode štampe”, Evropski sud je ukazao i na noviji razvoj prakse o ovom pitanju u predmetima u kojima je Evropski sud utvrdio da je postojalo miješanje u pravo iz člana 10 Konvencije u situacijama u kojima je podnosiocima zahtjeva pravo na pristup informacijama bilo priznato domaćim zakonom ili čak i sudskom presudom, ali su domaće vlasti propustile da te zakone primijene. Utvrđujući da u takvim slučajevima postoji miješanje, Evropski sud je ukazao da je “pristup spornim informacijama suštinski element prava na slobodu

---

<sup>17</sup> Mađarski Helsinški komitet, u daljnjem tekstu: MHB; presuda Evropskog suda od 8. novembra 2016. godine, zahtjev broj 18030/11.

<sup>18</sup> *Idem*, tačka 71.

<sup>19</sup> *Idem*, tač. 118-125.

izražavanja, odnosno da čini dio legitimnog prikupljanja informacija od javnog interesa sa namjerom da se te informacije podijele javnosti i da se na taj način doprinese javnoj debati<sup>20</sup>.

Dalje, Evropski sud je naveo da se, uporedo sa navedenom praksom, pojavio i povezan pristup iznesen u predmetu *Társaság i Szabadságjogokért protiv Mađarske*<sup>21</sup>, na koji se i apelant pozvao. Podnosilac zahtjeva je u tom slučaju bila nevladina organizacija čiji je proklamovani cilj bio da promoviše osnovna prava i da jača civilno društvo i vladavinu prava u Mađarskoj i koja je bila aktivna na polju politike u oblasti narkomanije. U tom predmetu, podnosiocu je bio odbijen zahtjev da izvrši uvid u ustavnu žalbu u kojoj se tražila ocjena ustavnosti amandmana na krivični zakon koji su se ticali krivičnih djela u vezi sa narkomanijom, koji je Ustavnom sudu podnio jedan poslanik u zakonodavnom tijelu. Evropski sud je najprije ukazao da “dosljedno stoji na stanovištu da javnost ima pravo da primi informacije od opšteg interesa”, te da “s obzirom na interese koje štiti član 10, zakon ne može dopustiti arbitrarna ograničenja koja mogu predstavljati jedan oblik indirektno cenzure ukoliko vlasti kreiraju prepreke za prikupljanje informacija”<sup>22</sup>.

Takođe, Evropski sud je naglasio “podnosiočevu ulogu društvenog ‘kontrolora vlasti’ (*public watchdog*)” i njegovu uključenost “u legitimno prikupljanje informacija od javnog značaja”, pa je istakao da je namjera podnosioca bila da javnosti prenese informacije koje je prikupio iz ustavne žalbe i da na taj način doprinese debati koja se ticala krivičnih djela u vezi sa narkomanijom, te da je stoga jasno da je podnosiočevo pravo na prenesu informacije bilo narušeno<sup>23</sup>. Slično tome, u predmetu *Inicijativa mladih za ljudska prava*, Evropski sud je, pozivom na presudu *Társaság*, naveo da kada je nevladina organizacija umiješana u pitanja od javnog interesa, ona igra ulogu “društvenog kontrolora vlasti”, pa aktivnosti te organizacije “zahtijevaju sličnu zaštitu prema Konvenciji kao ona koja se pruža štampi”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Idem, tač. 126-131 sa daljnjim referencama na pojedine predmete.

<sup>21</sup> Vidi, Evropski sud, presuda od 14. aprila 2009. godine, aplikacija broj 37374/05; u daljnjem tekstu: presuda *Társaság*.

<sup>22</sup> Idem, tačka 26.

<sup>23</sup> Idem, tač. 27 i 28.

<sup>24</sup> Vidi, Evropski sud, *Inicijativa mladih za ljudska prava protiv Republike Srbije*, presuda od 25. juna 2013. godine, aplikacija broj 48135/06, tačka 20, sa daljnjim referencama.

Analizirajući dalje to pitanje, Evropski sud je u presudi MHB, nakon iscrpne analize međunarodnih standarda, dokumenata i svoje prakse<sup>25</sup>, naveo da ostaje kod svojih stavova iznesenih u dotadašnjoj praksi koja se tiče prava na pristup informacijama, ali da je “došlo vrijeme da se klasični principi razjasne”. U vezi s tim, Evropski sud je naglasio, između ostalog i to da “član 10 ne prenosi na pojedinca pravo na pristup informacijama koje su pod kontrolom javne vlasti, niti stvara obavezu za državu da takve informacije pruži pojedincu”.

Međutim, kako je naglasio dalje Evropski sud, takva obaveza može proizaći u dva slučaja: prvo, kada je “otkrivanje informacija naložio sud” i, drugo, u okolnostima kada je “pristup informacijama instrumentalan za uživanje u pravu na slobodu izražavanja, naročito na ‘slobodu da se primaju i prenose informacije’ i kada odbijanje predstavlja miješanje u to pravo”<sup>26</sup>.

Evropski sud je dalje naveo da pitanje da li i u kojoj mjeri odbijanje pristupa informacijama u slučaju kakav je razmatran u predmetu MHB predstavlja miješanje u pravo podnosioca na slobodu izražavanja, mora biti razmotreno u svakom pojedinačnom slučaju “u svjetlu naročitih okolnosti”. U vezi s tim, Evropski sud je naveo da “skorija praksa o tom pitanju nudi dragocjenu ilustraciju kriterija” koji se moraju uzeti kao relevantni kod ocjene ima li miješanja u pravo na slobodu izražavanja, odnosno pravo na pristup informacijama kao dio tog prava. Ti kriteriji su: a) svrha zahtjeva za pristup informacijama; b) priroda informacije koja se traži; c) uloga podnosioca i d) postojanje i dostupnost informacija<sup>27</sup>. Primijenivši ove kriterije na konkretan slučaj, Evropski sud je naveo da je podnosilac, kao poznata i etablirana nevladina organizacija za zaštitu ljudskih prava, tražio od nadležnog javnog organa informaciju o imenima advokata koji su bili određeni za odbranu po službenoj dužnosti.

Dalje, Sud je ukazao da su podnosiocu te informacije bile neophodne za dovršavanje istraživanja o funkcionisanju sistema odbrane po službenoj dužnosti, te da je podnosilac na taj način želio doprinijeti diskusiji koja je nesumnjivo predstavljala javni interes. Odbijajući pristup takvim informacijama, koje su postojale i bile dostupne, domaće vlasti su narušile pravo podnosioca da primi i prenese informacije, i to na način koji je “udario u samu suštinu njegovih prava iz člana

---

<sup>25</sup> Loc. cit, presuda MHB, tač. 133-155.

<sup>26</sup> Loc. cit., presuda MHB, tačka 156.

<sup>27</sup> Loc cit., presuda MHB, tač. 158– 170.

10”<sup>28</sup>. Stoga je Sud zaključio da je, u okolnostima tog slučaja, postojalo miješanje u pravo podnosioca iz člana 10 Konvencije, pa je razmotrio ostala bitna pitanja (da li je miješanje bilo u skladu sa zakonom, imalo legitiman cilj i da li je bilo neophodno u demokratskom društvu).

### Primjena relevantnih principa u konkretnom slučaju

U konkretnom slučaju, apelant je nevladina organizacija kojoj je odbijen pristup dijelu traženih informacija, i to: spisku članova Komisije za izbor idejnog rješenja i zapisnicima sa sastanaka te komisije.

*Pitanje primjene člana 10 Konvencije.* – U odnosu na pitanje da li i u kojoj mjeri pravo na pristup informacijama pod kontrolom javne vlasti u konkretnom slučaju ulazi u okvir “slobode izražavanja” iz člana 10 Konvencije, Ustavni sud najprije ukazuje da je u nekoliko predmeta koji su se ticali prava na slobodu pristupa informacijama zauzimao stav da “postupak u kojem je utvrđivano postojanje zakonskih pretpostavki za pristup informacijama - ne pokreće pitanja i ne uživa zaštitu prava apelanta na slobodu izražavanja”, pa je takve apleacije proglasio *ratione materiae* nedopustivim<sup>29</sup>. Međutim, imajući u vidu navedenu praksu Evropskog suda, kao i to da je apelant u konkretnom slučaju takođe nevladina organizacija koja bi mogla imati ulogu “društvenog kontrolora vlasti”, Ustavni sud smatra da pravo na slobodu pristupa informacijama, u okolnostima konkretnog slučaja, ulazi u okvir člana 10 Konvencije.

*Postoji li miješanje u apelantovo pravo?* – U konkretnom slučaju se, slično kao u presudi MHB, kao ključno postavlja pitanje da li odbijanje pristupa spornim informacijama predstavlja miješanje u apelantovo pravo iz člana 10 Konvencije. Tek ako je odgovor na ovo pitanje pozitivan, onda se može dalje razmatrati da li je to miješanje bilo opravdano. U odgovoru na ovo pitanje, Ustavni sud je primijenio kriterije koje se je Evropski sud sistematizovao u presudi MHB.

U odnosu na prvi kriterij, svrhu traženih informacija, Ustavni sud zapaža da ni iz apelacije, niti iz dokumenata koje je apelant priložio uz apelaciju, pa ni iz tužbe koju je podnio sudu, nije vidljivo koja je bila svrha traženja spornih informacija koje mu je nadležni organ odbio dati. Apelant ni u postupku pred sudovima ni u apelaciji nije naveo niti argumentovao da je traženjem spornih infor-

<sup>28</sup> *Idem*, tač. 171-180.

<sup>29</sup> Vidi, Ustavni sud, odluke o dopustivosti broj AP-1062/14 od 24. aprila 2014, tačka 11 i AP-2527/17 od 18. jula 2017. godine, tačka 12; obje dostupne na [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

macija želio na bilo koji način doprinijeti nekoj debati od javnog interesa, pa čak ni je li imao namjeru te informacije podijeliti dalje zainteresovanoj javnosti, kao ni da ga je nedobijanje takvih informacija onemogućilo u učešću u javnoj debati o nekom pitanju od javnog interesa, odnosno da ga je spriječilo da obavlja ulogu društvenog "kontrolora vlasti", što je značajna razlika u odnosu na predmet *Társaság* i predmet MHB.

ZOSPI propisuje potrebu ispitivanja javnog interesa uvijek kada se traži pristup nekoj informaciji, jer se samo na takav način može prihvatiti ili odbiti zahtjev za pristup informacijama. Međutim, zakonodavac je utvrdio i neke slučajeve za koje je već u zakonu propisao mogućnost utvrđivanja izuzetaka zbog određenih okolnosti, što je za cilj imalo zaštitu nekih drugih interesa koji su precizno definisani u odredbama čl. 6, 7 i 8 ovog zakona (odbrana i sigurnost, zaštita javne bezbjednosti, sprečavanje i otkrivanje kriminala, zaštita procesa donošenja odluka u javnom organu, povjerljive komercijalne informacije i lične interese i privatnost trećih lica). U slučajevima kada odluči da određene informacije želi izuzeti od objavljivanja u smislu čl. 6, 7 ili 8, javni organ neće ispitivati javni interes, već postojanje interesa koje je zakon propisao kao zaštićene.

U konkretnom slučaju se radilo o situaciji predviđenoj u članu 5 tačka (a), odnosno o tome da je nadležni organ utvrdio izuzetak od objavljivanja informacije u skladu sa članom 6 tačka (v) ZOSPI. Ovo dalje vodi ispitivanju drugog kriterija - prirode spornih informacija. Ustavni sud zapaža da je nadležni organ odbio dati apelantu pristup spornim informacijama zato što je u odnosu na te informacije utvrdio izuzetak zbog zaštite procesa odlučivanja, kako je to propisano članom 6 tačka (v) ZOSPI. Sudovi su u osporenim presudama pažljivo razmotrili ovo pitanje i zaključili da je nadležni organ pravilno odlučio da informacije o imenima članova Komisije i zapisnici sa njihovih sastanaka predstavljaju izuzetak u smislu navedene odredbe i o tome su dali jasne razloge.

Dakle, priroda traženih informacija je takva da je već zakonom utvrđeno da one mogu biti izuzete od objavljivanja radi zaštite procesa donošenja odluka u javnom organu, a apelant nije ni pokušao pokazati da postoji neki javni interes zbog čega bi takve informacije ipak trebale biti objavljene.

U odnosu na apelantovu ulogu kao nevladine organizacije, Ustavni sud zapaža da ni u postupku pred nadležnim organom i sudovima, pa čak ni u apelaciji, apelant nije naveo koje su oblasti njegovog djelovanja kao nevladine organizacije, niti koji su mu ciljevi i svrha djelovanja. Takođe, nije naveo ni da se sporne informacije tiču nekih konkretnih aktivnosti koje vodi i nekog pitanja od interesa za

javnost, niti da te informacije uopšte i želi prenijeti javnosti. Stoga se u konkretnom slučaju i ne može ispitati apelantova uloga u smislu kriterija koji je postavio Evropski sud u presudi MBH.

Imajući u vidu sve navedene kriterije, Ustavni sud smatra da se ne može zaključiti da su sporne informacije koje je apelant tražio bile neophodne za neke njegove aktivnosti kao nevladine organizacije, koje bi doprinijele nekoj debati od očiglednog javnog interesa. Stoga, Ustavni sud smatra da odbijanjem da se apelantu omogući pristup spornim informacijama, nadležni organ i sudovi nisu na bilo koji način naštetili apelantovom pravu na slobodu pristupa informacijama, zbog čega nije bilo miješanja u njegovo pravo iz člana 10 Konvencije.

Pored toga, to što nadležni organ nije postupio tako da apelantu olakša pristup traženoj informaciji na način kako je to propisano u članu 13 stav 1 i članu 18 ZOSPI, ne pokreće *per se* pitanje apelantovog prava na pristup traženoj informaciji. Čak i ako nadležni organ to nije uradio, apelant nije naveo da je bilo ikakvih zapreka da takav zahtjev sam podnese nadležnom ministarstvu.

S obzirom na zaključak da nema miješanja u apelantovo pravo iz člana 10 Konvencije, nema ni mogućnosti ispitivanja pitanja koja se tiču opravdanosti miješanja. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o kršenju njegovog prava iz člana II/3h) Ustava i člana 10 Konvencije neosnovani.

#### ZAKLJUČAK

Pravo na slobodu izražavanja iz člana 10 Konvencije spada u grupu tzv. kvalificiranih prava za koja je karakteristično da prvim stavom definišu samo pravo, a drugim stavom su dozvoljena miješanja i ograničenja tih prava pod uslovima propisanim tim stavom. Osnovna namjera člana 10 Konvencije je da se sloboda izražavanja i sve što predstavlja slobodu izražavanja definiše i formuliše veoma široko. Međutim, s druge strane, propust da se poštuju ograničenja uspostavljena stavom 2 člana 10 Konvencije - povlači sankcije.

Academician Miodrag N. Simović, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, Banja Luka,

MARINA M. SIMOVIĆ, LL.D.,

Assistant professor, Faculty of Law University “Apeiron“ Banja Luka

VLADIMIR M. SIMOVIĆ, LL.D.,

Associate Professor, Faculty of Security and Protection

Independent University in Banja Luka and Faculty of Law University “Vitez” Vitez

THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION EUROPEAN CONVENTION  
FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNAMENTAL FREEDOMS)

– The latest decisions of the european court of human rights  
and the constitutional court of bosnia and herzegovina –

Summary

The right to freedom of expression (Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) is universally recognized as an absolute and non-derogable right, *ius cogens*, and it has been applied in a special manner in the case-law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. The first question that needs to be answered when analyzing Article 10 of this Convention is whether and to which extent the right to access to information under control of public authorities, in each individual case, falls within the scope of “freedom of expression “under Article 10 of this Convention and, if it does, is there interference with the appellant’s right. If it is concluded that there has been interference, the next question that needs to be answered is whether this interference was justified, i.e. whether it was in accordance with the law, did it have a legitimate aim and was it “necessary in a democratic society”.

The Paper analyzes the latest judgments of the European Court of Human Rights with an emphasis on recent judicature. It further gives an overview of relevant case-law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina which, in recent years, following the development of standards of the European Court of Human Rights and adjusting its actions with that court, has intensified its activities in relation to the protection of fundamental rights of persons in cases where valid legislation and case-law have not provided efficient legal means for the protection of the aforementioned right. As to the case-law under Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, presented are decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina adopted during the last year.





JELENA ČERANIĆ,  
MIRJANA GLINTIĆ

## EVROPSKA UNIJA DESET GODINA NAKON POČETKA KRIZE

– Sa posebnim osvrtom na predloge za ponovno oživljavanje EU  
predviđene u okviru inicijative Novi pakt za Evropu –

### U V O D

Evropska unija poslednjih deset godina proživljava nasloženiju, najdugotrajniju i najneizvesniju krizu od svog osnivanja. Kriza koja je 2008. godine počela kao ekonomska, brzo se proširila zahvativši sve ostale segmente privrede i društva. Ekonomske i političke teškoće sa kojima se Unija trenutno suočava prete da ugroze osnovne vrednosti koje je ova zajednica ostvarila, a to su, pre svega, mir i stabilnost na prostoru Evropske unije u poslednjih šezdeset pet godina.<sup>1</sup>

Uprkos tome što je kumulativni uticaj decenijske krize doveo u opasnost neke od najznačajnijih tekovina EU, pa i samu budućnost Unije, ne može se osporiti da je proces evropskih integracija ostavrio brojne uspehe. Evropske zajednice/ Evropska unija imale su ključni značaj u prevazilaženju dubokih istorijskih pode-  
la i ublažavanju nacionalističkih strasti. Evropska unija, kao čuvar ljudskih i gra-

---

Dr Jelena Čeranić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

Mirjana Glintić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

<sup>1</sup> A. Rabrenović, J. Čeranić, *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU : prioriteti, problemi i perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 301.

đanskih prava, promoviše toleranciju i poštovanje nacionalnih, etničkih, verskih, kulturnih i ideloških razlika.

Osim toga, Unija je pružila podršku i bila jemac demokratizacije i ekonomske transformacije na južnoj i istočnoj periferiji kontinenta. Takođe je usmerila fondove za razvoj prema slabijim ekonomijama, omogućavajući im na unaprede infrastrukturu i životni standard. Evropska unija ostvarila je ozbiljne rezultate u velikom broju oblasti, od mobilnosti (ljudi, robe, usluga i kapitala), do osnivanja radnih mesta i unapređenja prava potrošača, životne sredine, istraživanja i razvoja, itd.

Naravno, integracioni process nije bio bez potresa i istorija evropskih integracija operećena je krizama. Ipak, kriza koja je otpočela 2008. godine najozbiljnija je i najdugotrajnija do sada. Evropska unija već deset godina različitim paketima reformi pokušava da izađe iz krize.

S tim u vezi, 2013. godine pokrenuta je inicijativa Novi pakt za Evropu sa zadatkom da povrati veru u evropski projekat kroz nacionalni i međunarodni dijalog i razvije zajedničke osnove za budući napredak EU. Krajem 2017. godine, izradjen je izveštaj pod nazivom "Ponovno oživljavanje Evrope – paket aranžman za EU od 27 država članica".<sup>2</sup> Dokument sadrži dijagnozu evropskih integracija danas, kao i predloge za prevazilaženje postojeće krize.<sup>3</sup> Dakle, reč je percepciji trenutne situacije i predlozima za prevazilaženje krize koji dolaze iznutra, tačnije od same EU.<sup>4</sup>

Predložena rešenja nisu nova, već su u pitanju kozmetičke izmene predloga koje je Unija već razmatrala. Uprkos tome, kvalitet ovog dokumenta ogleda se u tome što je prepoznao i na jednom mestu sistemski izložio najznačajnije izazove sa kojima se suočava EU, te dao određene smernice u smislu predloga mera koje bi trebalo da preduzme Unija kako bi prevazišla decenijsku krizu. Drugim reči-

---

<sup>2</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

<sup>3</sup> Ovaj izveštaj nastao je kao rezultat više od 120 nacionalnih i međunarodnih debata sa političarima, ekspertima, organizacijama civilnog društva, 'običnim' građanima, i drugim donosiocima odluka širom Evrope u periodu od 2013. do 2017. godine.

<sup>4</sup> Ujedinjeno Kraljevstvo se na referendumu u junu 2016. godine opredelilo za izlazak iz EU. Očekuje se da će Ujedinjeno Kraljevstvo izaći iz Unije u martu 2019. godine. Stoga se predloženi win-win paket aranžman odnosi na 27 država članica.

ma, pomenuti dokument sadrži elemente za sveobuhvatnu strategiju kojoj bi Unija morala da pristupi u najskorije vreme.

S obzirom na kompleksnu i evolutivnu prirodu događaja u današnja nestabilna vremena, bilo bi ambiciozno ograničiti se na jedan predlog za izlazak iz krize. Dakle, intencija autora nije da sugerišu jedan scenario za prevazilaženje krize niti da anticipiraju budućnost evropskih integracija, već samo da predoče presek stanja, tj. situaciju u EU krajem 2018. godine, kao i neka rešenja za oživljavanje i dalji napredak evropskih integracija.

U radu su najpre izložene osnovne karakteristike stanja u EU. Nakon toga, razmotren je tzv. *win-win* paket aranžman, predložen u okviru inicijative Novi pakt za Evropu. Ovaj paket aranžmanom sadrži predloge za reforme u tri oblasti: ekonomija i socijalna politika, migracije i bezbednost. Kako predložene mere impliciraju dalje raslojavanje unutar EU, tj. počivaju na konceptu diferencirane integracije, u radu je, naposljetku, predstavljen koncept diferencirane integracije.

## STANJE U EVROPSKOJ UNIJI

Deset godina nakon izbijanja krize i brojnih reformskih mera koje je Unija u međuvremenu preduzela, kriza i dalje nije prevaziđena. Osim toga, kriza je prouzrokovala brojne negativne posledice u svim segmentima privrede i društva.

### *Decenijska kriza*

Kriza sa kojim se Evropska unija suočava u poslednjoj dekadi ozbiljnija je i opasnija od svih kriza u novijoj istoriji. Protekom vremena, krizni *modus operandi* i *modus vivendi* prihvaćen je kao redovno stanje u Uniji.

Brojni razlozi koji su doveli do krize mogu se svrstati u tri kategorije. To su razlozi ekonomske, političke i pravne prirode. Još nije definisan jasan put ne samo kako prevazići postojeću krizu, već ni oko njene kvalifikacije i prirode, pa čak ni oko naziva. Tako jedni ovu krizu eufemistički nazivaju "izazovima" (*challenges*), a drugi kao krizu poverenja u EU ili nepoverenje u funkcionalnost (odnosno disfunkcionalnost), ili nedovoljnu delotvornost organa Unije.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> R. Vukadinović, "Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije EU", *Pravna riječ*, 39/2014, 543.

Kriza se manifestuje u gotovo svim oblastima saradnje. Najpre, kada je reč o monetarnoj uniji, uprkos velikom broju pojedinačnih mera u borbi protiv dužničke krize,<sup>6</sup> situacija se u nekim zemljama nije popravila. Zatim, što se tiče izbeglica i politike migracija, talas izbeglica iz različitih ratova i kriznih regiona pokazao je disfunkcionalnost evropskog sistema azila i, do određene mere, 'renacionalizovao' aktivnosti u toj oblasti. Kada je u pitanju spoljna politika, zbog različitih interesa država članica, Evropska unija nema ni koherentnu strategiju ni pogodne strukture za vođenje jedinstvene spoljne politike.

Dalje, u pogledu politike bezbednosti i odbrane, EU se prevashodno oslanja na NATO. S obzirom na to da relevantni globalni akteri razvijaju sopstvene strategije u ovoj oblasti, i EU bi trebalo da preispita svoj pristup.<sup>7</sup>

Uzimajući u obzir ove, kao i mnoge druge probleme, potpuno je jasno zašto su evropski građani izgubili poverenje u evropske strukture i uopšte EU kao projekat. Demokratski deficit predstavlja ozbiljan problem i veliku pretnju za budućnost evropskih integracija.<sup>8</sup> Čini se da je demokratski deficit dostigao svoj vrhunac tokom ove krize. Sve je veći broj građana koji je nezadovoljan trenutnim stanjem u Uniji.<sup>9</sup> Evropski građani više ne percipiraju Uniju kao 'deo rešenja' već kao 'deo problema' u postojećoj krizi.<sup>10</sup>

### *Negativni efekti krize*

S obzirom na to da kriza EU zapravo uključuje nekoliko različitih ali povezanih kriza, često se naziva i poli-kriza. Svaka komponenta, tj. aspekt ove poli-

<sup>6</sup> "Kriza evrozone manifestuje se kao dužnička kriza većeg broja država članica Unije, ali sasvim je izvesno da su uzroci ove krize na drugom mestu i da su mnogo dublji." (Vid. S. Samardžić, "Ugovor minimalističkih namera: obeležja i dometi Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u Ekonomskoj i monetarnoj Uniji", *Kriza Evropske unije* (ur. S. Samardžić, I. Radić Milosavljević), Službeni glasnik, 2013, 14.

<sup>7</sup> J. Čeranić, M. Glintić, "Evropska unija nakon Breksita – sa posebnim osvrtom na kontinentalno partnerstvo kao model za redefinisavanje odnosa između Ujedinjenog Kraljevstva i EU", *Pravni život*, 12/2017, 398.

<sup>8</sup> Pod demokratskim deficitom se podrazumeva pojava koja označava osećaj građana da se proces integracija odvija bez njihovog učešća i mimo njihove kontrole.

<sup>9</sup> Istraživanja pokazuju da 66 odsto stanovnika nije zadovoljno trenutnom putanjom EU, tj. pravcem u kom se kreće proces evropskih integracija.

<sup>10</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

krize kompleksan je na svoj način, i nijedna od tih kriza nije suštinski prevaziđena. Stoga je sveukupna slika još komplikovanija. Činjenica da su krize povezane, tačnije isprepletane ojačala je svaku od njih ponaosob, doprinela povećanju sveukupne kolateralne štete i produbila tenzije kako između tako i unutar država članica EU.<sup>11</sup>

Prvih godina krize, države članice prevashodno su se fokusirale na to kako da izbegnu najgore moguće posledice, pribegavajući uglavnom *ad hoc* merama. Zbog toga su u potpunosti zanemarile sprovođenje neophodnih strukturnih reformi i na evropskom i na nacionalnom nivou. Pragmatično gledano, ovo možda jeste racionalan način bavljenja krizom u nedostatku 'priručnika' koji bi donosioci odluka mogli da otvore i dobiju instrukcije.<sup>12</sup> Naravno, ovde se mora uzeti u obzir i nedostatak konsenzusa između i unutar država članica EU. Posledica ovakve situacije bila je da je EU mogla samo da konstatuje simptome krize, a ne i da se bori sa njenim brojnim korenima.

Kolateralna šteta prouzrokovana krizom prisutna je na nacionalnom, evropskom i globalnom nivou. Političke ekonomske, socijalne i sociološke posledice krize ograničavaju sposobnost EU da preduzme pouzdanije mere usmerene na osnovne uzroke krize.

Stoga svaki pokušaj da se reformiše evropski projekat mora da počne analizom negativnih efekata krize, a to su:<sup>13</sup> fragmentacija EU i porast nepovrenja među državama članicama EU; porast nepovrenja u proces evropskih integracija kao *win-win* projekat; porast socijalnih nejednakosti i političke podele između država članica EU; nesposobnost da se izbalansiraju nacionalni interesi – tzv. "kriza liderstva"; porast demokratskog deficita; umanj enje međunarodnog ugleda EU.

#### WIN-WIN PAKET ARANŽMAN ZA UNIJU OD 27 DRŽAVA ČLANICA – PREPORUKE ZA IZLAZAK IZ KRIZE

S obzirom na kompleksnost i dugotrajnost krize, debate o binarnom izboru između 'više ili manje' Evrope, kao i diskusije o krajnjem cilju EU (fr. *finalité*)

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

nisu svrsishodne. U ovom trenutku Uniji je potrebna konkretna, usmerena debata koja će rezultirati sporazumom o tome šta bi trebalo uraditi u kratkoročnom i srednjeročnom periodu.

Prepoznajući da će EU morati konstatno da se reformiše u svetlu razvoja unutar i izvan Evrope, inicijativa Novi pakt za Evropu u izveštaju navodi dva aspekta na koja bi Unija morala da se fokusira. S jedne strane, Evropska unija i države članice trebalo bi da se slože o ambicioznom, ali realnom tzv. *win-win* paket aranžmanu koji se sastoji od tri komponente, tj. podrazumeva reforme u tri ključne oblasti: ekonomija i socijalna pitanja, migracije i bezbednost. S druge strane, Evropska unija mora da se bori protiv nacionalističke, zatvorene, neliberalne i autoritativne Evrope, posebno protiv faktora koji podstiču širenje autoritativnog populizma na evropskom, nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou.

Ostavljajući ovaj drugi aspekt po strani, rad se fokusira na prvi, tačnije na aktivnosti u tri ključne oblasti: ekonomija i socijalna pitanja, migracije i bezbednost. Imajući na umu osetljivost i specifičnost ovih oblasti, jasno je da će ishod pregovora između 27 država članica podrazumevati brojne kompromise. Stoga predlozi izneti u okviru svake komponente nisu iscrpni, već ukazuju na pravac reformi i inovacija neophodnih da se premoste raskoraci između i unutar 27 država članica EU.

### *Oblast ekonomije i socijalna pitanja*

Budući da je kriza 2008. godine počela kao ekonomska i kasnije se prelila i na druge segmentne privrede i društva, reforma u oblasti ekonomije je prioritetna. Stanje evrozone poslednjih godina zadobilo je razmere ozbiljne i dugoročne krize sa teškim posledicama po privredni život celokupne EU. Od sredine 2008. godine, kada se kriza prvi put manifestovala, privreda Unije je, od zemlje do zemlje, prolazila kroz stagnaciju, recesiju, pa i depresiju, što je bez obzira na razlike pružilo sivu sliku ekonomskog stanja i perspektive.<sup>14</sup>

Iako su EU i država članice ostvarile određeni napredak u proteklih nekoliko godina i može se konstatovati da je socijalno-ekonomska situacija donekle poboljšana, i u ovoj oblasti moraju da se sprovedu ozbiljne i strateške reforme.

---

<sup>14</sup> S. Samardžić, 14.

U Uniji su formirana dva tabora koja se zalažu za potpuno različita rešenja. S jedne strane su oni koji stavljaju akcenat na 'odgovornost i konkurentnost', a sa druge oni koji daju prednost aspektima 'solidarnosti i brige', potencirajući princip jedinstva između 27 država članica EU i država članica evro zone.<sup>15</sup>

Prvi tabor insistira na striktnijem sprovođenju pravila, reafirmaciji principa nespasavanja, smanjenju rizika, većoj tržišnoj disciplini i pojačanom pritisku na zemlje EU da sprovedu dugoročne strukturne reforme. Oni tvrde da će primena ovih mera poboljšati ekonomsku konkurentnost zemalja, ali i ojačati sveukupnu poziciju Unije u konkurentnom, globalnom ekonomskom okruženju.

Drugi tabor, pod sloganom "mi smo svi u ovome zajedno",<sup>16</sup> zalaže se za više fleksibilnosti i mudrija pravila, zajedničke instrumente podele rizika, veću podrške EU, više podsticaja za nacionalne reformske napore i više fiskalne slobode za državne investicije kako bi se smanjila makroekonomska neravnoteža. Pristalice ovog drugog tabora smatraju da je potrebno uspostaviti minimum socijalnih standarda, iako se socijalne politike definišu na nacionalnom nivou.

U oblasti ekonomije i socijalnih pitanja, postoji, uslovno rečeno, i treći tabor, a čine ga one zemlje koje još nisu usvojile evro. Zabrinute da će biti diskriminirane, ove zemlje se plaše da će dodatnim reformama u okviru Ekonomske i monetarne unije (EMU) biti skrajnute na političku periferiju EU.

Kada je reč o budućim reformama, tabori su ustanovili brojne tzv. "crvene linije". Stoga je teško premostiti sve ove razlike, posebno u vezi sa EMU. *Win-win* paket aranžman između 27 država članica EU uzima u obzir tri značajna cilja:<sup>17</sup> Obezbeđenje stabilnosti evra; Podsticanje održivog rasta i oživljavanje ekonomske konvergentnosti uz jačanje prokativne uloge EU; Očuvanje jedinstva između 27 država članica EU i 19 država članica EMU.

Kako bi se postigli pomenuti ciljevi, 27 država članica EU trebalo bi da se složi o konkretnim reformama koje se odnose na: jačanje otpornosti finansijskog sektora; sprovođenje striktnijih pravila i više institucionalne koherentnosti; stvaranje više prostora za javna i privatna ulaganja; promovisanje evropske konkurentnosti kroz strukturne reforme i završetak jedinstvenog tržišta; kao i izbegavanje diskriminacije zasnovane na evru.

---

<sup>15</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*



## Migracije

Još od Drugog svetskog rata nije bilo toliko ljudi u bekstvu koji traže zaštitu kao 2016. godine – 65.6 miliona. Interesantno je da više od polovine od ovog broja (55 odsto) dolazi iz tri zemlje: Sirije, Afganistana i Južnog Sudana. Ova činjenica ukazuje da pitanje migracija nije samo pravna, već i geopolitička tema.<sup>18</sup>

Kada je reč o migrantskoj krizi, Evropska unija je dosadašnje aktivnosti prevashodno bazirala na *ad hoc* rešenjima. Ipak, uzimajući u obzir ozbiljnost situacije, EU mora ovom problemu da pristupi na drugačiji, temeljniji, sveobuhvatniji način. Drugim rečima, Unija bi morala da otpočne ozbiljniju strukturnu reformu, koja je u oblasti migracija neophodna zbog kontinuirano visokog migracionog pritiska, smanjenja i starenja evropske populacije, moralnih i zakonskih obaveza, kao i spekulacija koje dolaze od populista.

U tom smislu, države članice EU trebalo bi da se dogovore o sveobuhvatnoj i izbalansiranoj strategiji o mobilnosti ljudi zasnovanoj na holističkom konceptu upravljanja migracijama, koji kombinuje elemente bezbednosti i solidarnosti. Drugim rečima, države članice trebalo bi da promovišu 'proaktivnu Evropu' izbegavajući zamke 'Evrope tvrđave'.<sup>19</sup>

U pokušajima da efikasno odgovore na migranstu krizu, vlade država članica često su ulazile u sukobe. Naime, u ovoj oblasti veoma je teško doći do kompromisa, pre svega zbog dubokih razlika u mišljenjima između i unutar zemalja. Tako su i ovde formirana dva tabora:

- One koji tvrde da evropljani imaju moralnu, humanu i zakonsku obavezu da podrže one kojima je potrebna pomoć i izbeglice (tzv. tabor 'solidarnosti'); i
- One koji smatraju da Evropa mora sebe da zaštititi od velikog broja ljudi koji pokušavaju da ostanu na kontinentu (tzv. tabor 'bezbednosti').

*Win-win* paket aranžman morao bi da uzme u obzir kako aspekt bezbednosti tako i aspekt solidarnosti, kao i različite interese, okolnosti i aspiracije između i unutar 27 država članica EU. Naime, jačanje bezbednosti preduslov je za

<sup>18</sup> P. Rodrigues, "Migration and Security un times of the refugee crisis – Perspectives for Dublin and Schengen", *New dynamics in the European integration process – Europe post Brexit* (eds. A. Kellerhals, T. Baumgartner, Europa Institut at the University of Zurich, Zurich 2017, 185-186.

<sup>19</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

povećanje solidarnosti i *vice versa*. Osim toga, obe komponente potrebne su da bi se obezbedio dugoročni opstanak Šengena.

S jedne strane, kako bi se povećala bezbednost, mora se regulisati neregularni priliv migranata jačanjem zaštite evropskih granica, pravljjenjem jasne razlike između migranata i azilanata, kao i intenziviranjem saradnje sa zemljama porekla i tranzita. Već postoji široki konsenzus između 27 država članica EU o pitanjima bezbednosti, ali mora više da se uradi po pitanjima: ubrzanja povratka; ubrzanje postupka dobijanja azila na nacionalnom nivou; i osnivanje centara za procesovanje zahteva za azil u zemljama tranzita kako bi se smanjili neregularni talasi.<sup>20</sup>

S druge strane, solidarnost je i dalje pitanje u vezi sa kojim su stavovi podeľjeni. Stoga, EU mora da pokaže da je moguće zaštititi granice Evrope i u isto vreme obezbediti organizovani ulazak ljudi bez povreda osnovnih ljudskih i izbegličkih prava. Solidarnost mora biti ojačana u dva pravca: između država članica EU, kao i sa onima koji 'kucaju' na evropska vrata i zemljama porekla i tranzita.

Nedostatak solidarnosti unutar EU ozbiljan je izvor tenzija između zemalja EU čime se ne dovodi samo u sumnju budućnost Šengena, već ima širi negativni uticaj na koheziju unutar Unije. Podela tereta u vezi sa problemom izbeglica je tzv. "lakmus papir"<sup>21</sup> za evropsku solidarnost. Ubuduće mora biti osigurano da je svaka odluka o podeli tereta, doneta na nivou EU, obavezujuća za svaku državu članicu EU. Ipak, pritisak na one koji nisu voljni da pokažu veću solidarnost mora se vršiti pažljivo. Prinuda nije odgovor. Sasvim suprotno: vršenje prekomernog pritiska na pojedine zemlje može imati tzv. "bumerang efekat".

U tom kontestu, solidarnost među državama članicama može se ojačati: stvaranjem stalnih mehanizama za relokaciju; približavanjem stopa za davanje azila u državama članicama; podsticanjem lokalnih zajednica da primaju izbeglice ili azilantne; uspostavljanjem Centra za prijem azilanata u zemljama Centralne i istočne Evrope; ustanovljenjem mehanizam za razmenu azilanata; kao i boljim informisanjem izbeglica o uslovima prijema u državama članicama EU.

Osim toga, mora se promovisati i solidarnost sa zemljama porekla i tranzita. Ova druga dimenzija solidarnosti neophodna je kako bi se obezbedila sarad-

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

nja trećih strana i poštovala osnovna ljudska prava, kao i međunarodne pravne obaveze EU.<sup>22</sup>

### *Bezbednost*

Ugovorima je predviđeno da politika bezbednosti i zajedničke odbrane predstavlja integralni deo spoljne politike i zajedničke odbrane. Ona obezbeđuje Uniji operativnu sposobnost sa osloncem na civilna i vojna sredstva. Unija može da upotrebi ta sredstva u misijama koje vodi izvan Unije radi očuvanja mira, sprečavanja konflikata i jačanja međunarodne bezbednosti, u skladu sa osnovnim principima sadržanim u Povelji Ujedinjenih nacija. Ona izvršava te zadatke sredstvima koja joj stave na raspolaganje države članice.<sup>23</sup>

Treća komponenta reforme predviđena u okviru tzv. *win-win* paket aranžmana razlikuje se od druge dve utoliko što u oblasti bezbednosti nema ozbiljno suprotstavljenih tabora čije različitosti bi trebalo premostiti. Prevazilaženje nesigurnosti i bezbednosnih izazova ne može se ostvariti samo na nacionalnom nivou i građani očekuju od Unije da uradi više. Stoga se čini da je u ovoj oblasti jednostavnije nego u ostalima postići saglasnost među državama članicama.

S obzirom na široku podršku za saradnju u oblasti bezbednosti, konsenzus u ovom domenu mogao bi da pomogne da se kreira politički kontekst pogodan za konstruktivnije debate u okviru druge dve, spornije komponente iz paket aranžmana – u oblasti ekonomije i socijalnih pitanja i migracija, gde su države članice jasno postavile tzv. “crvene linije”.

U okviru unutrašnje i spoljne bezbednosti, dva pitanja izdvajaju se kao prioritetna, a to su: Saradnja u oblasti odbrane; i Borba protiv terorizma.

### *Saradnja u oblasti odbrane*

Uprkos različitim geopolitičkim strategijama, države članice EU svesne su da je potrebno da unaprede saradnju kako bi osigurale bezbednost u svojim zemlja-

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Čl. 42, st. 1 Ugovora EU.

ma i samoj Uniji. Međutim, ova oblast veoma je osetljiva jer bezbednost predstavlja deo nacionalnog suvereniteta. Stoga države članice EU nisu spremne da se lako odreknu ovlašćenja u korist EU.

Dublja evropska saradnja u oblasti odbrane odnosi se na: spoljne konflikte i krize, izgradnju kapaciteta, i zaštitu Unije i njenih građana. Dakle, evropsku odbrambenu agendu karakterišu tri prioriteta. Države članice moraju da:<sup>24</sup>

- ispune obaveze da postepeno povećavaju izdvajanja za odbranu, posebno investicije u opremu, istraživanje i razvoj;
- bolje koordinišu cikluse odbrambenog planiranja kako bi omogućile zajednički razvoj sposobnosti i sticanja znanja, na taj način maksimizirajući efekte izdvajanja za odbranu;
- uspostave integrisane multinacionalne snage i obezbede adekvatno finansiranje putem zajedničkih finansijskih aranžmana.

Države članice EU nemaju identičan pristup pitanju odbrane. Ipak, različiti prioriteti ne bi trebalo da ometaju napredak saradnje u ovoj oblasti pošto nije nepoходno da sve zemlje pristupe svim inicijativama u domenu odbrane.

Samim Ugovorom iz Lisabona predviđene su osnove za uspostavljanje diferencirane integracije u oblasti odbrane. Naime, u oblasti odbrane države mogu između sebe da uspostave bližu saradnju, koja se u ovoj oblasti naziva permanentna strukturirana saradnja.<sup>25</sup> Države članice koje ispunjavaju zahtevnije kriterijume u pogledu vojnih kapaciteta i koje su, s obzirom na najviše zahteve koji se postavljaju pred misije, ušle u međusobno čvršće obaveze, uspostavljaju permanentno strukturiranu saradnju u okviru Unije.<sup>26</sup>

Dakle, oblast odbrane trebalo bi da bude uređena na način da ohrabri i podrži zemlje koje su spremne da napreduju brže (da produbljuju saradnju u oblasti odbrane), uz zalaganje da se u perspektivi u različite inicijative uključi što veći broj, a po mogućstvu i sve države članice.

U tom kontekstu, ključno je da se: uspostave ambiciozne i inkluzivne permanentne strukturirane saradnje; podrže saradnje u oblasti odbrane adekvatnim

---

<sup>24</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

<sup>25</sup> Vid. J. Čeranić, "Permanentna strukturirana saradnja u okviru politike bezbednosti i zajedničke odbrane", *Evropsko zakonodavstvo*, 35-36/2011, 184–191,

<sup>26</sup> Čl. 42, st. 6 Ugovora EU.

finansijskim instrumentima; koordinišu nacionalni cikusi odbrambenog planiranja; jačaju kapaciteti za brze odgovore, vojno operaciono planiranje i izvrši revizija pravila o zajedničkom finansiranju vojnih operacija EU.<sup>27</sup>

### *Borba protiv terorizma*

Evropa je postala meta terorista i nema indicija da se opasnost od terorizma smanjuje. Iako nije nov fenomen, porast terorizma ima posebno negativan uticaj na evropsko društvo. Istraživanja pokazuju da je terorizam na vrhu liste zabrinutosti evropskih građana.

Kako terorističke grupe deluju izvan nacionalnih granica, za borbu protiv terorizma potrebna je koordinisana akcija na evropskom nivou. U poslednjih nekoliko godina, EU usvojila je brojne mere protiv terorizma. Preduzeti su konkretni koraci kako bi se unapredila razmena informacija između nacionalnih agencija, prekinula teroristička onlajn propaganda, povećala bezbednost granica zahvaljujući efikasnom skupljanju i razmeni podataka ili onemogućio teroristima pristup vatrenom oružju, eksplozivu i finansijskoj podršci.

U cilju jačanja kapaciteta EU u borbi protiv terorizma, trebalo bi se fokusirati na tri prioriteta:<sup>28</sup>

- Negovanje prekogranične saradnje između nacionalnih obaveštajnih agencija i organa za primenu prava;
- Sprečavanje radikalizacije u Evropi;
- Suočavanje sa implikacijama brisanja jasnih granica između unutrašnje bezbednosti i spoljne odbrane.

### DIFERENCIRANA INTEGRACIJA

O pravnom i političkom povezivanju država članica i uspostavljanju diferenciranosti unutar i izvan institucionalnog okvira EU postoji veliki broj teorija. Većina njih metaforično dočarava novo ustrojstvo evropske konstrukcije konceptima o Evropi u više brzina, Evropi promenljive geometrije, Evropi koncentričnih krugova, Evropi na više nivoa ili spratova, tvrdom jezgrom, centru gravitacije itd.

---

<sup>27</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

<sup>28</sup> *Ibid.*

Uprkos određenim razlikama između ovih slikovitih predstava, zajedničko im je da nekada jedinstvena evropska konstrukcija ustupa mesto Uniji u kojoj sve države neće biti u istom položaju, tj. u kojoj će se njihov stepen integrisanosti razlikovati.<sup>29</sup>

### *Diferenciranost unutar institucionalnog okvira EU*

Sprovođenje *win-win* paket aranžmana podrazumeva diferenciranost unutar EU. Različite grupe država članica intenziviraće saradnju u vezi sa određenim aspektima neke politike.

Diferencirana integracija podstaknuta je funkcionalnim i pragmatičnim potrebama pošto je diferenciranost nekada jedini način za napredak. U tom kontekstu, diferencirana integracija je bila i ostaće karakteristika evropskih integracija. Dakle, diferenciranost je realnost EU: sve članice nemaju istu valutu; neke nisu deo Šengena; neke ne učestvuju u svim aspektima Prostora slobode, bezbednosti i pravde; a neke su samo delimično uključene u politiku bezbednosti i odbrane.

Iako je svojevremeno smatrana “kopernikanskim rešenjem“, diferencirana integracija nije “magični napitak“ i ne bi je trebalo percipirati tako da je ona sama sebi cilj. Diferenciranost bi trebalo da bude izuzetak, a jedinstvo pravilo. U mnogim slučajevima, diferenciranost je neophodna kako bi se prevazišli zastoji u sve većoj, heterogenijoj i kompleksnijoj EU. Istorija evropskih integracija svedoči o tome da intenzivnija saradnja između manjih grupa zemalja ili klauzule *opt-outs* (kojima se isključuju pojedine zemlje iz neke politike) doprinose prevazilaženju situacija u kojim neke države članice nisu spremne ili voljne da idu napred.<sup>30</sup>

Diferenciranost, na način na koji je predviđena u okviru Novog pakta za Evropu, počiva na funkcionalnom i pragmatičnom pristupu. Cilj je da se države članice spreče da blokiraju saradnju u određenim oblastima. Institucionalni, pravni i politički izazovi u vezi sa diferenciranom integracijom biće olakšani ukoliko je saradnja organizovana ‘unutar’ Unije. Diferencirana integracija bi trebalo, ako je moguće, da se zasniva na instrumentima i sredstvima predviđenim primarnim zakonodavstvom EU (bliža saradnja, permanentna strukturirana saradnja,

---

<sup>29</sup> Vid. J. Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 23-24.

<sup>30</sup> “Re-energising Europe, A package deal for the EU27”, [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

*opt-outs* itd.). Kako su za korišćenje ovih instrumenata jasno definisana pravila samim Ugovorima, umanjuje se mogućnost pojave negativnih posledica.

Dakle, diferenciranost uspostavljena unutar institucionalnog okvira EU:<sup>31</sup>

- Poštuje jedinstveni institucionalni okvir EU,
- Čuva prerogative i ovlašćenja Komisije, Evropskog parlamenta i Suda pravde EU;
- Ograničava nekontrolisano korišćenje fleksibilnih oblika saradnje i integracija;
- Garantuje visok nivo transparentnosti i vidljivosti i za države članice i za institucije EU, zahvaljujući postojanju jasnih pravila u vezi sa uspostavljanjem, funkcionisanjem i širenjem diferencirane integracije;
- Karakteriše je visok stepen inkluzije i otvorenosti za države članice koje još ne učestvuju u saradnji;
- Obezbeđuje visok nivo demokratskog nadzora, tako što uključuje Evropski parlament i nacionalne parlamente;
- Omogućava stalni razvoj tekovina EU; i
- Smanjuje sveukupni rizik od prekida ili neprijateljskih podela između 27 država članica EU.

### *Diferenciranost izvan institucionalnog okvira EU*

Uprkos tome što je pogodnije da se zastoji prevazilaze unutar institucionalnog okvira EU, iskustvo pokazuje da u nekim slučajevima saradnja mora biti organizovana izvan institucionalnog okvira EU.<sup>32</sup> Najpoznatiji primeri ove prakse su Šengenski sporazum, saradnja u oblasti socijalne politike, kao i novine u kontekstu krize evro zone.

Međutim, saradnja izvan institucionalnog okvira EU nosi rizike.<sup>33</sup> Prvo, može oslabiti institucionalnu koheziju, posebno ukoliko uključuje kreiranje novih, posebnih i paralelnih institucija. Drugo, može joj nedostajati demokratski

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Vid. J. Majone, "Rethinking European Integration after Debt Crisis", <http://www.ucl.ac.uk/european-institute/analysis-publications/publications/WP3.pdf>, 29. avgust 2018.

<sup>33</sup> "Re-energising Europe, A package deal for the EU27", [https://www.newpactforeurope.eu/documents/new\\_pact\\_for\\_europe\\_3rd\\_report.pdf?m=1512491941&](https://www.newpactforeurope.eu/documents/new_pact_for_europe_3rd_report.pdf?m=1512491941&), 15. avgust 2018.

nadzor i na nacionalnom i na evropskom nivou, ako parlamenti nisu uključeni. Treće, može dovesti do negativnog efekta prelivanja (engl. *spill-over effect*) na druge oblasti, uključujući i jedinstveno tržište. Napolsetku, ali ne najmanje važno, nosi rizik od stvaranja (dubokih) podela između 'ins' i 'outs' ukoliko se potonji osećaju isključenim.

U praksi se ovi rizici mogu smanjiti ukoliko saradnja izvan institucionalnog okvira predstavlja tzv. 'međuvladinu avan-gardu', što podrazumeva da je otvorena za sve države članice voljne da joj se pridruže. Osim toga, pomenuta saradnja trebalo bi da uključuje ili čak jača ulogu institucija EU, ne osniva nove i paralelne institucionalne strukture izvan Unije, i ima za cilj da integriše usvojene pravne norme i saradnju pokrenutu izvan EU.<sup>34</sup>

#### ZAKLJUČAK

Deset godina nakon početka krize i niza preduzetih prevashodno *ad hoc* mera za prevazilaženje iste, EU se i dalje suočava sa brojnim problemima u gotovo svim segmentima privrede i društva. I dok se stanje u pojedinim oblastima popravilo u odnosu na 2008. godinu, u nekim drugima je postalo kompleksnije. Ovo ukazuje na isprepletanost i uslovljenost kriza u različitim oblastima. Stoga je neophodno da Unija strateški pristupi reformama koje će podrazumevati istovremene aktivnosti u svim oblastima.

Međutim, većina mera za izlazak iz krize i dalji napredak EU počiva na konceptu diferencirane integracije koji sam po sebi nosi određene rizike. Iako omogućava produbljivanje saradnje među državama članicama u određenim oblastima, što je neophodno za dalji napredak procesa evropskih integracija, diferencirana integracija nosi u sebi i klicu dezintegracije. Shodno tome, instrument diferencirane integracije mora se upotrebljavati veoma oprezno.

U ovom trenutku, niko sa sigurnošću ne može predvideti budućnost evropskog integracionog procesa. Ipak, jedno je sigurno. Pred Evropskom unijom nalazi se ozbiljan i dug put na kome će Unija morati dobro da balansira između međdržavnih, nacionalnih, regionalnih i lokalnih aspiracija i interesa i strateški se pozicionira u sve kompleksnijem međunarodnom okruženju.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*



JELENA ČERANIĆ, Ph.D.,

Senior research fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

MIRJANA GLINTIĆ

Research associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

## EUROPEAN UNION TEN YEARS AFTER THE CRISIS STARTED

- with special emphasis on solutions for re-energising Europe provided  
by the New pact for Europe initiative –

### Summary

After decades of success, since 2008 the EU has been struggling with the most serious crisis in its history. The economic and political difficulties that the EU is facing at the moment threaten to undermine the fundamental values achieved by the Community, such as peace and stability in the European Communities over the past sixty five years. Therefore, the European project needs to be re-energised. The New Pact for Europe initiative, launched in 2013, aims to rebuild trust through national and transnational dialogue and develop new common ground on the way forward for the European Union. By the end of 2017, the New Pact for Europe initiative issued a report which is the culmination of five years of work at EU and Member States level.

This report suggests that two things are paramount. First, the EU and its Member States should agree on an ambitious but realistic win-win package deal involving actions in three crucial areas: economic and social affairs, migration and security. Second, there is a need to fight the danger of a more regressive, nationalistic, closed, illiberal and authoritarian Europe by addressing the fundamental factors fuelling the threat of authoritarian populism at European, national, regional and local level. The paper focuses on this first aspect. In the first part, the authors analyse the current state of the Union characterized by an improved, but still not resolved poly-crises and collateral damage caused by poly-crises. The second part is devoted to the win-win package deal for the EU27 comprising the economic and social dimension, the migration dimension and the security dimension. Since the implementation of this package deal implies higher level of differentiated integration, the third part of the article presents the fundamental features of functional and pragmatic differentiation.

BOJANA LAKIĆEVIĆ-ĐURANOVIĆ

## ULOGA I ZNAČAJ SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE U STVARANJU I PRIMJENI PRAVA EU

– Primjeri iz prakse –

### U V O D

Evropski Sud pravde nije tipičan međunarodni sud. Ta posebnost se može posmatrati sa organizacionog i funkcionalnog aspekta. U organizacionom smislu, sem sudija, u njegov sastav ulaze i opšti pravobranioci, koje ne poznaju drugi međunarodni sudovi. U funkcionalnom smislu, Evropski sud pravde se znatno ističe u odnosu na druge međunarodne sudove. Prije svega, njegova nadležnost nije fakultativna, već obavezna za sve države članice. Dalje, ona je obuhvatna, a njegove presude su neposredno izvršive na teritoriji država članica.<sup>1</sup> Potom, stranke u postupku pred Sudom mogu biti i privatna lica, a ne samo države članice i institucije Zajednica/Unije.

Interesantno je pomenuti indirektnu nadležnost, koju ne poznaju drugi međunarodni sudovi. Riječ je o tome da Sud ne odlučuje o pravima i obavezama stranaka u postupku, već rješava upućeno pravno pitanje od strane države čla-

---

Dr Bojana Lakićević-Đuranović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

<sup>1</sup> Budimir Košutić, Branko Rakić, Bojan Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet, Beograd, 2015, str. 233.

nice.<sup>2</sup> Ipak, najvažnija posebnost Suda pravde EU u odnosu na druge međunarodne sudove jeste njegova pravnostvaralačka moć. Ta posebnost je naročito bila izražena u prošlosti, kada pisani izvori još uvijek nijesu bili brojni, a osnivački ugovori nijesu sadržali rješenja za određena pitanja, ili su sadržali dosta okvirne formulacije koje su zahtjevale dalju razradu. Upravo iz tog razloga, nezamislivo je potcjeniti značaj Suda pravde EU u stvaranju pravne tekovine Evropske Unije. Sud pravde EU može se posmatrati kao pokretačka snaga Evropske unije. Da je tako, potvrđuje i činjenica poprilično liberalnog stava u tumačenju osnivačkih ugovora. Često je išao i mnogo dalje od onoga što je u njima predviđeno, trudeći sa da unaprijedi ideju integracije koliko je god i gdje je god to mogao.<sup>3</sup>

#### ULOGA SUDA PRAVE EU NA POLJU ČETRI SLOBODE

Kao jedan od preduslova za uspješno ostvarivanje slobode prometa robe jeste stvaranje carinske unije između država članica. Ugovor o osnivanju EEZ je predviđao dva načina za uspostavljanje carinske unije. Prvi način je kroz klauzulu o zadržavanju dok je drugi način kroz preduzimanje mjera postepenog ukidanja postojećih dažbina. Pod klauzulom o zadržavanju, države su imale obavezu da se uzdrže od uvođenja novih uvoznih ili izvoznih carina ili dažbina sa istim dejstvom, kao i da ne povećavaju one koje su važeće i primjenjive u njihovim međusobnim trgovinskim odnosima. To je bilo praćeno obavezom postepenog smanjivanja uvoznih dažbina i dažbina istog dejstva, kroz preduzimanje odgovarajućih mjera, a prema utvrđenoj dinamici.<sup>4</sup>

Kako bi se održala tako uspostavljena dinamika i što bolje sproveli efekti carinske Unije, Sud pravde je igrao i te kako važnu ulogu. U vezi sa tim, posebno je važno istaći slučajeve *Giorgio*<sup>5</sup> i *Comateb*<sup>6</sup>. U slučaju *San Giorgio*, Sud pravde je istakao da “Pravo na naknadu štete, uzrokovano dažbinama nametnutim od strane države članice protivno pravilima komunitarnog prava je posljedica prava dodjeljenih pojedincima od strane odredbi Zajednice kojima je predviđena zabra-

<sup>2</sup> Sanja Đajić, *Međunarodno pravosuđe*, Službeni glasnik glasnik, Beograd, 2012, str. 205.

<sup>3</sup> Vojin Dimitrijević, Obrad Račić, *Međunarodne organizacije*, Pravni fakultet Univerziteta “Union”, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 247.

<sup>4</sup> Radovan D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske Unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2014, str. 206

<sup>5</sup> Slučaj 199/82, [1982] ECR 3595.

<sup>6</sup> Slučaj C-192/95, [1997] ECR I-165.

na dažbina koje imaju slično dejstvo kao carine, ili unutrašnjih poreza koji imaju diskriminatorno dejstvo. Kao “opšti kriterijum integracije”, odnosno prijema u Evropsku uniju, *acquis communautaire* upućuje na ukupnost pravnih pravila, političkih principa i sudske odluke koje nove države članice moraju da prihvate u potpunosti i od početka, nakon što postanu punopravne članice EU<sup>7</sup>. Bez obzira što naknada može biti tražena samo u okviru postavljenih uslova koji su utvrđeni različitim nacionalnim propisima koji se na nju odnose, takvi uslovi ne smiju biti manje povoljni od onih koji se odnose na slične zahtjeve(...) i ne smiju biti tako ograničeni da onemogućavaju ostvarivanje prava iz prava Zajednice”<sup>8</sup>.

U slučaju *Comateb*, Sud pravde je utvrdio da “ (...) ako je teret optužbe donijet samo djelimično, postoji obaveza nacionalnih organa da vrate trgovcu iznos novca koji nije prenijet.”<sup>9</sup> Dalje, u slučaju *EEC Commission v Luxembourg and Belgium*<sup>10</sup>, dažbine istog dejstva su određene kao “jednostrano nametnute dažbine bez obzira na naziv ili tehniku, koje se primjenjuju na proizvode uvezene u državu članicu, ali ne i na slične domaće proizvode, i koje mijenjanjem cijene postižu isto dejstvo na slobodno kretanje robe kao i carinske dažbine”. Sud pravde je u istom slučaju utvrdio da se pod dažbinama istog dejstva smatraju i tzv. kompenzatorne dažbine. Njihov cilj je da nametima na uvezenu robu kompenzuju konkurentsku slabost domaće robe koja je opterećena visokom domaćim porezima. Međutim, u slučaju *R. & V. Haegeman*<sup>11</sup>, koji se ticao kompenzatornih dažbina na vino uvezeno iz Grčke u Luksemburg i Belgiju, Sud pravde nije smatrao da se radi o dažbinama istog dejstva, već o dažbinama u skladu sa Ugovorom o pridruživanju Grčke. Razliku između carina i nameta sličnog dejstva s jedne, i poreza s druge strane, Sud pravde je odredio u slučaju *Commission v France*<sup>12</sup>. Porezi su definisani kao sistem unutrašnjih obaveza koje se primjenjuju na kategorije proizvoda bez obzira na porijeklo proizvoda.<sup>13</sup>

Što se ograničenja slobode kretanja tiče shodno odredbama člana 36 Ugovora o funkcionisanju EU, “odredbe članova 34. i 35. ne isključuju zabranu ili ograničavanje uvoza, izvoza ili tranzita robe, ako su opravdani razlozima javnog mo-

---

<sup>7</sup> C. Gialdino, *Some Reflecons on the Acquis Communautaire*, CMLRev, 1995, 1090.

<sup>8</sup> Slučaj *San Giorgio*, st. 2.

<sup>9</sup> Slučaj *Comateb*, st. 28.

<sup>10</sup> Slučaj 2/62, 2/63, [1962] ECR 425.

<sup>11</sup> Slučaj 181/73, [1974] ECR 449.

<sup>12</sup> Slučaj 90/79, [1981] ECR 283.

<sup>13</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo*, 205-216.

rala, javnog poretka ili javne bezbjednosti, zaštite zdravlja i života ljudi, životinja ili biljaka, zaštite nacionalnog kulturnog dobra umjetničke, istorijske ili arheološke vrijednosti ili zaštite industrijske ili trgovačke svojine.” Uslov koji se postavlja jeste da te mjere budu proporcionalne i da ne predstavljaju arbitrarnu diskriminaciju. Što se uslova korišćenja odstupanja tiče, Sud pravde je iste formulisao kroz četiri načela. Najprije, tim mjerama se ne mogu štititi ekonomski interesi.<sup>14</sup>

Dalje, teret dokazivanja da navedena mjera potpada pod odredbe čl. 30. Ugovora o osnivanju leži na strani koja se na isti i poziva. Treći princip se odnosi na izbjegavanje subjektivnog kategorisanja mjera kao diskriminatorskih. Da bi se to postiglo, mora se dokazati da se njihovom primjenom štite i domaći proizvodi. Zatim, i pored gore ispunjenih uslova, mjera može biti predstavljati prikriveni oblik ograničenja trgovine ukoliko nije proporcijalna, odnosno ako njeno dejstvo prevazilazi ono što je neophodno za efektivnu zaštitu opštih interesa u pitanju. I na kraju, svi izuzeci od odstupanja se moraju tumačiti usko.<sup>15</sup> Što se tiče razloga za odstupanje, Sud je ista jasno etabolirao kroz mnogobrojne slučajeve, poput : *R. v Henn and Derby*<sup>16</sup>, *Campus Oil, Commission v Greece*<sup>17</sup>, *R. v Thompson*<sup>18</sup>, *Deutsche Grammophon GmbH v Metro-SB-Grossarkte GmbH & Co. KG*<sup>19</sup>, *Polydor, Centrafarm BV v Winthrop BV*<sup>20</sup>, *Phillip Morris Holland BV v EC Commission*<sup>21</sup> itd.

#### NAČELO SLOBODE KRETANJA LICA KROZ PRAKSU SUDA PRAVE EU

Uopšteno, sloboda kretanja lica obuhvata pitanja koja se odnose na pravo ulaska, pravo boravka i pravo izlaska svih lica sa teritorije jedne na teritorije drugih država članica. Interesantan je slučaj *Chavez-Vilchez and others*<sup>22</sup>, u kom je Sud pravde odlučivao po prethodnom pitanju o pravu na boravak majki, držav-

<sup>14</sup> Vidi Slučaj *Campus Oil v Minister for Industry and Energy*, 72/83, [1984] ECR 2727.

<sup>15</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo*, 228-229.

<sup>16</sup> Slučaj 34/79, [1979] ECR 3795.

<sup>17</sup> Slučaj C-398/98, [2001] ECR I-7915.

<sup>18</sup> Slučaj 7/78, [1979] ECR 2247.

<sup>19</sup> Slučaj 78/70, [1971] ECR 487.

<sup>20</sup> Slučaj 16/74, [1974] ECR 1183.

<sup>21</sup> Slučaj 730/79, [1980] ECR 2671.

<sup>22</sup> Slučaj C-133/15, [2017].

ljanki trećih država, kao uslovu za pristup socijalnoj pomoći i porodičnom do-daktu. Pri tome, majke tužiteljke imaju djecu koja posjeduju državljanstvo drža-ve članice u kojoj je njima dozvola boravka oduzeta. Pošto te majke žive odvojeno od očeva, državljana države članice, koji imaju malo ili nimalo kontakta sa dje-com, pitanje je da li bi njihovom deportacijom njihova djeca kao državljani drža-ve članice Unije bila prisiljena da napuste područje Unije.

Sud pravde je u izreci presude odgovorio da je "(...) važna okolnost je da li je drugi roditelj, građanin Unije, zaista sposoban i spreman da sam preuzme sva-kodnevnu i stvarnu brigu o djetetu, ali to nije samo po sebi dovoljno za zaklju-čak da između roditelja državljanina treće zemlje i djeteta ne postoji takav odnos zavisnosti da bi dijete u slučaju navedenog odbijanja moralo napustiti područje Unije. Takva ocjena mora se zasnivati na uzimanju u obzir, u primarnom cilju za-štite interesa dotičnog djeteta, svih okolnosti slučaja, a posebno djetetovog uzra-sta, njegovog fizičkog i duševnog razvoja, stepena emocionalne povezanosti i s ro-diteljem građaninom Unije i s roditeljem državljaninom treće zemlje, kao i rizika koji bi mogao nastati za stabilnost tog djeteta u slučaju razdvajanja od potonjeg roditelja."

Kada se govori o nediskriminaciji, u slučaju *Calfa*<sup>23</sup>, Sud pravde je odredio da se pod pojmom nediskriminacije podrazumijeva "perfektno jednak tretman u državi članici lica čiji je položaj regulisan komunitarnim pravom i državljana dr-žava članica u pitanju." To ne znači da migranti uživaju jednaka prava u svim dr-žavama članicama, već samo ona koja su u konkretnoj državi predviđena za do-maće državljane. Kod diskriminacije dalje valja praviti razliku između direktne i indirektna diskriminacije.

Kod direktne diskriminacije, na migrante se primjenjuju različite mjere koje su po pravilu manje pogodne mjere u odnosu na mjere koje se primjenjuju na do-maće državljane, a indirektna diskriminacija podrazumjeva mjere koje iako pri-vidno izgledaju kao nacionalno neutralne, u stvari imaju veći uticaj na migran-te. Sud pravde je ove druge veoma široko shvatio, smatrajući pod njima ne samo one mjere koje pogađaju uglavnom radnike migrante, već i one koje mogu da ih pogode. Ovakav stav Suda pravde je pandan stavu u slučaju *Dassonville* povodom kvantitativnih ograničenja na slobodan promet robe.

Najzad, obrnuta diskriminacija se može odrediti kao pojava da radnici mi-granti na osnovu primjene prava EU uživaju veće pogodnosti od domaćih držav-

---

<sup>23</sup> Slučaj C-348/96, [1999] ECR I-11.

ljana, koji se ne mogu pozivati na pravo EU. Vjerovalo se da će ovaj princip izgubiti na značaju sa uvođenjem prava građanstva. Sud je odbio tu mogućnost u slučaju *Uecker and Jacquet*<sup>24</sup>. Tu je naveo da “odredbama Ugovora o osnivanju, kojim je ustanovljeno građanstvo Unije nije bio cilj da se proširi materijalni domašaj primjene Ugovora na unutrašnje situacije koje nemaju nikakvih veza sa komunitarnim pravom(...) Svaka diskriminacija koju državljani država članica mogu da pretrpe zbog primjene nacionalnog prava te države spada u domašaj tog prava i stoga mora biti regulisana u okviru unutrašnjeg pravnog sistema te države”.<sup>25</sup>

Sud pravde je dao ogroman doprinos slobodi kretanja radnika samom činjenicom što je u svojoj praksi dao definiciju radnika, s obzirom da ona nije bila predviđena Rimskim ugovorom. U slučaju *Levin*<sup>26</sup>, Sud pravde je odredio da “izrazi radnik i aktivnost zaposlenog lica ne smiju biti definisani upućivanjem na nacionalna prava država članica, već se moraju odrediti prema komunitarnom značenju”. Dalje, u slučaju *Morson*<sup>27</sup>, Sud je naglasio da se prilikom tumačenja pojma radnika, moraju uzeti u obzir krajnji ciljevi koji su Ugovorom određeni za Uniju.

Usljed toga, pojam radnika se ne može tumačiti usko. Zato je Sud osim definicije radnika date u UFEU, pod pojmom radnika obuhvatio i sljedeće kategorije lica: 1) Privremeni radnici; 2) Pogranični radnici; 3) Lica koja traže zaposlenje; 4) Lica koja su mimo svoje volje ostala bez zaposlenja; 5) Privremeno nesposobna lica; 6) Stalno nesposobna lica i penzionisana lica; 7) Članovi porodice. U radnike se ne ubrajaju tzv. samozaposlena lica, koja obavljaju djelatnost ličnim radom ili se bave nekom od tzv. slobodnih profesija. To iz razloga jer se na njih primjenjuju odredbe koje se tiču prava nastanjivanja i prava pružanja usluga. Slobodom kretanja radnika nijesu obuhvaćeni ni “zaposleni u javnim službama”, iako su i oni zaštićeni od diskriminacije po osnovu državljanstva, kao ni radnici iz trećih država, apatridi i azilanti, bez obzira što žive u nekoj od država članica.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Slučaj C-64-65/96, [1997] ECR I-3171. st. 23.

<sup>25</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo* 271-276.

<sup>26</sup> Slučaj 53/81, [1982] ECR 1035.

<sup>27</sup> Slučaj 35&36/82, [1982] ECR 3723.

<sup>28</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo* 281-284.

Na osnovu nekoliko slučajeva iz prakse, poput *The Queen v Secretary of State for Transport*<sup>29</sup> i *Gebhard*<sup>30</sup>, Sud pravde je uobličio pravo nastanjanja kao pravo lica da uđu na teritoriju druge države članice, sa ciljem da se tamo nastane, odnosno da uđu na teritoriju druge države, tamo borave i da vrše određene ekonomske aktivnosti, različite od onih predviđenih ugovorom o zapošljavanju iz fiksiranih mjesta ili u toj državi.

Razliku između prava nastanjanja sa jedne i slobode kretanja radnika i pružanja usluga sa druge strane Sud je odredio tako da "pravo nastanjanja koja uživaju lica koja obavljaju određene ekonomske aktivnosti ličnim radom kao samozaposlena lica podrazumjeva pravo trajnog boravka na teritoriji druge države članice, dok je licima koja pružaju usluge dozvoljen boravak na teritoriji druge države samo dok stvarno pružaju ili primaju usluge. Isto se odnosi na preduzeća.<sup>31</sup> Što se tiče razlike između slobode kretanja radnika i prava nastanjanja, treba reći da se pravo nastanjanja odnosi i na preduzeća. Sem toga, pravo nastanjanja obuhvata i posjedovanje profesionalnih kvalifikacija i od pravnih i od fizičkih lica, da bi mogli pristupiti tzv regulisanim profesijama.

Dalje, Sud pravde je u slučaju *Jany*<sup>32</sup> odredio samozaposlena lica kao lica koja samostalno snose rizik za uspjeh ili neuspjeh sopstvenog zapošljavanja i koja su plaćena direktno i u potpunosti. U slučaju *Daily Mail*<sup>33</sup>, Sud pravde je istakao da u odsustvu koordinirajućih direktiva, odredbe članova 43. i 48. Ugovora o osnivanju EEZ ne garantuju pravo kompanijama, koje su osnovane u jednoj državi članici da bez ikakvih ograničenja ili prepreka preseljavaju svoju glavnu upravu u drugu državu članicu, a da pri tome zadrže status kompanije u prvoj državi članici.

Kada se radi o sekundarnom pravu nastanjanja, Sud pravde je u slučaju *Somafer*<sup>34</sup> odredio filijalu, agenciju ili drugi oblik nastanjanja kao mjesto poslovanja koje je stalno, ako ima glavnu upravu i ako je materijalno obezbjeđeno dovoljno da vodi posao sa trećim licima, pri čemu ta treća lica neće morati da posluju direktno sa njihovim matičnim tijelima, već preko njihove filijale u mjestu

---

<sup>29</sup> Slučaj C-221/89, [1991] ECR I-3905.

<sup>30</sup> Slučaj C-55/94, [1995] ECR I-4165.

<sup>31</sup> Vidjeti bliže Slučaj 205/84, *Commission v Germany*, [1986] ECR 3755.

<sup>32</sup> Slučaj C-268/99, [2001] ECR I-8615

<sup>33</sup> Slučaj 81/87, [1988] ECR 5483.

<sup>34</sup> Slučaj 33/78, [1978] ECR 2183.



osnovanog produženog poslovanja. Sud pravde je dodatno proširio sekundarno pravo nastanjivanja preduzeća, predviđanjem nekih organizacionih oblika koji nisu pominjani u osnivačkom Ugovoru, kao što su mediji ili kancelarije kojima upravljaju zaposleni iz matičnog preduzeća, ili lice koje je bilo nezavisno i ovlašćeno da preduzima poslove u ime matičnog preduzeća na trajnoj osnovi.

Konačno, kada se radi o preprekama sekundarnog prava nastanjivanja, Sud pravde je ista odredio kao odgovarajuće odredbe nacionalnog zakonodavstva poput onih u Francuskoj kojima se ograničavaju akcionarski poreski krediti u pogledu dividendi koje su odobrene licima koja imaju stalni boravak ili sjedište u Francuskoj, pod uslovom da isti kredit nijesu mogle koristiti francuske filijale ili agencije osiguravajućih društava osnovanih u drugoj državi članici.<sup>35,36</sup> U slučaju *X v Ministerraad*<sup>37</sup> Sud pravde se bavio tzv. "poštenim porezima" (*fairness tax*), koji predstavljaju ograničenje slobode poslovnog nastanjivanja jer nerezidentnim društvima ograničavaju slobodan izbor pravnog oblika za obavljanje svojih ekonomskih djelatnosti u drugoj državi članici. Tom prilikom je istakao da "slobodu poslovnog nastanjivanja treba tumačiti na način da joj se ne protivi poresko zakonodavstvo države članice poput (...) kog su i nerezidentno društvo koje obavlja ekonomsku djelatnost u toj državi članici putem stalne poslovne jedinice kao i rezidentno društvo, uključujući rezidentno društvo kćer nerezidentnog društva, obveznici poreza kao što je *fairness tax* kada ta društva raspodjeljuju dividende koje, zbog korišćenja određenih poreskih olakšica predviđenih nacionalnim poreskim zakonodavstvom, ne ulaze u njihov konačni oporezivi prihod, pod uslovom da način utvrđivanja poreske osnovice tog poreza ne dovodi do postupanja prema nerezidentnom društvu na manje povoljan način nego prema rezidentnom društvu (...)."

#### NAČELO SLOBODE VRŠENJA USLUGA I PROMETA KAPITALA U PRAKSI SUDA PRAVDE EU

Pod slobodom vršenja usluga podrazumijeva se pravo fizičkih i pravnih lica koja su nastanjena na teritoriji jedne od država članica da uđu na teritoriju druge države članice da bi tamo stalno ili za određeni vremenski period pružala

<sup>35</sup> Slučaj 270/83, [1986] ECR 273.

<sup>36</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo* 313-322.

<sup>37</sup> Slučaj C-68/15, [2017].

ili primala usluge, bez ikakvih zabrana i ograničenja u vidu nacionalnog zakonodavstva i administrativne prakse, pod istim uslovima kao domaća lica, pod uslovom da se time ne krše odredbe koje se odnose na pravo nastanjivanja. Sud pravde je naročit doprinos dao u određivanju izuzetaka od slobode vršenja usluga. U slučaju *Reyners*, Sud pravde je predvidio da se odredbe o slobodi pružanja usluga ne primjenjuju na one djelatnosti, koje su u nekoj državi članici, makar i određeno vrijeme, povezani sa vršenjem javnih funkcija.

Takođe, odredbe o slobodi vršenja usluga nemaju primjenu u pogledu onih usluga koje su regulisane odredbama o slobodi prometa robe, kapitala i kretanja lica, ali ni na usluge u domenu saobraćaja. Kao kriterijum za razlikovanje ovih usluga, Sud pravde je u slučaju *Omega*<sup>38</sup>uzeo pretežan karakter posla, na osnovu koga se može odrediti i primjena pravila za konkretnu slobodu. Tako je kroz dalju praksu utvrđeno da se trgovina filmovima, zvučnim zapisima, aparatima i svim drugim proizvodima koji služe za difuziju TV signala reguliše odredbama koje se odnose na slobodu prometa robe, ali da se prenos TV signala unutar Zajednice kategoriše kao sloboda vršenja usluga. Poseban tretman imaju tzv. "vodne usluge". Pod njima je Sud pravde u slučaju *Commission v Germany*<sup>39</sup> obuhvatio usluge koje obuhvataju "sve usluge koje za domaćinstva, javne ustanove ili bilo koju privrednu aktivnost osiguravaju, s jedne strane, zahvatanje, akumuliranje, skladištenje, pročišćavanje i distribuciju površinske ili podzemne vode i, s druge strane, prikupljanje i pročišćavanje otpadnih voda koje se zatim ispuštaju u površinske vode." Sud pravde je takođe razmatrao kroz praksu i odnos prava nastanjivanja i slobode vršenja usluga.

U slučaju postojanja sumnje u nacionalne mjere koje bi ograničavale ili sprječavale slobodno vršenje usluga, Sud pravde je imao ovlašćenje da naredi njihovo uklanjanje ili neprimjenjivanje, služeći se formulom iz poznatog slučaja *Cassis de Dijon*. Počev od slučaja *Sotgiu*<sup>40</sup> Sud pravde je proširio zaštitu prava nastanjivanja i na mjere indirektno diskriminacije, čime je gotovo izjednačio obim zaštite i kod prava nastanjivanja i slobode vršenja usluga. Za dalje razgraničenje slobode vršenja usluga od prava nastanjivanja, utvrđena su četiri načina za vršenje usluga : 1) Kada lice, pružalac usluge živi na teritoriji jedne države članice, ali putuje u drugu državu članicu gdje pruža uslugu ; 2) Pružalac usluge pruža uslu-

---

<sup>38</sup> Slučaj C-36/02, [2004] ECR I-9609.

<sup>39</sup> Slučaj C-525/12, [2014].

<sup>40</sup> Slučaj 152/73, [1974] ECR 153.

gu iz svoje države u drugoj državi članici, ali se ne kreće, tako da samo usluga prelazi granicu 3) Primalac usluge dolazi iz svoje države u državu pružaoca, gdje dobija konkrentu uslugu i 4) Pružalac usluge privremeno odlazi u drugu državu članicu, koja nije država u kojoj je nastanjen, kako bi pružio uslugu licu koje je nastanjeno u istoj državi kao pružalac usluge.

U prvom slučaju, glavni kriterijum razlikovanja je dužina boravka pružaoca usluge na teritoriji druge države članice, dok je kod prava nastanjivanja potrebno stalno prisustvo na teritoriji druge države članice, kod vršenja usluga pružalac samo privremeno boravi na teritoriji druge države članice, tj. onoliko vremena koliko mu je potrebno da tu uslugu završi.<sup>41</sup> U drugom slučaju, ne dolazi do kretanja ni pružaoca ni primaoca usluge, već same usluge, preko granice, pa je tu potrebno ostvariti pretpostavke za slobodu prometa robe. Treći način vršenja usluga je priznat upravo zaslugom Suda pravde, počev od slučaja *Watson*, pa dalje u slučaju *Lusi and Carbone*.<sup>42</sup> Sud je takođe potvrdio da korisnici usluga mogu biti i fizička i pravna lica, ali je izostavio odgovor na pitanje da li se korisnici usluga, kroz pozivanje na svoje pravo boravka, mogu izjednačiti sa domaćim državljanima i u pogledu drugih prava.

Međutim, govoreći o pravu državljana drugih država članica na profesionalno obrazovanje, Sud pravde je u slučaju *Gravier*<sup>43</sup> zauzeo stav da plaćanje posebne upisnine, kao uslova za pristup profesionalnom obrazovanju studenata iz drugih država članica, pri čemu se plaćanje istih ne zahtjeva za domaće državljanine, predstavlja diskriminaciju po osnovu državljanstva, zabranjenu čl. 12. Ugovora o osnivanju EEZ. S druge strane, Sud pravde je dozvolio različit tretman državljana drugih država članica od domaćih državljana u određenim situacijama. Tako, u slučaju *Arden*<sup>44</sup>, Sud pravde je priznao pravo domaćim sudovima da od lica koja nemaju prebivalište u državi njihovog sjedišta mogu zahtijevati polaganje kaucije na ime naknade sudskih i administrativnih troškova.<sup>45</sup>

Ugovorom o osnivanju EEZ nije data definicija slobode prometa kapitala. U Rimskom ugovoru je bila samo predviđena obaveza država članica da u toku prelaznog perioda i u mjeri koja je potrebna zarad normalnog funkcionisanja za-

<sup>41</sup> Slučaj 118/75 *Watson and Belmann*, [1976] ECR 1185.

<sup>42</sup> Slučaj 286/82 i 26/83, [1984] ECR 377.

<sup>43</sup> Slučaj 293/83, [1985] ECR 593.

<sup>44</sup> Slučaj *Berkeley Administration Inc. v Arden McClelland*, [1990] 2 CMLR 116.

<sup>45</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo*, 344-351.

jedničkog tržišta, postepeno ukidaju sva međusobna ograničenja prometa kapitala koji pripada svim licima koja su nastanjena u državama članicama, kao i da ukidaju svaki vid diskriminacije koji bi se zasnivao na državljanstvu ili mjestu boravka gdje je kapital investiran.<sup>46</sup> Sud pravde je formulaciju datu u Rimskom ugovoru tumačio tako da se odnosi na zajedničko tržište na kom bi trebalo da se obezbjedi promet svakog kapitala, sem onog krajnje špekulativnog, ali tako da se odredbe Ugovora o osnivanju ne mogu tumačiti nezavisno od odredbi Ugovora koji se odnose na ekonomsku politiku.<sup>47</sup> Iako se sloboda kapitala može odrediti kao kretanje svake transakcije, bilo samostalne bilo zavisne, koja predstavlja cijenu za neku obavljenu uslugu ili kupljenu robu, treba naglasiti da je u pravu EU ta sloboda znatno uže shvaćena, tako da se odnosi samo na samostalne transakcije.<sup>48</sup>

U tom smislu, važno je raščlaniti slobodu kretanja kapitala od tekućih plaćanja. Sud pravde je o toj temi raspravljao u više slučajeva. Interesantan je stav Suda pravde u slučaju *Casati*<sup>49</sup>. Radilo se o italijanskom državljaninu koji je pokušao da bez popunjavanja potrebnih obrazaca prenese iz Italije sumu od 24000 njemačkih maraka, uz pomoć kojih je htio da kupi i otplati opremu za obavljanje posla u Njemačkoj. Pošto nijesu postojali dokazi o postojanju osnova pravnog posla za čije je izvršenje trebalo uzeti taj novac za naknadu, Sud pravde je zaključio da se radi o prometu kapitala. U slučaju *Lusi and Carbone*<sup>50</sup>, Sud je raspravljao o tome da li fizičko iznošenje novca u turističke svrhe predstavlja tekuće plaćanje ili prenos kapitala. Pri tome je dat dosta nejasan odgovor. Sud je zauzeo stav da tekuća plaćanja predstavljaju transfer stranih sredstava plaćanja kao naknade za obavljene posao, a promet kapitala obuhvata finansijske operacije koje su vezane za investicije, a ne predstavlja naknadu za obavljene posao ili pruženu uslugu. Sudu pravde je kasnije pomoglo usvajanje direktiva, posebno direktive br. 88/361<sup>51</sup>, gdje se navodio datom klasifikacijom.

Nakon što je stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma, Evropska unija stekla isključivu nadležnost da u okviru zajedničke trgovinske politike vodi i po-

---

<sup>46</sup> Čl. 67. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice

<sup>47</sup> Slučaj 7/78, *R. v Johnson*, [1978] ECR 2247.

<sup>48</sup> Budimir Košutić, Branko Rakić, Bojan Milisavljević, *nav. djelo*, str. 204.

<sup>49</sup> Slučaj 203/80, [1981] ECR 2595.

<sup>50</sup> Slučaj 286/82, [1984] ECR 377.

<sup>51</sup> Third Council Capital 88/361, OJ of EEC, 1988, No. L 178/5

litiku stranih investicija, aktualizovano je pitanje odnosa prava EU i izvora međunarodnog investicionog prava.<sup>52</sup>

Vrlo važno je pomenuti da se sloboda kretanja kapitala ne da zamisliti bez zabrane diskriminacije. Imajući u vidu osnove po kojima je diskriminacija zabranjena kada je u pitanju promet kapitala u Rimskom ugovoru, u praksi je najveći broj slučajeva bio u vezi sa mjerama direktne diskriminacije. Posebno su bili interesantni oni, poput *Commission v Portugal*<sup>53</sup>; *Commission v UK*<sup>54</sup> u kojima su države članice svojim propisima branile investitorima iz drugih država članica da u određenim kompanijama na njihovoj teritoriji steknu akcije preko određenog iznosa. Osim toga, Sud pravde je kroz svoju praksu zauzeto stav i da nediskriminatorne mjere koje u značajnijoj mjeri ograničavaju pristup tržištu moraju biti objektivno opravdane da bi bile dopuštene. Kako odrediti da li su te mjere opravdane, Sud je u pomenutom slučaju *Gebhard* istakao da se ta ograničenja mogu smatrati opravdanim samo ukoliko su u skladu čl. 65. st. 1 UFEU, ili ako su predviđeni zahtjevima od opšteg interesa koji se primjenjuju na sva lica i preduzeća koja obavljaju neku aktivnost na teritoriji države prijema.<sup>55</sup>

## ZAKLJUČAK

Na osnovu iznijetog, možemo zaključiti da je uloga Suda pravde EU u stvaranju, tumačenju i primjeni prava Evropske unije vrlo značajna i kompleksna. Svojom sudskom praksom ne samo da je omogućio da se pravo Unije jedinstveno tumači i primjenjuje u odnosu na sve države članice, već je i bliže odredio domašaj prava Zajednica/Unije. Pri tome se trudio da nadležnosti Unije budu što određenije, šire, a opet jasno ragnaričene od nadležnosti država članica. Samim tim što fizička i pravna lica imaju pristup Sudu, što se mogu direktno pozivati na odluke Suda pravde EU u postupcima pred nacionalnim sudovima, govori koliko je ovaj Sud otišao daleko zarad zaštite interesa pojedinaca. Sa reformama u Uniji koje su počele još sa Jedinstvenim evropskim aktom, a koje su nastavljene kroz brojne izmjene osnivačkih ugovora, zaključno sa posljednim iz Lisabona,

<sup>52</sup> R.D. Vukadinović, V.G. Popović, „O sukobu prava EI i investicionog prava ili o kazni zbog usaglašavanja unutrašnjeg prava sa pravom EU“, *Pravni život*, br 12.,tom IV, 2016, 259.

<sup>53</sup> Slučaj C-367/98, [2002] ECR I-4371.

<sup>54</sup> Slučaj C-98/01, [2003] ECR I-4641.

<sup>55</sup> Radovan D. Vukadinović, *nav. djelo*, 369-378.

Sud pravde EU nije bio izuzetak. Promjene su ga pogodile što u organizacionom smislu, što u pogledu ovlašćenja, pa i samog naziva.

Pravosudni sistem EU je postao složeniji i usklađeniji, spreman da odgovori na izazove i promjene pred njim.. Kakva će uloga ovog *sui generis* sudskog tijela biti u budućnosti, vidjećemo. Nesumnjivo je da će imati itekako veliki značaj u daljem razvoju prava EU, ali i očuvanja vrijednosti i pravnog poretka Unije, budući na nedavna dešavanja koja nijesu Uniju ostavila ravnodušnom, poput Bregzita i izbjegličke krize. Baš iz ovih razloga, smatram da funkcija Suda pravde EU treba da jača u oblasti bivšeg drugog i trećeg stuba, jer su to pitanja koja tangiraju ne samo Uniju, države članice, već i njihove građane.

Uzimajući u obzir da je Crna Gora na putu da postane članica EU, neophodno je da uvažava odluke i praksu Suda pravde EU, iako kao država nečlanica nema obavezu da iste primjenjuje. To je vrlo važno jer usklađenost nacionalnog pravnog poretka sa pravnom tekovinom EU se teško da postići bez poštovanja odgovarajućih standarda usvojenih kroz praksu Suda pravde EU. Konačno, ne treba zanemariti činjenicu da Sud pravde EU ostvaruje čvrstu saradnju sa državama članicama, naročito kroz postupak odlučivanja o prethodnom pitanju.

BOJANA LAKIĆEVIĆ-ĐURANOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Montenegro

## ROLE AND IMPORTANCE OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE IN CREATING AND APPLICATION OF EU LAW THROUGH EXAMPLES FROM PRACTICE

### Summary

Foundation of the three European associations at the end of the Second World War was a huge step towards the realization of the European unity. However, even the very associations themselves did not have coordinated executive organs, thus it was not a real unity. Nevertheless, if we take in regard judicial system, represented by the Court of Justice of European Communities, this thesis is certainly affirmative. Initially established as the Court of Justice of the European Coal and Steel Community, the Court, with the founding of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, became a single judicial institution for all three organizations. Similar to the European associations then and European Union of today that are not typical inter-

national organizations, European Court is not a typical international court as well. This uniqueness could be examined from an organizational and functional aspect. The Court was affected by changes in organization, both in the terms of authorization and the name itself. The European Court of Justice has a very important role in further development of EU law and in preserving the values and legal order of the Union, taking in regard recent developments, such as Brexit and refugee crisis, that affected the Union. Not only its court practice enabled that law of the Union is interpreted and applied uniformly to all the member states, but also it better defined extent of EU members' law.

DANIJELA LAKIĆ

## SPORAZUMI O PRIDRUŽIVANJU KAO INSTRUMENTI POLITIKE PROŠIRENJA EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Sporazumi o pridruživanju su najvažniji instrumenti politike proširenja jer obavljaju njen najteži zadatak, širenje vrednosti i standarda EU, ali i pripremu trećih zemalja, nečlanica, za eventualno članstvo u Zajednici. Kada se nakon pada Berlinskog zida otvorila mogućnost širenja EU na Centralnu i Istočnu Evropu i prijema zemalja drugačijeg političko-ekonomskog tipa u odnosu na dotadašnje članice, što je bio do tada najveći izazov za proces proširenja, Unija je veći akcenat stavila na pridruživanje i odredila ga kao pripremnu fazu u procesu pristupanja.

#### *Specifičnosti pridruživanja i sporazuma o pridruživanju*

Proces proširenja Evropske unije, kao nadnacionalne organizacije, ostvaruje se putem nekoliko instituta međunarodnog prava, od kojih je najznačajnije – pridruživanje.

Pridruživanje međunarodnim organizacijama se, prema T. Miščević, može definisati kao poseban oblik odnosa između međ. organizacije i država koje nisu

---

Dr Danijela Lakić, docent Pravnog fakulteta, Slobomir P Univerzitet, Bijeljina, Republika Srpska.



njene članice, zasnovan je na odgovarajućem aktu na osnovu koga je moguće uključivanje pridružene države u rad postojećih organa organizacije, ili se, na osnovu njega, stvara posebna institucionalna struktura za ostvarivanje tog odnosa. Na osnovu tog akta o pridruživanju, pridružena država dobija neka prava i obaveze u samoj organizaciji čiji je obim uži od prava i obaveza koje poseduju članice te međunarodne organizacije.<sup>1</sup>

Pridruživanje Evropskoj uniji je, dakle, "takav ugovorni odnos koji državama nečlanicama daje mogućnost da bez stupanja u članstvo organizacije poseduju neka prava, inače, dostupna samo članicama. Pridruživanje je, najčešće, priprema države za buduće članstvo u EU kroz preuzimanje određenih pravila (standarda), koji će joj pomoći prvenstveno da bude deo jedinstvenog, unutrašnjeg tržišta, ali i da preuzme druge obaveze koje prozilaze iz članstva".<sup>2</sup> Ono po čemu je pridruživanje Evropskoj uniji specifično jeste da ono podrazumeva takvu vezu "kakva ne postoji ni kod jedne druge međ. organizacije koja prihvata ovu formu odnosa sa državama koje ne ispunjavaju uslove da postanu njene članice".<sup>3</sup>

Razlikujemo dve vrste pridruživanja Evropskoj uniji:

1. Pridruživanje vanevropskih zemalja i teritorija (nekadašnjih kolonija), koje su u momentu stvaranja Evropske ekonomske zajednice imale posebne odnose sa Belgijom, Francuskom, Holandijom i Italijom. Radi se o posebnom obliku trgovinske i privredne saradnje i pomoći ovim zemljama, ali bez mogućnosti njihovog stupanja u članstvo EU.<sup>4</sup>

2. Pridruživanje na osnovu člana 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije,<sup>5</sup> prema kome Unija može zaključivati, sa jednom ili više trećih zemalja ili međunarodnih organizacija, sporazume o stvaranju koje karakteriše recipročnost u pravima i obavezama, u zajednički vođenim akcijama i posebnim procedurama. Ova vrsta pridruživanja može rezultirati stupanjem u članstvo Unije. politika proširenja Evropske unije se ostvaruje ovom formom pridruživanja.

<sup>1</sup> T. Mišćević, *Pridruživanje Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 23.

<sup>2</sup> M. Delević u: T. Mišćević, *Pridruživanje Evropskoj uniji*, (ocena knjige).

<sup>3</sup> T. Mišćević, *op. cit.*, str. 22.

<sup>4</sup> Pridruživanje na osnovu članova 198–204. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (ex 182–188. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, a u prvobitnom Ugovoru o osnivanju EEZ to su bili članovi 131–136).

<sup>5</sup> Član 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Ex-član 310. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice) videti u: M. Janjević, *Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju sa Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije*, Službeni glasnik Beograd, 2009, str. 146.

U odnosu na sporazume prve vrste pridruživanja, ovi sporazumi o pridruživanju evropskih teritorija predviđaju mogućnost da pridružena država postane članica EU. Karakteristike ovakvog instituta pridruživanja su: trajniji karakter, specijalni ili privilegovani odnos, uzajamnost prava i obaveza i čvršća saradnja.<sup>6</sup> To su istovremeno sporazumi ekonomskog i političkog sadržaja. Po pravilu se zaključuju na neodređeno vreme čime imaju trajniji karakter u odnosu na klasične trgovinske sporazume, dok privilegovana podrazumeva pravo EU da pridruženoj državi odobri jednostrane ustupke u cilju ubrzanja njenog privrednog razvoja. Posebna priroda ovih sporazuma ogleda se u činjenici što mogu imati za cilj da pripreme pridruženu državu kako da ispuni uslove za prijem u Uniju. Međutim, sadržina saradnje se može ograničiti i na samo jedan segment npr. uspostavljanje carinske unije.

Sporazum o pridruživanju je vrsta međunarodnog sporazuma koju na osnovu člana 217. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, ona može zaključiti sa trećom državom, grupom država i međunarodnim organizacijama. Ovom vrstom sporazuma uspostavlja se odnos pridruživanja kao najpovlašćeniji odnos koji sa Evropskom unijom može imati država koja nije njena članica. Cilj i sadržaj pridruživanja je stvar dogovora između strana ugovornica. Sadržina sporazuma o pridruživanju prvi put u politici proširenja detaljnije je utvrđena u presudi Evropskog suda pravde u predmetu Demirel.<sup>7</sup> Prema mišljenju Suda, ovi sporazumi stvaraju posebne, privilegovane veze sa državama nečlanicama koje moraju, barem u određenom obimu, da uzmu učešće u sistemu Zajednice (prvenstveno se mislilo na postepeno prilagođavanje zakonodavstva i određenih politika Zajednice).<sup>8</sup>

Sporazumi o pridruživanju spadaju u primarne izvore prava EU, a za njihovu primenu nisu neophodne mere transponovanja u pravni sistem Unije. Po njihovoj pravnoj prirodi svrstavamo ih i u tzv. mešovite sporazume što je posledica primene načela podele nadležnosti u Evropskoj uniji. Po mešovitoj proceduri se zaključuju sporazumi čiji su predmet pitanja koja delom spadaju u oblasti koje su u nadležnosti Unije, a drugim delom obuhvataju oblasti u kojima ovlašćenja imaju i države članice, te su zato ugovorne strane kod ovih sporazuma EU i sve nje-

---

<sup>6</sup> R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Banja Luka i Centar za pravo EU Pravnog fakulteta u Univerzitetu u Kragujevcu, Banja Luka/Kragujevac, 2006, str. 111.

<sup>7</sup> Predmet 12/86, Demirel v. Stadt Schwabisch Gmund (1987) ECR I-3719.

<sup>8</sup> Opširnije videti u: V. Medović, *Međunarodni sporazumi u pravu Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 43.

ne države članice pojedinačno na jednoj strani, a na drugoj pridružena država, nečlanica (jedna ili više njih). Upravo “zbog podeljene nadležnosti sporazum o pridruživanju sa državom nečlanicom treba da zaključe i prihvate i Unija i sve države članice i to svaka u okviru svoje nadležnosti. Tako se kroz učešće država članica obezbeđuje da zaključeni sporazum bude saglasan sa osnivačkim ugovorom u delu koji nije pokriven isključivom nadležnošću Unije”.<sup>9</sup> Gotovo svi sporazumi o pridruživanju, osim sporazuma sa Maltom (1970) i Kiprom (1972),<sup>10</sup> su zaključeni prema mešovitoj proceduri. Mešoviti sporazumi predstavljaju “jednu od specifičnosti komunitarnog prava. Bitni su za države članice zbog očuvanja nacionalnog prestiža u međunarodnim odnosima jer kroz ove sporazume one obezbeđuju svoje prisustvo i uticaj na sprovođenje međunarodnih sporazuma, te otklanjaju mogućnost nastanka novih isključivih ovlašćenja Zajednice”.<sup>11</sup>

Procedura za zaključivanje sporazuma o pridruživanju uređena je članom 218. Ugovora o funkcionisanju EU (eh-član 300. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice). Ove sporazume u ime EU zaključuje Savet, a ugovorne strane su i države članice pojedinačno. Savet odobrava otvaranje pregovora o zaključenju sporazuma o pridruživanju (na predlog Evropske komisije, koja kasnije i vodi pregovore), usvaja uputstva o pregovorima, odobrava potpisivanje i zaključivanje sporazuma. Konačnu odluku o zaključivanju sporazuma o pridruživanju Savet donosi jednoglasno (na predlog Komisije), a neophodna je saglasnost Evropskog parlamenta koji o tome odlučuje većinom glasova.<sup>12</sup> Sporazumi o pridruživanju moraju biti ratifikovani u svim državama članicama i pridruženoj državi u skladu sa njihovim unutrašnjim propisima o ratifikaciji međunarodnog ugovora. S obzirom na odnose koje stvaraju, sporazumi o pridruživanju zahtevaju stvaranje određenog institucionalnog okvira odnosno zajedničkih tela za sprovođenje sporazuma i dalji razvoj odnosa među ugovornim stranama. Ovi sporazumi se implementiraju etapno u skladu sa nivoom razvijenosti konkretne zemlje.

U dosadašnjoj politici proširenja Zajednica odnosno Evropska unija je razvila i koristila četiri generacije ovih sporazuma: tzv. mediteranske sporazume,

<sup>9</sup> Z. Radivojević, “Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju u pravu Evropske unije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62, 2012, str. 55.

<sup>10</sup> Sporazume o pridruživanju sa Kiprom i Maltom zaključila je EZ samostalno.

<sup>11</sup> V. Medović, *op. cit.*, str. 76-77.

<sup>12</sup> Za detaljniju proceduru videti član 218. Ugovora o funkcionisanju EU u: M. Janjević, *op. cit.*, str. 146-147.

sporazum o evropskom ekonomskom prostoru, evropske sporazume i sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.

### *Sporazumi iz tzv. Mediteranske grupe*

Sporazum o pridruživanju sa Grčkom, koji je zaključen 9. jula 1961. godine, je prvi sporazum iz grupe Sporazuma o pridruživanju evropskih mediteranskih država. Oni su prvi instrumenti politike proširenja jer su prvi put u procesu evropskih integracija predviđali mogućnost da neka treća zemlja, pridružena država, postana članica Zajednice. Pridružena članica obično može računati na punopravno članstvo tek "nakon što u prelaznom periodu u dovoljnoj meri prilagodi svoj ekonomski, politički i pravni sistem".<sup>13</sup> U ovu grupu sporazuma, osim sporazuma sa Grčkom, spadaju i sporazumi o pridruživanju zaključeni sa Turskom, 12.09.1963. godine, Maltom, 05.12.1970. godine, i sa Kiprom, 19.12.1972. godine. Sve zemlje, osim Turske, do danas su stekle status punopravne članice. Zajednica je ovim sporazumima započela svoj prodor na područje Mediterana, koje je tradicionalno i bilo u sferi interesa tadašnjih šest članica EEZ.

Mediteranski sporazumi su, istovremeno, sporazumi ekonomskog i političkog sadržaja. Tako je Sporazum o pridruživanju sa Grčkom imao kao svoj cilj doprinos razvoju grčke privrede, ali je u članu 72. istaknut suštinski, krajnji cilj pridruživanja "kada delovanje sporazuma o pridruživanju omogući savladavanje potpunog prihvatanja obaveza sadržanih u Ugovoru o osnivanju EEZ od strane Grčke, ugovorne strane će razmotriti mogućnost pristupanja Grčke Evropskoj zajednici".

Ovaj sporazum je predviđao tri faze u ostvarivanju ciljeva odnosa pridruživanja između Grčke i EEZ: 1. stvaranje carinske unije (kroz uzajamno smanjivanje carina u prelaznom periodu od 12 godina, a sva količinska ograničenja ukinuti u periodu od 22 godine), 2. razvijanje zajedničkih akcija i usklađivanje ekonomskih politika strana ugovornica u oblastima koje su predmet sporazuma i 3. stavljanje na raspolaganje grčkoj ekonomiji finansijskih sredstava koja će omogućiti njen brži razvoj.<sup>14</sup> Finansijska pomoć, predviđena u trećoj fazi pridruživanja, iznosila je oko 125 miliona dolara i bila bi data kroz veoma povoljne kredite.

---

<sup>13</sup> R. D. Vukadinović, *op. cit.*, str. 112.

<sup>14</sup> *Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Greece*, OJ L 294/63.

Drugi mediteranski sporazum je zaključen sa Republikom Turskom, 1963. godine.<sup>15</sup> Predlog za uspostavljanje pridruživanja ona je podnela još 1959. godine, a pregovori o njegovom zaključivanju su prekidani u više navrata zbog političko-ekonomskih kriza u Turskoj. Cilj sporazuma je, prema članu 2., da promoviše stalno i uravnoteženo jačanje trgovinskih i ekonomskih odnosa između ugovornica, uzimajući pri tome u obzir potrebu da se obezbedi ubrzani razvoj turske ekonomije, te da se poboljšaju nivo zaposlenosti i uslovi života turskog naroda. Ostvarenje ovog cilja predviđeno je kroz postepeno uspostavljanje carinske unije između ugovornica, a pridruživanje će se realizovati kroz tri faze (član 2. stav 3.): pripremnu, prelaznu i finalnu fazu.<sup>16</sup>

U pripremačkoj fazi, koja traje do deset godina, predviđeno je da Zajednica u trgovinskom i finansijskom smislu pomogne Turskoj da privredno ojača i postane sposobna za preuzimanje obaveza koje podrazumeva carinska unija. Konkretno je npr. bilo predviđeno davanje direktnih carinskih povlastica za četiri glavna turska izvozna artikla: duvan, suvo grožđe, suve smokve i lešnike. Prelazna faza je trebala da traje do 12 godina i podrazumevala je ukidanje carinskih prepreka, uspostavljanje carinske unije i usklađivanje ekonomskih politika Turske i EEZ. Treća faza bi se odvijala u upostavljanoj carinskoj uniji i podrazumevala je bližu koordinaciju ekonomskih politika i vodila bi stupanju Turske u članstvo Zajednice (član 5. Sporazuma). U finansijskom smislu, predviđena pomoć za period prvih pet godina kroz finansiranje investicionih projekata iznosila je 175 miliona dolara, uz rok za vraćanje zajmova od 20 do 30 godina sa kamatom od 3% godišnje. Mogućnost pristupanja Turske Zajednici predviđena je članom 28. sporazuma u kome se ističe da će se kada primena sporazuma odmakne dovoljno daleko da omogući potpuno prihvatanje od strane Turske obaveza koje proističu iz Ugovora o osnivanju EEZ, razmotriti mogućnost pristupanja Turske. Carinska unija između Unije i Turske je uspostavljena 1.1. 1996. godine, a pregovori o pristupanju sa ovom zemljom su otvoreni 2005. godine i još uvek traju. Pitanje pristupanja Turske je najsloženije pitanje u politici proširenja EU.

Sporazumi o pridruživanju sa Grčkom i Turskom su, kako je uobičajeno za sporazume o pridruživanju, zaključeni prema mešovitoj proceduri. Za razliku od njih sporazume o pridruživanju sa Kiprom i Maltom je zaključila samo EEZ, a ne

<sup>15</sup> *Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Turkey*, OJ L 217/64.

<sup>16</sup> [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/turkey/association\\_agreement\\_1964\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/turkey/association_agreement_1964_en.pdf). Sajt posećen 25. juna 2018. godine.

i njene države članice jer oni nisu uključivali finansijsku pomoć. Naime, finansijska pomoć organizacije (Zajednice, EEZ) nekoj trećoj državi može biti dodeljena samo na osnovu dogovora država članica i organizacije. Dok su sporazumi sa Grčkom i Turskom obuhvatali sve oblasti iz nadležnosti EEZ i predviđali uspostavljanje carinske unije, sporazumi sa Maltom i Kiprom su predstavljali restriktivnu verziju sporazuma o slobodnoj trgovini sa perspektivom stvaranja carinske unije.<sup>17</sup>

Treći mediteranski sporazum je zaključen 1970. godine sa Maltom,<sup>18</sup> a identičan sporazum biće zaključen i sa Kiprom 1972. godine. Obe zemlje su postale članice Unije u Istočnom proširenju. S obzirom da sporazum o pridruživanju sa Maltom nije uključivao finansijsku pomoć, EZ je sa ovom zemljom zaključila četiri finansijska protokola, 1978, 1983, 1988. i 1994. godine, kojima je bila predviđena pomoć u iznosu od 60 miliona ESU.

Cilj Sporazuma o pridruživanju Kipra<sup>19</sup> bio je "postepeno uklanjanje prepreka u trgovini između Evropske ekonomske zajednice i Kipra, čime će se doprineti razvoju međunarodne trgovine".<sup>20</sup> Sporazum je, između ostalog, predviđao da ugovornice međusobno uvedu status najpovlašćenije nacije, međusobnu zabranu diskriminacije roba, državljana, preduzeća i dr. Prva faza pridruživanja je produžavana dodatnim protokolima i tek 19. oktobra 1987. godine je zaključen Protokol o uslovima i proceduri za prelazak u drugu fazu, kao čiji cilj je utvrđen uspostavljanje carinske unije između Zajednice i Kipra. Nakon turske okupacije severnog dela ostrva, 1974. godine, sporazum je primenjivan samo u južnom, grčkom delu ostrva.

Sa institucionalnog aspekta, mediteranski sporazumi su predviđali obrazovanje samo jednog, zajedničkog organa strana ugovornica koji će se starati o ostvarivanju pridruživanja, Saveta pridruživanja, čije su odluke obavezne za ugovornice. Svi Mediteranski sporazumi su zaključeni na neodređeno vreme i, osim sporazuma sa Kiprom, nisu sadržali klauzulu o otkazu ugovora. Jedino je član 15. Sporazuma o pridruživanju sa Kiprom predviđao da sporazum može biti otkazan

---

<sup>17</sup> Opširnije videti u: V. Medović, *op.cit.*, str. 44.

<sup>18</sup> *Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Malta*, OJ L 61/1971.

<sup>19</sup> *Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Cyprus*, OJ L 133/1973.

<sup>20</sup> Član 2. *Sporazuma o pridruživanju između Evropske ekonomske zajednice i Republike Kipar*. <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/EC-Cyprus.pdf>, Sajt posećen 10. jula 2018. g.

od bilo koje strane ugovornice, uz uslov da informacija o otkazu mora biti dostavljena šest meseci ranije.

### *Sporazum o Evropskom ekonomskom prostoru*

Najprivilegovaniji odnos pridruživanja Evropska unija je razvila sa zemljama članicama EFTE.<sup>21</sup> Zajednica (EZ), njenih tadašnjih dvanaest država članica, i sedam država članica EFTE zaključile su Sporazum o Evropskom ekonomskom prostoru (European Economic Area) 2. maja 1992. godine u Oportu.<sup>22</sup> Ovaj sporazum, "po svojoj sadržini i ciljevima, predstavlja najsveobuhvatniji sporazum koji su Evropske zajednice zaključile sa trećim državama. On preuzima značajan deo pravnih tekovina Zajednice što ima za posledicu gotovo potpunu integraciju EFTA država u pravni sistem EZ".<sup>23</sup> Sa ekonomskog aspekta, ovo je najznačajniji i najprivilegovaniji sporazum o pridruživanju jer je omogućio uključivanje članica EFTE u jedinstveno tržište Evropske unije. Danas je Evropski ekonomski prostor najveće zajedničko tržište na svetu.

Sporazum je zaključen sa Austrijom, Finskom, Islandom, Norveškom, Švedskom, Švajcarskom i Lihtenštajnom, tadašnjim članicama EFTE. Stupio je na snagu 1. januara 1994. godine, i obuhvatio je 17 od ukupno 18 zemalja potpisnica. Švajcarska nije ratifikovala sporazum jer su njeni građani na referendumu 1992. godine odbacili Sporazum o EEP-u. U članu 2. stav b. Sporazuma istaknuto je da se pod "EFTA države" podrazumevaju ugovornice (sedam država) koje su članice EFTE tako se da se nije radilo o pridruživanju EFTE kao organizacije već o pridruživanju njenih članica pojedinačno. Odnos koji se su upostavlja ovim ugovorom između Zajednice i zemalja EFTE jasno je definisan kao odnos pridruživanja. U prvom članu se ističe da je "cilj ovog sporazuma o pridruživanju da unapredi kontinuirano i uravnoteženo jačanje trgovine i ekonomskih veza između ugovornih strana sa jednakim uslovima konkurencije, i poštovanjem istih pravila

<sup>21</sup> EFTA (Evropska zona slobodne trgovine) je osnovana Konvencijom iz Stokholma, 4. januara 1960. godine. Njeni osnivači su: Velika Britanija, Austrija, Danska, Švedska, Norveška, Portugal i Švajcarska, a naknadno su se priključile Finska 1961, Island 1970. god. i Lihtenštajn 1991. godine. Prvobitno je bila kreirana kao organizacija zemalja koje nisu želele članstvo u EEZ i predstavljala je kontratežu EEZ. Prvenstveno je predstavljala trgovinski sporazum i osim ukidanja tarifa na unutrašnju trgovinu nije bilo značajnijih intervencija u trgovinskim odnosima. Danas su članice EFTE Norveška, Švajcarska, Lihtenštajn i Island.

<sup>22</sup> *Agreement Establishing the European Economic Area*, OJ L 1 /1994.

<sup>23</sup> V. Medović, *op. cit.*, str. 44.



s ciljem da se stvori homogena Evropska ekonomska oblast”.<sup>24</sup> Predviđeno je da se Evropski ekonomski prostor, pored već pomenutih jednakih uslova konkurencije, zasniva i na slobodi kretanja robe, ljudi, slobode i kapitala, koje su bile neophodne za ujednačen i usklađen razvoj svih članica prostora. Podrazumevao je i ukiđanje carina na uvoz i izvoz robe, te fiskalnih ograničenja, uprošćavanje graničnih kontrola i formalnosti i dr. Uspostavljanje slobode kretanja ljudi i njihovog nastanjivanja je uključivalo npr. oslobađanje od diskriminacije u pogledu izbora zaposlenja, naknada za posao, međusobno priznavanje diploma i dr.

Posebnost ovog sporazuma je u tome što je predviđao postojanje kompatibilnog zakonodavstva između Zajednice i EFTA država, u oblastima u kojima je to moguće. To nije podrazumevalo usklađivanje prava članica EFTE sa komunitarnim pravom već njihovu aproksimaciju odnosno približavanje pravnih rešenja.<sup>25</sup> S obzirom da su države članice EFTE, u političkom i ekonomskom smislu, bile istog karaktera kao i članice EEZ, ispunjavanje pravila EPP-a nije iziskivalo velika prilagođavanja i promene, dok ja za članice EFTE koje su već nagovestile svoje opredeljenje za članstvo Zajednice ono samo olakšavalo proces pristupanja. Evropski ekonomski prostori “kao najveća zona slobodne trgovine na svetu, u suštini je predstavljao gotovo mesto za prijem članica EFTE u Zajednicu, a pri tom ne uključuje poljoprivredu, energetiku, pravosuđe, spoljnu i bezbednosnu politiku.”<sup>26</sup> Onim članicama EFTE koje nisu težile članstvu sporazum je bio potreban jer im je davao status najznačajnijeg ugovornog partnera Zajednice, povlašćen položaj na njenom unutrašnjem tržištu, te učešće u najvećem zajedničkom tržištu na svetu.

U međuvremenu, tri članice EFTE, Austrija, Finska i Švedska su 1995. godine postale članice Unije. Od današnje četiri članice EFTE, Norveška, Lihtenštajn i Island su ugovornice EEP, dok je Švajcarska još uvek pri stavu iz 1992. godine. Na strani EU, Sporazumu se priključilo i 12 država koje su postale članice Unije u Istočnom proširenju, tako da Evropski ekonomski prostor danas obuhvata 30 zemalja. Hrvatska, koja je članica Unije postala u njenom poslednjem proširenju 2013. godine, je 2012. godine predala zahtev za članstvo u EEP, a sporazum o njenom učešću u EEP-u potpisan je 12. aprila 2014. godine u Briselu (punopravno

---

<sup>24</sup> <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Main%20Text%20of%20the%20Agreement/EEAagreement.pdf>. Sajt posećen 18. jula 2018. godine.

<sup>25</sup> Opširnije videti u: T. Mišćević, *op.cit.*, str. 117.

<sup>26</sup> M. N. Jovanović *Evropska ekonomska integracija*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2004, str. 32.



članstvo Hrvatske u Prostoru stupiće na snagu kada se okonča ratifikacija sporazuma od strane svih članica EEP-a).

### *Evropski sporazumi*

Pridruživanje je bila prva forma odnosa koju je EZ ponudila zemljama Centralne i Istočne Evrope nakon kraja hladnog rata. 25. juna 1988. godine potpisana je Deklaracija Evropske zajednice i Saveta za uzajamnu ekonomsku pomoć o obostranom priznanju i uspostavljanju odnosa,<sup>27</sup> koja je davala mogućnost zemljama Centralne i Istočne Evrope da zaključuju pojedinačne sporazume sa EZ, tako da su do kraja 1990. godine sve zemlje ovog regiona zaključile Sporazume o trgovini i saradnji sa EZ (Trade and Cooperation Agreement). Ovi sporazumi su imali za cilj da uzajamnim smanjenjem i uklanjanjem carina povećaju međusobnu trgovinu između EZ i zemalja Centralne i Istočne Evrope, a bili su nepreferencijalnog karaktera jer je samo jedna strana, EZ, davala drugoj (pojedinačno zemlja CIE) status najpovoljnije nacije. Sledeća forma odnosa bili su Evropski sporazumi. Stupanjem na snagu ovih sporazuma prestali su da važe ranije zaključeni sporazumi o trgovini i saradnji.

Komisija je 1989. godine izradila Opštu skicu sporazuma o pridruživanju sa zemljama Centralne i Istočne Evrope, dokument koji utvrđuje ciljeve i pravnu osnovu za zaključivanje sporazuma o pridruživanju sa ovim zemljama. Evropski sporazumi su predstavljali okvir za nove odnose EZ sa zemljama Centralne i Istočne Evrope. Svi sporazumi o pridruživanju CIE zemalja imaju isti naziv – Evropski sporazumi. Davanjem ovako “pretencioznog naziva” sporazumima o pridruživanju EU je želela istaći koliki je značaj političke inicijative koju oni simbolizuju, ali i da Unija najavljuje novi pravac proširenja.<sup>28</sup> Kao i raniji sporazumi o pridruživanju, evropski sporazumi podrazumevaju unapređenje ekonomskih i trgovinskih odnosa, ali njihov poseban značaj je u tome što, za razliku od ranijih sporazuma, potenciraju određene političke uslove i vrednosti koje pridružena država mora zadovoljiti (politički dijalog, poštovanje ljudskih prava i demokratije). Bio je to način za transformaciju nekadašnjih komunističkih zemalja u zapadnoevropski sistem demokratije. Unija je tako usmerila političku i ekonomsku tranziciju ovih zemalja u skladu sa svojim standardima.

---

<sup>27</sup> *Joint Declaration on the Mutual Recognition and the Establishment of Official Relations between the EEC and the CMEA*, OJ L 157/35 (1988).

<sup>28</sup> T. Mišćević, *op.cit.*, str.128.

Sporazumi su zaključeni pojedinačno sa zemaljama ovog regiona u periodu od 1991. do 1996. godine, i to sa: Mađarskom i Poljskom (16.12.1991. godine),<sup>29</sup> sa Rumunijom (1.2.1993. godine),<sup>30</sup> sa Bugarskom (8.3.1993. god.),<sup>31</sup> sa Češkom i Slovačkom (zaključeni 04.10.1993. godine),<sup>32</sup> sa Slovenijom 10.06.1996. godine,<sup>33</sup> sa Estonijom, Litvanijom i Letonijom (zaključeni 12.06.1996. godine).<sup>34</sup> U periodu između zaključivanja i stupanja na snagu sporazuma odnos između Evropske zajednice i zemlja sa kojim se uspostavlja pridruživanje uređen je prelaznim ili privremenim sporazumom (Interim Agreement). Prelazni sporazum je sastavni deo Evropskog sporazuma i odnosi se na pitanja u vezi sa liberalizacijom trgovine. Njegova uloga je da obezbedi da se pre stupanja na snagu sporazuma o pridruživanju počne sa sprovođenjem odredaba koje se odnose na trgovinu, kao i odredaba koju su sa njom u vezi i pripadaju oblastima koje su u usključivoj nadležnosti EZ, a ne njenih članica. Prelazni sporazum prestaje da važi kada Evropski sporazum stupi na snagu.

U preambulama Evropskih sporazuma, koji su zaključeni nakon samita Evropskog saveta u Kopenhagenu 1993. godine, pridruživanje se zvanično pominje kao deo predpristupne strategije za EU i unose se odredbe o saradnji u oblasti spoljne i bezbednosne politike, pravosuđa i unutrašnjih poslova. Osnovni principi na kojima se zasniva pridruživanje su: vladavina prava, poštovanje ljudskih prava, politički pluralizam i tržišna ekonomija. Ciljevi pridruživanja obično se navode u članu 1. sporazuma i slični su za sve zemlje. Tako su npr. ciljevi sporazuma o pridruživanju sa Poljskom: da obezbedi odgovarajući okvir za politički di-

---

<sup>29</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Republic of Hungary*, OJ L 347/93; *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and Polish Republic* OJ L 348/93.

<sup>30</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Republic of Romania*, OJ L 357/94.

<sup>31</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Republic of Bulgaria*, OJ L 358/94.

<sup>32</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Czech Republic*, OJ L 360/ 94; *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Republic of Slovakia*, OJ L 359/94.

<sup>33</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and Slovenia*, OJ L 51/99.

<sup>34</sup> *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and Latvia*, OJ L 26/98; *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and Lithuania*, OJ L 61/98; *Europe (Association) Agreement between the European Communities and its member states, and the Republic of Estonia*, OJ L 68/98.

jalog, dozvoljavajući razvoj bližih političkih odnosa između ugovornica; unapredi razvoj trgovine i harmonizaciju ekonomskih odnosa između ugovornih strana, te da ubrza ekonomski razvoj i prosperitet Poljske; da obezbedi osnovu za finansijsku i tehničku pomoć Zajednice Poljskoj; da obezbedi odgovarajući okvir za postepenu integraciju Poljske u Zajednicu, pod uslovom da Poljska radi na ispunjavanju neophodnih uslova; da unapredi saradnju u kulturi.<sup>35</sup>

Evropski sporazumi se sastoje od preambule i pojedinačnih naslova: politički dijalog; slobodno kretanje roba; kretanje radne snage, stvaranje preduzeća, usluge; plaćanja, kapital, konkurencija i druge ekonomske odredbe, približavanje zakona; ekonomska saradnja; kulturna saradnja; finansijska saradnja i odredbe o institucijama, opšte i završne odredbe. Pošto svi sporazumi nisu zaključeni u isto vreme, razlikuju se u odredbama koje se odnose na raspored faza liberalizacije, kao i u odredbama koji se odnose na "osetljive proizvode" (poljoprivredni proizvodi) jer kvote nisu iste za sve zemlje. Institucionalna struktura predviđena za ostvarivanje pridruživanja podrazumava tri organa: Savet pridruživanja, Komitet pridruživanja i Parlamentarni Komitet pridruživanja

Jedna od specifičnosti ove vrste sporazuma o pridruživanju je politički dijalog kao cilj, a predviđeno je da se odvija na najvišem nivou kroz regionalne bilateralne sastanke. Politički dijalog kao redovna razmena mišljenja između ugovornica imao je za cilj praćenje i približavanje političkog uređenja zemalja Centralne i Istočne Evrope zemljama EU. Jedan od ciljeva Evropskih sporazuma je i uspostavljanje zone slobodne trgovine između EU i zemalje CIE u određenom periodu, za koji se uobičajeno određivalo da traje deset godina. Slovenija je jedina od zemalja ovog regiona ovaj rok odredila na period od šest godina, a Estonija je jedina zaključila ugovor o slobodnoj trgovini koji je odmah stupio na snagu, 1. januara 1995. godine što je ukazivalo na visok nivo tranzicione reforme u toj zemlji. Za uspostavljanje slobodne trgovine sa Unijom, Letoniji su bile potrebne četiri godine, Sloveniji i Litvaniji šest, a Češkoj, Mađarskoj, Poljskoj, Bugarskoj, Rumuniji i Slovačkoj po deset godina.<sup>36</sup>

Ciljevi Evropskih sporazuma i principi na kojima se oni zasnivaju određuju ih kao osnovne instrumente kojim je Unija želela da svoje standarde i pravila prenese na zemlje Centralne i Istočne Evrope, i tako ih osposobi za ispunjavanje "kriterijuma iz Kopenhagena" i sticanje njenog članstva.

<sup>35</sup> Član 1. stav 2. *Evropskog sporazuma sa Poljskom*.

<sup>36</sup> M. Prokopijević, *Evropska unija – uvod*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 568.

### *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) je osnovni instrument Procesa stabilizacije i pridruživanja, posebnog segmenta politike proširenja koji je EU razvila za region Zapadnog Balkana, a koji je kao svoju osnovu imao proces pridruživanja.<sup>37</sup> SSP predstavlja “najvišu etapu u procesu pridruživanja jer je nakon njegovog zaključivanja država – kandidat ima otvoren pristup komunitarnim programima. Ovaj sporazum ima dvostruki značaj za državu jer joj omogućava uključivanje u unutrašnje tržište EU, a ujedno predstavlja i prvi konkretan korak ka ostvarivanju članstva u EU”.<sup>38</sup> Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju je “pravna osnova, prvi ugovorni odnos koji postavlja temelj za uspostavljanje posebnog oblika saradnje između Unije i određene države Zapadnog Balkana”.<sup>39</sup>

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju otvorio je, nakon gotovo dve decenije ratova i kriza, sasvim novo poglavlje u odnosima Unije i država regiona Zapadnog Balkana jer su njime formalno započele proces pridruživanja i harmonizaciju svoga prava sa pravnim tekovinama Evropske unije. Prvi ovakav sporazum Unija je zaključila sa Makedonijom 2001. godine. Uslovi za zaključivanje sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koje su države Zapadnog Balkana morale ispuniti su: “kriterijumi iz Kopenhagena”, kao opšti uslovi, zatim posebni uslovi ukoliko su određeni za tu zemlju, i opšti uslovi za uspostavljanje ugovornih odnosa, koji su utvrđeni na Luksemburškom samitu 29. aprila 1997. godine.<sup>40</sup> Ukoliko Studija

---

<sup>37</sup> Zvanično je ovaj model odnosa EU sa zemljama Zapadnog Balkana predložila Komisija 26. maja 1999. godine u dokumentu “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Stabilization and Association process for countries of South-Eastern Europe, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Federal Republic of Yugoslavia, former Yugoslav Republic of Macedonia and Albania”. Savet je prihvatio ovaj predlog junu 1999. godine, kada je Proces i otvoren. Čelnici Unije su na samitu u Feiri, 19-20. juna 2000. godine, istakli da je cilj Unije “potpuna integracija ovih zemalja u njene političke i ekonomske strukture kroz PSP-a. Sve zemlje su potencijalni kandidati za članstvo u EU” (Presidency Conclusions, Santa Maria de Feira European Council, 19 and 20 June 2000, tačka 67). EU je tako potvrdila da se region Zapadnog Balkana nalazi na njenom mapi proširenja.

<sup>38</sup> R. D. Vukadinović, *op. cit.*, str. 113.

<sup>39</sup> T. Mišević, *op. cit.*, str. 152.

<sup>40</sup> Ti uslovi su: povratak izbeglica; saglasnost sa obavezama koje prozile iz mirovnih sporazuma, uključujući i one koje se odnose na saradnju sa Međunarodnim tribunalom (u Hagu), sprovođenje prvog koraka ekonomskih reformi (program privatizacije) i dr.. Videti: (2003rd Council meeting - GENERAL AFFAIRS - Luxembourg, 29/30 April 1997, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_PRES-97-129\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-97-129_en.htm))

izvodljivosti<sup>41</sup> Komisije bude pozitivna, Savet donosi odluku o započinjanju pregovora za zaključenje SSP-u.

Struktura i sadržina sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju ista je kao i kod sporazuma o pridruživanju država Centralne i Istočne Evrope, evropskih sporazuma. Novina je unošenje poglavlja koja se odnose na obavezu regionalne saradnje, unošenje oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova i veći broj politika saradnje. SSP-u se sastoji od preambule i poglavlja: opšti principi; politički dijalog; regionalna saradnja; slobodno kretanje roba; slobodno kretanje radnika; usluga, kapitala; poslovno nastanjivanje; usklađivanje prava, primena propisa o konkurenciji; pravda, sloboda, bezbednost; politike saradnje; finansijska saradnja; institucije pridruživanja, opšte i završne odredbe. S obzirom na velike razlike između pojedinih država, predviđeno je da sporazumi, bez obzira na istu osnovnu strukturu, budu vrlo precizno prilagođeni političkim, ekonomskim i drugim prilikama u svakoj datoj zemlji.

U preambuli se obrazlaže šta čini osnovu za upostavljanje pridruživanja i ističe opredelenje ugovornica da u potpunosti sprovedu sva načela i odredbe Povelje UN, dokumenta OEBS-a i Pakta za stabilnost jugoistočne Evrope. Posebno se ističe spremnost Evropske unije da u najvećoj mogućoj meri integriše npr. "Srbiju u političke i privredne tokove Evrope kao i njen status potencijalnog kandidata za članstvo u EU na osnovu ispunjenja kriterijuma utvrđenih od strane Evropskog saveta u junu 1993. godine, kao i uslovljenosti Procesu stabilizacije i pridruživanja, a pod uslovom uspešnog sprovođenja sporazuma, posebno u pogledu regionalne saradnje".<sup>42</sup>

Već sam naziv sporazuma ukazuje na njegovu ključnu razliku u odnosu na ranije sporazume o pridruživanju i širu ulogu koju on ima. Njime će se određena država prvo stabilizovati u ekonomskom i političkom smislu, što je preduslov za uspešno ostvarivanje odnosa pridruživanja. Pridruživanje je takav oblik saradnje koji se postepeno intenzivira i u potpunosti realizuje tek po isteku prelaznog perioda, koji je predviđen sporazumom. Cilj sporazuma je formalno pridruživanje ovih država EU u određenom tranzicionom periodu (od šest do deset godina), tokom kojeg zemlja potpisnica postepeno prilagođava svoje zakonodavstvo Uniji i pravilima jedinstvenog tržišta. Tako su kao ciljevi pridruživanja Republike Srbije Evropskoj uniji utvrđeni: podržavanje napora Srbije u jačanju demokra-

<sup>41</sup> Njome se ocenjuje da je država preuzela onaj stepen reformi koji je osnova za početak pregovora.

<sup>42</sup> Preambula SSP-u sa Republikom Srbijom.

tije i vladavine prava; doprinos političkoj, privrednoj i institucionalnoj stabilnosti u Srbiji, kao i stabilizaciji regiona; obezbeđivanje odgovarajućeg okvira za politički dijalog, omogućavajući razvoj političkih veza između strana; podržavanje napore Srbije da razvija privrednu i međunarodnu saradnju, između ostalog, i kroz usklađivanje svog zakonodavstva za zakonodavstvom Zajednice; podržavanje napore Srbije da završi tranziciju u funkcionalnu tržišnu privredu; unapređivanje skladnih ekonomskih odnosa i postepeno stvaranje zone slobodne trgovine između Zajednice i Srbije; podsticanje regionalne saradnje u svim oblastima obuhvaćenim ovim Sporazumom.<sup>43</sup>

SSP stupa na snagu nakon ratifikacije, koja zbog složene procedure, traje i do dve i po godine. Do završetka ratifikacije na snazi je Privremeni/prelazni sporazum koji se zaključuje uz SSP, a njime se regulišu trgovinska i srodna ekonomska pitanja – slobodno kretanje roba, tržišta konkurencija, carine itd. Primena Prelaznog sporazuma traje sve do stupanja na snagu SSP-u. Običaj da Prelazni sporazum, koji možemo tumačiti kao trgovinski deo SSP, stupi odmah na snagu uveden je kako se ne bi gubilo vreme u politici prilagođavanja (politici reformi) države koja se pridružuje.<sup>44</sup>

Srbija je SSP-u zaključila 29. aprila 2008. godine, a istovremeno je EU donela odluka da se ne primenjuje Prelazni sporazum sa Srbijom, te da se odlaže početak ratifikacije SSP. Ovo je bio presedan u praksi pridruživanja u politici proširenja, a razlog je ocena određenih država članica Unije (Nemačke i Holandije) da Srbija još uvek nije ispunila uslov o punoj saradnji sa Haškim tribunalom. Srbija je 1. januara 2009. godine počela jednostrano da primenjuje Prelazni trgovinski sporazum između EU i Srbije i otvorila je svoje tržište za robe iz EU. Ovakav okvir odnosa Srbije i EU, “koja je čak pohvalila i prihvatila ovaj jednostrani akt primene zamrznutog sporazuma, ne možemo posmatrati kao partnerski odnos. EU je na ovaj način izgradila stav bezobalnog uslovljavanja, dok je Srbija izgradila stav dobrovoljnog podređivanja”.<sup>45</sup>

Savet je 7. decembra 2009. godine u Briselu odlučio da odmrzne Prelazni sporazum sa Srbijom nakon ocene da vlasti u Beogradu sprovode ključne evropske reforme i taj trgovinski sporazum, kao i zato što je tužilaštvo u Hagu zadovolj-

---

<sup>43</sup> Član 1. *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Republikom Srbijom*.

<sup>44</sup> Opširnije videti u: S. Samardžić, “Odnosi Srbije i Evropske unije – zbivanja i rezultati”, u: B. Begović (prir.), *Institucionalne reforme u 2009. godini*, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd, 2010, str. 41.

<sup>45</sup> S. Samardžić, “Odnosi Srbije i Evropske unije – zbivanja i rezultati”, *op.cit.*, str. 42.

no saradnjom sa Beogradom. Prelazni sporazum je stupio na snagu 1. februara 2010. godine, a u junu te godine je otpočeo proces ratifikacije SSP sa Srbijom, koji je Evropski parlament ratifikovao 11. januara 2011. godine, a stupio je na snagu 1.9.2013. godine.

Važan deo SSP-u, koji je i novina u odnosu na ostale sporazume ovog tipa, jeste koncept regionalne saradnje. Ona je za zemlje regiona Zapadnog Balkana utvrđena kao obaveza, dok je u procesu pristupanja zemalja CIE Unija regionalnu saradnju samo potencirala. Razvoj regionalne saradnje među državama Zapadnog Balkana predviđao je kao polaznu tačku zaključivanje sporazuma o saradnji u oblasti trgovine. Obnavljanje ekonomske saradnje regiona, koja je uništena ratovima, bio je preduslov za početak političke saradnje. Zato je Unija pitanje regionalne saradnje odredila kao jedan od najvažnijih uslova za napredovanje ka članstvu EU.<sup>46</sup> Primenom modela "stabilizacija i razvoj kroz regionalnu saradnju" Unija je u stvari želela primeniti koncept kroz koji je i sama izgrađena nakon Drugog svetskog rata.

SSP-u, kao i ranije vrste sporazuma o pridruživanju, predviđa stvaranje institucionalne strukture za ostvarivanje pridruživanja, koju kod ovih sporazuma čine: Savet za stabilizaciju i pridruživanje, Komitet (Odbor) za stabilizaciju i pridruživanje i Parlamentarni komitet za stabilizaciju i pridruživanje. U ovim telima, koja se osnivaju nakon ratifikacije sporazuma, su na paritetnoj osnovi zastupljene obe ugovorne strane. Savet za stabilizaciju i pridruživanje je glavni politički organ i zadužen je za nadgledanje primene i ostvarivanje ciljeva Sporazuma.

Evropska unija je prvi sporazam o stabilizaciji i pridruživanju od zemalja Zapadnog Balkana zaključila sa BJR Makedonijom, 9. aprila 2001. godine, a stupio je na snagu 1. aprila 2004. godine,<sup>47</sup> zatim sa Hrvatskom 29. oktobra 2001. god. (stupio je na snagu 1. februara 2005.),<sup>48</sup> pa sa sa Albanijom 12. juna 2006. godine (stupio je na snagu 1. aprila 2009. godine).<sup>49</sup> Sporazum o stabilizaciji i pri-

<sup>46</sup> O regionalnoj saradnji više videti: M. Delević, "Regionalna saradnja među zemljama Zapadnog Balkana", u: S. Samardžić (prir.), *Srbija u procesu pridruživanja Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 241-253.

<sup>47</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i BJR Makedonije*, OJ L 84/2004.

<sup>48</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske*, OJ L 26/2005.

<sup>49</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Albanije*, OJ L107/2009.



druživanju između Crne Gore i Evropske unije je potpisan 15.10.2007. godine (stupio je na snagu 1. maja 2010. godine), a <sup>50</sup> Srbija je SSP-u zaključila 29. aprila 2008. godine, stupio je na snagu je na snagu 1. septembra 2013. godine, <sup>51</sup> dok je Bosna i Hercegovina zaključila SSP-u tek 16. juna 2008. godine, a stupio je na snagu 1. juna 2015. godine.<sup>52</sup>

Najmlađa učesnica Procesu stabilizacije i pridruživanja je Republika Kosovo, sa kojom su 28. oktobra 2013. godine otvoreni pregovori o zaključivanju SSP-u, koji je zaključen je 27.10.2015. godine, a na snagu je stupio 21. januara 2016. godine.<sup>53</sup>

## ZAKLJUČAK

Uslovi i instrumenti politike proširenja vremenom su postajali složeniji i brojniji u skladu sa produbljanjem procesa evropskih integracija, promenom karaktera država koje apliciraju za članstvo, te ekonomsko-političkim stanjem unutar EU kao zajednice. Pridruživanje je prva, pripremna faza odnosa koju Unija dozvoljava zemljama, nečlanicama. Geopolitički, ekonomski i kulturni faktori imaju ključni uticaj na izbor zemalja koje se uvode u proces pridruživanja EU, a ovi faktori određuju i specifičnosti svakog pojedinačnog sporazuma o pridruživanju. Kada se nakon kraja hladnog rata otvorila mogućnost proširenja EU na zemlje Centralne i Istočne Evrope, kasnije i Balkana, koje su imale potpuno suprotno ekonomsko i političko uređenje u odnosu na dotadašnje zapadnoevropske članice, te ih je trebalo valjano pripremiti za pristupanje i funkcionisanje u EU, Unija je veću ulogu dala procesu pridruživanja i kreirala novu generaciju sporazuma o pridruživanju, evropske sporazume i sporazume o stabilizaciji i pridruživanju. Sami njihovi nazivi su govorili o ulozi koju će imati, a to je bila najava i drugačije, rigoroznije politike proširenja za zemlje bivšeg Istočnog bloka.

---

<sup>50</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Crne Gore*, OJ L 108/2010.

<sup>51</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Srbije*, OJ L 278/2013.

<sup>52</sup> *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine*, OJ L 164/15.

<sup>53</sup> *Stabilisation and Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and Kosovo*, OJ L 71/16.



DANIJELA LAKIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
University Slobomir P, Bijeljina, Republic of Srpska

ASSOCIATION AGREEMENTS AS INSTRUMENTS  
OF THE EU ENLARGEMENT POLICY

Summary

Enlargement policy uses various types of international agreements as its instruments, and the most significant of those are the association agreements. Out of all the organizations known in international relations, The European Union has most developed the practice of establishing association. The association is the highest level of relations which the EU as an organization can offer to third, non-member countries. Association agreements realize the most difficult task in the enlargement process; they prepare candidate countries for the EU accession process. In the history of enlargement, the European Union has developed four generations of these agreements: Mediterranean Agreements, Agreement Establishing the European Economic Area, European agreements and Stabilization and Association Agreements.

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU  
DRŽAVU**



SAŠA B. BOVAN

**TEORIJSKI KONSTRUKT UMNOST/UREĐENOST  
KAO SOCIO-ANTROPOLOŠKI KRITERIJUM  
DEFINISANJA PRAVA**

U V O D

Osnovna zamisao ovog rada ispostavlja se kao pokušaj problematizacije kategorije “zapovest razuma” kao kriterijuma određenja prava, sa namerom da se pokaže kako taj kriterijum može dobiti sociološko-antropološku a ne samo racionalističku (filozofsku) interpretaciju. Zapravo, konačni cilj je pokušaj da se dokaže kako kategoriju “umnosti”, a unutar teorije prava, možemo i moramo posmatrati u zajednici sa kategorijom “uređenosti”, kao dve strane jedne iste medalje. Preciznije i kraće, ovde se polazi od Hegelove ontološke formule o odnosu umnog i stvarnog, koja bi za potrebe teorije prava i u našoj interpretaciji dobila izgled gde se kaže da je suština umnosti (racia) u uređenosti (društvenom redu), odnosno da je uređenost samo drugo ime za umnost.

Kada se udubimo u ovu ontološku jednačinu, čini se da dobijamo metodološki okvir vrlo pogodan da se zahvati slojevitost pravnog fenomenona, a sve u pravcu dubljeg sagledavanja suštine, funkcija i značaja prava. Konačno, ova metodološka formula dobija izgled jedne sintetičke epistemološke matrice gde se harmonično prepliću filozofski, sociološki i antropološki pristup.

---

Dr Saša B. Bovan, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Međutim, tu nastaje problem. Izloženi naum temelji se na jednoj epistemološkoj jeresi koja se u akademskim krugovima posmatra kao krajnji intelektualni avanturizam.. Naime, takve kvalifikacije prati svaki pokušaj da se izjednače ili bar dovedu u međusobnu vezu filozofski i naučni pristup i njima odgovarajuće kategorije, kao što je to slučaj u ovom radu, sa pojmovima “zdravog razuma” (umnsti), i “društvenog reda” (uređenosti), za koje se smatra da pripadaju različitim ontologijama, i za koje će ortodokсни naučnici i filozofi odmah reći da se radi o spoju nespojivog, o jednoj ludosti a ne hrabrosti, ili šta već.u tom smislu. Čini se da stroga podela rada koja se tada zagovara predstavlja pre svega pokušaj, unutar filozofije i klasične nauke, da se prikrije inherentna i suštinska nedostatnost u njihovom razvoju.<sup>1</sup>

Naravno, postoji i drugi put, utemeljen na metodološkom relativizmu pa i anarhizmu, na shvatanju nauke i filozofije kao delatnosti koje počivaju na slobodi duha i kreativnosti, gde se ove mogu pa i moraju posmatrati kao neka vrste intelektualne igre, kada je sve moguće i dozvoljeno.<sup>2</sup> Najplodotvornij izdanci metodološkog relativizma su diskusije o paradigmatškim korenima nauke i filozofije,<sup>3</sup> i razvoj holističkih paradigmi koje otvaraju nove epistemološke puteve i stvaraju nove intelektualne discipline graničnog karaktera.<sup>4</sup>

Jedan takav pristup u oblasti teorije prava, koji nas dugo muči, ali nismo pronalazili načine da ga obrazložimo i operacionalizujemo, je onaj koji zagovara Đorđo del Vekio. U pitanju je epistemološka pozicija koja predstavlja jednu speci-

<sup>1</sup> U izloženom smislu, polazeći od pozicije logičkog empirizma, skloni smo da stanemo iza Rajhenbahove stroge opaske, kada kaže kako je spekulativna filozofija uspevala da postavi pitanja na koja nikada nije dala valjane odgovore: Hans Rajhenbah, *Rađanje naučne filozofije*, Neograd 1964, 135–140.

<sup>2</sup> O tome govori A. Anštajn praveći razliku između postavljanja hipoteza i dokazivanja hipoteza, smatrajući da ovaj prvi postupak zavisi gotovo isključivo od kognitivnih kapaciteta, imaginacije i hrabrosti naučnika: Albert Einstein, *Essays in Science*, New York 1934, 7–8.

<sup>3</sup> Pogotovo počevši od T. Kuna i njegove knjige na ovu temu: Tomas Kun, *Struktura naučnih revolucija*, Beograd 1974. Od reakcija na njegovu knjigu, gde u podtekstu pronalazimo i diskusiju o kreativnosti i intelektualnoj otvorenosti nauke, pominjemo: *Criticism and the Growth of Knowledge* (ed. I. Lakatos and A. Musgrave), Cambridge 1972, Margaret Maserman, “Nature of the Paradigm”, *Criticism and the Growth of Knowledge*, op. cit., 61–66.

<sup>4</sup> Institucionalno posmatrano, takav primer nude discipline kao što su genetička psihologija (na primer Ž. Pijaže), biološka antropologija (naročito A. Burginjon), socijalna biologija (počev od E. O. Vilsona), fizička hemija, itd. Kada se radi o holističkom utemeljenju sociologije, kod: Lee Douglas Eckberg, Lionel Hill, “The Paradigm Concept and Sociology: A Critical Review”, *American Sociological Review*, 44/1979, 925–937. itd.

fičnu vrstu apriorizma, u svojoj suštini humanistički, a konačno, holistički utemeljenog. O tome će biti više reći u sledećem odeljku, a ovde ćemo reći tek ono što je za ovu teorijsku poziciju rekao Đ. Tasić u predgovori knjige del Vekia koji kaže: "Veličina filozofije Đ. Del Vekia je, što se ona smelo i otvoreno opredelila za jednu sasvim jednostavnu ali i naplemenitiju, najčovečanskiju misao: poštovanje ličnosti u čoveku".<sup>5</sup>

Prevedeno na opštu metodološku ravan to znači da je ovaj rad utemeljen na jednoj specifičnoj ontologiji i istoj takvoj epistemologiji. Ta ontologija se ogleda, polazeći od Del Vekia, u jednom suštinskom holizmu, koji je kod Del Vekia sinteza jedne apriorističke i jedne socio – humanističke paradigme (sa osloncem na Rusoovu socijalnu teoriju i Kantov empirizam). To preplitanje apriorizma i humanizma u ovom radu se ispoljava kao spoj jedne apriorističke i jedne socio - antropološke (konačno, sociobiologističke paradigme), spoj koji u se epistemološkom smislu, a na ravni teorije prava, ispoljava kao dijalektičko posredovanje između kategorija umnosti i uređenosti u pokušaju sagledavanje suštine, značaja i funkcija prava.

U svakom slučaju, jedno poređenje i izjednačavanje kategorija umnosti (razuma) i uređenosti (društvenog reda) u izloženom smislu, podrazumeva, traženje zajedničkog imenitelja koji omogućava njihovo sameravanje. Taj zajednički imenitelj postoji i on je oličen u antropocentrizmu koji pronalazimo kod del Vekia, a koji provejava i kroz izjednačavanje kategorija umnosti i uređenosti i u ovom radu. Taj antropocentrizam kod Del Vekia dobija izgled apriorističkog humanizma, a u ovom radu humanističkog holizma. Odgovarajuća objašnjenja slede u naredna dva odeljka. Konačno, posmatrano u okvirima postojećih podela unutar pravne teorije, u ovom radu je sadržan napor da se apriorističke i formalističke doktrine o pojmu prava konstruktivno povežu sa onim sociološkim.

#### HUMANISTIČKI APRIORIZAM ĐORĐA DEL VEKIA

Centralna kategorija filozofije prava Đ. Del Vekia jeste pravda. Ona je sa držinski tako određena da njegovom delu daje obličje jednog apriorističkog humanizma gde se skladno prepliću i dopunjuju kategorije umnosti i uređenosti. Del Vekio polazi od toga da je pravda urođena čoveku, te da je metaempirijska i apriori data. Čini se da je njegovo shvatanje pravde i prava najlaške objasniti po-

---

<sup>5</sup> Đorđe Tasić, predgovor knjige "Pravo, pravda i država", Beograd 1998, 6.

stavljanjem triparticije: pravda - poštovanje ličnosti koja pravdi daje duhovni i aprioristički karakter - racionalnost (umnost, razumnost).

U razradi ive idejne formule vidimo prvo da Del Vekio pod pravdom podrazumeva i univerzalnu vrednost, harmoniju, sklad, ali pre svega izvesnu srazmeru.<sup>6</sup> Posmatrano kao srazmera, ovde dolazi do izražaja humanistički naboj Del Vekijevog shvatanja pravde, pravda je srazmera između ljudi (*hominis ad hominem proportio*).<sup>7</sup> Prema tome, srazmera je pre svega mera ljudskosti, a ne mera raspodele dobara, ugleda i moći. Ovako shvaćena srazmera, tj. pravda, sadržinski se ispoljava najkonkretnije kao poštovanje ličnosti, koje se manifestuje putem alteriteta, bilateriteta, pariteta i reciprociteta u odnosima između ljudi.<sup>8</sup> U tom smislu, kako kaže Del Vekio, "pravda propisuje dužnost činiti ono što drugi osnovano može da zahteva, i ne činiti ono što bi predstavljalo povredu za drugoga".<sup>9</sup> U najpreciznijoj formuli, shvatanje pravde kao poštovanja ličnosti ispoljava se kao zahtev "da svaki subjekat bude priznat od drugih onoliko koliko vredi, da se svakome dodeli od drugih ono što mu pripada".<sup>10</sup>

Ovaj humanistički model pravde koji se ispoljava kao rezultanta međusubjektivnih korelacija je slojevit, i dobija kod Del Vekia idealistički, aprioristički i racionalistički oblik. Idealistički pristup izražen je jasno jednom prologomenom gde on svrstava sebe u tabor učenjaka nadahnutih i usmerenih ka duhovnim vrednostima gde su ove postavljene iznad fenomenske (pojavne) stvarnosti.<sup>11</sup> U tom smislu, poštovanje ličnosti, osim što čini esenciju pravde posmatrano u logičkom smislu, predstavlja i suštinu pravde posmatrano u sadržinskom smislu, kada se taj međusubjektivitet ispoljava kao jedna misao i jedno osećanje u isto vreme,<sup>12</sup> a zapravo kao bazična duhovna vrednost (idealitet).

Pravda shvaćena metaempirijski, kao duhovna vrednosti i idealitet postaje, sasvim logično u jednom ovakvom sistemu, i apriori data. Naime, duhovna suština pravde podrazumeva njenu univerzalnost, a konačno i objektivnost. Univerzalnost znači da pravda ispoljena u svojoj konkretnosti (alteritet, bilateralnost, paritet i reciprocitet - prim. S. B), "obuhvata i izjednačava sve moguće slučaje-

<sup>6</sup> Đorđo Del Vekio, *Pravo, pravda i država*, 13.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 34.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 35.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 45.

ve pravnog iskustva pošto ona ostaje jedna i nepromenljiva *adiafora* u odnosu na svoju mnogostruku i izmenjivu sadržinu”.<sup>13</sup> Konačno, Pravda kao poštovanje svoje i tuđe ličnosti, izdignuta iznad svake pojedinačne individualnosti, dobija oblik apsolutnog zahteva i objektivnog postojanja. Del Vekio kaže: “Ovaj kriterijum (poštovanje ličnosti i međusubjektivnost - prim S. B.) i idealni uzor pravde ne može da se sadrži ni u čemu drugome do li u integralnom priznanju personalnosti svakoga, objektivno posmatranoj (to jest izvan samoga subjekta), u njenom inteligibilnom karakteru, što znači kao apsolutne i autonomne bitnosti. Takvo priznanje, upravo zbog svoje objektivne prirode (ili nadsubjektivne), uvek prećutno sadrži uzdizanje iznad pojedinačne ili egoistične svesti; zato što je samo u višoj transcendentnoj svesti moguće idealno izjednačavanje između sebe i drugog”.<sup>14</sup>

Drugim rečima, pravda shvaćena kao ljudska ličnost u interakcijskom obliku (*sub specie alteritatis*), u isto vreme je duhovne prirode i apsolutna (objektivna) u svojoj suštini jer nadilazi pojedinačnu individualnost ljudsku (nadilazi individualnost svakog pojedinca).

Najzad, ovakvo shvatanje pravde dobija i racionalistički karakter, s obzirom da se “kakvoća ličnosti” po sebi i ličnosti u drugima samerava i procenjuje prema čistom razumu.<sup>15</sup> Jedino treba reći da Del Vekio ovu racionalističku dimenziju pravde nije dao u koliko toliko razvijenom obliku, osim što se uvek poziva na zapovest razuma ili čistoću razuma onda kada gradi konstrukt ličnosti ( u sebi i u drugima).

U svakom slučaju, a prema osnovnim zamislima ovog rada, konstrukt ličnosti (u sebi i drugima), kao osnovna sadržina pravde, konstrukt ličnosti shvaćen kao temeljna duhovna vrednost i kao apsolutna (objektivna) kategorija, kod Del Vekia se gradi i izvodi polazeći od kategoriji *racia* (umnosti, razumnosti), na način da umnost postaje ključna epistemološka koordinata za formulisanje pojma prava (shvaćenog teorijski i u svojoj konkretnosti - kroz pozitivne zakone).

Ostaje nam da vidimo kako kod obog autora stvari stoje sa kategorijom uređenosti (društvenog reda), i na koji način se ona udružuje sa kategorijom umnosti (razumnosti). U tom pravcu, odmah treba reći da Del Vekiov filozofski aktivizam sam po sebi podrazumeva da se na ovu temu ima šta reći. Tada, odgovore

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, 43–44.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 47.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 47–48, 69, 71, 73.



ćemo potražiti imajući u vidu na koji način on posmatra odnos prirodnog i pozitivnog prava.

Del Vekio prvo uspostavlja dihotomiju između pravde i pozitivnog prava smatrajući je osnovanom ali i relativnom u smislu da pravda i pozitivno pravo ne moraju biti u sukobu, ali da vrlo često nisu niti u skladu.<sup>16</sup> U drugom koraku, ova dihotomija se izražava u odnosu opštih pravnih načela i pozitivnih zakona, a do dihotomije između prirodnog i pozitivnog prava dolazimo tako što Del Vekio opšta pravna načela u kojima obitava pravda izjednačava sa prirodnim pravom.<sup>17</sup> U trećem koraku, imajući u vidu dihotomiju pravda / pozitivno pravo (prirodno pravo / pozitivno pravo), Del Vekio se izričito izjašnjava na temu šta je osnovno načelo prirodnog prava. Po njemu, polazeći od formule *Ubi homo, ibi ius* to je kategorija društvenog reda jer “gde god postoji trag ljudskog života, tamo se, neminovno, nalazi, bar u klici, na izvesno uređenje”.<sup>18</sup> Iz jedne ovakve potrebe i sledi i apsolutno pravo ličnosti (poštovanje ličnosti u sebi i drugim ljudima) kao idealna i objektivna manifestacija pravde i kao osnovno načelo pozitivnopravnog regulisanja. U još jednoj formulaciji, pozivanje na društveni red (uređenost kao predestiniranu kategoriju) kao osnovno načelo prirodnog prava i temelj svakog pravnog pretka pronalazimo i u seriji izjava gde se upozorava da olako vredanje (kršenje) zakona “uzdrnava same osnove civilizovanog života i ranjava prve uslove od kojih zavisi poštovanje svoje sopstvene ličnosti”.<sup>19</sup>

Sve u svemu, Del Vekiov sistem filozofije prava i njegovo određenje pojma prava počiva na jasno artikulisanim kategorijama umnosti i uteđenosti koje se međusobno skladno prožimaju kroz jedan humanistički pristup: centralna kategorija njegovog sistema je pravda shvaćena kao poštovanje ličnosti, koja je apsolutna i objektivna kategorija, koja je sadržana u opštim pravnim načelima (prirodnopravnim načelima) gde se ova izvode iz ljudskog razuma, kada ta načela (i pravda shvaćena kao međusubjektivna korelacija), konačno izražavaju čovekovu potrebu za redom i uređenošću.

U odeljku koji sledi, a inspirisani Del Vekiovim idejama o odnosu umnosti i uređenosti, izložićemo jedan sličan model, s tim što se izlaže model jedne socio - antropološke prirode kategorija umnosti i uređenosti. Takođe, u ovom modelu se

<sup>16</sup> *Ibid.*, 54–57.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 60–73.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 74.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 58.

odnos umnosti i uređenosti posmatra kao odnos sredstva i ciljeva. Najzad, u odnosu na naše ranije radove iz oblasti teorije prava, ovaj rad je pokušaj dubljeg utemeljenja jednog inače sintetičkog (socio - antropološkog) određenja pojma prava.

#### UMNOST I UREĐENOST: SINTEZA OVIH KATEGORIJA UNUTAR JEDNE ANTROPOLOŠKE PARADIGME

Umnost i uređenost kod Del Vekia egzistiraju u okvirima jedne esencijalističke, apriorističke i racionalističke matrice. To znači da humanistički naboj ovog pristupa (poštovanje ličnosti kao suština pravde) slabi s obzirom da u preplitanju umnosti i uređenosti prevagu ima prvi princip. Slabljenjem humanističkog naboja ove konstrukcije umanjuje se i njena originalnost i avangardnost. Sve to, konačno, devalvira i njen holistički potencijal, pa Del Vekiova koncepcija pravde i prirodnog prava postaje jedna od mnogih sličnih i ne tako autentičnih teorija.

Ipak, Del Vekiova koncepcija pravde i prirodnog prava, makar i tako manjkava, bila je inspiracija u pokušaju da preplitanje umnosti i uređenosti postavimo na čvršćem humanističkom temelju, a zapravo na jednom antropološkom pristupu koji omogućava njihovu korespondenciju, i to takvu korespondenciju gde se ontološko jedinstvo umnosti i uređenosti iskazuje kao jedno meta utemeljenje, tj. polazna tačka svakog drugog mogućeg određenja pojma prava (bilo da ono dolazi iz naučnog ili filozofskog tabora). U jednom takvom pristupu kategorija uređenosti se pridaje veći ontološki značaj, i još važnije, ona se posmatra iz ugla antropobiologije i sociobiologije.

No, krenimo redom. Kada se radi o kategoriji umnosti (razuma, razumnosti), ona se posmatra iz ugla praktičke filozofije.<sup>20</sup> Ako se praktička filozofija prima kao filozofija usmerena na ljudsko delanje (praksu), za razliku od praktične filozofije koja se odnosi na mogućnost primene filozofije u životu i na praktični angažman filozofa u tom smislu,<sup>21</sup> ona podrazumeva pitanja o valjanom ljudskom životu ili o praktičkoj upotrebi uma sa nekog vrednosnog stanovišta. U

---

<sup>20</sup> Ovdje se pravi razlika između praktičke filozofije i praktične filozofije. Inače, ova distinkcija nije zaživela u filozofskom rečniku, između ostalog zato što u engleskom, francuskom i nemačkom jeziku ne postoji lingvistička osnova za njihovo razlikovanje. U našem regionu postoji osnova za jednu ovakvu jezičku diferencijaciju, pri čemu je srpska filozofija svoj doprinos filozofskom pojmovniku dala insistirajući na razlikovanju povesti od istorije (M. Damnjanović, M. Đurić, B. Pavlović, i dr.), dok je u Hrvatskoj uložan napor na razlikovanju praktičkog od praktičnog, u kolokvijalnom i filozofskom smislu (M. Kangrga, L. Veljak, i dr.)

<sup>21</sup> Lino Veljak, "Praktička i praktična filozofija", *Filozofska istraživanja* 4/2013, 605–607.

ovom drugom slučaju, praktička upotreba uma ili praktička razboritost podrazumeva funkcionalni a ne esencijalistički i aprioristički pristup (klasično shvatanje razuma koje razum izjednačava sa istinom). Funkcionalni pristup praktičkoj upotrebi uma nije ni Peremanov pristup koji se opet odnosi na teoriju istine kada se pokazuje (topika, teorija argumentacije) da umnost, tj. upotreba razuma ne podrazumeva samo dokazivanje (istine) već i opravdavanje ili kritiku (neke odluke). Funkcionalni pristup razumu u našem gledanju na praktičku filozofiju podrazumeva povezivanje razuma (umnosti) kao predestinirane kategorije sa istim takvim kategorijama unutar posebnih teorijskih disciplina.

Kada se radi o filozofiji prava, taj poduhvat podrazumeva izbor istih takvih pojmova, predestiniranih pojmova, koji imaju jednak ontološki status sa kategorijom razuma. S obzirom da u racionalističkoj (klasičnoj) ali i praktičkoj filozofiji *racio* (razum, umnost) ima karakter "prvog" pojma, potrebno je na ravni teorije prava pronaći jedan takav pojam - pojam koji je bitan za pojmovno određenje prava te za epistemološko utemeljenje pristupa, koji bi, prema onome što je rečeno u uvodu, pomirio filozofiju i nauku.

U traganju za pojmom ekvivalentnom po ontološkom statusu pojmu *racia* (razuma, umnosti) dolazimo do jednog koji nije nepoznat u teoriji prava, ali koji nije dobio mesto koje zaslužuje, a to je pojam uređenosti (društvenog reda). Ključno pitanje koje se tada postavlja jeste kako reinterpretirati pojam društvenog reda a da on dobije jedan novi kvalitet i jedan veći značaj nego što mu se sada pridaje.

Ovde smo se opredelili za jedan pristup koji već dugo primenjujemo i testiramo, a koji je holistički u punom kapacitetu, odnosno multidisciplinarni u doktrinarnom smislu. Radi se o pristupu gde se teorija prava povezuje sa socijalnom biologijom, disciplinom koja u većoj ili manjoj meri, i na različite načine potkrepilo ljudskog ponašanja i društvenih institucija traži u biologiji (u ekološkim, genetskim i anatomskim datostima).<sup>22</sup>

Posmatrano na ravni teorije prava, primer za njeno povezivanje sa odgovarajućim biološkim faktorima je sociobiološko objašnjenje ugovora.<sup>23</sup> Ovde spada i evolucijska etika (njene rezultati se odnose i na druge normativne sisteme), koja

<sup>22</sup> Edgar O Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis*, Cambridge 1975, 7–9.

<sup>23</sup> Edgar O. Wilson, *On Humane Nature*, Cambridge 2001, 157–167.

moral objašnjava kao posledicu ljudske agresivnosti (između društvenih grupa i unutar iste grupe).<sup>24</sup>

U izloženom kontekstu, uređenost (društveni red) je predestinirana kategorija koja svoju ontološku težinu izvlači iz osnovne paradigme evolucione biologije koja čoveka (rod *Homo*) posmatra kao biće opterećeno evolucionim hendikepima,<sup>25</sup> koji ove prevazilazi preko otvorenih programa ponašanja, tj. biološke radoznalosti karakteristične za čoveka ali i ostale primat. <sup>26</sup>

Kako je rod *Homo* bio izložen mnogo jačim evolucionim pritiscima nego ostali primati, ta biološka radoznalost je u dalekoj prošlosti ljudskog roda odigrala ulogu ključnog faktora evolucione promene roda *Homo* i ključni faktor opstanaka čoveka kao vrste. Najvažnija manifestacija čovekove biološke radoznalosti je čvrsti solidarizam unutar ljudskog čopora. Taj iznuđeni solidarizam je oblik biološkog ponašanja koje podrazumeva snažnu usmerenost članova ljudskog čopora jednih na druge, snažnu usmerenost koja u sebi nosi klicu socijalizacije i mogućnost prelaska iz sveta prirode u svet kulture.<sup>27</sup> Ova “klica socijalizacije” u izloženom smislu i sa izvedenim posledicama, svoj najvažniji izraz dobija u uređenosti ljudskog čopora po logici prirodne podele rada. Uređenost, tj. društveni red je u tom smislu biološko / socijalna kategorija koja predstavlja početak “početka” ljudskog roda u pravcu prelaska iz sveta biologije u svet kulture i daljeg razvoja roda *Homo* kroz razvoj društva kakvo danas poznajemo.

Taj prelaz iz prirodnog stanja u društvo tražio je i dodatne mehanizme posredovanja. Ti mehanizmi takođe se izvode iz evolutivnog lanca: biološka radoznalost – solidarizam – društveni red (uređenost ljudskih ponašanja), a ispoljavaju se pojavom altruizma i naročito recipročnog altruizma,<sup>28</sup> što je, opet, put ka razvoju normativne svesti i prvim normativnim sistemima pre svega religiji kao

---

<sup>24</sup> Michael Ruse, “Evolutionary Ethics: A Phoenix Arisen”, *Zygon: Journal of Religion and Science* 1/1986, 95–112. U našoj literaturi, iz sociobiološke perspektive o biološkom poreklu normativnosti kod: Saša B. Bovan, *Paradigmatski koreni sociologije prava: Osnovi biološke teorije prava*, Beograd 2004, 71–91.

<sup>25</sup> Arnold Gelen *Čovek: njegova priroda i njegov položaj u svetu*, Sarajevo 1974, 31.

<sup>26</sup> Nikola Tucić, *Evolucija, čovek i društvo*, Beograd 1999, 97.

<sup>27</sup> Saša B. Bovan, *Osnovi sociologije i sociologija prava*, Beograd 2007, 170–171.

<sup>28</sup> Robert L. Trivers, “The Evolution of Reciprocal Altruism”, *The Quarterly Review of Biology* 1/1971, 35–57. O recipročnom altruizmu u izloženom kontekstu i kod: Frans De Waal, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Cambridge–London 2003, 24–27.

mešavini običaja i morala. Tako dolazimo i do prava, danas najvažnijeg normativnog sistema.

Prema tome, društveni red (uređenost ljudskih ponašanja) jeste faktički osnov (biološko - socijalnog porekla) svakog normativnog poretka, u istorijskom i aktualnom smislu, te predestinirana kategorija tj. meta pojam pravne teorije koji mora biti "ugrađen" u svaki pokušaj određenja pojma prava.<sup>29</sup>

Najzad, s obzirom da je čovek biće snabdeveno svešću, a posmatrano kroz kategoriju razuma i to iz ugla praktičke filozofije, deluje kao "prirodan" spoj uspostavljanje odnosa između kategorije umnosti i uređenosti,<sup>30</sup> pri čemu se njihov odnos, opet sasvim logično, mora posmatrati kao dve strane jedne iste medalje koje se nalaze u odnosu sredstva (umnost) i ciljeva (uređenost). Ovo tim pre kada se razvoj ljudske svesti (razuma, umnosti), posmatra iz antropološke i sociobiološke perspektive.<sup>31</sup>

U izloženom smislu kategorijalni par umnost / uređenost, ugrađen u temelje funkcionisanja društva, pogotovo dolazi do izražaja u strukturi pravnog fenomena.

<sup>29</sup> Naravno da je tema o poreklu prava naširoko tematizovana u pravnoj teoriji, kroz diskusije o materijalnom izvoru prava i funkcijama (ciljevima) prava. Reprezentativni su u tom pravcu (još uvek) radovi R. Paunda. Polazeći od različitih definicija prava (od čak 12 mogućih), i tražeći preko njih "konačnu osnovu" prava, on zaključuje kako tu osnovu ("prvu" i najvažniju svrhu prava) čini težnja za opštom sigurnošću (težnja za mirom): Rosko Paund, *Uvod u filozofiju prava*, Podgorica 1996, 71–90. Izloženo korespondira sa onim što se na tu temu zastupa u ovom radu, samo što se u traženju polazne osnove prava ide korak dalje sa pozivo na socijalnu biologiju i teoriju evolucije u predočenom smislu. Inspirativno na temu funkcija prava u novijoj literaturi iz pravne teorije, gde se između ostalog pravo posmatra kao *pharmakon*, koji može da bude i lek i otrov, prema tome kako se koristi (uz pregled raznih stanovišta o funkcijama prava), kod: Vincenco Ferari, *Pravo i društvo*, Podgorica 2011, 71–76. Pominjemo ovog autora stoga što se kod njega vidi jedan obrazac karakterističan za sve diskusije na temu funkcija (ciljeva) prava, a naime to da tematizacijom svih tih funkcija, na primer: društvena integracija, rešavanje konflikata (u opštem ili partikularnom interesu), legitimacija vlasti, itd., većina autora se vraća (uglavnom prećutno) na one bazične funkcije, a to su društvena kontrola ili alokacija dobara kao kod L. Fridmana (Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975, 137–167.a zatim i na one još "bazičnije" kao što su mir, opšta sigurnost, iza kojih, konačno, stoji ideja društvenog reda.

<sup>30</sup> Na ovaj način može se govoriti i o korespondenciji praktičke filozofije i sociobiologije s obzirom da praktička filozofija predstavlja teoriju "dobrog" argumentovanja i odlučivanja u životnim stvarima (pre svega u oblasti morala, prava, politike i ekonomije), što se poklapa sa određenjem sociobiologije u širem smislu gde se kaže da je ona pokušaj najracionalnijeg tj. optimalnog izbora ponašanja, s tim što se u paradigmatičnim slučajevima unose čovekove biološke predispozicije: Detaljnije kod: Darko Polšek, "Sociobiologija kao deskriptivna i normativna nauka", *Evolucija društvenosti* (ur. J. Hrgović, D. Polšek), Zagreb 2004, 21.

<sup>31</sup> Steven Pinkler, *How the Mind Works*, New York–London 1997, 59–149.

ZNAČAJ EPISTEMOLOŠKE MATRICE UMNOST/UREĐENOST  
ZA INTEGRALNU TEORIJU PRAVA

Poslednja rečenica prethodnog odeljka uvodi nas u oblast teorije o pojmu prava koja je definitivno najrazvijeniji segment čitave teorije prava. Inače, u našoj karijeri i intelektualnom razvoju, osim radova iz opšte sociologije (empirijske i teorijske) najviše smo pažnje posvetili teoriji o pojmu prava i teoriji pravnog rasuđivanja (juristička hermenutika). Zajednička nit rada u ove dve oblasti jeste pokušaj da se ova pitanja posmatraju iz sociološke perspektive. U tom pravcu, kod nas se uspostavlja znak jednakosti između sociološkog i sintetičkog, tj. holističkog pristupa.

Dalje, nastojali smo da ideju holizma i multidisciplinarnosti razvijemo u suštinskom smislu, povezujući sociološki pristup sa onim antropološkim, a konačno i sa biološkim, pozivajući se na najnovije tendencije u teoriji evolucije, izraženim kroz discipline kao što su socijalna biologija, biološka antropologija, genetička psihologija, itd.

Posmatrano u oblasti teorije o pojmu prava jedan takav naum podrazumevao je, deluje logično, pre svega zalaganje za integralnu definiciju prava koja u strukturi pravnog fenomena prepoznaje, pored određene vrste normi i izvesne društvene odnose (one koji zahtevaju prinudno regulisanje), te određene "pravne" vrednosti (pre svega pravdu, pravnu sigurnost i mir).<sup>32</sup> U drugom koraku našeg rada na ovu tematiku, a pozivajući se na prirodnu istoriju čoveka (posredstvom neodarvinističke teorije), formulisali smo jednu antropološku definiciju prava, koja u svojoj suštini predstavlja integralno određenje prava sa jednim antropološkim dodatkom, a koja kaže da je pravo proces samorealizacije i samopotvrđivanja čoveka kao bića posebne vrste, kada se, u procesu stvaranja i primene normi, uz pretnju državnim prinudom, regulišu određeni društveni odnosi i ostvaruju tačno određene društvene vrednosti.<sup>33</sup>

Međutim, i dalje smo se pitali da li je moguće neko još dublje određenje prava, ono koje bi po svojoj suštini prelazilo granice nauke i vodilo ka jednom filozofskom pojmu prava. U tom pravcu, prvo smo se vratili večnoj temi o imparativnoj prirodi kada smo polazeći od tzv. antropoloških funkcija prava (formativna a naročito socijalizatorska funkcija prava), ukazali na značaj klasičnih diskusija o

---

<sup>32</sup> U našoj literaturi tipično kod. Nikola Visković, *Pojam prava*, Split 1980, 43.

<sup>33</sup> S. Bovan, *Osnovi sociologije i sociologija prava*, 177.

imperativnosti prava, a suprotno postpozitivističkom gledanju na ovu problematiku gde se krajnje relativizuje fenomen imperativnosti.<sup>34</sup>

Nakon toga, a sve sa namerom jednog “meta” utemeljenja prava, testirali smo epistemološke potencijale konstrukta “pravedno pravo”, koji je sam po sebi višeslojan i višeznačan, u krajnjoj liniji i paradoksalan. Pokušali smo da dokažemo kako ovaj konstrukt može poslužiti kao efikasna teorijska brana protiv Hartovog i svakog drugog pozitivizma, da omogućava plodonosnu diskusiju o odnosu prava i moral, te prava i društva, i konačno da podupire socioantropološko određenje prava koje je malopre izloženo.<sup>35</sup>

Međutim, u skladu sa Popеровim upozorenjem da je nauka uvek traganje bez kraja i jedan neizvestan poduhvat pun uspona, padova i iznenađenja, u ovom radu smo pokušali da odemo jedan korak dalje u sagledavanju suštine, značaja i funkcija pravnog fenomena. U tom pravcu, a prema izloženome, smatramo da predložena – antropološka definicija prava – u najvećoj mogućoj meri korespondira sa kategorijalnim parom umnost (razumnost) / uređenost (društveni red), odnosno da ovaj bivalentni konstrukt posmatran iz ugla socijalne biologije (u tom smislu i poprilično koherentan), u najvećoj mogućoj meri potkrepljuje i potvrđuje jedan takav pristup i jednu takvu definiciju.

Naime, aktivistički momenat antropološkog određenja prava, formulisan kroz momenat stvaranja i primene prava počiva na umnosti (zapovesti razuma), i izražava napor da se racionalno i svrsishodno uredi društveni odnosi, konačno, da se dosegne pravda i pravedno pravo. S druge strane, višeslojnost pravnog fenomena, tj. pravo posmatrano kao jedinstvo nekih normi, društvenih odnosa i vrednosti počiva na ideji uređenosti, u smislu da se bez društvenog reda shvaćenog kao poslednje suština prava i onog primarno ljudskog, ukida to jedinstvo i ugrožava sama ideja bilo kakvog pravnog i društvenog poretka.

---

<sup>34</sup> O tome u našem radu: Saša B. Bovan, “Imperativnost pravau svetlu jedne antropološke vizije pravnog fenomena”, *Pravni život* 12/2016, 371–386.

<sup>35</sup> Saša B. Bovan, “Pravedno pravo kao matrica konceptualne analize prava”, *O pravu* (ur. A. Fatić, I. Cvejić, P. Bojanić, Beograd 2018, 81–94.

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,  
Profesor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

THEORETICAL CONSTRUCT INTELLIGENCE / ORDER  
AS SOCIO-ANTHROPOLOGICAL CRITERIA OF DEFINING LAW

Summary

Inspired by the ideas of Giorgio Del Vecchio on law and justice, in this paper, we have formulated a bivalent construct of intelligence/ordering in order to explore its epistemological potentials and a deeper understanding of the essence, significance and functions of law.

Although it seems controversial that the ontological equation of intelligence and order is controversial, according to the argument that is based on a sociobiological perspective, it is shown that this construct is coherent. This construct expresses the relationship between intelligence and order as a relationship of means and goals, and confirms the anthropological definition of the law that we have formulated in some earlier papers.





VLADO KAMBOVSKI

## UNIVERZALNA DEKLARACIJA O LJUDSKIM PRAVIMA KAO ZAPOVEST PRIRODNOG PRAVA

– Povodom 70. godišnjice usvajanja i primene –

### U V O D

Ovih dana, zapravo 10. decembra, navršeno je 70 godina od usvajanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN, dokumenta koji se smatra ugaonim kamenom savremene civilizacije i početkom ere “sekularne religije” prirodnih i urođenih ljudskih sloboda i prava. Njen glavni doprinos predstavlja podizanje zahteva za uspostavljanje i oživotvorenje razumnog pakta između prirodnog i pozitivnog prava na ravništu državnog razloga svake savremene države i najvišeg cilja međunarodne zajednice, postajući izvor za kasnije konvencije i druge dokumente o osnovnim ljudskim pravima.

Od Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava do Povelje o osnovnim pravima EU, postavljen je konzistentan okvir supranacionalnih normi i standarda, koji uspostavlja sve kompleksniji korpus ljudskih sloboda i prava. Sa druge strane, kao prvi međunarodni dokumenat o ljudskim pravima koji izražava zajedničku volju svih država članica UN, Univerzalna Deklaracija je u ovih nekoliko dekada primene izazvala pravu revoluciju savremenog prava: stvorene su sve autoritativnije institucije za zaštitu ljudskih prava, od kojih posebno revolucionarni značaj

---

Akademik Vlado Kambovski, Makedonska akademija nauka i umetnosti.

ima stvaranje stalnog Međunarodnog kaznenog suda- prve supranacionalne institucije kaznene pravde u istoriji čovečanstva; međunarodnim konvencijama su statuirane *jus cogens* norme o ljudskim pravima, kao i standardi o njihovoj sudskoj zaštiti; u sve ustave i pravne sisteme demokratskih država su inkorporisane odredbe Univerzalne Deklaracije i od nje inspirisanih konvencija o ljudskim pravima itd. Uspostavljajući razumni pakt između prirodnog i pozitivnog prava, koji je mogao da ima takvo dejstvo upravo zato što pogađanjem “suštine stvari” ide u susret nade i postulata humanosti, mira i drugih vrednosti savremenog čovečanstva, Deklaracija predstavlja najpopularniji dokumenat naše današnjice, između ostalog prevedenog na neuporedivo više jezika u poređenju sa drugim međunarodnim političkim i pravnim aktima.

Usvajanje i primena Deklaracije su potvrdili snagu materijalizacije ideja koje izviru iz ljudskog dostojanstva i ljudsku težnju za ostvarivanje ideala individualne slobode i drugih apsolutnih vrednosti, u društvu sebi jednakih i ravnopravnih. U suočavanju sa društvenom stvarnošću, koja nameće ograničenja uslovljena prirodnom ili socijalnom nejednakošću između pojedinaca, posebno u odnosu na ekonomska i socijalna prava, Univerzalna deklaracija nema moć da otkloni nejednakost, ali podstičući neprekidnu borbu za ljudsko dostojanstvo i prava ima nezamenljivi doprinos u širenju prostora ljudske slobode, na kojem ljudska akcija otvara stalno nove horizonte humanosti i pravde.

Ostvarivanje ciljeva Univerzalne Deklaracije na tom glavnom pravcu razvoja savremenog društva pretpostavlja u prvom redu stvaranje odgovarajućih mehanizama za sprovođenje njenih imperativnih prirodnopravnih postulata, normi i standarda, na polju vladavine prava, legitimnosti nacionalnih zakona, efikasne sudske zaštite osnovnih ljudskih sloboda i prava i kulture prirodnog prava kao imperativa razuma.

### *Rani koreni ideje prirodnog prava*

Reminiscencije na prva objašnjenja fenomena prava, njegovog porekla i suštine, dopiru daleko u antičkoj filozofskoj misli, gotovo do pogađa prvih jonskih filozofa (*Tales*, *Anaksimandar* i *Anaksimenes*), koji su započeli potragu za životvornim načelom kao ključem koji otključava vrata razumevanja svega što postoji. To nije moglo da bude drugo nego sama priroda u celini, prirodne stihije i njihove stalne promene sukoba i privremene ravnoteže (*Aristotel* ih naziva “fizičarima”, filozofa prirode). Univerzalni logos kao odblesak univerzalnog zakona koji

upravlja i sa prirodom i sa zakonima razuma, određuje i pravila ponašanja među ljudima. Zakoni polisa su odraz kosmičkog poretka i oglašavaju kosmičku pravdu (*Heraklit*, V vek p.n.e.: “svi ljudski zakoni iz jednog božanstvenog se hrane”). U višoj fazi klasične antičke filozofske misli, sofisti (V-IV v.p.n.e.) napuštaju kosmološki pristup i govore o prirodnom pravu koje u svojoj osnovi ima pravdu kao božanstveni i sveopšti zakon koji važi za sve građane polisa (*Protagora* objašnjava odnos između prirodnog prava i zakona polisa polazeći od maksime o čoveku kao “meri svih stvari”: “*homo mensura: omnium rerum homo mensura est*”, prema *Laertusu*, v. *Hiks*, (1972), IX, 8, 51). Ali očito je da i uslovima neposredne demokratije polisa, promišljanje o tome šta je trajno, pravedno i superiorno nad ljudskim zakonima nije moglo da zaobiđe zaključak da *nomos* (zakon polisa) ne može da dostigne pravdu i da u politici, koja stvara zakone, ne caruju vrline i ideali, već interesi. *Trazimah*, u dijalogu sa *Sokratom* ( u *Platonovoj* “Državi”), kaže: “Ja tvrdim da pravedno nije ništa drugo osim onog što koriti jačem.... Svaka vlast postavlja zakone u svoju korist: demokraija demokratske, tiranin izdaje monarhiističke zakone, a tako postupaju i druge vlasti” (*Platon*, (1969), 17).

Prihvatanje i mirenje sa realnošću moći *nomos*-a kao ljudske i samim tim nesavršene tvorevine i odstupanje od zapovesti razuma pred zapovešću zakonske prinude, na najjezgrovitiji način prikazuje filozofsko-pravna parabola od “*Antigone*” *Sofokla* (V vek p.n.e.) do *Sokratove* smrti (399 god.p.n.e.). *Antigona* je pogrebala svog brata *Polinika*, koji je u Tebi ubijen kao vođa neprijateljske vojske protiv režima njenog ujaka i kralja *Kreona*, kršeći njegovu zabranu da on, kao izdajnik, bude pogreban. Za učinjeni zločin putem kršenja kraljeve zabrane ona nalazi opravdanje u svojoj moralnoj i običajnoj dužnosti (“Ja moram da idem/ i da mu iskopam grob/ i time da ispunim dug./Podzemnim silama/dajem veću počast nego zemnim../ Ne živi reč *Zefsa* od danas/ i ne od juče, a večiti je, jer/ početak njegov ne poznaje ovaj svet”). Osuđujući je, *Kreon* se poziva na svoju moć vladavca i na dužnost poštovanja negovih zapovesti (“Sa ovom zemljom vladacu tako/ i zapovest takvu izdao sam već..” a *Polinik* “koji je stao sa kopljem na rodnu zemlju/ došavši iz prognanstva da kolje i žari/ božanstvenu zemlju, da pije krv bratsku,/želeći od svih da napravi roblje-/zapovedam strogo: da ostane tako/neisplakan, bez groba, nepogreban, tamo/pticama plen i hrana ...”). U svojoj filozofskoj analizi *Antigone*, *Hegel* vidi konfrontaciju između ovih likova ne u konfliktu između “božjeg” i “ljudskog” prava, već između srodstva i postulata države i od nje ustanovljenog univerzalnog poretka: oba su jednako važna, jednako božanstvena i moralno održiva, ali međusobno nepomirljiva. *Kreon* jednostrano brani “ap-

straktno pravo” javnog poretka države, *Antigona* jednostrano podiže “univerzalni subjektivizam” na ravništu rođačke dužnosti, i svako od njihovih prava ima svoju justifikaciju, opravdanje i za jednog i za drugog. *Kreon*, kao predstavnik civilizacijskog poretka, nalaže apsolutni prioritet opšteg dobra nasuprot privatnih interesa da bi se sprečio “rat svih protiv svakog”. *Antigona* ima jednostranu opsesiju sa nepisanim običajnim i moralnim principima.

Na taj način nastaje tragedija koja proizlazi iz neprijateljstva stvorenog jednostranošću i nemogućnošću obe dužnosti da se smatraju komplementarnim i zavisnim jedna od druge (*Hegel*, (2007), 1398). “*Antigona*” je prva i najupečatljivija pravna metafora razdvajanja i konfrontacije prirodnog i pozitivnog prava, koja ostavlja vremenima koje slede značajnu poruku: da jednostrani pristup ka artifičijelnoj distinkciji i generalizaciji destruiira ljudski život i kada teži ka tome da ga zaštiti od bilo koje destruktivne sile (to je pouka koja važi za danas sve upornije ambicije čoveka da postane apsolutni gospodar prirode, *van den Berge*, (2017), 205). U pozadini dramatičnog sukoba *Antigone* stoji u stvari pretstava o izlaženju čoveka iz njegovog “prirodnog stanja” i njegovog ulaska u državu, uređenu zakonima: nepisano, večno i prirodno pravo sudara se sa zakonom. Započeti večiti sukob između prirodnog prava i zakona razrešava bezmilosni *Damaklov* mač jačeg- događaj koji se ponavlja od *Antigone* do danas. Ipak, početak kraja te fatalne predestinacije je nagovešten Nirnberškim procesom iz 1946. godine, na kome je za prvi put u istoriji suđeno upravo nosiocu mača. Pravda silazi na zemlji kao zahtev za prirodnim, ispravnim pravom, u obliku “pravniha načela civilizovane zajednice”, oduzimajući misterioznu moć pozitivnih zakona koji su u vreme *Hitlera* formalno-pravno legalizovali zločine osuđenih na tom procesu. *Antigona* je rehabilitovana!

Iz antičke dobi prevladavanja pozitivnog prava (*nomos*-a) paradigmatični značaj za temu ove rasprave ima *Sokratova* smrt, koja kao svesna samožrtva i podređivanje volji suda znači priznavanje nemoći pojedinca pred snagom zakona i njegove nužnosti. Nepravedno osuđen od Atinjana za izmišljene zločine (boghuljenje i kvarenje omladine), *Sokrat* izabire smrt, odbijajući pomoć svojih prijatelja da ga begstvom oslobode od izvršenja smrtne kazne. U delima *Platona* (četiri dijaloga, posebno “*Odbrana Sokratova*”), zabeležano je njegovo objašnjenje zašto glorifikuje važnost zakonitosti za organizovano društvo, koja ima neuporedive prednosti u odnosu na dobra pojedinca za razliku od društva u kojem vlada bezzakonje. Ali njegov čin u isto vreme izražava duboku suprotstavljenost između pravde, koja je na njegovoj strani, i nepravednosti na kojoj je zasnivana presu-

da, izražene kroz njegovu osudu prema sudijama (*Platon*, (2006), 156): “I sada se ja razdvajam od vas, ja sam od vas zaslužio osudu na smrt, a ovi u istini žig zlobe i nepravедnosti. I kao što ja ostajem pri svom predlogu, moraju i oni”. *Sokrat* je individualista koji izabire smrt znajući da je presuda donesena saglasno zakonu, ali odbacuje i osuđuje kolektivnu volju naroda, suverena, koja stoji iza presude (*Hegel*, (2013), 497). Atinski narod ima pravo da primenjuje svoje zakone protiv napada na njegove vrednosti, ali i *Sokrat* je u pravo kada brani svoju slobodu mišljenja (*ibid.*, 511). I ovde, kao i kod *Antigone*, radi se o sukobu dva prava, sa tom razlikom što *Sokrat* ipak priznaje supremaciju opšte volje prihvatajući samožrtvu kao cenu individualne slobode. Ako je tragična sudbina *Antigone* izraz vremena kolebanja, *Sokratova* smrt je potvrda konačne prevlasti imperativne prirode pozitivnog prava.

Posle dubokog preokreta, izraženog nametanjem apsolutne moći zakona (*nomos*), ideja prirodnog prava se zadomljuje u nedrima pravne metafizike pod utucajem *Platonovog* učenja o vrlinama kao bestelesnih i samostalnih, od čoveka nezavisnih ideja o bestelesnom svetu kao njegovo istinsko biće, do kojeg on dolazi razumom. Na istom metodološkom razlikovanju ideje prava i pozitivnog zakona, on razlaže i pojam prava i pravde: pravda kao najviša ideja do koje se dolazi umnim poznanjem postoji u polisu samo kada razum gospodari ljudskom voljom i nagonima. Ali u odnosu na mogućnost da razum caruje on je duboko razočaran u čoveka, smatrajući da su većina ljudi u osnovi neracionalni i vođeni njihovim nagonima i sa pogrešnim ubeđenjima (*Platon*, (1969), IV, 433).

Najbolje političko uređenje polisa je pravno zasnovano uređenje, koje mora da predstavlja inkorporaciju pravde kao izraza apsolutnog kosmičkog poretka. Njegova pravna filozofija, izložena u “Zakone” razlikuje “zamišljeno” prirodno pravo, odnosno ideju prava povezana sa dobrim i pravednim, i “zakon” (*nomos*) kao spoljni izraz prava, iza kojeg treba da stoji ne slobodna volja zakonodavca, već razum i dobrota. Zakoni su stvarni, a ne prividni, ako služe opštem dobru; zakon koji služi samo jednoj partiji, a ne državnom interesu, i ne može da se smatra izrazom prava. Vlast treba da bude sluga zakona i samo država, u kojoj zakon vlada nad onima koji vladaju, je država srećnih ljudi (*Platon*, (s.a.), 198, 215, 350).

Stajališta *Aristotela* su bliska *Platonovom* učenju, sa tom razlikom što on razvija tezu o konkretnom biću kao predmeta metafizike (“prve filozofije”). Dok je za *Platona* istinska stvarnost transcendentna i sastoji se samo od ideja, za *Aristotela* apsolut je postojeća stvarnost, tako da ideja ili forma ne postoji van konkretne stvari, već predstavlja njegovu suštinu (esenciju). Ideja prava je povezana

sa pojmom prirode, shvaćene u vrednosnom smislu kao savršene forme stvarnosti. Na tim osnovama on razvija učenje o razlozima i cilju (*telos*), finaliteta prava, čije biće, kao i cela priroda, teži i kreće se prema određenom cilju. Obzirom na to da je čovek “politička životinja” (*zoon politikon*), njegov cilj je politička organizacija društva, polis, jer je negova priroda društvenost, život u zajednici (*Aristotel*, (2003), I, 2: “društveni institut je ugrađen u svakom čoveku od prirode”). *Aristotel* posvećuje posebnu pažnju shvatanju pravde kao esencije prirodnog prava (“*Nikomahova etika*” i drugi spisi), definišući je kao najvišu, apsolutnu vrlinu koja obuhvata i druge vrline, ali za razliku od pravde kao apsolutne vrednosti on izdvaja pojam posebne pravde, pravde u društvu (*Aristotel*, (1970), V, 6, 1134a). Razlikujući prirodno od pozitivnog prava, on kao prirodno pravo označava ono što svugde ima istu važnost, nezavisno od toga da li je prihvaćeno, dok je pozitivno pravo ono čiji je sadržaj određen zakonom. Otuda i njegova teza da “je pravedno sve što je zakonito”.

Prirodno-pravno učenje *Platona* i *Aristotela* reflektuje promene u karakteru države u vreme zalaska antičkog polisa, grada-države, u kojem svaki slobodni čovek ima status građanina (*polites*) i čiji se zakoni smatraju svetim, jer svi građani učestvuju u njihovom donošenju, tako da proces stvaranja pozitivnog prava ima prvenstveno etički karakter.

Sa pojavom kosmopolitske države posle osvajačkih pohoda *Aleksandra Velikog* rađaju se i nova filozofsko-pravna učenja, od kojih poseban značaj ima škola stoika, čiji uticaj obuhvata široki vremenski period - od IV veka p.n.e. do II veka n.e. (*Epiktet* i *Marko Aurelije*). Ona se smatra “filozofskim skokom” između antičke i srednjevekovne hrišćanske pravne misli i spojem elinističke koncepcije o univerzalnoj državi i Rimskog carstva. Stoici (*Zenon*, *Hrizip* i dr.) posmatraju svet, prirodu, čoveka i društvo kao celinu kojom gospodari svetopšti zakon sudbine. U njemu vlada prirodni zakon univerzalne pravde koji uređuje i državu kao veliki polis (kosmopolis), ili veliku državu sa jedim poretkom i jednim zakonom (*nomos*) koji proizlazi iz kosmičkog razuma (*logos*).

Kosmopolitska vizija stoičke filozofije o univerzalnoj državi i o prirodnom i univerzalnom zakonu nalazi brojne protagoniste u vreme rimske Republike i Imperije. Najpoznatiji od njih, *Ciceron*, (I vek p.n.e.), pojam prirodnog prava, razvijen u klasičnoj i stoičkoj filozofiji, transformiše u “božji zakon”, objašnjavajući njegov sadržaj kao *ratio*, mudrost koja upravlja svetom i kojoj su podređeni i ljudska zajednica i njeni zakoni. Obzirom na to da su Bog i Priroda jedno i isto, večiti božji zakon (*lex aeterna*) i prirodni zakon (*lex naturalis*) se poklapaju, a njemu su

podređeni i bogovi i ljudi. Pravo izvire iz razuma kao vrhovnog zakona koji postoji pre svakog pisanog zakona i važi za sva vremena. Ciceron uvodi pojam “pozitivnog prava” (od *positum*, postavljenog, na licu mesta), koje realno postoji i koje je zavisno od morala (Ciceron, (2003), I, IV, 11). Prirodno pravo (*jus naturale*) je obavezujući zakon nad zakonima, jer počiva na “opšti zakon prirode” kome odgovara prirodna pravda (*justitia naturale*). Suština pravde je da se “svakome da njegovo i da se sačuva jednakost među ljudima” (*suum quique tribuere*, Ciceron, (2003), III, 28).

Rimska pravna misao i jusnатурlistička tradicija su doživele procvat krajem zadnjeg period Republike i u prva dva veka Rimskog carstva, kada *Ulpianus* (II-III vek n.e.) i drugi ugledni pravници razvijaju stajalište da zakoni koji vladaju među ljudima su isti sa zakonima koji vladaju i prirodom i celim živim svetom (*Ulpianus*, *Institutiones*: “*jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in cielo, quae in terra, quae in mari nascitur*”). Pravo (*jus*) se izvodi iz pravde (*justitia*); pravo je veština pravednog i dobrog (*Celsus: jus est ars aequi et boni*), čiji je sadržaj određen “zlatnim pravilom”: “*honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere*” (*Ulpianus, Digesta*). Pod uticajem stoika rimski pravници prihvataju podelu prava na *jus gentium* i *jus civile*: prvo je kao *jus naturale* “pravo zajedničko za sve”, “opšte pravo naroda” (*Ulpianus*), dok je *jus civile* zakonsko pravo koje uređuje pravni status građana Rima, ali i ono ima za svoj izvor univerzalno prirodno pravo i ne sme da bude u suprotnosti sa njim. Ova stajališta su krunisana najznačajnim pravnim spomenikom u istoriji prava, “pravnom Biblijom” rimskog prava- *Corpus Juris Civilis Justinijana Prvog* iz 529-534 godine.

Verni tradiciji prirodnog prava, rimski pravници iz vremena Republike brane stajalište da imperatorska vlast (*potestat regia*) mora da se podupire na narodu i običajima, ali je u periodu Imperije to pravilo supstituisano konceptom vrhovne zakonodavne vlasti vladaoca: *quod principi placuit, legis habet vigorem* (zakon je to što odgovara vladaocu!). Takav preokret označava pobjedu pravnog pozitivizma kao osnovnog principa imperativne koncepcije prava i apsolutizma suverene vlasti.

Posle proglašenja hrišćanstva za državnu religiju (od imperatora *Konstantin* 325 godine) dominacija pozitivnog prava, saglasno ideji jednovlašća- “jedan Bog na nebu, jedan car na zemlji”, potiskuje ideju prirodnog prava seleći je na nebu. Bog postaje gospodar ljudskog razuma, a imperator vlada sa ljudskim životom na zemlji izloženog izazovima nečastivog. Rano hrišćanstvo ima neprijateljski stav prema državi i pravu, kao reakcija na prethodne vekove proganjanja, iz čega proi-



zlazi sukob sa državom oko autoriteta i mesta u hijerarhiji vrednosti i stalna aspiracija crkve da se se nametne državi i da dobije status državne religije. Razumljivo je da početkom ranog Srednjeg veka, oficijalizacijom hrišćanske religije, pogledi na pravo i njegove funkciju započinju da potpadaju pod njen uticaj. U periodu patristike (II-VIII vek), pojavljuje se učenje Svetih otaca, od kojih je najznačajniji Sv. Avgustin (IV-V vek), "otac zapadnog hrišćanstva", za koga je pojam *lex aeterna* (večni i prirodni zakon) emanacija Božje volje, poredak koji uređuje (*ordo ordinans*), dok je prirodni zakon samo ljudski zakon koji je uređeni poredak (*ordo ordinates*). Crkva je viša i šira zajednica od države, i kao "civitas dei (Božja država), razlikuje se od "civitas terrena" (zemne države), koja da bi bila legitimna, kao i njeno pravo, mora da živi u saglasnosti sa crkvom (v. Avgustin, (1997), 190).

Kasnije sholastika (od početka IX veka) vrši još snažniji pritisak na državu u cilju obnavljanja "svetog Rimskog carstva" i povratka na *Justinijanov* "placitum" na ideji univerzalne države i univerzalne crkve. U vreme razvijene sholastike (T. Akvinski, XIII vek) dolazi do sve jačeg poklapanja filozofije, prava i znanja uopšte sa crkovnim dogmama. Cilj prava je usmeravanje ljudskog života i delatnosti ka blaženstvu, tako da ljudski zakoni treba da odgovaraju prirodnom zakonu čiji je cilj opšte dobro (T. Akvinski: "ako ljudski zakoni nisu u saglasnosti sa prirodnim pravom, to nije pravo već njegova pokvarenost", *Summa theologia, question 95*, cit. prema *White/Patterson*, (1999), 19).

Stavljajući filozofiju, jurisprudenciju i druga područja ljudske misli pod apsolutnom vlašću svog dogmatskog učenja (filozofija kao "ancilla theologiae"), koristeći svetovnu vlast i državu za ostvarivanje svojih feudalnih interesa kao najveći feudalac, uvodeći inkviziciju, a potom i torturu u kaznenom postupku (bulom "Ad extirpanda" pape *Inokentija IV* iz 1252 godine), crkva u Zapadnoj Evropi svojim delovanjem postaje glavni uzrok društvene stagnacije. U nekoliko vekova (do XVIII veka) dugom mraku, svetle po Evropi samo lomače na koje je spaljeno na stotine hiljada jeretika, ljudi optuženih za kaznena dela sa verskim sadržajem i inomislećih koji su odbacivali crkvene dogme.

#### RACIONALIZAM I ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA

U predvečerju nove istorijske epohe Humanizma, Renesanse i Reformacije (XV-XVI vek), racionalistička filozofija stavlja čoveka na najviši pijedestal kao izvor, cilj i objekat civilizacije i, kao prva intelektualna i moralna revolucija, priprema kasnije istorijske promene u Evropi, započete sa velikom Francuskom revolu-

cijom iz 1789. godine. Humanisti naglašavaju tezu o “narodnoj državi” i društveni ugovor kao osnovu vlasti, reafirmišući antičke teze o demokratiji u novoj kosmopolitskoj varijanti ekumenskog humanizma stoika (v. *Del Vecchio*, (2004), 67). Jedan od rodonačelnika humanističke vizije, firentinac *Fichino* (-1499), naziva čoveka “Gospodom na zemlji” (*deus in terris*): ne treba da se traži božanska već ljudska pravda, pojedinac je centar svih stvari. Na kritici katoličkog justinijanizma, humanistička misao izrasla na reakciji prema srednjevekovnom nasilju apsolutističke vlasti i crkve, potaknuta idejom za obnavljanje antičkih obrazaca o čoveku i pravu, u centru promišljanja budućnosti društva postavlja zahtev za reafirmaciju pojma prirodnog i univerzalnog prava na zemskim i humanim osnovama.

Pojava humanizma je rezultat promena u ekonomskim odnosima razvojem trgovine i prvih oblika tržišne ekonomije, i time nametnute potrebe za odgovarajuću pravnu regulaciju pomoću recepcije rimskog prava. Stvaranje u Evropi sve moćnijih država koje se proširuju na preokookeanske kolonije, pojava ranih elemenata novog kapitalističkog društva i razvoj prirodnih nauka potaknutog interesima za istraživanja u različitim oblastima (geografska, proizvodna i dr.), utiču na promenu ugla posmatranja čoveka i njegovog autonomnog statusa. Ljudska delatnost, razum i slobodna volja pojedinca počinju da se potvrđuju kao dokazane činjenice o postojanju individualne slobode i potrebe njene emancipacije od deističke determinisanosti ili zavisnosti od prirode. Filozofija prava započinje da gradi svoja stajališta na verovanju u moć ljudskog razuma koji, koliko da je pod uticajem Božje volje, ima moć da stvara svoje umne konstrukcije i da definiše opšte ideje i načela iz kojih se izvodi pozitivno pravo. Na kritici justinijanizma je izvedena i snažna kritika legitimiteta apsolutističke vlasti monarha i kao princip organizacije društva je izbačen pojam narodnog suvereniteta i ugovorna koncepcija države (*Bodin*, XVI vek, v. *Friedrich*, (1955), 34).

U kontekstu društvenih promena koje otvaraju put za oslobađanje pravne misli od dogmatskih okova katoličke crkve, apsolutne vlasti države i potpune arbitrarnosti srednjevekovnog prava, pojava škole racionalnog prirodnog prava *Grotiusa* (1583-1645) predstavlja veliki iskorak u pravcu osmišljanja nove koncepcije prava, prilagođene zahtevima novog kapitalističkog društva. Zajedno sa *Pufendorf*-om i *Locke*-om (sva trojica su protestanti!), *Grotius* postavlja osnove učenja o prirodnom pravu kao univerzalnog vrednosnog sistema koji ima ljudski i društveni supstrat, ne odbacujući do kraja njegovo božansko poreklo, sadržano u načelima Svetog pisma (naročito Dekaloga, Deset božjih zapovesti, koje proglašavaju život, svojinu i druge vrednosti za dobra koja su pod Božjom zašti-

tom). Ljudsko pravo (*jus humanum*), koje je različito od izraza Božje volje (*jus divinum*), deli se na prirodno pravo (*jus naturale*), građansko pravo (*jus civile*) i međunarodno pravo (*jus gentium*). Prirodno pravo proizlazi iz razuma i iz dvojne prirode čoveka kao racionalno i socijalno biće. Osnovna karakteristika čoveka je "potreba za društvom, društveni život, ali ne bilo kakav, već miran i organizovan po meri njegovog razuma, zajedno sa njemu jednakima" (*Grotius*, "De jure belli ac pacis Libri tres", cit.prema *White/Patterson*,(1999), 22). Racionalno prirodno pravo podrazumeva zapovesti razuma koje sadrže: zabranu za posezanjem za tuđim dobrima i svojinu, dužnost ispunjavanja obaveza, naknadu štete uzrokovane svojom krivnjom i kaznenu odgovornost za učinjene zločine. Sve ove zapovesti i pravila su izvedena iz razuma i su očigledni i uverljivi u istoj meri kao sve druge stvari koje mogu da se spoznaju (*ibid.*, 24). Osnov društvenosti i države je ugovor, koji predpostavlja ličnu slobodu pojedinca. Društveni ugovor daje državi svojstvo trajne zajednice koja ima više prava od njenih delova.

U susret zahteva razuma kao postulata ne samo večitih načela, kao što je "zlatno pravilo" ("neminem laede..." itd.), već i njihovog ostvarivanja u konkretnim društvenim odnosima, idu liberalni stavovi drugih pripadnika ove škole i velikih mislilaca epohe raspada feudalizma i prelaska u novo kapitalističko društvo. *Locke* (1632-1704 god.), osnovopoložnik teorije liberalizma i konstitucionalizma ("Two Treatises on Civil Government" 1689 год.), polazi od spoja ideje prirodnog prava i teorije o ugovornom poreklu države, uzimajući kao osnov svog učenja pojam "prirodnog stanja" u kojem vlada prirodni zakon: to stanje (*state of nature*) nije neprekidno ratovanje, zato što ljudska priroda nije egoistična već racionalna (*Locke*, (2018), Book II, Chap. II, par.4 и сл.).

U takom stanju vlada prirodni zakon (*law of nature*) koji proizilazi iz razuma i podučava ljude da ne štete drugima, nalažući mir i sigurnost celom čovečanstvu. Ukupnost ljudskih prava u duhu prirodnopravnog zahteva- daje svakome njegovo, *Locke* označava kao pravo na svojinu, odnosno pravo na svoje, sopstveno pravo ( II, 5, par.27: "Every man has a *property* in his own *person*: this no body has any right to but himself. The *labour* of his body, and the *work* of his hands, we may say, are properly his"!)). Prirodno stanje, koje je područje prirodnih prava, prethodi političkoj organizaciji društva, a ljudi društvenim ugovorom izlaze iz takvog stana i ulaze u državu da bi osigurali još veću pravnu sigurnost, blagostanje i prosperitet. Time *Locke* postavlja racionalno prirodno pravo iznad države, određujući svojinu kao kategorije prirodnog prava i elementa prava na samoodržanje:

čovjek je radni vlasnik, a svojina je uzimanje od prirode čestitim radom u interesu opšteg dobra i blagostanja.

Sukob između prirodnog i pozitivnog prava u ovom prevratnom periodu formiranja racionalnog jusnaturalizma je nastavljen obnavljanjem duge tradicije imperativne koncepcija prava, koja nalazi novu argumentaciju u filozofsko-pravnim pogledima *Hobbes*-a (1588-1879). Prema njemu, ne postoji prirodno pravo, a jedini izvor prava je volja vladaoca, koja u odnosu na prirodno stanje čovjeka svedenog na vučju borbu (*homo homini lupus*) između ljudi i na "rat svih protiv svakog" (*bellum omnium contra omnes*), predstavlja jedini odgovor na zahteve "prirodnog zakona" za razumno sagledavanje nužnosti sredstava za samoodržanje pojedinca. Pred strahom od najtežeg zla pojedinac, da bi osigurao mir i sigurnost, razumno izabire jedini mogući izlaz- da se potčini nepristrasnom posredniku koji određuje pravila ponašanja i presuđuje u slučaju sporova. Taj posrednik je država, veliki *Levijatan*, to čudovište, veštački čovek upravljani pravilima sličnih geometriji i aritmetici (matematika politike). Prema pretstavi o "velikom čoveku", duša države je suverenost, koja ako napusti telo njegovi organi prestaju da se kreću (*Hobz*, (1991), 223). Raspad države ima za posledicu povratak u prirodno stanje sveopšteg rata, ali jednom legitimisan prirodnim zakonom nužde, suveren po svojoj volji donosu zakone, osim onih koji posežu za životom pojedinca.

U konfrontaciji ovih dveju pozicija uvlači se problem koji ima ključni uticaj na shvatanje prirodnog prava kao zapovesti razuma i iz njega izvedenih prirodnih ljudskih prava. Taj problem je fokusiran na dijametralno različite pristupe u određivanju pojma "prirodnog stanja" čovjeka pre njegovog "ulaska" u državi u kojoj se njegov status i odnosi sa drugima uređuju pozitivnim pravom.

Prvi je *Hobbes*-ovo shvatanje "prirodnog stanja" kao sveopšte vučja borbe, iz koje čovek beži u društvu da bi se zaštitio od svih mogućih zlodela. U tom shvatanju nema mesta za prirodno pravo, apsolutne vrednosti i pravdu, a "prirodno stanje" ima restriktivnu, ograničavajuću funkciju- ne da garantuje prirodne slobode i prava na ideji njihove nedodirljivosti, već da opravda njihovo zakonsko uređenje podređeno jedino zahtevu za izbegavanje permanentnog rata svih protiv svakoga. Sa druge strane, svojim pogledima na nužnost dobre organizacije i zakona učenje *Hobbese* upozorava na predstojeće protivrečnosti kapitalističkog društva, u kome se uzajamna borba prebacuje na teren socijalnih i ekonomskih prava pojedinca. Ono sadrži značajnu prognostičku dimenziju, koja projektuje društvene odnose u vreme grubih oblika prvobitne akumulacije kapitala i razvoja kapitalističkog društva vođenog jedino interesima profita, bez ljudskog sadržaja.

Jezero druge, *Locke*-ove paradigme “prirodnog stanja”, razvijene kasnije od *Rousseau*-a (1712-1778 god.; *Kant* ga naziva “Njutnom moralnog sveta”), za koga pravo i država mogu da se shvate samo ako se pođe od posebnosti ljudskog bića, istkanog od njegove moralne autonomije iz koje izvire i njegova sloboda. Pravo je legitimno i obavezujuće samo kada proizlazi iz slobodnog odlučivanja i moralne autonomije čoveka, kao i iz opšte volje. “Prirodno stanje” čoveka nije permanentno uzajamno ratovanje, već život u miru i zadovoljstvu sa malim, svakodnevnim životnim potrebama i stvarima. U takvom stanju svi su jednaki i slobodni (*Ruso*, (1978), 9). Uključivanje pojedinca u društvo je povezano sa ograničenjima, tako da njegova stvarna priroda ostaje da mu služi kao etički ideal. Početak kraja prirodnog stanja slobode je pojava svojine (“Prvi koji je ogradio zemljište i rekao-ovo je moje, nailazeći na prostodušne ljude koji su mu poverovali, u stvari je osnivač obrazovanog društva”). Zato je svojina proglašena svetim pravom, temeljem države i društvene nejednakosti, a zakon koji je štiti je u korist vlasnika. Prelazak u takvom “građanskom stanju” se ostvaruje ujedinjenjem pojedinačnih volja putem društvenog ugovora. Građansko stanje ne može da se zameni sa prirodnim, ali može da se uredi tako da priliči prirodnom stanju slobode i jednakosti, tako da “svaki član društva... iako je udružen sa svima, ipak se pokorava samom sebi i ostaje isto toliko slobodan kao i ranije” (*ibid.*, 21).

Drugim rečima, nužno ulazeći u društvenoj zajednici, čovek treba da stvori organizaciju koja je u saglasnosti sa vrlinama, a stvarna i najveća korist od takvog građanskog stanja je moralna sloboda, “koja jedinstveno čini čoveka istinskim gospodarom nad samom sebi, jer nagon alčnosti je ropstvo, a pokornost zakona koji čovek propisuje samom sebi je sloboda” (*ibid.*, 28).

Povezivanje pojma prirodnog prava sa shvatanjem o “prirodnom stanju” čoveka prerasta u daljnjem razvoju društva u dinamičan proces interakcije, u kojem se promenom slike o čoveku u društvu menja i shvatanje o prirodnom pravu. Dinamičnost pojma prirodnog prava implicira zaključak da “prirodno stanje” čoveka ne može da se posmatra statički kao neko fiksirano “preddruštveno stanje” iz kojeg on u nekom istorijskom jednokratnom činu “prelazi u društvo”, čime nastaje jednom zauvek dato “društveno stanje”.

U stvari, i oba pojma su dinamična i determinisana uzajamnom povezanošću i međuzavisnosti, tako da jedna niža faza razvoja društva se pojavljuje kao prelazno “prirodno stanje” za više “društveno stanje” i sve dalje u beskonačnom nizu. Danas se čovek nalazi u veoma mutnom “prirodnom stanju” u odnosu na

“društveno stanje” novog informatičkog i post-industrijskog društva, čije karakteristike i budućnost su mu gotovo neprepoznatljive.

#### USPON I PAD REVOLUCIONARNOG PRIRODNOG PRAVA

Na prelasku u kapitalističko društvo formiranjem njegovih bazičnih elemenata (privatno vlasništvo sredstava za proizvodnju, otvoreno tržište, konkurencija itd.), postaje jasno da je za ostvarivanje u osnovi metafizičkog koncepta prirodnog prava, nužnog radi oslobođanja čoveka od srednjevekovnih feudalnih ekonomskih, političkih i pravnih lanaca, očito nužno negovo povezivanje sa realnim zahtevima novih društvenih odnosa. Čovek novog vremena je tražio objašnjenje i određivanje njegovog položaja u susret nepoznanica koje su donosile stvaranje nacionalnih država, otkrivanje i kolonizacija novih delova sveta, pojava novih svojinskih odnosa i novog načina proizvodnje. Predviđajući negativne konsekvencije društvenih promena, posebno u odnosu na prisvajanje viška vrednosti, borbe za veći profit i na tim osnovama produbljavanje ekonomske nejednakosti, liberalno orijensirani kreatori novog sistema nastoje da u novom društvenom sistemu ugrade bazične postulate pravde, prirodnih prava i njihove jednakosti. Najznačajniji od njih, *Smith* (1723-1790), otac koncepcije o tržišnoj ekonomiji, skreće posebnu pažnju na povezivanje novih principa kapitalističkog društva sa postulatima prirodnog prava, zalažući se za ekonomski liberalizam i delovanje “nevidljive ruke” na ideji “uzajamne empatije” radnika i kapitalista (*Smit*, (1997), 35). Njegov *homo oeconomicus* je moralni čovek, a ključnu ulogu u društvu treba da ima nezavisni sud koji će štititi slobode i prava pojedinaca.

Nije slučajno to da su liberalna učenja o prirodnim pravima, ugovornom osnovu države, podele vlasti i drugih projekcija novog društva naišla na najplodotvorniji teren u novootkrivenim područjima sveta. Pritom, za razliku od pre-kookeanskih kolonija Španije, Portugala i drugih zemalja Mediterana, gde je preneti uglavnom kultura prava u kojoj dominira duh justinijanizma (imperativne koncepcije prava), engleski kolonisti su preneli ideje prirodnog prava, konstitucionalizma, narodnog suvereniteta, društvenog ugovora i podele vlasti na tlo nove domovine- Severne Amerike. Na tim načelima je stvorena politička platforma za donošenje prvih akata Američke revolucije: *Body of liberties* (1641. god.) i *Laws and liberties* (1648 godine), usvojene u Masačusetsu, prva “*Virginia Declaration of Rights*”, potom i “*United States Declaration of Independence*” (1776), čiji glavni autor je *Jefferson* (u pismu *Smith*-u 1787 godine kaže: “Drvo slobode mora s vre-

mena na vreme da bude orošeno krvlju patriota i tirana. To je njegovo prirodno dubrivo!) i, konačno “United States Bill of Rights” (1789), koji sadrži prvih deset amandmana američkog ustava (glavni autor *Madison*). Američka Deklaracija o nezavisnosti izričito proklamuje: “Mi smatramo za očite ove istine: da su svi ljudi sazdana jednaki, da su obdareni od strane njihovog Tvorca sa određenim neotuđivim pravima, među kojima su život, sloboda i težnja ka sreći”.

Dokumenti o ljudskim pravima i Deklaracija o nezavisnosti SAD postavljaju čvrste političke i pravne osnove, u saglasnosti sa postulatima prirodnog prava, novog društvenog uređenja i političkog sistema, koji *de Tocqueville* ( u njegovom delu “Demokratija u Americi”, 1840 godine) definiše kao novi socijalni aranžman utemeljen na “jednakosti uslova” koja utiče na svaki aspekt ljudskog života i iz koje proizlaze sve demokratske vrednosti (*de Tocqueville*, (2010), 280).

Liberalna načela prirodnog prava doživljavaju u Evropi svoje otelotvorenje u *Francuskoj deklaraciji o pravima čoveka i građanina* iz 1789 godine, koja proglašava da je “cilj svakog političkog udruživanja zaštita prirodnih i neprikosnovanih prava čoveka”(čl. 2). Deklaracija proklamuje četiri osnovna prava: sloboda, svojina, sigurnost i otpor ugnjetavanju. Te ideje etabliraju novi bazični princip demokratije koji, kao sinonim novoosvojene slobode uređivanja društvenih odnosa, postaje *spiritus movens* politike. Politički cilj ulazi u kategorijalni sistem ljudske slobode. *Robespierre* u svom Izveštaju o načelima javnog morala, podnet francuskom Parlamentu 5 februara 1794 godine kaže: “Vreme je da jasno odredimo cilj revolucije koji hoćemo da postignemo... Koji su ti ciljevi? Mirno uživanje slobode i jednakosti; vladavina one večne pravde, čiji zakoni su zapisani ne na mermeru i kamenu, već u srcima svih ljudi, čak i roba koji ih je zaboravio i tiranina koji ih je odbacio.”(*Robespierre*, (1794), 2).

Francuska deklaracija je rađena pod uticajem Deklaracije o pravima *Virđinije* iz 1776 godine, što nije slučajno. Radi se o identičnosti ideja koje predstavljaju esenciju liberalnih političkih pokreta na kraju XVIII veka (“zajednica ideja”, *Commager*,(19780, 244). Pritom, ona definiše na mnogo precizniji način načelo prioriteta prirodnih ljudskih prava u odnosu na državu, saglasno *Rousseau*-ove koncepcije o društvenom ugovoru. To dolazi do izražaja u Francuskom Ustavu iz 1791. godine, čiji sastavni deo postaje, ali je napuštena Ustavom iz 1793. godine. Deklaracija je ponovo interpolirana u francuski Ustav tek 1949 godine (v. *Soboul*, (1966), 115).

Posle kratkog zanosa sa prirodnopravnim načelima (*liberté, égalité, fraternité*), nastupa period njihovog postupnog zamračenja. Liberalne koncepcije, na



osnovi kojih su formulisani i prvi pokušaji sinteze prirodnog i pozitivnog prava, imaju pred očima sliku vlasnika "svojih prava" kao slike građanina novog društva. Gruba društvena realnost uskoro menja tu sliku, svodeći je na pretstavu o vlasniku materijalnih dobara i na sistem vladavine izvedenog ne iz racionalnih načela jednakosti i pravde, već iz odnosa političkih snaga, grupiranih oko ekonomskih i političkih interesa i borbe za prevlast u društvu. Na sceni realnih ostvarenja proklamacija Francuske deklaracije stupa društvena praksa od *Hobbes-ovog* "bellum omnium contra omnes". Posle Francuske revolucije, jakobinska diktatura kao teror opravdan "višim ciljevima" postaje kasnije predvidiv način pogrebljivanja prirodnopravnih ideala. Sumrak republike ljudskih sloboda i prava nastupa njenim privatizovanjem od strane novih vlasnika kapitala.

Tako je, na primer, ropstvo ukinuto u Francuskoj 1794 godine je ponovo uvedeno 1802. godine od *Napoleona*, da bi se zadovoljili ekonomski interesi kapitalista u francuskim kolonijama. Pre toga je francuski Ustav iz 1795 godine pored napuštanja pojma "prirodnog prava" i jasno definisanog prioriteta ekonomskim interesa, uveo imotni cenzus kao uslov izbiračkog prava i koncepciju prava i dužnosti "čoveka u društvu" (*Robespierre* žestoko kritikuje uvođenje sistema zasnovanog na prevlast bogatih, v. (1950), 161).

U svojim studijama Francuske revolucije *Gauthier* objašnjava taj otklon od načela prirodnog prava kroz analizu konfrontacije "levog" i "desnog" gledišta oko ekonomskih odnosa i zaštite prava vlasnika kapitala sa jedne, i manifestovane opasnosti prerastanja leve orijentacije u tiraniju i jakobinsku diktaturu sa druge strane (*Gauthier*, (1992), 255). Interesantno je i objašnjenje koje polazi od nerealnosti revolucionarnih postulata inspirisanih čistom idejom o ostvarivanju novog društvenog "sadržaja bez klasa", odnosno besklasnog društva pojedinaca jednakih u pravu svojine. Stvoreno je novo društvo, ali se ne pojavljuje novi čovek, čemu teži svaka revolucija (*Berdjaev*, (1991), 182).

Rodonačelnici liberalne političke filozofije (*Constant*, *Tocqueville*, *Mill*) razvijaju prirodno-pravne osnove Moderne (XIX vek) na modelu slobode otvorenog kapitalističkog društva, povlačeći jasnu razliku između "slobode Antike" i "slobode Moderne", koja je u novim društvenim uslovima fokusirana na politički pluralizam, konkurenciju, predstavničkoj demokratiji, građanske slobode i prava, vladavinu prava i ograničenja državne intervencije u privatnoj sferi. Za *Constanta*, državna vlast je korišćenje javnog autoriteta protiv pojedinaca da bi se sprečili njihovi međusobni sukobi. Njena legitimnost zavisi od njenih ciljeva, ali ona ne sme da prekorači svoje nadležnosti. Ako ostaje u njihovim granicama, pojedinci mora-



ju da se pokoravaju većini koja je donela zakone, što je ponekad nepravedno, ali je mnogo nepravednije ako moraju da se pokoravaju manjini (*Constant*, (2003), 32).

U toku XIX veka glavnu ulogu u ostvarivanju ciljeva novog društvenog poretka dobija država, čije funkcije- ekonomska, socijalna, odbrambena i druge, postaju sve šire i traže sve opsežniju zakonsku regulativu. Postulat minucioznog pravnog normiranja brojnih oblasti putem donošenja celovitih kodifikacija građanskog, kaznenog i drugih oblasti prava, zaoštava unutrašnju protivurečnost između proklamovanih prirodnopravnih načela i pozitivnog prava. Racionalistički pristup ka prirodnom pravu postaje glavni lajt-motiv kod usvajanja velikih kodifikacija s kraja XVIII i početkom XIX veka, implicirajući zahtev da pozitivno pravo treba da bude kodifikovano na osnovu postulata razuma (Kazneni zakonik Marije Terezije, građanske kodifikacije Bavarske, Prusije, itd.). *Napoleonov Code Civile* (1804), prva građanska kodifikacija kojom je objavljen početak nove ere razvoja savremenog prava, prati ideje, načela i sistematiku prirodnog prava; na njegova načela se pozivaju i druge kodifikacije tokom XIX veka. Tako, Opšti građanski zakonik Austrije (ABGB) iz 1812 godine predviđa (par. 16) da “svaki čovek ima urođeno, razumom spoznato pravo na...” i dalje “to što odgovara urođenim prirodnim pravima priznaće se kao postojeće, osim ako nije zakonom ograničeno” (par.17).

Tradicija prirodnog prava je sačuvana u pozitivnom pravu do današnjih ustava, kao što je nemački Grundgesetz (1949), koji predviđa (čl. 1) da je ljudsko dostojanstvo nepovredivo i da obavezuje državnu vlast na njegovu zaštitu. Njegova odredba (čl. 20), prema kojoj je zakonodavac u donošenju zakona vezan ustavom, dok izvršna vlast i sudovi su pored ustava i zakona vezani “i pravom” upućuju na sintetički pristup posmatranja odnosa između prirodnog i pozitivnog prava.

U dodiru prirodnog i pozitivnog prava tokom XIX veka formirani su različiti putevi transformacije prirodnopravnih načela u pozitivno pravo, uobličениh u anglo-saksonskoj i kontinentalnoj (romanističkoj) pravnoj tradiciji. Karakter prve objašnjavaju stajališta *Jeffersona* i drugih tvoraca američkog Ustava, prema kojim je nemoguće da se celokupno pozitivno pravo dedukuje iz prirodnog prava, tako da pored zakona prirodno pravo treba da se tumači i primenjuje u duhu pravne tradicije “common law-a”. Pozivanje na sudske presedane i sloboda suda da stvara pravo (*judge made law*) ostavlja široki prstor za zahteve pravde i poštovanje prirodnih sloboda i prava građana, jer su načela prirodnog prava “usađeni u srcu” sudija. U kontinentalnoj pravnoj tradiciji prevladava imperativna koncepcija pozitivnog prava (zakona), što implicira stajalište da oni, da bi bili ispravni, treba da

se dedukuju iz prirodno-pravnih načela. Na tom zahtevu za konsumpciju prirodnog prava pozitivnim zakonima nadovezuje se stajalište da je sudija samo “usta koja izgovara zakon” (“Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”, *Montesquieu*, (1961), *De l'Esprit des lois*, 62; ovaj princip je rigidno primenjen u prvim kaznenim zakonima Francuske revolucije, koji predviđaju apsolutno određene kazne!).

U takvom kontekstu, prirodno pravo na evropskom tlu se do posle Drugog svetskog rata probija kroz lavirinte brojnih zakona koji zalaze u sve šira pravna područja, sa stalnim smetnjama da se ideja prirodnih sloboda i prava pojedinca učvrsti nasuprot sve agresivnijoj političkoj moći izvršne vlasti. Jačanjem položaja nacionalnih država, dolazi do sve veće koncentracije kapitala, ubrzane industrijskom revolucijom, i do prelevanja nezajažljivih interesa za stvaranje profita van državnih granica, što dovodi do sve veće napetosti oko otkrivanja novih tržišta ili zavladaivanje postojećih i pomoću oružanih konflikata.

Pored opštih društvenih faktora koji utiču na slabljenje oštrice revolucionarnih parola iznedrenih iz koncepcije o prirodnim ljudskim slobodama i pravima (“liberté, égalité, fraternité”), kao glavni razlog njihovog stalnog potiskivanja pojavljuje se nemoć novog društvenog poretka da ostvari unutrašnju harmoniju između osnovnih prava čoveka (na život, telesni integritet itd.), i prava svojine i drugih ekonomskih prava. Jer, za razliku od drugih sloboda i prava, koje ne mogu da budu u koliziji sa načelom jednakosti kao prirodno-pravnog načela, pravo na svojinu je usko povezano sa društvenim, ekonomskim, socijalnim, političkim i drugim determinantama, unapred suprotstavljeno tom postulatu. Privatna svojina je “crna rupa” u galaksiji prirodnih ljudskih sloboda i prava, koja stvara nerešljivu aporiju u odnosima između konzervativizma i liberalizma, individualizma i egalitarizma, demokratije i autokratije, “države blagostanja” i vladavine prava, itd. (B. *Stankiewicz*, (1993), 211).

#### UNIVERZALNA DEKLARACIJA I PERSPEKTIVE UMNE ZAJEDNICE PRIRODNOG I POZITIVNOG PRAVA

Tragične posledice najtragičnijih ratova u istoriji čovečanstva u prvoj polovini XX veka (Balkanski ratovi, Prvi i Drugi svetski rat) su rezultirale stvaranjem snažnog osećaja solidarnosti svih naroda, ujedinjenih 1945 godine u OUN i čvrsto rešenih da se nikada ne ponove monstruozni zločini masovnih ubistva i razaranja globalnih razmera. Jedini i najispravniji način da se stane na put destruktiji

savremenog društva i da se ono postavi na čvršći kolosek civilizacijskog progresa je da se ljudske slobode i prava podignu na ravništu univerzalnih, nepovredivih i neoktroisanih sloboda i prava. U tom cilju je Generalna skupština UN 10. decembra 1948 godine usvojila Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, kao temeljnog i sveobavezujućeg dokumenta današnjice koji najavljuje Drugu Renesansu prirodnog prava i poštovanja ljudskog dostojanstva kao samocilj i apriorna i apsolutna vrednost. Univerzalna deklaracija je akt kojim je konačno stvorena prva umna zajednica između vekovne tradicije prirodnog prava i pozitivnog prava savremenih država, obavezujući ih da putem svojih ustava i zakona osiguraju poštovanje i zaštitu jednakih prirodnih sloboda i prava.

Njenim usvajanjem je pokrenut proces donošenja brojnih međunarodnih konvencija koje sadrže *jus cogens* norme o ljudskim slobodama i pravima i njihovoj zaštiti, počev od Evropske konvencije o ljudskim pravima Saveta Evrope iz 1950. godine, do Povelje o osnovnim pravima EU iz 2000. godine i Rimskog statuta stalnog Međunarodnog kaznenog suda iz 1998 godine, kojim je učinjen još jedan revolucionarni korak u stvaranju simbioze prirodnog i pozitivnog prava. Statutom, koji ima karakter međunarodnog ugovora, je osnovan Međunarodni kazneni sud kao supranacionalna institucija pravde za suđenje najtežih zločina protiv čovečnosti i međunarodnog prava. Univerzalnom Deklaracijom su postulati prirodnog prava proglašeni osnovnim principima savremenog društva: vladavina prava, principi legitimnosti zakona, nezavisnosti i nepristrasnosti suda, prioriteta individualnih sloboda i prava, ograničene i odgovorne vlasti i druga načela koja su utkana u savremene ustave. Ideja o prirodnim pravima iz područja pravne metafizike silazi na tlo pravne nauke i pozitivnog prava.

Prirodne slobode i prava su podignuta na supranacionalnim ravništi i njihovo poštovanje je "zakon" za nacionalnog zakonodavca i integralni deo pozitivnog prava u svim njegovim komponentama: kao sistem pravnih normi, primena zakona i pravednih sudskih presuda. Prirodna prava ne mogu da budu suspendovana zakonskim normama, a samo pod jednim uslovom ("u interesu demokratskog društva" prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima), država može da postavi određena zakonska ograničenja. Glavni protagonista demokratske i pravne države postaje nezavisan i nepristrasan sud, koji se pored funkcije pravorazdavanja transformiše u zaštitnika individualnih sloboda i prava.

Paralela sa Francuskom deklaracijom iz 1789 godine potvrđuje uverenje da pojava ovako značajnih dokumenata, koje omeđuju epohe i predstavljaju "kopernikanski preokret", verifikuje dugovekovni razvoj ideje prirodnog prava i anticipira njeno otelotvorenje u novoj konstelaciji društvenih odnosa. Francuska deklaracija je usvojena na zalasku feudalizma i apsolutizma monarhističke vlasti,

a Univerzalna deklaracija posle duboke destrukcije savremenog čovečanstva- i jedna i druga posle vremena potpune negacije prirodnih ljudskih sloboda i prava. Razlike između njih izražavaju, pre svega, dvovekovne promene savremenog društva, kao i podizanje svesti o ljudskim slobodama i pravima koji iz sfere metafizike prelaze u fazi materijalizacije.

Univerzalna deklaracija je pokrenula revoluciju savremenog prava. Konvencije o ljudskim pravima su danas sastavni deo ne samo međunarodno-pravnog poretka, već i nacionalnih pravnih sistema, u koja su njihove norme interpolirane putem metoda transponiranja, odnosno preuzimanja u domaćem zakonodavstvu, ili putem neposredne primene (monistički sistem). Njihova superiorna pozicija u odnosu na nacionalne zakone je garantovana u većini savremenih ustava, a efikasnosti njihove primene od strane nacionalnih institucija doprinosi sistem međunarodne kontrole koji obuhvata i supranacionalne sudske instancije (Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde EU, stalni Međunarodni sud pravde, stalni Međunarodni kazneni sud), međunarodna tela (komiteti i sl.) i, konačno, organizovana međunarodna reakcija na sistematsko kršenje osnovnih prava.

Zahtev legitimnosti (ispravnosti) zakona, koji je komplementarni element kompleksa prirodnih sloboda i prava, je osnovni postulat pravne države i vladavine prava, sa svim garancijama ustavne i međunarodno-pravne kontrole nad njegovim ostvarenjem. Pravo pojedinca na demokratsku pravnu državu je saglasno Univerzalnoj deklaraciji statuirano kao osnovno ljudsko pravo, (čl. 28: "svako ima pravo na društveni i međunarodni poredak u kojem prava i slobode proklamovane ovom Deklaracijom mogu da budu u celosti ostvarene").

Prirodna prava postaju esencijalni moralni element prava i njegove vladavine, "sekularna religija" naše ere, ali njihovo potpuno konvertiranje u pozitivno pravo za pojedine autore je ravno "Faustovskom sporazumu" (*Gerty*). Postoji rizik da pravo korumpira ljudska prava, putem njihovog konzerviranja i time sužavanja u čvrstom pravnom okviru, ili sa njihovom mogućom zloupotrebom kao sredstva za ostvarenje ciljeva koji ne korespondiraju sa idejom pravde (v. *Douglas-Scott*, (2017) 76). Samoju suštini prirodnih i urođenih prava kao meta-juridičke kategorije je nesvojstveno njihovo ukalaplivanje u "prokrustovoj postelji" pozitivnog prava. Ustavi, zakoni i drugi pravni propisi imaju kao prioritet zaštitnu, a ne regulatornu funkciju: njihov cilj mora da bude da garantuju pravnu zaštitu onog i onakvog sadržaja određenih sloboda i prava koji je dostignut autonomnom voljom njihovih subjekata, i da osiguraju pravno-institucionalni okvir njihovog ostvarivanja i sudske zaštite uz što ograničenije intervencije države, osim u cilju podsticanja i pomaganja njihovog razvoja.

Univerzalna deklaracija, kao i sve konvencije i dokumenti o ljudskim pravima koje su proizašli iz nje, ostavljaju otvoreno pitanje prirodnog prava na pravdu, odnosno pravo na pravedno društvo, koje je najviši pravni ideal sa različitim stepenom oživotvorenja i u razvijenom društvu. Niti EU, koja pretenduje na uspostavljanje konzistentnog pravnog poretka (osnivački ugovori, regulative i drugi propisi, konvencije itd.) ne ističe eksplicitno pravdu kao svoju osnovnu vrednost. Iako u čl.3 Ugovora o EU je izričito istaknuto da će EU “promovisati socijalnu pravdu”, u društvu orijentisanom ka tržišnoj ideologiji ideja socijalne pravde nije spodeljena vrednost među svim njenim članicama; one su podeljene u dve grupe sa aspekta tržišnog modela- redistribucionisti i velfaristi, tako da postoji konstitucionalna asimetrija između politika država koje promovišu tržišnu efikasnost i drugih koji promovišu socijalnu zaštitu i jednakost (v. *Douglas-Scott*, (2017), 59).

Pitanje ostvarivanja socijalne pravde dotiče ekonomska i socijalna prava i njihov status kao prirodnih i urođenih ili oktroisanih, odstupljenih od strane države saglasno ekonomskim odnosima koje vladaju u njoj. Ono ima ključni značaj za ukupni status ljudskih sloboda i prava i njegove koherentnosti: on nije ostvaren, niti zaštićen, ako je ugroženo makar i jedno od osnovnih prava iz celog jedinstvenog kompleksa obuhvaćenog pojmom ljudskog dostojanstva. Najkontroverzniji aspekt tog kompleksa je garancija prava na privatnu svojinu.

Za razliku od Francuske deklaracije o pravima čoveka (1789) koja proklamuje “pravo na svojinu kao nepovredivo i sveto pravo”, Univerzalna deklaracija izričito predviđa da “svako ima pravo da poseduje imovinu, sam ili u zajednici sa drugima; niko ne sme biti samovoljno lišen svoje imovine”. Indikativno je, pritom, da Univerzalna deklaracija, koja ne upotrebljava pojam “građanina”, ovo pravo svrstava ne među apsolutnim i nepovredivim pravima, već među bračnim, porodičnim i drugim derogabilnim slobodama i pravima. Takvo rešenje je jezgro ideje koja je dalje razvijena u ustavnoj koncepciji prava na svojinu, kao što je, na primer, Nemački Ustav (1949), koji izričito određuje njenu društvenu komponentu i ograničenje (čl. 14): “svojina obavezuje; njeno korišćenje treba istovremeno da služi za dobro zajednice”.

Pristup Univerzalne deklaracije prema ovom pravu izražava kontroverznost stavova država sa različitim političkim sistemima (kapitalističke, socijalističke i nerazvijene zemlje) u vreme njenog usvajanja, ali ostaje i danas kada svet postaje sve više unipolaran sa aspekta priznavanja ovog prava. Današnje kontroverze su ipak daleko od prvobitnih, u vreme njenog draftiranja, i izazvane su različitim pristupima ka regulatornoj i kontrolnoj funkciji države i koncepta socijalne države ili “države blagostanja”. Iz tih razloga, i Evropska konvencija o ljudskim pravi-

ma (1950) ne svrstava pravo na svojinu među osnovnim pravima, već pravo na mirno uživanje svojine predviđa u dopunskom protokolu (Protokol 1, čl. 1), određujući zaštitu od nezakonite eksproprijacije i ostavljajući nacionalnom pravnom sistemu široku mogućnost ograničavanja ("margin of appreciation"). Niti Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) i druge konvencije o ljudskim pravima ne predviđaju pravo na privatnu svojinu. I posle raspada socijalizma i iz njega proizašlih prigovora na mogućnost statuiranja ovog prava, većina teoretičara i dalje stoje na skeptičkom stavu da pravo na svojinu može da bude svrstano u krugu osnovnih ljudskih prava u smislu njegove apsolutne garancije. Iz perspektive osnovnih ljudskih prava dopušta se posebno izdvojanje (stav *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*) "prava svakog da poseduje određeni minimum svojine neophodan za život u dostojanstvu, uključivši socijalnu pomoć i sigurnost". Na ovoj formuli se podupire i savremena koncepcija socijalne države, čija funkcija je da svakom garantuje takvo pravo.

Kultura prirodnog prava, stvarana u vreme formiranja liberalnih načela na početku nove ere (XVIII-XIX vek), je bila potisnuta od strane velikodržavnih ideologija koje su imale nacionalističke i imperijalističke osnove. Da li će kultura prirodnih i urođenih ljudskih sloboda i prava, proklamovana Univerzalnom Deklaracijom kao imperativ razuma doživeti poraz pred utilitarističkim nusproduktima globalizacije i ekonomskog i tehničko-tehnološkog razvoja? Nad ovim pitanjem lebdi svest da živimo u svetu u kome nema razuma, još manje zdravog, i u kome virtualna realnost potiskuje ljudski sadržaj formalnih struktura, institucija i odnosa (fiktivna ekonomija, formalna demokratija, jednakost nejednakih itd.). Kako u takvom okruženju može da se promoviše, širi i jača kultura prirodnih prava, koja se upravo poziva na racionalne elemente ljudske egzistencije u visoko politizovanom društvu, u kome pravo i njegova vladavina predstavljaju najmoćniji instrumenat za ostvarivanje imperativa ljudske slobode (*Hajek*, (2002), 399: "sloboda je omogućena postupnom evolucijom discipline civilizacije, koja je istovremeno disciplina slobode").

Više nego ikad, Univerzalna deklaracija i međunarodni dokumenti o prirodnim ljudskim pravima su neophodni da bi u uređivanju međunarodnih odnosa, dinamičnih promena pojedinih društava, raspada, stvaranja ili prekrajanja država i svih oblika izražavanja krajnjeg pragmatizma, utilitarizma, konsumerizma i korprativizma, bili prihvaćeni kao imperativni zahtev zapovesti razuma koji proističu iz duboke ljudske težnje ka stvaranju humanog i pravednog društva. Oni unose red u "prirodu stvari", sve jedno da li se radi o globalnom ekonom-

skom i političkom poretku koji ne uspeva, ili teško formira supranacionalni autoritet prava, sa izuzetkom UN i regionalnih saveza, kao EU, SE, prepuštajući i dalje zadnju reč nacionalnim zakonodavstvima, i, sa druge strane ne uspeva da uspostavi snažne mehanizme supranacionalne zaštite ljudskih sloboda i prava.

Postaje sve očiglednije da jedina humana protivteža negativnih nus-produkata procesa globalizacije i disperzije moći i odlučivanja u post-industrijskom društvu predstavlja poštovanje univerzalnih i prirodnih prava, čije jačanje može da kompenzira sumrak nacionalnog suvereniteta i slabljenje moći državnih zakona. Taj postulat nalaže uspostavljanje čvršćih oblika povezanosti međunarodnog pravnog poredka i nacionalnih pravnih sistema, putem ustavnih reformi fokusiranih na zaštitu ljudskih sloboda i prava i na proširenje kompetencija ustavnih sudova. Savremene ustavne i pravne reforme moraju da prate razvoj post-industrijskog društva postavljajući kao svoje primarne ciljeve: jačanje pozicije suda i sudske nezavisnosti i nepristrasnosti; stvaranje osnova za veći sudski aktivizam u tumačenju i primenu nacionalnih zakona u saglasnosti sa univerzalnim standardima o ljudskim pravima; i obezbeđivanje ustavnih i zakonskih osnova ne samo za neposrednu primenu međunarodnih konvencija, već i za slobodu suda za (evrokonformno) tumačenje nacionalnih propisa u saglasnosti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, kao i za primenu "case law-a" Evropskog suda za ljudska prava.

#### ZAKLJUČAK

Ideja prirodnog prava ima milenijumsku tradiciju, formiranu oko zahteva da pozitivno pravo bude usklađeno sa ljudskom prirodom. Njena evolucija je prošla kroz nekoliko faza: posmatranje prirodnog prava, a time i zakona države kao dela univerzalnog logosa koji vlada prirodom; deističko shvatanje prirodnog prava u Srednjem veku; učenje racionalnog prirodnog prava u epohi Humanizma i Renesanse kao inherentna osobina ljudskog razuma; do savremenog shvatanja o prirodnom pravu kao sublimata prirodnih i urođenih ljudskih sloboda i prava, proglašanih Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima UN iz 1948. godine.

Usvajanje Univerzalne deklaracije je najava Druge Renesanse prirodnog prava i početak ere "sekularne religije" ljudskih sloboda i prava i ljudskog dostojanstva kao samocilj i apriorna i apsolutna vrednost. Ona je akt kojim je konačno stvorena prva umna zajednica između vekovne tradicije prirodnog prava i pozitivnog prava savremenih država, i pokrenut proces donošenja brojnih međunarodnih konvencija koje sadrže *jus cogens* norme o ljudskim pravima i njihovoj za-



štiti. Njihova primena podrazumeva interpoliranje u nacionalne pravne sisteme postulate prirodnog prava kao pozitivno-pravne principe vladavine prava, legitimnosti zakona, nezavisnosti i nepristrasnosti suda, prioritetu individualnih sloboda i prava, ograničene i odgovorne vlasti i drugih načela koja su utkana u savremene ustave.

Takvim revolucionarnim promenama, ideja o prirodnim pravima iz sfere pravne metafizike silazi na tlo pravne nauke i pozitivnog prava. Kao imperativ razuma, njihovo poštovanje i zaštita ostaje jedina protivteža nasuprot umnožavanja negativnih nus-produkata savremene postindustrijske ere koji ugrožavaju humani i održivi razvoj društva, i najefikasnija odbrana slobode i dostojanstva čoveka današnjice od pojava krajnjeg pragmatizma, utilitarizma, konsumerizma i korporativizma.

Academician VLADO KAMBOVSKI  
Academy of Sciences and Arts of Macedonia

## UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AS A COMMAND OF NATURAL LAW

– On the occasion of the 70th anniversary of adoption and application –

### Summary

The idea of the natural law has a millennium tradition in human views, centered on the requirement of a congruency of law with the nature of the human being. Through its long evolution, this idea puzzled several phases: observing the natural law, and thus the law as part of the universal laws governing the nature; a deistic division in the Middle Ages of the natural law as God's justice, different from the human earthly law; the teaching of rational natural law in the Renaissance as an inherent feature of human reason; to his contemporary understanding as a sublimate of inborn and natural human freedoms and rights, proclaimed by the Universal Declaration of Human Rights of the UN of 1948.

This article is a theoretical attempt to penetrate the pathways of overcoming the crisis of contemporary society, which urgently moves towards pragmatism, consumerism and corporatism, endangering its human perspective, recalling the fact that the Universal Declaration and international human rights documents established a binding smart community between natural and positive law. As an imperative of reason, the respect and protection of natural and innate human freedoms and rights remains the only counterweight to the by-products of the contemporary post-industrial era, which appear as challenges for the humane and sustainable development of society.





## SUDSKO ODLUČIVANJE IZMEĐU ZAPOVIJESTI RAZUMA I UTJECAJA EMOCIJA

### U V O D

Odnos između razuma (lat. *ratio*) i emocija (lat. *emotio*) kao dva navodno dva suprotna fenomena prožimaju većinu pravnih, odnosno (pravo)sudnih sistema u zapadnim demokratijama.<sup>1</sup> Naime, i u oblasti prava stalno je važno da ako pravo općenito, naročito sudski sistem u društvu, želi imati objektivnu funkciju i biti nepristrano, da bi obezbijedilo povjerenje javnosti u pravo i sudstvo te za

---

Dr Boštjan Tratar, docent Fakulteta za državne i evropske studije, Brdo pri Kranju, višji državni odvjetnik Republike Slovenije, Ljubljana, Državno odvjetništvo Republike Slovenije.

<sup>1</sup> Vidi Stina Bergman Blix, Asa Wettergren: *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, u: *Emotion Review*, vol. 8. br. 1/2016, str. 32. U suđenju se generalno razlikuju dvije teorije – pravni formalizam, koji navodi da je sudsko odlučivanje pravno vezana aktivnost, sudija je neke vrste operater u velikoj silogističkoj mašini, a s druge strane je pravni realizam, koji navodi da formalna pravna pravila ne utječu na odluke u slučaju, već svi drugi faktori pa tako i emocije (npr. *Oli-ver Wendell Holmes, Joseph Bingham, Jerome Frank, Eugene Ehrlich, Karl Llewellyn*). Vidi Vitalius Tuminis: *Legal Realism & Judicial Decision-Making*, u: *Jurisprudencija*, 19 (4), 2012, str. 1361-1382. Glej še Timothy J. Capurso: *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, u: *University of Baltimore Law Forum*, vol. 29, br. 1/1998; Douglas Lind: *Logic, Intuition, and the Positivist Legacy of H. L. A. Hart*, u: *SMU Law Review*, vol. 52, 1999, str. 135-166; John N. Drobak/ Douglass C. North: *Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations*, u: *Washington University Journal of Law&Policy*, vol. 26, 2008, str. 131-152.

skladnost pravnog uređenja, neophodno je da se emocije ostave po strani,<sup>2</sup> jer navodno nisu spojive sa razumom.<sup>3</sup>

Pravo se uvijek smatralo naukom, a pravno mišljenje kao sasvim logični deduktivni proces,<sup>4</sup> dok su s druge strane emocije kao neprijatelj razuma (po tom modelu se tretiraju emocije kao lične, arbitrarne, nemoguće ih je analizirati i na kraju krajeva predstavljaju opasnost za pravilno funkcioniranje pravnog sistema).<sup>5</sup>

Takav stav u pravu i sudstvu bio je odraz općeg mišljenja koje je dugo prevladavalo u gotovo svim oblastima (zapravo sve od Aristotela, 384–322 p. n. e. prema kome je bitna karakteristika čovjeka upravo ta da racionalno razmišlja – gr. *λόγος ἔχων*, što ljude razlikuje od životinja) da je čovjek “racionalna životinja” (lat. *animal rationale*, *animal rationabile*, gr. *zoon logikon*, kao i: gr. *zoon logon echon*) koji djeluje samo po logičnim pravilima, dok emocije imaju (samo) sporedno značenje<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Stina Bergman Blix, Asa Wettergren, *op. cit.*, str. 32.

<sup>3</sup> I u Njemačkoj su se pitali je li *autoritaran*, odnosno *distanciran* nastup sudije (s jedne strane) u nepremostivoj suprotnosti sa empatičnim nastupom sudije (sa druge strane) i da li su te dvije različite karakteristike uopće spojive. Vidi Revital Ludewig: *Distanz oder Nähe – Wie soll man als Richter in Prozess auftreten?*, u: »Justice–Justiz –Giustizia, br. 1/2012, str. 1–3.

<sup>4</sup> U teoriji se postavlja pitanje da li npr. sudije odlučuju po *intuiciji* ili *promišljeno* (*deliberaciji*). Naime, postoje dva prevladavajuća modela s obzirom na način sudskog odlučivanja. Prvi model tzv. *deduktivni model* koji proizlazi iz pravnog formalizma; za formaliste je pravni (sudski) sistem samo velika silogistička mašina, kod koje se radi o eksterno determiniranim pravnim pravilima kao gornjom premisom, i objektivno stvarno postojećim činjenicama kao donjom premisom. Čak i pravni mislioci sa radikalno drugačijim pogledima o izvorima prava, kao npr. *Ronald Dworkin* (1931–2013), prihvatili su taj deliberativni, deduktivni model. Za *Dworkina* je sudijin zadatak da bude kao Herkulov računar, da plete veliku mrežu razuma u svakoj odluci. U *oštroj suprotnosti* sa tim modelom je tzv. *intuitivni model* sudskog odlučivanja koji je tijesno povezan sa pravnim realizmom; to bi se najbolje moglo opisati pojmom *sudijine slutnje* (engl. »*judicial hunch*«). *Joseph Hutcheson* je rekao da sudija zapravo odlučuje emocijama, a ne rasuđivanjem; slutnjom, a ne logičkim zaključivanjem.« Neki za sudsko odlučivanje predlažu tzv. *realistički formalizam* (i tzv. *intuitive-override model*) koji je »realističan« u tom smislu da kod sudskog odlučivanja uvažava utjecaj intuicije. Vidi Chris Guthrie/ Andrew J. Wistrich/ Affrey J. Rachlinski: *Judicial Intuition*, u: [https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial\\_Intuition.pdf](https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf) (15. 7. 2018), str. 1, 2.

<sup>5</sup> Susan A. Bandes: *What Roles Do Emotions Play in the Law?*, str. 1. Vidi i Bandes, S./ Blumenthal, J.: *Emotion and the Law*, u: Annual Review of Law and Social Science, 2012, str. 161–181.

<sup>6</sup> Ne može se poreći da čovjek koristi *dvije vrste uma* – racionalni (razumni) i emocionalni (osjećajni). **Prvi je logičan i prizemljen te razmišlja, analizira i odlučuje na osnovu objektivnih činjenica**, a drugi je brz, intuitivan, impulzivan te teži ka reakciji i akciji još prije nego što se dobro razmisli.

Još davno su stručnjaci u raznim oblastima (prije svega u psihologiji i u neuronaukama)<sup>7</sup> naglasili značenje emocija<sup>8</sup>, danas se govori i *emocionalnoj inteligenciji*<sup>9</sup>, pri čemu se naročito naglašava da je čovjek i (ili prije svega) “emotivna životinja” (lat. *animal emotionale*).<sup>10</sup>

Veliki politički filozof *Thomas Hobbes* (1588-1679) jednom je zapisao da bi sudije trebalo da su “lišeni bilo kakvog straha, ljutnje, mržnje, ljubavi i strasti”<sup>11</sup>. Više od tri i po vijeka kasnije taj ideal ostaje još uvijek čvrsto usidren u zapadnim pravnim i političkim kulturama. Ali ipak je 44. predsjednik Sjedinjenih Američkih Država *Barack Obama* (rođen 1961), nakon što je vrhovni sudija *David Souter* (rođ. 1939) najavio odlazak u penziju, u svom prijedlogu za nominaciju novog vrhovnog sudije najavio da će za sudije Vrhovnog suda imenovati one s “empatijom”<sup>12</sup>, uprkos tome što političari i javnost emotivnog sudiju smatraju lo-

---

<sup>7</sup> Vidi npr. K. P. Hofmann: *Psychology of decision making in economics, business and finance*, Nova Sciences Publishers, Inc, New York, 2007; N. Naqvi/ B. Shiv/ A. Bechara: *The Role of Emotion in Decision making*, u: Association for psychological science, 15-5/2006; Y. Li/ N. M. Ashkanasy/ D. Ahlstrom: *The rationality of emotions: A hybrid process model of decision-making under uncertainty*, u: Asia Pacific Journal of Management, 31 (1)/2013, str. 293-308.

<sup>8</sup> Emociju općenito definiramo kao duševni proces kojim subjektivno izražavamo svoj vrijednosni odnos prema nekom predmetu, osobi, akciji, stanju, a često i prema sebi (temeljne emocije su veselje, žalost, ljutnja, strah, gađenje, iznenađenje). **Za čovjeka je karakteristično da emotivnost spaja sa intelektom i da odrastajući stječe aktivniji odnos prema emotivnosti.** Opis emocija koje uključuju samo tjelesne promjena ljudske duševnosti je *redukcionistički*. Vidi još Savo Stupar/ Elvir Šahić: *Značaj emocija u odlučivanju u ekonomiji i biznisu*, u: Zbornik radova Ekonomskog fakulteta, 7/2013, str. 343-354.

<sup>9</sup> *Emotivna inteligencija* predstavlja sposobnost pojedinca da procjeni, definira i kontrolira vlastite emocije kao i emocije drugih ljudi ili grupe ljudi. Karakteristike emotivne inteligencije psiholozi svrstavaju u pet temeljnih oblasti: svijest o sebi, samokontrola, samomotivacija, empatija i snalažljivost u društvenim kontaktima. Vidi Ana Kolenc: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravu*, dipl. naloga, Ljubljana 2012, str. 21.

<sup>10</sup> Carola Meier-Seethaler: *Gefühl und Urteilskraft: Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft*, C. H. Beck, München, 2001, str. 455.

<sup>11</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 142.

<sup>12</sup> *Empatija* je psihološka sposobnost prepoznavanja emocija druge osobe, a da se pri tome ne pokaže svoja. Empatija je spojiva sa teorijom uma. Radi se o nekoj vrsti *emotivne verzije telepatije*. Opisuje se i kao sposobnost poistovjećivanja sa drugom osobom, pri čemu empat (tj. osoba koja je sposobna da se uživi) može predvidjeti emocije ili misli te osobe. Empatija se opisuje kao emotivna rezonanca. Ali ne smijemo empatiju zamijeniti sa simpatijom, simpatija je saosjećanje. Empatija ima prednosti i mane. **Jedna od prednosti može biti dobar instinkt i oštra sposobnost komunikacije**, a mana se pojavi ako empat nije sposoban zaustaviti svoje čitanje i tako uvijek biti pod utjecajem osjećaja ljudi oko sebe. Više vidi Bert S. Moore: *The Origins and Development of Empathy*, u: 14 Mo-

šim sudijom.<sup>13</sup> Jedan senator u SAD-u u tome je čak otišao tako daleko da je rekao da može “*emotivni sudija da postavi slobodu na kocku*”<sup>14</sup>. Ali i sudije su prije svega ljudi i ljudi – što je sasvim uobičajeno – imaju emocije, naročito ako su postavljeni emotivno intenzivnim stimulansima, što sudije obično jesu.<sup>15</sup> Sudija npr. provede dan slušajući svjedočenje o maloj djevojčici koju su ravnodušni roditelji ostavili da glada; gledajući par koji se razvodi i koji se vrijeđa u prisustvu djeteta; odlučujući o posvajanju sirotog djeteta.

Većinu nas bi preplavljivale emocije kao što su gađenje, ljutnja, žalost, nada i veselje, ali od sudije očekujemo da ne osjeća ništa.<sup>16</sup> Taj ideal koji već dugo postoji, ideal o sudiji bez emocija, u oštroj je suprotnosti s realnošću sudije koji je isto tako “od krvi i mesa” – sudsko odlučivanje se prosto ne odvija u vakumu. Zato se na osnovu novih saznanja, prije svega u oblasti psihologije, odnosno neuronauka, posebno naglašava da je pravni ideal sudije bez emocija štetan, jer privilegira cilj eliminacije emocija.<sup>17</sup> Ako prihvatimo činjenicu da su emocije danas definirane sofisticirano i da izazivaju mogućnost usmjeravanja promjena u sredini, cilj “bezosjećajnog sudije” normativno je sumnjiv. Emocije su neophodne za mnoge funkcije koje su važne i za suđenje, npr. podržavaju moralno mišljenje, odnosno zaključivanje, motiviraju odgovarajuće i pravovremene odgovore na kr-

---

tivation& Emotion 75, 76, 1990; Lauren Wispè: *History of the Concept of Empathy*, u: Nancy Eisenberg/ Janet Strayer (ur.): *Empathy and Its Development*, 17, 17-37, 1987.

<sup>13</sup> Vidi npr. Rebeca K. Lee, *Judging Judges: Empathy as the Litmus Test for Impartiality*, u: University of Cincinnati Law Review, vol. 82, issue 1, br. 4/2014, str. 150. Kot je dobesedno izjavil Obama: »I view that quality of empathy, of understanding and identifying with people's hope and struggles, as an essential ingredient for arriving at just decisions ... «. Navedeno po Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski& Chris Guthrie: *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, u: Texas Law Review, vol. 93, 2015, str. 857.

<sup>14</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 142. Neki su smatrali da se pri tome radi o odstupanju od načela pravne države. Vidi još Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski& Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 858.

<sup>15</sup> Sudovi su emotivna mjesta. Vidi npr. slučaj američkog Vrhovnog suda *United States proti Wexler*, 79 F.2d 526, 529-30 (2nd Cir. 1935) (»It is impossible to expect that a criminal trial shall be conducted without some show or feeling; the stakes are high, and the participants are inevitably charged with emotion.«). Navedeno po Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski& Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 861.

<sup>16</sup> Američki okružni sudija *Jerome Frank* je izjavio da su gospodin Predrasuda (Prejudice) i gospođa Simpatija imena svjedoka čije svjedočenje nikada nije zapisano, ali ih treba uziti u obzir kod porote. Vidi *Jerome Frank: Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, 1949. Navedeno po Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski& Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 856.

<sup>17</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 142, 143.

šenje i omogućavaju vezu sa ljudskim interesima koji su predmet sudskog spora. Sudije čak i sami izjavljuju da emocije u njihovom radu igraju važnu ulogu i sve više se okreću psihologiji kako bi objasnili kakva je uloga emocije u njihovom radu.<sup>18</sup> Rasprava će u nastavku pokazati da je eliminiranje emocija kod sudija ne-realistično, i da danas više ne postoji ideal bezosjećajnog sudije (engl. *dispassionate judge*)<sup>19</sup>, već se govori o idealu “dobrog” sudije” (engl. “*good judge*”), o idealu emotivno inteligentnog sudije (engl. *emotionally intelligent judge*), o idealu empatičnog sudije (engl. *empathetic judge*)<sup>20</sup>. Prema današnjem značenju “dobar sudija” ne bi smio stremiti eliminaciji emocija, već *iskusnom upravljanju emocijama* u svjetlu raznih profesionalnih izazova.<sup>21</sup>

### EMOCIJE SUDIJE SU REALNOST

Očekivanja u pravu (naročito kod sudskog odlučivanja) o “bezosjećajnosti” pravnog odlučivanja odražavaju opću težnju kako bi se sudija trebao ponašati u sudskoj dvorani i to bi trebalo istovremeno predstavljati i njegovu profesionalnu legitimaciju. “Bezosjećajnost” omogućava nepristrano odlučivanje i neutralnu sliku sudskih rješenja, što sve dovodi do vjerovanja javnosti u pravni sistem i sudsko odlučivanje.<sup>22</sup> Naročito npr. ljutnja kao negativna emocija mogla bi ugro-

---

<sup>18</sup> Emocija može utjecati na ovaj ili onaj racionalni razlog i to su već davno otkrili pravni realisti. Ljudska psiha je sastavljena od brojnih faktora koji ne mogu međusobno biti hermetički odvojeni, ali ipak je pravnorealistički koncept tzv. *breakfast judge* pretjeran (pri tome se radi o ideju da na sudijinu odluku utječe čak i ono što je sudija jeo za doručak). Vidi Marko Novak: *Pravo in čustva*, <https://www.insolvinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=149910> (19. 7. 2018).

<sup>19</sup> Jerome Frank je govorio o »mitu o ne-ljudskosti sudija« (engl. *the myth about the non-human-ness of judges*). Navedeno po Chad M. Oldfather: *Judges as Humans: Interdisciplinary Research and The Problems of Institutional Design*, u: Hofstra Law Review, vol. 36, str. 127.

<sup>20</sup> Danas može uopćeno da se utvrdi kako se značenje i uloga koje su prosvjetiteljska filozofija i moderno racionalno društvo pripisali ljudskom razumu u društvenoj sadašnjosti ruše. Kraj vjerovanja u ideju napretka, nauke, tehnologije i u razum kao njihov zajednički imenilac, otvara nove mogućnosti afirmacije emocionalnosti u društvenom životu (u privatnoj i u javnoj sferi). Na osnovu nekih pokazatelja može da utvrditi da je zapadna društva zahvatio trend zanimanja za emocije i uređivanje emocija. Emocije igraju centralnu ulogu u brojnim procesima i trendovima koji označavaju razvijena moderna društva. Vidi Zdenka Šadl: *Sodobne oblike čustvovanja*, u: DR, vol. XIV, 27/28, 1998, str. 64. Vidi i Thomas B. Colby: *In Defense of Judicial Emphaty*, u: Minnesota Law Review, 96, 2012, str. 1944–2015.

<sup>21</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 143.

<sup>22</sup> Više o tome Nicole E. Negowetti: *Judicial Decisionmaking, Empathy, and the Limits of Perception*, u: Akron Law Review, vol. 47, br. 3/2014, str. 693-751.

ziti poštenost, nepristranost i ugled sudstva – Richard A. Posner (rođ. 1939.) – sudija američkog Vrhovnog suda i ugledni pravni teoretičar – jednom je zapisao da nas mora biti “strah” “ljutog sudije” (“...that we ought to “beware” the “angry judge!”<sup>23</sup>). Za stanje “bezosjećajnosti” trebalo bi da postoji pretpostavka da su sudije sposobni prije svega odvratiti, odbaciti svoja protekla emotivna iskustva ili da su sposobni spriječiti i onesposobiti utjecaj “ometajućih” emotivnih iskustava<sup>24</sup>. Ali npr. i sudija Američkog vrhovnog suda Sonia Sotomayor (rođ. 1954.) – čija je nominacija bila nadahnuta olujom “empatije” – izjavila je da sudije “nisu roboti”, i da je zato potrebno priznati i njihove emocije.<sup>25</sup>

Zato se danas pravna očekivanja o “bezosjećajnosti” sudija temelje više na pretpostavci koja, doduše, priznaje da sudije imaju emocije i da ih u svom radu i aktiviraju, ali sudije moraju znati tim emocijama odgovarajuće “upravlјati”, tj. moraju ih znati “izolirati” i “neutralizirati” (postavlјa se pitanje što u slučaju kada se sudijina moralna intuicija suprotstavlјa rezultatu koji nalaže pravni zaključak)<sup>26</sup>. Sudije se u svom radu zaista susreću i imaju iskustva s mnogim vrstama emocija.<sup>27</sup> Do nedavno postojeći ideal sudije bez emocija (engl.) otežao je takvu vrstu istraživanja, jer su se sudije suočavali sa kritikom (čak i podsmijehom) njihovih emotivnih reakcija, ali ako se malo pregledaju sudska rješenja, u njima bi se ot-

<sup>23</sup> R. A. Posner: *How judges think*, Harvard University Press, Boston, 2008, str. 110, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144. Vidi i Terry A. Maroney: *Angry Judges*, u: 65 *Vanderbilt Law Review*, 1207, 1208, 2012.

<sup>24</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>25</sup> S. Sotomayor: *Statement of Hon. Sonia Sotomayor. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing before the Senate Committee on the judiciary*, 111th Congres, 2009, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>26</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>27</sup> I zagovornici okrivljenika mogu često koristiti (ili čak zloupotreblјavati) tzv. *emotivne argumente* kod utemelјivanja svog položaja (možda upravo zato što znaju da su emotivni argumenti važan i neizbježan dio pravne argumentacije – u suštini se njima želi zadirati u logične zaključke odluke), npr. argument napada na osobu, umjesto na argument – *argumentum ad hominem*, izazivanje straha – *argumentum ad baculum*, navođenje nekih popularnih stavova i osjećaja u cilju prihvaćanja našeg stava – *argumentum ad populum*, argument saosjećanja – *argumentum ad misericordiam*, pozivanje na prijateljstvo – *argumentum ad amicitiam*, pozivanje na strah – *argumentum ad metum*, pozivanje na ponos – *argumentum ad superbiam*, pozivanje na vjeru – *argumentum ad fidem*, pozivanje na zavist – *argumentum ad invidiam*, pozivanje na mržnju – *argumentum ad odium* itd.

krili tragovi sudijinih emocija.<sup>28</sup> Američki sudija *Posner* je npr. priznao da bi bilo varljivo reći da su dobre sudije manje “emotivni” od drugih ljudi; *Alex Kozinski* (rođ. 1950), bivši predsjednik američkog Prizivnog suda devetog okruga, sa druge je strane otvoreno govorio o slučaju koji je izazvao duboke emocije straha i jeze kada je sudija mane okrivljenog uporedio sa svojim.<sup>29</sup> I izvještaj australijskih sudija je npr. pokazao da su emocionalni izazovi definirali radnu sredinu na sudskim raspravama, i kao što je zapisano, sudija koji odlučuje ne može pomoći učesnicima u postupku, ali je afektiran time što vidi apsolutni jad pred sobom dan za danom, mjesec za mjesecom, godinu za godinom.

Izvještaji o pravnim slučajevima, medijski izvještaji, pa čak i snimci sudskih rasprava isto su tako puni slučajeva onih sudija koji su se na raspravi razljutili, postali razdraženi bilo zbog nekompetentnih advokata, bilo zbog buntovnih svjedoka ili previše odvažnih okrivljenika ili nečeg trećeg.<sup>30</sup> Jedan sudija Vrhovnog suda države Wisconsin je stvarno osudio drugog sudiju da ga je on ometao za vrijeme žučne profesionalne argumentacije. Zato se sasvim utemeljeno navodi da su sudije bez emocija samo mitološka bića, kao što je Djed Mraz ili tipičan Amerikanac (*Uncle Sam*) ili uskršnji zec.<sup>31</sup> Ali i istina je da se u velikoj mjeri već samim sudijama čini važno da potisnu svoje emocije, da ih zatru, što se stalno i trude činiti. Jednom je jedan sudija recimo izjavio da mora preći preko činjenice da su bijedne životne okolnosti maloljetnog okrivljenika “rasplakale njegovo srce”.<sup>32</sup> Ali poricanje emocija nije jednostavno, jedan krivični sudija u Minesoti skoro se rasplakao kada je slušao izjavu žrtve i svjesno se morao savladati, isto tako je jedan Australijski sudija porodičnog suda izvještavao o stalnom osjećaju “žalosti” i o tome “da je imao problema odlazeći kući” s posla.<sup>33</sup> Pogled na takav rad sudija pokazuje nam da je *za sudije suočavanje s emocijama problem*, i da se tu na neki

---

<sup>28</sup> Istraživanje je pokazalo da sudije obično vjerno slijede pravo, čak i ako ih pravo dovede do rješenja koja im se ne sviđaju, ali u slučaju kada je pravo nejasno ili su činjenice sporne ili kada sudija ima na raspolaganju diskreciju, njihova rješenja, odnosno odluke su pod utjecajem emocija prema strankama u postupku. Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 911.

<sup>29</sup> Vidi A. Kozinski: *Teetering on the high wire*, University of Colorado Law Review, 68, str. 1217–1229, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>30</sup> Vidi Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>31</sup> Vidi slučaj *US v. Ballard*, 322 U. S. 78, 93–94, 1944, str. 94, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>32</sup> Slučaj *Commonwealth v. White*, 910 A. 2d 658, 2006, str. 658, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>33</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.



način radi o *nepriznatom obliku rada*. Američki sociolog *Arlie Russel Hochschild* (rođ. 1940) to bi nazvala *emotivni rad* (engl. *emotional labour*).<sup>34</sup>

Čak i ako prihvatimo pretpostavku da je “bezosjećajni” sudija ideal u društvu, ne iznenađuje činjenica sa sudije samo govore o tome da su neodgovarajuće istrenirani i podržani u svojim emotivnom radu. Jedan australijski sudija je npr. saopćio kako se osjećao primorano izabrati između toga da svom radu (p)ostane previše emotivno osjetljiv ili da navuče “debelu kožu”, ukratko da “ignorira” svoje emocije, iako bi svaka od tih krajnosti ometala njegov sudski rad. Zato se zapravo može zaključiti da “mit o bezosjećajnom sudiji” otežava sudijinu emotivnu stranu njegovog rada. Sudije u američkoj saveznoj državi Minnesota su se žalili između ostalog da su zbog pravnog sistema koji želi sasvim oduzeti i poricati njihove emocije u sudskom radu, postali “izolirani” i da su “oguglali”.<sup>35</sup>

Zato bez obzira na to da li se u sudskim postupcima priznaje postojanje emocija ili ne, one uprkos tome postoje, one su realnost<sup>36</sup>, sudije (i sudije porotnici – prisjednici ili članovi porote)<sup>37</sup> sa njima se susreću, troše energiju da se su-

<sup>34</sup> Vidi A. R. Hochschild: *The managed heart*, Berkeley, CA, University of California Press, 1983, navedeno po Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144. U **sudskom odlučivanju su sudije, porotnici ili prisjednici isto tako ranjivi za aludiranja i simpatije kao Odisej od pjesme sirena, mitoloških bića koje svojom očaravajućom pjesmom mame, zavode i uništavaju mornare. Vidi Pjevanje XII u Odiseji**, 159 red: »Najprije reče da divnim Sirenama valja utéci. I polju cvjetnom njihnu, da ne bismo čuli im glasa. Meni je samo rekla, da pjevanje slušam, al' užem. Svež'te me čvrstim, da mać se ne mogu: nad zavorom vi me Katarke svež'te, a uža okò njē čvrsto nek stoje. **Ako vas zamolim onda, odvezali da biste mene, Uzmite uža još više i stisnite mene još jače**« Navedeno po Homer: *Odiseja*, preveo i protumačio Tomo Maretić.

<sup>35</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144.

<sup>36</sup> »We do believe, however, that in some circumstances a judge's feelings about the litigants can nudge him in one direction or the other. That may be good or bad, but it is reality which an honest theory of judging must take into account«. Navedeno po Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 912.

<sup>37</sup> Vidi Victoria Estrada-Reynolds/ Kimberly A. Schweitzer/ Narina Nuñez: *Emotions in the Courtroom: How Sadness, Fear, Anger, and Disgust Affect Juror's Decisions*, u: Wyoming Law Review, vol. 16, br. 2, str. 343-358; Breanna Boppre/ Monica K. Miller: *How Victim and Execution Impact Statements Affect Mock Juror's Perceptions, Emotions, and Verdicts*, u: Victims&Offenders, 2014, str. 413, 424; Joseph P. Forgas: *Emotion and the Law*, str. 13-16, u: Brian H. Bornstein/ Richard L. Wiener (ur.), 2010; Richard L. Wiener i drugi: *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, u: Law&Human Behavior, 2006, str. 231; Larissa Z. Tiedens/ Susan Linton: *Judgement Under Emotional Certainty and Uncertainty: The Effects of Specific Emotions on Information Processing*, u: Personality&Social Psychology, 2001, str. 974-975; Joseph P. Forgas: *Mood and Judgement: The Affect Infusion Model (AIM)*, u: Psycholog. Bulletin, 1995, str. 46-51.

oče sa njima, a taj napor smatraju teškim.<sup>38</sup> Glavni problem koji sudije primjećuju u raznim državama jeste da im upravo u tom smislu ne nudi odgovarajuću vodilju, zato se preporučuje usvajanje odgovarajućeg zakonodavstva o upravljanju emocijama u sudskim postupcima.<sup>39</sup>

#### ODNOS IZMEĐU PRAVA I EMOCIJA

Za pravo je tradicionalno važilo da se temelji na razumu, a ne na emocijama. To temeljno polazište ima svoj izvor u zapadnoj prosvjetiteljskoj filozofiji, prema kojoj su emocije primitivna vrsta reakcije, koja je neprimjerena za zadatke višeg reda.<sup>40</sup> Posljedično su pravni mislioci često konceptualizirali pravo kao mehanizam, pri kome je racionalno razmišljanje (deliberacija) zaštićeno od štetnih utjecaja emocija.<sup>41</sup> U zadnjem vijeku su psihološka, odnosno razna interdisciplinarna istraživanja pokazala da su emocije općenito neophodne za preživljavanje, za socijalno povezivanje (koheziju) i za praktični razum. S obzirom na ta otkrića, i sudska pravna teorija počela je uzimati u obzir značenje i ulogu emocija.<sup>42</sup> Em-

---

<sup>38</sup> Naročito simpatija i empatija kod porotnika više puta omekša inače stroga rješenja pravnog sistema. Neil Vidmar/ Valerie P. Hans: *American Juries: The Verdict*, 2007, navedeno po Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 856. Glej še Todd E. Pettys: *The Emotional Juror*, u: *Fordham Law Review*, vol. 76, br. 3/2007, str. 1609-1640; Stephen W. Joy: *Twelve Certain Men: The Impact of Emotional Appraisals on Juror Decision-Making*, u: *Florida International University Electronic Theses and Dissertations*, 915/2013; Jody Lyneé Madeira: *Lashing Reason to the Mast: Understanding Judicial Constraints on Emotion in Personal Injury Litigation*, u: *University of California, Davis*, vol. 40/2006, str. 137-198.

<sup>39</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 144. Vidi i T. Wranik/ L. F. Barrett/ P. Salovey: *Intelligent emotion regulation: Is knowledge power?*, u: J. J. Gross (ur.): *Handbook of emotion regulation*, New York, Guilford Press, 2007, str. 393-407; J. A. Blumenthal: *Law and the emotions: The problems of affective forecasting*, u: *Indiana Law Journal*, 80/2004, str. 155-238; Joseph C. Hutcheson, Jr.: *Judgement Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision*, u: *Cornell Law Review*, vol. 14, br. 3/1929, str. 274-288; Sharyn Roach Anleu/ David Rottman/ Kathy Mack: *The Emotional Dimension of Judging: Issues, Evidence, and Insights*, u: *Court Review*, vol. 52, str. 60-71.

<sup>40</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, *op. cit.*, str. 143.

<sup>41</sup> Danas znamo da je takav stav tzv. *racionalistička zabluda* (angl. *rationalist delusion*). Vidi Jonathan Haidt: *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgement, and the Search for Evidence*, u: *Alabama Law Review*, vol. 64, 2013, str. 867.

<sup>42</sup> Američki sudija Brennan je u mišljenju o slučaju *Goldberg protiv Kelly* (397 U. S. 254, 1970) izjavio da emocije sudija doprinose evoluciji prava. Vidi i William J. Brennan: *Reason, Passion, and »The Progress of the Law«*, u: *Cardozo Law Review*, 1988.

patija npr. može utjecati na to koliko se vrijednosno procjenjuje tužba, odnosno zahtjevi bilo koga od tužitelja itd.<sup>43</sup>

Teoretičari proučavaju kako može prihvatanje određene teorije emocija, npr. kognitivne teorije ocjenjivanja (angl. cognitive appraisal theory), utjecati na to kako će emocije biti shvaćene u pravnom kontekstu. Teoretičari se bave i suprotnim pitanjem, kako može određena teorija prava utjecati na to kako će pravo operacionalizirati emocije.<sup>44</sup> Posebno se npr. proučava kakvu ulogu igraju emocije, npr. kod izricanja smrtne kazne ili drugih kazni<sup>45</sup> ili u dokaznom pravu (utjecaj na utvrđivanje činjenica). Na kraju krajeva, teoretičari su počeli istraživati utjecaj emocija na temeljne pravne subjekte u sudskom postupku (lat. *dramatis personae*), uključujući zakonodavce, porotnike, optužene, svjedoke, advokate i sudije.<sup>46</sup>

Koji god stav u vezi toga zauzeli, zajednički je najviši cilj mislioca koji se bave pravom i emocijama kako bi objasnili emotivne aspekte pravnih problema, proučili te aspekte pomoću interdisciplinarnе analize i integrirali te spoznaje u normativne prijedloge. Prije svega se radi o pitanju sudije i njegovog položaja s obzirom na teoriju prava, tj. ili *eliminirati emocije* (što je po našem mišljenju iluzorno) ili ih *odgovarajuće kontrolirati* (što predstavlja trend u zapadnim demokratijama).<sup>47</sup>

#### DEFINIRANJE EMOCIJA

Definiranje emocija je problematično, iako izgleda da bi odgovor na to pitanje trebalo s jedne strane da bude jasan, jer je već svako osjetio emocije i mogao bi pričati o nekim aspektima tih iskustava. Ali istovremeno dublje razmišljanje pokazuje da se kod emocija radi o visoko kompleksnom stanju, neki aspekti emocija su transparentni pogledu u vlastitu unutrašnjost (introspekciji), a neki su

<sup>43</sup> Empatija je isto tako temelj moralne procjene i akcija, osjećaja za pravедnost i poštovanje društvenih normi. Istraživanja su pokazala da sociopati, zločinci i kriminalci ne poštuju moralne i zakonske norme, ne osjećaju emocije drugih ljudi. Vidi Ana Kolenc: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravu*, op. cit., str. 28.

<sup>44</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, op. cit., str. 143.

<sup>45</sup> Vidi i Denny Chin: *Sentencing: A Role for Empathy*, u: University of Pennsylvania Law Review, vol. 106, br. 6/2012, str. 1561–1584.

<sup>46</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, op. cit., str. 143.

<sup>47</sup> Terry A. Maroney, James J. Gross, op. cit., str. 144.

sakriveni od unutrašnjeg shvatanja, emocije su ubikvitarne.<sup>48</sup> Emotivna stanja se nalaze negdje na raskrsnici između naših tijela i našeg mišljenja, i posreduju između naše spoznaje, našeg znanja, poznavanja svijeta te naših ciljeva – emocije utječu na to koje informacije prerađujemo, koje pamtimo i kako reagiramo.<sup>49</sup>

Emocije su inače slične drugim vrstama mentalnih aktivnosti, kod njih se radi o mjerivim promjenama u nervnim aktivnostima (angl. *changes in neural activity*), koje se pojavljuju kao odgovor na pojedinačne vrste stimulansa – naime, *emocije se definiraju kao reakcije pojedinca na bilo kakve stimulanse (eksogene, somatogene, psihogene, odnosno vanjske i unutrašnje) koje on otkrije i mentalno, tj. s obzirom na svoj lični sistem vrijednosti, odnosno referentni okvir, procjeni kao važne.*<sup>50</sup>

Na primjer, ako naletimo na zmiju dok šetamo u šumi, pojave se specifični uzorci nervne aktivnosti na predvidiv način – signal iz vidnih (optičkih) živaca koji pokazuju temeljnu veličinu i oblik zmije, istovremeno se prenesu i na pojedinačnu amigdalnu – emotivni dio mozga, limbični sistem (lat. *amygdala* ali *corpis amygdaloideum*),<sup>51</sup> kao i na korteks – misaoni dio mozga (lat. *cortex*). Dok bi kortikalni dijelovi raščlanjivali, analizirali stimulans, uz mogućnost poticanja svjesne percepcije objekata sličnih zmiji (prednji dio mozga, odgovoran za logično razmišljanje), amigdala bi brzo posredovala aktivaciju u oblast mozga koji ukoči mišiće, umiri otkucaje srca, preusmjeri krvotok dalje od procesa, recimo varenja, i aktivira kortizol (hormon stresa) u krvotok. Te obrasce nervne aktivacije predstavlja dio emocija koji se zove strah – aktiviranje amigdale malim šokom izazove neke od tih odgovora čak i ako nema zmije ili drugih jezivih stimulansa.

---

<sup>48</sup> Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski & Chris Guthrie, *op. cit.*, str. 863.

<sup>49</sup> Vidi Mark Spottswood: *Emotional Fact-Finding*, u: *Kansas Law Review*, vol. 63/2014, str. 64.

<sup>50</sup> Ana Kolenc: *Pomen in vloga čustvene inteligence v pravu*, *op. cit.*, str. 25.

<sup>51</sup> *Amigdala* je i naziv centra za preživljavanje, jer izaziva reakciju, borbu, odnosno bijeg, i to tako što u trenutku procjeni stepen opasnosti položaja, alarmira moždano deblo i aktivira stresnu osu i simpatični dio nervnog sistema, koje tijelo pripremi na reakciju na opasnost (dakle, radi se o reakciji na kognitivnom ili fiziološkom nivou). **Svako rano intenzivno uznemirenje i svako iskustvo se zapiše u amigdalnu kao (nesvjesno, implicitno) emotivno sjećanje.** Zato situacije koje mogu biti samo naizgled slične nekim stresnim situacijama iz prošlosti, u nama bude istu burnu emotivnu reakciju, a da pri tome uopće nismo svjesni odakle potiče, jer se u amigdali očuva smjelo sjećanje na emotivnu reakciju, a ne i sjećanje na sam događaj. **O tome govori i znana poslovice – koga je ujelela zmija, taj se i guštera boji.** To je i razlog zašto događaje iz prvih godina života ne možemo prizvati u sjećanje, već umjesto toga izlaze na vidjelo (nesvjesno, automatizirano) tjelesne ili emotivne reakcije koje mogu isto kao kod bebe, u trenutku preplaviti i odraslog čovjeka. Vidi još više B. Seymour/R. Dolan: *Emotion, decision making and the amygdala*, u: *Neuron*, 58 (5), 2008, str. 662-671.

U tom stanju može se identificirati porast nervne aktivnosti u određenim dijelovima mozga kao jedan od važnih korelata emotivne reakcije.<sup>52</sup>

Druga temeljna komponenta emocija uključuje subjektivna iskustva (engl. *subjective experience*) – naime, bez obzira na to koji dio mozga je uključen, znamo da strah osjećamo na određeni način i prepoznamo stanje kada nas je strah.<sup>53</sup> Ono što je važno kod subjektivnog iskustva emocije, jeste da iako zamišljamo emocije kao mentalno stanje, zapravo se većina onoga što “osjećamo”, kada se probude naše emocije, pokaže kao promjena u našem tijelu. Zato ćemo onda kada vidimo zmiju, vjerojatno osjetiti ubrzan rad srca i disanja, grč u stomaku i suha usta, dakle, iskustvo takvog stanja tijela zaista je važan dio onoga što znači biti prestrašen. Treća ključna komponenta emotivnog iskustva je *kognitivna procjena* (engl. *cognitive appraisal*), koja povezuje emocije sa nekim činjenicama o svijetu.<sup>54</sup> Šta radi naš mozak i kako osjećamo u eksperimentalnom smislu, može se analizirati na razne načine, u zavisnosti od konteksta u kom se nalazimo. Karakteristike koje se pripisuju emocijama, mogu pomoći da se naša iskustva ukalupе uz njih.<sup>55</sup>

Četvrt i posljednji sastav emotivnog iskustva jeste težnja ka reakciji, odnosno određenoj aktivnosti (engl. *action tendency*).<sup>56</sup> Važan razlikovni potez emotivnih iskustava je da su povezana sa posebnim impulsima za reagiranje ili ne-reagiranje, npr. tijesno povezane emocije straha i ljutnje. Obje emocije uključuju povećano buđenje, mišićnu tenziju i prepoznamo ih kao neprijatne u većini situacija, ali se razlikuju na važne načine s obzirom na tendenciju akcije, reagiranja. Strah nas podstiče da se ukočimo, i onda pobjegnemo (fizički ili metaforički) dalje od predmeta koji je izazvao strah, dok na ljutnja inspirira da se približimo objektu i obračunamo s njim. S obzirom na navedeno, uspostavljanje stanja zadovoljstva vodi do toga da budemo otvoreniji prema drugima i prema novim iskustvima, dok bi nas gledanje istog objekta u depresiji navelo na izbjegavanje nečega. U stvarnom životu nije uvijek sve tako jednostavno. Često pobjeđujemo svoje

<sup>52</sup> Vidi Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 64, 65.

<sup>53</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 65.

<sup>54</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 66.

<sup>55</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 66.

<sup>56</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 66. Vidi i Savo Stupar/ Elvir Šahić, *op. cit.*, str. 344: »Čak i u samome korijenu riječi emocija, nalazi se *motere*, glagol koji na latinskom jeziku znači »kretati se«, uz dodatni prefiks »e-« koji označava »kretati se unaprijed«, što znači da je tendencija za djelovanjem prirođena svakoj emociji.«

strahove, suzbijemo ljutnju i pobjegnemo iz depresije preko kombinacije emotivne samoregulacije i provođenjem snage volje.<sup>57</sup>

Kao važno još se naglašava da se te tendencije akcija (eng. *action tendencies*) mogu raširiti izvan domene odlučivanja šta uraditi (*what to do*), i imaju efekt i na to kako razmišljamo (*how we think*).<sup>58</sup> Na prime ako smo žalosni, brže ćemo primijetiti i identificirati opasnost, prijatnu ili ćemo više biti skloni konstrukciji da to postoji.

Generalno govoreći, određena emocija ima tendenciju da fokusira našu pažnju na stvari koje su u skladu sa tim stanjem, pa će tako i oblikovati našu percepciju nejasnih stimulansa. Zato su ljudi kojih je i onako strah, još više skloni stimulansima strahova i opasnosti, kao što će ljudi koji su i onako ljuti lakše prepoznati ljutnju, grubost, nepristojnost kod drugih i vidjet će neotesanost i tamo gdje zapravo ne postoji, odnosno gdje sama po sebi nije bila svrha. S obzirom na navedeno, promjena emotivnog stanja mijenja pogled na činjenice koje osjećamo, vidimo, čujemo, zapamtimo, iako smo izloženi istim informacijama. To je naročito bitno kod utvrđivanje činjenica u sudskom postupku, dakle, kakvi su utjecaji emocija (na sudiju, porotu, sudske prisjednike) prilikom utvrđivanja stvarnog stanja.<sup>59</sup>

#### ULOGA EMOCIJA U SUDSKOM POSTUPKU

Različita mišljenja o ulozi emocija u pravu, generalno, naročito u sudskim postupcima, prisutna su u cijeloj historiji pravnog diskursa. Uglavnom postoje tri glavna pravca gledanja na ulogu emocija u okviru sudskog odlučivanja.<sup>60</sup> Najstariji i još uvijek prevladavajući stav jeste tzv. *klasičan stav*, koji emocije vidi kao opasnu silu koja može pokvariti postupak utvrđivanje stvarnog stanja (time što zadire u ulogu objektivnih, neemotivnih razloga, argumenata). Suprotan stav je stav *Davidu Huma*, koji smatra da emocije mogu dati podršku razumu u vlastitom odlučivanju te u sudskom odlučivanju, odnosno da su emocije previše jake da bi im se oduprli u bilo kojoj situaciji i da bi pokušaj ušutkavanja ili ignoriranja emocija pogoršao kvalitet sudstva. *Treći mogući stav* nudi sintezu prva dva stava, s naglaskom da značenje emocija u procesu utvrđivanja činjenica varira u za-

---

<sup>57</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 67.

<sup>58</sup> Emocije mogu imati utjecaj na razumsko zaključivanje.

<sup>59</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 67.

<sup>60</sup> Rezimirano po Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 65 i sljed.

visnosti od situacije, u određenim slučajevima poboljšava kvalitet sudstva, dok ga u drugim slučajevima pogoršava. Taj kontekstualan stav crpi svoje polazišta neposrednije iz kognitivne psihologije i istraživanja neurobiologije, koji navode da su emocije odlučujuće za normalnu operaciju ljudskog mišljenja, kao i osjetljive na vanjske faktore, što nas čini potencijalno sklonim za manipulacije i greške. Taj treći stav je daleko najperspektivniji, za razliku od klasičnog i *Humovog* stava, ali ostaje na ranom stepenu razvoja.<sup>61</sup>

*Klasičan stav.* – Mnogo teoretičara, kako u prošlosti tako i danas, izražava netoleranciju prema ulozi emocija u rezultatu sudskih odluka i naglašava da bi svaki takav utjecaj emocija na sudsko odlučivanje trebalo spriječiti. Takav stav potiče iz antičkih vremena. Već je *Aristotel* na primjer navodio da bi pravo trebalo biti “razum bez želje”. Prema njegovom mišljenju su strasti i emocije već same po sebi pokvarene, iako su u rukama dobrih ljudi. Poštenost i pravednost u tom okviru su (mogu biti) samo proizvod hladnokrvne racionalnosti, a ne emocija, i takav stav je imalo i mnogo drugih uglednih privrženika u zapadnoj moralnoj filozofiji. U kantovskoj tradiciji npr. stalno se naglašava da moralne odluke moraju proizlaziti iz načela logike i razume, bez obzira na naše emotivne osjećaje. I kršćanska teologija je često emotivna iskušenja označavala kao grijeh i nesavršenstvo. Svi ti pogledi su doprinijeli (možda i danas) prevladavajućem kulturološkom aspektu prema kome emocije djeluju kao “moć kojoj se ne može vjerovati i koja sakati presudu”<sup>62</sup>.

*Humov stav.* – Iako u pravnom svijetu prevladava klasičan stav o ulozi emocija, taj stav ipak nije potpuno neosporiv. Već je *David Hume* (1711-1776), škotski filozof i predstavnik prosvjetiteljstva, ponudio suprotan stav klasičnom nepovjerenju u emocije – razum jeste i navodno je samo rob strasti, jer apstraktno ili demonstrativno mišljenje ne može reći koje svrhe i ciljevi su vrijedni truda ulaganja iz naših strahova i želja. Taj anti-klasičan pogled potvrđuje da bez emocija nema ciljeva i zato ničega što bi usmjeravalo naš razum do tog cilja. Bez obzira na takvo shvaćanje, svaki pokušaj koji bi isključio emocije iz procesa odlučivanja, može samo pokolebati konačnu odluku bilo kao nesmisleni ili kao perverznu; prema tom stavu bi oduzimanje emocija iz utvrđivanja činjenica vodilo do arbitrarnosti, a ne do pravilnosti. Iako je *Humov* stav manje dominantan u pravnoj praksi i diskursu od klasičnog pogleda, ima jake zagovornike. Jedan od nji-

<sup>61</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 47.

<sup>62</sup> Vidi Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 47, 48, 49.



hovich pristalica je ugledni američki pravnik *Richard Posner* (rođ. 1939) koji kaže da “nema čina bez emocija, jer su emocije potrebne da nas motiviraju ka postizanju ciljeva”. Emocije mogu nekada sudiju dovesti da donese lošu odluku, kao npr. ako je stavio pretjeran naglasak na neku karakteristiku situacije, odnosno sa time povezanim emotivnim stimulansom, a zanemario druge važne poteze. Ali sudije, prema njegovom mišljenju, mogu više da se suoče sa tim tendencijama, premda ne tako da pokušavaju utišati svoj glas emocija, već više privlačeći veći, širi niz emotivnih stimulansa. Ali, emocije su potrebne za bilo kakvu sudsku akciju, a lijek za to nije hladna objektivnost, već širi smisao za empatiju koja sudiji može omogućiti da se uživi u umišljenu rekonstrukciju emocija i interesa osobe (stranke sudskog postupka) koja bi mogla biti pogođena sudskom odlukom. Zato *Posner* podstiče sudije da više nego da suzbijaju svoje emocije, probaju dublje i šire “saosjećati” kako bi time dali odgovarajuću težinu svim bitnim pitanjima u određenom sudskom slučaju.<sup>63</sup>

*Kontekstualni stav.* – Zagovornici klasičnog stava emocije shvaćaju kao destruktore neutralnosti i poštenosti, dok je sa druge strane nekoliko autora istaklo da buđenje empatije može pobijediti prirodene tendencije u smjeru pristranog odlučivanja. Tako je u posljednjih nekoliko godina došlo do pojave trećeg vala pravnog učenja s obzirom na emocije u sudskom postupku, koji pokušava prikazati više nijansiranu sliku te oblasti. U toj novoj tradiciji autori su naglasili potrebu za većom pažnjom prema specifičnom kontekstu, u kome nastaju emotivna stanja, i navode da je uticaj emotivnog buđenja teško najaviti i da varira u zavisnosti od situacije. Autori koji predlažu kontekstualni pogled, pokazali su tendenciju ka pasivnosti u kojoj sasvim poriču ortodoksne poglede na emocije, ali ne predlažu upotrebu reformi postojećih praksi, ali zajednička tačka konsenzusa u kontekstualnoj tradiciji ipak postoji iako je emocionalno buđenje kompleksna stvar koja se odupire jednostavnom i kategoričkom opredjeljenju.<sup>64</sup>

## ZAKLJUČAK

### – NOVI IDEAL EMPATIČNOG SUDIJE

U današnje vrijeme je u naprednijim pravnim i sudskim sistemima došlo do saznanja da emocije u sudskom odlučivanju nikako nisu teret koga bi se trebalo otarasiti, već postojeća činjenica kojom je potrebno odgovarajuće upravljati.

---

<sup>63</sup> Vidi Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 49-52.

<sup>64</sup> Mark Spottswood, *op. cit.*, str. 52-57.



Upravo zbog toga se uspostavio novi ideal sudije koji je *empatičan*, odnosno *emotivno inteligentan* (engl. *emotionally intelligent judge*). Takav sudija je samouvjereniji, svjestan je svojih emocija i zna ih kontrolirati, prije svega njihovo izražavanje, otvoren je za mišljenja i podršku drugih te emotivnim izazovima pristupa otvoreno i fleksibilno.<sup>65</sup> Promjeni ideala od bezosjećajnog do empatičnog sudije doprinio je naročito razvoj u oblasti medicine i psihologije.<sup>66</sup>

Empatija<sup>67</sup> ima svoju razumsku i emotivnu komponentu, a obje su relevantne i za sudsko odlučivanje.<sup>68</sup> Iako su se emocije isprva označavale kao nespojive s razumom, naročito s pravnim, odnosno sudskim odlučivanjem, teoretičari su u posljednje vrijeme dokazali da su emocije (htjeli mi to ili ne) prisutne i kod razumskog odlučivanja.<sup>69</sup> Naučnici su pokazali da emocije nesumnjivo utječu na učesnike (npr. sudije, porotnike...) u njihovom pravnom odlučivanju, čak i ako oni sami to ne priznaju, pri čemu bi odgovarajuće upravljanje emocijama čak moglo poboljšati pravno odlučivanje.<sup>70</sup> Bez obzira na to, još uvijek postoji mišljenje da bi proces pravnog odlučivanja trebalo očistiti od afektivnih elemenata.<sup>71</sup> Em-

<sup>65</sup> Terry A. Maroney: *The Emotionally Intelligent Judge: A New (and Realistic) Ideal*, Court Review, vol. 49, str. 112.

<sup>66</sup> Vidi Jill D. Weinberg: *Examining Empathy: Discrimination, Experience, and Judicial Decisionmaking*, u: Southern California Law Review, vol. 85, str. 313-352; Thomas B. Colby: *In Defense of Judicial Empathy*, u: 96 Minnesota Law Review, 2012, str. 1944; Susan A. Bandes: *Moral Imagination in Judging*, u: Washburn Law Journal 1, 2011; Susan A. Bandes: *Empathetic Judging and the Rule of Law*, 2009, Cardozo Law Review de novo 133, 2009; Lynne N. Henderson: *Legality and Empathy*, u: 85 Michigan Law Review, 1574, 1987.

<sup>67</sup> Savremeno razumijevanje pojma empatija ima korijene u njemačkoj estetici, u kojoj se na prijelazu iz 19. u 20. vijek pojavio pojam »*Einführung*« koji se prevodi kao empatija/uživljavanje, a bukvalno znači "uosjećavanje" za razliku od pojma »*Mitführung*« koji znači osjećanje zajedno sa drugim (saosjećanje). Pojam empatija su iz estetike u psihologiju prenijeli njemački filozof *Theodor Lipps* (1851-1914) i engleski psiholog *Edward B. Titchener* (1867-1927). Vidi B. Simonič: *Empatija – moć sočutja v medosebnih odnosih*, Založba Brat Francišek, Ljubljana, 2010; T. Lamovec: *Empatija*, u: *Anthropos – časopis za sodelovanje humanističnih in naravoslovnih ved, za psihologijo in filozofijo*, 17, br. 5-6/1987, str. 233-245; V. Hribar Sorčan: *O empatiji in intersubjektivnosti*, u: *Anthropos – časopis za sodelovanje humanističnih in naravoslovnih ved, za psihologijo in filozofijo*, 40, br. 1/2007, str. 11-25.

<sup>68</sup> Rebecca K. Lee: *Judging judges: Empathy as the Litmus Test for Impartiality*, u: University of Cincinnati Law Review, vol. 82, 1/2014, str. 150.

<sup>69</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 150.

<sup>70</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 150.

<sup>71</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 151. O kritikah glede empatije pri sodnem odločanju glej: Brenner Fissel: *Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History*, u: Michigan State Law Review, 2016, str. 817-851.

patija se inače općenito označava kao “sklonost emocijama” koja seže sve do “srca”, ali empatija zapravo uključuje i mnoge mentalne spretnosti i otvorenosti, isto kao i emocije.<sup>72</sup> Empatija se definira na različite načine, kako u psihološkoj tako i u kognitivnoj neurobiološkoj literaturi. Proučavanje prava i emocija, uključujući i proučavanje empatije, pojavilo se tek u posljednjim decenijama, u proučavanju veze između emocija i prava.<sup>73</sup>

U široj oblasti emocija, empatija je u nekom smislu oblik emocije, ali za razliku od javne percepcije, empatija nije nešto neobično, odnosno nespojivo sa racionalnošću i razumom, već upravo suprotno – empatija je isto tako *oblik kognitivnog razumijevanja*, empatija je izraz kako razuma tako i emocija.<sup>74</sup> U skladu sa takvim shvaćanjem, empatija predstavlja pojedinčevu mogućnost boljeg razumijevanja – kako preko razuma tako i preko emocija – suprotne perspektive. Radi se o mogućnosti vidjeti i razumjeti svijet iz ugla neke druge osobe, a ne samo i jedino iz svog vlastitog (eventualno privilegirano) položaja.<sup>75</sup>

Preneseno na *položaj sudije* u sudskom postupku, empatično odlučivanje bi značilo da sudija mora zamisliti perspektivu i emocije svake od stranaka u postupku u svjetlu okolnosti svake pojedinačne stranke kako bi odgovarajuće razumio i presudio u sporu u kome stranke učestvuju. To sudiji pomaže da dobijene, odnosno utvrđene činjenice postavi u kontekst zahtjeva svake od stranaka i tako potpuno utvrdi kakva je stvar u sudskom postupku. Pri tome se ne radi da jednostavno “srce” vodi razum nekog sudije, već se radi o upotrebi svih njegovih sposobnosti, kako emocionalnih tako i mentalnih, da bi sudija razumio i riješio teške sudske situacije na najbolji mogući način.<sup>76</sup>

Svrha empatije nije da čovjek bude svjesno velikodušan prema jednoj stranici u sporu *per se*, već je njena svrha da obezbijedi da jedna strana ne bi nepošteno profitirala zbog nesvjesne ili automatske vjerodostojnosti, kredibilnosti (samo) jedne od stranaka u postupku, jednostavno zato što npr. sudija bolje razumije ili je bolje upućen u priču te stranke (sudija, doduše, ima težnju da simpatizira sa strankom koja je po položaju jednaka njemu).<sup>77</sup> Sa psihološkog aspekta empatija

---

<sup>72</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 151.

<sup>73</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 151.

<sup>74</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 152.

<sup>75</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 152.

<sup>76</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 153. Glej še Gary Low: *Emphatic plea fort he empathic judge*, u: Singapore Academy of Law Journal, 1-22, Research Collection School Of Law, 2017.

<sup>77</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 153.

nam omogućava dublji uvid u život drugih i da vidimo stvari onako kako (stvarno) postoje, a ne sa sudijinog, obično privilegiranog položaja.

U vezi sa empatijom inače postoji sumnja *da li ona omogućava objektivnost i nepristranost sudskog odlučivanja*.<sup>78</sup> Upotreba empatije u sudskom odlučivanju znači trud da se pokuša uživjeti u situaciju stranaka sudskog postupka i njihovo shvaćanje koje se temelji na njihovim posebnim iskustvima, naročito sa manje privilegiranog aspekta. Bez empatije su ljudi uopćeno skloni vidjeti druge i svijet, svjesno ili nesvjesno, sa izvjesne povoljne polazišne tačke, u zavisnosti od toga na šta su navikli sami i kako su pozicionirani u društvu. Sa druge strane, empatija zahtijeva da pojedinci budu svjesni određene svoje predisponirane pozicije, da uzmu u obzir svoju rasu, pol, klasu i sve druge relevantne okolnosti koje su doprinijele njihovom specifičnom životu i karijernim prilikama.

S obzirom na navedeno, sudija mora probati da izađe iz svog sopstvenog svijeta, svoje privilegirane pozicije kako bi mogao uzeti u obzir razne vrste razmišljanja i iskustva drugih ljudi koje ima ispred sebe. Tek kada se uđe u svijet nekog drugog onako kako on osjeća, odnosno vidi taj svijet (to znači da sudija mora utvrditi sve informacije kako bi stvorio položaj određene osobe), to znači obezbjeđivanje objektivnosti i nepristranosti u sudskom odlučivanju (sudijina odluka bi bila pristrana kada bi on u odlučivanju proizlazio iz svog položaja, a ne iz specifične situacije pojedinca o čijoj sudbini odlučuje).<sup>79</sup>

Na kraju krajeva, jedna od svrha prava jeste i da usmjerava pojedinčevo i društveno ponašanje i da bi se to ostvarilo, sudije moraju raširiti primjenu empatije kako bi bolje razumjeli ljudsko ponašanje kada primjenjuju pravo.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Danas znamo da postoji nehotična, implicitna pristranost (engl. *implicite bias*), jer i sudija ili porotnik (u svakom slučaju) nemaju uvijek (razumsku) kontrolu nad (svim) svojim odlukama. Vidi John F. Irwin/ Daniel L. Real: *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*, u: McGeorge Law Review, vol. 42, br. 1/2016, str. 1-18.

<sup>79</sup> Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 154-160. Vidi još Catherine Gage O'Grady: *Empathy and Perspective in Judging: The Honorable William C. Canby, Jr.*: u: 33 Arizona State Law Journal 4, 10, 2001; Thomas Morawetz: *Empathy and Judgement*, u: 8 Yale Law Review & Human, 517, 523, 1996.

<sup>80</sup> Tako Susan A. Bandes: *Empathetic Judging and the Rule of Law*, u: 2009, Cardozo Law Review de novo, 133, 139, navedeno po: Rebecca K. Lee, *op. cit.*, str. 158.

BOŠTJAN TRATAR, Ph.D.,  
Assistant Professor, State Attorney  
of the Republic of Slovenia, Ljubljana

JUDICIAL DECISION-MAKING BETWEEN DICTATE  
OF REASON AND INFLUENCE OF EMOTIONS

Summary

The author discusses the importance of emotions in judicial decision-making. Based on the findings in the field of psychology and neuroscience it follows that even in judicial decision-making, which is otherwise treated as a strictly rational action, it is not possible to deny the influence of emotions. Therefore instead of the ideal of an dispassionate judge, a new ideal of the judge was established, which supposed to be empathic or emotionally intelligent. Such a judge should be more self-confident, aware of his emotions and could control them, especially their expression of emotions, is open to the opinions and support of others and he approaches to emotional challenges with openness and flexibility. Such an empathetic approach means ensuring greater objectivity and impartiality in judicial decision-making (the judge's decision would be biased if he decides to come out of his or her own position, but not the specific situation of the individual whose destiny he decides).



## PRAVO KAO INSTRUMENT UMA

### – Osvrt na Kantovu koncepciju prava –

Ovim se radom želi sažeto izložiti poimanje prava nemačkog filozofa Immanuel Kanta<sup>1</sup> rodonačelnika nemačkog klasičnog idealizma i po mnogima jednog od najvećih filozofa svih vremena. Iz tog razloga se nastoji dati generalna skica filozofsko-pravne misli navedenog autora i ukazati na njene bitne karakteristike. Intencija nam je da Kantovu koncepciju prava adekvatno iznesemo i delimično kritički razmotrimo. U radu se izlažu njegove osnovne teze za promišljanje pojma prava i države. U razmatranju je fokus naročito na shvatanju prava kao instrumenta uma čija je svrha omogućavanje koegzistencije individualnih sloboda. Naglašavaju se implikacije ovakvog shvatanja prava kao sredstva uređenja, usklađivanja i koegzistencije individualnih sloboda u pogledu omogućavanja ostvarenja opšte slobode. Upravo zato se posebna pažnja posvećuje pojmu slobode u okviru njegove filozofske misli, te ističe njeno postavljanje kao cilja kako prava tako i države. Konačno, naznačava se koje posebnosti ima na umu zasnovano pravo i država.

Pojam prava Kant određuje kao čist, ali na empirijsku pravnu praksu usmeren pojam (primenjuje se na slučajeve koji se pojavljuju u iskustvu). Usled toga,

---

Dr Sanja Đurđić, profesor i rukovodilac studijskog programa Pravo, Fakultet za pravne i poslovne studije "dr Lazar Vrkatić", Univerzitet Union u Beogradu.

<sup>1</sup> Immanuel Kant (1724-1804)

uveren je da je za određenje pojma prava neophodno napuštanje empirijskih principa, kako bi se potraga za opštim kriterijumom prava, po kome se uopšte može saznati pravo kao i nepravo (*iustum et iniustum*), izvršila u samom umu<sup>2</sup>. Dakle, do definicije prava se ne dolazi empirijski, posmatranjem i proučavanjem pozitivnog prava, već u samom umu kao jedinom “osnovu mogućeg pozitivnog zakonodavstva”<sup>3</sup>.

Kant identifikuje tri elementa iz kojih se sastoji pojam prava. Prvi element je intersubjektivnost budući da se pojam prava tiče “samo spoljašnjeg, i to praktičkog, odnosa nekog lica prema nekom drugom” utoliko što njihove radnje kao fakta mogu imati uticaja jedne na druge (neposredno ili posredno)<sup>4</sup>. Imajući u vidu da intersubjektivnost u pravnom odnosu podrazumeva odnos dve samovolje, nju smatra drugim elementom pojma prava. Samovolju definiše kao moć žudnje (sposobnost želje) povezanu sa svešću o sposobnosti svoje radnje za postizanje cilja, “moć žudnje, čiji se unutrašnji razlog određenja, prema tome čak i proizvoljnost, nalazi u umu subjekta”<sup>5</sup>. Ono što kao treći element određuje pojam prava jeste forma u odnosu obostrane samovolje.

Naime, u pravnom odnosu kao odnosu obostrane samovolje pravo se ne bavi pitanjem materije samovolje tj. njenom svrhom, već isključivo formom u odnosu dve samovolje i pitanjem da li se radnja jedne samovolje može uskladiti sa slobodom druge samovolje po nekom opštem zakonu. Za pravo su irelevantni ciljevi subjekata u pravnom odnosu, jedino relevantna je forma odnosa. Prema Kantu, pravo je “formalno po svojoj suštini i zanemaruje svaki sadržaj odnosa koje reguliše. Ono propisuje ne ono što mora da se učini, nego način na koji radnja mora da se izvede”<sup>6</sup>. Na osnovu tri elementa prava (formalnog aspekta odnosa obostranih samovolja) Kant daje svoju poznatu definiciju: “pravo je skup uslova pod kojima se samovolja jednoga može sjediniti sa samovoljom drugoga po nekom opštem zakonu slobode”<sup>7</sup>. To je njegov “transcendentalan, a priori iz uma izveden pojam prava”<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, Novi Sad, 1993, 32.

<sup>3</sup> Isto.

<sup>4</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 32.

<sup>5</sup> Isto, 15.

<sup>6</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007, 409.

<sup>7</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 32.

<sup>8</sup> Basta, D.: *Pravo i sloboda, O perspektivi slobode u stranoj i našoj pravnoj filozofiji*, Sremski Karlovci, 1994, 21.

Pravo je, po Kantu, skup formalnih uslova koji omogućavaju koegzistenciju samovolja pod zakonima slobode. Njegova definicija prava ima za cilj da pruži univerzalni kriterijum po kome se može spoznati ono što je pravo i ono što je nepravo. Time ona izražava pojam pravde kao ideal prava tj. ono što pravo treba da bude “da bi zadovoljilo racionalnu potrebu koordinacije sloboda pojedinaca”<sup>9</sup>.

Univerzalni kriterijum, koji Kantova definicija prava pruža, po kome se može spoznati ono što je pravo i ono što je nepravo, glasi: “Pravedna je svaka radnja koja, ili po čijoj maksimi, sloboda samovolje svakoga može da postoji zajedno sa slobodom svakoga po nekom opštem zakonu”<sup>10</sup>. Prema ovom univerzalnom kriterijumu svaka prepreka slobode po opštim zakonima smatra se nepravom. Takva prepreka slobodi je prinuda.

Međutim, ukoliko je izvesna upotreba slobode prepreka slobode po opštim zakonima, takva upotreba slobode predstavlja nepravo. U tom slučaju, prinuda koja se takvoj upotrebi slobode suprotstavlja nije nepravo, već se “kao sprečavanje neke prepreke slobode slaže sa slobodom po opštim zakonima, tj. pravedna je”<sup>11</sup>. U ovakvim slučajevima zloupotrebe slobode svrha prinude je zaštita, očuvanje i ponovno uspostavljanje slobode po opštim zakonima. To Kanta navodi na zaključak da je sa pravom skopčano i ovlašćenje da se prisili onaj koji ga oštećuje, te da pojam prava odredi i kao mogućnost “spoljašnje prinude, koja može da postoji zajedno sa slobodom svakoga po opštim zakonima”<sup>12</sup>. Smatra da prinudni karakter prava ne ugrožava slobodu s obzirom na to da mogućnost spoljne prinude koegzistira sa slobodom svakoga prema opštim zakonima.

Sloboda je cilj kojem je “pravo podređeno od strane uma i koji ono ostvaruje koordinirajući slobodu pojedinaca tako da sloboda svakoga ne povređuje slobodu svih drugih”<sup>13</sup>. Za Kanta je sloboda, koja može da postoji zajedno sa slobodom svakog drugog po nekom opštem zakonu, jedino prirodno pravo, iskonsko pravo koje izvorno pripada čoveku na osnovu same njegove čovečnosti<sup>14</sup>. Sloboda je uslov “mogućnosti svakog praktičkog delanja: sloboda volje – kada govorimo o

---

<sup>9</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, 411.

<sup>10</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 32.

<sup>11</sup> Isto, 33.

<sup>12</sup> Isto, 34.

<sup>13</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, 411.

<sup>14</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 39.



moralu, kao i sloboda samovolje kada govorimo o pravu”<sup>15</sup>. Otuda je ona jedino prirodno pravo koje prethodi svakom pravnom činu, koje čovek ima nezavisno od oblika društvene organizacije, odnosno originerno pravo koje mu pripada na osnovu njegove ljudske prirode.

Usled toga, opšti zakon prava Kant formuliše na sledeći način: “Delaj spolja tako da slobodna upotreba tvoje samovolje može da postoji zajedno sa slobodom svakoga po nekom opštem zakonu”<sup>16</sup>. Svrha prava je da, kao instrument uma, omogući koegzistenciju individualnih sloboda u pravnoj zajednici, odnosno da omogući pravnu zajednicu kao “dobro uređenu slobodu”<sup>17</sup>.

Državu Kant definiše kao “sjedinjavanje mnoštva ljudi pod pravnim zakonima”<sup>18</sup>. Tom mnoštvu ljudi koji su u međusobnim odnosima neophodno je pravno stanje pod voljom koja ih ujedinjuje, jedan ustav “koji bi zajemčavao najveću ljudsku slobodu putem zakona koji bi činili da sloboda svakog pojedinca može postojati zajedno sa slobodom svih drugih ljudi (ne najveće blaženstvo, jer će ono samo sobom doći)”<sup>19</sup> kako bi došli do onoga što je pravo.

Zakonodavna vlast, po Kantu, može pripadati samo ujedinjenoj volji naroda. Budući da iz sjedinjene volje naroda proizilazi pravo, sprečava se donošenje nepravednih zakona, jer niko neće biti nepravedan u pogledu onoga što odluči o samom sebi (*volenti non fit iniuria*). Stoga, samo “opšte sjedinjena narodna volja može biti zakonodavna”<sup>20</sup>, zaključuje Kant.

Za zakonodavstvo sjedinjeni članovi države nazivaju se državljani. To znači da je sposobnost glasanja kriterijum koji nekoga kvalifikuje za državljanina, tako da se državljaninom smatra onaj ko iz vlastite samovolje deluje u zajednici sa drugima. Pravnim atributima državljana, neodvojivim od njihovog bića (kao takvog), smatra: zakonsku slobodu koja se ogleda u ovlašćenju “da se ne pokorava nijednom drugom zakonu do onome za koji je dao svoj pristanak”<sup>21</sup>, građansku jednakost kao “odnos među građanima prema kome ne može niko drugoga bilo na

<sup>15</sup> Govedarica, J.: Aporija ljudskih prava iz ugla Kantove političke filozofije, *Theoria*, br. 4, 2012, 93-94.

<sup>16</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 33.

<sup>17</sup> Vidi Kersting, W.: *Wohlgeordnete freiheit. Immanuel Kants Rechts und Staatsphilosophie*, Berlin-New York, 1984.

<sup>18</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 115.

<sup>19</sup> Kant, I.: *Kritika čistog uma*, Beograd, 2003, 207.

<sup>20</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 116.

<sup>21</sup> Isto.

šta pravno obavezati a da se istovremeno ne podvrgne zakonu i da ne bude moguće njega na isti način uzajamno obavezati”<sup>22</sup> i građansku samostalnost koja podrazumeva da “građansku ličnost u pravnim stvarima ne sme predstavljati niko drugi”<sup>23</sup>. Samo društvo zasnovano na načelima slobode, jednakosti i samostalnosti pojedinaca može obezbediti koegzistenciju individualnih sloboda. “To se, pak, događa putem prava koje, kao rezultat ujedinjene volje naroda, prema opštim zakonima, svakome garantuje bezbednost i slobodu u meri u kojoj ona može postojati zajedno sa slobodom drugih ljudi”<sup>24</sup>.

Kant je “razvijajući principe metafizike prava na osnovama kritike praktičkog uma, pravo pojmio u najprisnijoj vezi sa idejom i vrednošću ljudske slobode”<sup>25</sup>. U političko-pravnom pogledu to je značilo kretanje od prirodnog stanja preko prvobitnog ugovora do države i građanskog uređenja<sup>26</sup>.

On pravi razliku između “pravnog stanja” i “nepravnog stanja”. Pravno stanje predstavlja “onaj odnos među ljudima koji sadrži uslove pod kojima jedino svako može doći do svog prava”<sup>27</sup>. Formalni princip koji to omogućava, naziva se, po Kantu, javna pravda. U zavisnosti od mogućnosti, stvarnosti ili nužnosti posedovanja predmeta prema zakonima, deli je na: onu koja štiti (*iustitia tutatrix*); onu koja uzajamno stiče (*iustitia commutativa*), odnosno komutativnu pravdu tj. pravednost koja važi među ljudima u uzajamnom međusobnom saobraćaju; i na distributivnu pravdu (*iustitia distributiva*). Pravdu shvata kao karakteristiku društva u građanskom stanju (*status civilis*).

Nepravno stanje, odnosno, stanje u kome nema distributivne pravde, naziva se prirodno stanje (*status naturalis*). Definiše ga kao stanje bespravlja i nereda, u kome ne postoji distributivna pravda. Kant smatra da u prirodnom stanju iz prirodnog (privatnog) prava proizilazi postulat javnog prava koji se sastoji u obavezi čoveka da pređe iz prirodnog stanja (kao nepravnog stanja) u pravno stanje tj. stanje distributivne pravde (građansko stanje). Ostajući u prirodnom stanju, stanju

---

<sup>22</sup> Kant, I.: *Večni mir*, Beograd, 1995, 39.

<sup>23</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 116.

<sup>24</sup> Basta, D.: Istraživanje o Kantovoj filozofiji istorije, u Basta, D.: *Večni mir i carstvo slobode*, Beograd, 2001, 63.

<sup>25</sup> Basta, D.: Svetlost i senke Kantove metafizike prava, u Basta, D.: *Večni mir i carstvo slobode*, 92-93.

<sup>26</sup> Miladinović, S.: Procesi harmonizacije i unifikacije prava kao etape na putu ostvarenja Kantove ideje “kosmopolitskog prava”, *Glasnik prava*, godina III, br. 1, 2012, 5.

<sup>27</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 107.

koje nije pravno, ljudi u najvećem stepenu čine nepravo, jer "samom pojmu prava oduzimaju svu važnost i sve, tako reći zakonito, predaju divljoj sili, pa tako ruše pravo ljudi uopšte"<sup>28</sup>. Usled toga, neophodan je izlazak iz prirodnog stanja i stupanje u građansko stanje (*status civilis*) kao pravno stanje, za koje je karakteristično održavanje i potvrđivanje vrhovne pravne vrednosti distributivne pravde, tj. građanskog stanja zakonske slobode<sup>29</sup>.

Akt kojim se to postiže i kojim se sam narod konstituiše u državu naziva se prvobitni ugovor, po kome svi u narodu napuštaju svoju spoljašnju slobodu kako bi je kao članovi jedne političke zajednice, tj. naroda posmatranog kao država, odmah ponovo primili. Na taj način, putem prvobitnog kontrakta čovek potpuno napušta svoju divlju, bezakonitu slobodu, da bi svoju slobodu "uopšte, nesmanjenu, ponovo našao u nekoj zakonitoj zavisnosti, tj. u jednom pravnom stanju, zato što ta zavisnost potiče iz njegove vlastite zakonodavne volje"<sup>30</sup>. Prvobitni ugovor "jača i potvrđuje, snabdevajući ih prinudnom zaštitom, već postojeća prava"<sup>31</sup>, koja od provizornih (u prirodnom stanju) postaju peremptorna (u građanskom stanju)<sup>32</sup>.

Prema Kantu, prvobitni ugovor predstavlja čistu ideju uma, koja ipak ima svoju empirijsku dimenziju (praksu), koja se ogleda u obavezivanju svakog zakonodavca da stvara zakone kao da oni proizilaze iz zajedničke volje celog naroda, koja je rezultat pojedinačnih pristanaka svih pripadnika zajednice na takvu volju. On predstavlja "ideal uma koji zahteva da država bude zasnovana uz pristanak svojih članova"<sup>33</sup> i kriterijum je legitimnosti svakog javnog tj. pozitivnog zakona. Pravednost u državi sastoji se u tome da se ništa ne odlučuje i ne izvodi, što se ne bi moglo odlučiti, kad bi država nastajala pomoću ugovora.

Država putem tri vrste vlasti (*potestas legislatoria, executoria, iudiciaria*) ostvaruje svoju autonomiju koja se ogleda u tome da sama sebe stvara i održava prema zakonima slobode. Svoju svrhu država postiže time što garantuje pravo kao sredstvo slobode. Naime, po Kantu, "pravo je ograničenje slobode svakoga pojedinačno, uz uslov da se ona slaže sa slobodom svakog drugog, ukoliko je ova

<sup>28</sup> Isto, 109.

<sup>29</sup> D. Basta: "Kantova kaznena pravda", *Pravni život*, Beograd, 1997, br. 11, 826.

<sup>30</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 118.

<sup>31</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, 416.

<sup>32</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 58.

<sup>33</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, 415.

moguća prema opštem zakonu<sup>34</sup>. Zbog toga što svako ograničenje slobode slobodnom voljom drugoga znači neslobodu i prisilu zaključuje da građansko uređenje predstavlja odnos slobodnih ljudi koji ipak stoje pod prinudnim zakonima (bez štete po njihovu slobodu u celini njihove povezanosti sa drugima), jer “tako hoće sam um i to čisti, a priori zakonodavni um”<sup>35</sup>.

Praktični um upravlja čovekovim postupcima tako što utvrđuje principe moralnog delovanja. Određuje temelj volji i postavlja joj njen cilj, a budući da ono što omogućuje volji da se odluči jeste svrha, volja nije ništa drugo do “sposobnost čoveka da odredi svoje delovanje s obzirom na određene svrhe”<sup>36</sup>. Tako Kant “identifikuje volju sa umom i naziva ga praktičnim”<sup>37</sup>. Praktični um je zakonodavan te može postavljati svet ljudskog delanja kao svet trebanja. Moć zakonodavstva tj. moć da čovek sebi postavlja moralne zakone koje će slediti u delanju “izraz je autonomije čovekovog praktičkog uma, koji sebi može postavljati maksime htenja i delanja”<sup>38</sup>.

Osnovni zakon čistog praktičnog uma glasi: “Delaj tako da maksima tvoje volje uvek može istovremeno važiti kao princip opšteg zakonodavstva”<sup>39</sup>. On nam nalaže da postupamo u skladu sa svojim umnom suštinom. Čovek treba da postupa po onim pravilima koje on samom sebi iz subjektivnih razloga postavlja kao najviše, unutrašnje zakone uma tj. po maksimuma koje se kvalifikuju da ujedno mogu važiti kao opšti zakon. Samo one su u skladu sa moralom. Naime, čovek mora ukloniti sklonosti i težnje ka bilo kom partikularnom cilju iz svoje motivacije za delovanje. Na taj način, odstranjivanjem svake subjektivnosti i posebnosti iz motivacije, ostaje samo volja za univerzalnosti. Dakle, ono što moramo uraditi u svakoj situaciji moralnog izbora jeste postupanje prema maksimi za koju možemo želeti da svako postupa po njoj.

Upravo se u mogućnosti delovanja saglasno sa svrhama uma ogleda “suština slobodne volje, suština čoveka kao slobodnog bića”<sup>40</sup>. Svoje radnje “moraš, dakle, najpre posmatrati prema njihovom subjektivnom načelu: ali da li je to načelo

---

<sup>34</sup> Kant, I.: O odnosu teorije prema praksi u državnom pravu, u Kant, I.: *Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države*, Beograd, 1974, 102.

<sup>35</sup> Isto.

<sup>36</sup> Uzelac, M.: *Istorija filozofije*, Novi Sad, 2004, 373.

<sup>37</sup> Isto.

<sup>38</sup> Perović, M.: *Istorija filozofije*, Novi Sad, 2003, 204.

<sup>39</sup> Kant, I.: *Kritika praktičkog uma*, Beograd, 1979, 53.

<sup>40</sup> Uzelac, M.: *Istorija filozofije*, 373.

i objektivno važeće, možeš samo po tome spoznati što se ono, zato što ga tvoj um podvrgava probi da ti sebe pomoću njega zamisliš kao zakonodavnoga, kvalifikuje za takvo opšte zakonodavstvo<sup>41</sup>. Maksimalne koje se ne kvalifikuju za važenje kao opšti zakoni, protivne su moralu. Takve okolnosti svoje volje, koje nisu sposobne za neko opšte zakonodavstvo, čovek treba da napusti, ističe Kant.

Polazeći od stava da su “materijalni principi potpuno neprikladni za najviši moralni zakon”, Kant dolazi do ocene da je „formalni praktički princip čistog uma, prema kome čista forma pomoću naših maksima mogućeg sveopšteg zakonodavstva mora sačinjavati najviši i neposredni određujući razlog volje, jedini mogućni princip koji je prikladan za kategoričke imperATIVE, to jest za praktičke zakone (koji radnje čine dužnošću), i uopšte za princip moralnosti, kako u rasuđivanju tako i u primeni na ljudsku volju u njenom određivanju<sup>42</sup>. Formalni karakter osnovnog zakona čistog praktičnog uma, koji ne propisuje nikakav konkretan sadržaj niti materijalni (empirijski) uslov, koji odredbeni razlog volje ne sadržava prema materiji, nego samo prema formi<sup>43</sup> i to formi principa otvorenih i podesnih za opšte zakonodavstvo, ukazuje na Kantov etički formalizam koji i počiva u njegovom “uverenju da moralni zakon može obavezivati volju ljudsku upravo sugerisanjem ove opšte, zakonite forme delovanja<sup>44</sup>”.

Za razliku od etičkog zakonodavstva, koje je unutrašnje (obuhvata unutrašnju pobudu radnje – ideju dužnosti, koja navodi čoveka da njegove imperATIVE sluša zbog njihove unutrašnje vrednosti) i koje ne može imati nikakvog spoljašnjeg zakonodavca, juridičko zakonodavstvo je ono koje može biti i spoljašnje. Ovo iz razloga što, za razliku od etičkog zakonodavstva u kome je ideja same dužnosti istovremeno i pobuda radnje, juridičko zakonodavstvo nalaže radnje čije pobude mogu biti različite, pri čemu to nije ideja same dužnosti. Ono nalaže određeno ponašanje ne vodeći računa o pobudi tj. razlogu koji određuje volju subjekta i usmereno je isključivo na spoljnu usklađenost radnje sa zakonom. Sastoji se iz pozitivnih zakona koji “bez stvarnog spoljašnjeg zakonodavstva uopšte ne obavezuju (dakle bez njega ne bi bili zakoni)”<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 26.

<sup>42</sup> Kant, I.: *Kritika praktičkog uma*, 64.

<sup>43</sup> Isto, 59.

<sup>44</sup> Pavićević, V.: *Kantova etika kategoričkog imperativa*, u Kant, I.: *Kritika praktičkog uma*, Beograd, 1979, 11.

<sup>45</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 26.

Juridičko zakonodavstvo, budući da je za njega jedino relevantna spoljna usklađenost radnje sa zakonom, a ne i unutrašnji motiv (pobuda) takve radnje, odnosi se samo na spoljne radnje i propisuje samo spoljašnje dužnosti. Zbog toga, puko slaganje jedne radnje sa zakonom, nezavisno od njene pobude, predstavlja legalitet, dok samo u slučaju kada je ideja dužnosti iz zakona istovremeno i pobuda radnje možemo govoriti o moralitetu (moralnosti). Dakle, saglasnost maksime radnje sa zakonom je njena moralnost, dok je usklađenost same radnje sa zakonom dužnosti njena zakonitost.

Sve dužnosti Kant deli na: dužnosti prava (*officia iuris*) i dužnosti vrline (*officia virtutis*). Dužnosti prava definiše kao spoljašnje dužnosti. Ovo stoga što pravno zakonodavstvo koje ih propisuje ne zahteva da ideja dužnosti (unutrašnja, po svojoj suštini) bude ta koja određuje volju onoga koji deluje. Usled toga, pravne dužnosti su one dužnosti za koje je moguće spoljašnje zakonodavstvo, dok za dužnosti vrline spoljašnje zakonodavstvo nije moguće. Na izvršenje pravne dužnosti se može biti prisiljen putem spoljašnje prinude.

Kantovo polazište u razmatranju pravnih dužnosti bilo je Ulpijanovo shvatanje zapovesti prava, koje se sastoje u sledećem: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* - časno živeti, drugoga ne povrediti, svakome dati ono što mu pripada. Iz zapovesti *honeste vivere* Kant izvodi pravnu čestitost (*honestas iuridica*) kao prvu pravnu dužnost. Pod njom podrazumeva da u odnosima prema drugima čovek potvrdi "svoju vrednost kao vrednost čoveka, a ta se dužnost izražava načelom: nemoj od sebe drugima načiniti puko sredstvo, nego budi za njih ujedno i svrha"<sup>46</sup>. Ova dužnost je obaveznost koja proizilazi iz prava čovečnosti u našoj vlastitoj ličnosti.

Naime, kao posednik racionalne volje čovek ne može biti samo sredstvo za postizanje svrha. Kao umno biće on se mora tretirati i kao svrha, nikada samo kao sredstvo. Ovo iz razloga što "umna priroda egzistira kao svrha sama po sebi"<sup>47</sup>. Čovek je "sam sebi kao i drugima svrha, i nije dovoljno da nije ovlašćen da ni sebe ni druge upotrebljava samo kao sredstvo, nego čoveka uopšte načiniti sebi svrhom, jeste po sebi čovekova dužnost"<sup>48</sup>. Tu dužnost Kant uobličuje u drugoj formulaciji kategoričkog imperativa koji glasi: "Postupaj tako da čoveštvo kako u svojoj ličnosti tako i u ličnosti svakog drugog uvek uzimaš u isto vreme kao svr-

---

<sup>46</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 38.

<sup>47</sup> Kant, I.: *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, 2008, 73.

<sup>48</sup> Isto, 197.

hu, a nikada samo kao sredstvo”. Iako svestan da je čovek dosta ne-svet, smatra da “mu čovečnost u njegovoj osobi mora biti sveta. U celom svetu se sve ono što čovek hoće i nad čim vlada može upotrebiti i jednostavno kao sredstvo; samo čovek, a s njim i svako umno stvorenje, jeste svrha sama po sebi”<sup>49</sup>.

Usled toga, čovek ima безусловnu vrednost. Princip čovečnosti i svake umne prirode uopšte kao svrhe same po sebi (što predstavlja najviši ograničavajući uslov slobode radnji svakog čoveka) postavlja čoveka kao objektivnu svrhu koja, imali mi ma koje svrhe, kao zakon treba da sačinjava najviši ograničavajući uslov svih subjektivnih svrha; dakle, taj princip mora da poniče iz čistoga uma<sup>50</sup>. Upravo je autonomija slobode razlog usled koga je volja svakog subjekta ograničena na uslov saglasnosti sa autonomijom umnog bića<sup>51</sup>, s obzirom na to da je u svetu slobode (do kojeg se dolazi samo umom i u kome se čovek potčinjava samo moralnom zakonu) umno biće uvek samo sebi svrha<sup>52</sup>.

Druga pravna dužnost, po Kantu, je “ne čini nikome nepravo, pa makar morao zbog toga istupiti iz svake veze sa drugima i izbegavati svako društvo”<sup>53</sup>. Svestan je poteškoća ostvarenja ove pravne dužnosti usled ljudske prirode, koja se ogleda u antagonizmu koji između pojedinaca vlada u društvu tj. nedruštvene društvenosti ljudi (njihove sklonosti da stupe u društvo, koja je, međutim, povezana sa opštim otporom koji stalno preti da razjedini to društvo)<sup>54</sup>. Posledica takve čovekove prirode je nemogućnost njihove duže uzajamne koegzistencije u divljoj slobodi. Iz tog razloga, najvećim problemom za ljudsku vrstu, na čije rešenje je priroda nagoni, Kant smatra ostvarenje građanskog društva “kojim će se upravljati prema opštem pravu”<sup>55</sup>. Budući da “samo u društvu, i to takvom čiji članovi imaju najveću slobodu i među kojima samim tim vlada i opšti međusobni antagonizam”, istovremeno postoje i “najtačnije određene slobode i obezbeđene granice te slobode da bi ona mogla postojati uz slobodu drugih”<sup>56</sup>, Kant utvrđuje i treću pravnu dužnost.

<sup>49</sup> Kant, I.: *Kritika praktičnog uma*, 105.

<sup>50</sup> Kant, I.: *Zasnivanje metafizike morala*, 76-77.

<sup>51</sup> Kant, I.: *Kritika praktičnog uma*, 105.

<sup>52</sup> Uzelac, M.: *Istorija filozofije*, 373.

<sup>53</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 38.

<sup>54</sup> Kant, I.: *Ideja opšte istorije usmerene ka ostvarenju svetskog građanskog poretka*, u Kant, I.: *Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države*, 32.

<sup>55</sup> Isto, 33.

<sup>56</sup> Isto.

Treća pravna dužnost glasi: “Stupi u jedno stanje u kome svakome može biti osigurano ono što je njegovo (suum cuique tribue) protiv svakog drugoga (lex iustitiae)”<sup>57</sup>. Takvo stanje odnosa “među ljudima koje sadrži uslove pod kojima jedino svako može doći do svog prava”<sup>58</sup> i to transformacijom prava od provizornog u peremptorno pravo jeste građansko stanje, te usled toga prelazak iz prirodnog u građansko stanje Kant postavlja kao pravnu dužnost. Takvo pravo čoveka pod javnim prinudnim zakonima prema kojima je svakom određeno njegovo i prema kojima svako može biti osiguran protiv napada drugih “jeste svrha koja je sada u takvom spoljašnjem odnosu dužnost po sebi i koja je sama najviši formalni uslov (conditio sine qua non) svih ostalih spoljašnjih dužnosti”<sup>59</sup>. To znači da u građanskom uređenju individualna prava, njihovo poštovanje, ostaviranje i zaštita postaju dužnost po sebi. Upravo zbog toga što svako individualno pravo proizilazi iz javnih zakona, te da oni za sve određuju šta treba da bude pravno dozvoljeno ili nedozvoljeno, javno pravo mora biti akt javne volje i to volje celokupnog naroda.

Kao principe a priori na kojima je zasnovano građansko stanje, posmatrano samo kao pravno stanje, Kant identifikuje sledeće principe: slobodu svakog člana društva, kao čoveka; jednakost svakog sa svakim drugim, kao podanika i samostalnost svakog člana jedne političke zajednice, kao građanina. Navedene principe istovremeno određuje i kao pravne atribute državljana s obzirom da su to prava koja mu pripadaju kao članu političke zajednice. Slobodu, kao princip za konstituisanje jedne političke zajednice, formuliše na sledeći način: “niko me ne može prisiliti da na njegov način budem srećan (onako kako on zamišlja dobrobit drugih ljudi), jer svako sreću sme tražiti na putu koji se njemu samom čini dobar, ako pri tom samo ne nanosi štetu slobodi drugih da teže nekoj sličnoj svrsi, koja može postojati skupa sa svačijom slobodom prema mogućem opštem zakonu (tj. ne smetati ovom pravu drugih)”<sup>60</sup>.

Usled toga, očinsku vlast smatra najvećim despotizmom, odnosno uređenjem koje ukida svaku slobodu podanika, potpuno ih ostavljajući bez prava. Ukazuje da je patriotska vlast jedini oblik vlasti koji se može zamisliti u odnosu na ljude sposobne za pravo, budući da “svako sebe tu drži ovlašćenim da štiti pra-

---

<sup>57</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 38.

<sup>58</sup> Isto, 107.

<sup>59</sup> Kant, I.: O odnosu teorije prema praksi u državnom pravu, 102.

<sup>60</sup> Isto, 103.



va političke zajednice zakonima sveopšte volje, ali ne i da je podvrgne upotrebi po svojoj neuslovljenoj volji”<sup>61</sup>. Jednakost se, po Kantu, ogleda u tome da su svi članovi političke zajednice kao podanici putem javnog zakona podvrgnuti pravnoj prinudi.

S obzirom da, kao podanici, svi članovi političke zajednice stoje pod prinudnim javnim zakonima, oni su jednaki u ovlašćenju prisile jedan protiv drugoga, a time i prava protiv drugih. Polazeći od toga da se “čitavo pravo sastoji samo u ograničavanju slobode svih drugih tako da ona može prema opštem zakonu opstajati zajedno sa mojom i pošto je javno pravo (u određenoj zajednici) samo stanje stvarnog zakonodavstva određenog prema ovom principu i povezanog sa silom, pomoću koga se svi, koji pripadaju jednom narodu kao podanici, uopšte nalaze u pravnom stanju (*status iuridicus*), naime u jednakosti delovanja i protivedovanja slobodnih volja međusobno ograničenih prema opštem zakonu slobode (a to se naziva građanskim stanjem)”

Kant dolazi do zaključka da je onda “urođeno pravo svakoga u ovom stanju (tj. pravo pre svakog pravnog čina) potpuno jednako u pogledu ovlašćenja da se svako drugi prisili, i stoga taj drugi uvek ostaje unutar granica slaganja upotrebe svoje slobode sa mojom”<sup>62</sup>. Svi su članovi političke zajednice kao podanici izjednačeni u podvrgnutosti pravnoj prinudi. Samostalnost pripadnika političke zajednice, kao građanina, ogleda se u njegovoj ulozi sazakonodavca, odnosno u njegovom pravu glasa u pravnom zakonodavstvu. Budući da nikakva pojedinačna volja ne može biti zakonodavna za jednu političku zajednicu, građansko uređenje, kao i sveopšte pravno uređenje između ljudi, zasnovano je na koaliciji svake posebne i privatne volje u narodu radi zajedničke i javne volje (samo u svrhu pravnog zakonodavstva)<sup>63</sup>. Stoga, javno pravo kao skup spoljašnjih zakona “za koje je potrebno opšte objavljivanje da bi proizveli neko pravno stanje”<sup>64</sup> mora biti utemeljeno na javnoj volji i to opštoj zakonodavnoj volji naroda.

Primena tri principa u konstituisanju političke zajednice omogućava utemeljenje države prema čistim umnim principima spoljašnjeg ljudskog prava<sup>65</sup>. Um je taj koji nas, prema Kantu, obavezuje pomoću kategoričkog imperativa da

<sup>61</sup> Isto.

<sup>62</sup> Kant, I.: O odnosu teorije prema praksi u državnom pravu, 104.

<sup>63</sup> Isto, 108.

<sup>64</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 113.

<sup>65</sup> Kant, I.: O odnosu teorije prema praksi u državnom pravu, 103.

težimo najvećem slaganju građanskog uređenja sa pravnim principima<sup>66</sup>. Sprovođenjem navedenih principa ispunjava se dužnost prelaska iz prirodnog u građansko stanje i ostvaruje se pravna organizacija koja državu prevodi iz provizornog u peremptorno pravno stanje. Time se, uz građansko uređenje konstituiše i pravno zakonodavstvo.

Uloga javnog prava jeste stvaranje uslova za ograničenje slobode svakoga pojedinačno na način da se ona slaže sa slobodom svakog drugog, ukoliko je ova moguća prema opštem zakonu, odnosno omogućavanje jednog takvog opšteg slaganja<sup>67</sup>. Osnovna funkcija države ogleda se u tome da, putem prava, garantuje individualne slobode i obezbedi mogućnost njihove koegzistencije. Slobodu, a samim tim i pravo koje je garantuje, Kant vidi kao opštu potrebu uma<sup>68</sup>.

Status slobode kao opšte potrebe uma proizilazi iz okolnosti što je ona ideja uma koja ima neophodnu praktičnu funkciju, s obzirom da bez pretpostavke slobode um ne može da deluje. Usled toga, sloboda predstavlja cilj kako prava tako i države. Zato pravo kao instrument uma nije ništa drugo do sredstvo slobode, dok država “u ideji, kakva treba da bude prema čistim pravnim principima”<sup>69</sup> tj. Kantova idealna država utemeljena na postulatima uma predstavlja oličenje najveće slobode putem prava koje štiti i omogućava koegzistenciju individualnih sloboda. Pravo kao sredstvo uređenja, usklađivanja, koordinacije i zaštite individualnih sloboda ima za cilj omogućavanje ostvarenja opšte slobode.

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty “Dr Lazar Vrkatić”,  
University Uniof of Belgrade

LAW AS INSTRUMENT OF REASON  
– Review of Kant’s conception of law –

Summary

Immanuel Kant is considered to be one of the most famous and influential modern philosophers. This article focuses on his concept of law. Because of this, the paper tries to provide a gen-

---

<sup>66</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 120.

<sup>67</sup> Kant, I.: O odnosu teorije prema praksi u državnom pravu, 102.

<sup>68</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, 412.

<sup>69</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 115.

eral presentation of his philosophical thought and its essential characteristics. The research aims to present Kant's concept of law as instrument of reason. According to Kant, the purpose of the law is to enable coexistence of individual freedoms. The implications of such a perception of law as a means of regulating, harmonizing and coexisting individual freedoms are reflected in enable the realization of general freedom. This is why special attention is paid to the notion of freedom within its philosophical thought, and emphasizes its establishment as the goal of both the law and the state. Finally, the paper points out the characteristics of the law and the state based on reason.

ILIJA JOVANOV

## UDRUŽIVANJE KAO ZAPOVEST RAZUMA

– Traganje za društvenim ugovorom u ranoj srednjovekovnoj misli  
i društvenoj praksi –

### U V O D

Političke ideje u srednjem veku poticale su iz dva glavna izvora. Jedan je rimsko pravo, kodifikovano u Justinijanovom zborniku *Corpus iuris civilis*, a drugi je učenje hrišćanske crkve. Tako nastaju dve osnovne teorije o vladavini, odnosno o državnoj vlasti.

Državna vlast prema Justinijanovoj kodifikaciji zasniva se na apsolutističkom upravljanju princepsa: “*quod principi placuit legis habet vigorem*”. Međutim, prilikom opisivanja načina vladanja malobrojni navode drugi deo ove slavne Ulpijanove sentence iz Prve knjige *Institucija*: “*utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*.”<sup>1</sup> U ovom tekstu uočljivo je nekoliko važnih momenata.

Prvo, narod se pojavljuje kao nosilac najviše vlasti i ovlašćenja, čime se prećutno ukazuje na teoriju narodne suverenosti. Ovo će biti naročito važno u 10. i

---

Ilija Jovanov, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

<sup>1</sup> *Justinijanova Digesta*, prevod A. Malenica, Beograd 2010, 113. Prevod celog teksta glasi: “što se princepsu sviđa ima snagu zakona zato što je narod, zakonom o vladavini koji je donet povodom njegove vlasti, preneo njemu i u njega svu svoju najvišu vlast i ovlašćenja”.

11. veku, kada su zagovornici svetovne vlasti pokušali pozivanjem na pomenute odredbe da se suprotstave vladavini papa.

Drugo, narod svoju moć prenosi na princepsa putem *Lex Regia*, čime se pojavljuje još jedan element razvijene teorije društvenog ugovora. Najzad, postavlja se pitanje da li se zakonom o vladavini potpuno i nepovratno otuđuju vlast i ovlašćenja, što je doktrina koju će kasnije razvijati Hobs, ili suverenitet ostaje u posedu naroda dok se vršenje vlasti samo poverava (Lok). Ovde se, dakle, pojavljuje ideja da je narod opštom saglasnošću putem zakona o vladavini preneo vlast na imperatora. Ipak, ovakva razmišljanja postaju aktuelna tek u kasnijem periodu srednjeg veka, kada su društveno-ekonomske okolnosti uticale da se običajno pravo zameni pisanim pravom. Država je tada počela da dobija svoje čvrste okvire, započeto je stvaranje tzv. državnog prava, a javlja se i potreba za utvrđivanjem novog osnova vlasti, tj. legitimiteta. Uobičajeno se smatra da tada nastaju i prve "prave" političke teorije srednjeg veka.

I kod učenja crkve postoje različita shvatanja. Jedno potvrđuje božanski autoritet svetovne vlasti, a drugo, koje je nastalo na nasleđu sv. Avgustina, ističe da svetovna vlast ima svoje poreklo u grehu. Ovo poslednje nije teorija narodne vlasti, već je tendencija bila da se umanj i ograniči vlast svetovnih vladara. Prema Gofu (*John Wiedhofft Gough*), u ovakvim stavovima takođe postoji prostor za pojavljivanje ugovorne teorije. Grešno poreklo sekularne vlasti je preteča liberalne teorije države, koja se u nekoj radikalnoj verziji (npr. Herberta Spensera) svodi na zaštitu života i imovine, a sa time je društveni ugovor uvek manje ili više povezan.<sup>2</sup> Treba primetiti da iako potiče iz greha, svetovna vlast nije i sama grešna; ona je posledica ili kazna za greh. Tako su zastupnici apsolutističke monarhije izbegavali napade Crkve, istovremeno tvrdeći da je poslušnost volja boga.<sup>3</sup>

Vremenski period od pada Zapadnog rimskog carstva do 11/12. veka po mnogo čemu se razlikovao od "razvijenog" srednjeg veka. Uoči Velike seobe naroda Germani i Sloveni su bili u stanju plemenske organizacije i bilo je potrebno mnogo vremena da počne izgrađivanje državnih institucija i same države. Kada se tome pridoda i pitanje pokršćavanja naroda i nastanka nove političke (hrišćanske) misli, složenost postaje još izraženija. Zbog toga je u potrazi za obrisima društvenog ugovora u srednjem veku nužno razgraničiti najmanje dva perioda, iako je to

<sup>2</sup> Videti Spencer, H., *The Man Versus the State: A Collection of Essays*, ed. Truxtun Beale, New York 1916.

<sup>3</sup> Gough, J. W., *The Social Contract*, Oxford 1957, 23.

veoma teško imajući u vidu različitu dinamiku kojom su se društveni odnosi menjali u pojedinim zemljama rane srednjovekovne Evrope. Takođe, neophodno je dotaći se brojnih tema, iako bi se o svakoj ponaosob mogao napisati zaseban članak, a neretko i rad mnogo većeg obima i naučnog značaja.

Ipak, radi sticanja potpunog utiska nužno je pojedina pitanja makar dotaći, dok poseban problem predstavlja odsustvo pisanih izvora ili njihova nedostupnost. U svakom slučaju, u radu se nastoji da se prema dostupnoj literaturi ponudi odgovor na pitanje da li se u ranom srednjem veku može govoriti o društvenom ugovoru kao osnovu vladanja.

### *Feudalizam i monarhijski oblik vladavine*

Mnogo pre recepcije rimskog prava koje je otpočelo u 12. veku delatnošću glosatora, a paralelno sa nezadrživim širenjem hrišćanstva nakon Milanskog edikta, nastaju feudalni društveni odnosi koji će imati značajnu ulogu u načinu vršenja vlasti u periodu do apsolutizma. Na teritoriji srušenog Zapadnog rimskog carstva, nakon Velike seobe naroda, nastanila su se mnoga plemena koja su vremenom počela da se organizuju u neki oblik državne organizacije. Rascepanost, razjedinjenost, neuređenost i primena partikularnog (običajnog) prava predstavljaju osnovna obeležja država u tom periodu.

Značajno je da su još na nivou plemenske organizacije, prilikom osvajanja teritorija Zapadnog rimskog carstva, vojskovođe za sebe uzimale više plena, uključujući i obradivu zemlju. Postepeno počinje da se stvara rodovska aristokratija, a pojedini njeni pripadnici su imali i svoje ratne družine. Njih je povezivala zakletva vernosti, dok su oni koji su uspeali da se nametnu većem broju rodova nazivani kraljevima (mada nisu imali monarhijsku vlast). Feudalna svojina nad zemljišnim posedima je bila vrlo specifična. Ona se zasnivala na uzajamnim pravima i obavezama sopstvenika koji su se uzdizali jedan za drugim sve do samog vladara, vrhovnog sopstvenika čitave teritorije države. U takvom feudalnom poretku dolazi do poistovećivanja pojmova svojine i vlasti. Feudalac je vršio vlast na svom feudu, ali je prema vazalima imao i obaveza, pre svih da štiti njihovu ličnost i imovinu. Tako je feud najčešće bio predmet tri svojinsko-pravna ovlašćenja: vrhovnog sopstvenika tj. vladara, feudalca i samog kmeta.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Šarkić, S., *Opšta istorija države i prava*, Beograd 1999, 88-90. O vladaru kao najvećem zemljoposjedniku i njegovoj obavezi da se ponaša po istim pravilima kao i drugi držaoci zemlje videti Figgis, J. N., *The Divine Right of Kings*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge 1914, 22-23. Videti takođe Wickham, C.,

Prema tome, vladar je pre svega viđen kao glavni i najveći zemljoposjednik, a ne kao neko ko apsolutno i arbitrarno vrši svu vlast na teritoriji jedne države. Vladar i feudalac su bili u odnosu nadređenosti i podređenosti, ali pre svega u odnosu u kojem je svako imao svoja prava i obaveze koje su se zasnivale na vernosti. Većina seljaka je živela na imanju feudalaca i ta zajednica nije bila samo agrikulturna, već i pravna: feudalac je bio pravi vladar na svom imanju i sprovodio je "javna" prava: održavanje discipline, prikupljanje poreza, obezbeđivanje pravde (suđenje) i brinuo se o odbrani. Najveći latifundisti su čak imali takav imunitet da nisu morali kralju ni da plaćaju porez, a neretko su i zloupotrebljavali nesigurnost koja je s vremena na vreme bila izražena, naročito u 11. veku. Tada su nametali obaveze koje su bile deo "loših običaja", koje su od 12. veka kraljevi svojim normama pokušavali da stave van snage i na taj način prigrle ugnjetavano stanovništvo izloženo sveopštoj neizvesnosti.

U takvim društvenim okolnostima, Germanska kraljevstva rane srednjovekovne Evrope razvila su princip vladavine koji je uticao na celokupnu političku teoriju tog vremena. Najpre treba istaći da monarhijski oblik države nije bio nepoželjan. Monarhija je dominirala zapadnim političkim životom. Gradovi nisu bili toliko značajni, politički život u njima je bio nerazvijen, pa sledstveno tome republikanske ideje nisu predstavljale konkurenciju jedinom obliku vladavine.

Takođe, kada se govori o značaju ostvarivanja prava i obaveza izabranog monarha i (slobodno) izabranog vođe neke manje zajednice, u svesti ljudi gotovo da je stavljan znak jednakosti. Naravno da je obim prava i obaveza bio drugačiji, ali je veoma velika sličnost u odnosu između njih samih i društava kojima upravljaju. Uz odsustvo institucionalizacije političkog procesa u današnjem smislu reči, lična veza je u srži svih oblika ispoljavanja moći u ranom srednjem veku. Jednostavno, mandat koji su oboje imali može se najbolje opisati kao čuvanje, zaštita zajednice. Poznato je da vladar nije mogao na pravi način da zaštiti čitav narod od stalnih ratova i napada spoljnih neprijatelja.

S toga, iako formalno poglavar nad celokupnom teritorijom države, u stvarnosti je svu vlast vršio samo na njenom manjem delu. To iznova ukazuje da su fe-

---

*Framing the Early Middle Ages*, Oxford 2005. O feudalizmu uopšte, odnosu sizerena i vazala, njihovoj ličnoj povezanosti i značaju zakletve vernosti kako između njih (vertikalno povezivanje) tako i između samih feudalaca (horizontalno povezivanje) videti više Luscombe, D. E., "Introduction: the Formation of Political Thought in the West", *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450* (ed. J. H. Burns), Cambridge 2008, 159-163; Caenegem, R. V., "Government, Law and Society", *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, 198-210.

udalni odnosi, ostvarivanje prava i obaveza između vladara i feudalaca i pitanje uzajamne vernosti između svih članova feudalnog društvenog poretka bili od velikog značaja za vršenje vlasti u ovom periodu.<sup>5</sup>

Sa drugog važnog aspekta, prema crkvenim ocima, za poglavara koji je upravljao zajednicom podrška naroda je bila značajna, ali je još važnija njegova odgovornost prema bogu. Crkveno učenje je tako podržavalo monarhiju, ali suprotno od moderne katoličke političke doktrine koja ukazuje na razliku između božanske i sekularne vlasti (ova druga svoj izvor ima u volji naroda), u ranom srednjem veku obe vlasti su imale transcendentalan element. Božanski aspekt vladavine se najbolje ostvaruje kada jedna osoba vlada kao "božji namesnik", čime se pokazuje da je monarh posedovao sankciju (odobrenje) nezavisno od naroda, ali takođe i onu koja je bila, makar donekle, uslovljena narodnom voljom. Tako teokratski i monarhijski element u svim formama vladavine ranog srednjeg veka nisu stvorili suverena sa obeležjima iz budućeg doba apsolutizma, jer su pomenu-te sankcije koegzistirale, pa čak i bile uzajamno uslovljene.

Zavisnost monarha od boga i božjih zapovesti je dovoljno široko postavljeno da osigura njegovu ograničenost i voljom zajednice, baš kao što je i monarhija sama bila zasnovana na narodnom i božanskom mandatu.<sup>6</sup> Ovakvo shvatanje je bilo vladajuće sve dok su nosioci svetovne i duhovne vlasti svoje lične interese mogli da ostvare isključivo saradnjom. Sa dominacijom hrišćanskog pogleda na pitanje legitimiteta vladanja postepeno se uloga naroda smanjivala, što je imalo svoj vrhunac u božanskom pravu apsolutnog monarha.

Na pitanje odakle Francima i ostalim germanskim narodima ideja da uslove vladavine u monarhiji izraze kroz *pactum*, odgovor nesumnjivo mora da upućuje, između ostalog, na Stari zavet. Osnova svih odnosa između boga i njegovog naroda je zavet, sporazum. Tako je npr., Bog sačinio zavet sa Nojem<sup>7</sup> i Avramom.<sup>8</sup> Međutim, U Starom zavetu postoje i primeri sporazuma između kralja i naroda, kojim se utvrđuju uzajamna prava i obaveze i skicira buduće političko ustrojstvo zemlje. Tako, kada je Isus Navin okupio sva plemena Izrailjeva u Sihem, narod je

---

<sup>5</sup> Caenegem, R. V., nav. delo, 174-177.

<sup>6</sup> Kern, F., *Kingship and Law in the Middle Ages* (trans. S. B. Chrimes), Oxford 1939, 5-12. O sakralnom karakteru vladara videti Kantorowicz, E. H., *The King's Two Bodies*, Princeton 1997.

<sup>7</sup> 1 Moj. 9:9-17.

<sup>8</sup> 1 Moj. 17:2-22.



obećao da će služiti Gospodu Bogu, a Isus Navin je učinio zavet sa narodom i postavio mu uredbe i zakone.<sup>9</sup>

Takođe, kada su sve starešine Izrailjeve došle kod cara Davida u Heron, on je pred Gospodom sa njima zaključio sporazum, a oni ga pomazaše za cara nad Izrailjem.<sup>10</sup> Ovo su jasni primeri postojanja obećanja koja su sadržala prava i obaveze između poglavara i podanika. Za srednjovekovne narode, od Svetog pisma nije bilo boljeg autoriteta za prihvatanje sporazuma u definisanju statusa njihovih vladara.

### *Učešće naroda u nasleđivanju prestola*

Ono što je u velikoj meri uticalo na karakter odnosa vladara i podanika u ranom srednjem veku je i način stupanja na tron.<sup>11</sup> Preuzimanje vlasti je bilo praćeno odgovarajućim zakletvama vernosti kralja i njegovih podanika o uzajamnim pravima i obavezama. U varvarskim kraljevinama kralj nije dolazio na presto prostim pozivanjem na lično pravo na nasleđe. Narod (ili neki skup narodnih predstavnika) je imao izvesnu ulogu u uzdizanju monarha, koja je bila između istinskog izbora i prostog prihvatanja već unapred određenog kralja. To znači da je zajednica ipak davala svojevrсни pristanak na prinčevo preuzimanje vlasti, pa makar i pasivnim prisustvom svečanosti njegovog ustoličenja. Važno je primetiti da je pravo na vladanje polagala vladajuća porodica, odnosno da to nije bilo nasledno pravo unapred određenog naslednika. Novi vladar se određuje iz kraljevske porodice, pa najpodobniji nastavlja tradiciju dinastije osim u izuzetnim okolnostima kada na istorijsku scenu iz različitih razloga stupi nova dinastija.<sup>12</sup>

Do preokreta je došlo krunisanjem Pipina Malog, a novina je papin blagoslov. Pipin je zatražio odobrenje pape za svoje ustoličenje, uz prethodnu saglasnost svih Franaka.<sup>13</sup> Kada je papa jednom odobrio ono što su prvaci Franačke

---

<sup>9</sup> Još. 24:24-25.

<sup>10</sup> 2 Sam. 5:1-3.

<sup>11</sup> Ova tema je izuzetno složena, između ostalog jer su brojne državnice nastale na teritoriji nekadašnjeg Zapadnog rimskog carstva imale različitu praksu. Ipak, od velike je važnosti za ispitivanje društvenog ugovora u navedenom periodu da se makar u najkraćim crtama podvuče značaj tog čina.

<sup>12</sup> Kern, F., nav. delo, 12. i dalje.

<sup>13</sup> "Praecelsus Pippinus electione totius Francorum in sedem regni cum consecratione episcoporum et subiectione principum una cum regina Bertradane, ut antiquitus ordo deposcit, sub-

kraljevine sa Pipinom već odlučili, više se nije postavljalo pitanje alternative uspostavljenom legitimitetu vladara. Za Kerna (*Fritz Kern*) je Pipinov izbor revolucija, jer je germanski (laički) princip stupanja na presto zamenjen crkvenim.<sup>14</sup> Međutim, iako smatra da je Kern verovatno najuticajniji autor kada je reč o srednjovekovnoj političkoj misli, Nelsonova (*Janet Nelson*) se ne slaže da je u pitanju nekakav revolucionarni događaj. Ona navodi da ima suviše dokaza o hristijanizaciji Merovinga i franačke aristokratije u 7. i ranom 8. veku da bi se održala tako čvrsta tvrdnja. Prema njenom mišljenju, posebnu pažnju treba obratiti na činjenicu da je 750/751. godine došlo do nastanka zajedničkih interesa franačkog klera i aristokratije i interesa pape.

Naime, 750. godine papa Zaharija se nalazio u teškoj situaciji jer su arijanci Langobardi ugrožavali Rim. Pošto je pomoć mogao da očekuje samo od Franaka, papa je 751. godine odobrio Pipinu krunisanje, uz poziv čitavom narodu da pruži podršku vladaru. Papa Stefan II krunisao je Pipina Malog 754. godine, čime je otvoren put ka stvaranju Papske države, dok su Karolinzi praktično okupili najveći deo hrišćanskog Zapada pod svoju dominaciju. Tako se pokazuje da isprva hrišćanstvo nije bilo neophodno da bi monarh vladao, već se tražilo da je kralj čovek kojeg favorizuje volja naroda; zatim se javlja ideja da vlast dolazi od boga, a vladar se označava kao "činovnik" koji treba da obezbedi pravdu i sigurnost hrišćanskog naroda. Spajanje njegove moći i hrišćanstva bilo je posledica stvarnog stanja stvari, nekih realnih zadataka, pre svih očuvanja teritorije i obezbeđenja mira.<sup>15</sup>

Početak 9. veka nasleđivanje prestola je u većini varvarskih država bilo prihvaćeno kao običajna norma, ali je još uvek postojala jasna svest da je neophodno obezbediti makar neki vid narodnog priznanja novog vladara. Za drugu

---

limatur in regno", *Continuator of Fredegar* (ed. Wallace-Hadrill) 1960, c. 33. p. 102, citirano prema Nelson, J., "Kingship and Empire", *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, 214.

<sup>14</sup> Kern, F., nav. delo, 35-36. Germanski princip stupanja na presto ovaj autor označava terminom "Germanic kin-right". Videti takođe Pirenne, H., *Mohammed and Charlemagne*, 3<sup>rd</sup> ed., New York 1959, 265-274.

<sup>15</sup> Nelson, J., nav. delo, 213-218. Čini se da iako je pravo krvi bilo najznačajniji doprinos germanske tradicije razvoju teorije božanskog prava kraljeva, na početku nije imalo bilo kakve veze sa hrišćanstvom i teokratskim principima. Germanski i hrišćanski elementi će se spojiti tek kasnije i u razvijenoj teoriji božanskog prava legitimitet izveden iz prava krvi se u potpunosti pomešao sa teokratskom formulom monarhijske doktrine. Ali ono što Kern više puta ističe, a što razlikuje legitimitet u ranom srednjem veku i dobu apsolutizma, je vlast dinastije. Podobnost individualnog člana kraljevske porodice da nasledi tron i njegov uspeh u tome zavisio je od brojnih okolnosti, pa i delom od volje naroda, odnosno narodnih prvaka. Kern, F., nav. delo, 13-21.

polovinu 9. veka vezuju se tragovi principa izbornosti, a nastaju i običaji o uslovi-  
ma pod kojima novi poglavar stupa na vlast.

Prilikom ustoličenja Karla Čelavog 876. godine stoji da je izbor učinjen od strane episkopa i igumana, ali se takođe pojavljuje i zapis o uzajamnom obećanju koje su učinili kralj i podanici. Jedni su obećali poslušnost, pomoć, savetovanje i vernost, a kralj se zakleo da će svima obezbediti pravo, pravdu, čast i milost. Izjave da će dobro vladati, koje su davali kraljevi, bile su još značajnije kada nisu bili u pitanju direktni naslednici trona. Karlajl (*Alexander James Carlyle*) navodi primer izbora Bosa Provansalskog 879. godine, kada se pojavljuje nešto vrlo slično formalnoj izjavi uslova pod kojima je kralj izabran. Ovaj autor ističe kako "oseća" da se u konkretnom događaju pojavilo nešto poput ugovora između vladara koji treba da bude izabran i njegovih podanika.<sup>16</sup>

Uprkos stavovima o učešću podanika u određivanju vladara, postoje i mišljenja da je narod isključivo svojim pasivnim posmatranjem davao legitimitet

<sup>16</sup> Boso Provansalski je bio franački plemić čija je sestra bila udata za Karla Čelavog. Sticajem istorijskih okolnosti, Boso Provansalski je od strane biskupa i plemstva regiona oko Rone i Sane bio proglašen (izabran) za kralja mimo legitimnih naslednika iz dinastije Karolinga. Njegovo Kraljevstvo Provansa obuhvatalo je crkvene provincije Arl, Eks, Vijen i Lion (Donja Burgundija). Sličan primer je kada se Gaj III Spoleto (Gvido, ital. verz.) 888. godine na saboru u Paviji samoproglasio kraljem Italije, da bi naredne godine usledilo njegovo formalno krunisanje za kralja od strane pape Stefana V, pa zatim i za cara Svetog rimskog carstva 891. godine. Carlyle, R. W., Carlyle, A. J., *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, vol. 4: The Theories of the Relation of the Empire and the Papacy from the Tenth Century to the Twelfth (Carlyle, A. J.), Edinburgh 1903, 240-245. Takođe, ono što je karakteristično za period Karolinga je da preuzimanje vlasti nije jedini momenat kada se može uočiti sporazumevanje vladara i naroda. Više puta su kraljevi pokušavali da povrate poverenje i red prostim uveravanjem da će očuvati pravo i pravdu, ako im njihovi podanici pruže istinsku pomoć i poslušnost. Tako Karlajl navodi primer da su 851. godine Lotar, Luj i Karlo Čelavi (unuci Karla Velikog) u Mersenu izdali dokument kojim obećavaju da neće obeščastiti niti naneti nepravdu bilo kome lošom primenom zakona, dok su zauzvrat tražili vernost, poslušnost i istinsku pomoć podanika. Ovakvi dokumenti, sa korišćenjem gotovo identičnih reči, pojavljivaće se i u narednom periodu. Isto, 245-248. Najzad, kada se govori o svojevrsnoj izbornosti vladara, treba spomenuti da je ona postojala u ranohrišćanskom vremenu i kod određivanja vođa hrišćanske zajednice, odnosno predstavnika koji će obavljati verske službe. Za njihov izbor je takođe bila potrebna saglasnost članova zajednice. Istinu govoreći, radi se o Apostolskim vremenima, o čemu postoje izvesni zapisi mada su oni veoma skromni. Zbog toga se mora biti jako obazriv prilikom izvođenja zaključaka o uticaju ovakve prakse na političku teoriju, pa čak i na teoriju crkvene politike. Ono što se može bolje primetiti u Novom zavetu, kao i u drugim izvorima o ranim hrišćanskim vekovima, je neformalnost izbora vođa hrišćanskih zajednica pre nego svesna upotreba mehanizma koji će obezbediti svim članovima kao celini odlučujuću ulogu prilikom tog izbora. Videti više Monahan, A. P., *Consent, Coercion and Limit: The Medieval Origins of Parliamentary Democracy*, Leiden 1987, 46-48.

ustoličenju kralja, odnosno da se ne može govoriti o bilo kakvim izborima monarha. Monahan (*Arthur Patrick Monahan*) upućuje na Džona od Solzberija (*John of Salisbury*), kod kojeg se pitanje saglasnosti pojavljuje u raspravi o načinu stupanja na presto. Džon od Solzberija navodi da aklamacija naroda nije potrebna i ističe mesto u Bibliji kada Mojsije ustoličava Jošuu (u srpskom prevodu Biblije Isus Navin) kao vođu jevrejske zajednice. Autoritet Starog zaveta pokazuje da je pristanak naroda adekvatno izražen prostim prisustvom prilikom obavljanja aktivnosti od strane sveštenika. Uloga zajednice je pasivna, primanje na znanje koju je osobu bog već odredio za vladara. Glavni element je volja boga, a ne metod koji bi omogućavao narodu da glasa za nekog budućeg vladara. Iako Džon od Solzberija koristi termine “izbor” i “izabrati” (*election, eligere*), on je pažljivo čitao Stari zavet o tome kako je bog odredio prvog kralja Jevrejima i ponavlja fundamentalni element te procedure: izbor od strane boga. Zbog toga Monahan ističe da je Džonova doktrina stupanja na presto direktno reflektovala njegov stav o sakralnom karakteru kralja i nije moguće dati bilo kakvu drugu interpretaciju koja će biti makar delom saglasna sa nekakvom demokratskom misli.<sup>17</sup>

### *Pravo i otpor*

U ranom srednjem veku nije bilo izgrađenih pravnih sistema pa je odnos između monarha i naroda u značajnoj meri bio obeležen i načinom stvaranja prava.

---

<sup>17</sup> Monahan, A. P., nav. delo, 57-70. Iako se ovde radi o autoru iz perioda koji nije predmet ovog rada, za sticanje šire slike neophodno je ukazati na ovog najistaknutijeg političkog mislioca 12. veka. On je bio jedan od najobrazovanijih ljudi svog vremena i u bliskim vezama kako sa sekularnim kraljevima tako i sa crkvenim velikodostojnicima. Značaj njegove misli ogleda se u shvatanju morala kao kriterijuma ispravnosti vladara. O njegovoj najvažnijoj knjizi *Policraticus (1159)*, čiji se naziv obično ne prevodi ali se smatra da znači *Državnik*, govori se kao o jedinom važnom delu političkog karaktera pre ponovnog pojavljivanja Aristotelove *Politike* u Engleskoj i kao knjizi koja je bila jedna od najuticajnijih u srednjovekovnom pisanju o politici. *Policraticus* pruža uvid u širinu i karakter intelektualnog života tog perioda, uz opis specifičnih moralnih karakteristika koje vladar mora da poseduje. Džon je insistirao da pravo opisuje granicu legitimiteta vladareve moći, tj. da je monarh ograničen pravom iz prostog razloga jer je sredinom 12. veka krenulo ponovno izučavanje Justinijanove kodifikacije, a maksima da je vladar iznad zakona bila mu je dobro poznata. Što se tiče prava na otpor, Džon je savetovao da narod mora da sačuva poslušnost prema vladaru čak i kada je on zao, osim ako njegovi poroci nisu apsolutno pogubni. U tom smislu, rehabilitujući ideje drugog velikog mislioca Manegolda od Lautenbaha (11. vek), u literaturi se obično navodi da se u Džonovoj doktrini prvi put javlja ideja o tiranicidu, tj. opravdanom ubistvu nemoralnog vladara koji se smatra tiraninom. John of Salisbury, *Policraticus* (trans. Cary J. Nederman), Cambridge 1990. Videti i kraću studiju o njegovoj političkoj teoriji Berman, H. J., *Law and Revolution*, Cambridge 2009, 275–287.

U tom periodu vladar nije bio toliko nadređen čoveku, ali je bio podređen pravu. Glavni izvori ograničenja njegove vlasti su bili običaji i hrišćanska ideja da je svaki kralj božji namesnik. Iako su crkva i narod imali drugačije viđenje prava, ono što im je bilo zajedničko je da nije postojalo bilo kakvo posebno "pravo države".<sup>18</sup> Izostajala je i podela između javnog i privatnog prava, a pravo uopšte je obuhvatalo sva individualna prava članova zajednice, uključujući i pravo monarha da vlada. To je za posledicu imalo samoobavezivanje kraljeva putem zakletve da će štiti pravo, jer se na taj način zapravo pružalo i svojevrсно jemstvo sopstvenog prava monarha da vlada. Tako je stvoreno shvatanje da je pravo iznad države, što je i crkva podržavala.<sup>19</sup>

Prema tome, iako su kraljevi u srednjem veku bili uspešni u nametanju svoje volje podanicima, Gof ističe da su post-renesansna teorija apsolutne monarhije i shvatanje zakona kao izraza samovolje monarha bili strani ranoj srednjovekovnoj misli. Pozitivno pravo je smatrano inferiornim u odnosu na prirodno i božansko pravo, ali teško da je i postojala koncepcija pozitivnog prava uopšte u smislu naredbe suverena, kao što ni suverena vlast sama po sebi nije bila definisana. Pravo se u najranijem periodu srednjeg veka teško moglo razdvojiti od običaja, tako da je narod predstavljao njegovu riznicu. Kralj je imao funkciju da objavi zakon, ali nije bilo u njegovoj moći da ga stvara arbitrarno.<sup>20</sup>

Iako u teoriji ograničen pravom, u praksi je izgledalo kao da je monarh apsolutan. Takav utisak je posledica nepostojanja jasnih procedura pomoću kojih je kontrolisano njegovo ponašanje prema pravu. U slučaju sumnje, kao svojevrсни arbitri pojavljivali su se predstavnici zajednice (u smislu nekakvog veća ili slično) ili crkve. Ali nije bilo jasnih pravila kada se zahtevalo njihovo mišljenje.

U redovnim okolnostima smatrano je da su svi monarhovi akti u skladu sa pravom i shvatanjem zajednice o pravdi. Između vladara i naroda nije bilo izražene suprotnosti kakvu srećemo kasnije u teoriji narodnog suvereniteta ili ugovorne vladavine. Monarh govori ustima naroda i oni su podjednako vezani pravom, zajednički ga objavljuju i čuvaju. Sve dok se ne pokaže dokaz da je kralj postupao suprotno pravu, ono što je objavio smatra se da je pravo, baš kao da je objavi-

<sup>18</sup> Stvaranje prava od strane države dobija na zamahu tek u 12. veku. Više o tome Luscombe, D. E., nav. delo, 164-165, Caenegem, R. V., nav. delo, 181-182.

<sup>19</sup> Kern, F., nav. delo, 181-187. Videti Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Beograd 1995, 23.

<sup>20</sup> Gough, J. W., nav. delo, 25-26.

la sama zajednica. Na osnovu svega, može se zaključiti da su pravila o tome kako kralj postiže dogovor o pravu sa zajednicom i u isto vreme sopstvenu harmoniju sa pravom, nejasna i nerazvijena.<sup>21</sup> Sa druge strane, mora se primetiti da je arbitrarnost u praksi, uprkos teorijskim ograničenjima, bila ništa manje zastupljena i od strane same zajednice, što je u velikoj meri posledica feudalnog uređenja i partikularnog karaktera ranog srednjovekovnog prava. U načelu, niko nije previše brinuo o starom pravu, uprkos tome što prema običajnom pravu ono ne može biti anulirano.

Dakle, iako bi u teoriji kralj trebalo da postigne saglasnost sa zajednicom (sa jačanjem uloge hrišćanstva u društvenom životu to uključuje i posebnu crkvenu zajednicu), u praksi nije bilo lako odrediti koji su to slučajevi kada je neki akt monarha možda u suprotnosti sa individualnim pravima, a još manje jednostavno ubediti moćnog vladara u kom smislu on može povrediti svoju obavezu pribavljanja mišljenja ili saglasnosti.<sup>22</sup>

Najzad, kada je državni poglavar postupao na način kojim se ugrožavalo nečije individualno pravo, isticano je pravo na otpor. Ono je oduvek imalo značajnu ulogu u odnosu vladara i naroda i pre upliva crkvenih teorija bilo je deo germanskih "ustavnih" ideja. Germanski narod se vrlo često pozivao na svoje pravo da napusti nepodobnog kralja. Pored nezakonitog ponašanja, razlog je pronađen u nedostatku mentalnog kapaciteta, političkoj nesposobnosti ili manjku nekog drugog osnova legitimiteta. Čak i loša žetva ili neki vojni neuspeh su prema uobičajenom mišljenju opravdavali ili zahtevali napuštanje kralja.

Ipak, formalna pravna procedura nije postojala; ljudi su jednostavno ispoljavali neposlušnost i zahtevali drugog monarha. Jedino je određivanje novog kralja bilo praćeno nekakvom formalnom procedurom. Sa druge strane, iako su motivi za otpor u većini slučajeva bili diskutabilni, duboko je bilo ukorenjeno opšte

---

<sup>21</sup> Narod može učestvovati u vladavini davanjem prećutne saglasnosti, kada vladar upravlja formalno samostalno, tj. apsolutistički u formi ali ne i u sadržini; drugi način je savet i saglasnost (kada poglavar mora da se konsultuje ili čak dobije formalnu saglasnost od predstavnika naroda okupljenih u nekakvom savetu ili telu drugog naziva); treći način je da u slučaju spora sud kaže šta je pravo i na koji način monarh treba da se upravlja. U današnjoj ustavnoj državi tačno se zna za šta je država već pribavila saglasnost donošenjem ustava, šta može samostalno da uradi i kakve propise može da donosi. Za druga pitanja je potrebno izjašnjavanje naroda na referendumu. Ništa od ovoga nije bilo određeno ili definisano u ranoj srednjovekovnoj državi.

<sup>22</sup> Kern, F., nav. delo, 187–194.

ubedeње da dužnost zajednice na vernost nije bezuslovna. Niko nije sumnjao da svako ima pravo da pruži otpor ukoliko je vladar audio njegovim pravima. Ovakva srednjovekovna ideja prava na otpor se, prema Kernu, nalazi u osnovnoj pravnoj ideji germanskog naroda: odanost, vernost. Podanik je dugovao svom vladaru ne toliko poslušnost koliko vernost (poslušnost se dugovala bogu), a ona je recipročna i sadrži implicitni uslov da će biti poštovana dokle god druga strana održi svoje obećanje.<sup>23</sup>

U literaturi se može pronaći i drugačije mišljenje. King smatra da je slavno germansko pravo na otpor fikcija, iako je nesumnjivo da je otpor, koji je bio čest, ponekad bio utemeljen na principijelnom i načelnom ubedeњу da se vladar ne ophodi prema podanicima na ispravan način.<sup>24</sup> Međutim, ako su ovakve “narodne” ideje i postojale kod Germana u varvarskim kraljevinama, King tvrdi da su one brzo iščezle prihvatanjem hrišćanstva. Hrišćanska ideologija vladavine je bila u suprotnosti sa populističkim idejama i za nepravednog vladara je umesto svetovne predviđala božansku sankciju.<sup>25</sup>

Ipak, iako su Kingovi navodi istorijski potvrđeni, treba primetiti da se pomenuta promena desila tek nakon definitivnog učvršćivanja uloge crkve u uzdizanju novog vladara (krunisanje Pipina Malog). U prvom periodu nije bilo sukoba između svetovne i duhovne vlasti, a monarh je bio podređen kako zemaljskim običajima tako i božjim zakonima. Ako se ovome još pridoda pomenuto shvatanje da svako ima pravo da se usprotivi nekom aktu monarha kojim on krši njegova individualna prava, čini se da je pravo na otpor, u nekom svom posebnom značenju koje je posledica opštih društvenih okolnosti u kojima je egzistiralo, itekako imalo smisla.

Značajan događaj u vezi sa srednjovekovnim pravom na otpor desio se kao posledica sukoba pape Grgura VII i nemačkog cara Hajnriha IV. Klinijevski pokret koji se javio u 10. veku dobijao je na značaju. Zahtevi da se povrati narušeni ugled crkve, da se učvrsti crkvena disciplina i zabrani svetovnim vladarima

---

<sup>23</sup> Isto, 85. i dalje. Videti takođe Canning, J., *A History of Medieval Political Thought*, Taylor & Francis e-Library, 2003, 63

<sup>24</sup> Na primer kada su Ostrogoti napustili kralja Teodada 536. godine. Videti više Vittielo, M., *Theodahad: A Platonic King at the Collapse of Ostrogothic Italy*, Toronto 2014.

<sup>25</sup> King, P. D., “The Barbarian Kingdoms”, *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, 150–151.



da vrše investituru, u načelu su naišli na odobravanje kod dela evropskih vladara. Razlog je bio krajnje praktičan: klinijevci su se zalagali i za jaku vlast monarha smatrajući je nužnom za borbu protiv seljačkih ustanaka i samovolje feudala. Glavni nosilac pomenutih ideja u drugoj polovini 11. veka bio je Hildebrand, od 1073. godine papa Grgur VII. Reforme koje je uveo novi papa naišle su na otpor Hajnriha IV koji je i dalje želeo da zadrži kontrolu nad postavljanjem crkvenih velikodostojnika. Sukob je postajao sve žešći pa je Hajnrih sazvaio koncil u Vormsu 1076. godine na kojem je zbacio papu.

Međutim, papa je tada na Hajnriha udario kaznom izopštenja iz crkve, što je zbog velikih nemira koji su vladali za cara bilo pogubno. Zbog toga je već sledeće godine u Kanosi zatražio i dobio oprostaj od pape, mada su se sukobi nastavili sve do Vormskog konkordata 1122. godine kada je postignut kompromis. U svakom slučaju, od momenta kada je papa, sticajem istorijskih okolnosti, pozivajući se na svoje duhovno vođstvo samostalno proglasio da je car nepodoban da vlada, postalo je veoma teško razlikovati germansku teoriju prava na otpor od crkvene. Dok je kod prve nedostajalo pravnih formi i metoda, uz nesigurnu poziciju između prava i sile, druga je već uveliko bila dostupna.

Crkvena teorija otpora proizlazi iz stava da u slučaju sukoba između prava koje je stvorio vladar i božjeg prava, narod ima mogućnost da izrazi svoje nezadovoljstvo ponašanjem monarha i da mu otkáže vernost. Najradikalniji potez povukao je papa Grgur VII koji je svečano proglasio slobodu od carevih zapovesti, što je presedan jer je monarh svrgnut od pape (suprotnih primera je do tada već bilo).

Ipak, i takve odluke su smatrane deklaratornim jer je car zgrešio i zbog toga je sam poništio svoje pravo da vlada. Ovde je posredi rađanje jednog novog razdoblja u kojem je postepeno došlo do velikih sukoba između papa i careva, što je potpuno suprotno periodu u kojem su nosioci svetovne i duhovne vlasti saradivali. To je period u kojem se pojavljuje nova tehnika stvaranja prava, sve je više pisanog prava koje se zasnivalo na Justinijanovoj kodifikaciji, državna vlast se učvršćuje i ideje društvenog ugovora dobijaju drugačiji smisao i značaj. Između ostalog, zastupnici apsolutne monarhije, među kojima je sigurno bilo i protivnika pape Grgura VII u samom crkvenom kleru, ukazivali su na odredbu Justinijanove kodifikacije da je transfer moći sa naroda na monarha nepovratan. Čak su se i po-



zivali na zaboravljeni dekret koji je navodno doneo papa Lav VIII, u kojem je takva norma potvrđena od strane crkvene vlasti.<sup>26</sup>

Ipak, imajući u vidu sukobe u 10. veku, vrlo je moguće da je jedan takav dekret papa objavio samo da bi pridobio naklonost rimsko-nemačkog cara Otona I Velikog. Sa druge strane, u 11. veku bilo je gotovo nezamislivo da se teološke premise mogu pobiti na ovaj način. Čak i da je narod nepovratno preneo svoju vlast, to ne sprečava papu da interveniše protiv nepravednog poglavara.

Pravo crkve da se umeša u svetovna pitanja nije uništeno pomoću *Lex Regia*; *Lex Divina* je bio superiorniji u odnosu na bilo koji ljudski zakon. Tako su zastupnici apsolutizma i prevlasti svetovnog poglavara, iako će to zvučati paradoksalno, uveli ponovo pojam narodnog suvereniteta. Oko njega će nastati teorija koja će tek u 18. veku, sa jačanjem značaja rasprava o osnovu vladanja, biti upere-na protiv onih koji su prvobitno na taj pojam ukazivali.

### ZAKLJUČAK

Ideja vladanja na osnovu ugovora u srednjovekovnom pravu nije bila nepoznata od ranije.<sup>27</sup> Ipak, sa njenim značajem ne sme se preterivati na štetu drugih obeležja ranog srednjeg veka. Vernost kralju se ponekad upoređivala pa čak i identifikovala sa zakletvom vernosti koju je davao vazal svom sizerenu. Iako to nije značilo da je odnos podanika i vladara u potpunosti feudalizovan, navedeni odnosi su shvatani na sličan način.

Svako je u obavezi da čuva pravo, kako feudalac tako i monarh. Poglavari koji krši "objektivno" pravo istovremeno uništava i svoje sopstveno pravo da upravlja.<sup>28</sup> Osuda zajednice, odmetništvo pojedinaca bez bilo kakvog pravnog procesa, određivanje novog kralja i drugi postupci koji su bili deo srednjovekovnog prava na otpor imali su samo deklaratorni karakter. Gubitak prava na vladanje označeno je samim momentom kada je kralj prekoračio granice prava i suštinski abdicirao. Onaj ko prekrši subjektivna prava drugih, stavlja sebe izvan pravnog poretka i biva lišen prava da traži zaštitu svojih subjektivnih prava. Zbog

<sup>26</sup> Videti više Kern, F., nav. delo, 117.

<sup>27</sup> O idejama društvenog ugovora u antici videti Jovanov, I., "Koreni ideje društvenog ugovora", *Pravni život*, Beograd 12/2016, 425–439.

<sup>28</sup> Pojam "objektivno pravo" može se upotrebljavati samo uslovno. Kao što je već rečeno, imajući u vidu sve okolnosti ranog srednjeg veka, ono je suštinski predstavljalo skup subjektivnih prava svakog pojedinca.

toga što nije postojalo bilo kakvo posebno pravo koje je štitilo poglavara, ovo se odnosilo podjednako na svakog člana zajednice, uključujući i monarha. Iz ovoga proizlazi da nije potrebno uvesti ideju ugovora da bi se objasnilo pravo na otpor u ranom srednjem veku.

S druge strane, ne treba ni feudalni društveni poredak precenjivati, kako to čini Figis. Prema ovom autoru, ugovorna teorija je mogla da nastane samo u društvu u kojem je pravo nastalo induktivnim putem, odnosno gde je privatno pravo prethodno u odnosu na javno pravo i postojanje države. Zbog toga se ugovorna teorija, smatra Figis, zasniva na srednjovekovnom, a ne na modernom svetu Bodena ili Hobsa čije su teorije o vladavini apstraktne, deduktivne i izvedene od generalne ideje o neophodnom autoritetu.<sup>29</sup> Čini se da je održiva tvrdnja da je ideja vernosti, sa uzajamnim obavezama kralja i podanika i pravom na otpor, dobila svoj najkompletniji izraz u feudalnom pravu. Ali ona je već postojala, a samo njena pojedina obeležja su posledica uticaja feudalizma.

Tako je, na primer, nedefinisano pravo na otpor po pravu zemlje vremenom dobilo svoju pravnu formu kroz neki vid sporazuma. Uskraćivanje pravde od strane sizerena, prema tom dogovoru, davalo je za pravo vazalima da podignu feud protiv njega i *bellum iustum* se obično završavao novim "ugovorom" koji je oličavao pobjednika u sukobu.<sup>30</sup>

Po svemu sudeći, izgleda da je pojam vernosti najčešće korišćen u pokušajima da se definiše veza između kralja i naroda u ranom srednjem veku, a zaključak koji pisci izvode je vrlo blizak ugovornoj teoriji i pravu na otpor. Ipak, čini se da vezu vernosti ne bi trebalo prosto označiti kao ugovor. Fundamentalna ideja polazi od vernosti prema pravu. Ako kralj prekrši pravo on istovremeno gubi sva ovla-

---

<sup>29</sup> Figgis, J. N., *Political Thought from Gerson to Grotius: 1414-1625*, Kitchener 1999, 13.

<sup>30</sup> Kada već dođe do narušavanja odnosa poverenja, zbacivanje monarha je bilo, po pravilu, problematično. Ilustrativan primer je svrgavanje Ludviga Pobožnog (Luj I). Nadbiskup rejmski Ebo predsedavao je crkvenim sinodom na kojem je izdato saopštenje sa svim greškama koje je car učinio. Kod izvođenja zaključaka u vezi sa ovim konkretnim događajem (a i sa mnogim drugim) treba biti veoma oprezan, jer je među decom cara bilo jako puno sukoba oko podele teritorije. Nakon bitke vojske najstarijeg Lotara i samog Ludviga, usledila je smena na prestolu. Pošto je svrgnuti car trpeo velika poniženja, podigla se pobuna dela plemstva, tako da je Ludvig ponovo stupio na tron samo godinu dana kasnije. To ukazuje da su prilike bile vrlo nestabilne i veliko je pitanje koliko su razlozi za zbacivanje u svakom konkretnom slučaju zaista bili opravdani. Obnarodovanje da su očekivanja izneverena predstavljalo je osnov za određivanje novog vladara, ali je to suštinski najčešće bila čista borba za vlast i teritorije. Sa druge strane, iako na početku ranog srednjeg veka to nije bio slučaj, izgleda da je tokom vremena putem običaja došlo do uspostavljanja nekakve (makar neformalne) procedure za uklanjanje nepodobnog vladara.

šćenja prema svom narodu, jer samo lojalan monarh može imati lojalne podanike. Tako se pokazuje da je pomenuti zaključak prilično kreativan i dolazi iz želje da se ponudi jasno objašnjenje relativno neobičnog i zanimljivog historijskog perioda u kojem su vladale tenzije vrlo različitog karaktera.

Suživot kralja i njegovog naroda je bio zasnovan na zajedničkom shvatanju o uzajamnim pravima i obavezama, pravdi, pravičnom postupanju i veri u boga. Učestvovanje u vlasti, u jednom momentu ogromne Franačke države sa izuzetno raznolikom strukturom stanovništva, učinilo je vernog čoveka, ateistu i sveštenika sličnim: samosvesnim političkim učesnicima i čuvarima mira. Zbog toga Gof tvrdi da ugovorni princip po kojem su Franački kraljevi stupali na tron nije bio društveni ugovor koji je objašnjavao formu društva. Izbor i svečane ceremonije ustoličenja srednjovekovnih poglavara, shvatanje prava kao preteče države, primeri sporazuma iz Biblije, interpretacija rimskog prava koja izvor političkog autoriteta pronalazi u narodu, davalo je povoda da se s vremena na vreme spomene termin ugovor (*pactum, foedus*).

Ipak, Gof izričito navodi da ovo ne treba shvatiti kao teoriju društvenog ugovora, pa čak teško i kao ugovor o vladanju na način kako se to činilo u periodu renesanse i kasnije. Takav stav deli i Kern ističući kao grešku pretpostavku da je formula ugovora bila uobičajena između 7. i 11. veka. Ali, ideja je očigledno bila živa u tom vremenu i spremna da se u narednom periodu razvije u klasičnu političku teoriju. Političke povelje koje su dom društvenog ugovora će tek biti napisane. Borba za prevlast između pape i cara stimulisace nastanak političke literature u kojoj će ugovor o vladanju imati posebnu ulogu, da bi u svom punom potencijalu i u skladu sa društvenim uslovima 16. i 17. veka predstavljao protivnapad na stav o apsolutnoj vlasti monarha. Tada se teorija prava naroda, sadržana u teoriji društvenog ugovora, oštro suprotstavila teoriji božanskog i apsolutnog prava vladara.

Zbog toga, iako mnoga obeležja sugerišu da je ugovor bio osnov vladanja u ranom srednjem veku, čini se da nije pružao legitimitet vlastodržcima na način kako je to bilo u kasnijem periodu. Iako se udruživanje pojedinaca pomoću kvazi društvenog ugovora u značajnoj meri obavljalo u skladu sa pravilima hrišćanske vere, ono je, po svemu sudeći, više bilo diktat razuma no samog hrišćanstva. Zbog toga je verovatno i bliže istini objašnjenje da se radilo o praktičnom instrumentu regulisanja postojećih društvenih odnosa.

ILIJA JOVANOV,  
Assistant, Faculty of Law  
University of Novi Sad

ASSOCIATION OF SUBJECTS AS A DICTATE OF REASON  
– Tracing social contract in early medieval thought and social praxis –

Summary

The social contract theory reached its full development in 18<sup>th</sup> century. Nevertheless, some of its elements could be traced in earlier times. The aim of this work is to examine traces of social contract theory in early medieval period. The most used term to describe relationships between the kings and the subjects at that age is faith. Some authors even identify faith with contract as a legitimate basis of government. Still in those turbulent times, merger was a reasonable thing to do, and some sort of understanding between the parties was a dictate of reason. Although many features suggests that contract was a basis of ruling in early middle age, it is more likely that an agreement between the ruler and the people was a practical instrument of regulating the current social relations instead of providing legitimacy to the rulers as it was in the later period.



MIRJANA DOKMANOVIĆ

## ŠTA ZDRAV RAZUM MOŽE DA UČINI ZA LJUDSKA PRAVA

### U V O D

Naslov ovog rada je parafraza naslova studije Srđana Prodanovića<sup>1</sup> (2017) “Šta zdrav razum može da učini za društvenu teoriju?”. Baveći se fenomenologijom i pragmatizmom, ovaj autor razmatra neopragmatičko shvatanje zdravog razuma kao nužnog polazišta saznanja u društvenim naukama. Prodanović<sup>2</sup> zaključuje da je odnos zdravog razuma i društvenih nauka dvostruko kritički.

Prva grupa kritika predstavlja konvencionalne opšte pojmovne apstrakcije o većem skupu konkretnih fenomena, koje su objektivno proverljive kroz praktičnu verifikaciju unutar uže naučne zajednice.

Drugu grupu čine zastupnici ideja redeskripcija nastalih na temelju partikularnih zdravorazumskih pojmovnih inovacija čija se opštost postiže praktičnom verifikacijom unutar društva kao celine. Iako su po mnogo čemu različite, ove dve kritike se, prema ovom autoru, ujedinjuju u tome što osporavaju i sprečavaju dominaciju kvaziteorijskog utemeljenja društvene stvarnosti.

---

Dr Mirjana Dokmanović, naučna saradnica Instituta društvenih nauka, Beograd.

<sup>1</sup> Prodanović, S. (2017). *Šta zdrav razum može da učini za društvenu teoriju?: ka pragmatičnom shvatanju prakse*. Beograd: Institut za filozofiju i društvenu teoriju.

<sup>2</sup> Op. cit., str. 232.

Prema Prodanoviću<sup>3</sup>, zdrav razum je dovoljan “kognitivni resurs” za regulisanje prakse, odnosno političkog, društvenog i svakodnevnog života. U odnosu na društvenu teoriju, tretira se kao komplementarni oblik znanja koji su deo jednog istog skupa kognitivnih alata putem kojih ulazimo u interakciju sa društvenim i prirodnim okruženjem<sup>4</sup>. Predmet rada je preispitivanje ovog postulata u oblasti međunarodnog prava ljudskih prava. Cilj rada je analiza korišćenja razuma kao kognitivnog i pragmatičkog resursa za realizaciju ljudskih prava.

Potreba za promišljanjem realizacije normi ljudskih prava iz perspektive prirodnog prava, odnosno morala, pravde i razuma, postaje sve izraženija. Od usvajanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima 1948. godine, zaštita i unapređenje ljudskih prava su u fokusu Ujedinjenih nacija i brojnih drugih međunarodnih i regionalnih organizacija (Savet Evrope), kao i supranacionalnih tvorevina kao što je Evropska unija. Posledično, razvile su se generacije ljudskih prava i formirao se širok dijapazon međunarodnih i regionalnih normi i standarda ljudskih prava u svim oblastima javnog života. Brojne međuvladine organizacije, kao što je Međunarodna organizacija rada i Interparlamentarna unija, bave se unapređenjem standarda ljudskih prava u oblastima svog delovanja i nadziru implementaciju tih standarda od strane država.

Uprkos razvoju međunarodnog prava ljudskih prava i proboju zahteva za poštovanjem standarda ljudskih prava, zahuktala produkcija normi ljudskih prava, pretočena u hiperprodukciju nacionalnih pravnih normi, nije u očekivanoj i srazmernoj meri doprinela zaštiti i dobiti uživaoca tih prava<sup>5</sup>.

Naprotiv, oni su često žrtve kršenja svojih osnovnih prava i sloboda, a mehanizmi zaštite su po pravilu neefikasni i neadekvatni. Umesto prosperiteta i blagostanja, savremeni svet na početku 21. veka karakterišu masovna kršenja ljudskih prava u vidu rasta siromaštva, prekarijata, nasilja, oružanih konflikata, terorizma, diskriminacije žena i manjinskih grupa, eksploatacije ženske i dečje radne snage, trgovine ljudskim bićima, uništavanja prirodnih resursa i zagađivanja hrane, vode i životne sredine. Međunarodno pravo ljudskih prava gubi svoj

<sup>3</sup> Op. cit., str. 13.

<sup>4</sup> Op. cit., str. 14.

<sup>5</sup> Dokmanović, M. (2017). “Žrtve kršenja ljudskih prava između hiperprodukcije normi ljudskih prava i pravde: globalni i lokalni kontekst”, knjiga apstrakata, Osmo godišnja konferencija Viktimološkog društva Srbije, Žrtve između bezbednosti, ljudskih prava i pravde: lokalni i globalni kontekst, 30.11. - 01.12.2017, str. 38-39, <http://vds.rs/File/KnjigaApstrakata2017Final.pdf>

autoritet kao postulat koji obezbeđuje zaštitu i poštovanje ljudskog dostojanstva svih ljudskih bića po načelu ravnopravnosti i nediskriminacije.

Polazište rada je u tezi da razum može i treba da pruži čoveku ključ za rešenje svih individualnih i opštih problema, kako je to ističe Džon Lok<sup>6</sup>. Uvažavamo i Šicovu (Schutz) hipotezu<sup>7</sup> da, ukoliko želimo da imamo ozbiljnu društvenu nauku, potrebno je da se fokusiramo na zdravorazumsku zalihu znanja koju zatičemo u svakodnevnom životu, s obzirom da predstavlja osnovu svakog oblika društvenog delovanja. Ova oblast je bitna, jer van nje sistemi objašnjenja u društvenim naukama gube na svojoj intersubjektivnosti, a time i na naučnoj validnosti.

U radu se izraz razum koristi prevashodno kako je definisan u filozofiji i nauci kao viša duhovna moć saznavanja i sposobnost logičkog i kritičkog razumevanja, mišljenja i prosuđivanja. Pod izrazom zdrav razum podrazumeva se skup vrednosti koji ljudi smatraju ispravnim i mudrim, zasnovanim na zajedničkom znanju.

#### RAZUM, FILOZOFIJA I PRAVO

S obzirom da čovek stvarnost i svet oko njega saznaje umom i opažajima, odnos ove dve kategorije je permanentno u žiži rasprave filozofa<sup>8</sup>. Imajući u vidu opsežnost filozofske misli u pogledu ove problematike, u ovom delu rada predstavlja se samo siže filozofskih stavova bitnih za predmet i cilj ovog rada.

Razmatrajući pitanje izvora saznanja, za Heraklita i Demokrita su jedino racionalne spoznaje prave, za razliku od opažajne. Sokrat ističe da čoveka određuje um, a ne opažaj; mera svega je umni uvid.

Prema Platonu predmet umovanja je prava stvarnost (svet ideja), dok je predmet opažanja prolazna stvarnost (svet pojava). Stoici ističu da je spoznaja moguća, jer je ljudski um deo svetskog uma. Toma Akvinski i drugi skolastičar-

---

<sup>6</sup> Lok, Dž. (1962). *Ogled o ljudskom razumu*. (pred. Petrović, G.). Beograd: Kultura, str. lxxv.

<sup>7</sup> Prema: Prodanović, S. (2017). *Šta zdrav razum može da učini za društvenu teoriju?: ka pragmatičnom shvatanju prakse*. Beograd: Institut za filozofiju i društvenu teoriju, str. 101.

<sup>8</sup> Braun, S. (ur.). (2008). *Istorija filozofije. Tom 2. Helenistička i pozna antička filozofija*. (prev. P. Milidrag), Beograd: Plato Books; Braun, S. (ur.). (2008). *Istorija filozofije. Tom 3. Srednjovekovna filozofija*. (prev. P. Milidrag), Beograd: Plato Books; Braun, S. (ur.). (2008). *Istorija filozofije. Tom 4. Renesansa i racionalizam sedamnaestog veka*. (prev. P. Milidrag), Beograd: Plato Books; Braun, S. (ur.). (2008). *Istorija filozofije. Tom 5. Britanska filozofija i doba prosvetiteljstva*. (prev. P. Milidrag), Beograd: Plato Books.



ri srednjovekovne hrišćanske filozofije smatraju da je um podređen veri, a istina uma ne može protivrečiti istini objave. Đordano Bruno i drugi filozofi renesanse odbacuju sve službene autoritete, smatrajući da jedini autoritet treba da bude razum i slobodno istraživanje. Racionalističko gledište Dekarta i drugih filozofa racionalista je da je čovek misaono biće, te da samo razum može odrediti ono što je istinito. Zdrav razum nije samo nadležnost učenih, već je, kako ovaj filozof primećuje, najbolje raspodeljena stvar na svetu.

Suprotno Dekartovom dualizmu koji razlikuje dve supstance, duh i telo, Spinoza zaključuje da je supstanca nužno jedna. To je stvar koja postoji a da joj za postojanje nije potrebna nijedna druga stvar. Prema njegovom viđenju, to je Bog ili priroda, čiji je čovek deo. Najveća sreća čoveka leži u usavršavanju razuma i razumevanju Boga odnosno prirode. Dobro i zlo su relativni pojmovi i spadaju u proizvode razuma, a čovekov je zadatak da pomoću razumskog saznanja savlada svoje afekte.

Prema Loku, utemeljivaču gnoseologije, proučavanje ljudskog razuma treba da prethodi svakoj drugoj njegovoj upotrebi u filozofiji i nauci, no razum treba prvo upotrebiti za ispitivanje sopstvenih spoznajnih sposobnosti. S druge strane, Hjum odriče svaku mogućnost spoznaje i smatra da razum nije dorastao da ljudima bude vodič u životu. Podstaknut Hjumovim skepticizmom, Kant<sup>9</sup> kritički preispituje sam um i razmatra postavljanje mogućnosti i granica vlastitog uma kritikom. On zaključuje da je razum jedini način spoznaje. Time čovek dospeva u središte spoznaje.

U Kantovoj filozofiji, razum je pojmovna i niža, drugostepena moć spoznaje u poređenju sa umom, koji operiše idejama. Po Kantu, razum sa čulima predstavlja izvor iskustvenog saznanja, dok je delatnost uma upravljena na ujedinjavanje i oformljavanje tog saznanja<sup>10</sup>. Po njemu, pravo spada u oblast praktičnog, a ne kritičkog uma, gde spadaju sva saznanja *a priori*. Nasuprot Kantu, Hegel ne veruje u nemogućnost spoznaje stvari takva kakva je po sebi i smatra da je um u osnovi i biti svega. Za njega, ono što je umno, to je stvarno.

Imajući u vidu predmet i cilj ovog rada, posebno je značajno istaći Kantov etički formalizam. Čisti um je, prema njemu, sam za sebe praktičan, može da pruži *normu* za delovanje i daje čoveku opšti zakon koji naziva *moralnim zakonom*. Moralni zakon, međutim, ne samo zapoveda, već i *kategorički* zapoveda. Prema

<sup>9</sup> Kant, I. (1979). *Kritika praktičkog uma*. (prev. Basta, D.). Beograd: BIGZ.

<sup>10</sup> *Mala enciklopedija Prosveta*, 2. Beograd: Prosveta, str. 410.

Kantu<sup>11</sup>, um je nepodmitljiv i na što god nas navodile naše naklonosti, uvek ćemo ga naći u sebi, makar ga nećemo uvek i poslušati. To je glas uma koji traži kategorički da načelo koga se držimo bude takvo da ga i drugi mogu prihvatiti.

Moralni imperativ stoga neposredno nalazimo u sebi kao apriorni zahtev našeg uma, a moralno dobro je ono delovanje koje je nastalo iz osećanja poštovanja prema moralnom imperativu: “*Radi tako da maksima tvoje volje može istovremeno da važi kao princip opšteg zakonodavstva.*” Ovaj *moralni zakon u nama*, pored *zvezdanog nema iznad nas*, Kant neposredno povezuje sa svešću o svojoj egzistenciji. Stoga “nauka predstavlja uzana vrata koja vode do učenja o mudrosti, ako se pod njim ne podrazumeva samo ono što čovek treba da čini nego ono što učiteljima treba da služi kao putokaz da put ka mudrosti, kojim svako treba da ide, dobro i jasno prokře i druge osiguraju od stranputica”<sup>12</sup>.

S obzirom na imperativ ovog moralnog zakona, Kant slobodu ne shvata u smislu proizvoljnosti. Naprotiv, ljudsko postupanje mora biti nečim određeno i vođeno, a za ljudsku slobodu je presudno čime je ono određeno. Za slobodu čoveka, koji je umno biće, presudno je da li se ono određuje sopstvenim principima koji proizilaze iz njega kao umnog bića, ili tuđim principima i uzrocima koji postoje van njega ili u njemu samom kao prirodnom, nagonском biću<sup>13</sup>. Sloboda čoveka je stoga u suštini podređivanje sebe kao prirodnog bića zakonu koji smo sami sebi propisali kao umna bića. Kant primećuje da sloboda kao opredeljivanje isključivo moralnim principom nikada nije u stvarnom ljudskom postupanju u potpunosti prisutna, s obzirom da se čovek opredeljuje i pod drugim uticajima kao što su sklonosti i čulne želje. Ipak, svi mi osećamo u sebi zahtev da treba da se opredeljujemo prema moralnom principu.

O pravu se mogu potaviti ista osnovna filozofska pitanja kao i o svetu, odnosno uopšte postojećem, s obzirom da je i pravo deo sveta. Odgovor na filozofska pitanja o svetu nije samim tim i odgovor na ista takva pitanja o pravu, pošto ono može da se razlikuje od sveta u celini<sup>14</sup>. I pored toga što pravo ne mora da ima istu prirodu kao svet u celini, svako veliki filozofski sistem se proširio i na pravo.

---

<sup>11</sup> Kant, I. (1984). *Kritika čistoga uma*. (prev. Sonnenfeld, V.). Zagreb: Nakladni zavod Matice Hrvatske.

<sup>12</sup> Op. cit., str. 176.

<sup>13</sup> OP. cit., str. 15.

<sup>14</sup> Lukić, R. (1983). *Metodologija prava. 3. izdanje*. Beograd: Naučna knjiga, str. 51.

Prirodno pravo se razvijalo od učenja antičkih mislilaca i kretalo se oko suprotnosti između prirode i propisivanja. Prirodno pravo srednjeg veka se baziralo na suprotnosti između božanskog i ljudskog prava, a prirodno pravo novog veka oko suprotnosti između pravne prinude i pojedinačnog uma<sup>15</sup>. Prirodno pravo polazi iz tvrdnje da je preče nego pozitivno pravo, jer s obzirom da proizilazi iz prirode, božje volje ili razuma, ima apsolutno važenje. Pozitivno pravo, dato istorijom i odnosom snaga, je nesavršeno, dok je prirodno pravo savršeno, jer se zasniva na razumu i prirodi<sup>16</sup>. Njegovi osnovni vrednosni sudovi, priroda, otkrovenje i um, su opštevažeći i nepromenljivi.

U rimskom pravu, *ius gentium* je predstavljalo pravo koje je zajedničko svim ljudima, jer je u skladu sa prirodom i razumom. Za razliku od ovog *ius naturale*, *ius civile* je označavalo pravo svojstveno jednom narodu. Za rimske pravnike prirodno pravo je svojstveno ne samo ljudskom rodu nego i svim živim bićima i nepromenljivo je, za razliku od civilnog prava, koje je podložno promenama. O značaju razuma u rimskom pravu govori činjenica da je za srednjovekovne komentatore rimsko pravo bilo pisani razum (*ratio scripta*). Ciceron je isticao da je *domina omnium et regina ratio*, kao i da razum vidi i uzrok i posledice stvari (*ratio et causas rerum et onsecutiones videt*). Razum uči i pokazuje šta bi trebalo činiti, a šta izbegavati. Za rimske pravnike *ratio est radius divini luminis* i *non clauditur loco*. Pravo je neposredno povezano sa razumom i moralom, jer *nihil quod est contra rationem est licitum*.

Prirodno pravo postoji kao neka vrsta produžetka izvesnih tendencija razvoja iskustvene stvarnosti i njihovog zaokruživanja u jednu skladnu celinu<sup>17</sup>. Ljudski um ne može da stvara pravo niti da ga *a priori* sadrži, nego ga samo otkriva kako postoji u prirodi na osnovu iskustvenog saznanja. Ideja prirodnog prava stoga leži duboko u čoveku i narodu, iako ne postoji svest o njoj.

Prirodno pravo ipak ima svoje manjkavosti, prvenstveno u vidu nedostatka konkretnih normi koje se mogu upotrebiti u praksi, na primer u imovinsko-pravnim odnosima.

S druge strane, ogroman je značaj prirodnog prava u moralnom korigovanju pozitivnog prava i postavljanju pravnog okvira u granice morala i pravde. U

<sup>15</sup> Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. (prev. Guteša, D.) Beograd: Nolit, str. 26.

<sup>16</sup> Stanojević, O. (1986) *Rimsko pravo*. Beograd: Nomos, str. 82.

<sup>17</sup> Živanović T. prema: Lukić, op.cit., str. 57.

tom pogledu prirodno pravo je od izuzetnog značaja za formulisanje i primenu normi kojima se štite i primenjuju ljudska prava.

## RAZUM I MEĐUNARODNO PRAVO LJUDSKIH PRAVA

Savremena ljudska prava nalaze svoje utemeljenje u prirodnom pravu zasnovanom na razumu kako je to naznačeno kod Cicerona, Grocijusa, Rusoa i Džona Loka<sup>18</sup>. Za razliku od Lajbnica i Hobsa, koji smatraju da prirodno stanje odlikuje nejednakost i borba među ljudima, Lok<sup>19</sup> (1962) je suprotnog mišljenja. Prema njemu, prirodno stanje je jednakost među ljudima, a država mora da potvrdi to prirodno stanje i garantuje život, slobodu i vlasništvo. Štaviše, Lok opravdava pravo naroda da oduzme vlast vladaru koji ne poštuje prirodno pravo.

Prema idealističkoj koncepciji, ljudski razum spada u materijalne izvore prava. Pored razuma, u ove društvene činioce koji su doveli do nastanka određene norme spadaju težnja za pravdom, klasna borba, opšti interes, Božja volja, konkretne potrebe i interesi države itd. Po svojoj prirodi razum je sličan osećaju pravednosti i savesti, s obzirom da se radi o urođenim svojstvima ljudskog bića.

Posredno, razum je izvor i međunarodnog prava ljudskih prava. Član 38.1.d Statuta Međunarodnog suda pravde navodi doktrinu (pravnu nauku) kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila. Stavovi pravne nauke iako nemaju obaveznu snagu, u praksi mogu doprineti usvajanju nekih novih rešenja i izgradnji novih instituta, ako se pokažu kao *razumno*, korisno i prihvatljivo rešenje<sup>20</sup>. Imajući u vidu da su međunarodni ugovori glavni izvori međunarodnog prava ljudskih prava, kao i da je *pacta sunt servanda* princip na čiju nepovredivost priznaju pravni sistemi svih država sveta, postavlja se pitanje zbog čega onda države masovno krše međunarodne ugovore kada se odnose na ljudska prava<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T. i Petrović, V. (2007). *Međunarodno pravo ljudskih prava*, drugo izdanje. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, str. 43-58.

<sup>19</sup> Lok, Dž. (1962). *Ogled o ljudskom razumu*. (pred. Petrović, G.). Beograd: Kultura.

<sup>20</sup> Krivokapić, B. (2017). *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Poslovni i pravni fakultet i Institut za uporedno pravo, str. 169.

<sup>21</sup> U razmatranju predmeta ovog rada ostajem u oblasti doktrine, tako da ostavljam u stranu ekonomske, političke i geopolitičke razloge kršenja ljudskih prava i instrumentalizaciju ljudskih prava kojima pribegavaju pojedine države, grupe država, savezi država i međunarodne organizacije radi ostvarivanja njihovih pojedinačnih ekonomskih, političkih, vojnih, geostrateških i drugih ciljeva i interesa.

Države se slobodno, na osnovu svoje volje, udružuju sa drugim državama u formulisanju normi u cilju regulisanja zaštite i ostvarivanja ljudskih prava u nekoj oblasti; države se po svojoj slobodnoj volji odlučuju da potvrde ili ne potvrde taj novostvoreni međunarodni ugovor o ljudskim pravima i ugrade ga u svoje nacionalno zakonodavstvo. Nakon toga, u fazi primene mnoge države zapostavljaju svoju prilježnost principu *pacta sunt servanda*.

Ako ostavimo po strani slučajeve u kojima se radi o svesnom i namernom kršenju poštovanja prihvaćene ugovorne obaveze, uzrok nepoštovanja međunarodnopravnih ugovornih obaveza može se naći u prevelikoj opštosti ljudskih prava koja daje osnova različitim tumačenjima o modusima ostvarivanja tih prava. Pojedina od tih tumačenja mogu naići čak i na otpor zakonodavne, izvršne vlasti i/ili sudske vlasti. Perelman<sup>22</sup> obrazlaže da, ako se može računati na popis univerzalnih vrednosti, kao što su pravda i istina, na koje se svako poziva i koje niko ne odbija, “ta saglasnost traje samo dok se ostaje na opštim stvarima. Čim se usudimo da pređemo sa te saglasnosti *in abstracto* na slučajeve konkretne primene, odmah se pojavljuju sporovi.”

Primeru radi, opšta saglasnost se lako postiže oko normi kao što su “svaki čovek ima pravo na dostojanstvo”, “treba činiti dobro, a izbegavati činjenje zla”, “moralno je raditi u interesu većine” i “ne treba nikome nanositi patnju bez potrebe”. Postoji opšta saglasnost i oko Kantovog moralnog imperativa “radi tako da maksima tvoje volje u svako doba može ujedno da vredi kao princip opšteg zakonodavstva”. Svako od ovih pravila izražava neku univerzalnu važeću normu, primećuje Perelman. Pa ipak, brojne su rasprave i neslaganja prilikom prevođenja ovih normi u zakonske odredbe ili prilikom njihove primene na konkretne slučajeve.

Pozitivisti zaključuju da se opšta saglasnost u pogledu tzv. univerzalnih normi i vrednosti tiče samo praznih formi za koje nikome ne pada na um da ih dobije, jer je svako slobodan da ih tumači na svoj način<sup>23</sup>. U knjizi koju je objavio UNESCO 1949. godine<sup>24</sup>, više pisaca je konstatovalo da, ako se moglo doći do saglasnosti u pogledu sačinjavanja liste ljudskih prava među predstavnicima različitih, pa i suprotstavljenih ideologija, “to je zato što njihov smisao, značaj i hijerar-

<sup>22</sup> Perelman, H. (1983). *Pravo, moral i filozofija*. (prev. Guteša D. i Mihajlović, V.). Beograd: Nolit, str. 53.

<sup>23</sup> Op. cit., str. 54.

<sup>24</sup> Prema: Perelman, op. cit., str. 70.

hizacija nisu bili tačno utvrđeni”. Sve dok ti principi ostaju dovoljno neodređeni, niko ih ne osporava, no rasprave se rađaju čim se pređe na primeni tih opštih principa na pojedinačne slučajeve.

Ovakvo zapažanje, koje smatramo razložnim, samo je na prvi pogled u koliziji sa Kantovim shvatanjem slobode kao autonomije i podređivanja sebe kao prirodnog bića zakonu koji smo sami sebi propisali kao umna bića. Opredeljivanje samo moralnim principom nikada nije u stvarnom ljudskom postupanju u potpunosti prisutno, iako čovek oseća u sebi *zahtev* da se opredeljuje prema moralnom principu<sup>25</sup>. Poriv da se ponašamo prema moralnom imperativu opravdavamo i razumom. Smatramo *razumnim* činiti dobro drugima, jer time povećavamo šanse da i drugi čine dobro nama. Smatramo *razumnim* poštovati slobode drugih, kako bi i drugi poštovali našu slobodu. Smatramo *razumnim* delovati po maksimi po kojoj je sloboda svakog čoveka ograničena slobodom drugih, jer nam to obezbeđuje nesmetano uživanje naše sopstvene slobode.

Silazak na niži stepen opštosti otvara rasprave i različita tumačenja oko toga šta se smatra *razumnim*. Na primer, Opšta deklaracija o ljudskim pravima (1948) u članu 24 navodi da svako ima pravo na odmor i dokolicu, uključujući *razumno* ograničenje radnog vremena. U praksi države različito određuju broj radnih sati dnevno, nedeljno i mesečno zavisno od toga šta smatraju *razumnim* organizovanjem radnog vremena i za koje vrste poslova. Još je veća razlika u tumačenju država koji je to *razumni* period u kojem majke treba da uživaju posebnu zaštitu pre i posle rođenja dece, kako to predviđa Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) u članu 10.2 (period porodijskog odsustva se kreće se od dva pa do 24 meseca i više, zavisno od države). Različita su i tumačenja šta se smatra *razumnim* rokom za suđenje pritvorenom licu, kako se to traži prema članu 9.3 Međunarodnog pakta o građanskim političkim pravima, ili koja su to *nerazumna ograničenja* biračkog prava i učešća u javnim poslovima koja zabranjuje ovaj Pakt u članu 25.

Pa ipak, i pored ove opštosti, pre se može zaključiti da se radi o nivou voljnosti države da faktički poštuje i štiti ljudska prava, nego o različitom tumačenju šta se smatra *razumnim*. Ova voljnost se može ispitati postavljanjem pitanja kao što su: “Da li je razumno da zaposleni rade *X* sati dnevno?”, “Da li je razumno da majka ima pravo na *X* meseci plaćenog porodijskog odsustva?”, “Da li je razumno da rok za određivanje pripremnog ročišta za optuženog koji se nalazu u pri-

---

<sup>25</sup> Kant, I. (1979). *Kritika praktičkog uma*. (prev. Basta, D.). Beograd: BIGZ, str. 16.

tvoru bude *X* dana određivanja pritvora?”, “Da li je razumno da se ograniči biračko pravo na osnovu *X*?” itd.

Putem ovakvih formulacija, opseg različitih tumačenja jedne opšte norme suzila bi se u *razumne* okvire. Pokazuje se ljudi u različitim društvima imaju isti osećaj o tome šta smatraju razumnim odnosno nerazumnim, čak i u slučaju da pripadaju različitim društvima i neguju različite kulturne i druge obrasce. Smatra se *nerazumnim* da se biračko pravo ograniči, primera radi, na osnovu pola, invaliditeta ili etničke pripadnosti, dok se, s druge strane, smatra *razumnim* ograničiti vršenje ovog prava na osnovu dobi (deci i maloletnim licima). Smatra se *nerazumnim* da suđenje optuženom koji se nalazi u pritvoru počne godinu dana, na primer, od određivanja pritvora. Zahtev razuma je naročito prisutan kod određivanja i načina računanja zakonskih rokova za preduzimanje određenih radnji, s obzirom da neposredno utiču na mogućnost ostvarivanja pojedinih prava.

Kriterijum šta se smatra razumnim može se koristiti i za korigovanje pojedinih uslova ili pretpostavki za ostvarivanje nekog ljudskog prava. Primera radi, smatra se *nerazumnim* da zaposleni koji obavljaju naporene poslove ili pod teškim uslovima rade više od sedam-osam sati dnevno, dok se ta dužina radnog vremena neće smatrati *nerazumno* za obavljanje poslova koji ne iziskuju poseban napor. S druge strane, može se ustanoviti da je u pojedinim sektorima rada *razumno* skratiti dnevno radno vreme sa osam časova, na šest ili pet časova iz razloga povećanja efikasnosti, smanjivanja troškova, tehnološkog napretka ili iz nekih drugih razloga.

Ovaj kriterijum se može koristiti i kao okvir za procenu nivoa ostvarivanja pojedinih ljudskih prava . Na primer, u pogledu ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu populacije u ruralnim područjima, pitanje bi bilo:

- Da li je *razumno* smanjivati broj zdravstvenih ambulanti u udaljenim i ruralnim područjima?

Međutim, odgovor na ovako formulisano pitanje najverovatnije ne bi ukazao na stanje stvari u odnosnoj oblasti. Potrebno je da se uzme u obzir i širi ekonomski, kulturni, politički, društveni, geopolitički i drugi kontekst u kojem se odnosna ljudska prava ostvaruju. Imajući to u vidu, pitanje bi trebalo korigovati tako da glasi:

- Da li je *razumno* smanjivati broj zdravstvenih ambulanti u udaljenim i ruralnim područjima: (a) .... u kojima su naselja u potpunosti napuštena? (b) .... zato što nema dovoljno zdravstvenih radnika? (c) .... zato što država ne može da



pokriva troškove rada ambulanti? (d) ... zato što to od države traži Međunarodni monetarni fond u sklopu aranžmana sa državom koji uključuju zahtev za smanjivanjem budžetskih izdvajanja za neproduktivnu sferu? (e) ... zato što su državne ambulante u tim sredinama postale nerentabilne zbog otvaranja privatnih ambulanti?

U slučaju pod (a), zdrav razum govori da nije opravdano održavati ambulante u područjima u kojima više niko ne živi. U slučaju pod (b), zdrav razum ukazuje da nedostatak stručne i kvalifikovane radne ne bi smelo da ugrozi ostvarenje prava na zdravstvenu zaštitu, i ukazuje na mesta nužne intervencije države (npr. stimulisanje povećanja broja zdravstvenih radnika u tim područjima posebnim merama).

U slučajevima pod (c), (d) i (e) jedini razuman zaključak iz perspektive ljudskih prava jeste da nije razumno jednoj kategoriji stanovništva ugroziti ili otežati pristup zdravstvenoj zaštiti, s obzirom da će to imati negativne implikacije na nivo njegovog zdravstvenog stanja, a time i na i celokupnu zdravstvenu situaciju u zemlji. To se negativno odražava i na ekonomske aktivnosti u vidu izgubljenih radnih sati zbog bolesti i radne nesposobnosti, a time i na i nivo ostvarenja ruralnog razvoja i ukupnog privrednog razvoja zemlje. Pored toga, praksa ukazuje da je otežan pristup zdravstvenoj zaštiti jedan od uzroka migracija stanovništva iz ruralnih krajeva u urbane sredine, koja postaju preseljena, čime se otvara niz drugih problema.

Po ovom modelu mogu se preispitati politike ljudskih prava u svim drugim sektorima, kao što su obrazovanje, socijalna zaštita i radna prava. Treba, ipak, imati u vidu da je svakodnevno znanje zdravog razuma, formirano isključivo kroz našu praksu, varijabilno i opire se bilo kakvoj vrsti potpune generalizacije ili determinacije<sup>26</sup>. Pored toga, treba imati u vidu da zdrav razum egzistira i kao politička kategorija. Gramsci<sup>27</sup> ukazuje na društvenu konstruisanost zdravog razuma koji se "sa jasnim političkim implikacijama uspostave određene hegemonije diskurzivno distribuira i ojačava stvarajući iluziju objektivnosti", iako zapravo odražava vrednosti određene klase i pogleda na svet.

---

<sup>26</sup> Prodanović, op. cit., str. 201.

<sup>27</sup> Prema: Gašparac, V. (2015). "Zdrav razum kao politička kategorija: Primjer pokušaja uspostave neoliberalne hegemonije kroz državni udar u Čileu 1973." Zagreb: Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 10.



## ZAKLJUČAK

Sve je raširenija praksa država da ispunjenje svoje obaveze prema poštovanju, zaštiti i ostvarivanju ljudskih prava ocenjuju stepenom harmonizacije nacionalnog zakonodavstva sa standardima postavljenim u međunarodnim i regionalnim ugovorima o ljudskim pravima. Raširenost kršenja i nepoštovanja ljudskih prava ukazuje na nužnost premeštanja fokusa od bavljenja unapređenjem *forme* (normi) ka bavljenju unapređenjem *suštine* (morala, pravde i pravičnosti). Ljudska prava se moraju vratiti svom izvoru – težnji da se ograniči moć vlasti i da se ona učini pravičnom i odgovornom<sup>28</sup>. Ovo je, istovremeno, pitanje i zdravog razuma.

Pitanje zaštite sopstvenog života i ljudskog dostojanstva, ostvarenje prava na pristojan rad i pristojnu nadoknadu, prava na učešće u javnom i političkom životu, prava na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, prava na obrazovanje i druga ljudska prava formulisana u međunarodnim ugovorima pitanja su i zdravog razuma kao osnova svakodnevice i života čoveka u društvu.

Pitanje uspostavljanja određenog formalnog organizacijskog sistema koji bi trebalo da sadrži i omogući razne aspekte svakodnevnog življenja i odgovore na svakodnevne izazove takođe je pitanje zdravog razuma. Zdrav razum govori čoveku da je nužno da se udružuje sa drugim ljudima na principima međusobnog uvažavanja, pravde i pravičnosti, i da formalizuje pravila ponašanja u vidu pravnih normi radi njihove predvidljivosti i osiguranja sigurnosti. Kao što to Ciceron (*De off.* 1, 28, 101) ističe, *ratio decet et explanat quid faciendum fugiendumve sit*. Uvažavanje razuma kao kognitivnog i pragmatičkog resursa i neodvojivog sastojka moralnih imperativa koji su u srži prava doprinosi regulisanju prakse na način da se neposredno i posredno doprinese ostvarivanju ljudskih prava.

---

<sup>28</sup> Dokmanović, op. cit.

MIRJANA DOKMANOVIĆ, Ph.D.,  
Research Associate, Centre for Legal Research,  
Institute of Social Sciences Belgrade, Serbia

## WHAT CAN COMMON SENSE DO FOR HUMAN RIGHTS

### Summary

One of the difficulties in transposing human rights into practice is due to their broad generality that enable different interpretations about the modes of exercising those rights. The prevalence of human rights violations implies the necessity of shifting the focus from dealing with improvement of *the form* (norms) towards dealing with *the substance* (moral, justice, and equity). Human rights have to be driven back to their source – an intent to limit the power of Government and to make it just and responsible. The paper stresses the need to review respect of the norms of human rights from a common sense perspective as a necessary starting point for social theories and practices. It is *ratio* that tells a human being that it is necessary (*rationale*) to associate with other human beings to safeguard one's needs and interests; this association has to be based on the principles of mutual respect, justice and equity in order to achieve the goal. The paper concludes that the appreciation of *ratio* as a cognitive and pragmatic resource contributes to the regulation of practices in a way that directly and indirectly enable enjoyment of human rights. The paper proposes a model of examining the mode of implementation of human rights from the perspective of common sense that would contribute to the prevention of human rights violations and harmful consequences in practice.



MARKO STANKOVIĆ

## IZMENE U ZAKONODAVSTVU O LOKALNOJ SAMOUPRAVI U REPUBLICI SRBIJI

– “Plišana” reforma od 2018. –

### U V O D

Donošenje Ustava Republike Srbije od 2006. nije predstavljalo revolucionarnu ustavnu promenu u odnosu na Ustav od 1990, imajući u vidu da je važeći ustav usvojio gotovo sva ključna rešenja koja je sadržao njegov prethodnik, uz pojedine korekcije, koje na nekim mestima predstavljaju korak unapred, a na nekim korak unazad. U oblasti lokalne samouprave, ustavotvorac je nastavio da “korača utabanom stazom”.<sup>1</sup> Ovakva odluka ustavotvorca ima svoju dobru i lošu stranu – dobra se ogleda u tome što su građani već naviknuti na postojeći sistem lokalne samouprave i na njenu strukturu, koja je za nekoliko decenija stvorila kakvu-takvu tradiciju, a lošu stranu predstavljaju izvesne slabosti postojećeg koncepta, koje su se ispoljile u prethodnim decenijama. Ustav Republike Srbije od 2006. je

---

Dr Marko Stanković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Prema mišljenju Milana Vlatkovića, pored toga što je Ustav predvideo da je lokalna samouprava pravo građana koji je ostvaruju neposredno ili preko svojih slobodno izabраних прадставника, on je zasnovao lokalnu samoupravu na još pet osnova (načela): 1) načelu supsidijarnosti; 2) načelu poveravanja nadležnosti; 3) načelu samostalnog uređivanja organa; 4) načelu skupštinskog sistema vlasti; 5) načelu saradnje jedinica lokalne samouprave sa odgovarajućim teritorijalnim zajednicama drugih država. (Milan Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, Banja Luka 2008, 221-222)

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.<sup>2</sup> 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).<sup>3</sup>

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.”<sup>4</sup>

Sistem lokalne samouprave u Republici Srbiji uređen je čitavim nizom zakona. Pre svega, to su Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije (ZTI)<sup>5</sup>, Zakon o lokalnoj samoupravi (ZLS)<sup>6</sup>, Zakon o glavnom gradu (ZGG)<sup>7</sup> i Zakon o lokalnim izborima (ZLI)<sup>8</sup>. Republika Srbija je ratifikovala i Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi sredinom 2007<sup>9</sup>, 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,

<sup>2</sup> Pogledati: Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 241.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> M. Vlatković (2008), 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.” (*Ibid.*)

<sup>5</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 18/2016 i 47/2018

<sup>6</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 – dr. zakon, 101/2016 – dr. zakon i 47/2018

<sup>7</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 – dr. zakon i 101/2016 – dr. zakon

<sup>8</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007, 34/2010 (odluka USRS) i 54/2011

<sup>9</sup> 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.

značajni zakoni za položaj lokalne samouprave su i Zakon o finansiranju lokalne samouprave (ZFLS) od 2006.<sup>10</sup> i Zakon o javnoj svojini (ZJS) od 2011.<sup>11</sup>

Tokom deset godina funkcionisanja lokalne samouprave u skladu sa navedenim propisima, prepoznato je pet ključnih problema u vezi sa njenim statusom i organizacijom, odnosno pet glavnih pitanja kojima bi zakonodavac trebalo da posveti pažnju kako bi unapredio lokalnu samoupravu: 1) broj i veličina jedinica lokalne samouprave, odnosno struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave, koja je nasleđena još iz vremena SFRJ i ima određene nedostatke; 2) lokalna demokratija i način izbora lokalnih predstavnika (odbornika u skupštinama jedinica lokalne samouprave), kako bi se smanjio uticaj političkih stranaka na lokalne predstavničke organe, a samim tim i povećao legitimitet lokalnih predstavnika i ublažio centralizam u državi; 3) način izbora gradonačelnika i predsednika opština, radi eventualnog povećanja efikasnosti lokalne samouprave; 4) jačanje mesne samouprave, kao način za snaženje lokalne demokratije i podsticanje građana da neposredno učestvuju u obavljanju lokalnih nadležnosti, ali i način za “ublažavanje” slabosti koncepcije velikih i jakih opština i 5) imovina lokalne samouprave, čiji bi status trebalo regulisati na sveobuhvatan način, što je jedan od glavnih preduslova za finansijsku samostalnost lokalne samouprave.<sup>12</sup>

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 “reformne” 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, 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

---

<sup>10</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013, 83/2016, 91/2016, 104/2016 – dr. zakon i 96/2017

<sup>11</sup> *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 režima lokalne samouprave.” (Predrag Dimitrijević, Dejan Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd 2011, 231)

<sup>12</sup> Opširnije o tim problemima: Marko Stanković, *Lokalna samouprava u Srbiji – prošlost, sadašnjost, budućnost*, Beograd 2015, 151-170.

koji uređuju položaj lokalne samouprave, zakonodavac se umnogome ograničio, pa se ozbiljniji rezultati i nisu mogli očekivati.<sup>13</sup>

#### JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

Ustavom i zakonom uspostavljena je jednostepena i monotipna lokalna samouprava, 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 (čl. 188. st. 1. Ustava i čl. 3. st. 1. ZLS). Prva grupa izmena i dopuna Zakona o lokalnoj samoupravi 2018. posvećena je definiciji lokalne samouprave i statutu kao najvišem pravnom aktu koji donose jedinice lokalne samouprave.

Zakonodavac je *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 izabраниh 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). Zakonska definicija lokalne samouprave neznatno je izmenjena u okviru reforme 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 izabраниh predstavnika u jedinicama lokalne samouprave, kao i pravo i sposobnost organa lokalne samouprave da, u granicama zakona, uređuju poslove i upravljaju javnim poslovima koji su u njihovoj nadležnosti i od interesa za lokalno stanovništvo.” Razlike između dve definicije su u tome što je, prema novoj definiciji, lokalna samouprava “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. U najkraćem, “sposobnost” lokalnih organa je zamenjena “obavezom”.

<sup>13</sup> 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.

Najviši pravni akt jedinice lokalne samouprave je *statut* (čl. 191. st. 1. Ustava). Izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi 2018, statutarna materija je nešto detaljnije određena nego što je to ranije bio slučaj. Nova zakonska odredba propisuje da se statutom uređuju naročito: prava i dužnosti jedinice lokalne samouprave i način njihovog ostvarivanja, broj odbornika skupštine jedinice lokalne samouprave, organizacija i rad organa i službi, određivanje organa ovlašćenog za pokretanje postupaka pred Ustavnim, odnosno Upravnim sudom, način upravljanja građana poslovima iz nadležnosti jedinice lokalne samouprave, uslovi za ostvarivanje oblika neposredne samouprave, sprovođenje obaveznog postupka javne rasprave prilikom pripreme statuta, budžeta (u delu planiranja investicija), strateških planova razvoja, utvrđivanja stope izvornih prihoda, prostornih i urbanističkih planova, kao i drugih opštih akata na osnovu predloga kvalifikovanog broja građana ili zahteva jedne trećine odbornika, osnivanje, način izbora organa i rad mesne zajednice i drugih oblika mesne samouprave, službena upotreba jezika i pisama nacionalnih manjina, u skladu sa zakonom i druga pitanja od značaja za jedinicu lokalne samouprave (čl. 11. ZLS).<sup>14</sup>

Formalno posmatrano, četiri su “nova” elementa statutarne materije: 1) određivanje organa ovlašćenog za pokretanje odgovarajućih postupaka pred Ustavnim, odnosno Upravnim sudom; 2) uređivanje uslova za ostvarivanje oblika neposredne samouprave (ranija odredba je govorila o “uslovima za pokretanje građanske inicijative”); 3) sprovođenje obaveznog postupka javne rasprave prilikom pripreme statuta, budžeta (u delu planiranja investicija), strateških planova razvoja, utvrđivanja stope izvornih prihoda, prostornih i urbanističkih planova, kao i drugih opštih akata na osnovu predloga kvalifikovanog broja građana ili zahteva jedne trećine odbornika i 4) službena upotreba jezika i pisama nacionalnih manjina. Suštinski gledano, jedinu istinsku novinu u vezi sa proširenjem statutarne materije predstavlja sprovođenje obaveznog postupka javne rasprave u navedenim slučajevima, jer je ostala pitanja i ranije bilo moguće i logično urediti statutom.

Na kraju, propisano je i da “jedinica lokalne samouprave, u okviru svojih nadležnosti preko svojih organa, prati proces evropskih integracija Republike Sr-

---

<sup>14</sup> Raniji čl. 11. st. 2. ZLS glasilo je: “Statutom se uređuju naročito: prava i dužnosti jedinice lokalne samouprave i način njihovog ostvarivanja, broj odbornika skupštine jedinice lokalne samouprave, organizacija i rad organa i službi, način upravljanja građana poslovima iz nadležnosti jedinice lokalne samouprave, osnivanje i rad mesne zajednice i drugih oblika mesne samouprave, uslovi za pokretanje građanske inicijative i druga pitanja od značaja za jedinicu lokalne samouprave.”



bije i razvija za to potrebne administrativne kapacitete, u skladu sa zakonom i utvrđenom politikom Republike Srbije” (čl. 13. st. 6).

#### NADLEŽNOSTI LOKALNE SAMOUPRAVE

Sopstvene, izvorne ili samoupravne nadležnosti predstavljaju suštinu lokalne samouprave.<sup>15</sup> Svrha postojanja lokalne samouprave i jeste u tome da se poslovi od neposrednog interesa za lokalno stanovništvo obavljaju u okviru lokalne zajednice, jer se na taj način najefikasnije i najpotpunije ostvaruju potrebe lokalnog stanovništva. Izvorni lokalni poslovi su oni kojima lokalni organi upravljaju u punoj meri – oni ih normativno uređuju svojim aktima, a zatim ih i izvršavaju preko svojih organa i službi, podležući jedino kontroli ustavnosti i zakonitosti koju vrši država, dok je kontrola celishodnosti potpuno isključena.

Ustav Republike Srbije sadrži odredbu o izvornoj nadležnosti opština, garantujući jedinicama lokalne samouprave sopstveni delokrug (čl. 190. Ustava).<sup>16</sup> Zakon o lokalnoj samoupravi razrađuje odgovarajuće ustavne odredbe, nastojeći da nešto preciznije navede izvorne nadležnosti opštine, koja je osnovna nadležnost sva tri tipa jedinica lokalne samouprave u Srbiji. Izvorna odredba Zakona o lokalnoj samoupravi od 2007. o nadležnosti opština sadržala je čak 39 raznorodnih nadležnosti, a nakon izmena i dopuna Zakona 2018, odredba o nadležnosti

---

<sup>15</sup> “Poslovi u izvornoj nadležnosti su javni poslovi koji su od neposrednog, zajedničkog i lokalnog interesa za lokalno stanovništvo, pa se, stoga, zovu i komunalni poslovi.” (Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 419)

<sup>16</sup> Prema Ustavu, “opština, preko svojih organa, u skladu sa zakonom: 1) uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti; 2) uređuje i obezbeđuje korišćenje građevinskog zemljišta i poslovnog prostora; 3) stara se o izgradnji, rekonstrukciji, održavanju i korišćenju lokalnih puteva i ulica i drugih javnih objekata od opštinskog značaja; uređuje i obezbeđuje lokalni prevoz; 4) stara se o zadovoljavanju potreba građana u oblasti prosvete, kulture, zdravstvene i socijalne zaštite, dečije zaštite, sporta i fizičke kulture; 5) stara se o razvoju i unapređenju turizma, zanatstva, ugostiteljstva i trgovine; 6) stara se o zaštiti životne sredine, zaštiti od elementarnih i drugih nepogoda; zaštiti kulturnih dobara od značaja za opštinu; 7) zaštiti, unapređenju i korišćenju poljoprivrednog zemljišta; 8) obavlja i druge poslove određene zakonom”. Pored toga, Ustav propisuje da “opština samostalno, u skladu sa zakonom, donosi svoj budžet i završni račun, urbanistički plan i program razvoja opštine, utvrđuje simbole opštine i njihovu upotrebu”. Opština se stara i o “ostvarivanju, zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava, kao i o javnom informisanju u opštini”, samostalno upravlja opštinskom imovinom i propisuje prekršaje za povrede opštinskih propisa, u skladu sa zakonom

lokalne samouprave sadrži svega 15 tačaka.<sup>17</sup> Iako na prvi pogled može delovati da su nadležnosti lokalne samouprave smanjene takvom izmenom, reč je u stvari o promeni pristupa, odnosno koncepta utvrđivanja nadležnosti lokalne samouprave, tako što se ne nabrajaju svi poslovi koje ona obavlja, u skladu s Ustavom i zakonom, već se navode oblasti u kojima lokalna samouprava ima nadležnosti na osnovu posebnih zakona, uključujući i poslove utvrđene statutom.

Ranije su Zakonom o lokalnoj samoupravi bili nabrojani poslovi iz nadležnosti jedinice lokalne samouprave, ali oni nisu bili i regulisani tim Zakonom, već je to, uglavnom, prepušteno posebnim zakonima koji na celovit način uređuju odgovarajuće oblasti. Stoga razlog za ovakvu izmenu treba videti pre svega u činjenici da nije moguće nabrojiti sve pojedinačne poslove koje lokalna samouprava obavlja u okviru svojih nadležnosti, pa je zakonodavac smatrao svrsishodnim da utvrdi oblasti u kojima lokalna samouprava ima nadležnosti i obavlja odgovarajuće poslove u skladu sa posebnim zakonima i statutom. U tom pogledu, nova koncepcija nije po sebi loša.

Međutim, Zakon o lokalnoj samoupravi dalje predviđa da “jedinствени popis poslova, koji su u skladu sa ovim zakonom u nadležnosti opština, obezbeđuje

---

<sup>17</sup> Prema Zakonu, opština preko svojih organa, u skladu s Ustavom i zakonom (čl. 20. st. 1. ZLS): 1) donosi svoj statut, budžet i završni račun, prostorni i urbanistički plan i program razvoja opštine, kao i strateške planove i programe lokalnog ekonomskog razvoja; 2) uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti, lokalni prevoz, korišćenje građevinskog zemljišta i poslovnog prostora; 3) stara se o izgradnji, rekonstrukciji, održavanju i korišćenju lokalnih puteva i ulica i drugih javnih objekata od opštinskog značaja; 4) stara se o zadovoljavanju potreba građana u oblasti prosvete (predškolsko vaspitanje i obrazovanje i osnovno i srednje obrazovanje i vaspitanje), naučnoistraživačke i inovacione delatnosti, kulture, zdravstvene i socijalne zaštite, dečije zaštite, sporta i fizičke kulture; 5) obezbeđuje ostvarivanje posebnih potreba osoba sa invaliditetom i zaštitu prava osetljivih grupa; 6) stara se o razvoju i unapređenju turizma, zanatstva, ugostiteljstva i trgovine; 7) donosi i realizuje programe za podsticanje lokalnog ekonomskog razvoja, preduzima aktivnosti za održavanje postojećih i privlačenje novih investicija i unapređuje opšte uslove poslovanja; 8) stara se o zaštiti životne sredine, zaštiti od elementarnih i drugih nepogoda, zaštiti kulturnih dobara od značaja za opštinu; 9) stara se o zaštiti, unapređenju i korišćenju poljoprivrednog zemljišta i sprovodi politiku ruralnog razvoja; 10) stara se o ostvarivanju, zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava, rodnoj ravnopravnosti, kao i o javnom informisanju u opštini; 11) obrazuje i uređuje organizaciju i rad organa, organizacija i službi za potrebe opštine, organizuje službu pravne pomoći građanima i uređuje organizaciju i rad mirovnih veća; 12) utvrđuje simbole opštine i njihovu upotrebu; 13) upravlja opštinskom imovinom i utvrđuje stope izvornih prihoda, kao i visinu lokalnih taksi; 14) propisuje prekršaje za povrede opštinskih propisa; 15) obavlja i druge poslove od lokalnog značaja određene zakonom (npr. u oblastima odbrane, zaštite i spasavanja, zaštite od požara, omladinske politike, zoohigijene i dr.), kao i poslove od neposrednog interesa za građane, u skladu sa Ustavom, zakonom i statutom.

ministarstvo nadležno za lokalnu samoupravu na osnovu podataka dobijenih od opština i organa državne uprave” (čl. 20. st. 2. ZLS).<sup>18</sup> S jedne strane, ovakvo rešenje se može pohvaliti, jer se uspostavljanjem jedinstvenog popisa poslova, kao evidencije poslova u nadležnosti jedinica lokalne samouprave, omogućava sagledavanje vrste i strukture poslova iz nadležnosti jedinica lokalne samouprave, što može biti od značaja za bolje utvrđivanje potrebnih kapaciteta za obavljanje tih poslova, kao i potrebnih finansijskih sredstava za njihovo izvršavanje.

S druge strane, ovakvo rešenje se može i vrlo argumentovano kritikovati, jer se resornom ministarstvu daju određene ruke da utvrđuje poslove u izvornoj nadležnosti lokalne samouprave, što je u suprotnosti sa prirodom i suštinom lokalne samouprave. Lokalna samouprava podrazumeva vršenje samoupravnih poslova od strane lokalnih samoupravnih organa. Uskraćivanjem lokalnoj samoupravi određenih poslova, odnosno njihovim brisanjem iz “jedinstvenog popisa poslova”, ministarstvo nadležno za poslove državne uprave i lokalne samouprave će biti u mogućnosti da postepeno sprovedi “tihu centralizaciju” i direktno zadire u izvorni delokrug opština. U tom pogledu, nova koncepcija pruža neskrivenu mogućnost za ograničavanje lokalne samouprave.

#### ORGANI LOKALNE SAMOUPRAVE

Drugi ključni element lokalne samouprave, pored njenih sopstvenih, izvornih nadležnosti, predstavlja vršenje tih nadležnosti od strane nezavisnih lokalnih organa (a izuzetno i neposredno od strane građana). U lokalnoj samoupravi na taj način dolazi do izražaja načelo narodne suverenosti, koje je Ustav Srbije propisao odredbom da “suverenost potiče od građana koji je vrše referendumom, narodnom inicijativom i preko svojih slobodno izabranih predstavnika”, pri čemu “nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti suverenost od građana, niti uspostaviti vlast mimo slobodno izražene volje građana” (čl. 2). Imajući u vidu da je jedini organ lokalne samouprave koji Ustav spominje *expressis verbis* skupština jedinice lokalne samouprave (čl. 180. st. 1), zakonodavac je, kako prilikom donošenja Zakona o lokalnoj samoupravi, tako i prilikom njegove reforme 2018, veliku pažnju posvetio lokalnim organima.

<sup>18</sup> Čl. 39. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 47/2018) predvideo je rok za sačinjavanje ovog jedinstvenog popisa poslova. Taj rok je godinu dana od godinu dana od dana stupanja na snagu tog zakona.

### *Skupština opštine (grada)*

Kada je reč o lokalnom predstavništvu – skupštini opštine (grada), izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi od 2018. predviđeno je pet novina – dopuna pravila o položaju odbornika, nove odredbe o hitnom sazivanju sednica skupštine, izmena i dopuna odredaba o radnim telima skupštine, definisanje radnopravnog statusa zamenika predsednika skupštine opštine i dodeljeivanje zvanja “počasni građanin”.

Skupština opštine, koja je Ustavom i zakonom definisana kao najviši organ opštine koji vrši osnovne funkcije lokalne vlasti, sačinjena je od odbornika. Zakon o lokalnoj samoupravi je još 2007. sadržao pravila o imunitetu odbornika, inkopatibilitetu i zaštiti mandata, dok su izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi 2018. predviđena još dva prava odbornika: da bude redovno obavestavan o pitanjima od značaja za obavljanje odborničke dužnosti, kao i da na lični zahtev od organa i službi opštine dobije podatke koji su mu potrebni za rad (čl. 31. st. 3. ZLS).<sup>19</sup>

Druga novina vezana za skupštinu opštine tiče se hitnog sazivanja njenih sednica. Taj institut ranije nije postojao, što je otvaralo mogućnosti za različita tumačenja i zloupotrebe. Sada je zakonom propisano da “u situacijama koje opravdavaju hitnost u sazivanju sednice skupštine, predsednik skupštine može zakazati sednicu u roku koji nije kraći od 24 časa od prijema zahteva.” Zahtev za sazivanje sednice u roku koji nije kraći od 24 časa od prijema zahteva mora da sadrži razloge koji opravdavaju hitnost sazivanja, kao i obrazloženje posledica koje bi nastupile njenim nesazivanjem. Pri tom, minimalan rok za sazivanje sednice skupštine u roku koji nije kraći od 24 časa od prijema zahteva ne odnosi se na sazivanje sednice skupštine u uslovima proglašene vanredne situacije (čl. 34. st. 3-5. ZLS). Ova dopuna treba da onemogući zloupotrebu ovlašćenja predsednika skupštine da zakazuje sednice u neprimereno kratkom roku koji onemogućava pripremu i prisutnost odbornika. Isto tako, obavezuje se podnosilac zahteva za sazivanje sednice po hitnom postupku da obrazloži razloge hitnosti, kao i da obrazloži posledice koje bi nastale nesazivanjem sednice u kratkom roku.

---

<sup>19</sup> “Za blagovremeno dostavljanje obaveštenja, traženih podataka, spisa i uputstava odgovoran je sekretar skupštine opštine, a načelnik opštinske uprave, odnosno uprave za pojedine oblasti - kada se obaveštenje, traženi podatak, spis i uputstvo odnose na delokrug i rad opštinske uprave.” (čl. 31. st. 4. ZLS)

Treća zakonska novina u vezi sa skupštinom opštine vezana je za njena radna tela. Još ranije je bilo predviđeno da skupština opštine osniva stalna ili povremena radna tela za razmatranje pitanja iz njene nadležnosti, kao i da ta tela daju mišljenje na predloge propisa i odluka koje donosi skupština opštine i obavljaju druge poslove utvrđene statutom. Izmenama i dopunama od 2018. propisano je i da se “njihov broj, izbor, kao i prava i dužnosti predsednika i članova radnih tela utvrđuju (se) poslovnikom o radu skupštine opštine” (ranije su ova pitanja utvrđivana statutom), kao i da “radno telo može organizovati javno slušanje o predlozima propisa i odluka o kojima odlučuje skupština” (čl. 36. ZLS).

Četvrta novina tiče se radnopravnog statusa zamenika predsednika skupštine opštine: ako zameniku predsednika skupštine miruju prava iz radnog odnosa usled izbora na tu funkciju, zamenik predsednika skupštine može biti na stalnom radu u opštini (čl. 39. st. 3. ZLS).

Konačno, propisano je da skupština jedinice lokalne samouprave odlučuje i o dodeljivanju zvanja “počasni građanin” osobi čiji su rad i dostignuća od posebnog značaja za opštinu, uz prethodnu saglasnost ministarstva nadležnog za poslove lokalne samouprave. Takođe, novo rešenje predviđa da, ako je na području jedinice lokalne samouprave jezik nacionalne manjine u službenoj upotrebi, u postupku promene naziva ulica, trgova, gradskih četvrti, zaselaka i drugih delova naseljenih mesta, se, pored mišljenja nacionalnog saveta, sada mora pribaviti i mišljenje saveta za međunacionalne odnose (čl. 93. ZLS).

Svih pet izmena i dopuna Zakona u vezi sa skupštinom opštine predstavljaju korekcije zakonskog teksta na mestima gde su uočene manje ili veće praznine. Nijedna od ovih korekcija ne donosi suštinske promene u statusu skupštine opštine i njenih članova.

*Predsednik opštine (gradonačelnik)  
i opštinsko (gradsko) veće*

U modernoj državi značaj izvršnih organa je sve veći i oni često preuzimaju primat nad predstavničkim organima, što se najčešće obrazlaže potrebom za brzim i efikasnim odlučivanjem i delovanjem. Na taj način se, na uštrb demokratije, povećava brzina donošenja odgovarajućih odluka i njihovog izvršavanja. I u lokalnoj samoupravi je značaj izvršnih organa sve veći.<sup>20</sup> Verovatno je to imao u

---

<sup>20</sup> U nekim sistemima lokalne samouprave težište je pomereno u korist efikasnosti u tolikoj meri da samouprava, u smislu upravljanja građana lokalnim poslovima, gotovo i da ne postoji. To su

vidu i zakonodavac, koji je posebnu pažnju posvetio izmenama i dopunama zakonskih normi koje uređuju položaj opštinske (gradske) egzekutive i predvideo četiri glavne izmene i dopune: odredbe o ostavci predsednika opštine i članova opštinske egzekutive, preciziranje načina izbora opštinskih izvršnih organa u lokalnoj skupštini, ograničavanje broja članova opštinskog veća i proširenje nadležnosti opštinskog veća.

Prvo, u zakon je uneta odredba da “o podnetoj ostavci predsednika opštine, zamenika predsednika opštine ili člana opštinskog veća, predsednik skupštine opštine obaveštava odbornike na početku prve naredne sednice skupštine opštine” (čl. 50. st. 4. ZLS). Izvorni tekst Zakona je uređio se pitanje prestanka mandata predsednika opštine razrešenjem, kao i posledice razrešenja, a ostavku predsednika opštine (kao osnov za prestanak mandata), kao i postupanje po istoj, nije. Ovom dopunom uređuje se postupanje predsednika skupštine u situaciji kada predsednik opštine (gradonačelnik) podnese ostavku na tu funkciju.

S druge strane, propisano je da “kada odlučuje o izboru predsednika opštine, skupština opštine istovremeno i objedinjeno odlučuje o izboru zamenika predsednika opštine i članova opštinskog veća” (čl. 45. st. 3. ZLS). Zakonodavac je u sklopu reforme dodao u ovu odredbu reč “objedinjeno”, čime je otklonio ranije nedoumice o načinu izbora opštinskih izvršnih organa, jer su tumečenja u praksi ranije bila različita. Nova odredba isključuje mogućnost odvojenog odlučivanja o izboru predsednika opštine, njegovog zamenika i članova opštinskog veća. Ova dopuna se, stoga, može oceniti kao korisna, jer će dovesti do ujednačavanja prakse u svim jedinicama lokalne samouprave.

Treća novina koja se tiče opštinske egzekutive verovatno je najznačajnija. Prema novom rešenju, opštinsko veće može da ima do pet članova za opštine do 15.000 stanovnika, do sedam za opštine do 50.000 stanovnika, do devet za opštine, odnosno gradove do 100.000 stanovnika, odnosno do 11 za gradove preko 100.000 stanovnika, u skladu sa podacima poslednjeg popisa stanovništva. Ovo rešenje, prema kojem maksimalan broj članova opštinskog odnosno gradskog veća zavisi od broja stanovnika jedinice lokalne samouprave, može se argumentovano braniti, jer opštine sa različitim brojem stanovnika zaista imaju različite potrebe u pogledu brojnog sastava kolegijalnog organa egzekutive. Generalno

---

tzv. menadžerski modeli, karakteristični pre svega za SAD, gde lokalnom samoupravom upravljaju profesionalni menadžeri, izabrani na konkursu, kao da se radi o privrednom društvu, a ne o obliku ostvarivanja narodne suverenosti. Pogledati: Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984, 117.

gledano, broj članova egzekutive lokalne samouprave će se smanjiti. Ranije je bilo predviđeno da broj članova opštinskog veća “ne može biti veći od 11”, bez obzira na broj stanovnika jedinice lokalne samouprave. Sasvim je normalno i prirodno da jedinice lokalne samouprave sa većim brojem stanovnika imaju i brojniju egzekutivu, pa o ova zakonska novina predstavlja korak unapred.

Četvrto, iako je broj članova opštinskog veća za većinu opština smanjen, nadležnosti tog organa su unekoliko povećane. Ono je, pored ranijih nadležnosti, sada ovlašćeno i da “prati realizaciju programa poslovanja i vrši koordinaciju rada javnih preduzeća čiji je opština osnivač”, da “podnosi tromesečni izveštaj o radu javnih preduzeća skupštini opštine, radi daljeg izveštavanja u skladu sa zakonom kojim se uređuje pravni položaj javnih preduzeća”, kao i da “vrši i druge poslove, u skladu sa zakonom” (čl. 46. ZLS). Osim toga, opštinsko veće je prema novom rešenju nadležno za usvajanje akta o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji opštinske uprave, službi i organizacija (čl. 59. st. 2. ZLS), dok je ranije taj akt donosio načelnik opštinske uprave “uz saglasnost opštinskog veća”.

### *Opštinska (gradska) uprava*

Opštinska uprava je u važećem Zakonu o lokalnoj samoupravi ispravno definisana kao poseban organ opštine, a ne kao stručna služba opštine, kako je to ranije bio slučaj.<sup>21</sup> Opštinskom upravom, kao jedinstvenim organom, rukovodi njen načelnik, kojeg postavlja opštinsko veće, na osnovu javnog oglasa, na pet godina. Prema novom rešenju, načelnik opštinske uprave za svoj rad i rad uprave odgovara isključivo opštinskom veću, u skladu sa statutom opštine i aktom o organizaciji opštinske uprave (čl. 57. ZLS). Do izmena i dopuna Zakona 2018, načelnik opštinske uprave odgovarao je i skupštini opštine i opštinskom veću. Dvojnna odgovornost načelnika skupštini opštine bila je izlišna iz razloga što skupština opštine ne učestvuje ni u njegovom izboru, pa se ova izmena može oceniti kao korisna i logična.

Druga važna novina vezana za opštinsku upravu tiče se pomoćnika predsednika opštine. I ranije je bilo predviđeno da se statutom opštine može predvideti da se za pojedine oblasti (ekonomski razvoj, urbanizam, primarna zdravstvena zaštita, zaštita životne sredine, poljoprivreda i dr.) postavljaju pomoćnici

---

<sup>21</sup> “Opštinska uprava nije više služba već organ, što je u skladu sa činjenicom da ona više obavlja upravne poslove iz nadležnosti opštine i tom prilikom odlučuje o pravima i dužnostima građana nego što pruža usluge.” (P. Dimitrijević, D. Vučetić, 241)



predsednika opštine. Prema izvornom tekstu Zakona bilo je moguće postaviti tri pomoćnika predsednika opštine u svakoj opštinskoj upravi, nezavisno od broja stanovnika opštine. Izmenama i dopunama Zakona 2018. broj pomoćnika predsednika opštine učinjen je zavisnim od broja stanovnika opštine. U opštini do 15.000 stanovnika može biti postavljen jedan pomoćnik predsednika opštine, u opštini do 50.000 stanovnika najviše dva pomoćnika a u opštini do 100.000 stanovnika najviše tri pomoćnika, u skladu sa podacima poslednjeg popisa stanovništva. Pomoćnike predsednika opštine postavlja i razrešava predsednik opštine, najduže na period dok traje njegova dužnost, a njihova je nadležnost da pokreću inicijative, predlažu projekte i sačinjavaju mišljenja u vezi sa pitanjima koja su od značaja za razvoj u oblastima za koje su postavljeni i vrše druge poslove po nalogu predsednika opštine. (čl. 58. ZLS). Novoj koncepciji upodobljene su o odredbe o pomoćnicima gradonačelnika: u gradu do 100.000 stanovnika gradonačelnik može postaviti najviše tri pomoćnika, a gradu sa više od 100.000 stanovnika gradonačelnik može postaviti najviše pet pomoćnika, u skladu sa podacima poslednjeg popisa stanovništva. (čl. 66. st. 8. ZLS).<sup>22</sup> Ovo rešenje predstavlja pandan novom rešenju u vezi sa brojem članova opštinskog veća, pa je i argumentacija u prilog ovom rešenju sasvim slična onoj koja se može upotrebiti za nove odredbe o broju članova opštinskog veća.

Na kraju, nadležnost opštinske uprave neznatno je proširena i predviđeno je da ona ubuduće “obavlja stručne i administrativno-tehničke poslove za potrebe rada skupštine opštine, predsednika opštine i opštinskog veća” (čl. 52. tač. 6. ZLS).

#### *Ostale odredbe o organima u jedinici lokalne samouprave*

Izmene i dopune Zakona o lokalnoj samoupravi od 2018. sadrže još tri grupe izmena koje se tiču organa u jedinici lokalne samouprave. Prva se odnosi na lokalnog ombudsmana, druga je vezana za savet za međunacionalne odnose, a treća predviđa dodatna prava organa lokalne samouprave u postupcima u kojima rešavaju o pravima, obavezama i pravnim interesima stranaka.

Organ koji se u izvornom tekstu Zakona o lokalnoj samoupravi zvao “zaštitnik građana”, od izmena i dopuna Zakona 2018. nosi naziv *lokalni ombudsman*. Ova izmena je učinjena na osnovu ukazivanja zaštitnika građana da je ne-

---

<sup>22</sup> Pre nego što je Zakon 2018. izmenjen i dopunjen, bilo je moguće postaviti pet pomoćnika gradonačelnika u svakoj gradskoj upravi, bez obzira na broj stanovnika u gradu.



ophodno terminološki napraviti razliku u odnosu na ostale zaštitnike građana u jedinicama lokalne samouprave, jer oni nisu isti organ niti postoji međusoban hijerarhijski odnos. Lokalni ombudsman je ovlašćen da “nezavisno i samostalno” kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave i javnih službi, ako je reč o povredi propisa i opštih akata jedinice lokalne samouprave. (čl. 97. ZLS). Odredba o “nezavisnosti i samostalnosti” takođe je nova u Zakonu o lokalnoj samoupravi.

Norme o *savetu za međunacionalne odnose*, mehanizmu zaštite koji je rezervisan isključivo za nacionalno mešovite jedinice lokalne samouprave su u nekoliko dopunjene i precizirane (čl. 98. ZLS). Postojećim odredbama dodate su tri nove: da za člana saveta za međunacionalne odnose ne može biti izabran odbornik u skupštini jedinice lokalne samouprave, da predstavnike srpskog naroda u savezu predlaže stalno radno telo skupštine jedinice lokalne samouprave koje obavlja poslove u vezi sa kadrovskim pitanjima i da savet podnosi šestomesečni izveštaj skupštini o svom radu.<sup>23</sup>

Organima jedinica lokalne samouprave je, u postupku rešavanja o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke, omogućeno da po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom, vrše uvid, pribavljaju i obrađuju podatke iz evidencija, odnosno registara koje u skladu sa posebnim propisima vode državni organi, organi teritorijalne autonomije, jedinica lokalne samouprave i imaoci javnih ovlašćenja. Uvid, pribavljanje i obrada podataka iz evidencija, odnosno registara koji se vode u elektronskom obliku vrši se putem informacionog sistema koji obezbeđuje sigurnost i zaštitu podataka o ličnosti. U tom postupku, organi jedinica lokalne samouprave mogu vršiti uvid, pribavljati i obrađivati samo one podatke koji su zakonom ili posebnim propisom utvrđeni kao neophodni za rešavanje o određenom pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke (čl. 79a ZLS).

#### NEPOSREDNO UČEŠĆE GRAĐANA U OBAVLJANJU POSLOVA U OPŠTINI

Zakoni koji regulišu oblast lokalne samouprave poznaju različite oblike neposrednog učešća građana u ostvarivanju lokalne samouprave. Svi ti oblici se mogu podeliti na povremene, u koje se svrstavaju građanska inicijativa, zbor građana i referendum (kao instituti tzv. poluneposredne demokratije), i stalne, u koje

<sup>23</sup> O savetima za međunacionalne odnose pogledati: M. Vlatković (2008), 246-247.

spadaju različiti oblici mesne samouprave, među kojima je najznačajnija mesna zajednica.<sup>24</sup> Tokom reforme lokalne samouprave od 2018, zakonodavac se dotakao svih oblika učešća građana u ostvarivanju lokalne samouprave osim zbora građana, a najveću pažnju je posvetio mesnoj samoupravi.

### *Građanska inicijativa*

Građani putem *građanske inicijative* predlažu skupštini jedinice lokalne samouprave donošenje akta kojim će se urediti određeno pitanje iz nadležnosti jedinice lokalne samouprave, promenu statuta ili drugih akata i raspisivanje referenduma u skladu sa zakonom i statutom (čl. 68. ZLS). Prema novom rešenju, broj potpisa građana potreban za pokretanje građanske inicijative iznosi 5% od ukupnog broja građana sa biračkim pravom. Izvorni tekst Zakona od 2007. predviđao je da se broj potpisa građana potreban za punovažno pokretanje građanske inicijative utvrđuje statutom jedinice lokalne samouprave, ali da ne može da bude manji od 5% birača. Ovom izmenom je otklonjena moguća neizvesnost u pogledu uspeha pokretanja građanske inicijative, jer su u praksi zabeleženi primeri da je statutom opština utvrđivan neprimereno visok procenat koji je iznosio i do 25% birača, čime je institut bio sasvim obesmišljen.

U okviru reforme lokalne samouprave 2018. usvojeno je još nekoliko odredaba o sprovođenju građanske inicijative, koji se odnose na obaveštavanje javnosti o pripremi propisa i na sprovođenje javne rasprave. Prema tim odredbama, nadležni organ opštine je dužan da na internet prezentaciji opštine odnosno na drugi primeren način obavesti javnost da je otpočeo rad na pripremi propisa koje donosi skupština. Osim toga, radi sprovođenja javne rasprave, predlog građana je potrebno da svojim potpisima podrži najmanje 100 građana sa biračkim pravom na teritoriji opštine, a prikupljanje potpisa građana za sprovođenje javne rasprave se sprovodi u skladu sa propisima koji uređuju građansku inicijativu. Nadležni odbor skupštine jedinice lokalne samouprave odlučuje po primljenom predlogu građana o sprovođenju postupka javne rasprave (čl. 68. st. 4-7. ZLS).

### *Referendum*

Referendum u jedinici lokalne samouprave može biti fakultativni i obavezni (čl. 70. ZLS). Fakultativni referendum raspisuje skupština jedinice lokalne samo-

---

<sup>24</sup> Pogledati: M. Stanković (2015), 139-140.

uprave na sopstvenu inicijativu, o pitanjima iz svoje nadležnosti. Obavezni referendum o pitanju iz svoje nadležnosti skupština jedinice lokalne samouprave raspisuje na predlog koji podnese najmanje 10% birača od ukupnog biračkog tela u jedinici lokalne samouprave, na način utvrđen zakonom i statutom.

Prema izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi od 2018, odluka putem referenduma doneta je ako se za nju izjasnila "većina građana sa biračkim pravom na teritoriji opštine koja je glasala, pod uslovom da je glasalo više od polovine ukupnog broja građana". Novina je u tome što su staroj odredbi pridodate reči "sa biračkim pravom na teritoriji opštine", iako je i stara odredba "većina građana koja je glasala" bila sasvim jasna, čak i jasnija nego trenutna norma. Uopšte, nejasno je zbog čega je bilo potrebno precizirati da su u pitanju građani "sa biračkim pravom", kada je to po sebi jasno, jer građani koji nemaju biračko pravo ionako ne mogu da glasaju. Osim toga, važeća norma je veoma konfuzna i iz nje se ne može sasvim jasno zaključiti o kojoj je većini reč – da li o većini od ukupnog broja birača ("većina građana sa biračkim pravom") ili većini birača koji su glasali ("većina građana ... koja je glasala"). Norma bi bila mnogo jasnija da su navedene reči pridodate na samom kraju rečenice i da norma glasi "pod uslovom da je glasalo više od polovine ukupnog broja građana sa biračkim pravom na teritoriji opštine". Stoga ovakva dopuna norme predstavlja potpuni promašaj i može da dovede do problema u budućoj primeni.

### *Mesna samouprava (mesna zajednica)*

Mesne zajednice i drugi oblici mesne samouprave osnivaju se "radi zadovoljavanja potreba i interesa lokalnog stanovništva" u selima (jednom selu ili za dva ili više sela), a mogu se osnivati i u gradskim naseljima (kvart, četvrt, rejon i sl). Njihovo osnivanje u selima je, dakle, obaveza, dok je u gradskim naseljima samo mogućnost (čl. 72. ZLS). U okviru reforme lokalne samouprave 2018, značajna pažnja posvećena je unapređenju odredaba o mesnoj samoupravi. Zakonodavac uneo nove odredbe o predlogu za osnivanje mesne zajednice, o sadržini akta o njenom osnivanju, unutrašnjoj organizaciji i savetu kao predstavničkom organu u mesnoj zajednici, kao i detaljne odredbe o nadzoru nad ustavnošću i zakonitošću akata mesne zajednice i njihovom usklađenošću sa aktima jedinice lokalne samouprave.

Novim rešenjem je predviđeno da predlog za *obrazovanje, odnosno ukidanje mesne zajednice* ili drugog oblika mesne samouprave, "mogu podneti najmanje

10% birača sa prebivalištem na području na koje se predlog odnosi, najmanje jedna trećina odbornika i opštinsko odnosno, gradsko veće”. Skupština opštine, odnosno skupština grada, odlučuje uz prethodno pribavljeno mišljenje građana, o obrazovanju, području za koje se obrazuje, promeni područja i ukidanju mesnih zajednica i drugih oblika mesne samouprave. Ova odluka donosi se većinom glasova od ukupnog broja odbornika (čl. 73. ZLS). Mesna zajednica, odnosno drugi oblik mesne samouprave ima svojstvo pravnog lica u okviru prava i dužnosti utvrđenih statutom i odlukom o osnivanju (čl. 76. ZLS). Jasno je da je mesna samouprava oblik organizovanja građana radi efikasnog ostvarivanja njihovih prava i zadovoljavanja njihovih interesa. Prema rečima Ratka Markovića, “ona je oblik samoorganizovanja građana u jedinicama lokalne samouprave, ali sama nije i jedinica teritorijalne organizacije Republike Srbije.”<sup>25</sup>

Zakonodavac je posebnu pažnju posvetio unutrašnjoj organizaciji mesne samouprave. Izvornim rešenjem od 2007. bilo je predviđeno da sva ta pitanja suštinski uređuju jedinice lokalne samouprave svojim aktima.<sup>26</sup> S obzirom na to da je takvo rešenje u praksi dovelo do gotovo potpunog nestanka mesne samouprave, zakonodavac je sada mnogo detaljnije uređio ova pitanja (čl. 74. ZLS). Pre svega, predviđeno je da se *aktom o osnivanju mesne zajednice*, u skladu sa statutom opštine, odnosno grada, utvrđuju poslovi koje vrši mesna zajednica, organi i organizacija rada organa, način odlučivanja kao i postupak izbora saveta i drugih organa mesne samouprave, zaštita prava u toku izbora i druga pitanja od značaja za rad mesne zajednice, odnosno drugog oblika mesne samouprave. Pri tom, angažovanje predsednika i članova saveta, kao i članova drugih organa mesne zajednice ne podrazumeva stvaranje dodatnih finansijskih obaveza mesnoj zajednici.

Zakon o lokalnoj samoupravi je predvideo *savet mesne zajednice* kao “osnovni predstavnički organ građana na području mesne samouprave” (čl. 74. st. 3 ZLS). Izbori za savet mesne zajednice sprovode se po pravilima neposrednog i tajnog glasanja na osnovu opšteg i jednakog izbornog prava, u skladu sa aktom o osnivanju. Izборе raspisuje predsednik skupštine opštine, odnosno grada. Predsednika saveta mesne zajednice bira savet iz reda svojih članova, tajnim glasanjem, većinom glasova od ukupnog broja članova saveta mesne zajednice. Zako-

---

<sup>25</sup> R. Marković (2014), 427.

<sup>26</sup> Član 74. ZLS je glasio: “Aktima mesne zajednice, odnosno drugog oblika mesne samouprave, u skladu sa statutom opštine, odnosno grada i aktom o osnivanju, utvrđuju se poslovi koje vrši, organi i postupak izbora, organizacija i rad organa, način odlučivanja i druga pitanja od značaja za rad mesne zajednice, odnosno drugog oblika mesne samouprave.”

nodavac je uredio i nadležnosti saveta mesne zajednice. Savet mesne zajednice: 1) donosi statut mesne zajednice; 2) donosi finansijski plan mesne zajednice i programe razvoja mesne zajednice; 3) bira i razrešava predsednika saveta mesne zajednice; 4) predlaže mere za razvoj i unapređenje komunalnih i drugih delatnosti na području mesne zajednice; 5) donosi poslovnik o radu saveta mesne zajednice i druge akte iz nadležnosti mesne zajednice; 6) pokreće inicijativu za donošenje novih ili izmenu postojećih propisa opštine; 7) vrši druge poslove iz nadležnosti mesne zajednice utvrđene statutom opštine, aktom o osnivanju mesne zajednice ili drugim opštinskim propisima (čl. 74. st. 8. ZLS).

Propisana je i mogućnost *raspuštanja saveta mesne zajednice* (čl. 76b ZLS). Savet mesne zajednice može se raspustiti ako: 1) savet ne zaseda duže od tri meseca; 2) ne izabere predsednika saveta u roku od mesec dana od dana održavanja izbora za članove saveta mesne zajednice ili od dana njegovog razrešenja, odnosno podnošenja ostavke; 3) ne donese finansijski plan u roku određenom odlukom skupštine opštine, odnosno skupštine grada. Odluku o raspuštanju saveta mesne zajednice donosi skupština opštine, odnosno skupština grada na predlog nadležnog organa opštine, odnosno grada koji vrši nadzor nad zakonitošću rada i akata mesne zajednice. Predsednik skupštine opštine, odnosno predsednik skupštine grada, raspisuje izbore za savet mesne zajednice, u roku od 15 dana od stupanja na snagu odluke o raspuštanju saveta mesne zajednice, s tim da od datuma raspisivanja izbora do datuma održavanja izbora ne može proteći više od 45 dana. Do konstituisanja saveta mesne zajednice, tekuće i neodložne poslove mesne zajednice obavljaće poverenik opštine koga imenuje skupština opštine, odnosno skupština grada, istovremeno sa donošenjem odluke o raspuštanju saveta mesne zajednice.

Odlukom skupštine opštine, odnosno skupštine grada može se svim ili pojednim mesnim zajednicama i drugim oblicima mesne samouprave *poveriti vršenje određenih poslova* iz nadležnosti opštine odnosno grada, uz obezbeđivanje za to potrebnih sredstava. Opština, odnosno grad pruža pomoć mesnoj zajednici u obavljanju administrativno-tehničkih i finansijsko-materijalnih poslova. Za obavljanje određenih poslova iz nadležnosti opštinske uprave, odnosno gradskih uprava, posebno u vezi sa ostvarivanjem prava građana, može se organizovati rad opštinske uprave u mesnim zajednicama, a način i mesto njihovog vršenja određuje predsednik opštine na predlog načelnika opštinske uprave, odnosno načelnika gradskih uprava (čl. 77. ZLS).

*Sredstva za rad mesne zajednice*, odnosno drugog oblika mesne samouprave obezbeđuju se iz: 1) sredstava utvrđenih odlukom o budžetu opštine, odno-

sno grada, uključujući i samodoprinos; 2) donacija; 3) prihoda koje mesna zajednica, odnosno drugi oblik mesne samouprave ostvari svojom aktivnošću. Mesna zajednica, odnosno drugi oblik mesne samouprave donosi finansijski plan na koji saglasnost daje nadležni organ opštine, odnosno grada, u skladu sa odlukom o budžetu (čl. 75. ZLS).

Novim zakonskim odredbama predviđen je i *ustavnosudski nadzor* nad opštim aktima mesne zajednice (čl. 76. st. 2-4. ZLS). Organ određen statutom opštine, odnosno grada pokrenuće postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg akta mesne zajednice pred Ustavnim sudom, ako smatra da taj akt nije u saglasnosti sa Ustavom ili zakonom. Organ određen statutom opštine, odnosno grada dužan je da obustavi od izvršenja opšti akt mesne zajednice za koji smatra da nije saglasan Ustavu ili zakonu, rešenjem koje stupa na snagu objavljivanjem u lokalnom službenom glasilu. Rešenje o obustavi od izvršenja prestaje da važi ako organ određen statutom opštine, odnosno grada u roku od pet dana od objavljivanja rešenja ne pokrene postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg akta.

Osim kontrole ustavnosti i zakonitosti akata mesne zajednice, predviđena je i *kontrola njihove usklađenosti sa statutom i drugim propisima* jedinice lokalne samouprave, kao i sa aktom o osnivanju mesne zajednice (čl. 76a ZLS). Kada organ opštine, odnosno grada, određen statutom opštine, odnosno grada, koji vrši nadzor nad zakonitošću rada i akata mesne zajednice smatra da opšti akt mesne zajednice nije u saglasnosti sa statutom, aktom o osnivanju mesne zajednice ili drugim opštinskim propisom, ukazaće na to savetu mesne zajednice radi preduzimanja odgovarajućih mera. Ako savet mesne zajednice ne postupi po tim predlozima, organ određen statutom opštine, odnosno grada, poništiće opšti akt mesne zajednice rešenjem koje stupa na snagu objavljivanjem u lokalnom službenom glasilu. Organ opštine, odnosno grada određen statutom opštine, odnosno grada, koji vrši nadzor nad zakonitošću rada i akata mesne zajednice predlaže predsedniku opštine, odnosno gradonačelniku obustavljanje finansiranja aktivnosti mesne zajednice u kojima se finansijska sredstva ne koriste u skladu sa finansijskim planom mesne zajednice, odlukom o budžetu ili zakonom.

Zakonske odredbe o unutrašnjoj organizaciji, savetu mesne zajednice i nadzoru nad njenim radom su uglavnom slične odredbama koje uređuju odgovarajuća pitanja u vezi sa organizacijom i nadzorom lokalne samouprave – opština, gradova i grada Beograda. Ali, uprkos tome, mesna zajednica je u gradskim naseljima ostala fakultativna zakonska kategorija i postoji realna opasnost da nastavi da egzistira samo kao mogućnost, a ne kao oblik neposrednog učešća građana u

obavljanju poslova lokalne samouprave. Zakonodavac je, propuštajući da predvidi mesnu zajednicu kao obavezan oblik mesne samouprave u gradskim naseljima, ostavio vrlo realnu mogućnost da nove odredbe o mesnoj zajednici ostanu samo "u knjigama". Pogotovu što su mesne zajednice u gradovima možda i potrebnije nego u manjim jedinicama lokalne samouprave, jer je u jedinicama lokalne samouprave sa velikim brojem stanovnika mnogo slabija veza između građana i lokalnih vlasti nego što je slučaj u opštinama.

Pri tom, mesne zajednice, za razliku od opština, ne treba da budu istovetne, ustanovljene prema jedinstvenom modelu, već, naprotiv, treba da izraze specifičnost interesa građana u različitim lokalnim zajednicama.<sup>27</sup> Zakonodavac je novousvojenim rešenjima od 2018. u velikoj meri unifikovao pravila o ustrojstvu mesnih zajednica i onemogućio da se uvažavaju specifičnosti lokalnih zajednica.

#### SARADNJA JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

Izmenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi od 2018. brisane su ranije odredbe o saradnji jedinica lokalne samouprave, a unete su nove, dosta brojnije i detaljnije odredbe.

Kad je reč o saradnji *na nacionalnom nivou*, zakon predviđa da jedinica lokalne samouprave, njeni organi i službe, kao i preduzeća, ustanove i druge organizacije čiji je osnivač, ostvaruju saradnju i udružuju se sa drugim jedinicama lokalne samouprave i njenim organima i službama u oblastima od zajedničkog interesa i radi njihovog ostvarivanja mogu udruživati sredstva i obrazovati zajedničke organe, preduzeća, ustanove i druge organizacije i ustanove, u skladu sa zakonom i statutom. Saradnja jedinica lokalne samouprave podrazumeva i ustupanje obavljanja pojedinih poslova iz okvira izvornih nadležnosti drugoj jedinici lokalne samouprave ili preduzeću, ustanovi i drugoj organizaciji čiji je ona osnivač. Poslovi iz oblasti komunalnih delatnosti zajednički se obavljaju na osnovu sporazuma o saradnji jedinica lokalne samouprave, u skladu sa zakonom koji uređuje komunalne delatnosti. (čl. 88. ZLS).

Zakon je precizno uredio materiju sporazuma o saradnji i propisao da se njime uređuju: naziv i sedište zajedničkog organa, službe, preduzeća, ustanove ili druge organizacije, vrsta, obim i način obavljanja poslova, način finansiranja, upravljanje i nadzor nad radom, pristupanje sporazumu drugih jedinica lokal-

<sup>27</sup> R. Marković (2014), 427.



ne samouprave, postupak istupanja odnosno odustajanja od sporazuma jedinice lokalne samouprave, prava i obaveze zaposlenih kao i druga pitanja od značaja za osnivanje, rad i prestanak rada, u skladu sa zakonom. Osim toga, predviđena je i obaveza jedinica lokalne samouprave da dostave ministarstvu nadležnom za lokalnu samoupravu sporazum o saradnji u roku od 30 dana od dana zaključenja sporazuma, kao i obavezu istog ministarstva da vodi evidenciju o zaključenim sporazumima o saradnji (čl. 88a st. 1–3. ZLS).

Dve ili više jedinica lokalne samouprave mogu predložiti ministarstvu nadležnom za lokalnu samoupravu zajedničko izvršavanje određenih poverenih poslova, u skladu sa zakonom kojim se uređuje državna uprava i uredbom Vlade kojom se uređuju bliži uslovi i način zajedničkog izvršavanja poverenih poslova (čl. 88a st. 4. ZLS).

U slučaju osnivanja zajedničkog organa, službe, preduzeća ili druge organizacije koji se osniva na osnovu zaključenog sporazuma o saradnji jedinica lokalne samouprave, njihove rukovodioce postavljaju odnosno imenuju, razrešavaju i o njihovoj odgovornosti i prestanku dužnosti odlučuju nadležni organi jedinice lokalne samouprave, osnivači, u skladu sa zakonom. Zaposleni svoja prava, obaveze i odgovornosti ostvaruju u jedinici lokalne samouprave u kojoj je sedište zajedničkog organizacionog oblika koji se osniva. Kad je sporazumom predviđeno da zajednički organ odlučuje o pravima i obavezama građana u upravnom postupku, nadležni organi jedinica lokalne samouprave zadržavaju svoju nadležnost u drugostepenom postupku, u skladu sa zakonom. Sredstva za finansiranje rada zajedničkog organa obezbeđuju se u budžetima jedinica lokalne samouprave koje su pristupile sporazumu, srazmerno obimu poslova koje za njih zajednički organ obavlja (čl. 88v ZLS).

Zakonodavac je detaljno uredio i mogućnost međusobnog ustupanja poslova između jedinica lokalne samouprave. U slučaju da je sporazumom o saradnji jedinica lokalne samouprave predviđeno da jedna jedinica lokalne samouprave ustupa određene poslove iz svoje nadležnosti drugoj jedinici lokalne samouprave, te finansira rad organa druge jedinice lokalne samouprave zarad obavljanja određenih ustupljenih poslova za njene potrebe, jedinica lokalne samouprave koja je ustupila poslove obezbeđuje finansiranje rada organa jedinice lokalne samouprave koje te poslove obavlja, srazmerno obimu tih poslova. Jedinica lokalne samouprave dostavlja izveštaj o obavljanju ustupljenih poslova na zahtev jedinice lokalne samouprave koja joj je ustupila određene poslove, a najmanje jednom u šest meseci. Kad je sporazumom predviđeno da ustupljeni poslovi obuhvataju odlu-



čivanje o pravima i obavezama građana u upravnom postupku, nadležni organi jedinica lokalne samouprave zadržavaju svoju nadležnost u drugostepenom postupku, u skladu sa zakonom. Ustupljeni poslovi obavljaju se u ime i za račun jedinice lokalne samouprave koja ih je ustupila i finansira ih, a pred građanima i drugim subjektima odgovorna je jedinica lokalne samouprave koja je ustupila poslove (čl. 88g ZLS).

Kad je reč o prestanku sporazuma o saradnji između jedinica lokalne samouprave, tokom reforme 2018. u Zakon su unete sledeće odredbe. Sporazum o saradnji jedinica lokalne samouprave prestaje da važi na zahtev jedne od jedinica lokalne samouprave koji ona pismenim putem uputi drugoj jedinici lokalne samouprave, najkasnije šest meseci pre dana sa kojim sporazum prestaje da važi. Jedinica lokalne samouprave koja podnosi za prestanak sporazuma o saradnji o tome obaveštava ministarstvo nadležno za lokalnu samoupravu. Ako je sporazumu pristupilo više jedinica lokalne samouprave, on prestaje da važi samo u delu koji se odnosi na jedinicu lokalne samouprave koja je podnela zahtev za prestanak sporazuma o saradnji.

Saradnja lokalne samouprave *na međunarodnom planu* predviđena je i samim Ustavom, koji predviđa da “autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave saraduju sa odgovarajućim teritorijalnim zajednicama i jedinicama lokalne samouprave drugih država, u okviru spoljne politike Republike Srbije, uz poštovanje teritorijalnog jedinstva i pravnog poretka Republike Srbije” (čl. 181. Ustava). Gotovo istovetnu odredbu sadrži i Zakon o lokalnoj samoupravi, koji propisuje da jedinice lokalne samouprave mogu ostvarivati saradnju u oblastima od zajedničkog interesa sa jedinicama lokalne samouprave u drugim državama, u okviru utvrđene politike Republike Srbije, uz poštovanje teritorijalnog jedinstva i pravnog poretka Republike Srbije, u skladu s Ustavom i zakonom. (čl. 88b ZLS). Odluku o zaključenju sporazuma o saradnji sa odgovarajućom teritorijalnom jedinicom druge države donosi skupština jedinice lokalne samouprave, uz saglasnost Vlade.

#### USKLAĐIVANJE SA DRUGIM ZAKONIMA

Izmenama i dopunama ZLS 2018. izvršeno je i usklađivanje sa drugim zakonima, a najznačajnija su usklađivanja sa Zakonom o visokom obrazovanju i Zakonom o uređenju sudova.

Zakon o lokalnoj samoupravi usklađen je sa Zakonom o visokom obrazovanju u delu koji se odnosi na stručne i akademske nazive. Za sekretara skupštine opštine i za načelnika opštinske uprave, umesto "lica sa završenim pravnim fakultetom", sada može biti postavljeno lice "koje ima stečeno visoko obrazovanje iz naučne oblasti pravne nauke 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", uz odgovarajuće uslove koji se tiču položenog stručnog ispita za rad u organima uprave i odgovarajućeg radnog iskustva (čl. 40. st. 3. i čl. 54. st. 2. ZLS). Slično tome, kad se opštinska uprava organizuje u više uprava, za načelnika uprave može biti postavljeno lice "koje ima stečeno visoko obrazovanje iz odgovarajuće naučne oblasti u odnosu na delokrug uprave, na osnovnim akademskim studijama u obimu od najmanje 240 ESPB bodova, master akademskim studijama, master strukovnim studijama, specijalističkim akademskim studijama, specijalističkim strukovnim studijama, odnosno na osnovnim studijama u trajanju od najmanje četiri godine ili specijalističkim studijama na fakultetu, najmanje pet godina radnog iskustva u struci i položen državni stručni ispit za rad u organima državne uprave" (čl. 55. st. 2. ZLS).

Izvršeno je i usklađivanje sa Zakonom o uređenju sudova, pa je predviđana nadležnost Upravnog suda, umesto Vrhovnog kasacionog suda u odgovarajućim postupcima (čl. 83. st. 2. i čl. 98. st. 12. ZLS). Kada ministarstvo nadležno za poslove lokalne samouprave, odnosno nadležni organ teritorijalne autonomije, smatra da opšti akt organa jedinice lokalne samouprave nije u saglasnosti sa njenim statutom, ukazaće na to skupštini jedinice lokalne samouprave radi preduzimanja odgovarajućih mera. Ukoliko skupština jedinice lokalne samouprave ne postupi po tim predlozima, ministarstvo nadležno za poslove lokalne samouprave pokrenuće postupak pred Upravnim sudom i istovremeno će predložiti Vladi da obustavi od izvršenja sporni akt do odluke Upravnog suda.

## ZAKLJUČAK

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 svojevolski 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.

Sve u svemu, 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 izmene i dopune. Drugi, možda i najkрупniji 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.

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

AMENDMENTS TO LOCAL SELF-GOVERNMENT LEGISLATION  
IN THE REPUBLIC OF SERBIA  
– “Plished” reform of 2018 –

Summary

The article is devoted to the analysis of amendments to the Law on Local Self-Government in the Republic of Serbia. The long-awaited reform of local self-government had two aspects: the correction of technical errors and alignment with the amendments to other laws, on the one hand, and the adoption of amendments related to the essence of local self-government, on the other. The second aspect covered mainly four issues: competencies of local self-government, local self-government organs, the position of local community self-government and cooperation between local self-government units. The reform, however, did not meet expectations, as it did not adequately solve any of the five key problems of local self-government in the Republic of Serbia.



MAJA NASTIĆ

## ODLUČIVANJE USTAVNOG SUDA SRBIJE U POSTUPKU PO USTAVNOJ ŽALBI

USTAVNA ŽALBA U USTAVNOM SISTEMU  
REPUBLIKE SRBIJE

Jedna od osnovnih funkcija Ustavnog suda je sprovođenje normativne kontrole i zaštita principa ustavnosti i zakonitosti. Međutim, poslednjih decenija odlučivanje Ustavnog suda po ustavnim žalbama preuzelo je primat u odnosu na normativnu kontrolu. Iako su u postupku normativne kontrole efekti zaštite ljudskih prava izraženi, “nesumnjivo je da je najveći domet u zaštiti ljudskih prava građana i ustavnosti priznavanje mogućnosti da se sam građanin-pojedinac neposredno obrati ustavnom sudu radi zaštite svojih prava ili Ustava”.<sup>1</sup>

Ustavna žalba predstavlja posebno sredstvo zaštite osnovnih ljudskih prava, koje svoje mesto nalazi u važećem Ustavu Srbije<sup>2</sup>. U skladu sa članom 170. Ustava, ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata i radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju

---

Dr Maja Nastić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu “Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije” koji finansira Pravni fakultet u Nišu.

<sup>1</sup> R. Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Beograd, 1973, str. 62.

<sup>2</sup> “Sl. glasnik Republike Srbije”, br. 98/06.

ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.

Imajući u vidu da ustavna žalba služi zaštiti Ustavom garantovanih prava, na ovaj način se zaštita ovih prava i sloboda izjednačava sa njihovom suštinom, koja je utvrđena najvišim pravnim aktom. Ustavne norme često odlikuje apstraktan stil, koji je izražen kod odredbi o ljudskim pravima, a takođe su i nužno vrednosno orjentisane, te je postupanje Ustavnog suda povodom ustavnih žalbi prilika da Sud iznese svoje tumačenje osnovnih prava. Time se potvrđuje ustavnopravni značaj osnovnih prava i njihova superiornost u odnosu na obično zakonodavstvo. Stoga, u postupku po ustavnoj žalbi ne ispunjava se samo subjektivna svrha zaštite osnovnih prava građana, već odlučivanje po ustavnoj žalbi ima i objektivnu dimenziju, koja se tiče ustavnog tumačenja kataloga ljudskih prava.<sup>3</sup>

U postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud, sa jedne strane, proširuje obim zaštićenih prava, obuhvatajući sva ljudska i manjinska prava i slobode, individualna i kolektivna, nezavisno od njihovog sistematskog mesta u Ustavu i nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav, ili su ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima.<sup>4</sup> Sa druge strane, Ustavni sud ukazuje da je u postupku po ustavnoj žalbi nadležan jedino da ispituje postojanje povreda ili uskraćivanja Ustavom zajemčenih prava i sloboda, te se stoga i navodi ustavne žalbe moraju zasnivati na ustavnopravnim razlozima kojima se, sa stanovišta Ustavom utvrđene sadržine označenog ustavnog prava ili slobode, potkrepljuju tvrdnje o njegovoj povredi ili uskraćivanju. To istovremeno znači da Ustavni sud nije nadležan da, postupajući po ustavnoj žalbi, kao instancioni (viši) sud još jednom ispituje zakonitost osporenih akata ili radnji, pa iz tih razloga formalno pozivanje na povredu ustavnih prava i sloboda, samo po sebi, ustavnu žalbu ne čini dopuštenom.<sup>5</sup> Osim toga, Ustavni sud jasno ukazuje da će odbaciti svaku ustavnu žalbu u kojoj nisu navedeni ustavnopravni razlozi, koji bi mogli ukazivati da je osporenim pojedinačnim aktom povređeno neko od Ustavom zajemčenih prava podnosilaca.

<sup>3</sup> H. Rupp, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, No. 2, avril-juin 1981, pp. 449-509.

<sup>4</sup> Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi (usvojeni na redovnim sednicama od 30. oktobra 2008. godine i 2. aprila 2009. godine).

<sup>5</sup> Rešenje Ustavnog suda UŽ 1939/2012 od 10. 04. 2012.

Ustavna žalba po svojoj pravnoj prirodi predstavlja supsidijarno pravno sredstvo i može se izjaviti nakon što su iskorišćena sva raspoloživa pravna sredstva ili ako takva nisu predviđena. U upravnom postupku, donošenjem odluke po tužbi, smatraće se da je isprpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.<sup>6</sup> U prekršajnom postupku, donošenjem odluke po žalbi na prvostepenu odluku, odnosno odluke po zahtevu za vanredno preispitivanje pravno-snažnog rešenja o prekršaju (ukoliko je dozvoljen), smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe. U krivičnom postupku, donošenjem odluke po žalbi na prvostepenu, odnosno na drugostepenu presudu, ili po žalbi na rešenje, smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe. U postupku za privredne prestupe, donošenje odluke po žalbi na prvostepenu odluku smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe. U parničnom i vanparničnom postupku, donošenjem presude po reviziji smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.<sup>7</sup>

Pravo da izjavi ustavnu žalbu ima svako lice koje smatra da mu je povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda zajemčena Ustavom.<sup>8</sup> Isključeno je podnošenje *actio popularis*. Ustavna žalba se može izjaviti u roku od 30 dana od dana dostavljanja pojedinačnog akta, odnosno od dana preduzimanja radnje kojom se povređuje ili uskraćuje ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom.<sup>9</sup>

U toku pružanja ustavnosudske zaštite Ustavni sud ispituje osnovanost navoda i tvrdnji podnosioca ustavne žalbe i povredi prava ili sloboda, u granicama zahteva istaknutoj u njoj. Ustavni sud vezan je ne samo zahtevima, već i razlozima na kojima podnosilac zasniva svoju tvrdnju da je povređeno konkretno Ustavom

---

<sup>6</sup> Ukoliko je dozvoljena žalba protiv odluke u upravnom sporu ili zahtev za vanredno preispitivanje sudske odluke, donošenjem odluke po ovim pravnim sredstvima smatraće se da je isprpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe. Izuzetno, ako je isključena mogućnost upravnog spora, donošenjem odluke po žalbi protiv pojedinačnog akta donetog u upravnom postupku smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe. (Stav USS)

<sup>7</sup> U slučajevima kada revizija zakonom nije dozvoljena, donošenjem odluke po žalbi na presudu ili žalbi na rešenje smatraće se da je iscrpljeno poslednje pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.

<sup>8</sup> Čl. 83 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 109/2007, 99/2011, 18/13-Odluka US, 40/15 i 103/15),

<sup>9</sup> Čl. 84 Zakona o Ustavnom sudu Srbije,



garantovano pravo. Ustavni sud je od ovog pravila odstupio jedino kada je bilo očigledno da razlozi osporavanja potvrđuju da je povređeno neko drugo garantovano pravo, a ne pravo, koje je označeno u zahtevu samog podnosioca ustavne žalbe<sup>10</sup>. U takvim slučajevima, Ustavni sud je ušavši u bit ustavne žalbe, namerno izlazio izvan granica inicijalno postavljenog zahteva, kako bi u punoj meri pružio ustavnosudsku zaštitu podnosiocu ustavne žalbe.<sup>11</sup> Tom prilikom, Ustavni sud se pozivao na odredbe čl. 18 st. 3 Ustava.<sup>12</sup>

Nisu retki slučajevi da Ustavni sud odlučuje po ustavnoj žalbi više lica, ili da je ustavna žalba izjavljena protiv više pojedinačnih akata i radnji, te da se u ustavnoj žalbi poziva na povredu/uskraćivanje više zajemčenih prava. U ovakvim slučajevima moguće je da Sud, nakon sveobuhvatne analize i ocene navoda i razloga ustavne žalbe, usvoji ustavnu žalbu u odnosu na jedan ili više akata i utvrdi povredu ili uskraćivanje jednog ili više prava jednom ili više lica, a da istom odlukom odbaci ili odbije ustavnu žalbu u odnosu na isto ili druga lica, druge akte ili radnje ili druga istaknuta prava. Svakako, to ne zavisi od broja podnosilaca, već od predmeta ustavne žalbe, njene sadržine, kao i navoda i razloga o povredi garantovanih prava.<sup>13</sup>

#### POSTUPAK ODLUČIVANJA PO USTAVNOJ ŽALBI

Postupak po ustavnoj žalbi započinje podnošenjem ustavne žalbe Ustavnom sudu i može obuhvatiti dve faze. U prvoj fazi, postupak se odvija pred sudijom izvestiocem, koji ispituje postojanje procesnih pretpostavki. "To ispitivanje obuhvata ocenu dopuštenosti, blagovremenosti, urednosti i postojanje legitimacije za izjavljivanje ustavne žalbe, ali i ocenu ustavnopravnih razloga na kojima se zasniva tvrdnja da je pojedinačnim aktom javne vlasti povređeno Ustavom garan-

<sup>10</sup> Tako je u odluci UŽ 4262/2012 Ustavni sud konstatuje da se podnositeljka u ustavnoj žalbi nije formalno pozvala na povredu prava na pravično suđenje zajemčeno odredbom čl. 32 st.1 Ustava. Međutim, Ustavni sud ukazuje da se iz sadržine ustavne žalbe može zaključiti da se podnositeljka ustavne žalbe, u suštini, žali i na povredu prava na pravično suđenje.

<sup>11</sup> D. Stojanović, *Ustavno sudstvo*, Niš, 2017, str. 146,

<sup>12</sup> Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.

<sup>13</sup> Načelni stavovi o postupku po ustavnoj žalbi sadržani u Odluci Ustavnog suda UŽ 8736/2013 ("Sl. glasnik RS", br. 82/2015).

tovano pravo”.<sup>14</sup> Druga faza je faza meritornog odlučivanja i ona će uslediti ukoliko ustavna žalba ispunjava sve pretpostavke predviđene Ustavom i zakonom.<sup>15</sup>

Nakon donošenja Ustava (2006), Ustavni sud je shodno Zakonu o Ustavnom sudu<sup>16</sup>, odlučivao na opštoj sednici o svim odlukama, kako procesnim, tako i meritornim. Izmenama Zakona o Ustavnom sudu<sup>17</sup> uvedene su novine u odlučivanju uvođenjem Malog i Velikog veća. Svrha ovih izmena je olakšano procesuiranje ustavnih žalbi, imajući u vidu njihov veliki broj, sa ciljem da se “odblokira” rad Ustavnog suda i da se stvore pretpostavke za njegov efikasniji rad.<sup>18</sup> Pojednostavljeno je odbacivanje ustavne žalbe i Ustavni sud o tome sada odlučuje na sednici Malog veća<sup>19</sup>. Meritorno odlučivanje po ustavnim žalbama je u nadležnosti Velikog veća, koje čine predsednik Suda i sedam sudija. Na sednici Velikog veća odluke se donose jednoglasno. Ukoliko se ne postigne jednoglasnost, odluka će biti doneta na sednici Ustavnog suda. Tako je odlučivanje Ustavnog suda na sednici svih sudija, od pravila postalo izuzetak.

Ustavna žalba, po pravilu, ne sprečava primenu pojedinačnog akta ili radnje protiv koga je izjavljena. Na predlog podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud može odložiti izvršenje pojedinačnog akta ili radnje, ako bi izvršenje prouzrokovalo nenadoknadivu štetu podnosiocu, a odlaganje nije suprotno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela šteta trećem licu.<sup>20</sup> O predlogu podnosioca ustavne žalbe,

---

<sup>14</sup> D. Stojanović, *op. cit.*, str. 147.

<sup>15</sup> Radi efikasnijeg odlučivanja po ustavnim žalbama, Ustavni sud ima odbore i to: Odbor za ustavne žalbe iz oblasti krivičnog prava, Odbor za ustavne žalbe iz oblasti građanskog prava i Odbor za ustavne žalbe iz upravnog prava. Odbori imaju predstavnika i dva člana. Odbori razmatraju predlog odluke sudije izvestioca u predmetu po ustavnoj žalbi i daju mišljenje o predlogu. Kad odbor oceni da je u predmetu potpuno razjašnjeno ustavnopravno pitanje, daje pismeno mišljenje o predlogu odluke. Videti Poslovnik o radu Ustavnog suda Srbije ( “Sl. glasnik RS”, br. 103/2013) čl. 37-38

<sup>16</sup> Zakon o Ustavnom sudu stupio je na snagu 6. decembra 2007. godine, čime je prestao da važi Zakon o postupku pred Ustavnim sudom i pravnim dejstvom njegoih odluka (1991). Zakonom o Ustavnom sudu regulisano je uređenje Ustavnog suda, pravno dejstvo odluka, izvršenje akata Ustavnog suda i sva druga pitanja koja nisu uređena Ustavom.

<sup>17</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 99/2011.

<sup>18</sup> Naime, prve ustavne žalbe upućene su Ustavnom sudu odmah nakon proglašenja Ustava, iako je Zakon o Ustavnom sudu, usvojen tek godinu dana kasnije. Ustavni sud je, nakon donošenja Ustava i svog konstituisanja u decembru 2007. godine, rešio 62. 971 od ukupno primljenih 76. 061 predmeta. Najveći broj primljenih predmeta, čak 62.790 bile su ustavne žalbe. Od tog broja rešeno je 53. 595 predmeta.

<sup>19</sup> Malo veće čine troje sudija Ustavnog suda, od kojih je jedan predsednik Veća. Malo veće donosi rešenje kojim odbacuje ustavnu žalbu, ukoliko nisu ispunjene procesne pretpostavke.

<sup>20</sup> Čl. 86 Zakona o Ustavnom sudu.

Ustavni sud će, po pravilu, odlučiti u roku od 90 dana od dana prijema predloga. U postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud donosi odluke i rešenja<sup>21</sup>. Odlukom se ustavna žalba usvaja ili odbija kao neosnovana.<sup>22</sup> Ustavna žalba je osnovana ukoliko Ustavni sud, nakon sprovedenog postupka ispitivanja utvrdi da je konkretnim pojedinačnim aktom, sudskom odlukom ili drugim aktom, povređeno Ustavom garantovano pravo. Prvim stavom izreke odluke, Ustavni sud usvaja ustavnu žalbu, utvrđuje da je osporenim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno pravo i sloboda zajemčeno konkretnom odredbom Ustava i određuje način pravičnog zadovoljenja. Izuzetno, kada Ustavni sud usvoji ustavnu žalbu i utvrdi povredu prava, a štetne posledice se ne mogu otkloniti na drugi način, Sud će u stavu 2 izreke poništiti pojedinačni akt i predmet vratiti na ponovni postupak i odlučiva-nje organu, čiji je akt poništen.

U tom slučaju, Sud može da odredi donošenje novog akta i može naložiti okončanje postupka u najkraćem mogućem roku. Odlukom kojom usvaja ustavnu žalbu, Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, kada je takav zahtev postavljen. Usvajajući ovaj zahtev Ustavni sud će odrediti organ, koji je obavezan da isplati naknadu štete u roku od četiri meseca od dana dostavljanja odluke. Prilikom odlučivanja o naknadi nematerijalne štete, Ustavni sud ceni sve okolnosti, koje su od značaja za odlučivanje, posebno dužinu trajanja postupka i njegovu složenost, a naročito doprinos podnosioca ustavne žalbe. Odlučujući o visini naknade nematerijalne štete Ustavni sud ima u vidu sopstvenu praksu, kriterijume Evropskog suda za ljudska prava u sličnim slučajevima, ekonomske i socijalne prilike u Republici Srbiji, kao i samu suštinu nematerijalne štete kojom se oštećenom licu pruža odgovarajuće zadovoljenje<sup>23</sup>.

Ako se u ustavnoj žalbi istakne zahtev za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg akta čijom je primenom ili tumačenjem navodno povređeno Ustavom garantovano ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda, Sud će: a). ako se odbacuje ustavna žalba-podnosioca ustavne žalbe uputiti na pokretanje posebnog postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg akta; b). ako se odbija ustavna žalba-u obrazloženju odluke oceniti da je neosnovana tvrdnja da je zbog primene ili tumače-

<sup>21</sup> Ustavni sud rešenjem obustavlja izvršenje pojedinačnog akta, odnosno radnje i ukida meru obustave ili odbacuje zahtev za obustavu izvršenja pojedinačnog akta ili radnje; odbacuje ustavnu žalbu ako nisu ispunjene procesne pretpostavke,

<sup>22</sup> Čl. 89 st. 1 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>23</sup> Odluka Ustavnog suda UŽ 567/2015.

nja opšteg ata povređeno Ustavom garantovano ljudsko ili manjinsko pravo; v). ako postoji razumna sumnja u ustavnost i zakonitost opšteg akta na osnovu koga je donet pojedinačni akt koji se ustavnom žalbom osporava-zastati sa postupkom odlučivanja po ustavnoj žalbi i pokrenuti postupak ocene ustavnosti i zakonitosti opšteg akta.<sup>24</sup>

#### DEJSTVO ODLUKE USTAVNOG SUDA U POSTUPKU PO USTAVNOJ ŽALBI

Analiziranje dejstva odluke Ustavnog suda mora započeti od ustavne norme. Naime, Ustav u članu 166 st. 2 određuje da su odluke Ustavnog suda konačne, izvršne i opšteobavezujuće. Pravilo je da odluke Ustavnog suda deluju prema svima (*erga omnes*). “No, imajući u vidu da je ustavna žalba konstituisana kao pravno sredstvo koje treba da služi, po pravilu, pojedincu u cilju zaštite njegovih ustavnih prava prema državi, jasno je da sama priroda spora po ustavnoj žalbi traži uže dejstvo odluke”.<sup>25</sup> Ustavni sud postupa kao specijalna instanca po žalbama građana po principu *inter partes*, što predstavlja izuzetak u odnosu na generalno *erga omnes*, koje, pre svega, dolazi do izražaja u postupku ustavnosudske kontrole. Kada sprovodi kontrolu ustavnosti, Ustavni sud postupa u ulozi “čuvara Ustava”, koji se stara o poštovanju ustavnosti i zakonitosti i koji svojim odlukama treba da eliminiše iz pravnog poretka neustavni opšti akt. Odlučivanje po ustavnim žalbama može se označiti kao “ocena mikro-ustavnosti” (the review od microconstitutionality).<sup>26</sup>

Tako, odluke Ustavnog suda deluju u dve ravni: u ravni propisa i u ravni pojedinačnih akata. No, u obe ravni, one su obavezujuće i izvršne, ali imaju različit izgled u svakoj od tih ravni.<sup>27</sup> U kontekstu odlučivanja po ustavnoj žalbi, treba da istaći da spor rešen odlukom Ustavnog suda ne može se ponovo rešavati, niti se odluka Ustavnog suda može pobijati bilo kakvim pravnim lekom; odnosno da ne postoji pravni osnov za podnošenje predstavke, žalbe, ili ustavne žalbe protiv od-

---

<sup>24</sup> Stavovi Ustavnog suda u postupku odlučivanja po ustavnoj žalbi.

<sup>25</sup> V. Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Beograd, 1972, str. 42.

<sup>26</sup> Citirano prema: G. Harutyunyan & A. Mavcic, *Constitutional Review and Its Development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157 u I. Pejić, “Garancije ljudskih prava u nacionalnom poretku: ustavnosudska zaštita” u *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava* (ur. Z. Radivojević), Niš, 2008, str. 261-274.

<sup>27</sup> Z. Ivošević, “Izvršenje odluka ustavnih sudova”, *Ustavni sud Srbije- u susret novom ustavu*, Beograd, 2004, str. 237.

luke, rešenja, odnosno zaključka Ustavnog suda. Svakako, treba imati u vidu da je nakon donošenja odluke Ustavnog suda po ustavnoj žalbi otvoren put za obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, čime se u izvesnom smislu “izmešta konačnost odluke o povredi ljudskih prava iz nacionalnog pravnog poretka”.<sup>28</sup>

Ustavnosudska zaštita u postupku po ustavnoj žalbi obezbeđena je u odnosu na pojedinačne akte i radnji svih državnih organa, uključujući i nosioce sudske vlasti. Takvo opredeljenje ustavotvorca, po shvatanju Ustavnog suda, obavezuje i zakonodavni organ da odredi pravno dejstvo odluka Ustavnog suda i njegovo izvršenje. Kako je već rečeno kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčeno Ustavom, može poništiti pojedinačni akt, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca<sup>29</sup>. Odlukom kojom usvaja ustavnu žalbu Ustavni sud određuje konkretno lice kome je povređeno ili uskraćeno pravo, konkretan akt ili radnju kojom je povreda ili uskraćivanje učinjeno, kao i koje pravo i sloboda je povređeno ili uskraćeno podnosiocu ustavne žalbe. Zbog svega navedenog, ovakva odluka ima dejstvo prema učesnicima u postupku, odnosno podnosiocu ustavne žalbe i sudu, odnosno drugom organu, koji je doneo osporeni pojedinačni akt. Ustavnosudska funkcija u ovom slučaju izaziva posledice “po redovno sprovođenje pravde” i približava Ustavni sud redovnom sudskom odlučivanju. Odlučivanje po ustavnim žalbama Ustavni sud postaje “sud običnih građana”.

Bitna karakteristika odluka Ustavnog suda po ustavnoj žalbi jeste njihovo delovanje prema učesnicima (strankama) u konkretnom postupku, a samo izuzetno ove odluke mogu delovati prema trećim licima (*ultra partes*). Prema Zakonu o Ustavnom sudu, ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda više lica, a samo neka od njih su podnela ustavnu žalbu, odluka Ustavnog suda odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji.<sup>30</sup> Mogućnost proširenog dejstva odluka Ustavnog suda i na treća lica uslovljena je ostvarenjem navedenih pretpostavki definisanih zakona. To znači da nema “automat-

<sup>28</sup> D. Simović, “Ustavna žalba-teorijskopravni okvir”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.1/2012, str. 219.

<sup>29</sup> Čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>30</sup> Čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu.

skog” proširenog dejstva odluka Ustavnog suda na treća lica na “slične”, odnosno “istovetne” situacije već je potrebno da Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi utvrdi da li su ispunjeni uslovi iz čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu i da oceni da li je to u konkretnom slučaju nužno, te da isto izričito utvrdi svojom odlukom, odnosno da svojom odlukom odredi krug lica na koje se proširuje dejstvo konkretne odluke.<sup>31</sup>

U svojoj dosadašnjoj praksi, Ustavni sud je izuzetno retko proširivao dejstvo odluka sa pozivom na pomenuti član Zakona o Ustavnom sudu. Međutim, u praksi se pojavila jedna negativna tendencija da sudovi (opšte nadležnosti), sa osloncem na navedenu odredbu zakonu, sami procenjuju koja se lica nalaze u istoj pravnoj situaciji, kao i podnosioci ustavne žalbe, koji su ostvarili ustavno-pravnu zaštitu. To je imalo za posledicu ponavljanje postupka u odnosu na treća lica.<sup>32</sup> Kako bi sprečio dalju ovakvu praksu, Ustavni sud je naglasio da se dejstvo njegove konkretne odluke po ustavnoj žalbi, u pogledu utvrđenja zajemčenog prava i poništaja odluke suda, može proširiti i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ali pod uslovom da Ustavni sud oceni da je to nužno u konkretnom slučaju, te da isto utvrdi svojom odlukom, odnosno da svojom odlukom utvrdi krug lica na koja proširuje dejstvo te konkretne odluke.<sup>33</sup>

Ukoliko bi redovan sud u postupku po predlogu za ponavljanje postupka sam primenio odredbu čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu i proširio dejstvo odluke Ustavnog suda na lica koja nisu učesnici konkretnog parničnog postupka, već stranke u nekom drugom pravnosnažno okončanom parničnom postupku, a koje se, po oceni redovnog suda, nalaze u istoj pravnoj situaciji kao i lice koje je ishodovalo pozitivnu odluku Ustavnog suda, time bi, po oceni Ustavnog suda, redovan sud utvrđivao povredu ustavnog prava, a što nije nadležnost redovnog suda, niti može biti predmet odlučivanja suda u postupku po predlogu za ponavljanje postupka. Ustavni sud zaključuje da bi takva primena čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu dovela do situacije da redovan sud u postupku po vanrednom pravnom sredstvu ceni i utvrđuje da li je, po sadržaju, pojedinačni akt koji nije bio predmet

---

<sup>31</sup> Vrhovni kasacioni sud, rešenje Rev 351/2017 od 02. 03. 2017. <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-3512017-ponavljanje-postupka-dejstvo-odluke-ustavnog-suda-na-tre%C4%87e-lice>.

<sup>32</sup> Više o tome N. Rajić, *Odnos parlamenta i Ustavnog suda u ostvarivanju i zaštiti ustavnosti zakona* (doktorska disertacija), Beograd, 20016, str. 40.

<sup>33</sup> Odluka Ustavnog suda UŽ 8736/2015 od 18. 06. 2015. godine, “*Sl. glasnik RS*”, br. 82/2015.

ustavnosudske kontrole takav da bi vodio istovetnoj povredi kao onaj pojedinačni akt koji bi bio predmet ustavnosudske kontrole.<sup>34</sup>

Nadalje, Sud ukazuje da nema svaka povreda ustavnog prava isto dejstvo sa stanovišta učesnika u postupku, niti svaka odluka Ustavnog suda po ustavnoj žalbi može biti podobna da se njeno dejstvo proširi. Tako je, na primer, povreda prava na suđenje u razumnom roku takve prirode da je personalno ograničena i može se odnositi neposredno i jedino na stranku koja je podnela ustavnu žalbu i kojoj je utvrđena povreda prava u razumnom roku.<sup>35</sup>

Odluka Ustavnog suda kojom je uvažena žalba ima pravno dejstvo od dana dostavljanja učesnicima u postupku. Od tog momenta odluka pravno obavezuje učesnike u postupku, kao i sam Sud, kao *res iudicata*. To znači da bi svaka eventualna korekcija bila nedopustiva nakon ekspedovanja odluke. Ali, preispitivanje odluke je moguće do njenog otpravljanja učesnicima u postupku. Preispitivanju odluke pristupa se po zahtevu predsednika, sudije ili radnog tela Suda, kako bi se ispravile pogreške koje se ne mogu otkloniti na uobičajeni način.<sup>36</sup> Pismeni otpripravak odluke dostavlja se učesnicima u postupku, po pravilu, u roku od 30 dana od dana donošenja. Kada je odlukom Suda utvrđeno pravo na naknadu štete, odluka se dostavlja i nadležnom organu za isplatu. Odluke koje se donose po ustavnoj žalbi se ne publikuju u Službenom glasniku, osim ako sud ne proceni da je tako nešto potrebno sa aspekta zaštite ljudskih prava. To je još jedan element po kome se odluke Suda u postupku po ustavnoj žalbi razlikuju u odnosu na odluke koje Sud donosi u postupku normativne kontrole. U pogledu odluka koje se objave u Službenom glasniku, a koje nisu mogle biti dostavljene učesnicima postupka, dostavljanje se smatra izvršenim danom objavljivanja.

Dejstvo usvajajuće odluke Ustavnog suda donete u postupku po ustavnoj žalbi prvenstveno je usmereno prema aktu kojim je povređeno ili uskraćeno Usta-

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Zaključak Ustavnog suda Už 6551/2012 od 20. oktobra 2014. godine u kome je Ustavni sud zaključio da nema mesta tzv. proširenom dejstvu odluke ustavnog suda kada su u pitanju odluke zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku iz čl. 32 stav 1 Ustava, imajući u vidu da ocenu o tome da je li je trajanje jednog sudskog postupka bilo razumno ili ne, determinišu, pored ostalo, i subjektivni faktori koji se tiču samog lica koje traži zaštitu od povrede prava na suđenje u razumnom roku (njegovo ponašanje u toku postupka, značaj zahteva o kome se odlučuje). Ustavni sud nalazi da se dva ili više lica ne mogu naći u istoj pravnoj situaciji sa aspekta povrede prava na suđenje u razumnom roku, čak i onda kada su u određenom sudskom postupku zajedno učestvovali i imali isto svojstvo (tužioca ili tuženog).

<sup>36</sup> D. Stojanović, *op. cit.*, str. 162.



vom garantovano pravo, a koji može biti poništen. U tom smislu, ovakva odluka proizvodi kasatorno dejstvo. Slično dejstvo odluke Ustavnog suda dolazi do izražaja u postupku normativne kontrole, s tim da je ona “uperena” ka opštem aktu, dok je u postupku po ustavnoj žalbi kasacijom pogođen pojedinačni akt, najčešće sudska odluka. Pored kasatornih odluka, Ustavni sud može donositi i deklarativne odluke. U tom slučaju Ustavni sud “samo” konstatuje da je došlo do povrede/uskraćivanja Ustavom garantovanog prava, ali to nije praćeno kasiranjem pojedinačnog akta. To ne isključuje da Ustavni sud odredi neki drugi način zadovoljenja podnosioca ustavne žalbe.

Svojom kasatornom odlukom Ustavni sud ne može preinačiti pojedinačne akte, kojima je povređeno Ustavom garantovano pravo, niti ih zameniti sopstvenim odlukama, “što znači da ona može meritorno uticati na zaštitu ljudskih prava jedino snagom obrazloženja, kao što je slučaj i sa interpretativnim odlukama”.<sup>37</sup> Odluke donete po ustavnim žalbama služe ne samo da se rešavaju pojedinačni slučajevi, koji su izneti pred Sud, već, mnogo šire, da se očuvaju i razviju prava i slobode zajemčene Ustavom. Ove odluke prelaze granice pojedinačnih slučajeva, koje Sud, *in concreto* rešava. Naime, pravni stavovi, odnosno interpretacije Ustava izraženi u tim odlukama (kao i ukupnoj jurisprudenciji Ustavnog suda), jesu od značaja i za rešavanje drugih sudskih sporova koji nisu pravnosnažno okončani (tzv. “živi” sporovi).

Zakon o Ustavnom sudu ne sadrži odredbu o postupanju Suda u situaciji kada, u vreme donošenja odluke prestane pravno dejstvo osporenog pojedinačnog akta (npr. rešenja o produženja pritvora). Iako nije izričito propisano Zakonom, Ustavni sud će u ovakvoj situaciji utvrditi postojanje povrede, ali neće poništiti osporeni akt, budući da je prestalo dejstvo tog akta. U ovom slučaju, takođe, je reč o deklaratornoj usvajajućoj odluci.

#### ODNOS USTAVNOG SUDA I REDOVNOG SUDA POVODOM ODLUČIVANJA PO USTAVNOJ ŽALBI

U postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud pruža jednaku zaštitu supstancijalnim, kao i procesnim pravima, koje Ustav garantuje. Kada govorimo o zaštiti procesnih prava, treba imati u vidu da okosnicu unutrašnjeg sistema zaštite ljudskih prava čine sudovi. Međutim, sudovi mogu svojim (ne) postupanjem

---

<sup>37</sup> T. Marinković, “Dejstvo odluka ustavnih sudova”, u *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. B. Nenadić), Beograd, 2013, str. 305.



u redovnom sudskom postupku ili svojim aktima da povrede ili uskrate Ustavom garantovano pravo. Tako se povodom ustavne žalbe podnete zbog (ne)delovanja redovnog suda, otvara pitanje odnosa Ustavnog i redovnog suda. Priroda ovog odnosa dodatno se komplikuje ako se ima u vidu da odlučujući povodom ustavne žalbe na presudu redovnog suda, Ustavni sud usvajajući ustavnu žalbu može da poništi osporenu presudu i da odredi da sud donese novu presudu. U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud je poništio više odluka sudova, uključujući i presude Vrhovnog kasacionog suda. Glavno pitanje koje se tim povodom može postaviti je da li Ustavni sud ovakvim postupanjem dovodi sebe u poziciju super-apelacionog suda, kao i da li se time narušava utvrđenu hijerahija sudova?

Donošenje prve odluke Ustavnog suda kojom je poništena sudska presuda izazvala je vrlo burnu reakciju sudske vlasti, naročito tadašnjeg Vrhovnog suda. Ovaj sud je otišao i korak dalje i takvo postupanje Ustavnog suda otvoreno ocenio suprotnim čl. 143 i 145 Ustava, po kome sudske odluku mogu da preispitaju samo sudovi, u za to propisanom postupku, te da Ustavni sud nije ovlašćen da poništava odluke redovnih sudova.<sup>38</sup>

U stručnoj javnosti, zakonska mogućnost da Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi poništi odluku redovnog suda, izazvala je raspravu u kojoj su preovladala dva protivrečna mišljenja. Prema jednom gledištu<sup>39</sup>, koje je blisko izraženom stavu Vrhovnog suda, naglašava se da Ustavni sud nije deo sudske vlasti i da ne može vršiti ocenu valjanosti sudske odluke. Poništavanjem odluka redovnih suda od strane Ustavnog suda ugrožava se pravna sigurnost i vređa načelo pravnosnažnosti presuđene stvari. Neprihvatljivo je da Ustavni sud poništava ili ukida sudsku odluku, već će biti dovoljno da samo konstatuje da je došlo do povrede ljudskog ili manjinskog prava. Time se od Ustavnog suda traži da donosi deklaratorne odluke.

Drugo stanovište, koje zastupaju brojni konstitucionalisti<sup>40</sup>, u osnovi naglašava da nadležnost Ustavnog suda za odlučivanje po ustavnim žalbama jeste u

<sup>38</sup> Stav Vrhovnog kasacionog suda izražen na Opštoj sednici održanoj septembra 2009. god.

<sup>39</sup> Videti: P. Trifunović, "Sudska odluka i ustavna žalba", *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 3/2009, str. 165-179; Cvetković-Đorđević V, "Preispitivanje sudske odluke od Ustavnog suda Srbije", u: S. Lilić (ur.): *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Beograd, 2011, str. 217-224.

<sup>40</sup> Videti: D. Stojanović, "Ustavnosudsko ispitivanje sudskih odluka", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 74, 2016, str. 35-52, I. Pejić, "Ustavne garancije ljudskih prava u Srbiji", *Pravna riječ*, br. 18, 2009, str.139, D. Stojanović, O. Vučić, "Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama", *Pravni život*, br. 14/2009, str. 887, Si-

funkciji ostvarivanja ustavnog načela vladavine prava, koje se temelji na neotuđivim ljudskim pravima, a ostvaruje se, pored ostalog, i ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem (svake) vlasti Ustavu i zakonu. Takav stav zastupa i Ustavni sud Srbije i on je jasno izražen u odluci donetoj u postupku ocene ustavnosti odredbe čl. 89. st. 2 Zakona o Ustavnom sudu.<sup>41</sup>

Ustavni sud smatra da između Ustavom utvrđene nadležnosti Ustavnog suda za postupanje po ustavnim žalbama i zakonom utvrđenih nadležnosti sudova opšte i posebne nadležnosti ne postoji odnos konkurencije niti međusobnog isključivanja, niti podvrgavanje sudskih odluka ustavnosudskoj kontroli u postupku po ustavnoj žalbi ima značenje Ustavom nedopuštene vansudske kontrole sudskih odluka, budući da se svakako ne radi o odlučivanju "o istoj stvari". Oba vida zaštite ostvaruju se u odvojenim i nezavisnim postupcima, od strane samostalnih i nezavisnih organa, a sa ciljem da se, u okrilju Ustava, u pravnom poretku obezbedi celovita zaštita prava i sloboda zajemčenih Ustavom.

Ustavni sud je, međutim, stava da ustavno ustanovljenje neposredne ustavnosudske zaštite, uz istovremeno određenje da se sudske odluke zasnivaju na Ustavu, podrazumeva da se sudskim odlukama moraju poštovati, pre svega, ljudska prava i slobode, kao njihovo vrednosno jezgro. Kao što je prirodno da iz konstatacije Ustavnog suda da zakonska norma nije saglasna sa Ustavom sledi da opšta norma gubi svojstvo važećeg prava, tako i konstataciju da je sudska odluka povredila "specifično ustavno pravo" neizbežno mora da prati nevažnost pojedinačnog akta sudske vlasti, koji je u sukobu sa Ustavom.

Ustavni sud nije nadležan da, postupajući po ustavnoj žalbi ispituje zakonitost osporenih akata ili radnji, niti da ocenjuje pravilnost zaključaka redovnih sudova. Ustavni sud nije nadležan da vrši proveru utvrđenog činjeničnog stanja i načina na koji su redovni sudovi tumačili pozitivnopravne propise, osim u slučajevima u kojima su njihove odluke dovele do grube povrede ustavnih prava, ili su ta pravila zanemarili, jer je primena zakona bila arbitrarna ili diskriminatorna, kao i ukoliko je došlo do povrede određenih procesnih prava (npr. prava na pri-

---

mović, *op.cit.*, str. 12; M. Nastić, "Odnos ustavnog suda i redovnih sudova-komentar odluke Ustavnog suda Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 65, 2013, str. 373-386.

<sup>41</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-97/2012, "Sl. glasnik RS", 18/13.

stup sudu, prava na delotvorni pravni lek).<sup>42</sup> "Opravdanje" za kontrolu primene materijalnog prava Ustavni sud nalazi u praksi Evropskog suda za ljudska prava.<sup>43</sup>

Poništavajući presudu redovnog suda Ustavni sud ne preuzima "stvar u svoje ruke", već upućuje da se nastala povreda može otkloniti u postupku pred nadležnim sudom. U tom smislu, sa aspekta zaštite ljudskih prava značajno je navesti da navedena odluka Ustavnog suda jeste osnov za ponavljanje postupka, što je regulisano odgovarajućim procesnim zakonima.

Za otklanjanje štenih posledica nastalih utvrđenom povredom ljudskih prava u krivičnom postupku ustanovljen je dvojni mehanizam. Prvi je zasnovan na više puta pomenutom čl. 89. st. 2 Zakona o Ustavnom sudu, i podrazumeva da sam Ustavni sud, nakon što utvrdi povredu prava, ukine pravnosnažnu sudsku odluku i naloži ponavljanje krivičnog postupka. Drugi se zasniva na odredbama Zakonika o krivičnom postupku<sup>44</sup> i podrazumeva primenu zahteva za zaštitu zakonitosti, kao vanrednog pravnog leka, koji predstavlja svojevrstni instrument koji obezbeđuje vladavinu prava<sup>45</sup>, kao i dosledno sprovođenje odredbe čl. 145. Ustava. Zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti ako je pravnosnažnom odlukom ili odlukom u postupku koji je prethodio njenom donošenju, između ostalog, povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda okrivljenog ili drugog učesnika u postupku koje je zajemčeno Ustavom ili Evropskom konvencijom, a to je utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.<sup>46</sup> Zahtev za zaštitu zakonitosti se u ovom slučaju može podneti u roku od tri meseca od dostavljanja odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda. Pozitivno pravo ne daje precizne kriterijume za primenu navedenih mehanizama. Ali, čini se prihvatljivim da se prvi mehanizam koristi kada je povreda ili uskraćivanje ljudskog prava ili slobode bila od direktnog uticaja na donošenje sudske odluke u krivičnom postupku, dok bi u slučajevima kada povrede nisu uticale na krajnji ishod postupka trebalo primeniti drugi mehanizam.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Videti Odluku Ustavnog suda Srbije UŽ 1033/2012.

<sup>43</sup> To se odnosi na slučajeve kada je primena prava bila očigledno pogrešna ili takva da su izvedeni proizvoljni zaključci i/ili uskraćivanja pravde. Videti predmet Anđelković protiv Srbije, predstavka br. 1401/08, presuda od 9. aprila 2013. god.

<sup>44</sup> "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 121/2012, 32/2013 i 55/2014.

<sup>45</sup> T. Bugarski, "Zahtev za zaštitu zakonitosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2016, str. 88

<sup>46</sup> Čl. 585 st. 1. tačka 3 Zakonika o krivičnom postupku.

<sup>47</sup> M. Milovanović, *Vanredni pravni lekovi u krivičnom postupku* (doktorska disertacija), Beograd, 2016, str. 238.

Odredom čl. 422 tačka 11 Zakona o parničnom postupku (2009)<sup>48</sup> stvoren je pravni osnov za ponovno otvaranje postupka. Naime, ovim Zakonom bilo je propisano da se postupak koji je odlukom suda pravnosnažno završen može po predlogu stranke ponoviti ako je, u postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku. Ovaj osnov, ali u nešto izmenjenom vidu, sadržan je i u Zakonu o parničnom postupku koji je danas na snazi.<sup>49</sup> Naime, shodno čl. 426. tačka 12 ovog Zakona propisano je da se postupak koji je odlukom suda pravnosnažano okoačan može po predlogu stranke ponoviti ako je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, *a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke* (povukla M.N.). Predlog za ponavljanje odluke podnosi se u roku od 60 dana sudu koji je doneo odluku u prvom stepenu.

Ustavni sud smatra da se navedena odredba Zakona o parničnom postupku mora sagledati u vezi sa odredbama o pravnom dejstvu i izvršenju odluka Ustavnog suda. Stoga, Ustavni sud naglašava da do ponovnog otvaranja postupka pred redovnim sudom može doći samo pod uslovom i način koji je Ustavni sud izneo u svojoj odluci. U ponovljenom postupku redovni sud treba da izvrši odluku Ustavnog suda tako što će doneti novu odluku u skladu sa ocenama i pravnim stanovištem koje je izneo Ustavni sud. U ponovljenom postupku stranke mogu biti samo ista lica koja su imala svojstvo stranke u prethodnom pravnosnažno okončanom postupku, a koji je bio predmet odlučivanja pred Ustavnim sudom.<sup>50</sup>

U poslednje vreme, predmet sporenja na relaciji Ustavni sud-Vrhovni tiče se pravne obaveznosti, odnosno pravne snage stavova i ocena Ustavnog suda izraženog u odlukama povodom ustavne žalbe U odsustvu odgovarajućih zakonskih rešenja, Ustavni sud je u svojim odlukama ponudio rešenje. U situaciji kada je zbog utvrđene povrede ustavnog prava poništena sudska odluka i naloženo donošenje nove odluke, izvršenje odluke Ustavnog suda ne podrazumeva samo formalno donošenje nove odluke od strane redovnog suda, već i postupanje i odlučivanje suda u skladu sa ocenama i pravnim stavovima iznetim u odluci Ustavnog suda koja se izvršava, odnosno postupanjem u skladu sa *ratio decendi* ustavno-

---

<sup>48</sup> "Sl. glasnik RS", 125/04, 111/09.

<sup>49</sup> "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013-odluka US, 74/2013-odluka US i 55/2014.

<sup>50</sup> Odluka Ustavnog suda UŽ 8736/2013.

sudske odluke.<sup>51</sup> Po nalaženju Ustavnog suda, čl. 171. st.1 Ustava obavezuje sudove da izvršavaju odluke Ustavnog suda, što podrazumeva donošenje nove odluke u skladu sa ocenama i stavovima iznetim u odluci Ustavnog suda.

Za konačnu ocenu sagledavanja odnosa dva suda treba imati u vidu i sledeće činjenice. Od ustanovljavanja instituta ustavne žalbe, sudske odluke su daleko najčešći predmet ustavne žalbe (preko 90% predmeta), i samim tim, vrsta akata kod kojih se najčešće utvrđuju povrede ustavnih prava. Ali, moramo imati i u vidu činjenicu da u najvećem broju slučajeva ustavne žalbe bivaju odbačene ili odbijene, odnosno da je procenat usvojenih ustavnih žalbi vrlo nizak. Dodaćemo tome i podatak da mnogi ustavni sistemi, koji poznaju institut ustavne žalbe, poznaju ukidanje pojedinačnih akata kao posledicu koju izaziva meritorna odluka Ustavnog suda. To je slučaj u Austriji (čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu), Nemačkoj (čl. 95 Zakona o Saveznom ustavnom sudu), Češkoj (čl. 82 st. 3,4,59). Istovremeno, naglasićemo da ustavni sudovi nemaju pravo da preinačavaju pojedinačne akte zamenjujući ih sopstvenim odlukama.<sup>52</sup>

#### ZAKLJUČAK

Ustavna žalba smatra se jednim od najefikasnijih pravnih instrumenata zaštite osnovnih ljudskih prava i slobode. Veliki broj ustavnih žalbi uperenih protiv odluka (parničnih) sudova, odraz su nezadovoljstva sudskim odlukama i nepoverenjem u sudove. To, kao i činjenica da u postupku po ustavnoj žalbi može da poništi sudski akt, izbacuje na površinu dugo potiskivano pitanje odnosa dva suda. Svakako, mora se imati u vidu da redovni sudovi čine okosnicu unutrašnjeg sistema zaštite ljudskih prava. No, postupanje redovnih sudova je u funkciji redovne, stalne zaštite ljudskih prava, dok je postupanje Ustavnog suda u funkciji "ekskluzivne" zaštite ljudskih prava.

Odlučivanje Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi približava ovaj Sud redovnim sudovima, što je posebno izraženo kroz dejstvo odluka Ustavnog suda. Naime, one su, poput odluka koje su donosi u postupku normativne kontrole, konačne i izvršne, ali nemaju *erga omnes* dejstvo. Bitna karakteristika odluka Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi jeste njihovo delovanje prema strankama u postupku (*inter partes*). Pod određenim uslovima, moguće je proširi-

<sup>51</sup> Odluka Ustavnog suda UŽ 224/2013, "Sl. glasnik RS", br. 55/2013.

<sup>52</sup> V. Đurić, *Ustavna žalba*, Beograd, 2000, str. 217.

reno dejstvo ovih odluka i prema trećim licima (inter omnes). Takođe, odlučuju-  
ći po ustavnim žalbama Ustavni sud istovremeno tumači osnovna prava sadržana  
u Ustavu, a snaga te interpretacije proteže se na buduće ili sporove koji su u toku.

MAJA NASTIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
University of Niš

## THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA IN THE PROCEEDING OF CONSTITUTIONAL APPEAL

### Summary

In this article, the author analyses the significance of the constitutional appeal in the Serbian constitutional system and its effects on the protection of human rights. It is considered one of the most effective legal instrument of the direct protection of fundamental rights and freedoms. But, a large number of constitutional appeals against decisions of court reflects dissatisfaction with court decisions and lack of trust in courts. This, as well as the fact the Constitutional Court could annul the court's decision in the proceeding of constitutional appeal, discharged to the surface long suppressed issue of a relationship between the two courts. The Constitutional court emphasizes that its legally vested power to annul the ordinary court's decisions does not imply a last-instance control over these decisions. The focus is on the constitutional protection of basic human rights in "exclusive" cases.

Deciding in the proceeding of constitutional appeal brings the Constitutional Court closer to the ordinary court, which is expressed through the effects of the decisions of the Constitutional Court. Namely, these decisions are final and executive like the decisions in the procedure of constitutional review, but they do not have erga omnes effect. An important feature of the Constitutional Court's decision in the constitutional court procedure is their inter partes effect. But, under certain conditions, it is possible to extend the effect of these decision to third parties (inter omnes). At the same time, deciding on constitutional appeals Constitutional Court interprets the basic constitutional rights, and the power of this interpretation extends to future or disputes in progress.



NEBOJŠA ŠARKIĆ,  
ZORAN VAVAN

## IZVRŠENJE ODLUKA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE SRBIJE

### U V O D

Ustavnosudska delatnost predstavlja danas veoma značajan i specifičan oblik zaštite prava građana i njihove imovine. U odnosu na druge vidove sudske zaštite, ustavnosudska zaštita je relativno mlada, a kada je horizontalni nivo vlasti u pitanju svakako najmlađa grana vlasti. Uprkos toj činjenici, ono postaje sve dominantnija vrsta zaštite prava, koja proširivanjem nadležnosti menja svoju ulogu i značaj u društvu.

Ustavnosudski vid zaštite uglavnom se vezuje za formiranje savremenih država, zaokruživanje sistema ustavnosti i zakonitosti i jačanja zaštite prava građana i njihove imovine. Opštepoznata je činjenica da u svetu ne postoji jedinstven model ustavnosudske zaštite, ali ipak se mogu izdvojiti dve posebne grupe zemalja u kojima je jasno određena uloga zaštitnika ustava. Prvu grupu čine zemlje u kojima je zaštita ustavnosti poverena sudovima, a drugu grupu one zemlje u koji-

---

Dr Nebojša Šarkić, professor i dekan Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Zoran Vavan, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i asistent na Fakultetu za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkić Novi Sad, Univerzitet Union Beograd.



ma je zaštita poverena nekom drugom organu (parlament, ustavni savet i sl.). Kod prve grupe moguće je dalje izvršiti podelu na zemlje u kojima je neposredna zaštita ustava zadatak svih redovnih sudova, dok bi drugu kategoriju činile zemlje gde je to povereno samo vrhovnim, odnosno najvišim sudovima opšte nadležnosti. Treću kategoriju činile bi zemlje u kojima postoje specijalizovani ustavni sudovi.<sup>1</sup>

Osnovna funkcija rada ustavnih sudova jeste zaštita i obezbeđenje poštovanja ustava. Svi državni organi imaju obavezu da se pridržavaju ustava i svi propisi koji se donose u jednoj državi moraju biti usaglašeni sa ustavom. Ustavni sud predstavlja poseban organ državne vlasti, čija je osnovna uloga u očuvanju ustava, odnosno kontroli ustavnosti.<sup>2</sup>

Pored integrativne uloge ustavnog suda u zaštiti države i njenog ustavnog uređenja, ustavnosudska delatnost proširena je i na zaštitu ljudskih prava, štiteći tako građane i ostale subjekte od same države.<sup>3</sup> Na taj način izvršeno je približavanje ustavnog i redovnog sudstva.

U našoj pravnoj literaturi nema mnogo tekstova koji se bave pitanjem izvršenja odluka Ustavnog suda. Nedostatak pravne literature je sa jedne strane razumljiv, s obzirom na činjenicu da u prethodnom periodu nije bilo otvorenih pitanja i problema kada je reč o sprovođenju odluka Ustavnog suda. Stručnjaci za ustavno pravo uglavnom se manje bave samim postupkom rada ustavnih sudova, te samim tim izvršenje odluka obično tretiraju kao "tehničko pitanje". Sa druge strane, autori koji se bave izvršnim pravom, nisu obrađivali pitanja vezana za izvršenja odluka Ustavnog suda, uz najčešće obrazloženje da Ustavni sud nije klasičan sud, te opravdano iznosili argument da se na njegove odluke ne primenjuju pravila izvršnog prava, odnosno propisi koji uređuju izvršenje i obezbeđenje u građanskopravnoj materiji.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Prva grupa - Sjedinjene Američke Države, Australija, Kanada, Novi Zeland, Brazil i dr. Druga grupa - Švajcarska, Indija, Meksiko. Treća grupa - Austrija, Italija, Nemačka, Španija. Videti detaljnije u: Marković R., 2016., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; Milosavljević B. i Popović D., 2015, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik RS, Beograd.

<sup>2</sup> Milosavljević B., Popović D., 2017, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd, str. 345.

<sup>3</sup> Videti detaljnije u: Orlović S., 2013., *Promena položaja ustavnog sudstva*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 4/2013, str.145-161.

<sup>4</sup> Ivošević Z., 2007, *Izvršenje odluka ustavnih sudova*, Beograd; Ranković M., 1996, *Izvršenje odluka ustavnih sudova*, Pravni život 12/96; Stajić J., 2002., *Izvršenje odluka ustavnih sudova*, Pravni

Pokušaćemo da kroz rad izložimo ovo pitanje interdisciplinarno, na taj način što ćemo najpre analizirati ovlašćenja Ustavnog suda, karakteristike njegovih odluka i izvršiti komparaciju sa izvršnim ispravama iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju, sa fokusiranjem na odluke Ustavnog suda po ustavnim žalbama.

#### NADLEŽNOST USTAVNOG SUDA

Ustav Republike Srbije definisao je članom 166. Ustavni sud kao “samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode”.<sup>5</sup> Obim nadležnosti Ustavnog suda važeći Ustav proširio je u odnosu na prethodni.

Nadležnost Ustavnog suda razvrstana je u dve grupe. Prvu grupu čini kontrola ustavnosti i zakonitosti kroz odlučivanje o saglasnosti: zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima; potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom; drugih opštih akata sa zakonom; statuta i opštih akata autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave sa Ustavom i zakonom; opštih akata organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, političkih stranaka, sindikata, udruženja građana i kolektivnih ugovora sa Ustavom i zakonom.

Druga grupa nadležnosti odnosi se na rešavanje sukoba nadležnosti između: sudova i drugih državnih organa; republičkih organa i pokrajinskih organa ili organa jedinica lokalne samouprave; pokrajinskih organa i organa jedinica lokalne samouprave; organa različitih autonomnih pokrajina ili različitih jedinica lokalne samouprave. Odlučuje takođe i o izbornim sporovima ukoliko nije zakonom određena nadležnost sudova, kao i o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana.<sup>6</sup>

---

život 6/2; Šarkić N., Nikolić M., 2008, *Izvršavanje odluka ustavnih sudova*, Zbornik radova, Glosarijum, Beograd; Šarkić N., Nikolić M., 2009, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Sl. glasnik, Beograd i dr.

<sup>5</sup> Važeći Ustav Republike Srbije usvojila je Narodna skupština 30.09.2006. godine dvotrećinskom većinom, da bi on kasnije bio usvojen i na republičkom referendumu 28. i 29.10.2006. godine. Ustav je stupio na snagu danom svečanog proglašenja u Narodnoj skupštini Republike Srbije 08.11.2006. godine.

<sup>6</sup> Čl. 167. Ustava RS “Službeni glasnik RS” broj 98/2006

Posebnu nadležnost Ustavnog suda predstavlja odlučivanje po ustavnim žalbama, koje se izjavljuju 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 zajemčena Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.<sup>7</sup> U Srbiji u periodu od 1991. godine do donošenja važećeg Ustava nije bila predviđena ustavna žalba kao poseban institut zaštite prava građana, koji štiti u svim onim slučajevima kada je podnosiocu žalbe povređeno ili uskraćeno neko ustavom zajemčeno pravo. Postupak po ustavnoj žalbi zasnovan je na načelu dispozicije, te tako isključivo od određenog podnosioca ustavne žalbe zavisi da li će Ustavni sud postupati i odlučivati o eventualnoj povredi prava.

#### ODLUČIVANJE USTAVNOG SUDA – ANALIZA ODREĐABA ZAKONA O USTAVNOM SUDU

Osnovni elementi postupka i pravno dejstvo odluka Ustavnog suda posebno su uređeni Zakonom o Ustavnom sudu (u daljem tekstu: ZUS).<sup>8</sup> Sam postupak se sastoji iz nekoliko faza.

Prethodni postupak predstavlja fazu u okviru koje se dostavljaju akti o pokretanju postupka, odnosno inicijative na odgovor i mišljenje, ispituje urednost i dopuštenost podnesaka kojima se inicira ili pokreće postupak pred Ustavnim sudom, prikupljaju potrebni podaci, obaveštenja i dokazi u cilju provere navoda iz inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti ili zakonitosti.<sup>9</sup>

Javnu raspravu Ustavni sud održava u postupku ocenjivanja ustavnosti ili zakonitosti, u postupku odlučivanja o izbornim sporovima, kao i u postupku za zabranu rada političke stranke, sindikalne organizacije, udruženja građana ili verske zajednice i u drugim slučajevima kada oceni da je održavanje javne rasprave neophodno.<sup>10</sup> Na javnu raspravu sud će pozvati sve učesnike postupka radi izla-

---

<sup>7</sup> Čl. 170. Ustava RS.

<sup>8</sup> Zakon o Ustavnom sudu "Sl. glasnik RS" broj 109/2007, 99/2011, 18/2013 - odluka US, 103/2015 i 40/2015 - dr. zakon.

<sup>9</sup> Čl. 35.a stav 2.

<sup>10</sup> Čl. 37.

ganja stavova i potrebnih obaveštenja. Ustavni sud o pitanjima iz svoje nadležnosti odlučuje na sednici Ustavnog suda, sednici Velikog ili malog veća.<sup>11</sup>

Prilikom odlučivanja sud ne primenjuje opšte norme na pojedinačni slučaj, već otklanja neustavnost i protivpravnost opštih normi u pravnom poretku. Kada vrši ocenu ustavnosti i zakonitosti pojedinačnih akata sud donosi konkretne odluke koje mogu imati utvrđujući ili konstitutivni karakter.

Prilikom odlučivanja Ustavni sud donosi akte u obliku: odluka, rešenja i zaključaka. Članovima 45., 46. i 47. ZUS-a taksativno su navedeni slučajevi u kojima sud donosi navedene akte. Svi ovi akti sadrže uvod, izreku i obrazloženje.

Kada je reč o ustavnoj žalbi, Ustavni sud će meritorno odlučiti aktom u obliku odluke,<sup>12</sup> dok će rešenjem odbaciti ustavnu žalbu ukoliko nisu ispunjene procesne pretpostavke.<sup>13</sup> Postupak po ustavnoj žalbi definisan je posebno članovima od 82. do 92. ZUS-a. Između ostalog, članom 85. stav 3. predviđeno je da se zahtev za naknadu štete može podneti isključivo istovremeno sa podnošenjem ustavne žalbe. Ukoliko ustavni sud utvrdi da je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ljudsko ili manjinsko pravo, u obavezi je da nakon utvrđivanja povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava odredi način pravičnog zadovoljenja podnosioca ustavne žalbe.<sup>14</sup> Tako će, ukoliko usvoji ustavnu žalbu, sud odlučiti i o zahtevu podnosioca za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, s tim što će u odluci odrediti i organ koji će biti u obavezi da isplati naknadu štete, te utvrditi rok od 4 meseca od dana dostavljanja odluke organu za dobrovoljno plaćanje naknade štete. Postupak prinudne naplate utvrđenog iznosa štete može početi, dakle, tek protekom predviđenog roka od 4 meseca.<sup>15</sup>

Uprkos činjenici da je Ustav uputio da se izvršenje odluka Ustavnog suda uređuje zakonom,<sup>16</sup> što utvrđuje i član 7. ZUS-a u okviru osnovnih odredbi, sam postupak izvršenja je veoma skromno definisan. Izvršenju akata Ustavnog suda u ZUS-u je posvećen samo jedan član kroz 2 stava. Definisano je da su državni i

---

<sup>11</sup> Čl. 42. stav 1.

<sup>12</sup> Čl. 45. tačka 9.

<sup>13</sup> Čl. 46. tačka 9.

<sup>14</sup> Čl. 89. st. 2.

<sup>15</sup> Čl. 89. st. 3.

<sup>16</sup> Čl. 171. stav 3. Ustava RS.

drugi organi i organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, političke stranke, sindikalne organizacije, udruženja građana ili verske zajednice, dužni da u okviru svojih prava i dužnosti izvršavaju odluke i rešenja Ustavnog suda, te da će u slučaju potrebe izvršenje odluke i rešenja Ustavnog suda obezbediti Vlada RS, na način koji je utvrđen posebnim rešenjem Ustavnog suda.<sup>17</sup>

#### IZVRŠNE ISPRAVE PREMA VAŽEĆEM ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

Izvršna isprava - *titulus executionis*, odnosno izvršni naslov kako je prema ranijoj terminologiji korišćen naziv, predstavlja materijalnopravno ovlašćenje za vođenje postupka.<sup>18</sup> Ona je pojedinačni pravni akt koji redovno potiče od državnog organa, odnosno organizacije ili pojedinca kojima su poverena javna ovlašćenja. Ovim aktom se utvrđuje postojanje potraživanja, njegova dospelost i legitimacija stranaka u izvršnom postupku, te se na osnovu nje može tražiti prinudno izvršenje potraživanja koje je u njoj utvrđeno.<sup>19</sup> Iz same izvršne isprave proističe i obaveza suda, odnosno javnog izvršitelja, da na predlog ovlašćenog subjekta sprovede prinudno izvršenje.

Pored toga što je pojedinačni a ne opšti akt, izvršna isprava je i kvalifikovani pravni akt, što znači da je na autoritativan i verodostojan način utvrđeno postojanje potraživanja radi čijeg namirenja se sprovodi izvršni postupak.<sup>20</sup> Da bi odluka suda ili drugog ovlašćenog organa imala svojstvo izvršne isprave, ona mora imati kondemnatornost, dakle, mora nalogati određeno ponašanje. Pored navedenih formalnih obeležja, izvršna isprava mora biti podobna za izvršenje, a to podrazumeva da sadrži podatke o izvršnom poveriocu, izvršnom dužniku, predmetu, vrsti i obimu izvršenja obaveze.<sup>21</sup>

Kao i svaka druga isprava, izvršna isprava mora biti razumljiva i jasna. Ovo je izuzetno značajno s obzirom da je sud prilikom odlučivanja prevashodno kon-

---

<sup>17</sup> Čl. 104. ZUS.

<sup>18</sup> Blagojević B., 1938, *Sistem izvršnog postupka*, Geca Kon, Beograd.

<sup>19</sup> Poznić B., Rakić- Vodinelić V., 2015, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd, str. 580.

<sup>20</sup> Dika M., Triva S., Belajec V., 1980, *Sudsko izvršno pravo - opći dio*, Informator, Zagreb.

<sup>21</sup> Član 47. *Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, "Službeni glasnik RS" broj 106/2015 i 106/2016 -autentično tumačenje.

centrisan na rešavanje spornog odnosa. Budući da se izvršenje može sprovesti pred drugim sudom ili javnim izvršiteljem, izreka odluke koja predstavlja izvršnu ispravu mora biti jasna, razumljiva i određena, s obzirom da se samo na taj način mogu isključiti mogućnosti logiciranja, tumačenja, nerazumevanja ili bilo kakvog oblika subjektivizma.<sup>22</sup>

Važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju (u daljem tekstu: ZIO) proširio je krug izvršnih isprava u odnosu na prethodni normativ koji je uređivao postupak izvršenja.<sup>23</sup> Zadržaćemo se na tačkama 1. i 2. člana 41. ZIO, koje su važne za našu temu rada. Naime, u navedenim tačkama kao izvršne isprave predviđene su: izvršna sudska odluka i sudsko poravnanje koji glase na davanje, činjenje, nečinjenje i trpljenje i izvršna odluka doneta u prekršajnom ili upravnom postupku i upravno poravnanje koji glase na novčanu obavezu, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Član 42. ZIO pojašnjava odluke i poravnjanja, te se tako utvrđuje da se sudskom odlukom smatraju presuda, rešenje i druge odluke donete u postupku pred sudom, domaćim arbitražnim sudom i sudom časti pri privrednoj komori, a sudskim poravnanjem - poravnanje zaključeno pred sudom, domaćim arbitražnim sudom ili sudom časti pri privrednoj komori, dok se upravnom odlukom smatraju rešenje ili zaključak doneti u upravnom postupku, a upravnim poravnanjem - poravnanje zaključeno u upravnom postupku.

Dakle, sam ZIO nije predvideo kao izvršnu ispravu odluku Ustavnog suda. Po našem shvatanju, nije dovoljno jasno zašto se zakonodavac nije opredelio da u istu odredbu unese i odluku Ustavnog suda, ukoliko ispunjava opšte kriterijume koji se odnose na podobnost izvršne isprave.

Važeći ZIO je stupio na snagu 01. jula 2016. godine, dakle 10 godina nakon donošenja Ustava RS, te smatramo da je bilo zaista dovoljno vremena da se uoče rezultati i iskustva sa primenom instituta ustavne žalbe. Nije prikladno za nas, obrazloženje koje bi pošlo od činjenice da je odluka Ustavnog suda izjednačena sa odlukama sudova, u smislu izvršne isprave, s obzirom na to da se radi o potpuno različitim institucijama. Opšteprihvaćen je stav da ustavni sudovi nisu u kategori-

---

<sup>22</sup> Više o svojstvima izvršnih isprava u: Šarkić N., 2016., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beograd, str. 68.

<sup>23</sup> Dopuna je izvršena tačkama 6. i 7. te tako u izvršne isprave sada spadaju i javnobeležničke isprave koje imaju snagu izvršne isprave i sporazum o rešavanju spora putem posredovanja koji ispunjava uslove određene zakonom. Važeći zakon, po nama zaista nerazumljivo, nije predvideo kao izvršnu ispravu izvršnu odluku koja je potvrđena kao Evropska izvršna isprava, koju je prethodni ZIO predvideo.

ji redovnih sudova na koje se prostire dejstvo izvršavanja odluka prema pravilima građanskog izvršnog prava.

Da li odluka Ustavnog suda po podnetoj ustavnoj žalbi predstavlja izvršnu ispravu na osnovu postojećeg normativnog supstrata koji čine ZUS i ZIO, nije sporno pitanje kojim se bavi isključivo teorija, već je i sama praksa to jasno uočila. Naime, na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 31.05.2016. godine, po prethodno podnetom zahtevu radi rešavanja spornog pravnog pitanja od strane Prvog osnovnog suda u Beogradu, zauzet je pravni stav: “Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđeno pravo podnosioca ustavne žalbe na naknadu štete (materijalne ili nematerijalne) predstavlja izvršnu ispravu na osnovu odredaba člana 89. stav 3. Zakona o Ustavnom sudu i člana 13. tačka 7. Zakona o izvršenju i obezbeđenju”.<sup>24</sup> Ovaj stav usvojen je tokom važenja prethodnog Zakona o izvršenju o obezbeđenju<sup>25</sup> i mesec dana pre stupanja na snagu novog ZIO.

Dakle, najviši sud opšte nadležnosti u Republici Srbiji je odluku Ustavnog suda po ustavnoj žalbi faktički podveo pod tačku 7. tada važećeg zakona smatrajući je “drugom ispravom koja je zakonom određena kao izvršna isprava”. Na žalost, nije iskorišćena prilika tada, da se u novom a sada važećem ZIO to izričito navede i apostrofira na pravi način.

Imajući u vidu sve navedeno, čini nam se, da bi se problem mogao jednostavno i praktično rešiti ukoliko bi se zakonodavac opredelio da se u okviru člana 41. tačke 1. ZIO posebno dodaju kao izvršne isprave i odluke Ustavnog suda, ukoliko one ispunjavaju opšte kriterijume za prinudno izvršenje.

#### NAČIN IZVRŠAVANJA ODLUKA

Sam Ustav RS je odredbom člana 166. stav 2. dao osnovne smernice za postupak sprovođenja odluka Ustavnog suda. Naime, navedenim stavom se predviđa da su odluke Ustavnog suda konačne, izvršne i opšteobavezujuće.

Pojam konačnosti u konkretnom slučaju u sebi inkorporira opšte prihvaćena shvatanja o okončanju postupka. Dakle, ovaj pojam u sebi sadrži sve elemente koji se odnose i na pojam pravnosnažnosti. Protiv odluke Ustavnog suda ne može se voditi nikakav drugi postupak. Odluka ovog suda se ne može preispitivati

<sup>24</sup> Ovaj pravni stav VKS dostupan je na sajtu suda, na internet stranici - <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/gradanska-materija-0>.

<sup>25</sup> “Službeni glasnik RS”, broj 31/2011.

ti ni u redovnim ni u vanrednim pravnim situacijama. Ona podrazumeva pravno zaokruženje određene faktičke situacije, te njeno izvršenje predstavlja dovođenje u sklad faktičkog stanja sa pravnim stanjem.<sup>26</sup> Od trenutka kada je odluka Ustavnog suda doneta i objavljena, ona svojom konačnošću garantuje da se ne može više prispitivati i da predstavlja definitivno zaokruženu pravnu situaciju.

Izvršnost odluke Ustavnog suda podrazumeva da se svi oni na koje se ona odnosi (neodređen ili neograničen broj pravnih ili fizičkih lica) moraju prema istoj ponašati kao prema odluci koja je doneta za individualno određen krug lica. Izvršnost u ovom slučaju podrazumeva automatski čin, te se nikakav postupak stavljanja potvrde izvršnosti, ukidanja izvršnosti, niti osporavanja izvršnosti ne može voditi.<sup>27</sup>

Treća bitna odrednica odluka Ustavnog suda jeste da su opšteobavezujuće. Na ovaj način se može rešiti problem koji se u postupku izvršavanja odluka može pojaviti, a to je pitanje pasivne legitimacije, odnosno lica na koja se odnosi izvršna isprava. Kako su, po pravilu, odluke Ustavnog suda usmerene na neograničen broj lica, to je i sam Ustav ovakve odluke proglasio opšteobavezujućim, te se na ovaj način niko ne može braniti ili osporavati svoju obavezu da postupi po istoj. Dakle, opšteobavezujući karakter odluke podrazumeva njeno primenjivanje na sve građane, državne organe, sva fizička i pravna lica. Odstupanja od dejstva odluka *erga omnes* postoje samo kada je reč o ustavnoj žalbi, ukoliko je odlukom utvrđena neustavnost pojedinačnog akta, a ne opšteg normativa.<sup>28</sup>

Pitanju izvršenja odluka Ustavnog suda posvećen je i član 171. U tom članu se navodi da je svako dužan da izvršava i poštuje odluku Ustavnog suda.<sup>29</sup> Na ovaj način se proklamovani princip opšteobavezujuće snage odluka Ustavnog suda samo dodatno pojačava. Kada je to neophodno, Ustavni sud svojom odlukom uređuje način njenog izvršenja.<sup>30</sup> Ovu ustavnu odredbu treba tumačiti kao mogućnost Ustavnog suda da proceni da li je konkretno fizičko ili pravno lice, na

---

<sup>26</sup> Trajković J., Veljković T., 1979, *Izvršenje odluka ustavnih sudova*, Zbornik radova: Izvršenje sudskih odluka, Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije i Republički zavod za javnu upravu SR Srbije, Beograd, str. 48.

<sup>27</sup> Šarkić N., Nikolić M., 2018, *Građanski izvršni postupak*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd, str. 956.

<sup>28</sup> Milosavljević B., Popović D., 2017, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd, str. 347.

<sup>29</sup> Član 171. stav 1. Ustava RS.

<sup>30</sup> Član 171. stav 2. Ustava RS.



koga se odnosi odluka, postupilo u skladu sa istom odlukom. Ukoliko ima nedoumica oko načina izvršavanja odluke, sam Ustavni sud će doneti nalog u kojem će utvrditi kako će se ona sprovesti. Ova mogućnost Ustavnog suda odgovara njegovoj kreativnoj i superiornoj ulozi u pravnom sistemu. Budući da ne postoji poseban propis niti pravila koja uređuju način izvršavanja odluka Ustavnog suda, ovakvo normativno rešenje deluje kao kvalitetno i efikasno sredstvo u rukama samog Ustavnog suda. Ustav upućuje da se izvršenje odluka Ustavnog suda uređuje zakonom.<sup>31</sup> Takav zakon, na žalost, nije donet. Zakon o Ustavnom sudu pitanju izvršenja odluka Ustavnog suda, kao što smo već u radu naveli, posvetio je samo jedan član, kroz dva stava.<sup>32</sup>

Uopštena i zaista skromna sadržina ustavne i zakonske regulative po pitanju nadležnosti i postupka izvršenja odluka Ustavnog suda, odaje utisak da u ovoj vrsti postupka zaista nema i nikada nije bilo značajnijih i posebnih problema. Ranije, svakako nije, bar tako tvrdi pravna teorija.<sup>33</sup> Proširivanjem nadležnosti Ustavnog suda i na zaštitu samih pojedinaca i drugih subjekata od države same i obratno, značajno se menja i usložnjava ovo pravno pitanje.

Ne bi trebalo biti sporno da se odluke ustavnih sudova bespogovorno moraju izvršavati. Bez obzira da li se radi o namernom opstruisanju ovih odluka ili o neznanju kako da se one izvrše, postoji realno očekivanje i bojazan da će pojedine odluke ostati neizvršene. Na primer, Ustavni sud je ovlašćen da zabrani rad političke partije. Zabrana rada osim opšte proklamacije ima i čitav niz praktičnih implikacija. Ustavni sud će svoju odluku sa aspekta prava realizovati tako što će nadležnom ministarstvu koje vodi registar političkih organizacija dostaviti svoju odluku. Sasvim je sigurno da od tog trenutka svako delovanje ili rad takve političke partije ili njenih članova nije dozvoljen. Ipak, postavlja se pitanje realizacije iste odluke, s obzirom da je rad političke partije nešto što je sasvim životno i praktično. Nama se pak čini, da bi izvršavanje ovakve odluke Ustavnog suda u sebi moralo da inkorporira i sledeće radnje: zaplenu pečata i štambilja, zaplenu propagandnog materijala, uskraćivanje javnih nastupa i sl. Ovakvo izvršenje podrazumevalo bi i određene faktičke radnje koje se moraju sprovesti na terenu u slučaju da se odluka Ustavnog suda ne poštuje i ne sprovodi.

<sup>31</sup> Član 171. stav 3. Ustava RS.

<sup>32</sup> Član 104. ZUS.

<sup>33</sup> Videti detaljnije u radu: Trajković J., Veljković T., 1979, *Izvršenje odluka ustavnih sudova*, Zbornik radova: Izvršenje sudskih odluka, Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije i Republički zavod za javnu upravu SR Srbije, Beograd, str. 51.

Ustavna žalba omogućava brojne pojedinačne sporove građana u svim onim slučajevima kada im je određenim aktom ili radnjom državnih organa ili drugih organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, određeno pravo uskraćeno ili povređeno. Tako pojedinci mogu da traže zaštitu svojih prava iz različitih oblasti života. Na primer, ukoliko neko od nosilaca pravosudnih funkcija pokrene ustavnu žalbu zbog nezakonitog razrešenja, odluka Ustavnog suda podrazumevaće i faktičku radnju njegove reintegracije, te će ona biti identična sa izvršnim postupkom vraćanja zaposlenog na rad iz radnog odnosa. Odluka Ustavnog suda mora se sprovesti prema opštim pravilima koja važe za vraćanje zaposlenog na rad. Ovakvo izvršenje podrazumeva primenu klasičnih izvršnih procesnih radnji na adekvatan način.

Prema našem mišljenju, rešenje mogućih problema, koji se mogu javiti prilikom sprovođenja izvršenja odluka Ustavnog suda, prema važećim propisima, vidimo i u tumačenju člana 8. stav 1. ZUS. Naime, ova odredba ZUS-a upućuje da se na pitanja postupka pred Ustavnim sudom koja nisu uređena ovim zakonom shodno primenjuju odredbe odgovarajućih procesnih zakona. Primenom navedenog stava, odluke Ustavnog suda bi se mogle sprovesti prema opštim pravilima ZIO onda kada je to neophodno. Na ovakav način bi se u pojedinim slučajevima mogle primeniti određene redovne faktičke radnje usaglašene sa ZIO.

Na primer, to bi se odnosilo na slučajeve: pretresa prostorija političke partije, oduzimanja stvari, vraćanja zaposlenog na rad ili ostvarivanja drugih ličnih prava. Svakako da bi najjednostavnije rešenje bilo dodati upravo tu formulaciju i u sam ZUS: "da se odluke Ustavnog suda kada je to neophodno, sprovede prema opštim pravilima ZIO". Ovakvom formulacijom koja se oslanja na već postojeće pravno shvatanje o primeni procesnih zakona u slučajevima koje ZUS nije predvideo, moglo bi se izvršiti određeno poboljšanje.

Osim direktnog izvršenja, odluke Ustavnog suda mogu se izvršavati i na način kako se izvršavaju odluke koje može izvršiti samo izvršni dužnik, shodno pravilima ZIO. Poznato je da ZIO predviđa mehanizam novčanog kažnjavanja za sve one slučajeve u kojima radnju može izvršiti samo izvršni dužnik. Napred navedeno preformulisano zakona i uvođenje opšteg pravnog standarda izvršenja po pravilima izvršnog postupka, omogućilo bi lakše i nesmetano primenjivanje i same obaveze koju može izvršiti samo izvršni dužnik.

Treći vid postupka izvršenja je tzv. posredno izvršenje. Posredno izvršenje se obezbeđuje snagom autoriteta odluke Ustavnog suda, javnog objavljivanja odluka u sredstvima informisanja, pokretanjem postupka od strane ombudsmana

za utvrđivanje određenih povreda prava koje su proistekle iz povrede ustavnosti i svakako vođenjem krivičnog postupka prema odgovornim licima koja nisu sprovela izvršenje odluke Ustavnog suda. Krivična odgovornost za neizvršavanje pravnosnažnih sudskih odluka definisana je Krivičnim zakonikom RS, te ukoliko bismo ovu odredbu tumačili u onom duhu koji doprinosi svrsi ove odredbe, dejstvo se može proširiti i na odluke Ustavnog suda.<sup>34</sup> Radnje posrednog izvršenja takođe mogu biti izuzetno delotvorne ukoliko su opšte prihvaćene i od strane političkih subjekata afirmisane. Autoritet Ustavnog suda gradi se najviše činjenicom da se njegove odluke sprovode i poštuju.

Nažalost, u našoj novijoj političkoj praksi bilo je situacija da su pojedinci na veoma odgovornim državnim i političkim funkcijama davali sebi za pravo da komentarišu odluke pravosudnih organa, pa čak i odluke Ustavnog suda.<sup>35</sup> Ovakva praksa je ne samo neprihvatljiva, već i protivzakonita. Odluka Ustavnog suda je, kao što smo prethodno naveli, konačna i opšte obavezujuća, te niko nema pravo da istu odluku dovodi u sumnju ili komentariše na negativan način. Od ovog opšteg pravila možemo izuzeti samo pravne stručnjake koji u okviru naučnih i stručnih rasprava, odnosno radova i publikacija raspravljaju o tim odlukama.

Autori ustavne materije su složni u stavu da je snaga Ustavnog suda i njegov autoritet jedan proces koji se odvija i da svi moraju delovati u pravcu afirmacije autoriteta Ustavnog suda.<sup>36</sup> Taj autoritet se najlakše i najbolje ostvaruje tako što se njegove odluke bespogovorno poštuju i izvršavaju.<sup>37</sup> Da bi se onemogućilo

<sup>34</sup> Neizvršenju sudske odluke posvećen je poseban član 340. Krivičnog zakonika RS "Službeni glasnik RS", broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016. Taj član u 1. stavu glasi: "Službeno ili odgovorno lice koje odbije da izvrši pravnosnažnu sudsku odluku ili je ne izvrši u zakonskom ili odlukom određenom roku, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine i novčanom kaznom".

<sup>35</sup> Kao primer navodimo slučajeve "oduzimanja mandata i blanko ostavki" 2010. godine kada su pojedine političke partije i njihovi predstavnici javno komentarisali odluke Ustavnog suda Republike Srbije.

<sup>36</sup> Više o autoritativnosti Ustavnog suda u Zborniku radova - "Uloga i mesto ustavnog sudstva u društveno-političkom sistemu", 1986., Beograd: Blagojević B., *Pravno dejstvo odluka Ustavnog suda i ocena ustavnosti*, nav. delo str. 58; Vujašinović N., *Vrste i dejstva odluka Ustavnog suda*, nav. delo, str. 107; Županić M., *Odluke Ustavnog suda i pravne posledice tih odluka*, nav. delo, str. 169; Milićević N., *Odluke i rešenja Ustavnog suda i njihovo pravno dejstvo*, nav. delo, str. 241.

<sup>37</sup> Više o izvršavanju odluka Ustavnog suda u Zborniku radova - "Ustavni sud Srbije - u susret novom Ustavu", 2004., Beograd, Ivošević Z., *Izvršenje odluka Ustavnog suda*, nav. delo, str. 237.; Kuzmanović R., *Pravne posledice odluka Ustavnog suda i njihovog izvršenja*, nav. delo, str. 227.; Marinković P., *Interpretativne odluke ustavnog suda*, nav. delo, str. 243.

da pojedinci ili pojedine interesne grupe ne poštuju odluke Ustavnog suda, nužno bi bilo stvoriti mehanizam zaštite od takvih ponašanja. Taj mehanizam, po našem mišljenju, podrazumevao bi sledeće:

1. U slučaju da je odluka Ustavnog suda nedovoljno precizna ili nejasna, sam Ustavni sud bi morao dati pojašnjenje, kako bi se omogućilo izvršenje odluke na pravi način;

2. U novom ili noveliranom postojećem ZUS-u trebalo bi se odrediti preciznije ko u Vladi odgovara za sprovođenje izvršenja odluka Ustavnog suda u slučaju da se zatraži obezbeđenje i izvršenje odluke od strane Vlade Republike Srbije;

3. U ZUS bi se trebala uneti odredba o prihvatanju opštih pravila ZIO koja se odnose na sprovođenje izvršenja odluka, kada je to neophodno; odnosno alternativno ili kumulativno rešenje bi bilo dopuniti član 41. tačku 1. ZIO da je izvršna isprava i odluka Ustavnog suda ukoliko ispunjava opšte kriterijume za izvršenje;

4. Odluke Ustavnog suda se moraju jasnije zaštititi prekršajno i krivično-pravno. Član 110. ZUS-a koji definiše kaznene odredbe ostavlja prostora za to i svakako normativi koji uređuju materiju krivičnog i prekršajnog prava - Krivični zakonik i Zakon o prekršajima;

5. Posredno izvršenje odluka Ustavnog suda moralo bi se obezbediti javnim objavljivanjem i afirmativnim prikazivanjem istih odluka;

6. Najstrože bi trebalo zabraniti i sankcionisati svaki vid nedozvoljenog komentarisanja ili opstruisanja odluka Ustavnog suda.

Smatramo da je ovo put izgradnje savremenog pravnog sistema u kojem se ustavnost i zakonitost poštuju. Osnovni i najznačajniji garant zaštite ustavnosti i zakonitosti je svakako Ustavni sud, koji svojim odlukama štiti prava građana i njihovu svojinu. Odluke Ustavnog suda moraju biti pravno besprekorne, ali i opšte prihvaćene i izvršene. Jedino na taj način možemo ostvariti najbolju zaštitu prava svakog subjekta u državi.

## ZAKLJUČAK

Pokušali smo kroz ovaj rad da ukažemo na pojedina otvorena pitanja koja se tiču postupka izvršenja odluka Ustavnog suda, a pre svih pitanje ovlašćenog organa za postupanje i primenu procesnih pravila u samom postupku. Analizom problema, utvrdili smo moguće pravne situacije i ponudili nekoliko konkretnih rešenja.

Stava smo, da bi se problem mogao najjednostavnije rešiti na taj način što bi se najpre u samom ZIO u grupi izvršnih isprava našla i odluka Ustavnog suda koja je podobna za prinudno izvršenje, uz, podrazumeva se, važenje svih opštih pravila koja važe i za sve druge izvršne isprave u pogledu ispunjenja uslova koje predviđa sam ZIO. Na taj način razrešio bi se i problem roka za sprovođenje izvršenja, obzirom da je, prema našem mišljenju, neshvatljivo zašto se u ZUS-u navodi rok od čak 4 meseca za dobrovoljno izvršenje. Pored činjenice da je ovakav rok neuobičajen i van svih standarda, on je i nepotrebno dug, te se odstupa od opšte prihvaćenih intencija ubrzavanja sudske procedure u cilju efikasnog ostvarivanja prava građana i zaštite njihove imovine.

S druge strane, ukazali smo, da bi se problem mogao rešiti i kada bi se u samom ZUS-u unela odredba koja bi predviđala da se odluke Ustavnog suda, koje su podobne za prinudno izvršenje, sprovode prema opštim pravilima ZIO, te bi postupak izvršenja, u zavisnosti od vrste izvršenja u skladu sa članom 4. ZIO, sprovodili Osnovni sudovi ili javni izvršitelji.

Bilo da se radi o izmeni ZIO ili izmeni ZUS-a, naš je utisak da bi predloženi modusi doprineli boljoj i kvalitetnijoj zaštiti prava. Idealno bi bilo ukoliko bi usledila izmena oba navedena propisa, o čemu bi svakako trebalo razmisliti u narednom periodu.

NEBOJŠA ŠARKIĆ, LL.D.,

Professor, dean Faculty of Law, Union University Belgrade

ZORAN VAVAN, Ph.D. candidate,

Faculty of Law and Business Studies dr Lazar Vrkatić Novi Sad

## EXECUTION OF DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

Abstract: Execution of decisions of the Constitutional Court is prescribed as a general duty of the state, other authorities and organizations entrusted with public authority, political parties, trade unions, associations of citizens and religious communities. The Constitutional Court per-

forms its basic function of custodians of the Constitution and the basic values on which the Constitution itself is based, through direct normative control of the constitutionality and legality of general acts and through direct protection of individual rights and freedom of citizens. That function can be accomplished through cooperation with all branches of the government. Because it often has a role or protector of the rights of citizens and their property, acting on constitutional complaints, it approached the regular judiciary.

The decisions taken on that occasion are executed according to the rules which are rather modestly regulated by the Law on the Constitutional Court. Open issues that can arise during the implementation of the Constitutional Court decisions are mainly related to the power of the enforcement authority, the course of the proceedings itself and the responsibility for non-execution of decisions. The above issues as well as the normative analysis of the existing substrate are the subject of this paper.



TAMAŠ KORHEC

## USTAVNO-SUDSKO TUMAČENJE I RASUĐIVANJE

– Sa osvrtom na praksu Ustavnog suda Republike Srbije –

### U V O D

Ustavni sud kao svoju primarnu funkciju utvrđuje usklađenost norme zakona i drugih podzakonskih propisa sa normama ustava. Za rešenje ustavnopravnog spora od suštinskog je značaja identifikacija relevantnih normi ustava i utvrđivanje tačnog značenja tih normi, te upoređivanje sporne zakonske odredbe (čije značenje je takođe bitno odrediti) sa relevantnom odredbom Ustava.

U prvoj celini ovog rada biće razmatrana neka opšta pitanja u vezi tumačenja ustava, dok u drugom delu rada sledi kritička analiza konkretnih ustavnopravnih sporova iz jurisprudencije Ustavnog suda Republike Srbije (daljem tekstu “Ustavni sud”). Cilj ovog rada jeste da se analizom izabranih predmeta Ustavnog suda daju odgovori na sledeća pitanja: koji metodi ustavnosudskog tumačenja ustavnih normi mogu se prepoznati u izabranim predmetima Ustavnog suda, da li je Ustavni sud bio dosledan u primeni ovih metoda tumačenja i u stepenu iskazanog sudskog aktivizma.

---

Dr Tamaš Korhec, profesor Fakulteta za pravne i poslovne studije “Dr Lazar Vrkatić” Novi Sad, Univerzitet UNION, sudija Ustavnog suda Republike Srbije.



*Opšti osvrt na ustavno-sudsko rasuđivanje, tumačenje ustava*

Ustav, je temelj i krov celog pravnog sistema. Iz ustava, odnosno ustavnog prava izvire sve druge grane prava i svi niži pravni akti. Sve ovo međutim ne bi puno značilo bez da je ustav poštovan od strane svih. Supremaciju ustava u odnosu na sve druge pravne akte u pravnom sistemu obezbeđuje ustavni sud<sup>1</sup>. Proces kontrole ustavnosti podrazumeva sa jedne strane tumačenje ustavnih odredbi, utvrđivanje sadržine i značenje norme ustava, dok sa druge strane, utvrđivanje sadržine i značenje norme zakona i drugog opšteg pravnog akta, potom rasuđivanje, logički proces upoređivanja više i niže pravne norme. Potrebno je utvrditi da li je norma niže pravne snage usklađena sa obavezom iz norme više pravne snage. U slučaju kolizije ustavni sud je uglavnom ovlašćen da iz pravnog poretka ukloni, da kasira neustavnu pravnu normu. Pri tome normativna kontrola nužno podrazumeva i upliv suda u politiku, sa jedne strane jer je svaki ustav pravni ali i politički akt, a sa druge strane jer iza ustavnosudskih sporova uobičajeno se skrivaju i politički sporovi. Laiku, pa čak i nedovoljno upućenom pravniku ovaj zadatak sudijske ustavnog suda i ne predstavlja vrhunski intelektualni zadatak i izazov.

Međutim, u praksi ustavnih sudova samo izuzetno se susreću sporovi u kojima se metodom jezičkog tumačenja nedvosmisleno može se utvrditi neustavnost norme zakona ili drugog pravnog akta. To je uglavnom situacija kada isto pitanje, sa relativno istom konkretnošću uređuje ustavna norma i norma zakona, a da pri tome zakonska norma to pitanje uređuje suprotno načinu kako je uređeno u ustavu.<sup>2</sup> Izdvojio bih tri razloga zbog kojih ustavnosudsko rasuđivanje, rešavanje konkretnih ustavno-pravnih sporova predstavlja delikatan i težak zadatak. Prvi razlog jeste razlika u opštosti norme ustava i sporne norme zakona ili drugog propisa. Norma ustava najčešće formulisana je sa velikim stepenom opštosti, apstrakcije. Ovakva okvirna pravna norma treba se uporediti sa normom koja je uobičajeno znatno konkretnija, koja se odnosi na neko pitanje koje je više konkretizovano. Apstraktne ustavne norme često sadrže principe, pojmove i ustavne

<sup>1</sup> U nekim pravnim sistemima ovu funkciju obavljaju vrhovni sudovi a u nekima kao u Francuskoj državni organi – saveti koji nemaju karakteristike suda.

<sup>2</sup> Vidi Odluku Ustavnog suda 1U-168/2003, Službeni glasnik RS br. 35/2004. U ovom postupku ocenjena je ustavnost Zakona o načinu i postupku promene Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik RS br. 39/2003. Ovaj zakon, suprotno jasnim i nedvosmislenim odredbama tadašnjeg Ustava Republike Srbije, između ostalog propisao je da je za izmenu Ustava potrebna apsolutna većina glasova narodnih poslanika u skupštini umesto dvotrećinske kvalifikovane većine, a propisao je i različita pravila za punovažnost ustavnog referenduma. Za razliku od gore navedenog primera u većini ustavnopravnih sporova rasuđivanje je mnogo kompleksnije.

institute kao što su vladavina prava, podela vlasti, nezavisno sudstvo, autonomija, ljudsko dostojanstvo čije je jezičko značenje i sadržina nije jednoznačna pa su sudije primorane da konkretizuju njihovo značenje i sadržinu.

Drugi razlog predstavlja činjenica da mnoga sporna uspravna pitanja možemo podvesti pod više ustavnih odredbi. U ovom slučaju, potrebno je da nađemo relevantne norme ustava, da im odredimo sadržinu i da vidimo kako ćemo i jednu i drugu i treću normu primeniti u postupku ustavnosudskog rasuđivanja.

Treći, možda i najvažniji razlog koji ustavnopravno rasuđivanje čini izrazito zahtevnim i kreativnim procesom jeste sam tekst ustava koji nikada nije savršen. U ustavnim tekstovima u većem ili manjem obimu ali neizbežno postoje dvosmislene i višeznačne reči, polisemički termini, susrećemo se sa nedoslednim i nepotrebnim ponavljanjem termina i normi slične sadržine, postoje antinomije i kolizije između različitih normi ustava, postoje konkurentne ustavne vrednosti i principi, koje se nadmeću međusobno, odnosno postoje i pravne praznine, pitanja koja su trebala biti ali ipak nisu regulisana normama ustava.

Nadalje, protekom vremena značenje pojedinih izraza se menja, dok razvojem tehnike, nauke i društva (a ovaj proces je sve brži i brži), javljaju se novi pojmovi i nove ustanove koje je potrebno podvesti pod ustavni tekst a ustav ih nije regulisao.<sup>3</sup> Sve ovo nameće potrebu da sudije budu kreativni i aktivni u tumačenju ustava, da putem tumačenja utvrde relevantnu sadržinu ustavnih normi. Ustavne norme uobličavaju se, dobijaju svoj sadržaj, primaju svoje pravo značenje preko prakse ustavnih sudova. Iako danas postoji širok konsenzus da je ova vlast ustavnih sudova opravdana i potrebna u pravnoj državi, mnogi ukazuju i na to da sudovi nemaju demokratski legitimitet i ne bi smeli da preuzmu ulogu demokratski izabrane zakonodavne i ustavotvorne vlasti.<sup>4</sup> Ove kritike ako ništa drugo treba da posluže kao upozorenje sudijama ustavnih sudova da ovu svoju moć koriste restriktivno i u skladu sa svojom funkcijom zaštitnika najvišeg pravnog akta i ustavnosti, da ostanu na terenu zaštite prava, a ne da postanu alternativni zakonodavci. Mera uplitanja ustavnog suda u zakonodavstvo, u rad tela koji

---

<sup>3</sup> Za vreme pisanja Ustava Sjedinjenih Američkih Država, vazduhoplovstvo kao rod vojske nije postojala, pa tako norma Ustava SAD iz člana jedan, koja reguliše vojna ovlašćenja Kongresa spominje samo mornaricu i kopnenu vojsku, postoje jaki i osnovani razlozi da se tumačenjem i ovaj rod vojske podvede pod ovu ustavnu odredbu o vojsci iako sam tekst avijaciju ne spominje. Vidi: Goldsworthy, Jeffrey "Constitutional Interpretation" Rosenfeld, M., Sajó, A., (eds.), 2012, str. 692.

<sup>4</sup> Orlović, Slobodan "Promena položaja ustavnog sudstva", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2013/4, str. 147, 150, 160.

izražavaju narodni suverenitet je uvek osetljivo pitanje, koja zahteva ravnotežu između legitimne zaštite ustava i ustavnosti od strane ustavnog suda sa jedne strane i prava demokratske političke vlasti da vodi zakonodavnu politiku u skladu sa sopstvenim ciljevima, vrednostima i prioritetima.

U nekim situacijama intervencija ustavnog suda u odnosu na akte demokratske političke vlasti je nužna, pošto izostanak intervencije dovodi do rušenja ustava i neposredno ugrožava ustavnost, dok u drugim slučajevima, preterani aktivizam, intervencija ustavnog suda predstavlja u ustavnopravno odelo obučeno neslaganje sudija sa političkim odluka demokratske izabrane većine. Nažalost tekst našeg važećeg ustava o nomotehničkom, zanatskom, u normativnom pogledu opravdano je podložen kritici i ne spada u nomotehnički kvalitetne pravne tekstove.<sup>5</sup> Ovakav ustavni tekst svakako zahteva određeni kreativni aktivizam od strane Ustavnog suda prilikom tumačenja i rasuđivanja. Sudije ustavnih sudova utvrđuju stvarno značenje ustavnih normi primenom različitih metoda tumačenja ustavnog teksta koje su se razvile u pravnoj nauci.<sup>6</sup>

Prvi je takozvani jezički, gramatički metod ili tekstualizam koji tumači normu isključivo, ali svakako primarno preko pravila jezika, a posebno pravičkog vokabulara, pravne terminologije. Za utvrđivanje značenja pravne norme, polazi se od tačnog i precizno utvrđenog značenja, pre svega pravnog značenja svakog izraza i pojma u normi, pri tome pridaje se veliki značaj svakom velikom i malom slovu, interpunkcijama, itd. U okviru jezičkog tumačenja razlikujemo leksičko, sintaktičko, stilističko i interpunkcijsko tumačenje.<sup>7</sup> Nedostatak i ograničenost ovog metoda se ogleda pre svega u tome da ustavopisac u jezičko-gramatičkom smislu često čini greške, ne izražava tačno, precizno i dosledno željenu

<sup>5</sup> Marković, Ratko "Ustav Republike Srbije iz 2006. – kritički pogled", *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2006, str. 5, Đurić, Vladimir, "Statut Vojvodine: izazov građanskoj ustavnosti i ustavnom patriotizmu", *Nova srpska politička misao, Posebno izdanje 2, Ustav i iskušenja*, str. 170–172; Simović, Darko, "O (ne) ustavnosti Predloga statuta AP Vojvodine, u Trkulja, J. (ur.), 2009, str. 112. i 113. Mišljenje Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) broj 405/2006 o Ustavu Srbije usvojeno na 70. plenarnoj sednici Komisije 17–18. marta 2007. godine, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)004-srb.](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)004-srb.), str. 3 i 22.

<sup>6</sup> O metoda tumačenja između ostalog vidi: Goldsworthy, Jeffrey "Constitutional Interpretation" Rosenfeld, M., Sajó, A., (eds.), Oxford University Press, 2012, str. 689–696, i Beširević, Violeta, "Muke po Statutu: Da li će jezička dogmatizacija Ustava ukinuti političku autonomiju Vojvodine?" *Pravni zapisi*, God. 4, br. 2/2013. 487–490.

<sup>7</sup> Visković, Nikola "Jezik prava" Naprijed, Zagreb, 1989, str. 144. Leč, Endre "Nomotehnika s posebnim osvrtom na jezičko uobličavanje pravnih akata" *Fakultet za evropske pravne – političke studije*, Novi Sad, 2011, str. 152–153.

sadržinu. Jezičko izražavanje sadržine je manjkavo pa nedovoljno jasan tekst nužno moramo tumačiti primenom nekog drugog metoda. Nadalje, često uopštene i apstraktne norme ustava sadržavaju izraze i pojmove čija jezička sadržina nikad nije nedvosmislena i precizna, pa se oslanjanje na jezička i gramatička pravila malo pomažu sudijama u ovim slučajevima. Vladavina prava, podela vlasti, nezavisno sudstvo, autonomija, ljudsko dostojanstvo, ravnopravnost su samo neki pojmovi koji se redovno susreću u ustavnim aktima a da njihov pojam jezički nije jednoznačan.

Drugi, rasprostranjeni metod tumačenja ustava predstavlja istorijski metod, ili originalizam. Uz pomoć ovog metoda značenje ustavne norme se utvrđuje tako da se istražuje izvorna namera, volja donosioca ustava. Pri primeni ovog metoda bitno je ono šta je tekstom norme hteo da izrazi donosilac ustava, a ne nužno ono što je i stvarno napisano prema značenju upotrebljenih izraza u vreme tumačenja. Sudije se oslanjaju na obrazloženje predloga ustava, na zapisnike skupštine koja je donela ustav, na autorske tekstove poslanika koji su učestvovali u donošenju ustava, na tekstove ustavopisaca itd.

Treći metod čitanja ustava jeste sistematsko tumačenje ili doktrinarni metod. Ovaj metod podrazumeva primenu stavova pravne nauke ili političke teorije o nekom ustavno-pravnom pitanju, ustavnom institutu. U ovom slučaju sudije posežu za rezultatima teorije o nekom ustavnom institutu, ustanovi, pojmu i tumače ustav u skladu sa autoritativnim stavovima nauke. Četvrti metod je teleološki ili ciljni metod, koji tumači ustav, ustavne norme na osnovu moralnih i vrednosnih sudova. Sudije utvrđuju značenje koje će biti u skladu sa moralno i politički poželjnim rezultatom, zaključkom u vezi sa spornim ustavnim pitanjem. Kod ovog metoda tumačenja ključno jeste koje to konkretne moralne, političke ili ideološke ciljeve i vrednosti smatraju sudije ustavnog suda važnim da zaštite. Koje su to vrednosti koje prema shvatanju sudija ustavnog suda ustav treba da zaštiti. Traga se za tumačenjem norme koja će podržati ove vrednosti. U našem ustavnom pravu kako u doktrini tako i u praksi raznih ustavnih sudova primaran a nekada i isključivi metod tumačenja ustava jeste jezički-gramatički metod tumačenja.<sup>8</sup> Ostali metodi se primenjuju stidljivo, retko i selektivno i to samo onda ako su ustavne norme izrazito neprecizne ili postoji pravna praznina.

---

<sup>8</sup> Beširević, Violeta, "Governing without Judges" - The politics of the Constitutional Court in Serbia, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12, 4/2014, str. 977.

*Iz prakse Ustavnog suda  
– izbor predmeta*

Bez ambicije da se osvrnemo na celokupnu praksu Ustavnog suda, za potrebe ovog rada izabrani su neki markantni predmeti, sa jedne strane, predmeti u kojima je Ustavni sud pokazao veliki stepen ustavnosudskog aktivizma, dok sa druge strane analizirani su predmeti u kojima je Ustavni sud bio prilično uzdržan, poštovao slobodu Narodne skupštine da uredi neko pitanje prema sopstvenim političkom prioritetima, bez obzira na postojeća sporna ustavnopravna pitanja, pa i na sopstvenu jurisprudenciju. Na izbor predmeta je dodatno uticao obim i kvalitet obrazloženja izabranih odluka.<sup>9</sup> Među izabranim i analiziranim odlukama se nalaze odluke koje su najobimnije u svom obrazloženju i za razliku od veći-meritornih odluka Ustavnog suda, obrazloženje odluka sadrži detaljno izlaganje o shvatanjima i stavovima pravne nauke o nekim ustavnim institutima.

*Aktivizam Ustavnog suda – autonomija Vojvodine  
i neteritorijalna autonomija nacionalnih manjina*

Možda najveći stepen ustavnosudskog aktivizma u svojoj istoriji, Ustavni sud je pokazao u svojim odlukama u kojima je ocenjivao ustavnost zakona i drugih propisa u vezi autonomije Vojvodine, i u nešto manjem obimu u odluci o neteritorijalnoj samoupravi nacionalnih manjina.

*Ustavni sud o autonomiji Vojvodine.* – Kada je reč o položaju Autonomne pokrajine Vojvodine (u daljem tekstu “AP Vojvodina”) dve odluke Ustavnog suda zaslužuju posebnu pažnju: odluka o oceni ustavnosti Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine iz 2012<sup>10</sup> i odluka o oceni ustavnosti i zakonitosti Statuta AP Vojvodine, takođe iz 2013. godine<sup>11</sup>. Posebnost ovih predmeta čini i to da su ustavnost, odnosno ustavnost i zakonitost ovih propisa obimno obrazloženim predlogom osporili upravno narodni poslanici Demokratske stranke Srbije i Nove

---

<sup>9</sup> U ovom pogledu zlatna medalja svakako pripada odluci o Ustavnog suda o ustavnosti i zakonitosti Statuta Autonomne pokrajine Vojvodine, koja je proglasila skoro polovinu odredbi Statuta neustavnim i nezakonitim i koja ima čak 139 strana teksta.

<sup>10</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-353/2009, od 10. jula 2012. godine, o utvrđivanju neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine, Službeni glasnik RS, br. . 67/12.

<sup>11</sup> Odluka Ustavnog suda IUo-360/2009, od 5. decembra 2013. godine, o utvrđivanju neustavnosti i nezakonitosti pojedinih odredaba Statuta AP Vojvodine

Srbije, političkih stranaka, koji su između 2004 i 2009. godine činili deo vladajuće skupštinske većine, dakle u periodu donošenja Ustava i prvog izbora sudija Ustavnog suda.<sup>12</sup> Pored navedenih odluka Ustavni sud je razmatrao ustavnost i zakonitost propisa koje je samostalno donela Skupština AP Vojvodine ali njihovo *presuđivanje* (nakon početnih kolebanja) najvećim delom zasnovano na stavovima Suda zauzetim u gore navedenim odlukama.<sup>13</sup>

Nakon više godina razmatranja ovih predmeta Ustavni sud je kasirao izrazito veliki broj odredaba istih.<sup>14</sup> Ovakav ustavnosudski aktivizam i kasiranje velikog broja zakonskih i statutarnih odredbi od strane Ustavnog suda predstavlja presedan i zbog toga jer je karakteristika ustavnih rešenja o autonomiji Vojvodine između ostalog u tome da je definisanje organizacije vlasti i nadležnosti AP Vojvodine većim delom ustavom preneto u nadležnost Narodne skupštine (davanjem saglasnosti na Statut APV i zakonskim definisanjem pitanja od pokrajinskog značaja).<sup>15</sup>

Od pravnih shvatanja i tumačenja Ustavnog suda RS iz Odluke o ustavnosti Zakona o nadležnostima AP Vojvodine, zbog njihovog značaja, izdvajamo sledeće:

– oblasti nabrojane u čl. 183, st. 2 Ustava, u kojima AP Vojvodina uređuje pitanja od pokrajinskog značaja u skladu sa zakonom, predstavljaju zaključenu enumeraciju i ne mogu se proširiti zakonom na druge oblasti koje nisu eksplicitno navedene u ustavnoj odredbi<sup>16</sup>;

---

<sup>12</sup> Beširević, Violeta, "Governing without Judges" - The politics of the Constitutional Court in Serbia, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12, 4/2014, str. 969. Beširević, Violeta, "Muke po Statutu: Da li će jezička dogmatizacija Ustava ukinuti političku autonomiju Vojvodine?" *Pravni zapisi*, God. 4, br. 2/2013, str. 477

<sup>13</sup> Za analizu svih odluka Ustavnog suda u vezi autonomije Vojvodine vidi: Korhec, Tamaš, Beretka, Katinka "Ustavnopravno uobličavanje normativne nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine" – Deset godina primene Ustava Republike Srbije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol. LX, 1/2018, str. 95–100

<sup>14</sup> Ustavni sud RS je Odlukom IUz-353/2009 prihvatio predlog za utvrđivanje neustavnosti u slučaju dvadeset dve odredbe tog zakona, dok je u slučaju četrnaest odredaba predloge odbio, dok je Odlukom IUo-360/2009 utvrdio da se neustavne i nezakonite odredbe nalaze čak u većini članova Statuta AP Vojvodine.

<sup>15</sup> Pajvančić, Marijana "Ustavni okvir regionalne države – primer Srbije" *Centar za regionalizam*, Novi Sad 2009, 117.

<sup>16</sup> Odluka Ustavnog suda RS, broj IUz-353/2009, *Službeni glasnik RS*, br. 67/20, str. 21.

– u oblastima koje su navedene u čl. 183, st. 2 Ustava, pravo uređivanja pitanja od pokrajinskog značaja u skladu sa zakonom, to jest normativna nadležnost podrazumeva i mogućnost prenošenja izvršnih ovlašćenja u tim oblastima<sup>17</sup>;

– uređivanje pitanja od pokrajinskog značaja ne može podrazumevati mogućnost (čak ni kada bi se to zakonom propisalo) da autonomna pokrajina na svojoj teritoriji svojim propisima uredi neki društveni odnos drugačije nego što je to učinjeno sektorskim zakonom<sup>18</sup> jer bi takvo rešenje, prema shvatanju Ustavnog suda, ugrozilo Ustavom garantovano jedinstvo pravnog poretka, jednakost građana i jednakost lokalnih samouprava na teritoriji autonomne pokrajine i van nje<sup>19</sup>;

– u oblastima koje su nabrojane u čl. 183, st. 2 Ustava, zakonom se kao pitanja od pokrajinskog značaja mogu utvrditi samo *pojedina* pitanja iz nabrojanih oblasti, a ne i uređivanje odnosa u celoj oblasti<sup>20</sup>;

– sadržina čl. 137 i 178 Ustava u suštini je istovetna, bez obzira na terminološke razlike, to jest član 178 omogućuje samo poveravanje zakonom poslova državne uprave AP Vojvodini (i drugim imaocima javnih ovlašćenja), a ne i drugih nadležnosti Republike (na primer, nadležnosti Vlade RS). Naime, iako član 178 Ustava utvrđuje mogućnost da Republika Srbija može zakonom poveriti pojedina pitanja iz svoje nadležnosti autonomnim pokrajinama i lokalnim samoupravama, prema stavu Ustavnog suda RS, pod tim se podrazumeva isključivo mogućnost prenošenja upravnih poslova, kao i u slučaju člana 137 Ustava<sup>21</sup>;

– Ustavni sud RS, svojom odlukom, utvrdio je neustavnost pojedinih odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine, na osnovu shvatanja da te odredbe nisu saglasne s rešenjima u sektorskim zakonima koji uređuju konkretnu oblast društvenog života<sup>22</sup>, a da jedinstveni pravni poredak (čl. 4, st. 1 Ustava) i jednakost građana pred zakonom (čl. 21, st. 1 i 3 Ustava) zahtevaju da se ta pitanja uredi jedinstveno i to samo sektorskim zakonom.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid..*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Odluka Ustavnog suda RS, broj IUz-353/2009, *Službeni glasnik RS*, br. 67/20, str. 21.

<sup>22</sup> Sektorski, odnosno sistemski zakon imaju istovetno značenje (reč je o zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna društvena oblasti) i koriste se kao sinonimi u ovom radu.

<sup>23</sup> Odluka Ustavnog suda RS, broj IUz-353/2009, str. 26, 34–35.



U drugoj odluci, o Ustavnosti i zakonitosti Statuta AP Vojvodine, Ustavni sud osim što je kasirao one odredbe koje su preuzete iz Zakona o nadležnosti AP Vojvodine i koje su ranije proglašene neustavnim, izneo je i svoje stavove o autonomiji AP Vojvodine u vezi organizacije vlasti u pokrajini. Iz ovih stavova izdvajamo sledeće:

– Ustavom utvrđena supremacija Skupštine AP Vojvodine nespojiva je sa institutima parlamentarizma, kao što su interpelacija, raspuštanje skupštine na inicijativu pokrajinske vlade itd.<sup>24</sup> Odredba o Skupštini kao najvišem organu autonomne pokrajine prema stavu Ustavnog suda znači obavezu da se međusobni odnos skupštine i izvršnog organa uredi na principima “koji suštinski, a ne samo formalno, skupštini obezbeđuju položaj najvišeg organa... koje zagovornici teorije o jedinstvu vlasti smatraju odlikom tzv. skupštinskog sistema uređenja vlasti...”<sup>25</sup>;

– odredbu o pokrajinskim simbolima u Statutu Ustavni Sud je kasirao kao neustavnu jer ona nije dovoljno “konkretno” utvrdila izgled i korišćenje simbola (u samom Statutu AP Vojvodine), nego je njihovu konkretizaciju i uređivanje upotrebe “prepustila” Skupštini AP Vojvodine<sup>26</sup>;

– Odredbe Statuta o Pokrajinskom ombudsmanu su kasirane kao protivustavne jer one propisuju da nadležnost pokrajinskog ombudsmana obuhvata i nadležnost za zaštitu prava građana koja su propisana Ustavom i zakonom u odnosu na povrede učinjene od pokrajinskih organa uprave i javnih službi koje osniva AP Vojvodina, a to je prema shvatanju Ustavnog suda, u nadležnosti zaštitnika građana prema članu 138 Ustava.<sup>27</sup>

Na osnovu pažljive analize ove dve odluke, kao i gore navedenih stavova i shvatanja Ustavnog suda RS a u vezi rasuđivanja i metodama tumačenja može se zaključiti sledeće:

a) U slučaju tumačenja nekih odredbi Ustava Sud se primarno oslanjao na metod jezičkog tumačenja ali je ono je upotpunjeno ciljnim tumačenjem u smislu da je cilj ovih odredbi da ograniče autonomiju pokrajine a ne da je jemče i zaštite;<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Odluka Ustavnog suda RS, broj IUo-360/2009, str. 50.

<sup>25</sup> *Ibid.*, str. 51.

<sup>26</sup> Odluka Ustavnog suda RS, broj IUo-360/2009, str. 36.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 56.

<sup>28</sup> Primer ovakvih tumačenja predstavlja tumačenje odredbe 183, stav 2 o nadležnostima autonomne pokrajine koji su tumačeni na način da je njihov cilj ograničenje zakonodavca u pogledu



b) Neke odredbe Ustavni sud je izrazito kreativno i široko tumačio, “stvarao norme” čak i u slučajevima kada za to i nije imao neposredog osnova u samom tekstu Ustavne norme. U ovim slučajevima Ustavni sud je dao prioritet ciljnom metodi tumačenja, što je svojevrsan precedent u praksi Ustavnog suda;<sup>29</sup>

v) U obrazloženju svojih odluka Ustavni sud je detaljno izneo svoje viđenje o stavovima doktrine o pokrajinskoj autonomiji, što je u ovom obliku retkost u našoj ustavno-sudskoj praksi. Iako su ovi stavovi Suda imali različiti odjek među profesorima ustavnog prava<sup>30</sup>, ono što je karakteristično da izneti doktrinarni stavovi gotovo da nisu korišćeni kao argumenti kod rešavanja konkretnih spornih ustavno-pravnih pitanja.

g) Ustavno načelo iz člana 12 o pravu građana na pokrajnsku autonomiju u rešavanju konkretnih spornih ustavnopravnih pitanja gotovo da i nije razmatrano, a njeno značenje je svedeno na apstraktnu institucionalnu garanciju decentralizacije.<sup>31</sup>

šta može preneti na pokrajinu a ne garancija nadležnosti u smislu šta je sve obavezno preneti na organe autonomne pokrajine. Primenjena logika je pojednostavljeno glasila: “Ako u nekoj ustavom navedenoj oblasti oblasti ništa nije preneto to nije ustavnopravno sporno ako je preneto više nego što proizilazi iz restriktivnog jezičkog značenja norme to je ustavnopravno neprihvatljivo.

<sup>29</sup> Primeri za ovakvo kreativno stvaranje normi bez pravog oslonca je tekst norme predstavljajući tumačenje člana 178 Ustava na način da ona omogućuje prenošenje samo upravnih ovlašćenja Republike na autonomnu pokrajinu, člana 138 o Zaštitniku građana koji je tumačen na način da propisuje isključivu nadležnost Zaštitnika građana prema organima i ustanovama autonomne pokrajine iako ta odredba uopšte ne navodi pokrajinske organe, člana 183, stav 2, tačka 3. I člana 184 stav 1. Na način da ove odredbe nameću ustavnu obavezu da se izgled simbola AP Vojvodine uredi u samom Statutu iako ni jedna reč u tekstu ovih odredbi ne aludira ili ne sadrži takvu obavezu.

<sup>30</sup> Prilično kritički, o Odluci Ustavnog suda Uz-353/2009 pisao je Darko Simović. Simović je za ovu odluku napisao da je u nekim delovima “isuviše opširna i konfuzna pri isticanju elementarnih i udžbeničkih znanja o teritorijalnoj autonomiji”, te da pri tome “čini i neka nedopustive greške”. Vidi: D. Simović, “Ustavnosudsko uobličavanje teritorijalne autonomije”, *NBP Žurnal za kriminalistiku u pravo*, 3/2013, 67. S druge strane, Bogoljub Milosavljević izrazito afirmativno piše o ovoj odluci, navodeći da ona predstavlja “značajan doprinos ustavnopravnom shvatanju teritorijalne autonomije” s kojim je Ustavni sud RS “pružio vredan doprinos razumevanju koncepta teritorijalne autonomije”, vidi: B. Milosavljević, “Ustavnopravni koncept teritorijalne autonomije u Srbiji”, *Pravni život*, 12/2012, 841, 848.

<sup>31</sup> Draganu Stojanović je o tome napisao sledeće “Ustavni sud, kako svojim interpretacionim metodama i interpretacionim stilom, tako i svojim najznačajnijim stavovima o prirodi, dometu i granicama autonomije, teritorijalnu autonomiju razume ne kao individualno ili kolektivno osnovno pravo, nego kao strogo ograničenu institucionalnu garanciju, u kojoj ne može biti i nema mesta ni trunki državnosti. Stojanović, Dragan” *Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije*, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava* (ur. B. Nenadić), Ustavni sud, Beograd 2013, str. 126.

*Ustavni sud i prava nacionalnih manjina.* – Druga oblast u kome je prilikom normativne kontrole zakona Ustavni sud pokazao izuzetni ustavnosudski aktivizam jeste kontrola ustavnosti Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina (u daljem tekstu “Zakon o nacionalnim savetima”). Svojom odlukom početkom 2014. godine Ustavni sud je ocenio neustavnim ukupno deset članova Zakona o nacionalnim savetima, neke u celosti, dok kod drugih neke odredbe, dok je u slučaju sedam odredbi iz pet člana odbio inicijativu i potvrdio ustavnost tih odredbi.<sup>32</sup>

Više odredbi Zakona o nacionalnim savetima USS je proglasio protivustavnim jer one nisu u skladu sa odredbama sektorskog zakona kojim se reguliše “sistem” u datoj oblasti, pošto se na taj način krši načelo jedinstva pravnog poretka, zajemčeno čl. 4. st.1. Ustava.<sup>33</sup> Čak i da ovakav doktrinarni stav u načelu smatramo prihvatljivim u cilju harmonizacije pravnog poretka, primena ovog načelnog shvatanja na odredbe Zakona o nacionalnim savetima, i to na način da to dovodi do neposrednog ograničenja ustavom garantovanih manjinskih prava je krajnje upitno. Pozivajući se na jedinstvo pravnog poretka Ustavni sud je zapravo ograničio jedno ustavno manjinsko pravo, a u nekim slučajevima možda i samu suštinu tog prava. Iako sam Ustavni sud na jednom mestu u obrazloženju ističe da “prilikom ocene saglasnosti osporenih odredaba sa Ustavom treba poći od...odredaba zakona kojima se na sistemski način uređuje oblast obrazovanja... ali vodeći računa i o tome da su odredbe tih zakona saglasne suštini kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina.”<sup>34</sup>

U oceni konkretnih normi zakona i njihovog kasiranja ovaj stav Ustavnih suda uopšte nije razmotren. Ustavnosudski aktivizam i gore spomenuta pravno-logička nedoslednost Ustavnog suda je posebno prisutna u slučaju ocene ustavnosti čl. 20. st. 1-4 Zakona o nacionalnim savetima. Ove odredbe, koje su pro-

---

<sup>32</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Srbije od januara 2014. roj IUz-882/2010, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2014.

<sup>33</sup> Pozivajući se na ovakvu vrstu kolizije između zakona USS je kasirao sledeće nadležnosti nacionalnih saveta: pokretanje postupka za zaštitu prava pripadnika nacionalnih manjina (čl. 10, tč. 12), pravo na davanje mišljenja u postupku imenovanja organa upravljanja u učeničkim i studentskim domovima (čl. 12. st. 3), pravo na davanje mišljenja u postupku određivanja broja upisanih u srednje škole (čl. 15 tč. 7), preuzimanje osnivačkih prava medija od jedinica lokalne samouprave (čl. 19. st. 2), učestvovanje u upravljanju u ustanovama javnog servisa (čl. 20, st. 1–4), učestvovanje u odlučivanju nekih odluka jedinica lokalne samouprave (čl. 26. st. 2–4).

<sup>34</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Broj IUz-882/2010, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2014, 51.

pisale učešće Saveta u postupku imenovanja organa upravljanja javnih servisa Ustavni sud je kasirao pozivajući se na njenu neusaglašenost sa odredbama Zakona o radiodifuziji ali pri tome nije ni razmotrio pitanje da li su odredbe Zakona o radiodifuziji<sup>35</sup> koje ne propisuju nikakva ovlašćenja za Savete u upravljanju javnim servisima ustavne, odnosno da li takva zakonska rešenja krše suštinu kolektivnog prava pripadnika nacionalnih manjina na samoupravu u oblasti javnog obaveštavanja?<sup>36</sup>

Pored jedinstva pravnog poretka i neusklađenosti sa odredbama sektorskih zakona, Ustavni sudije odredbe Zakona o nacionalnim savetima kasirao i na osnovu stava da one izlaze iz okvira prava nacionalnih manjina, prenose preširoka ovlašćenja Savetima. Jasan primer za ograničavajuće pravno tumačenje manjinskih prava od strane Ustavnog suda predstavlja kasiranje čl. 12. st. 1. tč. 5. Zakona, koja je propisala da nacionalni savet daje prethodnu saglasnost za imenovanje direktora vaspitno-obrazovne ustanove u kojima se u većini odeljenja obrazovno-vaspitni rad izvodi na jeziku nacionalne manjine, odnosno koja si proglašena da je od posebnog značaja za nacionalnu manjinu. Prema shvatanju Ustavnog suda "učesće u odlučivanju ne može pretvoriti u pravo "veta", već se, pre svega izražava kroz davanje mišljenja i predloga"<sup>37</sup> a propisivanjem da Savet daje prethodno mišljenje zakonodavac "izašao izvan mera za ostvarivanje dodatnih prava pripadnika nacionalnih manjina."<sup>38</sup> Svoje shvatanje Ustavni sud je potkrepeo sa dva argumenta. Kao prvo, USS ističe da u ovakvim vaspitno-obrazovnim ustanovama, doduše u manjem delu ali se obrazuju i učenici koji ne pripadaju nacionalnoj manjini, kao drugo, "Za razliku od samostalnog odlučivanja, učestvovanje u odlučivanju, i prema Okvirnoj konvenciji Saveta Evrope, znači konsultaciju sa organom koji donosi odluku... i ne može pretvoriti u pravo veta..."<sup>39</sup>

<sup>35</sup> *Zakon o radiodifuziji, Službeni glasnik RS*, br. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006, 41/2009.

<sup>36</sup> U vezi sa tim, sudija USS Agneš Kartag-Odri u svom izdvojenom mišljenju ističe "Efekat kasacije ovih odredbi je da u slučaju nekih nacionalnih manjina odredba člana 75. Ustava u slučaju obaveštavanja na maternjem jeziku postaje lišena svakog sadržaja... uskraćivanjem i minimalnog uticaja na izbor organa rukovođenja (davanje mišljenja), nacionalni saveti ostaju bez ikakvog uticaja u ovoj oblasti." Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUz-882/2010, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2014, str. 63.

<sup>37</sup> *Ibid.*, , 52.

<sup>38</sup> *Ibid.*, str. 52.

<sup>39</sup> *Ibid.* .

Što se tiče prvog argumenta njena slabost jeste da osporava celokupan koncept posebnih prava manjina, pa i doktrinu koju je sam Ustavni sud formulisao u istoj odluci.<sup>40</sup> Suština drugog argumenta jeste da pravo na davanje prethodne saglasnosti na imenovanje direktora ne predstavlja učestvovanje u odlučivanju prema Okvirnoj konvenciji o zaštiti nacionalnih manjina Saveta Evrope. Ovakav stav Ustavni sud zasnovao na tumačenju članu 15. Okvirne konvencije. Prema Ustavnom sudu u Objašnjenjima Saveta Evrope koja su vezana za čl. 15. Okvirne konvencije navedeno je da delotvorno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu i javnim odnosima se ostvaruje se između ostalog preko “konsultacije sa tim pripadnicima putem odgovarajućih postupaka, a posebno posredstvom institucija koje ih predstavljaju.”<sup>41</sup>

Okvirna konvencija i stavovi i tumačenja savetodavnog tela koja već dvadeset godina vrši monitoring implementacije Okvirne konvencije ne daju osnova za ovakvo ograničavajuće tumačenje čl. 15, naprotiv stavovi i tumačenja eksperata upravo podržavaju ovakav oblik učešća u odlučivanju, čak što više različiti oblici teritorijalne i neteritorijalne samouprave autonomije nacionalnih manjina upravo proizilaze iz čl. 15 Okvirne konvencije.<sup>42</sup> Varadi kritički primećuje da stvarno ustavnopravno pitanje jeste da li davanje mišljenja samouprava, odnosno “u mnogim osporenim odredbama reč je o davanju mišljenja, čime se zaista jedva dostiže prag učešća u odlučivanju.”<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ustavni sud je izneo opšte shvatanje da posebna prava pripadnika nacionalnih manjina predstavljaju ustavom propisano i neophodno odstupanje od formalne jednakosti građana, nadalje da ostvarivanje prava na samoupravu zahteva da nacionalni saveti učestvuju u upravljanju sa vaspitno-obrazovnim ustanovama čiji osnivač je država, i u kojima nastava najčešće izvodi na više jezika. Osporenim odredbom je zakonodavac ovlastio Savet da u slučaju izuzetno malog broja obrazovnih ustanova u odnosu na ukupan njihov broj, koje su posebno značajne za obrazovanje nacionalne manjine, prilikom izbora direktora ustanove nacionalnom savetu obezbedi ne samo pravo na davanje neobaveznog mišljenja, nego i pravo da da prethodnu saglasnost.

<sup>41</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Broj IUz-882/2010, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2014, 47.

<sup>42</sup> Veler, Mark “Kritička ocena prvih rezultata monitoringa Okvirne konvencije o pitanju delotvornog učešća pripadnika nacionalnih manjina (1998-2003)” *Popunjavanje okvira – pet godina monitoringa Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina*, Vojvodanski centar za ljudska prava, Novi Sad 2005, 76.

<sup>43</sup> Varadi, Tibor “Mišljenje o ustavnopravnim pitanjima koja se postavljaju povodom osporenih odredaba Zakona o nacionalnim savetima – Izneto na javnoj raspravi pred Ustavnim sudom 2. jula 2013. godine” *Pravni zapisi* 2/2013, str. 427–428.

Na osnovu gornje analize ove odluke Ustavnog suda a u vezi primenjenih metoda tumačenja Ustava možemo zaključiti sledeće:

a) Sud se primarno oslanjao na metod jezičkog tumačenja ali je ono je upotpunjeno ciljnim tumačenjem u smislu da je cilj ovih odredbi da ograniče kolektivno pravo na samoupravu manjina a ne da je jemče i zaštite;<sup>44</sup>

b) Neke odredbe Ustava, Ustavni Sud je izrazito kreativno i široko tumačio, "stvarao norme" čak i u slučajevima kada za to i nije imao neposredog osnova u samom tekstu Ustavne norme. U ovim slučajevima dat je prioritet ciljnom metodu tumačenja, što je svojevrsan precedent u praksi Ustavnog suda;<sup>45</sup>

v) U obrazloženju svojih odluka Ustavni sud je detaljno izneo svoje viđenje o stavovima doktrine o pravima manjina i o kolektivnom pravu na samoupravu, ali izneti doktrinarni stavovi su ignorisani prilikom rešavanja o ustavnosti konkretnih ustavnopravnih pitanja, a međunarodni standardi tumačeni suprotno praksi međunarodnih institucija za monitoring manjinskih prava.<sup>46</sup>

### *Neaktivnost Ustavnog suda*

Za razliku od prethodno razmatranih primera u nekim drugim predmetima Ustavni sud je bio izrazito uzdržan i priznao je zakonodavcu široku slobodu za zakonsko regulisanje ostvarivanja nekog prava. Ako ostanemo na terenu prava manjina, potrebno je razmotriti tri predmeta koji su vezani i za pravo političkog predstavljanja manjina.<sup>47</sup> U prva dva predmeta Ustavni sud je razmatrao ustavnost odredaba Zakona o lokalnim izborima (član 18.) i Zakona o izboru narod-

---

<sup>44</sup> Primer za ovakvo tumačenje predstavlja kasiranje odredbe o ovlašćenju Nacionalnih saveta za davanje prethodne saglasnosti na odluku o izboru direktora u nekim školama sa obrazloženjem da to izlazi iz okvira učestvovanja u odlučivanju iako za to Ustavni sud nije našao pravne rezone, a rukovodio se ciljnom metodom da bi ovlašćenja koja prevazilaze konsultacije nisu prihvatljive.

<sup>45</sup> Primer za ovo predstavlja kasiranje velikog broja odredbi Zakona o nacionalnim savetima zbog neusaglašenosti sa odredbama sektorskog zakona na osnovu načela o jedinstvu pravnog poretka iz člana 4 Ustava što je u svakom slučaju dovelo do ukidanja ili ograničenja manjinskog prava koja sektorskim zakonom nije bila obezbeđena.

<sup>46</sup> Korhec, Tamaš, Neteritorijalna samouprava nacionalnih manjina u Srbiji – Pravni okvir i njene nedorečenosti u svetlu odluke Ustavnog suda Srbije" Anali pravnog fakulteta u Beogradu, God. LVIII, 1/2015, str. 94-95.

<sup>47</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008 od 21.aprila 2010.godine o oceni ustavnosti Zakona o lokalnim izborima, Odluka Ustavnog suda IUp-42/2008 od 14.aprila 2011. godine o oceni ustavnosti Zakona o izboru narodnih poslanika, i Odluka Ustavnog suda IUz-479/2014 od 09.aprila 2014.godine o oceni ustavnosti Zakona o političkim strankama.

nih poslanika (član 43, stav 1) koja propisuju iste uslove za kandidovanje liste za sve stranke, dakle i za stranke nacionalnih manjina koja prema drugim odredbama ovih zakona učestvuju u raspodeli odborničkih odnosno poslaničkih mandata i u slučaju da ne prođu izborni prag od 5% osvojenih glasova (prirodni prag). Postavilo se sporno ustavnopravno pitanje da li je propisivanje istovetnih zakonskih uslova za sve stranke nedozvoljeno ograničenje prava na zastupljenost manjina u skupštinama zajemčenih u članu 100, stav 2. i članu 180, stav 4. Ustava. U obe svoje odluke Ustavni sud je konstatovao da zakonodavac ima slobodu da izabere način za ostvarenje zastupljenosti nacionalnih manjina u skupštinama i da je, zakonodavac ispunio svoju ustavnu obavezu omogućavanjem primene takozvanog prirodnog praga<sup>48</sup>

Međutim, kada je reč o ustavnopravnom pitanju u vezi nepostojanja olakšica za stranke nacionalnih manjina, Ustavni sud prilikom razmatranja ovog problema nije postupio jednako u oba predmeta. U slučaju ocene ustavnosti odredbe člana 18. Zakona o lokalnim izborima koji je propisao potrebu da se uz listu dostavi najmanje 30 overenih potpisa birača za svakog kandidata na listi Ustavni sud je analizirao, razmatrao i cenio realne efekte ove odredbe, odnosno da li ove odredbe u primeni mogu objektivno onemogućavaju ostvarivanje prava na zastupljenost manjina u lokalnim skupštinama, što bi iste činio protivustavnim.<sup>49</sup> Nakon analize Ustavni sud je našao da iste ne predstavljaju prepreku za realizaciju

---

<sup>48</sup> “Prema shvatanju Ustavnog suda, zakonodavac se opredelio za uvođenje posebnih mera i privilegovani prirodni prag da bi omogućio da liste kandidata političkih stranaka nacionalnih manjina... steknu pravo na učešće u raspodeli mandata, iako ne mogu da ostvare zakonski minimum od 5%... Za koja konkretna rešenja će se zakonodavac opredeliti da bi omogućio ostvarivanje prava nacionalnih manjina na navedeno političko reprezentovanje, stvar je zakonodavne politike...” Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008, str. 15–16. “isključenje eliminatorne klauzule i ustanovljavanje “prirodnog praga” za manjinske izborne liste dovoljna je garancija pune i efektivne ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina, a izostajanje ublaženih uslova za potvrđivanje liste nacionalnih manjina...ne može se smatrati “stvarnim” zakonodavnim propustom”, Odluka Ustavnog suda IUz-42/2008, str. 10.

<sup>49</sup> “ Pitanje saglasnosti osporenih odredaba Zakona sa odredbama Ustava kojima se jemče prava pripadnika nacionalnih manjina i njihova posebna zaštita radi ostvarivanja njihove pune ravnopravnosti, Ustavni sud je cenio i sa stanovišta da li se na taj način, s obzirom da ne postoje posebne odredbe koje se odnose na političke stranke nacionalnih manjina kao podnosiocice izbornih lista, suštinski ograničava ili onemogućava ostvarivanje prava pripadnika nacionalne manjine na političko reprezentovanje, odnosno da li uslovi propisani odredbama člana 18. st. 1. i 2. Zakona predstavljaju izrazito nepovoljne uslove za kandidovanje predstavnika nacionalnih manjina, odnosno uslove koji posebno pogađaju podnosiocice izbornih lica pripadnika nacionalnih manjina.” Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008, str. 15.

prava iz člana 180, stav 4 Ustava.<sup>50</sup> Samo godinu dana kasnije u odluci o ustavnosti slične odredbe u Zakonu o izboru narodnih poslanika Ustavni sud donekle menja ustanovljeni test ustavnosti odredbe. Prema osporenoj odredbi Zakona o izboru narodnih poslanika za sve političke stranke, pa i za stranke nacionalnih manjina propisana je obaveza dostavljanja 10.000 overenih potpisa birača prilikom kandidovanja izborne liste.

Za razliku od svoje prethodne odluke Ustavni sud u ovoj odluci nije analizirao moguće praktične efekte ove odredbe na zastupljenost nacionalnih manjina, odnosno da li takva odredba bitno ograničava ili čak onemogućava ostvarivanje zastupljenosti manjina u Narodnoj skupštini. Ustavni sud je samo konstatovao da je prirodni prag dovoljan da se ispuni obaveza iz člana 100 Ustava i nema potrebe za posebne olakšice u postupku kandidovanja.<sup>51</sup> Svesno ili nesvesno Ustavni sud je zanemario da analizira praktične efekte zakonom propisanog uslova a kandidovanja izborne liste. Naime velika većina političkih stranaka nacionalnih manjina koji na izborima na lokalnom i pokrajinskom nivou su dokazale da uživaju značajnu podršku birača zbog demografskih razloga, kao i zbog nedostatka tehničkih, organizacionih i finansijskih kapaciteta nisu u mogućnosti da prikupe 10.000 overenih potpisa birača i da učestvuju na izborima. Efekti su sa jedne strane da čak i mnoge brojčano značajne manjine ostaju bez svog predstavnika u Narodnoj skupštini, dok sa druge strane eliminiše se unutar manjinsko političko nadmetanje.

Ustavni sud prilikom (ne) razmatranja pitanje srazmernosti ovog uslova uopšte nije razmotrio činjenicu da li postoji srazmera između 10.000 overenih potpisa birača i 12-14 hiljada glasova sa koliko se redovno dostiže takozvani prirodni prag na izborima. Treći primer za uzdržanost Ustavnog suda je takođe povezan sa političkom organizacijom i zastupljenosti nacionalnih manjina. U ovom normativ-

<sup>50</sup> "Propisivanje posebnih mera radi postizanje pune ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina samo u završnoj fazi izbornog postupka, to jest u fazi raspodele mandata, moglo bi u praksi ostati bez efekta, ako bi pripadnicima nacionalnih manjina bilo u znatnoj meri otežano ili onemogućeno učešće u postupku kandidovanja odbornika, kao i u drugim fazama izbornog postupka koji prethodi postupku utvrđivanja rezultata izbora i raspodeli mandata, što članom 18. Zakona, prema oceni Ustavnog suda, nije učinjeno", Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008, str. 16.

<sup>51</sup> "...isključenje eliminatorne klauzule u finalnoj etapi izbornog procesa je ne samo suštinska, nego i dovoljna mera "pozitivne diskriminacije" koja obezbeđuje adekvatnu, odnosno ravnopravnu zastupljenost manjina u centralnom predstavničkom organu vlasti Republike Srbije. Tumačenje kojim se nameće obaveza zakonodavcu da za izborne liste manjinskih zajednica primeni mere "pozitivne diskriminacije" u svim etapama izbornog procesa, po oceni Ustavnog suda, nema objektivnog pravnog uporišta niti u Ustavu niti u potvrđenim međunarodnim ugovorima", Odluka Ustavnog suda IUp-42/2008, str. 10.



nom predmetu Ustavni sud je razmatrao ustavnost mnogih odredbi Zakona o političkim strankama. U ovom ustavno-sudskom predmetu se između ostalog postavilo pitanje ustavnosti odredbe člana 9. koja za registraciju ili obaveznu ponovnu registraciju stranaka nacionalnih manjina zahteva najmanje 1000 članova (za razliku od 10.000 za ostale političke stranke), što prema inicijatorima krši i dostignuti nivo manjinskih prava koja je zaštićena u članu 20, stav 2 Ustava.<sup>52</sup>

Prema oceni Ustavnog suda manji broj potrebnih članova za osnivanje stranka nacionalnih manjina je ustavnopravno opravdano a članstvo od najmanje 1000 nije neprihvatljivo ograničenje.<sup>53</sup> U vezi navoda inicijatora da drastično povećanja potrebnog broja birača za registraciju i ponovnu registraciju političkih stranaka krši zaštitu dostignutog nivou ljudskih i manjinskih prava iz člana 20. stav 2. Ustava, Ustavni sud je formulisao markantan stav prema kome suština zaštitne dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava jeste u obavezivanju ustavotvorca da promenama ustava ne može ukinuti neko pravo ili slobodu koja je zajamčena Ustavom a da ova odredba ne štiti od smanjivanja standarda kod prava koja se obezbeđuju zakonom.<sup>54</sup> Ovakvim tumačenjem člana 20, stav 2 Ustava, Ustavni sud je kod nekih ljudskih i manjinskih prava omogućio zakonodavcu da u skladu sa politikom koju vodi smanji standarde, ovo je posebno značajno u oblasti prava manjina koja se ostvaruju u skladu sa zakonom.

## ZAKLJUČAK

U sklopu kontrole ustavnosti zakona ustavni sudovi autoritativno tumače ustavne odredbe primenjujući tehnike i metode tumačenja ustava. Ustavni sud je pokazao veliki ustavnosudski aktivizam u slučaju normativne kontrole propisa o

---

<sup>52</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-479/2014, str. 2.

<sup>53</sup> "... po nalaženju Ustavnog suda, ne može zaključiti da propisani uslov u pogledu broja osnivača ovih političkih stranaka utiče na suštinu zajamčene slobode udruživanja, čime bi se pretvorio u njeno ograničenje." Odluka Ustavnog suda IUz-479/2014, str. 13.

<sup>54</sup> "... suština i cilj ustavne garancije o zabrani smanjenja dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava u svojevrsnom samoograničenju ustavotvorca da ni promenama najvišeg pravnog akta ne može biti ukinuto neko pravo ili sloboda koja je prethodno bila zajamčena. A contrario, Ustavni sud stoji na stanovištu da se zakonom propisani način ostvarivanja jednog Ustavom zajamčenog ljudskog ili manjinskog prava ili slobode ne može smatrati stečenim pravom, te se zato ni drugačije zakonsko uređivanje načina na koji se konkretno ljudsko ili manjinsko pravo (sloboda) ostvaruje ne bi moglo dovesti u ustavnopravnu vezu sa odredbom člana 20. stav 2. Ustava. IUz-479/2014, str. 14.



autonomiji Vojvodine i kolektivnog prava nacionalnih manjina na samoupravu. U ovim predmetima Ustavni sud je u velikoj meri odstupio od uobičajenog jezičko-gramatičkog tumačenja ustavnih normi i kreativnim tumačenjem dopunio, širio i menjao jezičko značenje mnogih odredaba Ustava, čak što više nekad stvarao nova ustavna pravila. Iza ovakvog kreativnog tumačenja i sudskog aktivizma prepoznatljiva je široka primena metoda ciljnog tumačenja Ustava. Iz konkretnih rešenja spornih ustavno-pravnih pitanja nedvosmisleno proizilaze moralne i političke vrednosti koji su doveli do tumačenja Ustava koji je omogućio kasiranje velikog broja odredaba ovih propisa. Centralizovana, unitarna nacionalna država kao posebna vrednost i poželjan model državnog uređenja, i decentralizacija državne vlasti kao potencijalna opasnost za stabilno funkcionisanje i opstanak države i nacije su kao principi vodile pero sudija u ovim predmetima.

Ustavna načela, razne ustavne odredbe o decentralizaciji vlasti, kolektivnim pravima manjina su redom ustuknula prilikom rešavanja spornih ustavno-pravnih pitanja, tumačena su restriktivno kao drugorazredne ustavne norme. Iako je deo naših naučnika ukazao na neophodnost balansiranja između ustavnih vrednosti i principa koji se nadmeću<sup>55</sup>, Ustavni sud, naročito u predmeti u vezi autonomije Vojvodine praktično i nije balansirao između kompetitivnih ustavnih vrednosti koje se eksplicitno prisutne u ustavnom tekstu (jedinstvo i nedeljivosti teritorije i pravnog poretka *versus* pravo na pokrajinsku autonomiju i samoupravu manjina) nego je princip centralizovane, unitarne nacionalne države Sud izmestio na pijedestal osnovne, možda i najvažnije ustavne vrednosti. Nesporo je pravo Ustavnog suda da tumači Ustav i da iz celine ustavnog teksta odredi osnovne ustavne vrednosti koje štiti.

Međutim, ono što je pri tome Ustavni sud u ovim odlukama svakako propustio da nedvosmisleno i jasno definiše zaštitu centralizovane nacionalne unitarne države kao osnovnu ustavnu vrednost i elemenat ustavnog identiteta Srbije, da ovu vrednost izvede iz konkretnih odredbi Ustava i da obrazloži zašto je ova vrednost iznad svih ostalih, ustavom zaštićenih vrednosti i principa.

S druge strane, Ustavni sud je pokazao veliki respekt i uzdržanost prema Narodnoj skupštini u slučaju ustavno-pravno spornih odredaba koja su vezana za ograničenje i zakonsko uređenje ostvarivanja prava manjina na zastupljenost i političku reprezentaciju.

<sup>55</sup> Beširević, Violeta, Muke po Statutu: Da li će jezička dogmatizacija Ustava ukinuti političku autonomiju Vojvodine? Pravni zapisi, God. 4, br. 2/2013. 476–51

TAMAŠ KORHEC, LL.D.,  
Professor, Faculty of Legal and  
Business studies dr Lazar Vrkatić, Novi Sad

## CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND JUDGEMENT

### Summary

The text of constitutional provisions is often too abstract and sometimes inconsistent requiring active interpretation by judges in judicial review. Judges use methods and technics of literal, teleological, historical and doctrinal interpretation. This paper is divided in two parts, in first some general remarks on the importance, necessity, perils and methods of constitutional interpretation are discussed, while in the second, the analyses of the jurisprudence of the Constitutional Court of Serbia is provided. The analyses juxtaposes decisions of the Constitutional Court in which it demonstrated surprisingly high level of judicial activism – declaring unconstitutional bulk of some legislative acts – and those in which the Constitutional Court demonstrated deference towards the disputed legislative acts of the Parliament. Author argues that behind surprising activism of the court one can tacitly identify purpose oriented interpretation of judges based on a specific moral and political value: protection of centralized, unitary nation-state against the treat of decentralization. However, judges missed to openly identify and define this principle and value, nor they put forward reasoning why is this value the most important supreme principle of the Serbian constitution.



TOMISLAV STOJKOVIĆ

## VLADAVINA PRAVA I USTAVNA JUDIKATURA

### U V O D

Vladavina predstavlja civilizacijsko dostignuće, a Ustav kao najviši pravni akt je instrument i deo vladavine prava, on se kao takav prvi institucionalizovao. Legitimizacijski osnov vlasti ima elemenat konstitucionalizma, ovo se naročito odnosi na ljudska prava. Za vladavinu prava je veoma bitan postupak, predviđena procedura koja se odnosi na fer postupak u celini i u svakoj grani prava prema datim specifičnostima. Ovo je naročito bitno kada se odlučuje o ljudskim pravima, o izbornom sistemu, parlamentarni uslovi usvajanja zakona i sl.<sup>1</sup> Ustavotvorac je vladavinu prava označio kao osnovnu pretpostavku Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima (čl. 3 st. 1 Ustava RS).

Kada se govori o konstitucionalizmu, on u suštini pretpostavlja superiornost Ustava nad politikom i dominaciju Ustava nad ostalim pravnim aktima, ostvarenje takve uloge podrazumeva ravnotežu između nosilaca vlasti, princip podela vlasti i još jedan bitan elemenat, a to je ustanovljavanje jednog posebnog i nezavisnog državnog organa – Ustavnog suda, čiji je osnovni princip funkcionisa-

---

Mr Tomislav Stojković, sudija Ustavnog suda Republike Srbije.

<sup>1</sup> Vojislav Stanovčić, *Ustano sudstvo i vladavina prava*, Zbornik radova Ustavnog suda RS, 2013. godina.

nja protivteža svim ustavnim vlastima i obezbeđivanja garancija osnovnih ustavnih načela.

Za više od pola veka postojanja Ustavni sud ima svoje mesto u ustavnopravnom poretku podele vlasti. Uspostavljanje ustavnosudske kontrole u Srbiji, pre svega je odraz obezbeđivanja funkcionisanja pravne države koja počiva na podeleli vlasti, koja se povinuje oceni njihovog rada od strane Ustavnog suda i njihove obaveznosti poštovanja Ustava i zakona.

Ustavno sudstvo podrazumeva institucionalizaciju posebnog pravosuđa čiji je osnovni zadatak očuvanje, primena i sprovođenje Ustava. Sa praktičnog staništa ustavno sudovanje u najširem smislu predstavlja jedno posebno ovlašćenje Suda da u postupku ispituje ustavnost zakona i drugih normativnih akata. Ustavno sudstvo, pre svega, predstavlja ustavno pravo u procesnom smislu.

Donošenjem Ustava iz 2006. godine institucionalizacija Ustavnog suda je donela novu dimenziju u radu Ustavnog suda i ustavne jurisprudencije sa proširenom nadležnošću. Ova nadležnost se odnosi, pre svega, na novo ustanovljeno pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i sloboda, ustavna žalba, kojom se po prvi put u ustavnosudskoj praksi Republike Srbije uvodi ocena ustavnosti odluka redovnih sudova uključujući i najviši sud u Republici, Vrhovni kasacioni sud. Na ovaj način, Ustavni sud u svom radu je dobio novu dimenziju, jer pored ocene ustavnosti i zakonitosti normativne kontrole, donošenje odluka o ustavnim žalbama u odnosu na odluke redovnih sudova predstavlja suštinski najbitniju zaštitu prava koja se garantuju i jemče Ustavom, a samim tim Ustavni sud je u prilici da stvori svoju sopstvenu jurisprudenciju. To u suštini stvarno znači da zakonodavac kao donosilac opštih akata i redovni sudovi koji u svojim postupcima donose odluke su u obavezi da poštuju prava koja se garantuju i jemče Ustavom.

Ustavni sud Republike Srbije je po svom ustavnom položaju samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode. Donošenjem svojih odluka one su konačne, izvršne i opšte obavezujuće, što znači da ih svi državni organi i nosioci javnih ovlašćenja moraju poštovati (član 166. Ustava Republike Srbije).

Položaj i nadležnost Ustavnog suda uređuje sam Ustav, pa iz toga proizilazi da Ustavni sud ne pripada ni jednoj grani vlasti (sudskoj, zakonodavnoj, izvršnoj). Poseban položaj Ustavnog suda temelji se ne samo na odredbama Ustava, već i na osnovu Zakona o Ustavnom sudu.

O ustavnim konceptima modernih država Ustavni sudovi su shvaćeni kao politička ravnoteža između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti kao neophodan institucionalni nadzor nad njihovim delovanjem s aspekta njene ustavnosti. Iz svega navedenog moj zaključak je da Ustavni sud praktično predstavlja jedno posebno državno telo *sui generis*.

U pravnim porecima demokratskih država prihvaćen je model ustavne kontrole od strane specijalizovanog Ustavnog suda. Izuzetna ustavnopravna i politička važnost koju Ustavni sud ima u tom modelu podrazumeva donošenje normi odgovarajuće pravne snage koje garantuju njegovu samostalnost i nezavisnost u odnosu na svaku drugu državnu vlast. Samo ustavno određenje položaja i funkcionisanje kao samostalnog i nezavisnog državnog organa sa razlogom se može postaviti i pitanje, koje postavljaju protivnici takvog položaja, da li se Ustavni sud može izdvojiti iz tripartitnog odnosa vlasti.<sup>2</sup>

Suština delovanja sudske grane vlasti je u zameni argumenta snage snagom argumenata, a poštovanje njenih odluka obavezujuće prirode zavisi od poštovanja načela podele vlasti, demokratske tradicije i pravne kulture. Teorija ustavnog prava je stanovišta nesporno da su odluke ustavnih sudova konačne i pravnoobavezujuće. Kada se ovo kaže misli se pre svega na odnos supremacije Ustavnog suda koja po svojoj suštini i sadržini nije svrha, radi se o spornom pravnom pitanju obezbeđivanja prevlasti ustavnih načela, vrednosti i ljudskih prava koja se garantuju i jemče ustavom.<sup>3</sup>

#### *Vladavina prava i odnos između Ustavnog suda i sudske vlasti*

Na ovom mestu je neophodno izvršiti “funkcionalno razgraničenje”<sup>4</sup> između Ustavnog suda i sudske vlasti, odnosno Vrhovnog kasacionog suda kao najvišeg suda u Republici Srbiji. Ova norma je ustavnog karaktera, jer je položaj Vrhovnog suda određen Ustavom (član 143. stav 4.). Ustavotvorac je sudsku vlast,

---

<sup>2</sup> Dr Teodor Antić, *Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske*, 2015. godina.

<sup>3</sup> Dr Boštjan Zupančič, “Međunarodna sudska ocena i internacionalizacija ustavnog prava” (Pravna praksa, br. 1/2005) Sarah Wright, „Central and Eastern Europe Constitutional courts and the Anti-majoritarisan Objection to Judicial Review”, *Law and Policy in international business*, 1. jun 1995.

<sup>4</sup> L. Garlicki, *Ustavni sudovi protiv Vrhovnih sudova*, u A. Bačić i P. Bačić, *Ustavna demokracija i sudovi*, Split, 2009. godina, str. 362.

sudove odredio kao samostalne i nezavisne u svom radu i oni sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora (član 142. stav. 2. Ustava). Ovo je neophodno istaći jer očigledno Ustavni sud ne predstavlja sudsku vlast onako kako je ustavotvorac opredelio, već Ustavni sud ima svoj poseban položaj i on je određen posebnom ustavnom normom kao samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode (član 166. stav 1. Ustava).

Ovaj odnos između ustavnog sudstva i sudske vlasti u radu redovnih sudova je posebno izražen u postupcima po ustavnim žalbama, kojima se osporavaju odluke redovnih sudova, uključujući i Vrhovni kasacioni sud.

Moderna ustavna država kao jedan od važnijih temelja konstitucionalizma, određuje Ustavom zajemčena i zaštićena ljudska prava i osnovne slobode. Zaštita povređenih ljudskih prava i osnovnih sloboda otvorila je novu stranicu ustavnog sudovanja, a samim tim postavila i pitanje odnosa između Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda, odnosno sudske vlasti u celini. Sama zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda koje su utvrđene i zajemčene Ustavom sasvim razumljivo dovodi do ustavnosudskog spora koji se odnosi na pojedinačne slučajeve, odluke redovnih sudova koje su u nadležnosti sudske grane vlasti. Na ovom mestu očigledno se postavlja suštinsko pravno pitanje da li je Ustavni sud kako to neki ističu nadsud, četvrti stepen sudovanja i posebna vlast u odnosu na sudsku vlast.<sup>5</sup>

Imajući u vidu ustavni položaj Ustavnog suda kao ustavnu kategoriju, bespotrebno i pravno neargumentovano je tvrditi da je Ustavni sud međuvlast ili nekakva kvazi vlast u ustavnopravnom sistemu. Na ovom mestu želim da primetim i da ukažem na stav Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) koji je izrazio svoje stanovište u smislu nadležnosti ustavnih sudova da "to ne može značiti ništa drugo nego da je Ustavni sud državna vlast (State Authority)". Postojanje odvojenih glava u Ustavu za redovne sudove i Ustavni sud ne može značiti ništa drugo, nego da Ustavni sud nije sud. Suprotno tome, postojanje posebne glave služi tome da se naglasi njegov poseban status u odnosu prema svim državnim institucijama koje vrše državnu vlast, naglašavajući specifičnu svrhu i nadležnost Ustavnog suda. Zaključno, sudska nezavisnost je takođe element ustavnih sudova. Na osnovu izloženog, nije u skladu s položajem Ustavnog suda

<sup>5</sup> Dr Mato Arlović, *Međuodnos Ustavnog suda Republike Hrvatske i sudbene vlasti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 52/2015, str. 389.

da se on smatra bilo čim drugim, osim suda nad kojim se primenjuje sudska nezavisnost.<sup>6</sup>

Vrhovni kasacioni sud je postavio sporno pitanje super nadzora sudskih odluka od strane Ustavnog suda u odnosu na ustavne žalbe, gde Ustavni sud ocenjuje ustavnost odluka redovnih sudova uključujući o odluke Vrhovnog kasacionog suda kao najviše sudske instance koje je takođe ustavna kategorija. Pored ovoga, pojedina razmišljanja su stanovišta da se redovni sudovi ne moraju obavezivati pravnim shvatanjima Ustavnog suda u odlukama kojima se poništavaju odluke redovnih sudova. Ovde bih istakao da redovni sudovi nisu vezani pravnim shvatanjem Ustavnog suda, već upravo Ustavom Republike Srbije kojim se određuje da se sudske odluke zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona (član 145. stav 1. Ustava). Sudske odluke su obavezne za sve i ne mogu biti predmet vansudske kontrole (član 145. stav 3. Ustava). Sudske odluke može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku.

U postupcima po ustavnim žalbama Ustavni sud utvrđuje povredu ustavnih prava i sloboda koje se garantuju i jemče Ustavom. To je osnovni zadatak Ustavnog suda. Ustavni nalog nadležnosti Ustavnog suda ne dopušta da redovni sudovi, uključujući i Vrhovni kasacioni sud ne mogu doći u poziciju da ne poštuju pravna shvatanja Ustavnog suda. To bi bilo suprotno članu 166. stav 1. i 2. Ustava, koji pored položaja Ustavnog suda, određuje drugi vrlo bitan elemenat, a to je da su odluke Ustavnog suda konačne, izvršne i opšteobavezujuće. Iz ovih razloga bilo bi suprotno slovu Ustava odlučivanje u postupcima ustavnih žalbi, mogućnost da se odluke redovnih sudova isključe iz ustavnosudske nadležnosti, što bi bilo suprotno načelu vladavine prava koje je osnovna pretpostavka Ustava i koja počiva na neotuđivim ljudskim pravima (član 3. stav 1. Ustava).

U državi vladavine prava i pravne sigurnosti sudska vlast utvrđuje šta je to pravo, a ustavno sudstvo i judikatura daje odgovor na suštinsko pitanje šta po pravu treba biti. Na ovom nivou ustavno sudovanje ne odstupa od vladavine prava i pravne sigurnosti, niti ugrožava njihove temeljne vrednosti. U državi vladavine prava sudovi sude na osnovu zakona i njega neposredno primenjuju, što predstavlja garanciju jednakosti pred zakonom i jedinstvenu primenu zakona.

---

<sup>6</sup> *Mišljenje Evropske komisije za demokratiju putem prava* (Venecijanska komisija), br. 598/2010 od 20. oktobra 2010. godine.



Posle navedenog, na ovom mestu želeo bih da se pridružim stanovištu da rešavanje predmeta i rasprava iz ustavnopravne dimenzije treba da predstavlja monopol koji pripada Ustavnom sudu, a na drugoj strani rešavanje predmeta i rasprava u kojima se primenjuju opšti zakoni, procesni materijalni, treba da pripadaju isključivo nadležnosti redovnih sudova i naročito Vrhovnom kasacionom sudu.

### *Judikatura Ustavnog suda*

Ustavni sud je u više svojih odluka izneo stav da načelo vladavine prava ne postavlja samo zahtev za povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu, već postavlja pred zakonodavnu vlast zahteve koji se tiču kvaliteta zakona koji zakonodavac donosi. Prema stanovištu suda, da bi se jedan opšti akt smatrao zakonom ne samo u formalnom, nego i u sadržinskom smislu, taj zakon mora biti u dovoljnoj meri precizan, jasan i predvidiv, tako da pojedinac može svoje ponašanje uskladiti sa njim bez straha da će zbog nejasnih i nepreciznih normi biti uskraćen u uskraćivanju zajamčenih prava, ili da će zbog toga snositi određene posledice. Zahtev za određenošću i preciznošću pravne norme nije ispunjen ako građani kao savesne osobe nagađaju o njenom smislu i sadržaju (videti, pored ostalih, odluke Ustavnog suda IUz-107/2011 od 24. novembra 2011. godine, IUz-51/2012 od 23. maja 2013. godine, IUz-299/2011 od 17. januara 2013. godine).

Ustavni sud je ovaj svoj stav izneo i u svojoj odluci IUz-252/2002 od 26. decembra 2013. godine, kojom je utvrdio da su odredbe čl. 13, 14. i 15. Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji nisu u saglasnosti sa Ustavom.

Prema stavu Ustavnog suda, odredbom člana 41. stav 2. Ustava zajamčena je tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja, koja se ne odnose samo na pisanu, već i izgovorenu reč, dakle odnose se na i na telefonske razgovore i pisma poslata elektronskim putem (elektronske komunikacije). Pojam "sredstava komuniciranja" obuhvata ne samo neposredan sadržaj komunikacija, već i podatke o tome ko je i sa kim ostvario komunikaciju, ili je to pokušao da učini, u koje vreme, koliko dugo je određeni razgovor trajao, koliko učestalo (frekventno) je komunikacija kroz prepisku, razgovore ili upućene poruke ostvarivanja u određenom vremenskom periodu i sa kojih lokacija je vršena.

Pravo na tajnost pisama i drugih sredstava opštenja nije apsolutno, jer su samim Ustavom utvrđena odstupanja od ovog prava, saglasna članu 20. stav 1. Ustava, kojim je utvrđeno da ljudska i manjinska prava zajamčena Ustavom mogu

zakonom biti ograničena, ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajamčenog prava. Tako je odredbom člana 41. stav 2. Ustava utvrđeno da su odstupanja od nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja dozvoljena samo pod određenim uslovima, i to: na određeno vreme, na osnovu odluke suda i u svrhe koje su takođe utvrđene ovom odredbom Ustava, a odnose se na neophodnost vođenja krivičnog postupka ili zaštitu bezbednosti Republike Srbije, na način koji može biti uređen samo zakonom.

Ustavni sud je konstatovao da su osporenim odredbama člana 13. do 15. Zakona propisana odstupanja od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, te način i postupak ograničenja ovog ustavnog prava. Ustavni sud smatra da je zakonodavac bio ovlašćen, da u skladu sa odredbama člana 41. stav 2. i člana 97. tačka 2, 4. i 16. Ustava uredi ova pitanja, te da, nakon prestanka Savezne Republike Jugoslavije i prestanka važenja Ustava Savezne Republike Jugoslavije od 1992. godine, više nije sporno pitanje da li je osporene odredbe zakona doneo nenadležni organ, zbog čega je Savezni ustavni sud doneo rešenje o pokretanju postupka o oceni ustavnosti.

S obzirom na to da je Republika Srbija potpisnica Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija), Ustavni sud je saglasno odredbi člana 18. stav 3. Ustava, imao u vidu da je Evropski sud za ljudska prava tumačio pravo na privatnost prepiske, garantovano članu 8. Evropske konvencije na način kako je to učinio Ustavni sud u ovoj odluci.

Evropski sud za ljudska prava je u pojedinim svojim presudama (npr. *Klass i drugi protiv Nemačke*) od 6. septembra 1978. godine, “Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva” od 2. avgusta 1984. godine i “Copland protiv Ujedinjenog Kraljevstva” od 3. aprila 2007. godine) izrazio sledeće stavove: “presretanje telefonskih komunikacija, kome pribegne neki organ javne vlasti, predstavlja oblik mešanja u pravo na poštovanje nečije prepiske. Zapravo, zakoni koji dopuštaju javnim vlastima da tajno presreću komunikacije mogu, već samom činjenicom svog postojanja biti tretirani kao pretnja i mogu se smatrati mešanjem u pravo na poštovanje prepiske i privatnosti. Jedno od osnovnih načela u demokratskom društvu je načelo vladavine prava, koje se izričito pominje u Preambuli Evropske konvencije. Vladavina prava, između ostalog podrazumeva i da mešanje u prava pojedinca od strane izvršne vlasti mora biti podložno efikasnoj kontroli koju po

pravilu treba da vrši sudstvo, bar u krajnjoj instanci, zbog toga što sudska kontrola pruža najbolje garancije nezavisnosti, nepristranosti i pravilnog postupka.

Opasnost od proizvoljnosti je očigledna posebno tamo gde se izvršenja izvršnih vlasti ostvaruju u tajnosti. Zakon mora biti dovoljno jasan, da bi dao građanima odgovarajuće indikacije u pogledu okolnosti u kojima, i uslov pod kojima, javne vlasti imaju pravo da pribegnu ovom tajnom i potencijalnom opasnom mešanju u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske.”

Ustavni sud je zaključio da je osporenim članom 13. Zakona propisano odstupanje od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja iz razloga bezbednosti Republike Srbije, koji predstavlja Ustavom dopušteni razlog ograničenja navedenog ustavnog prava. I pored toga što je ovo ograničenje uslovljeno prethodno odlukom suda, Ustavni sud je ocenio da u preostalom delu osporena odredba člana 13. Zakona nije formulisana dovoljno jasno i precizno. Formulacije da se “određene mere” mogu preduzeti prema “određenim fizičkim i pravnim licima” suviše su opšte da bi zadovoljile uslov predvidivosti, jer se ni približno ne može odrediti kojim kategorijama lica može biti ograničeno pravo na tajnost pisama i drugih sredstava opštenja zajamčeno članom 42. stav 1. Ustava, niti o kojim merama ograničenja je reč. U konkretnom slučaju, krug lica i mere kojima se ograničava jedno Ustavom zajamčeno pravo u osporenom članu 13. Zakona, nisu određeni, kao ni određivi, a ponajmanje precizni. Ustavni sud je ocenio da osporeni član 13. Zakona nije u saglasnosti sa Ustavom, jer ne ispunjava zahteve koji proizilaze iz izraza “na način predviđen zakonom”.

U odnosu na odredbe člana 14. Zakona, Sud je ocenio da same po sebi, nisu nesaglasne sa Ustavom. Međutim, u članu 14. Zakona su bliže uređeni postupak za određivanje mere i vreme trajanja mera propisanim članom 13. Zakona. Na ovaj način su osporene odredbe člana 13. i 14. Zakona u međusobnoj logičkoj i pravnoj vezi. Kako je Ustavni sud prethodno utvrdio da odredbe člana 13. Zakona nisu u saglasnosti sa Ustavom, na isti način je odredio i odredbe člana 14.

Osporenim odredbom člana 15. stav 1. Zakona propisano je da odstupanje od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, kada razlozi hitnosti to zahtevaju, a posebno u slučajevima unutrašnjeg i međunarodnog terorizma, može naložiti direktor Agencije, uz prethodno pribavljenu pismenu saglasnost za početak privremene mere predsednika Vrhovnog kasacionog suda, odnosno ovlašćenog sudije. Navedenom odredbom Zakona je uređen poseban slučaj odstupanja od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, pravdan razlozima hitnosti, kada se mera ne nalaže na osnovu odluke

suda, već na osnovu rešenja direktora Agencije, uz prethodno pribavljenu pismenu saglasnost suda za početak primene odgovarajuće mere.

U ovom predmetu pred Sudom se postavila dva sporna pitanja koja su od značaja za ustavnopravnu ocenu osporenog člana 15. Zakona. Prvo da li pod izrazom "na osnovu odluke Suda" iz člana 41. stav 2. Ustava se podrazumeva samo sudska odluka u pisanom obliku, kao drugo, da li odstupanje propisano navedenom zakonskom odredbom srazmerno cilju zbog koga je ustanovljeno.

Sud je zaključio da odsustvo hitnog postupanja u takvim slučajevima i odlaganje privremene mere za 72 časa, do donošenja pismeno obrazložene odluke suda, moglo bi da ima nesagledive posledice za bezbednost zemlje i njenih građana. Ustavni sud je ocenio da je zadovoljen zahtev srazmernosti između propisano zakonskog ograničenja prava i cilja zbog koga je to ovlašćenje ustanovljeno. Sud je imao u vidu da se radi o kratkotrajnom odstupanju koje se odnosi samo na početak privremene mere nadzora, i to uz pribavljenu pismenu saglasnost suda, a da dalje trajanje mera mora biti opravdano pismenom obrazloženom odlukom. Ustavni sud je utvrdio da osporene odredbe člana 15. Zakona propisuju ograničene prava na tajnost pisama i drugih sredstava opštenja koje nije dopušteno u smislu člana 20. stav 1. Ustava.

Ustavni sud je ocenio da su osporene odredbe Zakona nesaglasne sa Ustavom jer je sud zaključio da su one u svojoj sveukupnosti u pravnoj i u logičkoj vezi.

Odlukom IUz-427/2013 od 12. juna 2014. godine, sud je utvrdio da druga rečenica člana 50. stav 4. Zakona o sudijama koja glasi: "Visoki savet sudstva dužan je da prilikom predlaganja kandidata za izbor sudije Prekršajnog ili Osnovnog suda predloži kandidata koji je izvršio početnu obuku u Pravosudnoj akademiji u skladu sa posebnim zakonom", nije u saglasnosti sa Ustavom.

Odredbama člana 50. Zakona o sudijama uređena su pitanja koja se odnose na predlaganje sudija koji se prvi put biraju na sudijsku funkciju, a osporenim stavom 4. ovog člana Zakona, propisano je da Visoki savet sudstva predlaže Narodnoj skupštini jednog kandidata za izbor na jedno sudijsko mesto (prva rečenica), kao i da je Visoki savet sudstva dužan da prilikom predlaganja kandidata za izbor sudije Prekršajnog ili Osnovnog suda, predloži kandidata koji je izvršio početnu obuku u Pravosudnoj akademiji u skladu sa posebnim zakonom (druga rečenica).

U odnosu na sporna ustavnopravna pitanja koja su postavljena u ovom ustavnosudskom predmetu, Ustavni sud je zaključio da se propisivanjem obaveznog naloga Savetu da, prilikom predlaganja kandidata za izbor sudija Prekršajnog ili Osnovnog suda mora predložiti kandidat koji je završio početnu obuku na Pravosudnoj akademiji, dovodi u pitanje Ustavom utvrđen položaj Visokog saveta sudstva i njegova Ustavom i zakona utvrđena nadležnost da, kao nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje samostalnost sudova i sudija (član 153. stav 1. Ustava), predlaže Narodnoj skupštini kandidate za izbor sudije (član 154. Ustav i član 51. stav 1. Zakona o sudijama).

Iz osporene zakonske odredbe sledi da je zakonodavac koji je završio početnu obuku na Pravosudnoj akademiji dao *izričitu prednost* prilikom prvog izbora u odnosu na sve druge kandidate koji ispunjavaju zakonom propisane uslove za izbor, ali nisu izvršili početnu obuku na Pravosudnoj akademiji, to je Ustavni sud ocenio da se delom osporene odredbe člana 50. stav 4. Zakona krši načelo jednakosti građana koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji iz člana 21. Ustava i povređuje Ustavom zajamčeno pravo na stupanje na javne funkcije pod jednakim uslovima iz člana 53. Ustava. Na ovom mestu Ustavni sud je istakao da je načelo zabrane diskriminacije po bilo kom osnovu izričito propisano odredbom člana 46. stav 1. Zakona o sudijama, i to upravo prilikom izbora sudija i predlaganja kandidata za izbor sudija.

### *Nepriistrasan sud*

Član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLP) koji je sadržinski istovetan članu 32. Ustava Republike Srbije garantuje pravo na pravično suđenje čiji je temelj primena vladavine prava koja suštinski opredeljuje da svako pravo pojedinca mora da uživa zaštitu zakona i da u tom cilju postupak ne sme da bude rešen proizvoljno i arbitrarno na štetu pojedinca. Značaj načela vladavine prava se određuje kao kamen temeljac demokratskog društva.<sup>7</sup>

U skladu sa praksom suda zahtev za nepristrasnošću oglada se u subjektivnom i objektivnom smislu. Nepriistranost se pretpostavlja dok se ne dokaže suprotno, što u subjektivnom smislu znači da sudija ne sme da favorizuje određenu stranku, odsustvo predrasude i svaka činjenica i okolnost koja može uticati na ličnu neutralnost sudije. Test objektivne nepristrasnosti se pre svega odnosi na po-

<sup>7</sup> ECHR, Golder, Presuda iz 1975. godine, ECHR, Horzby, presuda iz 1997. godine

stojanje spoljnih okolnosti, koje bez obzira na ponašanje sudije, mogu dovesti u sumnju njegovu nepristrasnost. Objektivna nepristrasnost je vrlo značajna u krivičnom postupku. Ovaj značaj se pre svega odnosi na okolnosti da li je sudija učestvovao u različitim fazama postupka, kao istražnom, kao sudija koji donosi odluku ili kao sudija koji odlučuje o postupku po žalbi.<sup>8</sup>

Nepristrasnost uobičajeno podrazumeva izostanak predrasude ili pristrasnosti, a njeno se postojanje, odnosno nepostojanje može proveriti na različite načine. Prema stalnoj sudskoj praksi Suda, postojanje nepristrasnosti u smislu člana 6. stav 1. mora biti utvrđeno prema subjektivnom tekstu, pri čemu se mora uzeti u obzir lično uverenje i ponašanje konkretnog sudije, to znači, da je sudija imao neke lične predrasude ili pristrasnosti u tom predmetu, a prema objektivnom testu, treba utvrditi da li je sam sud kao telo i njegov sastav nudio dovoljno jemstva kako bi se isključila legitimna sumnja njegove nepristrasnosti (ECHR, *Fey v. Austria* od 24. februara 1993. godine; serija A, broj 255, strana 12, stav 27; 28. i 30.; ECHR, *Wettstein v. Swtzerlad*, broj 33958/96, stav 42).

U svetlu subjektivnog testa u sudskoj praksi Suda uspostavljeno je načelo da će se sud smatrati slobodnim od ličnih predrasuda i pristrasnosti (ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, br. 73797/01, stav 119). Sud je zauzeo stanovište da se lična nepristrasnost sudije mora pretpostaviti dok se ne dokaže suprotno (videti: *Wettstein*, već naveden stav 43.). Pored ovoga, Sud je takođe, zauzeo stanovište i postavio uslov da se utvrdi da li je sudija iskazao neprijateljstvo ili zlonamernost iz ličnih razloga (videti: *De Cubber v. Belgium*, 26. oktobar 1964, serija A, broj 86, stav 25.).

U svojoj dosadašnjoj praksi kada se postavi pitanje nepristrasnosti sud se najviše bavio pitanjem objektivnog teksta. Na ovom mestu bih istakao da ne postoji čvrsta podela između subjektivne i objektivne nepristrasnosti, a ovo iz razloga da ponašanje sudije može predstavljati objektivnu bojazan nepristrasnosti koje pripada spoljnom posmatraču (objektivni test), ali se istovremeno može postaviti i pitanje njegovog ili njihovog ličnog uverenja (subjektivni test) (videti: *Kyprianou*, stav 119.).

U odnosu na objektivni test, potrebno je utvrditi da li postoje odvojeno od ponašanja sudije, proverljive činjenice koje mogu izazvati sumnju njegove nepristrasnosti. To znači da je pri odlučivanju u nekom predmetu postojao legitiman razlog za bojazan da neki sudija pojedinac ili neko sudsko telo sastavljeno od su-

---

<sup>8</sup> ECHR, Piersak, Presuda od 1. oktobra 1982. godine. Series A, No. 53, br. 30.

dija nije nepristrasno, da je stav pojedinog sudije važan, ali ne i odlučan. Ono što je bitno jeste da to može biti objektivno opravdano.<sup>9</sup>

### *Praksa Ustavnog suda*

U postupku po ustavnoj žalbi u predmetu UŽ-4461/2010 od 12. decembra 2013. godine, Ustavni sud je odlučivao o povredi prava na pravično suđenje koji se vodio pred redovnim sudovima zbog krivičnog dela ratnog zločina. U ovom ustavnosudskom postupku podnosilac ustavne žalbe navodi da je povreda prava na pravično suđenje i nepristrasan sud učinjena na taj način da je u donošenju osporene drugostepene presude Apelacionog suda u Beogradu, kao predsednik Veća, učestvovao sudija S. P. Koji je po zakonu morao biti izuzet, jer je aktivno učestvovao u više navrata u donošenju odluka prvostepenog suda koje su direktno uticale na prvostepenu presudu, i to u donošenju rešenja o produženju pritvora protiv podnosioca i donošenju rešenja o dodeli statusa svedoka saradnika okrivljenog S. P. Na čijem iskazu je po mišljenju podnosioca zasnovana osuđujuća presuda protiv njega.

Ocenjujući osnovanost tvrdnje Ustavni sud je konstatovao da je odredbom člana 32. Stav 1. Ustava, pored ostalog, okrivljenom u krivičnom postupku garantovano i pravo i na nepristrasan sud, odnosno pravo da nepristrasan sud odluči o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužba protiv okrivljenog. Ova ustavna garancija je određena odredbama člana 40. ZKP-a, kao poseban institut krivičnog procesnog prava – izuzeće sudije.

Ustavni sud je zaključio da je ratio legis instituta izuzeća sudije da obezbedi da sudija, koji je inače apstraktno sposoban da vrši sudijsku funkciju u bilo kom krivičnom postupku, ne učestvuje u postupku povodom određene krivične stvari, zbog postojanja određenog razloga koji dovodi u sumnju njegovu nepristrasnost. To može da bude određeni lični interes sudije u samoj stvari, postojanje određenog odnosa sa strankama i drugim učesnicima krivičnog postupka ili vršenje u istom krivičnom postupku sudijskih ili nesudijskih funkcija. Navedeni razlozi za izuzeće bili su predviđeni u članu 40. tačka 1. do 5. ZKP-a, a njihovo postojanje je imalo za posledicu obavezno izuzeće sudija. Na drugoj strani, odredbom člana 40. člana 6. ZKP-a, bilo je propisano da sudija ili sudija porotnik ne može vršiti sudijsku dužnost ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepri-

<sup>9</sup> ECHR, *Micallef v. Malta*, presuda 15. oktobar 2009. godine, broj 17056/06, stav 93; 95, i 96.



strasnost. U ovom slučaju je razlog za izuzeće određen na uopšten način i njegovo postojanje nije samo po sebi dovoljno da dovede do izuzeća sudija. Neophodno je uz to, da sud koji odlučuje o tome oceni da li istaknuti razlozi imaju takav značaj da opravdavaju izuzeće sudije u konkretnom slučaju.

Ceneći sveukupnost činjenica i okolnosti, učešće sudije S. V. u donošenju odluka o dodeljivanju statusa svedoka saradnika i produženja pritvora dobija drugačije značenje ako se sagleda kroz činjenicu da je on, kao sudija Apelacionog suda, bio predsednik žalbenog veća i sudija izvestilac, koje je donelo osporenu presudu KŽ1.Po2-1/10 kojom je, u odnosu na podnosioca ustavne žalbe, prvostepenu presudu potvrdio.

Višestruke procesne uloge koje je sudija S. V. imao u prvostepenom postupku, bilo u svojstvu predsednika Okružnog suda u Beogradu kada je odlučivao o zahtevima za izuzeće postupajućih sudija, bilo kao član vanpretresnog člana koje je donelo odluku o dodeljivanju okrivljenom S. P. Statusa svedoka saradnika, kao i da je odlučivao o produženju pritvora optuženom, ne može se opravdati na način na koji je to učinio zamenik V. F. Predsednika Apelacionog suda u Beogradu, kojim je odbijen kao neosnovan zahtev branilaca optuženog za izuzeće. Nesporno je da sudija, u skladu sa svojom funkcijom i po samom zakonu, ima dužnost da u svakoj prilici održi poverenje u svoju nezavisnost i nepristrasnost, to se prema oceni Ustavnog suda o okolnostima konkretnom slučaju ne može smatrati dovoljnim da otkloni postojanje objektivne bojazni u nepristrasnost sudije S. V. Drugim rečima, Ustavni sud nalazi da višestruko procesno angažovanje sudije S. V. u prvostepenom postupku i odluke koje je tom prilikom donosio, predstavljaju okolnosti koje, svakodnevno kroz njegovo učešće u istom predmetu kao predsednika žalbenog veća i sudije izvestioca Apelacionog suda u Beogradu, izazivaju sumnju u pristrasnost u smislu člana 40. člana 6. ZKP-a.<sup>10</sup>

U odluci Ustavnog suda po ustavnoj žalbi UŽ-337/2012 od 11. decembra 2014. godine, postavljeno je sporno ustavnopravno pitanje koje se tiče prava na pravično suđenje i nepristrasan sud. U parničnom postupku koji je prethodio ustavnosudskom doneta je prvostepena delimična presuda u kojoj je učestvovao sudija L. S. kao predsednik Veća prvostepenog suda. Navedena delimična presuda je ukinuta rešenjem Višeg suda, nakon čega je predmet vraćen na ponovno suđenje. U ponovnom prvostepenom postupku, predsednik Veća koje je donelo osporeno presudu bila je sudija B. Ž. Dakle, sudija L. S. nije učestvovao u donošenju

---

<sup>10</sup> ECHR, *Perote Pellon v. Spain*, presuda 25. jul 2002. godine, stav 46. do 48.



prvostepene presude pobijane žalbom, ali je kao drugi član Veća žalbenog suda učestvovala u donošenju osporene presude Gž. 6597/11 od 24. novembra 2011. godine, kojom je potvrđena prvostepena presuda i koja se zasniva na identičnim razlozima kao i delimična prvostepena presuda.

Kako podnosioci ustavne žalbe nisu doveli u pitanje subjektivnu nepristrasnost sudije L. S, već su osporili sastav žalbenog veća Apelacionog suda iz razloga što je pomenuta sudija u istom predmetu učestvovala u donošenju delimične prvostepene presude, Ustavni sud je navode podnosioca ispitivao primenom objektivnog testa.

Ustavni sud je konstatovao da su odredbama člana 66. stav 1. Zakona o parničnom postupku bili propisani razlozi za isključenje sudija po sili zakona, dok je stavom 2. Bio predviđen razlog za izuzeće sudija koji je relativnog karaktera – postojanje okolnosti koje dovodi u sumnju nepristrasnost sudije, u kom slučaju se ocena postojanja razloga za izuzeće vrši prema objektivnim merilima. Cilj pomenutih zakonskih odredbama jeste otklanjanje sumnji u nepristrasnost suda, u vezi sa čim se izjasnio i ESLJP smatrajući da se radi o pitanju poverenja koje sudovi moraju uživati u javnosti u demokratskom društvu (videti presudu ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, od 28. oktobra 1998. godine, stav 45).

Po nalaženju Ustavnog suda, okolnost da se sudija L. S. prilikom donošenja delimične presude bavila pitanjima bitnim za rešenje konkretnog spora, njegovim meritumom, upućuje na zaključak da je imala formiran stav o osnovanosti tužbenog zahteva podnosioca i pre nego što je prvostepena presuda iz 2010. godine postala predmet ispitivanja Veća žalbenog suda čiji je član bila. Ustavni sud je stao na stanovište da činjenica u odnosu na sudiju koja je u istom predmetu učestvovala u donošenju jedne prvostepene presude, bez obzira što je ista ukinuta, a potom kao član Veća drugostepenog suda odlučivala o žalbi podnosioca izjavljene protiv prvostepene presude u čijem donošenju nije učestvovala (pri čemu su u oba slučaja odluke u čijem donošenju je ova sudija učestvovala bile nepovoljne za podnosioca), stvorilo situaciju da na strani podnosioca postoje objektivni razlozi za sumnju u nepristrasnost žalbenog suda u pogledu njegovog sastava, jer je pre donošenja drugostepene presude jedan član Veća tog suda imao jasan iskazan i time formiran stav o meritumu spora.

U vezi sa iznetim, Ustavni sud ukazuje da je u presudi ESLJP *Golubović proti Hrvatske*, od 27. novembra 2012. godine, okolnost da je jedan isti sudija u dva odvojena, ali činjenično i pravno povezana postupka, prvo učestvovao u donošenju prvostepene presude koja je bila ukinuta, a zatim u drugom postupku u do-

nošenju drugostepene presude, bila dovoljna da taj sud utvrdi povredu prava na pravično suđenje. ESLJP je ocenio da je bez uticaja okolnost da sudija nije učestvovao u donošenju odluke pobijane žalbe, budući da je već imao oblikovan stav o osnovanosti zahteva (videti stav 57. pomenute presude). Identično stanovište ESLJP je zauzeo i u presudi *Bajaldžijev protiv BJRM*, od 25. oktobra 2011. godine (videti stav 37.). Takođe, ESLJP je u presudi *Šorgić protiv Srbije*, od 3. novembra 2011. godine utvrdio povredu prava na nepristrasan sud jer je ocenio da nije zadovoljen objektivni test, jer su dve sudije učestvovalе u donošenju odluka u međusobno povezanim sporovima između istih stranaka, na način da su tim sporovi okončali nepovoljno po podnosioca (videti stav 69. i 70. pomenute presude).

Sa iznetih razloga, Ustavni sud je ocenio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na nepristrasan sud kao element prava na pravično suđenje, poništio istu odluku i naložio ponovno odlučivanje o žalbi podnosioca.

TOMISLAV STOJKOVIĆ, LL.M.,  
Judge, Constitutional court, Republic of Serbia

## THE RULE OF LAW AND THE CONSTITUTION

### Summary

The modern constitutional state and the state of the rule of law creates an obligation for everyone and anyone to act and fulfill their rights, obligations and responsibilities in accordance with the rule of law and the Constitution. The control over the realization of these fundamental legal principles, on which the constitutional state is based, rests primarily on the constitutional courts, which, according to the Constitution, have a monopoly in order to carry out the control of constitutionality and legality.

The new constitutional concepts of modern states have caused revolutionary changes in relations between the legal authority and the Constitutional Court. The modern constitutional state has given a new role to the Constitution, the legal order as a whole, which means, to the Constitutional Court and the legal authority. I personally think that this is a mutual benefit for strengthening the rule of law and the Constitution, and in particular for the effective protection of fundamental freedoms and human rights guaranteed by the Constitution. This further means the right and the obligation of the constitutional judiciary and the judicial authorities to act in a comparative and joint way, through cooperation within their constitutional powers.



DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ

## DJELOTVORNOST USTAVNE ŽALBE U USTAVNOPRAVNOM SISTEMU CRNE GORE

### U V O D

Ustavni sud Crne Gore u okviru svoje veoma obimne nadležnosti<sup>1</sup> odlučuje i o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda. Ta uloga Ustavnog suda ima donekle različite karakteristike u odnosu na njegova ovlašćenja u oblasti apstraktne normativne kontrole, u skladu sa specifičnostima ove funkcije. Ustav inače znatno modifikuje institut ustavne žalbe u skladu sa novim potrebama nacionalne prakse u zaštiti prava, ali i zahtjevima međunarodnih dokumenata.

Za dalji razvoj instituta ustavne žalbe do dostizanja nivoa djelotvornog pravnog sredstva koje bi bilo u funkciji izgradnje crnogorskog pravnog sistema, prije svega u skladu sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Savjeta Evrope<sup>2</sup> i praksom Evropskog suda za ljudska prava u Straz-

---

Dr Dragoljub Drašković, predsjednik Ustavnog suda Crne Gore.

<sup>1</sup> Član 149 stav 1 Ustava Crne Gore, "Službeni list Crne Gore", br. 1/2007.

<sup>2</sup> 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. Prema službenoj evidenciji Savjeta Evrope, Crna Gora je potpisala Konvenciju 03.04.2003. godine, ratifikovala je 03.03.2004. godine, a u odnosu na Crnu Goru Konvencija je stupila na snagu 06.06.2006. godine. U predmetu Bijelić protiv Crne Gore i Srbije (predstavka br. 11890/05, presuda 28.04.2009. godine) Evropski sud je utvrdio da se vremensko važenje Konvencije u odnosu na Crnu Goru raču-

buru, od posebnog značaja je i djelotvornost svih pravnih sredstava u pravnom sistemu Crne Gore. Prihvatanje Evropske konvencije i članstva u Savjetu Evrope je bilo veoma značajno za sve države nekadašnjeg socijalističkog bloka koje dobijaju novo mjesto u evropskoj porodici u nastojanju da se priključe Evropskoj uniji. Proces pristupanja Crne Gore Evropskoj uniji, posebno kroz poglavlje 23 (Pravosuđe i državna uprava), zahtijeva korjenite promjene u pravnom sistemu, a prvi korak u reformi je usklađivanje sistema zaštite ljudskih prava sa standardima utvrđenim Evropskom konvencijom, a time i prihvatanja evropskih standarda i principa koji nastaju kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava. To apostrofira nužnost i obavezu obezbjeđivanja dostupnog i efektivnog pravnog sredstva koje može da dovede do rešenja problema građanina i na taj način u potpunosti bude u funkciji efikasne zaštite ljudskih prava i sloboda.

Dosadašnja praksa Ustavnog suda Crne Gore pokazuje da su najčešći predmeti ustavne žalbe bili akti sudske vlasti. Od svih predmeta po ustavnim žalbama, koji inače u 2017. godini čine oko 90% od ukupnog broja primljenih ustavnosudskih predmeta, skoro 85% se odnosi na ustavne žalbe podnijete protiv sudskih odluka. Zato će se ovdje djelotvornost ustavne žalbe posmatrati prvenstveno imajući u vidu ustavnu žalbu protiv odluka sudova.

#### DJELOTVORNOST PRAVNIH SREDSTAVA I USTAVNE ŽALBE

Ustav Crne Gore, kao što je rečeno, uspostavlja mehanizam ustavne žalbe (*constitutional complaint*) koja postaje značajno pravno sredstvo zaštite prava i sloboda građana, kao osnovne ustavne vrijednosti na kojoj počiva ustavni poredak Crne Gore.<sup>3</sup> Zato “ovu nadležnost Ustavnog suda Crne Gore treba pozdraviti,

na od 03.03.2004. godine, tj. od dana ratifikacije Konvencije od strane bivše Državne zajednice Srbije i Crne Gore i stupanja na snagu za Državnu zajednicu Srbija i Crna Gora. To istovremeno znači da, za razliku od većine evropskih država, za Crnu Goru postoji obaveza poštovanja Konvencije i posebna odgovornost u pogledu usklađenosti pravnog poretka sa Konvencijom, a time i pravom Evropskog suda za ljudska prava, od 2004. godine, a ne od 11.05.2007. godine, kao dana pristupanja Crne Gore Savjetu Evrope.

<sup>3</sup> Institut ustavne žalbe u bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji svoje korijene ima u Ustavu SFRJ od 1963. godine i ustavima republika članica iz iste godine u vidu instituta koji je imao naziv “predlog za pokretanje postupka za zaštitu prava i sloboda”. Ustav SFRJ i ustavi republika članica od 1974. godine takvu nadležnost ustavnog suda ne poznaju. Zaštita ljudskih prava ponovo se uvodi Ustavom Savezne Republike Jugoslavije od 1992. godine pod današnjim imenom “ustavna žalba”, a i Ustav Crne Gore iz iste godine predviđa ovaj institut. U državnoj zajednici Srbija i Crna Gora postojao je institut “žalbe građana” utvrđen Ustavnom poveljom državne zajednice Sr-

jer može postati važan aspekt zaštite ljudskih prava i sloboda”<sup>4</sup> Istovremeno, mjesto i uloga potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora koji čine sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva<sup>5</sup>, zahtijeva aktivno sprovođenje principa utvrđenih tim ugovorima, prije svega Evropskom konvencijom, a time nužno i usklađenost odluka Ustavnog suda sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava. Zato je u odlukama u kojima je meritorno odlučivao o ustavnim žalbama, bez obzira da li usvajanjem ili odbijanjem istih, Ustavni sud koristio evropske pravne standarde i primjenjivao međunarodne akte, Evropsku konvenciju i pravne stavove Evropskog suda, prihvatajući tumačenja sadržaja i značenja pojedinih pravnih načela i instituta Konvencije koja je utvrdio Evropski sud.<sup>6</sup>

Ustav predviđa da Ustavni sud odlučuje “o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava.”<sup>7</sup> Ta ustavna odredba je veoma adekvatna i fleksibilna sa stanovišta stvaranja najšireg pravnog okvira za djelotvornu zaštitu ustavnih prava građana putem instituta ustavne žalbe.<sup>8</sup> Ustavna žalba je konstituisana kao sveobuhvatno pravno sredstvo u slučaju kada su ljudska prava i slobode povrijeđena aktom države, a ne nekog drugog subjekta. U dijelu koji glasi “nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava” ta odredba zahtjeva od Ustavnog suda da primjenjuje pravne stavove Evropskog suda o “iscrpljivanju djelotvornih pravnih sredstava” i utvrđuje ustavnu žalbu i njen dalji razvoj u pravnom sistemu Crne Gore u cjelini na principima Evropske konvencije sa kojima nastoji da se uporedo izgrađuje. Navedenom ustavnom odredbom je zamijenjen izraz “kada nije

---

bija i Crna Gora od 2003 godine. Taj institut u praksi, međutim, nije zaživio niti je vodio djelotvornosti ustavne žalbe. Može se reći da je sve do novog Ustava Crne Gore ustavna žalba u svim navedenim oblicima bila više dekorativni element u zaštiti prava i sloboda nego pravno sredstvo koje je zaista moglo da pruži efikasnu zaštitu.

<sup>4</sup> Anthony Bradley, *Odredbe o ljudskim pravima u Ustavu Crne Gore – ključna zapažanja Venecijanske komisije*, Podgorica, 2008.

<sup>5</sup> Član 9 Ustava Crne Gore.

<sup>6</sup> Vidjeti npr. Odluku Suda od 22. aprila 2014. u predmetu UŽ- III br. 225/14, kojom je usvojio ustavnu žalbu.

<sup>7</sup> Član 149 stav 1 tačka 3 Ustava Crne Gore.

<sup>8</sup> dr Jasna Omejec, *Analiza primjene i efikasnost ustavne žalbe u Crnoj Gori u smislu čl. 13 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća ( Savjeta) Europe - pravo na djelotvorno pravno sredstvo (međunarodna ekspertiza) - Projekat Organizacije za evropsku sigurnost i saradnju Misije u Crnoj Gori, Zagreb, lipanj 2011, strana 30.*

propisana druga sudska zaštita” iz člana 113 st. 4 Ustava Crne Gore iz 1992. godine koji nije obezbjeđivao stvarnu zaštitu prava i sloboda građana, a istovremeno je onemogućavao Ustavni sud da vrši ustavnosudsku kontrolu odluka redovnih sudova. Novi Ustav je, u cilju stvaranja daljih normativnih uslova za punu zaštitu prava građana, mogućnost podnošenja ustavne žalbe uslovio prethodnim iscrpljivanjem svih djelotvornih pravnih sredstava. U skladu sa stavom Evropskog suda da su države potpisnice Konvencije preuzele obavezu da svoje pravne sisteme izgrade na principima Konvencije, Crna Gora je dužna da obezbijedi usklađenost pravnih sredstava i ustavne žalbe sa zahtjevima utvrđenim članom 13 i članom 35 stav 1 Konvencije. Iscrpljivanje djelotvornih pravnih sredstava zato se odnosi kako na pravna sredstva u postupku kod redovnih sudova i državnih organa, kao uslovu za podnošenje ustavne žalbe Ustavnom sudu, tako i na ustavnu žalbu koja treba da postane djelotvorno domaće pravno sredstvo koje je potrebno iskoristiti prije obraćanja Evropskom sudu.

Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore<sup>9</sup>, identično kao i ustavnom odredbom, propisano je da se ustavna žalba može podnijeti nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava.<sup>10</sup> Ustavna i zakonska formulacija o “iscrpljivanju svih djelotvornih pravnih sredstava” nameće nekoliko pitanja od značaja za cijeli dalji mehanizam zaštite ustavnih prava i sloboda putem ustavne žalbe. Prvo pitanje je šta se podrazumijeva pod pravnim sredstvima u smislu te odredbe, odnosno da li su to samo pravna sredstva koja se koriste u redovnom postupku ili je uslov za podnošenje ustavne žalbe iscrpljivanje svih, redovnih i vanrednih, pravnih sredstava. Dilemu izaziva činjenica što kada su u pitanju vanredni pravni ljevkovi podnosilac ustavne žalbe objektivno može koristiti samo pravna sredstva koja su u njegovim rukama, npr. reviziju u parničnom i vanparničnom postupku, ali ne i ona koja mu nijesu na raspolaganju, npr. zahtjev za zaštitu zakonitosti u krivičnom postupku koji podnosi državni tužilac.

Međutim, iz formulacije ustavne i zakonske odredbe koja zahtijeva “iscrpljivanje svih pravnih sredstava”, dakle nezavisno od toga ko ih ulaže, podnosilac ustavne žalbe ili neki drugi subjekat, jasno proizilazi da se radi o svim pravnim

<sup>9</sup> “Službeni list Crne Gore”, br. 11/2015. Zakon je uslijedio kao rezultat druge faze izmjena do tada važećeg Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore (“Službeni list Crne Gore”, br. 64/2008, 46/2013 i 51/2013), nakon njegovog usklađivanja sa Ustavnim amandmanima iz 2013. (Amandmani I do XVI na Ustav Crne Gore, “Službeni list Crne Gore”, br. 38/2013.), u kojoj je bliže regulisano dejstvo odluka Ustavnog suda i postupak zaštite ljudskih prava i sloboda putem ustavne žalbe, a u skladu sa međunarodnim standardima.

<sup>10</sup> Član 68 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

sredstvima, redovnim i vanrednim. Naravno, kada je u pitanju pravno sredstvo kojim podnosilac ustavne žalbe ne raspolaže, njegova iscrpljenost se mora cijiniti u zavisnosti od toga da li je i kada zaista podnešeno od strane nadležnog organa i da li je o njemu odlučeno. U cilju omogućavanja potpunije zaštite prava i razloga cjelishodnosti, Ustavni sud može i zastati sa postupkom po podnijetoj ustavnoj žalbi do okončanja postupka po tom pravnom sredstvu.

Sledeće pitanje koje se nameće tiče se značaja i značenja pojma “iscrpljivane svih djelotvornih pravnih sredstava”. Ono što se prvo konstatuje kao pozitivno je postojanje djelotvornih pravnih sredstava u nacionalnom pravnom poretku kao jednog od osnovnih preduslova za stvarno uživanje ljudskih prava. Dalje, proizilazi i da se može govoriti o posebnom pravu na djelotvorno pravno sredstvo ili pravni lijek što je sa aspekta zaštite prava takođe veoma značajno. Tim slijedom, pitanje bi dalje bilo šta predstavlja pravo na “djelotvorno pravno sredstvo”, odnosno kakvo je značenje tog pojma. Teorijski nije teško reći da to pravo predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava koje svoju osnovu ima u opštoj obavezi države da poštuje ljudska prava utvrđena nacionalnim ustavom i međunarodnim ugovorima, ali i da obezbijedi nesmetano korišćenje tih prava. Ono samo, pak, predstavlja osnovu za poštovanje i zaštitu svih ostalih čovjekovih prava. Dilemu može predstavljati činjenica što bi se iz ustavne i zakonske formulacije na prvi pogled moglo zaključiti da se kao uslov za podnošenje ustavne žalbe ne podrazumijeva iscrpljivanje svih pravnih sredstava, već samo onih koja su djelotvorna.

Drugim riječima, to bi značilo da postoje djelotvorna i nedjelotvorna pravna sredstva i da ova druga ne moraju biti iskorišćena. Šta je onda to djelotvorno pravno sredstvo koje obezbjeđuje zaštitu prava prije Ustavnog suda? Ili, pak, ako nije riječ o jednom ili više određenih pravnih sredstava, kakvo je značenje pojma “djelotvorno pravno sredstvo”? Pod djelotvornim pravnim sredstvom moglo bi se podrazumijevati npr. pravno sredstvo koje omogućava organu koji o njemu odlučuje da sa punim kapacitetom donese meritornu odluku o zahtjevu koji je pred njim postavljen. Jedan odgovor dat je u istoj odredbi Zakona o ustavnom sudu, a to je da iscrpljivanje svih djelotvornih pravnih sredstava znači da je podnosilac žalbe u postupku iskoristio sva pravna sredstva na koja je imao pravo u skladu sa zakonom, uključujući i djelotvorna i vanredna pravna sredstva i druga posebna pravna sredstva koja mogu dovesti do izmjene pojedinačnog akta u korist podnosioca ustavne žalbe.... Ali takav odgovor dalje nameće pitanje može li se djelotvorno pravno sredstvo, ili bolje reći djelotvornost pravnog sredstva, objašnjavati time što je za djelotvornost potrebno da su iskorišćena sva pravna sredstva na



koja je podnosilac ustavne žalbe imao pravo? Ne radi li se ipak o različitim pojmovima i kategorijama, jer se svojstvo, odnosno kvalitet jednog pojma, konkretno ovdje pravnog sredstva, koji se izražava u njegovoj djelotvornosti, pokušava objasniti nečim što je opisna kategorija, kvantitativnog karaktera, kada se zahtijeva iskorišćenost većeg broja, odnosno svih pravnih sredstava na koja je podnosilac imao pravo. Tu dilemu, čini se, čak i pojačava navedena zakonska formulacija u dijelu “uključujući i djelotvorna i vanredna pravna sredstva”, jer pravi razliku između djelotvornih i vanrednih pravnih sredstava, što bi značilo da vanredna nisu djelotvorna.

Međutim, ako se ima u vidu odsustvo zakonske definicije djelotvornog pravnog sredstva koja bi bila značajna i pomogla u pravcu jačanja pravne sigurnosti, a takođe i značenja tog pojma koje bi bilo rezultat prakse, sa jedne strane, a sa druge strane savremena težnja da sva pravna sredstva budu djelotvorna, a posebno i jezičko tumačenje ustavne odredbe, onda se mora uzeti da se podrazumijeva iscrpljivanje svih pravnih sredstava i da se ustavna i zakonska odredba svodi na to. Prema zakonskoj odredbi, Ustavni sud nema ovlašćenje da tumači pojam djelotvornosti i da procjenjuje da li je u pitanju djelotvorno pravno sredstvo, već je obavezan da postupa kao da su sva pravna sredstva predviđena zakonom zaista djelotvorna i da odbaci ustavnu žalbu kao nedopuštenu ako utvrdi da određeno pravno sredstvo nije iskorišćeno. Takav zaključak proizilazi i iz odredbe člana 13 Evropske konvencije koja sadrži obavezu obezbjeđivanja djelotvornog pravnog sredstva za zaštitu prava i sloboda u nacionalnom zakonodavstvu i njegovog iscrpljivanja pred nacionalnim organima prije obraćanja Evropskom sudu, što se jednako odnosi kako na pravna sredstva u postupku pred državnim i sudskim organima tako i na ustavnu žalbu pred ustavnim sudom, o čemu će u ovom tekstu dalje biti riječi.

Treba reći i to da novi Zakon o ustavnom sudu predviđa mogućnost podnošenja ustavne žalbe i prije iscrpljivanja djelotvornih pravnih sredstava, ako podnosilac ustavne žalbe dokaže da pravno sredstvo na koje ima pravo u konkretnom predmetu nije ili ne bi bilo djelotvorno.<sup>11</sup> Radi se o krupnoj novini u pravcu efikasnije zaštite ustavnih prava i sloboda, čiji će značaj, međutim, u praksi nesumnjivo biti umanjen otežanim dokazivanjem ili, pak, što je još vjerovatnije, apsolutnom nemogućnošću dokazivanja činjenice da pravno sredstvo koje je podnosiocu ustavne žalbe stajalo na raspolaganju u konkretnom slučaju ne bi bilo djelotvor-

<sup>11</sup> Član 68 stav 3 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

no. Ovo posebno iz razloga što zakon ne govori ništa o načinu ostvarivanja te mogućnosti na koji bi se ona učinila realno upotrebljivom za podnosioca ustavne žalbe.

#### PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK I NA USTAVNU ŽALBU

Dalje se može analizirati normativna uređenost prava na djelotvorni pravni lijek u domaćem zakonodavstvu. Ustav Crne Gore garantuje svakome pravo na pravni lijek protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu i na zakonu zasnovanom interesu.<sup>12</sup> Radi se o pravu na žalbu ili prigovor, u smislu dvostepenosti postupka, prije konačnosti odluke ili rešenja kojim je odlučeno o pravu subjekta. To pravo ne uključuje i sudsku zaštitu, jer tek nakon iscrpljivanja prava na žalbu ili prigovor, a time i sticanja statusa konačnosti pojedinačnog pravnog akta koji uživa sudsku zaštitu, građanin stiče pravo obraćanja nadležnom sudu.<sup>13</sup>

Moglo bi se diskutovati, međutim, da li navedena Ustavom garantovana prava na pravni lijek u cjelini obezbjeđuju djelotvornu zaštitu ljudskih prava u smislu zahtijeva Evropske konvencije, a to je stvarna djelotvornost pravnih sredstava koja može da obezbijedi realno rešenje za nastali problem i da, u slučaju nepovoljnog ishoda za podnosioca, predstavlja čvrstu osnovu za dalju zaštitu prava pred Ustavnim sudom. Odredbe Konvencije na taj način nastoje da obavežu države da svima obezbijede mogućnost zaštite ljudskih prava kod domaćih organa i sudova prije nego što budu morali zaštitu prava da potraže na međunarodnom nivou. Konvencija zahtijeva da pravni lijek bude utvrđen tako da omogućava nadležnom domaćem organu da uđe u suštinu podnijete žalbe i da odredi odgovarajuće zadovoljenje za podnosioca.<sup>14</sup> Da bi bio djelotvoran, pravni lijek mora biti propisan zakonom, dostupan ne samo u teoriji već i u praksi<sup>15</sup>, njegovo korišćenje

---

<sup>12</sup> Član 20 Ustava Crne Gore.

<sup>13</sup> Član 148 stav 2 Ustava Crne Gore.

<sup>14</sup> Vidjeti npr. presude Evropskog suda u predmetima: M.S.S. protiv Belgije i Grčke, predstavka br. 30696/09, presuda 21. januar 2011., stav 288; Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br. 20605/92, presuda 25. jun 1997, stav 64.

<sup>15</sup> Vidjeti npr. presude Evropskog suda u predmetima: McFerlane protiv Irske, predstavka br. 31333/07, presuda 10. septembar 2010. godine, stav 114; Riccardi Pizzati protiv Italije, predstavka br. 62361/00, presuda 26. mart 2006. godine, stav 38; El-Masri protiv bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, predstavka br. 39630/09, presuda 13. decembar 2012. godine, stav 255; Kudla protiv Poljske, predstavka br. 30210/96, presuda 26. oktobar 2000, stav 152.

nesmetano od bilo kojeg subjekta, a ishod upotrebe u konkretnom slučaju navodnog kršenja prava obezbjeđivati zaštitu za podnosioca.

Dakle, pravni lijek mora biti dovoljan i dostupan, a postupak po njemu brz i djelotvoran. Dostupnost pravnog lijeka u pravnom poretku određena je nivoom izgrađenosti sistema vladavine prava. Da bi bio dovoljan, pak, potrebno je da se ne radi samo o proklamovanom lijeku, već da zaista može da obezbijedi efikasnu zaštitu prava. Pri procjeni djelotvornosti mora se imati u vidu ne samo formalno postojanje i dostupnost lijeka, već i opšti pravni i politički okvir u kojem se pravni lijek primjenjuje, kao i konkretne okolnosti na strani podnosioca.<sup>16</sup> Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Bulatović protiv Crne Gore*<sup>17</sup> proglasio prihvatljivim dio predstavke u vezi sa uslovima pritvora, nedostatkom medicinske njege u pritvoru i dužinom pritvora i utvrdio da je došlo do povrede člana 3 Konvencije koji zabranjuje mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje osoba u pritvoru. Obzirom da se ustavna žalba prema članu 48 Zakona o ustavnom sudu može izjaviti samo protiv pojedinačnog akta, a da nije bilo individualne odluke po pitanju navedenih prava podnosioca predstavke protiv koje bi ustavna žalba mogla biti podnijeta, Sud konstatuje da se žalba Ustavnom sudu ne može smatrati dostupnim pravnim lijekom u slučajevima kršenja navedenih prava.

Ustavni sud Crne Gore u svom radu uspješno primjenjuje kriterijum koji je na osnovu odredbi Konvencije utvrdio Evropski sud za djelotvornost pravnih sredstava propisanih nacionalnim zakonodavstvom koja moraju biti iskorišćena prije podnošenja ustavne žalbe. To potvrđuje analiza prakse Ustavnog suda u postupanju po ustavnim žalbama, kako odbacivanjem istih ili obustavom postupka, tako i meritornim odlučivanjem. Sud je veoma često odbacivao ustavne žalbe zbog nepostojanja formalno - procesnih pretpostavki za vođenje postupka, što potvrđuje broj odbačenih žalbi i obustavljenih postupaka u slučaju ako nije iskorišćen određeni pravni lijek, npr. zahtjev za zaštitu zakonitosti protiv pravosnažne presude suda u krivičnom postupku ili zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke protiv pravosnažne presude Upravnog suda, koji prema navedenoj odredbi Zakona o Ustavnom sudu moraju biti smatrani djelotvornim pravnim sredstvima. Procenat odbačenih žalbi i obustavljenih postupaka godišnje u prosjeku iznosi oko 25% od ukupnog broja riješenih ustavnih žalbi.

<sup>16</sup> Vidjeti npr. presude Evropskog suda u predmetima: *Đorđević protiv Hrvatske*, predstavka br. 41526/10, presuda 24. jul 2012. godine, stav 101; *Van Oosterwijck protiv Belgije*, predstavka br. 7654/76, presuda 06. novembar 1980, stavovi 36-40.

<sup>17</sup> Predstavka br. 67320/10, presuda 22. jul 2014.

Za bolje razumijevanje pojma “iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava” kao uslova za podnošenje ustavne žalbe, analogno se može poslužiti stavovima Evropskog suda o supsidijarnoj primjeni odredaba Konvencije pred tim Sudom, koja pretpostavlja prethodno iscrpljivanje svih pravnih sredstava propisanih nacionalnim sistemom zaštite ljudskih prava, uključujući i ustavnu žalbu, prije obraćanja Evropskom sudu. Riječ je o djelotvornom pravnom lijeku za zaštitu prava i sloboda na nacionalnom nivou u obliku prigovora ili žalbe za zaštitu prava koji je garantovan članom 13 Konvencije i koji je podoban da bude predmet postupka pred sudom ili drugim organom, čije je normativno utvrđivanje obaveza domaćeg zakonodavstva, pri čemu se ne zahtijeva nijedna određena forma lijeka.<sup>18</sup> Ako jedno pravno sredstvo samo za sebe nije dovoljno da zadovolji zahtjev za djelotvornošću iz člana 13 Konvencije, to može obezbjeđivati i više propisanih sredstava.<sup>19</sup>

Pri tome, djelotvornost pravnog sredstva nije uslovljena izvjesnošću povoljnog rezultata za njegovog podnosioca.<sup>20</sup> Za Sud je bitno da nacionalno zakonodavstvo propisuje postupak zaštite prava koji uključuje pravo na djelotvoran pravni lijek utvrđeno Konvencijom da bi se smatralo da su iscrpljena domaća pravna sredstva.<sup>21</sup> U tom duhu može se posmatrati i nužnost iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava i svojstvo supsidijarnosti ustavne žalbe u okviru nacionalnog ustavnopravnog sistema, budući da je predviđena kao poslednje, dopunsko i izuzetno pravno sredstvo u pravnom sistemu koje se može koristiti tek kada su iskorišćena sva druga propisana pravna sredstva, odnosno samo nakon iscrpljivanja svih redovnih i vanrednih pravnih lijekova koji podnosiocu stoje na raspolaganju. U svijetlu tih stavova Evropskog suda, nesporno je da član 149 stav 1 tačka 3 Ustava podrazumijeva djelotvorna pravna sredstva za ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom u obliku u kom su ona propisana domaćim zakonodavstvom. Cilj te ustavne odredbe je da od nacionalnog zakonodavstva zahtijeva pravno sredstvo koje u suštini predstavlja žalbu ili prigovor koji je podoban da bude predmet postupka u skladu sa procesnim zakonima i koji može da dovede

---

<sup>18</sup> Vidjeti presudu Evropskog suda u predmetu *Buday and Others protiv Rusije*, predstavka br.15339/02, presuda 20. mart 2008, stavovi 190-191.

<sup>19</sup> Vidjeti presude Evropskog suda u predmetima: *De Souza Riberio protiv Francuske*, predstavka br. 22689/0, presuda 13. decembar 2012, stav 79; *Kudla protiv Poljske*, op. cit., stav 157.

<sup>20</sup> Vidjeti presudu Evropskog suda u predmetu *Kudla protiv Poljske*, op. cit., stav 157.

<sup>21</sup> *Guide to good practice in respect of domestic remedies* (adopted by the Committee of Ministers on 18 September 2013) Council of Europe, 2013., page 58.

do zadovoljenja zahtjeva podnosioca, pri čemu djelotvornost pravnog sredstva ne zavisi od izvjesnosti povoljnog rezultata za podnosioca. Takođe, ako jedno pravno sredstvo samo za sebe ne zadovoljava u cjelosti zahtjeve te odredbe Ustava, djelotvornost može obezbijediti i širi skup za to predviđenih pravnih sredstava.

Ustavni sud ima nadzornu ulogu u odnosu na sudove i druge organe u izvršavanju obaveza utvrđenih Ustavom, ali poštovanje i zaštita ustavnih prava i sloboda građana je u nadležnosti upravo redovnih sudova i drugih državnih organa i zato su svi koji hoće da se obrate Ustavnom sudu putem ustavne žalbe obavezni prethodno iscrpiti pravna sredstva propisana domaćim zakonodavstvom. Zaštita prava ustanovljena članom 149 stav 1 tačka 3 Ustava supsidijarna je zaštiti pred redovnim, prije svega sudskim organima. Primarnu zaštitu prava moraju pružiti redovni sudovi, jer nema efikasne zaštite prava bez djelovanja redovnih sudova. U skladu sa tim stavovima Evropskog suda, u svakom predmetu pokrenutom ustavnim žalbom potrebno je utvrditi da li je stranka u postupku pred sudom ili drugim organom iscrpila sva pravna sredstva koja su propisana nacionalnim zakonodavstvom.

Ocjenu o tome da li je sama ustavna žalba djelotvoran nacionalni pravni lijek za zaštitu ljudskih prava koji podnosilac mora iskoristiti prije obraćanja Evropskom sudu, u smislu člana 13 i 35 stav 1 Konvencije, daje Evropski sud, koji ima mogućnost da procjenjuje praksu Ustavnog suda u Crnoj Gori u postupanju po ustavnim žalbama. Odgovor na pitanje da li se iz dosadašnje prakse Ustavnog suda može zaključiti da bi ustavna žalba mogla biti proglašena djelotvornim pravnim sredstvom od strane Evropskog suda može dati samo analiza presuda Evropskog suda u pojedinačnim slučajevima.

Najprije, treba imati u vidu da Evropski sud može, ali i ne mora, proglasiti ustavnu žalbu kao takvu, u cjelini, djelotvornim pravnim sredstvom. Iz dosadašnje prakse bi se molo zaključiti upravo obrnuto, a to je da Evropski sud nikada neće proglasiti ustavnu žalbu generalno nedjelotvornim domaćim pravnim sredstvom. Ustavna žalba bi mogla biti proglašena nedjelotvornim pravnim sredstvom samo po pojedinim pravima, kao što je npr. pravo na suđenje u razumnom roku, ili pak, proglašena djelotvornim pravnim sredstvom u cjelini za određeno pitanje, dok bi istovremeno u konkretnom slučaju u kojem nije dala rezultat u zaštiti prava mogla biti smatrana nedjelotvornom. Sud se nije izjašnjavao o djelotvornosti ustavne žalbe u Crnoj Gori u cjelini od 2010. godine kada ona nije bila djelotvoran pravni lijek. Nakon toga se izjašnjavao samo o ustavnoj žalbi na dužinu trajanja postupka i efikasnost suda i po tim pitanjima, kao što će se kasnije

vidjeti, ona nije predstavljala djelotvorni pravni lijek.<sup>22</sup> Sada je Evropski sud bližu stava da ustavna žalba po pitanju određivanja pritvora i dužine trajanja pritvora postaje djelotvoran pravni lijek, bez obzira što sud nema nadležnost da naloži oslobađanje lica iz pritvora.

Na Ustavnom sudu je, međutim, ponovo obaveza da uvjeri Evropski sud da je ustavna žalba dobila takvo svojstvo. Da bi predstavljala djelotvoran pravni lijek u smislu člana 13 Konvencije i kao takva bila priznata, ustavna žalba mora biti prihvatljiva za podnosioca i treba da mu pruži realnu mogućnost za rješavanje problema, a postupak po njoj rezultirati djelotvornom odlukom koja jasno definiše sporno pitanje.<sup>23</sup> Kao dodatna zaštita osnovnih prava, pored one koju pružaju redovni sudovi, ustavna žalba građaninu često predstavlja poslednju nadu za rešenje problema. Nije dovoljno da ta ovlašćenja Ustavnog suda postoje samo u teoriji, već moraju biti djelotvorna u praksi.<sup>24</sup>

Naravno da je za djelotvornost ustavne žalbe potrebna prije svega puna osposobljenost Ustavnog suda u stručnom i kadrovskom, ali i u organizacionom i materijalnom smislu. To je, međutim, krupna obaveza koja zahtjeva od svih organa Crne Gore, a ne samo od Ustavnog suda, prije svega od redovnih sudova i države u cjelini, da budu osposobljeni da primjenjuju Konvenciju u skladu sa praksom Evropskog suda. Jačanje pozicije Ustavnog suda vodi i jačanju djelotvornosti ustavne žalbe. Od ocjene djelotvornosti ustavne žalbe, pak, zavisi i položaj Crne Gore pred Evropskim sudom, ali posebno i zvanične ocjene relevantnih među-

---

<sup>22</sup> U predmetu Milić protiv Crne Gore i Srbije, predstavka br. 28359/05, presuda 11. decembar 2012, Evropski sud "je našao da se ustavna žalba ne može smatrati djelotvornim domaćim pravnim sredstvom u vezi sa dužinom postupka (vidjeti Mijušković protiv Crne Gore, predstavka br. 49337/07, presuda 21. septembar 2010. godine). Sud ne vidi nijedan razlog da utvrdi drugačije u konkretnom slučaju. Primjedba Vlade s tim u vezi mora se, prema tome, odbiti.... Sud zaključuje, iz tih razloga, da je došlo do povrede člana 13, a u vezi sa članom 6 stav 1 Konvencije, na račun nepostojanja djelotvornog pravnog sredstva prema domaćem pravu za pritužbu podnosioca predstavke u vezi sa dužinom neizvršenja u pitanju (vidjeti Stakić protiv Crne Gore, predstavka br. 49320/07, presuda 02. oktobar 2012. godine; takođe, Stevanović protiv Srbije, predstavka br. 26642/05, presuda 09. oktobar 2007. godine). Kao što je gore primjećeno, međutim, postojanje takvog pravnog sredstva mora biti dovoljno sigurno ne samo u teoriji već i u praksi, a ako to nije slučaj nedostajace potrebna dostupnost i djelotvornost".

<sup>23</sup> U već pomenutim predmetu Bulatović protiv Crne Gore, Evropski sud konstatuje da je podnosilac predstavke uložio ustavnu žalbu u smislu dužine pritvora, ali ta žalba još uvijek nije bila riješena ni tri godine nakon što je uložena, dok je pritvor u međuvremenu ukinut, zbog čega Sud smatra da naknadno ispitivanje njegove ustavne žalbe od strane Ustavnog suda Crne Gore ne može biti smatrano djelotvornim domaćim pravnim sredstvom.

<sup>24</sup> Guide to good practice in respect of domestic remedies, op. cit., page 48-49.

narodnih tijela o nivou zaštite ljudskih prava u Crnoj Gori. Proglašenje ustavne žalbe nedjelotvornim pravnim sredstvom po pojedinom pitanju praktično znači da stranke mogu zaštitu određenog svog prava tražiti direktno od Evropskog suda, bez obaveze da se prethodno obrate Ustavnom sudu na nacionalnom nivou. Činjenica da ni jedan predmet u kojem je Evropski sud utvrdio povredu prava garantovanih Konvencijom (pravo na slobodu izražavanja, pravo na poštovanje porodičnog života i pravo na mirno uživanje imovine) nije prethodno bio pred Ustavnim sudom Crne Gore, govori da Evropski sud još nije zauzeo stav o tome da li je ustavna žalba u Crnoj Gori djelotvorno domaće pravno sredstvo. To stvara prostor za dodatno unapređenje mehanizma zaštite ljudskih prava pred Ustavnim sudom, posebno na osnovu iskustava i prakse Evropskog suda.<sup>25</sup>

Presudom u predmetu “Siništaj i drugi” iz 2015. Evropski sud je utvrdio da se ustavna žalba u principu može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom počev od 20. marta 2015, odnosno od dana kada je novi Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, po kojem se ustavna žalba može podnijeti protiv pojedinačnog akta, ali i radnje ili nepostupanja državnog organa kojima je povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeni Ustavom, stupio na snagu. Sasvim je izvjesno da će ova presuda Evropskog suda biti od dalekosežnog značaja za dalju zaštitu prava u kojoj će ubuduće biti obavezno podnošenje ustavne žalbe Ustavnom sudu Crne Gore prije obraćanja Evropskom sudu.

#### DJELOTVORNOST USTAVNE ŽALBE U SLUČAJU POVREDE POJEDINIPIH PRAVA

U predmetu Živaljević protiv Crne Gore<sup>26</sup>, Evropski sud je utvrdio da je postojeće nacionalno pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku nedjelotvorno u praksi i da bi bilo nerazumno tražiti od podnosilaca predstave da pokušaju da ostvare svoja prava sa tim pravnim lijekom. Nakon perioda u kojem je ukazivao na ozbiljne nedostatke pravnog sistema Crne Gore u pogledu zaštite ovog prava i izričito konstatovao da u Crnoj Gori ne postoji djelotvoran pravni lijek za njegovo ostvarivanje, uslijedila je promjena tog pravnog stava

---

<sup>25</sup> dr Jasna Omejec, Analiza primjene i efikasnost ustavne žalbe u Crnoj Gori u smislu čl. 13 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća (Savjeta) Europe - pravo na djelotvorno pravno sredstvo (međunarodna ekspertiza) - op. cit., str. 24.

<sup>26</sup> Predstavka br. 17229/04, presuda 08. mart 2011.



Suda. Tako je predmetu *Vukelić protiv Crne Gore*<sup>27</sup> Sud utvrdio da smatra, s obzirom da se domaća sudska praksa u Crnoj Gori znatno razvila po pitanju zaštite prava na suđenje u razumnom roku, da se kontrolni zahtjev, kao pravno sredstvo za ubrzanje postupka, sada mora u načelu i kada god je na raspolaganju u skladu sa relevantnim zakonodavstvom smatrati djelotvornim pravnim lijekom u smislu člana 35 stav 1 Konvencije u odnosu na sve predstavke koje protiv Crne Gore budu podnijete poslije pravosnažnosti te presude. Sud je istovremeno izrazio isto očekivanje i kada je u pitanju tužba za pravično zadovoljenje kao drugo pravno sredstvo po Zakonu o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.<sup>28</sup>

U kasnijim postupcima protiv Crne Gore Sud je dalje ispitivao djelotvornost pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i posebno tužbe za pravično obeštećenje i u predmetu *Vučeljić protiv Crne Gore*<sup>29</sup> potvrdio svoj ranije iznijeti stav o djelotvornosti ustavne žalbe i istovremeno ustanovio da se tužba za pravično zadovoljenje ima smatrati efikasnim domaćim pravnim sredstvom od dana donošenja ove odluke Suda, odnosno od 17. novembra 2016. godine, a ustavna žalba efikasnim domaćim pravnim lijekom za zaštitu prava na razumnu dužinu trajanja postupka, tako da ranija sudska praksa više nije primjenjiva. Novim stavom o djelotvornosti tužbe za pravično zadovoljenje, uz ranije zauzeti stav o djelotvornosti kontrolnog zahtjeva i same ustavne žalbe, zaokružena je sudska praksa Evropskog suda po pitanju djelotvornosti pravnih sredstava propisanih nacionalnim zakonodavstvom Crne Gore za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Ustavni sud je posljednji nadležan za odlučivanje o dužini postupka pred sudovima. Naime, stranka ima pravo da se nakon okončanja postupka po pravnim sredstvima predviđenim Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku obrati Ustavnom sudu ustavnim žalbom u cilju zaštite svog prava na "pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim, nepristrasnim i zakonom ustanovljenim sudom" (član 32 Ustava). Međutim, ukoliko postupak kod nadležnog suda po propisanim pravnim sredstvima neprimjereno dugo traje ili se ne okončava, stranka bi trebala da ima pravo da izjavi ustavnu žalbu zbog povrede prava do koje dolazi nepostupanjem državnog organa, jer joj nije obezbijeđen djelotvoran pravni lijek. U tom slučaju moglo bi se govoriti samo o normativnoj, ali

---

<sup>27</sup> Predstavka br. 58258/09, presuda 04. jun 2013., stavovi 84-85.

<sup>28</sup> "Službeni list Crne Gore", br. 11/2007.

<sup>29</sup> Presuda od 17.11.2016. godine, stav 30-31.



ne i stvarnoj djelotvornosti propisanih pravnih sredstava. Tada bi u slučajevima pretjerano dugog trajanja postupka ustavna žalba morala predstavljati djelotvoran pravni lijek.

Međutim, zbog prirode i karaktera prava koje se štiti, klasična ovlaštenja Ustavnog suda po ustavnoj žalbi nijesu dovoljna kada se radi o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Vraćanje predmeta nadležnom sudu na ponovni postupak u ovom slučaju nije efikasno rešenje niti postiže potrebnu svrhu. U predmetu Boucke protiv Crne Gore<sup>30</sup>, Evropski sud je utvrdio "da bi Ustavni sud u najboljem slučaju mogao ukidati odluke koje su donesene po pravnim lijekovima koje predviđa Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku i naložiti da kontrolni zahtjev ili tužba za pravično zadovoljenje budu ponovo razmatrani pred istim organom koji je osporenu odluku donio u prvom stepenu..., a da sam Ustavni sud ne može ni da ubrza postupak niti da obezbijedi pravni lijek, što znači da Ustavni sud pruža posrednu zaštitu, a ne neposredan i brz pravni lijek." Takve stavove Evropski sud je jasno iznio i u predmetu Surmeli protiv Njemačke<sup>31</sup>, jer njemačko pravo takođe nema djelotvorno pravno sredstvo u smislu člana 13 Konvencije protiv dugog trajanja sudskih postupaka, tako da Savezni ustavni sud nije nadležan da utvrđuje rokove nižim sudovima i naloži mjere za ubrzanje postupka, niti da dosudi naknadu, već samo može da konstatuje da je dužina trajanja postupka dovela do povrede Ustava i da obaveže nadležni sud da ubrza i okonča postupak. Zato Evropski sud konstatuje da podnosilac zahtjeva nije bio u obavezi da se prethodno obrati ustavnom sudu zbog dužine trajanja postupka. Iz takvih stavova Evropskog suda jasno je da je potrebno nacionalnim zakonodavstvom utvrditi ustavnu žalbu kao djelotvorno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku po kojem bi se pred Ustavnim sudom kao posljednjom domaćom instancom djelotvorno štitila prava građana od takvih povreda i na taj način što veći broj slučajeva neprimjerenog trajanja sudskih postupaka okončao u okviru domaćeg pravnog sistema.<sup>32</sup>

U tom slučaju, zaštita prava na suđenje u razumnom roku pred Ustavnim sudom zahtjevala bi utvrđivanje ovlaštenja Ustavnog suda da naloži nadležnom sudu da ubrza i u određenom roku okonča postupak i da se stranka istovreme-

<sup>30</sup> Predstavka br. 26945/06, presuda 21. februar 2012.

<sup>31</sup> Predstavka br. 75529/01, presuda 2006.

<sup>32</sup> Stav da se ustavna žalba ne može smatrati djelotvornim pravnim lijekom za dužinu postupka i da stoga nije nužno da se taj pravni lijek iscrpi Evropski sud je ponovio i u već pomenutoj presudi Bulatović protiv Crne Gore od jula 2014.

no obešteti za povredu prava koju je pretrpjela. Ta ovlašćenja Ustavnog suda sama po sebi, međutim, još uvijek ne bi garantovala djelovornost ustavne žalbe kada je u pitanju ovo pravo, u smislu zahtjeva koji postavlja Evropski sud. Garancija pune djelotvornosti ovog pravnog sredstva bila bi obezbijedena tek preciznim definisanjem pravne situacije kada Ustavni sud naloži nadležnom sudu da u određenom roku okonča postupak, ali ovaj ne poštuje taj rok, ali i priznavanjem Ustavnom sudu prava da sam utvrđuje visinu pravične naknade u svakom pojedinačnom slučaju, u skladu sa praksom Evropskog suda po tom pitanju. Oba ta uslova jednako se odnose i na postupak pred redovnim sudovima kada postupaju po pravnim sredstvima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Budući da Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku prvi uslov nije definisan, tj. nije uređena pravna situacija kada viši sud naloži nadležnom sudu da okonča postupak u određenom roku, a sud ne ispoštuje taj rok, dok je po pitanju obeštećenja stranke najviša visina pravične naknade propisana samim Zakonom, umjesto da se prepusti sudu da je utvrđuje u zavisnosti od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, u skladu sa kriterijumima koje je u svojoj praksi utvrdio Evropski sud, nameće se potreba izmjene i dopune tog zakona u navedenom smislu.

Ako se posmatraju neki drugi slučajevi u kojima je Evropski sud donio presude u odnosu na Crnu Goru, npr. slučaj Bijelić protiv Crne Gore i Srbije<sup>33</sup> u kome je predmet spora bilo neizvršenje pravosnažnog rešenja za prinudno iseljenje tuženog iz stana i posljedice tog neizvršenja, ili slučaj Mijušković protiv Crne Gore<sup>34</sup> zbog neblagovremenog izvršenja pravosnažne presude o starateljstvu, može se zaključiti da bi ocjena o djelotvornosti ustavne žalbe od strane Evropskog suda, da je u tim slučajevima odlučivao Ustavni sud Crne Gore, zavisila od stava samog Ustavnog suda po pitanju svoje nadležnosti da postupa u slučajevima kada se ustavnom žalbom ne osporava pojedinačni akt, nego radnja ili propuštanje državnog organa. U oba pomenuta slučaja postojao je "pojedinačni akt" tj. pravosnažne sudske odluke, čije je neizvršenje, odnosno neblagovremeno izvršenje, dovelo do povrede ustavnih i konvencijskih prava (pravo na neometano uživanje imovine, odnosno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) koja su tim odlukama utvrđena, ali nije postojao pojedinačni akt kojim je pravo povrijeđeno u smislu odredbe člana 48 stav 1 tada važećeg Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

---

<sup>33</sup> Predstavka br. 11890/05, presuda 28. april 2009.

<sup>34</sup> Predstavka br. 49337/07, presuda 21. septembar 2010.

Sa stanovišta ustavne obaveze Ustavnog suda da odlučuje o "ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava" sigurno bi se radilo o povredi navedenih prava. Međutim, u oba slučaja Ustavni sud bi bio vezan navedenom zakonskom odredbom, što znači da bi ustavne žalbe najvjerojatnije odbacio zbog nenadležnosti da o njima raspravlja jer do povrede prava nije došlo pojedinačnim aktom. Ista je situacija sa slučajem Bulatović o kome je prethodno bilo riječi. Za razliku od toga, u slučaju Živaljević protiv Crne Gore<sup>35</sup> u kojem je Evropski sud utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku, skoro je izvjesno da bi ustavna žalba, da je podnesena Ustavnom sudu, od strane Evropskog suda bila proglašena nedjelotvornim domaćim pravnim sredstvom, jer bi Evropski sud, kao što je prethodno rečeno, stao na stanovište da postojeća ovlašćenja Ustavnog suda po pitanju zaštite prava na suđenje u razumnom roku ne obezbjeđuju djelotvornu zaštitu prava.

Međutim, da je Ustavni sud prethodno odlučivao u predmetu Garzičić protiv Crne Gore<sup>36</sup> u kojem je isticano da je Vrhovni sud povrijedio pravo podnosioca na pristup sudu jer je odbio da razmotri njegov zahtjev za reviziju u meritumu, podnosilac bi prema dosadašnjoj praksi Ustavnog suda po tom pitanju (npr. odluka UŽ-III br. 12/ 09 od 30.09. 2010. godine) najvjerojatnije uspio sa ustavnom žalbom. Očigledno se za sve ove i slične slučajeve povrede pojedinih ustavnih i konvencijskih prava i sloboda ne može izvesti čvrst i jedinstven zaključak o djelotvornosti ustavne žalbe u Crnoj Gori sa stanovišta Evropskog suda.

Kada utvrdi da je pojedinačnim aktom povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda, Ustavni sud je ovlašćen samo da usvoji ustavnu žalbu i taj akt ukine, u cjelini ili djelimično, i predmet vrati organu koji ga je donio na provođenje novog postupka ili preduzimanje druge radnje.<sup>37</sup> To ovlašćenje Ustavnog suda je veoma značajno i u nekim slučajevima može biti i dovoljno za zaštitu prava. Npr. Ustavni sud je u predmetu UŽ - III br. 240/12 odlukom od 3. juna 2014. godine usvojio ustavnu žalbu i ocijenio da je Vrhovni sud dopuštenost revizije cijenio sa pretjeranim formalizmom u tumačenju procesnih pretpostavki za pristup sudu na štetu podnosioca ustavne žalbe, odbacivanjem revizije kao nedozvoljene zbog navodnog nepostojanja donje granice vrijednosti spora utvrđene zakonom za izjav-

<sup>35</sup> Predstavka br. 17229/04, presuda 8. mart 2011.

<sup>36</sup> Predstavka br. 17931/07, presuda 21. septembar 2010.

<sup>37</sup> Član 76 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore

ljivanje revizije, što je dovelo do povrede prava na pravično suđenje koju stalna praksa Evropskog suda tumači kao ograničenje koje ne smije spriječiti niti umanjiti pristup podnosioca pravnom lijeku (presuda od 19.06.2001. godine u predmetu Kreuz protiv Poljske; presuda od 06.12.2001. godine u predmetu Yagtzilar i dr. protiv Grčke). Dok su u tom i sličnim predmetima otklonjene povrede nekih osnovnih prava, u drugim slučajevima to nije tako. Nemogućnost Ustavnog suda da meritorno odluči jedan je od ključnih problema. Kada konstatuje da je neki akt neustavan, Sud često ne može da donese odluku koja bi ustavnu žalbu činila djelotvornim pravnim lijekom. Sud nema mogućnost da obustavi produžavanje određenog stanja, spriječi nastupanje štete ili njeno uvećanje i sl. tako što bi naložio sudu ili državnom organu da nešto učini ili ne učini, da izvrši neku odluku, da lice pusti na slobodu itd. Sud, takođe, ne može da dosudi ni pravično zadovoljenje zbog kršenja prava, već je u svakom pojedinačnom slučaju podnosilac žalbe prinuđen da obeštećenje zbog povrede prava ostvaruje naknadno u posebnom postupku.

Novi Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore čini određeni korak u tom pravcu tako što utvrđuje mogućnost Ustavnom sudu da odredi način pravičnog zadovoljenja podnosioca ustavne žalbe zbog pretrpljene povrede prava, ali samo u slučaju ako je u toku postupka odlučivanja po ustavnoj žalbi prestalo dejstvo pojedinačnog akta koji je predmet ustavne žalbe.<sup>38</sup> Puna nadležnost i ovlašćenja Ustavnog suda po ustavnoj žalbi, pa i kapacitet da osim ukidanja pojedinačnih akata i meritorno odluči, ili da svojom odlukom obaveže na to redovne sudove ili nadležne organe, značajno bi doprinijela podizanju nivoa djelotvornosti ustavne žalbe i ojačala djelotvornost svih sudskih instanci u Crnoj Gori, pa i Ustavnog suda. Zakon o Ustavnom sudu utvrđuje i ovlašćenje Ustavnog suda da u slučaju kada je povreda prava učinjena radnjom ili nepostupanjem nadležnog organa odlukom kojom usvaja ustavnu žalbu zabrani dalje vršenje radnje, odnosno naloži donošenje akta ili preduzimanje druge odgovarajuće mjere ili radnje kojom se otklanjaju već nastale, odnosno otklanjaju buduće štetne posledice utvrđene povrede prava.<sup>39</sup>

Novi Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore predviđa mogućnost da se ustavna žalba izjavi i zbog povrede ljudskog prava ili slobode zajemčene Ustavom koja je nastala ne samo pojedinačnim aktom, već i "radnjom ili nepostupanjem držav-

---

<sup>38</sup> Član 76 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

<sup>39</sup> Član 76 stav 3 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore

nog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravnog lica ili drugog subjekta koji vrši javna ovlašćenja”.<sup>40</sup> To je veoma značajna novina kojom se rešenje do tada važećeg Zakona o ustavnom sudu Crne Gore usklađuje sa Ustavom, ali i sa Evropskim standardima.

Naime, ranija norma nije sadržala i radnje kao predmet ustavne žalbe, pa je Ustavni sud bio nadležan za postupanje samo u slučaju kršenja prava koje je učinjeno pojedinačnim pravnim aktom, a ne i radnjom, bilo da je ona izražena u činjenju ili propuštanju činjenja od strane organa državne vlasti. Do povrede prava, međutim, ne dolazi samo “pojedinačnim aktom”. Time je značajno bila sužena mogućnost Ustavnog suda da zaštiti ljudska prava i u slučajevima kada je do povrede prava došlo nepostupanjem organa državne vlasti ili nedonošenjem akta koji je trebalo donijeti, kao i kada je pravo povrijeđeno samom faktičkom radnjom.

Sa stanovišta efikasne zaštite ustavnih prava i sloboda nesumnjivo nije isto odlučivati o “ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava”, kako to utvrđuje Ustav, i odlučivati o “ustavnoj žalbi protiv pojedinačnog akta”, kako je glasla ranija formulacija zakonske odredbe. Zbog činjenice da nema akta kojim je pravo povrijeđeno, Ustavni sud ne bi mogao da pruži zaštitu npr. u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku ili neizvršavanja pravosnažne ili izvršne sudske presude, kako je to Evropski sud utvrdio u presudama Mijušković protiv Crne Gore i Bjelić protiv Crne Gore i Srbije o kojima je prethodno bilo riječi. Ustavna žalba bi u tim slučajevima zato morala biti smatrana nedjelotvornim pravnim sredstvom.

Ista je situacija, kao što je rečeno, i sa slučajem Bulatović protiv Crne Gore. Odredba člana 149 stav 1 tačka 3 Ustava u potpunosti je usklađena sa evropskim ustavnim standardima, ali da bi se obezbijedila zaštita ljudskih prava i u slučaju njihovog kršenja faktičkom radnjom ili nedonošenjem akta, a time ustavna žalba učinila dostupnim pravnim lijekom za sve vidove kršenja ljudskih prava, odredbu Zakona o Ustavnom sudu potrebno je bilo uskladiti sa ustavnom odredbom i obezbijediti njenu primjenu na način koji će u potpunosti valorizovati mjerila zaštite ljudskih prava iz Evropske konvencije. Pri tome je veoma značajno što je odredba Ustava ostavila prostor da se zakonom predvidi i faktička radnja kao uzrok kršenja prava, jer ne sadrži ograničenje da “povreda ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom” mora biti pričinjena isključivo pojedinačnim aktom.

<sup>40</sup> Član 68 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore

## ZAKLJUČAK

Osnovna pretpostavka za punu zaštitu Ustavom Crne Gore i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama garantovanih prava i sloboda je postojanje djelotvornih pravnih sredstava u domaćem zakonodavstvu. Pravo na djelotvoran pravni lijek svoj osnov ima u generalnoj obavezi države da obezbijedi realnu mogućnost za ostvarivanje ljudskih prava utvrđenih nacionalnim ustavom i prihvaćenim međunarodnim ugovorima i za zaštitu tih prava putem odgovarajućeg djelotvornog pravnog sredstva.

Ako se hoće stvarna zaštita prava u pravnom sistemu Crne Gore u skladu sa obavezama iz potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora, prije svega Evropske konvencije, od posebnog je značaja i puna djelotvornost ustavne žalbe. Jer djelotvornost se jednako zahtijeva kako od pravnih sredstava pred redovnim sudovima i državnim organima tako i od ustavne žalbe pred Ustavnim sudom koja mora postati djelotvorno domaće pravno sredstvo koje je potrebno iskoristiti prije obraćanja Evropskom sudu za ljudska prava. U skladu sa stavom Evropskog suda da su države potpisnice Konvencije preuzele obavezu da svoje pravne sisteme izgrade na principima Konvencije, Crna Gora je dužna da obezbijedi usklađenost ustavne žalbe sa zahtjevima utvrđenim članom 13 i 35 Konvencije. Odredbe Konvencije imaju za cilj da obavežu države da na nacionalnom nivou normativno utvrde pravni lijek u obliku prigovora ili žalbe za zaštitu prava koji je podoban da bude predmet postupka pred sudom ili drugim organom i na taj način svima obezbijede mogućnost zaštite prava i sloboda kod domaćih sudova, putem djelotvornog pravnog lijeka, uključujući i ustavnu žalbu, prije nego što se za zaštitu prava obrate organima na međunarodnom nivou. U skladu sa tim obavezama iz Konvencije, Ustav Crne Gore od nacionalnog zakonodavstva zahtijeva djelotvorno pravno sredstvo za ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda garantovanih Ustavom i Konvencijom koje u suštini predstavlja žalbu ili prigovor koji može da riješi problem podnosioca, a koji je neophodno iskoristiti prije upotrebe ustavno - sudske zaštite prava.

Iako je urađeno dosta na jačanju djelotvornosti ustavne žalbe i ona načelno priznata od strane Evropskog suda za ljudska prava kao djelotvorna, potrebno je uložiti još napora u tom pravcu, posebno u zaštitu pojedinih prava, da bi postala u potpunosti djelotvorno pravno sredstvo u smislu zahtijeva utvrđenih Konvencijom. Dosadašnje odluke Evropskog suda u predmetima protiv Crne Gore upuću-

ju u kom pravcu i po kojim najznačajnijim pravima i slobodama treba dalje do-  
građivati sistem ustavno - pravne zaštite ljudskih prava i sloboda u Crnoj Gori.

Međutim, uvijek treba imati u vidu da se stvarna briga o ljudskim pravi-  
ma ne ispoljava samo u donošenju odgovarajućeg zakonodavstva, već i njegovom  
adekvatnom primjenom koja treba normama o ljudskim pravima da obezbijedi  
život. Zaštita prava i sloboda putem ustavne žalbe zahtjeva i redefinisane prin-  
cipa pravosnažnosti sudske odluke u smislu da i pravosnažno okončani postu-  
pak može biti ponovljen, nakon ukidanja odluke od strane Ustavnog suda, ako  
je utvrđena povreda prava ili sloboda, jer zaštita prava putem ustavne žalbe mora  
imati primat nad pravosnažnošću sudske odluke. Posebnu pažnju treba pokloni-  
ti i oblikovanju ustavne žalbe na način kojim bi se osiguralo da ona od strane  
Evropskog suda bude priznata kao djelotvorno pravno sredstvo i u slučajevima  
neoprávdano dugog trajanja sudskog postupka.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ, LL.D.,  
President, Constitutional Court of Montenegro

## EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL SYSTEM OF MONTENEGRO

### Summary

This paper discusses the effectiveness of a constitutional complaint in the constitutional and legal system of Montenegro, as a special legal remedy for protection of the rights and freedoms set forth in the Constitution of Montenegro and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It is noted that a lot has been done in order to strengthen the effectiveness of the constitutional complaint on which basis it is in principle recognized by the European Court of Human Rights as effective.

However, it is concluded, that further efforts are needed in order to raise the level of effectiveness of the constitutional complaint, whereby the previous decisions of the European Court in the cases against Montenegro indicate in which direction and according to which the most important rights and freedoms system of constitutional and judicial protection of human rights and freedoms in Montenegro should be upgraded, so the constitutional complaint can become fully effective legal remedy in the sense required under the Convention.

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ

## USTAVNA ŽALBA U PRAVNOM SISTEMU SR NJEMAČKE

### U V O D

Pravni osnov instituta ustavne žalbe u pravnom sistemu SR Njemačke sadržan je u članu 93 stav 1 tačka 4a i 4b Osnovnog zakona (*Grundgesetz*), prema kojem ustavnu žalbu može podnijeti svako ko smatra da je javna vlast povrijedila neko od njegovih osnovnih prava ili neko pravo zajemčeno članom 20 stav 4 i članovima 33, 38, 101, 103 i 104 Osnovnog zakona. Ustavnu žalbu mogu podnijeti i opštine i zajednice opština kad smatraju da je zakonom povrijeđeno pravo na lokalnu samoupravu sadržano u članu 28 Osnovnog zakona i u vezi sa zemaljskim zakonima ukoliko takva mogućnost ne postoji pred zemaljskim ustavnim sudom.<sup>1</sup>

Ustavna žalba prema praksi Saveznog ustavnog suda SR Njemačke (*Bundesverfassungsgericht* – u daljem tekstu BVerfG) podrazumijeva vanrednu pravnu pomoć koja se odobrava državljaninu i kojom se on štiti od zadiranja javne vlasti u njegova osnovna i s njima izjednačena prava.<sup>2</sup> Ustavna žalba otvara mogućnost

---

Mr Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

<sup>1</sup> H. Vorlander, *Ustav, ideja i historija*, IRZ, University Press, Sarajevo, 2012, str. 59–72.

<sup>2</sup> BVerfGE 18, 315.



preispitivanja svih akata zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u pogledu njihove usklađenosti s osnovnim pravima.<sup>3</sup>

Efikasna i efektivna zaštita osnovnih prava u okviru nekog ustavnog sistema zavisi od autoritativne institucije kao nosioca te zaštite i efikasno utemeljenog pravnog instituta kojim se uređuje i obezbeđuje način pružanja zaštite. U njemačkom ustavnopravnom sistemu, kao skupu osnovnih normi koje uređuju saveznu državu, nosilac zaštite osnovnih prava iz Osnovnog zakona je Savezni ustavni sud, kao pravosudno tijelo savezne države koje odlučuje samostalno i nezavisno, nadležno je za postupanje povodom ustavne žalbe (*akcesorni postupci*), čija je organizacija uređena Osnovnim zakonom i §1 stav 1 BVerfG.

#### POJAM USTAVNE ŽALBE

Ustavna žalba je originalni i supsidijarni procesni institut, ograničen procesnim pretpostavkama za njegovu upotrebu. Takvo određenje instituta ustavne žalbe svojom praksom potencira i BVerfG, naglašavajući kako se ovdje radi o procesnom sredstvu koje je izloženo opasnosti od zloupotrebe ili prekomjerne upotrebe,<sup>4</sup> zbog njegovog djelovanja na pravosnažne pojedinačne akte i pravnu sigurnost.

Ustavna žalba nije ustanovljena da bi bila upotrebljavana po izboru, kao jedno od mogućih konkurentnih pravnih sredstava, već je posljednja i supsidijarna pravna pomoć, dopuštena samo onda kada su iscrpljene sve redovne procesno-pravne mogućnosti, radi sprečavanja neke povrede osnovnog prava<sup>5</sup> i nije dio redovnog pravnog puta koji se jemči članom 19 stav 4 Osnovnog zakona, nego je izraz generalne podjele nadležnosti između Saveznog ustavnog suda i stručnih sudova.<sup>6</sup>

Institut ustavne žalbe ustanovljen je u §90 Zakona o ustavnom sudu (u daljem tekstu: BVerfGG) 1951. godine radi ojačanja demokratske legitimacije ustavnog uređenja u domenu zaštite osnovnih prava, te usljed spoznaje da bi se propuštanjem uključenja BVerfG u područje zaštite ljudskih prava ovaj sud zapravo odrekao jedne od svojih najvažnijih funkcija. Prvobitno uređenje instituta ustav-

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>4</sup> BVerfGE 33, 247.

<sup>5</sup> BVerfGE 1, 97.

<sup>6</sup> BVerfGE 55, 244.

ne žalbe vrlo brzo se pokazalo neadekvatnim, pa je 1956. godine došlo do prve dopune BVerfGG, koja je uredila postupak odbacivanja ustavne žalbe, saglasno §91a BVerfGG, a Ustavnim amandmanom XIX 1969. g. ustavna žalba je uređena Osnovnim zakonom. Osnovni razlog za dopune BVerfGG je ustanovljavanje mogućnosti ograničenja građanskih prava u kriznim situacijama, radi jačanja pravnog položaja građana u drugim područjima i podizanjem instituta ustavne žalbe na nivo osnovne norme Osnovnog zakona. BVerfGG je 1970. godine ponovo dopunjen u dijelu postupaka prihvatanja i postupku odbacivanja ustavnih žalbi shodno §24 i §93a BVerfGG.<sup>7</sup>

Amandmanom VI na BVerfGG iz 1993. godine izvršene su izmjene koje su imale za cilj očuvanje sposobnosti funkcionisanja BVerfG, pa je §93 (a-d) modifikovan postupak prihvatanja razmatranja ustavnih žalbi i detaljno razrađen sistem odlučivanja u komorama, što je BVerfG omogućilo neprihvatanje odlučivanja onih ustavnih žalbi kojima ne pripada načelni ustavnopravni značaj ili čije prihvatanje nije korisno za ostvarivanje osnovnih i njima jednakih prava.

#### PRAVNI OSNOV USTAVNE ŽALBE

Pravni osnov ustavne žalbe (*Verfassungsbeschwerde*) sadržan je u 1) členu 93 stav 1 tačka 4a i 2) 4b Osnovnog zakona. Prema naznačenim odredbama ustavnu žalbu može podnijeti svako ko smatra da je javna vlast povrijedila neko od njegovih osnovnih prava ili neko pravo zajemčeno članom 20 stav 4 i u članovima 33, 38, 101, 103 i 104 Osnovnog zakona. Ustavnu žalbu mogu podnijeti i opštine i zajednice opština kad smatraju da je zakonom povrijeđeno pravo na lokalnu samoupravu sadržano u članu 28 Osnovnog zakona, dok ustavnu žalbu u vezi sa zemaljskim zakonima može podnijeti BVerfG ukoliko takva mogućnost ne postoji pred zemaljskim ustavnim sudom.

##### a) Član 93 stav 1 tačka 4a Osnovnog zakona

Ustavni osnov instituta ustavne žalbe sadržan je u amandmanu na Osnovni zakon iz 1969. godine,<sup>8</sup> čime je ovaj institut uzdignut je na nivo ustavnog instituta. Ustavna žalba je institut opšte ustavnosudske kontrole javne vlasti i u funkciji

---

<sup>7</sup> J. Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, II izdanje, University Press, Sarajevo, 2012, str. 33–38.

<sup>8</sup> Bundesgesetzblatt – Savezni službeni list I, str. 97.

je razjašnjenja objektivnog poretka vrijednosti društva utemeljenog preko sadržaja osnovnih prava.<sup>9</sup> Aktivno je legitimisano svako lice koje tvrdi da je aktom javne vlasti povrijeđeno neko njeno pravo koje je navedeno u §90 BVerfGG, a to čini tako da povreda prava po njegovom navođenju izgleda moguća i vjerovatna. Povreda se mora odnositi na osnovno ali i lično pravo podnosioca te podnosilac ustavne žalbe mora biti pogođen djelovanjem određenog akta javne vlasti u konkretnom slučaju.

U ustavnom određenju instituta ustavne žalbe nije utvrđeno načelo supsidijarnosti, kao jedno od njenih osnovnih načela. Ono je uređeno §90 stav 2 BVerfGG. Obraćanje BVerfG načelno je dopušteno tek nakon iscrpljivanja "pravnoga puta", a to je svaki tužbeni put i svaki sudski žalbeni put. Iscrpljivanje pravnoga puta znači prolazak kroz sve za pojedini slučaj dopuštene instance, uključujući zakonom propisani prethodni postupak, odnosno prolazak postupka iz člana 19 stav 4 Osnovnog zakona.<sup>10</sup>

Međutim, načelo supsidijarnosti ne vrijedi apsolutno. Izuzetke od njega predstavljaju dvije situacije. Prva je kada sud po ustavnoj žalbi BVerfG odlučuje o pravnom pitanju od opšteg značaja: kada očekivana odluka nije samo u interesu pojedinca nego dotiče i opšte dobro te se razjašnjenje čini potrebnim prije iscrpljivanja pravnoga puta.<sup>11</sup> Drugi izuzetak od procesnog zahtjeva nužnosti iscrpljivanja prethodnog pravnog puta postoji kada bi, zbog karaktera postojeće povrede osnovnog prava ili njenog intenziteta, propuštanjem aktivnosti BVerfG nastala teška i neotklonjiva posljedica za podnosioca. Riječ je o onom stanju stvari pri kojem bi predvidljiva šteta izvjesno nastupila kroz vrijeme potrebno za iscrpljivanje dopuštenog pravnog puta, a naknadno se ne bi mogla primjereno poravnati.<sup>12</sup> O postojanju razloga za ovakvo postupanje i prije iscrpljenosti pravnog puta odlučuje na osnovu diskrecione ocjene BVerfG.<sup>13</sup>

Pravo na podnošenje ustavne žalbe vremenski je ograničeno. Saglasno §93 stav 1 i 2 BVerfGG rok je mjesec dana kod osporavanja pojedinačnih akata, dok je kod ustavnih žalbi protiv zakona ili nekog akta vrhovne vlasti protiv kojeg ne stoji

<sup>9</sup> BVerfGE 4, 27.

<sup>10</sup> Čl. 19 st. 4 rečenica I i II Osnovnog zakona glasi: "Povrijedi li javna vlast nečije pravo, jamči se pravna zaštita. Zaštitu pružaju redovni sudovi ukoliko nije određena nadležnost drugog suda."

<sup>11</sup> BVerfGE 19, 268.

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 69.

<sup>13</sup> BVerfGE 14, 194.

otvoren pravni put rok utvrđen na godinu dana. Navedeni rokovi su prekluzivnog karaktera, a povratak u pređašnje stanje načelno je dopušten.<sup>14</sup>

*b) Član 93 stav 1 tačka 4b Osnovnog zakona*

Ustavnim amandmanom iz 1969. godine u Osnovnom zakonu je utvrđena nadležnost BVerfG za donošenje odluka o ustavnim žalbama opština i zajednica opština. Ustavna žalba, onako kako je određena u članu 93 stav 1 tačka 4b Osnovnog zakona, odnosno u §91 BVerfGG, ima drugi smisao, cilj i svrhu od one sadržane u članu 93 stav 1 tačka 4a Osnovnog zakona, odnosno u §90 BVerfGG. Ovdje ustavnoj žalbi nije cilj i svrha da štiti osnovna i druga s njima izjednačena prava, već se štiti ustavno jemstvo prava na lokalnu samoupravu kao ustavom zaštićeno dobro.

Naime, član 28 Osnovnog zakona sadrži ustavno jemstvo kojim se određuje kako se lokalna samouprava ne smije niti otkloniti niti ograničiti do mjere koja bi ugrožavala njenu bit i sadržaj. Osnovni zakon dopušta zakonodavcu postavljanje limita dometa lokalne samouprave, kako preko zakona tako i preko drugih propisa, ali samo dotle dok ostaje suština sadržaja pojma lokalne samouprave, a to je neposredno idejno i praktično oblikovano učestvovanje građana u komunalnoj zajednici, kao i odgovarajuća mjera nezavisnosti i slobode u upravljanju i nadzoru rada opštinskih organa i drugih organa lokalne zajednice.<sup>15</sup>

DOPUŠTENOST USTAVNE ŽALBE

Odredbama §90 stav 1 BVerfGG propisano je da "svako" može podnijeti ustavnu žalbu. Kod određenja pojma svako, kao i kod svakog drugog inicijalnog procesnog ovlašćenja, treba razlikovati stranačku sposobnost i procesnu sposobnost. BVerfGG ne sadrži eksplicitno određenje o stranačkoj sposobnosti, odnosno o sposobnosti nekog subjekta da učestvuje u postupku kao nosilac prava i obaveza, pa je BVerfG u praksi samostalno razvio pravni osnov za oblikovanje svojih postupaka, pozivajući se na analogiju s drugim njemačkim procesnim pravom.<sup>16</sup> Saglasno tome, stav je BVerfG da pravo na ulaganje ustavne žalbe mora pripadati

---

<sup>14</sup> BVerfGE 4, 309.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 364.

<sup>16</sup> BVerfGE 1, 109.

svakome ko može biti nosilac prava taksativno navedenih u §90 stav 1 BVerfGG, pa ustavna žalba slijedi područje važenja osnovnih i njima sličnih prava.<sup>17</sup> Prema tome, stranački je sposobna samo ona stranka koja objektivno može biti nosilac osnovnog prava koje je navodno povrijeđeno nekom mjerom javne vlasti.<sup>18</sup>

Pravo na podnošenje ustavne žalbe prvenstveno pripada njemačkim državljanima. Za strance kao podnosiocce ustavne žalbe vrijede posebni uslovi. Prema načelu da pravo na ustavnu žalbu korespondira s ustavnom sposobnošću, za strance vrijedi pravilo da se oni mogu pozvati samo na opšta "ljudska prava", ali ne i na "njemačka prava" koja proizlaze iz Osnovnog zakona. Stranci su uvijek ovlašćeni da podnose ustavne žalbe u slučaju tvrdnje o postojanosti povrede procesnih prava sadržanih u članu 103 Osnovnog zakona.<sup>19</sup>

Pravo na ustavnu žalbu u načelu ne pripada pravnim licima javnoga prava unutar djelokruga njihovih ovlašćenja, budući da država ne može istovremeno biti i nosilac i adresat osnovnih prava.<sup>20</sup> Međutim, država kao i druga pravna lica javnog prava u postupku ustavne žalbe stranačku sposobnost imaju kada se pozivaju na "procesna prava" iz člana 101 stav 1 rečenice 2 i člana 103 stav 1 Osnovnog zakona. Ova prava ne spadaju u korpus osnovnih već s njima izjednačenih prava, pa mogu pripadati i javnopravnim tijelima. Ovakav stav BVerfG zasniva se na tvrdnji da procesna prava pripadaju svima koji po zakonu mogu biti stranke u postupku bilo koje vrste, pa je i država "svako" u smislu §90 stav 1 BVerfGG.<sup>21</sup> Stranačku sposobnost u ustavnosudskom postupku pokrenutom ustavnom žalbom BVerfG ne priznaje inostranim pravnim licima, s izuzetkom koji i ovdje važi u odnosu na "pravosudna prava" sadržana prema članu 101 i članu 103 GG.<sup>22</sup>

BVerfGG ne sadrži izričite odredbe kojima bi se uređivala procesna sposobnost stranaka, pa BVerfG naglašava da je osnov za uređivanje ovog pitanja u analogiji s pravnim pravilima njemačkog procesnog prava,<sup>23</sup> te se načelno procesna sposobnost za podnošenje ustavne žalbe veže za opšta pravila o poslovnoj sposobnosti za fizička i pravna lica.

<sup>17</sup> BVerfGE 12, 6 .

<sup>18</sup> BVerfGE 79, 203.

<sup>19</sup> BVerfGE 12, 6.

<sup>20</sup> BVerfGE 68, 193.

<sup>21</sup> BVerfGE 61, 82.

<sup>22</sup> BVerfGE 23, 229.

<sup>23</sup> BVerfGE 72, 122.

PREDMET USTAVNE ŽALBE

Ustavnom žalbom mogu se napadati samo *mjere javne vlasti*, koji je prema ustaljenoj praksi BVerfG pojam javne vlasti utvrđen članom 93 stav 1 tačka 4a Osnovnog zakona i obuhvata izvršnu, sudsku i zakonodavnu vlast. U mjere javne vlasti u smislu navedene odredbe Osnovnog zakona spadaju i zakoni saglasno odredbama sadržanim u §93c stav 3 ili §94 stav 4 i §95 stav 3 BverfGG.<sup>24</sup>

Ustavnom žalbom mogu se osporavati samo mjere onih nosilaca vrhovne vlasti koji su povezani s Osnovnim zakonom, odnosno mora se u konkretnom slučaju raditi o mjerama njemačke javne vlasti,<sup>25</sup> gdje načelno spadaju svi pojedinačni akti koje donosi njemačka izvršna i sudska vlast i pod određenim uslovima i opšti normativni akti.

Uz mjere njemačke javne vlasti, specifičan položaj ima i na osnovu Osnovnog zakona *recipirano pravo*.<sup>26</sup> Propisi Osnovnog zakona sadržani u članu 23 stav 1 rečenica 2 i članu 24 stav 1 dozvoljavaju prenošenje suverenih prava sa Savezne države na Evropsku uniju i na druge međudržavne organe. Slično ovlašćenje proizlazi za pojedine zemlje u Savezu iz člana 24 stav 1a Osnovnog zakona, kojim su one ovlašćene da prenose suverena prava na susjedne pogranične zemlje. Ovdje se realno ne radi o prenošenju suverenih prava u stvarnom smislu, već o otvaranju unutrašnjeg državnog područja prema pravu Evropske unije ili neke međudržavne organizacije, pri čemu se aktivitetom suverene države to pravo recipira kao domaće.<sup>27</sup>

U skladu s navedenim ustavnim odredbama za recipiranje prava koje neposredno nema izvor u organima njemačke vrhovne vlasti, uvijek je potreban akt njemačkog zakonodavca, a taj zakon, kao akt njemačke javne vlasti, može biti napadnut ustavnom žalbom.<sup>28</sup>

Mjere Evropske unije ili njenih organa neposredno nijesu akti njemačke javne vlasti. Međutim, u Mastroiškoy odluci<sup>29</sup> BVerfG je izrazio stav prema kojem

---

<sup>24</sup> BVerfGE 1, 91.

<sup>25</sup> BVerfGE 1, 10.

<sup>26</sup> Recipiran (lat. *recipere primiti*), primljen, usvojen; recipirano pravo tuđe, od nekog drugog (država, naroda) primljeno pravo.

<sup>27</sup> BVerfGE 73, 339.

<sup>28</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>29</sup> BVerfGE 89, 155. – Presuda Drugog senata od 12. oktobra 1993. Iz obrazloženja: “Član 38 Osnovnog zakona isključuje da, u području primjene člana 23 Osnovnog zakona, prenošenjem za-

se i akti evropskih asocijacija mogu preispitivati s obzirom na sadržaj osnovnih prava sadržanih u Osnovnom zakonu i mogu biti napadnuti ustavnom žalbom. Taj stav nije apsolutan i svojevoljno ograničava svoju nadležnost za postupanje u ovakvim situacijama radi uspostavljanja kooperativnog odnosa s Evropskim sudom.<sup>30</sup>

U mjere njemačke državne vlasti koje mogu biti predmet ustavne žalbe, prema praksi BVerfG, spadaju zakoni, nezavisno od toga jesu li saveznog ili zemaljskog karaktera.<sup>31</sup> Zakon može biti predmet ustavne žalbe samo ako je stupio na snagu i ako je ustavna žalba podnesena u okviru jednogodišnjeg roka koji se računa od njegovog stupanja na snagu.<sup>32</sup> Predmet ustavne žalbe mogu biti i norme koje mijenjaju Osnovni zakon,<sup>33</sup> ratifikovani zakoni kojima se recipira sadržaj međunarodnog i inog prava u unutrašnje državno pravo,<sup>34</sup> zakoni kojima se prenose suverena prava na supranacionalne zajednice<sup>35</sup> ili međudržavne ustanove,<sup>36</sup> zako-

dataka i ovlaštenja Bundestaga, izgubi smisao legitimacija koja je uspostavljena izbornom procedurom, kao i uticaj na vršenje državne vlasti, tako da bi bio povrijeđen demokratski princip koji član 79 stav 3 u vezi s članom 20 stavom 1 i 2 Osnovnog zakona proglašava nedodirljivim. Demokratski princip ne sprečava Saveznu Republiku Njemačku da bude član u nekoj supranacionalnoj organizaciji – međudržavnoj zajednici. Članstvo međutim podrazumijeva da je osigurana legitimacija koja polazi od naroda, kao i uticaj unutar saveza država. Ako narodi – kako je to sada slučaj – posjeduju demokratsku legitimaciju putem nacionalnih parlamenata, onda su proširenju zadataka i ovlaštenja evropskih zajednica postavljene granice demokratskim principom. Njemački Bundesrat mora zadržati zadatke i ovlaštenja od supstancijalnog značenja. Član 38 Osnovnog zakona će biti povrijeđen ako se zakonom koji njemački pravni poredak otvara za vađenje i primjenu prava supranacionalnih – evropskih zajednica ne utvrdi na zadovoljavajuće jasan način vršenje prenesenih prava i namjeravani program integracije. Ovo istovremeno znači da kasnije bitne izmjene programa integracije i ovlaštenja na djelovanje, koji su sadržani u Ugovoru o Uniji, neće više biti pokriveni zakonom o saglasnosti uz taj ugovor. BVerfG provjerava ostaju li evropske ustanove u granicama suverenih prava koje su im prenesene. Nosiocice osnovnih prava u Njemačkoj pogađaju i akti zasebne javne vlasti jedne supranacionalne organizacije koja se osamostalila od državne vlasti država članica. Oni time dotiču ustavna jamstva i zadatke BVerfG koji imaju za predmet zaštitu osnovnih prava ne samo u odnosu na njemačku državnu vlast. Svakako da BVerfG svoju sudsku praksu o primjeni prava Zajednice u Njemačkoj vrši u “odnosu kooperacije” s Evropskim sudom. Ugovor o Uniji utemeljuje savez država koji služi ostvarenju sve uže Unije evropskih naroda koji su organizovani u države, ali ne i državu koja se oslanja na evropski državni narod.”

<sup>30</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>31</sup> BVerfGE, 43, 108.

<sup>32</sup> BVerfGG §93c stav 3

<sup>33</sup> BVerfGE 4, 294.

<sup>34</sup> BVerfGE 57, 23.

<sup>35</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>36</sup> BVerfGE 58, 1.

ni koji recipiraju sadržaj konkordata u unutardržavno pravo, odnosno proglašavaju ga primjenjivim u zemlji,<sup>37</sup> zakoni koji se na osnovu člana 81 Osnovnog zakona donose u kriznim situacijama,<sup>38</sup> zakoni koji se odnose na komunalna prava,<sup>39</sup> kao i norme koje su od uticaja na uređivanje zemaljskih ustavnih prava. Za razliku od toga za predmet ustavne žalbe nijesu podobni običaji i običajno pravo, kao ni odluke BVerfG koje prema §31 stav 2 BVerfGG imaju zakonsku snagu.<sup>40</sup>

*Pravosudna vlast*, shodno odredbi člana 19 stav 4 Osnovnog zakona, jeste njemačka javna vlast, protiv čijih odluka je saglasno §90 stav 1 BVerfGG ustavna žalba dopuštena. Odluke ove vlasti su najčešći predmet zahtjeva ustavnosudske zaštite u vezi s institutom ustavne žalbe, pa su u praksi ustavne žalbe protiv sudskih odluka daleko najbrojnije. Gotovo sve ustavne žalbe imaju za predmet sudske odluke, bilo da se radi o onima kojima je iscrpljen dopušteni pravni put ili su ustavnom žalbom obuhvaćene sve odluke donesene u konkretnom slučaju.

Sve sudske odluke koje donosi pravosudna vlast, u odnosu na Osnovni zakon i osnovna prava sadržana u njemu, mogu biti predmet ustavne žalbe, nezavisno od činjenice jesu li ih donijeli savezni ili zemaljski sudovi.<sup>41</sup>

BVerfG u početku naglašavao svoju uzdržanost u aktivitetu prema drugim sudovima. Zaokret bilježimo u slučaju Lüth,<sup>42</sup> u kojem je pribjegao intenzivnijem nadzoru sudstva.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 17.

<sup>38</sup> BVerfGE 1, 184.

<sup>39</sup> BVerfGE 25, 124.

<sup>40</sup> BVerfGE 7, 17.

<sup>41</sup> BVerfGE 42, 312.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 198. Da se ustavno pravo mora primijeniti i u civilnim i krivičnim stvarima, pokazao je slučaj Lüth uz 1959. godine. Ovdje je producent filma koji je režirao filmski radnik nekad blizak nacistima optužio Ericha Lütha da zbog toga bojkotuje film. Nakon presude nižeg suda, koji je na osnovu građanskopravnog zakonika osudio Lutha na plaćanje štete, slučaj je došao na Ustavni sud. Uviđajući očiti konflikt između prva dva paragrafa u čl. 5 Osnovnog zakona, Sud je utvrdio primat slobode govora, ali i to da se opšte pravo ograničeno primjenjuje samo kad govor interferira s drugim pravima. Političko mišljenje ima preferenciju nad mišljenjem koje se izražava radi ekonomske koristi. Ovaj je slučaj pojasnio osnovnu potrebu za slobodom govora i pripremio standarde koji se imaju slijediti ukoliko se misle uspostaviti ustavom propisana ograničenja. Sud je ne samo osudio legalistička i birokratska nametanja dijelu čl. 5 ustavnog akta nego je i jasno utvrdio rečena načela. Vidi: Arsen Bačić, "O sudskom aktivizmu ili političkoj ulozi sudova", *Politička misao*, 1998, br. 2, str. 101.



U svojoj interpretaciji BVerfG je u ovom slučaju izrazio zahtjev prema kojem redovni sudovi više ne mogu kao granicu između učinka i realizacije osnovnih prava uzimati isključivo zakon, već se u obzir mora uzeti i učinak koji ta prava imaju na pojedine zakone. Prema stavu BVerfG zakoni se mogu primjenjivati samo u okviru međusobne interakcije osnovnog prava i zakona. Na osnovu takvog stava suda, razvila se i teorija o interakciji, prema kojoj je BVerfG ovlašten da ispituje primjenjuju li ostali sudovi neki zakon ispravno, odnosno jesu li u toj primjeni sudovi određeni zakon tumačili i u skladu s Osnovnim zakonom.<sup>43</sup>

Savezni Ustavni sud je svojom ustavnom praksom razbio mnoge autoritarne državne tradicije i dao konture principu pravne države. Značajne su odluke o zabrani političkih partija,<sup>44</sup> a posebno je razvio ustavni princip načela proporcionalnosti, koji je postao uzor sudovima i van njemačkih granica.

U njemačkom ustavnopravnom sistemu jedino odluke BVerfG nijesu prikladan predmet ustavne žalbe. Tako BVerfG ne dopušta mogućnost da odluka jednog senata bude osporavana ustavnom žalbom pred drugim senatom, niti da se odluka istog senata donešena po ustavnoj žalbi ne smije ponovno preispitivati,<sup>45</sup> a načelno ni odluke komora BVerfG ne mogu biti predmet ustavne žalbe.

<sup>43</sup> H. Scholler, "Načelo pravne države u praksi Saveznog ustavnog suda s obzirom na obvezujuću snagu presuda", u: *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava*, Organizator, Zagreb, 2000, str. 253–255.

<sup>44</sup> Poučen posljedicama indiferentnosti Vajmarskog ustava u odbrani slobodarske demokracije i vođen načelom "nema bezuslovne slobode za neprijatelje slobode", njemački je ustavotvorac ugradio u član 21 st. 2 Osnovnog zakona posebni normativni mehanizam za njenu zaštitu: "Protivustavne su stranke koje svojim ciljevima ili ponašanjem svojih pristalica idu na podiranje ili uklanjanje slobodnog demokratskog ustavnog poretka ili na ugrožavanje opstojnosti Savezne Republike Njemačke. O pitanju njihove protivustavnosti odlučuje Savezni ustavni sud. (Bundesverfassungsgericht – BVerfG)." Presuda SUS-a o neustavnosti neke stranke konstitutivna je jer stranka postaje neustavna samo ako tako odluči BVerfG, jer BVerfG ne utvrđuje deklaratorno neustavnost već ionako neustavne stranke. Vidi: Franz, Paul: "Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 5, No. 1 (1982), str. 63-64; <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol5/iss1/3>. BVerfG je do danas zabranio dvije političke stranke: 1952. godine *neonacističku Socijalističku partiju* – SRP, BVerfGE 2, 1 (11) – SRP-Verbot (Urteil des Ersten Senats vom 23. Oktober 1952-1 BvB 1/51), §34 i 1956. godine *Komunističku partiju Njemačke* – KPD BVerfGE 5, 85 (197) – KPD-Verbot (Urteil des Ersten Senats vom 17. August 1956 – 1 BvB2/51), §515, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>, na predloge za njihovu zabranu koje je podnijela Vlada Njemačke, oba 1951. godine, za vrijeme predsjedavanja kancelara Adenauera.

<sup>45</sup> BVerfGE 72, 84 (88). Isti senat ne može ponovo odlučivati u istoj stvari, ali ga to ne sprečava da u nekom činjenično i pravno uporedivom slučaju ponovno odlučuje i promijeni praksu.

Instancijske odluke koje prethode odluci kojom je iscrpljen dopušteni pravni put ne mogu biti samostalan predmet ustavne žalbe, već se mogu osporavati isključivo redovnim ili vanrednim pravnim lijekom.<sup>46</sup> Za razliku od toga međuodluka ili neka druga odluka kojom se zaključuje neki akcesorni postupak i koja proizvodi pravne učinke iz kojih mogu proizaći povrede osnovnih prava mogu biti predmet ustavne žalbe.<sup>47</sup>

#### ISCRPLJENOST DOPUŠTENOG PRAVNOG PUTA

Ustavna žalba je sredstvo koje je dopušteno samo kada po *iscrpljivanju redovnih mogućnosti pravnih postupaka* postoji potreba za sprečavanje povrede osnovnog prava.<sup>48</sup> Iscrpljivanje dopuštenog pravnog puta postepeni je izraz načela supsidijarnosti ustavne žalbe, prema kojem podnosilac žalbe mora tražiti suspenziju određenog akta njemačke javne vlasti prije svega putem druge pravne pomoći koja mu je zakonski stavljena na raspolaganje.<sup>49</sup> Zbog toga smisao ustavne žalbe nije da se preko aktiviteta BVerfG dođe do pravnog osnova za otvaranje pravnog puta protiv osporenog akta javne vlasti. Podnosilac žalbe najprije mora iscrpiti postojeći, jer ustavna žalba predstavlja krajnji ali i ekskluzivni pravni put.<sup>50</sup>

Ustavna žalba se ne dopušta kada postoji ili je postojala neka druga mogućnost da se otkloni osnovnopravna povreda ili da se kroz redovan pravni sistem postigne rezultat koji odgovara onome što se postiže ustavnom žalbom, jer zaštita osnovnih prava nije isključivi zadatak BVerfG, već je i “najvažniji zadatak svih sudova” intervenisati u okviru svoje nadležnosti kod kršenja osnovnih normi i pružiti odgovarajuću pravnu zaštitu.<sup>51</sup> S obzirom na to da se u njemačkom pravnom sistemu kao predmet ustavne žalbe može naći i zakonska norma, praksom BVerfG zapravo je određeno što se smatra iscrpljivanjem dopuštenog pravnog puta. BVerfG ovdje upućuje podnosioca na put indirektno pravne zaštite ukoliko

---

<sup>46</sup> BVerfGE 1, 9.

<sup>47</sup> BVerfGE 17, 262.

<sup>48</sup> BVerfGE 82, 6.

<sup>49</sup> BVerfGE 63, 77.

<sup>50</sup> BVerfGE 38, 206.

<sup>51</sup> BVerfGE 74, 69.

se njime na prihvatljiv način može postići efektivna pravna zaštita pred redovnim stručnim sudovima.<sup>52</sup>

Kod sudskih odluka iscrpljenost dopuštenog pravnog puta BVerfG veže se za preduzimanje svih procesnih radnji koje prema stanju stvari stoje na raspolaganju podnosiocu u svrhu postizanja korekture zadiranja u njegovu ustavom zaštićenu sferu.<sup>53</sup> Generalno je potrebno u potpunosti proći sve instance predmetnog sudskog postupka, budući da propuštanje samo jednog postojećeg i efikasnijeg pravnog sredstva, zbog djelovanja načela supsidijarnosti, isključuje pravo na ustavnu žalbu.<sup>54</sup>

Saglasno §90 stav 2 rečenica 2 BVerfGG, BVerfG može po ustavnoj žalbi i prije iscrpljivanja dopuštenog pravnog puta donijeti tzv. interpretacijsku predodluku – u slučaju da podnosilac ustavne žalbe važnost konkretnog slučaja učini izvjesnim s obzirom na opštu važnost ustavnopravnih pitanja koja se u njemu otvaraju ili učini vjerovatnim nastup teških i neotklonjivih posljedica. Ovlašćenje koje proizlazi iz §90 stav 2 rečenica 2 BVerfGG diskrecionog je karaktera. Iz prakse BVerfG proizlazi da će on u ovakvim situacijama postupati po izuzetku i samo onda kada je to neophodno.<sup>55</sup>

Saglasno odredbama §23 stav 1 BVerfGG zahtjevi kojima se pokreće postupak moraju se BVerfG uputiti u pisanoj formi. Oni moraju biti obrazloženi te su u njima stranke dužne navesti dokaze koji njihove tvrdnje čine izvjesnim i vjerodostojnim. Prema §93 BVerfGG ustavna žalba se podnosi i obrazlaže u roku od jednog mjeseca. Za slučaj ustavne žalbe koja se podnosi protiv pravne norme kao mjere javne vlasti, §93c stav 3 propisuje jednogodišnji rok za njeno ulaganje. To znači da se cjelokupni pisani podnesak predaje BVerfG u zakonom propisanom roku. Pisanoj formi je svakako udovoljeno ako podnosilac žalbe sam sastavi podnesak i potpiše ga, a svi djelovi potrebnog sadržaja ustavne žalbe moraju stići u okviru roka na njemačkom jeziku. Prema sudskoj praksi zahtjev za pisanu formu zadovoljen je i telegrafskim ulaganjem ustavne žalbe ili njenim uručanjem

<sup>52</sup> BVerfGE 68, 319.

<sup>53</sup> BVerfGE 72, 39.

<sup>54</sup> BVerfGE 22, 287.

<sup>55</sup> BVerfGE 8, 38.

putem telefaksa.<sup>56</sup> Ako se ustavna žalba podnosi preko advokata ili nekog nastavnika prava, zastupanje se zasniva na posebnom punomoćju.

#### ODLUČIVANJE O USTAVNOJ ŽALBI

BVerfG je pravosudnoorgan savezne države koje u odnosu na sva ostala ustavna tijela odlučuje samostalno i nezavisno, a članovima BVerfG je ustavom utvrđen status sudija pravosudne vlasti koji sporove iz svoje nadležnosti rješavaju prema osnovnim pravnim mjerilima.<sup>57</sup> BVerfG je za postupanje u organskim sporovima, federalnim sporovima, postupcima apstraktne kontrole propisa, postupcima konkretne kontrole propisa, *postupcima u povodu ustavne žalbe (akcesorni postupci)* i ostalim postupcima propisanim saveznim zakonom.

BVerfG predstavlja najvažniji segment njemačkog ustavnopravnog i državnopravnog života. Organizovan je po senatskom principu tako da svaki senat predstavlja "Savezni ustavni sud".<sup>58</sup> Senati su međusobno odvojeni u organizacijom i personalnom smislu i u radu su samostalni i po rangu jednaki, pa jedan senat ne može provjeravati odluku drugog senata,<sup>59</sup> a nadležnost svakog senata određena je Zakonom.<sup>60</sup> Osim po senatima, BVerfG može odlučivati i u plenumu kada odlučuje u situacijama kada jedan senat namjerava da odstupi od pravnog stava koji je usvojio drugi senat.<sup>61</sup> Suđenje u plenumu mora biti izazvano odlukom u kojoj je izraženo drugačije mišljenje ili je ono ostalo neizgovoreno ali je nespojivo s odlukom drugog senata.<sup>62</sup>

Odredbama člana 94 stav 1 rečenica 1 Osnovnog zakona propisano je da polovinu sudija BVerfG bira Savezno vijeće posredno, a drugu polovinu Zemaljsko vijeće neposredno. Sudije se svaki put biraju kao članovi određenog senata, dok predsjednika i potpredsjednika biraju vijeća naizmjenično,<sup>63</sup> a proglašava

---

<sup>56</sup> BVerfGE 67, 213.

<sup>57</sup> Član 97 GG.

<sup>58</sup> BVerfGE 1, 14.

<sup>59</sup> BVerfGE 7, 17.

<sup>60</sup> Vidjeti §14 BVerfGG.

<sup>61</sup> Vidjeti §16 BVerfGG te BVerfGE 4, 27.

<sup>62</sup> Vidjeti BVerfGE 4, 27

<sup>63</sup> Vidjeti §9 st. 1 i §101 BVerfGG.

ih Savezni predsjednik.<sup>64</sup> U svaki senat bira se osam sudija, čiji mandat traje 12 godina.

Nadležnost senata uređena je §14 BVerfGG. Prema naznačenoj odredbi za ustavne žalbe u načelu je nadležan Prvi senat. Izuzetak čine komunalne ustavne žalbe podnesene prema §91 BVerfGG, kao i ustavne žalbe iz područja izbornog prava, koje su u nadležnosti Drugog senata. Od načelne podjele nadležnosti BVerfGG dopušta određena odstupanja. Ona su moguća kroz zaključke plenuma Saveznog BVerfG, kada je transfer nadležnosti potreban radi uklanjanja preopterećenosti određenog senata. U situacijama oko ingerencije, saglasno §14, stav 5 BVerfGG, odluku donosi šestočlani odbor sastavljen od predsjednika i potpredsjednika suda, četiri sudije, po dva iz svakog senata. U slučaju jednakog broja glasova presuđuje glas predsjednika BVerfG.

#### *Odlučivanje komora BVerfG*

Na osnovu §15a BVerf Osnovnog zakona u okviru svakog senata formiraju se *komore*, čija je zadatak sprovođenje postupka prihvatanja na odlučivanje ustavne žalbe na način utvrđen §93b BVerfGG. Svaku komoru čine tri sudije. Postupak prihvatanja na odlučivanje ustavne žalbe u praksi BVerfG najčešće je i završni postupak. U praksi se oko 97% svih ustavni žalbi rješava zaključcima Komore, a samo oko 3% dopijeva u Senat. Postupak prihvatanja na odlučivanje započinje dodjelom konkretnog slučaja sudiji izvjestiocu. Prema njegovom izvještaju Komora odlučuje o prihvatanju na odlučivanje, a odluka o tome mora biti jednoglasna. Ako se jednoglasnost ne može postići, Komora ne donosi odluku, već se kompetencija za odlučivanje prenosi na Senat saglasno §93b rečenica 2 BVerfGG. Komora je, osim za prihvatanje na odlučivanje, ovlašćena i da samostalno pozitivno riješi stvar kada je s obzirom na recentnu praksu BVerfG očita utemeljenost ustavne žalbe.

Postupak prihvatanja ustavne žalbe na odlučivanje pred Komorom može biti završen na tri načina:

---

<sup>64</sup> Vidjeti §10 BVerfGG.

– Komora može jednoglasnim zaključkom odbiti prihvatanje na odlučivanje ustavne žalbe, kod odsutnosti uslova propisanih §93a BVerfGG, pri čemu se dalji postupak ne sprovodi, dok se postupanje po ustavnoj žalbi okončava.

– Komora može samostalno odlučiti i utvrditi osnovanost ustavne žalbe usljed njene “očite osnovanosti”, kada postoje pretpostavke sadržane u §93a stav 2 i §93c stav 1 BVerfGG.

– Komora može donijeti i jednoglasni zaključak o prihvatanju ustavne žalbe na odlučivanje i dostaviti je Senatu.

### *Odlučivanje senata BVerfGG*

*Način i uslovi odlučivanja.* – Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi u komorama ne veže senat u njegovom daljem odlučivanju. On ima ovlašćenje:

- da odbaci ustavnu žalbu zbog njene formalne nedopuštenosti,
- da odbaci ustavnu žalbu *a limine* zbog njene očite neosnovanosti,
- postupi po ovlašćenju §93c stav 1 BVerfGG i donese odluku o usvajanju ustavne žalbe zbog njene očite utemeljenosti.

Ukoliko senat ne postupi po nekom od navedenih ovlašćenja, prelazi se na glavnu raspravu.

Predsjednik senata u skladu s §23 stav 2 BVerfGG dostavlja ustavnu žalbu na odgovor u sudskom roku. Odredbama §22 Poslovnika BVerfG ovlašćuje Sud da za potrebe postupka traži i pribavi mišljenja različitih eksperata, kao i mišljenja drugih interesnih grupa, a može dostaviti predmetne ustavne žalbe i njima na izjašnjenje.<sup>65</sup>

BVerfG na osnovu usmene rasprave donosi presudu, dok se u svim ostalim situacijama meritornog odlučivanja predmet okončava rješenjem. Saglasno odredbi §95 stav 1 BVerfGG, kada se ustavna žalba usvaja, u njoj se mora utvrditi koje je osnovno ili s njime izjednačeno pravo povrijeđeno i je li to učinjeno radnjom ili propustom.

BVerfGG saglasno §30 stav 1 i 3 odlučuje tajnim vijećanjem i glasanjem na osnovu slobodnog sudijskog uvjerenja. Sudske odluke sastavljaju se u pisanom

---

<sup>65</sup> BVerfGE 21, 12.

obliku i moraju biti obrazložene i potpisane od sudija koji su učestvovali u njihovom donošenju. Ukoliko je održana usmena rasprava, odluka se publikuje uz saopštavanje bitnih razloga za njeno donošenje. Sve odluke se moraju dostaviti učesnicima u postupku. Odluke BVerfG imaju svojstvo izvršnog naslova. Prema §35 BVerfGG, BVerfG može u svojoj odluci odrediti ko ju je dužan izvršiti, a u konkretnom slučaju može odrediti vrstu i način izvršenja

*Odlučivanje senata o privremenim mjerama.* – Odredbama §32 BVerfGG privremena mjera donosi se za slučaj otklanjanja teških posljedica, otklanjanja prijeteće sile ili iz nekog drugog razloga važnog za postizanje opšteg dobra, odnosno u situacijama kada to zahtijeva hitnost. Zbog najčešće dalekosežnosti posljedica po pravnu sigurnost koje donešena privremena mjera izaziva, BVerfG u praksi postavlja zahtjevne uslove za njeno izdavanje. Privremena mjera se donosi u rijetkim i izuzetnim slučajevima, pri čemu se kriterijumi za njeno izricanje tumače restriktivno. “Odbijanje teške posljedice” predstavlja u praksi BVerfG najvažniji pravni osnov za izdavanje privremene mjere. Postojanje ove okolnosti kao pravnog osnova donošenja privremene mjere BVerfG je našao u slučajevima nastupa zatvorske kazne;<sup>66</sup> u pitanjima vezanim za izručenje ili uskraćivanje ulaska u zemlju, i za pravo na azil,<sup>67</sup> protjerivanje ili deportaciju stranca koji je u braku s njemačkim državljaninom;<sup>68</sup> u slučajevima opasnosti od uništenja ekonomske baze egzistencije podnosioca zahtjeva;<sup>69</sup> potrebe za neposrednom pojačanom njegovom ili smještajem u dom;<sup>70</sup> gubitka radnog mjesta,<sup>71</sup> teških zdravstvenih oštećenja,<sup>72</sup> iseljenja iz stana.<sup>73</sup>

*Odlučivanje senata o troškovima ustavnosudskog postupka.* – Pod troškovima ustavne žalbe podrazumijevaju se sudski troškovi i troškovi zastupanja. Postupak pred BVerfG je besplatan saglasno Amandmanu V na BVerfGG,<sup>74</sup> pa troško-

<sup>66</sup> BVerfGE 14, 11.

<sup>67</sup> BVerfGE 6, 443.

<sup>68</sup> BVerfGE 35, 177..

<sup>69</sup> BVerfGE 14, 153.

<sup>70</sup> BVerfGE 84, 345.

<sup>71</sup> BVerfGE 85, 167.

<sup>72</sup> BVerfGE 88, 169.

<sup>73</sup> BVerfGE 92, 126.

<sup>74</sup> §34 stav 1 BVerfGG.

vi ustavnog suđenja padaju na teret budžetskih sredstava BVerfG. Ustavnosudski postupak pokrenut po ustavnoj žalbi poznaje troškove zastupanja, koje snose davaoci punomoćja. Troškovi advokata, profesora pravnih škola i drugih učesnika postupka po ustavnoj žalbi određuju se prema Saveznoj advokatskoj tarifi.

## ZAKLJUČAK

Ustavna žalba prema Osnovnom zakonu označava institut obraćanja BVerfGG, s tvrdnjom da je javna vlast (zakonodavstvo, pravosuđe, uprava) povrijedila podnosioca žalbe u nekom osnovnom pravu ili pravu koje je po ustavu s njim izjednačeno, a prema praksi BVerfG “*specifično pravno sredstvo građana prema državi*”. To pravno sredstvo je ‘svakome’ dato kad je javna vlast, odnosno kada je država reprezentovana kroz ma koji organ povredila sferu predlagača koja je kroz osnovna prava osigurana naspram države.” Svrha ustavne žalbe se ne iscrpljuje u procesnom jemstvu zaštite individualnog osnovnog prava. Njena društvena uloga je dvojakog karaktera. S jedne strane ona štiti osnovna prava i kroz aktivnost BVerfG, doprinosi očuvanju osnovnih prava i služi njihovom tumačenju, razvijanju i usavršavanju.<sup>75</sup>

Ona je posljednja i supsidijarna pravna pomoć, dopuštena samo onda kada su iscrpljene sve redovne procesno-pravne mogućnosti. Ustavna žalba nije dio redovnog pravnog puta koji se jemči članom 19 stav 4 Osnovnog zakona, već je izraz generalne podjele nadležnosti između Saveznog ustavnog suda i stručnih sudova. Ustavna žalba u pravnom sistemu SR Njemačke ima dvostruki karakter, jer “čuva objektivno ustavno pravo i služi njegovom tumačenju i nadgrađivanju”.<sup>76</sup>

Ustavni razvitak Osnovnog zakona nezamisliv je bez Saveznog ustavnog suda, a pravni sistem bez ustavne žalbe, pri čemu je ustavno sudstvo preko ustavnog suda, kao posebne državne institucije visokog autoriteta, nadležne za zaštitu ustavnosti krana pravne zaštite Osnovnog zakona. Njegova osnovna funkcija je ograničavanje, racionalizovanje i nadzor državne i društvene moći. Osnovni zakon uz ustavno sudstvo u njemačkom ustavnopravnom sistemu jemči slobodu i prava građana i pravnu vezanost državne vlasti, kao integrišući činilac, ali i kao osnov za uspostavljanje društveno uslovljenog regulacionog optimuma,<sup>77</sup> to

---

<sup>75</sup> BVerfGE 45, 63.

<sup>76</sup> J. Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, II izdanje, University Press, Sarajevo, 2012, str. 35.

<sup>77</sup> P. Häberle, *Ustavna država*, Politička kultura, Zagreb, 2002, str. 117–119; 254.



je sud cijele *res publicae*, pa se ne može fiksirati na neku pravnu školu ili teoriju. Uticaj Saveznog ustavnog suda odavno je prešao nacionalne okvire, a njegova jurisprudencija je za ustavne sudove drugih nacionalnih država, pa i Crne Gore, stalan i neiscrpan izvor načela, opštih pravila i metoda ustavne interpretacije u postupcima zaštite osnovnih prava građana i očuvanja objektivnog nacionalnog ustavnopravnog poretka, te je kontrola ustavnosti koju provode institucionalizovani ustavni sudovi postala središnja priča novih evropskih tranzicionih država.<sup>78</sup>

Prihvatanjem fundamentalnih postavki njemačke ustavnosudske dogmatike kad je riječ o pristupu Ustavu i tumačenju ustavnog teksta, Ustavni sud Crne Gore uspio je da savlada najteži problem u svom dugogodišnjem traženju puta prema istinskoj konstitucionalnoj jurisprudenciji. Kao rezultat toga procesa stručna i laička javnost se na nov način susrijeće s ustavnim sudstvom i s otkrivanjem njegova stvarnog uticaja na demokratske procese u čijem je središtu vladavina prava i zaštita ljudskih prava. Otpori su jaki, pa ću u tom smislu ovaj rad završiti riječima Jutte Limbach: “Polako, vrlo polako Njemci su naučili kako čitati svoj Osnovni zakon. Vjerovatno u tome nikada ne bi uspjeli da Savezni ustavni sud s njima nije neumorno vježbao ustavnu abecedu. Dio priče bilo je i to što su političari morali shvatiti kakve su obilne nadležnosti dodijelili tom sudu.”<sup>79</sup>

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ, LL.M.,  
Judge, Constitutional Court of Montenegro

## CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

### Summary

Constitutional appeal is established and regulated by the Law on Constitutional Court from 1951. The Basic Law marks the constitutional complaint an institute of addressing the Federal Con-

---

<sup>78</sup> R. Arnold. Constitutional Courts of Central and Eastern European Countries as a Dynamic Source of Modern Legal Ideas, *The Tulane European & Civil Law Forum*, New Orleans, vol. 18 (2003), 99–115.

<sup>79</sup> Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court*, supra bilj. 4, 19. i J. Limbach, *Savezni ustavni sud Njemačke*, URZ, Sarajevo, 2012, str. 18.

stitutional Court with a claim that the public authority, legislative, judicial and administrative have violated the applicant's fundamental rights or a right that has been made equal to a fundamental right by the Constitution. At the same time, the constitutional appeal is an exclusive legal remedy being that it is not a right of the addressee to exhaust the allowed legal way inside the German constitutional system and it represents an original and subsidiary procedural institute, limited by procedural assumptions for its use. Constitutional judiciary in the Federal Republic of Germany, through Constitutional Court as a special state institution of high authority in charge of protection of constitutionality, represents the crown of legal protection of the GG. Its basic function is restraint, rationalization and supervision of state and social power. The GG along with the constitutional judiciary in the German constitutional system guarantees freedoms and rights of citizens and legal cohesion of the state authority.



VLADIMIR ĐURIĆ,  
SAVO MANOJLOVIĆ

## REFERENDUMSKO IZJAŠNJAVANJE O STATUSU KiM – Ustavnopravni aspekti –

### U V O D

U sklopu pitanja uređivanja položaja Kosova i Metohije (u daljem tekstu KiM) Evropska unija od Republike Srbije zahteva da sa privremenim institucijama samouprave u Prištini zaključi “pravnoobavezujući sporazum”. Pojedini predstavnici članica EU, naročito SR Nemačke, javno su isticali da pravnoobavezujući sporazum zapravo treba da bude posvećen regulisanju međusobnih odnosa po modelu dve Nemačke koji je ustanovljen Osnovnim ugovorom iz 1972.<sup>1</sup> Najviši predstavnici vlasti Republike Srbije u svojim javnim nastupima ističu da su za kompromisno rešavanje kosovskog pitanja, a protiv zamrznutog konflikta, što zapravo znači da su spremni da ishod pregovora s institucijama privremene samouprave bude zaključivanje jednog takvog sporazuma.

Štaviše, oni su, neposredno pred nastanak ovog rada, istakli da “ni iza čega i ni iza koga ne žele da se kriju”, te da će “narod da donese odluku o svojoj

---

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo.  
Savo Manojlović, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo.

<sup>1</sup> Vid. “Gabrijel doneo predlog- Srbija i Kosovo kao dve Nemačke?” [https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2018&mm=02&dd=16&nav\\_category=640&nav\\_id=1359418](https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2018&mm=02&dd=16&nav_category=640&nav_id=1359418), pristupljeno 20.03.2018.

budućnosti”<sup>2</sup>, a svoju političku poziciju definisali su kroz zalaganje za “razgraničenje sa Albancima”, uz opasku da “rešenja za KiM, ako ga bude, mora biti sveobuhvatno, a ne jednostavno, niti uprošćeno..”<sup>3</sup>

Takođe, oni su istakli da neće ništa prethodno potpisati već da će “ići pred narod da kaže da li to želi ili ne”.<sup>4</sup> U jednom od prethodnih radova jednog od autora ovog teksta obrazloženo je da je zajednički imenitelj “rešavanja otvorenih bilateralnih pitanja”, tačnije rešavanja pitanja granica i članstva tzv. Kosova u međunarodnim organizacijama, zapravo priznavanje njegovog međunarodnog subjektiviteta, bez obzira na to da li će to značiti i eksplicitno priznavanje državnosti tzv. Kosova od strane Republike Srbije, te da se, budući da bi jedan takav sporazum rešavao pitanja koja su po svom karakteru predmet međunarodnog pravnog regulisanja i uz evidentnu činjenicu da on, po prirodi stvari, ne bi mogao da bude regulisan pravom Republike Srbije, jasno može zaključiti da bi takav sporazum, po svojoj pravnoj prirodi, bio međunarodni ugovor.<sup>5</sup> U kontekstu najavljenog zaključivanja sporazuma i rešavanja statusa KiM, pažnju valja usmeriti ka otvorenim ustavnopravnim pitanjima referendumskog izjašnjavanja građana Republike Srbije o statusu KiM.

### *Obavezni karakter i predmet referendumskog izjašnjavanja*

Načelno posmatrano, obavezni karakter referendumskog izjašnjavanja građana o statusu KiM, prema važećim rešenjima sadržanim u Ustavu, može da zavisi od sadržine predloženih rešenja, ali i forme ak(a)ta u kojem/kojima će takva rešenja biti sadržana. Autori ovog rada u analizi ustavnopravnih aspekata referendumskog izjašnjavanja o statusu KiM u pogledu sadržine rešenja polaze kako od eksplicitno izloženih stavova nosilaca vlasti u Republici Srbiji, tako i od nužnih implikacija takvih stavova. Može se stati na stanovište da će ponuđeno reše-

<sup>2</sup> Vid. “Vučić: Neću da se krijem iza naroda sa predlogom za Kosovo”, <http://rs.n1info.com/a399460/Vesti/Vucic-Necu-da-se-krijem-iza-naroda-sa-predlogom-za-Kosovo.html> pristupljeno 10.07.2018

<sup>3</sup> Vid. “Vučić: Ja sam za razgraničenje sa Albancima” <http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/1/politika/3224648/vucic-ja-sam-za-razgranicenje-sa-albancima.html> pristupljeno 12.08.2018.

<sup>4</sup> Vid. “Usijanje: Kako će i kada narod da odluči o Kosovu”, <https://www.blic.rs/vesti/politika/usijanje-kako-ce-i-kada-narod-da-odluci-o-kosovu/4jg5t32> - pristupljeno 1.07.2018.

<sup>5</sup> V. Đurić, Međunarodni ugovori u ustavnopravnom sistemu Republike Srbije, Suočavanje sa zaključivanjem pravnoobavezujućeg sporazuma o Kosovu i Metohiji, Zbornik radova sa Naučnog skupa sa međunarodnim učešćem “Univerzalno i osobeno u pravu”, Tom I, Kosovska Mitrovića, 2018, str. 267–286.

nje podrazumevati “razgraničenje”, ali i niz drugih aspekata “bilateralnih odnosa”, (međunarodno)pravnog statusa KiM, kao i pravnog položaja državljana Republike Srbije koji žive u toj autonomnoj pokrajini. Sa druge strane, u pogledu pitanja forme ak(a)ta u kojem/ima će rešenje biti sadržano, autori su imali u vidu formu (međunarodno)pravnoobavezujućeg sporazuma, ustavnog zakona za promenu Ustava i naposljetku potpuno novog Ustava. Prema mišljenju autora, upravo su dileme da li će svi aspekti predloženog rešenja biti sadržani u jednom aktu, ili će pojedini segmenti sveobuhvatnog rešenja biti sadržani u većem broju akata različite pravne prirode i snage, od ključnog značaja za sagledavanje ustavnopravnih aspekata referenduskog izjašnjanja građana o statusu KiM.

Prema čl. 99. Ustava, Narodna skupština, između ostalog, odlučuje o promeni granice Republike Srbije. Ustav ni u jednom članu ne govori o načinu odlučivanja u Narodnoj skupštini o tom pitanju. Sistemskim tumačenjem može se stati na stanovište da bi većina koja bi se zahtevala za odluku o promeni granice Republike Srbije, naročito u kontekstu teritorije koju obuhvata autonomna pokrajina KiM, morala iznositi najmanje većinu od ukupnog broja narodnih poslanika, jer se upravo tom većinom, prema čl. 105. st. 2. Ustava, odlučuje o zakonu kojim se uređuje teritorija autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave. Razume se, takva odluka bi mogla da bude predmet fakultativno-obaveznog referenduma, jer je prema čl. 108. st. 1. Ustava, Narodna skupština dužna da na zahtev većine svih narodnih poslanika ili najmanje 100.000 birača raspiše (prethodni? – *sic!* – *videti dalji tekst*) referendum o pitanju iz svoje nadležnosti.

Ako bi pak, odluka o promeni granice u delu teritorije države koji obuhvata autonomna pokrajina KiM istovremeno značila i prestanak postojanja te autonomne pokrajine u ustavnopravnom sistemu Republike,<sup>6</sup> onda bi takva odluka podlegala obaveznom naknadnom referenduskom izjašnjanju svih građana, jer se, prema čl. 182. st. 3. Ustava, već osnovane autonomne pokrajine mogu ukidati po postupku predviđenom za promenu Ustava, pri čemu predlog za ukidanje postojećih autonomnih pokrajina utvrđuju građani na referendumu, u skladu sa zakonom. S druge strane, može se istaći i da bi većina koja bi se zahtevala za odluku

---

<sup>6</sup> Na ovom mestu treba učiniti jednu važnu napomenu u vezi s pojmom “razgraničenje” i eventualnom referenduskom izjašnjanju o takvom rešenju statusa KiM. Naime, u starijoj domaćoj pravnoj literaturi jasno je istaknuto da je posebna vrsta referenduma, slična plebiscitu u međunarodnom pravu, referendum povodom teritorijalnih pitanja, ali da između njih postoji razlika, jer je u prvom slučaju reč o razgraničenju između *država*, dok je kod referenduma o teritorijalnim pitanjima reč o razgraničenju između *unutrašnjih jedinica jedne države* – v. M. Jovičić, Referendum, pokušaj uporednopravnog izučavanja, Beograd, 1957, str. 26.

o promeni granice, u delu teritorije koji obuhvata KiM, morala iznositi dve trećine od ukupnog broja poslanika i da bi se, kao i u slučaju promene Ustava regulisane čl. 203. Ustava, donosila u dve faze – najpre kroz odluku o predlogu za promenu granice, a zatim i kroz odlučivanje o samom aktu o promeni granice. Na takav zaključak upućuje Preambula Ustava prema kojoj je pokrajina KiM, dakle Pokrajina shvaćena u smislu teritorije koju je ona obuhvatala u vreme donošenja Ustava, sastavni deo teritorije Srbije, a promena preambule podleže postupku u kojem se dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika najpre odlučuje o predlogu za promenu Ustava, a zatim istom većinom i o samom aktu o promeni Ustava. Štaviše, takva analogija bi neizostavno značila i da odluka o promeni granice Republike Srbije u delu teritorije koji, prema važećim propisima, obuhvata KiM, bila predmet obaveznog referendumskog izjašnjanja građana u kontekstu odredbe čl. 203. st. 6. Ustava.

U vezi s mogućnošću različitih tumačenja o obavezности referendumskog izjašnjanja građana o odluci o promeni granice Republike, posebnu pažnju privlači odredba čl. 182. st. 4. Ustava prema kojoj se teritorija autonomnih pokrajina ne može menjati bez saglasnosti njenih građana izražene na referendumu, u skladu sa zakonom. Ta odredba znači da bi se u slučaju raspisivanja i/ili obaveznog održavanja referendumu na nivou čitave Republike morao održati i referendum na nivou AP KiM, pri čemu se, čak i u slučaju da se na nivou čitave Republike građani izjasne za promenu državne granice u njenom delu koji se odnosi na KiM, takva odluka ne bi mogla smatrati punovažnom i pravnoobavezujućom dokle god se s tim ne bi saglasili i građani sa KiM. Referendumsko izjašnjanje građana sa KiM (i to na posebnom obaveznom referendumu) bi otvorilo niz pitanja od kojih dva privlače posebnu pažnju – ko su, u kontekstu neažuriranih biračkih spiskova, posebno u delu populacije albanske nacionalnosti sa KiM, lica koja bi uživala pravo izjašnjanja na tom referendumu i da li bi na takvom referendumu uopšte bilo moguće postići eventualnu saglasnost za odluku o promeni teritorije AP KiM, a samim tim i granice Republike, budući da Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi (u daljem tekstu ZRNI)<sup>7</sup> propisuje da se odluka o pitanju koje je bilo predmet izjašnjanja na referendumu smatra donetom ukoliko je za nju glasala većina građana koji imaju biračko pravo i koji su upisani u birački spisak, a da bi se osnovano moglo pretpostaviti da bi birači albanske nacionalnosti takav referendum bojkotovali, čak i u sredinama u kojima bi se on mogao održati.

<sup>7</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 48/94 i 11/98.

Ustav ne reguliše ni formu akta kojim se odlučuje o promeni granica. “Razgraničenje” kao jedan od elemenata rešavanja statusa KiM za koji se zalažu predstavnici vlasti Republike Srbije, vezuje se za zaključivanje akta u formi (međunarodno)pravnoobavezujućeg sporazuma. Ustav, u čl. 182. st. 2. predviđa da će se suštinska autonomija KiM regulisati isključivo posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava. U vezi s izloženom odredbom čl. 182. st. 2. Ustava, a u kontekstu eventualnog (međunarodno)pravnoobavezujućeg sporazuma s “Kosovom”, treba razmotriti nekoliko važnih pitanja. Naime, na osnovu izložene odredbe čl. 182. Ustava jasno je da su sva pitanja u vezi s KiM *materiae constitutionis*, te da bi bilo kakav pokušaj eventualnog tretiranja takvog pravnoobavezujućeg sporazuma kao međunarodnog ugovora koji ne zahteva donošenje novih ili izmenu važećih zakona, a što bi prema čl. 14. st. 2. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora<sup>8</sup> otvorilo mogućnost da se o takvom sporazumu Narodna skupština i ne izjašnjava, bilo ustavnopravno neprihvatljivo, a *fortiori* što Ustav izričito propisuje da se teritorija autonomnih pokrajina određuje zakonom. S druge strane, moglo bi se postaviti pitanje da li bi zakon kojim se potvrđuje, odnosno ustavnopravno ratifikuje pravnoobavezujući sporazum koji ima karakteristike međunarodnog ugovora između Beograda i Prištine mogao da se smatra ustavnim zakonom kojim će se urediti suštinska autonomija KiM?

Formalno posmatrano, takva mogućnost postoji, ali u tom slučaju takav zakon mora biti donesen po postupku za promenu Ustava. Budući da Ustav propisuje dva različita postupka za svoju promenu, moglo bi se postaviti pitanje po kojem postupku bi se odlučivalo o usvajanju takvog zakona? S jedne strane, imajući u vidu da je odredba koja reguliše usvajanje ovog zakona svrstana u poglavlje o teritorijalnoj organizaciji i da Ustav ne pominje teritorijalnu organizaciju kao pitanje o kojem se, u postupku revizije Ustava, mora raspisati obavezni naknadni ustavni referendum, moglo bi se rezonovati da bi se takav zakon doneo po proceduri za promenu Ustava koja ne predviđa obavezni, već fakultativni ustavni referendum.<sup>9</sup> Zagovornici takvog stava mogli bi da ističu i da Ustav u čl. 108. st. 2. predviđa da predmet referenduma ne mogu biti obaveze koje proizilaze iz međunarodnih ugovora. S druge pak strane, polazeći od činjenice da Ustav u čl. 203. st. 7. propisuje da je Narodna skupština dužna da akt o promeni Ustava stavi na re-

---

<sup>8</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 32/13.

<sup>9</sup> U naučnim komentarima Ustava su takvi stavovi već izneseni – vid. M. Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 233.



publički referendum radi potvrđivanja ako se promena Ustava, između ostalog, odnosi na uređenje vlasti pod kojim se ne mogu smatrati samo odredbe Petog dela Ustava čiji je rubrum "Uređenje vlasti", zapravo pod kojim se ne može smatrati samo uređenje centralne vlasti, već i teritorijalno uređenje, jasno se može utvrditi da bi takav zakon trebalo da bude predmet referendumske izjašnjavanja građana. Sistemsko tumačenje Ustava podržava takav zaključak. Naime, iz svih ustavnih odredbi koje se odnose na KiM proističe da je ono sastavni deo teritorije Srbije i da, u okviru postojećeg ustavnog sistema, može samo da ima položaj suštinske autonomije u okviru suverene države Srbije, a što je izričito navedeno u Preambuli, za čiju se promenu zahteva obavezni ustavni referendum. Takođe, na osnovu odredbi sadržanih u načelima Ustava prema kojima suverenost potiče od građana koji je, između ostalog, vrše i referendumom, kao i onih prema kojima nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti suverenost od građana koji ujedno imaju i pravo na pokrajinsku autonomiju, a za šta je, u revizionom postupku, predviđen obavezni ustavni referendum, jasno je da bi zakon kojim se potvrđuje pravnoobavezujući sporazum morao biti predmet referendumske izjašnjavanja građana.

"Suštinska autonomija" KiM koju Ustav spominje predstavlja izvesno ograničenje promena Ustava ne samo u formalnom smislu, jer opredeljuje postupak donošenja zakona kojim se ta autonomija uređuje, već i u materijalnom smislu, jer važeći Ustav očigledno ne prihvata autonomiju koja bi zadirala u postojeće državno uređenje Republike, odnosno koja bi narušila jedinstvo i nedeljivost teritorije (čl. 8. st. 1) i jedinstvo pravnog poretka (čl. 194. st. 1) i podrazumevala značajno odstupanje od čl. 181. Ustava prema kome autonomne pokrajine mogu saradivati sa odgovarajućim teritorijalnim zajednicama i jedinicama lokalne samouprave drugih država i to samo u okviru spoljne politike Republike Srbije i uz poštovanje njenog teritorijalnog jedinstva i pravnog poretka.<sup>10</sup> Imajući u vidu sve izložene ustavne odredbe, može se stati na stanovište da bi zaključivanje jednog (međunarodno)pravnoobavezujućeg sporazuma kojim se vrši "razgraničenje", a što bi značilo priznavanje međunarodnog ugovornog kapaciteta južne srpske pokrajine, a takođe impliciralo međunarodnopravni subjektivitet takve tvorevine,

<sup>10</sup> U pojedinim radovima ističe se da suštinska autonomija KiM, između ostalog, iziskuje promenu ustavne odredbe o jedinstvenom pravnom poretku tako što bi se predvidelo postojanje posebnog pravnog poretka unutar suštinske autonomije na teritoriji KiM – v. S. Orlović, B. Ristivojević, Poseban zakon o suštinskoj autonomiji Kosova i Metohije, Zbornik radova sa Naučnog skupa sa međunarodnim učešćem "Univerzalno i osobeno u pravu", Tom I, Kosovska Mitrovića, 2018, str. 259

zapravo predstavljalo razgradnju celokupnog ustavnopravnog sistema Republike Srbije i da se ni na koji način ne bi moglo smatrati parcijalnom ustavnom promenom, već bi iziskivalo donošenje potpuno novog ustava. U tom smislu i ustavni zakon koji bi pod tobožnjom suštinskom autonomijom KiM sakrio “razgraničenje”, priznavanje međunarodnog ugovornog kapaciteta južne srpske pokrajine, i implicirao međunarodnopravni subjektivitet takve tvorevine bio bi materijalno neustavna promena Ustava, jer *važeci Ustav zapravo teritorijalni integritet države u delu koji obuhvata KiM opredeljuje kao jedan od osnovnih elemenata njenog ustavnog identiteta*.<sup>11</sup>

Potpuna revizija Ustava koja bi omogućila, tačnije koja bi implementirala rešenje statusa KiM koje bi podrazumevalo “razgraničenje”, ali i niz drugih aspekata poput regulisanja “bilateralnih odnosa”, (međunarodno)pravnog statusa KiM, kao i pravnog položaja državljana Republike Srbije koji žive u toj autonomnoj pokrajini nesumnjivo bi, u smislu čl. 203. Ustava, iziskivala referendumsko izjašnjanje građana. Ipak, takav referendum bi bio pod ozbiljnim znakom pitanja u kontekstu važećih ustavnih rešenja. Naime, ako se pođe od teze da je teritorijalni integritet Srbije u delu koji obuhvata KiM element njenog ustavnog identiteta, jasno je da bi prihvatanje rešenja koje bi podrazumevalo “razgraničenje”, ali i druge aspekte odstupanja od tog identiteta iziskivalo prethodu promenu Ustava koja bi uopšte omogućila takvo izjašnjanje. Čini se da bi to bio jedini proceduralno-formalno i materijalno-substancijalno ispravan način razrešenja ključnog ustavnopravnog pitanja koje ima i svoj dublji teorijski kontekst.

Naime, u ustavnopravnoj nauci i političkoj filosofiji uočen je problem konstituisanja suverenosti naroda. Osnovna dilema je da li je narodna suverenost kreacija ustava, tačnije da li proističe iz ustava, što bi impliciralo da se vrši isključivo u pozitivnopravnim ustavnim okvirima, ili je pak ekstrakonstitucionalna kategorija koja ne samo da je tvorac ustava, već se, naročito kroz instituciju ustavnog referenduma, a zbog stava da se donosilac ustava tim činom ne odriče svoje

---

<sup>11</sup> Ukazujući da se odgovor na pitanje da li je KiM konstitutivni element modernog ustavnog identiteta Srbije nalazi negde između dve krajnosti, pri čemu u određivanju modernog ustavnog identiteta Srbije duhovna veza države i srpskog naroda sa KiM može da opstane, između ostalog, i ustavnopravnim kontinuitetom prisustva na KiM, a što se postiže ustavnopravnim delovanjem koje je moguće i ostvarivo ukoliko se ustav shvati kao proces, prof Petrov ukazuje da ipak u tom procesu “Srbija ne sme dati ono što nema pravo da da – ne sme se odreći dela svoje teritorije i izvora svog duhovnog i političkog bića.” - v. V. Petrov, Ustav Srbije između evropskog i nacionalnog ustavnog identiteta, Zbornik radova sa Naučnog skupa sa međunarodnim učešćem “Univerzalno i osobeno u pravu”, Tom I, Kosovska Mitrovica, 2018, str. 188.

suverene moći, može vršiti i mimo limita ustanovljenih ustavom.<sup>12</sup> Ako je, između ostalog i zbog izložene dileme, ustavna demokratija, kako to Habermas primjećuje, “paradoksalna unija kontradiktornih principa” pri čemu predlaže da se taj paradoks razreši “izvornom ravnopravnošću” (koizvornošću – “*equiprimordiality*”) demokratije i vladavine prava,<sup>13</sup> onda se takvo razrešenje, u kontekstu potpune revizije Ustava Republike Srbije koja bi omogućila “razgraničenje”, ali i druge aspekte odstupanja od njenog identiteta, može odigrati samo kroz prethodnu izmenu koja bi iz ustavnog identiteta Srbije izdvojila te elemente.

Drugim rečima, problem ustavnog legitimiteta u Srbiji, po pitanju KiM, može biti razrešen jedino ukoliko se taj legitimitet obezbedi pravilnim ustavnopravnim tretiranjem ustavnog identiteta,<sup>14</sup> pod pretpostavkom da to tretiranje podrazumeva ustavni kontinuitet, makar u proceduri konstituisanja ustavotvorne vlasti i održavanja ustavotvornog referenduma. Kako se to u savremenim radovima zapaža, ustavni referendum može ugroziti uspostavljene obrasce ustavnog autoriteta u modernim demokratijama, ali ih ne ruši; on je, sam po sebi, poput narodne vlasti koju želi da olakša, takođe vezan za te obrasce, odnosno ustavni autoritet.<sup>15</sup> Izloženi stav autora ovog rada u pogledu referendumskeg izjašnjava-nja o potpunoj promeni Ustava koja bi podrazumevala “razgraničenje”, ali i druge aspekte odstupanja od njegovog identiteta, može se uklopiti u teorijsku matri-cu prema kojoj uvek postoji “analitička distinkcija” između formiranja političke zajednice, tačnije (re)afirmisanja zajedničke volje za uspostavljanjem takve zajed-nice sa definisanim članstvom i granicama, i njene ustavne organizacije, pri čemu, formiranje političke zajednice, hronološki ili konceptualno, treba da prethodi nje-nom ustavu, tako da se pri svakom ustavnom referendumu može pretpostaviti da postoji bar hipotetičko razdvajanje ova dva pitanja.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Više o tome u S. Tierney, *Constitutional Referendums, The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, 2012, p. 129–152.

<sup>13</sup> J. Habermas, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, *Political Theory*, Vol. 29 No. 6/2001, ,r. 774.

<sup>14</sup> Ustavni identitet je u savremenoj teoriji i uporednoj ustavnosudskoj praksi prepoznat kao osnov razmatranja ustavnosti ustavnih promena – više o tome u V. Đurić, “Ustavnosudska kontrola ustavnih promena”, *Strani pravni život*, br. 1/2015, str. 85–107; O mogućnosti i neophodnosti takve kontrole u Srbiji, v. V. Đurić, “Ustavnosudska kontrola ustavnih promena u Republici Srbiji” *Pravni život*, 12/2014, tom IV, str. 607-619.

<sup>15</sup> S. Tierney, n.d.r. 152.

<sup>16</sup> I. G. Sen, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer, 2015, p. 132.

### Vreme održavanja referenduma

Svi, u prethodnom odeljku analizirani, modaliteti pojedinih najavljenih elemenata sadržine rešenja pitanja statusa KiM i mogućih formi ak(a)ta u kojima bi takvo rešenje bilo sadržano, upućuju na zaključak da je jedini ustavnopravno prihvatljiv vremenski okvir *naknadno referendumsko izjašnjanje građana*. S druge strane, kao što je u uvodnom delu navedeno, politički predstavnici Republike Srbije ističu da nikakvog potpisivanja sporazuma neće biti bez *prethodnog* izjašnjavanja građana, što otvara pitanje ustavnopravne mogućnosti takvog vida referenduma.

Prema čl. 99. Ustava, Narodna skupština, između ostalog, raspisuje republički referendum. Ta odredba načelno omogućava Narodnoj skupštini da većinom glasova narodnih poslanika na sednici na kojoj je prisutna većina narodnih poslanika, što je uobičajni način odlučivanja, donese odluku o prethodnom referendumu o pitanjima iz svoje nadležnosti.<sup>17</sup> Ipak, imajući u vidu da su sva pitanja u vezi s KiM *materiae constitutionis*, a da Ustav u odredbama koje regulišu njegovu promenu ne predviđa mogućnost prethodnog referendumskog izjašnjavanja građana u bilo kojoj od revizionih faza, moglo bi se stati na stanovište da Narodna skupština ne može da donese odluku o raspisivanju prethodnog referenduma o tim pitanjima.

S druge strane, prema čl. 108. st. 1. Ustava, Narodna skupština dužna je da na zahtev većine svih narodnih poslanika ili najmanje 100.000 birača raspiše referendum o pitanju iz svoje nadležnosti. Takav referendum bi, načelno posmatrano, mogao biti prethodni. Izložena ustavna odredba, bar u delu koji se odnosi na iniciranje prethodnog referenduma od strane narodnih poslanika, ne iziskuje dalju normativnu razradu,<sup>18</sup> dok se u pogledu iniciranja prethodnog referenduma od strane građana, a u vezi sa zakonskim uređivanjem njihovog prava da podnesu inicijativu, nameće niz ustavnopravnih pitanja. Naime, važeća zakonska odredba čl. 36. st. 1. ZRNI predviđa da prikupljanje potpisa građana koji učestvuju u narodnoj inicijativi traje najduže sedam dana. Takva odredba, bar u kontekstu pra-

---

<sup>17</sup> Pojedini autori ne stoje na stanovištu da je takav referendum moguć, već ističu da Ustav poznaje samo dva oblika republičkog referenduma: ustavotvorni koji može biti fakultativni i obavezni i referendum koji Narodna skupština raspisuje na zahtev većine svih narodnih poslanika ili najmanje 100 000 birača – v. R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2013, str. 219–220.

<sup>18</sup> U tom smislu može se postaviti pitanje ustavnosti odredbe, čl. 10. st. 1. ZRNI kojom je predviđeno da Narodna skupština akt o raspisivanju referenduma donosi na predlog najmanje 50 narodnih poslanika.

va građana da iniciraju određeno izjašnjavanje u vezi sa statusom KiM, deluje ne samo nerazumno, već i problematično sa stanovišta ustavnosti.

Naime, Ustav u istoj ravni spominje mogućnosti vršenja narodne suverenosti neposrednim putem (referendum i narodna inicijativa) i posredno – preko slobodno izabranih predstavnika. Ukoliko se detaljnije razmotri zakonsko ograničenje broja dana za sakupljanje potpisa, utoliko se može zaključiti da se na taj način narodna inicijativa svodi na instrument dostupan uglavnom partijskim ili parastranačkim mašinerijama. Iako nije sporno da političke stranke mogu koristiti demokratska sredstva i mehanizme u afirmaciji i sprovođenju svojih političkih ideja, ipak je jasno da narodna inicijativa treba da bude dostupna i građanima koji se samoorganizuju. Izloženo zakonsko ograničenje je diskutabilno sa stanovišta narodne suverenosti i odredbe čl. 5. st. 4. Ustava kojom je propisano da političke stranke ne mogu neposredno vršiti vlast, niti je podrediti sebi. Ustavopravno posmatrano, bilo kakvo ograničavanje ustavom ustanovljenih prava, zahteva opravdanje u vidu legitimnog cilja, koji se ne uočava u izloženoj zakonskoj odredbi. Takođe, treba ukazati i da ZRNI nije propisan rok za odlučivanje o pitanju koje se traži narodnom inicijativom, što znači da čak i da dođe do sakupljanja potrebnog broja potpisa, parlament nema jasno ustanovljen rok u kome određeno pitanje mora da stavi na referendumsko izjašnjavanje.<sup>19</sup> Naposljetku, ali ne i najmanje važno, u vezi sa narodnom inicijativom za prethodno referendumsko izjašnjavanje o pojedinim pitanjima statusa KiM pažnju zavređuje dilema da li bi pitanje predloženo od strane građana imalo prioritet u odnosu na ono za koje bi se izjasnila većina u Narodnoj skupštini, naročito ako se ima u vidu da se nakon izjašnjavanja o određenom pitanju o njemu, prema čl. 26. ZRNI, ne može odlučivati narednih šest meseci.

### *Referendumsko pitanje*

Ustav, a ni Poslovnik Narodne skupštine, ne sadrže odredbe o načinu formulisanja referenduskog pitanja. ZRNI propisano je da pitanje mora biti izraženo jasno tako da se na njega može odgovoriti rečju “za” ili “protiv”, odnosno “da” ili “ne”. Kad se referendum raspisuje radi prethodnog izjašnjavanja građana, Za-

<sup>19</sup> Naravno ova zakonska praznina bi se mogla nadomestiti praktičnim postupanjem koje bi poštovalo ustavni standard “postupanja u razumnom roku.” Međutim, praksa parlamenta povodom podnetih narodnih inicijativa ne daje osnova za ovu tezu. U sada već skoro trodecenijskoj praksi obnovljenog parlamentarizma Narodnoj skupštini je bilo upućeno desetak narodnih inicijativa, a samo o jednoj je parlament uopšte odlučivao.

kon predviđa da pitanje o kome građani treba da se izjasne može biti formulisano tako da se u odgovoru na njega građanin opredeljuje za jedinu od više predloženih mogućnosti.

Izložene odredbe zavređuju posebnu pažnju u kontekstu eventualnog referenduskog izjašnjavanja građana o statusu KiM. Naime, osnovna dilema koja se u tom kontekstu nameće je da li je uopšte moguće formulisati jasno pitanje podobno za jednoznačan odgovor građana, ako je nesumnjivo jasno ne samo koliko je status KiM važno, tačnije presudno ustavnopravno, državno, nacionalno, kulturno, identitetsko, pa i crkveno pitanje, već i zbog najave složenosti i različitih aspekata rešenja o statusu KiM. Ako se pođe od osnovane pretpostavke da će rešenje koje se najavljuje, na izvestan način, imati složeni i hibridni karakter sa ne malim osobenostima sa stanovišta međunarodnog i ustavnog prava, onda je jasno da takav “paket” ne može da bude izražen i biračima predstavljen kroz jednu upitnu rečenicu na koju se može odgovoriti rečju “za” ili “protiv”, odnosno “da” ili “ne”.

S druge strane, ukoliko bi se kroz referendumsko pitanje pred građane izneo samo jedan, pa makar to bio i najvažniji segment “rešenja”, primera radi “razgraničenje”, ili neki drugi termin koji je pravopolitički nejasan ili sporan, onda bi se osnovano moglo istaći da odluka donesena na takvom referendumu ne bi bila legitimna, jer birači, zbog izostanka predočavanja posledica takvog “rešenja” (npr. da li “razgraničenje” znači podelu AP KiM na dva dela sa različitim statusom u Republici Srbiji, ili neizostavno podrazumeva stvaranje nezavisne države na jednom delu KiM, ili čak pripajanje jednog dela KiM Albaniji), ne bi imali mogućnost da svestrano razmotre i slobodnom voljom iskažu svoje poimanje. Pre bi se moglo istaći da bi eventualno pitanje o “razgraničenju” takav referendum svrstalo u manipulativnu zloupotrebu demokratskog izjašnjavanja građana, tačnije da bi takav referendum predstavljao “bacanje zlatne prašine u oči ne bi li se opsenila prostota” i da bi njegovo održavanje, bez prethodne promene Ustava, bilo neustavno.<sup>20</sup>

### *Sprovođenje referenduma*

ZRNI predviđa u čl. 13. da su organi za sprovođenje referenduma komisija i odbori, kao i da komisiju obrazuje organ koji je raspisao referendum. Budući da u

---

<sup>20</sup> Videti polemiku Zorana Tomića (“Referendumsko pitanje <https://www.danas.rs/dijalog/licni-stavovi/referendumsko-pitanje/>) i Slobodan Orlović (“Referendumsko antipitanje za Kosovo”, *Politika*, 15. septembar 2018. godine).

konkretnom slučaju govorimo o referendumu na nacionalnom, republičkom nivou, to podrazumeva da bi komisiju nadležnu za sprovođenje referenduma obrazovala Narodna skupština. Imajući u vidu da komisije u opštinama obrazuje republička komisija, očigledno je da bi ključnu ulogu prilikom formiranja komisije imala vladajuća politička većina. Posebno spornu okolnost predstavlja činjenica da u datom momentu, neće nužno biti predstavnika koji bi zastupali suprotnu referendumsku opciju od one koja je raspisuje. U tom smislu, prilikom referenduma, za razliku od izbora gde predstavnici svih izbornih listi mogu imati članove komisija, ovde komisije mogu u potpunosti zanemariti opozicione predstavnike. Sarkastička dosetka, o tome da “nije bitno ko glasa na izborima, već ko broji glasove” primenljiva je i na (ovaj) referendum.

Izuzetno sporna je i okolnost da finansiranje aktivnosti određenih grupacija koje bi se zalagale *pro et contra* predloženog rešenja nije zakonski regulisano. U ranijim radovima jedan od autora ovog rada, zalagao se upravo za regulisanje finansiranja aktivnosti vezanih za referendum i narodnu inicijativu.<sup>21</sup> Bez regulisanja tog pitanja u praksi ne bi bila obezbeđena ravnopravna utakmica ideja, jer ne bi bila obezbeđena određena sredstva koja bi omogućila fer borbu. Umesto toga, referendum, naročito u vezi sa statusom KiM, bi bio list na vetru trenutno najjače političke opcije i svodio bi se na, kako je to Prudon iskazao “izvrsnu instituciju da narod kroz nju kaže, ono što se od njega očeguje da kaže”.

#### *Uslovi za punovažnost i odluka*

Uslovi za punovažnost eventualnog referenduma na kojem bi se građani izjašavali o statusu KiM zavisila bi od forme ak(a)ta u kojem/ima bi bilo sadržano ponuđeno rešenje. Imajući u vidu da bi rešenje statusa KiM moglo da bude sadržano u aktu u formi (međunarodno)pravnoobavezujućeg sporazuma, ustavnog zakona za promenu Ustava i potpuno novog Ustava, jasno je da bi referendum u slučaju ustavnog zakona za promenu Ustava i potpuno novog Ustava bio punovažan bez obzira na broj izašlih birača, jer Ustav u čl. 203. st. 8. govori o većini od *izašlih* birača koja je potrebna za donošenje odluke. Reč je o apsolutnoj većini izašlih birača, što znači da je ustavotvorac, izostavljajući normiranje većine koja

<sup>21</sup> S. Manojlović, Zakon o finansiranju političkih aktivnosti u Zborniku radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: Perspektiva implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, 2011, str. 286 i S. Manojlović, Zakonsko regulisanje finansiranja političkih aktivnosti (Da li je potrebno zakonom urediti finansiranje zakonodavne inicijative i referenduma?), Pravni život, 12/2014, tom IV, str 693–700.



je potreban za punovažnost takvog referenduma, omogućio da se odluka o statusu KiM može doneti od strane malog broja birača, što svakako nema mnogo logike, niti smisla.

S druge strane, ZRNI u čl. 24. st. 1. propisuje da je referendum punovažan ako je na njemu glasala većina građana koji imaju biračko pravo i koji su upisani u birački spisak. Prema st. 2. istog člana, odluka o pitanju koje je bilo predmet izjašnjanja na referendumu smatra donetom ukoliko je za nju glasala "većina građana iz stava 1", osim ako Ustavom, zakonom ili statutom nije za to predviđen veći broj. U izloženom normativnom okviru, jasno je da bi referendum o (međunarodno)pravno obavezujućem sporazumu bio punovažan samo ukoliko bi se na njemu izjasnila većina od ukupnog broja birača, ali nije do kraja jasno koja bi se većina zahtevala za njegovo usvajanje. Budući da zakonodavac upućuje na "većinu iz st. 1", moglo bi se stati na stanovište da je reč o apsolutnoj većini od ukupnog broja birača. Suprotno tome, moglo bi se rezonovati i da je namera zakonodavca bila da odredi većinu od većine koja je uslov za punovažnost referenduma. Bilo kako bilo, jasno je da je izložena odredba čl. 24. st. 2. izuzetno loše nomotenički sročena i da bi, naročito u kontekstu eventualnog referenduma o (međunarodno)pravnoobavezujućem sporazumu o KiM mogla da izazove niz kontroverzi. Posebno je važno ukazati na činjenicu da rešenja sadržana u ZRNI nisu sistemski usklađena sa ustavnim rešenjima.

Prema ZNIR-u, odluka doneta na referendumu je obavezna. Posebnu pažnju privlači odredba sadržana u čl. 25. st. 2. ZRNI prema kojoj je u slučaju prethodnog referenduma organ koji donosi akt kojim se uređuje određeno pitanje dužan da donese akt u skladu s voljom građana izraženom na referendumu, u roku određenom aktom o raspisivanju referenduma, a najkasnije u roku od 60 dana od dana održavanja referenduma. Imajući u vidu sadržinu izložene odredbe, otvoreno je pitanje da li bi se (međunarodno)pravno obavezujući sporazum uopšte mogao podvesti pod njenu primenu, jer, iako bi predstavnici Republike Srbije mogli nakon prethodnog referenduma, do koga bi u kontekstu pravnoobavezujućeg sporazuma o KiM moglo doći samo na osnovu čl. 108. st. 1. Ustava, da iskažu volju da potpišu takav sporazum, ipak jasno je da potpisivanje i zaključivanje takvog sporazuma ne zavisi isključivo od njihove volje.

### *Nadležnost za rešavanje sporova*

U slučaju sporova povodom referenduma postavlja se pitanje nadležnosti za njihovo rešavanje. Prema čl. 29. ZRNI *explicite* je utvrđeno da nakon prigo-



vora Republičkoj komisiji postoji mogućnost izjavljivanje žalbe (*sic!*) "Vrhovnom sudu". Nesporno je da ZRNI nije dugo noveliran, pa koristi termine za institucije koje su postojale u vreme njegovog donošenja.

Pozitivno pravo ne poznaje Vrhovni sud, već se u nomenklaturi sudske vlasti na vrhu nalazi Vrhovni kasacioni sud. Iako isprva deluje jasno da je reč o sudovima pandanima iz različitih prioda, ne treba smetnuti s uma, da novouspostavljeni režim mreže sudove poznaje i Upravni sud, koji nije postojao kao specijalni sud u ranijem periodu, već je upravno-sudske sporove rešavao nekadašnji Vrhovni sud.

Takođe, ako se pogleda važeći Zakon o izboru narodnih poslanika, za rešavanje navedenih sporova nadležan je Upravni sud. I prilikom izbora, i prilikom izjašnjavanja na referendumu, postoji manifestacija izražavanja građanske suverenosti. Pored ovog suštinskog paralelizma postoji i čitav set pravno-tehničkih rešenja koja upućuju na potrebu *mutatis mutandis* primene izbornog zakonodavstva na referendumsko izjašnjavanje. Pored sličnosti u vidu samog organizaciono-operativnog procesa u vidu izlaska na biračko mesto, postoji i jednakost pravnih mehanizama i institucija u vidu komisija i odbora, jednakih rokova za prigovor, odnosno žalbu određenom sudu itd.

Pitanje nadležnosti za rešavanje referendumskog spora zanimljivo je ako se povuče još jedna paralela sa izbornim sporovima. Naime odredbom čl. 167. st. 2. tač. 5. Ustava je predviđena nadležnost Ustavnog suda za izborne sporove za koje zakonom nije određena nadležnost drugog suda. Iako nadležnost Ustavnog suda spada u *materie constitutionis*, Zakonom o Ustavnom sudu (čl. 77. st. 1) određena je izuzetno značajna i odlučujuća uloga Suda, određivanjem da, u slučaju da je nepravilnost u izbornom postupku dokazana, a imala je bitan uticaj na izborni rezultat, Sud odlukom poništava ceo izborni postupak ili delove tog postupka, koji se moraju tačno označiti. Samim tim, Ustavni sud može imati odlučujuću ulogu od čije odluke može zavisiti sudbina celokupnog izbornog procesa. Razumno je postaviti pitanje nije li sličnu nadležnost trebalo predvideti i za referendumsko izjašnjavanje, a nije nerazumno ni postaviti pitanje da li bi Ustavni sud, sledeći doktrinu ustavnosudskog aktivizma, mogao da, kao čuvar Ustava, primenom analogije i sistemskim tumačenjem, izluči nadležnost i povodom ovih pitanja, *a fortiori* što je sudska zaštita koja je propisana ZRNI individualnog karaktera i ne može da rezultira poništavanjem referendumskog izjašnjavanja *in toto*.

## ZAKLJUČAK

Nakon analize različitih ustavnopravnih aspekata eventualnog referendumskeg izjašnjanja građana o rešenju statusa KiM, uz sagledavanje različitih modaliteta njegove sadržine i forme ak(a)ta u kojem/ima se može naći, može se zaključiti da bi u postojećem pravnom okviru koji nije sistemski usklađen takvo izjašnjanje bilo izuzetno pravno problematično i da ne bi moglo da ima karakteristike koje bi omogućile proceduralno legalno i demokratski legitimno donošenje odluke o pitanju koje nesumnjivo spada u elemente ustavnog identiteta Republike Srbije. S jedne strane, nesporno je da bi građani kao nosioci suverenosti i ustavotvorne vlasti trebalo da se izjasne o tom pitanju, ali, da je, sa druge strane, nužno da takvom izjašnjanju treba da prethodi promena Ustava koje bi ga uopšte omogućilo, kao i sistemsko usaglašavanje pravnog okvira o referendumu.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,

Research Fellow, Institute of Comparative Law

SAVO MANOJLOVIĆ, LL.M.,

Research Associate, Institute of Comparative Law

## THE REFERENDUM ON STATUS OF KOSOVO AND METOHİJA

### – The constitutional aspects of –

#### Summary

In this paper, the authors analyse the constitutional aspects of the potential referendum on the status of Kosovo and Metohija. The first point of this paper is that any referendum about the Kosovo and Metohija status which can include boundary delimitation and other elements of international legal personality would be *contra constitutionem* and would lead to the *a priori* constitutional change. Secondly, the positive legal referendum framework is systematically non compliant and includes certain unconstitutionality, confusional provisions, and legal gaps which open many dilemmas, especially in the context of potential solutions on Kosovo and Metohija status.



MLADEN VUKČEVIĆ

## IZAZOVI DISCIPLINSKE ODGOVORNOSTI I ETIČKOG POSTUPANJA SUDIJA

– Normativni okvir i praksa u Crnoj Gori –

### U V O D

Značaj i način vršenja sudijske funkcije predmet je brojnih radova u pravnoj i drugim naukama. Činjenica da sudija odlučuje o najvažnijim čovjekovim dobrima (slobodi, ugledu, imovini) opredjeljuje njegov i položaj suda u ustavnom sistemu. To je i traženje odgovora na upit: u kojoj mjeri i na koji način treba uspostaviti korelaciju između prava i obaveza nosilaca sudijske funkcije, odnosno kako učvrstiti nezavisnost suda i sudija, a ne pretvoriti sudijsku autonomiju u nekontrolisanu vlast, u sudokratiju.

Jer, principi sudijske nezavisnosti i sudijske odgovornosti su tijesno povezani budući da sudstvo koje nije odgovorno neće zavrijediti povjerenje društva, a to će se u slijedu odraziti na njegovu nezavisnost. I obratno, “odgovornost ne može dovesti u pitanje nezavisnost sudije koji donosi odluku” (B. Res). Oba ova principa nijesu dati, već zadati, i moraju se kontinuirano ostvarivati različitim institucionalnim i drugim mehanizmima, sa lepezom mjera i rješenja koje su prikladne

---

Prof. dr Mladen Vukčević, predsjednik Skupštine Udruženja pravnika Crne Gore i profesor Pravnog fakulteta Univerziteta “Mediterran” u Podgorici.

konkretnim sudskim sistemima. Njihovo ostvarivanje je važan element kvaliteta sudskog sistema i sastavnica povjerenja u sud, kao vanpravnog činioca bitnog za ostvarivanje vladavine prava, kao izvorišta i ušća ostalih pravnih načela.

Ove premise potvrđuju i misli o valjanom vršenju sudijske funkcije, kakva je Bejkonova po kojoj: "Sudija treba da utvrdi koja su svjedočenja vjerodostojna, da skрати opširnost, ponavljanja i beznačajnosti govora, da ponovi, prebere i sravni glavne tačke onoga što je bilo rečeno i da ukaže na zakonski propis i done-se presudu". U tom smjeru su i riječi Dimitrija Matića da se "pravda oživotvoruje kroz pravednost kao čovjekovu vrlinu" naglašavajući da "bez sudije nema prava, a bez prava život nema nikakve vrijednosti", kao i riječi savremenika da je biti dobar sudija "stvar karaktera" (Irmgard Gris).

Pravna nauka i praksa se, posebno od modernog doba, okupiraju ovim pitanjem, počevši od prvih deklaracija i konstitucionalizacije sudske vlasti. To traje sve do danas, kada "internacionalizam" u propisivanju sudijske odgovornosti postaje bazični princip u opredjeljivanju statusa sudija u nacionalnim pravnim sistemima.

Iz tog razloga ovaj rad ima za predmet odgovornost sudija sa naglaskom na njenu disciplinsku i etičku dimenziju, što je stranica četvorougla sudijske karijere koju čine: izbor, ocjenjivanje, napredovanje i odgovornost sudija. I sve to u svijetlu istorijskih i uporednopravnih rješenja kao i prakse u Crnoj Gori, gdje razvoj državnopravnih oblika prati i česte promjene u oblikovanju sudske vlasti.

U ovom smislu iskustvo crnogorske sudske tradicije može poslužiti kao osnova da se sagleda složenost odnosa između proklamovanog ideala sudijske nedodirljivosti i moguće prakse njenog izvitoperavanja u različitim situacijama. Ovo posebno iz razloga što, *per se*, pitanja disciplinske, posebno etičke odgovornosti sudija "izmiču normiranju", ali ne do mjere da ih ne možemo podvoditi pod međunarodne standarde i dobre prakse, koje se izgrađuju u dijalogu evropskih sudskih sistema.

Rad se sastoji iz tri dijela. U prvom se daje kraći istorijski prikaz odredbi o sudijskoj odgovornosti u Crnoj Gori; drugi se odnosi na prezentaciju međunarodnopravnih dokumenata koji uređuju ovaj segment položaja sudija, a treći ima za predmet važeći zakonodavni okvir, praksu i otvorena pitanja u utvrđivanju sudijske odgovornosti u Crnoj Gori. U zaključnom dijelu rada sintetizovane su ocjene proistekle iz sadržaja rada, uz ukazivanje na moguću dogradnju važećeg zakonodavstva i praksu u njegovoj primjeni.

### Istorijski razvoj sudijske odgovornosti u Crnoj Gori

U istorijskopравnom razvoju Crne Gore, funkcija suđenja prethodi sudu kao instituciji. U periodu koji je prethodio pisanom pravu vršenje sudijske funkcije pripadalo je plemenskim starješinama, uglednicima i “pametarima”. Njihova odgovornost bila je sadržana u moralnom autoritetu i prekoru društvene zajednice za slučaj njegove povrede. Kasnije, ustanovljavanjem i primatom pisanog prava dolazi do objektivizacije sudijske odgovornosti.

O suđenju nema posebnih naznaka u *Stegi*, prvom pisanom pravnom aktu novovjekovne Crne Gore. U njoj su predviđene samo moralne sankcije, čime se apeluje na savjest, njen peti član obavezuje na poštovanje zakona, ali, odredaba o sudijskoj odgovornosti nema. Dvije godine poslije donošenja Stege usvojen je *Zakonik obšči crnogorski i brdski (Zakonik Petra I)*. U njemu su sadržane odredbe koje se direktno ili indirektno odnose na sudijsku odgovornost. U članu 22 navodi se da sudije moraju “paziti svoje obješćenije i zakletvu da ne prestupe ili po hajteru sude, nego po pravici kako malomu tako i velikomu, jerbo sud Božji jest”. U narednom članu Zakonika utvrđena je odgovornost (gubljenje glavarske časti i poštenja) za sudiju koji povređuje pravila o pravičnom suđenju, uključujući i odavanje službene tajne. Citirane odredbe iz ovog zakonika će uz dogradnju postati sastavni dio *Opšteg zemaljskog zakonika (Danilov zakonik)* iz 1855. godine, što svjedoči da je u periodu nastajanja i učvršćivanja pisanog prava pitanje sudijske čestitosti bilo na pijedestalu društvenih vrijednosti.

U okviru ukupnog modernizovanja sudske vlasti u Crnoj Gori, koje je naročit zamah dobilo od 1879. do 1902. godine, u tzv. reformnom dobu, stvaraju se uslovi za cjelovitije uređivanje sudijske odgovornosti.<sup>1</sup>

*Ustav za Knjaževinu Crnu Goru iz 1905. godine* u okviru odredbi o sudskoj vlasti (Dio osmi) ne uređuje pitanje sudijske odgovornosti. Izostaje i adekvatna konstitucionalizacija sudijskog statusa, što je u savremenoj ustavnosti jedna od garancija izgradnje načela vladavine prava.

Položaj sudske vlasti i njenih nosilaca bio je utvrđen i ustavima Crne Gore u periodu tzv. “socijalističke ustavnosti” (ustavi iz 1946, 1963, i 1974. godine). Ovi ustavi uređuju položaj sudija, njihova prava i odgovornost u skladu sa osnovnim postavkama sistema zasnovanog na svojinskom i političkom monopolu. U nji-

---

<sup>1</sup> U okviru pomenutih reformi po prvi put su usvojeni cjeloviti materijalni i procesni zakoni: Osnovni državni zakon o sudskoj vlasti; Zakon o ustrojstvu sudova; Zakon o građanskoj sudskoj nadležnosti i Zakon o krivičnoj sudskoj nadležnosti.

ma je u okviru odrednica o sudskoj vlasti utvrđen način njenog vršenja, formalno proklamovana nezavisnost sudstva i pozicioniran položaj Vrhovnog suda kao najvišeg suda (Ustav Socijalističke Republike Crne Gore iz 1974. godine). Nijesu bila utvrđena jemstva sudijske nezavisnosti, ni osnovi sudijske odgovornosti, u smislu obilježja modernih ustavnih demokratija. Sudijska odgovornost postojala je u slučajevima “stručne nesposobnosti i moralne nepodobnosti” a u praksi je utvrđivana u rijetkim slučajevima. Takav pristup cijenjen je kao primjeren normativni okvir koji može garantovati da se “spriječi svaka samovolja prema sudiji”.<sup>2</sup> Pored toga, sudijska odgovornost rijetko je bila predmet posebne obrade u literaturi koja je posvećena odgovornosti nosilaca javnih funkcija.

*Ustav Republike Crne Gore* iz 1992.godine, usvojen nakon uspostavljanja pluralističkog društva, po prvi put uvodi elemente sudijske odgovornosti kao dio ustavne materije. Pored utvrđivanja principa nezavisnosti i samostalnosti, zatim javnosti suđenja, ustanovljen je i princip stalnosti sudijske funkcije.

### *Sudijska odgovornost u međunarodnim dokumentima*

Dokumenti međunarodnog prava ne uređuju na poseban način sudijsku odgovornost, već se to čini kroz garancije osnovnih principa u vršenju sudske vlasti, prije svega, principa nezavisnosti sudije i suda i garancije prava na pravično i fer suđenje pred nepristrasnim i na zakonu zasnovanim sudom. Na taj način štite se ljudska prava, posebno ona grupa koju naslovljavamo kao prava iz *Habeas corpus-a*.

Dokument međunarodnopravnog karaktera, koji na univerzalnom nivou uređuje pitanja sudijske odgovornosti predstavljaju *Osnovna načela nezavisnosti sudstva* (ONNS). Usvojena su 1985.godine u okviru sistema Ujedinjenih nacija (UN).<sup>3</sup>

U preambuli ovih načela ističe se pravo pojedinca na pravično suđenje pred nadležnim, nezavisnim i nepristrasnim sudom, u razumnom roku. U cilju ostvarenja toga prava, a uvažavajući “raskorak između ideala kome teže ta načela i

<sup>2</sup> J. Đorđević, *Ustavno pravo*, Beograd 1986, str. 811-812.

<sup>3</sup> ONSS su usvojena na Sedmom kongresu UN za sprečavanje zločina i postupanju prema prestupnicima, održanom u Milanu od 26. avgusta do 6. septembra 1985. godine i potvrđena od Generalne skupštine u njenim rezolucijama 40/32 od 29. novembra 1985. godine i 40/146 od 13. novembra 1985. godine.

stvarnog stanja” u dokumentu je utvrđeno više odrednica koje se odnose na položaj sudija.

Na odgovornost sudija, indirektno ili direktno, odnosi se više njegovih odredbi. Tako je u članu 6 utvrđeno da “sudije imaju pravo i obavezu da vode računa o tome da se sudske radnje sprovode pravedno i da prava svih stranaka budu poštovana”, a u članu 8 da “sudije kao i svi građani uživaju slobodu izražavanja, uvjerenja, udruživanja i okupljanja, pod uslovom da se u ostvarivanju tih prava uvijek ponašaju tako da čuvaju dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva”.

Odgovornost sudija bliže je uređena pod naslovom “Disciplinske mjere, suspendovanje i opozivanje” i sadržana je u članovima 17-20. U njima je utvrđeno da: optužbe ili žalbe protiv sudija podnijete u vezi sa sudijskim i profesionalnim sposobnostima treba da budu brzo i pravedno razmotrene u odgovarajućem postupku u kome sudija ima pravo na pravično saslušanje, a početna faza razmatranja slučaja je povjerljiva osim ako sudija ne zahtijeva drukčije; sudija može biti udaljen s dužnosti ili razriješen samo ako je nepodoban da nastavi sa obavljanjem svoje funkcije zbog nesposobnosti ili nedoličnog ponašanja; odluke u svim disciplinskim postupcima i postupcima za udaljenje sa dužnosti ili razrješenje donose se u skladu sa ustanovljenim pravilima ponašanja sudija; odluke u disciplinskim postupcima treba da budu podložne nezavisnom preispitivanju sa izuzetkom primjene ovog pravila na odluke najvišeg suda ili zakonodavne vlasti u okviru razrješenja najviših državnih zvaničnika ili sličnog postupka.

U *Bangalorskim principima sudijskog postupanja* iz 2002. godine usvojenim u okviru UN utvrđena su pravila sudijskog postupanja kojima su razrađeni principi međunarodnog prava koji se odnose na vršenje sudijske funkcije. U preambuli ovog dokumenta naznačena je svrha njihovog usvajanja - ustanovljenje standarda etičkog ponašanja sudija i uspostavljanje okvira za sudijsko ponašanje. Kao težišno opredjeljenje ovog dokumenta utvrđeno je “časno vršenje sudijske funkcije kao izraz povjerenja i potrebe javnosti da se uspostavi i razvija povjerenje u sudsku vlast”. Sudijska odgovornost na međunarodnom planu značajno mjesto ima i u dokumentima Savjeta Evrope (SE), gdje poprima obilježja tzv. mekog prava. Tako je Konsultativni savjet evropskih sudija (CCJE) u Strazburu usvojio *Magnu Cartu za sudije* (osnovne principe). U ovom dokumentu se u članovima 18-23, pored ostalog, ukazuje da će:

– deontološki principi, koji karakterišu disciplinske postupke, biti vodič za aktivnosti sudija a pripremiće ih same sudije i biće uključeni u njihovu obuku;



– u svakoj državi, statut ili osnovna povelja koja je primjenljiva na sudije će definisati ponašanje koje može dovesti do disciplinskih sankcija kao i disciplinske procedure;

– sudije će biti krivično odgovorne po zakonu za djela počinjena izvan njihove funkcije, krivična odgovornost se neće propisati sudijama za nenamjerne neuspjehe u vršenju svojih funkcija;

U dokumentu se predviđa da će se njegovi principi primjenjivati, ne samo na “nacionalne sudije”, već i na sudije svih evropskih i međunarodnih sudova.

Pitanja odgovornosti sudija uređuje i *Preporuka 12 Komiteta ministara država članicama o sudijama: nezavisnost, djelotvornost i odgovornosti (CM/Rec (2010) 12*, u kojoj su utvrđena pravila koja treba da obezbijede “pravilno vršenje sudijskih odgovornosti, dužnosti i ovlašćenja u cilju zaštite interesa svih lica”.

U poglavlju VI utvrđene su garancije koje se odnose na izbor i karijere sudija, što je preduslov sudijske nezavisnosti i odgovornosti.

Poglavlje VII odnosi se na dužnosti i odgovornosti sudija. U dijelu koji se odnosi na dužnosti utvrđeno je da bi sudije trebale da: podjednako štite prava i slobode svih lica, poštujući njihovo dostojanstvo u vođenju sudskih postupaka; postupaju nezavisno i nepristrasno u svim predmetima, vodeći računa da se svim stranama obezbijedi pravično suđenje.

U dijelu ovog poglavlja koji uređuje disciplinski postupak, utvrđeno je, pored ostalog, da: tumačenje zakona, procjena činjenica ili odmjeravanje dokaza koje vrše sudije da bi donijele odluke u predmetima ne bi trebalo da dovede do građanske ili disciplinske odgovornosti, osim u slučajevima zle namjere i krajnjeg nehata; samo država može da traži utvrđivanje građanske odgovornosti sudije putem sudskog postupka u slučaju da je morala da dodijeli nadoknadu; disciplinski postupak može da uslijedi ako sudije ne obavljaju svoje dužnosti efikasno i pravilno, takav postupak bi trebalo da sprovodi nezavisan organ ili sud uz sva jamstva pravičnog suđenja, i njime bi sudiji trebalo da se obezbijedi pravo da ospori odluku i sankciju: sudije ne bi trebalo da snose ličnu odgovornost kada se njihova odluka ukine ili preinači po žalbi;

Poglavlje VIII u tačkama 72, 73 i 74 uređuje sudijsku etiku na način da sudije u svojim aktivnostima treba da se rukovode etičkim načelima profesionalnog ponašanja, što ne samo da uključuje obaveze koje se mogu sankcionisati disciplinskim mjerama, već pruža smjernice sudijama o tome kako da se ponašaju.

Odgovornost sudija sadržana je i u dokumentima međunarodnih asocijacija iz oblasti pravosuđa. Tako je u okviru Generalne skupštine evropske mreže pravosudnih savjeta (ENCJ) 2015. godine usvojena *Haška deklaracija o promovisanju efektivnih sudskih sistema*, u kojoj je, između ostalog, sadržano da je ova mreža “uspostavila širok spektar standarda, smjernica i izjava o najboljim praksama u pogledu izrade i unapređenja efektivnosti sudskih sistema u Evropi, prije svega disciplinskih postupaka u odnosu na sudije”

*Normativni okvir, praksa pri utvrđivanju sudijske odgovornosti  
u Crnoj Gori i otvorena pitanja*

*Normativni okvir.* – Važeći *Ustav Crne Gore*, usvojen 2007.godine, u više članova sadrži određenja koja se odnose na položaj sudske vlasti i garancije nosilaca sudijskih funkcija.

U drugom dijelu Ustava (Ljudska prava i slobode) sadržana su, posebno u okviru “zajedničkih odredbi” i odredbi o ličnim pravima i slobodama, i one koje se odnose na vršenje sudijske funkcije. U okviru trećeg dijela Ustava (Uređenje vlasti) u posebnom poglavlju pod naslovom “Sudstvo” uređeni su: Načela sudstva; Sudsko vijeće; Javnost suđenja; Stalnost sudijske funkcije; Funkcionalni imunitet; Nespojivost funkcije; Vrhovni sud; Izbor sudija; Sudski savjet; Sastav Sudskog savjeta i Nadležnost Sudskog savjeta.

Odgovornost sudija uređena je u okviru principa stalnosti sudijske funkcije gdje su taksativno navedeni osnovi za prestanak sudijske funkcije i razrješenje od sudijske dužnosti (član 121 Ustava).

Značaj vršenja sudijske funkcije i obaveze u susret evropskim integracijama uslovili su 2013. godine usvajanje *Amandmana I - XVI*, od kojih se amandmani VII, VIII i IX odnose na sudstvo. Amandmanom VII dodatno je uređen položaj Vrhovnog suda, uključujući način izbora i razrješenja njegovog predsjednika, dok amandman VIII uređuje novu strukturu i način izbora Sudskog savjeta kao svojevrjne “sudske vlade”. U amandmanu IX utvrđena je nadležnost Sudskog savjeta u okviru koje je u tački 4 propisano da ovaj organ “bira i razrješava sudiju, predsjednika suda i sudiju-porotnika”, a u tački 5 da “razmatra izvještaje o radu suda, predstavke i pritužbe na rad suda i zauzima stavove o njima”. U stavu 3 ovog amandmana utvrđeno je da “u postupcima disciplinske odgovornosti sudija ministar nadležan za poslove pravosuđa ne glasa”. Ustavom nije propi-

sano pravo na žalbu sudije povodom odluke Sudskog savjeta o njegovom razrješenju, već je zakonom utvrđeno da sudije svoja prava mogu zaštititi tužbom pred Upravnim sudom.

Ustavne odredbe o odgovornosti sudija bliže su uređene u *Zakonu o Sudskom savjetu i sudijama*, usvojenom 2015. godine.<sup>4</sup>

Zakon u osnovi, počiva na međunarodnim standardima, a njegova izrada je rezultat preporuka sa evropskih adresa koje su sadržane u materijalima izvještajnog i programskog karaktera. Tako je u Izvještaju o napretku Crne Gore za 2013. godinu preporučeno “jačanje odgovornosti i garancija integriteta u pravosudnom sistemu”, a u Strategiji reforme pravosuđa za 2014–2018. godinu je formi smjernica utvrđeno da: 1) razloge za disciplinsku odgovornost sudija treba objektivizirati u dovoljnoj mjeri; 2) treba napraviti razliku između lakših i težih uslova za disciplinsku odgovornost i unaprijediti sistem sankcija; 3) treba revidirati (dvostruku) ulogu Disciplinske komisije po kojoj ona sprovodi istragu u disciplinskom postupku i donosi odluke u predmetima; 4) jasno treba precizirati osnov za razrješenje sudija, kao i 5) kontinuirano pratiti objektivnost i transparentnost postupaka odgovornosti sudija.

U poglavlju VII ovog Zakona, pod naslovom “Disciplinska odgovornost i razrješenje” (članovi 108-129) utvrđeni su sadržina i postupak sprovođenja ovog oblika sudijske odgovornosti.

U članu 108 Zakona utvrđeni su disciplinski prekršaji i gradirani kao: 1) lakši; 2) teži i 3) najteži.

Lakši disciplinski prekršaji postoje u pet, teži u 13, a najteži u dva slučaja.

Odredbom istog člana utvrđeno je i koja se ponašanja mogu podvesti pod “nestručno i nesavjesno obavljanje sudijske funkcije”: ako sudija bez opravdanih razloga ne ostvaruje rezultate saglasno propisanim mjerilima kvantiteta rada; ako započne vršenje poslaničke ili druge javne funkcije ili profesionalno obavlja druge djelatnosti: ako njegov rad bude dva puta uzastopno vrednovan sa ocjenom “ne zadovoljava”, kao i u slučaju da mu je dva puta izrečena disciplinska sankcija za teže disciplinske prekršaje.

Član 109 Zakona utvrđuje disciplinske sankcije–opomenu, novčanu kaznu, zabranu napredovanja i razrješenje.

---

<sup>4</sup> Sl. list Crne Gore, br. 11/15.

Predlog za utvrđivanje disciplinske odgovornosti, saglasno odredbi člana 110 Zakona mogu podnijeti: predsjednik suda; predsjednik neposredno višeg suda, predsjednik Vrhovnog suda i Komisija za praćenje primjene Etičkog kodeksa sudija. U zakonu su utvrđeni i elementi sadržaja predloga za utvrđivanje disciplinske odgovornosti.

Istragu po podnijetom predlogu za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sprovodi Disciplinski tužilac, koji zastupa optužni akt.

Nadležni organ za utvrđivanje disciplinske odgovornosti je Disciplinsko vijeće čije članove imenuje Sudski savjet. Sudija čija se odgovornost ispituje ima pravo na branioca, a garancija njegovog prava na odbranu je i obaveza održavanja javne rasprave, kako bi se pravilno i potpuno utvrdilo činjenično stanje.

U zakonu su utvrđeni i drugi elementi utvrđivanja disciplinske odgovornosti sudija (rok za izradu odluke; zastarjelost; izuzeće; dejstvo odluke; troškovi postupka; shodna primjena Zakona o krivičnom postupku).

Nadležni organi za utvrđivanje disciplinske odgovornosti su: Disciplinsko vijeće (za lakše i teže disciplinske prekršaje) i Sudski savjet (za najteže disciplinske prekršaje), koji postupaju po optužnom predlogu Disciplinskog tužioca.

Odgovornost sudija predmet je i *Poslovnika Sudskog savjeta*.<sup>5</sup> U okviru odrednice "Pritužbe na rad sudija" utvrđeno je da svako fizičko i pravno lice ima pravo da podnese pritužbu na rad sudije. U slučaju da nakon provjere predsjednik suda ustanovi da ima osnova za pokretanje disciplinskog postupka, spisi se sa predlogom za utvrđivanje disciplinske odgovornosti dostavljaju Sudskom savjetu. Sudski savjet dostavljeni predlog prosljeđuje svojim nadležnim tijelima - komisijama za utvrđivanje disciplinske ili etičke odgovornosti, koje donose odluku u odgovarajućim postupcima.

Poštovanje etičkih načela i pravila ponašanja kojih su sudije dužne da se pridržavaju u svom radu uređeno je *Etičkim kodeksom sudija*.<sup>6</sup> Smisao njihovog poštovanja utvrđen je opštom odredbom Kodeksa i ogleda se u očuvanju, afirmaciji i unapređenju dostojanstva i ugleda sudije i sudstva.

U sadržinskom smislu Kodeks se sastoji od šest principa koji se odnose na rad sudija i dva člana procesnopravnog karaktera koji uređuju postupak za utvr-

---

<sup>5</sup> Poslovnik Sudskog savjeta je usvojen 20. 10. 2015.godine, na osnovu člana 27 tačka 11 Zakona o Sudskom savjetu i sudijama.

<sup>6</sup> 8 Etički kodeks sudija ("Sl.list Crne Gore" br. 24/15) usvojen je na Konferenciji sudija održanoj 22. 03. 2014. godine.

divanje njegove povrede. Kao osnovni principi koji opredjeljuju etičko postupanje sudija utvrđeni su: nezavisnost; nepristrasnost; stručnost, profesionalnost i radna posvećenost; jednakost; integritet i sloboda udruživanja. Svi ovi principi su bliže razrađeni u smislu navođenja postupanja koja su dopuštena ili zabranjena u vršenju sudijske funkcije. Takav normativni pristup je i potvrda složenosti u definisanju etičke dimenzije sudijskog rada.

U Kodeksu nijesu utvrđene sankcije, već je predviđeno da se njegove povrede konstatuju u personalnom listu sudija. O njegovoj primjeni stara se posebno radno tijelo Sudskog savjeta - Komisija za Etički kodeks sudija. Osim u navedenim aktima primjena etičkih i profesionalnih standarda i zaštita prava građana u obavljanju sudijskog poziva prezentirana je i u dvije posebne publikacije, pod nazivima "Uzajamnim povjerenjem gradimo pravdu"<sup>7</sup> i "Kome se žaliti na (ne)rad sudija, suda, državnih tužilaca, advokata, notara, javnih izvršitelja, sudskih vještaka i posrednika"<sup>8</sup>, koje su objavljene 2017. godine.

Takođe, značaj poštovanja profesionalnih i etičkih standarda u pravosuđu notiran je u pregovaračkom poglavlju 23 (Pravosuđe i temeljna prava), kao i u Strategiji reforme pravosuđa u Crnoj Gori (2014-2018), u okviru strateškog cilja "Jačanje odgovornosti pravosuđa".

*Praksa u utvrđivanju sudijske odgovornosti u Crnoj Gori (2012-2018).* – U proteklih šest godina praksa u utvrđivanju sudijske odgovornosti odvijala se u uslovima čestih promjena zakonskih i drugih propisa, kao i drugih akata koji utvrđuju disciplinsku i etičku ravan sudijske odgovornosti.

U periodu od 2012. do 01.07. 2018. godine pokrenuto je 13 disciplinskih postupaka, od kojih su u 6 izrečene odgovarajuće mjere, dok je u 7 slučajeva došlo do odbacivanja ili odbijanja predloga za pokretanje postupka.<sup>9</sup>

Posmatrano po godinama ne postoji pravilnost u pogledu povećanja ili smanjenja broja disciplinskih postupaka, već njihov broj oscilira. Činjenica je da broj pokrenutih postupaka u tom periodu predstavlja 1% u odnosu na ukupan broj sudija u Crnoj Gori, što je u granicama evropskog prosjeka.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Publikacija je objavljena u izdanju Sudskog savjeta Crne Gore. Dostupna je na: [www.sudovi.me](http://www.sudovi.me)

<sup>8</sup> Publikacija je objavljena u izdanju Akcije za ljudska prava (HRA) i Centra za monitoring i istraživanje (CEMI).

<sup>9</sup> Godišnji izvještaji o radu Sudskog savjeta i sudova u Crnoj Gori za period 2012-2018. go.

<sup>10</sup> Detaljniji podaci nalaze se u posebnom dijelu izvještaja ENCJ za 2014-2015, pod naslovom: "Minimum sudskih standarda V - disciplinski postupci i odgovornost sudija".

Predloge za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sudija podnosili su predsjednici sudova, a razlozi za podnošenje uglavnom su se odnosili na slučajeve tzv. sudijske neurednosti: prekoračenje zakonskih rokova za izradu presuda; nedonošenje odluka u propisanom roku, i u jednom slučaju na neprimjereno ponašanje prema učesnicima u postupku i vrijeđanje ugleda sudijske funkcije.

U slučajevima u kojima je usvojen predlog predsjednika sudova i utvrđeno da je sudija odovoran za disciplinski prekršaj, disciplinske sankcije koje su izrečene bile su: opomene u tri slučaja; disciplinska mjera umanjenja zarade u visini od 20% u trajanju od tri mjeseca u tri slučaja, i umanjenje zarade od 20% u trajanju od dva mjeseca u jednom predmetu.<sup>11</sup>

U periodu od 2012. do 01.07.2018. godine Komisiji za Etički kodeks Sudskog savjeta Crne Gore dostavljeno je 57 inicijativa za njegovu povredu.<sup>12</sup> To je skoro pet puta više od podnijetih predloga za pokretanje disciplinskih postupaka. Od ukupnog broja podnijetih inicijativa (57) prihvaćena je samo jedna, što je značajno manje od broja prihvaćenih predloga za pokretanje dicipinskog postupka (6 od 13).

Nedovoljna informisanost građana o dometima podnošenja inicijativa za povredu Etičkog kodeksa može se uočiti i iz sadržaja podnesenih inicijativa, budući da se one uglavnom podnose kao iskaz nezadovoljstva stranaka dokazima izvedenim u postupku ili odlukama donijetim u konkretnim sporovima. U toj činjenici se može tražiti i razlog za prihvatanje samo jedne inicijative za utvrđivanje povrede Etičkog kodeksa.

*Otvorena pitanja u postupku utvrđivanja sudijske odgovornosti.* – I na primjeru uređivanja sadržine i postupka odgovornosti sudija potvrđuje se pravnički aksiom po kome “propisati ne znači i ostvariti”, što je posebno uočljivo u tranzicionim društvima u procesu (nekritičke) implementacije evropskih rješenja. Ovo posebno iz razloga što u definisanju odgovornosti sudija na međunarodnom planu imamo: “načela”, “principe”, “mjerila”, “okvire” i sl. Njihovo nekritičko prihvatanje, odnosno nedovoljno uvažavanje sopstvene pravne tradicije, kulture i prakse, često dovodi do raskoraka norme i stvarnosti. Zato praksa u utvrđivanju sudijske odgovornosti u Crnoj Gori može biti orijentir, ali ne i poziv za ishitreno usvajanje izmjena zakona, drugih propisa ili Etičkog kodeksa.

---

<sup>11</sup> Ibid

<sup>12</sup> Godišnji izvještaji o radu Sudskog savjeta i sudija u Crnog Gori 2012-2017 godine.

Budući da ambicija ovog rada nije taksativno nabranje spornih ili nedorečenih odredbi o odgovornosti sudija, autor se ograničava samo na prezentaciju onih koje imaju veći značaj i opšti karakter.

U prvom redu, kod disciplinskih postupaka, uočljivo je da opis radnji disciplinskih prekršaja nije preciziran u potrebnoj mjeri. Osim toga, u jednom broju prekršaja, poslije njihovog opisa, sadržano je određenje po kome će sudija odgovarati samo ako je (protivpravno) postupao “bez opravdanog razloga”, čime se širi osnov za izostanak disciplinske odgovornosti sudija.

U dijelu koji se odnosi na katalog disciplinskih prekršaja (lakši, teži, najteži) treba preispitati rješenje (član 108 stav 3 tačka 4) po kome sudija odgovara za teži disciplinski prekršaj ukoliko “propusti da traži izuzeće u najmanje tri predmeta u kojima je znao da postoji razlog za njegovo obavezno izuzeće u toku kalendarske godine”. Čini se da ovakva formulacija vodi ka razvodnjavanju sudijske odgovornosti. Jer, svaki slučaj, a ne tri ili više, u kojima sudija ne traži izuzeće predstavlja disciplinsku povredu i ugrožava pravo na pravično suđenje. Uz to, na neprimjerenost rješenja ukazuje činjenica da se izolovanim posmatranjem, na nivou kalendarske godine, broj ovakvih sudijskih propusta može nekažnjeno multiplikovati. Tako npr. dva propusta po ovom osnovu u 2017-oj, pa još dva u 2018-oj godini, ne bi dovela do pokretanja disciplinskog postupka. I još drastičnije, ukoliko bi npr. dva prekršaja bila učinjena u decembru jedne i još dva u januaru naredne godine, isto tako, ne bi došlo do utvrđivanja odgovornosti, mada su, posmatrano suštinski i kumulativno, učinjena četiri prekršaja u svega dva mjeseca.

Pitanja otvara i odredba stava 3 tačke 13 istog člana po kojoj sudija čini teži disciplinski prekršaj ako “javno iznosi mišljenje o predmetu koji nije postao pravosnažan”. Nesporno je da sudije treba da se uzdržavaju od komentarisanja sudskih odluka, bile one pravosnažne ili ne. Međutim, bilo bi prikladno da odredba obuhvati obje vrste odluka (pravosnažne i nepravosnažne), s tim što bi u slučaju zabrane komentarisanja pravosnažnih odluka trebalo navesti izuzetak koji dikтира “zainteresovana javnost”. Naime, trebalo bi dopustiti mogućnost komentarisanja pravosnažnih odluka od strane sudija pod uslovom da se to čini u cilju naučnog ili stručnog istraživanja, edukacije u pravosuđu i sl.

U stavu 5 tačka 3 ovog člana pod “nestručno i nesavjesno obavljanje sudijske funkcije” navedeno je i postupanje u kome je sudija dva puta uzastopno ocijenjen sa ocjenom “ne zadovoljava”. U takvoj situaciji dolazi do kolizije između disciplinske odgovornosti i vrednovanja učinka sudije prilikom njegovog nagrađivanja ili napredovanja. U tom smjeru je i Mišljenje 17 CCJE po kome individu-



alna evaluacija sudija u načelu treba da bude odvojena od elemenata disciplinske odgovornosti.

U zaključku, ocjena “ne zadovoljava” ukazuje na nesposobnost sudije da obavlja svoj poziv i ne treba da bude uređena u okviru disciplinske odgovornosti već u posebnom članu zakona, bez obzira što je u članu 109 kao jedna od disciplinskih sankcija predviđeno i razrješenje.

Vrste disciplinskih sankcija predviđene u članu 109 (opomena, novčana kazna, zabrana napredovanja i razrješenje) treba dopuniti sa sankcijama za manje propuste, kakve su npr. upozorenje, ukor i sl. Tako bi dodatno bio osnažen princip proporcionalnosti između učinjenog djela i izrečene sankcije, što je u skladu sa preporukama iz međunarodnih dokumenata.<sup>13</sup>

U pogledu predloga za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sudija u članu 110 utvrđen je krug ovlašćenih predlagača – predsjednik suda, predsjednik neposredno višeg suda, predsjednik Vrhovnog suda i Komisija za praćenje primjene Etičkog kodeksa sudija. Na ovaj način isuviše je sužen krug predlagača i time potencijalno snižen prag za utvrđivanje disciplinske odgovornosti sudija. Spisku ovlašćenih predlagača trebalo bi dodati i Sudski savjet kao organ ili to pravo dati dijelu njegovih članova (npr. 1/3). To ne bi ugrozilo sudijsku nezavisnost, budući da polovinu sastava Sudskog savjeta čine sudije.

U članovima 115 i 116 treba ojačati proceduralne garancije koje štite položaj sudije protiv koga je pokrenut postupak. Tako bi sudija morao odmah po pokretanju disciplinskog postupka dobiti obavještenje o sadržaju predloga za utvrđivanje njegove odgovornosti. Isto tako, mora biti upoznat sa materijalima pribavljenim tokom istrage, uključujući pravo uvida u spise predmeta u svim fazama disciplinskog postupka.

U pogledu zastarjelosti za vođenje postupka disciplinske odgovornosti (član 119) dati su (pre)dugi rokovi: dvije godine za lakše, četiri za teže i šest za najteže prekršaje. Ovo iz razloga što bi utvrđivanje ovakvih rokova bilo primjerenije sudskim sistemima koji imaju veliki broj neriješenih predmeta, što nije slučaj na primjeru Crne Gore.

U članu 121 uređeno je privremeno udaljenje sudija od dužnosti, pored ostalih razloga, i u slučaju podnošenja predloga za pokretanje disciplinskog postupka zbog “najtežeg disciplinskog prekršaja”. Ni zakonom, ni drugim propisi-

---

<sup>13</sup> Preporuka 12 Komiteta ministara državama članicama o sudijama: nezavisnost, djelotvornost i odgovornost (CM/Rec (2010)12 i dr.



ma nijesu utvrđeni rokovi za trajanje ove mjere. Tako se prilikom “suđenja sudiji” može samo pretpostavljati trajanje “razumnog roka” i povreda istoimenog načela. To ima uticaj na očuvanje integriteta i dostojanstva sudije, jer, dugotrajno vođenje disciplinskog postupka, samo po sebi, predstavlja kaznu. Osim toga, ono otvara i druga pitanja – primanja plate i drugih nadoknada, penzijskog staža i sl. Iz tih razloga bilo bi uputno utvrditi krajnji rok trajanja ove mjere.

U članu 122 nije definisano postupanje u slučaju da u toku trajanja disciplinskog postupka sudija podnese ostavku. Prema dosadašnjoj praksi u takvim situacijama je dolazilo do obustave postupka. Međutim, ima mišljenja po kojima bi trebalo nastaviti sa postupkom, a koja su prezentirana u pojedinim analizama o sprovođenju postupaka disciplinske odgovornosti.<sup>14</sup> Čini se da treba razmišljati u pravcu “srednjeg” rješenja tj. nastavka postupka samo za najteže prekršaje, čime bi bila zadovoljena načela pravednosti i efikasnosti.

Slično pitanje otvara se i u slučaju podnošenja pritužbe od strane građana na rad sudije, pa je potrebno razmotriti dogradnju zakonske odredbe i u tom pravcu. Međutim, sa oprezom treba analizirati svaki pojedinačni slučaj usled mogućih zloupotreba, odnosno slučajeva “fabrikovanja podnošenja i povlačenja pritužbi” kojima bi se činila zloupotreba prava u cilju neopravdanog optuživanja i kompromitacije sudija.

Kritički osvrt na rješenja i praksu sprovođenja Etičkog kodeksa autor predočava u procesnopravnoj ravni, kroz osvrt o odnosu disciplinskog i postupka za utvrđivanje etičke odgovornosti. Naime, evidentno je da se u jednom broju slučajeva opisi povrede Etičkog kodeksa poklapaju sa radnjama disciplinskih prekršaja, što u praksi može dovesti do zamagljivanja ili izbjegavanja odgovornosti, kao i do paralelnog vođenja dva postupka, za disciplinski i etički prestup. Takvo rješenje je nepotpuno i u slučaju da nema paralelnog vođenja postupaka, jer dozvoljava optiranje, odnosno mogućnost da se predlagač opredijeli za blaži oblik sudijske odgovornosti (etičku, a ne disciplinsku).

## ZAKLJUČAK

Pitanje sudijske odgovornosti predstavlja sastavni dio odgovornosti nosilaca javnih funkcija, a specifičnost vršenja sudijske dužnosti uslovljava njegove drugačije dimenzije. Istorijiskopravni razvoj svjedoči da u oblikovanju sudijske odgo-

---

<sup>14</sup> Tako su npr. izvještaji i analize NVO Akcija za ljudska prava (HRA) i dr.

vornosti postoje različiti pristupi opredijeljeni pravnom tradicijom i društvenim kontekstom u kome funkcionišu konkretni pravni sistemi. To važi i za Crnu Goru.

Problemi i praksa na međunarodnom planu, kao i u većini uporednih sudskih sistema, dobrim dijelom se ocrtavaju i u crnogorskom pravnom iskustvu ove vrste. Stoga se, polazeći od prezentiranog pravnog okvira i prakse, kao i njihovog kritičkog sagledavanja mogu izvesti sljedeće ocjene opšteg karaktera:

1. Pitanju sudijske odgovornosti u sklopu ustavnih i pravosudnih reformi treba prilaziti sa odgovornošću i oprezom, bez ishitrenosti i “normativnog optimizma”. Jer, iskustva svjedoče da učestalost u propisivanju novih rješenja i užurbana implementacija kao odgovor na zahtjeve sa evropskih adresa, ne mogu zamijeniti osmišljen i temeljan pristup kojim se, poštujući međunarodne standarde, uvažava sopstvena društvena i pravna realnost.

2. U okviru ustavne revizije, u dijelu postupka utvrđivanja sudijske odgovornosti treba utvrditi dodatna jamstva sudijskog statusa. U prvom redu, treba ustavno treba garantovati pravo žalbe sudije na odluku o utvrđivanju njegove odgovornosti. Žalba na odluku o razrješenju podnosi se Ustavnom sudu, uz određenje da to pravno sredstvo isključuje pravo na podnošenje ustavne žalbe.

U dijelu konkretnih predloga neophodno je kritički preispitati postojeća rješenja u Zakonu o Sudskom savjetu i sudijama, kako sa materijalnog, tako i sa procesnog aspekta, a naročito:

1. Nužno je širiti spektar garancija koje sudija ima u postupcima utvrđivanja disciplinske i etičke odgovornosti. To se posebno odnosi na poštovanje načela javnosti i mogućnost preduzimanja procesnih radnji koje bi sudiji omogućile “jednakost oružja” u ovom postupku.

2. Polazeći od procenta prihvaćenosti predloga za pokretanje disciplinskog postupka (oko 50%,) kao i da je procenat u postupku za povredu etičkog kodeksa na nivou statističke greške, potrebno je sagledati da li se u prvom slučaju radi o posljedici rigidnog formalizma u primjeni relevantnih normi, ili u drugom slučaju, šire polje slobodne procjene povrede Etičkog kodeksa uzrokuje niži procenat usvajanja predloga.

3. Širenje vrsta disciplinskih sankcija, kao korelativa između učinjene povrede i sankcije koja se za nju izriče, doprinijelo bi osnaživanju principa proporcionalnosti, što posebno važi za lakše disciplinske prekršaje.

4. Potrebno je bliže opisati radnje disciplinskih prekršaja i jasno razlikovati njihova "preklapanja" sa opisom povreda Etičkog kodeksa. Ovo iz razloga što komplikovanost društvenih odnosa usložnjava i liniju njihovog razgraničenja. Izričito treba utvrditi nemogućnost paralelnog vođenja disciplinskog postupka i postupka za povredu Etičkog kodeksa.

5. U cilju svojevrsne generalne prevencije treba predvidjeti mogućnost da se sudija obrati Komisiji za Etički kodeks za mišljenje povodom konkretnog postupanja i da tim povodom može dobiti odgovor putem *web*-stranice sa anonimnim pristupom.

Osim predloga za normativnu dogradnju, neophodno je predočiti i dvije smjernice neophodne za praksu sprovođenja disciplinske i etičke odgovornosti sudija, i to:

1. Pitanja disciplinske i etičke odgovornosti sudija treba da budu detaljnije sadržana u Godišnjem izvještaju o radu Sudskog savjeta i sudova, kako bi se stvorio osnov za temeljno razmatranje, kako u Skupštini, tako i u široj javnosti. Jer, odgovornost nosilaca sudijske funkcije nije samo pravničko pitanje, već tema koja zaokupljuje pažnju mnoštva subjekata i odgovor na njega ima za rezultantu povjerenje ili nepovjerenje građana u sud.

2. U svim oblicima i nivoima pravničkog obrazovanja potrebno je izučavati različite aspekte sudijske odgovornosti. U istom smjeru, i putem odgovarajućih publikacija treba pospješivati informisanost građana o sudijskom radu i sopstvenoj mogućnosti da ukažu na eventualne sudijske propuste.

MLADEN VUKČEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law University "Mediterran",  
Podgorica

## CHALLENGES OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY AND ETHICAL CONDUCT OF JUDGES

### Summary

The judicial responsibility in the process of performing judicial function as one of the segments of the implementation the principle rule of law is researched in this scientific work. After the

introductory remarks, the historical and international legal aspect of the topic has been examined, with reference to international documents which regulate this form of responsibility within the judicial authorities.

The focus of the work is the presentation and critical analysis of the normative framework and practice in Montenegro. Special emphasis is given on open issues that regulate the description of disciplinary offenses, the competent authorities and the procedure for determining disciplinary responsibility, as well as behaviors that are contrary to ethical principles in the performance of a judge's position. The subject of the research is an analysis of the inconsistency of the legal provisions regulating the mutual relationship between the disciplinary procedure and the procedure for determining the violation of the Code of Ethics, including the analysis of judicial acts that are the basis for grading the type of offenses at the disciplinary and ethical level.

In the concluding part of the work, proposals for the improvement of the constitutional and legal provisions on these issues, and factual conducts that are supposed to provide, on the one hand, judicial independence, and, on the other hand, control of judicial actions that could jeopardize this fundamental constitutional principle.



VLADIMIR MIKIĆ

**POLOŽAJ KRALJA PREMA USTAVU  
KRALJEVINE SRBIJE IZ 1888. GODINE**  
– Poređenje sa ustavima drugih evropskih monarhija –

U V O D

Krajem godine u kojoj je napisan ovaj rad navršava se 130 godina od usvajanja Ustava Kraljevine Srbije iz 1888. godine (u daljem tekstu: “UKS”). Procena istorijskog značaja tog dokumenta ne može da se zasniva samo na normativnoj analizi njegovog sadržaja, upotpunjenoj poređenjem njegovog teksta sa ranijim i kasnijim ustavnim propisima Srbije (odnosno Jugoslavije). Taj značaj može da bude bolje sagledan ako tekstualna analiza UKS bude zasnovana na uporedno-istorijskom metodu. Drugim rečima, potrebno je utvrditi kakav je sadržaj ovog ustavnog akta u odnosu na sadržaj ustavnih propisa koji su u vreme njegovog usvajanja bili na snazi u drugim evropskim državama.

Poznato je da domaća pravna književnost hvali UKS kao jedan od progresivnijih ustavnih dokumenata u Evropi s kraja XIX veka.<sup>1</sup> Ovo ne čudi obzirom

---

Dr Vladimir Mikić, stručni saradnik Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Primera radi, jedan autor izneo je tvrdnju kako je 1888. godine “Srbija dobila jedan od najnaprednijih građanskih ustava u Evropi toga vremena”: J. Milićević, “Prilog poznavanju porekla srbijanskog parlamentarizma”, *Zbornik Filozofskog Fakulteta u Beogradu*, XI-1 (1970), str. 622. U njemu su sadržane “najbolje liberalne i demokratske tekovine evropske i svetske ustavnosti”: D.

da je taj akt pisan u velikoj meri po uzoru na ustave evropskih monarhija koje je odlikovao visok stepen političkog liberalizma i (za to vreme) napredan pristup prema rešavanju brojnih problema javnog prava. To se lako može utvrditi čitanjem odredaba UKS posvećenih zaštiti pojedinačnih sloboda i prava. Ipak, ispitivanje u kojoj je meri zapravo srpski ustavopisac sledio rešenja prisutna u drugim ustavima može da bude zasnovano i na analizi položaja i nadležnosti monarha u odnosu prema drugim granama vlasti (zakonodavnom telu, sudovima i ministrima).

UKS (kojeg još nazivaju i “Radikalni” ustav) stvorio je pravni okvir za rađanje istinskog parlamentarnog režima u Srbiji, ali i načela podele vlasti. To je, pored ostalog, učinjeno kreiranjem parlamentarizma dvostranog tipa, u okviru kojeg su ministri (kao politički deo izvršne vlasti) postali odgovorni ne samo kralju, već, po prvi put, i Narodnoj skupštini, što je u skladu sa tendencijom razvoja parlamentarizma, koji je u toj istorijskoj epohi za prvenstveni cilj imao zauzdavanje autokratskih ambicija monarha širom Evrope.

Ovo je posebno bitno zbog toga što su tokom najvećeg dela XIX veka vladavci (iz dinastije Obrenovića) zauzimali znatno višu poziciju u odnosu na druge institucije poretka, kada je reč o njihovom ustavnom statusu i političkoj inicijativi koju su ispoljavali. Ovo je u izvesnoj meri diskreditovalo ugled ustavnih dokumenata Srbije u okvirima uporednog prava.<sup>2</sup> UKS je, pored drugih ciljeva, imao i funkciju da izmeni takvo stanje stvari.

Izvori ustavnog prava u Evropi u vreme usvajanja UKS bili su, po pravilu, pisani ustavi.<sup>3</sup> Svrha njihovog usvajanja najčešće se sastojala u ograničavanju monarhove vlasti, obzirom da su samo dve države na tlu Evrope u to doba bile republike.<sup>4</sup>

---

Mikavica, “O ustavima Srbije – od vožda Karadžića do Mitrovdanskog Ustava Republike Srbije”, *Istraživanja*, 2006, br. 17, str. 55-62, 58.

<sup>2</sup> S. Jovanović je pisao da, od ostvarivanja faktičke nezavisnosti Srbije tokom 1830-ih, tokom većeg dela XIX veka, “inostranstvo nije uzimalo ozbiljno u obzir našu ustavnost” (pre svega zbog čestih državnih udara i monarhovog poigravanja ustavnim institucijama i propisima): S. Jovanović, *Vlada Kralja Aleksandra Obrenovića*, knj. II, Beograd 1934, str. 27.

<sup>3</sup> Izuzetak su činile Velika Britanija (sa svojom tradicijom nekodifikovanog ustavnog prava) i dve apsolutne monarhije, čiji je uticaj na savremenu istoriju Srbije bio izuzetno velik, a u kojoj su praktično neograničenu vlast imali monarsi (Rusija i Turska). Prvi pisani ustavni dokument u Rusiji je usvojen 1906. godine, a u Turskoj tek 1921. godine.

<sup>4</sup> Reč je o Francuskoj i Švajcarskoj.

Stoga su, za potrebe ovog rada, analizirani ustavi evropskih monarhija (sa izuzetkom Švedske, Grčke i Austrougarske).<sup>5</sup> U analizu su uvršteni najviši akti: Belgije<sup>6</sup> (u daljem tekstu: “Ustav Belgije”), Bugarske,<sup>7</sup> Danske,<sup>8</sup> Italije (“Albertov statut”)<sup>9</sup>, Luksemburga<sup>10</sup>, Nemačke (“Ustav Nemačkog Carstva”),<sup>11</sup> Norveške,<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> U doba usvajanja UKS, u Švedskoj je na snazi bilo “Instrument vladavine” (*Regeringsform*) od 6. juna 1809. godine (na snazi do Ustava iz 1974. godine). Ipak, jedina dostupna verzija tog dokumenta ([http://sv.wikisource.org/wiki/Regeringsform\\_1809](http://sv.wikisource.org/wiki/Regeringsform_1809) (30.06.2018)) je na švedskom jeziku. Sličan problem se nalazi pred istraživačem koji bi želeo da analizira Ustav Grčke (Σύνταγμα της Ελλάδας) iz 1864. godine, čiji je tekst (na grčkom) dostupan na: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/syn13.pdf> (30.06.2018). Najzad, na teritoriji pod kontrolom austrijskog vladaoca u primeni je bio “Temeljni državni zakon o opštim pravima državljana Kraljevine i zemalja predstavljenih u Savetu Rajha od 21. decembra 1867. godine” (*Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe ver tretenen Königreiche und Länder*). Ovaj dokument (dostupan na nemačkom i engleskom jeziku na: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV\\_1867\\_142/ERV\\_1867\\_142.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1867_142/ERV_1867_142.pdf) (30.06.2018)), ipak, nije predstavljao ustavni dokument u pravom smislu reči, pošto nije sadržao pravila o organizaciji vlasti, već isključivo ona o zaštiti građanskih sloboda.

<sup>6</sup> Verzija izvornog teksta Ustava Kraljevine Belgije iz 1831. godine (na francuskom) dostupna je na: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/be1831.htm> (30.06.2018). Ovaj ustav je, sve do kraja Prvog svetskog rata, predstavljao “prototip ustavne i parlamentarne monarhije”: P. de Visscher, *La Constitution belge et le droit international*, 19 *Revue belge du droit international* 5 (1986), str. 5-58, 5.

<sup>7</sup> Ustav Kneževine Bugarske (poznat kao “Trnovski ustav”) od 16. aprila 1879. godine. Ovaj akt bio je na snazi do početka epohe socijalističke ustavnosti te zemlje (1947. godine). Tekst je dostupan na: [http://www.kingsimeon.bg/downloads/Turnovska\\_Konstitucia.pdf](http://www.kingsimeon.bg/downloads/Turnovska_Konstitucia.pdf) (30.06.2018).

<sup>8</sup> Tekst Ustava Kraljevine Danske (*Danmarks Riges Grundlov*) od 5. juna 1849. godine dostupan je na danskom na: <http://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/danmarks-riges-grundlov-af-5-juni-1849-junigrundloven/#indhold1> (27.01.2014). Ovaj dokument bio je na snazi do 1915. godine.

<sup>9</sup> Ustavni dokument Kraljevine Italije poznat je kao “Albertov statut” (*Statuto Albertino*) iz 1848. godine (naziv je dobio prema Karlu Albertu, kralju Sardinije). Tekst je dostupan na italijanskom i engleskom jeziku na: <http://users.dickinson.edu/~rhyne/232/Four/Statuto.html> (30.06.2018). Statut je ostao na snazi do usvajanja republikanskog Ustava iz 1948. godine.

<sup>10</sup> Ustav Velikog Vojvodstva Luksemburg (*Constitution du Grand Duché de Luxembourg*) od 17. oktobra 1868. godine je i dalje na snazi, uz više od trideset naknadnih delimičnih revizija. Izvorni tekst dostupan je na: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lu1868.htm> (30.06.2018).

<sup>11</sup> Ustav Nemačkog Carstva od 16. aprila 1871. godine (*Verfassung des Deutschen Reiches*) važio je do stupanja na snagu “Vajmarskog” ustava iz 1919. godine. Verzija izvornog teksta dostupna je na: [http://de.wikisource.org/wiki/Verfassung\\_des\\_Deutschen\\_Reiches\\_%281871%29](http://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reiches_%281871%29) (30.06.2018).

<sup>12</sup> Tekst Ustava Kraljevine Norveške (*Grunnloven*) od 17. maja 1814. godine dostupan je na: <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Lover-og-instrukser/Grunnloven-fra-1814/> (30.06.2018).



Portugala,<sup>13</sup> Rumunije,<sup>14</sup> Holandije,<sup>15</sup> Crne Gore (“Zakonik knjaza Danila”)<sup>16</sup> i Španije.<sup>17</sup>

STRUKTURA USTAVNOG DOKUMENTA KAO POKAZATELJ  
POLOŽAJA I ULOGE MONARHA

Jedan od pouzdanijih metoda za tumačenje prioriteta i vrednosnih težnji ustavopisca predstavlja struktura nekog ustavnog dokumenta. Hronološko isticanje pojedinačnih prava i sloboda pre odredaba o nadležnosti pojedinih grana vlasti dobar je pokazatelj težnje da bude naznačena funkcija ustava kao propisa koji prvenstveno služi zaštiti ličnih prava od neopravdanog posezanja vlasti. Uz to, uloga zakonodavnog tela kao zastupnika političkih interesa građana može biti istaknuta time što bi u ustavu, u okviru odredaba posvećenih državnim vlastima, na prvom mestu bili normirani sastav, funkcije i nadležnosti parlamenta.

UKS na tom planu ispoljava očiglednu težnju za naglašavanjem važnosti zaštite prava građana Kraljevine. Naime, nakon I dela Ustava (“Oblik vladavine, državna vera i državna oblast”, čl. 1-5), sledi deo II (“Ustavna prava srpskih građana”), u kojem su (čl. 6-31) pobrojana temeljna prava i slobode pojedinaca.

---

<sup>13</sup> Tekst “Političkog ustava portugalske monarhije” (Constituição Política da Monarquia Portuguesa) od 4. aprila 1838. godine dostupan je na: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf) (30.06.2018). Ovaj propis zamenjen je Ustavom iz 1911. godine.

<sup>14</sup> Tekst Ustava Rumunije (*Constitutia României*) od 1. juna 1866. godine, koji je na snazi bio do 1923. godine, dostupan je na: [http://www.cdep.ro/pls/legis/legis\\_pck.http\\_act\\_text?id=37755](http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.http_act_text?id=37755) (01.07.2018).

<sup>15</sup> Ustav Kraljevine Holandije iz 1815. godine. Taj dokument je na snazi i danas, uz izmene iz 1848. godine (kojima je uvedena puna ministarsku odgovornost pred parlamentom), ali i docnije revizije. Analiza ovog Ustava moguća je zahvaljujući sledećem izvoru: A. Wijffels, “The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830”, *Giornale di storia costituzionale*, n. 19/I/2010, str. 125-140.

<sup>16</sup> “Zakonik Danila Prvog, Knjaza i gospodara slobodne Crne Gore i Brdah” iz 1855. godine zapravo ima jako malo standardnih ustavnopravnih odredaba. Najveći broj normi posvećen je materiji krivičnog prava. Tekst Zakonika je dostupan na: <http://www.njegos.org/petrovics/danzak.htm> (01.07.2018).

<sup>17</sup> Reč je o “Ustavu španske monarhije” (*Constitución de la Monarquía Española*) od 30. juna 1876. godine (ostao na snazi do Ustava iz 1931. godine), čiji je tekst dostupan na: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/CONST%201876.htm> (01.07.2018).

Tek nakon tih odredaba slede one posvećene utvrđivanju položaja javnih vlasti (Deo III, "Državne vlasti", čl. 32-39). Po ovom pitanju srpski ustavopisac sledio je opredeljenje svog "ustava-uzora": Ustava Belgije.<sup>18</sup>

Drugu grupu dokumenata predstavljaju oni ustavi u okviru čije strukture prvo mesto (dakle, pre odredaba o pravima građana) zauzimaju odredbe o vlastima.<sup>19</sup> Kada je reč o odredbama posvećenim ulozi i nadležnostima vlasti, UKS pripada grupi dokumenata koje, nakon navođenja opštih odredaba o državnim vlastima,<sup>20</sup> prednost u redosledu navođenja ovlašćenja javnih vlasti daje norma koje uređuju položaj monarha.

Tako je Deo IV Ustava posvećen monarhu ("Kralj", čl. 40-75), nakon čega slede odredbe V dela, posvećenog predstavničkom telu ("Narodno Predstavništvo", čl. 76-131). Posle toga su pobrojane norme koje uređuju status: ministara (Deo VI, "Ministri", čl. 132-140), jednog specijalizovanog državnog tela (Deo VII, "Državni Savet", čl. 141-145), te sudske vlasti (Deo VIII, "Sudska vlast", čl. 146-160). Na ovom planu su evropski ustavi bili podeljeni na dve grupe koje su gotovo jednake po broju.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Nakon uvodnih odredaba (Prvi deo, "O teritoriji i njenim podelama", čl. 1-3), sledi drugi deo ("O Belgijancima i njihovim pravima", čl. 4-24). Slično tome, u Ustavu Rumunije, nakon prvog poglavlja ("O rumunskoj teritoriji", čl. 1-4), slede odredbe posvećene pravima i slobodama ("O pravima Rumuna", čl. 5-30), pa tek onda norme posvećene državnim vlastima i druge ustavne odredbe. Prvo poglavlje Ustava Španije nosilo je naziv "O Špancima i njihovim pravima" (čl. 1-17).

<sup>19</sup> V.: Ustav Bugarske, I glava (čl. 1-3), Ustav Danske, poglavlje I ("Oblik vladavine", čl. 1-3), Albertov statut, glava I ("Država", čl. 1-23), Ustav Luksemburga, I poglavlje ("O teritoriji i kralju Velikom vojvodi", čl. 1-8), Ustav Norveške, deo "B" ("Izvršna vlast, Kralj i kraljevska porodica", čl. 3-48), Ustav Portugala, poglavlje I, čl. 1-5. Tekst Ustava Nemačkog Carstva započinje odredbom o teritoriji Carstva (čl. 1), nakon čega slede odredbe o državnim vlastima i ostalim državnim pitanjima; on zapravo i ne sadrži norme posvećene zaštiti sloboda i prava pojedinaca.

<sup>20</sup> Reč je o III delu UKS..

<sup>21</sup> Slično opredeljenje kao ono koje je stajalo u UKS odražavala je i normativna struktura još četiri ustava: Ustav Bugarske, II glava, čl. 4-18 i neke odredbe glave III i glava V-VIII), Ustav Danske, poglavlje II (čl. 4-17), Albertov statut (glava I) i Ustav Luksemburga, delovi poglavlja I (čl. 3-7) i prvi deo poglavlja III (čl. 33-45). Suprotna rešenja predviđena su u ustavima: Belgije (III deo, čl. 60-91), Nemačkog Carstva (IV deo, čl. 11-19), Portugala (poglavlje VI, čl. 80-122), Rumunije (II deo poglavlja III, čl. 82-103) i Španije (poglavlja VI-VIII, čl. 48-73).

USTAVOTVORNA VLAST I PITANJE NOSIOCA  
UNUTRAŠNJE SUVERENOSTI

Samo su retki ustavi evropskih monarhija nastali kao delo ustavotvornih skupština, čiji je sastav (barem najvećim delom) bio određen na opštim izborima.<sup>22</sup> Drugi su ustavi bili *oktroisani* od strane vladara.<sup>23</sup>

Na sredokraći između ova dva rešenja nalazili su se *ustavni paktovi*, usvojeni kombinovanim učešćem monarha i predstavničkog tela (parlamenta ili konstituante).

Uloga kralja Milana Obrenovića u donošenju UKS ogledala se u pripremi (totalne) revizije Ustava Kneževine Srbije iz 1869. godine, kao i u njegovim (veoma aktivnim) predsedavanjem odborom koji je pripremio konačni tekst UKS. S obzirom da je ustavotvorna vlast faktički bila poverena *ad hoc* odboru, a ne predstavničkom telu, te da mnoštvo izvora ukazuje na dominantnu ulogu kralja u oblasti inicijative za usvajanje novog ustava, ali i formulaciji pojedinih važnih ustavnih odredaba,<sup>24</sup> nije pogrešno zaključiti da je UKS pre predstavljao ishod ličnih želja monarha nego što je bio izraz autentičnih društvenih težnji za novim ustavom sa određenom konkretnom sadržinom. Važan pokazatelj ustavotvorne uloge monarha predstavljaju i odredbe UKS posvećene postupku promene ustava.

Inicijativa za izmenu postojećeg ili usvajanje novog ustavnog akta pripadala je, prema čl. 201, st. 2. UKS, istovremeno monarhu i parlamentu. Ovakav pri-

---

<sup>22</sup> Ustav Danske delo je (najvećim delom demokratski izabrane) ustavotvorne skupštine (prema: <http://pub.uvm.dk/2008/democracycanon/kap20.html> (27.01.2014)). Objavom od 2. decembra 1813. godine, monarh Holandije je obećao da će toj zemlji podariti ustav, te je formirao komisiju koja je izradila osnovna ustavna načela, da bi tekst Ustava bio usvojen na skupštini u čijem su se sastavu našli ugledni građani (koji nisu bili izabrani na izborima) (A. Wijffels, 131).

<sup>23</sup> Austrijski "Temeljni državni zakon" bio je zapravo edikt imperatora Franca Jozefa (Franz Josef), a Albertov statut podaren je kao kraljevska povelja (F. A. Ogg, *European Governments and Politics*, 2nd Ed., New York 1947, str. 806).

<sup>24</sup> "Prvi put u istoriji novovekovne srpske države Skupština je sazvana proklamacijom, a ne ukazom sa premapotpisom predsednika Vlade. Kraljev potez nije bio u skladu sa zakonom": Miroslav Pešić, *Političke stranke i uvođenje parlamentarizma u Srbiji od 1881. do 1903. godine*, doktorska disertacija, Univerzitet u Nišu, Filozofski fakultet, Niš, 2013, str. 150.

stup preuzet je iz Ustava Belgije,<sup>25</sup> a retki su bili ustavi koji su inicijativu za reviziju prepuštali samo parlamentu.<sup>26</sup>

Ustavi evropskih zemalja iz posmatranog perioda bili su podeljeni u pogledu utvrđivanja titulara unutrašnjeg suvereniteta. Jedan broj njih, uključujući UKS, za nosioca suverene vlasti određivao je monarha.<sup>27</sup>

Ipak, u većini ustava za nosioca suverenosti je bio proglašen narod.<sup>28</sup> Dakle, u UKS je zadržano rešenje koje je postajalo sve ređe u uporednoj primeni i zaoštajalo za tokovima liberalne ustavnosti.

#### ZAŠTITA LIČNOSTI VLADAOCA I NJEGOVA NEODGOVORNOST

Za monarha se i danas u najvećem broju ustavnih dokumenata ističe da njegovu ličnost odlikuje nepovredivost. To je još u većoj meri bio slučaj u Evropi krajem XIX veka. Stoga, odredba iz čl. 40, st. 2. UKS, prema kojoj je ličnost kralja Srbije “neprikosnovena”, predstavljala je rešenje koje je bilo sasvim u skladu sa tadašnjim uporednim obrascima, kojima je monarhova ličnost definisana kao nepovrediva, neprikosnovena, i sveta.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> UKS je predvideo da “predlog da se u Ustavu što izmeni, dopuni ili protumači može učiniti Kralj ili Narodna Skupština”, uz obavezu preciznog pobranjanja svih odredaba Ustava “koje bi se imale izmeniti, dopuniti, ili protumačiti” takvim predlogom (čl. 201, st. 2). Nadležnost za pristupanje promeni Ustava, u slučaju da je predlog za reviziju dao kralj, pripada “dvema Narodnim Skupštinama koje su postale iz dva razna izbora što dolaze jedan za drugim”, nakon čega se raspušta redovno predstavničko telo i i saziva Velika narodna skupština (čl. 201, st. 3). Rešenja koja usvoji ovo telo imaće pravnu snagu onda kada ih kralj bude potvrdio (čl. 201, st. 7). Ovakvo rešenje gotovo u potpunosti odgovara obrascu određenom u čl. 131. Ustava Belgije (kao i onima iz čl. 13. Ustava Luksemburga, čl. 129. Ustava Rumunije i čl. 140-141 i čl. 169. Ustava Bugarske).

<sup>26</sup> V. čl. 138. Ustava Portugala i čl. 129. Ustava Rumunije. Ograničeno učešće monarha u postupku revizije ustavnog dokumenta bilo je predviđeno Ustavom Nemačkog Carstva, čiji je čl. 78. predviđao da se izmene Ustava vrše zakonom usvojenim naročitom većinom u gornjem domu.

<sup>27</sup> V.: čl. 32. Ustava Luksemburga. I u Ustavu Holandije suverenost je ostala u rukama monarha (A. Wijffels, str. 132).

<sup>28</sup> V.: čl. 25, st. 1. Ustava Belgije, čl. 33. Ustava Portugala i čl. 31. Ustava Rumunije. Zanimljivo je da se načelo suverenosti nacije (a ne suverenog kralja) javlja i u (starom) Ustavu Španije od 19. marta 1812. godine (“Ustav iz Kadiza”), koji je smatran za jedan od prvih liberalnih ustava u svetu: M. C. Mirow, “Pre-Constitutional Law and Constitutions: Spanish Colonial Law and the Constitution of Cadiz”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 12/2013, 312-337, str. 315.

<sup>29</sup> V.: čl. 63. Ustava Belgije (“nepovrediva” ličnost kralja) i čl. 18. Ustava Danske i čl. 1. Ustava Luksemburga (“sveta i nepovrediva” ličnost vladaoca). Prema čl. 3. Zakonika Knjaza Danila, lič-

Kao posledica neprikosновенosti vladaočeve ličnosti javlja se odsustvo bilo kakve pravne odgovornosti monarha. Konkretizaciju ovakvih ustavnih rešenja predstavljale su odredbe kojima je, umesto monarhove, propisivana odgovornost ministara. U skladu sa ovim, odredba čl. 40, st. 2. UKS naglašavala je kako se kralju “ne može ništa u odgovornost staviti, niti Kralj može biti tužen.” Pojedini evropski ustavi utvrđivali su istovremeno odgovornost ministara i poricanje odgovornosti vladaoča.<sup>30</sup> I čl. 38. UKS sadržao je odredbu po kojoj kralj svoju izvršnu vlast “vrši preko svojih odgovornih ministara po odredbama ovoga Ustava”.

Kako bi odgovornost monarha bila u potpunosti isključena, ustavi su isticali i ustanovu *ministarskog premapotpisa* kao neophodan uslov za stupanje na snagu akata koje usvaja monarh. Nalik velikom broju ustavnih dokumenata,<sup>31</sup> odredbom čl. 56. UKS propisano je da “ni jedan akt Kraljev, koji se odnosi na državne poslove, nema snage niti se sme izvršiti, ako ga nije premapotpisao nadležni Ministar, koji je samim tim za nj odgovoran”, a u čl. 136, st. 2. istaknuto je da “svaki akt državni koji kralj potpisuje mora biti premapotpisan nadležnim ministrom.”<sup>32</sup>

Najzad, u čl. 136, st. 3. naglašeno je kako “pismena ili usmena naredba Kraljeva ne može ni u kakvom slučaju zakloniti ministre od odgovornosti.” Nalik ovome, u znatnom broju analiziranih ustava naglašeno je da nikakav nalog monarha ne može članove vlade da oslobodi od odgovornosti.<sup>33</sup> Naročito je bila važna činjenica da su predstavnička tela širom Evrope bila ovlašćena da pokreću pitanje (ponekad i krivične) odgovornosti ministara.<sup>34</sup> UKS je predviđao da “i Kralj i Narodna Skupština imaju pravo da optuže ministre (...)” za određen broj teških krivičnih dela (čl. 137, st. 1), u kojem slučaju bi “optuženome i pod sud stavljenom

knjaza je “neprikosnovena”, a on je “svetinja svakom Crnogorcu i Brđaninu”. Vladaočeva ličnost bila je “sveta” i prema: Albertovom statutu (čl. 4), Ustavu Bugarske (čl. 8), Ustavu Norveške (čl. 4), Ustavu Portugala (čl. 85) i Ustavu Španije (čl. 48).

<sup>30</sup> V.: čl. 63. Ustava Belgije, čl. 18. Ustava Danske, čl. 78. Ustava Luksemburga, čl. 4. Ustava Norveške, čl. 67. Albertovog statuta, čl. 34.II.2, čl. 80 i čl. 85. Ustava Portugala, čl. 92. Ustava Rumunije, čl. 49. Ustava Španije i čl. 149. i čl. 18. Ustava Bugarske.

<sup>31</sup> V. čl. 64. Ustava Belgije, čl. 19. Ustava Danske, čl. 92. Ustava Rumunije, čl. 67. Albertovog statuta, čl. 45. Ustava Luksemburga, čl. 17. Ustava Nemačkog Carstva, čl. 115. Ustava Portugala, čl. 49. Ustava Španije i čl. 154. Ustava Bugarske.

<sup>32</sup> Po čl. 54. st. 4, ukaz o raspuštanju skupštine morao je da nosi premapotpis *svih* ministara.

<sup>33</sup> Takve odredbe sadržane su u: čl. 89. Ustava Belgije, čl. 81. Ustava Luksemburga, čl. 117. Ustava Portugala i čl. 100. Ustava Rumunije.

<sup>34</sup> V.: čl. 105, st. 7. Ustava Bugarske, čl. 20. Ustava Danske, čl. 155. Ustava Bugarske, čl. 49. Albertovog statuta, čl. 116, st. 1. Ustava Luksemburga, čl. 56. i 61.I-II Ustava Portugala, čl. 101. Ustava Rumunije i čl. 45, st. 3. Ustava Španije.

me ministru” sudio Državni Sud (čl. 138, st. 3). I u nekim drugim zemljama, za vođenje krivičnih postupaka protiv optuženih ministara bila je nadležna sudska instanca.<sup>35</sup>

#### NADLEŽNOSTI MONARHA

Nadležnosti kralja pobrojane su u odredbama čl. 40-52. UKS. One su u velikoj meri bile slične prerogativima koji su pripadali drugim monarsima Evrope.<sup>36</sup> Među nadležnosti vladaoca na prvom mestu spadalo je obavljanje nosioca funkcije izvršne vlasti (kralj ima “izvršnu vlast” i “sva prava državne vlasti”, čl. 38. i 40. st. 1. UKS). U istoj odredbi istaknuto je kako je kralj “poglavar države”. I u drugim analiziranim ustavima monarh je bio definisan kao šef države i nosilac izvršne vlasti.<sup>37</sup>

Tipični evropski vladalac s kraja XIX veka je vodio spoljnu politiku zemlje i predstavljao svoju državu na međunarodnom planu.<sup>38</sup> Takva su bila i ovlašćenja srpskog vladara, kojem je, po odredbi čl. 52, st. 1. UKS, pripadalo pravo da “zastupa zemlju u svima odnosima sa stranim državama”. Monarsi širom Evrope su, uz to, vršili i imenovanja na diplomatske položaje i primali akreditive stranih diplomata u zemlji.<sup>39</sup> Ponekad je to njihovo pravo bivalo uslovljeno pristankom zakonodavca na izbor diplomatskih službenika.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> V.: čl. 47. Albertovog statuta, čl. 116. st. 1. Ustava Luksemburga i čl. 101. Ustava Rumunije. U Ustavu Španije, pak, suđenje ministrima bila je, po čl. 45, st. 3, nadležnost gornjeg doma.

<sup>36</sup> Prava kralja Srbije, pobrojana ustavnim odredbama, “su ona koja se u svima monarhiskim državama daju vladaocu”: M. Milovanović, *Državno pravo i načela spoljne politike Kraljevine Srbije*, Beograd 1997, str. 202.

<sup>37</sup> Monarh je “vrhovni poglavar države” (čl. 5. Albertovog statuta), “šef izvršne vlasti” (čl. 80. Ustava Portugala), “vrhovni predstavnik i glava države” (čl. 5. Ustava Bugarske). Kao nosioca izvršne vlasti monarh je određen u: čl. 29. Ustava Belgije, čl. 2. Ustava Danske, čl. 3. Ustava Norveške, čl. 34.II.2. Ustava Portugala, čl. 12. Ustava Bugarske, čl. 35. Ustava Rumunije i čl. 33. Ustava Luksemburga. Čl. 50. Ustava Španije daje vladaocu nešto širu vlast, budući da su mu bila poverena ovlašćenja koja se “odnose i na sve što vodi očuvanju javnog reda u unutrašnjosti zemlje i bezbednosti države u spoljnim odnosima, u skladu sa Ustavom i zakonima”.

<sup>38</sup> V.: čl. 17. Ustava Bugarske, čl. 54. Ustava Španije i čl. 11, st. 1. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>39</sup> V.: čl. 26. Ustava Norveške, čl. 82.III Ustava Portugala i čl. 11, st. 1. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>40</sup> V. čl. 26. Ustava Norveške. Prema čl. 56, st. 1. Ustava Nemačkog Carstva, car postavlja konzule, pošto prethodno sasluša nadležni odbor gornjeg doma parlamenta.

Pravo na zaključivanje ugovora sa stranim državama pripadalo je svim monarsima Evrope, iako je u nekim zemljama ono bilo ograničeno na određene oblasti spoljne politike (što znači da su ugovori koje zaključuje kralj imali precizno određen predmet).<sup>41</sup> Uslovljavanje važenja ugovora o trgovini, finansijama ili onih ugovora koji bi se ticali prava građana bilo je prisutno i u brojnim evropskim ustavima.<sup>42</sup> Isto se može reći i za pitanja smanjivanja ili razmenjivanja teritorije Kraljevine, s obzirom da je UKS, u čl. 4. st. 1, propisivao obavezan pristanak Velike Narodne Skupštine na ugovore koji bi imali takvu sadržinu,<sup>43</sup> ali i za upućivanje vojske u strane zemlje i za privremeno zauzimanje dela državne teritorije od strane vojske neke druge zemlje.<sup>44</sup> Parlamentarno ograničenje vladaočevog *ius contrahendi* sastojalo se u pravu parlamenta da mu ugovori budu dostavljani radi potvrđivanja,<sup>45</sup> ili, barem, radi obaveštavanja.<sup>46</sup> Ograničenje ove nadležnosti monarha prema merilu predmeta ugovora sledilo je trend rasta kontrolnih nadležnosti zakonodavca.<sup>47</sup>

Prema čl. 46. UKS, kralj je “vrhovni zapovednik sve zemaljske sile”. On “uredbom određuje formaciju” vojnih snaga, usvaja propise koji bi za predmet imali vojnu disciplinu, te “daje vojne činove prema odredbama zakona”.<sup>48</sup> Ovakve su odredbe sasvim u skladu sa obrascima tadašnje evropske ustavnosti. Monarh je

<sup>41</sup> To je bio slučaj i u Kraljevini Srbiji. Naime, čl. 52. st. 2. UKS predviđao je da “trgovački ugovori i ugovori za izvršenje kojih se ište ikakvo plaćanje iz državne kase, ili izmena zemaljskih zakona, ili kojima se ograničavaju javna ili privatna prava srpskih građana” imaju pravnu snagu nakon parlamentarne ratifikacije (“vrediće tek pošto ih odobri Narodna skupština”).

<sup>42</sup> Slične odredbe sadržali su i: Ustav Belgije (čl. 68. st. 2), Ustav Danske (čl. 23. st. 2), Ustav Luksemburga (čl. 37. st. 2), Albertov statut (čl. 5), Ustav Portugala (čl. 82.XV), Ustav Rumunije (čl. 93) i Ustav Španije (čl. 55. st. 4).

<sup>43</sup> Ovakvi ugovori morali su da dobiju formu zakona i prema čl. 68, st. 3. Ustava Belgije, čl. 37.IX Ustava Portugala, čl. 55, st. 3. Ustava Španije i čl. 37, st. 3. Ustava Luksemburga.

<sup>44</sup> UKS je propisivao da Narodna Skupština mora da odobri “ugovor da strana vojska posedne srpsko zemljište ili da pređe preko njega”, kao i to da se “srpska vojska ne može se staviti u službu koje druge države” bez njenog odobrenja (čl. 200). Sličnu odredbu poznavali su i: Ustav Belgije (čl. 121), Ustav Rumunije (čl. 123), Ustav Norveške (čl. 25), Ustav Portugala (čl. 37.XI) i Ustav Španije (čl. 55, st. 1-3).

<sup>45</sup> V. čl. 82.XV Ustava Portugala i čl. 93. Ustava Rumunije.

<sup>46</sup> V. čl. 75. t. “g” Ustava Norveške.

<sup>47</sup> “Članom 52 daje se kralju pravo da zaključuje ugovore sa stranim državama, ali je to pravo svedeno na najmanju meru. Vrlo je malo slobode kralju i vladi ostavljeno, što se tiče zaključivanja ugovora, jer se (...) traži za zaključenje svakog važnijeg ugovora (...) pristanak narodne skupštine”: M. Milovanović, str. 202.

<sup>48</sup> Respektivno: čl. 196, 198 st. 2. i 47. UKS.



zapovednik oružanih snaga<sup>49</sup> i ovlašćen je da dodeljuje vojne činove.<sup>50</sup> U nekim zemljama su lica koja stupaju u vojnu službu bila obavezna da polože zakletvu na vernost vladaocu.<sup>51</sup>

Shodno odredbi čl. 52. st. 1. UKS, kralj “oglašuje rat”. Takva je odredba bila usklađena sa normama sadržanim u drugim evropskim ustavima.<sup>52</sup> Istom odredbom iz UKS određeno je i da kralj “zaključuje ugovore mira, saveza i druge, i saopštava ih Narodnoj Skupštini, u koliko i kad interesi i sigurnost zemlje to dopuštaju”. Kralj je, dakle, načelno, imao samo obavezu da o ugovorima obavesti predstavničko telo, što i dalje nije značilo da su tajni ugovori zabranjeni, pošto su “interesi i sigurnost zemlje” predstavljali merilo za određivanje neophodnosti takvog obaveštavanja. Taj standard je neposredno preuzet iz Ustava Belgije i sadržan je i u drugim ustavima.<sup>53</sup> U nadležnost srpskog kralja, shodno čl. 50. i 51. UKS, spadalo je i pravo amnestije i pomilovanja, u skladu sa modelom ustava evropskih parlamentarnih monarhija.<sup>54</sup> Dalje, monarh i njegova porodica uživali su i izvesne garancije imovinsko-finansijske nezavisnosti, kako u Srbiji, tako i u drugim zemljama čiji su ustavi ispitani u ovom radu.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> V.: čl. 65. Ustava Belgije, čl. 5. Albertovog statuta, čl. 25. Ustava Norveške, čl. 93. Ustava Rumunije, čl. 52. Ustava Španije, čl. 82.VII Ustava Portugala, čl. 11. Ustava Bugarske, čl. 63. Ustava Luksemburga, te čl. 53, st. 1. i čl. 63. st. 1. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>50</sup> V.: čl. 76. Ustava Belgije, čl. 93. Ustava Rumunije, čl. 53. Ustava Španije, čl. 11. Ustava Bugarske i čl. 64. st. 2. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>51</sup> V. čl. 11. Ustava Bugarske i čl. 64, st. 1. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>52</sup> V.: čl. 68. Ustava Belgije, čl. 23, st. 2. Ustava Danske, čl. 5. Albertovog statuta, čl. 37. Ustava Luksemburga, čl. 26. Ustava Norveške i čl. 54, st. 4. Ustava Španije. Ustav Portugala kralju poverava pravo objave rata i zaključenja mira, uz obavezu da parlamentu objasni “motive” zašto to čini (čl. 82.HIII). Ustav Nemačkog Carstva, u čl. 11. st. 1, navodi da car objavljuje rat, ali da je za tu objavu neophodan pristanak (gornjeg doma), izuzev u slučaju spoljnog napada na Konfederaciju.

<sup>53</sup> Prema čl. 68, st. 1. Ustava Belgije, kralj zaključuje “ugovore o miru, savezu i trgovini” i o njima obaveštava domove onda kada do dopuštaju “interes i sigurnost države”. Slična odredba sadržana je i u čl. 37. st. 1. Ustava Luksemburga, čl. 23. st. 2. Ustava Danske i čl. 5. Albertovog statuta.

<sup>54</sup> V.: čl. 73. Ustava Belgije, čl. 14. i 15. Ustava Bugarske, čl. 31. Ustava Danske, čl. 38. Ustava Luksemburga, čl. 8. Albertovog statuta, čl. 20. st. 1. Ustava Norveške, čl. 54, st. 3. Ustava Španije, čl. 82.H- XI Ustava Portugala, čl. 5. Zakonika knjaza Danila i čl. 93. Ustava Rumunije.

<sup>55</sup> Čl. 172. st. 2. UKS propisivao je da “Kralj i Naslednik Prestola ne plaćaju državi porezu”, što je izuzetak od opšte obaveze iz čl. 171. st. 1. kojoj podleže “svaki srpski građanin”. Različiti oblici jamčenja imovinskih prava vladaoca nalaze se i u: Albertovom statutu (čl. 19-21), Ustavu Portugala (čl. 95), Ustavu Španije (čl. 57) i Ustavu Bugarske (čl. 35-36). Sa druge strane, Ustav Belgije (čl. 112, st. 1) predvideo je zabranu uvođenja bilo kakvih privilegija u materiji oporezivanja. Čl. 112, st. 2. istog dokumenta odredio je da je izuzetke od oporezivanja moguće utvrditi samo zakonom. U gru-



Pored toga, kralju je, po čl. 49. UKS, pripadalo i “pravo kovanja novca prema zakonu”, što je predstavljalo poseban prerogativ još jednog broja evropskih monarha.<sup>56</sup> Mnogim vladarima je pripadalo i pravo dodeljivanja plemićkih titula,<sup>57</sup> što, prema čl. 8. UKS, nije bilo moguće.<sup>58</sup> U nekim zemljama postojale su ustavne odredbe slične onoj sadržanoj u UKS, kojima bi bila određena obavezna pripadnost monarha nekoj veroispovesti.<sup>59</sup> Odredba iz čl. 42. UKS, prema kojoj je kralj “zaštitnik sviju priznatih veroispovesti” u zemlji, predstavljala je pravu retkost u uporednoj ustavnosti. Najzad, prema čl. 55. UKS, kralj nije mogao “biti u isto vreme poglavar druge koje države bez pristanka Velike Narodne Skupštine”, a isto (ili slično) pravilo postojalo je i u većini drugih pisanih evropskih ustava.<sup>60</sup>

#### ODNOS IZMEĐU MONARHA I DRUGIH GRANA VLASTI

Formiranje parlamentarnog režima na osnovu UKS podrazumevalo je utemeljenje vlasti na pravom uređenim odnosima između pojedinih njenih grana. To je značilo da zakone usvaja predstavničko telo a potvrđuje, primenjuje i izvršava kralj, da su ministri odgovorni i parlamentu i kralju, kao i to da su za gonjenje prekršilaca zakona odgovorni nezavisni sudovi.

Odnos kralja Srbije sa Narodnom skupštinom uređen je prvenstveno čl. 33. UKS, koji navodi da “zakonodavnu vlast vrše Kralj i Narodno Predstavništvo zajednički”. Kombinovano učešće predstavničkog tela i monarha u obavljanju zakonodavnih funkcija predviđeno je i u drugim ustavima.<sup>61</sup> Kada je reč o zakonodavnoj inicijativi, donosioci UKS opredelili su se za istovremeno određivanje ove

pu ustava koji su propisivali slične zabrane ubrajaju se i: Ustav Luksemburga (čl. 99. st. 1. i čl. 101) i Ustav Rumunije (čl. 109. i čl. 111).

<sup>56</sup> V.: čl. 74. Ustava Belgije, čl. 39. Ustava Luksemburga, čl. 93. Ustava Rumunije i čl. 53. st. 6. Ustava Španije.

<sup>57</sup> V.: čl. 75. Ustava Belgije, čl. 41. Ustava Luksemburga, čl. 82.IX Ustava Portugala, čl. 23. Ustava Norveške i čl. 79. Albertovog statuta.

<sup>58</sup> Prema toj odredbi, “građanima srpskim niti se mogu davati, niti priznati titule plemićstva”.

<sup>59</sup> Kao što je čl. 41. UKS propisivao kako “Kralj i njegov Dom moraju biti istočno-pravoslavne vere”, čl. 5. Ustava Danske predviđao je obaveznu pripadnost kralja evangelističkoj luteranskoj crkvi. Slične su odredbe sadržane i u čl. 15. Ustava Norveške i u čl. 82. Ustava Rumunije i čl. 38. Ustava Bugarske. I u Holandiji je suveren morao da ispoveda protestantsku religiju (A. Wijffels, str. 133).

<sup>60</sup> V.: čl. 4. Ustava Danske, čl. 14. Ustava Norveške, čl. 62, st. 1. Ustava Belgije, čl. 84.I Ustava Portugala, čl. 91. Ustava Rumunije i čl. 7. Ustava Bugarske.

<sup>61</sup> Čl. 26. Ustava Belgije navodio je: “Zakonodavnu vlast vrše zajednički (*collectivement*) kralj, Predstavnički dom i Senat”. Gotovo istovetna odredba sadržana je u: čl. 2. Ustava Danske, čl. 3.

nadležnosti u korist i kralja i parlamenta, u skladu sa njegovim čl. 34 (po Ustavu iz 1869. godine, predstavničko telo nije imalo pravo zakonske inicijative). Ustanovljenje parlamenta kao drugog ovlašćenog predlagача zakona uvrstilo je ustavni poredak Srbije među monarhije u kojima je parlamentarni režim predstavljao osnovu ustavnog uređenja.<sup>62</sup> Ipak, obično je položaj parlamenta (ili donjeg doma u dvodomim skupštinama) bio istaknutiji u postupku usvajanja zakona o budžetu ili porezima.<sup>63</sup>

Dok UKS poznaje parlament koji se sastoji od jednog doma, znatan broj parlamenata evropskih monarhija bio je u to doba dvodome strukture,<sup>64</sup> pri čemu je evropski monarh obično imao mogućnost da neposredno utiče na sastav gornjeg doma.<sup>65</sup> Kralj Srbije je ostao uskraćen za ovaj prerogativ, što se može smatrati još jednim od ograničenja njegove vlasti koja nisu bila u primeni u nekim zemljama. Sa druge strane, odredba iz čl. 107, st. 2. UKS, prema kojoj su poslanici polagali zakletvu kojom su se, pored ostalog, obavezivali da će “u svome poslaničkom radu opšte dobro Kralja i naroda (...) neprestano pred očima imati”, nije bila previše zastupljena među drugim evropskim ustavima.<sup>66</sup>

Prema UKS, zakone je usvajao parlament a potvrđivao i proglašavao kralj.<sup>67</sup> Ovo je logična posledica načela zajedničkog učešća parlamenta i kralja u postupku usvajanja zakona, koje je izraženo odredbom čl. 35: “Za svaki zakon potreban

---

Albertovog statuta, čl. 34.II Ustava Portugala, čl. 31. Ustava Rumunije, čl. 9. Ustava Bugarske, čl. 18. Ustava Španije i čl. 5. st. 1. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>62</sup> Podeljena zakonodavna inicijativa predviđena je, na sličan način kao i u UKS, i u: čl. 27. st. 1 Ustava Belgije, čl. 28. Ustava Danske, čl. 10. Albertovog statuta, čl. 32. Ustava Rumunije, čl. 41. Ustava Španije, čl. 108. Ustava Bugarske, i čl. 47. st. 1-2. Ustava Luksemburga.

<sup>63</sup> V.: čl. 27. st. 2. Ustava Belgije, čl. 10. Albertovog statuta, čl. 54.I Ustava Portugala, čl. 32. Ustava Rumunije i čl. 42. Ustava Španije.

<sup>64</sup> To je bio slučaj sa: Belgijom, Danskom, Nemačkom, Italijom, Norveškom, Portugalom, Rumunijom, Španijom i Velikom Britanijom. Dilema povodom toga da li treba ustanoviti jednodomo ili dvodomo nacionalno predstavništvo predstavljala je najproblematičnije pitanje na ustavotvornoj konvenciji održanoj u Belgiji od novembra 1830. do februara 1831. godine (A. Wijffels, str. 135)

<sup>65</sup> Kralj Italije imao je pravo da doživotno imenuje senatore (u neograničenom broju) iz precizno pobrojanih kategorija građana (čl. 31 Albertovog statuta). U Portugalu je prestolonaslednik po sticanju punoletstva automatski (*de direito*) postajao senator (čl. 60. Ustava Portugala). I u Španiji je jedan broj senatora (uključujući i neke punoletne članove kraljevskog doma) imenovao kralj (čl. 20. st. 1. t. 1. i 2. i čl. 21. st. 2. Ustava Španije).

<sup>66</sup> Takvi primeri vidljivi su još samo u čl. 49. Albertovog statuta i čl. 57. st. 2. Ustava Luksemburga.

<sup>67</sup> Tako, kralj, prema čl. 43. UKS, “potvrđuje i proglašuje zakone”, a “nikakav zakon ne može važiti dokle ga Kralj ne proglasi”.

je pristanak oba činioca zakonodavne vlasti”. Potvrđivanje i proglašavanje zakona spadali su u uobičajenu nadležnost evropskih vladalaca, kao i pravo izdavanja propisa (ukaza) neophodnih za izvršavanje usvojenih zakona.<sup>68</sup> Mogućnost ponovnog upućivanja usvojenog zakona u parlament nije bila predviđena u UKS, ali takve su norme bile sadržane u veoma malom broju tadašnjih ustava.<sup>69</sup> Ekskluzivno ovlašćenje (oba činioca) zakonodavne vlasti na “obavezno tumačenje zakona”, iz čl. 37. UKS, uz zabranu ukidanja, izdavanja, izmene ili tumačenja zakona bez pristanka skupštine (iz čl. 117, st. 1), nije bilo usamljeno rešenje među evropskim ustavima.<sup>70</sup> Najzad, odredba čl. 174, st. 1. UKS, kojom je određeno da Narodna skupština “odobrava državni budžet” slična je normama o budžetskim ovlašćenjima parlamenta u uporednom pravu.<sup>71</sup>

Još jedno važno ovlašćenje kralja Srbije sastojalo se u okupljanju Narodne skupštine “u redovan ili vanredan saziv” (čl. 54, st. 1. UKS). Ovo pravo priznato je i monarsima u drugim evropskim zemljama.<sup>72</sup> Kralj je imao i “pravo da odlaže sednice” parlamenta, “ali to odlaganje ne može biti duže od dva meseca, niti se može ponoviti u istome sazivu bez pristanka” Narodne skupštine (čl. 54, st. 3. UKS).<sup>73</sup> Odredba čl. 54, st. 4. UKS, prema kojoj kralj ima “pravo da raspusti” parlament (uz obavezu da “akt raspusta mora sadržavati naredbu za nove izbore u najdaljem roku od dva meseca i naredbu za saziv Narodne skupštine najdalje za tri meseca od dana raspusta”), ne odstupa bitno od uporednih primera.<sup>74</sup> Kada je reč o kraljevom odnosu sa ministrima (Vladom), UKS predviđa da se “na vrhu državne službe” nalazi Ministarski Savet, “koji stoji neposredno pod Kra-

<sup>68</sup> V.: čl. 69. Ustava Belgije, čl. 34. Ustava Luksemburga, čl. 93. Ustava Rumunije, čl. 10. Ustava Bugarske, čl. 51. Ustava Španije, čl. 29. Ustava Danske, čl. 7. Albertovog statuta, čl. 70. i čl. 81.I Ustava Portugala i čl. 2. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>69</sup> V.: čl. 56. Albertovog statuta i čl. 93. Ustava Rumunije.

<sup>70</sup> Ustav Belgije, u čl. 28, sadrži istu odredbu o obavezujućem tumačenju zakona koje pribavlja zakonodavna vlast (kralj i domovi). Slične norme sadržali su i: čl. 48. Ustava Luksemburga, čl. 34. Ustava Rumunije, čl. 33. Ustava Bugarske i čl. 37.I Ustava Portugala.

<sup>71</sup> V.: čl. 115. st. 1. Ustava Belgije, čl. 105. st. 2. te čl. 47-48. Ustava Bugarske i čl. 104. st. 1. Ustava Luksemburga.

<sup>72</sup> V.: čl. 70. st. 1. i 4. Ustava Belgije, čl. 127. i čl. 130. Ustava Bugarske, čl. 72. st. 2-3. Ustava Luksemburga, čl. 81.II Ustava Portugala, čl. 95. Ustava Rumunije, čl. 24. st. 1, čl. 25. i čl. 44. Ustava Danske, čl. 12. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>73</sup> Ovakvo rešenje sadržano je i u Ustavu Danske (čl. 26).

<sup>74</sup> V.: čl. 71. st. 1-2. Ustava Belgije, čl. 136-137. Ustava Bugarske, čl. 27. Ustava Danske, čl. 9. Albertovog statuta, čl. 74. st. 2. Ustava Luksemburga, čl. 81.III Ustava Portugala, čl. 95. Ustava Rumunije i čl. 32. Ustava Španije.

ljem” (čl. 132, st. 1).<sup>75</sup> Kralj ima pravo da postavlja i razrešava ministre (čl. 38), što je pravo koje je pripadalo i drugim evropskim vladarima.<sup>76</sup> Kralju Srbije pripadalo je i pravo da ukazom, pored ministara, postavlja i “Predsednika Ministarskog Saveta”, odnosno prvog čoveka vlade. Ovu odredbu sadržali su i neki drugi evropski ustavi.<sup>77</sup> Po čl. 134. UKS, “ni jedan član Kraljevskoga Doma ne može biti ministar”, što je bilo postavljeno kao ustavni standard još i u Belgiji i Rumuniji.<sup>78</sup> Ministri su, stupajući na dužnost, polagali zakletvu na vernost kralju i poštovanje Ustava i zakona (čl. 132, st. 3. UKS). Ovo je bilo propisano i ustavima pojedinih drugih monarhija.<sup>79</sup> Monarhu su pripadala i prava na imenovanja u državnoj službi (kako prema čl. 45. UKS, tako i prema drugim evropskim ustavnim dokumentima),<sup>80</sup> mada su neki ustavi predviđali su da ova imenovanja budu ograničeno zakonom.<sup>81</sup>

Slobodno i nezavisno vršenje sudske vlasti, te suđenje prema zakonu bili su predviđeni odredbama čl. 147. UKS. Odredbom čl. 39. predviđeno je da se “rešenja i presude” sudova “izriču” i “izvršuju” u ime kralja, a čl. 147, st. 4. utvrđivao je da se pravda izriče u ime kralja. Ovo je bilo sasvim rašireno ustavno rešenje u Evropi pred kraj XIX veka.<sup>82</sup> Važno je i to da je UKS predviđao da se u Srbiji “nikakav sud ni sudsko uređenje i nadležnost” ne mogu ustanoviti mimo zakona (čl. 148, st. 1). Ovo ograničenje izvršne uzurpacije, kao i zabrana da budu ustanovljeni “vanredni ili preki sudovi ili komisije za suđenje” (čl. 148. st. 2) preuzeti su

---

<sup>75</sup> Slično tome, čl. 79. Ustava Luksemburga predviđao je da između članova Vlade i monarha “ne postoji nikakva posredna vlast (*aucune autorité intermédiaire*)”.

<sup>76</sup> V.: čl. 65. Ustava Belgije, čl. 152. Ustava Bugarske, čl. 77. Ustava Luksemburga, čl. 28. Ustava Norveške, čl. 19. Ustava Danske, čl. 93. Ustava Rumunije, čl. 65. Albertovog statuta, čl. 82.I Ustava Portugala. Prema čl. 76, st. 1. Ustava Luksemburga, monarh “uređuje organizaciju svoje Vlade”, dok je, po čl. 54, st. 9. Ustava Španije, kralj mogao da “slobodno imenuje i raspoređuje ministre”.

<sup>77</sup> Čl. 21, st. 1. Ustava Danske i čl. 15. Ustava Nemačkog Carstva.

<sup>78</sup> Čl. 87. Ustava Belgije i čl. 98. Ustava Rumunije.

<sup>79</sup> Čl. 110, st. 2. Ustava Luksemburga i čl. 22, st. 1. Ustava Danske.

<sup>80</sup> V.: čl. 18. Ustava Nemačkog Carstva, čl. 6. Albertovog statuta, čl. 21. Ustava Norveške i čl. 54. st. 8. Ustava Španije.

<sup>81</sup> V.: čl. 66, st. 2-3. Ustava Belgije, čl. 35. st. 1. Ustava Luksemburga, čl. 82.II Ustava Portugala i čl. 93. Ustava Rumunije.

<sup>82</sup> V.: čl. 30. st. 2. Ustava Belgije, čl. 13. Ustava Bugarske, čl. 69. Albertovog statuta, čl. 49. st. 1-2. Ustava Luksemburga, čl. 36. Ustava Rumunije i čl. 74. Ustava Španije.

iz Ustava Belgije,<sup>83</sup> kao i načelo stalnosti sudske funkcije (čl. 158. st. 1-2. i st. 4-5. UKS).<sup>84</sup>

#### USTAVNA OGRANIČENJA MONARHOVE VLASTI

Iako je Kraljevina Srbija odredbom čl. 1. UKS određena kao “nasledna ustavna Monarhija”, ustavno uređenje ustanovljeno tim aktom odrediv je kao *parlamentarna monarhija*. Iako je definicija nekih drugih evropskih monarhija jezički bila više u skladu sa realnostima parlamentarne vlade,<sup>85</sup> monarhija proklamovana uvodnom odredbom UKS-a bila je ograničenog tipa i njeno je ustavno uređenje sadržalo značajne prepreke na putu dominacije kralja. Ovo je bilo sasvim u skladu sa duhom razvoja parlamentarizma u Evropi u to doba.

Prvo ograničenje vlasti kralja Srbije sastojalo se u njegovoj obavezi poštovanja Ustava i zakona. Tako, po čl. 40. st. 1. UKS, kralj “izvršuje” svoja ovlašćenja “po odredbama ovoga Ustava”. Slično ograničenje predstavljalo je načelo iz čl. 147. st. 3. UKS, prema kojem “nikakva državna vlast, ni zakonodavna ni upravna, ne može vršiti sudske poslove, niti opet sudovi mogu vršiti zakonodavnu ili upravnu vlast”.<sup>86</sup> Uz to, pri stupanju na presto kralj bio u obavezi da pred Narodnom skupštinom položi zakletvu da će, pored ostalog, “zemaljski Ustav nepovredan držati”, te da će “po njemu i zakonima vladati” (čl. 60. st. 2. UKS), što UKS približava ustavima nekih od najstabilnijih evropskih monarhija.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> V.: čl. 94. Ustava Belgije (ali i čl. 96. Ustava Luksemburga).

<sup>84</sup> V. čl. 100. Ustava Belgije, ali i čl. 69. Albertovog statuta i čl. 91. Ustava Luksemburga.

<sup>85</sup> Albertov statut isticao je, u čl. 2, da je Italija “predstavnička monarhijska vladavina”, dok je Ustav Portugala (čl. 4) naglašavao da je vladajući režim “nasledna predstavnička monarhija”. U Ustavu Bugarske, nalik tome, navodi se da je ta država “nasledna i ustavna monarhija s narodnim predstavništvom” (čl. 4). S druge strane, prva odredba u Ustavu Danske glasila je: “Oblik vladavine je ograničena monarhija” (čl. 1), a po čl. 1. Ustava Norveške, ta zemlja je “slobodna kraljevina” (čl. 1).

<sup>86</sup> Čl. 35. Ustava Portugala naglašavao je da su tri grane vlasti uzajamno “suštinski nezavisne”, te da nijedna od njih ne može da stiče ovlašćenja drugih grana. Najdalje su u zaštiti parlamentarnih prerogativa otišli ustavopisci skandinavskih monarhija, pošto je, prema čl. 47. Ustava Danske, parlament te zemlje “nepovrediv”, dok je u čl. 85. Ustava Norveške naglašeno da se “bilo koja osoba koja posluša naređenje čiji je cilj da sloboda i bezbednost Stortinga [parlamenta] budu ugrožene, smatra krivom zbog izdaje zemlje.”

<sup>87</sup> Nadzor nad poštovanjem Ustava i zakona predstavljao je obavezu na čije se ispunjenje zaklinjao monarh po odredbama: čl. 80. st. 3. Ustava Belgije, čl. 34. Ustava Bugarske, čl. 8. Ustava Danske, čl. 5. Ustava Luksemburga, čl. 11. st. 1. Ustava Norveške, čl. 22. Albertovog statuta, čl. 87. Ustava Portugala i čl. 87. Ustava Rumunije.

Od značaja je i norma iz čl. 32, st. 1. UKS o obavezi postupanja svih državnih vlasti u skladu sa Ustavom, kao i čl. 118. koji je nalagao da “zakoni i zakonite naredbe (...) imaju obavezu silu za sve građane i vlasti zemaljske”, iz čega nužno proističe da je zakonima obavezan i sâm vladalac. Ovakve odredbe predstavljaju plod ustavne recepcije normi koje su sadržali i drugi tadašnji ustavi, a na prvom mestu Ustav Belgije.<sup>88</sup> Može se reći da je, na planu zabrane protivustavnog postupanja vladaoaca i drugih ustavnih činilaca, UKS potpuno sledio trend evropske liberalne ustavnosti.

### ZAKLJUČAK

Položaj kralja Srbije prema UKS ne razlikuje se u velikoj meri od ustavnog položaja koji su imali vladaoци u evropskim monarhijama s kraja XIX veka. Uređenje statusa i nadležnosti vladaoца Srbije bilo je uslovljeno željom ustavopisca da u ustavni dokument bude uvršten odnos među državnim vlastima kakav je postojao u Belgiji i pojedinim drugim monarhijama. Uz naglašene crte parlamentarizma i podele vlasti, to uređenje ipak se odlikovalo i važnom političkom ulogom monarha. Recepcija nekih ustava evropskih zemalja prepoznatljiva je u regulisanju strukture samog ustavnog dokumenta, pitanja ustavotvorne inicijative, ustavne zaštite ličnosti i neodgovornosti vladaoца, te dvostruke odgovornosti ministra (pred parlamentom i monarhom).

Evropski ustavi već su poznavali rešenja prisutna i u UKS koja su se odnosila na spoljne, ratne i druge nadležnosti vladaoца, kao i na zajedničke zakonodavne nadležnosti monarha i parlamenta i odnos Krune prema sudskoj i upravnoj grani vlasti. UKS je ipak u manjoj meri sledio uporedne trendove na planu pitanja nosioca (nosilaca) titulara suvereniteta i kod pojedinih manje značajnih tema. Može se reći da je UKS, u pravilu, uredio položaj monarha na način koji je sledio obrasce prisutne u većini evropskih monarhija sa kodifikovanim ustavnim pravom. To je predstavljalo važan formalni uslov za dalji razvoj parlamentarizma i

---

<sup>88</sup> U čl. 25, st. 2. Ustava Belgije naglašeno je da se sve vlasti “vrše na način utvrđen Ustavom”, a čl. 78. ističe da “kralj nema drugih ovlašćenja osim onih koja su mu formalno poverena Ustavom i posebnim zakonima usvojenim na osnovu samog Ustava.” Čl. 130. istog akta predviđa da Ustav nikada nije moguće suspendovati, delom ili u celini, a istu zabranu sadrže i čl. 113. Ustava Luksemburga i čl. 128. Ustava Rumunije. Vršenje vladaočevih ovlašćenja u skladu sa ustavom i zakonima zemlje predviđeno je i u čl. 32. Ustava Luksemburga, čl. 35, čl. 93. i čl. 96. Ustava Rumunije, te čl. 117. st. 2. Ustava Norveške.

ograničene vladavine u Srbiji, u skladu sa tadašnjim političkim i ustavnopravnim trendovima u Evropi.

VLADIMIR MIKIĆ, LL.D.,  
Reserach fellow University of Belgrade

THE KING'S STATUS UNDER THE CONSTITUTION  
OF THE KINGDOM OF SERBIA OF 1888  
– Compared with other european monarchies' constitutions –

Summary

The paper aims to determin the constitutional status and the authority of the king under the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1888 in comparison with the constitutional competences of other contemporary European rulers. One can note a similarity between the status of Serbian king and rulers of the European countries with a written constitution considering the monarch's prominent role in many areas of domestic and foreign policy. Following models offered by the constitutions of the Wester European countries, Serbian constitution-makers of 1888 proceeded with reception of formal mechanisms aimed at strengthening of limited government, separation of powers and parliamentary accountability of the executive. The author concludes that, regarding the position of the monarch, the Constitution of 1888 represented one of the more liberal documents of its time, and that, in certain matters, the king of Serbia was exposed to greater constitutional restrictions than was the case with the rulers in some other European monarchies.

## USTAVNOPRAVNI ASPEKT INSTITUTA POMILOVANJA

### U V O D

Pomilovanje je ustavnopravni i krivičnopravni institut koji u nekoj svojoj formi postoji koliko i sama civilizacija, a tokom svoje duge istorije je evoluirao modifikujući pritom svoju pravnu prirodu.<sup>1</sup> Od vremena stvaranja modernih, pravnih država i uvođenja koncepta podele vlasti, pomilovanje je ostalo zamrznuo negde na pola puta svoje tranzicije – kao kakva otupela oštrica nekadašnje neograničene vlasti suverenog vladara, koja je u dobroj meri podređena pravilima moderne države, ali uprkos tome i dalje predstavlja strano telo. Uporednopravno posmatrano, ova tranzicija, koja je pratila ideju narodne suverenosti, nije svuda sprovedena na isti način, pa su tako danas u različitim pravnim sistemima širom sveta prisutne značajne razlike u regulativi ovog instituta.

Pravna priroda pomilovanja je zato specifična i višeslojna, posebno ukoliko se posmatra i uporednopravno. Analiza ovog ovlašćenja dodatno osvetljava i poziciju njegovog nosioca (što je najčešće, ali ne uvek ili ne u čitavom obimu -

---

Miroslav Đorđević, istraživač – saradnik Instituta za uporedno pravo.

<sup>1</sup> Većina autora navodi da je pomilovanje postojalo u antičkoj Grčkoj i Rimu, ali je sasvim izvesno da je ono postojalo i ranije – u prvim, hidrauličnim civilizacijama. Neki autori pak odlaze još dalje pa (opravdano) tvrde da se preteča pomilovanja nalazi još u predcivilizacijskim, plemenskim društvima. – J. Goodrich, “The Use and Abuse of the Power to Pardon”, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, v.19/1920-1921, 335.



šef države) iz jednog drugačijeg ugla, te otvara niz dilema o njegovom mestu i mogućnosti uticaja u sistemu podele vlasti. Ova tema je u našoj ustavnopravnoj nauci (za razliku od inostrane) neopravdano zapostavljena, jer pomilovanje ne predstavlja samo jedan sa teorijskog stanovišta interesantan institut, već i jednu moćnu polugu vlasti, veoma pogodnu (kako to uporedna iskustva pokazuju<sup>2</sup>) i za ozbiljne zloupotrebe.

### *Pojam pomilovanja i problemi prilikom njegovog definisanja*

Pomilovanje u najširem smislu (uključujući sve njegove oblike) predstavlja bilo kakvo oslobođenje od kazne za delo koje je inače kažnjivo po zakonu.<sup>3</sup> Ova veoma široka definicija prisutna je u nešto starijoj američkoj literaturi i obuhvata ne samo ono što se danas zakonski podrazumeva pod pojmom pomilovanja, već i mogućnost da voljom sudije, porote (u anglosaksonskom sistemu), javnog tužioca, policijaca, same žrtve itd. ne dođe do kažnjavanja učinioa krivičnog dela.<sup>4</sup>

U potrazi za definicijom pomilovanja u njegovom savremenom, pravnom smislu, kao i u pokušaju objašnjenja samog pojma kako iz pozitivnopravnog, tako i iz uporednopravnog ugla, javlja se niz pitanja na koja treba dati adekvatan odgovor. Rešenja koja postoje u uporednom pravu su veoma raznovrsna, a takođe je i u našem pravnom sistemu pomilovanje višeznačno, što sve stvara potrebu za uvođenjem tehničkih termina radi lakše analize. Tako u ovom radu pravimo pojmovnu i terminološku distinkciju između pomilovanja koje nadležni organ daje u cilju ukidanja ili menjanja dejstva pravosnažne sudske presude (nazvali bismo

<sup>2</sup> Istorija je prepuna različitih primera upitnih prekoračenja i zloupotreba pomilovanja, posebno u SAD. Samo u novijoj istoriji je tako npr. predsednik Džerald Ford pomilovao Ričarda Niksona jednim blanko pomilovanjem "za sve šta je možda uradio tokom svog predsedničkog mandata"; američki visoki komesar Džon Mekloj je u posleratnoj Zapadnoj Nemačkoj pomilovao niz nacističkih zločinaca – bogatih industrijalaca, osuđenih za masovna ubistva i deportaciju Jevreja u Aušvic; predsednik Bil Klinton je pomilovao čoveka, čija je supruga uplatila značajna sredstva njegovoj biblioteci i finansirala kampanju Hilari Klinton za Senat itd. Vidi: W. Duker, "The President's Power to Pardon – A Constitutional History", *William and Mary Law Review*, 3/1977, 530 – 533; T. Schwartz, "Die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher", *Vierteljahrshäfte für Zeitgeschichte*, 3/1990; J. Menitove, "The Problematic Presidential Pardon – A Proposal for Reforming Federal Clemency", *Harvard Law and Policy Review*, 3/2009, 454.

<sup>3</sup> J. Barnett, "The Grounds of Pardon", *American Law Review*, vol. 61 (1927), 694.

<sup>4</sup> *Ibid.*

ga “pomilovanje u užem smislu”) i odustanka od krivičnog gonjenja (abolicije).<sup>5</sup> Oba zajedno čine pomilovanje ili “pomilovanje u širem smislu”.

Pomilovanje je po svom dejstvu slično institutu amnestije, pa se tako u literaturi često uporedo sa njom i objašnjava<sup>6</sup>. Postoje i primeri u uporednom pravu gde se ova dva instituta prepliću, jer je predsednik u nekim zemljama ovlašćen da putem pomilovanja daje amnestije<sup>7</sup>, ili se pak određeni politički cilj posle neuspešnog pokušaja amnestije ostvaruje davanjem velikog broja pojedinačnih pomilovanja<sup>8</sup>. Osnovna razlika ova dva instituta se sastoji u tome što je amnestija po pravilu akt zakonodavnog organa (*lex specialis*) prema poimenično neodređenom krugu lica, dok pomilovanje predstavlja akt prema individualno određenom licu, a njegov donosilac po pravilu nije parlament (takođe ne bez izuzetka<sup>9</sup>), već najčešće šef države, ili neki (drugi) ovlašćeni organ izvršne vlasti. Amnestija se daje pravosnažno osuđenim licima, a takođe može uključivati i aboliciju, samo što je u tom slučaju (a za razliku od pomilovanja) u pitanju individualno neodređen broj lica.<sup>10</sup> Dejstvo im je slično, pre svega posmatrano iz ugla lica na koje se odnosi. Ustavnopravo gledano između ovih instituta postoje sličnosti, ali i značajne razlike u pogledu njihove pravne suštine, a preplitanja ova dva instituta u uporednoj praksi dodatno zamagljuju njihove granice.

---

<sup>5</sup> Naglašavanje ove razlike je važno jer postoje razlike u pravnoj prirodi pomilovanja u ova dva slučaja. Sa jedne strane, kada je u pitanju pomilovanje u užem smislu, reč je o aktu nadležnog organa kojim se pravosnažno osuđenom, dakle krivom licu ukida ili na neki način modifikuje kazna, dok se u slučaju abolicije, sa druge strane, radi o licu koje je usled pretpostavke nevinosti još uvek u očima prava nevino. Ova razlika je važna iz teorijskog, ali i iz praktičnog ugla posmatranja.

<sup>6</sup> Zastarelost, amnestija i pomilovanje predstavljaju tri osnovna isključenja prava države na krivičnu sankciju. – D. Jovašević, Z. Stevanović, *Amnestija i pomilovanje u krivičnom pravu*, Beograd 2008, 12-13 ; Usled sličnosti ova dva instituta u starijoj literaturi ima čak shvatanja da amnestija i pomilovanje zajedno čine pomilovanje (u širem smislu). – C. Stooss, *Der Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, Basel 1892, 456.

<sup>7</sup> Npr. u SAD je tako predsednik Karter u formi pomilovanja 1977. amnestirao lica koja su 1964 – 1973. godine izbegla mobilizaciju za rat u Vjettamu. Originalan tekst pomilovanja – *New York Times* (22.1.1977.g.), <https://www.nytimes.com/1977/01/22/archives/texts-of-documents-on-the-pardon.html> ; pristupljeno 18.8.2018.

<sup>8</sup> Davanjem tajnih pomilovanja IRA teroristima, posle propalog pokušaja amnestije ovih lica, postizani su za vreme vlade Tonija Blera u Ujedinjenom kraljevstvu politički ciljevi. Vidi fus notu br. 50.

<sup>9</sup> U Švajcarskoj o pomilovanju odlučuje parlament na plenarnoj sednici oba doma. - Ustav Švajcarske, čl. 157 i 173.

<sup>10</sup> Više o amnestiji: D. Jovašević, Z. Stevanović, 15-67.

Ustavno-pravnih radova na temu pomilovanja kod nas gotovo i da nema, a radovi opštijeg karaktera koji se dotiču ovog instituta uglavnom se ne upuštaju u njegovo definisanje. U domaćoj krivičnopravnoj literaturi situacija je drugačija – definicija je mnogo i međusobno se često značajno razlikuju, pa se može zaključiti da po ovom pitanju u našoj nauci konsenzus ne postoji. Kod ovih definicija uglavnom ostaje nejasno da li pretenduju samo da definišu pojam pomilovanja u Srbiji, ili da odrede ovaj institut i u uporednopravnom kontekstu.

Zoran Stojanović u svom Komentaru Krivičnog zakonika navodi da je pomilovanje “institut kojim se menja dejstvo sudske odluke u pogledu izrečene krivične sankcije ili pak sprečava donošenje te odluke u slučaju da do krivičnog gonjenja još nije došlo”.<sup>11</sup> Ovde je jasno da se u vidu imalo samo srpsko pravo, pa se kritika može uputiti ne baš najpreciznijoj formulaciji – “sprečava donošenje odluke u slučaju da do krivičnog gonjenja još nije došlo”. U srpskom pravu do oslobođenja od krivičnog gonjenja, tj. instituta abolicije, može doći u bilo kojoj fazi krivičnog postupka, što proizlazi kako iz zakonskog opisa ovog instituta, tako i iz drugih doktrinarnih stavova o aboliciji.<sup>12</sup> S druge strane, ukoliko u obzir uzmemo i uporednopravna rešenja, postoji čitav niz država, poput npr. Nemačke, Rusije ili Ukrajine<sup>13</sup>, u kojima abolicija uopšte nije obuhvaćena pomilovanjem, tj. predsednici ovih država nemaju pravo da obustave ili spreče pokretanje krivičnog postupka, već mogu pomilovanje dati samo već pravosnažno osuđenom licu. Zato pri definisanju pomilovanja treba imati u vidu da ono najčešće, ali ne i uvek uključuje aboliciju.

Ponekad se u literaturi ističe da je šef države nosilac ovlašćenja pomilovanja.<sup>14</sup> Iako je šef države zaista najčešće taj koji odlučuje o davanju pomilovanja, a takvo rešenje je prisutno i kod nas, u uporednom pravu to ipak nije uvek slučaj. Naime, u određenom broju država pravo pomilovanja može vršiti više lica, odnosno njegovo vršenje je podeljeno po nekom kriterijumu, te u nadležnosti više organa (npr. Nemačka – savezni i zemaljski nivo – *Bundes- und Landesebene*, SAD –

<sup>11</sup> Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 304.

<sup>12</sup> “Oslobođenje od gonjenja (abolicija) – Protiv učinilaca krivičnih dela ne može se, kad im je data abolicija, pokrenuti krivični postupak, a ako je postupak u toku obustavlja se bez obzira u kome je stadijumu.” – Lj. Lazarević, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2000, 436.

<sup>13</sup> H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2005, 1529. ; D. Jovašević, Z. Stevanović, 156 i 158.

<sup>14</sup> Npr: G. Winkler, *Begnadigung und Gegenzeichnung – Eine praxisorientierte verfassungsrechtliche und staatsrechtliche Studie über Staatsakte des Fürsten von Liechtenstein*, Wien 2005, 15.

federalna i državna vlast – *Federal and State government* itd.), ili ga pak *de jure* ili *de facto*, putem različitih delegiranja, uopšte ne vrši šef države (Švajcarska, Ujedinjeno kraljevstvo, Kanada, Australija itd.<sup>15</sup>).

Jednu drugačiju i nešto deskriptivniju definiciju instituta pomilovanja navodi Emir Ćorović, koji kaže da bi se pomilovanje “uopšteno moglo odrediti kao akt političke milosti šefa države kojim se prema individualno određenom licu, pod striktno utvrđenim uslovima, isključuje primena krivičnog zakona, odnosno isključuje, menja ili ograničava primena pravosnažne sudske odluke, ili mu se daju neki drugi benefiti u vezi sa postojećom osudom”.<sup>16</sup> Pored zamerke veza-  
ne za uključivanje šefa države u definiciju, njoj se može možda prigovoriti i odsustvo jasne vidljivosti abolicije, koja jeste na izvestan način obuhvaćena izrazom “isključuje se primena krivičnog zakona” (mada bi možda bilo preciznije reći Zakonika o krivičnom postupku), ali nosi sa sobom dovoljno specifičnosti da je treba, čini se, posebno istaći. S druge strane, naglašavanje da se pomilovanje vrši po striktno određenim uslovima je možda bolje izostaviti, jer ono predstavlja jedan od retkih instituta koji je kod nas, a i dobrim delom u uporednom pravu, nespuntan i gotovo ni sa čim ograničen i uslovljen.<sup>17</sup>

Jedna od, čini nam se, ponajboljih definicija u našoj literaturi jeste ona koju daje Predrag Blagojević, koji kaže: “Po našem mišljenju, pomilovanje je ustavni i krivično pravni institut materijalno formalnog karaktera, koji donose nadležni organi u obliku pojedinačnog pravnog akta i koji u skladu sa mogućnostima koje poseduje sadržina pomilovanja, menja dejstva ili sprečava donošenje sudskih odluka.”<sup>18</sup> Prednost ovakvog definisanja instituta pomilovanja jeste činjenica da se njime ne samo sadržinski dobro opisuje dejstvo ovog instituta, već i mogućnost da se njome obuhvati ne samo pomilovanje u našem pozitivnom pravu, već i šire.

Pre nego što sami pokušamo da ponudimo predlog definicije instituta pomilovanja, izložićemo i analizirati prvo naše pozitivnopravno rešenje, a potom razmotriti nekoliko ključnih ustavnopravnih aspekata ovog instituta, kako bismo

---

<sup>15</sup> U Švajcarskoj izvršna vlast uopšte nije nadležna za davanje pomilovanja, a u ostale tri navedene zemlje je formalno nosilac ovog ovlašćenja engleska kraljica, ali se ono uslovljava saglasnošću određenog organa (UK), ili delegira na generalne guvernere, pa potom ponovo na neki način uslovljava (Kanada, Australija).

<sup>16</sup> E. Ćorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar 2015, 295.

<sup>17</sup> Na primer u Americi: P. Rozenzweig, Reflections on the Atrophying Pardon Power, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, 1/2012, 597.

<sup>18</sup> P. Blagojević, *Pomilovanje u teoriji i praksi*, Beograd 2005, 20.

što bolje osvetlili njegovu pravnu prirodu. U obzir je uzet i komparativnopravni kontekst pomilovanja, koji sa jedne strane olakšava razumevanje ovog složenog instituta, a sa druge donosi i nove dileme.

### *Pozitivnopravna regulativa pomilovanja u Srbiji*

Pomilovanje je u srpskom pravu regulisano pre svega Ustavom, zatim Krivičnim zakonikom i Zakonikom o krivičnom postupku, kao i posebnim Zakonom o pomilovanju. Ustav Republike Srbije u čl. 112 navodi listu ovlašćenja Predsednika države, te u tački 7 samo kaže da "Predsednik Republike daje pomilovanja i odlikovanja". Sistematika predsedničkih nadležnosti u našem Ustavu nije najsrećnija, pa je stoga veoma težak svaki pokušaj sistemskog tumačenja sa ciljem da se međusobni odnosi ovih ovlašćenja i njihova pravna priroda na ovaj način otkriju. U literaturi je najčešće prisutno stanovište<sup>19</sup> da je pomilovanje jedno od ovlašćenja predsednika koje se tesno dovodi u vezu i proizlazi iz toga da "predsednik Republike izražava državno jedinstvo Republike Srbije"<sup>20</sup>. Na to ukazuje i činjenica da se ovo ovlašćenje nalazi u istoj tački zajedno sa ovlašćenjem davanja odlikovanja. Osim u navedenom članu 112, kojim se kaže da predsednik ima pravo da daje pomilovanja, Ustav ne sadrži bilo kakvo drugo određenje ovog instituta.

Zakon o predsedniku Republike precizira samo, u delu koji se bavi pravnim aktima predsednika Republike, da se pomilovanje daje u formi odluke.<sup>21</sup> U čl. 2 ovog zakona se pak navodi da su nadležnosti predsednika utvrđene Ustavom, te da se mogu razraditi zakonom ili drugim propisom ukoliko to dopušta Ustav ili ako to nalaže sama priroda odnosnog instituta.<sup>22</sup> Zakoni koji tu razradu vrše jesu pre svega Krivični zakonik, zatim Zakon o pomilovanju i Zakonik o krivičnom postupku.

Krivični zakonik Republike Srbije daje jednu opisnu definiciju pomilovanja i kaže da se pomilovanjem poimenično određenom licu daje oslobođenje od krivičnog gonjenja ili potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja kazne, zamenuje se izrečena kazna blažom kaznom ili uslovnom osudom, daje se reha-

<sup>19</sup> Na primer: R. Marković, Moć i nemoć predsednika Republike Srbije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2004/3-4, 327. ; D. Simović, V. Petrov, *Ustavno pravo Beograd*, 2014, 228.

<sup>20</sup> Ustav Republike Srbije, *Sl. Glasnik RS*, 98/2006 čl. 111.

<sup>21</sup> Zakon o predsedniku Republike, *Sl. Glasnik RS*, 111/2007 čl. 24.

<sup>22</sup> *Ibid.* čl. 2.

bilitacija, određuje kraće trajanje određene pravne posledice osude ili se ukidaju pojedine ili sve pravne posledice osude.<sup>23</sup> Stav 2 ovog člana navodi da se pomilovanjem može takođe i ukinuti ili odrediti kraće trajanje mere bezbednosti zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i proterivanje stranca iz zemlje.

Zakonik o krivičnom postupku ne uređuje materiju pomilovanja na jednom mestu, već se na više mesta u Zakoniku nalaze relevantne (procesnopravne) odredbe. Tako se pomilovana lica pominju kao nosioci aktivne legitimacije za korišćenje vanrednog pravnog leka (mogućnost ponavljanja krivičnog postupka - jer se dobijanjem pomilovanja u užem smislu ne poništava i sama presuda, već samo ukida/menja kazna, odnosno mera bezbednosti)<sup>24</sup>, kao razlog za odbacivanje krivične prijave<sup>25</sup>, obustavu istrage<sup>26</sup>, obustavu postupka<sup>27</sup>, donošenje odbijajuće presude<sup>28</sup> (sve u slučaju abolicije) itd.

Konkretno procesne radnje, kao i uslovi za realizaciju pomilovanja navedeni su u Zakonu o pomilovanju<sup>29</sup>. U kontekstu pokretanja postupka za pomilovanje Zakon pravi razliku između abolicije, kada to može učiniti samo ministar pravde, i pomilovanja (u užem smislu), kada to može učiniti i osuđeno lice.<sup>30</sup> Molba osuđenog lica se preko suda dostavlja ministarstvu pravde, koje ga potom prosleđuje, sa svim spisima, svojim mišljenjem i mišljenjem suda, predsedniku države.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Krivični zakonik Republike Srbije, *Sl. Glasnik RS*, 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016, čl. 110.

<sup>24</sup> Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, čl. 471.

<sup>25</sup> *Ibid.* čl. 284.

<sup>26</sup> *Ibid.* čl. 308.

<sup>27</sup> *Ibid.* čl. 338.

<sup>28</sup> *Ibid.* čl. 422.

<sup>29</sup> Zakon o pomilovanju, *Sl. glasnik RS*, 49/95, 50/95; Slobodno se može reći da je ovaj zakon (iako ima svega 14 članova) predmet nebrige zakonodavca, jer još od 1995. godine nije pretrpeo nikakve izmene, uprkos činjenici da su se od tada promenile dve države u kojima je važio. On se danas primenjuje bez obzira na to da se u njemu poziva na nepostojeće zakone nepostojeće države (npr. Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije), što striktno pozitivnopravno gledano ne mora predstavljati problem (usled kontinuiteta važenja prava), ali svakako jeste neuredno, te bi ga trebalo osavremeniti i urediti.

<sup>30</sup> Ili njegov zakonski zastupnik, bračni drug, srodnik u prvoj liniji i brat, sestra, usvojenik, hranilac ili staralac osuđenog lica. – *Ibid.* čl. 5 st. 2.

<sup>31</sup> *Ibid.* čl. 9 i 10.

Pravni okvir pomilovanja koji ovaj zakon konkretizuje, ne znači pak i da predsednik Republike ima pravo da daje pomilovanje samo ukoliko postoji molba, odnosno ukoliko je postupak pokrenut preko ministra pravde po službenoj dužnosti. Pozivajući se na svoje ustavno ovlašćenje predsednik je takođe slobodan da samostalno odluči koga će pomilovati, bez obzira na mišljenje kako ministarstva pravde, tako i sopstvene komisije za pomilovanja u okviru predsedništva. Pomilovanje je neopozivo, ne može se ni na koji način osporavati i napadati, a eventualne arbitrarnosti ili zloupotrebe lica nadležnog da odlučuje o pomilovanju ne podležu krivičnoj, već samo političkoj i parlamentarnoj odgovornosti i kontroli.<sup>32</sup> Kako je odluka predsednika o pomilovanju praktično nesputana, ona ne zahteva ni saglasnost pomilovanog lica, bez obzira da li je u pitanju pomilovanje u užem smislu ili abolicija. U drugom slučaju se ponekad dešava i da se pomilovana lica takvoj odluci predsednika protive, jer su pod pretpostavkom nevinosti još uvek nevina, i tu nevinost na sudu žele i da dokažu.<sup>33</sup> Zato se ovde može zaključiti da je u Srbiji ovlašćenje predsednika države da daje pomilovanje gotovo apsolutno, te da pravni okvir ovog instituta ne predstavlja nekakvo ograničavanje njegovog ustavnog ovlašćenja.<sup>34</sup> On služi prevashodno da građani kroz zakonski propisanu proceduru mogu da "dođu" do predsednika države, kome onda u donošenju odluke pomažu pored spisa i mišljenja relevantnih stručnih organa i tela (suda, ministarstva pravde i komisije za pomilovanja). Konačna odluka pak ostaje samo i isključivo na njemu.

*Ustavnopravna suština pomilovanja*  
– razlozi za davanje pomilovanja kod nas i u uporednom pravu

U literaturi se uglavnom ističe da je pomilovanje *akt milosti*<sup>35</sup>, odnosno pojedinačni akt političke milosti.<sup>36</sup> Navodi se tako i da razlozi za davanje pomilova-

<sup>32</sup> Z. Stojanović (2006), 305.

<sup>33</sup> U Srbiji se takav slučaj dogodio 2012. godine, kada je predsednik Tomislav Nikolić abolicirao proslavljenog fudbalskog asa Dragana Džajića, uprkos tome što se ovaj aboliciji protivio u želji da na sudu svoju nevinost dokaže. [https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2012&mm=08&dd=29&nav\\_category=16&nav\\_id=638712](https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2012&mm=08&dd=29&nav_category=16&nav_id=638712) ; pristupljeno 18. 8. 2018.

<sup>34</sup> "Ovlašćenja (nadležnosti) predsednika su ustavna kategorija. To znači da se zakonom ne mogu određivati njegove nove nadležnosti, ali ni ukidati ni menjati postojeće" – D. Simović, V. Petrov, 230.

<sup>35</sup> J. Barnett, 696.

<sup>36</sup> E. Ćorović, 295. isto i N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2014, 352.



nja nemaju veze sa pravdom, te da se svode na milost, zahvalnost, “bezrazložni oprost”, pitanje božanske milosti, “žmurenje pravde” itd.<sup>37</sup> Ovaj institut tako predstavlja sredstvo “u izvesnom smislu jače i od sudske odluke (presude)”, koje podrazumeva “akt milosti, oprosta, milosrđa, oprostaja i velikodušnosti suverena”<sup>38</sup>. Milost predstavlja osnovni i preovlađujući razlog davanja pomilovanja u svetu, a u Srbiji je možda dobar primer davanja pomilovanja iz milosti i (prećutne) zahvalnosti, ono koje je predsednik Boris Tadić dao istaknutom glumcu Žarku Lauševiću, koji je osuđen za ubistvo dva lica i ranjavanje trećeg u prekoračenju nužne odbrane.<sup>39</sup>

Neki autori pak polaze od nešto drugačijeg ugla posmatranja, pa u ovom institutu prevashodno vide pomilovanje kao *korektiv pravičnosti i humanosti*<sup>40</sup>. Harrison tako ističe da važan aspekt pomilovanja predstavlja mogućnost da se njime isprave greške do kojih dolazi i u najboljim pravnim sistemima, kao i da usled raznih nepredviđenih okolnosti (teška bolest osuđenog i sl.) može doći do velike disproporcije između toga kako kazna pogađa takvog osuđenika i druge učinioce istog ili sličnog dela.<sup>41</sup> Sličan stav deli i Stojanović kada piše da pomilovanje treba da bude “sigurnosni ventil za rešavanje problema u retkim atipičnim slučajevima u kojima primena krivičnog prava i krivičnih sankcija nije opravdana i pravedna i donosi više štete nego koristi”.<sup>42</sup> Ovaj aspekt pomilovanja odlazi i korak dalje u Australiji i na Novom Zelandu, u kojima nosioci ovlašćenja pomilovanja<sup>43</sup> pored “klasičnih” načina pomilovanja, mogu i da vrate predmet sudu na ponovno odlučivanje.<sup>44</sup> U ovom slučaju je praktično reč o korektivu *prava* putem pomilovanja, a ne (samo) o korektivu pravičnosti, čime se ovo ovlašćenje pretvara u nekakav vanredni pravni lek i poprima kvalitete potpuno strane našem viđenju ovog instituta.

---

<sup>37</sup> J. Barnett, *Ibid.*

<sup>38</sup> D. Jovašević, Z. Stevanović, 74-83.

<sup>39</sup> [https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2011&mm=12&dd=29&nav\\_category=16&nav\\_id=569694](https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2011&mm=12&dd=29&nav_category=16&nav_id=569694); pristupljeno 15. 8. 2018.

<sup>40</sup> J. Harrison, Pardon as Prerogative, *Federal Sentencing Reporter*, 13/2000-2001, 147.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2013, 380 - 381.

<sup>43</sup> *General Governors* – Generalni guberneri, kao vršioци vlasti u ime engleske kraljice.

<sup>44</sup> J. Finn, “John James Meikle and the Problem of the Wrongly Convicted: An Enquiry into the History of Criminal Appeals in New Zealand”, *VUW Law Review*, 3/2010, 522. vidi i: S. Milne, “The Second or Subsequent Criminal Appeal, the Prerogative of Mercy and the Judicial Inquiry: the Containing Advance of Post-Conviction Review”, *Adelaide Law Review*, 1/2015, 211-240.



Konačno, u literaturi se takođe apostrofira da je pomilovanje, kao i amnestija, *politička mera*, te da se njime nastoje postići ne samo kriminalnopolitički, već i određeni politički ciljevi. “Ne znači da od amnestije i pomilovanja imaju koristi samo oni na koje se odnose. I oni koji o njima odlučuju imaju određeni politički interes. Ponekad se, naročito amnestijom, nastoje rešiti ili bar ublažiti određeni društveni i politički problemi.”<sup>45</sup> Kod nas su tako amnestirani 2010. godine učinioci pojedinih krivičnih dela protiv Vojske Srbije (odnosno Jugoslavije i SCG) u periodu od 2000–2010. godine<sup>46</sup>. Iako se teorijski ovakva mera nesumnjivo smatra domenom amnestije (kako je kod nas i bila preduzeta od strane nadležnog organa - parlamenta), gotovo istovetna stvar je u SAD učinjena pomilovanjem, kada je predsednik Džimi Karter 1977. godine pomilovao sve one koji su u periodu od 1964–1973. godine izbegli mobilizaciju za rat u Vijetnamu.<sup>47</sup>

Na osnovu izloženog se takođe zaključuje da američki predsednik, pored kongresa, putem pomilovanja ima pravo davanja amnestije, što predstavlja jedan od jasnih primera mešanja ova dva instituta u praksi. Ovakvi politički ciljevi su u SAD činjeni i “klasičnim” pomilovanjima, pa se tako u literaturi često navodi da je krajem XIX i početkom XX veka ono davano u velikom broju raznim pobunjenicima, kao i dezerterima iz vremena građanskog rata, kako bi se oni potom integrisali u društvo<sup>48</sup>. Sličan, interesantan primer iz novije istorije, koji jasno demonstrira davanje pomilovanja radi ostvarenja političkog cilja (i već se graniči sa zloupotrebom ovog ovlašćenja), dolazi iz Velike Britanije. Za vreme vlade Tonija Blera je pripadnicima terorističke organizacije IRA u političkim pregovorima bio obećan imunitet od krivičnog gonjenja, a pošto je pokušaj donošenja zakona o amnestiji propao, rešenje je pronađeno u davanju velikog broja pomilovanja.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Z. Stojanović (2013), 380.

<sup>46</sup> N. Mrvić Petrović, 352.

<sup>47</sup> Originalan tekst pomilovanja – *New York Times* (22.1.1977.g.), <https://www.nytimes.com/1977/01/22/archives/texts-of-documents-on-the-pardon.html> ; pristupljeno 18. 8. 2018.

<sup>48</sup> M. Colgate Love, Reinventing the President's Pardon Power, *Federal Sentencing Reporter*, 1/2007, 6. ; takođe vidi u: P. Rozenzweig, 579–599.

<sup>49</sup> Formalno je engleska kraljica nosilac ovlašćenja pomilovanja (*The royal prerogative of mercy*) u Velikoj Britaniji, ali je ono uslovljeno preporukom nadležnog organa (državni sekretari i ministri, zavisno od toga da li je u pitanju Engleska, Vels, Sev. Irska ili Škotska), a *de facto* je uglavnom u rukama predsednika vlade. Ne postoji obaveza objavljivanja kraljevskih pomilovanja, pa se ne zna tačno koliko je terorista IRA, od kojih se mnogi terete za najteža krivična dela, pomilovano. <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/10666040/Escaped-IRA-terrorists-handed-Royal-pardons-as-part-of-peace-deal.html> ; pristupljeno 15. 8. 2018.; <https://>

Tri kategorije motiva koje smo ovde apostrofirali (milost, korektiv i politička mera) mogu se dvojako posmatrati. S jedne strane, sva tri cilja i prateća doktrinarna stava se međusobno nužno ne isključuju, tj. nisu konkurentni, već predstavljaju tri aspekta jednog instituta, kao posledicu njegovog razvoja i elemenata njegove anahronosti u modernoj državi. U svakom pravnom sistemu, pa i srpskom, su prisutna sva tri motiva prilikom davanja pomilovanja, u različitom međusobnom odnosu.

S druge strane je upravo pitanje tog odnosa, kroz gorenavedene primere, pokazatelj da je usled različite evolucije, trenutnog političkog sistema i drugih razloga danas pomilovanje suštinski različito u raznim zemljama. Dok u Srbiji ono ostaje prevashodno motivisano pre svega davanjem milosti i možda delom korektivom pravičnosti, u nekim drugim zemljama pretežu drugi motivi, što dovodi do drugačije pravne prirode i funkcije ovog instituta.

#### *Pravna priroda pomilovanja – Nulla poena, non obstante lege*

Delom zbog svog porekla, tj. pomenutih atavističkih odlika (pomilovanje se u literaturi opisuje i kao “ustavni anahronizam”<sup>50</sup>), pravna priroda pomilovanja je kompleksna i teška za određenje pojmovnim i terminološkim aparatom savremene države i prava. U literaturi je prisutan stav da je pomilovanje po svojoj prirodi “kvazisudsko ovlašćenje predsednika države”<sup>51</sup>, jer može anulirati dejstvo pravosnažne presude ili sprečiti njeno donošenje.

Međutim, pomilovanje u užem smislu (u Srbiji) ne dira u *integritet* sudske presude<sup>52</sup> – pomilovano lice ostaje krivo i dokazane činjenice ostaju da važe kao istina (*res iudicata pro veritate accipitur*), već se samo ukida ili menja *dejstvo* pravosnažne sudske presude dokazano krivom licu. Tu se zapravo ne radi ni o kakvom sudskom ovlašćenju, jer se ne dira ni u utvrđene činjenice ni u presudu. Zadatak sudske vlasti nije da utvrdi po sopstvenoj oceni da li neko delo treba da bude kažnjivo, jer bi to predstavljalo kreaciju prava, već da činjenice sagleda u svetlu zakona i utvrdi postojanje njegove povrede i sledstveno tome odredi kaznu. Kod po-

---

commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/justice/royal-prerogative-of-mercy-a-question-of-transparency/ ; pristupljeno 15. 8. 2018.

<sup>50</sup> T. Poole, “United Kingdom: The Royal Prerogative”, *International Journal of Constitutional Law*, 1/2010, 147.

<sup>51</sup> R. Marković, 329.

<sup>52</sup> D. Jovašević, Z. Stevanović, 83.

milovanja u užem smislu presuda ostaje mrtvo slovo na papiru, a kod abolicije je sud sprečen da presudu uopšte donese.

Ono što pomilovanje zapravo govori jeste “iako (postoji sumnja da) si prekršio taj i taj zakon, za tebe neće biti kazne, tj. za tebe on (više) ne važi”. Ono je na izvestan način suprotno poznatoj latinskoj maksimi i načelu krivičnog prava *nulla poena, sine lege* (nema kazne bez zakona, ergo za povredu zakona sledi kazna u skladu sa zakonom) i moglo bi se slikovito označiti kao *nulla poena, non obstante lege* (nema kazne – bez obzira na zakon). Ono zapravo znači da nosilac njegovog ovlašćenja modifikuje pravni sistem i obaveznost nekog ponašanja, odnosno predviđenu sankciju za jedno konkretno lice u jednoj konkretnoj stvari.<sup>53</sup> Jedno određeno ponašanje za jedno konkretno lice više nije (na isti način) obavezujuće i sankcionisano i to retroaktivno – *post festum*.

Drugim rečima, zakon za jedan skup pravno relevantnih činjenica u odnosu na jedno lice više ne važi ili ne važi na isti način. Takva intervencija u pravni sistem zato više liči na kvazizakonodavno, tj. kvazinormativno ovlašćenje (jer je i derogacija propisa ništa do kreacija prava) nego na kvazisudsko i tu se institut pomilovanja ponovo mora dovesti u vezu sa amnestijom, jer je njihova bit suštinski istovetna – derogacija pravnog poretka. Specifičnost i *sui generis* element se naravno ogleda u činjenici da zakon, pa tako i zakon o amnestiji, važi za neodređeni broj lica, upravo suprotno pomilovanju, koje je pojedinačno usmeren akt (u Srbiji, kao i velikoj većini uporednopravnih rešenja). Moglo bi se reći da je po svojoj pravnoj prirodi pomilovanje *sui generis pojedinačni pravni akt normative prirode*, koji u konkretnom slučaju derogira čitav pravni sistem za jedno lice povodom određenog dela. Iako očito nezgrapno, ovakvo definisanje približava pravnu bit ovog instituta, čiju je pravnu prirodu veoma teško elegantnije definisati usled njezne izražene specifičnosti.

Konačno, ovako određena suština instituta logički navodi na zaključak da abolicija treba da predstavlja sastavni deo ovlašćenja pomilovanja, jer je u slučaju postojanja volje nadležnog organa za ovakvim derogiranjem prava u korist određenog lica suštinski potpuno nebitno da li je stvar već presuđena (a i praktično gledano – u slučaju odsustva prava na davanje abolicije samo treba sačekati pravosnažnost presude, pa lice pomilovati). Ipak, za razliku od Srbije, određeni

---

<sup>53</sup> Od pravila da je u pitanju tačno precizirano delo postoje izuzeci u uporednom pravu, koji se ozbiljno graniče sa zloupotrebom, poput blanko amnestije koju je dobio tada već bivši predsednik Ričard Nikson. Vidi fus notu br. 3.

broj zemalja poput Rusije, Ukrajine ili Nemačke ne predviđa aboliciju kao sastavni deo ovlašćenja pomilovanja.<sup>54</sup>

Nameće se pitanje odnosa jednog ovakvog instituta i koncepta pravne države. U nemačkoj literaturi se ističe da je pravo pomilovanja “strano telo u pravnoj državi”, koje je “u svojoj suštini nezasluženo, nemerljivo i proizvoljno”<sup>55</sup>. Zaista, institut pomilovanja vrlo upitno (po)stoji uz koncepte pravne države i vladavine prava, a naspram težnje da “sistem propisa predstavlja jedan monolitan blok, u kome svi propisi – po optimalnoj pretpostavci apsolutno svi – moraju da stoje usklađeni”<sup>56</sup> – predstavlja jedno potpuno strano telo koje logiku piramidalno ustrojenog sistema pravnih propisa razara u konkretno određenom slučaju od vrha do temelja. Usled ovoga se insistira da je pomilovanje mera koja se sme samo vrlo restriktivno primenjivati, jer bi česta primena dovela do pravne nesigurnosti i obesmišljanja pravnog poretka uopšte: “S obzirom na to da se njima u stvari derogira primena krivičnog prava, ni amnestija ni pomilovanje ne smeju biti široko korišćeni. Njihova primena se mora svesti na retke izuzetke koji neće ometati obavljanje zaštitne funkcije krivičnog prava, kao i ostvarenje načela pravednosti i pravne jednakosti građana pred zakonom.”<sup>57</sup>

### *Pomilovanje i legitimitet nosioca ovlašćenja*

Kako pomilovanje u konkretnom slučaju onemogućava primenu (krivičnog) prava, postavlja se pitanje ko treba da bude ovlašćen za tako nešto i iz čega on to svoje ovlašćenje crpi. U prošlosti je to pravo vršio vladar kao suveren, koji ima (božanski ili kakav drugi) legitimitet da stvara pravo i da ga u pojedinačnom slučaju, ako želi, i anulira. Međutim, sa uvođenjem koncepta narodne suverenosti, te sistema po kome sam narod preko svojih (zakonodavnih) predstavnika donosi pravo po kome se sam ima vladati, postavlja se pitanje ko ima pravo da tu narodnu volju derogira. Logičan odgovor bi glasio – sam narod, odnosno neki vrlo visoko legitimisan predstavnički organ, koji u idealnim uslovima ima makar isti stepen legitimiteta kao i zakoni čija se primena zaustavlja. Drugim reči-

---

<sup>54</sup> U ruskoj literaturi se pak sreće mišljenje da je ovakvo rešenje stvar propusta i neuklađenosti ustava sa Krivičnim zakonikom. - П. В. Коробов, “К вопросу об амнистии и помиловании”, *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского (Серия Право)*, 1/2002, 236.

<sup>55</sup> I. v. Münch, P. Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, München 2012, 2724.

<sup>56</sup> M. Jovičić, *Zakon i zakonitost – život pravnih propisa*, *Ustav i ustavnost*, Beograd 2006, 331.

<sup>57</sup> Z. Stojanović (2013), 380.

ma, sa stanovišta konceptata moderne države, društvenog ugovora, pravne države i naroda kao nosioca suverenosti, niko ne bi trebalo da bude u prilici da može da svojom voljom “nadjača” pravo koje proizlazi iz naroda, osim ukoliko taj isti narod iza njega ne stoji, te se posredno za takvim derogacijama slaže. Dakle, uprkos činjenici da je pomilovanje legalno, tj. da crpi svoje utemeljenje u ustavu i zakonima, kako njeno dejstvo parališe neke druge odredbe ustava i zakona iza njega mora stajati i adekvatan legitimitet.<sup>58</sup>

Teorijski posmatrano najispravnije je da ovlašćenje derogiranja pravnog sistema za jedno lice ima isti organ koji je taj sistem ustrojio, dakle parlament, na isti način na koji to čini kada je u pitanju više lica kod amnestije. Okolnost da su pomilovanje i amnestija po pravilu (koje poznaje izuzetke) različito motivisani, tj. da je amnestija motivisana više političkim motivima, a pomilovanje milošću, ne bi trebalo da predstavlja prepreku, jer je dejstvo ova dva instituta, sadržinski gotovo istovetno. Ovakvo rešenje postoji u uporednom pravu – u Švajcarskoj, u kojoj za pomilovanje nije nadležan izvršni organ (Savezni savet), već upravo parlament.<sup>59</sup> Ono je pak usamljeno i pomilovanje je najčešće povereno šefu države, koji ga vrši ili samostalno, ili u podeljenom obimu, ili ga delegira. Razlog tome leži u pomenutom poreklu i evoluciji ovog instituta, koji se nije do kraja adaptirao konceptu moderne pravne države i načelu suverenosti naroda, već ostaje ovlašćenje izvršne vlasti kao relikv nekadašnje moći suverenih vladara, ali i donekle kao sredstvo *checks & balances* sistema, tj. međusobne kontrole u sistemu podela vlasti. U ovakvim okolnostima, ako ovlašćenje pomilovanja pripada izvršnoj vlasti (koja njime derogira zakonodavnu), dobro je da legitimitet nosioca ovlašćenja bude što viši, te da se u idealnim okolnostima izjednači ili nadjača legitimitet zakonodavca, kako bi princip narodne suverenosti bio što manje pogođen.

U Republici Srbiji je ovlašćenje pomilovanja Ustavom povereno predsedniku države, koji predstavlja organ veoma visokog legitimiteta, jer se bira od strane naroda neposrednim izborom. Zato se može reći da davanjem pomilovanja srpski predsednik blizu vršenja “akta suverena”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Činjenica da se “pomilovanjem ne dira u integritet sudske presude” u praksi takođe malo toga znači, jer je celokupan sistem krivičnog zakonodavstva osmišljen sa ciljem prevencije i retribucije, pa tako odustanak od kažnjavanja čini presudu “mrtvim slovom na papiru”, a usled prestog korišćenja i eventualne zloupotrebe šalje i jako lošu poruku.

<sup>59</sup> Nacionalno veće (*Nationalrat*) i Veće naroda (*Ständerat*) o pomilovanjima odlučuju na zajedničkom zasedanju, tj. plenarnoj sednici (*Vereinigte Bundesversammlung*). – Ustav Švajcarske, čl. 157 i 173.

<sup>60</sup> D. Jovašević, Z. Stevanović, 74.

Međutim, kakva je situacija u državama sa parlamentarnim sistemom vlasti, u kojima se predsednik ne bira neposredno i nema tako visok stepen legitimiteta? U takvim slučajevima je, teorijski posmatrano, teško braniti institut pomilovanja, jer ga, za razliku od amnestije, donosi organ manjeg legitimiteta u odnosu na donosioca derogiranog prava. Jedan od takvih primera može se naći u Nemačkoj, gde je ovlašćenje davanja pomilovanja podeljeno između federalnog i saveznog nivoa, odnosno predsednika države.<sup>61</sup>

Sa stanovišta legitimiteta je posebno problematično što svoje ovlašćenje pomilovanja može delegirati kako predsednik<sup>62</sup>, tako i zemaljske vlasti, koje ga po pravilu prenose na javno (državno) tužilaštvo (*Staatsanwaltschaft*)<sup>63</sup>. Odluka o važenju, izmenjenom načinu važenja ili nevaženju prava za nekog pojedinca ne tiče se samo njega i predstavnika države, već i čitavog naroda kao nosioca suvereniteta. Pomilovanje je po svojoj prirodi osetljiv pravni institut, koji neretko izaziva i podozrenje naroda (u Rusiji se tako u narodu kaže: “pomilovati zlog čoveka znači kazniti dobrog čoveka”<sup>64</sup>). Nedopustivo je rešenje po kome o derogiranju pravnog sistema, koji proizlazi iz naroda, odlučuje neki službenik.

### *Predlog definicije*

Kako usled specifičnosti samog instituta, tako i zbog različitog regulisanja instituta pomilovanja u uporednom pravu, definisanje ovog instituta nije jednostavno. Ukoliko se u obzir uzmu baš sve pojedinosti koje se u uporednom pravu javljaju, definicija postaje previse uopštena i zapravo nam ne govori ništa, pa zato treba pronaći pravu meru, to jest oceniti koji su slučajevi pravilo, a koji predstavljaju izuzetke, te zavisno od toga negde povući granicu.

Na osnovu izloženog, a polazeći od Blagojevićeve definicije, predložili bismo tako određenje instituta pomilovanja (u materijalnom smislu) kao *ustavno-pravnog i krivičnog instituta koji predstavlja ovlašćenje nadležnog organa,*

---

<sup>61</sup> K. Schleich, Die Funktionen des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1987, 546.

<sup>62</sup> B. Zimmermann, *Das Bundespräsidialamt*, Frankfurt/Bonn 1968, 58.

<sup>63</sup> D. Belling, “Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts”, *Deutsch – Ungarisches Symposium* (Hrsg. Attila Badó), Potsdam 2018, 106.

<sup>64</sup> “Злодея помиловать – доброго человека покарать” - П. В. Коробов, “К вопросу об амнистии и помиловании”, *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского (Серия Право)*, 1/2002, 235.

*najčešće šefa države, da pojedinačnim sui generis pravnim aktom normativne prirode utiče na dejstva određene pravosnažne presude (što predstavlja pomilovanje u užem smislu) ili pak da, pod uslovom da ga konkretni pravni poredak i na to ovlašćuje, spreči, odnosno obustavi krivično gonjenje prema određenom licu (abolicija).* Ova definicija pokriva regulative u Srbiji, kao i najveći broj uporednopravnih rešenja. Treba pak imati na umu da njome nisu obuhvaćeni određeni slučajevi (poput npr. amnestije u formi pomilovanja u SAD), koji suštinski predstavljaju preizuzetke i modifikacije klasičnog instituta, nego njegove definišuće primere.

### ZAKLJUČAK

Pomilovanje je umnogome anahron institut, vrlo složene pravne prirode koja je upitno u skladu sa konceptom vladavine prava, kao i mnogim drugim tekovinama moderne demokratske države (u stepenu koji zavisi od institucionalnih odlika odnosno države). Njegova svrha i uloga u pravima širom sveta je različita i on predstavlja jedan od pravnih instituta koje je teško posmatrati van konteksta sistema u kome se nalazi. Određene odlike pak karakterišu (gotovo) sve sisteme, a naspram njihove indukcije i potonje teorijske analize, rešenje srpskog prava se može okarakterisati kao sasvim solidno, kako bi obimu i sadržaju, tako i po određenju, tj. legitimitetu njegovog nosioca.

Pomilovanje ipak, kao relikat davno prohujalih vremena, i uz najadekvatniju ustavnu i zakonsku regulativu ostaje ovlašćenje neprilagođeno modernom pravnom sistemu, koje nosi sa sobom podobnost za teške zloupotrebe. Poželjno je zato stvaranje dobre prakse (kakva se u Srbiji već gradi) da pomilovanje treba primenjivati vrlo restriktivno – iz razloga milosti i u situacijama kada postoji očit raskorak između prava i pravde, dok ga kao polugu vlasti, odnosno sredstvo za ostvarivanje političkih ciljeva ne bi trebalo vršiti nikada.

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, LL.M.,

Research Associate, Institute of Comparative Law

## THE CONSTITUTIONAL LAW ASPECT OF THE RIGHT TO PARDON

### Summary

Through the theoretical and present law analysis, with the inevitable comparative perspective, the author tries to identify and explain the constitutional law nature of the institute of pardon and to offer the definition of this institute. The role of pardon in the system of the division of powers is analyzed, as well as the question of the necessary legitimacy of its holder. With its roots deep in the history, at one point contained in the principle “*quod principi placuit, legis habet vigorem*”, the pardon power today in most cases belongs to the head of the state (but not always or not completely), and enables him to derogate the law, because granting pardon is essentially nothing but “no punishment regardless of the law” (*nulla poena, non obstante lege*). The paper therefore presents the concept of pardon as a *sui generis* legal act of normative nature. This concept attempts to explain the archaic and confusing character of this institute that it (through the apparent influence on the judicial power) actually acts derogatively, i.e. it is anti-normative, and rather goes into the domain of legislative rather than judicial power. Any such derogation represents in essence the creation of law, however with a distinct specific - it applies (as a rule, which knows exceptions) retroactively only for one person in one particular case.





*DUŠAN ILIĆ*

## **ODABIR NAJBOLJEG IZBORNOG SISTEMA**

**– U kontekstu najavljene promene Ustava Srbije –**

### U V O D

U savremenim demokratskim državama nije moguće politički upražnjavati koncept neposredne demokratije, koji se kao ideal javlja još u antičkim grčkim polisima. Razlozi za to su brojni, a među njima kao glavne, ističemo teritorijalne i demografske, pre svega veličina teritorije i broj i rasprostranjenost stanovništva.

Stoga, savremeni politički sistemi počivaju na konceptu predstavničke demokratije, a kao jedan od glavnih problema u prvi plan izbija način predstavljanja biračkog tela. Kao način rešavanja ovog, možda i najznačajnijeg problema predstavničke demokratije, javlja se više različitih modela raspodele mandata, odnosno izbornog sistema. Najzastupljeniji su, svakako, većinski sistem i sistem srazmernog predstavnštva, poznatiji i kao proporcionalni sistem.

U širem značenju posmatrano, izborni sistem predstavlja skup mera i postupaka koji se, pravnom regulativom jedne zemlje, odnose na izbore, tj. na biračko pravo, organizaciju izbora, postupak i tehniku izbora, dodeljivanje mandata itd. Značaj samog izbornog sistema sastoji se u tome što izbori, u sistemu predstavničke demokratije, predstavljaju način formiranja najviših predstavničkih tela

---

Dušan Ilić, istraživač pripravnik Instituta za Evropske studije u Beogradu.

u zemlji.<sup>1</sup> Prema tom shvatanju, izborni sistem obuhvata sve ono što se tiče izbornog procesa, od izbornog prava do organizacije izbora.<sup>2</sup> Od načela na kojima počiva izborni sistem i primene tih načela zavise formalne i stvarne mogućnosti učešća građana u vršenju vlasti.

Izborni sistem u užem smislu, poistovećuje se sa sistemom raspodele mandata.<sup>3</sup> Drugim rečima, pod izbornim sistemom podrazumevamo skup pravila koja struktuiraju kako se glasa na izborima i kako se ti glasovi pretvaraju u mesta u parlamentu.<sup>4</sup> Pretvaranje glasova u mandate, tj. raspodela mandata jedna je od najvažnijih faza i možda najvažnije pitanje izbornog procesa. Od njegovog rešavanja može zavisiti ne samo vrsta stranačkog sistema u zemlji nego i obeležja čitavog njenog političkog sistema.<sup>5</sup>

Pored pomenutih, postoji i mnogo drugih definicija izbornog sistema. On se može okvalifikovati kao institucionalni modus unutar kojeg birači izražavaju svoje političke preferencije u obliku glasova i unutar kojega se glasovi birača pretvaraju u mandate.<sup>6</sup> Moderna država počiva na principu građanske suverenosti, a izbori predstavljaju način učešća građana u političkom odlučivanju. Izbori time postaju mehanizam koji omogućava da se integrišu svi individualni izbori birača u zajedničku odluku čitave zajednice.<sup>7</sup> Funkcionisanje ovog mehanizma predstavlja jedan od najvažnijih indikatora demokratije i merilo stabilnosti sistema. S druge strane, za Arenta Lajpharta demokratija je vladavina slobodno izabranih predstavnika naroda, te je izborni sistem osnovni element predstavničke demokratije.<sup>8</sup>

Vodeća imena savremene politikologije, Arent Lajphart i Đovani Sartori, zastupaju stanovište da je izborni sistem izuzetno bitan činilac političkog sistema od čijeg oblikovanja suštinski zavisi i karakter njegove prirode.<sup>9</sup> Izborni sistemi ne samo da su najmanipulativniji instrument politike, već i oblikuju stranački si-

Odrednica: Izborni sistem, u: *Pravna enciklopedija 1*, Beograd 1985, 530.

<sup>2</sup> Milan Jovanović, *Izborni sistemi postkomunističkih država*, Beograd 2004, 20.

<sup>3</sup> *Ibidem*, 530.

<sup>4</sup> Michael Gallagher, Paul Mitchell, *The Politics of Electoral System*, Oxford University Press, Oxford 2008, 5.

<sup>5</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2011, 233.

<sup>6</sup> Dragan Đukanović, *Izborni sistemi u zemljama nastalim na području nekadašnje Jugoslavije*, <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0025-8555/2006/0025-85550604513D.pdf>, 12.03.2018, 513.

<sup>7</sup> Vučina Vasović, Vladimir Goati, *Izbori i izborni sistem*, Beograd 1993, 197.

<sup>8</sup> Arent Lajphart, *Modeli demokratije*, Beograd – Podgorica 2003, 20.

<sup>9</sup> D. Đukanović, 516.

stem i utiču na određivanje predstavništva.<sup>10</sup> Sartori smatra da je odabir izbornog sistema bio fundamentalan za (re)konstituisanje demokratije u postsocijalističkim društvima. To je najmoćnija poluga konstitucionalnog inženjeringa naročito u podeljenim društvima, odnosno najmoćnije sredstvo u oblikovanju političkog sistema.<sup>11</sup> Diverže navodi da su izborni sistemi istovremeno i kamere i projektori, oni registruju slike koje su delom sami kreirali.<sup>12</sup>

## VEĆINSKI SISTEM

Moderni parlament vuče korene još iz kasnofeudalne epohe u kojoj se kao preteče ove institucije javljaju različite staleške skupštine, sabori itd. U ova tela ulazili su s obzirom na rang i društveni položaj, gotovo po pravilu samo povlašćeni slojevi društva. Stoga, važno je pravilo da je svaki učesnik pomenutih sabora predstavljao sebe, jer nije bilo izbora u današnjem smislu. Kao eho ove tradicije, u prvoj fazi razvoja predstavničke demokratije, zapaža se visok nivo personalizacije izbornog sistema, što je za posledicu imalo i to da se većinski sistem hronološki javlja ranije, tj. zapaža se njegova dominacija u odnosu na druge sisteme.

Primena ovog modela odvija se sledećim redom. Prvo se celokupna država (ili druga teritorijalna jedinica) podeli na onoliko izbornih jedinica koliko se predstavnika bira u parlamentu, tj. koliko predstavničko telo ima članova. Zatim se u svakoj izbornoj jedinici izabere jedan predstavnik.<sup>13</sup>

Većinski sistem se javlja u dve osnovne varijante. To su sistem relativne i sistem apsolutne većine. Sistem relativne većine funkcioniše tako što se izabranim smatra onaj kandidat koji u svojoj izbornoj jedinici osvoji najviše glasova. To je onaj ko osvoji više glasova od svojih konkurenata, bez obzira na rezultat, odnosno procenat glasova u ukupnom zbiru izašlih birača. Ovde se može dogoditi da među više kandidata približno jednake snage, teoretski bude izabran neko ko je na primer osvojio tek 15% glasova izašlih birača, a da njegovi konkurenti imaju po 14% glasova. O legitimitetu ovako izabranog predstavnika moglo bi se naširo-

---

<sup>10</sup> Dovani Sartori, *Usporedni ustavni inženjering: strukture, podsticaji i ishodi*, Beograd 2003, 14.

<sup>11</sup> Vučina Vasović, *Savremene demokratije, Tom 1*, Beograd 2006, 106.

<sup>12</sup> Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Presses universitaires de France, Paris 1984, 34.

<sup>13</sup> R. Marković, 233.

ko polemisati, ali ćemo to ovom prilikom preskočiti. Dakle, suština je u tome da pobeđuje onaj ko prvi preseče vrpcu.

Pri primeni ovakvog modela dolazi do izražaja velika nesrazmera između ukupnog broja glasalih za jednu političku opciju i broja njenih predstavnika u parlamentu. Naime, opcija koja je dobila relativnu većinu na izborima, gotovo po pravilu, dobija mnogo veći broj predstavnika, dok partije koje su od nje dobile nešto manji broj glasova, dobijaju mnogo manji broj predstavnika u odnosu na ukupan broj dobijenih glasova. Ovde se javlja problem natpredstavljanja pobeđnika i potpredstavljanja ostalih učesnika.<sup>14</sup> Arent Lajphart bi citirajući Duglasa Rea rekao da svi izborni sistemi, i većinski i proporcionalni, imaju tendenciju preteranog predstavljanja većih, a premalog predstavljanja manjih stranaka.<sup>15</sup> Najizrazitiji predstavnik ove varijante većinskog izbornog sistema je Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske. Potpredstavljanje može toliko doći do izražaja da se donekle, u krajnjoj liniji, može okarakterisati i kao suprotnost konceptu predstavničke demokratije.

Naime, na parlamentarnim izborima za Dom komuna (donji dom) britanskog parlamenta 2015. godine, Partija nezavisnosti Ujedinjenog Kraljevstva (UKIP) osvojila je 12,6% ukupnog broja glasova izašlih birača, ali je njen kandidat (inače njen osnivač i predsednik Najdžel Faradž) pobedio u samo jednoj izbornoj jedinici od njih ukupno 650. Tako se dogodilo da treća najjača politička opcija, dobije samo jednog od 650 predstavnika.<sup>16</sup> O kolikoj se nesrazmeri radi govori nam posredno i podatak da bi u slučaju da je korišćen proporcionalni sistem u datom slučaju, pobeđnička partija konzervativaca osvojila ne 321, već 242 poslanička mesta, što je čak 89 mesta manje, dok bi poslednjeplasirana Partija nezavisnosti imala ne jednog, već 80 poslanika, tj. 79 mandata više. Konfiguracija izbornih jedinica išla je na ruku i Škotskoj nacionalnoj partiji, koja je zbog toga dobila skoro duplo više mesta u parlamentu.<sup>17</sup>

Međutim, ova varijanta ima i pozitivni aspekt. Ona dovodi do odstranjivanja ekstremnih i radikalnih političkih opcija i time doprinosi stabilnosti političkog sistema.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 233-234.

<sup>15</sup> A. Lajphart, 184.

<sup>16</sup> Oliver Hawkins, Richard Keen, Nambassa Nakatudde, *General Election 2015*, House of Commons library, briefing paper Number CBP7186, 28 July 2015, p. 36.

<sup>17</sup> BBC News, *Election 'most disproportionate in history' say campaigners*, 01.06.2015, dostupno na <https://www.bbc.com/news/uk-32954807>

Drugi model većinskog sistema jeste sistem apsolutne većine. Ovde izbere dobija onaj kandidat koji je u izbornoj jedinici dobio polovinu plus jedan glas izašlih ili ukupno upisanih birača. Pošto je to u praksi vrlo teško ostvariti, ukoliko nijedan od kandidata ne ostvari ovakav rezultat, organizuje se drugi krug u koji ulaze dva kandidata sa najvećim brojem glasova. Tako da jedan od njih neminovno dobija apsolutnu većinu. To je sistem tzv. čiste balotaže, tj. užeg izbora.<sup>18</sup> Kako bi se izbeglo višestruko glasanje u sistemu apsolutne većine često se primenjuje i tzv. alternativno i preferencijalno glasanje.<sup>19</sup>

S jedne strane, sistem apsolutne većine umanjuje efekte natpredstavljanja i potpredstavljanja, jer zahteva ne samo dobijanje najvećeg broja glasova (ma koliko mali on bio), nego zahteva i poverenje većine izašlih, odnosno upisanih birača. Međutim, ono što ne uspeva da spreči, već naprotiv podstiče, to je povezivanje stranaka i vrlo često formiranje neprincipijelnih političkih blokova, radi isticanja zajedničkog kandidata. Često se ovo udruživanje vrši iz čisto praktičnih razloga, radi sprečavanja pobede nekog drugog kandidata.<sup>20</sup>

S tim u vezi, indikativan primer je Francuska, gde se neretko partije globalističke provinijencije, a pritom potpuno različite ideološke orijentacije (liberali, socijalisti, demokrate, republikanci itd), udružuju kako bi sprečile pobedu kandidata antiglobalističkog Nacionalnog fronta.

Na poslednjim parlamentarnim izborima vidljivo je da disproporcija u broju osvojenih glasova i zadobijenih mandata postoji kod svih učesnika, ali svakako ne u nekoj većoj meri. Međutim, kada je reč o pomenutom Nacionalnom frontu, ova nesrazmera je najočiglednija i najveća. U drugom krugu, ova opcija osvojila je 8,75 % glasova izašlih birača i samo 1,39 % poslaničkih mesta. Kada se od šesnaest učesnika na izborima, ovakva razlika pojavi samo kod jednog od njih, dolazi se do zaključka da ostali učesnici teže da ga istisnu sa političke scene formiranjem neprirodnih koalicija u gotovo svakoj izbornoj jedinici.<sup>21</sup> U ovom slučaju stranke ne spaja ništa, osim mržnje prema zajedničkom političkom protivniku.

Ako i ne dovodi do stvaranja dvostranačkog, on bar omogućava formiranje bipolarnog sistema, gde se oko dve političke osovine grupišu gotovo svi politički

---

<sup>18</sup> R. Marković, 234.

<sup>19</sup> Marijana Pajvančić, *Izbornopravo*, Novi Sad 2008, 156-195.

<sup>20</sup> R. Marković, 234-235.

<sup>21</sup> *Résultats des élections législatives 2017, 11 et 18 juin 2017*, [https://www.interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult\\_\\_legislatives-2017/\(path\)/legislatives-2017/FE.html](https://www.interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult__legislatives-2017/(path)/legislatives-2017/FE.html)

činioci. Zato i ne čudi što je Lajphart kao jednu od glavnih karakteristika većinskog modela, označio dvostranački sistem koji počiva na većinskom izbornom sistemu.<sup>22</sup>

#### PROPORCIONALNI SISTEM

Kako se da zapaziti iz dosadašnjeg izlaganja, većinski sistem je iskazao brojne nedostatke. Zbog toga se kao moguća alternativa vremenom pojavio sistem srazmernog predstavnštva ili proporcionalni sistem. Njime se u velikoj meri eliminiše efekat potpredstavljanja i on omogućava formiranje predstavnčkog tela koje je mnogo verniji odraz izraženog mišljenja biračkog tela na izborima. Ovde se u jednoj izbornoj jedinici glasa ne za jednog kandidata, već za jednu političku opciju, izraženu u jednoj izbornoj listi.

Međutim, da bi ovaj sistem bio primenjiv u izbornoj praksi, postavlja se kao imperativ da jedna izborna jedinica bira više od jednog predstavnika. Teoretski, minimum dva, ali praktično četiri ili više.<sup>23</sup> Jedan od glavnih ciljeva proporcionalnog sistema jeste da omogući i predstavljanje manjine. Ona prema ovom modelu takođe dobija svoje predstavnike, srazmerno osvojenim glasovima. Kada se govori o praktičnoj primeni, postoje različite varijante raspodele mandata u okviru ovog sistema. Četiri najzastupljenija modela sistema srazmernog predstavnštva su: sistem izbornog količnika, D'Ontov sistem, Badenski sistem i Herov sistem.

Sistem izbornog količnika funkcioniše tako što se ukupan broj glasalih u jednoj izbornoj jedinici podeli brojem predstavnika koji ta izborna jedinica bira. Svaka lista dobija onoliko mandata koliko se puta izborni količnik sadrži u broju glasova koji je ona dobila.

Međutim, u praksi se retko događa da ovaj količnik bude ceo broj. Zbog ovoga javlja se problem raspodele preostalih mandata, te se onda ovaj model dopunjuje pravilom po kome se preostali mandati dodeljuju listama sa najvećim ostatkom. Iz toga sledi, da se ovom varijantom proporcionalnog sistema favorizuje pobjednik, samo u mnogo manjoj meri nego što je to slučaj u većinskom sistemu. Ovo je bio jedan od odlučujućih razloga dominacije Narodne radikalne stranke (tzv. Staroradikala) u odnosu na opoziciju u periodu zlatnog doba srpske

---

<sup>22</sup> A. Lajphart, 116-117.

<sup>23</sup> R. Marković, 235.

demokratije između 1903-1914. godine.<sup>24</sup> Usavršavanjem ovog modela, on se još više približava načelu srazmernosti. Tako nastaje D'Ontov sistem, koji funkcioniše tako što se broj glasova koji je dobila svaka lista deli sa 1, 2, 3, 4 itd, sve do broja predstavnika koji se bira u konkretnoj izbornoj jedinici. Zatim se dobijeni količnici sređuju po veličini, pri čemu se u obzir uzima onoliko najvećih količnika koliko se u toj izbornoj jedinici bira predstavnika. Tako, svaka lista dobija onoliko mandata koliko se njenih količnika javlja među najvećim količnicima. Ovakav sistem je predviđen i u Srbiji Zakonom o izboru narodnih poslanika.<sup>25</sup>

Međutim, ovaj sistem ne uzima u obzir glasove sa lista koji preostanu, pošto se ukupan broj datih glasova podeli najvećim količnikom. Pomenute manjkavosti pokušava da nadomesti Badenski sistem, uveden Ustavom Badena iz 1919. godine. Po njemu svaki učesnik izbora ističe dve vrste lista. Jednu posebnu za svaku izbornu jedinicu, a drugu opštu, za čitavu zemlju (misli se na pokrajinu u kontekstu nemačkog federalizma). Na ovaj način se neiskorišćeni glasovi posebnih lista prenose na opštu listu i prema njihovom zbiru se određuje koliko će mandata ta lista dobiti. Taj zbir se deli količnikom koji je unapred predviđen u ustavu ili zakonu. Svakako najkomplikovaniji je Herov sistem. Kod njega, birač glasa samo za jednog kandidata sa liste, a istovremeno, po redosledu prvenstva koje im pridaje, za ostale kandidate sa liste. Izabrani su oni koji dobiju najviše prvih, zatim drugih mesta itd, sve do broja predstavnika koji se bira u konkretnoj izbornoj jedinici.<sup>26</sup>

Bez obzira na to što teži načelu srazmernosti i što pokušava da pronade modus za adekvatno predstavljanje manjine, ni ovaj sistem u bilo kojoj varijanti uzev, ne želi da se odrekne mogućnosti odstranjivanja nerelevantnih političkih činilaca. Takav efekat postiže se uvođenjem izbornog praga ili tzv. cenzusa, koji predstavlja minimalan broj glasova koji lista mora da dobije kako bi uopšte učestvovala u raspodeli mandata. On se izražava u procentima i prostire se u rasponu od 0,67% koliko iznosi u Holandiji, zatim 5% u Nemačkoj i Srbiji, do čak 10% koliko iznosi u Turskoj.<sup>27</sup> Izuzetak se jedino pravi kod onih učesnika koji predstavljaju interese nacionalnih manjina. Kako one vrlo često ne mogu zbog brojnosti svojih su-

---

<sup>24</sup> O. 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.

<sup>25</sup> Zakon o izboru narodnih poslanika, Sl.Glasnik RS, 28/2011, čl. 82 st. 1.

<sup>26</sup> Miroslav Živković, *Izborni sistem i reforma izbornog sistema u Republici Srbiji*, Megatrend revija, Vol. 14, 2017, 108.

<sup>27</sup> A. Lajphart, 178.



narodnika da dosegnu pomenuti cenzus, za njih se ili predviđa tzv. prirodni prag, što je slučaj u Srbiji ili se predviđa zagaranatovan broj mesta u parlamentu za svaku priznatu manjinu, što je praksa u Hrvatskoj ili Sloveniji.<sup>28</sup>

Valja napomenuti da proporcionalni sistem omogućava takmičenje među političkim činiocima koji sastavljaju izborne liste. U praksi se sreću tri vrste lista: zatvorene, poluotvorene i otvorene. Model zatvorene ili vezane liste podrazumeva da se biraču ostavlja mogućnost da bira između više lista i u tom slučaju on može da glasa samo za listu u celosti, bez obzira na to što se možda ne slaže sa izborom pojedinih predloženih kandidata na toj listi. Njemu se daje mogućnost da izabere onu opciju sa čijim se programom makar u načelu slaže. Ovakav tip liste najviše ide u prilog rukovodstvima političkih partija.

U sistemu poluotvorene, odnosno uređene liste, birači mogu da pored glasanja za samu listu, istovremeno glasaju i za konkretnog kandidata sa iste. Na ovaj način oni izražavaju preferencije prema određenim kandidatima. Ovim se donekle smanjuje uticaj rukovodstva partija na izbor kandidata, jer se biračima ostavlja mogućnost da i u okviru liste izaberu poslanika po svojim željama. Konačno, kod modela otvorene liste, biračima se daje najveća sloboda, jer oni sami mogu da sastavljaju svoju listu od kandidata različitih predlagača. Time se proporcionalni sistem u neku ruku približava većinskom sistemu.<sup>29</sup>

Uviđajući loše strane dva glavna sistema i njihovih varijanti, pojedini politički sistemi oblikovali su kombinovanjem pozitivnih elemenata oba pomenuta sistema, svojevrsan mešoviti izborni sistem. Ovde se jedan deo poslanika bira po većinskom modelu, tako što se cela država podeli na onoliko izbornih jedinica koliko se bira na ovaj način, a drugi deo po proporcionalnom modelu, glasanjem po listama. Negde se čitava država deli na veće izborne jedinice koje biraju po proporcionalnom, i manje, koje biraju po većinskom sistemu, što je slučaj u SR Nemačkoj. Pritom, odnos broja poslanika izabranih po jednom, odnosno drugom modelu može biti jednak, ali i različit. U ovoj drugoj situaciji, mešoviti sistem može davati pretežno proporcionalne ili većinske efekte.

Međutim, i pored određenih vrlina, na teorijskom planu zapaža se ozbiljna primedba koju je primetio Đovani Sartori. Naime, bez obzira na njihovu praktičnu izbalansiranost, mešoviti sistemi su nelogični i protivrečni, jer se teško može

<sup>28</sup> Zakon o Državnom savetu, Uradni list Republike Slovenije, št. 44/1992.

<sup>29</sup> M. Stanić, *Raspodela mandata u evropskim postkomunističkim zemljama na primerima Poljske, Bugarske, Hrvatske i Makedonije*, Strani pravni život 3/2013, 313-314.

objasniti da jedno mišljenje biračkog tela, koje se uzgred iskazuje na dva načina, na kraju može dati dva različita rezultata.<sup>30</sup> Valja istaći da se ovaj sistem primenjuje u Mađarskoj, Rusiji, Meksiku, Bugarskoj itd, a jedno vreme je primenjivan i u AP Vojvodini prilikom izbora poslanika za Skupštinu AP Vojvodine, ali se 2014. godine ipak prešlo na sistem srazmernog predstavnštva.<sup>31</sup>

#### VEĆINSKI ILI PROPORCIONALNI SISTEM

Ne samo u teoriji, već ni u političkoj praksi nije dat konačan odgovor koji je od pomenuta dva sistema adekvatniji. Međutim, nije loše osvrnuti se na uporedni prikaz njihovih prednosti i mana, kako bi se možda pokušao pronaći odgovor. Čini se da prednosti jednog ujedno predstavljaju nedostatke drugog sistema i obrnuto.

Što se tiče većinskog sistema, on je svakako razumljiviji za prosečnog birača, samim tim i mnogo prijemčiviji od proporcionalnog. On obezbeđuje neposredniju vezu između birača i kandidata, odnosno poslanika. Samim tim, većinski sistem omogućava zdraviju političku borbu, jer u prvi plan ističe kvalitetniji kadar u političkom životu. Takođe, ističući slobodu birača tokom izbornog procesa, omogućava kasnije i veću samostalnost poslanika tokom rada u parlamentu.<sup>32</sup>

Ovaj sistem doprinosi formiranju stabilne većine u parlamentu, a samim tim i stabilne, jake i efikasne vlade.<sup>33</sup> Na ovakav način parlament postaje telo koje je sposobno da izražava jednu volju i da formuliše jednu odluku. Birači ovde mnogo direktnije utiču na izbor vlade, umesto da to prepuste partijskim elitama nakon izbora, koje su sklone stvaranju često neprincipijelnih i neprirodnih koalicija.

S druge strane, pored svih navedenih prednosti, većinski sistem iskazuje i dva ozbiljna nedostatka. Prvo, radi se o velikoj nesrazmeri između osvojenih glasova i zadobijenih mandata, čime se umnogome favorizuje najjača stranka, a to može imati ozbiljne posledice na politički život. To direktno vodi majorizaciji manjine u parlamentu i svodi demokratiju na svojevrsnu diktaturu većine. Kao primer može se uzeti iskustvo koje je Srbija imala u periodu nakon prvih višestra-

---

<sup>30</sup> Đ. Sartori, 96.

<sup>31</sup> Pokrajinska skupštinska odluka o izboru poslanika u Skupštinu Autonomne Pokrajine Vojvodine, Sl.list AP Vojvodine, br. 23/2014.

<sup>32</sup> R. Marković, 240.

<sup>33</sup> A. Lajphart, 116.

načkih izbora organizovanih nakon ukidanja jednostranačja 1990. godine. Tada je, naime, vladajuća stranka dobila 46% glasova izašlih birača, a gotovo 78% svih poslaničkih mandata u tadašnjoj republičkoj skupštini.<sup>34</sup> Drugo, on eliminiše iz parlamentarnog, a samim tim, dobrim delom i iz političkog života, partije male i srednje veličine.

Glavne prednosti sistema srazmernog predstavnštva jesu podjednako vrednovanje svakog glasa, parlament kao organ koji verno odražava raspoloženje biračkog tela, podjednaka mogućnost da gotovo sve partije dobiju svoje predstavnike u parlamentu. Na ovaj način iskazuje se ne samo volja većine, već i volja manjine. Za razliku od predstavnika koji je izabran po većinskom modelu u manjoj izbornoj jedinici i koji se samim tim radi ponovnog izbora bori više za lokalne interese svoje izborne jedinice, predstavnik biran po proporcionalnom modelu prednost daje pre opštim interesima.

Međutim, pored pomenutih prednosti, valja se osvrnuti i na mane koje ga karakterišu. Kao prvo, on retko gde omogućava stvaranje stabilne jednostranačke parlamentarne većine. Kao izuzetak možemo navesti dominaciju ruske partije Jedinstvena Rusija na nekoliko prethodno održanih parlamentarnih izbora u toj zemlji. Međutim, najčešće se događa da nakon održanih izbora nijedna lista ne može samostalno da oformi vladu i to dovodi do stvaranja često labavih koalicionih vlada, a katkad i formiranja neprincipijelnih koalicija među strankama potpuno različitog ideološkog opredeljenja. Takve labave koalicije doprinose čestim blokadama rada parlamenta i nestabilnosti političke situacije.<sup>35</sup>

Čini se da jedan drugi aspekt mnogo više diskredituje ovakav model. To je u prvom redu dominacija stranaka i svojevrсно svođenje demokratije na vladavinu partija. Mnogi u proporcionalnom modelu vide krivca za partokratiju.

Za Ostrogorskog ovaj model oličava vladavinu partija, koje su vinovnici uniformizacije mišljenja, gubitka individualnosti građana i porasti apatije.<sup>36</sup> Neki političari i mislioci su i kod nas još u međuratnom periodu žestoko kritikovali ovaj model. Dimitrije Ljotić navodi kako je ovaj sistem između ostalog uzrokovao vladavinu partija. Po njemu za partije u političkom životu mesta nema, jer

<sup>34</sup> Vidi: Izveštaj o ukupnim rezultatima izbora za narodne poslanike u Narodnu Skupštinu Republike Srbije, 9. i 23. decembra 1990. godine, Sl.glasnik Republike Srbije 1/1990.

<sup>35</sup> R. Marković, 241-242.

<sup>36</sup> Vladimir Goati, *Savremene političke partije*, Beograd 1984, 111.

one razjedaju narodno jedinstvo.<sup>37</sup> Za Vojislava Grola ovaj sistem predstavlja političke stranke, a ne građane. To je sistem radi partija ustanovljen, na njima zasnovan, koji sa njima operiše.<sup>38</sup>

#### DA LI JE IZBORNI SISTEM USTAVNA MATERIJIA

Postavlja se i pitanje regulisanja izbornog sistema i odabira između navedenih modela raspodele mandata u samom ustavu, kao najvažnijem pravnom aktu. Kako ustav nije samo pravni, nego i prvorazredni politički akt, a problematika izbornog sistema jedno od najvažnijih političkih pitanja, logično bi bilo da se u samom ustavu definiše izborni sistem. Međutim, u nauci izbornog prava prevlađuje mišljenje da izborni sistem uopšte i nije ustavna materija. U državama sa nedovoljno razvijenim demokratskim institucijama, promene izbornog sistema mogu biti veoma česte. Zato, ne bi valjalo da svaka promena izbornog sistema zahteva i promenu ustava.<sup>39</sup> Stoga se ova problematika mnogo češće uređuje izbornim zakonodavstvom, koje je podložnije češćim promenama, dok se u ustavu regulišu pitanja koja se tiču osnovnih izbornih principa.

Bez obzira na pomenute stavove, materija izbornog prava je najčešće podeljena, tako da se one oblasti koje ustav nije uredio, regulišu izbornim zakonodavstvom. Ono može biti kodifikovano ili predmet regulisanja više zakona. Zbog veoma velikog političkog značaja ovog pitanja, u pojedinim državama zakoni koji uređuju izborni sistem imaju karakter kvalifikovanog zakona, tj. donose se po posebnom postupku ili se za njihovo usvajanje zahteva kvalifikovana većina. Stoga se u takvim sistemima, zakoni koji utemeljuju određeni tip izbornog sistema, donose kao plod kompromisa između relevantnih političkih činilaca.<sup>40</sup>

Može se primetiti, kako se važeći Ustav Srbije iz 2006. godine ne izjašnjava eksplicitno u pogledu modela izbornog sistema. Time ostavlja utisak da omogućava zakonodavcu odabir širokog spektra različitih modela i varijanti pri definisanju izbornog sistema.

---

<sup>37</sup> Mladen Stefanović, *Zbor Dimitrija Ljotića*, Beograd 1984, 20-21.

<sup>38</sup> R. Marković, 243.

<sup>39</sup> Vladan Petrov, *Parlamentarno parvo*, Beograd 2010, 81.

<sup>40</sup> Maja Nastić, *Ustavni principi izbornog sistema*, Srpska politička misao, posebno izdanje 2017, 135.

Međutim, to nije sasvim tačno. U tom kontekstu valja pomenuti u nauci često osporavani čl. 102 st. 2 Ustava Srbije, kojim je utvrđeno da je narodni poslanik slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika.<sup>41</sup> Na ovaj način ustavotvorac se, imlicitno opredelio za proporcionalni izborni sistem, koji podrazumeva postojanje partijskih lista.<sup>42</sup> To proizilazi i iz odredbe čl. 112 st. 1 tačka 3 Ustava: Predsednik Republike predlaže Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade, pošto sasluša mišljenje predstavnika izabranih izbornih lista.

Iako sporna, ova odredba mnogo više polemike izaziva usled činjenice da se njome uspostavnja svojevrсни stranački imperativni mandat, koji, u velikoj meri, oblikuje izborni sistem, a koju mnogi autori ocenjuju kao rešenje suprotno ustavnom načelu narodne, odnosno građanske suverenosti, definisanim u članu 2. Ustava, kao temelju predstavničke demokratije, a takođe suprotnu evropskom ustavnom identitetu u delu koji se odnosi na osnove parlamentarne demokratije.<sup>43</sup>

#### PITANJE IZBORNOG SISTEMA U SVETLU REFORME USTAVA

Do sada je bilo reči o osobenostima najvažnijih tipova izbornog sistema koji se primenjuju u modernim demokratskim političkim sistemima. Iako ima argumenata u korist svih pomenutih modela, odabir nekog od njih zavisi ponajviše od konkretnih političkih okolnosti, kao i istorijskog, geografskog, kulturnog, ekonomskog, društvenog i civilizacijskog konteksta.

Pojedini autori, poput pomenutog Sartorija, smatraju da ovaj izbor prvenstveno utiče na partijsku scenu i političke prilike u jednoj zemlji. Stoga i ocena da izborni sistem može determinisati i broj stranaka na političkoj sceni ima svoje utemeljenje.<sup>44</sup> Drugi, pak smatraju, da na formiranje partija ne utiču toliko promene izbornog sistema, već dublji društveni rascepi. Tako, na primeru Rusije, oni

---

<sup>41</sup> Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, Beograd 98/2006, čl. 102.

<sup>42</sup> M. Nastić, 134.

<sup>43</sup> Vladan Petrov, *O nekim antiidentitetskim mestima u srpskom ustavu*, Srpska politička misao, posebno izdanje 2017, 20.

<sup>44</sup> Slaviša Orlović, *Političke partije i moć*, Beograd 2002, 67-70.

uočavaju da su stranke nastale u postsovjetsko vreme plod tih rascepa, a ne konkretnih promena izbornog sistema.<sup>45</sup>

Neki pak, misle da na odabir tipa izbornog sistema mogu uticati razlike u regionalnoj ekonomiji, istorijskom nasleđu i društvenoj raznolikosti. Ove činjenice svakako utiču na rezultate izbora, a njih neki smatraju obrascima koji su stabilni i koji se vrlo retko menjaju tokom vremena. Postoje i mišljenja zasnovana na pretpostavkama da pojedinci iz sličnih društveno-ekonomskih klasa glasaju po istoj liniji, i da regionalni rezultati glasanja proističu prvenstveno od relativne proporcije ovih klasa na datom mestu.<sup>46</sup> Ovim se donekle relativizuje problematika odabira između većinskog i proporcionalnog sistema.

Kada je o Srbiji reč, njeno iskustvo sa primenom različitih modela izbornog sistema je veoma bogato, ali ne preterano uspešno. Od obnove višestranačja 1990. godine, Srbija je prošla kroz više izbornih ciklusa, što kao deo jugoslovenske federacije, što kao samostalna država. U početku, prevagu je odnosio većinski model, pre svega zbog toga što je išao u prilog tada vladajućoj garnituri, koja je i pravno i faktički nasledila partijsku infrastrukturu i kadrove bivše SKJ. To je za posledicu imalo desetogodišnju vladavinu jedne političke grupacije.

Pobedom opozicije na izborima 2000. godine, dolazi do promene izbornog sistema i od tada do danas se u Srbiji primenjuje sistem srazmernog predstavnštva u varijanti D'Ontovog sistema, s tim što je čitava država jedna izborna jedinica. Ovakvo rešenje čini se kao reakcija na neproporcionalnost koja je kao posledica većinskog sistema primenjivanog 90-tih godina van parlamentarnog života ostavila veći broj manjih stranaka. Kako je pobedničku koaliciju DOS činilo 17 stranaka i političkih grupa, razumljivo je da je proporcionalni sistem u tom trenutku imao pogodno tlo za ukorenjivanje u srpski politički sistem. To je za posledicu imalo izrazitu fragmentaciju srpskog stranačkog života.<sup>47</sup>

Iako je ova pojava bila najizrazitija upravo na samom početku uvođenja proporcionalnog modela, vremenom se ona ublažavala. Međutim, bez obzira na to, važeći model i dalje omogućava delovanje ekstremnih i marginalnih partija. Ovo za posledicu ima njihov ucenjivački potencijal pri formiranju skupštinske

---

<sup>45</sup> Alexander S. Perepechko, Vladimir A. Kolossov, Craig ZumBrunnen, *Remeasuring and rethinking social cleavages in Russia: Continuity and changes in electoral geography 1917-1995*, Political Geography, Vol. 26, Amsterdam 2007, 180-203.

<sup>46</sup> Ralph S. Clem, *Russia's Electoral Geography: A Review*, Eurasian Geography and Economics, Vol. 47, Washington 2006, 384.

<sup>47</sup> M. Živković, 114.

većine, s obzirom na to što je izuzetno teško u postojećem okviru da jedna stranka odnese apsolutnu pobjedu. Takve stranke su svesne da ne mogu odneti pobjedu, ali računaju da će ih zbog odsustva jasne parlamentarne većine, neka od većih partija pozvati u koaliciju. Posljedica toga je i da ista stranka koja redovno dobija tek nešto više glasova od propisanog cenzusa, redovno formira vladu sa različitim partijama koje u tom trenutku osvoje veći broj glasova. Ovakva pojava je normalna i poželjna u zemljama konsocijativne demokratije, i to isključivo zbog balansa između različitih etničkih i verskih grupa, ali ne i u državama koje nemaju tako složenu etnokonzesionalnu strukturu stanovništva. Drugim rečima, ono što je u Makedoniji poželjno zbog stabilnosti sistema,<sup>48</sup> u zemljama poput Srbije ima potpuno drugi efekat.

Iako je i u pretkomunističko, a naročito nakon komunističke ere, Srbija iskusila i jedan i drugi sistem, vidi se da nijedan od pomenutih modela nije dao naročite rezultate, već je bio plod političkih interesa trenutno vladajuće garniture. To svakako nije nikada bilo održivo na duže staze, te se stoga i izborni sistem često menjao. Kao što se da videti iz uporedne analize najvažnijih izbornih sistema, može se zaključiti da svaki od njih ima neke immanentne slabosti. Stoga, svaka zemlja treba da izabere onaj model čije slabosti u konkretnim okolnostima neće presudno uticati na stabilnost političkog sistema.

U Republici Srbiji danas se sve više i u naučnim, i u političkim krugovima čuju glasovi za ponovnim uvođenjem većinskog sistema. To je svakako posledica nezadovoljstva postojećim sistemom, ali ne treba nekritički posmatrati pomenute predloge. Iz dosadašnje prakse zaključuje se da je Srbija imala negativno iskustvo i sa jednim i sa drugim modelom. Negativne efekte sadašnjeg sistema ne treba naročito isticati, jer su očigledne. Ali, valja reći i da bi vraćanje većinskog modela, takođe bilo neadekvatno, pre svega iz demografskih razloga. Naime, procesi urbanizacije i metropolizacije doživljavaju svoj vrhunac, što za posledicu ima praznije čitavih krajeva. Zbog sve neravnomernijeg rasporeda stanovništva, bilo bi sve teže formirati izborne jedinice.

S druge strane, odlaskom školovanog stanovništva u veće gradove, smanjuje se broj potencijalnih kadrova koji bi mogli kvalitetno predstavljati svoje izbor-

<sup>48</sup> Od sklapanja Ohridskog okvirnog sporazuma 2001. godine do parlamentarnih izbora 2016. godine, redovno su parlamentarnu većinu formirale pored najveće makedonske i najveće albanske stranke, bez obzira na mali broj mandata koje su osvajale. Važno je jedino da sve etničke grupacije participiraju u vlasti, tako da se u suštini ovim relativizuje konkretan uspeh na izborima.

ne jedinice.<sup>49</sup> Takođe, prema ovom rešenju animozitet bi svakako iskazale manje stranke koje politički profitiraju u postojećem sistemu.

S druge strane, ima predloga da se proporcionalni sistem ublaži uspostavljanjem većeg broja manjih izbornih jedinica u kojima bi se biralo po nekoliko poslanika. Ovakvo rešenje bi samo donekle rešilo probleme velike fragmentacije političke scene i nepredstavljenosti čitavih krajeva države, ali i u tom slučaju ne bi se mogla izbeći situacija da umesto iz glavnog grada, najveći deo poslanika dolazi iz najvećih gradova, koji su ujedno i najznačajniji centri u svojim izbornim jedinicama.

Umesto Beograda kao glavne baze za regrutovanje poslanika, dobili bismo još nekoliko većih gradova koji bi tu funkciju vršili na nešto manjoj teritoriji. U srpskim uslovima valjalo bi s jedne strane težiti zadovoljavanju načela srazmernosti, koji je bio zapostavljen u eri većinskog sistema, a sa druge strane načela efikasnosti i stabilnosti političke vlasti, što je teško postići u sadašnjim okvirima.

Kao moguće rešenje pomirenja ova dva načela, može se istaći mešoviti sistem. Iako smo naveli da se i njemu može prigovoriti sa teorijskog aspekta, u praksi bi možda pokazao i najmanje loše rezultate. Čitava teritorija bi se mogla podeliti na nekoliko mnogoljudnijih izbornih jedinica koje bi birale poslanike po sistemu srazmernog predstavnštva u D'Ontovoj varijanti, dok bi u ostatku države bile formirane demografski slabije izborne jedinice, koje bi birale predstavnike po većinskom sistemu u varijanti apsolutne većine. Time bi se otklonio prigovor koji je izneo Sartori, jer jedan isti birač ne bi dva puta glasao, po dva modela, već bi jedan deo birača glasao po jednom, a drugi deo po drugom sistemu.

Pojedini autori smatraju da se stabilna i efikasna vlada može pojaviti samo u uslovima bipolarnog partijskog sistema, koji je uzgred, uglavnom plod većinskog sistema.<sup>50</sup> Drugi već, kako smo naveli, smatraju da bez obzira na tip izbornog sistema, u društvu postoje dublje podele koje se artikulišu kroz postojeću stranačku konfiguraciju. U Srbiji je drugo stanovište ipak bliže realnoj političkoj situaciji. Zapravo, i u epohi većinskog sistema kod nas se nije uspostavio nekakav bipolarni stranački sistem.

Mišljenja smo da je to rezultat istorijskih okolnosti i postojanja nekoliko čvrstih političkih tradicija koje se u različitim vremenima manifestuju kroz ra-

---

<sup>49</sup> Miodrag Jovičić, *Struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave u evropskim zemljama*, Beograd 1974, 111.

<sup>50</sup> A. Lajphart, 116-117.



zličite stranke. Četiri najdugotrajnije ideološko-političke tradicije u Srbiji su radikalna, čiji je utemeljitelj Narodna radikalna stranka, zatim liberalna, čiji je najvažniji predstavnik predratna Demokratska stranka, onda socijalistička, koju je obeležila Komunistička partija Jugoslavije i hrišćansko-konzervativna, čiji je utemeljitelj predratni pokret Zbor. Gotovo svi politički činioци u Srbiji potiču iz nekog od ovih ideoloških miljea ili vuku korene iz neke od pomenutih partija. Stoga, u ovako fragmentisanoj partijskoj sceni, teško je zamisliti da bi povratak većinskog modela nešto bitnije poboljšao.

### ZALJUČAK

U svetlu sve češćih predloga reforme izbornog sistema, bez obzira na to, da li se o ovoj temi razgovara u paketu sa celokupnom ustavnom i političkom reformom ili odvojeno od njih, može se izvući nekoliko zaljučaka. Prvo, kakav god tip izbornog sistema jedna zemlja da izabere, on će u nekom trenutku pokazati svoje manjkavosti.

Drugo, iako ima argumenata u korist svih pomenutih modela, odabir nekog od njih zavisi ponajviše od konkretnih političkih okolnosti, kao i istorijskog, geografskog, kulturnog, ekonomskog, društvenog i civilizacijskog konteksta. Bez obzira na iznete prednosti i mane analiziranih sistema, svaka država treba da odabere onaj tip izbornog sistema koji će u konkretnoj epohi odgovarati specifičnostima njenog trenutnog kulturno-ekonomskog i političkog razvoja. To nije trajna kategorija i svakako joj ne bi trebalo davati veći značaj nego što je to na primer slučaj sa problematikom ustavnih promena.

Tako i u Srbiji, s obzirom na njeno negativno iskustvo, ali i partijsku fragmentaciju i političko-ideološke tradicije, reformi izbornog sistema valja pristupiti vrlo oprezno i možda u tom kontekstu odabrati neko kompromisno srednje rešenje oličeno u mešovitom sistemu.

DUŠAN ILIĆ

Research Trainee, Institute of European studies,  
Belgrade

## THE SELECTION OF THE BEST ELECTION SYSTEM

– In the context of announced changing of the Constitution of SERBIA –

### Summary

Choosing the type of electoral system is one of the most important political issues in each country. Although, different types have different effects, each of them has both positive and negative characteristics. Which will prevail depends on most of the concrete political circumstances, but also of historical, economic, geographical, civilizational, demographic and other factors. In practice, the majority system and the proportional system are most frequently encountered, and more and more often, the mixed systems. None of them needs to be absolved, but each has advantages over others in specific occasions. So in Serbia, where there is a controversy over the reform of the electoral system in the last time, we should carefully approach this topic. First of all, because Serbia through its history applied both the main models, and none gave the desired results. Therefore, in the coming period, consideration should be given to combining positive features with a majority and proportional system, and possibly to introduce a mixed electoral system.



## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

*La Justice et le Droit*

### **PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA – IV tom**

*LAW AND THE ORDER OF REASON – Vol. IV*

*Peta katedra*

*Fifth Department*

### **PRAVO NA PRAVDU**

*RIGHT TO JUSTICE*

#### **1. Sud u koneksitetu pravde**

*Court in Connexity of Justice*

*Vladimir Crnjanski*

Odnos izvršnog i vansudskog postupka  
Relationship of the enforcement and the out-of-court procedure . . . . . 5

*Andon Majhoshev,  
Svetlana Popova*

Mediation in Republic of Macedonia: legal and institutional  
presumptions . . . . . 21

*Branka Babović*

O intervencijskoj tužbi  
On compulsory intervention . . . . . 35

*Vujadin Masnikosa,  
Aleksandar Radovanov*

Načelo zaštite izvršnog dužnika u izvršnom postupku The principle of protection of the debtor in the enforcement proceedings. . . . .	49
---	----

*Vukašin Ristić*

Sve promene u Zakonu o parničnom postupku The changes in the field of Civil procedure law. . . . .	63
---	----

## **Međunarodni odnosi i pravda**

*International Relations and Justice*

### *a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti International law – foreign elements*

*Rodoljub Etinski*

Međunarodni sud: razumnost zahteva da se poštuju legitimni interesi drugih država International court of justice: reasonableness requires respect for legitimate interests of other states. . . . .	81
--	----

*Sanja Đajić*

Novčana naknada ekološke štete pred Međunarodnim sudom pravde Monetary compensation for environmental damage in the ICJ case . . . . .	95
---	----

*Bojan Milisavljević*

Međunarodni sud pravde između deduktivnog i induktivnog pristupa u tumačenju pravila International Court of Justice between deductive and inductive approach in the interpretation of the rules . . . . .	117
--	-----

*Duško Dimitrijević*

Generalna skupština Ujedinjenih nacija i savremeni međunarodni poredak The United Nations general assembly and international order. . . . .	133
---	-----

*Bojana Čučković*

Pravo izbeglica i tražilaca azila na poštovanje porodičnog života u međunarodnom pravu Refugees and asylum seekers' right to respect for family life in international law . . . . .	147
--	-----

*Boris Krivokapić*

Međunarodni ugovori kao izvori kosmičkog prava International agreements as sources of outer space law . . . . .	165
--	-----

*Jelena Đ. Lopičić-Jančić*

Međunarodnopravni aspekt sredstava za masovno uništavanje u ratu International legal aspect of the means of mass destruction in the war . . . . .	187
--	-----

*Matej Savić*

Teorijske koncepcije međunarodnopravnog subjektiviteta Theoretical concept of international legal personality . . . . .	211
--	-----

*Filip Turčinović,  
Aleksandra Kovačević*

Međunarodno pravni značaj Bermudskih sporazuma jedan i dva . . . . .	231
--	-----

*Ana Budak*

Odgovornost međunarodnih organizacija za kršenje ljudskih prava . . . . .	243
---	-----

*Katinka Beretka*

Bilateralni ugovorni odnosi Srbije sa susednim državama u oblasti zaštite prava nacionalnih manjina Bilateral contractual relations of Serbia with neighboring countries in field of protection of national minority rights. . . . .	263
---	-----

*Toni Gjorgiev*

Searchand the right to privacy in the international law Pravo na privatnost u međunarodnom pravu . . . . .	281
---	-----

b) *Pravo Evropske Unije*  
*European Union Law*

*Radovan Vukadinović,*  
*Jelena Vukadinović-Marković*

EU paket novih podsticaja za potrošače EU new deal for consumers .....	295
---	-----

*Miodrag N. Simović,*  
*Marina M. Simović,*  
*Vladimir M. Simović*

Pravo na slobodu izražavanja prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda The right to freedom of expression European convention for the protection of human rights and funamental freedoms .....	313
---	-----

*Jelena Čeranić,*  
*Mirjana Glintić*

Evropska unija deset godina nakon početka krize European union ten years after the crisis started .....	341
--	-----

*Bojana Lakićević-Đuranović*

Uloga i značaj Suda pravde Evropske unije u stvaranju i primjeni prava EU Role and importance of the European union court of justice in creating and application of EU law .....	357
---	-----

*Danijela Lakić*

Sporazumi o pridruživanju kao instrumenti politike proširenja Evropske unije Association agreements as instruments of the EU enlargement policy.....	371
---	-----

*Šesta katedra*  
*Sixth Department*

**PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU**  
**RIGHT TO LEGAL STATE**

*Saša Bovan*

Teorijski konstrukt umnost/uređenost kao socio-antropološki kriterijum definisanja prava Theoretical construct intelligence / order as socio-anthropological criteria of defining law .....	391
--	-----

<i>Vlado Kambovski</i>	
Univerzalna Deklaracija o ljudskim pravima kao zapovest prirodnog prava Universal Declaration of Human Rights as a Command of Natural Law .....	405
<i>Boštjan Tratar</i>	
Sudsko odlučivanje između zapovijesti razuma i utjecaja emocija Judicial decision-making between dictate of reason and influence of emotions.....	420
<i>Sanja Đurđić</i>	
Pravo kao instrument uma Law as instrument of reason .....	449
<i>Ilija Jovanov</i>	
Udruživanje kao zapovest razuma Association of subjects as a dictate of reason.....	463
<i>Mirjana Dokmanović</i>	
Šta zdrav razum može da učini za ljudska prava What can common sense do for human rights .....	481
<i>Ustavno pravna pitanja</i> <i>Constitutional Law Questions</i>	
<i>Marko Stanković</i>	
Izмене u zakonodavstvu o lokalnoj samoupravi u Republici Srbiji Amendments to local self-government legislation in the Republic of Serbia .....	495
<i>Maja Nastić</i>	
Odlučivanje Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi The decisions of the Constitutional court of Serbia in the proceeding of constitutional appeal .....	521
<i>Nebojša Šarkić,</i> <i>Zoran Vavan</i>	
Izvršenje odluka Ustavnog suda Republike Srbije Execution of decision of the constitutional court of the Republic of Serbia .....	539
	723



<i>Tamaš Korhec</i>	
Ustavno-sudsko tumačenje i rasuđivanje Constitutional interpretation and judgement . . . . .	555
<i>Tomislav Stojković</i>	
Vladavina prava i Ustavna judikatura The rule of law and the Constitution . . . . .	575
<i>Dragoljub Drašković</i>	
Djelotvornost ustavne žalbe u ustavnopravnom sistemu Crne Gore Effectiveness of constitutional complaint in the Constitutional and legal system of Montenegro . . . . .	591
<i>Hamdija Šarkinović</i>	
Ustavna žalba u pravnom sistemu SR Njemačke Constitutional judiciary in the Federal Republic of Germany . . . . .	611
<i>Vladimir Đurić, Savo Manojlović</i>	
Referendumsko izjašnjavanje o statusu KiM The referendum on status of Kosovo and Metohija . . . . .	631
<i>Mladen Vukčević</i>	
Izazovi disciplinske odgovornosti i etičkog postupanja sudija Challenges of disciplinary responsibility and ethical conduct of judges . . . . .	647
<i>Vladimir Mikić</i>	
Položaj kralja prema Ustavu Kraljevine Srbije iz 1888. godine The king's status under the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1888 . . . . .	665
<i>Miroslav Đorđević</i>	
Ustavnopravni aspekt instituta pomilovanja The constitutional law aspect of the right to pardon . . . . .	683
<i>Dušan Ilić</i>	
Odabir najboljeg izbornog sistema The selection of the best election system . . . . .	701





