

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I PROSTOR



23

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 12 • BEOGRAD • 2010 • TOM IV

23
godina



UZ PODRŠKU



NEMAČKA ORGANIZACIJA ZA TEHNIČKU SARADNJU (GTZ) GmbH
KANCELARIJA ZA PRAVNU REFORMU

PO NALOGU



SAVEZNO MINISTARSTVO
ZA PRIVREDNU SARADNJU
I RAZVOJ

SUPPORTED BY



GERMAN ORGANISATION FOR TECHNICAL COOPERATION (GTZ) GmbH
LEGAL REFORM OFFICE

BY APPOINTMENT OF



Federal Ministry for
Economic Cooperation
and Development

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 12/2010 / Godina LIX / Knjiga 542
1–1024

Beograd

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,
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74,
tel. 244-69-10,
fax 244-30-24, poštanski fah 179
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Ljubomir Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Slavoljub Drašer i Javorina Beker

Pretplata za 2010. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara, za pravna lica
– 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura. Pretplata se vrši
na žiro račun broj: 355-1028424-38,
uz naznaku: Pretplata za časopis »Pravni život«

Tiraž: 1.500 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PETA KATEDRA

**PRAVO
NA PRAVDU**

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

GORDANA STANKOVIĆ

PROROGACIJA FUNKCIONALNE NADLEŽNOSTI U PARNIČNOM POSTUPKU

1. Ustanova nadležnosti, njeno pravilno normiranje, raspodela nadležnosti između sudova u sudskom sistemu i pojedinih sudskih organa u okviru istog suda kao i pravilna primena odredaba o nadležnosti imaju poseban značaj za zakonito ostvarivanje sudske funkcije. Zakonito pružanje pravne zaštite, ostvarivanje prava na pristup sudu, kvalitet suđenja i delotvornost pružanja pravne zaštite zavise i od toga kako je normativno regulisana i uređena nadležnost sudova i kako su pojedini poslovi kojima se vrši sudska vlast prilikom pružanja pravne zaštite raspoređeni i podeljeni između pojedinih sudova i sudskih organa u jednom sudu. Racionalno i celishodno uređena nadležnost sudova omogućava i uspešno i ekonomično vršenje sudske funkcije i efikasno pružanje pravne zaštite.

Sudska vlast u građanskim stvarima obuhvata sve pravne stvari i zadatke koje vrše sudovi koji odlučuju po pravilima civilne procedure. Određivanjem nadležnosti sudova u jednom sudskom sistemu vrši se podela sudskih poslova i zadataka između sudova i u okviru svakog suda. Kriterijumi kojima se rukovodi zakonodavac prilikom podele rada između sudova i pojedinih sudskih organa su različiti. Zakonodavac obično ima u vidu: vrste sudova u sudskom sistemu, organizaciju sudova određene vrste (tzv. sudska piramida), teritorijalno područje jednog suda i njegovu veličinu, višestепенost suđenja, specijalizaciju i stručnost sudija, itd. Veliki broj različitih građanskopravnih stvari, njihov pravno-politički značaj, veličina državne teritorije i broj stanovnika, koncentracija stanovništva,

organizacija samog postupka za pružanje pravne zaštite, postulati ekonomičnosti i efikasnosti i drugo, predstavljaju faktore koji nesumnjivo utiču na zakonodavca da unapred zakonom razgraniči poslove između sudova iste vrste, odredi im delokrug i tako im omogući da obavljaju sudsku funkciju u okviru svog delokruga. S druge strane, različiti pravosudni zadaci koje imaju pojedini sudovi u okviru svog delokruga i pojedine funkcije koje imaju sudski organi jednog suda u jednoj građanskopravnoj stvari, nalažu da se izvrši podela rada kako između sudova tako i između pojedinih sudskih organa i odrede procesne radnje koje oni preduzimaju u pojedinim stadijumima ili odsecima postupka.

Određivanje nadležnosti sudova u jednoj državi i podela rada između sudova je problem koji za zakonodavca nema samo pravnotehnički značaj; zakonodavac na ovaj način ne vrši samo tehničku podelu rada. Određivanjem nadležnosti sudova, zakonodavac ostvaruje i određene pravopolitičke ciljeve.¹ To, uostalom, istorija procesnog prava i pokazuje.

2. Pravila o nadležnosti su kogentne prirode. Nadležnost sudova uređuje se i menja Ustavom i zakonom. Sudovi su državni organi koji vrše sudsku vlast i vršenje njihove funkcije mora da bude regulisano zakonom da bi se tačno odredile granice sudske vlasti i obezbedila samostalnost i nezavisnost sudova. Pored toga, razlozi pravne sigurnosti nalažu da nadležnost sudova bude uređena kogentnim normama da bi se stvorili uslovi za zakonito, efikasno i delotvorno pružanje pravne zaštite. Nije dopušteno da jedan sud postupa u pravnoj stvari za koju nije nadležan.

3. Pravila o nadležnosti imaju specifičnu pravnu prirodu. Naime, ona ne spadaju u potpunosti ni u organizaciono ni u funkcionalno procesno pravo, tako da se nalaze na granici između njih. Pojedina pravila koja se odnose na nadležnost spadaju u organizaciono procesno pravo, kao što su to npr. pravila o određivanju stvarne nadležnosti sudova, dok pojedina pravila o nadležnosti spadaju u funkcionalno procesno pravo, kao što su to npr. pravila o ocenjivanju nadležnosti, o postupanju u slučaju nenadležnosti, o rešavanju sukoba o nadležnosti, o posledicama suđenja od strane nenadležnog suda.

Pravila o nadležnosti sudova utiču na normativno regulisanje i organizacionog i funkcionalnog parničnog procesnog prava. Od toga kako je organizovano sudstvo, zavise npr. pravila o instancionalnoj nadležnosti i pravila o funkcionalnoj nadležnosti, a od toga kako je uređena nadležnost zavisi kako će biti uređen postupak ili kako će biti organizovan sistem pravnih lekova.

¹ Videti Nacionalnu strategiju reforme pravosuđa iz 2006. g.

4. Prema odredbama Ustava (2006), nadležnost sudova se ustanovljava i menja zakonom.² Ona je detaljno određena Zakonom o uređenju sudova³ iz 2008. godine, kojim se neposredno regulišu, pored unutrašnje organizacije sudova, sudska nadležnost i vrste sudske nadležnosti.

Određivanjem nadležnosti sudova u okviru sudskog sistema određuje se delokrug poslova domaćih sudova i na taj način stvaraju normativne pretpostavke za nesmetan pristup sudu,⁴ delotvorno funkcionisanje sudskog sistema i realizaciju prava na pravično suđenje.

Odredbama Zakona o uređenju sudova (2008), kojim je započela reforma sudskog sistema u skladu sa Nacionalnom strategijom reforme pravosuđa, određene su vrste sudova u sudskom sistemu,⁵ predviđeni su sudovi opšte⁶ i posebne nadležnosti,⁷ određena je njihova stvarna nadležnost⁸ za određene vrste pravnih stvari,⁹ predviđena podela rada između sudova nižeg stepena i neposredno viših sudova, regulisana instanciona (vertikalna funkcionalna) nadležnost,¹⁰ predviđen zakonski osnov za generalnu delegaciju,¹¹ za devoluciju i delegaciju nadležnosti u građanskopravnim stvarima.

² Odredbom čl. 143. st. 2. Ustava Republike Srbije (2006) predviđeno je da se osnivanje, organizacija, nadležnost, uređenje i sastav sudova uređuju zakonom. Ovakvo rešenje je u skladu i sa odredbom čl. 6. EKLJP.

³ Zakon o uređenju sudova, Sl. glasnik br. 116/08 od 22. 12. 2008. g.

⁴ Jedan od pravno-političkih principa izvršene reforme sudskog sistema iz 2008. g. bila je racionalizacija sudske mreže tako da je znatno smanjen broj prvostepenih parničnih sudova. Tako su, umesto nekadašnjih 135 opštinskih sudova, formirana samo 34 osnovna suda. Da bi se građanima i privrednicima olakšao pristup sudu, pojedini osnovni i privredni sudovi mogu da imaju i svoje sudske jedinice izvan svog sedišta. U sudskim jedinicama se sudi i preduzimaju sudske radnje određene Sudskim poslovníkom (2009).

⁵ Videti odredbu čl. 11. st. 2. Zakona o uređenju sudova.

⁶ Čl. 11. st. 3. Zakona o uređenju sudova.

⁷ Videti odredbu čl. 11. st. 4. Zakona o uređenju sudova.

⁸ Videti glava treću Zakona o uređenju sudova, odredbe čl. 22–30.

⁹ Stvarna nadležnost prvostepenih sudova opšte nadležnosti zakonom je regulisana tako da je za najveći broj potencijalnih sporova predviđena nadležnost osnovnog suda. Prema odredbi čl. 22. st. 2. osnovni sud postupa kao prvostepeni sud kad se radi o građanskopravnim sporovima ako za njihovo rešavanje nije nadležan neki drugi sud, dok su u st. 3. istog člana pobrojane neke vrste sporova s obzirom na njihovu prirodu s tim što to nabrojanje nije ni iscrpno, ni precizno. Tako su npr. posebno navedeni stambeni sporovi iz čega bi se izveo pogrešan zaključak da oni ne predstavljaju građanskopravne sporove iako je poznato da je stambeno pravo, koje uređuje odnose povodom korišćenja stana i raspolaganja stanom, jedna od grana građanskog prava. Nadležnost viših sudova određena je po vrednosnom kriterijumu i s obzirom na prirodu nekih pravnih stvari.

¹⁰ Čl. 15. Zakona o uređenju sudova.

¹¹ Čl. 22. st. 5. Zakona o uređenju sudova.

Odredbama Zakona o parničnom postupku (2004),¹² uređena je: mesna nadležnost, delegacija nadležnosti, ordinacija nadležnosti, prorogacija nadležnosti, atrakcija nadležnosti, funkcionalna nadležnost, sukob o nadležnosti, nenadležnost, trajanje nadležnosti, međunarodna nadležnost i primena odredaba o nadležnosti. Zakonom o izmenama i dopunama ZPP (2009)¹³ predviđene su nove odredbe o funkcionalnoj nadležnosti i prorogaciji funkcionalne nadležnosti.

5. Zakon o uređenju sudova ustanovio je novu organizaciju sudova opšte i posebne nadležnosti koji vrše sudsku funkciju u parničnim stvarima. Prema odredbama Zakona, sudovi opšte nadležnosti u čijem je delokrugu rešavanje građanskopravnih sporova su: osnovni sudovi,¹⁴ viši sudovi, apelacioni sudovi i Vrhovni kasacioni sud, dok su sudovi posebne nadležnosti: privredni sudovi i Privredni apelacioni sud.

6. Delatnost koju u vršenju sudske vlasti vrše sudovi na teritoriji države ograničena je stvarno, mesno i funkcionalno. Delatnost sudova ograničena je stvarno tako što su zakonom predviđene određene pravne stvari o kojima sud određene vrste odlučuje u vršenju sudske funkcije. Delatnost sudova ograničena je u funkcionalnom smislu tako što je predviđeno da određeni sud postupa u određenom stepenu ili određenoj instanci i da obavlja određene sudske funkcije,¹⁵ dok se mesno ograničenje ispoljava u vršenju sudske funkcije na određenom području.

Odredbama Zakona o uređenju sudova o stvarnoj nadležnosti zakonodavac je razgraničio delokrug poslova između različitih sudova u okviru domaćeg sudskeg sistema i između sudova različitog ranga iste vrste. Pravilima o stvarnoj nadležnosti određen je krug građanskopravnih stvari koje spadaju u nadležnost svake pojedine vrste suda prema određenim (personalnim, kauzalnim ili vrednosnim) kriterijima.

Određivanjem delokruga pojedine vrste suda zakonodavac je odredio obim sudske vlasti određene vrste i ranga suda koji postupa u građanskopravnim stvarima.

¹² Sl. glasnik RS br. 125/04.

¹³ Sl. glasnik br. 111/09.

¹⁴ Prema odredbi čl. 22. st. 2. osnovni sud postupa kao prvostepeni sud kad se radi o građanskopravnim sporovima ako za njihovo rešavanje nije nadležan neki drugi sud.

¹⁵ Pored suđenja, zakonom je predviđeno da osnovni sudovi pružaju pravnu pomoć građanima, pružaju međunarodnu pravnu pomoć i preduzimaju druge radnje (»poslova«) predviđene zakonom. Odredbama Zakona o uređenju sudova (čl. 9) predviđena je opšta dužnost sudova da pružaju pravnu pomoć drugim sudovima i državnim organima, dok je odredbama ZPP (glava trinaesta) predviđen način pružanja pravne pomoći u parničnim stvarima.

Zakonom je, prema personalnom i kauzalnom kriterijumu, određena nadležnost privrednih sudova¹⁶ i, istovremeno, razgraničena nadležnost između sudova opšte i posebne nadležnosti. Nadležnost osnovnih sudova izričito je određena prema kauzalnom¹⁷ i, posredno, prema vrednosnom kriterijumu,¹⁸ dok je prvostepena nadležnost viših sudova¹⁹ određena prema mešovitom – vrednosnom²⁰ i kauzalnom kriterijumu.

7. Odredbama Zakona o uređenju sudova određena je i instancijska nadležnost za odlučivanje u postupku po pravnim lekovima s obzirom na pravilo o višestepenosti suđenja koje obezbeđuje ostvarivanje prava na pravni lek i garantuje zakonitost, pravilnost i pravičnost sudske odluke. Organizaciona pravila o funkcionalnoj nadležnosti u Zakonu o uređenju sudova predviđaju vertikalnu podelu poslova u raznim razvojnim stadijumima postupka u jednoj pravnoj stvari, dok funkcionalna pravila sadržana u ZPP, kojim je uređena civilna procedura, predviđaju horizontalnu podelu poslova između različitih sudskih organa u jednom sudu u jednoj pravnoj stvari.

Prema odredbama Zakona o uređenju sudova, viši sudovi, pored prvostepene nadležnosti u parničnim stvarima, vrše izuzetno i sudsku vlast u drugom stepenu, ako su u pitanju određene pravne stvari iz delokruga osnovnih sudova.²¹ Apelacioni sudovi su, kao isključivo drugostepena sudska vlast, u građansko-pravnim stvarima nadležni da postupaju u postupku po redovnim pravnim lekovima kad su u pitanju odluke osnovnih i viših sudova koje su donete u parničnom

¹⁶ Čl. 25. Zakona o uređenju sudova.

¹⁷ Čl. 22. st. 3. Zakona o uređenju sudova.

¹⁸ Čl. 23. st. 2. t. 2. Zakona o uređenju sudova.

¹⁹ Čl. 23. Zakona o uređenju sudova.

²⁰ Prema odredbi čl. 23. Zakona o uređenju sudova stvarna nadležnost višeg suda određena je s obzirom na vrednost predmeta spora koja omogućuje izjavljivanje revizije. Zakon o izmenama i dopunama ZPP (2009) predvideo je da vrednost predmeta spora iznosi 100.000 evra po srednjem kursu Narodne banke na dan podizanja tužbe. Pošto je vrednosni limit za izjavljivanje revizije isviše visoko određen, znatno je sužena prvostepena nadležnost višeg suda s obzirom na vrednosni kriterij tako da, s jedne strane, nisu rasterećeni osnovni sudovi, dok s druge strane, samo mali broj sudija postupa u prvom stepenu jer nema dovoljan broj predmeta u radu. Prema podacima u literaturi (Radovanov, A. – Karakteristike novog pravosudskog sistema i nužne pretpostavke za uspešnost reforme, *Pravo – teorija i praksa*, Novi Sad, 7–8/2010, str. 39) u Višem sudu u Novom Sadu, pošto nema dovoljno prvostepenih predmeta, samo dve sudije su raspoređene da sude u prvom stepenu (da bi se omogućila realizacija prava na prirodno sudiju), te iz tog razloga istovremeno postupaju i u drugom stepenu.

²¹ Čl. 23. st. 2. t. 2. Zakona o uređenju sudova.

postupku.²² Vrhovni kasacioni sud vrši sudsku vlast u poslednjem stepenu, kao sud koji postupa po vanrednim pravnim lekovima.

Pravilima o instancionoj nadležnosti predviđeno je i vršenje određenih procesnih radnji koje ne predstavljaju vršenje funkcije suđenja.²³

8. Zakonom o uređenju sudova kreiran je zakonski osnov za devoluciju nadležnosti jer je odredbama o neposredno višem sudu predviđena instanciona nadležnost kad je u pitanju postupak po redovnim (devolutivnim) pravnim lekovima,²⁴ odlučivanje o sukobu o nadležnosti i odlučivanje o prenošenju (delegaciji) nadležnosti.

U pravnom sistemu Republike Srbije, kad su u pitanju građansko-pravne stvari, devolucija nadležnosti se, po pravilu, primenjuje u sistemu pravnih lekova.²⁵ Odredbe o stvarnoj i instancionoj nadležnosti su kogentne prirode, a Ustavom su garantovani višestепенost suđenja i pravo na pravni lek protiv svake konačne odluke.²⁶ Međutim, najviši sud u sudskom sistemu ili neposredno viši sud nema ovlašćenje da oduzme jednu pravnu stvar iz kompetencije prvostepenog suda i da sam donese meritornu odluku. Samo kad se radi o delegaciji nadležnosti, neposredno viši odnosno najviši sud, zavisno od toga o kojoj se vrsti delegacije radi, može da odredi da u konkretnoj pravnoj stvari postupa drugi stvarno nadležni sud.

9. Zakon o izmenama i dopuna ZPP (2009) predvideo je nova pravila koja se odnose na funkcionalnu nadležnost u okviru prvostepenog suda, na novu podelu funkcionalne nadležnosti u pogledu upravljanja postupkom između pojedinih sudskih organa i na mogućnost prorogacije funkcionalne nadležnosti u toku prvostepenog postupka pred sudom opšte nadležnosti.

10. Odredbom izmenjenog čl. 37. ZPP, propisana je funkcionalna nadležnost sudije-pojedinca u prvostepenom sudu opšte nadležnosti.²⁷ Sudija-pojedi-

²² Čl. 24. st. 1. t. 1. i 3. Zakona o uređenju sudova.

²³ U delokrug određene vrste sudova spada i odlučivanje o sukobu o nadležnosti, prenošenju (delegaciji) i ordinaciji nadležnosti.

²⁴ Devolucija nadležnosti u postupku po devolutivnom redovnom pravnom leku nastaje po sili zakona trenutkom izjavljivanja pravnog leka.

²⁵ Prema tome koji sud odlučuje o osnovanosti izjavljenog pravnog leka u postupku povodom pravnih lekova, pravni lekovi mogu da budu: remonstrativni (kad odluku donosi isti sud od koga potiče odluka koja je predmet kontrole zakonitosti), cirkularni (kad po pravnom leku odlučuje drugi sud istog stepena) i devolutivni (kad po pravnom leku odlučuje viši sud).

²⁶ Videti odredbu čl. 36. st. 2. Ustava Republike Srbije (2006).

²⁷ U postupku pred prvostepenim privrednim sudom sudi sudija pojedinac bez obzira na vrednost predmeta spora.

nac postupa u parnicama o sporovima o imovinskopравnim zahtevima²⁸ kad vrednost predmeta spora ne prelazi dinarsku protivvrednost od 50.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podizanja tužbe.²⁹ Ovom odredbom znatno je prošireno inokosno suđenje³⁰ u parnicama o imovinskopравnim sporovima. Ovo novo zakonsko rešenje omogućava, s obzirom na nadležnost prvostepenog suda i vrednost predmeta spora, da sudija-pojedinac rešava najveći broj građanskopravnih sporova pred osnovnim sudom,³¹ što je posebno značajno u uslovima konstantnog slabljenja kursa dinara jer se u tom slučaju povećava delokrug poslova sudije-pojedinca. Istovremeno, na ovaj način sužene su mogućnosti da sudi veće i izbegnute su česte promene sastava veća zbog kojih rasprava mora da počinje iznova.

Favorizovanjem monokratskog principa u suđenju zakonodavac je, s jedne strane, nastojao da otkloni sve poznate nedostatke i probleme u funkcionisanju sudova koji su posledica učešća sudija-porotnika u suđenju u toku prvostepenog postupka, a s druge strane, da smanji i troškove pravosuđa i troškove u samom postupku i podigne stepen efikasnosti u suđenju.³² Ovaj trend, započet donošenjem prvog ZPP Republike Srbije, koji je proširio kompetencije sudije pojedinca i tako ojačao monokratski princip, ne samo da je nastavljen već je znatno pojačan nizom novih zakonskih rešenja.

²⁸ Spor o imovinskom zahtevu je spor u kome se tužbenim zahtevom izražava imovinska vrednost. Takav zahtev može da bude istaknut i u parnici u kojoj se rešava spor nastao u neimovinskim odnosima. Ukoliko je, međutim, posebnim propisima predviđen sastav suda u pogledu pojedinih materijalopravnih zahteva nezavisno od njegove prirode ili karaktera, merodavno je ono što je posebnim propisima predviđeno.

²⁹ Treba primetiti da je odredba čl. 37. Zakona neadekvatno stilizovana jer se, umesto o podizanju tužbe govori o podnošenju tužbe, te se ne pravi razlika između dispozitivne inicijalne parnične radnje i jednog realnog akta.

³⁰ Zakonodavac je, iz pravopolitičkih razloga, nastavio da širi inokosno suđenje i sužava obim kolegijalnog suđenja iako je osnovni ustavni princip i dalje kolegijalno suđenje. Ovakav stav zakonodavca zasniva se na preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope R (86) 12 koja se odnosi na mere za sprečavanje i smanjivanje opterećenja sudova. Tačkom pet ove Preporuke sugerirano je državama koje su članice Saveta Evrope da predvide inokosno suđenje u prvostepenom postupku gde god je to moguće da bi se postigla efikasnost i neposrednost u suđenju.

³¹ Viši sud rešava sporove kad vrednost predmeta spora omogućava izjavljivanje revizije (odredba čl. 23. t. 7. Zakona o uređenju sudova iz 2008). Prema odredbama Zakona o izmenama i dopunama ZPP (2010), vrednosni limit za izjavljivanje revizije iznosi 100.000 evra po srednjem kursu Narodne banke na dan podizanja tužbe.

³² S obzirom na smanjeni broj osnovnih sudova u odnosu na nekadašnji broj opštinskih sudova i činjenice da ovi sudovi rešavaju najveći broj parničnih stvari, postavlja se pitanje da li će u praksi biti ostvareni očekivani kvaliteti u pogledu pravne zaštite i posebno da li će biti ostvareno pravo na suđenje u razumnom roku.

11. Novim zakonskim pravilima iz Zakona o izmenama i dopunama ZPP (2009), kojima je vršenje sudske funkcije povereno sudijskim pomoćnicima, predviđena je, ustvari, specifična (horizontalna) funkcionalna nadležnost sudijskih pomoćnika. Prema ranijim zakonskim rešenjima iz ZPP, funkcionalna nadležnost u fazi prethodnog ispitivanja tužbe u prvostepenom postupku bila je podeljena samo između predsednika veća i sudije pojedinca, a u našim savremenim zakonskim rešenjima ona je u prvostepenom postupku podeljena između predsednika veća, sudije pojedinca i sudijskog pomoćnika. Kad je u pitanju prethodno ispitivanje pravnog leka, funkcionalna nadležnost je podeljena između sudije pojedinca i sudijskog pomoćnika u prvostepenom sudu i sudije izvestioca i sudijskog pomoćnika³³ u drugostepenom sudu.

Ustanovljavanjem nove, samostalne funkcionalne nadležnosti sudijskih pomoćnika u pogledu upravljanja postupkom, došlo je do podele sudske funkcije između sudske i upravne vlasti te je ozbiljno doveden u pitanje princip podele vlasti.

12. Zakonom o izmenama i dopunama ZPP (2009) regulisana su nova pravila koja se odnose na mogućnost prorogacije funkcionalne nadležnosti u toku prvostepenog postupka pred sudom opšte nadležnosti, bez obzira na vrednost predmeta spora kad su u pitanju parnice o imovinskopравnim sporovima,³⁴ i predviđen je niz fikcija o postojanju sporazuma o prorogaciji funkcionalne nadležnosti.

Novo zakonsko rešenje je, nesumnjivo, izraz nastojanja zakonodavca da se postigne i efikasnost i ekonomičnost u postupku. Iako je, po pravilu, sudijama pojedincima osnovnih sudova povereno rešavanje onih sporova koji imaju manji društveni značaj, od tog pravila je na ovaj način odstupljeno. Pošto je kolegijalni sastav obavezan u drugostepenom postupku, sudska odluka koju je doneo sudija

³³ Kada je zakonodavac poverio vršenje sudske funkcije sudijskim pomoćnicima, on nije svestrano sagledao problem učešća sudijskih pomoćnika u suđenju, te nije predvideo izričito da se zakonske odredbe koje se odnose na isključenje i izuzeće sudije odnose i na sudijske pomoćnike, iako je novelirao i tu zakonsku materiju, niti je predvideo postupak po kome se oni isključuju od samostalnog postupanja kad postoji razlog za njihovo isključenje ili izuzeće i ko o tome i kad donosi odluku. Iz tog razloga se i postavlja pitanje kako prilikom tumačenja popuniti ovu zakonsku prazninu. Pošto se radi o analogiji, postavlja se pitanje da li primeniti pravila koja se odnose na isključenje i izuzeće sudija, jer kad upravljaju postupkom sudijski pomoćnici preduzimaju sudske parnične radnje i vrše sudsku funkciju, ili pravila koja se odnose na izuzeće odnosno isključenje zapisničara, kao nameštenika, koji su, kao i sudijski pomoćnici, zaposleni u sudu. U prvom slučaju, odluku bi donosio predsednik suda, a u drugom slučaju sudija koji rukovodi radom pripremnog odeljenja odnosno odeljenja suda.

³⁴ Prema odredbama ZPP, parnica o imovinskopравnim sporovima je ona parnica u kojoj je u tužbenom zahtevu izražena imovinska vrednost. Takav zahtev može da bude istaknut i povodom spora koji je nastao u neimovinskim odnosima.

pojedinac podložna je preispitivanju u postupku kontrole zakonitosti povodom izjavljenog pravnog leka. Drugostepeno veće veće ispitaće u postupku po žalbi i činjenični supstrat odluke i primenu procesnog i materijalnog prava.

Pošto je sporazum parničara o funkcionalnoj nadležnosti, po svojoj pravnoj prirodi, procesni ugovor (ili ugovor sa procesnim dejstvom), kojim se derogira funkcionalna nadležnost veća i prorogira funkcionalna nadležnost sudije pojedinca, zakonodavac je odredbama ovog zakona propisao uslove, način zaključenja, formu, sadržinu i dejstvo ovog novog procesnog ugovora u našoj civilnoj proceduri.

13. Odredbom izmenjenog čl. 37. ZPP predviđeno je da se stranke u toku postupka mogu sporazumeti da sporove o imovinskopravnim zahtevima sudi sudija pojedinac, bez obzira na vrednost predmeta spora, osim u slučajevima predviđenim posebnim zakonom.³⁵ Parničari se mogu sporazumeti da konkretan imovinskopravni spor rešava sudija pojedinac i kad je u pitanju spor koji bi bio u funkcionalnoj nadležnosti veća a ne sudije pojedinca.

Sporazum o funkcionalnoj nadležnosti parničari mogu da zakluče samo kad se radi o prvostepenom sudu opšte nadležnosti. Osim toga, ovaj procesni sporazum se ne može zaključiti pre no što parnični postupak bude pokrenut. Iz izričite dikcije novelirane odredbe čl. 37. st. 2. proizlazi da parničari ne mogu da zakluče ovaj sporazum pre no što tužba bude podignuta, za razliku od pojedinih procesnih ugovora koji se mogu zaključiti pre no što je pokrenut parnični postupak – sporazuma o prorogaciji mesne nadležnosti ili sporazuma o arbitražnom sudu. Zakonodavac je, isključivanjem mogućnosti da se pre litispendencije zaključi sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti, nastojao da spreči da jedna od strana u materijalnopravnom odnosu pre parnice nameće inokosni sastav drugoj strani ili da ekonomski jača ugovorna strana diktira slabijoj ugovornoj strani uslove u pogledu sastava suda. Iz tog razloga sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti može da bude zaključen čim parnica počne da teče, a to znači posle dostavljanja tužbe tuženom.

Zakonodavac nije predvideo u kojoj fazi postupka parničari mogu da prorogiraju funkcionalnu nadležnost i sporazumeju se da im umesto veća sudi sudija pojedinac. To znači da ovaj sporazum može da bude zaključen i u toku pripremnog postupka i u toku glavne rasprave, sve do njenog zaključenja. Ukoliko ovaj sporazum bude zaključen u toku pripremnog postupka, koji sprovodi sudija pojedinac, on će nastaviti da postupa i na glavnoj raspravi, tako da neće biti potrebno

³⁵ Ovakvo zakonodavno rešenje je nužna posledica okolnosti što u parnicama iz porodičnopravnih sporova iz nadležnosti osnovnog suda, prema odredbama Porodičnog zakona (2005), uvek postupa specijalizovano veće.

da se određuju sudije porotnici. Ako se sporazum zaključi u toku rasprave, pred većem, postupak će nastaviti predsednik veća kao sudija pojedinac.

Pošto je zakonodavac predvideo da se sporazum o funkcionalnoj nadležnosti može zaključiti u toku postupka, moguće je da on nastane i u toku postupka posle ukidanja prvostepene presude i vraćanja pravne stvari na ponovno suđenje.

Da bi parničari mogli da derogiraju nadležnost veća i prorogiraju funkcionalnu nadležnost sudije pojedinca, zakonodavac nije predvideo nikakvo vrednosno ograničenje. Jedino ograničenje postoji kad je posebnim propisima izričito predviđen kolegijalni sastav suda.

14. Sporazum o funkcionalnoj nadležnosti sudije pojedinca može da bude zaključen u toku parnice u pismenoj formi i usmeno na samom ročištu. Sporazum može da ima pismenu formu ukoliko parničari upute sudu zajednički podnesak u kome ga obaveštavaju da su se sporazumele da njihov spor rešava sudija pojedinac. Sporazum koji je sadržan u jednom podnesku mora da bude obostrano potpisan. Sporazum može da bude sadržan i u odvojenim podnescima koje stranke upućuju sudu i kojima ga informišu o postojanju svog sporazuma. Prema odredbama ZOO (čl. 72), sporazum ne mora biti sadržan u jednoj ispravi jer sporazum može da bude postignut i razmenom pisama, teleprinterom, teleksom, elektronskom poštom ili nekim drugim sredstvom koje omogućava da se sa izvesnošću utvrde sadržina i davalac izjave. Ukoliko je tužilac u tužbi ponudio tuženom da konkretni spor rešava sudija pojedinac, a tuženi u obaveznom odgovoru na tužbu izjavio da prihvata ponudu tužioca i saglasio se da prihvata inokosno suđenje, sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti je zaključen. U tom slučaju sa parničnom radnjom su spojene materijalnopravne izjave parničara i potpisi stranaka sadržani u njihovim parničnim radnjama odnose se i na njihove materijalnopravne izjave volje.

Parničari mogu i na samom ročištu da zakluče sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti ukoliko se sporazumeju da, umesto veća, spor rešava sudija pojedinac. U tom slučaju sud je dužan da u zapisnik unese konstataciju o tome da su se parničari sporazumeli i saglasili da im sudi sudija pojedinac umesto veća. Propust suda da konstatuje zapisnikom postojanje sporazuma o prorogaciji funkcionalne nadležnosti može da predstavlja razlog za žalbu jer bi u tom slučaju postojala bitna povreda odredaba parničnog postupka jer je sudio sud koji je bio nepropisno sastavljen.

15. Prema noveliranoj odredbi čl. 37. ZPP stranke nisu dužne da sporazum o funkcionalnoj nadležnosti sudije pojedinca u toku parnice zakluče izričito i da izričito derogiraju funkcionalnu nadležnost veća. Moguće je da ovaj sporazum bude i prećutno zaključen jer se po samom zakonu smatra da postoji sporazum stranaka o funkcionalnoj nadležnosti i da imovinskopravni spor, bez obzira na

vrednost predmeta spora, sudi sudija pojedinac ako jedna stranka uputi drugom parničaru takvu ponudu do održavanja pripremnog ročišta, a druga stranka se o ponudi ne izjasni.

U tom slučaju, propuštanje jednog parničara da, povodom ponude (»predloga« kako zakonodavac pogrešno kaže) druge stranke za zaključenje ovog sporazuma, izričito izjavi da prihvata ponudu, dovodi do fikcije o prećutnom zaključenju sporazuma o prorogaciji funkcionalne nadležnosti.

Osim toga, ako jedan od suparničara ponudi parničnom protivniku da njihov imovinskopravni spor presudi sudija pojedinac ili to učini većina suparničara na jednoj strani, smatraće se, po izričitoj odredbi zakona, da su se ostali saglasili sa ponudom. Ukoliko i na drugoj strani postoje suparničari, smatraće se da je ponuda da spor presudi sudija pojedinac prihvaćena i da sporazum postoji, ako se niko ili većina suparničara ne izjasni o ponudi, odnosno ako jedan od dva suparničara prihvati ponudu.

16. Odredba izmenjenog čl. 37. ZPP neprofesionalno je redigovana jer je u njoj upotrebljen pogrešan tehnički termin. Redaktori su umesto adekvatnog pojma »ponuda« koristili pogrešan termin »predlog«. Pošto se radi o zaključivanju jednog procesnog ugovora – sporazuma (ugovora) o prorogaciji funkcionalne nadležnosti, trebalo je upotrebiti korektan termin »ponuda« koji pripada vokabularu obligacionog prava.

Termin »predlog« je, kao što je poznato, naziv za jednu vrstu stranačkih parničnih radnji – za one parnične radnje kojima se od suda zahteva da preduzme neku zakonom predviđenu delatnost.³⁶ Pošto su sve stranačke parnične radnje jednostrane pravne radnje, jer su upućene sudu, »predlog« za zaključenje sporazuma o prorogaciji funkcionalne nadležnosti nikako ne može da bude upućen parničnom protivniku – tuženom ili satuženima, odnosno tužiocu ili satužiocima, već jedino sudu.

Za slučaj da su redaktori imali nameru da sud posreduje u nastajanju sporazuma o funkcionalnoj nadležnosti tako što će drugoj parničnoj stranci prenositi učinjenu ponudu i da potom postojanje sporazuma konstatuje i zasvedočava zapisnikom, pošto utvrdi da je postignuta saglasnost parničara i da je sporazum dopušten, umesto pogrešnog termina »predlog«, valjalo je upotrebiti izraz »saopštenje« jer je upravo saopštenje ona stranačka parnična radnja kojom jedna stranka nešto saopštava sudu ili parničnom protivniku posredstvom suda.

³⁶ Detaljno o tome: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, Prva sveska, Parnično procesno pravo, Niš, 2007, str. 262; Stanković, G. – Građansko procesno pravo, Prva sveska, Parnično procesno pravo, Niš, 2010, str. 255.

17. Sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti proizvodi dejstvo kad parnični sud sazna za njega – kad to parničari saopšte sudu – podneskom ili usmenom izjavom, pod uslovom da posebnim propisima nije isključena mogućnost da se derogira funkcionalna nadležnost veća. Saopštavanjem sudu svojih izjava, parničari postižu da njihov sporazum postane pravno relevantan i da proizvede dejstvo u postupku.

Sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti tiče se sastava suda i iza- ziva dejstvo u konkretnoj parnici. Postavlja se pitanje da li ovaj sporazum može da zaključi i punomoćnik stranke bez obzira da li je advokat, advokatski priprav- nik ili ne-advokat. Iako sam sporazum nije parnična radnja, stranka može da ov- lasti svog punomoćnika, da zaključi ovaj sporazum ukoliko smatra da je to u njenom interesu.

Pošto sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti nije parnična rad- nja, sud nije dužan da ispituje da li punomoćnik ima takvo ovlašćenje i da li je celishodno da takav sporazum bude zaključen pošto je ocenu njegove celishod- nosti izvršio sam zakonodavac koji je favorizovao njegovo zaključivanje ne samo ukidanjem svakog vrednosnog limita, već i odredbama o njegovom zaključivanju konkludentim izjavama volje.

18. Proširenjem mogućnosti da se prorogira funkcionalna nadležnost sudije pojedinca u toku parnice do održavanja pripremnog ročišta i fikcijama kad se smatra po samom zakonu da sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti postoji, omogućeno je inokosno suđenje voljom stranaka.

Za razliku od ranijih zakonskih rešenja po kojima je sporazum o prorogaci- ji funkcionalne nadležnosti mogao da bude zaključen izuzetno i izričito u toku postupka i to samo na usmenoj raspravi i imao formu javne isprave, jer je bio zasvedočen zapisnikom, i to, po pravilu, da bi se sanirao nepravilan sastav suda do koga je došlo sticajem okolnosti zbog izostanka sudija-porotnika sa ročišta, sprečilo odlaganje rasprave i prevenirale eventualne povrede procesnih pravila koje bi mogle da nastanu kao posledica nepravilnog sastava suda, nova zakonska rešenja nastoje, ne samo da favorizuju monokratsko suđenje, već i da u većoj me- ri unesu kontraktualne elemente u postupak.

Prema rešenjima iz ZPP (1976) i nedvosmislenom stavu sudske prakse, stranke su se mogle samo izričito, a ne i prećutno, sporazumeti da imovinskop- ravni spor bez obzira na vrednost predmeta spora sudi sudija pojedinac i ako bi, prema vrednosti predmeta spora, za suđenje bilo nadležno veće.³⁷ Ako bi, bez iz-

³⁷ Videti Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 26.4.1992. g. i odluke Vrhovnog suda Srbije Rev. 711/92 od 26.3.1992. i Prev. 17/96 od 31.1.1996. g. navedene kod: Ra-

ričitog sporazuma stranaka imovinski spor sudio i prvostepenu odluku doneo sudija pojedinac, iako je prema rednosti predmeta spora za suđenje bilo nadležno veće, postojala bi bitna povreda odredaba parničnog postupka.

U sudskoj praksi se smatralo da izričit sporazum o prorogaciji funkcionalne nadležnosti može da se zaključi i naknadno, pošto na ročištu na kome je data saglasnost da spor sudi sudija pojedinac nisu bile prisutne sve stranke. Naknadnim potpisivanjem zapisnika sa tog ročišta,³⁸ prema jednoj odluci nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije, smatralo se da su se i stranke koje nisu bile prisutne na ročištu saglasile da spor sudi sudija pojedinac.³⁹

19. Novo zakonsko rešenje proširuje domet volje parničara u domenu organizacionog parničnog procesnog prava i to u materiji nadležnosti koja je, po pravilu i redovno, regulisana normama imperativnog karaktera.

Pravila o nadležnosti, kao i pravila o sudskoj organizaciji, imaju kogentnu prirodu jer treba da obezbede funkcionisanje sudstva, kao javne službe, i da regulišu odnos između građanina i države, koja ima zadatak da pruža pravnu zaštitu. Unošenje novih pravila u pogledu funkcionalne nadležnosti po kojima ona zavisi od dispozicije parničara, nesumnjivo predstavlja radikalni izraz i povratak individualističkih shvatanja u oblasti procesnog prava, karakterističnih za fazu liberalnog kapitalizma, koja su nastajala sredinom devetnaestog veka, i tokom vremena su napuštana u državama evropskog pravnog kruga.

Novo zakonsko rešenje favorizuje monokratsko suđenje⁴⁰ i omogućava da se u znatnoj meri smanji učešće sudija porotnika u suđenju u parničnim stvarima u osnovnim sudovima koji, kao prvostepeni sudovi, imaju najširu nadležnost u parničnim stvarima.

dovanov, A. – Parlični postupak, Zakon o parličnom postupku sa sudskom praksom i napomenama, Beograd, 2006, str. 88.

³⁸ Interesantno je da je Vrhovni sud smatrao da je moguće da stranke koje nisu prisustvovalе ročištu naknadno potpišu zapisnik sa tog ročišta, iako to ZPP niti predviđa, niti dopušta. Verovatno se radilo o posebnoj vrsti neformalnog zapisnika – o službenoj belešci kojom je sud konstatovao naknadno, po okončanju ročišta da su pristupile stranke koje nisu prisustvovalе ročištu na kome je sudu saopšten sporazum parničara i da je sud na taj način, sastavljanjem beleške na spisu, koju su potpisale stranke, sanirao jedan procesni nedostatak i eliminisao razlog za ukidanje odluke.

³⁹ Videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 6291/99 od 11. 5. 2000. g. navedene kod: Radovanov, A. – Parlični postupak, Zakon o parličnom postupku sa sudskom praksom i napomenama, Beograd, 2006, str. 88.

⁴⁰ U državama kontinentalne Evrope u parličnim stvarima suđenje se redovno poverava profesionalnim sudijama, dok neprofesionalne sudije, po pravilu, imaju veći značaj u suđenju u krivičnim stvarima.

Ovo zakonsko rešenje, koje je u skladu sa Ustavom, uvažava pravno-političke i pravno-sociološke razloge⁴¹ koji su tokom vremena iznošeni u pravničkoj literaturi.⁴²

Ovakav stav zakonodavca, koji forsira izričitu ili pretpostavljenu autonomiju volje stranaka u pogledu horizontalne funkcionalne nadležnosti, pored nesumnjivog prodiranja ideje individualizma i odstupanja od principa učešća građana u suđenju, predstavlja i izraz nastojanja da se u periodu ekonomske krize umanje troškovi u budžetu namenjeni za rad sudova smanjenjem troškova koji su posledica učešća sudija-porotnika u suđenju. Ovo smanjenje je posebno značajna stavka u budžetu s obzirom na enormne troškove koji su nastali kao posledica reorganizacije sudskog sistema i trenutno povećanih troškova na ime naknada novoizabranim sudijama koje još uvek nemaju prebivalište u sedištu suda ili suđenja u sudskim jedinicama osnovnog suda izvan sedišta suda. Osim toga, na ovaj način se, bez obzira što takvo rešenje ima svoj ustavni osnov, u pravnoj državi zasnovanoj na principima građanske demokratije postepeno sve više napušta princip učešća građana u suđenju koji vrše sudsku funkciju u ime naroda.

GORDANA STANKOVIĆ, LL.D.,
Professor, University of Niš

PROROGATION OF FUNCTIONAL AUTHORITY IN LEGAL PROCEEDINGS

Summary

The author critically analyses the agreement on prorogation of functional authority regulated by provisions of the Law Amending the Law on Legal Proceedings (2009). The legislator uses a new way to regulate this procedural institute, inspired by the need for accelerating and improving the procedure for solving disputes. This law defines conditions, the way of closing, form, content and effect of this procedural institute which derogates the functional authority of the

⁴¹ Postoji shvatanje da je učešće sudija porotnika u suđenju izraz revolucionarne pravne politike i da opada njihova uloga i značaj čim novo društvo stvori svoje pravničke kadrove koji vrše sudsku funkciju. Videti: Poznić, B.–Rakić-Vodinić, V. – Građansko procesno pravo, Beograd, 1999, str. 52.

⁴² Sumaran pregled argumenata za i protiv učešća sudija porotnika u suđenju u parničnim stvarima u domaćoj literaturi: Poznić, B.–Rakić-Vodinić, V. – Građansko procesno pravo, Beograd, 1999, str. 52.

council and prorogates the functional authority of the judge as an individual in the first degree procedure with the court of general authority concerning lawsuits on property-legal disputes regardless of the value of the dispute subject.

The author considers that the new legal solution enlarges the scope of will of the litigants in the area of organization of law of procedure concerning the authority which, as a rule and regularly, is regulated by norms of imperative character. The new legal solution favors the individual trial in the legal proceedings and enables greater participation of citizens in trial according to the rule of law founded on the principles of civil democracy. It also represents an expression of attempt to reduce the budget expenses in the period of economic crisis, these expenses being planned for functioning of the basic courts, which is especially relevant as far as the newly elected judges are concerned, who still do not have their residence in the court headquarters.

ARSEN JANEVSKI

ZAŠTITA PRAVA AKCIONARA **– Ništavost odluke organa upravljanja i skupštine –**

U V O D

Zakon o trgovačkim društvima¹ sadrži odredbe koje predviđaju zaštitu članova društva (akcionara i udeoničara) od onih koji vode poslovanje društva. Osim toga, ZTD sadrži i odredbe koje predviđaju zaštitu poverilaca. Potreba za postojanjem odredbi koje predviđaju zaštitu akcionara i udeoničara je evidentna, iz raloga što onaj koji ulaže u trgovačko društvo, poverava vođenje poslova, a time posredno i deo svoje imovine, nekom drugom, zbog čega on treba da bude zaštićen od poslovanja onoga koji upravlja sa imovinom, budući da mu taj isti može naneti štetu. Isto tako, vođenje poslova se može vršiti i na taj način da se pri tom pričinu šteta poveriocima trgovačkog društva.

ZTD sadrži odredbe u kojima su ugrađena rešenja kojima se štite lica koja imaju interese u društvu od štetnih dejstva radnji onih kojima je povereno poslovanje (na primer: mere kojima se sprečava zabrana konkurencije, pravo na naknadu štete, posebni uslovi za davanje zajma, posebno strogi uslovi za oslobođenje od odgovornosti za štetu i za zaključenje sporazuma o naknadi štete, odredbe o krivičnoj odgovornosti i dr.).

Dr Arsen Janevski, profesor Pravnog fakulteta »Justinijan Prvi« Univerzitet »Sv. Kiril i Metodij« Skoplje, Republika Makedonija.

¹ Zakon o trgovačkim društvima je objavljen u »Služben vesnik na Republika Makedonija«, br. 28/04; 84/05; 25/07; 87/08; 42/10 i 48/10, u daljem tekstu biće korišćena skraćenica ZTD.

ZTD predviđa odredbe o zaštiti poverilaca od dejstva koja preuzima trgovačko društvo (na primer: obaveza obaveštenja, davanje obezbeđenja, zahtev članova uprave da nadoknade štetu i slično). Posebno je povećana odgovornost lica koja vode poslovanje u društvu (kako građanskopravna tako i krivična). ZTD polazi od koncepta davanja maskimalne slobode onima koji vode poslovanje, ali isto tako i njihove maksimalne odgovornosti. Uticaj članova društva je suštinski ograničen na vođenje poslovanja. Odluke onih koji vode poslovanje društva su samostalne, čime se omogućava poštovanje struke, ali radi toga je isključeno pozivanje na odluku drugoga kako bi se otklonila odgovornost.

Zaštita poverilaca je isto tako podignuta na takav nivo da pretstavlja novi kvalitet ZTD, čime se u velikoj meri povećava pravna sigurnost u prometu.

U izlaganju koje sledi biće reči samo o zaštiti prava akcionara izraženoj kroz ništavost odluka organa upravljanja i skupštine, a ne i o zaštiti prava poverilaca.

PRAVNI KARAKTER ODLUKA SKUPŠTINE

Skupština je najviši organ akcionarskog društva u kojem akcionari ostvaruju svoja prava u vezi sa radom društva. To je jedini organ u čijem radu mogu učestvovati direktno svi akcionari.

U pogledu akata koje donosi skupština akcionarskog društva ZTD koristi samo jedan genusni pojam – odluka.² Donošenje odluke na skupštini je način na koji se formira volja društva sa ciljem da se prouzrokuju određene pravne posledice. Odluka skupštine je pravni akt kojim se uređuje rad i organizacija akcionarskog društva. Pravne posledice odluke su promene koje se odnose na stvaranje, ukidanje i promenu prava i obaveza koje pre donošenja odluke nisu postojala ili su bila drugačije uređena.

Odluka u akcionarskoj skupštini donosi se bilo radi reguliranja određenih odnosa u društvu, bilo radi rešavanja nekog konkretnog pitanja. U pogledu odluka koje donosi akcionarska skupština treba praviti jasnu distinkciju između dve vrste odluka: odluka koje imaju karakter opšteg akta i odluka koje imaju karakter pojedinačnog akta. Razumljivo je da ni odluke koje imaju karakter opšteg akta, nemaju karakter propisa, niti odluke koje imaju karakter pojedinačnog akta, nemaju karakter upravnog akta – rešenja.³ Isto tako, odluke akcionarske skupštine

² Tako i M. Nedkov: Akcionarsko društvo – Pravna fizionomija, ustrojstvo i funkcionisanje, Skopje, 2007, str. 193 i 194.

³ O ovome više kod: M. Nedkov, cit. delo str. 194 i 195.

nisu ni pravni poslovi građanskopravne prirode. Iako su odluke skupštine višestranne pravne radnje koje su izraz volje akcionara, odnosno akcionarskog društva, mora se imati u vidu da odluke skupštine nisu ugovori,⁴ iz tog razloga što je suštinski elemenat svakog ugovora saglasnost svih ugovornih strana, a budući da se odluke skupštine donose većinom glasova akcionara, one predstavljaju korporativni akt kojim akcionari formiraju volju društva.

Donesene odluke treba da budu u saglasnosti sa Ustavom, prinudnim propisima i moralom. U svakom slučaju, donošenje odluka akcionarske skupštine treba da bude u saglasnosti sa odredbama ZTD i statutom društva. Prilikom donošenja odluka treba paziti da se odluke donesu u postupku propisanom zakonom i statutom društva.

Ako se prilikom donošenja odluka ne poštuju odredbe ZTD, statuta i druge kogentne norme, odluke se smatraju nepunovažnim, odnosno takve odluke imaju određeni nedostatak. U zavisnosti od vida i značenja nedostatka, u pravu uopšte, pa i u pravu trgovačkih društva, odluke skupštine se grupišu u dve grupe: ništave i rušljive (odluke podobne za pobijanje).

Prema nekim autorima,⁵ u zavisnosti od nedostatka odluka akcionarske skupštine, može se govoriti o odlukama koje imaju nedostatke formalnopravnog i materijalnopravnog karaktera. Posledice povrede formalno pravne prirode i posledice povrede materijalnopravnog karaktera su različite. U zavisnosti od nedostatka, odluke mogu biti: 1) prividne; 2) bez pravnog dejstva (pedentne); 3) ništave i 4) pobojne.⁶ Ova podela ne znači da se radi o različnim tipovima odluka, naprotiv, u pitanju su različiti tipovi nedostataka tih odluka. Nije isključena mogućnost da jedna odluka istovremeno ima više tipova nedostatka koje je čine ništavnom, rušljivom i bez pravnog dejstva.⁷ Tako, ako u pogledu jedne odluke postoje razlozi koji je čine ništavnom i rušljivom i ako dođe do toga da odluka postane ništava, posledice su iste, samo je različit put po kom će se doći do ništavosti i na kome se može isticati ovaj nedostatak.

U pravnoj se literaturi pominje se i termin nepotpunih odluka koje su, u stvari, odluke kojima nedostaju neki bitni elementi. Na ove se odluke ne odnose odredbe ZTD koje se odnose na odluke koje su ništave i pobojne, pa zbog toga nema potrebe da se u ovoj prilici zadržavamo na njima.

⁴ Tako i M. Nedkov, cit. delo str. 195; V. Popovska, Vodič (Ništovnost i pobijanje na odluka na sobranie, ništovnost i pobijanje na odluka na sobir na sodružnici i utvrđivanje na ništovnost na društvo), Skopje 2007, str. 2; E. Nikodinoska, Ništovnost i pobijanje na odlukite na akcionerskoto sobranie, magisterski trud (neobjaven), Skopje, str. 5.

⁵ Tako Schmidt. Vidi: J. Barbić, Pravo društva. Društva kapitala, Zagreb, Organizator, 2000 str. 593.

⁶ Više o ovome vidi: J. Barbić, cit. delo, str. 593.

⁷ Vidi: J. Barbić, cit. delo, str. 594.

ZTD opšta načela ništavosti i pobijanja konkretizuje preko odluka skupštine.

ZTD pravi razliku između dve vrste nevažnosti odluka koje su donesene na skupštini akcionara odnosno na skupu udeoničara: odluke koje su ništave i odluke koje su rušljive odnosno koje se mogu pobijati. Institut ništavosti i institut rušljivosti su uređeni Zakonom o obligacionim odnosima,⁸ koji je opšti propis koji uređuje i ovu materiju i isti se primenjuje samo ako odredbama ZTD nije nešto posebno predviđeno, što znači da je ZTD *lex specialis* u odnosu na ZOO.

NIŠTAVOST ODLUKE SKUPŠTINE

Odluke skupštine su ništave ako imaju takve nedostatke zbog kojih se smatra kao da nisu ni donete, odnosno kao da ne postoje. Pravni poredak ih ne priznaje iz razloga što imaju težak pravni nedostatak nezavisno da li je reč o nedostatku formalnopravnog karaktera ili materijalnopravne prirode. Ništave odluke ne proizvode nikakvo pravno dejstvo i nije potrebno da se preduzimaju dopunska pravna dejstva, iz razloga što su one ništave po sili zakona od momenta njihovog donošenja.

Konvalidacija ništavih odluka nije moguća čak i ako postoji saglasnost svih akcionara. Iako ništave odluke ne proizvode nikakvo pravno dejstvo, u formalnom smislu one egzistiraju, pa je radi toga potrebno da se tužbom traži da se utvrdi da su ništave i sudska odluka u tim slučajevima ima deklarativno dejstvo.

RAZLOZI ZA NIŠTAVOST

ZTD izrično propisuje slučajeve kada je odluka skupštine ništava. Razlozi za ništavost odluke skupštine mogu da budu samo oni koji su utvrđeni ZTD. Statutom društva se ne mogu predvideti drugi slučajevi kada su odluke društva ništave. ZTD je vrlo restriktivan u pogledu utvrđivanja slučajeva ništavosti odluke akcionarskog društva. U članu 408. ZTD nabrojani su razlozi za ništavost odluka akcionarske skupštine, ali pored ovih, ZTD izrično predviđa i ništavost odluka i u drugim članovima ukoliko nisu u saglasnosti sa određenim odredbama. Tako:

⁸ Zakon o obligacionim odnosima objavljen u »Služben vesnik na Republika Makedonija« br. 18/2001; 4/2002; 5/2003; 84/2008; 81/2009 i 161/2009. U daljem tekstu biće korišćena skraćena ZOO.

a) U članu 365. stav 3. ZTD predviđa da za rad izvršnih članova odbora direktora, članova upravnog odbora, odnosno upravitelja, skupština može odlukom da im odobri učešće u dobiti. Učešće se, po pravilu, sastoji od učešća sa udelom u godišnjoj dobiti društva (isplata u novcu, akcijama, tantiemima, bonusima ili na drugi način). Odobreno učešće u godišnjoj dobiti društva računa se u delu godišnje dobiti koji ostaje nakon smanjenja ostvarene dobiti za iznos od ukupnih gubitaka prenesenih iz prethodne godine i za iznose koji se izdvajaju za zakonske i statutarne rezerve. Odluka koja je suprotna ovoj odredbi je ništava.

b) U članu 434. ZTD predviđa pretpostavke za uslovno povećavanje osnovne glavnice. Prema stavu 1. ovog člana, odluka za uslovno povećavanje osnovne glavnice može se doneti samo radi ostvarivanja sledećih ciljeva: 1) da poverioci društva mogu da ostvare pravo zamene konvertabilnih obveznica sa akcijama i pravo prvenstvenog upisivanja novih akcija koje će društvo izdati; 2) priprema za ujedinjenje i za podelu sa razdvajanjem, sa preuzimanjem ili izdvajavanjem sa preuzimanjem i 3) ostvarivanje prava na akcije zaposlenih, izvršnih članova odbora direktora, upravnog odbora, odnosno upravitelja društva i članova ovih organa u povezanim društvima. U stavu 2 je predviđeno da se u odluci o uslovnom povećavanju osnovne glavnice određuju ciljevi uslovnog povećavanja, lica koja mogu da koriste pravo prvenstvenog upisivanja novoizdanih akcija, rok u kome se mora izvršiti uslovno povećavanje osnovne glavnice, uslovi pod kojima se mogu koristiti ova prava, iznos na koji se izdaju akcije i merila i kriterijumi prema kojima se ovaj iznos može izračunati. Nominalni iznos uslovno povećane osnovne glavnice prema stavu 3. ne može prevazići polovinu osnovne glavnice na dan donošenja odluke o uslovnom povećanju osnovne glavnice. Ako je odluka o uslovnom povećanju osnovne glavnice doneta suprotno odredbama iz stavova 1, 2. i 3. člana 434, saglasno stavu 4. ovog člana, odluka je ništava.

v) Isto tako, i u članu 439, koji uređuje pitanje povećavanja osnovne glavnice sredstvima društva, prema stavu 5. ovog člana, akcionari imaju pravo na novoizdate akcije, srazmerno učešću njihovih akcija u dotadašnjoj osnovnoj glavnici. U stavu 6. je predviđeno da »Odredba statuta, odnosno odluka skupštine suprotna stavu 5. ovog člana je ništava«.

g) Kada se smanjuje osnovna glavnica društva suprotno stavovima 1. i 2. člana 445. ZTD, odredbom stava 3. ovog člana predviđeno je da je odluka skupštine ništava.

Član 445. uređuje pitanje obezbeđenja poverilaca. Prema stavu 1. ovog člana, društvo mora, za potraživanje nastalo pre upisa odluke o smanjenju osnovne glavnice društva u trgovačkom registru, da da svakom poveriocu odgovarajuće obezbeđenje, ako je poverilac prijavio potraživanje nastalo pre donošenja odluke o smanjenju osnovne glavnice, bez razlike da li je potraživanje dospelo, u roku od 90 dana od dana objavljivanja oglasa o nameri da se smanji osnovna glavnica,

poveriocu koji je prijavljivanjem nedospelog potraživanja, zahtevao njegovo obezbeđenje, kao i kada ima dovoljno razloga da se smatra da će smanjenje osnovne glavnice umanjiti sposobnost društva da namiri potraživanje poverilaca.

Prema stavu 2. istog člana poverilac ima pravo prvenstvenog namirenja iz stečajne mase dužnika, odnosno onaj koji ima ostvareno obezbeđenje, nema pravo da zahteva novo obezbeđenje zbog smanjenja osnovne glavnice.

Ako je smanjenje osnovne glavnice društva izvršeno suprotno stavovima 1. i 2. ovog člana, odluka o smanjenju osnovne glavnice je ništava (stav 3. člana 445. ZTD).

Pored gore navedenih slučajeva ništavosti, koji su izrično propisani ZTD, u članu 408. Predviđeno je još nekoliko slučajeva kada je odluka akcionarskog društva ništava. Naime, odluka skupštine je ništava:

1) ako je odluka doneta na skupštini koja nije sazvana u skladu sa zakonom i statutom, osim ako su na skupštini bili prisutni svi akcionari;

2) ako skupština nije donela odluku na način i u formi određenoj zakonom i statutom;

3) kad je doneta odluka suprotna suštini društva ili ako je njen sadržaj suprotan zakonu, moralu ili odredbama statuta;

4) ako je skupština odlučivala o pitanju koje ne spada u njenu nadležnost;

5) kad odluka nije uneta u zapisnik na način određen zakonom;

6) ukoliko izabrani organ upravljanja, odnosno nadzorni odbor nije sastavljen u skladu sa odredbama zakona ili statuta;

7) ako je odluka kojom je skupština izabrala za člana organa upravljanja, odnosno nadzornog odbora fizičko lice koje nije bilo predloženo u skladu sa zakonom ili statutom;

8) ukoliko je odluka kojom je skupština izabrala u organ upravljanja, odnosno u nadzorni odbor više fizičkih lica nego što je određeno u zakonu, odnosno statutu;

9) kad je skupština odlukom izabrala lice koje u vreme kada je izabrano nije ispunjavalo uslove utvrđene zakonom o izboru u organ upravljanja, odnosno u nadzorni odbor;

10) ako je skupština odlučila da odobri godišnji račun i finansijske izveštaje na kojima nije izvršena revizija ili ako revizija nije izvršena u skladu sa zakonom ili reviziju nije izvršio ovlašćeni revizor;

11) kad je skupština odlučila da odobri godišnji račun, finansijske izveštaje i godišnji izveštaj o radu društva u prethodnoj poslovnoj godini bez njihovog prethodnog usvajanja od strane organa upravljanja i nadzornog odbora;

12) ukoliko se prilikom pripreme godišnjeg računa nisu poštovale odredbe zakona ili statuta kojima su utvrđene obaveze o izdvajanju i korišćenju sredstava za rezerve, i

13) ako je pravosnažnom odlukom suda utvrđeno da je odluka skupštine ništava.

U slučajevima kada je odluka skupštine ništava zbog toga što skupština nije sazvana u skladu sa zakonom i statutom, osim ako su na skupštini bili prisutni svi akcionari, u pitanju su propusti napravljeni prilikom sazivanja skupštine. Način sazivanja skupštine uređen je odredbama sadržanim u članovima 385, 386, 387, 388. i 388-a ZTD.⁹ Kada je odluka doneta na skupštini koja nije sazvana u skladu sa zakonom i statutom, odluka neće biti ništava ako su na skupštini prisustvovali svi akcionari društva.

Ukoliko skupština nije donela odluku na način i u formi određenoj zakonom ili statutom, da bi odluka bila ništava, potrebno je da nije postojao potreban kvorum, kao i da nisu poštovane odredbe koje se odnose na vođenje zapisnika na skupštini u koji se unosi doneta odluka.

Ako je odluka ništava zbog toga što je suprotna suštini društva ili ako je njen sadržaj suprotan zakonu, u pitanju su povrede odredbi kojima je uređena organizacija akcionarskog društva. Ukoliko je u pitanju odluka koja je ništava zbog toga što je sadržaj odluke suprotan moralu, u pitanju nije samo nepoštovanje dobrih poslovnih običaja i povreda moralne norme, nego i svesno nanošenje štete.¹⁰

Kada je u pitanju odluka koja je ništava zbog toga što je njen sadržaj suprotan odredbama statuta, u pitanju je nepoštovanje odredbi statuta kojima se, saglasno zakonu, uređuju pitanja statutom društva.

Ako je odluka ništava zbog toga što je skupština donela odluku koja nije u njenoj nadležnosti, reč je o nepoštovanju nadležnosti drugih organa upravljanja u društvu čija je nadležnost uređena ZTD ili statutom.

Kad je odluka ništava zato što nije unesena u zapisnik na način predviđen ZTD, u pitanju su propusti koji se odnose na podatke o firmi i sedištu društva, datumu, vremenu i mestu održavanja skupštine, imenu predsedavajućeg skupštini, odnosno zapisničara i imenima članova ako se biraju glasanjem, prisutnih akcionara odnosno punomoćnika akcionara, kvoruma za rad, rasprave koja je vođena na skupštini i odluka koje su donete, kao i o broju glasova »za« i »protiv«, kao i o broju uzdržanih glasova.

Kada je odlukom skupštine izabran veći broj članova od broja utvrđenim zakonom, takva je odluka ništava iz razloga što je organ upravljanja, odnosno

⁹ Vidi članove: 385, 386, 387, 388. i 388-a ZTD.

¹⁰ Tako i V. Popovska, cit. delo str. 5.

nadzorni odbor sastavljen suprotno zakonu. U ovom slučaju, ništavan je izbor svih članova organa upravljanja.

Ako je ništava odluka kojom je za člana organa upravljanja odnosno nadzornog odbora izabrano fizičko lice koje nije bilo predloženo u skladu sa zakonom ili statutom, u pitanju su bili nedostaci koji se odnose na informacije o kvalifikacijama predloženih kandidata, podacima o njihovom uzrastu, polu, obrazovanju, radnom iskustvu, da li je ono bilo član u upravnom ili nadzornom odboru u nekom društvu.

Odluka skupštine je ništava zato što je izabrano lice koje u vreme kada je bilo birano nije ispunjavalo uslove utvrđene ZTD o izboru u organe upravljanja, odnosno u nadzornom odboru. U tom slučaju u pitanju je samo ništavost odluke o izbora samo jednog člana, a ne i ostalih članova organa upravljanja.

Odluka je ništava i kad je skupština odobrila godišnji račun i finansijske izveštaje na kojima nije izvršena revizija ili ako revizija nije izvršena u saglasnosti sa zakonom ili reviziju nije izvršio ovlašćeni revizor, odluka je ništava. Isto tako, kada je skupština odobrila godišnji račun, finansijske izveštaje i godišnji izveštaj o radu društva u prethodnoj poslovnoj godini bez njihovog prethodnog usvajanja od strane organa upravljanja i nadzornog odbora.

Ako prilikom izrade godišnjeg računa nije poštovana odredba koja se odnosi na zabranu korišćenja opšte rezerve određene zakonom ili statutom, sve dok ne pređe određeni iznos, za druge ciljeve osim za pokrivanje gubitaka, odluka skupštine kojom je odobren godišnji račun je ništava. U ovom slučaju odluka je ništava zbog toga što, prema ZTD, društvo ima obavezu opštu rezervu kao opšti rezervni fond i posebne rezerve za pokrivanje gubitaka ili drugih izdataka, pa ako se ne poštuju ove odredbe, odluka skupštine kojom je odobren godišnji račun, je ništava.

Ništava je odluka akcionarske skupštine za koju je sud pravosnažnom odlukom utvrdio da je odluka skupštine ništava. Presuda ima deklarativno dejstvo¹¹ i njeno je dejstvo apsolutno. Naime, presuda deluje erga omnes, odnosno prema svima, te se dejstvo te presude proteže i na one koji nisu bili stranke u konkretnom sudskom postupku. To znači da presuda ima dejstvo i prema akcionarima, članovima upravnog i nadzornog odbora, iako oni nisu bili stranke u postupku. Ništavost deluje ex tunc. Odluka skupštine je ništava budući da nema bitne pretpostavke koje su potrebne za punovažnost odluke. Zbog ovog, sud samo konstatuje, odnosno utvrđuje da je odluka skupštine ništava. Budući da ne može da se poništava nešto što ne postoji, odluka ne može biti konstitutivnog karaktera.

¹¹ Tako i M. Nedkov, cit. delo str. 199. Suprotno ovom stavu, postoje autori koji smatraju da presuda ima konstitutivno dejstvo i da njeno dejstvo nastupa sa njenom pravosnažnošću. O ovome vidi: V. Popovska, cit. delo str. 5 i E. Nikodinovska, cit. delo str. 24.

Ništavost nastupa ipso jure. Ona se ne može konvalidirati čak i kad postoji saglasnost svih akcionara.

OTKLANJANJE POSLEDICA NIŠTAVOSTI IAKO POSTOJI RAZLOG ZA NIŠTAVOST ODLUKE – KONVALIDACIJA I NEMOGUĆNOST POZIVANJA NA NIŠTAVOST

Iako postoji osnovno pravilo da ništave odluke ne mogu da proizvedu pravno dejstvo i da su ništave od momenta donošenja, zakonodavac je, radi pravne sigurnosti društva i potrebe pravnog prometa, odredio da će se u određenim slučajevima, izrično predviđenim ZTD, priznati pravno dejstvo odluke kod koje su uspunjene pretpostavke prema kojima ista treba da bude ništava, ali pri tome moraju biti dopunski ispunjene neke pretpostavke predviđene zakonom. U ovom smislu član 409. ZTD predviđa da kada je razlog za ništavost u tome što odluka nije bila unesena u zapisnik na način predviđen ZTD, nakon njenog upisa u trgovački registar, nije dopušteno pozivati se na njenu ništavost.

Isto tako, i kada se razlog za ništavost odluke odnosi na to da li je odluka doneta na skupštini koja nije bila sazvana u saglasnosti sa zakonom i statutom, kao i kada je odluka suprotna suštini društva ili ako je njen sadržaj suprotan zakonu, moralu ili odredbama statuta, ne može se pozivati na ništavost odluke nakon isteka tri godine od upisa u trgovački registar. Ako se u ovom roku vodi postupak po tužbi za utvrđivanje ništavosti odluke, rok od tri godine se produžava sve dok se ne odluči pravosnažno po tužbi ili dok se spor ne reši na drugi način.

Ako je odluka koja je donesena na skupštini ništava zbog toga što skupština nije bila sazvana u saglasnosti sa zakonom i statutom, osim ako su na skupštini bili prisutni svi akcionari, ne može se tražiti njena ništavost ako se sa odlukom saglase svi akcionari koji nisu bili uredno pozvani na skupštinu.

ZTD otsupa od opštih načela ništavosti predviđenih ZOO a koja se odnose na rok za pozivanje na ništavost i kruga lica koja se mogu pozivati na ništavost.

Prema ZOO, na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti, a na ništavost se može pozivati svako lice koje ima pravni interes. Pravo da traži utvrđivanje ništavosti ima i javni tužilac.¹² Pravo isticanja ništavosti se ne gasi.¹³

¹² Vidi član 102 ZOO.

¹³ Vidi član 103 ZOO.

Suprotno ovim pravilima ZOO, ZTD predviđa da je rok za podnošenje tužbe za utvrđivanje ništavosti odluke akcionarske skupštine 30 dana računajući od dana donošenja odluke. Ako je tužilac bio prisutan na skupštini na kojoj je odluka donesena, rok počinje da teče od prvog narednog dana od dana završavanja sa radom skupštine na kojoj je odluka donesena. Ako tužilac nije prisustvovao skupštini na kojoj je odluka donesena, rok počinje da teče prvog narednog dana od dana kada je mogao da sazna za odluku, ali ne i kasnije od jedne godine nakon donošenja odluke. Ovo predstavlja bitno otsupanje od ZOO.

Drugo otstupane je u tome što, iako se prema opštim pravilima na ništavost može pozivati svako zainteresovano lice, posebne odredbe ZTD ograničavaju krug lica koja se mogu pozivati na ništavost odnosno koja mogu podići tužbu za utvrđivanje ništavosti odluke skupštine.

TUŽBA ZA UTVRĐIVANJE NIŠTAVOSTI

ZTD predviđa da se ništavost može istaknuti tužbom i na bilo koji drugi način. Isticanje i pozivanje na ništavost tužbom je jasno i sasvim u redu. Međutim, isticanje ništavosti na bilo koji drugi način je nejasno i stvara zabunu budući da je teško dati objašnjenje koji je taj drugi način kojim bi se mogla isticati ništavost. Prema nekim autorima,¹⁴ kada se misli na isticanje ništavosti na bilo koji drugi način, najčešće je reč o donošenju druge validne odluke skupštine o istoj stvari bez donošenja sudske odluke.

Tužba se podiže u roku od 30 dana od dana donošenja odluke. Ako je tužilac bio prisutan na skupštini na kojoj je odluka donesena, rok počinje da teče od prvog narednog dana od dana završavanja sa radom skupštine na kojoj je odluka donesena. Ako tužilac nije prisustvovao skupštini na kojoj je odluka donesena, rok počinje da teče prvog narednog dana od dana kada je mogao da sazna za odluku, ali ne i kasnije od jedne godine nakon donošenja odluke.

Prema ZTD, krug ovlašćenih subjekta koji mogu podići tužbu protiv društva kojom se traži utvrđivanje ništavosti odluke skupštine je širi jer tužbu može podići svaki akcionar, organ upravljanja ili član organa upravljanja ili nadzornog odbora.

U akcionarskom društvu svaki akcionar ima pravo da se poziva na ništavost odluke skupštine nezavisno o rodu akcija koje ima, pa čak i onaj akcionar

¹⁴ Vidi: E. Nikodinovska, cit. Delo, str. 29. i V. Popovska, cit. delo, str. 7.

koji nema pravo glasa. Ako akcionar otuđi akciju nakon donošenja ništave odluke ili na bilo koji drugi način akcija promeni imaoća (na primer nasleđivanjem), pravo na tužbu ima onaj akcionar koji je bio akcionar u momentu podnošenja tužbe.

Pravo da podignu tužbu imaju članovi organa upravljanja i članovi nadzornog odbora, nezavisno od toga da li imaju status akcionara ili ne; oni moraju imati to svojstvo u momentu podnošenja tužbe i nakon toga, pa i na dan poslednje rasprave pred sudom. Član pomenutih organa koji je podneo tužbu gubi ovlašćenje za vođenje tog postupka ako mu svojstvo prestane iz bilo kog razloga. Njegov naslednik u tom organu može preuzeti postupak, pod pretpostavkom da su ispunjeni uslovi koji se prema ZPP zahtevaju za promenu ličnosti u ulozi stranke u postupku.

Tužba se podiže protiv društva. Društvo zastupa ovlašćeni član organa upravljanja odnosno nadzornog odbora. Ukoliko tužbu podignu izvršni članovi odbora direktora, društvo zastupaju neizvršni članovi; kad tužbu podignu upravni odbor ili neki njegov član, društvo zastupa ovlašćeni član nadzornog odbora; a ako tužbu podigne nadzorni odbor, društvo zastupa ovlašćeni član upravnog odbora.

Kad je više tužbi za utvrđivanje ništavosti odluke skupštine podignuto, onda bi trebalo da se, zbog ekonomičnosti postupka i pravne sigurnosti i izbegavanja mogućnosti donošenja različitih odluka, svi postupci spoje.

Pored tužbe za utvrđivanje ništavosti odluke skupštine akcionara može se postaviti i posebni zahtev za određivanje privremene mere ako su ispunjeni uslovi iz Zakona o obezbeđenju potraživanja.¹⁵ Sud može privremenom merom obustaviti primenu odluke za koju se tužbom traži da se utvrdi njena ništavost, ako se čini verovatnim da će se njenim izvršenjem društvu odnosno akcionaru prouzrokovati nenadoknativa šteta.

Ako članovi organa upravljanja, nadzornog odbora ili upravitelj podignu tužbu za utvrđivanje ništavosti, u tom se slučaju tužba se podiže protiv društva, a društvo će biti zastupano zavisno od toga ko je podigao tužbu: ako je tužbu podigao član organa upravljanja, društvo će zastupati ovlašćeni član nadzornog odbora, ako tužbu podigne član nadzornog odbora, društvo će zastupati ovlašćeni član upravnog odbora.

¹⁵ Zakon o obezbeđenju potraživanja objavljen je u »Služben vesnik na Republika Makedonija« br. 87/2007.

PRAVNE POSLEDICE NIŠTAVOSTI

Odluka za koju je utvrđeno da je ništava nema pravno dejstvo osim u slučajevima predviđenim u članu 409. ZTD u kome su predviđeno kada se stranaka ne može pozivati na ništavost.

Druga pravna posledica je u tome što se sve što je stečeno od društva na osnovu ništave odluke mora vratiti društvu i tužiocu se moraju nadoknaditi troškovi nastali u postupku u kome je utvrđena ništavost odluke.

Isto tako, jedna od pravnih posledica je i u tome što ništavost odluke kojom je skupština odobrila godišnji račun i finansijske izveštaje na kojima nije izvršena revizija ili ako revizija nije izvršena u saglasnosti sa zakonom ili je nije izvršio ovlašćeni revizor odnosno skupština je odobrila godišnji račun i finansijske izveštaje i godišnji izveštaj o poslovanju društva u prethodnoj poslovnoj godini bez prethodnog usvajanja od strane organa upravljanja i nadzornog odbora, i kada je to utvrđeno pravosnažnom sudskom odlukom, ima za posledicu i ništavost odluka skupštine koje su donete na osnovu ovih odluka. Ništave su i odluke organa upravljanja odnosno nadzornog odbora kojima nisu odobrena finansijska obaveštenja.

POBIJANJE ODLUKE

Za razliku od ništavnih odluka skupštine akcionarskog društva koje ne mogu proizvesti pravno dejstvo, drugi tip odluka koje mogu da proizvedu pravno dejstvo i pored toga što sadrže pravni nedostatak i za koje ZTD utvrđuje posebni režim u pogledu otklonjenja pravnog nedostatka sadržanom u njima su odluke akcionarske skupštine podobne za pobijanje. Odluke skupštine akcionara koje su podobne za pobijanje su punovažne i proizvode sve pravne posledice, ali budući da sadrže određene pravne nedostatke mogu se pobijati i proglasiti ništavim. Punovažnost ovih odluka »visi« sve dok ne otpadne mogućnost za pobijanje ili sve dok uspešno ne budu pobijene. Ako otpadne mogućnost njihovog pobijanja one postaju, odnosno ostaju punovažne, a ako budu pobijene, postaju ništave.

Odluke skupštine akcionara podobne za pobijanje su protivpravne, ali nisu ništave po sili zakona (*ipso iure*), jer postojanje razloga za pobijanje odluke, što je slučaj kad postoji razlog za ništavost, nema neposredni uticaj na njenu validnost sve dok je neko uspešno ne pobije.

Krug lica koja mogu da traže pobijanje odluke skupštine akcionara u odnosu na one koji mogu tražiti da se utvrdi ništavost odluke je restriktivniji. Zakon

određuje i rok u kom se može tražiti pobijanje odluke. Ovo sa razloga što neizvesnost u pravnom prometu, da li je jedna odluka punovažna ili nije, odnosno da li proizvodi pravno dejstvo ili ne, ne može trajati dugo. Odluke skupštine akcionara ne samo da imaju značenje za odnose akcionara u društvu, i članove organa društva, već imaju uticaj i na prava i interese trećih lica i poverilaca. Zbog toga pravna sigurnost u prometu zahteva da neizvesnost da li je jedna odluka validna ili ne bude svedena u na razumu meru.

Odluka suda kojom se poništava odluka skupštine akcionara koja je bila podobna za pobijanje ima konstitutivno dejstvo, budući da je odluka koja se pobija punovažna sve dok je sud ne poništi.

OSNOVI POBIJANJA

Odluka skupštine akcionarskog društva se može pobijati samo iz razloga koji su utvrđeni zakonom. ZTD predviđa dva slučaja kada se odluka akcionarske skupštine može pobijati (član 412. stav 1. i 2. ZTD). Isto tako, ZTD predviđa mogućnost konvalidacije odluke koja ima nedostatke pod određenim uslovima (član 412. stav 3. ZTD)

Odluka skupštine akcionara se može pobijati ako je akcionar glasao sa namerom da za sebe ili nekog drugog pribavi korist na štetu društva ili drugih akcionara, a pobijanom odlukom se to postiže. U ovom slučaju, treba naglasiti da je akcionar koji je glasao za donošenje odluke imao nameru da za sebe ili za drugoga pribavi korist na štetu društva ili drugih akcionara, a odluka je za to podobna. Odluka se ne može pobijati iz ovog razloga ako je drugim akcionarima nadoknadena šteta. Obavezu za naknadu štete drugim akcionarima ima akcionar koji je stekao korist, odnosno čijim glasanjem je treće lici trebalo to steći. Zanimljivo je to što ZTD ne predviđa mogućnost naknade štete ako šteta bude pričinjena društvu, ali isto tako ne predviđa ni poboynost odluke.

Mogućnost pobijanja odluke akcionarske skupštine pretstavlja sredstvo za zaštitu prava manjinskih akcionara. Cilj je sprečiti većinske akcionare da donose odluke u svoju korist, a na štetu manjinskih akcionara ili društva.

Može se pobijati odluka skupštine akcionara koja je doneta u slučaju da nije dato obaveštenje koje je uticalo na donošenje odluke. Uskraćivanje prava davanja obaveštenja akcionarima može biti u nedavanju obaveštenja, davanju nepotpunih informacija, davanju pogrešnih informacija ili davanju informacija kada je glasanje završeno i odluka doneta. U tom slučaju postoji razlog za pobija-

nje odluke i nema razloga za dokazivanje relevantnosti učinjenih povreda prilikom donošenja odluke.¹⁶

MOGUĆNOST POTVRĐIVANJA ODLUKE KOJA IMA NEDOSTATAKA ZBOG KOJIH SE MOŽE POBIJATI NOVOM ODLUKOM

ZTD u članu 412, u stavu 3. predviđa da se ne može pobijati odluka skupštine ako se ona potvrdi novom odlukom skupštine, a nova se odluka ne pobija u roku od trideet dana od dana donošenja odluke. Ako tužilac ima pravni interes da se pobijana odluka poništi do donošenja nove odluke kojom je pobijana odluka bila potvrđena, može zahtevati da pobijana odluka bude poništena do donošenja nove odluke. Ukoliko je pobijana odluka bila potvrđena novom odlukom kojom su se odstranili nedostaci koji su postojali kod prve odluke, takva se odluka više ne može pobijati, ako se nova odluka nije pobijala u zakonskom roku. Nova odluka treba biti iste sadržine kao i pobijana. Ako je nova odluka različita od pobijane, tada imamo dve različite odluke i nova odluka ne može odstraniti nedostatke koji su bili sadržani u prvoj odluci. Ukoliko nova odluka ima nedostatke, onda ona može biti pobijana u roku koji je predviđen ZTD. Kad nova odluka sadrži iste nedostatke kao i prva, u tom slučaju može se proširiti tužbeni zahtev i tražiti poništenje i nove odluke.¹⁷ Ako se vode dva odvojena postupka za obe odluke, u tom se slučaju prvo treba odlučiti o novoj odluci, zato što od njene sudbine zavisi i sudbina prve odluke. Pošto sud utvrdi da je nova odluka ništava, on će produžiti postupak po prvoj odluci. Ukoliko sud utvrdi da nema razloga za pobijanje prve odluke, u tom će slučaju poništiti novu odluku.

SUBJEKTI KOJI MOGU DA POBIJAJU ODLUKE

Subjekti koji su legitimisani za podizanje tužbe za pobijanje odluke skupštine su:

1) *Akcionar koji je učestvovao u radu skupštine i svoje je protivljenje odluci izjavio na zapisnik.* – Ovlašćen je i onaj akcionar koji nema pravo glasa, ali je

¹⁶ Tako i J. Barbi', *Pravo društva*, str. 624.

¹⁷ U ovom se smislu izjašnjava i Huffer, citiran kod: J. Barbi', *Pravo trgovačkih društva*, str. 634.

potrebno da je učestvovao u radu skupštine i da je pritom na zapisnik izjavio svoje protivljenje odluci. Time je on, ustvari, izrazio svoju nameru da zadržava pravo da pobija odluku tužbom. Ako je akcionara zastupao punomoćnik, potrebno je da je punomoćnik prisustvovao skupštini i da je njegova izjava da se protivi odluci data na zapisnik.

2) *Akcionar koji nije učestvovao u radu skupštine jer mu, suprotno zakonu i statutu, nije bilo dopušteno da učestvuje u njenom radu, ako skupština nije bila uredno sazvana ili ako je pitanje o kome se odlučivalo na skupštini bilo nepravilno obavljeno.* – Ako akcionar nije učestvovao u radu skupštine ima pravo da pobija odluku donetu na toj skupštini samo ako mu suprotno zakonu i statutu nije bilo dopušteno da učestvuje u njenom radu, ako je skupština bila neuredno sazvana, odnosno ako je pitanje o kome se odlučivalo na skupštini bilo nepravilno objavljeno.

3) *Svaki akcionar kada je skupština donela odluku sa namerom da akcionar koji je glasao za odluku, za sebe ili nekog drugog stekne korist na štetu društva ili na štetu drugih akcionara.* – Saglasno ovoj odredbi, svi akcionari nezavisno da li su prisustvovali na skupštini i da li su izjavili svoje protivljenje donetoj odluci na zapisnik imaju pravo da pobijaju odluku akcionarske skupštine.

4) *Organ upravljanja i nadzorni odbor.* – Organ upravljanja može pobijati odluku skupštine budući da je on treba sprovesti ako je ne pobija. Saglasno zakonu i nadzornom odboru je data mogućnost da pobija odluku skupštine.

5) *Svaki član organa upravljanja i nadzornog odbora, ako bi sprovođenjem odluke preduzeo radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili zbog koje se može odgovarati za štetu.* – Za razliku od ovlašćenja za podizanje tužbe za utvrđivanje ništavosti koje ima svaki član upravnog i nadzornog odbora, tužbu za pobijanje može podneti samo onaj član upravnog i nadzornog odbora koji bi sprovođenjem odluke preduzeo radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili zbog koje može odgovarati za štetu.

6) *Poverilac društva koji ima pravni interes.* – Pravo na pobijanje odluke skupštine akcionara zakonodavac priznaje i poveriocima društva, ali samo ako dokažu i utvrde se da imaju pravni interes.

TUŽBA ZA POBIJANJE

Tužba za pobijanje odluke skupštine akcionara podnosi se protiv društva. O tužbi za pobijanje govore odredbe stavova 2, 3, 4. i 6. člana 410. Ovim odredbama uređuje se pitanje o tome ko može da podigne tužbu za utvrđivanje ništavosti, u kom roku i ko zastupa društvo.

PRAVNE POSLEDICE POBIJANJA

Pravne posledice poništene odluke koja je bila pobijana nastaju njenom pravnosnažnošću.

Ako je zahtev za poništenje bio odbijen kao neosnovan, smatra se da je odluka skupštine bila doneta u saglasnosti sa zakonom i statutom od trenutka njenog donošenja, iako se odluka može pobijati iz drugih razloga u pogledu kojih još nisu istekli rokovi predviđeni za pobijanje.

Ukoliko odluka skupštine akcionara bude poništena pravosnožnom odlukom suda, ona neće proizvesti nikakve pravne posledice i to od samog početka odnosno od momenta njenog donošenja *ex tunc*. Ono što je posebno značajno i mora se naglasiti je da pravnosnažna presuda kojom je sud poništio odluku skupštine akcionara ima dejstvo prema svim akcionarima, prema članovima organa upravljanja, odnosno nadzornog odbora, čak i ako oni nisu bili stranka u postupku. Ovo je tipični primer odstupanja od pravila da presuda ima dejstvo samo između stranaka u postupku. Ovo odstupanje je sasvim ispravno imajući u vidu to da bi se doveli u pitanje ne samo pravna sigurnost nego i prava trećih lica ako odluka ne bi pogađala sve akcionare, članove organa upravljanja i nadzornog odbora.

Organ upravljanja mora u roku od tri dana od dana prijema pravosnažne odluke da istu uputi trgovačkom registru, ako je na osnovu te odluke izvršen upis u trgovački registar. Upis odluke suda u trgovačkom registru mora se objaviti na isti način kako je prethodno objavljen upis. Ako je na osnovu odluke suda usaglašen statut, zajedno sa odlukom, trgovačkom registru se dostavlja i prečišćeni tekst statuta.

NIŠTAVOST I POBIJANJE ODLUKE KOJA JE DONETA NA SKUPU UDEONIČARA ILI ODLUČIVANJEM PISMENIM IZJAŠNJAVANJEM

Odluke donesene na skupu članova društva kod društva ograničene odgovornosti, mogu imati iste nedostatke kao i odluke koje su donesene na skupštini akcionarskog društva. Ipak postoje određeni nedostaci koji su karakteristični samo za odluke koje su donesene od strane skupa udeoničara. I odluke donesene od strane skupa udeoničara mogu biti ništave i postoje i odluke koje se mogu poništavati. ZTD izrično navodi u kojim slučajevima su odluke *ex lege* ništave, a posebno uređuje pitanja koja su povezana sa poništavanjem odluka donesenih od strane udeoničara, kao članova društva.

Što se ništavosti i pobijanja odluke donesene na skupu udeoničara ili sa odlučivanjem pismenim putem tiče, važi sve ono što je rečeno za ništavost i pobijanje odluke skupštine akcionara. Osnovna razlika između ništavosti i pobožnosti i kod odluka donesenih na skupu udeoničara je u razlozima zbog kojih je odluka nevalidna.

RAZLOZI ZA NIŠTAVOST

Razloge za ništavost možemo podeliti u dve grupe: materijalnopravne i procesne. Materijalnopravni razlozi primenjuju se i na odluke donesene na skupu udeoničara i na odluke donesene odlučivanjem pismenim putem. Za razliku od njih, procesni razlozi se razlikuju u onoj meri u kojoj se razlikuje postupak za sazivanje i odlučivanje o održavanju skupa udeoničara od postupka za odlučivanje pismenim putem.

ZTD u članu 225. navodi razloge koji odluku donesenu na skupu udeoničara ili u pogledu odlučivanja pismenim putem čine ništavom.

Tužbom se može tražiti utvrđivanje ništavosti odluke donesene na skupu udeoničara, odnosno odluke donesene odlučivanjem pismenim putem, ako:

1) skup udeoničara na kojem je donesena odluka nije sazvan u saglasnosti sa zakonom ili sa ugovorom o društvu, odnosno ako na skupu nisu bili uredno pozvani svi udeoničari društva, osim ako su prisutni svi udeoničari i ne protive se održavanju skupa; U ovom slučaju u pitanju su greške koje se odnose na sazivanje skupa udeoničara. Ovo se odnosi na slučajeve kada je odlučivano pismenim izjašnjavanjem;

2) odluka nije donesena na način i u formi određenoj zakonom ili ugovorom o društvu; U ovom slučaju nije poštovan postupak i forma koja je predviđena ZTD odnosno ugovorom o društvu, i

3) sadržaj odluke je suprotan zakonu, dobrim poslovnim običajima ili odredbama ugovora o društvu. U ovom slučaju odluka je ništava zato što je njen sadržaj suprotan ZTD, ili je suprotan dobrim poslovnim običajima ili je suprotan odredbama ugovora.

TUŽBA ZA UTVRĐIVANJE NIŠTAVOSTI

Tužba za utvrđenje ništavosti odluke skupa udeoničara je deklarativne prirode. Tužbu može podneti:

1) Udeoničar koji je učestvovao u radu skupa udeoničara i svoje je protivljenje donošenju odluke izjavio u zapisnik ili kada se odlučuje pismenim izjašnjavanjem, svoje protivljenje dostavio društvu u pismenoj formi, i

2) Udeoničar, kome je bilo onemogućeno da prisustvuje ili da glasa na skupu udeoničara, odnosno da odlučuje pismenim izjašnjavanjem.

3) Tužbu može podići i svaki upravitelj, član nadzornog odbora, odnosno kontrolor (ako društvo ima organ nadzora), ako im se odlukom naređuje da učine nešto zbog čega bi mogli da odgovaraju za štetu, odnosno čime bi učinili krivično delo.

U poređenju sa krugom lica ovlašćenih za podizanje tužbe za utvrđivanje ništavosti odluke skupštine akcionara, može se uočiti da je krug ovlašćenih lica isti i za podizanje tužbe za utvrđivanje ništavosti odluke skupa udeoničara, s tom razlikom što su predviđeni dopunski uslovi koji treba da budu ispunjeni, a koje srećemo kod pobijanja odluka skupštine akcionara.

Tužba se podnosi u roku od 60 dana od dana donošenja odluke. Tužba se podnosi protiv društva. Društvo zastupa upravitelj. Ako upravitelj podigne tužbu, društvo u postupku zastupa član nadzornog odbora, određen od strane odbora, odnosno kontrolor, ako društvo ima organ nadzora. Ako društvo nema organ nadzora ili ako su tužbu podigli zajedno upravitelj, član nadzornog odbora, odnosno kontrolor, sud društvu određuje privremenog zastupnika u parnici.

Sud može na predlog upravitelja, odnosno člana nadzornog odbora, odnosno kontrolora (ako društvo ima organ nadzora) sa privremenom merom da obustavi primenu odluke za koju se tužbom traži da se utvrdi ništavost, ako je verovatno da će se njenim izvršenjem društvu prouzrokovati nenadoknativa štetna posledica.

PRAVNE POSLEDICE NIŠTAVOSTI

Odluka suda povodom podnesene tužbe kojom se traži od suda da utvrdi da je odluka skupa udeoničara ništava, deklarativne je prirode. Ukoliko sud, pravnosnažnom odlukom, utvrdi da je odluka donesena na skupu udeoničara, odnosno odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem ništava, odluka ima dejstvo prema svim udeoničarima, upravitelju, članovima nadzornog odbora, odnosno kontroloru, ako društvo ima organ nadzora, i kada oni nisu stranke u postupku.

Ako je sud utvrdio da je odluka koja je upisana u trgovački registar ništava, sud mora po službenoj dužnosti dostaviti odluku Centralnom registru Republike Makedonije kako bi se pravnosnažna odluka upisala u trgovački registar. Upis odluke suda se mora objaviti na isti način kao i prethodno objavljen upis.

Ako je sud utvrdio ništavost odluke o zameni ugovora o društvu, trgovačkom registru se zajedno sa odlukom dostavlja i prečišćeni tekst ugovora.

POBIJANJE ODLUKE SKUPA UDEONIČARA

Odluke skupa udeoničara koje imaju pravne nedostatke, a koji nisu takvog karaktera da bi je pravili ništavnim, saglasno ZTD, mogu se pobijati.

Odluka skupa udeoničara i odluka doneta odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem može se pobijati tužbom. Odluka se može pobijati zbog toga što je udeoničar glasanjem na skupu udeoničara ili odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem stekao za sebe ili nekom drugom omogućio da stekne korist na štetu društva ili na štetu drugih udeoničara.

Može se pobijati i odluka skupa udeoničara koja je zasnovana na nedavanju obaveštenja, koje je uticalo na donošenje odluke.

Tužba se podiže protiv društva u roku od 60 dana od dana donošenja odluke. Ne može se pobijati odluka skupa udeoničara i odluka doneta pismenim izjašnjavanjem ako se odluka potvrdi novom odlukom, a nova se odluka ne pobija u roku od 60 dana od dana donošenja odluke. Ako tužbu podigne upravitelj, društvo u parnici zastupa član nadzornog odbora, određen od strane odbora, odnosno kontrolora, ako društvo ima organ nadzora. Ako društvo nema organ nadzora ili ako su tužbu zajednički podigli upravitelj, član nadzornog odbora, odnosno kontrolor, sud društvu određuje privremenog zastupnika u parnici.

LICA OVLAŠĆENA ZA POBIJANJE ODLUKE SKUPA UDEONIČARA

Odluku donetu na skupu udeoničara, odnosno odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem, može pobijati:

1) svaki udeoničar koji je učestvovao u radu skupa udeoničara, odnosno odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem i koji je svoje protivljenje protiv odluke izjavio na zapisnik, odnosno svoje je protivljenje u pismenoj formi uputio društvu;

2) udeoničar koji nije učestvovao u radu skupa udeoničara, odnosno u odlučivanju pismenim izjašnjavanjem, zbog toga što mu je suprotno zakonu i ugovoru o društvu nije bilo dopušteno da učestvuje u njegovom radu, ako je skup udeoničara bio neuredno sazvan, odnosno odlučivanje pismenim izjašnjavanjem

bilo neuredno sprovedeno ili ako je pitanje o kome se odlučivalo na skupu udeonika ili odlučivanjem pismenim izjašnjavanjem bilo nepravilno objavljeno ili formulirano;

3) svaki upravitelj i član nadzornog odbora, odnosno kontrolor, ako društvo ima organ nadzora, ako bi sprovođenjem odluke preduzeo radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili zbog koje bi mogao da odgovara za štetu.

ARSEN JANEVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law "Justinianus Primus",
"St. Cyril and Methodius" University, Skopje

PROTECTION OF THE STOCKHOLDERS' RIGHTS
– NULLITY OF THE DECISION OF THE MANAGEMENT BODY
AND THE ASSEMBLY –

Summary

The author in the general remarks is focused on the need of existence of provisions which regulate the protection of stockholders and co-founders, then elaborates the matter of the legal character of the assembly decisions. The central part of the paper considers two essential questions: nullity and refutation of the assembly decisions and decisions of the co-founders' assembly.

Regarding the nullity of decisions of the assembly of the stock company, the author elaborates the questions of the concept of nullity, the grounds for nullity (where the grounds for nullity contained in the Corporations Act are exposed in particular), exclusion of the effects of the nullity – convalescence and inability to avoid to nullity, the action for annulment, the persons entitled for submitting action for annulment and the legal consequences of the nullity. Also elaborated are the matters of refutation of stock company's decisions, the grounds for refutation, persons entitled to request it, the action for refute and the legal consequences of the refutation.

Exposing the matter of nullity and refutation of decision of co-founders, the author elaborates the grounds for nullity, the action for annulment and the legal consequences of the nullity. He also refers to the refutation of the decision passed by co-founders' assembly.

U SUSRET ZAKONSKOM UREĐIVANJU JAVNOG BELEŽNIŠTVA U SRBIJI

Usklađivanje pravnog poretka Republike Srbije sa pravnim poretcima evropskih zemalja dug je i mukotrpan proces koji se odvija na više polja i ima različite modalitete, između ostalog i uvođenjem javnog beležništva u Srbiji. Naime, javno beležništvo – notarijat ili notarijalna služba, je pravni institut koga, za razliku od većine pozitivnih prava evropskih zemalja, pravni poredak Republike Srbije još uvek ne poznaje. Za razliku od Srbije, ranije jugoslovenske republike odavno su unele notarijat u svoje pravne poretke. No, to ne znači da naše pravno nasleđe ne poznaje ovaj pravni institut. Naprotiv, Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine bio je propis koji je notarijat uveo u pravni poredak zajedničke države, uredivši ga, za ono vreme, kao savremeni pravni institut. Vrednost ovog propisa potvrđuje i činjenica da je on bio polazna osnova zakonopiscima ranijih jugoslovenskih republika pri uređivanju ovog pravnog instituta, priznali to oni ili ne.

Razlozi uvođenja notarijata u pravni sistem Republike Srbije su brojni i po značaju različiti.

Najpre, pravni sistem Republike Srbije se ne može i ne sme drastično razlikovati od pravnih sistema ostalih, ili bar većine, evropskih zemalja. Cilj – biti sličan ovim pravnim sistemima, jeste prvi, ali ne i najvažniji, razlog pravnog uređivanja (i uvođenja) javnog beležništva u naš pravni sistem. Posebno što to nije uslov ulaska Republike Srbije u Evropsku uniju koja dosada nije uspela da izvrši harmonizaciju propisa o javnom beležništvu, niti su pokušaji u tom pravcu

dali pozitivne rezultate. Naime, rasprave o pitanju – ko treba da pravno uređuje javno beležništvo – države članice Evropske unije ili sama Unija preko svojih organa, započete nakon 1990. godine, u osnovi su imale dilemu o pravnoj prirodi notarijata – da li notarijat pripada javnoj ili privatnoj sferi? Preciznije, ako bi javno beležništvo pripalo sferi privatnog, njegovo pravno uređivanje palo bi u nadležnost nekog od organa Unije, a ono bi za rezultat imalo, ako ne unificiranje, ono bar standardizaciju beležničkog prava članica Unije. Naprotiv, ako bi notarijat pripao sferi javnog, njegovo pravno uređivanje bilo bi stvar isključive nadležnosti članica Unije, čime ne bi bilo isključeno usaglašavanje nacionalnih propisa o notarijatu, već bi ono, verovatno, bilo ostvareno posredstvom međudržavnih ugovora, zaključenih između dve ili više članica Unije. Polazeći od sadašnjeg stanja nacionalnih zakonodavstava članica Unije o notarijatu, moglo bi se zaključiti da javno beležništvo ostaje u domenu javne sfere, sa idejom da između ovih zakonodavstava, na dobrovoljnoj osnovi, vremenom bude ostvareno usaglašavanje, verovatno na nivou standardizacije propisa o notarijatu, pre svega zbog neophodnosti priznavanja pravne važnosti beležničkih isprava.

Drugi, daleko značajniji razlog pravnog uvođenja i uređivanja notarijata u Srbiji je činjenica da je on pravni institut koji, sasvim sigurno, vodi delotvornijem pravnom poretku, bez obzira da li se posmatra sa aspekta interesa građana ili države.

Delotvorniji i efikasniji pravni poredak je cilj koji želi da ostvari svaka država, a notarijat je samo jedan pravni institut koji tom cilju vodi. Obavljanjem poslova i radnji koje tradicionalno pripadaju državnim organima, čak i kod tzv. konkurentne javne nadležnosti (paralelna nadležnost suda i notarijata), javno beležništvo svakako doprinosi redu u pravnom poretku i olakšava rad državnih organa, naročito sudova. Istovremeno, u pogledu priznavanja pravne valjanosti beležničkih isprava, notarijat omogućava uspostavljanje reciprociteta na međunarodnom planu.

Posmatrano sa druge strane, sa aspekta interesa građana, javno beležništvo nesumnjivo pruža veću sigurnost građanima, ne samo pojačanom delotvornošću i efikasnošću pravnog poretka, već prevashodno izvesnošću u pogledu pravne valjanosti pravnih poslova koje zaključuju ili pravnih radnji koje preduzimaju ili imaju nameru da to učine. Saveti i poduke notara u takvim situacijama građanima ulivaju sigurnost na polju prava, na kome se oni ne nalaze svakodnevno i koje im je, više ili manje, nepoznato. Upravo zato im je takva pomoć notara neophodna, kako da utvrde i iskažu svoju pravnu volju, tako i da unapred znaju pravne posledice iskazane pravne volje.

Savremeno uporedno pravo poznaje tri sistema javnog beležništva – slobodni ili advokatski notarijat, državni notarijat i javni ili latinski notarijat. Ova podela, u pravnoj teoriji opšte prihvaćena, slobodno se može reći, samo je uslov-

na, i to iz više razloga. Tako, sa izvešnošću se može predvideti još izraženije međusobno približavanje sva tri sistema. Takođe, i ranije, pa i danas, teško bi se moglo reći da se između sva tri sistema može povući potpuno izdiferencirana linija razgraničenja. Naprotiv, mnoga pitanja javnog beležništva slično ili identično su uređena u svim sistemima. Štaviše, osim u pogledu nekoliko osnovnih obeležja, beležnička prava zemalja koje su se opredelile za isti notarijalni sistem međusobno se prilično razlikuju po mnogim pitanjima notarijata, približavajući se, više ili manje, nekom drugom notarijalnom sistemu. To je za posledicu imalo formiranje više različitih modaliteta notarijata unutar jednog sistema. Rečeno ne znači da je navedena podela notarijalnih sistema bezpredmetna i veštačka, jer se sistemi notarijata u osnovi bitno razlikuju, preciznije – razlikuju se njihova osnovna obeležja.

Navedena klasifikacija notarijalnih sistema jeste opšteprihvaćena u pravnoj teoriji, ali nije i jedino moguća. Naime, klasifikovanje notarijalnih sistema moguće je i na drukčiji način, zavisno od kriterijuma klasifikovanja, a oni mogu biti brojni i različiti. »Zbog toga bi se možda moglo reći, barem u istorijskom kontekstu, mada to nije uobičajeno u literaturi, da se u osnovi razlikuju dva modela beležništva: kontinentalno (latinsko i državno beležništvo) i anglosaksonsko (advokatsko) beležništvo«.¹

Bez zalaženja u bilo kakvu iscrpniju analizu sva tri notarijalna sistema, jer to i nije tema ovog rada, a u nameri osvetljavanja pravnog uređivanja notarijata u Srbiji, preciznije – nekog pitanja pravnog uređivanja ovog pravnog instituta u Srbiji, što jeste tema rada, neophodno je, bar u najkraćim crtama, ukazati na osnovna obeležja ovih sistema, ona obeležja koja predstavljaju glavnu razdelnicu između njih.

Slobodni ili advokatski notarijat, kao prvi notarijalni sistem, uglavnom je prihvaćen u anglosaksonskim zemljama. Manifestuje se kao jedan od oblika pravne pomoći strankama, kao slobodno pružanje privatnih pravnih usluga građanima, kod koga država prema notarima ima minimalna ovlašćenja. Asocira na advokaturu od koje pravnim propisima, strogo pravno posmatrano, potpuno i precizno nije ni odvojen. Uostalom, kao i drugi notarijalni sistemi, ovaj sistem je posledica specifičnog istorijskog razvoja Velike Britanije i SAD i kod njega su jasno izražene razlike koje postoje između evropskog kontinentalnog i anglosaksonskog prava tako, samo primera radi, skrivener notari u Velikoj Britaniji moraju imati pravničko obrazovanje i ispunjavati strogo postavljene uslove u pogledu poznavanja stranih jezika i uporednog prava. No, bez obzira na to, oni nisu osobe od javnog poverenja, niti država može da se meša u njihov izbor ili izvrši kontro-

¹ Avramović, Sima: *Pravnoistorijski aspekti notarijata, Javnobeležničko pravo*, Beograd, 2006, str. 74.

lu njihovog rada. Za razliku od skrivenera, koji notarskim poslom mogu da se bave samo na teritoriji Londona i tri milje okolo, javni notari u Velikoj Britaniji mogu ali ne moraju imati pravničko obrazovanje, a svoju delatnost mogu obavljati na široj ili užoj teritoriji (generalni i okružni notari).²

Državni notarijat je drugi notarijalni sistem, onaj koji je nastao i uobličio se u kontenentalnoj Evropi, na germanskom tlu, na kome se, uglavnom, i danas može sresti. Doduše, za razliku od advokatskog notarijata koji se razvija u određenom pravcu, ovaj notarijalni sistem jasno pokazuje vidljivu tendenciju laganog zamiranja, tačnije – približavanja i postepenog pretapanja u sistem javnog beležništva. Istine radi, i na germanskom tlu, paralelno sa državnim notarijatom, postoji i latinski notarijat, čak i jedan modalitet advokatskog notarijata. Identično latinskom notarijatu, državni notar je osoba od javnog poverenja čije je stupanje u notarsku službu uslovljeno saglasnošću nadležnog državnog organa. Ali, za razliku od latinskog notara, što ujedno predstavlja osnovno obeležje državnog notarijata, državni notar je državni službenik, po položaju blizak sudiji, koga država, kao i sve državne službenike, plaća i čiji rad nadzire i kontroliše. Takođe, sama notarijalna služba predstavlja vid manifestovanja državne vlasti, odnosno jednu od državnih autoritativnih funkcija.

Javni ili latinski notarijat vodi poreklo iz srednjovekovne Italije i za svoj osnov ima rimsko pravo. Ovaj notarijalni sistem se danas slobodno, može nazvati vladajućim, ako se ima u vidu činjenica da je on prihvaćen u najvećem broju savremenih država. Karakterišu ga dve postavke. Prva, da javno beležništvo ima karakter javne službe i druga, da je ono određeno kao, više ili manje, slobodna profesija. U latinskom notarijatu javni beležnik može profesionalno obavljati samo ovu službu, ne i vršiti drugu plaćenu službu, posebno ne državnu službu ili advokaturu. On je lice od javnog poverenja, obrazovani pravnik koji, u okviru notarijalne službe, uglavnom sastavlja i čuva beležničke isprave koje imaju karakter javnih isprava, sačinjava njihove otpravke, overava činjenice, savetuje stranke i obavlja poslove koje mu delegira sud iz svoje nadležnosti.

Ako se izvrši analiza predloga, modela i nacрта propisa o javnom beležništvu koji su posle 2000. godine izrađeni u Republici Srbiji, kao i najnovija Radna verzija srpskog Zakona o javnom beležništvu, moglo bi se zaključiti, i to sa velikom sigurnošću, da se srpsko pravo opredelilo za latinski ili javni notarijat, pri čemu pravni osnov za uređivanje ovog pravnog instituta leži u normama Ustava Republike Srbije i Zakona o javnim službama.³ Svi ovi akti, uređujući javno

² O nastanku advokatskog i drugih notarijalnih sistema videti: Avramović, Sima: Isto, str. 66–80.

³ Ustav Republike Srbije, »Službeni glasnik Republike Srbije«, 37/2006 i Zakon o javnim službama, »Službeni glasnik Republike Srbije«, 42/91.

beležništvo kao pravni institut, od njegove organizacije pa nadalje, javno beležništvo izričito formulišu kao javnu službu.

Prema odredbama našeg pozitivnog prava, javna služba se može odrediti u organizacionom i funkcionalnom smislu. Javnu službu u organizacionom smislu čine ustanove, preduzeća i drugi oblici organizovanja utvrđeni zakonom, a javna služba u funkcionalnom smislu obuhvata aktivnosti kojima se, u zakonom određenim oblastima, obezbeđuje ostvarivanje prava građana i organizacija, kao i ostvarivanje drugog zakonom utvrđenog interesa.⁴

Mogući osnivači javne službe su država, autonomna pokrajina, grad, opština, druga pravna lica – javnopravna i privatnopravna i građani kao fizička lica.⁵ Obavljanje javnih službi obezbeđuje se na dva načina: osnivanjem ustanova, preduzeća ili drugih organizacionih oblika javnih službi ili poveravanjem njihovog vršenja drugim pravnim i fizičkim licima (koncesionirana javna služba).

Preduzeća javnih službi se mogu osnovati za obavljanje javnih službi u oblastima: javnog informisanja, PTT saobraćaja, energetike, puteva, komunalnih usluga i drugim oblastima utvrđenim zakonom, a ustanove javnih službi za obavljanje istih aktivnosti u oblastima obrazovanja, nauke, kulture i socijalne zaštite, društvene brige o deci, socijalnog osiguranja i zdravstvene zaštite životinja.⁶

Ustanove i preduzeća javnih službi svoje aktivnosti moraju obavljati na način kojim se obezbeđuje uredno i kvalitetno, pod jednakim uslovima, ostvarivanje prava građana i organizacija, sa jedne strane, i zadovoljavanje prava korisnika, sa druge strane.⁷

Osnovna delatnost javnih preduzeća i ustanova kao nedržavnih organizacija je neautoritativnog karaktera i po pravilu se ispoljava u pružanju brojnih i različitih usluga širem ili užem krugu korisnika. Međutim, u određenim slučajevima, ova osnovna delatnost navedenih nedržavnih organizacija ima poseban značaj za državu pa ona nastoji da obezbedi i pospeši njihovo kontinuirano i nesmetano vršenje. U takvim slučajevima država deo svoje vlasti prenosi na ove nedržavne organizacije, tačnije – poverava im vršenje javnih ovlašćenja. Na taj način, država omogućava ovim preduzećima i ustanovama da, u tačno predviđenim situacijama, vrše vlast, istupajući slično državnim organima i organizacijama. No, to nikako ne znači da ove nedržavne organizacije time postaju delovi državnog aparata, niti one stiču svojstvo državnih organizacija.

Javna ovlašćenja su ovlašćenja na autoritativno istupanje, istupanje sa jačom voljom i mogu se manifestovati kao upravna ili neupravna javna ovlaš-

⁴ Zakon o javnim službama Republike Srbije, čl. 1.

⁵ Isto, čl. 4.

⁶ Isto, čl. 3. stav 1. i 3. u vezi sa članom 1.

⁷ Isto, čl. 8. stav 1.

čenja. Prva su ovlašćenja na donošenje upravnih akata ili vršenje upravnih radnji, a druga, na izdavanje opštih pravnih akata. Obe vrste javnih ovlašćenja ne povećavaju se svim nedržavnim organizacijama, već samo onim čija je osnovna delatnost od vitalnog interesa za celo društvo.

Prema Radnoj verziji Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije, javni beležnik je stručnjak iz oblasti prava, imenovan od strane nadležnog državnog organa, koji na osnovu javnih ovlašćenja prihvata od stranaka izjave volje i daje im potrebnu pismenu formu i o tome izdaje isprave koje imaju karakter javnih isprava, čuva originale tih isprava i druge poverene dokumente, izdaje prepise isprava, javno potvrđuje činjenice, daje strankama savete o pitanjima koja su predmet njegove delatnosti i preduzima druge radnje i vrši druge poslove određene zakonom. Svoju delatnost on obavlja kao isključivo i stalno zanimanje tokom vremena za koje je imenovan.⁸

Mora se primetiti da su se sve ranije jugoslovenske republike opredelile, kao i Srbija, za latinski tip notarijata. U propisima o javnom beležništvu ovih država javno beležništvo je uvek određeno kao javna služba.⁹ Međutim, za razliku od Radne verzije našeg Zakona o javnom beležništvu u kojoj se javni beležnik izričito ne označava kao osoba od javnog poverenja, hrvatski i slovenački propisi o notarijatu čine upravo to. Po odredbama ovih propisa, notari, kao samostalni i nezavisni nosioci javnobeležničke službe, imaju svojstvo osoba od javnog poverenja.¹⁰ Zakon o notarima BIH i Republike Srpske, po ovom pitanju identični su srpskoj Radnoj verziji iz rečenog se ne bi smelo zaključiti, jer ne bi odgovaralo istini, da javni beležnici u budućem srpskom notarijalnom pravu ne bi bili osobe od javnog poverenja, već samo da ih naša Radna verzija, kao takve, izričito ne označava. Autori Radne verzije to čine posredno, uključujući u uslove za imenovanje notara i uslov – da je kandidat za notara osoba dostojna javnog poverenja za obavljanje poslova javnog beležništva i precizirajući slučajevne nedostojnosti.¹¹

Na osnovu odredbi Radne verzije Zakona o javnom beležništvu može se zaključiti koja svojstva će imati budući srpski notar. On, najpre, mora biti pravnik profesionalac, osoba koja će stručno i nepristarsno obavljati javnobeležničku

⁸ Radna verzija Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije, čl. 2.

⁹ Videti čl. 1. Zakona o notariatu Republike Slovenije; čl.1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske; čl. 2 stav 1. Zakona o notarima Republike Srpske i čl. 2 Zakona o notarima BIH. Zakon o notariatu Republike Slovenije, »Uradni list Republike Slovenije«, 13–512/1994; Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, »Narodne novine Republike Hrvatske«, 78/1993; Zakon o notarima Republike Srpske, »Službeni glasnik Republike Srpske«, 86/2004 i Zakon o notarima, »Službene novine Federacije BIH«, 45/2002.

¹⁰ Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, čl. 2. stav 2; Zakon o notariatu Republike Slovenije, čl. 2. stav 1.

¹¹ Radna verzija Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije, čl. 26. tačka 6. i čl. 27.

delatnost. On će biti »pravnik od zanata«, u granicama zakona samostalan i dostojan profesije za koju je imenovan. Njegova samostalnost neće biti apsolutna jer on nije advokat, niti advokatski notar. On će biti javni službenik, što znači da neće imati status državnog službenika – lica koje radi u ime i za račun države, i koje, za svoj rad, od države prima platu.

Javni beležnik mora biti dostojan notarske službe. Zato će, pored ostalog, njegovo zvanje biti nespojivo sa obavljanjem određenih poslova. Naime, zvanje notara biće nespojivo sa obavljanjem advokature, bilo kog drugog plaćenog zanimanja ili funkcije, kao i poslova koji nisu u skladu sa ugledom, nezavisnošću, samostalnošću i javnim poverenjem javnog beležništva. Ova zakonska zabrana se neće odnositi na obavljanje poslova izvršioca zaveštanja, staratelja zaostavštine ili poslovno nesposobnog lica, nekog drugog sličnog posla zasnovanog na odluci nadležnog organa, povremeno ili dopunsko obavljanje naučne, nastavne, umetničke i slične delatnosti, obavljanje funkcije i poslova u beležničkim komorama, nacionalnoj ili međunarodnoj, i obavljanje poslova sudskog prevodioca.¹²

Autori Radne verzije određuju da neće biti dostojno javnog poverenja lice protiv koga se vodi krivični postupak, koje je bilo osuđeno za krivično delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje javnobeležničke delatnosti sve dok kazna ne bude brisana po zakonu, koje je odlukom nadležnog organa lišeno zvanja javnog beležnika, javnobeležničkog punomoćnika, javnobeležničkog pripravnika, advokata ili sudije, dok ne prođu tri godine od dana lišenja zvanja ili iz čijeg se ponašanja može osnovano zaključiti da neće pošteno i savesno obavljati poslove javnog beležnika.¹³

Čini se da ova odredba Radne verzije ima nedostatke koji bi morali biti otklonjeni, i to pri formulisanju Predloga budućeg srpskog zakona o javnom beležništvu. Tako, prvi od alternativno postavljenih slučajeva nedostojnosti – nije dostojno javnog poverenja lice protiv koga se vodi krivični postupak, prilično je široko određen jer obuhvata sve krivične postupke, kako one koji se vode po službenoj dužnosti, tako i one koji se vode po privatnoj tužbi. Ovi drugi su svakako diskutabilni, posebno ako se ima u vidu da se u praksi sve češće pojavljuju slučajevi namernog i neosnovanog pokretanja krivičnog postupka privatnom tužbom. Štaviše, drugi slučaj nedostojnosti – javnog poverenja za obavljanje javnobeležničke službe nedostojno je lice koje je bilo osuđeno za krivično delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje javnobeležničke delatnosti, dok kazna ne bude brisana po zakonu, ne samo da je široko postavljen, već unosi i dosta pravne nesigurnosti. Iz navedene odredbe Radne verzije ostaje nejasno koja su to krivična dela, ko ih kao takve utvrđuje i po kom pravnom osnovu, a koja nisu i zašto?

¹² Isto, čl. 5.

¹³ Isto, čl. 27.

Slična situacija je i kod poslednje navedenog slučaja – nedostojno javnobeležničke službe je lice iz čijeg ponašanja može osnovano zaključiti da neće savsesno i pošteno obavljati poslove javnog beležnika. Iz kojih se to ponašanja može osnovano zaključiti da će jedno lice biti nedostojno notarske službe, postojili neki kodeks ponašanja, samo primera radi. No, u svakom slučaju, ova odredba Radne verzije mora biti precizirana, ako ništa drugo, bar zarad smanjenja raskoraka normativnog i stvarnog. U tom smislu bi možda neka polazna osnova mogle biti odredbe propisa o javnom beležništvu ranijih jugoslovenskih republika, čini se, posebno Hrvatske.¹⁴

Zatim, javnom beležniku neće biti zabranjene neke političke aktivnosti. Preciznije, on neće smeti da učestvuje u aktivnostima političkih stranaka, niti će smeti da bude član njihovih organa. U cilju otklanjanja eventualnih nedoumica i različitih mišljenja, a naša pravna praksa obiluje takvim slučajevima, i, neretko, pored pravne ima i političku konetaciju i težinu. Tvorcima Radne verzije izričito određuju šta se podrazumeva pod zabranjenim političkim aktivnostima. Prema odredbi Radne verzije za notara zabranjenim političkim aktivnostima smatra se neposredno učešće javnog beležnika u ostvarivanju ciljeva i programa određene političke stranke, izbornoj kampanji određene političke stranke, koalicije ili kandidata, kao i finansiranje političke stranke, koalicije ili kandidata.¹⁵ Čini se, čak i ovlaš gledano, da zakonsko preciziranje sa beležništvom nespojivih političkih aktivnosti neće u potpunosti ostvariti svoj cilj. Naime, šta se podrazumeva pod neposrednim učešćem u ostvarivanju ciljeva i programa određene političke stranke može, sasvim sigurno, biti pitanje koje će, u najmanju ruku, polarizovati mišljenja. Samo je jedno sigurno, tvorcima Radne verzije pod tim nisu podrazumevali članstvo u nekoj političkoj stranci.

Budući srpski javni beležnik biće vršilac osobene javne službe – javnobeležničke službe. Kao i svaka javna služba, i ova specifična javna služba predstavlja delatnost koja ima poseban značaj za državu ali i za njene građane, naročito njeno nesmetano i kontinuirano obavljanje. Zato će javni beležnik biti nosilac javnih ovlašćenja, nosilac jednog dela državnog imperijuma, onog dela državne vlasti koji mu država dodeli propisima o javnom beležništvu i/ili u uređivanju pojedinih oblasti ili grana prava, kao i/ili propisima o pravnim postupcima.

Inače, javnobeležnička delatnost budućeg srpskog notara može se svesti na četiri grupe poslova. Prvu grupu čine sastavljanje, overavanje i izdavanje javnih isprava o pravnim poslovima, izjavama i činjenicama na kojima se zasnivaju prava i overavanje privatnih isprava. Druga obuhvata depozitne poslove, tj. poslove čuvanja isprava, novca, hartija od vrednosti i drugih predmeta, a treća, poslove ko-

¹⁴ Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, čl. 13. stav 2.

¹⁵ Radna verzija, čl. 58.

ji se notarima po zakonu mogu poveriti i koji im na osnovu budućeg propisa o javnom beležništvu ili po nalogu suda budu povereni. U četvrtu grupu spadalo bi preuzimanje svih drugih radnji u skladu sa zakonom.¹⁶

Takođe, budući srpski javni beležnik mora biti osoba od javnog poverenja jer će biti imenovan za obavljanje poslova jedne osobene i veoma značajne javne službe. Drukčije rečeno, on mora biti nepristrasni pravnik profesionalac, pravni stručnjak koji poslove javnogbeležništva obavlja tako profesionalno da se u njegovu nepristrasnost ne može ni posumnjati, niti bi ona mogla biti dovedena u pitanje. Nepristrasnost, kao obeležje srpskog javnog beležnika, neposredno proizilazi iz njegovog pravnog položaja, uključujući tu pravnu prirodu srpske varijante latinskog notarijata i ogromnog značaja specifične javne službe koju će obavljati. Moglo bi se reći, srpski javni beležnik će biti osoba od znanja i poverenja.

Valjalo bi podvući da naš javni beležnik neće biti ničiji zastupnik, ni zastupnik građana, odnosno pojedinaca koji mu se obrate, ni države koja ga je imenovala. Njegova služba nije ni državna, ni advoktska, već pravno izdvojena i specifično javna služba. U tom kontekstu, on neće biti ugovorni zastupnik ili punomoćnik stranke, tj. njen advokat isključivo zainteresovan za njena prava i pravne interese, bez obzira da li učestvuje u formiranju, oblikovanju i/ili izražavanju njene volje, ili je, pak, samo savetuje ili upozorava na pravne posledice preduzimanja budućih radnji ili propuštanja preduzimanja. No, s druge strane, srpski javni beležnik neće biti ni državni službenik, čak i u onim, propisima predviđenim, slučajevima kada se njegov pravni položaj skoro izjednačava sa pravnim položajem sudije. On ne istupa u ime i za račun države; pri čemu je ono prvo diskutabilno, ne prima od nje platu, niti će penziju.

Prema Radnoj verziji, svojstvo javnog beležnika će se sticati i prestajati pod uslovima i na način određen zakonom o javnom beležništvu, a za imenovanje javnog beležnika u Srbiji biće nadležno Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa Republike Srbije, odnosno Ministarstvo pravde.¹⁷

Konkurs za imenovanje javnih beležnika raspisivaće i sprovoditi Komora, ali na osnovu odluke Ministra (pravosuđa). U konkursu mora biti naznačena opština za koju se javni beležnik imenuje, a ukoliko se istovremno raspisuje konkurs za više opština, kandidati moraju biti obavešteni za koje se opštine mogu prijaviti, sve ili samo pojedine (zašto ne i samo za neke – N.B.). Rok za prijavu na konkurs ne može kraći od 30 dana a konkurs mora biti objavljen u službenom glasilu Republike Srbije, i to u roku od 15 dana od dana kada je Komora primila odluku Ministra o raspisivanju konkursa.¹⁸ Ovde se jasno vidi jedan nedostatak u

¹⁶ Isto, čl. 4.

¹⁷ Isto, čl. 3. i 28. stav 1.

¹⁸ Isto, čl. 18.

tekstu Radne verzije. Naime, sasvim izvesno, napravljen je propust koji nije tehničke prirode jer nije utvrđen momenat od koga počinje teći rok za podnošenje prijave na raspisani konkurs. Radna verzija predviđa samo da ovaj rok ne sme biti kraći od 30 dana, što je pravno prihvatljivo, ne i od kada, ma koliko trajao, on počinje teći što je pravno nedopustivo.

Svoje prijave na konkurs, zajedno sa priložima koji treba da dokažu ispunjenost zakonskih uslova za imenovanje, kandidati dostavljaju Komori, a ona je dužna da ih (prijave i priloge) sa svojim mišljenjem dostavi Ministarstvu najdocnije 30 dana od dana isteka roka za prijavljivanje.¹⁹

Komora je takođe dužna da pribavi i Ministarstvu dostavi mišljenja o prijavljenim kandidatima od organa, organizacije ili drugih pravnih odnosno fizičkih lica u kojima je kandidat radio. I kod ovih odredbi Radne verzije, čini se, moguća su i, možda, neophodna su izvesna preciziranja. Naime, Radna verzija ne utvrđuje precizno da li je mišljenje Komore o prijavljenim kandidatima obavezno za Ministarstvo pravde ili ne. S obzirom da njeni autori nisu naglasili obaveznost mišljenja Komore, moglo bi se zaključiti da ona i ne postoji. U svakom slučaju budući srpski Zakon o javnom beležništvu ovaj problem treba i mora da razreši jer su pravne posledice nedavanja mišljenja od strane Komore Ministarstvu drastično različite u slučajevima kada je ono obavezno i kada nije. Takođe, možda bi trebalo razmisliti i o mogućnosti da Komora pribavi i Ministarstvu dostavi i mišljenja koja o prijavljenim kandidatima imaju i mogu da daju i drugi subjekti.

Pri izboru između više kandidata, Ministarstvo će uzeti u obzir uspeh koji su kandidati ostvarili na pravosudnom i javnobeležničkom ispitu, vrstu pravnih poslova na kojima su radili i rezultate koje su uradu postigli. Ukoliko kandidat zahteva, informacije i podaci koji se odnose na njegovu dostojnost neće biti učinjeni dostupni javnosti, pod uslovom da bi u suprotnom bilo povređeno neko lično pravo kandidata. U pogledu ovih odredbi Radne verzije, više kao sugestija, može se primetiti da jesu utvrđeni kriterijumi za izbor u slučaju postojanja više kandidata, ali da precizno nije ustanovljen njihov redosled, niti prioritet. Konačno, u postupku imenovanja javnog beležnika, shodno se primenjuju odredbe ZUP-a.

Kako je već rečeno, Ministarstvo pravde po okončanom javnom konkursu i pribavljenom mišljenju Javnobeležničke komore imenuje javnog beležnika rešenjem koje je konačno i protiv koga se može pokrenuti upravni spor.²⁰ Jasno je, postupak imenovanja javnog beležnika, prema Radnoj verziji, je čist upravni postupak koji se završava donošenjem rešenja o imenovanju. Ono je, pak, klasični upravni akt, i to konačni upravni akt, upravni akt koji se ne može, i po do-

¹⁹ Isto, čl. 30.

²⁰ Isto, čl. 28.

nošenju i dostavljanju, napadati žalbom kao jedinim redovnim pravnim sredstvom u upravnom postupku. Pravnu zaštitu nezadovoljni kandidat može ostvariti samo u upravnosudskom postupku, tj. upravnom sporu, i to ulaganjem tužbe nadležnom upravnom sudu. Postupak imenovanja javnog beležnika i odluka o njegovom imenovanju su jedan od više upravno-pravnih elemenata javnobeležničke službe u Srbiji. Treba primetiti da su ova pitanja – postupak i akt imenovanja, na skoro isti način uredile javnobeležničkim zakonima i druge ranije postojeće jugoslovenske republike.²¹ I u ovim propisima, postupak imenovanja notara je upravni postupak, a odluka nadležnog ministarstva upravni akt konačan u upravnom postupku.

Nakon okončanog postupka imenovanja, javni beležnik pred Ministrom polaže zakletvu. Pre nego što je položi, javni beležnik ne može preduzimati javnobeležničke radnje, a ukoliko se bez opravdanog razloga ne odazove na polaganje zakletve ili je ne položi u roku od 30 dana od dana imenovanja, smatraće se kao da nije ni imenovan.²² Ova odredba Radne verzije, između ostalog, otvara pitanje – od kog momenta, a njih može biti više, rešenje o imenovanju javnog beležnika počinje da proizvodi pravno dejstvo, o čemu u nekom drugom radu.

U Radnoj verziji su određeni i uslovi za imenovanje notara. Tako, za javnog beležnika može biti imenovano lice koje ispunjava sledeće uslove: da je državljanin Republike Srbije; da je poslovno sposobno i da ima opštu zdravstvenu sposobnost; da ima diplomu pravnog fakulteta u Republici Srbiji ili da je nostrifikovalo diplomu pravnog fakulteta stečenu izvan Republike Srbije; da je položilo pravosudni ispit i ispit za javnog beležnika; da ima najmanje pet godina radnog iskustva posle položenog pravosudnog ispita; da je dostojno javnog poverenja za obavljanje poslova javnog beležništva; da govori, piše i čita srpski jezik, a na područjima onih opština gde je u službenoj upotrebi i jezik manjina da poznaje i jezik te manjine, i da ima ili da može dokazati da će obezbediti odgovarajuće prostorije i opremu za obavljanje poslova javnog beležništva.²³ Analiza navedene odredbe Radne verzije vodi nekim zaključcima. Najpre, uslovi za imenovanje javnog beležnika određeni su kao kumulativni uslovi. Zatim, oni se mogu klasifikovati u opšte i posebne uslove. Opšti su – državljanstvo Republike Srbije, poslovna i zdravstvena sposobnost, aktivno znanje srpskog jezika i jezika manjine koji je u službenoj upotrebi i dostojnost javnog poverenja, a posebni – najviša osnovna pravnička sprema, radno iskustvo u određenom trajanju, položen

²¹ Videti, npr, Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, čl. 14; Zakon o notarima Republike Srpske, čl. 22–23; Zakon o notarima Federacije BiH, čl. 28–29 i Zakon o notariatu Republike Slovenije, čl. 10.

²² Radna verzija, čl. 31.

²³ Isto, čl. 26.

pravosudni ispit i ispit za javnog beležnika i odgovarajuća prostorija i oprema za obavljanje javnobeležničke delatnosti.

Čini se da su autori Radne verzije, određujući uslove za imenovanje javnog beležnika, ipak načinili i neke propuste. Tako se kod drugog uslova – poslovna poslovnost kandidata, decidirano ne govori o kojoj poslovnoj sposobnosti je reč – potpunoj ili ograničenoj. Zarad otklanjanja eventualnih različitih tumačenja, možda je bolje ovu sposobnost odrediti kao potpunu poslovnu sposobnost. Takođe, kod petog uslova – radno iskustvo kandidata u određenom trajanju, nema bližeg određenja na kojim to poslovima kandidat treba da stekne radno iskustvo, a po logici stvari bi to trebalo da budu pravni poslovi. U tom smislu bi ovaj uslov morao biti preciziran. Samo primera radi slovenački propisi o notarijatu decidirano određuju da su to pravni poslovi obavljani, u različitom roku, kod notara ili advokata, u sudu, državnom tužilaštvu ili državnom pravobranilaštvu.²⁴ Izgleda da postoji nepreciznost, tačnije – preširok pristup kod osmog uslova – odgovarajuće prostorije i oprema za obavljanje javnobeležničke delatnosti. Kod ovog uslova bi možda bilo dovoljno zahtevati od kandidata da može dokazati da će uslove obezbediti, ne i da ih ima u momentu kandidovanja, jer onaj ko ih ima u momentu kandidovanja, lako dokazuje da će ih obezbediti.

Bez namere da se izvrši detaljna uporedna analiza uslova za imenovanje notara utvrđenih u našoj radnoj verziji sa uslovima imenovanja predviđenim u zakonskim odredbama o notarima u drugim nekadašnjim jugoslovenskim republikama, mora se primetiti da se ovi uslovi vrlo malo razlikuju, i to uglavnom kada je reč o posebnim uslovima. Opšti uslovi su skoro identični. Tako, na primer, hrvatski propisi kao uslov postavljaju da se kandidat obaveže da će, ako bude imenovan za javnog beležnika, napustiti drugu plaćenu službu ili neko drugo plaćeno zanimanje ili članstvo u organu pravnog lica koje obavlja neku državnu delatnost, slovenački – da kandidat nije napunio 64 godine, a bosanski – da nije osuđivan na kaznu zatvora za krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava, protiv službene ili druge dužnosti ili za drugo krivično delo izvršeno sa umišljajem koje u vreme imenovanja notara još nije brisano iz kaznene evidencije koju vodi nadležni organ.²⁵

Na kraju, imenovanje notara u srpskom javnobeležničkom pravu samo je jedan od brojnih i raznorodnih elemenat notarijata koji zaslužuju detaljnu analizu, i to ne samo sa aspekta predloženog budućeg domaćeg prava, već i uporedno-pravnu. S obzirom na to da se radi o odredbama Radne verzije, logično je očeki-

²⁴ Zakon o notariatu Republike Slovenije, čl. 8. stav 1. tačka 5.

²⁵ Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, čl. 13. stav 1. tačka 7; Zakon o notariatu Republike Slovenije, čl. 8. stav 1. tačka 9; Zakon o notarima Republike Srpske, čl. 20. stav 1. tačka 6. i Zakon o notarima Federacije BiH, čl. 26. stav 1. tačka 5.

vati da će ona doživeti veće ili manje promene pre nego što ugleda svetlost dana u formi zakonskog predloga. A dotle, svaka primedba i sugestija data u tom cilju, pa i ovaj rad, mora biti dobrodošla.

NEVENKA BAČANIN, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

AWAITING THE PASSING OF LAW ON PUBLIC NOTARY

Summary

The Republic of Serbia is among very few European countries whose legal systems still do not have the notary institute and the appearance of a draft law on public notary is a result of Serbia's effort to comply its legal system to the legal systems in EU countries as well as of a great need for notary service as a law institute.

Analyzing the text of the draft law on public notary we can conclude that the legislators have opted for two out of three renowned notary concepts: Latin concept or public notary concept based on positive law and constitutional grounds and public notary norms.

Public notary in Serbia will have a character of specific public service, very similar but not identical to concessions, performed by independent and impartial legal professionals, the public notaries.

Public notaries will be experts in various fields of law and will perform the notary duties as a public authority, taking affidavits and statutory declarations and expressions of will and protests, shaping them into a specific legal form that will have a character of a public document keeping the originals of these documents, witnessing and authenticating certain documents and facts, providing legal counseling within the scope of their authority and undertaking all sorts of other duties defined by law.

Special attention should be paid to the process of notaries' appointment since the draft law abounds in inconsistencies: some issues are too broadly defined, some lack more precise definition with a lot of ambiguities, doubtfulness or uncertainty in defining legal terms.

The appointment of public notaries will be executed through an administrative procedure by appointment decrees or orders issued by specific ministries that will constitute the final and binding administrative acts against which an administrative case can be brought before a relevant court.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ

METODA PRENOŠENJA OVLAŠĆENJA KOJA IMA SUD NA NOTARA

U V O D

Uporedna zakonodavstva koriste određene formule-modele da bi preneli nadležnost na institut beležnika-notara. Metodom¹ se određuje način prenošenja sudske i upravne nadležnosti formule koje se koriste za prenošenje nadležnosti su: generalna, taksativna i zabrana prenošenja. Od izbora ovih formula zavisi struktura i predmet, odnosno sadržina njegove delatnosti. Prenošnje nadležnosti određeno je ovim formulama, odnosno modelima.

GENERALNI MODEL

Metodologija prenošenja ovlašćenja sa građanskosudskog postupka u širem smislu, odnosno vanparničnog postupka u užem smislu, u većini evropskih zakonodavstva karakteriše se i upotrebom opštih zakonskih formulacija, kada se radi

Dr Milena Trgovčević-Prokić, načelnik vanparničnog odeljenja Prvog osnovnog suda u Beogradu.

¹ Katarbinski, T., *Trakt o dobrom delanju*, Beograd, 1964, str. 77: »Metod je način izražavanja složenog cilja koji se zasniva na određenom izboru i strukturi njegovih sastavnih radnji, a koje je uz to planiran i pogodan za češću primenu«.

o prenošenju ovlašćenja sa suda na javnog beležnika. Nalog suda je sudski akt koji uslovljava i određuje nadležnost beležnika u pojedinim postupcima odnosno u ostavinskom i izvršnom postupku, a karakteriše se upotrebom opštih zakonskih formulacija. Ostavljena je mogućnost sudu, kao apsolutno nadležnom organu u odnosu na institut javnog beležnika, da pojedine radnje u postupku poveri javnom beležniku.

U većini evropskih prava, nalog suda se karakteriše upotrebom opštih zakonskih formulacija, da se javnom beležniku »mogu poveriti poslovi« kao što je pečačenje i popis zaostavštine, procena, javna prodaja i drugo.² Zakonske formulacije se odnose na »može« da obavlja popis i procenu zaostavštine kod mera obezbeđenja zaostavštine, »kada je potrebno da se osigura imovina ostavioca«. Generalna formula prenošenja ovlašćenja, sa suda na institut javnog beležništva, ogleda se u opštoj formulaciji koju zakoni o javnom beležništvu usvajaju. Zakonske formulacije su da će se provođenje ostavinskog postupka urediti posebnim zakonom. Nacrtom zakona o javnom beležniku³ potreba suda je odlučujući element za poveravanje određenih radnji beležniku, stoga se uopšteno određuje, jer se nalogom suda određuje nadležnost javnog beležnika.⁴

Generalna metoda prenošenja ovlašćenja sa suda na javnog beležnika u ostavinskom postupku predviđena je i Zakonom o nasleđivanju Hrvatske,⁵ a odnosi se na nalog suda, s obzirom na to da se ostavinski postupak u prvom stepenu sprovodi pred opštinskim sudom kao opštenadležnim, dok se javnom beležniku poveravaju ovi poslovi. Nalog suda podrazumeva i nadzor nad radom beležnika, a to obuhvata i oduzimanje poverenih poslova javnom beležniku. Sud može po-

² Član 157. Zakon o javnom beležništvu Hrvatske, N. novine 78/93, 29/94, 16/07 u daljem tekstu ZJB Hrvatske, predviđa: »sud ili koja druga vlast mogu javnom beležniku povjeriti i ostale poslove: popis i pečačenje ostavinske imovine stečajne mase, procjene i javne prodaje (dražbe) pokretnih stvari i nepokretnina u izvanpamičnom postupku, osobito dobrovoljnih prodaja; provedbu rasprave o razdiobi prodajne cene u izvršnom postupku; sastavljanje i provjeru računa koji su počinili skrbnici ili upravitelji većih imovina; sve poslove koje po posebnim zakonskim propisima mogu povjeriti«. Član 70. Zakon o javnom beležniku Slovenije u daljem tekstu ZJB Slovenije: »Javni beležnik može da obavlja popis i procenu imanja ostavioca, ukoliko tako odluči ostavinski sud kada je potrebno da se zaostavština osigura prema odredbama Zakona o nasleđivanju, imovina ostavioca, ili njen deo uručuje javnom beležniku na čuvanje, ukoliko je tako odlučio ostavinski sud«.

³ Član 4. stav 3. i 4. Nacrta zakona o javnom beležništvu Srbije, objavljen na sajtu Ministarstva pravde, aprila 2010. u daljem tekstu NZJB Srbije.

⁴ Član 156. ZJB. Hrvatske.

⁵ Član 176. st. 3. Zakon o nasleđivanju Hrvatske, Narodne novine 48/03, u daljem tekstu ZN Hrvatske: »Sud će povjeriti javnom beležniku provođenje ostavinskog postupka i dostaviti mu smrtovnicu«.

veriti sprovođenje ostavinskog postupka,⁶ ali mu može oduzeti iz važnih razloga ove poslove. Naime, ovaj primer daje hrvatsko uređenje koje predviđa⁷ da javni beležnici kao sudski poverenici sprovode radnje i donose odluku u ostavinskom postupku, s tim da predsednik suda može iz važnih razloga da oduzme javnom beležniku sprovođenje ostavinske rasprave i sprovede je sam ili poveri drugom javnom beležniku. Oduzimanje predmeta javnom beležniku uslovljeno je »važnim razlozima« i to je opšta formula kojom se ostavlja dispozicija predsednicima sudova. U uporednom pravu važni razlozi kao standard nisu određeni, a to mogu biti: nemarnost javnog beležnika pri obavljanju poslova, kao, na primer, da se ne stara dovoljno o obezbeđenju zaostavštine, ili ako bi postojao zahtev za njegovo izuzeće. Stoga je sudu ostavljeno diskreciono pravo da odluči koji su važni razlozi za oduzimanje predmeta javnom beležniku.

Primer za primenu generalne formule u ostavinskom postupku nalazimo u Zakonu o beležništvu Makedonije. Ovim zakonom je predviđeno postupanje beležnika u ostavinskom postupku, ali je ostavljeno da se Zakonom o vanparničnom postupku uredi delatnost javnih beležnika u ostavinskom postupku. Međutim, ova nadležnost nije uređena.

Imperativnost javnobeležničke forme predviđena je za pojedine pravne poslove za koje zakoni zahtevaju poštovanje autentične forme i kojima daju posebnu važnost i zaštitu, a to su najčešće poslovi koji se zaključuju u svečanoj formi. Osim toga, latinski organizacioni tip javnog beležništva u zakonima ne zabranjuje zaključivanje i drugih pravnih poslova u formi javnobeležničke isprave. Primer za ovo su javnobeležničke overe kao »uobičajeni akti« za overu izjave o jemstvu, ugovora o prodaji. Fakultativna delatnost beležnika, koja se osniva na slobodnom izboru stranaka da se obrate beležniku za pojedine radnje i sastavljanje isprava, uslovljena je opštim principom prenošenja nadležnosti. Fakultativna nadležnost beležnika uvek se koristi opštim principom prenošenja, jer beležnik sastavlja javnobeležničke isprave i za pravne poslove koje zakon ne zahteva njevu imperativnu formu, a na zahtev stranke, koje najčešće koriste javnobeležničku formu isprave radi jače pravne sigurnosti. Nadležnost javnog beležnika određena je zahtevom stranke, odnosno njihovim sporazumom. Stranke najčešće koriste formu javnobeležničke isprave radi jačanja pravne sigurnosti.

Opšta formula prenošenja nadležnosti sa suda na beležnika ogleda se i u pojedinim pravnim sistemima u oblasti organizacije pravosudnog sistema. Primer za ovu formulu ima Švajcarska, koja za formu javnobeležničke isprave predviđa

⁶ Član 176. stav 1. ZN Hrvatske predviđa: »Ostavinski se postupak u prvom stupnju provodi pred općinskim sudom odnosno pred javnim bilježnikom kao poverjenikom suda.«

⁷ Član 240. ZN Hrvatske.

nadležnost federalnog prava. Kantoni imaju slobodu da donose modalitete autentične forme. Primat federalnog prava nad kantonalnim pravom spojen je sa prenosom nadležnosti koje uređuje federalno pravo.⁸ To bi značilo da je sadržaj javnobeležničke delatnosti predviđen federalnim pravom, odnosno preneti nadležnost sa sudova i drugih organa određena je generalnom formulom prenošenja jer kantoni moraju da slede opšti princip prenete nadležnosti, koji je usvojilo federalno pravo i propisano je za institut beležništva. Ovo se odnosi na organizaciono uređenje Švajcarskog sistema beležništva.

Poslovi depozita takođe spadaju u nadležnost beležnika. Zakoni latinskog organizacionog tipa se služe generalnom metodom prenošenja ove nadležnosti, bez obzira da li je ona predviđena kao fakultativna, ili konkurentna nadležnost suda, te predviđaju da beležnik može da preuzme na čuvanje isprave bilo koje vrste, bez obzira da li ih je sačinio ili ne.

Nepreciznost zakonske formulacije uslovljena je apsolutnom nadležnošću suda, a to je da po potrebi poveri određenu radnju ili postupak beležniku, kao pomoćnom organu. Naime, nadležnost beležnika u odnosu na već utvrđenu nadležnost vanparničnog suda kao opšte i apsolutno nadležnog za vanparnični postupak, izvedena⁹ je iz ovog postupka, odnosno preneti nadležnost na javnog beležnika uslovljena je rasterećenjem suda.

Možemo zaključiti da se generalna formula prenošenja ovlašćenja na institut javnog beležništva primenjuje u uporednom pravu kada je u pitanju postupanje beležnika po nalogu suda. Ona je više izražena u pravima zemalja koje nemaju dugu tradiciju ovog instituta. Osim toga, u mnogim zemljama je ostavljeno da se nadležnost javnog beležnika uredi posebnim zakonima. Kao što smo već napomenuli, Zakonom o javnom bilježništvu Hrvatske je predviđeno sprovođenje ostavinskog postupka po nalogu suda, ali ovlašćenje sprovođenja ostavinskog postupka beležnik je dobio tek donošenjem novog Zakona o nasleđivanju Hrvatske. Fakultativna nadležnost javnog beležnika uslovljena je izborom stranaka, a kao što smo već naveli, to je osnov za primenu opšte formule postupanja javnog beležnika. Generalna formula prenošenja postoji kao teorijski prin-

⁸ Mooser, M., *La droit notarial en Suisse*, Berne, 2005, str. 15: »Primat federalnog prava nad kantonalnim pravom spojen je sa prenosom nadležnosti koje uređuje čl. 55. T.F.CC, koji navodi sledeće principe suprotne onim što bi podrazumevao čl. 55. T.F.CC kantoni nemaju slobodu da donose modaliteta autentične forme kao što oni smatraju. Oni moraju da uređuju autentičnu formu tako da ciljevi koji ta forma sledi mogu da budu postignuti i da poštuju minimalne zahteve koje nameće federalno pravo«.

⁹ Rakić-Vodinić, V., *Pravosudno organizaciono pravo*, Beograd, 1994, str. 32, smatra da se u funkcionalnom smislu »pod relativnom nadležnošću pravosudnih organa radi o raspodeli nadležnosti između sudova, tužilaštva i pravobranilaštva. U ovakvoj raspodeli poslova, sudovima pripada izvorna, organarna nadležna, a ostalim pravosudnim organima, izvedena nadležnost«.

cip i nije konkretizovan kao čist model u praksi zemalja koje imaju institut beležništva. Treba podvući da se generalnom metodom prenošenja nadležnosti služio i Zakon Kraljevine Jugoslavije kada je javni beležnik postupao po nalogu suda.¹⁰

TAKSATIVNI MODEL

Evropska zakonodavstva latinskog organizacionog tipa, kao model prenošenja ovlašćenja sa suda na javnog beležnika, koriste taksativno nabranje prenesenih poslova na javnog beležnika, koristeći indikativno nabranje njegovih poslova i ovlašćenja i tako određuju nadležnost beležnika. Egzaktno zakonsko određivanje nadležnosti, a samim tim i delatnost javnog beležnika predviđena je u latinskom organizacionom tipu kod sastavljanja javnobeležničkih isprava. Imperativnost javnobeležničkog akta predviđena je za pojedine pravne poslove kojima zakonodavac želi da da posebnu važnost, pa su stoga zakonima o javnom beležništvu i drugim zakonima materijalnog prava¹¹ predviđeni pravni poslovi koji moraju da se zaključe u formi javnobeležničkog akta. Zakoni zahtevaju poštovanje autentične forme kao uslov njihove validnosti.¹² U pojedinim zakonima o beležništvu¹³ predviđeni su poslovi u formi javnobeležničkog akta – zapisa koje je sud pre uvođenja istituta beležništva overavao i potvrđivao u vanpar-

¹⁰ Član 221, 222, Zakona o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije Sl. novine 220/1930 u daljem tekstu ZJB KJ, član 26. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije.

¹¹ Forma javnobeležničke isprave za pravne poslove nije uvek predviđena u Zakonu o javnom beležništvu, već i drugim zakonima materijalnog prava, a iz razloga što se domen njenog korisnog dejstva određuje naknadno i postiže pravna sigurnost u pravnom saobraćaju. Članom 52. st. 7. Zakon o notarima Crne Gore, Sl. list 68/05,48/08 u daljem tekstu ZN Crne Gore „predviđeno je pored taksativno nabrojanih poslova: »i pravni poslovi za koje je zakonom određeno da moraju biti sklopljeni u pismenoj formi«.

¹² Code civil Francuske predviđa: bračne ugovore (član 1394), konstituisanje hipoteke (član 2127), testamente (član 971). Članom 53. ZJB Hrvatske predviđeni su: ugovori o uredenju imovinskih odnosa među bračnim drugovima i osobama koje žive u vanbračnoj zajednici; ugovor o raspolaganju imovinom maloletnih osoba i osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost; poklona bez predaje stvari u neposredan posed, poklonoprimeca; svih pravnih poslova među živima koje osobno preduzimaju slepi ili gluvi koji ne znaju čitati ili nemi koji ne znaju pisati. Slovenija članom 47. ZJBSlovenije, predviđa: ugovore o raspolaganju imovinom osoba, kojima je oduzeta poslovna sposobnost; ugovor o sređivanju imovinskih odnosa između supružnika; ugovor o izručenju i podeli imovine za života; ugovor o doživotnom izdržavanju i sporazumu o neprihvatanju nasledstva; obećanje pokolona i ugovor o poklonima u slučaju smrti; ugovor o kupovini sa pridržavanjem prava vlasništva; ali tu navodi i druge pravne poslove za koje zakon određuje da moraju biti sklopljeni u obliku zapisa koji je sačinio javni beležnik.

¹³ Član 47. ZJB Slovenije, član 52. stav 3. ZN Crne Gore.

ničnom postupku, a to su ugovori naslednopravnog karaktera, odnosno ugovor o raspodeli imovine za života, ugovor o doživotnom izdržavanju. U suprotnom, ovi poslovi ne mogu da se smatraju pravno valjanim, i ne mogu proizvoditi pravno dejstvo.

Uobičajeno je da Zakoni o javnom beležništvu definišu i vrste overa privatnih isprava kao najčešće indikativno nabrajaju overu nejavnih isprava: prepisa, prevoda, overu odluka organa upravljanja.¹⁴ U evropskom zakonodavstvu taksativno su nabrojane potvrde koje izdaje javni beležnik. To su: potvrda o vremenu kada je isprava predočena, potvrda da je neko živ, potvrda o punomoćju za zastupanje, potvrde o protestovanju menice, potvrdu i primanje izjave pod zakletvom,¹⁵ mada postoje i specifičnosti koje predviđa mađarsko uređenje,¹⁶ a novina je kod potvrđivanja činjenica u snimanje informacije i potvrđivanje i izvlačenja na tenderu.

Pored toga, latinski organizacioni tip javnog beležništva predviđa poslove depozita kao i postupanje po nalogu suda i zastupanje.

MODEL ZABRANE

Model zabrane je teško primenljiv u praksi. Ovaj model bi pretpostavljao da se beležniku zabranjuje obavljanje određenih poslova i pravnih radnji tako da se određuje njegova nadležnost. Nadležnost suda i drugih državnih organa određena je ustavom i zakonom. Teorijski, nadležnost bi se mogla odrediti zabranom preduzimanja određenih radnji ili postupanja u postupcima pomoću drugih zakona, i odrediti njegova nadležnost. Određivanje nadležnosti putem zabrane postupanja beležnika u praksi bi dovelo do problema. Nadležnost javnog beležnika mora biti određena pravnim aktom, ustavom i zakonom. Određivanjem koji poslovi ne mogu spadati u javnobeležničku delatnost ne bi se mogla obuhvatiti sadržina njegove delatnosti.

Model zabrane kao dodatno rešenje, uz korišćenje taksativnog i opšteg modela, odnosno formule, predviđa nacrt zakona.¹⁷ Tu su taksativno nabrojani pos-

¹⁴ Član 34–35, 76. ZJB Hrvatske, član 94. Zakon o notarima Federacije BiH, Sl. novine 45/02 u daljem tekstu ZN FBiH, član 96. NZJB Srbije.

¹⁵ Član. 60, 61, 73, 78, 80, 81. ZJB Hrvatske, član 62–67. Zakon o notarskoj službi Makedonije, Sl. glasnik 56/08 u daljem tekstu ZN Makedonije, čl. 56. Zakon o javnim beležnicima Slovačke, 63/93, 232/95, 526/02, u daljem tekstu ZJB Slovačke.

¹⁶ Čl. 144. Zakon o javnim beležnicima Mađarske, u daljem tekstu ZJB Mađarske.

¹⁷ Čl. 99. NZJB Srbije predviđa poslove koje sud ne može poveriti javnom beležniku: proglašenje nestalnog lica za umrlog i dokazivanje smrti, zadržavanje u zdravstvenoj ustanovu, lišenje i

tupci iz Zakona o vanparničnom postupku koje ne bi mogao obavljati javni beležnik, a odnosi se na statusne i imovinske stvari, jer su redaktori ovog nacрта odredili poslove u kojima može postupati javni beležnik, polazeći od načina zaštite i rasterećenja sudova koje se postiže beležništvom, te opreza radi nabrojali poslove koje on ne bi mogao obavljati.

Model kao takav, može biti razmotren sa aspekta prenošenja javnog ovlašćenja na javnog beležnika i njegovog postupanja u javnobeležničkom postupku. Zabrana postupanja u određenim delatnostima ogleđa se pre svega na posredovanje ili lično angažovanje ali i preuzimanje advokatskih poslova. On se ispoljava u zabrani učešća javnog beležnika koji obuhvata izuzeće javnog beležnika i odbijanje službene radnje.

Javni beležnik je dužan da proverí da li postoji zabrana njegovog učešća u postupku.

Zakonske pretpostavke isključenja beležnika

Javni beležnik svoj posao mora da obavlja objektivno i nezavisno. Njegov odnos prema strankama je odnos na osnovu službene dužnosti. Uslov za izuzeće javnog beležnika je upravo zakonom predviđena zabrana za poslove gde je on stranka, zakonski zastupnik, srodnik po krvi u pravoj liniji ili pobočnoj do određenog stepena. Ovo je zakonska pretpostavka za isključenje javnog beležnika, te je on dužan da uskrati obavljanje radnje i sačinjavanje javnobeležničke isprave.¹⁸ Na ovu zabranu javni beležnik pazi po službenoj dužnosti, jer svaka zabrana radnje javnog beležnika ima za cilj da izbegne kršenje njegovih zakonskih obaveza, a posebno njegovu funkciju nezavisnosti i nepristrasnosti. Zakonska pretpostavka isključenja javnog beležnika povezana je sa pretpostavkom pristrasnosti koja budi sumnju u njegovu nezavisnost i nepristrasnost, a samim tim i sumnju u kršenje njegovih zakonskih obaveza. Pojam »zabrana učešća« obuhvata uzdržavanje javnog beležnika od vršenja dužnosti ako je povezan tako blisko sa učesni-

vraćanje poslovne sposobnosti, lišenje i vraćanje roditeljskog prava, određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost, vođenje javnih knjiga i registara.

¹⁸ Član 37. stav 1. ZJB Slovačke, član 27. stav 3. ZN Makedonije, član 22. ZJB Slovenije, član 7. ZON VV Luksemburga, član 3. ZII i član 16. Savezne uredbe o notarima Nemačke, u daljem tekstu SZoN, član 28 ZN Crne Gore, dok. članom 52 ZN FBiH predviđa da se u pogledu izuzeća beležnika primenjuju odredbe Zakona o upravnom postupku a po našem mišljenju pravilnije ZJB Hrvatske članom 36. predviđa da se odredbe o izuzeću primenjuju po pravilima parničnog postupka /član 71 ZPP/, jer se na izuzeće sudije i njegovih zapisničara porotnika primenjuju u vanparničnom postupku pravila o izuzeću tih osoba.

cima da ga čini pristrasnim. Zbog toga kod sačinjavanja beležničke isprave i preduzimanje radnji u slučaju kada postoji zabrana učešća povlači ništavost same isprave. Formalno učešće se proširuje na materijalno učešće beležnika.

*Izuzeće zamenika javnog beležnika i službenika
u kancelariji*

Javni beležnik kao nosilac javne funkcije podleže strožem režimu povrede profesionalne dužnosti u odnosu na pripadnike drugih profesija. Zbog toga uslov za isključenje javnog beležnika odnosi se i na njegove zamenike i lica koja rade u kancelariji. Naime, javni beležnik prilikom vođenja postupka mora da izbegne utisak da je u zavisnosti od jednog učesnika čiju ispravu sačinjava, i da je sa njim povezan na bilo koji način koji bi se smatrao pristrasnim. Zakoni o beležništvu predviđaju pretpostavku za isključenje javnog beležnika u slučaju izdavanja isprave kojima su se njegov zamenik i pomoćnik ranije bavili (npr. savetodavna i kontrolna delatnost revizora, poreskog savetnika, zabranjuje učešće beležničkog zamenika u poslovima dotičnog klijenta).¹⁹

*Pretpostavke za preduzimanje javnobeležničke radnje
kod zabrane učešća – povlačenja izuzeća*

U slučaju kada se radi o poslu u kome učestvuje više stranaka, stranke mogu da se saglase da povlače izuzeće beležnika, ali je beležnik dužan da saglasnost stranaka unese u formi napomene. Ova saglasnost stranaka u zapisniku je procesna pretpostavka za povlačenje izuzeća i stranke nemaju pravo žalbe.²⁰

*Specifičnost oblika isključenja javnog beležnika zbog kolizije
sa advokatskom delatnošću u Nemačkoj*

Savezna uredba o beležnicima²¹ i Zakon o izdavanju isprava²² predviđaju zabranu učešća beležnika ako je vršio delatnost advokata. Pod učešćem beležnika

¹⁹ Vaasen, Strake, 1998, Komentar SZoN, cit. kod Fabbender, Grauel, Kamp, Ohmen, Peter, Roemer, Notariatskunde, 14. Auflage Munchen, 2001, str. 670.

²⁰ Član 3. stav 1. SZoN, član 8. Zakona o izdavanju isprava Nemačke od 26. 08. 1969/2002. g. u daljem tekstu ZII Nemačke.

²¹ Član 3. stav 1. SZoN.

²² Član 7. ZII Nemačke.

smatra se učešće u materijalnom smislu, a koje postoji u slučajevima kada su povređena prava stranke.²³ Beležnik je isključen prilikom izdavanja isprava, ako između njegove advokatske i beležničke delatnosti postoji uska povezanost. Povezanost podrazumeva ekonomsko-pravne odnose obuhvaćene ispravom. Pod pojmom učešća beležnika podrazumeva se njegovo materijalno učešće.²⁴ Na primer, beležnik koji je imao punomoćje za razvod braka u svojstvu advokata ne može u svojstvu beležnika da izda ispravu o sporazumnom izdržavanju ili podeli imovine, bez obzira na to što mu je stranka uputila zahtev.

Izuzeće u odnosu na treća lica u postupku

Beležnik koji zastupa stranku u nekom postupku kao advokat ne može istoj stranci da izda kao beležnik overenu ispravu o priznavanju duga od strane drugog lica (dužnika) ili zasnivanju hipoteke, koja se priznaje advokatskom klijentu kao poveriocu.

Izuzeće beležnika – advokata se odnosi na »neposredne« učesnike u postupku ali i na »treća lica«. Beležniku je apsolutno zabranjeno da kao advokat zastupa bilo kog učesnika prilikom realizacije njegovih prava na osnovu isprave koju je izdao kao advokat (na primer, zastupanje sanaslednika ako je sačinjavao testament ili zastupanje kupca ili prodavca u sporovima kupoprodajnih ugovora koje je kao beležnik sačinio).²⁵ Poverenje u beležničko zanimanje je ugroženo ako advokat – beležnik koji je bio službeno angažovan od strane više učesnika u nekom predmetu, pridaje važnost jednom učesniku u sporu nastalom na osnovu tog predmeta i tu stranu savetuje ili zastupa. Pri tome je svejedno da li su uloženi materijalnopравни ili formalnopравни prigovori protiv overe ili na osnovu nastalih okolnosti, kao što je odlaganje učešća, itd.²⁶

Učešće beležnika – advokata stvara situaciju kod njegove nepristrasnosti jer je obaveza advokata usmerena da pomogne svojoj stranci i postigne uspeh. Nemački zakonodavac je ovaj konflikt, spajanja dve profesije u jednoj, razrešio zabranom vršenja poslova.²⁷

²³ Vaasen, Strake, 1998, cit. Fabbender i dr., 2001, str. 46.

²⁴ Fabbender i dr., 2001, op. cit., str. 46.

²⁵ Član 14. stav 2. tačka. 3. Saveznog zakona o advokaturi Nemačke predviđa da beležnik prilikom svoje advokatske delatnosti mora da izbegne sve što je u suprotnosti sa njegovom funkcijom nezavisnog nosioca službe i nezavisnog pomoćnika učesnika, ili što može dovesti do ugrožavanja poverenja u njegovu nepristrasnost od strane lica koja traže njegovu pomoć.

²⁶ Seybold/Scippel, 1988, SZoA, br. 50, cit. kod Fabbender, op. cit., str. 616.

²⁷ Kod overe, sastavljanje isprava kao i kod zastupanja predvideo je u SZoN, i Saveznim Zakonom u advokaturi.

Predviđena je zabrana njegovog učešća za poslove koji su prema zakonu nedopustivi ili se sumnja da ih stranke zaključuju samo prividno, da bi izbegle zakonske obaveze, kao i ukoliko bi to oštetilo treću osobu. On mora odbiti službenu radnju kada su pravni poslovi koje stranke žele da zaključe ili izjave volje protivne javnom poretku, prinudnim propisima i moralnim pravilima. Bez obzira na autonomiju volja koja je predviđena u obligacionim odnosima, javni beležnik po službenoj dužnosti mora da pazi da li se radi o zahtevima stranaka kojima mogu raspolagati. Takođe, on ne može službenu radnju preduzeti ako se radi o maloletnom ili poslovno nesposobnom licu, s obzirom na to da ta radnja ne bi mogla da bude pravno valjana. Međutim, ukoliko su izjave stranaka nejasne, nerazumljive i dvosmislene, on mora ukazati strankama na mogućnost sporova i pravnih smetnji, odnosno poučiti ih o pravnim posledicama manjkavog pravnog posla,²⁸ ali mora uneti upozorenje i pouku. U tom pogledu je pouka upozorenje na manjkavost pravnog posla koja se ukazuje strankama. Odbijanje službene radnje povezano je sa osnovnim elementima javnobeležničke službe, a to su nepristrasnosti i nezavisnosti. Zabrana postupanja beležniku predviđena je i u slučaju njegovog kršenja zakonskih obaveza, odnosno njegovog kršenja osnovne funkcije javnog ovlašćenja i poverenja koje obuhvata nepristrasnost i nezavisnost.

U prenete poslove javnog beležnika spadaju poslovi depozita. Kod javnobeležničkog depozita izričito je predviđena zabrana da javni beležnik čuva novac, hartije od vrednosti, ako nije sačinio javnobeležničku ispravu. Preneta nadležnost na javnog beležnika ogleda se u javnom ovlašćenju i postupanju u poslovima koji su izvedeni iz sudske nadležnosti. Javni beležnik se stara o zakonitosti pravnog posla, njegovoj sigurnosti i realizaciji. Čuvanje stvari ili isprava je vid realizacije pravnog posla, pretpostavka za ispunjenje i obezbeđenje obaveza. Javnobeležnički depozit pretpostavlja autonomiju volja ugovornih stranaka, pa je čuvanje vid obezbeđenja pravnog posla, radi ispunjenja obaveza koje se najčešće javljaju kod ugovora o zalozi, fiduciji i drugih. Stoga čuvanje stvari i novca, hartija od vrednosti ne spada u domen javnobeležničke službe ukoliko nije u vezi sa ispravom koju je sačinio javni beležnik, jer se njegov položaj ne može izjednačiti sa položajem ostavoprimca. Dakle, kao takav ovaj vid delatnosti je zabranjen, jer beležnik nema ulogu ostavoprimca i njegov položaj je određen samim zakonima o javnom beležništvu.

Zakoni latinskog organizacionog tipa predviđaju zabranu zastupanja beležnika u sudskim postupcima.

²⁸ Član 48. ZN Crne Gore, član 81. ZN FBiH.

Pojedina zakonodavstva predviđaju da javni beležnik može zastupati stranke pred sudovima i drugim državnim organima ukoliko je predmet u neposrednoj vezi sa ispravom koju je sačinio javni beležnik.²⁹ Zastupanje podrazumeva pribavljanje dozvole za poslove izdavanja isprave kod suda ili državnih organa, postupanje učesnika u poreskim pitanjima ukoliko je poreski posao samo zasnovan na poslu za izdavanje isprave.

Punomoćje kojim stranka ovlašćuje javnog beležnika je sredstvo za izvršenje pravnog posla u cilju realizacije ugovora. Možemo razlikovati u tom kontekstu dve vrste zastupanja. Zastupanje radi pribavljanja raznih dozvola kod državnih organa ili sudova ili raznih saopštenja, kao što je, na primer, odustajanje od prava na kupoprodaju, ili saopštenja o kupoprodaji licima koja imaju pravo preče kupovine, ili o prihvatanju hipoteke dužniku. Ovo drugo bi bilo zastupanje prilikom realizacije pravnog posla, i zbog obezbeđenja pravnog posla, što bi se smatralo radnjama izvršenja beležnika. Ovo zastupanje povezano je sa sačinjavanjem izvršne javnobeležničke isprave, koja radnja se preduzima radi obezbeđenja potraživanja. Takođe, javni beležnik nesumnjivo obavlja i radnje izvršenja radi realizacije pravnog posla radi obezbeđenja potraživanja. Radnje izvršenja su i dostavljanje izjave poverioca da prihvata kao obezbeđenje određenu stvar, zahtev za upis u založni registar ili zahtev za upis u zemljišne knjige kada se radi o nepokretnosti. Ovo je osobeni vid zastupanja beležnika, a koje preuzima prilikom izvršenja obezbeđenog potraživanja, odnosno realizacije ugovora. Prilikom preuzimanja radnje radi obezbeđenja ugovora beležnik ima funkciju zastupanja ali u okviru svoje povereničke delatnosti,³⁰ pri tom je nepristrasni poverenik svih stranaka. Naime, zakoni latinskog organizacionog tipa predviđaju zabranu zastupanja javnog beležnika u sudskim postupcima ukoliko nije sačinio ispravu, jer ova zabrana je povezana sa položajem javnog beležnika čija funkcija je nespojiva sa položajem advokata.

Specifičan oblik zabrane preuzimanja određenih radnji predviđen je za advokata – beležnika u Nemačkoj³¹ u slučaju da između njegove advokatske i beležničke delatnosti postoji uska povezanost.

Generalni model prenošenja ovlašćenja je u suštini neprecizan, jer uopštava delokrug poslova beležnika. Ovim modelom se ne može razgraničiti nadležnost poslova između suda i instituta beležništva zbog toga što je neprecizan. Međutim, elastičnost ove formule se ogleda u tome što je prilagodljiva, naročito kada javni beležnik postupa kao poverenik suda. Javno beležništvo je institut koje je

²⁹ Član 5. stav 1. ZJB Slovenije, član 1, 24. stav 1. SZoN.

³⁰ Reithmann, Albrecht, *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, 8. Auflage, Köln–Berlin–Bonn–München, 2001, str. 274.

³¹ Član 3. stav 1. SZoN i član 7. ZII Nemačke.

rasteretilo sudove, pa prilagodljivost ovog modela je baš u tome da sud može ustupiti određenu radnju javnom beležniku, na primer, u izvršnom postupku, u čuvanju stvari ili u ostavinskom postupku, kada je potrebno hitno delovanje suda – kao kod mera obezbeđenja. Ovaj model se u praksi primenjuje onda kada je osnov nadležnosti javnobeležničke delatnosti određen sudskim aktom. Nepreciznost ovog modela ogleda se kod određivanja nadležnosti javnog beležnika, a to je da li je za određenu stvar nadležan javni beležnik ili sud, tako da postoji opasnost od omaške.

Dobra strana indikativne formule prenošenja ovlašćenja sa suda na beležnika je njena preciznost, tako da ne postoji bojazan od omaške u nadležnosti javnog beležnika, suda ili drugog organa. Međutim, nedostatak je u neelastičnosti i neprilagodljivosti, jer zakonodavac ne može predvideti sve životne situacije i podvesti ih pod jednu normu.

Karakteristika modela zabrane je u tome što se zabranjuju određeni poslovi beležniku, tako da on ne može ni imati uzora u praksi, jer se negativnim određivanjem nadležnosti ne može odrediti delatnost javnog beležništva.

ZAKLJUČAK

Beležništva latinskog organizacionog tipa su usvojila generalni i indikativan model prenošenja ovlašćenja sa suda na beležnika, određivši generalno delokrug poslova beležnika i njihovo indikativno nabrojanje, s tim što u samim zakonima o beležništvu nisu indikativno nabrojani svi poslovi beležnika, već su oni predviđeni i u drugim zakonima. Kod depozita zakonska formulacija je da se »sve isprave prime na čuvanje«, iako nisu u vezi sa ispravom koju je sačinio. Zakoni indikativno i ne mogu da nabroje sve isprave koje bi stranke beležniku mogle dati na čuvanje. Od same organizacije ovog instituta svake pojedinačne zemlje, zavisi i primena metoda prenošenja nadležnost na beležnika.

MILENA TRGOVČEVIC-PROKIĆ, LL.D.,
Non-contentious Department Head,
First Basic Court in Belgrade

METHODS OF TRANSMITTING COMPETENCY
FROM JUDICIARY TO THE INSTITUTE
OF NOTARY PUBLIC

Summary

The prevailing organization type of notary public adopts a general and an indicative model of transmitting the tasks from the judiciary to the notary public, by determining the sphere of work of the notary public and their indicative counting. Although, in the notary public law itself all the tasks of the notary public are not counted indicatively, they are specified in other laws. In the case of the deposit, the legal formulation is that all the documents are stored by the notary public, although these documents are not necessarily constituted by him. The law cannot count all the documents that the clients may give to the notary public for keeping. The method of transmitting the competency from the judiciary to the notary public depends on the specific organization of this institution in each country.

VANREDNA REVIZIJA
– III revizija po dopuštenu –

U V O D

Sistem vanrednih pravnih lekova, posebno pravni tretman revizije kao vanrednog pravnog leka, u najvećoj meri je uslovljen pravno-političkim razlozima. Ustavne norme ne garantuju pravnim subjektima pravo na pojedinačne, enumerativno nabrojane vanredne pravne lekove. Izričito je priznato »pravo na žalbu« i, uopšteno, pravo na »drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o (njegovom) pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu«. ¹ To omogućava različit pristup u normiranju, pre svega, vrsta vanrednih pravnih lekova u sudskim postupcima uopšte, pa i u parničnoj proceduri, upravo u skladu sa pravno-političkim ciljevima. No, bez obzira na to da su ovi ciljevi ponekad efemerni, potreba garantovanja pravne sigurnosti i u civilnim sudskim postupcima mora biti najviši cilj i stoga i u osnovi uspostavljanja modela ovakvih postupaka i, u njihovim okvirima, sistema pravnih lekova, redovnih i vanrednih podjednako.

Pravna sigurnost u civilnim sudskim postupcima omogućena je zakoni- tošću, pravilnom primenom prava, a posledica je zakonita i pravilna odluka uz poštovanje prava na suđenje u razumnom roku. ² Nesporno je da je to cilj kome

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Videti odredbu čl. 36/2 Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98, od 10. 11. 2006.

² Član 6/1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 1950, kao segment »prava na pravično suđenje«, uz garantije i da postupa nezavisan i nepristrasan sud obrazovan na osnovu zakona, te garantije prava na pravičnu i javnu raspravu.

teži ukupno pravosuđe, ali je, takođe, nesporno, i da postoje »neograničeni (...) i nepredvidivi subjektivni i objektivni razlozi koji u konkretnom slučaju mogu dovesti u pitanje ostvarenje pravosudnih zadataka«. ³ Donošenje zakonite i pravilne odluke postiže se doslednom realizacijom tri međusobno uslovljene osnovne sudske funkcije: (1) – (spro)vođenje zakonom određenog postupka; (2) utvrđenje pravno relevantnih činjenica u takvom postupku, i (3) primena pravnog pravila na tako utvrđen činjenični korpus. ⁴ Dovoljna je greška u realizaciji samo jedne od ovih funkcija da bi posledica bila nezakonita i nepravilna odluka. Takođe, one su često uzajamno uslovljene. Pri tome, formulisanje konkretnog činjeničnog stanja, ali i odabir apstraktnog pravnog pravila »o pravnoj posledici za koju u datom slučaju treba utvrditi da li je nastupila« ⁵, kao i sam postupak supsumpcije, nosi i najveći rizik mogućih grešaka.

Pravna sigurnost postiže se i jedinstvenom primenom procesnog i materijalnog prava u identičnim sporovima, odnosno otklanjanjem neujednačenosti u praksi sudova koji primenjuju pravo. To su i ciljevi koji se, pre svih, realizuju pravom na reviziju kao vanrednim lekom i odlukom po reviziji, koju donose najviši nacionalni sudovi.

Nacionalni pravni sistemi garantuju pravo na pravni lek, a Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odredbom člana 13, garantuje »pravo na delotvoran pravni lek« pred nacionalnim vlastima svakome kome su povređena prava i slobode čiji korpus konvencija sadrži i bez obzira na to da li su povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.

Naš Zakon o parničnom postupku predviđa nekoliko vanrednih pravnih lekova: redovnu reviziju protiv presude, ⁶ vanrednu reviziju protiv presude, ⁷ reviziju protiv rešenja, ⁸ ponavljanje postupka ⁹ i zahtev za zaštitu zakonitosti, ¹⁰ a pod

³ Videti, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, Gradansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 658.*

⁴ Videti umesto svih, *Siniša, Triva; Dika, Mihajlo, op. cit, str. 579–581, 658; kao i Dika, Mihajlo, Gradansko parnično pravo, Parnične radnje, V knjiga, Zagreb, 2008, str. 150. i 151.*

⁵ Poznić, Borivoje; Rakić-Vodinić, Vesna, *Gradansko procesno pravo, Beograd, 2010, str. 49.*

⁶ Videti odredbe čl. 394–411. (izuzev odredbe čl. 395) Zakon o parničnom postupku, Sl. glasnik RS, 125/2004, kao i čl. 38. i 39. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 111/2009. U daljem tekstu koristimo za osnovni tekst Zakona skraćenicu »ZPP (2004)«, a za izmenjeni tekst »ZPP (2009)«.

⁷ Videti odredbu čl. 395. ZPP (2004).

⁸ Videti odredbe čl. 412. ZPP(2004) kao i odredbu čl. 40. ZPP(2009).

⁹ Videti odredbe čl. 422–429. ZPP(2004), kao i odredbe čl. 41–44. ZPP (2009).

¹⁰ Videti odredbe čl. 413–421. ZPP (2004).

određenim uslovima to je i žalba sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje.¹¹ Značajne izmene učinjene poslednjih godina u funkcionalnom parničnom zakonodavstvu upravo su uvođenje dva sasvim nova vanredna pravna leka – vanredne revizije i tzv. direktne revizije, obe po ugledu na nemačko pravo. No, preuzimanje nije ni dosledno ni potpuno, pa ta činjenica, u kombinaciji sa dosta visokim vrednosnim limitom za redovnu reviziju može otvoriti i sistemski problem revizije kao pravnog leka.

Karakteristike vanredne revizije

Vanredna revizija¹² predviđena je prvi put Zakonom o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004, a rešenje nije menjano novelom Zakona iz 2010. Zakon, inače ne imenuje ovaj pravni lek, već samo ovlašćuje apelacioni sud¹³ da dozvoli izjavljivanje »revizije« i pod uslovima iz odredbe čl. 395. ZPP (2004). Zakon sumarno, istom odredbom, utvrđuje posebne uslove za izjavljivanje vanredne revizije. Zakon, nadalje, nema ni jednu posebnu odredbu o ovom pravnom leku što bi, praktično, značilo, da se odredbe Zakona o redovnoj reviziji odnose i na vanrednu.

Tako bi se, pre svega, moglo ustvrditi da je i vanredna revizija: vanredan, samostalan, devolutivan, nesuspendivan, ograničen, prekluzivan i dvostran pravni lek.¹⁴ Način etabliranja u Zakonu ukazuje na supsidijarnost i dopunski karakter.¹⁵

¹¹ Videti odredbe čl. 389–393. ZPP (2004), kao i odredbe čl. 37. ZPP (2009).

¹² U inače veoma skromnoj pravnoj literaturi koja pominje ovaj vanredni pravni lek terminologija nije ujednačena. Stanković, Gordana, *Gradansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo*, Niš, 2010, str. 515, kao i *Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, op. cit.*, npr. str. 722, koriste navedeni pojam. Isti termin nalazimo i kod Janevski, Arsen; Zoroska-Kamilovska, Tatjana, *Gradansko procesno pravo, Knjiga prva, Parnično pravo*, Skopje, 2009, npr. na str. 469. Kod Požnić, Borivoje; Rakić-Vodinić, Vesna, *op. cit.*, str. 418. nailazimo na termin »revizija po dopušte-nju«.

¹³ Apelacioni sud je drugostepena instanca u postupku po žalbama protiv presuda osnovnih sudova, kada za odlučivanje nije nadležan viši sud (čl. 24/1. t. 3. Zakona o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, br. 116/2008 i 104/2009, u daljem tekstu *ZuS*). Viši sud, naime, u svojoj funkciji drugostepenog, odnosno žalbenog suda sudi samo po žalbama protiv rešenja donesenih u građanskop-ravnim sporovima i po žalbama na presude donesene u sporovima male vrednosti, gde je, inače, revizija po ZPP isključena, odnosno i po žalbama protiv odluka donesenih u izvršnim i vanpar-ničnim postupcima (čl. 23/2. t. 2 *ZuS*).

¹⁴ Opšte osobine revizije, umesto svih, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 718.

¹⁵ Tako, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 722.

Novelom ZPP iz 2009. novčani limit za izjavljivanje revizije značajno je povećan, kako je pomenuto, ali nije to i jedini razlog potrebi uvođenja vanredne revizije. U osnovi, naime, vrednost predmeta spora ne mora biti i direktno proporcionalna značaju onih procesnopravnih i materijalnopravnih pitanja koja se tokom postupka otvore, odnosno pokažu kao sporna. Tako je i ranije, pri nižem limitu postojala mogućnost, uvek kada revizija nije uopšte dopuštena, da se na njih ne dobije odgovor, odnosno da se o njima ne izjasni najviši sud po reviziji, a onda i u okviru funkcije van suđenja. Bez ovog pomoćnog vanrednog pravnog leka problem bi i dalje postojao. Otuda, i bez obzira na restriktivnost modela, odnosno potencijalnu opasnost da apelacioni sudovi, preopterećeni predmetima, ne posvete pažnju prepoznavanju pravnih pitanja od opšteg značaja, te da se pokaže da je ovaj pravni lek nedelotvoran, već i samo postojanje mogućnosti rešavanja predstavlja pomak u odnosu na prethodna rešenja.

Ograničenost vanredne revizije

Ograničenost vanredne revizije mora biti shvaćena drugačije u odnosu na redovnu. Dakle, ograničenja postoje s obzirom na vrstu odluka protiv kojih se može podneti, odnosno razloge zbog kojih se može podneti, uz dodatak značajnog ograničenja da se o pravu na izjavljivanje ove vrste revizije uvek izjašnjava prethodno apelacioni sud. I upravo to uslovljava zaključak da je reč o vanrednom pravnom leku koji apelacioni sud može da dopusti ako pravo na reviziju nije isključeno u određenim sporovima bilo ZPP-om, bilo nekim drugim posebnim zakonom,¹⁶ kao i pod uslovom da u tom sporu nije dopuštena redovna revizija (npr. ne bi bila dopuštena u sporu male vrednosti ili sporovima o smetanju državnine, ali i npr. u bračnim sporovima).¹⁷

Takođe, treba pomenuti i da ZPP locira odredbu o vanrednoj reviziji u one koje se tiču redovne revizije u opštem parničnom postupku, te da, u tom kontekstu, opravdano, koristi izraz »apelacioni sud«. Redovna revizija je, međutim, dopuštena i u privrednim sporovima pod određenim uslovima,¹⁸ a odredbe o redovnoj reviziji se primenjuju i u ovim sporovima, ako nema specifičnih rešenja

¹⁶ Ovaj dodatak »bilo nekim drugim posebnim zakonom«, međutim, naš ZPP ne sadrži. A niz zakonskih tekstova ima izričite odredbe upravo o isključenju prava na reviziju. Novela iz 2009. ZPP u odredbi čl. 38. u stavu 3. sadrži, pak, »pozitivnu« odrednicu da je revizija uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom određeno.

¹⁷ Videti odredbe čl. 450. i 478/6, 450. ZPP (2004), za postupak u parnicama kao i odredbe čl. 227/2 Porodičnog zakona RS, Sl. glasnik RS, br. 18/2005.

¹⁸ Videti odredbe čl. 486/1 i 479. ZPP (2004), kao i odredbe čl. 51. ZPP (2009).

Zakona, a njih sem samog pravila o dopuštenosti u odnosu na vrednosni limit nema. Dakle, to da bi i Privredni apelacioni sud odlučivao o dopuštenosti vanredne revizije u privrednim sporovima u kojima redovna nije inače dopuštena, može slediti tek tumačenjem propisa.

Kada su vrste odluka u pitanju, to su, kada je revizija protiv presude u pitanju, samo one pravnosnažne presude koje su donesene u drugom stepenu, dakle po žalbi od strane apelacionog suda. Ipak, nije uvek nužan uslov da je stranka koja izjavljuje reviziju, pa i vanrednu, izjavila prethodno žalbu protiv odluke prvostepenog suda.¹⁹ To su presude kojima se prvostepena presuda potvrđuje ili preinačuje.²⁰

No, pomenimo, da ZPP dopušta, pod restriktivnim uslovima, i reviziju protiv rešenja drugostepenog suda kojim se postupak pravnosnažno okončava. Dilemu može usloviti odredba čl. 412/2 ZPP, odnosno da revizija protiv rešenja nije dopuštena u sporovima u kojima ne bi bila dopuštena protiv pravnosnažnih presuda. Da li je ovim stavom obuhvaćen i slučaj kada je revizija dopuštena zato što je tako odlučio apelacioni sud? Pri tome, odredbom čl. 412/4 predviđena je »shodna« primena pravila postupka po reviziji protiv presude i na reviziju protiv rešenja. Bilo bi svakako dobro koristiti u Zakonu termine »redovna« i »vanredna« revizija (ili revizija po dopuštenu) i izbeći nedoumice.²¹ Posebno, svakako, ukoliko se želi isključiti ili ograničiti primena nekih pravila postupka po redovnoj reviziji.

¹⁹ O tome videti više, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 720. Ipak, autori navode da je u sudskoj praksi u Republici Hrvatskoj zauzet stav da stranka koja nije izjavila žalbu protiv odluke prvostepenog suda može izjaviti reviziju uz dalja ograničenja, odnosno samo ako je presudom drugostepenog suda prvostepena izmenjena na njenu štetu. Ovim se potvrđuje opšti stav teorije civilnog procesnog prava o neophodnosti postojanja pravnog interesa za izjavljivanje pravnih lekova uopšte. Isti stav nalazimo kod: Stanković, Gordana; Račić, Ranka, *op. cit.*, str. 453, kao i kod Požnić, Borivoje; Rakić-Vodinelić, Vesna, *op. cit.*, str. 419, odnosno da je redovna revizija dopuštena samo ako stranka »nije uspela u sporu« prema drugostepenoj presudi, dakle, takode, problem rešavaju preko pravnog interesa za pravni lek, ali i objašnjavajući da ako je spor imovinski onda je uslov da nije uspela za iznos viši od revizijske sume.

²⁰ Uz upozorenje da se na osnovu izričite zabrane u odredbi čl. 36. ZPP (2009) prvostepena presuda može samo jedanput ukinuti i vratiti na ponovno suđenje.

²¹ *Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 738, govore i o vanrednoj reviziji protiv rešenja koja, prema stavu autora nije dopuštena u slučajevima kada nije dopuštena ni redovna revizija „osim ako je drugostepeni sud, u sporovima u kojima ima takvo ovlašćenje (opšti uslovi za vanrednu reviziju protiv presude), dopusti u izreci svog rešenja kojim je odbio žalbu i potvrdio prvostepeno rešenje, odnosno kojim je preinačio prvostepeno rešenje. Dopuštenost se ceni prema istom razlogu važnosti materijalnopravnog i procesnopravnog pitanja za obezbeđenje jedinstvene primene zakona i ravnopravnosti građana koje je naznačeno u obrazloženju drugostepenog rešenja. Istovremeno, ni ZPP RH ne predviđa neposredno vanrednu reviziju protiv rešenja (v. čl. 400. ZPP RH, prečišćen tekst, dostupno na <http://www.poslovniforum.hr/zakoni/zpp-26.asp>, 13.08.2010.).

Posebno o razlozima pobijanja

U pogledu razloga za izjavljivanje vanredne revizije, ograničavajući faktor, odnosno posebni razlozi, predviđeni su odredbom čl. 395. ZPP. Naime, odluka o dopuštenosti uslovljena je potrebom, koju utvrđuje apelacioni sud, da se »razmotre pravna pitanja od opšteg interesa«, ili da se »ujednači sudska praksa« ili »kad je potrebno novo tumačenje prava«. Način regulisanja upućuje na zaključak da je dovoljan i jedan od pobrojanih razloga, odnosno da su utvrđeni alternativno.²² Uz to, razmatranje pravnih pitanja po pravilu i uslovljava ujednačavanje sudske prakse u njegovom rešavanju! Ovakav pristup, kao i činjenica da apelacioni sud u svojoj odluci zapravo mora ukazati na »pitanja« koja su od »opšteg interesa«, ili ona koja su različito rešena u sudskoj praksi, ili u vezi kojih je potrebno novo »tumačenje prava« vodila bi zaključku da su razlozi za izjavljivanje vanredne revizije, ograničeni u odnosu na opšte iz odredbe čl. 398. ZPP.

U teoriji, u vezi sa sasvim restriktivnim pristupom razlozima za vanrednu reviziju, koji čine da je ona krajnje ekskluzivno pravno sredstvo, nalazimo sasvim prihvatljiv stav da se vanredna revizija može izjaviti isključivo zbog »materijalno-pravnih i procesno-pravnih pitanjima«, koja su od opšteg značaja za jedinstvenu primenu zakona i ravnopravnost građana,²³ a i naš ZPP određuje da su to »pravna pitanja od opšteg interesa«. Dopuna ZPP da su od značaja za ujednačavanje sudske prakse ne menja suštinu zaključka, kako je već rečeno, a isti zaključak sledio bi i za odrednicu koja pominje potrebu da se vrši novo tumačenje prava. Čini nam se, međutim, prihvatljivijim rešenje hrvatskog ZPP o ciljevima koji se žele postići dopuštanjem vanredne revizije – »*jedinstvena primena zakona*«, što svakako podrazumeva i procesne i materijalne propise, vodi i ujednačavanju sudske prakse i obuhvata, najčešće, potrebu za novim tumačenjem prava, i »*ravnopravnost građana*«, koja se svakako odnosi na jednakost u pristupu sudu i primeni prava, a onda vodi i pravnoj sigurnosti. Uz to formulacija je svakako i savremenija i konvergentnija konceptu ljudskih prava i njihovoj zaštiti.

Ovaj pravni lek je dopušten samo za ono pravno pitanje koje apelacioni sud odredi, odnosno prihvati. Čini se da se o ograničenju može govoriti u još jednom smislu, mada to parnični propisi ne određuju izričito. U teoriji je iznesen stav da

²² U regulisanju vanredne revizije u Republici Hrvatskoj pristup ovim posebnim razlozima je konkretniji. Naime, ona će biti dopuštena od stane drugostepenog suda onda kada je taj sud ocenio da odluka u sporu »zavisi od rešenja nekog materijalno-pravnog ili procesno-pravnog pitanja« važnog za obezbeđenje »jedinstvene primene prava i ravnopravnosti građana«, čl. 382/2 ZPP RH.

²³ Tako, *Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 722, 732. i dr. kao i *Janevski, Arsen; Zorska-Kamilovska, Tatjana, op. cit.*, str. 469.

je drugostepeni (kod nas apelacioni sud), kada dopusti vanrednu reviziju zbog određenog pravnog pitanja, ovlašćen da, eventualno, odredi »dio presude protiv koje bi je zbog tog pitanja dopuštao«. ²⁴ Stav se može prihvatiti ukoliko se samo pravno pitanje odnosi na deo presude, ali ostaje mogućnost postojanja i onih pravnih pitanja koja se tiču odluke presude u celini. U teoriji nailazimo i na stav da ukoliko u drugostepenoj presudi nije označen deo u kome ona može da se pobija vanrednom revizijom revizijski sud ima ovlašćenje da presudu ispituje u delu koji je u reviziji označio podnosilac, ako se pitanje zbog koga je ona dopuštena odnosi na taj, dakle pobijani deo. ²⁵

U pogledu lica koja imaju pravo na izjavljivanje vanredne revizije svakako treba zaključivati na osnovu opštih pravila ZPP-a. ²⁶ U praksi hrvatskih sudova nalazimo, npr. stav da se vanredna revizija može dopustiti i samo za jednog ili neke od suparničara, dok za ostale nije dopuštena. ²⁷ I ovaj stav mogao bi biti doveden u pitanje posebno u odnosu na jedinstveno suparničarstvo.

Dakle, razlozi za dopuštenost ovog pravnog leka svakako su ona materijalno-pravna i procesno-pravna pitanja povodom kojih apelacioni sud utvrdi potrebu da se razmotre, a sa ciljem ujednačenja sudske prakse ili kada je neophodno novo tumačenje materijalno-pravnih ili procesno-pravnih odredbi. Treba, čini nam se, već na ovom mestu reći da, npr., ZPP Republike Hrvatske jasno i nedvosmisleno, odredbom čl. 385(a), predviđa da se vanredna revizija može izjaviti samo zbog materijalno-pravnih ili procesno-pravnih pitanja zbog kojih je dopuštena. Čini se nužnim uneti adekvatnu formulaciju i u naš ZPP, kako bi se otklonile moguće dileme koje nedostatak specifičnih rešenja našeg Zakona o vanrednoj reviziji uopšte, pa i ovde, uslovljava.

To će, po pravilu, biti situacija kada revizijski sud o jednom materijalno-pravnom pitanju nije već zauzeo stav rešavajući o pravnim pitanjima na sednica-

²⁴ Tako, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 732, dok Janevski, Arsen; Zoroska-Kamilovska, Tatjana, *op. cit.*, str. 469, 471, konstatuju da drugostepeni sud mora navesti pravno pitanje zbog koga je dopustio reviziju, kao i okolnosti usled kojih je došao do stava da je rešenje tog pitanja od značaj za obezbeđenje jedinstvene primene zakona i ujednačavanje sudske prakse, uz izričitu konstataciju da je vanredna revizija dopuštena isključivo zbog pravnog pitanja navedenog »u obrazloženju drugostepene presude«.

²⁵ *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 732.

²⁶ Tako, »Pravni interes za podnošenje pravnog lijeka ima onaj u načelu ovlašćeni podnosilac koji bi mogao očekivati određenu pravnu korist od podnesenog pravnog lijeka ako se pokaže da je osnovan«, a dovoljno bi bilo i da »samo tvrdi da je osnovan«, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 665.

²⁷ Tako, VSH, odluka poslovnici br. Rev-124/06, od 29. ožujka 2006, prema, Gović, Iris, *Revizija u svetlu posljednjih izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku (ZPP/03) i na njima utemeljenoj sudskoj praksi, Zbornik RF Sveučilišta Rijeka* (1991) v. 29, (2008), str. 1101.

ma odeljenja ili Opštoj sednici, uz uslov da u njegovom rešavanju apelacioni sudovi imaju različit pristup.²⁸ *Triva i Dika* dopunjavaju ovaj stav slučajem kada vrhovni sud nije zauzeo stav o tom pitanju ni u pojedinim predmetima, odnosno u suđenju.²⁹ Pri tome, imaju svakako na umu da je uloga najviše sudske instance i u postupanju po reviziji, obezbeđenje jedinstvene primene zakona i ravnopravnosti građana. Mada naš Ustav, kako je već rečeno, nema ovakvu izričitu formulaciju, već se ona posredno izvodi iz uloge VKS van suđenja.³⁰ Iz njih sledi, svakako, i da zapravo veća u razmatranju pojedinačnih slučajeva postupajući po reviziji, dakle u suđenju, zauzimaju (u odlukama) stavove, odnosno iznose svoja pravna shvatanja koja se tiču procesnopravnih i materijalnopravnih pitanja. Stoga je ispravno smatrati da se vanredna revizija može dopustiti u oba slučaja – kada VKS nije zauzeo stav u suđenju i kada to nije učinio van suđenja. Dopuna je i da činjenica da veći broj apelacionih sudova kod nas može usloviti i njihovu različitu praksu.

U slučaju kada o pravnom pitanju nije još uvek zauzet stav u postupanju po reviziji, mislimo da treba obuhvatiti kako postupanje po redovnoj reviziji, tako i po vanrednoj. Kada je, međutim, reč o direktnoj reviziji,³¹ situacija je specifična upravo stoga što apelacioni sud tada i ne odlučuje po žalbi ukoliko VKS prihvati da odlučuje po direktnoj reviziji, pa nema ni mogućnosti za različitom praksom apelacionih sudova u postupanju po žalbi. Ali, zauzimaju se stavovi o opštim pravnim pitanjima i po ovoj reviziji!

U teoriji, takođe, nalazimo još neke primere kada bi bila dopuštena vanredna revizija. Tako, kada revizijski sud nije zauzeo stav o procesnopravnom ili materijalnopravnom pitanju od opšteg značaja, a »moglo bi se očekivati da bi u praksi drugostupanjski sudovi mogli o njemu imati različita mišljenja, npr. zbog mogućnosti različite interpretacije određenih pravnih normi«, pri čemu je ovde cilj predupređiti neujednačenost sudske prakse. U ovom slučaju nije, čak, od značaja ni to da je sud drugog stepena došao do zaključka da materijalno pravo nije bilo pogrešno primenjeno.³² Dalje, kada je revizijski sud već zauzeo stav o tom pravnom pitanju (bilo povodom revizije bilo na odeljenskoj ili opštoj sednici), ali je drugostepena presuda »utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno s

²⁸ *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 730, dok Stanković, Gordana, *op. cit.*, str. 516, navodi da je vanredna revizija dopuštena ako VKS nije već zauzeo stav o konkretnom pravnom pitanju na sednici odeljenja ili na Opštoj sednici.

²⁹ *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 730.

³⁰ Videti odredbe čl. 43–45. ZuS.

³¹ Za direktnu reviziju videti odredbe čl. 389–393. ZPP (2004), kao i odredbe čl. 37. ZPP (2009).

³² *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 730.

tim stavom«,³³ kao i kada je usvojenu sudsku praksu potrebno preispitati, bez obzira što je se drugostepeni sudovi pridržavaju. O tome da je vanredna revizija dozvoljena zaključuje se posebno uvažavajući argumentaciju iz prvostepenog i postupka po žalbi, kao i »promjene u pravnom sistemu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim izvorima prava« i »judikaturu Ustavnog suda ili Europskog suda za ljudska prava«. ³⁴

Dopunimo ova izlaganja i pominjanjem posebnog postupka za rešavanje spornog pravnog pitanja, takođe u nadležnosti VKS.³⁵ U našoj teoriji zauzet je stav da se i u ovom postupku, bez obzira na formulaciju Zakona da se njegovo rešavanje provocira da bi se rešilo »sporno pravno pitanje« koje je od »prejudicijelnog značaja« u »većem broju« prvostepenih postupaka, ipak rešava sporno pravno pitanje, odnosno tumači sporno pravno pitanje.³⁶ Pored ozbiljnih dilema koje je teorija prepoznala povodom ovog postupka poseban problem je i da li bi bilo svrsishodno i u skladu sa imperativom pravne sigurnosti dopustiti mogućnost izjavljivanja vanredne revizija za pravna pitanja o kojima je već VKS zauzeo stav u postupku rešavanja spornog pravnog pitanja, uz izuzetak kada se želi usloviti izmena takvog stava iz opravdanih razloga?

Pored pitanja koja su po svojoj pravnoj prirodi materijalnopravna, svakako da razlog za izjavljivanje revizije mogu biti i procesnopravna pitanja, opet ako su od opšteg interesa, ili je potrebno njegovim rešavanjem postići ujednačavanje sudske prakse ili je potrebno novo tumačenje procesnopravnih normi. Ipak, izrečen je stav da ovde postoji značajno ograničenje, odnosno da ne bi trebalo dopustiti vanrednu reviziju »o pitanjima koja se ne tiču neke apsolutno ili relativno bitne povrede zbog koje je revizija inače dopuštena«³⁷. Svakako da je zaključak opravdan ako se pođe od činjenice da su razlozi revizije regulisani ZPP-om, te da je uopšte, odnosno svaka vrsta revizija ovim razlozima ograničena.³⁸ Naime, ako se uzme da su to »opšti« razlozi bez obzira na vrstu revizije, a da odredba čl. 395. ZPP predviđa »posebne« uslove za vanrednu reviziju. No, problem otvara činjenica da su relativne od značaja samo ako su učinjene u drugostepenom postupku, pa je osnovano pretpostaviti da ih sam drugostepeni, apelacioni sud nije u prilici da prepozna.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 730, kao i Stanković, Gordana, *op. cit.*, 516.

³⁵ Videti odredbe čl. 176–180. ZPP (2004).

³⁶ Videti Jakšić, Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2007, str. 87, 88; Požnić, Borivoje; Rakić-Vodinielić, Vesna, *op. cit.*, str. 281–283.

³⁷ Vidi kod, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op.cit.*, str. 731.

³⁸ Videti odredbe čl. 398. ZPP (2004).

Treba pomenuti i odredbu čl. 399. ZPP, odnosno da VKS ispituje po službenoj dužnosti pravilnu primenu materijalnog prava i povredu pravila postupka iz čl. 361/2. t. 4, što je sasvim jasno za postupak po redovnoj reviziji. Primena odredbi o redovnoj i u postupku po vanrednoj reviziji uslovila bi, tako, prihvatanje i ovog rešenja. Ipak, da li je i ovo rešenje sasvim u skladu sa ciljem i karakterom ove revizije kao *revizije po dopuštenju*?

U pogledu tumačenja značaja koje pravno pitanje ima, moglo bi biti od koristi objašnjenje stava nemačkog revizijskog suda, odnosno da neka pravna stvar:

– ima *načelni značaj* – ako podstiče razjašnjenje nekog pravnog pitanja koje je značajno za odlučivanje, koje je potrebno razjasniti i koje može biti razjašnjeno, a koje se može postaviti u *većem, unapred neodređenom broju slučajeva* (što je kod nas formulacija koja je izričito navedena samo kod postupka za rešavanje spornog pravnog pitanja);

– da *značaj za razvoj prava* postoji ako taj pojedinačni slučaj daje podsticaj postavljanju odrednica za tumačenje zakonskih odredbi ili za popunjavanje zakonskih praznina, a kada je u pitanju postizanje jedinstvene sudske prakse, zahteva se, pored različitosti dotadašnje sudske prakse, i

– da *greška prilikom tumačenja ili primene prava* trajno dodiruje i interese javnosti (npr. kada iz navoda žalioaca jasno proizlazi da je u konkretnom slučaju učinjena povreda osnovnih procesnih prava, odnosno povreda je očita, a pobijana presuda se na njoj zasniva, a kao osnovna procesna prava izdvajaju se pravo na sudsku zaštitu i pravo na objektivan postupak lišen samovolje, ali samo pod uslovom da se značaj greške, odnosno povrede, izdiže iznad tog pojedinačnog slučaja, odnosno ako trajno dodiruje interese javnosti.³⁹

Ima mišljenja da specifičnost razloga za izjavljivanje vanredne revizije znači, zapravo, da se ona i ne podnosi s toga što je u sporu povredeno neko individualno pravo,⁴⁰ ali nam se zaključak čini preoštrim.

Naime, uvek se u građanskim sudskim postupcima, makar i posredno, na prvi pogled neprepoznatljivo, kao što je to ovde, u osnovi štite individualna prava, pa i onda, ili možda i posebno onda, kada se različitim mehanizmima postiže jedinstvena primena zakona.

³⁹ Videti *Gović, Iris, op. cit.*, 1101,1102, fus-nota 41, koja navodi prema *Nassal, Wendt, Irrwege, Wege – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, Neue Juristische Wochenschrift, 19/2003*, str. 1347.

⁴⁰ Tako, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1101.

Neka procesnopravna pitanja povodom vanredne revizije

Svakako da je prvo pitanje koje valja pokrenuti inicijativa da se apelacioni sud izjasni o dopuštenosti vanredne revizije. Zakon o tome nema odredbi, ali se analizom odredbi o nadležnosti apelacionog suda kao drugostepenog, odnosno za postupanje po žalbi, kao i onih koje se odnose na podnošenje žalbe i dalje postupanje po njoj, može zaključiti da apelacioni sud tek od momenta kada mu je žalba dostavljena od strane prvostepenog suda na dalje postupanje ima mogućnost da se upozna sa pravnom stvari i tokom prvostepenog postupa, samom odlukom, kao i razlozima navedenim u žalbi. Ipak, već u samoj žalbi na prvostepenu odluku sama stranka, odnosno obe stranke svaka u svojoj žalbi, mogu »predložiti« apelacionom sudu da dopusti vanrednu reviziju. Ili, kako to neki autori kažu, mogu »podsetiti« taj sud na mogućnost da je dopusti.⁴¹ Ovakva izjava stranaka nije formalni predlog za dopuštenje revizije, uostalom on nije ni potreban, s obzirom na to da apelacioni sud odluku o dopuštenosti mora doneti po službenoj dužnosti ukoliko su, po njegovom sudu, ispunjeni uslovi iz zakona. S toga i kada ovakva preporuka stranaka postoji u žalbi, a apelacioni sud ne dopusti vanrednu reviziju, ona nije bitan sastojak njegove odluke, odnosno ne mora se na nju osvrtni u drugostepenoj odluci.

Ima i shvatanja da stranka ne mora ovakav predlog učiniti ni u samoj žalbi, već sve dok spisi pravne stvari ne budu prosleđeni apelacionom sudu.⁴² Čini se da nema smetnji prihvatanju ovog stava upravo usled neformalnosti predloga, te da to nije nikakva dopuna žalbe.

Značaj ovakve inicijative stranke, ipak, nije potpuno isključen. Posebno, prema stavu u teoriji, ako podnosilac žalbe daje sudu informacije o neujednačenoj praksi drugostepenih sudova o konkretnom pravnom pitanju.⁴³

Nema nikakvih posebnih pravila o postupanju apelacionog suda u zaključivanju o dopuštenosti vanredne revizije. Tokom redovnog postupka po žalbi on mora doći i do stava o tom pitanju.

Nedostatak posebnih pravila o postupanju po vanrednoj reviziji posebno je očigledan s obzirom na tok postupka po reviziji koji je generalno, dakle, bez ikakvih izuzetaka u odnosu na vanrednu, regulisan ZPP-om. Ipak, pored opštih razloga za odbacivanje revizije kao nedozvoljene iz čl. 401/2. ZPP, mislimo da bi, radi pravne preciznosti trebalo izvršiti dopunu tačke 5. (ili uneti u Zakon sasvim poseban član o tome), odnosno da je revizija nedozvoljena ukoliko je »izjav-

⁴¹ Tako, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1102.

⁴² Tako, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1102.

⁴³ Tako, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 730.

ljena protiv presude protiv koje se po zakonu ne može podneti, osim iz čl. 393. (direktna revizija), kao i čl. 359. (vanredna revizija) kada je izjavljena zbog pravnog pitanja zbog kojeg nije dopuštena.«⁴⁴ Pomenimo još jedan prihvatljiv teorijski stav o dopuštenosti vanredne revizije, ovoga puta pred revizijskim sudom. Naime, ukoliko je vanredna revizija izjavljena zbog pravnog pitanja zbog kojeg je i dopuštena, tretiraće se kao dopuštena i kada revizijski sud oceni da pravno pitanje zbog koga je dopuštena nije važno za obezbeđenje jedinstvene primene prava i ravnopravnost građana.⁴⁵

Stav da je vanredna revizija dopuštena apelacioni sud unosi u izreku presude o potvrđivanju ili preinačenju prvostepene presude. U obrazloženje mora uneti samo pravno pitanje o kome je dopustio reviziju uz navođenje razloga zbog koji je dopustio, odnosno mora obrazložiti značaj tog pravnog pitanja. To, praktično, znači, da mora navesti razloge zbog kojih smatra da je ono od opšteg značaja, ili da obrazloži neujednačenu sudsku praksu u njegovom rešavanju ili razloge zbog kojih smatra da je potrebno novo tumačenje prava.

U literaturi nalazimo mišljenje da, ako drugostepeni sud propusti da u izreku unese da je dopuštena vanredna revizija protiv njegove presude, ali u obrazloženju detaljno navede razloge zbog kojih smatra da je vanredna revizija dopuštena, da je moguće, odnosno dopušteno vršiti ispravku presude.⁴⁶ Istovremeno, teorijski je sasvim ispravan stav da ukoliko niti je u izreci dopuštena vanredna revizija, niti su u obrazloženju naznačeni pravno pitanje i razlozi dopuštenosti njegovog rešavanja, ne bi trebalo dopustiti donošenje dopunske presude.⁴⁷ Argumentaciju čini to da drugostepeni sud o ovom pitanju odlučuje po službenoj dužnosti pa inicijativa stranke u žalbi ne uspostavlja obavezu za apelacioni sud da o njoj odlučuje kao o »žalbenom razlogu«. To uslovljava i da se ne može prihvatiti tumačenje da je sud napravio propust da odluči o »zahtevu« stranke na način kako je to rešeno za dopunsku presudu.

Na dalji tok postupka po vanrednoj reviziji primenjuju se odredbe ZPP o reviziji uopšte, s tim da VKS, u okviru odlučivanja o osnovanosti revizije uopšte, pa i vanredne, ima potpunu samostalnost, dakle ne mora i prihvatiti stav apelacionog da je pravno pitanje od opšteg značaja, da je od značaja za ujednačavanje

⁴⁴ U Hrvatskoj, npr. odredbom čl. 386/2 ZPP, predviđeno je će prvostepeni sud odbaciti vanrednu reviziju ako nije izjavljena iz onih razloga zbog kojih je dopuštena. Istovremeno, odredbom čl. 389/3 ZPP RH određeno je i da vanrednu reviziju prvostepeni sud ne može odbaciti zato što smatra da ne postoje razlozi zbog kojih je izjavljena.

⁴⁵ O ovome, *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, op. cit.*, str. 733, a argumentacija je vezanu uz odredbu čl. 389/3 ZPP.

⁴⁶ Tako, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1102, koja navodi stav iz, *Prancić, Vicko, Revizija po dopuštenju drugostupanjskog suda, Pravo u gospodarstvu, Vol. 43, No 1, 1–192, Zagreb, str. 70–71.*

⁴⁷ Tako, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1102.

sudske prakse ili da otvara potrebu novog tumačenja prava, te da svojom odlukom ne mora i zauzeti stav o njemu. Svaki drugi pristup ne bi bio u saglasnosti sa ulogom najviše sudske instance u oceni značaja pravnih pitanja u okvirima prethodno navedenih ciljeva.

Konačno, kako su apelacioni sudovi kod nas počeli sa radom pre nekoliko meseci, nije za očekivati da je o ovom pravnom leku ustanovljena bilo kakva praksa, odnosno da ih je uopšte i bilo u praksi. Za to će biće potreban duži vremenski period, a konstatacije izrečene u dostupnoj literaturi da, npr. u Hrvatskoj, koja je u svoj pravni sistem vanrednu reviziju uvela 2003, te da je ona u praksi veoma retka, uslovile su stav u teoriji da se preispita način na koji je revizija u Hrvatskoj uređena. Naime, to da dopuštenost zavisi (što je i kod nas slučaj) od stava drugostepenog suda o značaju pravnog pitanja, uz činjenicu o visokom vrednosnom limitu za izjavljivanje redovne revizije, može sprečiti VKS da u nizu situacija udovolji svom osnovnom zadatku – ostvarenju jedinstvene primene zakona, ravnopravnosti građana, odnosno pravnoj sigurnosti.⁴⁸ Tako, ova vrsta revizije može ostati nedelotvorno pravno sredstvo! No, praksa naših apelacionih sudova usloviće ispravnost zaključivanja o tome.

ZAKLJUČAK

Vanredna revizija je u naš procesnopravni sistem uvedena Zakonom o parničnom postupku iz 2004. To je učinjeno sumarnom odredbom koja ovlašćenje da dopusti ovu novu vrstu vanrednog pravnog leka daje apelecionim sudovima, pod pretpostavkom da se oceni da je neophodno razmotriti pravna pitanja od opšteg značaja, da se ujednači sudska praksa ili kada je potrebno novo tumačenje prava. Apelacioni sudovi, formirani pre nekoliko meseci, nisu, međutim, bili u prilici da o dopuštenosti vanredne revizije uspostave bilo kakvu praksu.

⁴⁸ Tako je, a povodom načina uređenja revizije u Hrvatskoj, Ustavni sud ocenio da su se mogućnosti za izjavljivanje revizije postepeno smanjivale, a da dopuštenost vanredne revizije zavisi od odluke drugostepenog suda, te da VSH na njeno izjavljivanje nema nikakvog uticaja. S toga je vanredna revizija ocenjena kao nedelotvorno pravno sredstvo. Istovremeno, u praksi se najveći broj ustavnih tužbi izjavljuje protiv drugostepenih presuda u građanskopravnim stvarima u kojima nije dopuštena revizija, pa je ustavna tužba postala pravno sredstvo za osiguranje jeidinstvene primene zakona i ravnopravnosti građana, što znači i da je došlo do poremećaja ustavnih nadležnosti između Ustavnog i Vrhovnog suda, odnosno zakonski okviri ne dopuštaju VSH da vrši ustavnu misiju obezbeđenja jeidinstvene o primene zakona i ravnopravnosti građana. S toga se kao jedan od mogućih načina uređenja revizije predlaže onaj po principima nemačkog ZPO. Videti o ovome više, *Gović, Iris, op. cit.*, str. 1121–1125.

Normativni pristup kojim je ovaj pravni lek regulisan ostavlja izvesne dileme u pogledu ocene dopuštenosti, razloga za izjavljivanje, sadržine odluke kojom se dopušta, dakle procesnopravnih pitanja. S toga je nužno izvršiti izvesne dopune u regulisanju vanredne revizije. Posebno značajan problem može biti to da o značaju pravnog pitanja, dakle o tome da li će dopustiti izjavljivanje vanredne revizije, odlučuju apelacioni sudovi, kojih je četiri, pa bi i njihova buduća praksa po tom pitanju morala biti ujednačena. Ovi sudovi imaju izuzetno veliku odgovornost s toga što je dopuštenost redovne revizije novelom ZPP iz 2009. regulisana na nov način, a vrednosni limit značajno podignut. Redovna revizija je time još više ograničena, a time su stvoreni preduslovi za dopuštanje vanredne revizije u mnogo većem broju sporova. Da li će apelacioni sudovi uspeti da ispu- ne poverenu ulogu, ostaje da se vidi. Ostaje, takođe, i da se kroz praksu primene ovog pravnog leka utvrdi opravdanost, ali i da se prepoznaju drugi eventualni problemi njegove primene.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

EXTRAORDINARY REVISION
– OR REVISION BY PERMISSION –

Summary

A special (extraordinary) review was introduced into our procedure law system through the 2004 Law on Civil Procedure. It is performed by the summary judgment which authorizes the appellate courts to apply this new form of extraordinary legal remedy under the condition that: it was estimated that it was necessary to consider the legal issues of general significance, to unify court practice and to interpret law in a new way. However, the appellate courts, established a few months ago, so far have had no opportunity to apply the extraordinary review in their practice.

Normative approach which regulates this legal remedy opens a procedure dilemma relating to the issues of its allowing, the reasons for declaring an extraordinary situation, the content of the decision which allows it. Therefore, it is necessary to adopt supplementary provisions that will more closely regulate the matter of the extraordinary review. Special attention should be paid to the problem that appellate courts are those which decide on the significance of the legal issue, allowing the declaration of an extraordinary situation since there are four of them which require unification of their practice in this respect.

These courts have large responsibility since the allowance of the regular revision is regulated by the new 2009 Law on Civil Procedure which considerably raises the value-based limit. In this way, a regular review is even more limited which creates the precondition for allowing the extraordinary review more often. Whether the appellate courts will be able to fulfill the tasks they have been given, remains to be seen, which applies also to whether the future court practice will justify the application of this legal remedy, as well as to recognizing other potential problems in application.

NIKOLA BODIROGA

VANSUDSKO IZVRŠENJE NA OSNOVU ZAKONA O HIPOTECI

POČETAK PRIVATIZACIJE IZVRŠENJA

Kriza pravnog sistema u Srbiji učinila je izvršni postupak najznačajnijom fazom u realizaciji subjektivnih građanskih prava. Zapravo, sve je počelo od izobličavanja cilja parničnog postupka. Iako bi parnični postupak trebalo da se vodi samo kada postoji spor iz građanskopravnog odnosa, to više kod nas nije slučaj. Parnični postupak se kod nas više ne vodi zbog toga što dužnik osporava da je dužan, već zato što zna da je dužan ali neće ili ne može da izvrši svoju obavezu. Tako se spor kao osnov vođenja parničnog postupka gotovo izgubio.

Slično je i sa izvršenjem. Sam parnični postupak, odnosno po poverioca uspešan završetak parničnog postupka ne znači da će njegovo potraživanje stvarno i biti realizovano. Izvršni dužnik redovno neće ili ne može da namiri potraživanje koje je pravnosnažno utvrđeno izvršnom ispravom. Koliko je to čest slučaj svedoči činjenica da u trenutku pisanja ovog rada na izvršenje u nekadašnjem Četvrtom opštinskom sudu (danas Izvršno odeljenje Prvog osnovnog suda) čeka gotovo milion presuda.

Usled ovakvog stanja stvari na zakonodavcu je da traga za optimalnim rešenjima u sferi izvršnog postupka, a kojima bi se zadovoljilo pravo na namirenje potraživanja u razumnom roku sa jedne, i zaštita prava izvršnog dužnika sa druge strane. U 19. veku građanske sudske odluke u Srbiji je izvršavala policija. Sudsko izvršenje je posledica recepcije rešenja iz austrijskog prava (*Exekution-*

sordnung iz 1896. godine). Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. prvi put je izvršena kodifikacija izvršnog procesnog prava na našim prostorima. Tada je ustrojen, za te prilike, jedan moderan sistem sudskog izvršenja. Posle 1945. godine, zbog promene društveno-ekonomskog ambijenta na izvršni postupak se gledalo bitno drukčije, pa se na novi ZIP čekalo sve do 1978. godine.¹ ZIP 1978 se primenjivao gotovo četvrt veka, pri čemu se privredni ambijent menjao. Donet u vreme važenja propisa o udruženom radu, ZIP 1978 nije mogao da odgovori izazovima tranzicije koja je započeta 1990. godine. Zbog snažnih, pre svega ideoloških kritika, donet je nov Zakon o izvršnom postupku 2000. godine. ZIP 2000 je u velikoj meri doveo u pitanja osnovna načela sudskog izvršnog postupka, a sve u cilju postizanja toliko željene efikasnosti. Zakonodavac je pošao od pogrešne premise da se problem likvidnosti privrede može rešiti bržim izvršenjem, a zapravo je došlo do konfuzije uzroka i posledice. Taj zakon se primenjivao manje od pet godina, da bi 2004. usvojen nov Zakon o izvršnom postupku. Kao razlozi za donošenje novog zakona isticani su potreba za obezbeđenjem konsekventnog sistema izvršenja, praćenje promena u privrednom okruženju, te nastojanje da se skladno primene preporuke Saveta Evrope.² Novi ZIP je bio potreban, jer je pre toga izvršno procesno zakonodavstvo menjano nekoliko puta, i to u važnim segmentima, a sve u cilju efikasnijeg izvršnog postupka. Raniji zakoni su odražavali stanje jedne autarhične privrede. Konačno, trebalo je usladiti ZIP sa novom organizacijom sudstva, te sa novim parničnim i stečajnim zakonodavstvom. Ni važeći ZIP se ne primenuje dugo, a krajem 2009. godine na sajtu Ministarstva pravde je osvanuo Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju.³ Tim nacrtom je konačno obelodanjena namera zakonodavca (praćena snažnom medijskom kampanjom) da uvede privatne izvršitelje i tako postepeno potisne ulogu suda u izvršnom postupku. Tako se rasplamsala diskusija o tome da li je Srbiji potreban sudski ili vansudski izvršni postupak, a da se pri tom smetnulo s uma da već postoji vansudsko izvršenje uređeno posebnim zakonima. To je slučaj sa Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar⁴, kao i sa Zakonom o hipoteci.⁵ Predmet ovog rada je analiza vansudskog izvršenja koje je uređeno Zakonom o hipoteci.

¹ Do tada su se na izvršenje primenjivala pravila iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju, a shodno odredbama Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, kao pojedini zakoni kojima su se parcijalno uređivala izvršenja određenih potraživanja.

² G. Stanković, *Zakon o izvršnom postupku*, IP Justinijan, Beograd 2004, str. 10.

³ Vidi <http://www.mpravde.sr.gov.yu/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>, 22.03.2010.

⁴ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, "Sl. glasnik" R. Srbije 57/2003, 61/2005, 64/2006.

⁵ Zakon o hipoteci, "Sl. glasnik" R. Srbije 115/2005.

USPOSTAVLJANJE HIPOTEKE

Hipoteka se ovim zakonom uređuje kao založno pravo na nepokretnosti koje ovlašćuje poverioca da, ako dužnik ne isplati dug o dospelosti zahteva naplatu potraživanja obezbeđenog hipotekom iz vrednosti nepokretnosti, pre običnih poverilaca i pre docnijih hipotekarnih poverilaca, bez obzira u čijoj se svojini nepokretnost nalazi.⁶ Hipoteka može da se zasnjuje na: 1) nepokretnoj stvari; 2) delu nepokretnosti, u skladu sa odlukom o deobi; 3) susvojinskom udelu u nepokretnosti; 4) posebnom delu zgrade na kome postoji pravo svojine, odnosno drugo pravo koje sadrži pravo raspolaganja; 5) pravo na zemljištu koje sadrži ovlašćenje slobodnog pravnog raspolaganja, a naročito pravo građenja, pravo preče gradnje ili raspolaganja u državnoj ili društvenoj svojini; 6) objekat u izgradnji, kao i poseban deo objekta u izgradnji, bez obzira da li je već izgrađen, pod uslovom da je izdato pravnosnažno odobrenje za gradnju u skladu sa zakonom kojim se uređuje gradnja objekata.⁷ Hipoteka se odnosi na: 1) sve sastavne delove nepokretnosti, prirodne plodove koji nisu odvojeni od nepokretnosti, osim ako je ugovorom o hipoteci drukčije određeno; 2) pripatke nepokretnosti određene ugovorom o hipoteci, ali ne i stvari u svojini trećih lica; 3) sva poboljšanja i povećanja vrednosti nepokretnosti do kojih je došlo posle zasnivanja hipoteke.⁸ Hipotekom se može obezbediti svako potraživanje, pa čak i buduće i uslovno potraživanje, kao i potraživanje obezbeđeno u stranoj valuti.⁹ Hipoteka se zasniva upisom u registar nepokretnosti. Za upis hipoteke mora se priložiti jedna od sledećih isprava: 1) ugovor ili sudsko poravnanje (ugovorna hipoteka); 2) založna izjava (jednostrana hipoteka); 3) sudska odluka (sudska hipoteka). Hipoteka se može zasnovati i na zakonu. Pravila o ugovornoj hipoteci shodno se primenjuju na jednostranu, zakonsku i sudsku hipoteku, osim ako je zakonom drukčije propisano.¹⁰ Nas u kontekstu izvršenja po odredbama Zakona o hipoteci zanimaju prvenstveno ugovorna i jednostrana hipoteka.

⁶ Vidi član 2. Zakona o hipoteci.

⁷ Vidi član 3. Zakona o hipoteci. Već prilikom određivanja predmeta hipoteke uočavaju se određene protivrečnosti, odnosno promovišu se koncepcije koje se teško mogu uklopiti u naš pravni sistem, npr. zasnivanje hipoteke na delu nepokretnosti u skladu sa odlukom o deobi, a poznato je da se na delu nepokretnosti može zasnovati hipoteka tek pošto se deoba sprovede u registru. Vidimo da se kao predmet hipoteke pojavljuje i »pravo građenja«, a zapravo bi bio primereniji naziv zakup građevinskog zemljišta, u skladu sa odredbama Zakona o planiranju i izgradnji. Ovo su samo neki od nedostataka na terenu materijalnog prava koji bi morali da budu otklonjeni, no kako je predmet ovog rada vansudsko izvršenje predviđeno Zakonom o hipoteci, na materijalnopravne nedostatke na koje Zakon nažalost nije imun, nećemo se osvrtni.

⁸ Vidi član 5. Zakona o hipoteci.

⁹ Vidi član 7. stav 1. Zakona o hipoteci.

¹⁰ Vidi član 8. Zakona o hipoteci.

Ugovor o hipoteci je ugovor između vlasnika nepokretnosti i poverioca kojim se vlasnik nepokretnosti obavezuje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, da poverilac naplati svoje obezbeđeno potraživanje iz vrednosti te nepokretnosti, na način propisan zakonom.¹¹ Ugovor o hipoteci mora biti zaključen u pisanoj formi, a potpisi overeni u sudu ili kod drugog zakonom ovlašćenog organa za overu potpisa na aktima o prometu nepokretnosti.¹² Ugovorna hipoteka se može upisati na zahtev vlasnika nepokretnosti, dužnika i poverioca.

Ugovor o hipoteci mora da sadrži: 1) ime i prezime, prebivalište ili boravište, odnosno poslovno ime i sedište poverioca, zalogodavca kao i dužnika, ako su to različita lica; 2) bezuslovnu izjavu vlasnika (zalogodavca) da pristaje da poverilac upiše hipoteku na njegovoj nepokretnosti (*clausula intabulandi*)¹³; 3) precizne podatke o potraživanju koje se obezbeđuje, valuti obračuna i valuti plaćanja, iznosu pojedinih rata i vremenu njihove dospelosti i mestu i načinu plaćanja, odnosno podatke o glavnom potraživanju, kamatnoj stopi ili drugim elementima na osnovu kojih se može odrediti visina kamate, mestu i načinu plaćanja kamate, kao i iznosu drugih sporednih davanja ako su ugovorena, rokovima dospelosti potraživanja, odnosno načinu na koji se određuje dospelost, ako rok nije određen; 4) podatke o hipotekovanoj nepokretnosti, odnosno nepokretnostima, uključujući i dokaz o vlasništvu (nejasno je kako bi ugovor mogao da sadrži dokaz o vlasništvu), odnosno o drugom pravu iz člana 3. ovog zakona; 5) podatke o stvarima iz člana 5. ovog zakona koje hipoteka obuhvata.¹⁴ Poverilac ne može za sebe ugovoriti pravo, da ako dug ne bude plaćen o dospelosti, proda nepokretnost suprotno odredbama ovog zakona niti da nepokretnost po neodređenoj ili unapred određenoj ceni pređe u svojinu poverioca ili trećeg lica. Ovakve odredbe ugovora o hipoteci su ništave, kao i odredba po kojoj bi poverilac mogao da upotrebljava predmet hipoteke, odnosno da pribira plodove koje daje predmet hipoteke.¹⁵

Jednostrana hipoteka se zasniva na osnovu založne izjave. Založna izjava je isprava sačinjena od strane vlasnika, kojom se on jednostrano obavezuje, uko-

¹¹ Vidi član 9. stav 1. Zakona o hipoteci. Posredi je prilično nejasna formulacija iz koje proizilazi da vlasnik nepokretnosti preuzima obavezu da se hipotekarni poverilac naplati iz vrednosti dobijene prodajom nepokretnosti, zapravo preuzima obavezu da će neku radnju da preduzme treće lice. Definicija uključuje mogućnost da dužnik i vlasnik nepokretnosti budu različita lica, odnosno da treće lice dozvoli zasnivanje hipoteke na svojoj nepokretnosti radi obezbeđenja potraživanja dužnika.

¹² Vidi član 10. stav 1. Zakona o hipoteci.

¹³ Ne vidimo valjan razlog za to da *clausula intabulandi* bude obavezan deo ugovora.

¹⁴ Vidi član 12. Zakona o hipoteci.

¹⁵ Vidi član 13. stav 1. i 2. Zakona o hipoteci.

liko dug ne bude plaćen o dospelosti, da poverilac naplati svoje potraživanje iz vrednosti te nepokretnosti, na način propisan zakonom.¹⁶ Po formi založna izjava odgovara ugovoru o hipoteci. Upis hipoteke na osnovu založne izjave se vrši na zahtev vlasnika ili poverioca.¹⁷

IZVRŠNA ISPRAVA

Ugovor o hipoteci, kao i založna izjava koja je sastavljena u skladu sa ovim zakonom, predstavlja izvršnu ispravu, ako sadrži i elemente iz člana 15. stava 3. Zakona o hipoteci.¹⁸ Hipoteka koja se zasniva na izvršnom ugovoru ili na izvršnoj založnoj izjavi, upisuje se u registar nepokretnosti kao »izvršna vansudska hipoteka«, a radi naplate obezbeđenog potraživanja se sprovodi vansudsko namirenje.¹⁹

Izvršni ugovor o hipoteci, odnosno izvršna založna izjava mora da sadrži i sledeće odredbe: 1) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu, kojom vlasnik nepokretnosti neopozivo ovlašćuje poverioca da, ako dug ne bude plaćen o dospelosti, poverilac može da naplati potraživanje iz cene dobijene prodajom u skladu sa vansudskim postupkom namirenja koji je definisan Zakonom o hipoteci. To znači i da se vlasnik nepokretnosti saglašava sa prinudnim ispražnjenjem i predajom nepokretnosti u posed kupcu u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, osim ako je hipoteka upisana na suvlasničkom udelu. Suština je da se ne podnosi tužba sudu;²⁰ 2) izričitu odredbu, tj. izjavu vlasnika da je upozoren na posledice neizmirenja duga o dospelosti, te da, svestan tih posledica, pristaje na mogućnost izvršenja ugovora o hipoteci prodajom njegove nepokretnosti u skladu sa odredbama Zakona o vansudskom namirenju, *bez prava na vođenje parnice*, kao i da će njegova nepokretnost prinudnim putem biti ispražnjenja i predata

¹⁶ Vidi član 14. stav 2. Zakona o hipoteci.

¹⁷ Vidi član 14. stav 4. Zakona o hipoteci.

¹⁸ U Hrvatskoj ugovor o hipoteci na brodu, na kojem je potpis dužnika javno overen, te koji sadrži izjavu dužnika da poverilac može neposredno na temelju ugovora da zatraži upis hipoteke u upisnik brodova, kao i izjavu dužnika da je saglasan da se na osnovu tog ugovora, na brodu na kojem je upisana hipoteka može (po dospelosti) tražiti neposredno izvršenje, predstavlja izvršnu ispravu. U slučaju vansudske prodaje broda, kupac je, na osnovu izvoda iz upisnika brodova i javno overenog ugovora o prodaji, ovlašćen da traži neposredno izvršenje protiv dužnika, radi predaje broda u posed. Vidi M. Dika, *Gradansko ovršno procesno pravo*, Zagreb 2007, str. 232.

¹⁹ Vidi član 15. stav 2. Zakona o hipoteci.

²⁰ Vidi član 15. stav 3. tačka 1. Zakona o hipoteci.

kupcu u posed u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, ako je vlasnik ne preda dobrovoljno, osim ako se hipoteka upisuje na suvlasničkom udelu;²¹ 3) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu vlasnika da je saglasan da poverilac ima pravo pristupa nepokretnosti, uključujući da uđe u nepokretnost, bez obzira ko se u njoj nalazi (vlasnik, zakupac i dr.) radi kontrole održavanja, ili iz drugih opravdanih razloga, kao i da je dužan da sarađuje sa poveriocem u postupku prodaje, a naročito da omogući pristup hipotekovanoj nepokretnosti;²² 4) izričitu izjavu trećeg lica, ako takvo lice postoji, koje ima neposrednu državinu, a nije vlasnik hipotekovane nepokretnosti (zakupac i dr.) da je svesno posledica do kojih ugovor o hipoteci može dovesti, uključujući i iseljenje iz nepokretnosti i gubljenja državnine na njoj, kao i da je saglasno sa pravima i obavezama iz tačke 3. ovog člana.²³ Ukoliko ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava ne sadrži odredbe iz stava 3. ovog člana, namirenje se sprovodi u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršni postupak.²⁴

Ako su ispunjeni uslovi koji su uređeni članom 15. Zakona o hipoteci, ugovor o hipoteci, kao i založna izjava predstavljaju izvršnu ispravu. U skladu sa odredbama ZIP izvršne isprave su: 1) izvršna odluka suda i sudsko poravnanje, 2) izvršna odluka donesena u upravnom i prekršajnom postupku, ako glase na ispunjenje novčane obaveze i ako posebnim zakonom nije drugačije određeno, 3) druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava.²⁵ ZIP navodi pojedine izvršne isprave, ali dopušta da se posebnim zakonom odrede posebne vrste izvršnih isprava. Tu mogućnost je iskoristio Zakon o hipoteci u članu 15. Ono što je zajedničko obeležje izvršnih isprava pobrojanih u članu 30. ZIP jeste da njihovom nastanku prethodi vođenje pamičnog ili drugog kognicionog (ispitnog) postupka u kojem je utvrđeno postojanje obaveze. Druge isprave na osnovu kojih se

²¹ Vidi član 15. stav 3. tačka 2. Zakona o hipoteci.

²² Vidi član 15. stav 3. tačka 3. Zakona o hipoteci.

²³ Vidi član 15. stav 3. tačka 4. Zakona o hipoteci.

²⁴ Vidi član 15. stav 4. Zakona o hipoteci. Samo ugovor o hipoteci koji ima propisanu sadržinu ovlašćuje na vođenje vansudskog izvršnog postupka (ali i sudskog izvršnog postupka jer ima svojstvo izvršne isprave u skladu sa članom 30. ZIP). U suprotnom, hipotekarni poverilac može u saradnji sa dužnikom da zasnjuje založno pravo na nepokretnosti na osnovu sporazuma, a da se zapisnik o sporazumu tretira kao sudsko poravnanje, te da sud na temelju toga odredi i sprovede izvršenje (čl. 268–273. ZIP). Moguće je i u pamičnom postupku ishodovati pravnosnažnu i izvršnu sudsku presudu na osnovu koje bi se odredilo i sprovelo izvršenje. Iako bi na prvi pogled izvršenje u skladu sa odredbama ZIP predstavljalo kaznu za hipotekarnog poverilaca, videćemo kasnije da ono ima svoje prednosti, te da se u nekim situacijama i na vansudsko izvršenje moraju primeniti odredbe ZIP.

²⁵ Vidi član 30. ZIP.

može odrediti izvršenje jesu verodostojne isprave²⁶ koje nisu nastale kao rezultat kognicionog postupka u kojem je utvrđeno postojanje obaveze, pa i izvršenje na osnovu verodostojnih isprava ima određene specifičnosti.²⁷ Dajući svojstvo izvršne isprave ugovoru o hipoteci, odnosno založnoj izjavi zakonodavac je doveo u pitanje razlikovanje izvršnih i verodostojnih isprava, čega je očigledno i sam svestan, što se vidi iz nespretne formulacije člana 29. Zakona o hipoteci.

Iz svega navedenog, sledi da zasnivanje založnog prava na nepokretnosti stvara nekoliko mogućnosti za namirenje potraživanja. Prva podrazumeva da se na osnovu ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave vodi sudski izvršni postupak. To bi značilo da se sudu uz predlog za izvršenje priloži ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava u skladu sa članom 15. Zakona o hipoteci i članom 30. ZIP. Sud bi tada dozvolio izvršenje, a dalji postupak bi se odvijao po odredbama ZIP kojima se uređuje izvršenje na nepokretnostima radi naplate novčanih potraživanja. Jer ako je ugovor o hipoteci (založna izjava) izvršna isprava pod uslovima utvrđenim Zakonom o hipoteci, onda to znači da se na osnovu njega može odrediti izvršenje, a bez prethodno vođenog parničnog postupka u kojem bi se pravnosnažnom presudom dužniku naložilo ispunjenje obaveze. Druga mogućnost se svodi na zaključenje sporazuma kojim se definiše postojanje novčanog potraživanja, vreme njegovog dospeća, te saglasnost stranaka da se upisom založnog prava na nepokretnosti obezbedi potraživanje (založno pravo na nepokretnim stvarima na osnovu sporazuma stranaka čl. 268–273. ZIP). Ovaj sporazum se zaključuje na ročištu pred sudom, a potpisani zapisnik o sporazumu stranaka ima snagu sudskog poravnjanja. I u ovom slučaju se namirenje poverioca odvija u skladu sa pravilima sudskog izvršnog postupka. Poverilac bi naravno mogao da na osnovu ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave, nakon što je potraživanje dospelo, da pokrene parnični postupak, obezbedi pravnosnažnu i izvršnu sudsku presudu kojom je dužniku naloženo da isplati obavezu, pa na osnovu takve izvršne isprave da pokrene sudski izvršni postupak. To je najmanje povoljna solucija po poverioca, imajući u vidu trajanje parničnog postupka, ali i činjenicu da u fazi namirenja u toku sprovođenja sudskog izvršnog postupka, postoji čitav niz privilegisanih potraživanja, koja bi morala da budu naplaćena pre nego što njegov izvršni zahtev dođe na red. Najnovija i na prvi pogled najjednostavnija solucija bi značila da se poverilac namiruje vansudskim putem u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci. Kao rezultat navedenih odredbi izvršnu ispravu predstavlja pravnosnažna i izvršna presuda parničnog suda kojom je izvršnom dužniku naloženo da plati dug²⁸, ali i ugovor o hipoteci (kao i založna izjava) pod

²⁶ Vidi član 36. ZIP.

²⁷ Vidi član 21. ZIP.

²⁸ Vidi član 30. stav 1. tačka 1. ZIP.

uslovom da sadrži određene elemente.²⁹ Tako se, zahvaljujući odredbama Zakona o hipoteci dovodi u istu ravan pravnosnažna i izvršna presuda parničnog suda i ugovor o hipoteci (založna izjava). Čak je izvršni poverilac koji raspolaže pravnosnažnom i izvršnom parničnom presudom u težoj poziciji, ako ne raspolaže ugovorom o hipoteci, odnosno založnom izjavom u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci. On mora da ishoduje sudsku dozvolu izvršenja, kao i da prođe sve faze koje predviđa ZIP.³⁰ Izvršni poverilac čije je obezbeđeno potraživanje dobilo najснаžniju moguću potvrdu u vidu pravnosnažne i izvršne sudske presude, »kažnjava se« težim putem naplate svog potraživanja u sudskom izvršnom postupku, dok se poveriocu koji raspolaže »izvršnom ispravom« u vidu ugovora o hipoteci ili založne izjave omogućava da koristi pogodnosti vansudskog namirenja u skladu sa Zakonom o hipoteci. Jedna izvršna isprava (pravnosnažna i izvršna parnična presuda) vodi sudskom izvršenju, a druga izvršna isprava – obična saglasnost volja (ili čak jednostrana izjava) – u mnogo jednostavnije vansudsko namirenje. Izvršna isprava u smislu odredaba ZIP (pravnosnažna i izvršna sudska presuda) je stavljena u podređeni položaj u odnosu na izvršnu ispravu u smislu odredaba Zakona o hipoteci (ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava). Poseban spektar pitanja se može otvoriti u odnosu na zaštitu samog dužnika. Kada izvršenju prethodni kognicijski postupak zasnovan na načelu kontradiktornosti njegova prava su garantovana. Zbog odredaba Zakona o hipoteci kojima se na veoma sporan način isključuje pravo na vođenje parnice, i dužnik iz verodostojne isprave je zaštićeniji nego dužnik iz ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave. Dužnik može protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave da izjavi prigovor i time (pod uslovom da osporava prvi stav izreke ili rešenje u celini) da postigne vraćanje stvari u parničnu proceduru po odredbama ZPP kojima se uređuje postupak povodom prigovora protiv platnog naloga.

Da bi ugovor o hipoteci (založna izjava) imao svojstvo izvršne isprave potrebna je saglasnost vlasnika nepokretnosti kojom on neopozivo ovlašćuje poverioca da ako dug ne bude plaćen o dospelosti, naplati svoje potraživanje iz cene dobijene prodajom, u skladu sa vansudskim postupkom prodaje. Pored toga, traži se saglasnost vlasnika nepokretnosti kojom on izražava pristanak na mogućnost izvršenja ugovora o hipoteci prodajom u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci, bez prava na vođenje parnice. Pisac Zakona o hipoteci se osetio pozvanim da uskrati strankama pravo na sudsku zaštitu, odnosno da dozvoli odricanje od prava na sudsku zaštitu u formi jednostrane izjave volje, odnosno u formi ugovora o hi-

²⁹ Vidi član 15. stav 3. Zakona o hipoteci.

³⁰ Izvršenje na nepokretnosti se sprovodi zabeležbom rešenja o izvršenju u javnu knjigu, utvrđenjem vrednosti nepokretnosti, prodajom nepokretnosti i namirenjem izvršnih poverilaca iz iznosa dobijenog prodajom. Vidi član 99. ZIP.

poteci. Pri tom se zaboravlja da svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom ustanovljen sud, pravično, i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretnje postupka, kao i optužbama protiv njega.³¹ Jemči se jednaka zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaoćima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave.³² Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu.³³ Zakonodavac je odredbama Zakona o hipoteci našao za shodno da derogira pravo na pravnu zaštitu utvrđeno Ustavom Srbije. Tuživost jednog subjektivnog prava znači da se ono može prinudno realizovati u sudskom postupku. Parnične stranke ne mogu svojim sporazumom da potpuno isključe tuživost subjektivnog prava. Taj sporazum je ništav, kao protivan pravu na tužbu, odnosno pravu na sudsku zaštitu. Stranke bi mogle jedino da zaključe sporazum kojim vremenski ograničavaju pravo na podizanje tužbe. Radi se o procesnopravnom ugovoru. Samo tada bi sud odbacio tužbu kao nedopuštenu. Na tuživost subjektivnog prava se pazi do zaključenja glavne rasprave i to po prigovoru stranke.³⁴

Pravo na pravnu zaštitu je garantovano Ustavom i međunarodnim izvorima građanskog procesnog prava. Njegova suština je pravo pravnog subjekta da pokrene i od suda zahteva pravnu zaštitu tvrdeći da postoji povreda ili ugrožavanje njegovog subjektivnog prava. U modernim državama se pravu na pravnu zaštitu pridaje značaj subjektivnog prava *javnopravnog karaktera* na osnovu koga se omogućuje pravnim subjektima da pod određenim uslovima zahtevaju i dobiju zaštitu od državnog sudstva.³⁵ Ne može se poistovećivati pravo na pravnu zaštitu sa subjektivnim pravom, jer rezultat pokrenutog postupka može biti odbijanje tužbenog zahteva kao neosnovanog, ali i odbacivanje tužbe zbog nedostataka procesnopравnih pretpostavki. Stavljanjem znaka jednakosti između subjektivnog prava i prava na pravnu zaštitu dovela bi se u pitanju tužba za utvrđenje koja se podnosi preventivno, tj. pre nego što je do povrede subjektivnog građanskog prava uopšte došlo, i da do povrede subjektivnog građanskog prava ne bi došlo.³⁶

Navedeni argumenti nas upućuju na to da je pravo na pravnu zaštitu ovlašćenje javnopravnog supstrata koje pravni subjekt ima prema državi, pa je zbog

³¹ Vidi član 32. stav 1. Ustava Srbije.

³² Vidi član 36. stav. 1. Ustava Srbije.

³³ Vidi član 36. stav 2. Ustava Srbije.

³⁴ Vidi A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2009, str. 336.

³⁵ R. Keča, *Građansko procesno pravo*, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd 2010, str. 20.

³⁶ Vidi član 188. ZPP.

toga protivustavan i ništav svaki ugovor kojim se stranke odriču ovog prava. Zakon o hipoteci daje svojstvo izvršne isprave ugovoru o hipoteci i založnoj izjavi – aktima čijem nastanku nije prethodilo vođenje parničnog ili drugog kognicijskog postupka – pod uslovom da oni sadrže klauzulu o odricanju od prava na sudsku zaštitu u parničnom postupku.³⁷

POSTUPAK NAMIRENJA

Ako dužnik ne isplati dug o dospelosti, hipotekarni poverilac može da namiri svoje potraživanje iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti, bez obzira u čijoj se svojini ili državini ona nalazi.³⁸ Namirenje se sprovodi u skladu sa Zakonom o hipoteci, odnosno u skladu sa odredbama ZIP, kao i u skladu sa Zakonom koji uređuje prinudnu naplatu poreskih potraživanja na nepokretnostima.³⁹ Pošto

³⁷ Jedina mogućnost za obraćanje sudu bi postojala ukoliko bi dužnik podneo tužbu za poništaj ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave. U slučaju ništavosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je da vrati drugoj sve ono što je primila po osnovu takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, ukoliko zakon što drugo ne određuje (član 104. stav 1. ZOO). Ali, ako je ugovor ništav zbog toga što je po svojoj sadržini protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, sud može odbiti, u celini ili delimično, zahtev nesavesne strane za vraćanje onog što je drugoj strani dala, a može i odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda opštini na čijoj teritoriji ona ima sedište, odnosno prebivalište ili boravište (član 104. stav 2. ZOO). Prilikom odlučivanja sud vodi računa o savesnosti jedne, odnosno obeju strana, o značaju ugroženog dobra ili interesa, kao i o moralnim shvatanjima (član 104. stav 3. ZOO). U našem slučaju ove odredbe o vraćanju bi se mogle primeniti u slučaju da je poverilac sam kupio nepokretnost za sebe. Kako se u praksi dešava da dužnikova nepokretnost završi u svojini trećeg lica, postavlja se pitanje kako postupiti imajući u vidu ništavost ugovora o hipoteci s jedne, i potrebu zaštite trećeg savesnog lica s druge strane. Pošto se radi o sticanju svojine na nepokretnosti isključuje se primena pravila stvarnog prava o sticanju od ne vlasnika. Kada bi se primenjivale odredbe ZIP, stvar bi izgledala malo drugačije. Rešenje o dosudjenju nepokretnosti je odluka izvršnog suda iz koje se izvodi sticanje prava svojine na stvari u korist kupca. Posredi je originerno sticanje na osnovu činjenica utvrđenih zakonom, pri čemu je relevantna pravna činjenica rešenje o dosudjenju. Njegova pravnosnažnost označava trenutak sticanja svojine u korist kupca. U slučaju da je došlo do prodaje nepokretnosti koja nije svojina izvršnog dužnika, tada bi postojalo samo pravo na naknadu štete usmeren prema državi. U postupku vansudskog izvršenja taj bi zahtev trebalo upraviti prema banci, pod uslovom da prihvatimo primenu pravila ZIP o sticanju prava svojine na nepokretnosti u postupku aukcijske prodaje ili prodaje neposrednom pogodbom.

³⁸ Vidi član 24. stav 1. Zakona o hipoteci.

³⁹ Vidi član 24. stav 2. Zakona o hipoteci. U prethodnom poglavlju smo objasnili koje mogućnosti stoje na raspolaganju hipotekarnom poveriocu. Nije jasno da li je ovom odredbom zakonodavac hteo da pozove u pomoć u odredbe ZIP na pitanja koja nisu regulisana Zakonom o hipoteci, a koja kao što ćemo videti, postoje, i nisu zanemarljivog značaja.

dužnik nije platio dug o dospelosti, hipotekarni poverilac iz verodostojne(?) ili izvršne isprave iz člana 15. ovog zakona, poslaće opomenu u pismenoj formi istovremeno dužniku i vlasniku predmeta hipoteke (ako su to različita lica), čime se pokreće postupak vansudskog namirenja.⁴⁰ U članu 29. se poziva na izvršne ili verodostojne isprave iz člana 15, a u članu 15. se govori samo o ugovoru o hipoteci, odnosno založnoj izjavi kao izvršnim ispravama. To pokazuje na konfuziju koju je pisac Zakona o hipoteci imao prilikom pokušaja da razgraniči osnovne pojmove izvršnog postupka. Ako je već poveriocu priznato pravo da na osnovu ugovora o hipoteci i založne izjave može da pokrene postupak vansudskog izvršenja, kako se onda ti akti mogu izjednačiti sa izvršnim ispravama kojima prethodi vođenje sudskog postupka u cilju ispitivanja postojanja potraživanja.

Opomena mora da sadrži: 1) podatke o ugovoru o hipoteci i hipotekovanoj nepokretnosti; 2) opis povrede ugovora o hipoteci na osnovu koga se zahteva realizacija hipoteke; 3) radnje koje dužnik mora da preduzme da bi isplatio dug i izbegao prodaju nepokretnosti; 4) rok u kome dužnik mora da plati dug da bi izbegao prodaju nepokretnosti; 5) opomenu da ukoliko dužnik ne preduzme te radnje i time isplati dug, poverilac će potraživati celokupan iznos potraživanja i prodajom hipotekovane nepokretnosti izgubiti državinu na nepokretnosti;⁴¹ 6) ime i nepohodne podatke o predstavniku poverioca kome se dužnik može obratiti za dobijanje više informacija; 7) druge informacije za koje poverilac smatra da su od značaja.⁴²

Ukoliko u roku od 30 dana od dana prijema prve opomene dužnik ne isplati dug, poverilac dužniku i vlasniku nepokretnosti upućuje opomenu o prodaji nepokretnosti koja sadrži: 1) podatke o ugovoru o hipoteci i hipotekovanoj nepokretnosti; 2) opis povrede ugovora o hipoteci na osnovu koga se zahteva realizacija hipoteke; 3) obaveštenje da je celokupan dug dospeo na naplatu; 4) iznos duga koji je dospeo na naplatu; 5) radnje koje dužnik ili vlasnik mora da preduzme da bi isplatio dug i izbegao prodaju nepokretnosti; 6) rok u kome dužnik ili vlasnik mora da ispuni obaveze da bi izbegao prodaju nepokretnosti; 7) opomenu da ukoliko dužnik ili vlasnik ne preduzme te radnje i time ispuni dug, poverilac će prodajom hipotekovane nepokretnosti prekinuti državinu na nepokretnosti; 8) obaveštenje o izboru načina prodaje nepokretnosti; 9) ime i nepohodne podatke o

⁴⁰ Vidi član 29. stav 1. Zakona o hipoteci.

⁴¹ Nije jasno kako će poverilac prodajom hipotekovane nepokretnosti izgubiti državinu na nepokretnosti, koju nikada nije ni imao, jer je nepokretnost sve vreme u posedu vlasnika hipotekovane nepokretnosti.

⁴² Vidi član 29. stav 2. Zakona o hipoteci.

predstavniku poverioca kome se dužnik može obratiti radi održavanja sastanka; 10) druge informacije za koje poverilac smatra da su od značaja.⁴³

Poverilac istovremeno podnosi registru nepokretnosti zahtev da se izvrši zabeležba hipotekarne prodaje u korist poverioca, kao i kopiju opomene o prodaji nepokretnosti, kopiju ugovora o hipoteci, izjavu da dužnik do tog dana nije ispunio dug⁴⁴ i dokaze da su prva opomena i opomena o prodaji poslate vlasniku dužniku i vlasniku nepokretnosti. Registar nepokretnosti će u roku od sedam dana od dana prijema zahteva za zabeležbu, da izvrši zabeležbu hipotekarne prodaje u korist poverioca i da dostavi poveriocu, dužniku i vlasniku nepokretnosti rešenje o zabeležbi. Zabeležba hipotekarne prodaje i rešenje hipotekarne prodaje sadrži: 1) izričito ovlašćenje da hipotekarni poverilac, kada rešenje postane pravnosnažno, ali ne pre isteka roka od 30 dana od dana izdavanja rešenja, može kao hipotekarni poverilac u svoje ime da proda nepokretnost, u skladu sa odredbama ovog zakona; 2) zabranu prodaje hipotekovane nepokretnosti od strane vlasnika.⁴⁵

Protiv rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje vlasnik, dužnik i poverilac⁴⁶ imaju pravo žalbe nadležnom organu⁴⁷ u roku od 15 dana od dana prijema rešenja. Žalba se usvaja ako dužnik ili vlasnik nepokretnosti dostavi registru nesporne pismene dokaze da: 1) potraživanje ne postoji; 2) hipoteka ne postoji; 3) potraživanje nije dospelo za naplatu; ili 4) dug je isplaćen.^{48, 49} Naj snažniji pismeni dokaz u prilog nepostojanja potraživanja ili hipoteke bi bila deklaratorna presuda kojom se to utvrđuje u parničnom postupku, ali imajući u vidu rok za žalbu, podnošenje ovog dokaza je gotovo neizvodljivo. Prodaji nepokretnosti se

⁴³ Vidi član 30. Zakona o hipoteci. Imajući u vidu posledice koje nastupaju, prihvatljivije bi bilo uzeti da postupak vansudskog izvršenje počinje dostavljanjem opomene o prodaji hipotekarnom dužniku i vlasniku hipotekovane nepokretnosti.

⁴⁴ Šta znači »izjava« hipotekarnog poverioca, i kako se ona može prihvatiti kao dokazno sredstvo, pitanja su za pisca Zakona o hipoteci. Da je ova odredba spretnije formulisana ličila bi na *affidavit* (pisana izjava za koju se potpisnik kune da je istinita, primenjuje se u pravu SAD).

⁴⁵ Vidi član 31. stav 3. Zakona o hipoteci. Zabrana prodaje od strane vlasnika ne bi značila i zabranu prodaje od strane suda u postupku pokrenutom u skladu sa odredbama ZIP, pa zbog toga ne treba izvoditi zaključak o zabrani istovremeno tog sudskog i vansudskog izvršenja na istoj nepokretnosti. Tada bi se mogle primeniti odredbe ZIP kojima se uređuje izvršenje na nepokretnosti, a koje se odnose na pristupanje izvršenju.

⁴⁶ Samo je još propušteno da se objasni u čemu bi se sastojao pravni interes poverioca, da rešenje kojim je udovoljeno njegovom zahtevu, napada žalbom.

⁴⁷ Misli se valjda na Republički geodetski zavod.

⁴⁸ Ako se kao dokaz da dug nije isplaćen prihvata izjava poverioca da dužnik nije ispunio svoju obavezu, onda kao nesporan pismeni dokaz o tome da je dug isplaćen može biti pismena izjava dužnika o tome overena u sudu ili opštini.

⁴⁹ Vidi član 31. stav 6. Zakona o hipoteci.

može pristupiti tek pošto rešenje o prodaji postane pravnosnažno, ali ne pre isteka roka od 30 dana od dana izdavanja rešenja. Ovaj uslov će svakako biti ispunjen, odnosno ako se uzme u obzir trajanje postupka pred registrom nepokretnosti, nemoguće je zamisliti da pravnosnažnost nastupi pre proteka roka od 30 dana, računajući od dana izdavanja rešenja.

Drugostepeno rešenje je konačno i izvršno i protiv njega nije dozvoljena tužba ili pravni lek.⁵⁰ To znači da se o postojanju pravnih odnosa: potraživanja i hipoteke, odlučuje u dvostepenom upravnom postupku. Pravo stranke da osporava odluku upravnog organa (u kojem je zastupljenost pravnika neznatna) je isključeno.⁵¹

Dužnik, tj. vlasnik nepokretnosti, može u roku od 10 dana, nakon što je dobio opomenu o prodaji nepokretnosti, da zahteva sastanak sa poveriocem, odnosno njegovim predstavnikom, koji je dužan da ga primi u svojim prostorijama u toku radnog vremena. Tom prilikom dužnik može da iznese svoj predlog sporazuma kako bi se izbegla prinudna prodaja založene nepokretnosti. Poverilac ovaj predlog ne mora da prihvati u kojem slučaju se nastavlja postupak vansudskog namirenja.⁵² Opomena se smatra uručenom dužniku ako je poslata preporučenom poštu na adresu: 1) hipotekovane nepokretnosti; 2) dužnika navedenu u ugovoru o hipoteci, ako je adresa dužnika drugačija od adrese hipotekovane nepokretnosti; 3) vlasnika nepokretnosti ako vlasnik nije dužnik.⁵³ Poveriocu se pismeno mora dostaviti na njegovu adresu iz ugovora o hipoteci ili na adresu iz poveriočeve opomene u kojoj se zahteva odgovor dužnika.⁵⁴ Poverilac ne sme da pristupi prodaji hipotekovane nepokretnosti pre pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje, pod uslovom da je ta pravnosnažnost nastupila najmanje 30 dana od dana izdavanja rešenja. Ako upravni organ odluči povodom žalbe i potvrdi prvostepeno rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje, mora se sačekati protek 30 dana od dana izdavanja rešenja.⁵⁵ Nepokretnost se može prodati putem aukcije ili

⁵⁰ Vidi član 31. stav 7. Zakona o hipoteci.

⁵¹ Ovakvo rešenje je problematično, naročito ako se posmatra u svetlu člana 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP), i u kontekstu prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP). Načela upravnog postupka se u bitnom razlikuju od načela građanskog sudskog postupka, usled čega se u upravnom postupku ne može pružiti onaj nivo zaštite prava koji je neophodan kada se radi o građanskoopravnim odnosima.

⁵² Vidi član 32. stav. 2. Zakona o hipoteci.

⁵³ Radi se o alternativama.

⁵⁴ Vidi član 33. stav. 2 Zakona o hipoteci.

⁵⁵ Skrećemo pažnju na terminologiju »izdavanje« umesto »donošenja« rešenja, čime je zakonodavac valjda hteo da se veže za trenutak u kome je rešenje materijalizovano. Mislimo da je celishodnije ovaj rok od 30 dana, ako je uopšte potreban, vezati za dostavljanje rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje samom dužniku.

neposredne pogodbe, pri čemu je moguće kombinovati ova dva metoda sve dok se nepokretnost ne proda. Pre pristupanja prodaji poverilac je dužan da utvrdi orijentacionu tržišnu vrednost nepokretnosti angažovanjem sudskog veštaka.⁵⁶ U postupku sudskog izvršenja, sud utvrđuje tržišnu vrednost nepokretnosti uzimajući u obzir nalaz i mišljenje veštaka, kao i podatke od drugih organizacija koje se bave procenom vrednosti nepokretnosti. Kao vrednost se potom uzima tržišna vrednost nepokretnosti umanjena za terete koji će nastaviti da postoje i nakon njene prodaje.⁵⁷ Sud ima ovlašćenje da na predlog stranke, koji mora biti podnesen najkasnije 8 dana pre ročišta za prodaju, na ročištu za prodaju ponovo utvrdi vrednost nepokretnosti, ako stranka učini verovatnim da se ta vrednost promenila od prethodnog utvrđivanja vrednosti do dana prodaje.⁵⁸ Sudski izvršni postupak podrazumeva da se vrednost nepokretnosti utvrđuje sudskim rešenjem, protiv kojeg se može izjaviti žalba.⁵⁹ U postupku vansudskog izvršenja na osnovu Zakona o hipoteci takva mogućnost ne postoji. Vrednost nekretnine utvrđuje poverilac koji je dužan da angažuje sudskog veštaka u cilju utvrđivanja tržišne vrednosti. U našem građanskom sudskom postupku sud ovom procenom ne bi bio vezan, no kako u postupku izvršenja po osnovu Zakona o hipoteci ne učestvuje sud, to kontrola utvrđene vrednosti nije moguća. Isto tako, nije obezbeđen mehanizam uzimanja u obzir naknadnih promena vrednosti nepokretnosti. Postavlja se pitanje, šta ako je poverilac banka koja će svakako dati procenu vrednosti nepokretnosti pre odobrenja kredita, da li odredba člana 34. stav 3. Zakona o hipoteci znači da će banka ponovo utvrđivati vrednost nepokretnosti pre pristupanja prodaji? Ako banka (uz »pomoć« sudskog veštaka) proceni vrednost nepokretnosti znatno niže nego što je to bio slučaj pri odlučivanju o davanju kredita, koja su prava dužnika? Na ova pitanja Zakon o hipoteci ne daje odgovore.

Jedna od mogućnosti je organizovanje aukcijske prodaje. Poverilac to može obaviti sam ili je poveriti licu koje se time profesionalno bavi.⁶⁰ O održavanju aukcijske prodaje se objavljuje oglas i to u regionalnom dnevnom listu. Oglas mora biti objavljen najmanje 45 dana pre zakazane prodaje. U oglasu moraju da budu navedeni: 1) opis nepokretnosti; 2) ime i prezime, odnosno naziv poverioca; 3) podatke kako kontaktirati poverioca; 4) početnu cenu na aukciji; 5) vreme i mesto aukcije; 6) druge informacije za koje poverilac smatra da su od značaja.⁶¹ Poverilac mora dužniku, vlasniku nepokretnosti, odnosno trećim licima koja ima

⁵⁶ Vidi član 34. stav 3. Zakona o hipoteci.

⁵⁷ Vidi član 113. stav. 1. ZIP.

⁵⁸ Vidi član 113. stav 2. ZIP.

⁵⁹ Vidi član 114. ZIP.

⁶⁰ Vidi član 35. stav 1. Zakona o hipoteci.

⁶¹ Vidi član 35. stav 3. Zakona o hipoteci.

prava na hipotekovanoj nepokretnosti da pošalje obaveštenje o oglasu zajedno sa svim elementima oglasa i izjavom u kom roku se može isplatiti celokupan dug da bi se izbegla prodaja. Počinje se sa cenom koja ne može biti niža od 75% procenjene vrednosti. U slučaju propasti prve aukcije, početna cena na drugoj aukciji ne može da bude niža od 60% procenjene vrednosti. Poverilac i vlasnik hipotekovane nepokretnosti mogu da se dogovore da se nepokretnost može prodati i po ceni nižoj od 75% procenjene vrednosti, odnosno od 60% procenjene vrednosti.⁶² Na aukciji može da učestvuje i sam poverilac.

Nepokretnost se može prodati neposrednom pogodbom po ceni koja je približna tržišnoj. Zakon o hipoteci ne sadrži posebne uslove za prodaju nepokretnosti neposrednom pogodbom. ZIP propisuje da se stranke i založni poverioci mogu u svako doba sporazumeti da se prodaja nepokretnosti izvrši u određenom roku neposrednom pogodbom.⁶³ Ugovor o prodaji neposrednom pogodbom se u sudskom izvršnom postupku zaključuje u pisanoj formi i proizvodi dejstvo od dana pravnosnažnosti rešenja o dosuđenju.⁶⁴

Tržišna cena je u smislu Zakona o hipoteci, uobičajena cena koja se može postići prodajom te nepokretnosti u dobroj meri u vreme hipotekarne prodaje.⁶⁵ Poverilac može nepokretnost da prodaje samostalno ili uz angažovanje advokata, tj. agencije za promet nepokretnosti. U ovom drugom slučaju uobičajeni honorar, odnosno provizija mogu da budu uključeni u prodajnu cenu. Minimum 15 dana pre zaključenja ugovora o prodaji nepokretnosti, poverilac će o prodaji da obavesti dužnika, vlasnika nepokretnosti i lica koja imaju druga prava na nepokretnosti. To obaveštenje mora da sadrži; 1) iznos celokupnog potraživanja; 2) procenjenju vrednost nepokretnosti; 3) bitne elemente ugovora o prodaji nepokretnosti; 4) datum za kada se predviđa zaključenje ugovora o prodaji; 5) način na koji će se raspodeliti sredstva dobijena od prodaje; 6) datum kada nepokretnost mora biti iseljena i ispražnjena; 7) izjavu u kom roku može da se ispuni celokupna obaveza da bi se izbegla prodaja nepokretnosti.⁶⁶

U toku vansudskog namirenja hipotekarni poverilac je ovlašćen da zatraži pomoć organa unutrašnjih poslova ako je to neophodno za sprovođenje izvršenja. Ovdje se prvenstveno ima na umu izostanak saradnje vlasnika, odnosno drugog držaoca nepokretnosti, tj. odbijanje omogućavanja pristupa nepokretnosti, odbija-

⁶² Vidi član 35. stav 7. Zakona o hipoteci.

⁶³ Vidi član 120. stav 4. ZIP.

⁶⁴ Vidi član 120. stav 5. ZIP.

⁶⁵ Vidi član 36. stav 2. Zakona o hipoteci. U tom smislu bi trebalo koristiti podatke Poreske uprave.

⁶⁶ Vidi član 36. stav 5. Zakona o hipoteci.

nje dobrovoljnog iseljenja iz nepokretnosti. Za organ unutrašnjih poslova je u tom smislu obavezujuće rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje.⁶⁷

Ako je cena ostvarena na aukcijskoj prodaji ili neposrednom pogodbom manja od ukupnog potraživanja poverioca, dužnik će ostati dužan poveriocu preostali dug u iznosu između ukupnog potraživanja i ostvarene cene.⁶⁸ Ovo ne znači da za ostatak duga hipotekarni poverilac mora da pokrene pamični postupak, ishoduje pravnosnažnu i izvršnu sudsku presudu, pa da onda na osnovu nje pokrene sudski izvršni postupak ili pristupi istom, jer ako se ugovor hipoteci i založna izjava smatraju izvršnim ispravama (član 15. Zakona o hipoteci) to će omogućiti »preskakanje« pamičnog postupka. Preostali dug se umanjuje za iznos razlike između 75% procenjene cene nepokretnosti i ostvarene cene, ako je ostvarena cena niža od 75% procenjene cene kod oba načina prodaje.⁶⁹ Iz ove odredbe sledi da će se poverilac u svakom slučaju smatrati namirenim u iznosu od 75% procenjene vrednosti nepokretnosti, čak i kada ona bude prodana po manjoj vrednosti. Ne vidimo razloga za, iz ugla poverioca posmatrano, ovako štetnu odredbu. Ako cena hipotekovane nepokretnosti dobijena na aukcijskoj prodaji ili neposrednom pogodbom prevazilazi visinu potraživanja, hipotekarni poverilac je dužan da hipotekarnom dužniku isplati razliku.

Ako je predmet hipoteke založen nekolicini hipotekarnih poverilaca, redosled po kojem se oni namiruju iz cene dobijene prodajom predmeta hipoteke određuje se prema danu, času i minutu nastajanja hipoteke, računajući od momenta upisane prve hipoteke (*prior tempore potior iure*). Poverilac je dužan da u roku od 7 dana od dana naplate prodajne cene nepokretnosti, sledećim redom namiri: 1) troškove prodaje, uključujući troškove i honorare trećih lica; 2) potraživanje hipotekarnog poverioca; 3) potraživanje hipotekarnog poverioca nižeg reda ili drugog poverioca sa jednakim redom obezbeđenja; 4) preostali iznos pripada dužniku. U roku od sedam dana nakon raspodele sredstava, poverilac je u obavezi da dužniku i svim trećim licima koja imaju prava na nepokretnosti dostavi konačni obračun raspodele sredstava.⁷⁰ ZIP utvrđuje bitno drukčiji redosled namirenja. Iz iznosa dobijenog prodajom namiruju se prvenstveno, i to sledećim redom: 1) troškovi izvršnog postupka, 2) potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja ako se dokazuju izvršnom ispravom i ako su prijavljena najdocnije

⁶⁷ Vidi član 37. Zakona o hipoteci. Ovo pretpostavlja da su policijski službenici upoznati sa odredbama Zakona o hipoteci. Poznato je da policija ne pruža asistenciju ni u postupku sudskog izvršenja, pa u tom smislu i ovde treba očekivati probleme.

⁶⁸ Vidi član 38. stav 1. Zakona o hipoteci.

⁶⁹ Vidi član 38. stav 2. Zakona o hipoteci.

⁷⁰ Vidi član 41. Zakona o hipoteci.

na ročištu za prodaju.⁷¹ Po namirenju potraživanja iz člana 140. ZIP namiruju se: 1) poreske i druge dažbine koje opterećuju nepokretnost u poslednjoj godini; 2) potraživanja po osnovu naknade štete nastale usled oštećenja zdravlja ili umanjena odnosno gubitka radne sposobnosti i zbog izgubljenog izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja, potraživanja po osnovu radnog odnosa zaposlenog kod preduzetnika odnosno drugog fizičkog lica koje obavlja delatnost i potraživanja doprinosa za socijalno osiguranje koja su dospela, bez obzira na to da li su obezbeđena založnim pravom na prodatoj nepokretnosti; 3) potraživanja obezbeđena založnim pravom; 4) potraživanja naknade za lične službenosti i stvarne terete koji se prodajom gase, ako su nastali pre pokretanja izvršnog postupka; 5) potraživanja izvršnih poverilaca po čijem predlogu je određeno izvršenje. Založni poverioci, namiruju se po redu sticanja založnog prava, a poverioci naknadu za lične službenosti i stvarne terete po redu upisa u javnu knjigu. Troškovi i kamate za poslednje tri godine do donošenja rešenja o predaji nepokretnosti kupcu, određeni izvršnom ispravom, namiruju se po istom redu kao glavna potraživanja. Navedena potraživanja pod 1), 2), 3) i 5) se namiruju pod uslovom da su prijavljena najdocije na ročištu za prodaju nepokretnosti i ako se kao dokaz pruži izvršna isprava.⁷²

Zakon o hipoteci ne sadrži pravila koja se odnose na osporavanje potraživanja jednom poveriocu od strane drugog. Ta pravila su sadržana u odredbama ZIP, a mislimo da je korisno njihovo poznavanje u ovoj situaciji. Lice koje je osporilo potraživanje upućuje se da u određenom roku, koji ne može biti duži od 15 dana, pokrene parnicu ako odluka zavisi od spornih činjenica, osim ako svoje osporavanje ne dokazuje pravnosnažnom presudom, javnom ili po zakonu overenom privatnom ispravom.⁷³ Ako lice koje osporava potraživanje to osporavanje dokazuje pravnosnažnom presudom, javnom ili po zakonu overenom privatnom ispravom, sud o tom potraživanju odlučuje u izvršnom postupku. Ako lice koje osporava potraživanje učini verovatnim postojanje razloga za osporavanje, sud zaključkom upućuje na parnicu ono lice čije je potraživanje osporeno, a donošenje rešenja o namirenju lica čije je potraživanje osporeno odlaže do okončanja parnice.⁷⁴ Ako lice koje je upućeno na parnicu u roku koji mu je za to određen ne dokaže da je parnicu pokrenulo, smatra se da potraživanje nije osporeno.⁷⁵ Presuda doneta u parnici o osporenom potraživanju deluje protiv izvršnog

⁷¹ Vidi član 140. ZIP.

⁷² Vidi član 141. ZIP.

⁷³ Vidi član 141. stav 1 ZIP.

⁷⁴ Vidi član 141. stav 2. ZIP.

⁷⁵ Vidi član 141. stav 4. ZIP.

dužnika i svih izvršnih poverilaca.⁷⁶ Na predlog lica čije je potraživanje osporeno, sud može odložiti donošenje rešenja o namirenju i namirenje potraživanja tog lica usloviti davanjem obezbeđenja za štetu koju bi to lice moglo pretrpeti zbog odlaganja namirenja. Kada lice koje je osporilo potraživanje ne pruži odgovarajuće obezbeđenje u roku koji mu je određen, smatraće se da potraživanje nije osporeno. Lice čije je potraživanje bilo osporeno ima pravo na naknadu štete koju je pretrpelo zbog neosnovanog osporavanja potraživanja, ako je ono bilo učinjeno jedno radi toga da mu se šteti ili mu smeta u izvršavanju i ostvarenju njegovih prava.⁷⁷ Moguće je da u postupku vansudskog izvršenja po osnovu Zakona o hipoteci jedan hipotekarni poverilac osporava potraživanje drugog. Situacija je tim realnija ako se ima u vidu da niko od njih ne raspolaže pravnosnažnom i sudskom izvršnom ispravom, već se ceo koncept izvršenja zasniva na dodeljivanju svojstva izvršne isprava ugovoru o hipoteci i založnoj izjavi. Kako nema suda u samom postupku izvršenja, to nezadovoljnom hipotekarnom poveriocu jedino preostaje da svoja prava štiti u parničnom postupku.

Kada je predmet hipoteke u stečajnom postupku, poverilac ima razlučno pravo zasebnog namirenja iz vrednosti nepokretnosti.⁷⁸ Poverioci koji imaju založno pravo, zakonsko pravo zadržavanja ili pravo namirenja na stvarima i pravima o kojima se vodi javne knjige ili registri imaju pravo na prvenstveno namirenje na sredstvima ostvarenim prodajom imovine na kojoj su stekli to pravo.⁷⁹ Oni se namiruju kao stečajni poverioci samo ako je iznos njihovog potraživanja veći od iznos sredstava dobijenih prodajom imovine na kojoj su stekli razlučno pravo, i samo u pogledu te razlike. Razlučna prava stečena izvršenjem ili obezbeđenjem za poslednjih 60 dana pre otvaranja stečajnog postupka radi prinudnog namirenja ili obezbeđenja prestaju da važe i takvi poverioci nisu razlučni poverioci. Na osnovu rešenja stečajnog sudije, nadležni organ koji vodi odgovarajuće knjige, dužan je da izvrši brisanje ovako stečenih razlučnih prava.⁸⁰ To znači da svi upisi izvršeni 60 dana pre dana otvaranja stečajnog postupka ostaju bez dejstva. Usled toga hipotekarni poverilac mora da vodi računa o tome da li će dužnik (vlasnik hipotekovane nepokretnosti ukoliko su u pitanju različita lica) da ode u stečaj u roku od 60 dana od dana kada je poverilac stekao založno pravo, odnosno pravo na namirenje. U stečajnom zakonu se govori o licima koja imaju založno pravo, zakonsko pravo zadržavanja ili pravo namirenja. U slučaju da je 60 dana pre otvaranja stečajnog postupka, poverilac upisao založno pravo,

⁷⁶ Vidi član 141. stav 5. ZIP.

⁷⁷ Vidi član 141. stav 7. ZIP.

⁷⁸ Vidi član 42. Zakona o hipoteci.

⁷⁹ Vidi član 49. stav. 1. Stečajnog zakona.

⁸⁰ Vidi član 49. stav 3. Stečajnog zakona.

ono će prestati na osnovu rešenja stečajnog sudije, a ukoliko je poverilac stekao i pravo na namirenje u istom periodu (ishodovao pravnosnažno rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje) i ono bi moralo da bude izbrisano. U tom smislu se morala ostvariti bolja koordinacija između Zakona o hipoteci i drugih procesnih zakona, pre svega ZIP i Stečajnog zakona.

»REZERVISANA PRAVA« NENAMIRENIH HIPOTEKARNIH POVERILACA

Hipoteka između ostalog prestaje i kada je u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci predmet hipoteke prodat vansudskim putem i kada je poverilac namiren ili kad je poverilac namiren na osnovu naknadnog ugovora. Hipoteka se tada ispisuje na zahtev kupca predmeta hipoteke, dok prava docnijih hipotekarnih poverilaca ostaju rezervisana.⁸¹ Ova odredba je dosta problematična i pitanje je kako obezbediti njenu primenu u praksi. Šta znači da prava docnijih hipotekarnih poverilaca ostaju rezervisana? Moguće je nekoliko tumačenja. Prema jednom, to bi imalo za posledicu da hipoteke nenamirenih poverilaca nastavljaju da postoje i nakon prodaje nepokretnosti (pitanje je da li na istoj nepokretnosti ili se prebacuju na druge nepokretnosti hipotekarnog dužnika ukoliko ih ima). Ukoliko je na nepokretnosti bilo pet redova hipotekarnih poverilaca, a namiren je samo prvi red, ako prava nenamirenih hipotekarnih poverilaca iz kasnijih redova nastavljaju da postoje, to bi moglo da se negativno odrazi na prodaju nepokretnosti, a time i da dovede u pitanje delotvornost celog postupka vansudskog izvršenja. Ko bi kupio takvu nepokretnost na kojoj i dalje postoje prava docnijih nenamirenih hipotekarnih poverilaca? Saznanje da te hipoteke postoje i da će biti aktivirane dovoljno je snažno da odvraća potencijalnog kupca. S druge strane postavlja se pitanje koja prava imaju docniji hipotekarni poverioci? Da li »rezervisanost« njihovih prava znači da će se ona protegnuti na neke druge nepokretnosti dužnika ukoliko one postoje? Ovom pitanju je pridat prvorazredan značaj, pa je Udruženje banaka Srbije tražilo od Ministarstva finansija tumačenje odredbe člana 49. Zakona o hipoteci. U mišljenju od 8. 07. 2009. se između ostalog kaže: ...»Prema članu 48. Zakona o hipoteci hipoteka prestaje kada je izvršena sudska javna prodaja predmeta hipoteke, a ispis se vrši na osnovu pravnosnažne sudske odluke o namirenju. Odredbama ZIP koje se primenjuju u postupku sudske javne prodaje predmeta hipoteke čl. 140 i 141. propisan je redosled namirenja potraživanja iz novčanih sredstava dobijenih prodajom nepokretnosti, uključujući

⁸¹ Vidi član 49. stav 2. tačka 2. Zakona o hipoteci.

potraživanja založnih poverilaca, članom 106. propisano je da se založno pravo na nepokretnosti gasi danom pravnosnažnosti rešenja o predaji nepokretnosti, iako založni poverioci nisu u potpunosti namireni, a prema članu 151. Sud će po pravnosnažnosti rešenja o namirenju odrediti da se u javnoj knjizi brišu upisana prava i tereti, osim onih koji ostaju na nepokretnosti i posle predaje nepokretnosti kupcu ili ih je kupac preuzeo. Imajući u vidu navedene odredbe mišljenja smo da odredbu člana 49. Zakona o hipoteci treba shvatiti u tom smislu da se nakon prodaje nepokretnosti brišu sve hipoteke, bez obzira da li su hipotekarni poverioci u potpunosti namirili svoja potraživanja ili ne. Po našem mišljenju ne postoji opravdanje da se pravo na namirenje iz hipotekovane nepokretnosti vansudskom prodajom nepokretnosti tretira na drugačiji način od prava koje se ostvaruje u sudskoj prodaji nepokretnosti. Napominjemo da mišljenje izneto u ovom dopisu nema obavezujuću snagu za druge organe koji odlučuju u stvarima iz svoje nadležnosti«. Neobavezujuća snaga ovog mišljenja ima za posledicu da se na osnovu njega ne može tražiti brisanje hipoteka nenamirenih poverilaca u katastru nepokretnosti, odnosno katastar nepokretnosti nije dužan da po njemu postupi. U mišljenju Ministarstva finansija se navodi da nema opravdanja za pravljenje razlike između statusa hipotekarnih poverilaca nakon sudske i vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti. Rukovodeći se tim načinom razmišljanja možemo se zapitati ima li smisla da se u drugim aspektima vansudske prodaje hipotekovane nepokretnosti pravi razlika u odnosu na režim ustanovljen odredbama ZIP? Da li to onda znači da se na sva neregulisana pitanja koja se odnose na vansudsko namirenje u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci mogu primeniti odredbe ZIP? Ministarstvo navodi da nema opravdanja za pravljenje razlike, ali je upravo smisao propisivanja posebnog postupka namirenja u Zakonu o hipoteci bio da se podvuče razlika u odnosu na sudski izvršni postupak. U protivnom bi procesne odredbe trebalo u potpunosti da nestanu iz Zakona o hipoteci. Sva ova pitanja su rezultat praznina koje Zakon o hipoteci sadrži pre svega u procesnom delu.

ZIP sadrži pravila koja se primenjuju na ovu situaciju u sudskom postupku izvršenja. Založno pravo upisano na nepokretnosti gasi se danom pravnosnažnosti rešenja o predaji nepokretnosti i ako založni poverioci nisu potpuno namireni.⁸² Kupac nepokretnosti i založni izvršni poverilac mogu se sporazumeti da založno pravo ostane na nepokretnosti posle pravnosnažnosti rešenja o predaji nepokretnosti, a da kupac preuzme dug izvršnog dužnika prema založnom izvršnom poveriocu, u iznosu koji bi mu pripao u izvršnom postupku. U tom slučaju kupovna cena se smanjuje za iznos duga.⁸³ Redovno se kao hipotekarni poverilac javlja banka. Ona pored hipoteke traži i menicu kao sredstvo obezbeđenja. Ukoliko je

⁸² Vidi član 106. stav 1. ZIP.

⁸³ Vidi član 106. stav 2. ZIP.

dužnik istovremeno i vlasnik hipotekovane nepokretnosti, banka bi, umesto vansudskog izvršenja na osnovu Zakona o hipoteci, mogla da pokrene izvršni postupak na osnovu verodostojne isprave. To bi za nju bilo povoljnije jer bi prava ostalih hipotekarnih poverilaca prestala primenom odredbe člana 106. ZIP, a tako bi se postigla povoljnija cena nepokretnosti. Onda bi se postavilo pitanje zbog čega pribeći vansudskom izvršenju na osnovu Zakona o hipoteci, kada je za poverioca koji pokreće postupak, povoljnija varijanta da na osnovu menice koju je prethodno dobio od dužnika, proda njegovu nepokretnost (pod uslovom da je dužnik istovremeno i vlasnik hipotekovane nepokretnosti) u sudskom izvršnom postupku i tako izdejstvuje brisanje prava ostalih hipotekarnih poverilaca. Jedini izlaz iz ovog problema jeste autentično tumačenje člana 49. Zakona o hipoteci koje bi dala Skupština Srbije, a do tada bi se mogle primenjivati odredbe ZIP, kao i u drugim pitanjima ovog vansudskog izvršenja u kojima je Zakon o hipoteci nejasan i nedorečen.

NIKOLA BODIROGA, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

PRIVATE ENFORCEMENT BASED ON THE MORTGAGE ACT

Summary

The 2005 Serbian Mortgage Law has introduced private enforcement that differs in significant way from the provisions of the 2004 Serbian Enforcement Procedure Act. Mortgage contract and mortgage statement have been recognized as enforcement titles that enable creditors to instigate enforcement procedure without court involvement. This private enforcement will be valid only if debtor has waived his right to judicial protection in litigation procedure. We believe that this possibility as envisaged in Mortgage Act represents serious violation of constitutional principles. In this way some enforcement creditors (particularly banks) are privileged since they don't have to go through long way of litigation (as most of creditors do) in order to obtain enforcement title. The enforcement of money claims based on Mortgage Act denies debtors access to the civil court.

Lawmakers didn't take into account that conducting bankruptcy proceedings on the real estate in question means that all entries in the public registry done 60 days before starting bankruptcy proceedings will be erased. Whatever price has been reached during public auction or direct bargain, the enforcement claim will be considered collected in the amount of 75% of estimated real estate value. If there are more mortgage creditors on the same real estate and some of them haven't been compensated, their rights remain unclear. The Mortgage Act provides that the rights of uncompensated creditors stay reserved, which could mean that they continue to exist after the sale, or they cease to exist on the sold real estate, but will be extended to other real estates of the same debtor. Since the Mortgage Act failed to deal with these issues, the application of Enforcement Procedure Act seems necessary.

*NEBOJŠA ŠARKIĆ
MLADEN NIKOLIĆ,*

KAKO DO EFIKASNOG I PRAVIČNOG IZVRŠENJA

U V O D

Fizička i pravna lica u građansko pravnim sporovima pred sudovima Republike Srbije ostvaruju pravnu zaštitu koja se tiče njihovih ličnih, porodičnih, radnih, privrednih, imovinsko pravnih i drugih građansko pravnih odnosa.

Kao rezultat postupaka koji se vode pred sudovima, u jednom broju slučajeva donose se i kondemnatorne (obavezujuće) odluke, koje su po svojoj prirodi podobne za izvršenje. Fizička i pravna lica očekuju, da nakon što su u parničnom ili vanparničnom postupku izdejstvovali odluku suda – izvršnu ispravu, na bazi koje treba da realizuju svoje pravo o kome je odlučivao sud, to učine u relativno kratkom roku, efikasno i sa što manje troškova. Sve navedeno važi u slučaju da lice kojem je sud izrekao obavezu, ne postupi dobrovoljno po pravnom nažnoj i izvršnoj sudskoj odluci. Izvršni poverilac kao lice koje svoje potraživanje ostvaruje u postupku izvršenja, s pravom očekuje da taj postupak potraje kraće nego parnični (ili eventualno vanparnični) koji je prethodio donošenju izvršne isprave.

Generalno posmatrano u najvećem broju slučajeva, bilo da su u pitanju ostvarenja novčanih ili nenovčanih potraživanja, izvršni postupak pred sudovima

Dr Nebojša Šarkić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.
Mladen Nikolić, sudija, član Visokog saveta sudstva.

u Republici Srbiji traje vremenski toliko, da bi se to vreme moglo okarakterisati kao suđenje u razumnom roku, to jest kao delotvorno sprovođenje postupka izvršenja. Ovo posebno važi kada su u pitanju ostvarenja novčanih potraživanja i kada izvršni poverioci predlažu izvršenje na novčanim sredstvima na računu izvršnog dužnika kod njegove Banke. Ovaj postupak je posebno efikasan u situaciji kada izvršni dužnik ima dovoljno novčanih sredstava da bi izvršni poverilac mogao namiriti svoje celokupno potraživanje. Navedeno važi i u slučaju kada se novčano potraživanje ostvaruje plenidbom dela zarade izvršnog dužnika odnosno nekog njegovog drugog novčanog primanja koje ostvaruje, uglavnom u mesečnim iznosima.

Kada je u pitanju ostvarenje novčanog potraživanja izvršnog poverioca pomoću drugih sredstava izvršenja (izvršenje na pokretnim stvarima, izvršenje na nepokretnosti, a u novije vreme prodajom akcija ili udela u d.o.o izvršnog dužnika), u pojedinim slučajevima u postupcima u kojima su predložena navedena sredstva izvršenja i to prvenstveno izvršenje na pokretnim stvarima i nepokretnostima, postupak izvršenja uzima više vremena nego što to očekuje izvršni poverilac i nego što bi to trebalo biti imajući u vidu Međunarodne standarde.

Kod ostvarenja nenovčanih potraživanja, može se reći da je situacija slična, da najveći broj izvršnih postupaka traje vremenski toliko, da se to može okarakterisati kao suđenje u razumnom roku. Postoje i izuzeci zbog kojih izvršni poverilac može opravdano prigovarati da je povređeno pravo na suđenje o razumnom roku, odnosno da je povređeno njegovo pravo na zaštitu imovine. Tu pre svega mislimo na pojedina izvršenja iseljenjem iz nepokretnosti i izvršenja radi predaje individualno određenih ili zamenljivih pokretnih stvari.

Treba istaći, da u pojedinim slučajevima, kada je u pitanju ostvarenje novčanog potraživanja, postupak izvršenja neće dati rezultat. Izvršni poverilac neće ostvariti svoje novčano potraživanje iako je on sa svoje strane preduzeo sve što je po Zakonu dužan preduzeti i iako je sud takođe preduzeo u razumnim rokovima sve što je po Zakonu dužan preduzeti. Jednostavno se pokazalo da izvršni dužnik nema imovine iz koje bi izvršni poverilac ostvario svoje potraživanje. Da li je izvršni dužnik uspešno prikrio svoju imovinu, tako da je ni izvršni poverilac ni sud nisu mogli pronaći ili je izvršni dužnik pre pokretanja postupka otuđio tu imovinu jeste posebno pitanje koje neće biti predmet analize u ovom radu. Na napred navedeno ukazujemo iz razloga da bi se videlo da postoje i situacije u kojima iako je preduzeto sve što Zakon predviđa i to u razumnim rokovima, postupak ne mora rezultirati ostvarenjem potraživanja. Izvršni poverilac neće ostvariti svoje pravo koje mu je dato pravnosnažnom i izvršnom sudskom odlukom.

Problem efikasnog izvršenja sudskih odluka ne postoji samo u Srbiji. U većini država članica Saveta Evrope¹ javlja se sličan problem, te ćemo u nastavku ovog rada ukazati na korake i smernice koje evropske institucije preduzimaju u cilju poboljšanja situacije u ovoj oblasti.

MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA I SMERNICE SAVETA EVROPE

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda² u članu 6. tačka 1. predviđa prava na pravično suđenje tako da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili krivičnoj tužbi protiv njega, ima prava na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu Zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost može isključiti iz celog ili iz dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahteva interes maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda nužno potrebna u posebnim okolnostima da bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.

Protokol uz konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama³ u članu 1. predviđa zaštitu imovine i to u stavu 1, da svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim Zakonom i opštim načelima iz međunarodnog prava, a u stavu 2. da prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje Zakone koje smatra potrebnim da bi regulisale korišćenje imovine u skladu sa opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.

Vladavina prava na kojoj se baziraju evropski demokratski sistemi zavisi od funkcionisanja pravičnih, efikasnih i pristupačnih pravosudnih sistema. Obzirom da izvršenje sudske presude čini sastavni deo osnovnog ljudskog prava na

¹ Na trećem samitu Saveta Evrope (Varšava, maj 2005), čelnici država i vlada su se zauzeli da se u potpunosti iskoristi potencijal Saveta Evrope za postavljanje standarda i unapređenje implementacije i daljeg razvoja pravnih instrumenata i mehanizama pravne saradnje koje donosi ta organizacija. Na tom samitu odlučeno je da se »pomogne zemljama članicama da omoguće pravično i brzo izvršenje pravde«.

² Sačinjena u Rimu 4. 11. 1950. godine, stupila na snagu posle ratifikacije zemalja članica Saveta Evrope.

³ Sačinjen u Parizu 20. 03. 1952. godine, stupio na snagu ratifikacijom zemalja članica Saveta Evrope.

pravično suđenje u razumnom roku, u skladu sa članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima to znači da su države dužne da zaštite sva lica koje steknu izvršnu i obavezujuću sudsku presudu i omoguće im da ostvare pravo na njeno izvršenje. Ako se takva presuda ne izvrši ili se to desi sa zakašnjenjem, ovo pravo može izgubiti efekat i postati iluzorno na štetu jedne od strana (poverioca).

Uvereni smo da je potrebno promovisati veću efikasnost i pravičnost izvršenja presuda u građanskim predmetima i uspostaviti ravnotežu između prava i interesa strana u postupku izvršenja jer u suprotnom može doći do rizika od sve većeg »uzimanja pravde u svoje ruke« u nedostatku pravičnog i efikasnog sistema izvršenja, što može ugroziti poverenje javnosti u pravni sistem i njegov kredibilitet.

Upravo zbog gore navedenih principa doneta je Rezolucija⁴, koja proklamuje da je »propisno efektivno i efikasno izvršenje sudskih odluka od presudne važnosti za države članice u stvaranju, jačanju i razvijanju snažnog i respektabilnog pravosudnog sistema«. U tom cilju doneta je i Rezolucija kojom se uspostavlja Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (skraćeno – CEPEJ)⁵. CEPEJ, čiji statut obuhvata i cilj omogućavanja lakše primene međunarodnih pravnih instrumenata Saveta Evrope za delovanje i pravednost sistema pravosuđa, u svoje prioritete uključio je izvršenje sudskih odluka. Kao prvi korak, CEPEJ je odlučio da se napravi detaljna studija koja se odnosi na pitanja izvršnog postupka u državama članicama, kako bi se steklo bolje razumevanje o tome kako postupak funkcioniše i kako bi se olakšala primena relevantnih standarda i instrumenata Saveta Evrope u praksi. Studija koju su izradili pravni naučnici Univerziteta Nans (Francuska) i švajcarskog instituta za uporedno pravo (Lozana), predlaže niz smernica koje imaju cilj da se olakša primena načela sadržanih u preporukama Saveta Evrope.

Kao ciljevi, kada je izvršni postupak u pitanju, u tim smernicama navode se:

– održavanja vladavine prava i poverenja građana u sudski sistem, pri čemu postupci izvršenja moraju biti efikasni, ali i pravedni. Međutim, izvršenje se može sprovesti tek ukoliko dužnik ima sredstva ili mogućnost da se presuda izvrši;

– potrebno je postići odgovarajuću ravnotežu između potreba poverioca i dužnika. Države članice se podstiču da nadziru postupke izvršenja, kontrolišu

⁴ Rezolucija br. 3 o »Opštem pristupu i načinima postizanja efektivnog izvršenja sudskih odluka« koja je usvojena na 24. Konferenciji evropskih ministara pravde 4. i 5. oktobra 2001. godine u Moskvi.

⁵ Rec. (2002) 12, a koju je Odbor ministara usvojio 18. septembra 2002. godine.

sudsku upravu i preduzimaju odgovarajuće mere kako bi se obezbedila proceduralna jednakost stranaka;

– izvršni postupak bi trebalo da bude dovoljno fleksibilan kako bi se izvršitelju omogućila razumna mera slobode delovanja u cilju postizanja dogovora sa dužnikom u situaciji kada postoji konsenzus između poverioca i dužnika. Takvi postupci treba da budu predmet posebne kontrole kako bi se obezbedila nepristrasnost izvršitelja i zaštita interesa podnosioca zahteva i trećih lica. Uloga izvršitelja treba biti jasno definisana domaćim zakonom (na primer, njihov stepen autonomije). Oni mogu, na primer, imati ulogu »post-sudskog posrednika« u fazi izvršenja;

– države članice treba da preduzmu mere kako bi se obezbedila dostupnost informacija o izvršnom postupku i transparentnost aktivnosti suda i izvršitelja u svim fazama postupka, pod uslovom da su osigurana prava stranaka. Bez obzira na ulogu suda u izvršnom postupku, potrebna je dobra komunikacija između suda, izvršitelja, poverioca i dužnika;

– svako telo treba da obezbedi adekvatan nadzor (s obzirom na sve relevantne slučajeve iz prakse suda u Strazburu) izvršnog postupka i da snose odgovornost za efikasnost svojih radnji u postupku;

– izvršni postupak i zakonodavstvo treba da budu koliko je moguće jasniji i razumljiviji (treba kreirati verzije zakona prostim jezikom kao i priručnike o izvršnom postupku, smanjujući utrošak vremena koje je potrebno strankama za ličnu ili pisanu komunikaciju sa sudom);

– obaveštenja stranaka o izvršenju sudskih odluka, izvršnih naslova, notarskih ili drugih dokumenata su bitan aspekt izvršnog zakona. Blagovremeno obaveštenje stranaka je bitan element poštenog suđenja, u smislu člana 6. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima;

– države članice mogu izraditi standardne obrasce za obaveštenja stranaka. Ovi standardni obrasci mogu se odnositi na različite faze u izvršnom postupku i na eventualne pravne lekove. Oni mogu imati sledeće namene:

– obaveštavanja dužnika o posledicama izvršenja (uključujući cenu izvršenja) i troškovima ukoliko se ne postupi po odluci kojom se nalaže plaćanje;

– obaveštavanje dužnika o izvršnim radnjama koje će se preduzeti protiv njega, tokom sprovođenja, kako bi se omogućilo dužniku da postupi u skladu sa istim ili gde je to primenljivo, da ospori iste;

– detaljno informisanje poverioca o fazama izvršnog postupka;

– obaveštavanje trećih strana kako bi se, pre svega, zaštitila njihova prava i drugo, kako bi bili u stanju da ispune obaveze koje im se dodele, te bili svesni posledica neispunjavanja istih;

- obaveštenja u svim slučajevima treba da podstaknu dužnika da dobrovoljno postupi u skladu sa sudskom odlukom te uključi upozorenje da će se u slučaju nepoštovanja primeniti izvršne radnje, uključujući eventualno i dodatne troškove;
- domaći zakonodavni okvir treba da sadrži jasno definisanje onoga što se smatra izvršnom ispravom i uslove njene izvršnosti;
- izvršne isprave bi trebalo da budu sačinjene na jasan i razumljiv način, ne ostavljajući mogućnost pogrešne interpretacije;
- kako bi se sprečilo da dužnik izbegava izvršenje prenosom imovine, države članice se podstiču da uspostave jedinstvenu bazu podataka o dužnikovoj imovini (tj. pravo vlasništva nad vozilom, nekretninama, naplativim dugovima, povraćaju poreza itd.) sačinjenu iz više izvora i sa ograničenim pristupom. Države članice treba da obezbede bazu podataka sa prihvatljivim nivoom bezbednosti, s obzirom na nastale rizike i moguće zloupotrebe. Pristup izvršitelja bazi podataka treba da se ograniči na podatke koji se odnose na izvršni postupak u toku, što će morati da bude predmet stroge kontrole. Države članice treba da obezbede dužnicima delotvorna pravna sredstva kako bi se obezbedilo da je bilo kakav izvod o ličnoj imovini opravdan;
- sva državna tela koja upravljaju bazama podataka sa informacijama potrebnim za efikasno izvršenje, treba da imaju obavezu davanja podataka izvršitelju u okviru dogovorenog roka, ako su te informacije u skladu sa propisima o zaštiti podataka;
- vremenski rokovi za sprovođenje izvršenja treba da budu razumni i zemlje članice ne bi trebalo da nameću proizvoljne rokove za okončanje izvršenja;
- država članica treba da utvrdi jasne i precizne kriterijume u pogledu razumnog trajanja, što može varirati u skladu sa vrstom predmeta i vrstom tražene radnje;
- pritužbe dužnika protiv izvršitelja ne smeju da ugroze ili odlože izvršenje, osim u slučaju sudske intervencije. Prigovori protiv izvršitelja treba da se provere istovremeno sa tokom izvršnog postupka.

USTAV REPUBLIKE SRBIJE, STAVOVI SUDA U STRAZBURU I DOMAĆI IZVORI PRAVA

Ustav Republike Srbije⁶, u članu 16. stav 2. propisuje, da opšte prihvaćena pravila Međunarodnog prava i potvrđeni Međunarodni ugovori su sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju, te da potvrđeni

⁶ Službeni glasnik Republike Srbije br. 98/2006, stupio na snagu 8. 11. 2006. godine.

Međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom. Članom 18. stav 1. Ustava Republike Srbije propisano je da se ljudska i manjinska prava zajamčena Ustavom neposredno primenjuju.

Posledica navedenih odredbi Ustava jeste i primena Međunarodnih standarda koji se tiču, kako prava na suđenje u razumnom roku, tako i prava na zaštitu imovine. Ustav Republike Srbije dalje u pojedinim svojim odredbama preciznije reguliše prava građana u pogledu obraćanja Međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajamčenih Ustavom, te prava na pravično suđenje. Ovo poslednje, podrazumeva da svako ima pravo da mu sudi nezavisan, nepristrasan i zakonom ustanovljen sud i to pravično i u razumnom roku, pri čemu Ustav jemči mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu Zakona.

Ustav Republike Srbije dalje u odredbi člana 142. stav 2. propisuje da su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i da sude na osnovu Ustava, Zakona i drugih opštih akata kada je to predviđeno Zakonom, opšte prihvaćenih pravila Međunarodnog prava i potvrđenih Međunarodnih ugovora. Članom 194. stav 4. Ustava Republike Srbije, se precizira da potvrđeni Međunarodni ugovori i opšte prihvaćena pravila Međunarodnog prava deo su pravnog poretka Republike Srbije i potvrđeni Međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom. Stavom 5. istog člana je propisano da Zakon i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim Međunarodnim ugovorima i opštim prihvaćenim pravilima Međunarodnog prava.

Pre stupanje na snagu sadašnjeg Ustava, Srbija je (u vreme postojanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora), postala članica Saveta Evrope⁷, a marta 2004. godine ratifikovala je Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Na taj način je Srbija primljena u članstvo Saveta Evrope i građanima Republike Srbije omogućeno da se obraćaju Sudu za zaštitu ljudskih prava u Strazburu⁸. To dalje znači da je Srbija prihvatila nadležnost navedenog suda, te da fizička i pravna lica u slučaju da su im povredena prava, a nakon što su iscrpila sve predviđene mogućnosti zaštite u okviru pravnog poretka Republike Srbije, mogu da se obrate predstavkom Sudu za zaštitu ljudskih prava u Strazburu. Kao posledica napred navedenog, u određenom broju slučajeva, fizička i pravna lica iz Republike Srbije obratila se pomenutom sudu iz razloga jer su im određena prava (pre svega pravo na suđenje u razumnom roku, te pravo na zaštitu imovine) bila povredena zbog neefikasnog postupka izvršenja pred pojedinim

⁷ 3. aprila 2003. godine.

⁸ Pre Evropskog suda za ljudska prava postojala je Evropska komisija za ljudska prava, koja je ukinuta 1998. godine.

sudovima Republike Srbije, odnosno nedelotvornog sprovođenja izvršnog postupka.

Povodom predstavke takvih lica sud u Strazburu doneo je i nekoliko presuda kojima je predstavku proglasio prihvatljivom, to jest potvrdio da je došlo do povrede prava iz člana 6. Konvencije o ljudskim pravima, kao i iz protokola koji važi uz konvenciju (prvenstveno čl. 1 protokola, koji se odnosi na zaštitu imovine), dosuđivao određeni novčani iznos na ime pretrpljene nematerijalne štete podnosiocu predstavke uz dosuđivanje troškova postupka. U nekim slučajevima presudom je određeno da tužena Država (Republika Srbija) posle pravnosnažnosti presude treba da obezbedi odgovarajućim sredstvima izvršenje odluke nadležnog suda.

Analizirajući presude⁹ koje je doneo sud u Strazburu postupajući po predstavkama lica iz Srbije koja su tražile zaštitu zbog povrede svojih prava u izvršnom postupku, lako se uočava da sud uglavnom utvrđuje povredu člana 6. stav 1. Konvencije i člana 1. Protokola br. 1. Dalje analizirajući razloge koje sud iznosi u svojoj oceni u presudi, uočava se da tužena Država ima obavezu da organizuje sistem izvršenja presuda koje je delotvoran i pravno i u praksi i da obezbedi njihovo izvršenje bez zakašnjenja. Pri navedenom sud u Strazburu ne toleriše izostanak ili odbijanja asistencije policije i to ne uzima kao opravdan razlog koji bi Država mogla izneti u postupku pred sudom u Strazburu. Dalje se uočava da sud u Strazburu uvek teži da podnosilac predstavke dobije potpunu imovinsku naknadu koju je legitimno očekivao, a u skladu sa pravnosnažnom i izvršnom odlukom na osnovu koje je i pokrenuo izvršni postupak. Sud u Strazburu, takođe, pozivanje na hroničnu prenatrpanost i zaostajanje sa predmetima ne prihvata kao valjano obrazloženje za prekomerno odlaganje postupka, ukazujući da je dužnost svake Države da svoje pravosudne sisteme organizuje na takav način da svaki njihov sud može da obavi sve svoje obaveze uključujući i izvršne predmete u razumnom roku. To dalje znači da Država ima obavezu da organizuje sistem izvršenja presuda koji je delotvoran i pravno i u praksi i da obezbeđuje njihovo izvršenje bez zakašnjenja.¹⁰

⁹ Vidi bliže presude u predmetima: Preduzeće EVT protiv Srbije (predstavka br. 3102/05); V. A. M. protiv Srbije (predstavka 39177/05); Tomić protiv Srbije (predstavka br. 25959/06); Marčić i šesnaest drugih podnosilaca protiv Srbije (predstavka br. 17556/05); ZIT protiv Srbije (predstavka br. 37343/05); Bulović protiv Srbije (predstavka br. 14145/04).

¹⁰ Vidi odluku Ustavnog suda Republike Srbije Už 290/08, objavljena u Službenom glasniku Republike Srbije, br. 46/2010.

Dalje ćemo ukazati na odredbe Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije¹¹ kojima se regulišu načela hitnosti i oficijelnosti, koja direktno utiču na brzinu postupka i koja su to načela¹² koja moraju biti poštovana (prisutna) u jednom postupku, ali koja istovremeno mogu uticati na usporavanje postupka.

Izvršni postupak spada u hitne sudske postupke (osim izvršnog postupka kao hitni postupci pred sudom predviđeni su postupak stečaja i svi sporovi koji se vode povodom stečaja, radni sporovi, porodični sporovi, sporovi zbog smetanja i oduzimanja državnine, ...). Članom 5. Zakona o izvršnom postupku je propisano da je sud u postupku izvršenja i obezbeđenja dužan da postupa hitno. Zakon predviđa veoma kratke rokove u kojima je sud dužan da odluči o predlogu za izvršenje (u roku od 3 dana od dana podnošenja predloga), a svi rokovi koji se tiču preduzimanja određenih radnji koji sud nalaže strankama ne mogu biti duži od 3 dana osim kada Zakon drugačije predviđa. Jedino su u Zakon o izvršnom postupku unete odredbe koje propisuju da se postupanje sudije protivno odredbama kojima su određeni rokovi koji važe za sud, smatra nesavesnim i nestručnim postupanjem sudije, a u smislu Zakona o sudijama. Unoseći ove odredbe u Zakon koji reguliše postupak izvršenja, zakonodavac je očigledno hteo da naglasi i na ovaj način dužnost suda da se postupak vodi hitno.

Veoma značajno načelo jeste načelo formalnog legaliteta¹³. Smisao ovog načela jeste u vezanosti izvršnog suda izvršnom ispravom, (izvršni sud ne može preispitivati valjanost i zakonitost izvršne isprave) to jest dužnosti suda da, kada su ispunjeni uslovi za donošenje rešenja o izvršenju kao i za sprovođenje izvršenja, sud donese rešenje o izvršenju i preduzima radnje sprovođenja izvršenja. Ono što dalje sledi i što se može uočiti iz pomenutog načela jeste da iz njega proizilazi i načelo oficijelnosti koje je prisutno i veoma naglašeno u izvršnom postupku. To znači, da je sud, nakon što je doneo rešenje o izvršenju, dužan da preduzima radnje sprovođenja izvršenja i to bez posebnog predloga stranaka. Konkretno, kada sud odredi izvršenje radi ostvarenja novčanog potraživanja na novčanim sredstvima na računu izvršnog dužnika, sud je nakon toga dužan da rešenje o izvršenju, osim strankama, dostavi i Odseku za prinudnu naplatu pri Narodnoj Banci Republike Srbije. Kada sud odredi izvršenje na nepokretnosti, sud je dalje dužan da po službenoj dužnosti dostavi rešenje nadležnom organu radi zabeležbe rešenja o izvršenju u javnu knjigu, da kada se steknu uslovi, bez predloga stranke pristupi utvrđivanju vrednosti nepokretnosti, da posle pravosnažnosti rešenja o utvrđivanju vrednosti nepokretnosti zaključkom zakaže javnu

¹¹ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 124/2004, stupio na snagu 23.02.2005. godine.

¹² Bliže o načelima vidi: »Načela izvršnog postupka«, Nebojša Šarkić–Mladen Nikolić, Komentar Zakona o izvršnom postupku« treće izdanje »Službeni glasnik« 2009. godina.

¹³ Vidi član 7 Zakona o izvršnom postupku.

prodaju, te dalje preduzima sve potrebne radnje i donosi odluke koje se tiču dosuđenja, predaje nepokretnosti i namirenje stranaka. Kada je u pitanju izvršenje radi ostvarenja nenovčanog potraživanja, (na primer iseljenje iz nepokretnosti) sud je dužan da po donošenju rešenja o izvršenju dalje preduzima radnje koje se tiču zakazivanja termina iseljenja i samog sprovođenja izvršenja.

Da bi hitnost u postupku bila obezbeđena zakonodavac je predvideo da pravni lek u postupku izvršenja (ovde mislimo na izvršenje na osnovu izvršne isprave), a to je žalba, ne odlaže izvršenje osim ukoliko Zakonom nije drugačije određeno. Odredba je kasnije dodatno razrađena u članu 54 (u glavi Zakona koji govori o sprovođenju izvršenja), te je propisano da se izvršenje sprovodi pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju osim ako Zakonom nije drugačije određeno. Navedenim odredbama zakonodavac je stvorio osnov i uslove da sud u izvršnom postupku može hitno postupati, kao i da izvršni poverilac bude namiren u svom potraživanju pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju. Izuzeci na koje Zakon upućuje odrednicom "osim ako ovim Zakonom nije drugačije određeno", jesu u postupku izvršenja na pokretnim stvarima i to u fazi koja se tiče prodaje popisanih pokretnih stvari. Prodaji pokretnih stvari ne može se pristupiti pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju. Izuzetak je i izvršenje na nepokretnosti za koje je propisana složena procedura. Ona se odvija u više faza, pri čemu je zakonodavac zbog značaja ovog postupka, a pre svega značaja nepokretnosti koju ona ima za izvršnog dužnika, propisao da se iz jedne faze prelazi u drugu fazu nakon što je odluka suda iz prethodne faze postala pravnosnažna. Konkretno, ukoliko izvršni poverilac ne predloži da se pristupi utvrđivanju vrednosti nepokretnosti pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, sud mora sačekati da rešenje o izvršenju postane pravnosnažno da bi se prešlo u fazu utvrđivanja vrednosti. Prodaja nepokretnosti ne može se zakazati, niti joj se može pristupiti pre nego što rešenje o utvrđivanju vrednosti nepokretnosti postane pravnosnažno, a isto važi i za namirenje, obzirom da rešenje o predaji nepokretnosti mora postati pravnosnažno da bi se pristupilo namirenju. Izuzetak postoji i kada je u pitanju predaja, odnosno isporuka zamenljivih ili individualno određenih stvari. Naime, kod ovog nenovčanog izvršenja u slučaju da stvari nisu nađene ni kod izvršnog dužnika niti kod nekog drugog lica pristupa se zameni nenovčane obaveze u novčanu. Izvršni dužnik se odlukom suda u izvršnom postupku obavezuje da umesto isporuke stvari isplati njihovu novčanu vrednost ili da je položi u depozit suda. Uslov, da bi se pristupilo izvršenju rešenja kojim se nameće obaveza izvršnom dužniku da položi ili isplati novčani iznos, jeste da ovo rešenje bude pravnosnažno.

Navedeni izuzeci imaju opravdanje ali u svim ostalim slučajevima sud pristupa sprovođenju radnji izvršenja i namirenju izvršnog poverioca i pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju.

Kada je u pitanju mogućnost odlaganja izvršenja na predlog izvršnog dužnika uslovi su veoma restriktivni i kumulativno propisani. Zakon predviđa da izvršnom dužniku treba da preti nenadoknativa ili teško nadoknativa šteta ali ne samo to, nego i naglašava, da podnošenje predloga za odlaganje izvršenja, a kasnije i podnošenje žalbe protiv odluke suda kojim je odbijen predlog izvršnog dužnika za odlaganje izvršenja, ne odlažu izvršenje. Ove odredbe omogućavaju sudu da postupak izvršenja sprovodi efikasno.

Naglašavajući hitnost, kao dominantno obeležje izvršnog postupka, u tom istom postupku, obezbeđena je dvostепенost kao osnovno načelo svih sudskih postupaka, to jest kao pravo stranaka na delotvoran pravni lek. Izvršnom dužniku je zagarantovano da ukoliko izjavi žalbu protiv odluke prvostепенog suda (bilo da je reč o rešenju o izvršenju ili nekoj drugoj odluci koja je usledila u toku izvršnog postupka protiv koje je dozvoljena žalba), da će drugostепенi sud postupajući po žalbi proveriti i odlučiti o zakonitosti prvostепене odluke.

Uz dvostепенost, u izvršnom postupku prisutna je i zaštita izvršnog dužnika kao jedno od načela. Nju garantuju odredbe o izuzimanju od izvršenja i ograničenju u pogledu imovine koja može biti predmet izvršenja. U postupku izvršenja izvršni dužnik, pod određenim uslovima i u određenim rokovima može predložiti promenu sredstva izvršenja, odnosno ograničenje sredstva izvršenja. On može predložiti pod određenim uslovima odlaganje izvršenja i prilikom odlaganja izvršenja može se služiti pravom da ponudi jemstvo.

Osim izvršnog poverioca i izvršnog dužnika (stranke u izvršnom postupku) u istom se mogu pojaviti i neki drugi učesnici. Pre svih može se pojaviti treće lice (ono lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje) i ono svoja prava može zaštititi prigovorom. Povodom izjavljenog prigovora treće lice može biti upućeno na parnicu, kada stiče mogućnost da po njegovom predlogu izvršenje bude odloženo.

Stranke u izvršnom postupku kao i drugi učesnici takođe imaju na raspolaganju mogućnost da od suda zatraže otklanjanje nepravilnosti koje sudski izvršitelj učini u sprovođenju izvršenja.

Napred navedeno utiče na zaštitu izvršnog dužnika u postupku ali i na zaštitu drugih učesnika i trećeg lica. To je garancija jednakih prava stranaka i drugih učesnika u postupku, ali istovremeno može biti i uzrok prolongiranja postupka. Ovo će se desiti samo u slučaju ukoliko sud ne poštujući načelo hitnosti na koje smo ukazali (koje kasnije razrađeno odredbama o nesuspendivnosti žalbe), dozvoli izvršnom dužniku i drugim učesnicima da odugovlače postupak i od izuzetaka naprave pravilo.

Osim navedenih načela koja dominiraju u izvršnom postupku, treba ukazati i na načelo ekonomičnosti, koje je veoma značajno za obe stranke u postupku. Načelo ekonomičnosti je u bliskoj vezi sa načelom efikasnosti i na njega se osla-

nja. Poštovanje ovog načela treba da omogući da sud sa najmanje mogućim troškovima, sa najmanje odlaganja i sa najmanjim posledicama za učesnike u postupku, sprovede izvršenje.

UZROCI NEEFIKASNOSTI NAŠEG SISTEMA IZVRŠENJA

Postoji više uzroka koji mogu uticati na trajanje postupka izvršenja, odnosno koji mogu učiniti ovaj postupak neefikasnim.

Kao prvi, to je sam Zakon o izvršnom postupku. U drugoj grupi bili bi subjektivni uzroci i oni se tiču postupanja suda odnosno sudija. U treću grupu spadali bi takozvani objektivni uzroci, a oni se tiču broja predmeta kojim su opterećeni sudovi u izvršnom postupku (imajući u vidu broj sudija, sudijskih pomoćnika i sudskih izvršitelja, opremljenosti suda, stručnosti i obučenosti sudskih izvršitelja), postupanja pomoćnih organa suda (Narodna banka Srbije, Centri za socijalni rad, organi koji vode javne knjige...), asistencije policije u postupku sprovođenja izvršenja.

Zakon o izvršnom postupku, propisujući pravila po kojima se određuje i sprovodi izvršenje, najznačajnije utiče na efikasnost postupka. Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine¹⁴ bio je s pravom kritikovan zbog izuzetno naglašene zaštite dužnika, a posebno zaštite društvene svojine. Tim Zakonom nije bila predviđena mogućnost namirenja poverioca pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, takođe nije omogućavao pristupanje sprovođenju izvršenja dok se nije pravnosnažno odlučilo o predlogu za odlaganje. Zakon o izvršnom postupku iz 2000. godine¹⁵ opravdano je kritikovan da je u pogledu prava koje stranke imaju u postupku, dužnika stavio u neravnopravan položaj, uskraćujući mu bilo kakvu mogućnost da predloži odlaganje izvršenja. Isti Zakon je onemogućio treća lica da se pojave sa prigovorom radi zaštite svojih prava i imovine u izvršnom postupku, što svakako nisu bila dobra rešenja. Aktuelni Zakon o izvršnom postupku pokušao je i u dobroj meri uspeo da uspostavi ravnotežu u pogledu prava stranaka u postupku, da obezbedi zaštitu trećih lica u postupku i da istovremeno odredbama koje su već pominjane u ovom radu zadrži efikasnost i omogući hitnost u postupku.

Kada je u pitanju Sud, odnosno sudija, kao mogući uzrok neefikasnosti izvršnog postupka odnosno sporosti u tom postupku, treba ukazati na sledeće:

¹⁴ Službeni list SFRJ, broj 20/ 1978.

¹⁵ Službeni list SRJ, broj 28/2000.

Stručan, savestan, odgovoran i dosledan sudija, u postupku izvršenja treba da se rukovodi odredbama koje propisuju nesuspeživost žalbe, načelom oficijelnosti (veoma prisutnim u izvršnom postupku) i pre svega mora da poštuje načelo formalnog legaliteta. To dalje znači da treba izbegavati nepotrebnu prepisku sa izvršnim poveriocem ili njegovim punomoćnikom ukoliko predlog za izvršenje sadrži sve ono što propisuje član 49. Zakona o izvršnom postupku, a nije baš u reč identičan sa izvršnom ispravom (ovde ne mislimo na najznačajnije delove izreke izvršne isprave koji se tiču novčanih iznosa, vrste kamate, identifikacije stvari ili identifikacije nepokretnosti), nego u tim slučajevima mogu posebnim pismenim otpравkom odlučiti o predlogu za izvršenje. Ne mora u svakom slučaju dozvola izvršenja da se sastoji u tome da će sud na predlog stranke staviti pečat dozvole.

U situaciji kada stranka radi ostvarenja novčanog potraživanja predloži više sredstava izvršenja i sud takav predlog dozvoli, a u daljem toku postupka ne ograniči izvršenje na manje sredstava ili jedno, sud mora po službenoj dužnosti voditi računa da ukoliko izvršni poverilac jednim sredstvom izvršenja nije namirio svoje potraživanje, bez posebnog predloga izvršnog poverioca pređe na sprovođenje izvršenja drugim sredstvom izvršenja. Ukoliko je izvršenje dozvoljeno istovremeno na novčanim sredstvima na računu izvršnog dužnika kod banke i na pokretnim stvarima, a nije dobijena povratna informacija od Odseka za prinudnu naplatu da li je izvršni poverilac namiren, ne treba dozvoliti situacije da se predmet arhivira, a da se prethodno ne pristupi izvršenju na pokretnim stvarima. Upravo jedna od odluka suda u Srazburu u kojoj je usvojena predstavka podnosioca iz Srbije ukazuje na propust suda da nije pristupio izvršenju drugim sredstvom izvršenja koje je dozvoljeno nego je predmet nepotrebno više godina "stajao".

Kada su u pitanju druga sredstva izvršenja radi ostvarenja novčanog potraživanja i tu mislimo na izvršenje na pokretnim stvarima, izvršenje na nepokretnosti, izvršenja na akcijama ili udelima, onda je obaveza suda da nakon donošenja rešenja o izvršenju, dalje, bez posebnog predloga izvršnog poverioca pristupa sprovođenju zakonom predviđenih izvršnih radnji. To znači, kod izvršenja na pokretnim stvarima, predmet sa naredbom treba dostaviti sudskom izvršitelju koji treba da pristupi popisu, oduzimanju i proceni pokretnih stvari. Kada je u pitanju izvršenje na nepokretnosti, sudija bez posebnog predloga izvršnog poverioca dostavlja rešenje o izvršenju radi zabeležbe javnom registru, određuje veštačenje radi utvrđivanja vrednosti nepokretnosti ili je utvrđuje na drugi pogodan način. Posle pravnosnažnosti rešenja o utvrđivanju vrednosti zaključkom zakazuje prodaju i potom ukoliko su se stekli uslovi donosi rešenje o dosuđenju i predaji nepokretnosti, te po pravnosnažnosti rešenja o predaji pristupa namirenju poverilaca. Isto važi i za izvršenje na akcijama i udelima. Sud je dužan po službenoj dužnosti da preduzima izvršne radnje koje se tiču plenidbe akcija i

udela, zasnivanja založnog prava u odgovarajućem registru, procene vrednosti akcija i udela, odgovarajućeg načina prodaje, te namirenja stranaka. Bilo kakav neopravdan prazan hod u preduzimanju ovih izvršnih radnji, može biti uzrok neefikasnosti i usporavanja postupka izvršenja.

Od objektivnih uzroka koji utiču na efikasnost postupka treba primetiti sledeće:

– veliki broj predmeta u postupku izvršenja kojim je opterećena većina sudova u Republici Srbiji (imajući u vidu broj sudija koji postupaju po tim predmetima, broj sudijskih pomoćnika, te imajući u vidu broj sudskih izvršenja kao i drugog osoblja u pisarnicama), sigurno predstavlja razlog koji usporava tok postupka odnosno ne dovodi do željene efikasnosti. Karakterističan primer je nekadašnji Četvrti Opštinski sud u Beogradu koji je »pokrivao« mesnu nadležnost za pet Opštinskih sudova u gradu Beogradu. Osim navedene nadležnosti, zbog činjenice da je sedište Republike Srbije, te najvećih privrednih društava i javnih preduzeća takođe na teritoriji mesne nadležnosti tog suda, tom sudu, godišnje se podnosilo više desetina hiljada, često i preko 100.000 predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, a broj podnetih predloga za izvršenje na osnovu izvršne isprave uveliko je premašivao broj od 10.000 predmeta¹⁶. Sa tolikim brojem predmeta nikada nije postupao adekvatan broj sudija, sudijskih pomoćnika, službenika i sudskih izvršitelja. Slično je bilo i sa Trgovinskim Sudom u Beogradu koji je takođe zbog velike mesne nadležnosti, primao veliki broj predmeta. Ovom sudu godišnje se podnosilo preko 20.000 predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave i preko 5000 predloga za izvršenje na osnovu izvršne isprave.¹⁷

Opremljenost sudova predstavlja poseban problem za pojedine vrste izvršenja. Dok ne bude rešen, ovaj problem će stalno dovoditi do neefikasnog postupanja sudova. Prvenstveno imamo u vidu izvršenje na pokretnim stvarima (kada je u pitanju ostvarenje novčanog potraživanja), a takođe imamo u vidu i razne vrste činidbi koji su predmet izvršnog postupka. Iznećemo samo karakteristične činjenice:

– ni jedan od sudova u Republici Srbiji nema adekvatnu opremljenost kada su u pitanju vozila koja bi bila na raspolaganju sudskim izvršiteljima prilikom sprovođenja izvršenja na pokretnim stvarima . Sudski izvršitelji na teren radi po-

¹⁶ Prema izveštaju za 2007. godinu primljeno je 188.038 predmeta na osnovu verodostojne isprave, 15.879 predmeta na osnovu izvršne isprave, a po predmetima je postupalo 8 sudija.

¹⁷ Prema izveštaju za 2007. godinu primljeno je 22.344 predmeta na osnovu verodostojne isprave, 3.498 predmeta na osnovu izvršne isprave, 1135 drugih vanpamičnih predmeta, 1.495 predmeta za izdavanje platnog naloga, a postupalo je 4 sudije.

pisa ili oduzimanja pokretnih stvari odlaze gradskim prevozom ili eventualno svojim automobilom. Na ovaj način oni su već u startu limitirani u pogledu vrste stvari koje mogu oduzeti od izvršnog dužnika i prevesti ih do suda radi deponovanja u odgovarajući prostor. Sama činjenica da se sudski izvršitelj pojavljuje na licu mesta bez odgovarajuće opreme i pomoći (tu pored adekvatnog prevoznog sredstva mislimo i na pomoćne radnike koji će vršiti iznošenje stvari), izvršnom dužniku omogućavaju da koristeći ovo stanje prolongira i odugovlači postupak, te da do sledećeg popisa eventualno uklanja i prikriva svoju imovinu. Osim adekvatnih prevoznih sredstava, tu je i nedostatak adekvatnog prostora (pre svega mislimo na magacine) u koji bi se oduzete stvari mogle smestiti ali tako da budu zaštićene kako od krađa, tako i od oštećenja i propadanja. Ilustrativan primer je da Prvi osnovni sud u Beogradu kao najveći izvršni sud ne samo u Republici Srbiji nego verovatno i na području Balkana, na raspolaganju ima deo jedne trošne barake izuzetno male površine u koju treba da smešta pokretne stvari koji sudski izvršitelji oduzimaju izvršnim dužnicima.

Sudski izvršitelji koji obavljaju izuzetno odgovoran, (i opasan) posao, nisu takvog stručnog profila koji bi omogućio da na zadovoljavajući i efikasan način obavljaju taj posao. U zakonskim i podzakonskim aktima nije propisana posebna stručna sprema koju treba da poseduje sudski izvršitelj i najčešće su to muške osobe sa završenim različitim srednjim školama. Kada imamo u vidu da policija u određenom broju slučajeva ne pruža asistenciju koja je neophodna (kada izvršni dužnici ili neka druga lica ometaju ili sprečavaju sprovođenje izvršenja), da policija ponekad izlazi na lice mesta ali po zahtevu sudskog izvršitelja ne pruža adekvatnu asistenciju u sprovođenju izvršenja onda, navedeno, povezano sa iznetim činjenicama u vezi opremljenosti sudova jasno ukazuje da za određene vrste izvršenja ne možemo govoriti o efikasnosti dok ovaj problem ne bude rešen na način koji će sudovima u izvršnom postupku omogućiti da vrše vlast koja im je od strane države Ustavom poverena.

Osim policije, koja pruža pomoć sudu prilikom sprovođenja izvršenja, u postupak izvršenja uključeni su i drugi pomoćni organi. Tu pre svega mislimo na Narodnu Banku Srbije – odsek za prinudnu naplatu, Centre za socijalni rad i psihologe školskih ustanova, kao i razne vrste javnih registara. Samo adekvatna saradnja između suda i navedenih organa, to jest postupanje navedenih pomoćnih organa po nalogima i zahtevima suda, može dovesti do efikasnog izvršnog postupka odnosno suđenja u razumnom roku. Između suda i Narodne Banke Srbije – odseka za prinudnu naplatu postoji dobra saradnja i inače postupak izvršenja na osnovu izvršne isprave radi ostvarenje novčanog potraživanja na sredstvima na računu kod Banke predstavlja najefikasniju vrstu izvršenja. Kada su u pitanju javni registri, a tu pre svega mislimo na kataster i zemljišne knjige, zatim na Agenciju za privredne registre, onda treba primetiti da zbog opterećenosti nave-

denih organa može doći do problema koji će onemogućiti stranku da ostvari svoje pravo. Problemi se tiču neefikasnosti prilikom postupanja po rešenjima sudova koji za cilj imaju zabeležbu izvršenja odnosno upis založnog prava. Postupak upisa treba pojednostaviti jer momenat zabeležbe rešenja o izvršenju, odnosno momenat upisa založnog prava predstavlja veoma važan deo postupka koji omogućava obezbeđenje izvršnom poveriocu za ostvarenje njegovog novčanog potraživanja u postupku izvršenja.

Gore navedene uzroke treba posmatrati zajedno, a ne izolovano svaki za sebe i samo rad na otklanjanju tih uzroka neefikasnosti, odnosno rad na poboljšanju ukupnih uslova u kojima postupaju izvršni sudovi mogu dovesti do poboljšanja i time ubrzanja izvršnog postupka.

ZAKLJUČAK

Postojeći Zakon o izvršnom postupku sigurno će pretrpeti reformu. Zakon zahteva jednu detaljnu redakciju, što sigurno nije problem za predlagača i što se može učiniti u relativno kratkom periodu. Ono što treba da usledi, a o čemu govori stručna javnost, jeste reforma izvršnog postupka u pravcu uvođenja u naš pravni sistem privatnih izvršitelja.¹⁸

Neke zemlje iz našeg okruženja, kao što su bivša jugoslovenska Republika Makedonija, zatim Bugarska, Mađarska kao i Slovenija učinili su određene korake u pravcu uvođenja privatnih izvršitelja. Najradikalniju izmenu u ovom smislu učinila je bivša jugoslovenska Republika Makedonija. U ovoj bivšoj jugoslovenskoj Republici izvršenje isključivo sprovode privatni izvršitelji, a uloga suda svedena je na minimalnu kontrolnu funkciju. U drugim zemljama postoje uglavnom takozvani kombinovani sistemi i oni podrazumevaju mogućnost da se stranka može obratiti ili sudu ili privatnom izvršitelju radi sprovođenja izvršenja. U određenim zemljama su sudovi zadržali nadležnost za pojedine vrste izvršenja, a neka od izvršenja data su u nadležnost privatnim izvršiteljima.

Kada razmišljamo o mogućim rešenjima u našoj zemlji, čini nam se da bi u prelaznom periodu, pre svega izvršenje na pokretnim i nepokretnim stvarima kao i tzv. činidbe (iseljenje, predaja parcela, uklanjanje objekata...) trebalo preneti u nadležnost privatnih izvršitelja, jer bi ova lica zbog svoje prirodne zainteresovanosti da ostvare zaradu baveći se navedenim poslom, bila motivisana da svoje kancelarije opreme na odgovarajući način, te da postupaju efikasno. Moguće je i

¹⁸ Bliže o privatnim izvršiteljima vidi: Sudski izvršitelj – Bejlif »Da ili ne« Nebojša Šarčić–Mladen Nikolić, Pravni život, IV tom, broj 12/2006.

uvođenje gore pomenutog kombinovanog sistema koji je pogodan za prelazni period (ne duže od 2 do 3 godine) do uspostavljanja isključive nadležnosti privatnih izvršitelja za sprovođenje izvršenja, osim za porodične stvari i izricanje novčanih kazni, koje treba da ostane u nadležnosti suda.

Za pravično izvršenje važno je da je kvalitet izvršenja zagarantovan. Kada su u pitanju izvršitelji, smernice koje su upućene državama članicama Saveta Evrope su da:

- treba da akredituju izvršitelje samo ako su standardi i osposobljenost kandidata proporcionalni sa složenošću njihovih zadataka. Visoki kvalitet obuke stručnjaka važan je za izvršenje pravde i povećanje poverenja građana-korisnika u pravosuđe. Izvršitelji bi takođe trebalo da budu dužni da prate obavezno stalno usavršavanje;

- se uspostave veze između državnih institucija za obuku. Države članice treba da akredituju da se izvršitelji obučavaju na osnovu odgovarajućeg plana i programa i treba uspostaviti minimum standarda za instruktore u različitim državama članicama;

- imajući u vidu adekvatno izvršenje pravde, poželjno je da izvršitelji budu organizovani u profesionalno telo koje zastupa sve članove struke, time olakšavajući njihovo kolektivno zastupanje i prikupljanje podataka. Članstvo u takvom telu treba da bude obavezno;

- status izvršitelja treba da bude jasno definisan na način da potencijalnim strankama u izvršnom postupku ponudi profesionalca koji je nepristrasan, kvalifikovan, odgovoran, na raspolaganju, motivisan i efikasan;

- izvršitelji, prema zakonima određene zemlje, treba da budu odgovorni za izvršenje u okviru svojih nadležnosti kao što je definisano domaćim zakonodavstvom. Države članice trebalo bi da razmotre davanje isključive nadležnosti izvršiteljima za: sprovođenje sudskih odluka i drugih izvršnih naslova ili dokumenata, te sprovođenje svih izvršnih procedura predviđenih zakonom države u kojoj rade;

- privatni izvršitelji bi trebalo da budu obavezni da otvore račun posebno namenjen za polaganje sredstava prikupljenih u ime klijenta. Taj račun bi trebalo da bude predmet kontrole. Takođe bi trebalo da budu osigurani od profesionalne i građanske odgovornosti;

- zbog kršenja zakona, propisa ili pravila o etici koje učine, čak i izvan kruga svojih profesionalnih aktivnosti, izvršitelji treba da budu disciplinski sankcionisani, ne dovodeći u pitanje i eventualne građanske i kaznene sankcije;

- disciplinske postupke treba da sprovodi nezavisno telo. Države članice bi trebalo da razmotre uvođenje sistema za prethodno filtriranje slučajeva koji su pokrenuti samo u cilju odlaganja izvršenja;

– tamo gde su izvršitelji zaposleni u državnim službama, trebalo bi da imaju obezbeđene odgovarajuće radne uslove i dovoljno ljudskih i materijalnih resursa. To znači, na primer, omogućiti tom osoblju rad sa pristupom na funkcionalan i moderan komunikacioni sistem i sa informatičkom opremom (kompjuteri, faks mašine, internet veze, prilagođeni informatički sistemi s mogućnošću nadogradnje), te s odgovarajućim prevoznim sredstvima koja su dovoljna u smislu da bi izvršitelji obavljali svoju ulogu što je moguće kvalitetnije i efikasnije.

Donošenje Zakona o javnom beležniku¹⁹ u čiju bi se nadležnost mogle preneti određene radnje iz izvršnog postupka, kao i dozvola izvršenja na osnovu verodostojne isprave značajno bi rasteretilo sudove.

U analizi pojedinih uzroka neefikasnosti izvršnog postupka bila je već reč o subjektivnom momentu, a tu mislimo na postupanje sudija i već je iznet zaključak da samo sudija koji stručno, savesno, odgovorno i dosledno postupaju po predmetima u izvršnom postupku, na taj način može omogućiti i suđenje u razumnom roku. Sve navedeno podrazumeva i adekvatan materijalni položaj sudije.

Sud za ljudska prava u Strazburu se u više svojih odluka postupajući po predstavkama fizičkih i pravnih lica iz različitih zemalja (uključujući i Srbiju), već izjasnio da je obaveza svake pojedine Države da stvori takav sistem izvršenja koji će omogućiti da fizička i pravna lica iz tih zemalja u razumnom roku ostvare svoje pravo koje im je dosuđeno izvršnom ispravom i na taj način istovremeno zaštite svoju imovinu kao i druga značajna prava koja su im Ustavom Države garantovana.

Imajući u vidu navedeno stanovište suda u Strazburu, kao i rezolucije i smernice koje su pomenute u ovom radu, preporuke koje su od strane nadležnih tela upućene vladama državama članicama Saveta Evrope su da:

– omogućiti efikasno i ekonomično izvršenje sudskih odluka, odnosno drugih sudskih ili vansudskih izvršnih naslova;

– preduzmu ili ojačaju, zavisno od slučaja, sve mere koje smatraju neophodnim u cilju progresivne implementacije »Vodećih principa izvršenja«

Kao vodeći principi izvršenja istaknuti su:

– izvršenje treba definisati i dati mu jasan zakonski okvir, kojim će biti utvrđena ovlašćenja, prava i odgovornosti strana u postupku i trećih lica;

– izvršenje treba sprovoditi u skladu sa relevantnim zakonom i sudskim odlukama. Svaki propis treba da sadrži dovoljno detalja u svrhu pravne sigurnosti i transparentnosti, kao i što veće predvidivosti i efikasnosti postupka;

¹⁹ Bliže o javnim beležnicima vidi: »O javnom beležniku«, Nebojša Šarkić i grupa autora, Beograd, 2003. godina.

– strane su dužne da saraduju na odgovarajući način u postupku izvršenja; pored toga, a posebno u predmetima koji se odnose na porodično pravo, nadležni organi treba da olakšaju ovu saradnju;

– dužnik treba da pruži najnovije podatke o svom prihodu, imovini i ostalim relevantnim pitanjima;

– države treba da uspostave mehanizam kojim će se sprečiti zloupotreba postupka izvršenja od bilo koje strane, što ne bi trebalo tretirati kao obnovljeni postupak u predmetu;

– postupak izvršenja ne treba odlagati, izuzev u slučajevima predviđenim zakonom. Odlaganje može preispitati sud;

– tokom postupka izvršenja potrebno je uspostaviti odgovarajuću ravnotežu između interesa poverioca i dužnika, imajući u vidu posebno odredbe članova 6. i 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U odgovarajućim slučajevima treba uzeti u obzir i interese trećih strana. Ako se postupci izvršenja odnose na predmete porodičnog prava, treba uzeti u obzir interese članova porodice; dodatno, kada su u pitanju naročito prava dece u postupku izvršenja, treba prvenstveno imati u vidu najbolje interese deteta u skladu sa međunarodnim i domaćim pravom;

– određena neophodna imovina i prihod dužnika treba da budu zaštićeni, kao što su osnovna dobra domaćinstva, osnovna socijalna primanja, novac za elementarne zdravstvene potrebe i neophodni instrumenti rada.

Adekvatan Zakon o izvršnom postupku, stručne i savesne sudije, dobro opremljeni izvršni sudovi, uz uvođenje privatnih izvršitelja, te zadovoljavajuća saradnja takozvanih pomoćnih organa suda u izvršnom postupku, uz poštovanje gore navedenih vodećih principa, sigurno mogu dovesti do ubrzanja postupka izvršenja i do zadovoljavajućeg nivoa efikasnosti tog postupka, a što će rezultirati pravičnim suđenjem u razumnom roku.

NEBOJŠA ŠARKIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law of the Union University,
Belgrade
MLADEN NIKOLIĆ,
Judge, Member of the High Judicial Council,
Belgrade

HOW TO FIND EFFICIENT AND ENFORCEMENT EXECUTION

Summary

After obtaining a court decision natural and legal persons expect to realize their right in a relatively short time, efficiently and with less cost. The problem of efficient execution of court decisions is not specific only for Serbia. In the majority of the Council of Europe member states, there is a similar problem. It is necessary to promote greater efficiency and equity of execution of judgments in civil matters and establish a balance between the rights and interests of the parties in the execution procedure. Otherwise, there may be risks of "taking justice in one's own hands". The European Court of Human Rights in Strasbourg, in its decisions, stated that it is up to the state to organize its legal system so that each and every court can perform its duties, including the execution of judgments in a reasonable time. There are many reasons that affect the length of enforcement proceedings in Serbia and the first reason is the actual Law on Enforcement Procedure. The second group consists of subjective reasons and they concern the court or a judge. The third group consists of objective reasons and they refer to the number of cases per judge in enforcement proceedings as well as the inadequate working conditions. Adequate Law on Enforcement Procedure, professional and conscientious judges, well equipped enforcement courts, with the introduction of private judicial executors, can lead to acceleration of execution proceedings and trial within reasonable time.

VUKAŠIN RISTIĆ

**PRAVNI LEKOVI I PRAVNA SREDSTVA
U POSTUPCIMA PRINDUNOG IZVRŠENJA
U GRAĐANSKIM STVARIMA**

U V O D

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, u odeljku »Ljudska prava i slobode« u čl. 36. st. 2, proklamuje načelo »da svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu«.

Oblast građanskopravne zaštite u ostvarivanju procesnih prava subjekata, koja se odnosi na prinudno izvršenje, uređena je procesnim Zakonom o izvršnom postupku Republike Srbije, usvojenim krajem 2004. godine, sa početkom primene od februara 2005. godine.

U ranijem periodu ova materija bila je regulisana saveznim procesnim zakonima o izvršnom postupku, pošto su na području bivše SFRJ, sve do donošenja Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine, primenjivana pravna pravila predratnog prava. Nakon raspada ove savezne države 1992. godine, ostala je da egzistira Savezna Republika Jugoslavija, a zatim Državna zajednica Srbija i Crna Gora, kao neki vid konfederalne zajednice. Proglašenjem Republike Crne Gore u samostalnu i suverenu državu, Republici Srbiji je priznat određeni vid sledbeništva bivše savezne države.

Vukašin D. Ristić, advokat, predsednik Udruženja pravnika Beograda.

U toku 2000. godine donet je nov Zakon o izvršnom postupku koji je primenjivan kao savezni propis sve do prestanka ovih složenih državnih zajednica, nakon čega je Republika Srbija, po prvi put, donela svoj Zakon o izvršnom postupku 2004. godine, koji je i dalje u primeni.

U toku je izrada novog zakona koji uređuje ovu materiju, pod radnim nazivom »Zakon o izvršenju i obezbeđenju«, koji u ovom trenutku nije dobio ni oblik »predloga zakona«, iako su svi rokovi za njegovu izradu i donošenje odavno istekli.

Odredbе svih pomenutih zakona o pravnim lekovima i pravnim sredstvima, imaju veoma veliki značaj, ne samo za ostvarivanje procesnih prava učesnika, već i posebno ukupno trajanje postupka. Kada se subjektivna prava ostvaruju i štite u sudskim ili drugim postupcima od velikog je značaja činjenica kako je u odgovarajućim procesnim zakonima uređen režim pravnih lekova i pravnih sredstava.

Drugim rečima, u kojoj meri njihova upotreba doprinosi ostvarivanju osnovnih načela u tim zakonima, a u kom momentu prerasta u njihovu zloupotrebu, kada u suštini, vodi osujećenju i onemogućavanju ostvarenja tih prava. Navedeno ustavno načelo o pravu na upotrebu pravnog sredstva protiv svake odluke kojom se odlučuje o pojedinačnim pravima i obavezama pravnih subjekata, ne daje mogućnost zakonodavcu da to pravo učesnicima u određenom postupku uskrati, jer bi takav akt bio ništav, nezakonit i neustavan.

Zakonodavac je iz ovih razloga u svim procesnim zakonima, pa i u zakonima o izvršnom postupku, uređivao režim pravnih lekova i pravnih sredstava i time obezbeđivao ostvarenje prava učesnicima u postupku.

Iz prikaza odredaba o uređivanju pravnih lekova i pravnih sredstava po navedenim zakonima iz ove oblasti međutim, može se zaključiti da u regulisanju pojedinih konkretnih pitanja postoje znatne razlike, iako se radi o istoj materiji i o istim osnovnim načelima i ciljevima tih zakona.

Zakonodavac je bio u mogućnosti da samostalno propisuje vrstu i sadržinu pravnih lekova i pravnih sredstava, da određuje rokove za njihovu upotrebu i da u pojedinim slučajevima isključuje ili pak suzi njihovu primenu.

Tema ovog rada odnosi se isključivo na uređivanje režima, sadržine i pravnog značaja pravnih lekova i pravnih sredstava u navedenim zakonima i ukazivanje na njihove razlike, u cilju iznalaženja najboljih rešenja za potpunije ostvarivanje i praktičnu primenu tih zakona.

UPOREDNI PRIKAZ

*Zakon o izvršnom postupku*¹

Po ovom zakonu, sa svim izmenama i dopunama, režim pravnih lekova i pravnih sredstava, njihovo pravno dejstvo, sadržina i pravni značaj za ostvarivanje zakonitosti u ovom segmentu prava i njihovog uticaja na ukupno trajanje postupka, bio je regulisan u osnovnim i zajedničkim odredbama.

Redovni pravni lekovi bili su žalba i prigovor, a *vanredni pravni lek* bio je samo zahtev za zaštitu zakonitosti, koji je podnosio ovlašćeni javni tužilac protiv pravnosnažnih odluka izvršnog suda, po pravilima Zakona o parničnom postupku. Revizija i ponavljanje postupka protiv tih odluka, kao vanredni pravni lekovi, nisu bili dozvoljeni.

Žalba se mogla podneti protiv svakog rešenja prvostepenog suda, osim ako je ovim zakonom bilo drugačije određeno. Protiv rešenja o izvršenju dužnik je mogao da izjavi *prigovor*, a ne žalbu, o kome je odlučivao prvostepeni sud. Protiv te odluke je bila dozvoljena žalba drugostepenom sudu. Rok za izjavljivanje ovih pravnih lekova bio je osam dana, a o žalbi na rešenje prvostepenog suda odlučivao je drugostepeni sud, čija je odluka bila pravnosnažna. Bilo je pravilo da žalba i prigovor ne odlažu izvršenje, osim ako tim zakonom nije drukčije određeno. Nije se moglo pristupiti namirenju potraživanja proverilaca, kao izvršne radnje, pre nego što rešenje o izvršenju postane pravnosnažno.

Razlozi za prigovor, za razliku od razloga za žalbu, bili su taksativno nabrojani, s tim što se isti mogao podneti i iz drugih razloga koji sprečavaju izvršenje rešenja. Obaveza suda je bila da prigovor dužnika dostavlja poveriocu, koji je mogao da na isti podnese odgovor, u roku od osam dana. Nakon toga, prvostepeni sud je odlučivao o prigovoru, na ročištu ili bez njegovog određivanja, usvajanjem prigovora ili njegovim odbijanjem, odnosno odbacivanjem, ukoliko je isti bio neblagovremen, nedozvoljen ili nepotpun.

Dužnik je imao pravo da podnese prigovor i protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave, u roku od osam, odnosno tri dana, o kome je takođe odlučivao prvostepeni sud, s tim što isti nije morao biti obrazložen da bi sud rešenje o izvršenju stavio van snage i ukinuo sprovedene izvršne radnje. Usvajanjem prigovora, postupak je nastavljao nadležni parnični sud, kao povodom izjavljenog prigovora na platni nalog u parničnom postupku.

¹ »Službeni list SFRJ«, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90 i 35/91, »Službeni list SRJ«, br. 27/92, 31/93 i 24/94.

Zakon je propisivao mogućnost da i treća lica, ne dajući njihov pojam i značaj, mogu, sve do okončanja izvršnog postupka da podnesu prigovor protiv izvršenja kojim traže da se na određenom predmetu izvršenje proglasi za nedopušteno, a u zavisnosti od stava poverioca u vezi sa podnetim zahtevom iz prigovora, sud je treća lica upućivao na parnicu da to svoje pravo ostvare, i u ne malom broju slučajeva, odlagao postupak izvršenja do okončanja parnice.

Postojala je odredba da sud i dužnika, povodom izjavljenog prigovora, uputi na parnicu ili drugi postupak, radi proglašenja da je izvršenje na određenom predmetu nedopušteno, za koje vreme je, takođe, postupak izvršenja odlagan, do okončanja tih postupaka. Dužnik i treća lica mogla su protiv izvršnog naslova da podnose i tužbe kojima su osporavali dopuštenost sprovođenja izvršenja na određenim predmetima izvršenja, koji su sporovi u znatnom broju slučajeva odlagali postupak izvršenja.

Navedeni pravni lekovi i pravna sredstva korišćena su posebno od strane dužnika, što je vodilo dugom trajanju postupka izvršenja i omogućavalo nesavesnim dužnicima da taj postupak osujete i, praktično onemogućće ostvarivanje prava poverilaca, po pravnosnažnim i izvršnim sudskim odlukama, u svemu podobnim za prinudno izvršenje i konačno namirenje njihovih potraživanja. Ovde svakako treba spomenuti i institut *odlaganja izvršenja*, koji je ovaj zakon detaljno uredio, omogućivši svim učesnicima u postupku (poveriocima, dužnicima i trećim licima) da se njime koriste, što je imalo veliki uticaj na sprovođenje ovih postupaka.

Zakon o izvršnom postupku²

Ovaj zakon je nastojao da brojnim i radikalnim izmenama, posebno u oblasti pravnih lekova i pravnih sredstava, otkloni nedostatke koji su postojali u prethodnom zakonu i koji su imali veliki uticaj na efikasnost sprovođenja izvršnog postupka. Složena procedura u vezi sa sprovođenjem izvršenja, u velikoj meri je doprinosila povećanju broja ovih predmeta, te su postupci izvršenja neretko trajali duže i od prethodnih postupaka u kojima su poverioci sticali sudske odluke, u svemu podobne za prinudno izvršenje.

Novine u ovom zakonu, koje se odnose na pravne lekove i pravna sredstva imale su za cilj njihovo pojednostavljivanje i svodenje na razumnu meru, da se na jednoj strani, obezbedi učesnicima u postupku pravo na jednaku, pravičnu i zakonitu zaštitu, a na drugoj strani da se spreče zloupotrebe u korišćenju procesnih prava.

² »Službeni list SRJ«, br. 28/00, 73/00 i 71/01.

U odnosu na pravne lekove, najveća promena sastoji se u tome što je ovaj zakon *izostavio žalbu*, kao tradicionalni redovni pravni lek u svim sudskim i drugim postupcima. Zakon je odredio da jedini pravni lek bude prigovor, koji se, po pravilu, mogao izjaviti protiv svih rešenja prvostepenog suda.

Rok za izjavljivanje prigovora određen je na tri dana od dana prijema rešenja, s tim što po pravilu nije imao suspenzivno dejstvo, iako zakon nije omogućavao podnosiocima prigovora da izjavljuju žalbu ili neki drugi pravni lek, na rešenje doneto po podnetom prigovoru. Iz postupanja po predmetima izvršenja bio je isključen drugostepeni sud.

Odluku o prigovoru donosio je prvostepeni sud u sastavu od tri sudije. Ta krupna novina u zakonu, izazvala je brojne polemike i rasprave u stručnoj javnosti, naime pitanje da li se na ovim rešenjem vredi ustavno načelo o pravu na žalbu, odnosno drugo pravno sredstvo, proklamovano u čl. 36. st. 2. Ustava Republike Srbije. Ovde konstatujemo da je ovakvo uređivanje režima redovnih pravnih lekova bilo jedan od značajnih razloga da se pristupi izradi izmena i dopuna ovog zakona, odnosno donošenju novog zakona.

Odluka tzv. *IPV veća* povodom izjavljenog prigovora bila je pravnosnažna, jer se protiv iste nije mogao upotrebiti pravni lek. S obzirom da se u postupku prinudnog izvršenja, po pravilu, ne odlučuje o osnovnim pravima i slobodama učesnika, već se radi o (faktičkoj) primeni već utvrđenih prava, skloni smo da verujemo da ovakvim načinom uređivanja odredaba o redovnom pravnom leku u postupku izvršenja, u okviru istog suda, ustavna prava podnosilaca prigovora nisu bila ugrožena. Ovo bez obzira što drugostepeni sud u ovom postupku nije odlučivao, što je, kako je rečeno, stvaralo uverenje da se radi o neustavnim i nezakonitim odredbama.

Po ovom zakonu bilo je propisano da izvršni postupak u prvom stepenu vodi i odluke donosi sudija pojedinac, a da o prigovoru, ma ko da ga je izjavio, odlučuje veće trojice sudija istog suda (IPV veće).

U primeni ove odredbe, da o prigovoru odlučuje isti sud koji je odlučivao i o predlogu za izvršenje, nastojalo se da u drugom stepenu ne učestvuje sudija pojedinac koji je doneo prvostepenu odluku, iako takva odredba u zakonu nije postojala. Problem se javljao kod onih sudova koji nisu imali veći broj sudija od broja koji je odlučivao o prigovoru, pa se događalo da je taj isti sudija učestvovao u donošenju, kako prvostepene, tako i drugostepene odluke.

Mišljenja smo ipak, da podnosiocu prigovora, konačnim odlučivanjem o njegovom pravu u okviru istog suda koji je doneo prvostepenu odluku, nisu samom tom činjenicom bila povređena ustavna prava na podnošenje žalbe ili drugog pravnog sredstva na odluku nadležnog organa o njegovim pojedinačnim pravima, obavezama ili na zakonu zasnovanim interesima. U ovom slučaju zakonom je konstituisana dvostепенost odlučivanja u okviru istog organa (suda), čime

je navedena ustavna odredba poštovana. Ustav ne zabranjuje činjenicu da zakonodavac ustroji dvostепенost u okviru istog organa, niti propisuje da se ta dvostепенost mora obrazovati u dva hijerarhijski različita organa. Uostalom, poznato je da ovakav sistem odlučivanja postoji i u nekim drugim sudskim postupcima (*tzv. KV veće* u krivičnim stvarima odlučuje u drugom stepenu u okviru istog suda, i dr.; u Zakonu o izvršnom postupku iz 2004. godine ova odredba je ipak bila izostavljena, pa je ponovo uvedena žalba kao redovni pravni lek o kojoj, po pravilu, odlučuje drugostепeni sud).

Ovaj zakon je, po prvi put, propisao rokove za preduzimanje određenih izvršnih radnji, kako od strane učesnika u postupku, tako i od strane suda koji sprovodi izvršenje. Zakonska obaveza suda je da odluči o predlogu za izvršenje u roku od tri dana od dana njegovog podnošenja, a da donese odluku o prigovoru u roku od 15 dana. U tim kratkim zakonskim rokovima, sud je morao da obavi ove veoma bitne izvršne radnje, uzimajući u obzir i činjenicu da je nakon podnošenja prigovora dužnika, bio u obavezi da isti bez odlaganja dostavi poveriocu na odgovor u roku od tri dana.

Po prijemu odgovora na prigovor ili po isteku ovog roka, sud je bio ovlašćen da, pre donošenja odluke, zakaže ročište i da donese odluku o prigovoru ili da odluku donese i bez određivanja ročišta. Kada prigovor na rešenje prvostепенog suda podnosi poverilac ili neki drugi učesnik, a ne radi se o prigovoru dužnika na rešenje o izvršenju, tada se prigovor nije dostavljao suprotnoj strani na odgovor. Sud je o njemu odlučivao na ročištu ili bez njegovog određivanja što je bio češći slučaj.

Prigovor dužnika protiv rešenja o izvršenju morao je sadržavati tačno određene razloga, taksativno nabrojane, ali je bilo moguće da se prigovor podnese i iz drugih razloga »koji sprečavaju izvršenje«. Za ostale prigovore nisu bili propisani razlozi zbog kojih se isti mogu podneti, osim da se odnose na razloge propisane Zakonom o parničnom postupku iz kojih se može podneti žalba protiv odluke prvostепенog suda (bitna povreda odredaba postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, pogrešna primena materijalnog prava).

Ovaj zakon izostavio je odredbe ranijeg zakona o prigovoru trećeg lica protiv izvršenja i otklonio mogućnost da ta lica, posebnim tužbama radi proglašenja da je izvršenje na određenom predmetu nedopušteno, u suštini veoma usporavaju sprovođenje izvršenja i dovode u pitanje namirenje utvrđenih potraživanja poverilaca.

Institut odlaganja izvršenja bio je propisan, i to pod određenim uslovima, samo u korist poverilaca, dok dužnici i treća lica nisu imala mogućnost da se istim koriste.

Vanredni pravni lek zahtev za zaštitu zakonitosti protiv pravnosnažnih odluka u postupku izvršenja bio je dozvoljen, dok se ostali vanredni pravni lekovi, revizija i ponavljanje postupka, nisu mogli koristiti.

Mišljenja smo da je ovakav režim pravnih lekova i pravnih sredstava u znatnoj meri doprineo postizanju bolje ažurnosti i veće efikasnosti u sprovođenju prinudnog izvršenja pravnosnažnih sudskih odluka i odluka drugih državnih organa, podobnih za prinudno izvršenje u ovom postupku. Međutim, period trajanja primene ovog zakona bio je relativno kratkog veka, kada je donet nov, sada važeći Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije, koji je ovaj režim pravnih lekova i pravnih sredstava, u dobroj meri, »vratio na staro«.

Zakon o izvršnom postupku³

Ovaj zakon donela je Republika Srbija krajem 2004. godine, sa početkom primene od 23. 02. 2005. godine.

U materiju pravnih lekova i pravnih sredstava zakon je uveo značajne novine. Za neke od istih ne bi moglo da se konstatuje da su u cilju postizanja bolje ažurnosti i veće efikasnosti u prinudnom sprovođenju pravnosnažnih sudskih odluka i odluka drugih državnih organa.

Zakon ponovo uvršćuje žalbu u sistem pravnih lekova, kao redovni pravni lek, tako što propisuje da su redovni pravni lekovi u postupku izvršenja žalba i prigovor. Žalba se može podneti protiv svakog rešenja donetog u prvom stepenu, osim ako je ovim zakonom određeno da žalba nije dozvoljena. Izjavljivanje žalbe ne odlaže izvršenje rešenja, nema dakle suspenzivno dejstvo, osim ako ovim zakonom nije drugačije određeno.

Rokovi za izjavljivanje žalbe su isti kao i u prethodnom zakonu i iznose tri dana od dana dostavljanja rešenja. O žalbi odlučuje drugostepeni sud, osim kada je ovim zakonom propisano da o istoj odlučuje prvostepeni sud.

Proizilazi da se ovaj zakon, u odnosu na režim redovnih pravnih lekova, u izvesnom smislu vraća na rešenja koja su postojala u ranijem saveznom Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine, s tim što je po tom zakonu izvršni dužnik rešenje o izvršenju pobijao prigovorom o kome je odlučivao prvostepeni sud, a protiv koje odluke je izvršni dužnik mogao da izjavi žalbu drugostepenom sudu.

Pravilo je da o žalbi na odluke prvostepenog suda odlučuje drugostepeni sud, ali prvostepeni sud je ovlašćen, ako oceni da je žalba izvršnog dužnika izjavljena protiv rešenja o izvršenju osnovana, da meritorno odlučuje, odnosno da

³ »Službeni glasnik RS«, br. 125/04.

usvajanjem žalbe ukine rešenje o izvršenju, obustavi izvršenje u celini ili delimično i ukine sprovedene radnje.

Zakonom su taksativno propisani razlozi za izjavljivanje žalbe, s tim što se ista može izjaviti i iz drugih razloga, koji »sprečavaju izvršenje«. Ukoliko izvršni dužnik u žalbi ne iznese sve razloge kojima pobija prvostepeno rešenje, kao i ukoliko ne priloži sve dokaze na kojima se žalba zasniva, gubi pravo da te dokaze naknadno dostavi u žalbenom postupku. Zakon ne propisuje kako će sud postupiti ukoliko izvršni dužnik ne postupi po ovoj odredbi, ali smatramo da sud nije u obavezi da o tome donosi formalno odluku, već je dovoljno da naknadno iznete razloge, odnosno naknadno priložene dokaze uz žalbu, ne uzima u obzir prilikom donošenja odluke o žalbi.

Pre nego što žalbu sa spisima dostavi drugostepenom sudu na odluku, prvostepeni sud je u obavezi da žalbu izvršnog dužnika dostavi na odgovor izvršnom poveriocu u roku od tri dana, a da po prijemu odgovora, odnosno isteku roka za odgovor, odluči o žalbi, nakon zakazivanja ročišta ili bez njegovog određivanja.

Od ocene prvostepenog suda zavisi da li će, nakon što je dostavio žalbu na odgovor, o istoj sam doneti odluku ako oceni da je žalba osnovana, ili će je sa spisima predmeta dostaviti drugostepenom sudu na odlučivanje. Prema tome, ne postoji obaveza prvostepenog suda da samostalno odlučuje o žalbi, čak iako nađe da je ista osnovana. S obzirom da je na rešenje prvostepenog suda povodom prigovora izvršnog dužnika dozvoljena žalba o kojoj odlučuje drugostepeni sud, to smo mišljenja da će se u takvim slučajevima prvostepeni sudovi, pre svega, odlučivati za to da žalbu sa spisima predmeta i kada smatraju da je ista osnovana, dostavljaju drugostepenom sudu na odluku.

Ovaj zakon nije propisao razloge zbog kojih se može podneti žalba izvršnog poverioca i ostalih učesnika u postupku na rešenje prvostepenog suda, kao što je to slučaj kada žalbu podnosi izvršni dužnik protiv rešenja o izvršenju. U tom slučaju treba shodno primeniti odredbe Zakona o parničnom postupku koji se odnose na razloge žalbe protiv odluke prvostepenog suda.

Prigovor, kao redovan pravni lek, može se podneti protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave, protiv rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika u produženom postupku izvršenja radi naplate novčanog potraživanja, kao i protiv rešenja o izvršenju donetom u skraćenom postupku. Prigovor mora biti obrazložen da bi se po njemu sproveo određeni postupak.

Ukoliko prigovor nema obrazloženje, sud neće biti u obavezi da od podnosioca prigovora traži da se isti ispravi ili dopuni, ako je prigovor podnelo stručno lice – advokat. U protivnom, sud će zatražiti od podnosioca prigovora ispravku i dopunu u određenom roku, pa će sa njim postupiti shodno odredbama Zakona o parničnom postupku koje uređuju ovu oblast. Isto će sud postupiti i ukoliko se protiv rešenja prvostepenog suda podnese nepotpuna i neuredna žalba.

Zakon propisuje da izvršni postupak u prvom stepenu vodi i odluke donosi sudija pojedinac, a u drugom stepenu tročlano sudsko veće. O prigovorima na rešenje o izvršenju u ovim slučajevima odlučuje veće istog suda u sastavu od troje sudija.

Kada se u navedenim slučajevima prigovorom pobija rešenje u celini, ili u delu kojim je određeno izvršenje, sud će rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave staviti van snage, samo u delu u kome je određeno izvršenje, ukinuće sprovedene radnje, a postupak će se nastaviti kao povodom prigovora na platni nalog, po pravilima parničnog postupka. Ako se rešenje pobija samo u delu kojim je određen način izvršenja, dalji postupak će se nastaviti kao kada se radi o žalbi izjavljenoj protiv rešenja donetog na osnovu izvršne isprave.

Protiv rešenja suda o upisu u knjigu izvršnih dužnika u produženom postupku izvršenja radi naplate novčanog potraživanja, dužnik može da izjavi prigovor u roku od tri dana od prijema rešenja.

U predmetima izvršenja u kojima se sprovodi tzv. *skraćeni postupak*, protiv rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave izvršni dužnik može da podnese prigovor iz taksativno određenih razloga i uz prilaganje dokaza. Prigovor se usvaja i ukida rešenje o izvršenju u delu u kome je određeno izvršenje, a postupak nastavlja dostavom predmeta nadležnom parničnom sudu.

Prigovor odlaže izvršenje rešenja o izvršenju, a izvršni dužnik ima pravo žalbe protiv rešenja kojim se njegov prigovor odbacuje ili odbija. O toj žalbi odlučuje drugostepeni sud, a žalba ne zadržava izvršenje.

Značajna novina u ovome odnosi se na obavezu suda da odluku o prigovoru donese u roku od osam dana od dana prijema prigovora, a kada je u pitanju donošenje odluke po žalbi na rešenje prvostepenog suda o odbacivanju ili odbijanju prigovora, drugostepeni sud je u obavezi da takvu odluku donese takođe u roku od osam dana od dana prijema predmeta u sud.

Posebna pravila izvršenja u trgovinskim i sa trgovinskim povezanim stvarima, sprovode trogivniski (sada privredni sudovi), sa ciljem da se ti postupci učine efikasnijim. Odredbe o skraćenom izvršnom postupku regulisane su čl. 252–259. važećeg zakona. Međutim, čini se da se u praksi primene navedenih odredaba proklamovani ciljevi nisu u potpunosti ostvarili, pa u nacrtu najavljenog Zakona o izvršenju i obezbeđenju nisu posebno izdvojene, već se nalaze u okviru ostalih opštih odredaba.

Važeći zakon poznaje samo zahtev za zaštitu zakonitosti kao vanredni pravni lek, te revizija i ponavljanje postupka u postupku izvršenja nisu dozvoljeni.

U pogledu ostalih pravnih sredstava ovaj zakon sadrži izvesne novine koje prethodni zakon iz 2000. godine nije poznavao, ali koje su postojale u Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine.

Ponovo je uveden institut prigovora trećeg lica, kome se daje mogućnost da izjavljuje prigovor prvostepenom sudu sve do okončanja izvršnog postupka, ukoliko učini verovatnim činjenicu da na određenom predmetu izvršenja ima neko pravo, koje to izvršenje čini nedopuštenim. Ukoliko treće lice svoje pravo, odnosno određeni pravni interes ne učini verovatnim, sud će isti odbaciti, a u protivnom sud će ga dostaviti izvršnom poveriocu na odgovor, u roku od tri dana. Kada se prigovor trećeg lica učini verovatnim, sud ga može uputiti na parnicu protiv izvršnog poverioca, da dokaže da je izvršenje na tom predmetu nedopušteno, ali samo podnošenje prigovora ne sprečava dalje sprovođenje izvršenja.

S druge strane, treće lice može i bez upućivanja na parnicu od strane suda da istu pokrene protiv izvršnog poverioca, ali i izvršnog dužnika, u kom slučaju vođenje te parnice nije razlog za odlaganje izvršenja.

Ovaj zakon, iz razloga koji nisu dovoljno argumentovani, ponovo uvodi u postupak institut odlaganje izvršenja, ne samo na predlog izvršnog poverioca, već i na predlog izvršnog dužnika i trećeg lica. Odlaganjem izvršenja, po prirodi stvari, usporava se sprovođenje započetog izvršenja što ide na uštrb osnovnim načelima postupka o hitnosti i efikasnosti sprovođenja, ali se smatralo da bi, izostajanjem ovog pravnog instituta, bila povređena prava nekih lica, učesnika u postupku.

Zakon je taksativno odredio uslove i razloge odlaganja izvršenja, na predlog izvršnog dužnika i trećeg lica, tako što se izvršenje može odložiti za određeni vremenski period, polaganjem jemstva i sl, kao i da se odloženo izvršenje, po pravilu, nastavlja po službenoj dužnosti, ili na predlog izvršnog poverioca i pre isteka roka za koje je izvršenje odloženo. Ovo sve u cilju sprečavanja zloupotrebe lica koja u ovom svojstvu podnose zahteve za odlaganje izvršenja, ali ostaje činjenica da će se i ubuduće ova lica koristiti upotrebom ovih pravnih sredstava, pre svega da se izvršenje odloži i poverioci onemogućće da svoja potraživanja blagovremeno i u razumnim rokovima namire.

Pravno sredstvo vraćanja u pređašnje stanje zadržano je kao i u ranijem zakonu, ali se isto može dozvoliti samo zbog propuštenog roka za izjavljivanje prigovora protiv rešenja o izvršenju, ili žalbe. Rok za podnošenje ovog pravnog sredstva iznosi osam dana, shodno odredbama iz čl. 112. Zakona o parničnom postupku, a u vezi sa čl. 27. Zakona o izvršnom postupku.

Na kraju, ovaj zakon po prvi put delimično uređuje i institut izuzeća sudije, shodnom primenom odredaba Zakona o parničnom postupku, jer je nesporna činjenica da su stranke u prethodnom periodu ovaj institut obilato koristile, vršeći njegovu zloupotrebu. Propisano je da se zahtev za izuzeće, osim shodne primene Zakona o parničnom postupku, može podneti najdocnije do isteka roka za podnošenje pravnog leka na rešenje o izvršenju.

U kontekstu postizanja veće efikasnosti u sprovođenju izvršenja, treba spomenuti i novine u zakonu koje se odnose na hitnost u postupanju suda i ostalih učesnika u postupku, kao i u preduzimanju određenih izvršnih radnji svih učesnika u postupku, sa zaprećenim sankcijama u slučaju nepostupanja po tim odredbama. Uvedeno je po prvi put načelo formalnog legaliteta, koje obavezuje sud da donese rešenje o izvršenju i preduzima radnje sprovođenja izvršenja, kada se za to ispune (samo) formalni uslovi. Sud koji odlučuje o pokretanju i sprovođenju prinudnog izvršenja, nije ovlašćen da ocenjuje zakonitost i celishodnost odluka koje treba sprovesti, ako one inače ispunjavaju formalne uslove da budu podobne za prinudno izvršenje.

Smatramo da smo na ovaj način, izlažući ukratko režim i vrste pravnih lekova i pravnih sredstava u navedenim zakonima u ovoj oblasti, učinili pristupačnijim intenciju zakonodavca da je ukupno trajanje postupka prinudnog izvršenja, njegovo racionalno sprovođenje u svim fazama postupka, kao i ukupna efikasnost, u velikoj zavisnosti od načina regulisanja i načina upotrebe ovih pravnih sredstava. Zakonodavac je nastojao da se upotreba navedenih pravnih sredstava svede na racionalnu meru, u smislu da se ista ne mogu potpuno ignorisati i izostaviti iz postupka. Činjenica je da se navedena sredstva u velikoj meri koriste ne da bi se sudske odluke obezbedile i postale nepodobne za izvršenje, već da se postupci izvršenja odugovlače u nedogled i time izgubi, odnosno umanju autoritet tih odluka. Na jednoj strani, dužnici i treća lica ne mogu da se liše prava na upotrebu ovih pravnih sredstava, jer se i u ovom postupku, koji je procesnog karaktera i čija je sadržina u faktičkoj primeni utvrđenih prava, u znatnoj meri meritorno odlučuje i o osnovnim pravima i slobodama učesnika u postupku. Ignorisanjem upotrebe ovih pravnih sredstava nesumnjivo da bi došlo do povrede njihovih ustavnih prava na žalbu, odnosno drugo pravno sredstvo, pa se znatne razlike u odnosu na ova pravna sredstva po navedenim zakonima mogu objasniti naporima zakonodavca da njihovo postojanje i upotrebu prilagodi osnovnom cilju i osnovnim načelima tih zakona.

Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju

Važeći Zakon o izvršnom postupku u Republici Srbiji primenjuje se kao što je rečeno, od februara 2005. godine. To nije period da bi mogli da se izvedu nepogrešivi zaključci o njegovoj primeni i nedostacima, imajući u vidu i da je priprema za donošenje novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju u poodmakloj fazi. Novi zakon u svom nacrtu ima za osnov rešenja iz ranijih zakona iz ove oblasti, koja su bila odgovarajuća za efikasno sprovođenje prinudnog izvršenja sud-

skih odluka i odluka drugih državnih organa. Međutim, s obzirom da u jednom broju uporednih pravnih sistema preovlađuje sprovođenje prinudnog izvršenja u građanskopravnoj oblasti preko privatnopravnih lica (*tzv. izvršitelja*), to se radikalne novine u najavljenom zakonu odnose na promene u tom smislu, naime da izvršenje sprovode privatna lica, a ne sud kao državni organ. Za ovakvo rešenje dati su brojni razlozi, a s obzirom da namera ovog rada nije da se o tome izjašnjava, ukratko ćemo se osvrnuti samo na deo nacрта novog zakona koji se odnosi na pravne lekove i pravna sredstva. Napominjemo da postoji mogućnost da novi zakon u vreme prezentacije ovog rada bude u formi »predloga zakona«, ili čak da zakonodavni postupak bude okončan, pa je moguće da rešenja koja ćemo ovde ukratko izneti u usvojenom zakonu budu drugačija.

U odeljku »Opšte odredbe o postupku po pravnim lekovima« navedeno je da su pravni lekovi u ovom postupku žalba i prigovor, da se protiv rešenja prvostepenog suda po pravilu izjavljuje žalba, a protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave i protiv rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika može se izjaviti prigovor. Žalba i prigovor se mogu izjaviti u roku od pet dana od dana dostavljanja rešenja. Revizija i ponavljanje postupka nisu dozvoljeni protiv pravnosnažnih rešenja u ovom postupku.

Rešenje o izvršenju izvršni dužnik može pobijati žalbom, osim rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, koje se može pobijati prigovorom. Žalba ne odlaže izvršenje rešenja, osim u slučaju kada je to ovim zakonom određeno.

Taksativno su nabrojani razlozi za podnošenje žalbe, tako da se žalba ne može podneti iz razloga koji nisu u zakonu navedeni. Žalba protiv rešenja o izvršenju podnosi se izvršnom poveriocu na odgovor koji može da podnese isti u roku od tri dana od dana prijema.

Propisani su uslovi, koji su praktično preduzeti iz važećeg zakona, kada prvostepeni sud može da meritorno odlučuje o žalbi izvršnog dužnika na rešenje o izvršenju. Novina je da na isti način prvostepeni sud može da meritorno odlučuje i ako oceni da je žalba izvršnog poverioca osnovana. Na te odluke prvostepenog suda može se izjaviti žalba drugostepenom sudu. Ukoliko je žalba neblagovremena, nepotpuna i nedozvoljena, prvostepeni sud će istu odbaciti.

U odnosu na prigovor na rešenje doneto na osnovu verodostojne isprave, taksativno su nabrojani razlozi za njegovo podnošenje, pa se prigovor ima odbaciti ukoliko nije izjavljen iz propisanih razloga i ukoliko uz isti nisu dostavljeni pismeni dokazi na koje se prigovor poziva. Propisan je postupak suda u slučaju podnošenja prigovora protiv rešenja donetog na osnovu verodostojne isprave, sličan postupku koji je propisan važećim zakonom.

U odnosu na pravna sredstva predviđena je mogućnost upotrebe prigovora trećeg lica protiv rešenja o izvršenju koji to lice može podneti sve do okončanja

izvršnog postupka, ako učini verovatnim postojanje prava, odnosno pravnog interesa kojim se sprečava određeno izvršenje. Podnošenje prigovora trećeg lica ne sprečava izvršenje.

Pod uslovima predviđenim u nacrtu zakona omogućeno je trećim licima pokretanje parničnog postupka radi utvrđivanja da je izvršenje na određenom predmetu nedopušteno, kao i mogućnost pokretanja postupka bez upućivanja od strane suda. Pokretanje takvog postupka ne sprečava sprovođenje izvršenja.

Prema tome, ukoliko se ovakva rešenja zadrže u predlogu zakona, odnosno u samom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, utisak je da se ne uočava bitna razlika u odnosu na rešenja ovih pitanja u važećem zakonu.

ZAKLJUČAK

Iz kraćeg pregleda uređivanja režima pravnih lekova i pravnih sredstava u svim navedenim zakonima o izvršnom postupku, kao i zakonu koji se najavljuje u ovoj oblasti, mogao bi se izvesti zaključak da su ova pitanja imala znatan uticaj na prinudno sprovođenje pravnosnažnih sudskih odluka i odluka drugih državnih organa.

Kada se ima u vidu da se prinudno sprovode odluke koje su u svemu podobne za takvo izvršenje, onda bi se moglo postaviti pitanje da li i u kojoj meri treba dozvoliti upotrebu pravnih lekova i pravnih sredstava učesnicima u tom postupku. Ne radi se, po pravilu, o dokazivanju i utvrđivanju postojanja prava pojedinih subjekata, u smislu da su im ona ugrožena odnosno povređena, te da bi se o tome u ovom postupku morao da sprovodi nov postupak, sa sučeljavanjem izjava učesnika sa suprotnim interesima, i meritornom odlukom.

Kada se steknu uslovi da se postupak izvršenja pokrene pred nadležnim sudom, tada se ne može postavljati pitanje da li sud koji odlučuje i sprovodi izvršenje može i u kojoj meri da ocenjuje podobnost odluka za prinudno sprovođenje izvršenja.

Pravni položaj i status stranaka u ovom postupku nikako nije jednak. Kada Ustav i međunarodni standardi, kao i odgovarajući domaći propisi, traže da se svim učesnicima u postupku obezbedi pravo na jednaku, pravičnu i zakonitu zaštitu, to ne znači da u konkretnom slučaju poverilac, koji traži da se njegovo *utvrđeno potraživanje* namiri, i dužnik koji tu obavezu *mora da ispuni*, imaju, makar i približno, ravnopravan položaj. Treba prihvatiti da sud koji sprovodi izvršenje mora da bude, u izvesnom smislu »na strani poverioca«, jer mora da stoji iza odluke koja je od strane suda ili drugog državnog organa doneta nakon sprovedenog (po pravilu iscrpnog i dugotrajnog) postupka, i nakon što je po pravilu, odluku koju treba sprovesti ocenjivao veći broj ovlašćenih organa.

Otuda je shvatljiva norma važećeg Zakona o izvršnom postupku o načelu formalnog legaliteta, da sudovi koji odlučuju o izvršenju i isto sprovode, ne mogu da se upuštaju u ocenu da li i na koji način da te odluke prinudno sprovode. Dovoljno je da postoji tzv. formalna zakonitost te odluke, pa da se ista prinudno sprovede.

Zakonodavac, i pored razumljivog nastojanja da pravne lekove i pravna sredstva bitna za sprovođenje postupka izvršenja, uredi na način da ona budu u službi osnovnog cilja i osnovnih načela predmetnih procesnih zakona, nije ovlašćen da ista izostavi iz ovih postupaka, ali je ovlašćen da utvrđuje njihovu vrstu, sadržinu, pravni značaj, rokove podnošenja odnosno posledice nepodnošenja u tim rokovima i sl.

Određba Zakona o izvršnom postupku iz 2000. godine, da o pravu učesnika u postupku pred prvostepenim sudom odlučuje taj isti sud, po prigovoru kao jedinom redovnom pravnom leku, po našem mišljenju mogla je da se zadrži i u sada važećem zakonu, a posebno treba da nađe mesto i u zakonu čije se donošenje najavljuje. Objasnjeno je sa kojih razloga smatramo da se njome ne povređuje niti narušava ustavno načelo o pravu na podnošenje žalbe, odnosno drugog pravnog sredstva, jer je moguće, shvatljivo i dozvoljeno, posebno u ovakvoj vrsti postupaka, da se u okviru istog organa obrazuje i drugostepena instanca, koja u drugačijem (zbornom) sastavu odlučuje o pojedinačnim pravima učesnika. Nije zabranjeno da se u okviru istog organa ustroji prvostепенost i drugostепенost i odlučuje u oba stepena o istim pravima i obavezama. Takvo rešenje, iako nisu poznati navodno negativni rezultati koji su bili razlog da se isto iz daljeg zakonodavstva eliminiše, u svemu bi odgovaralo svrsi, ciljevima i osnovnim načelima izvršenja i obezbeđenja u građanskopravnoj oblasti.

Trebalo bi dakle, kada se radi o pravnim lekovima i pravnim sredstvima u ovoj oblasti, pronaći najcelishodnija rešenja, radi potpunog i pravilnog ostvarenja se svrhe izvršnog postupka i samog zakona. Ne može se bez praktičnih argumenata i dokaza tvrditi da se vrši povreda ustavnog prava učesnika u postupku, ukoliko o tim pravima konačno odlučuje organ koji je po zakonu ovlašćen i dužan da postupak izvršenja sprovede u potpunosti, i time ostvari svrhu zbog koje je takav postupak i pokrenut.

Propisivanjem neadekvatnih pravnih lekova i pravnih sredstava uz davanje mogućnosti njihovog prekomernog korišćenja od strane učesnika u postupku (pre svega izvršnog dužnika), zbog čega se praktično obesmišljavaju prava i obaveze utvrđene izvršnim ispravama u punom smislu te reči, u suštini se postupa protivno osnovnim načelima Ustava i zakona.

RAZLOZI ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

1. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije¹ donet je 2004. godine a pravila po kojima se postupa u parničnom postupku sadržana u zakonu stupila su na snagu početkom naredne kalendarske godine. Kako je 2006. godine donet novi Ustav Republike Srbije,² kao najviši pravni akt države, postojala je potreba za usklađivanjem ZPP sa odredbama Ustava. Donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srbije³ izvršeno je kako usklađivanje sa Ustavom tako i usklađivanje sa, u međuvremenu donetim, zakonima iz oblasti pravosuđa.⁴ Osim toga, doneti ZID ZPP predviđa i nova procesna rešenja, među kojima se neka odnose i na razloge za ponavljanje postupka.

2. Ponavljanje postupka, kao što je poznato, predstavlja vanredni pravni lek koji može biti izjavljen protiv odluka kojima je postupak okončan i koje su postale pravnosnažne. Ovim pravnim lekom se teži ukidanju nepravilne pravnosnažne odluke suda, ponovnom raspravljanju sporne stvari i donošenju nove meritorne odluke, a sa ciljem otklanjanja nepravilnosti odluke koja je uperena protiv svrhe parničnog postupka i koja predstavlja negaciju sudske zaštite prava.⁵

Dr Vladimir Boranjašević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini.

¹ Videti: »Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 125/2004. U daljem tekstu: ZPP.

² Videti: »Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 83/2006. U daljem tekstu: Ustav.

³ Videti: »Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 111/2009. U daljem tekstu: ZID ZPP.

⁴ U periodu od donošenja ZPP, pored Ustava, u Republici Srbiji su doneti i Zakon o uređenju sudova (»Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 116/2008), Zakon o sudijama (»Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 116/2008), kao i novi Sudski poslovnik koji je donet 2009. godine.

⁵ Tako: Kamhi, S. – Građanski sudski postupak, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1961, str. 449.

Stranka ima pravo da zahteva ponavljanje postupka koji je završen bilo kojom presudom parničnog suda.⁶ Stranka, takođe, ima pravo da traži i ponavljanje postupka koji je okončan donošenjem meritornog rešenja – platnog naloga ili rešenja u postupku u parnicama zbog smetanja državine.⁷

Kao pravni lek, ponavljanje postupka ima određene karakteristike. To je nesuspendivan, remonstrativan, ograničen, prekluzivan, dvostran i supsidijaran pravni lek. Ograničenost, kao obeležje ovog pravnog leka, ogleda se, kako u pogledu objekta pobijanja i rokova, tako i u domenu razloga za njegovo izjavljivanje.

Prema odredbama ZPP, predlog za ponavljanje postupka mora da ima određenu sadržinu, te se u njemu naročito moraju navesti: zakonski osnov po kome se traži ponavljanje (označenje razloga za ponavljanje postupka), okolnosti iz kojih proizlazi da je predlog podnesen u zakonskom roku i dokazi kojima se potkrepljuju navodi predlagača.⁸ Naravno, podrazumeva se da žalilac ima pravni interes za izjavljivanje ovog pravnog leka.

Ponavljjanje postupka predstavlja kompleksan pravni institut. Postupak po predlogu za ponavljanje postupka se odvija u dve faze. U prvoj se ispituje dopuštenost i osnovanost predloga, te ukoliko je on takav, sud donosi odluku o ukidanju ranije pravnosnažne odluke koja je procesna smetnja ponovnom odlučivanju. U drugoj fazi postupka, sud ponavlja postupak i donosi novu meritornu odluku o glavnoj stvari.

Razlozi za ponavljanje postupka koji moraju biti označeni u predlogu za ponavljanje postupka i koji su zakonom propisani, tema su ovog rada. U radu su analizirani razlozi za ponavljanje postupka u svetlu novih rešenja ZPP i ZID ZPP.

⁶ Kako parnični sud može u toku postupka doneti različite vrste presuda, u pogledu pojedinih presuda postoje i specifičnosti u pogledu pobijanja predlogom za ponavljanje postupka. Tako se jednostrane presude – presuda zbog propuštanja, presuda na osnovu priznanja i presuda na osnovu odricanja, mogu pobijati predlogom za ponavljanje postupka ali u granicama u kojima se te presude mogu pobijati i redovnim pravnim sredstvima. Specifično je pitanje da li se međupresuda, kao sudska odluka o elementu tužbenog zahteva, može pobijati predlogom za ponavljanje postupka. Smatra se da je i ovu presudu moguće pobijati predlogom za ponavljanje postupka jer je njome završen postupak u kome se odlučivalo o osnovanosti osnova tužbenog zahteva i zbog činjenice da i ova presuda ima ista pravna dejstva kao i druge zakonom predviđene presude (O tome videti: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 521; Poznić, B. – Međupresuda, Pravni život br. 11–12/1989, str. 1636; Triva, S. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 595. Videti i: Boranijašević, V. – Presude u parničnom postupku, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2009, str. 53).

⁷ Pored pomenutih rešenja, predmet pobijanja predlogom za ponavljanje postupka mogu biti i neka druga rešenja koja sud donosi u postupku. Pošto se radi o rešenjima kojima se postupak okončava, predlogom za ponavljanje postupka se mogu pobijati i rešenje o odbacivanju tužbe kao i rešenje o odbacivanju žalbe.

⁸ Videti: čl. 425. st. 2. ZPP.

3. ZPP taksativno u odredbi iz čl. 422. st. 1. t. 1 – 10. određuje razloge za ponavljanje postupka. Broj razloga za ponavljanje postupka predviđenih zakonom se vremenom menjao, tako da je ZPP doneo dva nova razloga, ujedno eliminišući jedan od ranije predviđenih razloga. Odredbama ZID ZPP uvodi se još jedan razlog za ponavljanje postupka koji se bazira na odluci Ustavnog suda Srbije donetoj u postupku po ustavnoj žalbi.

Razlozi za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka mogu biti određene procesne povrede kao i određeni materijalni nedostaci, dok materijalno-pravne povrede to ne mogu biti. Uobičajeno je da se u literaturi procesnog prava razlozi za ponavljanje postupka klasifikuju u određene grupe. Iako zakonodavac nije ni u ovom zakonskom tekstu, kao ni u ranijim, klasifikovao razloge za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, u literaturi je zastupljena podela svih razloga u određene grupe. Broj grupa razloga za izjavljivanje ovog pravnog leka je varirao, u zavisnosti od broja razloga koji su zakonom bili i jesu propisani. Tako se svi razlozi za ponavljanje postupka svrstavaju u četiri grupe. Prvu grupu razloga čine bitne povrede odredaba postupka, drugu protivpravne radnje učesnika u postupku – krivična dela, a treću nove činjenice i novi dokazi.⁹ Četvrtu grupu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka čine povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda koje su utvrđene odlukom Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi ili presudom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.¹⁰

⁹ Podela razloga za ponavljanje postupka u tri grupe je u literaturi procesnog prava u velikoj meri bila prihvaćena. Tako: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, IP Justinijan, Beograd, 2004, str. 477; Palačković, D. – Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004, str. 281–282; Poznić, B.–Rakić-Vodinelić, V. – Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 318 – 319; Čizmović, M.–Đuričin, B. – Građansko procesno pravo, Kulturno prosvetna zajednica, podgorica, 1997, str. 292; Čalića, B. – Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Sarajevo, 1986, str. 617–618; Triva, S. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 595–598; Kamhi, S. – Građanski sudski postupak, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1961, str. 451. Iako je grupisanje razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka na ovaj način bilo prihvaćeno, to ne znači da pojedini autoru nisu na drugačiji način izvršili grupisanje razloga. Tako je u literaturi dostupna i podela razloga na dve grupe, pri čemu prvu grupu čine neke povrede postupka koje su bitne po samom zakonu, a drugu čine nove činjenice i novi dokazi. Druga grupa obuhvata, prema shvatanju autora, tri vrste razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, i to: krivična dela koja su uticala na zakonitost pobijane odluke, postojanje odluke nekog drugog organa na kojoj je zasnovana odluka suda a koja je naknadno ukinuta, preinačena ili poništena, i nove činjenice i nove dokaze u opštem značenju pojma (Detaljno: Starović, B.–Keča, R. – Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Novi Sad, 1998, str. 449–451).

¹⁰ Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 521; Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Udruženje za Građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2007, str. 519.

4. Prvu grupu razloga iz kojih se može izjaviti predlog za ponavljanje postupka čine bitne povrede odredaba postupka. Procesne povrede se odnose na povrede pravila o procesnim pretpostavkama koje se tiču stranke, povrede pravila o obostranom saslušanju te povrede pravila ne bis in idem.

Ponavljanje postupka se može zahtevati ako je u postupku kao tužilac ili tuženi učestvovalo lice koje ne može biti stranka u postupku, ili ako stranku koja je pravno lice nije zastupalo ovlašćeno lice, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlašćenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ukoliko vođenje parnice, odnosno vršenje pojedinih radnji nije bilo naknadno odobreno.¹¹

U ovom slučaju se radi o procesnim povredama koje se tiču stranke – o nedostatku stranačke sposobnosti, nedostatku parnične sposobnosti, ili odsustvu ovlašćenja za zastupanje.

Ponavljanje postupka stranka može zahtevati i ukoliko kojoj stranci, nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja, nije bila data mogućnost da raspravlja pred sudom.¹² U ovom slučaju radi se o povredi načela o obostranom saslušanju stranaka. Ovo načelo, čiji se procesni izraz očitava u pripremnom postupku, u toku glavne rasprave i postupku u kome se vrši kontrola zakonitosti pobijane odluke, predstavlja načelo čija je suština u pravu stranaka da pred sud iznose procesnu građu i izjašnjavaju se o navodima i zahtevima druge stranke u postupku kao parničnog protivnika.

U slučaju da stranci, nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja nije bila data mogućnost da raspravlja pred sudom, dolazi do povrede načela koje treba da obezbedi ravnopravnost stranaka pred zakonom i omogućiti sudu da prikupi procesni materijal koji mu je potreban. Zato je ova procesna povreda i razlog za ponavljanje postupka.

Procesna povreda postoji i ukoliko stranka stekne mogućnost da upotrebi pravnosnažnu odluku suda koja je ranije između istih stranaka doneta o istom zahtevu. U ovom slučaju radi se o povredi pravila ne bis in idem. Ukoliko stranka postigne uspeh sa predlogom za ponavljanje postupka, sud postupa na određeni način i to tako što stavlja van snage novu odluku suda.¹³

Kada su u pitanju procesne povrede kao razlog za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, ZPP je eliminisao jednu od povreda koja je u ranijim za-

¹¹ Videti: čl. 422. st. 1. t. 2. ZPP.

¹² Videti: čl. 422. st. 1. t. 1. ZPP.

¹³ O tome i: Mandić, Lj. – Predlog za ponavljanje postupka, Pravni život, br. 13/2007, str. 633.

konskim tekstovima bila predviđena kao razlog za ponavljanje postupka. Zakon o parničnom postupku SFRJ iz 1976. godine¹⁴ je predviđao da se ponavljanje postupka moglo zahtevati »ukoliko je u donošenju odluke učestvovao sudija, odnosno sudija porotnik koji je po zakonu morao biti izuzet, odnosno koji je rešenjem suda bio izuzet«.¹⁵

Iako su određene procesne povrede taksativno navedene u zakonu, zakonodavac je propisao i uslove pod kojima one mogu biti razlog za izjavljivanje ovog vanrednog pravnog leka. Tako, kada se radi o povredama pravila o procesnim pretpostavkama koje se tiču stranaka, te povredama pravila o obostranom saslušanju, zakonodavac predviđa da se zbog njih ne može zahtevati ponavljanje postupka ukoliko su one bez uspeha bile iznesene u ranijem postupku.¹⁶ Kada se radi o povredi pravila o obostranom saslušanju, zakonodavac, takođe, predviđa da se ponavljanje postupka može dozvoliti samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla te okolnosti da iznese pre nego što je raniji postupak završen pravnosnažnom sudskom odlukom.¹⁷

5. Drugu grupu razloga za ponavljanje postupka predstavljaju protivpravne radnje učesnika u postupku, odnosno krivična dela. Iako su krivična dela grupisana u posebnu grupu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, smatra se da ona imaju karakter novih činjenica i novih dokaza, ali da razlozi didaktičke prirode iziskuju njihovo okupljanje u posebnu grupu razloga.¹⁸ U tom smislu, stranka ustvari iznosi nove činjenice koje joj nisu bile poznate i o kojima je stekla saznanja iz odluke krivičnog suda koja je postala pravnosnažna.

Prema odredbama ZPP, nije izričito predviđeno da krivično delo, kao razlog za ponavljanje postupka, mora da bude utvrđeno presudom krivičnog suda. To je, verovatno, i nagnalo pojedine autore da smatraju da krivično delo učesnika u postupku ne mora biti utvrđeno presudom krivičnog suda, dok, s druge strane, pojedini autori, ističu da postojanje presude krivičnog suda jeste pravilo ali ne i neophodan uslov, nalazeći uporište za svoje stavove u odredbama ZPP o rokovima za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka zasnovanog na razlogu koji

¹⁴ Videti: »Službeni list SFRJ«, br. 4/77. Zakon je više puta menjan i dopunjavan. U daljem tekstu: ZPP iz 1976.

¹⁵ Videti: čl. 421. ZPP iz 1976. g. U literaturi procesnog prava je bilo mišljenja da ovaj razlog za ponavljanje postupka nije bio korektno redigovan i da nije imao većeg značaja u praksi (Detaljno o shvatanjima pojedinih autora: Mandić, Lj.–Račić, R. – Pravni lekovi u vanparničnom postupku, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2002, str. 133).

¹⁶ Videti: čl. 423. st. 1. ZPP.

¹⁷ Videti: čl. 423. st. 2. ZPP. ZPP iz 1976. je ovaj uslov predviđao i u pogledu povrede pravila ne bis in idem (čl. 422. st. 2).

¹⁸ Tako: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2007, str. 519.

se odnosi na krivična dela učesnika u postupku.¹⁹ U procesnoj literaturi je, u najvećoj meri, zastupljeno shvatanje da se krivično delo dokazuje odlukom krivičnog suda koja je postala pravnosnažna.²⁰

Ponavljanje postupka se zbog protivpravnih radnji učesnika u postupku može tražiti: ukoliko se odluka suda zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka; ukoliko se odluka suda zasniva na ispravi koja je falsifikovana ili u kojoj je overen neistinit sadržaj i ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudije, odnosno sudije porotnika, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili nekog trećeg lica. Ovi razlozi su taksativno propisani odredbama iz čl. 422. st. 1. t. 3–5. ZPP. Naravno, podrazumeva se da su protivpravne radnje učesnika u postupku razlog za ponavljanje postupka samo ukoliko postoji međusobna uzročna veza između tih radnji i donesene presude.

6. Treću grupu razloga iz kojih se može izjaviti predlog za ponavljanje postupka predstavljaju nove činjenice i novi dokazi.

Nove činjenice i novi dokazi su razlog za ponavljanje postupka ukoliko se odluka suda zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci nekog drugog organa i ta odluka bude pravnosnažno ukinuta, preinačena ili poništena.²¹ Parnični sud je prilikom odlučivanja bio vezan odlukom drugog suda ili drugog organa. Kako dolazi do njenog ukidanja, preinačenja ili poništenja, dolazi do stvaranja uslova za donošenje drukčije odluke u odnosu na prvodonetu. Zato ova okolnost, koja, smatra se,²² predstavlja objektivno novu činjenicu, i jeste razlog za ponavljanje postupka. Međutim, ova okolnost će biti razlog za ponavljanje postupka samo ukoliko stranka nije mogla da činjenicu promene statusa donete odluke drugog organa, bez svoje krivice, iznese pre nego što je prethodni postupak okončan sudskom odlukom koja je postala pravnosnažna. Tako je proklamovano odredbom iz čl. 423. st. 2. ZPP.

Nove činjenice i novi dokazi su razlog za ponavljanje postupka i onda kad stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih je za stranku mogla biti doneta povoljnija odluka, da su

¹⁹ Opšimije: Palačković, D. – Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004, str. 282.

²⁰ Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 522; Poznić, B.–Rakić-Vodinelić, V. – Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 318; Starović, B. – Keča, R. – Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Novi Sad, 1998, str. 451; Čalija, B. – Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Sarajevo, 1986, str. 619; Triva, S. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 597.

²¹ Videti: čl. 422. st. 1. t. 7. ZPP.

²² Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 522.

te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u ranijem postupku.²³ Čini se da u ovom slučaju moraju da budu ispunjena dva uslova. Prvi je da stranka nije znala za nove činjenice i nove dokaze, odnosno da je stranka za činjenice naknadno saznala ili stekla mogućnost da ih upotrebi. Drugi uslov u pogledu ovih činjenica je da je neophodno da su one postojale do zaključenja glavne rasprave u prvostepenom postupku, jer njihovo nastajanje nakon pravnosnažnosti odluke ukazuje na činjenicu da nisu mogle ni biti iznesene u prethodnom postupku do zaključenja glavne rasprave.²⁴ Ukoliko su nove činjenice nastale nakon nastupanja pravnosnažnosti donete odluke, moguće je pokretanje nove parnice pa je ponavljanje postupka nepotrebno.²⁵

Treća grupa razloga za ponavljanje postupka – nove činjenice i novi dokazi, je odredbama ZPP obogaćena još jednim razlogom u odnosu na ranije važeća zakonska rešenja. Tako će razlog za ponavljanje postupka postojati ukoliko je naknadno pred nadležnim organom pravnosnažno rešeno prethodno pitanje na kome je zasnovana sudska odluka kojom je postupak okončan.²⁶ Postoji mogućnost da je prethodno pitanje rešeno pred nadležnim organom koji je odlučivao i doneo odluku meritornog karaktera o tom pitanju. Tada, kada je prethodno pitanje rešeno na sasvim drugačiji način od strane nadležnog organa, a parnični sud je o njemu sam odlučivao, potrebno je ponovo odlučivati.²⁷ U ovom slučaju, odluka nadležnog organa koji je odlučivao o prethodnom pitanju kao glavnom pitanju i koja je postala pravnosnažna, predstavlja novi dokaz jer je uslovljavajući odnos rešen na nov i drugačiji način. Ponavljanje postupka zbog ovog razloga, kao i ostalih razloga iz ove grupe, se može dozvoliti samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla te okolnosti da iznese pre nego što je raniji postupak završen sudskom odlukom koja je postala pravnosnažna.²⁸

7. Četvrtu grupu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, prema ZPP, čine povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda koje su utvrđene presudom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu²⁹ ili odlukom Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi. Ova grupa razloga za ponavljanje postupka

²³ Videti: čl. 422. st. 1. t. 9. ZPP.

²⁴ Tako: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2007, str. 520; Poznić, B.–Rakić-Vodinić, V. – Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 319.

²⁵ U tom smislu: Starović, B.–Keča, R.–Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Novi Sad, 1998, str. 451.

²⁶ Videti: čl. 422. st. 1. t. 8. ZPP.

²⁷ Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Udruženje za Građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2007, str. 520.

²⁸ Videti: čl. 423. st. 2. ZPP.

²⁹ U daljem tekstu: ESLJP.

nije bila zastupljena u ranije važećim procesnim režimima i rezultat je reforme parnične procedure u našoj zemlji.

Stranka može zahtevati ponavljanje postupka ako je po pravnosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije.³⁰ Pogrešna primena materijalnog ili procesnog prava koja je rezultirala povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda, u ovoj situaciji je bila povod za pružanje pravne zaštite pred ESLJP. Presudom ovog suda se postojanje povrede i utvrđuje, ukoliko ona postoji, pa će takva odluka suda i biti razlog za ponavljanje postupka.

ESLJP je sud koji je ustanovljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³¹ Ovaj sud funkcioniše u cilju zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda koje svoj osnov nalaze u Konvenciji. Sud postupajući po individualnoj predstavi, u propisanom sastavu i kad su ispunjene procesne pretpostavke za dopuštenost suđenja, donosi sudsku odluku koja može biti razlog za ponavljanje postupka pred domaćim sudom. Aplikant se može obratiti sudu ukoliko smatra da je odlukom nacionalnog suda došlo do povrede ljudskih prava i sloboda i ukoliko je iskoristio sva pravna sredstva koja su mu bila na raspolaganju. Tada, ESLJP postupajući u propisanom postupku donosi sudsku odluku koja ima obaveznú snagu i koju je država potpisnica Konvencije dužna da izvrši.³²

Ovaj razlog za ponavljanje postupka je uveden u našu parničnu sudsku proceduru iz više razloga. Jedan od osnovnih razloga je dužnost države članice Saveta Evrope da omogući izmenu odluke domaćeg suda. Ova mogućnost je uslovljena odlukom nadnacionalnog suda kojom se utvrđuje da je došlo do povrede osnovnih ljudskih prava koja su garantovana Konvencijom. S druge strane, ovo zakonsko rešenje je u vezi sa preporukom Saveta Evrope kojom se ukazuje državama članicama da je poželjno da obezbede mogućnost ponavljanja postupka pred domaćim sudom, ukoliko je, u određenoj pravnoj stvari, ESLJP utvrdio da je došlo do povrede ljudskog prava koje svoj osnov nalazi u Konvenciji.³³ Po-

³⁰ Videti: čl. 422. st.1. t. 10. ZPP.

³¹ Ova konvencija je doneta 1950. godine a naša zemlja je istu ratifikovala 2003. godine. U daljem tekstu: Konvencija.

³² Odluka nacionalnog suda kojom je, prema mišljenju aplikanta, povređeno određeno ljudsko pravo ne predstavlja objekat pobijanja a ESLJP u odnosu na nju nema određena ovlašćenja – ni kasatorna ni reformatorna (Stanković, G.–Petrušić, N. – Novine u građanskom procesnom pravu, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005, str. 7).

³³ Radi se o preporuci br. R (2000) 2 Komiteta ministara Saveta Evrope, upućenoj državama članicama za preispitivanje ili ponovno otvaranje određenih predmeta pred domaćim sudovima nakon izricanja presude ESLJP. Ova preporuka je dostupna na zvaničnom sajtu Saveta Evrope, www.coe.int.

red toga, ponavljanje postupka treba omogućiti i ako stranka sama snosi posledice izrečene pred domaćim sudom a ne postoji mogućnost da se restitucija postigne na drugi način osim putem ponavljanja postupka.

Logičan zaključak koji sledi je da je stranci potrebna konačna presuda ESLJP koja je postala pravnosnažna, kao razlog za ponavljanje postupka. Potrebno je da je ESLJP doneo odluku kojom je utvrđeno da je došlo do povrede određenog ljudskog prava zagaranovanog Konvencijom. S druge strane, odredbom ZPP je predviđeno da je razlog za ponavljanje postupka odluka ESLJP o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije. To znači da će sud imati ulogu da ocenjuje da li se ta odluka odnosi na konkretan slučaj i da li se ona može prihvatiti kao razlog za ponavljanje postupka. U slučaju da odluka postoji i da se može prihvatiti kao osnov i razlog za ponavljanje postupka, sud će u propisanom postupku dozvoliti ponavljanje postupka.

Uvođenjem ovog razloga za ponavljanje postupka dolazi do prodora precedentnog prava u naš pravni sistem. Iako sudska praksa ne predstavlja izvor parničnog procesnog prava,³⁴ u ovom slučaju, presuda ESLJP postaje izvor prava i razlog za ponavljanje postupka pred domaćim sudom.

Uvođenje novog razloga za ponavljanje postupka koji se zasniva na presudi ESLJP, može se sagledati sa više aspekata. U literaturi se smatra³⁵ da se uvođenjem ovog razloga za ponavljanje postupka predupređuju budući postupci pred ESLJP, ukoliko je taj sud već doneo odluku o istom ili sličnom pravnom pitanju. Stranka će moći pred domaćim sudom da zahteva ponavljanje postupka ukoliko je nadnacionalni sud doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu. Tako se stranka neće obraćati tom sudu već će pravnu zaštitu ponovo zatražiti pred domaćim sudskim organima. To će, svakako, doprineti manjem broju obraćanja pojedinaca ESLJP.³⁶ Država se u ovom slučaju štiti i od odgovornosti za

³⁴ U evropskokontinentalnim pravnim sistemima sudska praksa nije izvor prava. Iako se smatra da značaj presude neprestano raste, ona u ovim pravnim sistemima ne može da zameni zakon kao osnovni i primarni izvor prava. Takođe, smatra se da ni zakon ne može sudskoj presudi da poredne osobine sekundarnog pravnog izvora. Ukoliko se izvorima prava označe samo pravni akti koji su formalno obavezni za sudove i koji su ustavom predviđeni, sudska presuda ne predstavlja izvor prava. Međutim, ukoliko se izvorima prava smatraju akti efektivnog stvaranja pravnih normi, neophodno je presudu smatrati izvorom prava (Videti: Košutić, B. – Sudska presuda kao izvor prava, Savremena administracija, Beograd, 1973, str. 149, str. 154). O presudi kao aktu primene i stvaranja prava, videti i: Boranijašević, V. – Vrste presuda u parničnom postupku, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Niš, 2008, str. 12–18.

³⁵ Stanković, G.–Petrušić, N. – Novine u građanskom procesnom pravu, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005, str. 65.

³⁶ Ima mišljenja da veliki broj predstavlki koji stiže u ESLJP na neki način dovodi u pitanje poverenje u sistem zaštite ljudskih prava i da postoje dva osnovna razloga za to – povećanje broja

rad njenih organa, pored činjenice da se na još bolji način štite ljudska prava koja svoj osnov nalaze u Konvenciji.

8. ZID ZPP proširuje listu razloga za ponavljanje postupka. U odredbe iz čl. 422. st. 1. ZPP, pored postojećih deset tačaka u kojima su sadržani razlozi za ponavljanje postupka, uvodi se i tačka 11, u kojoj se propisuje da se ponavljanje postupka može tražiti »ako je u postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku«.

Na ovom mestu je, čini se, potrebno ukazati na određene segmente nadležnosti Ustavnog suda Srbije te mogućnosti izjavljivanja ustavne žalbe.

Ustavni sud Srbije predstavlja instituciju koja »štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode«. ³⁷ Novim Ustavom, Ustavni sud Srbije dobija još jednu nadležnost – odlučivanje o ustavnim žalbama. ³⁸

Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ukoliko su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom. ³⁹ Iz ove odredbe Ustava proizlazi da je potrebno ispunjenje određenih uslova da bi se podnela ustavna žalba. To su sledeći uslovi: da je došlo do povrede ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčenog Ustavom; da je povreda izvršena pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno vršenje javnih ovlašćenja, i da su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu povređenih prava. U literaturi se ističe da ustavna žalba predstavlja dopunsko pravno sredstvo koje obezbeđuje nemogućnost stranaka da se neposredno obraćaju Ustavnom sudu i na taj način izbegnu redovan put pravne zaštite pred sudovima i, s druge

članica Saveta Evrope i strukturna neprilagođenost sistema koji je nastao pre pola veka novim zahtevima evropskog društva. Smatra se da je neophodna reforma ESLJP koja se može sprovesti na dva načina. Jedan se odnosi na strukturnu internu reformu, koja bi se sprovela tako da ne bi došlo do izmene same Konvencije, dok bi drugi način bio suštinski drugačiji te bi zahtevao amandmane na Konvenciju i njene izmene. Rad na reformi sistema pružanja pravne zaštite pred sudom je započet, i odnosi se na tri oblasti: onemogućavanje povreda na nacionalnom nivou i poboljšanje pravnih lekova, povećanje efikasnosti postupka pred sudom i ubrzanje izvršenja presuda suda (Detaljno: Banovčanin-Heuberger, I. – Reforma Evropskog suda za ljudska prava, Evropsko zakonodavstvo, br. 9–10/2004, str. 74–75).

³⁷ Čl. 166. st. 1. Ustava.

³⁸ Istorijski, o žalbenoj nadležnosti Ustavnog suda, detaljno: Nenadić, B. – Ustavni sud Srbije kao žalbeni sud, *Pravna riječ*, br. 10/2007, str. 176–180; Nenadić, B. – Ustavna žalba pred Ustavnim sudom Srbije, *Izbor sudske prakse*, br. 12/2007, str. 9.

³⁹ Videti: čl. 170. Ustava RS.

strane, omogućuje da nijedno Ustavom zajemčeno ljudsko i manjinsko pravo ne ostane pravno nezaštićeno.⁴⁰

Analizom uslova dolazi se do zaključka da se stranka može obratiti Ustavnom sudu uvek kada smatra da joj je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo. Podrazumeva se da se radi o ljudskim i manjinskim pravima koja su predviđena Ustavom i čiju zaštitu Ustav omogućuje i garantuje. Kada se govori o pojedinačnom aktu ili radnji državnog organa ili organizacije kojoj je povereno vršenje javnih ovlašćenja, nesumnjivo je da odluka suda predstavlja akt državnog organa, specijalizovanog za pružanje pravne zaštite.

Kad je u pitanju uslov koji se odnosi na iscrpljenost pravnih sredstava ili pak, njihovo nepostojanje, postavlja se pitanje da li su stranke, potencijalni podnosioci ustavne žalbe, sposobne da ocene da li su pravna sredstva iscrpljena i na koji će način Ustavni sud o tome odlučiti. Takođe, pitanje je da li će stranka moći da se obrati Ustavnom sudu ustavnom žalbom i pokuša da izdejstvuje odluku koja će biti povod za ponavljanje parničnog postupka, ukoliko nije iscrpela sva pravna sredstva. Tačnije, ukoliko se nije pokazalo da su postojeća pravna sredstva nedovoljna u postupku pružanja pravne zaštite. Striktno poštujući odredbe Ustava, iscrpljenost pravnih sredstava pred redovnim sudovima jedan je od osnovnih uslova za izjavljivanje ustavne žalbe. Stranka se može obratiti sudu putem žalbe ali će je sud odbaciti zbog neispunjenja procesnih pretpostavki.

Pošto je notorna činjenica da odredbama Ustava, a ni odredbama Zakona o Ustavnom sudu⁴¹ nije propisano kada se smatra da su iscrpljena pravna sredstva za zaštitu ljudskih ili manjinskih prava i sloboda, Ustavni sud je zauzeo stav o ovom pitanju. Ističe se da je Ustavni sud izvršio detaljnu analizu pravnih sredstava koja su predviđena odredbama pojedinih procesnih zakona, pa je na osnovu njihove dostupnosti i delotvornosti zauzeo stav o tome kada su iscrpljena pravna sredstva za zaštitu ljudskih i manjinskih prava i sloboda.⁴²

Kad je u pitanju parnični postupak, smatra se da je poslednje delotvorno pravno sredstvo iscrpljeno donošenjem odluke po reviziji. S druge strane, kada revizija nije zakonom predviđena, donošenjem odluke po žalbi na presudu ili žal-

⁴⁰ Nenadić, B. – Ustavna žalba pred Ustavnim sudom Srbije, Izbor sudske prakse, br. 12/2007, str. 13.

⁴¹ Videti: »Službeni glasnik Republike Srbije« br. 109/2007. U daljem tekstu: ZUS.

⁴² Nenadić, B. – Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, rad je dostupan na sajtu www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=383%3Austavna-alba-kaopravno-sredstvo-za-zastitu-ljudskih-prava-i-osnovnih-sloboda-u-republici-srbijilink&catid=83%3Aitemid=1.

bi na rešenje, smatra se da je iscrpljeno poslednje delotvorno pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.⁴³

Proizlazi zaključak da se stranka može obratiti Ustavnom sudu, putem ustavne žalbe, tražeći da se utvrdi povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, tek pošto je iscrpljeno i poslednje pravno sredstvo – kada je doneta odluka u postupku po reviziji. Odluka Ustavnog suda doneta po ustavnoj žalbi, ukoliko je ona i usvojena, predstavlja razlog za ponavljanje postupka.

Zakonodavac propisuje da se ponavljanje postupka može tražiti »ako je u postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku«. Evidentno je da je zakonodavac samo preuzeo formulaciju o ustavnoj žalbi sadržanu u Ustavu, ne vodeći računa o činjenici da se u parničnom postupku mogu povrediti ili uskratiti ljudska prava i osnovne slobode ali da to nije moguće kada su u pitanju manjinska prava. Pored osnovnih ljudskih prava i sloboda koja su zajemčena svim građanima, pripadnicima nacionalnih manjina jemče se i posebna individualna i kolektivna prava. Ustavom je propisana zabrana diskriminacije nacionalnih manjina, ravnopravnost u vođenju javnih poslova, zabrana nasilne asimilacije, pravo na očuvanje posebnosti, kao i pravo na udruživanje i saradnju sa sunarodnicima. Ova manjinska prava se u parničnom postupku ne mogu povrediti niti uskratiti. Jedini izuzetak od pravila je da se u parničnom postupku može povrediti pravo na upotrebu jezika manjine. Kako je pravo na upotrebu jezika i samo proklamovano nizom odredaba Ustava,⁴⁴ kao osnovno ljudsko pravo, čini se da je u prilikom redakcije ovog razloga za ponavljanje postupka, trebalo izostaviti povrede manjinskih prava u parničnom postupku.

Pored činjenice da je pravo na upotrebu jezika propisano i zajemčeno Ustavom, u prilog iznetom zaključku ide i konstatacija da je pravo na upotrebu jezika na adekvatan način zaštićeno u parničnom postupku. Naime, poznato je da se žalba protiv presude može izjaviti zbog određenih razloga koji su propisani zakonom. Jedan od razloga su povrede odredaba parničnog postupka, koje mogu biti apsolutno bitne i relativno bitne. Apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka su one povrede koje po samom zakonu imaju karakter bitnih povreda i

⁴³ Videti: Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, usvojeni na sednicama Ustavnog suda od 30. oktobra 2008. g. i 2. aprila 2009. godine. Stavovi su dostupni na zvaničnom sajtu Ustavnog suda Srbije, www.ustavnisud.rs.

⁴⁴ Odredbama iz čl. 10. Ustava je propisano da su u Republici Srbiji u službenoj upotrebi srpski jezik i ćirilčno pismo, a da se službena upotreba drugih jezika i pisama uređuje zakonom, na osnovu Ustava. Takođe, u okviru prava na pravično suđenje, kao jednog od ljudskih prava zajemčenih Ustavom, propisano je da je svakom zajemčeno pravo na besplatnog prevodioca ukoliko ne govori ili ne razume službeni jezik u sudu (čl. 32. st. 2. Ustava).

o kojima sud vodi računa po službenoj dužnosti. Jedna od tih povreda je u vezi sa pravom na jezik. Tako, bitna povreda odredaba parničnog postupka uvek postoji ako je sud protivno zakonskim odredbama odbio zahtev stranke da u postupku slobodno upotrebljava svoj jezik i pismo.⁴⁵ U tom smislu, ako je i došlo do povrede pravila o pravu na jezik, takva povreda se može sanirati u postupku kontrole zakonitosti prvostepene odluke. Interesantna je i činjenica da su članovi radne grupe za reformu pravila po kojima se postupa u parničnoj proceduri, kad je u pitanju ovaj razlog za ponavljanje postupka, predložili da se ponavljanje postupka može tražiti ukoliko je odlukom Ustavnog suda utvrđena povreda ljudskog prava zajemčenog Ustavom, ne pominjući manjinska prava kao predmet povrede u parničnom postupku. Nisu poznati razlozi zbog kojih ovakvo rešenje nije prihvaćeno u nadležnom ministarstvu.⁴⁶

Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi, ukoliko je usvoji, može da poništi pojedinačni pravni akt kojim je povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, može da zabrani dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje, ili odrediti da se u određenom roku uklone štetne posledice nastale usled primene pojedinačnog akta ili radnje.⁴⁷ Mogućnost da Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi može da poništi odluku redovnog suda, ukoliko žalbu usvoji, dovela je do polemike u naučnoj i stručnoj javnosti. Prema jednom od preovlađujućih mišljenja, smatra se da odluka Ustavnog suda kojom se usvaja ustavna žalba i kojom se nesumnjivo utvrđuje povreda prava zajemčenog Ustavom, može biti razlog za ponavljanje postupka, dok sudsku odluku može preispitivati i ukinuti samo nadležni sud.⁴⁸

Ako rezimiramo, stranka se može putem ustavne žalbe obratiti Ustavnom sudu, tvrdeći da su joj povređena ili uskraćena ljudska prava zajemčena Ustavom, pod uslovom da su iscrpljena pravna sredstva pred redovnim sudovima koji pružaju pravnu zaštitu. U domenu parničnog postupka, ukoliko je doneta odluka u postupku po reviziji, pravna sredstva su iscrpljena. Sud može usvojiti žalbu i doneti odluku kojom utvrđuje povredu zajemčenog ustavnog prava. Takva odluka Ustavnog suda može biti razlog za ponavljanje postupka.

Odredbama ZUS predviđena su određena zakonska rešenja koja Ustav ne sadrži. Odredbama ZUS je propisano da se ustavna žalba može izjaviti i ako nisu

⁴⁵ Videti: čl. 361. st. 2. t. 8. ZPP.

⁴⁶ Materijal u vidu radnih verzija ZPP i ZID ZPP dostupan je na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>.

⁴⁷ Videti: čl. 89. st. 2. ZUS.

⁴⁸ O iznetim shvatanjima povodom zakonom propisane mogućnosti Ustavnog suda da poništi pojedinačni akt, detaljno: Nenadić, B. – Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, rad je dostupan na sajtu www.bgcentar.org.rs.

iscrpljena sva pravna sredstva, u slučaju kad je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Ovom odredbom ZUS ustvari, propisuje izuzetak koji Ustav nije predvideo.⁴⁹

Na prvi pogled, moglo bi se zaključiti da razlog za ponavljanje parničnog postupka može biti i odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku, a koja sudu može biti izjavljena iako nisu iscrpljena sva pravna sredstva. No, takav zaključak nije ispravan i ponavljanje postupka se ne može zahtevati na osnovu odluke Ustavnog suda donete u postupku po žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.⁵⁰ Osnovni razlog za ovakvo shvatanje nalazi se u činjenici da takvu povredu nije moguće reparirati i sanirati ponavljanjem parničnog postupka. U napred pomenutom materijalu koji je svojevremeno pripremila radna grupa za reformu ZPP, odluka Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku nije bila predviđena kao razlog za ponavljanje postupka. Tačnije, bilo je predloženo da se ponavljanje postupka može tražiti zbog odluke Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ljudskog prava zajemčenog Ustavom, osim zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Evidentno je da i ovaj predlog nije postao deo važećih odredba ZID ZPP.

Ukoliko je u postupku po ustavnoj žalbi utvrđeno postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud ima mogućnost da, u okviru svojih ovlašćenja, odluči na različit način, u zavisnosti od toga da li je pre podnošenja ustavne žalbe parnični postupak bio završen ili nije.

Kada sud usvoji ustavnu žalbu, njegova odluka se očituje u dva smera. Ukoliko je žalba bila izjavljena zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, a radilo se o parničnom postupku koji nije završen, sud odlukom nalaže parničnom sudu da se postupak okonča i omogućava stranci naknadu štete.⁵¹

Ukoliko je parnični postupak bio završen pre podnošenja žalbe, Ustavni sud može utvrditi da je postupak predugo trajao i da je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, te dosuditi pravo na naknadu štete i odluku objaviti u

⁴⁹ O pravnom osnovu za korišćenje ustavne žalbe i: Slavnić, Lj. – Neki aspekti ustavne žalbe i uloga Ustavnog suda, *Pravni život*, br. 14/2009, str. 914–915. Praksa Ustavnog suda je pokazala da se u velikom broju slučajeva žalilac obraća putem ustavne žalbe Ustavnom sudu upravo po osnovu povrede prava na suđenje u razumnom roku u parničnom postupku. Motivi žalilaca su bili različiti – predugo trajanje postupka i činjenica da postupak nije okončan, ili pak, činjenica da je postupak predugo trajao te da se radi o povredi zagarantovanog prava na suđenje u razumnom roku.

⁵⁰ Stanković, G. – *Gradansko procesno pravo*, sveska prva, *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 523.

⁵¹ Videti: Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu UŽ – 31/2008; Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu UŽ – 147/2009, www.ustavnisud.rs.

Službenom glasniku Republike Srbije.⁵² Može se zaključiti da naknada štete u ovim slučajevima u stvari predstavlja izvesnu satisfakciju podnosiocu ustavne žalbe zbog povređenog prava na suđenje u razumnom roku.

9. Evidentno je da je zakonodavac proširio listu razloga za ponavljanje postupka i da je na taj način želeo da postigne određene ciljeve. Pored težnje da unapredi sistem pružanja pravne zaštite i poboljša ostvarivanje principa vladavine prava, zakonodavac je nastojao da se kroz uvođenje novih razloga za ponavljanje postupka strankama omogući efikasna zaštita ljudskih prava u državi. Takođe, zakonodavac je novim rešenjima u pogledu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka nastojao da umanja broj obraćanja Evropskom sudu za ljudska prava i zaštiti državu od odgovornosti za rad njenih organa. Najzad, motivi zakonodavca za propisivanje određenih rešenja mogu se naći i u implementaciji preporuka Saveta Evrope i početnim koracima na planu harmonizacije našeg prava sa principima i standardima evropskog prava. Da li će u praksi i biti ostvareni ciljevi zakonodavca, ostaje da se vidi tokom buduće primene procesnih pravila u praksi sudova.

VLADIMIR BORANIJAŠEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, Priština,
Kosovska Mitrovica

REASONS FOR A NEW TRIAL

Summary

A new trial represents an extraordinary legal remedy that can be lodged against the decisions that have ended the procedure and which have become enforceable. This legal remedy aims at canceling the irregular final decisions of the court, at a repeated trial of the disputed matter and at achieving a new appropriate decision.

⁵² Videti: Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu Už – 193/2008, objavljena je u »Službenom glasniku Republike Srbije«, br. 17/2009.

A party can lodge a request for the procedure repetition only because of explicitly specified legal reasons. Although the legislator does not make distinction between reasons for a new trial, in the theory of the law of procedure those reasons are divided into certain groups. The first group is made by essential violations of regulations of the legal proceedings. The second group of reasons consists of illegal acts of the participants in the procedure (criminal acts), while the third group includes the new facts and new evidence. The fourth group is represented by violation of human rights and basic freedoms, as determined by the decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia in the procedure of constitutional complaint and by the decision of the European Court for Human Rights in Strasbourg.

The author analyses all these reasons for a new trial, while his special attention is devoted to violation of human rights and basic freedoms determined by the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Serbia and European Court for Human Rights, which represent a specific and new reason for a new trial. The author also points out to matters in the legal procedure for introducing new reasons for a new trial, paying adequate attention to the results achieved on the normative plan as well as to the aims of the new legislative solutions. Also considered are certain defects of the current law concerning reasons for a new trial.

POSTUPAK ZA ZAŠTITU OD KLEVETE
– Osvrt na pojedina rješenja iz Zakona o zaštiti od klevete
Republike Srpske –

1. Pravo na slobodu izražavanja je elementarno ljudsko pravo čiji su okviri široko određeni u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. U čl.10 st. 1. Evropske konvencije regulisana je sloboda izražavanja¹. Bosna i Hercegovina i njeni entiteti, kao i Distrikt Brčko BiH iskoristili su svoja zakonodavna ovlašćenja i donijeli zakone kojim štite slobodu izražavanja. Jedan od brojnih zakona, kojim se štiti sloboda izražavanja, je Zakon o zaštiti od klevete².

U ovom radu autor je fokusirao svoju pažnju samo na Zakon o zaštiti od klevete. Obraden je samo jedan aspekt zaštite – a to je postupak za zaštitu od klevete³ i to samo ona pravila čija primjena u sudskoj praksi, zbog nedorečenosti zakonskog teksta izaziva određene probleme. Bez obzira što je Zakon o kleveti

Dr Ranka Račić, profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Pravni fakultet Banja Luka.

¹ »Svako ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprječava države da zahtjevaju dozvole za rad od radio, televizijskih i filmskih kompanija«.

² Zakon o zaštiti od klevete u Republici Srpskoj je stupio na snagu 2001. godine, vidjeti Službeni glasnik, br. 37/01, a Zakon o zaštiti od klevete u FBiH je stupio na snagu 2002, vidjeti Službene novine, br. 59/02.

³ U radu su analizirane odredbe koje su sadržane u Zakonu o zaštiti od klevete u RS. Komparirajući ovaj Zakon sa Zakonom o zaštiti od klevete u FBiH i Brčko Distriktu BiH može se zaključiti da ne postoje značajnije razlike.

harmonizovan sa Evropskom konvencijom i principima koji proizlaze iz prakse Evropskog suda pojedine odredbe nisu jasne i daju povoda za različito postupanje sudova.

2. Dekriminalizacija klevete, koja je izvršena Zakonom o zaštiti od klevete u Republici Srpskoj, posljedica je prava na slobodu izražavanja, koje je garantovano Ustavom RS i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴. Izmještanjem zaštite iz krivičnog postupka, u slučaju klevete, na teren parnične procedure nisu riješeni svi problemi koji su dugi niz godina opterećivali sudsku praksu i pravnu nauku.

Od stupanja na snagu Zakona o zaštiti od klevete u Republici Srpskoj i Federaciji BiH nadležni sudovi su odlučivali o većem broju tužbenih zahtjeva čiji je predmet zahtjev za naknadu štete zbog klevete. Iz dostupne sudske prakse, koja je bila predmet analize, može se zaključiti da su se sudije prilikom donošenja sudskih odluka u postupku za zaštitu od klevete susretali sa određenim dilemama i nedoumicama. Razloga za to ima više. Prije svega, izmještanjem zaštite iz domena krivičnog na teren parničnog postupka imalo je za posljedicu početno nesnalaženje sudija. Sudije su nerado donosile presude i odugovlačile su postupak sve do stupanja na snagu entitetskih zakona o parničnom postupku, tako da do 2004. godine skoro da i nema sudskih odluka u kojima je odlučivano o naknadi štete zbog nanesene klevete. Pored toga, Zakon je opterećen nejasnim i nepreciznim tehničkim terminima. Osim toga, zakon o zaštiti od klevete tretira samo jednu usku oblast zaštićenih objekata a to je zaštita ugleda ili prava fizičkih i pravnih lica.⁵ Praksa Evropskog suda u Strazburu oskudna je upravo za ovu oblast, dok je daleko obimnija kada su u pitanju npr. interesi nacionalne bezbjednosti, sigurnosti i spriječavanja nereda ili zločina.

Sudovi u entitetima su često griješili prilikom odlučivanja da li se radi o dopuštenom izražavanju ili država treba obezbjediti zaštitu zbog prekoračenja prava na slobodu izražavanja. Ustavni sud BiH je povodom ovakvog postupanja više puta reagovao. U određenom broju odluka sudovi su sankcionisali dopuštena izražavanja. Tako u jednoj odluci Ustavni sud BiH je zaključio da su osporenim presudama redovni sudovi sankcionisali izražavanja koja su u formi satire, a što

⁴ Praksa Evropskog suda za ljudska prava o opravdanosti shvatanja klevete u svijetlu građanskopravne a ne krivične odgovornosti opisana je u presudi Evropskog suda u slučaju Castell protiv Španije. Evropski sud je utvrdio da nema potrebe da javna vlast poseže za krivičnom sankcijom ukoliko su joj na raspolaganju druga sredstva kao odgovor na neopravdane kritike koje su joj uputili oponenti. Suština ove odluke je u stavu Evropskog suda da su ograničenja na kritiku manja kada je meta kritika vlada nego kada je to pojedinac.

⁵ M. Srdić, Kratka analiza sudske prakse u primjeni Zakona o zaštiti od klevete, www.rs.cest.gov.ba/.

je protivno i Deklaraciji o slobodi političke debate u medijima⁶. Ustavni sud je u citiranoj apelaciji zaključio da »komični i satirični žanr, zaštićen čl. 10 Evropske konvencije dozvoljava veći stepen pretjerivanja i čak provociranja, sve dok činjenice nisu pogrešno predstavljene javnosti«⁷.

Sloboda izražavanja ne može biti neograničena i pravo je države da djeluje u cilju zaštite drugih u skladu sa čl. 10. st. 2. Evropske konvencije.

4. Zakonom je definisana kleveta kao nezakonita povreda ugleda jednog lica izazvana iznošenjem ili prenošenjem nečeg neistinitog. Jedno lice može da bude oklevetano iznošenjem ili prenošenjem bilo kakve neistinite izjave bez obzira na formu u kojoj je izražena. Forma iznošenja ili prenošenja može da bude svaki usmeni, pisani, audio, vizuelni ili elektronski materijal. Oklevetano lice istovremeno mora biti identifikovano trećem licu.

U odredbi čl. 5 st. 1 Zakona o zaštiti od klevete izričito je predviđeno da »svako poslovno sposobno lice koje prouzrokuje štetu ugledu fizičkog ili pravnog lica iznošenjem ili prenošenjem izražavanja nečeg neistinitog, identifikujući to lice trećem licu, odgovorno je za klevetu, ako je to lice prouzrokovalo štetu u svojstvu autora, urednika ili izdavača izražavanja, ili u svojstvu lica koje je na neki drugi način efikasno kontrolisalo sadržaj tog izražavanja, kao i pravno lice koje je objavilo izražavanje«. Postavlja se pitanje da li i pravna lica uživaju zaštitu u slučaju iznošenja ili prenošenja neistinitog izražavanja. Na prvo čitanje spornog pravila može se zaključiti da Zakon štiti i pravna lica. Zakonom o zaštiti od klevete nije uopšte određena vrsta štete koja može nastati nanošenjem povrede ugledu pravnog lica, pa postoji dilema da li pravnom licu može biti pruzrokovana nematerijalna šteta iznošenjem ili prenošenjem neistinitog izražavanja? Pored to-

⁶ Deklaracija je usvojena na Savjetu ministara i Savjetu Evrope od 12. 2. 2004. godine na 872. sjednici. Vidjeti, www.cr.ba/hr/broadcast/reports.

⁷ Suprotno citiranoj apelaciji, Ustavni sud BiH je odbio apelaciju u predmetu AP 1064/05 od 15. 3. 2006. izdavačke novinske kuće, odnosno glavnog urednika jednog bh. nedeljnika u kojem je objavljen degradirajući i uvredljiv tekst o jednoj javnoj ličnosti – sutkinji. Apelacijom su osporene presude redovnih sudova kojim su apelanti obavezni na naknadu štete zbog klevete. Ustavni sud je zaključio da »...«smatra da iako se može prihvatiti postojanje legitimnog cilja, kad je riječ o suštini spornog teksta, jer se radilo o pitanju značajnom za javnost, te da s obzirom na prirodu spornog izražavanja tužiteljica nije bila obavezna da zatraži njegovu ispravku, a u toku postupka apelantu nisu pokazali spremnost da se izvine tužiteljici, ipak se moraju smatrati odgovornim za uvredljivo izražavanje o tužiteljici. Naime, u konkretnom slučaju, opšti interes koji dopušta pokretanje pitanja o tragediji radnika »Žitoprerade« iz Bihaća ne može se braniti omalovažavanjem ličnosti tužiteljice, nepoštivanjem i ponižavanjem njenog dostojanstva kojim se napada i povređuje njena čast i ugled, usljed čega je trpjela psihičke bolove koje ona nije dužna tolerisati bez obzira na funkciju koju vrši u Općinskom sudu u Bihaću. Redovni sudovi su prema priloženoj dokumentaciji, utvrdili da je tužiteljica nakon objavljivanja spornog teksta u kojem su se apelanti na uvredljiv način izražavali o njoj pretrpjela duševne bolove i patnju zbog narušenog ugleda i časti, te da se liječila izvjestan period zbog psihičkih tegoba.«

ga, u čl. 13 je predviđeno da je Zakon o zaštiti od klevete »lex specialis« u odnosu na sve druge zakone. Za sve što nije regulisano ovim Zakonom primjenjivaće se odredbe Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o izvršnom postupku i Zakona o parničnom postupku koji su na snazi u Republici Srpskoj. To praktično znači da se kod određivanja naknade štete primjenjuju odredbe Zakona o obligacionim odnosima, koje regulišu naknadu štete. U čl. 200 st. 1 ZOO predviđeno je da, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjene životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava i smrti bliskog lica kao i za strah, sud će ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu. Da bi nastupila nematerijalna šteta zbog povrede ugleda, nužno je da postoje duševni bolovi. Po prirodi stvari, pravno lice je nespojivo sa duševnim bolovima koji su nastali usljed povrede ugleda. Pojedini sudovi su odbijali tužbene zahtjeve za naknadu štete jer su smatrali da u slučaju povrede ugleda pravnog lica može nastati samo materijalna, a ne i nematerijalna šteta⁸. Suprotno tome, Vrhovni sud FBiH u presudi br. GŽ–22/05 od 15.03.2005. godine je zauzeo sasvim suprotan stav⁹. Smatram da se pravo na naknadu štete mora dosuditi i pravnom licu jer je osnov ove naknade u kleveti a ne u pretrpljenim duševnim bolovima. Pojedine sudije smatraju da se povrijeđeni ugled pravnog lica može odraziti samo na materijalnu štetu koje će pravno lice pretrpiti zbog gubitka povjerenja građana u njegove proizvode, usluge i sl.¹⁰

5. U čl. 5 st. 3 izričito je predviđeno da tužioci u postupku, pored neposredno oklevetanog lica, mogu da budu i njegovi nasljednici koji uživaju pravo na pravnu zaštitu ukoliko izražavanje klevete prouzrokuje štetu i njihovom ličnom ugledu. Zakonom je predviđeno, ako se izražavanje klevete odnosi na umrlo lice, nasljednici prvog nasljednog reda tog lica mogu podići tužbu radi zaštite njihovog ličnog ugleda i lične satisfakcije¹¹. Radi različitih tumačenja i ovo pravilo služi posebnju pažnju. Nasljednik prvog reda je stvarno legitimisan ako u

⁸ O tome detaljno vidjeti, M. Srdić, op. cit., str. 4.

⁹ Dakle, ovaj sud primjećuje da je izostajanjem žalbe prvotuzitelje bilo moguće održati odluku u pogledu dosuđene naknade, iako je prvostepeni sud dao pogrešne razloge kada je odbio prvotuzitelju sa postavljenim tužbenim zahtjevom... jer je član sasvim jasan kada kaže da svako lice koje prouzrokuje štetu ugledu fizičkog ili pravnog lica iznošenjem ili prenošenjem izražavanja neistinite činjenice, identifikujući to pravno odnosno fizičko lice trećem licu, odgovorno za klevetu. Nije sporno da je prvotuzitelj pravno lice. To znači da i pravno lice može imati povrijeđen ugled. Svakako da se ne radi o duševnim patnjama, ali se radi o naknadi štete zbog klevete. Ista se dosuđuje kako fizičkom tako i pravnom licu jer je osnov naknade štete, odnosno šteta nastaje kao posljedica klevete«. M. Srdić, op. cit., str. 4.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Vidjeti, čl. 5 st. 4. Zakona o zaštiti od klevete.

postupku dokaže ne samo da je njegovom auktoru izražavanjem klevete prouzrokovana šteta, već da je i njemu, kao sukcesoru takvim ponašanjem prouzrokovana šteta. Prema tome, tužilac mora u ovom posebnom parničnom postupku dokazati da je šteta učinjena kako njemu tako i njegovom auktoru. Kad tužbu podiže nasljednik prvog reda kome je neistinom izjavom pričinjena šteta, tužilac u ovom slučaju postavlja zahtjev za naknadu štete samo u svoje ime. On je dužan da u tužbenom podnesku navede činjenice i predloži dokaze na osnovu kojih sud može da utvrdi njegovu procesnu i stvarnu legitimaciju u konkretnoj parnici. Tužilac mora da dokaže, pored svog ovlašćenja za vođenje parnice i da je dopuštena tužba, i da je ona osnovano podignuta. Tužba će biti osnovana samo ako je izražavanje štetnika, koje je bilo usmjereno na auktora (preminulo lice) proizvelo štetne posljedice i na tužioca, kao njegovog sukcesora – nasljednika prvog nasljednog reda.

Tuženi je lice koje je odgovorno zbog klevete jer je nešto neistinito iznijelo ili prenijelo i time pričinilo štetu tužiocu. Tuženi može da bude svako poslovno sposobno lice koje je prouzrokovalo štetu ugledu fizičkog ili pravnog lica namjerno ili usljed nepažnje iznošenjem ili prenošenjem nečeg neistinitog u svom izražavanju¹² i na taj način oštećeno lice identifikuje trećem licu. Tuženi može da bude i autor izražavanja, urednik ili izdavač glasila ili lice koje je na neki drugi način efikasno kontrolisalo sadržaj neistinite izjave (odn. izražavanja) koja predstavlja klevetu, kao i pravno lice koje je objavilo informaciju.

Ukoliko se iznijeta kleveta odnosi na pitanje od političkog ili javnog interesa, tuženi u parnici za izazvanu štetu iznošenjem ili prenošenjem neistinite izjave može da bude i odgovorno lice koje je znalo da je ona neistinita ili je nepažnjom zanemarilo neistinost u izražavanju. Po prirodi stvari, odgovorno će biti i lice koje je istovremeno i javni službenik ili je kandidat za funkciju u javnom organu, ili ako vrši, po opštem shvatanju javnosti, značajan uticaj na pitanja od političkog ili javnog interesa.

6. U dosadašnjoj sudskoj praksi pojavilo se kao sporno pitanje osnovanosti tužbenog zahtjeva za naknadu štete ukoliko je postavljan u smislu Zakona o zaštiti od klevete, kada se u konkretnom slučaju utvrdi da se ne radi o kleveti, već se radi o izražavanju koje predstavlja uvredu kojom je nanesena nematerijalna šteta. Pojedini sudovi su odbijali ovakve zahtjeve. Kao razlog za ovakvo postupanje sudije su navodile čl. 1 st. 3 Zakona o zaštiti od klevete po kome pravo na slobodu izražavanja štiti sadržaj izražavanja, kao i način na koji je iznesen, i ne primjenjuje se samo za izražavanja koja se smatraju korisnim ili neuvredljivim, nego takođe i za ona koja mogu da uvrijede, šokiraju ili uznemire. Čini mi

¹² Zakonom je definsano »izražavanje« kao bilo kakva izjava a naročito svaki usmeni, pisani, audio vizuelni ili elektronski materijal bez obzira na sadržaj.

se da su sudovi u ovim slučajevima griješili, jer u skladu sa pravilima parničnog postupka sud nije vezan pravnom kvalifikacijom predmeta spora, pa ne postoji formalnopravna prepreka da se u takvim slučajevima dosudi naknada štete i za počinjenu uvredu¹³, u smislu pravila Zakona o obligacionim odnosima¹⁴.

7. Pravila Zakona o zaštiti od klevete su vrlo neprecizno redigovana tako da izazivaju niz dilema i nejasnoća u praktičnoj primjeni. Zakonom je izričito predviđeno da »javnim organima« nije dozvoljeno da podignu tužbu za zaštitu od klevete. Pod »javnim organom« zakon podrazumijeva svaki zakonodavni, izvršni ili drugi upravni organ koji je imenovan ili ustanovljen u skladu sa zakonom i pravno lice koje je u svojini ili je kontrolisano od strane navedenih organa. Ovim pravilom zakonodavac je pokušao da onemogući državne organe i nosioce državnih funkcija da se pojave kao aktivno legitimisana lica, kako bi se izbjegla mogućnost da se eventualno utiče na slobodu izražavanja. Pravilo samo po sebi je neprecizno pošto ne vodi računa o tome da državni organi, po pravilu, ne mogu biti stranke u postupku. Osim toga, zakonodavac pod javnim organom podrazumijeva i pravno lice koje je u svojini ili je kontrolisano od strane navedenih organa, pa je definicija sama po sebi protivrječna. Po prirodi stvari, javni službenici u tim organima, kao fizička lica, mogu podići tužbu radi pravne zaštite i satisfakcije zbog neistinitog iznošenja ili prenošenja izražavanja čime im je pričinjena šteta.

8. U ovim parnicama može da dođe do objektivne kumulacije tužbenih zahtjeva. Tužilac ima pravo da u tužbi zahtjeva ne samo naknadu materijalne i nematerijalne štete koju je pretrpio, kao satisfakciju zbog ovog civilnog delikta, već i pravo da zahtjeva objavljivanje ispravke ili demanti neistinite informacije kojom mu je pričinjena šteta. Osim toga, on ima pravo da istakne i zahtjev da se tuženom naloži da prestane sa iznošenjem kleveta ili da se ubuduće uzdrži od iznošenja neistinitih informacija u odnosu na tužioca.

Zakonom nije predviđena ravnopravnost stranaka i jednakost oružja u postupku za zaštitu od klevete. U ovom postupku, tuženi je u povoljnijem položaju. Naime, zakonom je izričito predviđeno da je tužilac dužan da preuzima sve potrebne mjere da ublaži svu štetu prouzrokovanu navodnim klevetničkim izražavanjem tuženog, isticanjem tužbenog zahtjeva za ispravku informacije. Ovim pravilom tužiocu se »nalaže« da tužbom traži ispravku informacije. Ovo pravilo

¹³ M. Srđić, op. cit., str. 5.

¹⁴ Ovakav stav je zauzeo i Ustavni sud BiH, vidjeti AP 1064/05. »Iako Zakonom o zaštiti od klevete nije predviđena mogućnost sudske odgovornosti za uvredu, jer se njime podržava »pravo na izražavanja (...) koja mogu uvrijediti, šokirati ili uznemiriti (...), to ne znači da se podržava neprofesionalno i zlonamjerno postupanje«. Mogućnost sudske odgovornosti za uvredu i dalje postoji. ZOO predviđa da se za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda i časti sud može, ukoliko smatra da okolnosti konkretnog slučaja to opravdavaju, dosuditi pravičnu naknadu nematerijalne štete.

je izuzetno sporno u primjeni. Naime, u čl. 8 izričito je predviđeno da »tužilac preduzima sve potrebne mjere da ublaži svu štetu uzrokovanu navodnim klevetničkim izražavanjem, a naročito uključujući zahtjev za ispravku koju upućuje tuženom«. Nije sasvim jasno da li je podnošenje zahtjeva za ispravku nužan uslov za podizanje tužbe odn. drugim riječima da li je podnošenje zahtjeva za ispravku procesnopravna pretpostavka ili samo mogućnost tužioca. Pojedini praktičari smatraju da se tužba ne može podići ako prethodno nije podnesen zahtjev za ispravku. Sklona sam da zaključim da u ovom slučaju, bez obzira na »obavezu ublažavanja« tužioca, sud ne bi trebao da odbaci tužbu već da usvoji tužbeni zahtjev ali da dosudi manji iznos na ime naknade štete jer oštećeni nije tražio ispravku. U suprotnom bilo bi uskraćeno tužiocu pravo na pristup sudu.

9. Zakonom je, takođe, predviđena dužnost suda da ispita i procjeni da li su se, eventualno, stekli uslovi za mogućnost pomirenja¹⁵. Ni ovo pravilo u Zakonu nije precizno redigovano. Nije jasno šta je zakonodavac imao u vidu redigujući ovo pravilo. Vrlo je teško i zamisliti situaciju kad je jednom licu nanesena šteta iznošenjem klevete da će biti spremno za mirenje.

10. U toku postupka sud je dužan da prilikom utvrđivanja odgovornosti tuženog za klevetničko izražavanje vodi računa o slobodi izražavanja. Sloboda izražavanja mora biti jasno utvrđena u skladu sa odredbom čl. 10. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava. Ograničavanja slobode izražavanja i informisanja, koja su proglašena dopustivim mogu da se grupišu u tri grupe: ona koja imaju za cilj da zaštite neki opšti interes (nacionalna bezbjednost, teritorijalni integritet, javna bezbjednost, sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala; ona koja imaju za cilj da zaštite druga individualna prava (zaštita ugleda ili prava drugih, sprečavanje otkrivanja povjerljivih informacija i ona koja su neophodna za očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudstva¹⁶.

11. U ovom posebnom parničnom postupku vrlo lako može doći do zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Štetnik, npr. novinar, kao i svako drugo fizičko lice koje je redovno ili profesionalno uključeno u novinarski posao traženja, primanja ili saopštenja informacija javnosti nije dužno da saopšti izvor informacije. Ovo pravo uključuje i pravo da ne otkrije bilo koji dokument koji bi mogao razotkriti identitet izvora, naročito usmene, pismene, audio, vizuelne ili elektronske materijale. Ni pod kakvim okolnostima pravo na neotkrivanje identiteta povjerljivog izvora nije ograničeno kontekstom postupka u smislu Zakona o zaštiti od klevete. Pravo na neotkrivanje identiteta povjerljivog izvora odnosi se i na svako drugo fizičko lice koje učestvuje u postupku, a koje kao rezultat svog profesionalnog

¹⁵ Vidjeti čl. 9 Zakona o zaštiti od klevete.

¹⁶ Vidjeti čl 10 st. 2. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

odnosa sa novinarom sazna identitet povjerljivog izvora informacije¹⁷. Ova pravila u praksi mogu izazvati niz poteškoća. Od pravilnog rada sudije i njegove umješnosti zavisi koliko će i kako inicirati tužioca i tuženog da iznesu dokaze; tužilac da dokaže da se radi o kleveti a tuženi da se radi o profesionalnom vršenju posla i povjerljivom izvoru informacije.

12. U Zakonom predviđenim slučajevima štetnik neće odgovarati za klevetu¹⁸: ako se radi o izražavanju mišljenja ili kada je izražavanje u suštini istinito, ako lice koje je navodno prouzrokovalo štetu bilo po zakonu obavezno iznositi ili prenositi izražavanje, ili iznositi ili prenositi izražavanje u toku zakonodavnog, sudskog ili upravnog postupka i ako je iznošenje ili prenošenje izražavanja bilo razumno. Nije sporno da su u toku zakonodavnog, sudskog i upravnog postupka, lica obavezna iznositi ili prenositi izražavanje ali je vrlo sporno da li se pod ovaj izuzetak mogu uvrstiti npr. direktori, dekani i dr., koji iznose ili prenose izražavanja u vršenju svoje funkcije. Takođe, vrlo je sporno i kad je iznošenje ili prenošenje izražavanja bilo razumno. Imajući u vidu državu BiH i njen milje vrlo često je iznošenje ili prenošenje izražavanja sve više nego što je razumno. Prilikom trijaže procesnog materijala i donošenja odluke sudija će se vrlo često naći u dilemi kako da postupi. Primjera radi, ako tužilac dokaže da se radi o klevetničkom izražavanju ali se istovremeno dokaže da je iznošenje ili prenošenje izražavanja bilo razumno, odnosno u »dobroj vjeri«, sud bi morao odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan.

Kada sud donosi ovakvu odluku on uzima u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja a posebno: način, oblik i vrijeme iznošenja ili prenošenja izražavanja, prirodu i stepen prouzrokovane štete, dobronamjernost i pridržavanje opšte prihvaćenih profesionalnih standarda od strane štetnika, vjerovatnost da bi šteta nastala i da izražavanje nije izneseno ili preneseno, dokaz da li izražavanje sadrži objektivnu i tačnu informaciju o izražavanju drugih lica, i da li se odnosi na pitanja iz privatnog života oštećenog ili pitanja od političkog ili javnog značaja.

13. Sud u toku postupka za zaštitu od klevete može odrediti privremenu mjeru. Privremenu mjeru o zabrani prenošenja izražavanja ili zabrani daljnjeg prenošenja sud može odrediti samo: 1) ako predlagač učini sasvim vjerovanim da je neistinito izražavanje izazvalo štetu, i 2) da će predlagač trpjeti nepopravljivu štetu kao rezultat prenošenja ili daljnjeg prenošenja određene neistinite informacije. Iako nije decidno određeno, tumačenjem ovog zakona i imajući u vidu odredbe ZPP sasvim je jasno da sud privremenu mjeru može odrediti samo na traženje predlagača.

¹⁷ Vidjeti, čl. 10 Zakona o zaštiti od klevete.

¹⁸ Vidjeti čl 6 st. 1. Zakona o zaštiti od klevete.

Po prirodi stvari, privremena mjera u ovom posebnom parničnom postupku ne može se odrediti prije prvog objavljivanja neistinite informacije koja ima karakter klevete.

Zakonom je predviđeno da sud može da odredi »stalnu sudsku mjeru zabrane prenošenja izražavanja ili zabrani daljnjeg prenošenja« pod uslovom da se samo odnosi na posebno sredsvo neistinitog izražavanja odn. izražavanje za koje je utvrđeno da je nezakonito, kao i na lice ili lica za koja je utvrđeno da su odgovorna za prenošenje neistinite informacije. Imajući u vidu karakter sudskih mjera obezbjeđenja, može se zaključiti da one nikada ne mogu biti stalne, te da se ne radi o mjeri obezbjeđenja. U ovom slučaju radi se, u stvari, o presudi čiji je dispozitiv kondemnatomog karaktera i sastoji se u zabrani tuženom da se na određeni način ponaša ili da se uzdrži od ponašanja za koje je utvrđeno da je nezakonito.

14. U ovim parnicama sud donosi kondemnatomu presudu kojom se naređuje određeno činjenje ili uzdržavanje od određenog ponašanja za koje je utvrđeno da je nezakonito. Ukoliko je tužilac u tužbi zahtjevao ispravku informacije, sud može usvojiti tužbeni zahtjev i odrediti da se objavi ispravka odn. demanti.

Prilikom donošenja ove presude sud mora uzeti u obzir sve okolnosti slučaja a naročito način, oblik i vrijeme iznošenja ili prenošenja informacije, prirodu i stepen prouzrokovane štete kao i odnos tuženog prema tužiocu, njegovu dobronamjernost odn. zlonamjernost, pridržavanje opšteprihvaćenih profesionalnih standarda od strane tuženog. Sud je dužan da utvrdi da li bi šteta nastupila i da informacija nije iznesena ili prenesena. Sud je dužan da, prilikom odmjeravanja naknade štete, utvrdi da li iznijeta informacija sadrži objektivnu i tačnu informaciju o izražavanju drugih lica i da li se odnosi na pitanje iz privatnog života oštećenog ili pitanja iz političkog i javnog značaja.

Sud će odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan ako utvrdi da se radi o izražavanju mišljenja, kad je publikovana istinita informacija, ako je lice koje je navodno prouzrokovalo štetu po zakonu bilo dužno da iznosi ili prenosi informacije ili da iznosi ili prenosi iskaze iz zakonodavnog, sudskog ili upravnog postupka i ako je iznošenje ili prenošenje konkretnog iskaza bilo razumno.

Sud će usvojiti tužbeni zahtjev i odrediti naknadu štete ako je šteta nanesena ugledu oštećenog. U ovom slučaju naknada mora biti proporcionalna prouzrokovanoj šteti. Prilikom odmjeravanja visine naknade sud mora uzeti u obzir i sve okolnosti slučaja, naročito uključujući sve preduzete mjere da bi se ublažila prouzrokovana šteta kao što su: objavljivanje ispravke, opozivanje izjave ili izvinjenje, činjenica da li je štetnik stekao novčanu korist učinjenim iznošenjem ili prenošenjem izražavanja, ili činjenicu da bi iznos dodjeljene štete mogao imati za posljedicu velike materijalne poteškoće ili bankrot štetnika.

15. Zakon o zaštiti od klevete je donesen sa namjerom da se dekriminalizuje kleveta i na taj način da se doprinese većoj slobodi izražavanja pa samim tim i da se ostvari veća demokratija u društvu. Vrlo je sporno kako u postupku za zaštitu od klevete pronaći pravu mjeru između slobode izražavanja i zaštite oštećenih lica zbog učinjene klevete. U radu je ukazano da su pojedine odredbe nespretno redigovane i da daju povoda za različito postupanje suda. Nadamo se da će zakonodavac pilikom slijedećih zakonodavnih izmjena imati u vidu probleme koji se javljaju u sudskoj praksi tako što će određena zakonska rješenja preformulisati, druga dopuniti a neka na sasvim drugačiji način regulisati.

RANKA RAČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law in Eastern Sarajevo,
Faculty of Law Banja Luka

PROCEDURES FOR PROTECTION FROM DEFAMATION

Summary

The right to freedom of expression is an elementary human right which is defined in the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The application of Art. 10 of the European Convention in Bosnia and Herzegovina, i.e. its entities may be observed and analyzed in two different ways, which are the application in indirect – legislative activity and direct application of Art. 10 of the European Convention, that is, its implementation. In B&H there are several laws that protect the freedom of expression.

In this work the author focuses his attention only on the Law on Protection against Defamation. Comprehensive analysis of protection of freedom of expression in a single work of this type is not possible. Also, the author's attention fails to include direct application of the Convention before the courts in B&H. Only one aspect of protection is covered – it is the procedure for protection against defamation, and it is related only to the rules the application of which in court practice, due to incompleteness of the legal text, causes specific problems.

ČEDOMIR GLIGORIĆ

RAZLOZI ZA PARNIČENJE
– Pravni, psihološki i ekonomski aspekti –

U V O D

Zbog čega se ljudi parniče? Koji su osnovni motivi trošenja sopstvenih resursa ali i resursa sa aspekta društva kao celine u postupku parničenja? Da li se parnične strane uvek racionalno ponašaju prilikom pokretanja parničnog postupka i samog parničnog procesa? Odgovori na ova pitanja leži u analizi velikog broja faktora koji mogu imati uticaja na donošenje odluke o podizanju tužbe odnosno pokretanju parničnog postupka. Iako je jasno da se tužilac prilikom podnošenja tužbe se u velikoj meri ponašaju u skladu sa teorijom racionalnog odlučivanja, postoje određeni faktori koji smanjuju racionalnost potencijalnih parničara i dovode do situacije da iako ekonomski posmatrano ne postoji opravdanost vođenja parničnog postupka, strana u sporu ipak podnese tužbu.

Pravni i psihološki aspekti razloga za parničenje

Parnica predstavlja opšti metod za pružanje zaštite subjektivnim građanskim pravima koju pruža državno pravosuđe odnosno sudovi. Kada se neko lice ne ponaša u skladu sa zakonom odnosno ukoliko svojim aktivnostima ugrožava

Mr Čedomir Gligorić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

ili povređuje nečija prava taj pojedinac može da podnese tužbu. Drugim rečima, građanin svake zemlje ima pravo na sudsku zaštitu ako su njegova prava narušena. Evropska konvencija o ljudskim pravima koja je doneta 1950. godine u Rimu a 1953. godine stupila na snagu pod nazivom Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda jasno, u prvom delu u članu 6, ukazuje na to da svako ima pravo na pravično suđenje odnosno da radi utvrđenja svojih prava i obaveza građanskog karaktera pojedinac ima pravo da njegov slučaj na pravičan način, javno i u razumnom roku ispita zakonom ustanovljen nezavisni i nepristrasni sud. Pravo na zaštitu predstavlja pravnu moć da se ostvare uslovi za ostvarenje zakona i suštinski ovlašćuje da se presuda donese u korist tužioca. Sudski postupak kojim se dolazi do presude je jedini legalni način pružanja zaštite pojedincu jer samopomoć kao sistem ostvarivanja pravne zaštite ne može biti prihvaćen. Naime, ovakav oblik zaštite sveo bi se, u suštini, na pravo jačega, a samim tim i na negaciju prava. To znači da se sudska zaštita građanskih prava može pružati, po pravilu, samo u građanskom sudskom postupku, s tim da bi trebalo imati u vidu da u zavisnosti od predmeta spora i specifičnih svojstava građansko pravnih odnosa ova zaštita se pruža u parničnom, vanparničnom, izvršnom i stečajnom postupku.

Očigledno je, da je osnovni razlog za pokretanje parničnog postupka proi-
zilazi iz potrebe zaštite građansko procesnih prava. Postavlja se pitanje koja su to građansko procesna prava odnosno koji je predmet tužbe kojom se pokreće parnica. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije u prvom članu definiše u kojim slučajevima će se o određenoj stvari raspravljati u parničnom postupku: »Ovim zakonom uređuju se pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje prilikom rešavanja građanskopravnih sporova iz ličnih, porodičnih, radnih, trgovačkih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim sporova za koje je posebnim zakonom predviđena druga vrsta postupka«. Uopšteno posmatrano, svrha parnice sa stanovišta pojedinca je zaštita prava na svojinu, zaštita ugovornih prava i obezbeđenje naknade štete, a ova pravna zaštita je omogućena zahvaljujući delovanju pravnog poretka. Osnovna pitanja vezana za naknadu štete odnose se na to koja šteta treba biti naknađena, kojim sredstvima i na koji način će doći do naknade štete i u kojoj meri se određuje obim naknade štete.

Da bi uopšte došlo do parnice osnovni uslov je da postoji suprotnost interesa dve strane. Naime, svaka od strana u sporu vođena sopstvenim interesima ima različite zahteve u vezi sa potencijalnim parničnim postupkom. Obe strane teže što povoljnijoj presudi sa njihovog aspekta, ističu različite zahteve za presudu i njihovi zahtevi su uvek kontradiktorni. Iz suprotstavljenih interesa rađa se energija koja pokreće mehanizam parnice.

Međutim, da li je zaštita narušenih prava jedini razlog pokretanja parnice? Ljudi se parniče iz veoma raznolikih razloga. Jedna grupa razloga vezana je za psihološku stranu ličnosti. To uključuje i podnošenje tužbe iz inata i osвете ili zbog osećaja nepravde. Impulsivno podnošenje tužbe vrlo često se može vezivati za sam karakter ličnosti ali i mentalitet same sredine. Poznato je da naš narod nema veliku averziju prema parničanju. Ljudi se veoma često parniče i oko određenih stvari koje su prilično minorne, čime praktično iskazuju svoj osećaj inata ili osвете. Nije neočekivano parničenje po sistemu »Nek i komšiji crkne krava« odnosno »Ako je meni loše, neka bude loše i njemu«. Ovi psihološki aspekti samih ličnosti udruženi sa mentalitetom posebno u manjim sredinama, vrlo često predstavljaju iracionalne faktore donošenja odluke da se podnosi tužba.

Moguće je da neka strana u postupku ima izražen osećaj za pravdu i bez obzira da li postoji mogućnost da se strane poravnaju ulazi u postupak suđenja, ne uzimajući u obzir potencijalne troškove ili koristi od vođenja parnice. Drugim rečima, čak i ako je očekivana vrednost koristi od parnice negativna, izraženi osećaj za zadovoljenjem pravde predstavlja presudan faktor u započinjanju parničnog postupka. Pojedinci mogu da započinju parnicu zbog moralnih razloga odnosno da bi povećali osećaj sopstvene moralnosti. Takođe, jedan od razloga može biti nemogućnost ili nevoljnost da jedna strana »prizna« da je kriva odnosno da se pomiri sa činjenicom da je napravila grešku.

»Pretpostavlja se da kulturološki aspekti i aspekti ličnosti predstavljaju kritične faktore u objašnjenju zbog čega se, na primer, Japanci parniče u veoma malom opsegu, a Amerikanci u velikoj meri. Potreba za parničanjem je često pozicionirana kao kulturološki fenomen, stvar običaja, tradicije i načina života: Japanci preferiraju dogovore i kompromise i interpersonalne dogovore. Amerikanci su individualci – borci i pristalice pravde. Ipak, nije dovoljno istraženo da li kulturološki faktori najbolje objašnjavaju različite stope parničanja, ili bi u razmatranje stope parničanja trebalo uključiti strukturalne i nezavisne faktore.

Svesnost potrebe za parničanjem, u sociološkom smislu je vezana i za stepen obrazovanja, odnosno pojedinci sa višim obrazovanjem ili jednostavno ljudi »čistijeg« uma svakako su spremni da više insistiraju na zaštiti svojih narušenih prava.«¹

Vrlo često dešava se da se ljudi parniče jer nisu dovoljno informisani o svom položaju i svojoj situaciji odnosno statusu koji im daje pravni sistem. Pojedinci su ponekad sigurni da ce sudska vlast imati jasno razumevanje njihovog slučaja. U prirodi parnične strane često se dešava da leži određeni socijalni, ekonomski ili politički faktor trenutnih okolnosti koji motiviše pojedinca da započne

¹ Lawrence M. Friedman, *Litigation and society*, Annual Review of Sociology, Vol. 15, 1989, str. 20.

parnični proces. Nedovoljno poznavanje pravnog sistema, ili započinjanje postupka po sistemu »ako je on dobio na sudu, dobiću i ja« mogu biti važni iracionalni faktori koji presudno utiču na odluku pojedinca da započne parnični postupak.

Ono što nikako ne bismo smeli zaboraviti kada govorimo o razlozima za parničenje jeste odnos koji parnične strane imaju prema preuzimanju rizika. Što su pojedinci više spremni da preuzimaju rizik to je veća mogućnost da će do parničnog postupka i doći. Naravno, to samo smanjuje verovatnoću da će se postupak okončati poravnanjem. Svi ljudi poseduju određeni nivo averzije prema riziku i zbog toga što u velikoj meri može uticati na parnični postupak sigurno je da se i rizik mora uzeti u obzir prilikom razmatranja razloga za parničenje. Ukoliko je strana, sa druge strane, pesimističnija, i smatra da bi podnošenje tužbe bio veliki rizik, moguće je da do parničnog postupka neće ni doći, ili ukoliko se ovakva ličnost odluči na »nemoguće« vrlo je moguće da će se ceo postupak završiti poravnanjem.

Ono što je jasno samo po sebi je činjenica da rizik veoma teško kvantifikovati. S druge strane, čak i kada je ta kvantifikacija moguća javlja se problem u nejednako informisanosti strana u postupku u vezi sa njihovim stepenom rizika. Naime, svaka strana zna sama za sebe kakav stav ima prema riziku, ali nisu dovoljno informisani o stepenu rizika druge strane. »Strane nisu neutralne po pitanju rizika. Ako su obe strane averzične prema riziku, verovatnoća da će doći do suđenja opada.«² Međutim, ukoliko su obe strane neutralne prema riziku, velika je verovatnoća da će biti podneta tužba, jer su obe strane spremne da »igraju« hazarderski, pod uslovom da su ostali faktori nepromenjeni. Naravno, u ovom slučaju postoje mogućnosti strateškog ponašanja, odnosno da strana koja je neutralna prema riziku pošalje lažan signal drugoj strani da je averzična što u slučaju da je i druga strana averzična stvara mogućnost da se strane poravnaju. U ovom slučaju lažan signal otvara mogućnost poravnanja, odnosno u ovoj strateškoj igri dobija pošiljalac signala. Ovo je, na primer moguće u situaciji kada pošiljalac signala smatra da može dobiti veći iznos poravnanjem nego što bi bilo moguće u redovnom postupku presudom u njegovu korist.

Ekonomska analiza motiva za parničenje

Generalno posmatrano, kada se svi emocionalni i subjektivni razlozi stave po strani, možemo zaključiti da se pojedinci obično parniče iz objektivnih razlo-

² Richard A Posner, *Economic analysis of law*, Seventh edition, Wolters Kluwer, Law and business, Aspen Publishers, 2007, str. 599.

ga koji, ne samo da su vezani za potrebu zaštite narušenih prava iz oblasti građanskopravnih odnosa već i za ekonomsku opravdanost same parnice. Razmatranje objektivnih razloga za parničenje podrazumeva analizu strateških faktora odnosno ulazak u zonu ekonomske analize parnica. Podloga za početak i razvoj parnice leži u suprotnosti interesa samih stranaka. To znači da svaka strana brani svoju poziciju teži da sud odluči u njenu korist. S jedne strane, tužilac pokušava na sve pravne načine da ubedi sud da sa razlogom traži zaštitu povređenih prava, dok druga strana osporava to pravo, smatrajući da do narušavanja prava nije ni došlo, da ono ne postoji ili da ga on nije povredio. Ovakvo razmatranje parnice očigledno ukazuje na to da parnica nema objektivni cilj već da nastajući kao suprotnost dva pojedinačna interesa postaje sredstvo koje je u službi interesa stranke. S druge strane, javlja se suprotnost između suda i stranaka. Sud ima zadatak da objektivno utvrdi da li je pravni poredak narušen i da shodno tome donese presudu. Sud teži tačnoj odluci koja će biti u skladu sa zakonom. Odavde proizilazi da presuda nastaje kao rezultat preplitanja svih interesa koji su obuhvaćeni parnicom, imajući u vidu suprotnosti koje se javljaju u tom postupku između svih pomenutih strana.

Važan segment koji se mora uzeti u obzir prilikom razmatranja razloga za parničenje je i očekivanje koje parnična strana ima u vezi sa parničnim postupkom. Stranka na bazi sopstvenih kalkulacija jednostavnom analizom troškova i koristi utvrđuje da li je za nju ekonomski isplativo da uđe u jedan parnični postupak. To podrazumeva određivanje verovatnoće da će se postupak okončati u korist date strane odnosno verovatnoće da će druga strana izgubiti spor, uzimanje u obzir ishoda odnosno rešavanje pitanja šta pobjedničkoj strani donosi presuda i uzimanje u obzir troškova samog parničnog postupka. Ukoliko je očekivana vrednost koristi od suđenja pozitivna vrlo je moguće da će se započeti sa parnicom.

Ono što ne bi smeli izgubiti iz vida je činjenica da velika razlika u očekivanim ishodima između strana u postupku znači zasigurno suđenje. Naime, ukoliko su obe strane optimistične u vezi sa ishodom vrlo je verovatno da će se postupak završiti pred sudom. Prema tome, nemogućnost da se strane poravnaju pre ili u toku postupka se, takođe, može posmatrati kao razlog zbog čega dolazi do parničnja. Preveliki optimizam obe strane u postupku znači da se njihova mišljenja u vezi sa potencijalnim ishodom razmimoilaze što ne ostavlja mogućnost da se strane u postupku poravnaju. Razlika u očekivanjima strana u postupku nastaju kao posledica asimetrije informacija odnosno nejednake informisanosti strana o određenom događaju odnosno samom stepenu narušavanja pravnih normi iz oblasti građanskopravnih odnosa.

Na primer, prilikom lakšeg saobraćajnog udesa oštećena strana je pretrpela duševne bolove i može podići tužbu za naknadu štete pred ovlašćenim sudom.

Može se dogoditi da obe strane u postupku budu optimistične. S jedne strane, strana koja je pretpela duševne bolove je svesna činjenice i informisana je o tome koji je stepen bolova pretrpela. Ona je iz tog razloga optimistična, i taj veliki optimizam može biti razlog podizanja tužbe. S druge strane, tuženi nema dovoljno informacija o tome u kom stepenu je oštećena pretrpela duševne bolove. Javlja se očigledna asimetrija informacija. Optuženi može smatrati da je ta šteta neznatna, odnosno, i on može biti optimističan u vezi sa ishodom parnice. Ukoliko tužilac pokuša da da predlog za poravnanje preko suda u kojoj ima prebivalište potencijalni tuženi što je u skladu sa članom 326. važećeg Zakona o parničnom postupku Republike Srbije i potencijalni optuženi ne prihvati poravnanje, jasno je da do toga dolazi usled asimetrije informacija i preterano velikih očekivanja obe strane, tako da je neminovno da oštećena strana zatraži zaštitu svojih prava i naknadu štete u redovnom postupku pred sudom. To znači da je osnovni razlog pokretanja postupka u ovom slučaju asimetrija informacija odnosno prevelika očekivanja obe strane u vezi sa ishodom parnice.

Razlika u očekivanjima u vezi sa ishodom parnice ne mora se odnositi isključivo na subjektivne verovatnoće koje pojedinci mogu dati u vezi sa ishodom parnice odnosno sa time u kojoj meri su sigurni da će biti odlučeno u njihovu korist. Nemogućnost poravnanja između strana u postupku može nastati i usled razlike u vezi sa time da li se i u kojoj meri razlikuju očekivanja strana u postupku u vezi sa mogućim iznosom presude.

Dakle, čak i kada su očekivanja strana u postupku simetrična u smislu da se obe strane u postupku slažu u vezi sa verovatnoćom ishoda parnice (na primer, i jedna i druga strana veruju da je verovatnoća tužioca da bude presuđeno u njegovu korist 90%) moguće je da ipak dođe do suđenja zbog razmimoilaženja u vezi sa mogućim iznosom presude. Ukoliko, na primer, tužilac u svom odštetnom zahtevu traži od tuženog da mu isplati 100000, a tuženi, pak, smatra da će biti presuđeno u korist tužioca, ali da će mu biti isplaćeno samo 30000 (delimična presuda) to znači da se neće pojaviti kooperativni višak koji je osnovni preduslov poravnanja, odnosno postupak će se završiti pred sudom u okviru redovnog parničnog postupka. I u ovom slučaju, dakle, zbog razlike u očekivanjima, ali ovoga puta u vezi sa iznosom presude dolazi do suđenja, pa je i ovo jedan od razloga zbog čega se ulazi u postupak parničenja.

Sve što smo do sada naveli, a vezano je za ekonomsko aspekt parničenja odnosilo se na koristi na koje stranke u postupku računaju. Međutim, parnični postupak ima kao što smo već naveli i drugu stranu a to su troškovi samog postupka. Vrlo je jasna moguća asimetrija i u vezi sa troškovima parničnih strana u postupku. Naime, moguće je da je jedna od strana u postupku neinformisana u vezi sa iznosom troškova druge strane. Ne može se jednoznačno poći od pretpostavke da su parnični troškovi obe strane u postupku jednake. Ovakva asimetrija

može dovesti ponovo do različitih očekivanja u vezi sa ishodom parnice. Čak i ukoliko su subjektivne verovatnoće u vezi sa ishodom parnice jednake, i stranke se slažu u vezi sa mogućim iznosom presude, zbog razlike u vezi sa parničnim troškovima možemo doći u situaciju da se ne pojavi kooperativni višak koji je osnovni uslov poravnanja. U tom slučaju strana u postupku koja precenjuje iznos troškova druge strane može smatrati da bi trebalo ponuditi manju sumu za poravnanje nego što je realni iznos što izaziva suđenje. Prema tome, neinformisanost u vezi sa troškovima parničnih strana takođe predstavlja jedan od razloga za poravnanje.

Postavlja se, ipak, niz logičkih pitanja: U kojoj meri su pojedinci zaista spremni da u ceo proces odlučivanja o tome da li će se parničiti uzimaju u obzir elemente teorije igara i teorije verovatnoće? Možemo li zamisliti jednog prosečnog parničara kako kalkuliše i obračunava verovatnoće da će pobediti ili izgubiti u parničnom postupku? Kolika su znanja prosečnog parničara u vezi sa teorijom verovatnoće i teorijom igara? Da li će pojedinac u svetlu gore navedenih ograničenja biti sposoban da prilikom pokretanja postupka pred sudom razmišlja i strateški planira svoje poteze? Čak i ukoliko zamislimo ovakvu situaciju ne bi trebalo izgubiti iz vida da pojedinci koji vrše analizu troškova i koristi od parničjenja u obzir uzimaju subjektivne verovatnoće koje u velikoj meri mogu da odskaku u odnosu na realnu verovatnoću da će se ishod završiti na način kako to želi jedna ili druga strana. Drugim rečima, teško je zamisliti parničara koji koristeći papir i olovku, kalkulator ili računar razmišlja na ovaj način prilikom donošenja odluke u vezi sa time da li će tužiti nekog pojedinca. Takođe, malo je verovatno da će potencijalni tužilac uzeti u obzir oportunitetne troškove prilikom kalkulisanja i donošenja odluke o tome da li će ući u proces parničjenja.

Ovakvim stavom, naravno, ne isključujemo suštinski razlog za parničenje sa ekonomskog aspekta. Svakako da je prilikom donošenja odluke o tome da li će biti podneta tužba zastupljena analiza troškova i koristi. Sigurno je da osnovne postavke teorije racionalnog odlučivanja ostaju na snazi i imaju svoju ulogu u donošenju odluke da se uđe u skup parnični proces. Ipak, gore navedena ograničenja u određenoj meri mogu biti nadvladana emocionalnim, psihološkim i drugim aspektima ličnosti tako da ne možemo u potpunosti podržati tezu da će se donošenje odluke o pokretanju parnice isključivo bazirati na teoriji racionalnog odlučivanja posebno ne na ekonomskoj analizi parnica na bazi složenih matematičkih proračuna, što ipak ne implicira da se takva mogućnost zasigurno isključuje.

Naime, ovakva vrsta neinformisanosti može biti smanjena kada se u ceo parnični proces uključi advokat. Sigurno je da iskustvo koje advokati imaju u vezi sa mogućnostima strane u sporu u vezi sa mogućim ishodom parnice ima važnu ulogu u donošenju odluke o podizanju tužbe. To ne znači, naravno, da se

posao advokata svodi na matematički proračun troškova i koristi, posebno imajući u vidu da se na relaciji advokat-klijent javlja agencijski problem. Ukoliko apstrahujemo postojanje agencijskog problema, i pođemo od pretpostavke da advokat isključivo radi u interesu klijenta jasno je iskustvo znači približavanje subjektivnih verovatnoća u vezi sa mogućim ishodom parnice koje imaju parničari na neke objektivne vrednosti tih verovatnoća. Na primer, moguće je da tužilac smatra da je verovatnoća da će biti presuđeno u njegovu korist niska, ali da advokat čija su znanja u vezi sa zakonskim rešenjima i sudskom praksom mnogo veća ovu subjektivnu ocenu podigne na visoku vrednost, odnosno da podigne subjektivnu verovatnoću tužioca na vrlo visok nivo. U ovom slučaju, sa aspekta tužioca raste očekivana korist od suđenja tako da je verovatnije da će podići tužbu i ući u postupak parničenja.

Odavde proizilazi da angažovanje advokata u velikoj meri može da utiče na tužioca da donese ili ne donese odluku u vezi sa podizanjem tužbe. Ne samo da se smanjuje neinformisanost u vezi sa mogućim ishodom parnice, već samo angažovanje advokata podrazumeva smanjenje asimetrije informacija u vezi sa poznavanjem pravnih propisa, zakona i mogućih pravnih reperkusija potencijalnih presuda.

Jedan od faktora koji može imati uticaj na odluku da se započne parnični postupak je i količina resursa kojom raspolaže stranka. Pojedinci koji su bogatiji u smislu novca, dugoročne imovine ali »bogatiji« i u smislu pravnog znanja ili iskustva, će odlučnije i bez mnogo razmišljanja ulaziti u proces parničenja. Moguće je da druga strana nema iskustva u parničanju, ima ograničenja u smislu pravnih saveta, nedovoljno finansijskih sredstava pa će to, u samom startu biti prednost za drugu stranku.

*
* *

Iz svega navedenog možemo zaključiti da veliki broj faktora utiče na donošenje odluke u vezi sa započinjanjem parnice. Neki faktori su subjektivnog karaktera i vezuju se za pojedinačnog tužioca kao što su psihološki ili faktori koji proizilaze iz samog karaktera ličnosti. Ovi faktori se ne mogu posmatrati agregatno, ali se moraju uzeti u obzir prilikom razmatranja razloga koji utiču na odluku o započinjanju parničnog postupka. S druge strane, resursi koje poseduje tužilac, kako finansijski tako i iskustvo ili čak potreba da se postave precedenti za neke buduće slučajeve, povećavaju mogućnost nastanka parničnog postupka. Osnovni razlog započinjanja parnice je potreba pojedinca da zaštiti svoja prava na svojину, svoja ugovorna prava, da obezbedi naknadu štete i da zaštiti sva osta-

la prava koja su definisana Zakonom o parničnom postupku. Pre započinjanja parnice, svaki racionalni parničar će napraviti sopstvenu kalkulaciju određujući koristi i troškove koje ima od parničnog postupka kako bi doneo konačnu odluku. Naravno, sigurno je da se postavlja pitanje u kojoj meri su pojedinci racionalni kada je u pitanju započinjanje parnice odnosno koje vrste kalkulacija su spremni da obračunavaju u kojoj meri i da li postoje drugi razlozi koji će, bez obzira na krajnji ishod, uticati na započinjanje parničnog postupka. Drugim rečima, emocionalne ili kvalitativne karakteristike ličnosti mogu imati značajan uticaj na odluku o tome da li će se započinjati sa parničnim postupkom. Ova neracionalna komponenta odluke pojedinca da se parniči često ima presudnu ulogu u konačnoj odluci. Sve navedene razloge za parničnjem, koji svakako jesu osnovni faktori koji utiču na započinjanje parničnog procesa i koji predstavljaju teoretske polazne pretpostavke bi uvek trebalo uzeti sa određenim stepenom rezerve. »...Rigidne teorije moraju biti kombinovane sa podacima iz sudske prakse da bi se razumeli razlozi i proces suđenja«.³

ČEDOMIR GLIGORIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, Belgrade

REASONS FOR LITIGATION

Summary

The consideration of reasons for litigation is usually connected with law and law institutions. Without a doubt, the litigation provide the protection of civil rights, but only few scientists analyze the other, very important reasons for litigations. The process of litigation or making decisions to file or not to file suit, must be observed as a mix of many psychological, economic and emotional factors. The first aim of this work is to show that in some cases rationality in deciding to sue can be overwhelmed by effects of irrational factors in litigation. Plaintiff can file a suit although his expectations about the verdict is negative, because of strong sense for justice or his morality. One of the most important factor why litigations occur is the differences in

³ Robert Cooter, Daniel Rubinfeld, Trial courts: An economic perspective, Law and society review, Vol. 24. No. 2, str. 536.

expectations due to asymmetric information between the parties. It is the main reason why settlement is not possible, so the only solution is litigation. The second aim of this work is to show that asymmetric information between plaintiff and defendant are one of the main reason for litigation. Different expectations mean different information about the same item in the case and litigation occurs. But in some cases, different information can lead to settle because of strategic behaviour of litigants. Finally, it is very important to analyze all the motives for litigation, because it is not possible to conclude what factors are more important than others in making decisions to sue. Some irrational reasons to sue usually divergate from rational thinking about litigation, but many suits are started as a consequence of sinergetic effects of different motives. Only possible way to investigate the importance of reasons for suits is to use individual approach because of different personal characteristics of potential litigants.

DORĐE SARAPA

PRAVNI INTERES KAO PROCESNA PRETPOSTAVKA ZA OSTVARIVANJE SUDSKE ZAŠTITE

PROCESNE PRETPOSTAVKE

U savremenom društvu samopomoć je neprihvatljiva kao način ostvarivanja pravne zaštite, jer se svodi na pravo jačeg. Pružanje pravne zaštite subjektivnih prava je zakonom uređena društvena funkcija.

Procesne pretpostavke su okolnosti od kojih zavisi dopustivost pokretanja i vođenja parničnog postupka i donošenje meritorne odluke radi pružanja pravne zaštite¹. To su određena svojstva i uslovi koji moraju da postoje s obzirom na sud, s obzirom na stranke i s obzirom na predmet i način pokretanja postupka, radi meritornog rešenja pravnog pitanja zbog koga se postupak pokreće².

Procesne pretpostavke koje se tiču stranaka su stranačka sposobnost, parnična sposobnost, uredno zastupanje stranaka, procesna legitimacija i pravni interes. U nekim pravnim sistemima pored stranačke i parnične sposobnosti traži se i postulaciona sposobnost.

Starija pravna teorija, bazirana na instituciji rimskog prava *litis contestatio*, polazila je od stanovišta da je parnični postupak pravni odnos, koji ne može nastupiti bez postojanja procesnih pretpostavki. Zato treba da se u prethodnom stadijumu postupka utvrdi i ispita da li one postoje. Sledeći nemačku pravnu teoriju

Mr Đorđe Sarapa, advokat u Beogradu.

¹ Siniša Triva: *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1980, str. 24.

² Srećko Culja (Zuglia): *Gradanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 24.

građanskog parničnog postupka s kraja devetnaestog i početka dvadesetog veka, ovakvo stanovište o prirodi procesnih pretpostavki bilo je prihvaćeno u parničnom postupku Nemačke iz 1877. godine i Ugarske iz 1911. godine. Postojanje procesnih pretpostavki utvrđivalo se međupresudom.

Novija pravna teorija ne prihvata ovakvo stanovište. Ono nije bilo prihvaćeno ni u austrijskom Građanskom parničnom postupku iz 1895. godine, kao ni u Zakoniku o sudskom postupku u građanskim parnicama od 13. jula 1929. godine (Kraljevine Jugoslavije), koji je preuzeo mnoga rešenja iz austrijskog Građanskog parničnog postupka. Nije bilo prihvaćeno ni u Zakonu o parničnom postupku iz 1957. godine (FNRJ), kao ni u zakonima koji su sledili, uključujući aktuelni Zakon o parničnom postupku. Pokretanje parnice nije uslovljeno provođenjem posebnog prethodnog postupka u kojem bi se utvrdilo postojanje procesnih pretpostavki. Njihovo postojanje ispituje se u parnici. Prema tome, pre pokretanja parnice, i van parnice, ne može se ispitivati ni utvrđivati postojanje procesnih pretpostavki za vođenje parnice.

PROCESNA LEGITIMACIJA

Pravni interes je u najužoj vezi, i suštinski se svodi na procesnu legitimaciju za pokretanje i vođenje konkretnog pravnog spora. Procesna legitimacija je jedna od procesnih pretpostavki koje se tiču stranaka. Stranačka, parnična i postulaciona sposobnost su svojstva koja ne zavise od pravnog odnosa i spora u vezi koga se vodi parnica. One postoje nezavisno od konkretnog pravnog odnosa i spora. Za razliku od njih, procesna legitimacija je određena odnosom stranke prema predmetu konkretnog spora. Procesna legitimacija je ovlašćenje za traženje pravne zaštite. Ona predstavlja ovlašćenje stranke za pokretanje i vođenje konkretne parnice (*legitimatío ad processum*). Postojanje procesne legitimacije znači da stranka ima pravni interes i potrebu za zaštitom svojih prava, koja ostvaruje u parničnom postupku.

Da bi dokazao postojanje procesne legitimacije, tužilac treba pre upuštanja u raspravljanje o osnovanosti tužbenog zahteva da učini verovatnim da je ovlašćen za pokretanje i vođenje konkretne parnice, kako u odnosu na tuženu stranku, tako i u odnosu na istaknuti tužbeni zahtev. Da bi učinio verovatnim da je ovlašćen za vođenje parnice, tužilac treba samo da dokaže da ima pravni interes da pokreće parnicu, ukoliko postoje pretpostavke za koje tvrdi da postoje, i da bi imao koristi ako tužbeni zahtev bude usvojen. Da li iz navedenih okolnosti proizilazi osnovanost tužbenog zahteva ili ne, to nije procesno pitanje postojanja ili nepostojanja pravnog interesa, odnosno procesne legitimacije, nego pitanje osnovanosti tužbenog zahteva. Zato, iako je za utvrđivanje postojanja procesne legiti-

macije nužno upućivanje na materijalnopravne norme građanskog prava, postojanje procesne legitimacije je procesna pretpostavka i nema materijalnopravni značaj³.

Odnos procesne legitimacije i aktivne i pasivne legitimacije

Neki autori procesnu legitimaciju izjednačavaju sa aktivnom i pasivnom legitimacijom. Aktivno je legitimisano na vođenje parnice ono lice kome pripada pravo koje se u parnici traži, utemenjeno na materijalnopravnim normama. Pasivno je legitimisan onaj ko je po propisima materijalnog prava obavezan da to učini ili propusti. Iz ovoga ti autori izvode zaključak da procesna legitimacija za vođenje parnice nije procesne prirode, nego spada u materijalnopravna pitanja o osnovanosti tužbenog zahteva⁴. Smatramo da ovo stanovište nema osnova. Procesna legitimacija je *ovlašćenje za traženje pravne zaštite*. Za postojanje procesne legitimacije tužilac treba samo da učini verovatnim da je ovlašćen na vođenje konkretne parnice. Da bi učinio verovatnim da je ovlašćen za vođenje parnice, tužilac treba samo da dokaže da ima pravni interes da pokrene parnicu. Pravni interes postoji ako bi tužilac imao koristi ukoliko tužbeni zahtev bude usvojen. Iz okolnosti koje su osnov za dokazivanje pravnog interesa ne treba da proizilazi i osnovanost tužbenog zahteva. Prema tome, pitanje procesne legitimacije nije vezano za meritum spora. Uostalom, na to upućuje i latinski naziv (*legitimatio ad processum*).

Postojanje aktivne i pasivne legitimacije (*legitimatio ad causam*) je pretpostavka od čijeg postojanja zavisi osnovanost tužbenog zahteva. Zato pitanje aktivne i pasivne legitimacije nije procesna nego materijalnopravna pretpostavka, na što upućuje i latinski naziv. Zato neki autori aktivnu i pasivnu legitimaciju nazivaju stvarna legitimacija⁵.

PRAVNI INTERES

Jedna od procesnih pretpostavki koje se tiču stranaka je i postojanje pravnog interesa za traženje pravne zaštite.

Kod traženja sudske zaštite postoje dva zahteva. Jedan je zahtev u odnosu prema sudu da tužiocu pruži pravnu zaštitu. Taj zahtev je procesne prirode, jer se

³ Siniša Triva: navedeno delo, str. 106.

⁴ Srećko Culja (Zuglia): navedeno delo, str. 231.

⁵ Borivoje Poznić: *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1991, str.107.

temelji na odredbama procesnog prava. Drugi je zahtev onaj prema tuženom, koji se temelji na materijalnopравnim normama koje su pravni osnov presuđenja o meritumu.

Svaki tužilac mora imati konkretan i aktuelan pravni interes. Postojanje pravnog interesa je opšta procesna pretpostavka za dopuštenost suđenja u određenoj pravnoj stvari, a ne materijalnopравna pretpostavka za usvajanje istaknutog tužbenog zahteva⁶. To znači da pravni interes mora da postoji bez obzira na sadržaj pravne ztaštite i tip tužbe kojom se postupak pokreće. Nepostojanje pravnog interesa predstavlja procesnu smetnju.

Pravni interes za podnošenje kondemnatorne tužbe (tužba za osudu na činidbu⁷)

Kondemnatorna tužba je tužba kojom tužilac traži da tuženi u korist tužioca nešto čini, trpi ili propusti. Presudom koja se donosi u postupku po kondemnatornoj tužbi ne unosi se nikakva promena u materijalnopравni odnos između partičnih stranaka⁸.

Pravna zaštita kondemnatornom tužbom traži se nakon povrede prava. S obzirom na zabranu samopomoći, tužilac nema drugog načina da ostvari svoja prava nego da od suda traži pravnu zaštitu. Zato se smatra da tužilac uvek ima pravni interes za pokretanjem postupka kondemnatornom tužbom. Pravni interes se presumira, i tužilac ga ne mora dokazivati. Ta presumpcija temelji se na tome što presuda kojom se udovoljava tužbenom zahtevu po kondemnatornoj tužbi predstavlja izvršni naslov za prinudno ostvarenje prava koje tužiocu pripada po osnovu materijalnopравnih normi.

Pravni interes za podnošenje konstitutivne tužbe (preobražajna tužba⁹)

Konstitutivna tužba je tužba kojom tužilac traži stvaranje novih pravnih odnosa, modifikaciju postojećih pravnih odnosa, ili ukidanje postojećih pravnih od-

⁶ Siniša Triva: navedeno delo, str. 106. Milorad Živanović: *Tužba za utvrđenje u partičnom postupku*, Banja Luka, 1991, str. 140.

⁷ Srećko Culja (Zuglia): navedeno delo, str. 369–370. Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 162. Siniša Triva: navedeno delo, str. 308–310.

⁸ Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 232.

⁹ Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 165–166. Siniša Triva: navedeno delo, str. 310–312.

nosa. Presudom se ostvaruje materijalno pravo tužioca na promenu pravnih odnosa.

U određenim slučajevima pravni subjekti ne mogu vlastitim dispozicijama stvarati nove, ukidati postojeće niti modificirati postojeće pravne odnose. To mogu postići samo traženjem intervencije od strane pravosudnih organa. Iz tog razloga, tužilac ne mora dokazivati svoj pravni interes, jer se on presumira.

I kod konstitutivne pravne zaštite, u određenim slučajevima, koji se mogu smatrati izuzetkom od pravila, traženje pravne zaštite je uslovljeno dokazivanjem pravnog interesa. Najčešći takvi slučajevi u praksi su tužbe za razvod i poništenje braka. Kondemnatnog je značaja i presuda u postupku koji se pokreće predlogom za sporazumni razvod braka. Zato i kod sporazumnog predloga za razvod braka treba da se dokaže pravni interes.

*Pravni interes za podnošenje deklaratorne tužbe
(tužba za utvrđenje¹⁰)*

Iako začetke deklaratorne tužbe nalazimo u rimskom pravu, kao poseban pravni institut pojavila se tek polovinom XX veka. Kao institut procesnog prava postoji u većini pravnih sistema. Kod deklaratorne sudske zaštite pravo tužioca da traži pravnu zaštitu ne temelji se na ovlaštenjima materijalnog prava, nego je procesnopravne prirode.

Za razliku od kondemnatorne tužbe, kojom se pokreće parnični postupak nakon što je povredeno pravo tužioca, deklaratorna tužba podiže se pre povrede prava. Zato je neki autori nazivaju prejudiciona tužba¹¹. Zaštita koju tužilac traži, ograničena je na utvrđenje da neko pravo ili pravni odnos postoji, ili ne postoji. Sem utvrđenja postojanja ili nepostojanja prava, deklaratornom tužbom može se tražiti i utvrđenje istinitosti, odnosno neistinitosti isprave.

Presudom koja se donosi u postupku po deklaratornoj tužbi tuženom se ne nalaže činjenje. Zato ona ne predstavlja osnov za prinudno izvršenje. Deklaratorna pravna zaštita ima, stoga, preventivni karakter. S obzirom da se deklaratorna pravna zaštita traži pre povrede prava, kod deklaratorne tužbe ne postoji pretpostavka o postojanju pravnog interesa, za razliku od kondemnatorne i konstitutivne tužbe. Sa izuzetkom onih slučajeva kad pravo na podnošenje deklaratorne

¹⁰ Franja Goršić: Komentar građanskog parničnog postupka, Beograd, 1933, str. 37–42. Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 163–165. Siniša Triva: navedeno delo, str. 303–308. Milorad Živanović: navedeno delo.

¹¹ Franja Goršić: navedeno delo, str. 37–42.

tužbe izričito proizlazi iz zakona, tužilac je obavezan da učini verovatnim svoj pravni interes za pokretanje postupka. Smatra se da postoji pravni interes tužioca kad traži utvrđenje sadržaja pravnog odnosa da bi se otklonila nesigurnost prouzrokovana neizvesnošću ili sporom o njegovom sadržaju, kao i u slučaju kad tužilac učini verovatnim da postoji opasnost da tuženi ugrozi ostvarenje njegovih prava¹². Pošto se radi o utvrđenju procesne pretpostavke, od koje zavisi primena procesnog prava, dovoljno je da se pravni interes učini verovatnim¹³.

Imajući u vidu da se presudom koja se donosi u postupku kondemnatorne zaštite ne konstituišu, ne ukidaju niti ne modifikuju postojeći pravni odnosi, te s obzirom da ona ne predstavlja osnov za izvršenje, ne postoji pravni interes za podizanje deklaratorne tužbe u slučajevima kad je pravnu zaštitu moguće postići u postupku kondemnatorne ili konstitutivne pravne zaštite¹⁴.

Bez obzira na vrstu pravne zaštite, u određenim slučajevima smatra se da ne postoji pravni interes. To su slučajevi postojanja negativnih procesnih pretpostavki, odnosno procesnih smetnji. Te procesne smetnje su: postojanje pravosnažne presude u istoj pravnoj stvari (*ne bis in idem*), sudsko poravnanje, i litispendencija u vezi iste pravne stvari (*res iudicata in statu nascendi*).

Postojanje pravosnažne presude u istoj pravnoj stvari i sudsko poravnanje imaju značaj konačnosti u odnosu na tužbeni zahtev. Time je spor definitivno rešen. To isključuje postojanje pravnog interesa za ponovnim pokretanjem parnice u vezi istog tužbenog zahteva. U slučaju litispendencije u vezi iste pravne stvari o spornom zahtevu nije meritorno presuđeno. Nepostojanje pravnog interesa u tom slučaju, proizilazi iz toga što će tužilac dobiti pravnu zaštitu po tužbi kojom je pokrenut postupak koji je već u toku. Vođenje dve iste parnice protivno je i principu procesne ekonomičnosti.

Ako se detaljnije uđe u suštinu navedenih procesnih smetnji, uočava se, kad se radi o slučajevima presuđene stvari i sudskog poravnanja, da je postupak u istoj pravnoj stvari ranije bio pokrenut i meritorno završen. U slučaju kondemnatorne i konstitutivne tužbe, kad se pokretao taj raniji postupak, tužilac nije morao dokazivati pravni interes, jer se on presumirao. Tužilac je ostvario traženu pravnu zaštitu u ranijem postupku. Takođe, i u slučaju postojanja parnice u istoj pravnoj stvari, za pokretanje parnice koja je u toku pravni interes se presumirao. U odnosu na deklaratornu tužbu, razlika je jedino u tome što se kod kondemnatorne

¹² Siniša Triva: navedeno delo, str. 306.

¹³ Siniša Triva: navedeno delo, str. 106. Milorad Živanović: navedeno delo, str. 142–143.

¹⁴ Postoji stanovište, po kojem pravni interes na deklaratornu tužbu treba priznati i u slučajevima kad se utvrđenje ukazuje opravdanim zbog zaštite nekih drugih prava i interesa, jer utvrđenje sadržaja pravnog odnosa koji je prejudicijelno relevantan u kondemnatornoj ili konstitutivnoj presudi ima značaj samo za tu odluku, koja se zasniva na tom prejudicijelnom utvrđenju, ali ne i van toga. Siniša Triva: navedeno delo, str. 106.

i konstitutivne tužbe pravni interes presumirao, a kod deklaratorne tužbe tužilac je morao u ranijem postupku da ga učini verovatnim.

PRAVNI INTERES KAO PROCESNA PRETPOSTAVKA U ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU¹⁵

Član 2. Zakona o parničnom postupku (u daljnjem tekstu: ZPP) određuje da stranke imaju pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih prava, i da sud ne može odbiti da odlučuje o zahtevu za koji je nadležan.

Parnični postupak pokreće se tužbom. Član 187. ZPP-a¹⁶ određuje sadržinu tužbe. Stav 1. navedenog člana glasi:

»Tužba mora da sadrži određeni zahtev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, činjenice na kojima tužilac zasniva zahtev, dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice, vrednost predmeta spora, kao i druge podatke koje mora imati svaki podnesak (član 100)¹⁷.«

Prema odredbi člana 220. ZPP-a »svaka stranka je dužna da iznese činjenice i dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojim osporava navode i dokaze protivnika«. Po članu 221. stav 1. ZPP-a¹⁸ »dokazivanje obuhvata sve činjenice koje su važne za donošenje odluke.«

U članovima 186, 187, 220. i 221. ZPP-a reč je o činjenicama i dokazima na kojima se zasniva zahtev. Ni u jednom se ne spominje pravni interes. Bez obzira na to, i odredbu člana 2. ZPP-a (da sud ne može odbiti da odlučuje o zahtevu za koji je nadležan), pravni interes mora da postoji. On je opšta procesna pretpostavka za pokretanje i vođenje parnice bez obzira na sadržaj pravne zaštite. Zato mora postojati već u času podizanja tužbe. Na to upućuje odredba člana 279. ZPP-a koji (u relevantnom delu) glasi:

»Sud po prethodnom ispitivanju tužbe donosi rešenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi: 3) da o istom zahtevu već teče parnica; 4) da je stvar pravosnažno presuđena; 5) da je u istoj stvari zaključeno susko poravnanje; 6) da ne postoji pravni interes tužioca za podizanje tužbe iz člana 188. ovog zakona; «

Tačke 3), 4) i 5) odnose se na sve tipove tužbi. Jedino se tačka 6) odnosi isključivo na deklaratornu tužbu. Iako se pravni interes navodi samo u vezi deklaratorne

¹⁵ »Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 111/2009, od 29. decembra 2009. godine. Stupio na snagu 29. marta 2010. godine.

¹⁶ Član 187. ZPP-a sadržan je u Glavi šesnaestoj, koja se odnosi na tužbu.

¹⁷ Član 100. odnosi se na podneske generalno.

¹⁸ Članovi 220. i 221. ZPP-a sadržani su u Glavi dvadesetoj, koja se odnosi na dokazivanje.

torne tužbe (član 188. ZPP-a), razlog za odbacivanje tužbe i u ostalim naedenim slučajevima je nepostojanje pravnog interesa. U svim navedenim slučajevima nepostojanje pravnog interesa predstavnja procesnu smetnju.

Sud po službenoj dužnosti pazi na postojanje pravnog interesa tokom celog postupka. U tom smislu su i odredbe člana 197. stav 2. i 3. ZPP-a¹⁹, člana 346. stav 2. ZPP-a²⁰ i člana 324. ZPP-a²¹. Ukoliko ne bi postojao pravni interes vode nje sudskog postupka bilo bi bespredmetno.

Pravna teorija je jedinstvena u tome da se postojanje pravnog interesa presumira kod kondemnatorne i konstitutivne tužbe, ali ne i kod deklaratorne, obzirom na specifičnost prirode deklaratorne pravne zaštite. U skladu sa tim je i zakonodavno rešenje iz ZPP-a, jer se pravni interes izričito navodi samo u vezi deklaratorne tužbe.

Deklaratorna tužba (tužba za utvrđenje)

S obzirom da se, u principu, kod konstitutivne i kondemnatorne tužbe pravni interes presumira, pitanje pravnog interesa kao procesne pretpostavke svodi se u suštini na pravni interes za podizanje deklaratorne tužbe.

Deklaratorna tužba, kao sredstvo za ostvarenje deklaratorne pravne zaštite u našem pravnom sistemu, regulisana je odredbom člana 188. ZPP-a, koji glasi:

»Tužilac može u tužbi tražiti da sud samo utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave.

Ovakva tužba može se podići kada je to posebnim propisima predviđeno, kad tužilac ima pravni interes da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog spornog prava ili pravnog odnosa, pre dospelosti zahteva za činidbu iz istog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave, ili kad tužilac ima neki drugi pravni interes«.

¹⁹ Član 197. stav 2. i 3. ZPP-a: »Dok parnica teče, ne može se u pogledu istog zahteva pokrenuti nova parnica među istim strankama, a ako takva parnica bude pokrenuta, sud će tužbu odbaciti. Sud će u toku celog postupka paziti da li već teče druga parnica o istom zahtevu među istim strankama«.

²⁰ Čl. 346. st. 2. ZPP-a: »Sud tokom celog postupka po službenoj dužnosti pazi da li je stvar pravosnažno presuđena, i ako utvrdi da je parnica pokrenuta o zahtevu o kome je već pravosnažno odlučeno, odbaciće tužbu.«

²¹ Čl. 324. ZPP-a: »Sud u toku celog postupka po službenoj dužnosti pazi da li se vodi parnica o zahtevu o kome je ranije zaključeno sudsko poravnanje i ako utvrdi da se parnica vodi o zahtevu o kome je zaključeno sudsko poravnanje, odbaciće tužbu.«

Predmet utvrđenja u parnici po deklaratornoj tužbi. – Da se radi o deklaratornoj pravnoj zaštiti, nedvosmisleno sledi iz odredbe stava 1. člana 188. ZPP-a, gde se navodi da »tužilac može u tužbi tražiti da sud samo utvrdi (naglasio Đ.S.) ...«

Shodno odredbi stava 1. člana 188. ZPP-a može se tražiti utvrđenje postojanja ili nepostojanja prava, ili istinitost, odnosno neistinitost isprave²². S obzirom na ovakvo određenje predmeta utvrđenja, činjenice ne mogu biti predmet tužbenog zahteva za utvrđenje.

Pravo čije se utvrđenje traži mora biti konkretno i postojati u vreme podizanja tužbe, vođenja postupka i donošenja presude. I utvrđenje nepostojanja prava mora se temeljiti na činjenicama koje postoje u vreme podizanja tužbe, vođenja postupka i donošenja presude. Iako zakonska formulacija upućuje na to da raniji pravni odnos, koji je prestao, ne bi mogao biti predmet utvrđenja, pravna teorija, a i praksa, stoje na stanovištu da je to moguće, ali izuzetno. Radi se o slučaju kad je pravni odnos prouzrokovao pravne posledice, pa njegovo ranije postojanje predstavlja osnov za određeno pravo u sadašnjosti²³. Bez obzira na jezičku formulaciju člana stava 1. člana 188. ZPP-a, ratio legis opravdava ovakvo stanovište. Ne može se tražiti utvrđenje budućih pravnih odnosa.

Utvrđenje sadržaja i smisla pravnih propisa ne može biti predmet deklaratorne pravne zaštite²⁴. Pravni propisi nisu građanskopravni odnos. Pravni odnos nastaje između pravnih subjekata, a pravni propisi su pravni temelj tih odnosa. Utvrđivanje sadržaja i smisla pravnih propisa, u konkretnoj primeni prava, vrši se u postupku kvalifikacije, tj. supsumpcije konkretnog činjeničnog stanja pod sadržaj opšte pravne norme, da bi se meritorno presudilo o tužbenom zahtevu. Stranke mogu imati pravni interes samo u vezi konkretnog pravnog odnosa, koji se temelji na opštoj pravnoj normi, a ne na utvrđenju sadržaja te norme. Zato utvrđenje sadržaja i smisla pravnih propisa ne može biti predmet tužbenog zahteva.

Ne treba poistovećivati utvrđenje sadržaja i smisla pravnih propisa sa utvrđenjem postojanja ugovora i pravne prirode ugovora. Ugovorom se stvara građanskopravni odnos između ugovornih strana. Utvrđenje postojanja ugovora je utvrđenje pravnog odnosa između ugovornih strana, a ne utvrđenje činjenica.

²² I u Građanskom parničnom postupku iz 1929. godine (Kraljevine Jugoslavije), predmet utvrđenja po deklaratornoj tužbi je bio pravni odnos ili pravo, i istinitost ili neistinitost isprave. Paragraf 323: »Tužbom se može tražiti, da se utvrdi (ustanovi), da li postoji ili ne postoji neki pravni odnošaj ili pravo, da se prizna istinitost neke isprave ili utvrdi neistinitost njezina, ako tužilac ima određeni pravni interes, da se što pre sudskom odlukom utvrdi taj pravni odnošaj ili pravo ili istinitost isprave.«

²³ Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 163. Siniša Triva: navedeno delo, str. 305.

²⁴ Borivoje Poznić: navedeno delo, str. 163. Siniša Triva: navedeno delo, str. 305.

Takođe, i utvrđenje prirode ugovora je utvrđenje pravnog odnosa u vezi ugovora, a ne utvrđenje činjenica. Zato strankama treba priznati pravni interes za deklaratornu pravnu zaštitu i u ovim slučajevima. Isključeno je, međutim, utvrđenje činjenica u vezi ugovora, jer je to činjenično pitanje, koje je vezano za utvrđivanje činjeničnog stanja u postupku kondemnatorne ili konstitutivne pravne zaštite.

Utvrđenje istinitosti, odnosno neistinitosti isprave, znači obezbeđenje dokazne vrednosti isprave putem pravosnažne presude. U slučajevima kad se pravna zaštita ne može ostvarivati deklaratornom tužbom, razlog za to je nedostatak pravnog interesa, kao opšte procesne pretpostavke. Nedostatak pravnog interesa kod deklaratorne tužbe proizlazi iz činjenice da bi utvrđenje prelazilo okvire utvrđenja prava, odnosno istinitosti ili neistinitosti isprave, ili se pravna zaštita u konkretnom slučaju može postići u postupku kondemnatorne ili konstitutivne pravne zaštite.

Pravni interes. – Shodno odredbi stava 2. člana 188. ZPP-a, pravni interes kao procesna pretpostavka za deklaratornu pravnu zaštitu postoji: kad je to predviđeno posebnim propisima; kad tužilac ima pravni interes da se utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog spornog prava ili pravnog odnosa, pre dospelosti zahteva za činidbu iz istog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave; kad tužilac ima neki drugi pravni interes.

Pravni interes predviđen posebnim propisima. – Zakon u određenim slučajevima daje stranci neposredno ovlašćenje da pokrene parnicu i traži deklaratornu pravnu zaštitu, ili ovlašćuje sud da uputi stranku na pokretanje parnice. Tužilac tada nema obavezu da dokazuje svoj pravni interes, jer ga zakon ovlašćuje na podizanje tužbe. Tako, na primer: na temelju odredaba Zakona o nasleđivanju pravni interes ne mora dokazivati tužilac u slučaju podizanja tužbe radi utvrđenja ništavosti zaveštanja, ugovora o nasleđivanju, ugovora o budućem nasleđstvu ili isporuci, ugovora o sadržini zaveštanja, ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovora o doživotnom izdržavanju, odricanja od nasleđstva koje nije otvoreno, odricanja od prava da se zahteva deoba; na temelju odredaba Zakona o izvršnom postupku, radi utvrđenja nedopustivosti izvršenja; na temelju Zakona o stečaju, u slučaju izlučnog potraživanja. Pravni interes ne treba da dokazuje stranka ni u onim slučajevima kad to nije posebno zakonom određeno, a sud je uputi na parnicu radi utvrđenja prava koje je sporno.

Pravni interes pre dospelosti. – Tužilac može imati pravni interes da se utvrdi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa i pre dospelosti zahteva za činidbu iz tog odnosa. Ukoliko bi se ograničila mogućnost pružanja pravne zaštite tako da se pravni interes priznaje samo nakon dospelosti zahteva za činidbu, tužilac bi bio doveden u situaciju da svoje pravo može ostvarivati samo kondemnatornom tužbom. Često se povreda prava na način koji implicira kondemnator-

nu pravnu zaštitu može sprečiti pokretanjem postupka deklaratorne sudske zaštite, što joj daje preventivni karakter.

Drugi pravni interes. – Pored pravnog interesa da se traži utvrđenje postojanja, odnosno nepostojanja nekog prava ili pravnog odnosa, tužilac može podići deklaratornu tužbu i kad ima »neki drugi pravni interes«. S obzirom na ovakvo zakonsko određenje, očigledno je da je zakonodavac prihvatio ono stanovište pravne nauke po kome pravni interes ne mora biti imovinske prirode, zasnovan na građanskom pravu²⁵. Time se priznaje postojanje pravnog interesa i u slučaju utvrđenja prava ili pravnog odnosa koji se utvrđuju u parničnom postupku, a od čijeg utvrđenja zavisi postojanje ili nepostojanje nekog drugog odnosa tužioca. Može biti iz domena krivičnog, upravnog, porodičnog, međunarodnog, ili nekog drugog prava. Često od utvrđenja tih odnosa zavisi ostvarenje administrativnog ili javnopravnog odnosa, koji se ostvaruju u nekom drugom postupku.

Incidentni (prejudicijelni) zahtev za utvrđenje

Član 189. ZPP-a određuje:

»Ako odluka o sporu zavisi od toga da li postoji ili ne postoji neki pravni odnos koji je u toku parnice postao sporan, tužilac može, pored postojećeg zahteva, istaći zahtev da sud utvrdi da takav odnos postoji, odnosno da ne postoji, ako je sud pred kojim parnica teče nadležan za takav zahtev.

Isticanje zahteva u smislu stava 1. ovog člana neće se smatrati preinačenjem tužbe.«

Incidentni zahtev je novi, samostalan tužbeni zahtev, koji se ističe uz već postojeći zahtev. Zato isticanje takvog zahteva ima značaj preinačenja tužbe. Zbog toga što od postojanja, odnosno nepostojanja tog odnosa zavisi odluka o sporu, on je od prejudicijelnog značaja za odluku o glavnoj stvari. Iz tog razloga isticanje ovakvog zahteva ne smatra se preinačenjem tužbe i nije potrebna saglasnost tuženog.

S obzirom na formulaciju »pravni odnos koji je u toku parnice (naglasio Đ.S.) postao sporan«, isticanje takvog zahteva je moguće do zaključenja glavne rasprave. Iako se navodi da je to odnos koji je postao sporan u toku parnice, očigledno je da se radi o odnosu koji postoji i pre pokretanja parnice, a u toku parnice postaje evidentan. Iz tog razloga je svrsishodno, u postupku po kondemnatornoj tužbi dopustiti tužiocu da već u tužbi, pored kondemnatornog zahteva istakne is-

²⁵ Srećko Culja (Zuglia): navedeno delo, str. 372.

tovremeno i deklaratorni zahtev za utvrđenje postojanja, odnosno nepostojanja spornog pravnog odnosa iz koga proizlazi osnovanost kondemnatornog zahteva. U tom slučaju izreka presude sadrži deklaratorni preambul, koji je nužna pretpostavka svake kondemnatorne presude, jer predstavlja pravni osnov za presuđenje po kondemnatornom zahtevu.

U praksi se praktikuje ovakvo kumuliranje tužbenih zahteva u stvarnopravnim sporovima u vezi nepokretnosti. Ni tuženom se ne bi mogao osporiti pravni interes za isticanje ovakvog zahteva od prejudicijelnog značaja za odluku o glavnoj stvari. Tuženi to može učiniti podizanjem protivtužbe sa deklaratornim tužbenim zahtevom.

Sem slučajeva kad pravo na deklaratornu zaštitu proizilazi izričito iz zakona, tužilac mora učiniti verovatnim svoj pravni interes. Da bi sud mogao oceniti da li u konkretnom slučaju postoji pravni interes, tužilac pored tvrdnje da je ugroženo njegovo pravo treba da učini verovatnim da bi usvajanje tužbenog zahteva za njega predstavljalo ostvarenje koristi koju ne može ostvariti bez sudske poresude kojom se udovoljava njegovom tužbenom zahtevu.

Pravni interes umešača (intervenijenta)

Član 208. stav 1. ZPP-a određuje umešača na sledeći način: »Lice koje ima pravni interes da u parnici koja teče među drugim licima jedna od stranaka uspe, može se pridružiti ovoj stranci.« Umešač je ovlašćen da stavlja predloge i da preduzima sve ostale parnične radnje kao i stranka kojoj se pridružio (član 210. stav 1. ZPP-a). Ako pravno dejstvo presude treba da se odnosi na umešača, on ima položaj jedinstvenog suparničara (član 211. stav 1. ZPP-a).

Pravni interes umešača postoji kad pravne posledice presude u sporu između parničnih stranaka posredno ili neposredno utiču na njegove pravne odnose. Postojanje pravnog interesa je uslov intervencije, bez obzira na sadržaj pravne zaštite zbog koje se vodi parnica. Umešač uvek mora dokazati svoj pravni interes. U smislu odredaba člana 209. stav 1. ZPP-a, »svaka stranka može osporiti umešaču pravo da učestvuje u postupku i predložiti da se umešač odbije, a sud može i bez izjašnjenja stranaka odbiti učešće umešača ako utvrdi da ne postoji pravni interes umešača«. S obzirom da sud može i bez izjašnjenja stranaka odbiti učešće umešača ako utvrdi da ne postoji pravni interes, očigledno je da i u slučaju intervencije sud po službenoj dužnosti pazi na postojanje pravnog interesa.

Procesne posledice nedostatka pravnog interesa

S obzirom da je postojanje pravnog interesa procesna pretpostavka za dopuštenost suđenja a ne materijalnopravna pretpostavka za usvajanje tužbenog zahteva, na postojanje pravnog interesa sud pazi po službenoj dužnosti tokom celog postupka. U slučaju nepostojanja pravnog interesa sud se neće upuštati u raspravljanje o glavnoj stvari nego rešenjem odbaciti tužbu, bez obzira na vrstu pravne zaštite.

DORDE SARAPA, LL.M.,
Practicing Lawyer, Belgrade

LEGAL INTEREST AS A LEGAL PRESUMPTIONS
FOR REALYSING JUDICIAL PROTECTION

Summary

Securing the protection of individual rights in litigation proceedings is connected to circumstances permitting the instituting of the proceedings. These are the procedural presumptions. One of these concerns the parties' legal interest, i.e. the legitimacy of their claim. The legal interest is the very foundation of the proceedings, and is based on the *locus standi*, or standing, of the party to institute and participate in the proceedings. It has no bearing in terms of substantive law, since it is not a prerequisite based on which a claim can be granted.

The plaintiff must have a specific legal interest. Its existence is the general procedural presumption. I.e. the legal interest must exist regardless on the type of legal protection and civil action with which the proceedings is initiated. The lack of a legal interest is a procedural impediment. In order to raise a condemnatory and constitutive type of civil action, the existence of a legal interest is presumed. However, in case of a declaratory civil action, the plaintiff must show the probability that he is authorized to participate in the litigation, i.e. to prove his/her legal interest. It is considered that a legal interest exists if the plaintiff would have a benefit in case the claim is granted. The legal foundation of the civil action claim need not stem from the circumstances that serve as the basis for proving the legal interest.

The legislative solutions in the Law on Litigation Procedure are in accordance with the aforementioned. The existence of the legal interest is presumed in cases of condemnatory and constitutive civil actions. The declaratory civil action is regulated by art. 188: the plaintiff may request with the civil action the determination of solely the existence, or non-existence, of a given right or legal relationship, as well as the validity, or invalidity of a document. The declaratory civil action may be instituted when special provisions so envisage, should the plaintiff have a legal interest to determine the existence, or non-existence, of a disputed right or legal relationship, prior to any claim for action stemming from such relationship, or should he/she have some other legal interest.

The author also elaborates other specifics relating to the matter, such as the issue of time limit for instituting the claim, the exact formulation of the claim, etc.

MIRKO BARTULOVIĆ

SVEDOK KAO DOKAZNO SREDSTVO U GRAĐANSKOM PROCESNOM PRAVU

U V O D

I danas u svetu razvijene komunikacijske tehnologije, teško je zamisliti građanski spor u kojem se ne pojavljuje svedok kao dokazno sredstvo. Danas je, s druge strane, sve više pokušaja da se na razne načine bez velikih muka i grešaka, pronikne u misli čoveka koji treba da svedoči i tako eliminiše sumnja u istinitost njegovog iskaza. Pokušaji da se istinitost svedokovog iskaza ceni po njegovom ponašanju, grimasama, promenama u njegovom govoru, položaju njegovih usana, očiju, obrva i slično, nisu zaživeli kao sigurni pokazatelji verodostojnosti svedočenja. To, za sada, nije slučaj ni sa savremenim mehaničkim uređajima koji opet, na temelju telesnih reakcija na postavljena pitanja bi trebali dati odgovor, da li lice podvrgnuto ovom načinu ispitivanja ne govori ili govori istinu. U građanskim sporovima ovi metodi kod nas nisu zaživeli već služe samo ponekad u krivičnom postupku, u postupku istrage, kao indicija. Koliko je autoru poznato ovaj metod nije nikada prisutan u ispitivanju kod glavnog pretresa pred sudom. Prema tome, na nivou prosečnosti shvatanja kao merilu kojim se sud u procesu sticanja uverenja o postojanju relevantnih a spornih činjenica, dokazuju se između ostalog i saslušanjem svedoka, pri čemu se primenjuje klasični mehanizam koji u svesti sudija stvara potrebno uverenje o istinitosti podataka dobijenih od svedoka i u svetlosti logičnog skupa svih dokaznih sredstava i dokaza

Dr Mirko Bartulović, član Udruženja pravnika Srbije.

provedenih tokom čitavog spora u njegovoj celosti. O ovom mehanizmu misaonog procesa sudije ovde će uglavnom biti reči smatrajući ga možda najslabijom karikom u sigurnost izvesnosti utvrđivanja relevantne istine jer se ipak radi o čoveku bilo da se u sudskom procesu pojavljuje kao svedok ili kao sudija. Ovaj poslednji, bez obzira na stepen svog obrazovanja ili mudrosti, mora ostati u svom zadatku na standardu one vrednosti kojim raspolaže obični razumni čovek jer bi u protivnom »skliznuo« u oblast znanja ili veština rezervisanih samo za slučajeve u kojima se angažuje veštak. O ovome će, razume se, biti opširnije reči u delu teksta koji se odnosi na mehanizam sticanja relevantnog uverenja. U ovom tekstu se samo najvažnije i načelno bavimo, zbog obima materijala kojim bi se moralo detaljnije obuhvatiti kada se radi o pitanjima, po nama, više tehničke prirode, kao što su to dužnosti, zabrane, prava na uskraćivanje svedočenja ili odgovora na pojedina pitanja, prinudnim merama i slično. Zato je neophodno bilo, da se u vezi sa svedočenjem bavimo, u meri koju smatramo neophodnom kod instituta veštaka, saslušanja stranaka, pripremana za saslušanje i slično.

SVEDOK KAO VID DOKAZNOG SREDSTVA

Ako se podsetimo na uobičajenu definiciju pojma svedoka kao lica koje sudu pruža podatke o svom opažanju relevantnih činjenica koje su se desile ranije, dakle pre njegovog iskaza pred sudom, tada nam je jasno da on takve podatke daje na osnovu saznanja koje je primio putem svojih čula. To odmah znači da prilikom davanja svog iskaza pred sudom moramo početi od oborive pretpostavke da je ovo lice bilo sposobno da takve činjenice opazi tj. da mu je odgovarajuće čulo npr. vida ili sluha bilo ispravno tj. podobno da u njegovoj svesti odgovarajući podatak registruje, zapamti i pred sudom reprodukuje u celosti ili delimično ako je usled proteka vremena neku pojedinost možda zaboravio. Zaboravnost se ne sme, naravno, izjednačiti sa prećutkivanjem što je svesna kategorija koja se može izjednačiti sa namerom uskraćivanja svedočenja ako pri tome ne sadrži i neke druge kažnjive elemente. Svedočenje o činjenicama ne mora da bude istovremeno i direktno saznanje o njima jer se opažanje može sastojati i posrednim putem npr. preko onih koji su se neposredno uverili o njihovom postojanju i posredna saznanja mogu biti korisna za sud, da u sklopu drugih podataka stekne uverenje o onome što je bitno za pravilan zaključak. Međutim, treba potpuno i definitivno odvojiti onaj deo iskaza koji se odnosi na lično zapažanje od zaključaka svedoka o onome što se zaista dogodilo. Mišljenje na ovakav način izraženo samo vlastita procena događaja i kao mentalni proces predstavlja vlastito uverenje koje može

biti ispravno ali i pogrešno. Međutim ono je rezervisano, sem u nekim izuzetnim okolnostima, samo za sud a ne za zaključak ili mišljenje svedoka.¹

SPOSOBNOST SVEDOČENJA

Da bi svedok bio sposoban za svedočenje, morao bi, u prvom redu da ima sposobnost primanja utisaka svojim čulima i da ih u svom sistemu zapamti na način koji mu omogućava da ga reprodukuje pred drugima tj. u ovom slučaju pred sudom. Sasvim je razumljivo da potpuno slep čovek ne može da vidi događaj koji je kao činjenica relevantan u sporu. Međutim, on je sa druge strane sposoban (ako naravno nije i gluv) da se priseti šta je u odgovarajućoj prilici čuo, bez obzira da li se radi o namernom ili slučajnom saznanju na ovaj način. Prema tome, svako lice koje ima sposobnost da stiče saznanja o činjenicama (događajima) i da ih reprodukuje, može da bude svedok, što podrazumeva da se kao faktor sposobnosti ne uzima u obzir dob ili punoletstvo pa da tako postoji ograničenje za svedočenje ovakve vrste. Ograničenje ove sposobnosti ne nalazimo ni u slučajevima povezanosti svedoka sa odgovarajućim događajem u smislu njegove zainteresovanosti u ishod spora, njegovih moralnih ili verskih osećanja i slično².

Druga je stvar u kojoj meri ovakve povezanosti utiču na uverenje suda u istinitost svedočenja. Na sposobnost svedočenja sa druge strane međutim, mogu da utiču neka privremena stanja koja mogu da spreče delimično ili u celosti pažanja bilo u trenutku događaja o kojima treba svedočiti ili njihovog postojanja u vreme kada se iskaz o njima daje. To su npr. bolest, duševno stanje i slično, nastalo u međuvremenu ili možda bilo prisutno u vreme događaja o kojem se svedoči. Isti je slučaj za mogućnost opažanja kada se ne radi o potpunoj nesposobnosti već delimičnoj nesposobnosti čula za prijem utisaka.

Kada se govori o sposobnosti svedočenja ne možemo zanemariti ni faktor opšteg obrazovanja svedoka obzirom da u najširem smislu i ono može uticati na sposobnost uočavanja spornih činjenica. Čovek koji je nepismen, ne može dati

¹ Autor se i u nekim svojim ranije objavljenim radovima delimično osvrtao na mehanizam utvrđivanja istinitosti od strane suda u parničnom postupku (»Sudijaska nezavisnost« – 12/2004 Pravni život; »Utvrđivanje činjenica u parničkom postupku«, 12/2006; »Porota Da ili Ne« 13/2007).

² U procesu sticanja uverenja o relevantnim činjenicama (o čemu će u daljem tekstu biti reči) videćemo i razlog zašto sudija ne može biti svedok u predmetu u kojem sudi, odnosno da u presuđivanju ne može koristiti vlastita saznanja o spornom slučaju i njima obrazložiti svoju odluku. Razume se da se ovde ne misli na saznanja iz kategorije opštepoznatih činjenica, dakle onih koje se ne moraju dokazivati. Ako je naravno ipak opštepoznata činjenica u konkretnom slučaju sporna, takvo njeno svojstvo može biti osporavano kao svaka druga.

relevantan iskaz o tome šta je npr. pisalo na zidu, bilbordu i slično. Razume se da stepen razumevanja u ovakvim slučajevima može da bude i delimičan, ali sud, u konkretnim slučajevima, mora sa velikom brižljivošću stepen izvesnosti sposobnosti opažanja ceniti kao i kada se radi o pomenutoj sposobnosti dečaka ili starijeg lica dakle onda kada se može osnovano posumnjati o veličini sposobnosti sticanja utisaka. Sposobnost svedoka, dakle, ne nalazimo samo u njegovom psihofizičkom stanju. Radi se dakle o tome da se ljudi razlikuju po svom obrazovanju. Razumljivo je da se u pogledu prihvatanja utisaka u običnim stvarima ova razlikovanja po pravilu ne moraju uočavati ali, u pogledu onih svedoka koji imaju više ili specijalno obrazovanje, a događaji su takve prirode da se samo sa ovakvim znanjem mogu uočiti, postepeno dolazimo do posebnog pojma koje bi mogli uslovno nazvati stručnim svedocima. Pri ovome se moramo čuvati od toga da ih izjednačimo sa veštacima bez obzira što poseduju iste ili slične ili posebne veštine. Treba, naime, uvek imati u vidu da svedok, pa i svedok stručnjak, kada je pozvan da pruži svoj iskaz sudu, ne daje svoje mišljenje o događaju o kojem svedoči već samo činjenice koje je kao stručnjak iskoristivši svoja posebna svojstva tom prilikom i opazio. Kada ovde naglasimo da takav svedok ne daje mišljenje, ne smatramo da on to ne sme da učini. Naprotiv, ovakvo mišljenje on može sudu da da u svom iskazu a sud će pri tome samostalno ceniti da li tada treba da konsultuje druge veštace u tom svojstvu. Ovde je naglasak upravo na uočenim činjenicama u vreme događaja, bez obzira što su uočene uz pomoć posebnih kvalifikacija i znanja, za razliku od veštaka koji daje svoj nalaz i mišljenje na osnovu podataka o proteklom događaju. Međutim, uloga svedoka – veštaka, ne onemogućava sud da ga u tom svojstvu u istom slučaju sasluša kao veštaka (razume se ako ne postoje zakonske smetnje za njegovo imenovanje u tom svojstvu zbog kojih bi trebalo da bude izuzet kao veštak u konkretnoj stvari).

IZUZECI OD DUŽNOSTI I NEMOGUĆNOST SVEDOČENJA

Načelno pravilo o građanskoj dužnosti i obavezi svedočenja, razume se, odnosi se na sva lica koja su sposobna da određeni iskaz daju sudu, ima svoje izuzetke koji se odnose na zabranu (nedopustivost) saslušanja, te pravo na uskraćivanje svedočenja obzirom da se u tom svojstvu određena lica ne smeju podvrći saslušanju. U zakonu su takva lica izričito pomenuta pa ih ovom prilikom nećemo nabrajati. Isto tako ovde nećemo govoriti o pravu određenih svedoka da uskrate odgovore na pojedina pitanja, o čemu se zakon opet pojedinačno izjašnjava. U ovom poslednjem slučaju, dakle, ne radi se o zabrani saslušanja od-

ređenih svedoka navedenih u zakonu, već samo o pravu na uskraćivanje pojedinih pitanja. U zakonu upotrebljen izraz «može» sugeriše da se radi o mogućnosti ali ne i o obavezi da se odgovori na takva postavljena pitanja. Ovakvo uskraćivanje pojedinih odgovora nametnuto je kao obaveza čuvanja saznanja o pojedinim činjenicama drugim propisima koje, ako ih svedok prekrši, predviđaju određene sankcije (npr. advokatura) ili samim faktom zaštite vlastitog integriteta i slično. Svakako da ovaj deo parničnog postupka koji se odnosi na ustanovu svedočenja treba da ima posebnu pažnju, ali je ovde zbog prostornog ograničenja moramo izostaviti i pozabaviti se samo jednim ograničenjem koji i kod nas nepostoji ali postoji u nekim zakonodavstvima drugih država. Kod nas je svojevremeno bio naime predmet teorijskog razmišljanja da li ga uneti u našu zakonodavnu praksu.

Radi se naime o institutu nedopuštenosti da se u građanskom sporu iznad vrednosti određenog iznosa uopšte činjenice ne mogu dokazivati svedocima. O čemu se zapravo ovde radi? Odgovor je bio u tome da li se u našem pravu uopšte može usvojiti princip ograničenja upotrebe svedoka kao dokaznog sredstva ili usvojiti princip njegove neograničene upotrebe? Drugim rečima, pitanje je zbog čega je u našem pravu usvojeno načelo neograničene upotrebe svedoka (izuzev onih koje smo napred naveli).

U objašnjenju odbijanja da se dokazi svedocima u određenim slučajevima odbace, moramo se osvrnuti na praktične i teorijske razloge koji kao uzročnici su povezani sa institutom forme u ugovornom pravu. Sigurnost pravnog prometa pismenim ispravama bez sumnje daje veću tj. jaču dokaznu vrednost od svedočenja. Nije stoga, za takav promet nezainteresovana država koja svojim propisom upravo određuje valjanost takvog prometa, pismenim dokaznim sredstvom (npr. promet nekretnina). Međutim, ovde svakako moramo razlikovati formu kao uslov postojanja ugovora od forme kao dokaznog sredstva. U ovom drugom slučaju, kada je npr. pismeno samo dokaz a ne uslov, naše pravo se opredelilo da se usvojenim principom slobodne ocene dokaza svedoci budu podobni kao dokazno sredstvo. Ali ako uspostavljamo tzv. dokaznu formu tada uvodimo nedopustivost da se za određeni cenzus svedok, kao dokazno sredstvo upotrebi. Sud bi prema tome, u slučaju da se odnos ipak dokazuje samo svedocima, zahtev morao odbiti zbog nedostatka dokaza. Pri tome ostaje pitanje odnosa kao prirodne obligacije koju sud ne sankcioniše ali to ne isključuje da bi se moglo presuditi na osnovu priznanja ili dokaza saslušanjem stranaka. Naravno, u našem pravosudnom sistemu ova razmatranja su samo teorijske prirode obzirom na izričito opredeljenje neograničene »upotrebe« svedoka i njihovog iskaza prema načelu slobodnog uverenja.

PRINCIP SLOBODNE OCENE DOKAZA

Ako bi zakon nametnuo sudu da prihvati kao istinitu neku relevantnu činjenicu bez obzira da li je sud imao neku rezervu u pogledu rezultata takvog ispitivanja i iskaza ali ga je ipak morao prihvatiti kao osnov za donošenje svoje odluke, tada imamo, ukratko rečeno, institut formalne istine jer je u njemu isključena ocena takvih dokaza. Zakon je u takvom slučaju isključio da se sumnja u sposobnost dokaznog sredstva kao njegove dokazne snage (»nervus probationis«) da stvara uverenje u propisanu istinitost činjenice koja se ima dokazati.

Na ovome se ne bi duže zadržavali jer danas podela dokaza koji se ne zasniva na pravnim propisima ovo načelo je napušteno ali ga ovde samo napominjemo kao suprotnost kod nas usvojenom načelu slobodne ocene dokaza.³

Stara zakonska definicija principa slobodne ocene dokaza po kojoj »sud osvrnuvši se brižljivo na rezultat celokupne rasprave i izvedenih dokaza po slobodnom uverenju ocenjuje da li se i koji činjenični navod (svedoka) ima smatrati istinitim ili ne«, ipak ostavlja otvorenim izvesna objašnjenja jer se u današnje vreme u javnosti kada su predmeti završeni pojavljuju komentari i nagađanja koji često ukazuju na nerazumevanje ovog instituta u građanskom postupku.

U prvom redu se može postaviti pitanje šta je to uverenje, a posebno kakva je i o kakvoj se to slobodi ocene radi, da li je ona ipak nečim i čime ograničena, ko je ograničava i zašto?

Svaki građanin se susreće sa pojmom uverenja od svog rođenja pa do smrti kao sto je npr. uverenje o rođenju, položenom ispitu, o imovnom ili zdravstvenom stanju i slično. Kakvo je to uverenje suda u pamici kada on ne izdaje nikakvo uverenje već treba da donese presudu? Razume se da uverenje suda o kojem ovde govorimo nije nikakva isprava već misaoni proces koji tokom provođenja postupka kod sudije stvara osećaj da je svedok dao istinit, odnosno u konkretnom

³ Pored nesumnjivo važnog usvojenog načela slobodne ocene dokaza u cilju sticanja uverenja suda u istinitost spornih činjenica svim dokaznim sredstvima, pa time i iskazima svedoka, postoji u procesnom pravu kod nas niži stepen dokazanosti u pojedinim slučajevima, kojeg nazivamo verovatnoćom. Kada o verovatnoći govorimo kao nižem stepenu dokazivanja, neke okolnosti ili činjenice, tada imamo u vidu da u konkretnom slučaju nije neophodan onaj stepen razumne izvesnosti kao podloge za primenu prava u konačnoj odluci, već je u postupku ponekad potrebno odlučivati samo sa manjom dozom izvesnosti koja kod suda ne izaziva uverenje u izloženom smislu već bi se to moglo nazvati samo utiskom suda za koje nije neophodno donošenje obrazloženja, pa prema tome sud nije u takvom slučaju vezan ni za određenu formu izvođenja dokaza prilikom čega se ipak isključuje mogućnost saslušavanja stranaka, ali naravno ne i potreba za informacijama koje one trebaju dati po ovom pitanju. Ovde se ne bi dalje zadržavali na ovom pitanju već bi naveli samo neke primere kao što je to npr. slučaj kod izuzeća sudija, produženja sudskog roka, odlaganje ročišta, povraćaje u predašnje stanje, obezbeđenje dokaza, kod razloga za uskraćivanje svedočenja, postojanja interesa trećeg, postojanje opasnosti kod izdavanja privremene mere i slično.

slučaju, uverljiv iskaz o činjenici koju je trebalo dokazati. Ako je sud u sistemu formalnih dokaza bio dužan prihvatiti kao istinit iskaz svedoka (formalna istina ili negativna zakonska teorija dokaza) princip slobodnog ocenjivanja ga oslobađa ove obaveze ali mu nameće mehanizam slobode da veruje ili ne veruje svedoku.⁴ Sloboda je dakle u ovom slučaju samo suprotnost obaveznom dokaznom formalizmu, ali nije slobodna u smislu njene potpune nezavisnosti jer bi u tom slučaju bilo suvišno svako obrazloženje razloga koji su doveli do konačnog zaključka – uverenja, ili drugim rečima ubeđenja o istinitosti iskaza svedoka. Naravno i sasvim razumljivo ovakva (sloboda) nije ograničena samo za slučajeve kada su u pitanju svedoci već se odnosi na sva dokazna sredstva uopšte u građanskom postupku. Ovde se na ovoj slobodi zadržavamo samo kod svedoka jer se ovim dokaznim sredstvom bavimo. Upravo zato se pri oceni istinitosti iskaza svedoka ocena i slobodno uverenje proteže na sav dokazni procesni materijal u određenom slučaju i bezuslovno uzajamno uslovljeno logičnom vezom.

Prema tome, kada govorimo o slobodi ocene dokaza i obaveznosti obrazloženja stečenog uverenja o istinitosti relevantnih činjenica, došli smo upravo na sledstveno objašnjenje pitanja ograničenja te slobode.

Načelo slobodne ocene dokaza ne podrazumeva apsolutnu slobodu odlučivanja jer kada bi to bilo tako sudija ne bi imao potrebu ni dužnost da svoju odluku obrazlaže. U potrebi prihvatljivog obrazloženja, dakle, sastoji se ono formalno ograničenje takve slobode pa je upravo u tome cela suština. Uverenje suda je samo slobodno od zakonskog ili drugog uticaja ali ne u razlozima koje je bilo osnova da se takvo uverenje kod sudije formira. Ono što je suština potrebnog obrazloženja mora biti razumno shvatanje jednog ideala zamišljenog prosečnog građanina. To je dakle standard merila kojim se prihvataju ili ne prihvataju razlozi na kojima se formira sudijsko uverenje. Ono nije dakle slobodno van takvih standarda i podložno je oceni drugostepenog suda, javnosti i struke. Logika ne trpi proizvoljnost već pravilan sled zaključaka koji dovodi do konačne ocene o održivosti i ispravnosti činjenične osnove presude.

Da bi načelo slobodne ocene dokaza dobilo svoj puni izražaj mora biti praćeno jednim drugim načelom, načelom neposrednosti, koje je upravo u svom punom opravdanju prisutno kod saslušanja svedoka pred sudijom odnosno većem koje donosi odluku (izuzetak se odnosi samo za slučaj saslušanja od strane zamoljenog sudije). Povreda ovog načela znači istovremeno bitnu povredu postupka

⁴ Ocena dokaza predstavlja postupak organa (suda) koji rešava određeni odnos ili spor u kome taj organ, posle završenog dokaznog postupka ceni dokaznu snagu izvedenih dokaza i obrazlaže svoje stanovište zašto je i kako cenio te dokaze u konkretnom slučaju. To je zaključivanje organa o tome koliko, kako i zašto izvedeni dokazi potvrđuju postojanje ili nepostojanje određenih činjenica i okolnosti koje su od značaja i uticaja na rešenje datog spora i slično (»Pravna enciklopedija« – Beograd, str. 677).

upravo stoga što takvim nedostatkom neposrednosti u uskoj je vezi sa pravilnom primenom pa time i ocene kod sticanja ovakvog uverenja.

Upravo se ovde, može pojaviti i postaviti jedno teorijsko ali i praktično pitanje, koje je u neposrednoj vezi sa načelom neposrednosti kao nezaobilaznim faktorom u procesu sticanja slobodnog sudijskog uverenja. Radi se naime, o tome da li se i u kojoj meri radi o uverenju kada po žalbi na prvostepenu odluku suda treba da odluči onaj drugostepeni? Ovde naravno treba poći od pretpostavke da drugostepeni sud odlučuje na osnovu stanja u spisima, dakle, ovde ne dolazi u obzir primena načela neposrednosti jer ovaj sud ne provodi dokaze već samo ceni da li je uverenje raspravnog suda obrazloženo na način koji ne dovodi u razumnu sumnju ispravnost njegovog obrazloženja. Drugim rečima, drugostepeni sud ne stiče uverenje o ispravnom prihvatanju spornih činjenica od strane raspravnog suda, već ceni da li je taj sud bez razumne sumnje upravo koristeći načelo neposrednosti, naročito kada su u pitanju svedoci kao dokazno sredstvo, mogao steći ispravno svoje uverenje kao podlogu za primenu materijalnog prava.

Razume se, da se pravilo neposrednosti i slobodnog sudijskog uverenja i kod drugostepenog suda može primeniti kada bi on neposredno provodio dokaze kao i onaj raspravni (jer bi u tom slučaju to i sam bio).

Ovo pitanje naravno ne može se postaviti kada bi sud raspravljao samo pravna pitanja i ako bi istina izuzetno i ovo bilo moguće kod očiglednih grešaka kod primene procesnog tako i materijalnog prava.

Iz rečenog se nameću i teorijski zaključci o dva odvojena ali naravno usko povezana stadijuma parničnog postupka. Prvi je, u slučajevima redovnog neslaganja stranaka u pogledu relevantnih činjenica i nužnosti da ih sud uz pomoć dokaznih sredstava pravilno utvrdi po principu slobodne ocene dokaza i druge faze obaveze suda da na tako utvrđeno činjenično stanje pravilno primeni materijalno pravo odnosno zakonsku normu koja se odnosi na konkretan slučaj. U ovoj prvoj fazi dolazi naročito do izražaja znanje i veština pravilne primene procesnih ovlašćenja suda, a u ovoj drugoj, moglo bi se reći o znanju sudije da na utvrđenom činjeničnom stanju primeni odgovarajuću zakonsku normu⁵.

Razlikovanje ove dve faze, jasnije se vidi kod žalbenih razloga jer se retko žalbena strana ne poziva na pogrešno i nepotpuno činjenično stanje i na pogrešnu primenu materijalnog prava. Razume se, sasvim je moguće da je prvostepeni sud

⁵ U anglosaksonskom procesnom pravu se ove dve faze jasno ističu time što postupak utvrđivanja istinitosti primenom dokaznih sredstava (pa time naravno i iskaza svedoka) ovaj deo poverava laičkoj poroti, dok primena u mešovitom sistemu porotnog suđenja kod nas, u kojem učestvuju sudije porotnici, postoji njihova potpuna ravnopravnost kako u postupku sticanja uverenja na osnovu slobodne ocene dokaza u izloženom smislu tako i u primeni materijalnog prava iako, po našem mišljenju, ipak odlučnu reč u ovoj fazi ima profesionalni sudija, odnosno predsednik veća.

pravilno utvrdio sporne činjenice ali primenio pogrešan (neodgovarajući) propis. Drugostepeni sud je tada u mogućnosti da, ako je utvrdio da je ispravno donet činjenični osnov, da jednostavno ovaj nedostatak ispravi time što primeni odgovarajuću normu bez da vraća raspravnom sudu predmet na ponovno odlučivanje. Problem je složeniji ako je činjenični osnov presude »labav« tako da se osnovano može zaključiti da je neodrživ i time naloži ponovno suđenje pri čemu bi viša sudska instances, sa svoje strane bila dužna obrazloženo navesti svoje razloge. Ovdje nailazimo na slučaj sukoba dva uverenja, prvostepenog i drugostepenog suda. Oba su slobodna, ali različita. Drugostepeni međutim, po redovnom toku stvari ne stiče uverenje o istinitosti dokaznih sredstava već o logičnosti obrazloženja i osnovanoj sumnji o ispravnosti činjeničnih zaključaka o istinitosti navoda na primer svedoka u prvostepenom postupku. Nema međutim osnovanosti žalbenog prigovora o pogrešnom uverenju prvostepenog suda kada se iz obrazloženja presude ne mogu naći primedbe odnosno osnovane zamerke na osnovu kojih bi ovakvo uverenje suda moglo biti pogrešno.

U tome je dakle snaga i ispravnost slobodnog uverenja kao načela u našem parničkom postupku, naročito u pogledu dokazne snage svedoka kao u navedenom smislu, najosetljivijeg dokaznog materijala.

Međutim, upravo kada se radi o svedocima, nailazimo na mnoga procesno-metodološka pitanja koja se negde moraju a negde trebaju poštovati i imati u vidu upravo zato da bi se sa relativnom sigurnošću mogao ceniti njihov iskaz.

PROCESNA PRAVILA I NAČIN ISPITIVANJA SVEDOKA

Teško je poći od pretpostavke da je zakon sposoban i svemoćan da svojim pravilima zameni sposobnost i iskustvo sudije-predsednika veća koji upravlja postupkom, kako uspešno ostvariti cilj i od svedoka dobije onaj i onakav iskaz o spornim činjenicama koje su mu poznate ili mu moraju biti poznate obzirom na okolnosti koje je uočio ili trebao uočiti, saznati i slično, te ih u svom iskazu pružiti sudu na način koji je dobar da bude prihvaćen kao istinit.

Još smo, naime, u uvodnim izlaganjima ovdje naglasili da u prvom redu mora da se vodi računa o sposobnosti svedoka da činjenice opazi i da ih zadrži u sećanju, drugim rečima da je u stanju svojim čulima uočiti ono što je važno u sporu i da to pruži sudu u svojstvu. Razumljivo je da onaj koji ne vidi ne može u svojoj svesti primiti i zadržati vizuelne utiske i događaje, ali je faktički problem kada su njegova čula (ili odgovarajuće čulo) samo delimično oslabljeni ili oštećeni. Kao očigledan primer je kada pored relativno dobrog vida, postoji npr. nesposobnost razlikovanja boja; kod slabovidnog svedoka postoji potreba da nosi naočare i slično. Dakle kada se ne bi radilo o potpunoj nemogućnosti da svojim

čulom oseti ili vidi već je sposoban samo da to delimično opazi ili reprodukuje u svom iskazu. Pored ove teškoće u oceni sposobnosti svedoka koji se odnosi na fizičko stanje njegovih čula, ne može biti zanemarena i njegova opšta sposobnost uočavanja činjenica obzirom na stepen njegove opšte kulture pa i pojedinih znanja koja su u vezi sa sposobnošću opažanja. Ova okolnost je za nas značajna kada se radi o tzv. svedoku veštaku. Više iskustvenog znanja može takođe da pruži mogućnost boljeg saznanja o činjenicama koje se sadrže u konkretnom uočavanju i slično. Drugim rečima, veoma je široka individualizacija svedokovih sposobnosti uvek pristupna a, sa druge strane, ona se različito odražava na saznanje konkretnoj činjenici jer se upravo u odnosu na nju različitost sposobnosti uočavanja i odražava.

Dakle, samo ovih nekoliko primera pokazuje onu procesnu složenost pristupa dokazivanja spornih činjenica putem svedoka koji se još više mogu komplikovati i drugim činiocima kao što su npr. pristrasnost, naknadna bolest, sugestivnost, zainteresovanost i sl. Ne može se, po pravilu, zanemariti ni okolnosti pod kojima je svedok spornu činjenicu uočio ili posredno za nju saznao (gužva, magla, buka, udaljenost i sl.).

Sve ovo izloženo samo je deo podataka koje u toku ispitivanja odnosno davanja iskaza, ulazi u onaj proces sticanja uverenja suda o istinitosti putem od svedoka pribavljenih činjenica.

Toliko o nekim opštim pitanjima i problematici pribavljanja podataka o spornim činjenicama radi sticanja slobodnog sudijskog uverenja i pravilne primene zakona pri donošenju presude⁶.

U prvom redu obaveza suda je da svedoke saslušava pojedinačno i prema redosledu koji odredi predsednik veća. Oni koji se saslušavaju kasnije, ne smeju da čuju pre vlastitog davanja iskaza kakav je iskaz dao onaj svedok pre njih. Ovde ćemo zanemariti obavezu suda da od svakog svedoka odmah pribavi generalije i da svakog pojedinačno opomene na obavezu svedočenja i iskazivanja istine i sankcionisanja ako istinito ne svedoči. Nužno je takođe upozoriti na mogućnost

⁶ Kod izvođenja dokaza u pamičkom postupku, kada su u pitanju svedoci te se oni saslušavaju, u skladu sa načelom o neposrednosti na glavnoj raspravi ne smemo zanemariti neka prethodna pitanja. To se u prvom redu odnosi na obavezu predsednika veća da se za glavnu raspravu pripremi. U građanskom sporu su stranke te koje prvenstveno predlažu dokaze, ali sudu nije zabranjeno da provede i one druge koji su mu dostupni. Stranka ili obe stranke mogu na procesno dozvoljen način osujetiti ovakvo provođenje ali sud ovakve poteze stranaka ceni u ukupnosti dokaznog materijala. Sud bi naime trebao svakako u svim fazama i do glavne rasprave da dobro prouči koje se sporne činjenice dokazuju odgovarajućim svedocima, vidi i traži od stranaka šta svedok treba da posvedoči i možda okolnosti pod kojima je svedok te činjenice video ili na drugi način saznao. Drugim rečima da se sve u napred eventualno proveriti kako bi se mogla od strane suda u napred odgovarajuća pitanja pripremiti i slično.

uskraćivanja iskaza ili odgovora na pojedinačna pitanja, ako za to postoje zakonski razlozi. Sadržina pitanja može polaziti od opštih do konkretnih ali ne onih koji bi se smatrali sugestivnim. Značajno je da sudija bude unapred pripremljen na koji način i koja pitanja formulirati radi traženja odgovora. Razumljivo je da svedok svoj iskaz daje isključivo usmeno i u tome je deo primene važećeg načela neposrednosti mada mislimo da ne bi bilo zabranjeno da se svedok u toku ispitivanja, obzirom na prirodu slučaja posluži unapred zabeleženim relevantnim podacima. Opšta je dužnost suda da svedoka pita o poreklu njegovog saznanja ali da ceni i potrebu njihovih suočavanja. Uloga tumača je nezamenjiva kada se radi o potrebi prevodenja ili je svedok gluvonem a svoja saznanja je uočio drugim čulima i slično. Preko predsednika veća ili sa njegovom dozvolom stranke mogu postavljati svoja pitanja. Ovih nekoliko procesnih pravila prilikom izvođenja dokaza saslušanjem svedoka su iskustveno nametnuta sudu ali mu pri tome ostaje dosta vlastite inicijative kojom bi, obzirom na konkretnu situaciju pribavio odgovarajući iskaz. Pri tome naravno, ne mora se odmah zaključiti ili posumnjati da se iskaz daje neistinito ali može dati osnovu sumnje o pogrešnom opažanju. Naročito je po pravilu neuputno od svedoka tražiti ili bi on samoinicijativno u svom iskazu davao svoje mišljenje, svoju procenu ili zaključak. Ovo iz razloga što su ovakve procene i mišljenja proizvod svedokovih uverenja koja se zasnivaju ili ne na postojanju ili ne postojanju onih fakata o kojima treba da svedoči. Uverenje svedoka može biti ispravno ili neispravno ali je upravo zbog toga u iskazu suvišno jer se u procesu isključivo oceni istinitost o činjeničnim navodima svedoka. Takav proces zaključivanja i stvaranja njegovog uverenja treba da se odvija isključivo u procesu ocene dokaza od strane suda a ne svedoka.

Prema tome naše je mišljenje da u procesu izvođenja dokaza putem saslušanja svedoka treba se orijentisati isključivo na utvrđivanje činjenica (sem kada bi u retkim slučajevima to bilo relevantno za odnos svedoka prema predmetu spora i slično) a izbegavati pitanja koja bi se odnosila na ocenu i njegovo mišljenje pri čemu je upravo ovde razlika između veštaka i svedoka najjasnije vidljiva.

Uz deo koji se odnosi na izvođenje dokaza putem svedoka ne može se zaoobići institut zakletve koji je ipak supsidijeran i prema našem iskustvu se u praksi retko upotrebljava jer se po svemu sudeći ne smatra efikasnim (to je svakako interesantna tema za sociologe). Ostaje ipak kao opcija suda da zakletvu upotrebi u građanskom sporu ako smatra da će ona uticati na istinitost njegovog iskaza. Zakletva se može primeniti pre i nakon svedokovog iskaza (»promisoma ili asertorna«).

Tekst je utvrđen zakonom i u suštini se svodi na svečanu potvrdu istinitosti iskaza⁷.

STRANKE I VEŠTACI KAO SVEDOCI

Uprkos tome što smo ovaj prilog posvetili samo svedocima u građanskom sporu, po prirodi stvari ne bi mogli, makar letimično, izostaviti kao dokazno sredstvo iskaze drugih ljudi kao što su to same stranke i stručnjaci koji se u procesnom pravu nazivaju veštaci – ljudi sa posebnim znanjima iz oblasti u kojoj je u konkretnom slučaju neophodno tražiti njihov nalaz i mišljenje.

Ovde dakle u prvom redu trebamo od ljudi kao što su svedoci razlikovati učešće u postupku u dokazne svrhe druge ljude kao što su stranke i veštaci.

Spor i nastaje uglavnom zbog toga što stranke svoje pravo zasnivaju na različitim činjenicama, onim koje su uglavnom sporne pa je stoga neophodno da ih sud u parničnom postupku utvrdi. Ako ne bi bilo spora o činjenicama, ne bi ih imalo potrebe utvrđivati pa bi se parnica isključivo svela na pravno pitanje o kojem bi se sud izjasnio u svojoj odluci bez upuštanja u provođenje dokaza i njihovu ocenu. Bilo bi zaista idealno kada bi se učešće suda svelo isključivo na primenu prava, izbegavajući dakle onu fazu o kojoj smo govorili kao dokaznom postupku i potrebe da sud na osnovu u tom postupku tako utvrđenog činjeničnog stanja presudi. Nažalost to redovno nije slučaj već se složenost i eventualna dugotrajnost postupka upravo odvija stoga što su sporne činjenice na kojima se zasniva pravilnost primene prava, pa se između ostalog moraju utvrditi i pomoću svedoka a prema potrebi i proceni suda, sa učešćem drugih lica kao što su to stranke i veštaci.

Da li se stranka može u procesnom smislu izjednačiti sa svedokom kao dokaznim sredstvom obzirom da je i njen iskaz, kao i svedokov, po mišljenju suda potreban za utvrđenje spornih činjenica? Naravno da ne, iz mnogih razloga. U prvom redu stranka se saslušava u sopstvenoj stvari ali se na to kao što je slučaj sa svedokom ne može prinuditi. Njeno saslušanje je dopunskog karaktera i nesigurnije zbog uticaja na verodostojnost iskaza ali se kao i svedok za neistinit iskaz

⁷ »Zaklinjem se čašću da sam o svemu što me je sud pitao govorio istinu i da ništa što u ovoj stvari znam nisam prećutao«. Nema zaklinjanja u Boga kao što je to nekada bilo a i sada ostalo u nekim slučajevima stranog procesnog prava. Možda je ovde interesantno pomenuti značaj zakletve u građanskom procesnom pravu Italije koja je kao takva predviđena u slučajevima polaganja zakletve od strane stranaka (u našem pravu zakletva za stranke nije dopuštena). Naime, kada je zaklinjanje jedne stranke provedeno, nije dozvoljeno dokazivanje suprotnog niti se može tražiti uklanjanje, odnosno, poništenje presude, čak ako se dokaže krivokletstvo, već se u ovakvom slučaju može samo tražiti naknada štete (vidi prilog autora »Neke karakteristike parničnog postupka Republike Italije« – »Pravni život« – tematski broj 22. Susreta Kopaoničke škole, tom 5, str. 542).

može procesuirati krivično. Saslušanje stranke nije isto kao i uzimanje u obzir njene tvrdnje u podnesku ili u informativnom razgovoru sa sudom jer sadržina takvih njenih izlaganja, odgovora i slično, predstavlja njene parničke radnje i ne može se definisati kao iskaz. Saslušavanje u svojstvu stranke nije potrebna parnična već opšta sposobnost za svedočenje. Za razliku od svedoka, stranka nikad ne podleže zakletvi. Za razliku od parnice, stranka se ne saslušava u postupku obezbeđenja dokaza, smetanja poseda, ali ni u postupku koji se odnose na utvđivanje verovatnoće. Razume se, da se i kod saslušavanja stranke subsidijarno primenjuju odredbe o saslušanju svedoka ako nije izričito drugačije određeno.

Ranije smo u izlaganju kod svedoka uočili mogućnost da se kao svedok u konkretnoj stvari pojave lica koja imaju posebno znanje baš iz oblasti u kojoj svedoče. To je svakako velika prednost u pogledu mogućnosti uočavanja sporne činjenice ili barem indicije koje spornu činjenicu čini razumno verovatnijom. Ali ova okolnost ne utiče na to da ovakvo lice automatski bude veštak. Ono to može biti ako sud nađe za korisno da ga uzme za razjašnjenje situacije koja traži posebno znanje. Svedok sa posebnim znanjem je ipak samo svedok iz razloga što je uočio događaj u vreme njegovog dešavanja, pa on svedoči o postojanju sporne činjenice ali bi tek u svojstvu veštaka, ako u tom svojstvu bude imenovan, dao svoj nalaz i mišljenje. Prema tome smatramo da ne može biti opravdan razlog za izuzeće veštaka ako bi on istovremeno bio i svedok. Upravo u tome je ona bitna razlika koja postoji između veštaka kao svedoka i onog veštaka koji daje svoj nalaz i mišljenje o činjenicama kojima nije bio svedok, dakle o onim koje su se dešavale u prošlosti. Veštak sudu daje objašnjenja na način koji mora biti razumljiv i uverljiv, koji može biti (ali i ne mora) podloga za sticanje uverenja van razumne sumnje u istinitost relevantnih činjenica. Za razliku od svedoka veštak je uvek zamenljiv i njegovo mišljenje se može proveravati od drugih veštaka. Razumljivo je da ubedljivost iskaza stranke, nalaz i mišljenje veštaka, podležu istoj ili sličnoj procesnoj aktivnosti suda kao što je to u slučajevima saslušanja svedoka a sve u cilju stvaranja slobodnog sudijskog uverenja u istinitost relevantnih činjenica.

OCENA DOKAZA PRIBAVLJENIH SVEDOCIMA

Mi smo naglašavali da je u našem pravu usvojeno načelo slobodne ocene dokaza za razliku od, u najvećoj meri danas, napuštene zakonske teorije dokaza. Ova poslednja teorija se kao relikat pojavljuje samo u nekim izuzetnim i posebnim slučajevima kao što je npr. dokazna snaga javne isprave. Razlike i prednosti

prihvatanja teorije slobodne ocene se naročito ispoljava u oblasti dokaza svedocima. Ova sloboda je ovde ne samo načelo nego i sredstvo da se njime dostigne željeni cilj zbog koje pravosudna mašinerija postoji. Cilj je da se takvom slobodom utvrdi istina kao osnova, podloga, ispravne primene zakona u društvenom uređenju koje tome teži. Ovo, razume se, prelazi okvire utvrđivanja činjenica van razumne sumnje u delu građanskog postupka koji se odnosi na saslušanje svedoka, već se proteže na čitav parnični, van parnični i krivični postupak. Nema posebnih pravila niti uslova koji bi dakle bili posebno regulisani kada se radi o slobodnoj oceni iskaza svedoka kao dokaznog sredstva. Razumljiva je da se naglašena potreba i u ovom slučaju vrednovanja dokaznog materijala i razloga zbog kojih sud izvodi svoj zaključak o istinitosti sporih činjenica primenom načela slobodnog uverenja na osnovu savesne i brižljive ocene iskaza svedoka i drugog dokaznog materijala uključujući naravno i informativne navode i/ili saslušanje stranaka ili veštaka, ali nikako odvojeno prema tome od ostalih dokaznih sredstava ukoliko ih je u postupku bilo. Ovde treba takođe neizostavno naglasiti ono, što je u uvodnim napomenama pomenuto, da se kod ocene iskaza svedoka mora imati u vidu njihova konkretna sposobnost uočavanja i reprodukovanja uočenih okolnosti pri čemu im, u zavisnosti od slučaja mogu pomoći veštaci (da li je npr. svedokovo znanje stranog jezika bilo dovoljno da razume razgovor koji se na tom jeziku vodio i zapamtio njegovu sadržinu i slično). Mislimo takođe da kod primene svedoka kao dokaznog sredstva treba pristupiti univerzalnom pravilu, po kojem se ocena iskaza mora ceniti u okvirima proseka opšteg životnog znanja i iskustva u oblasti psihologije i naročito logike (»zdravog razuma«), običnog čoveka. Sav višak znanja ili umeća sudije koju bi on morao upotrebiti pri oceni iskaza svedoka, ne bi mogli biti korišćeni jer bi obrazloženje odluke moralo da sadrži takvu vrstu ocene koja prevazilazi standardni nivo običnog čovekovog znanja i razumevanja. Drugim rečima sudija ne bi smeo biti veštak u predmetu kojem sudi, ni razume se, kada bi kao dokazno sredstvo u konkretnom sporu bio svedok.

Prema svemu dakle izloženom, kada su u pitanju svedoci, mi nemamo, niti bi trebalo da imamo posebna pravila od onih koji se odnose na slobodnu ocenu dokaza, već jedino procenjujemo da li je ovo dokazno sredstvo upravo zbog svoje osobenosti koja se sastoji od individualne raznovrsnosti izražene u osobenosti pojedine ličnosti, posebno osetljivo na procenu istinitosti iskaza. Laž, kao svesni prikaz neistine koja je krivično sankcionisana, mislimo da je lakše uočljiva, manje opasna, u procesu sticanja uverenja od strane suda, od one poluistine ili slučaja netačnog uočavanja i/ili reprodukcije istine koja je posledica delimično ili čak trajne ili trenutne sposobnosti, da se sudu pruži iskaz koji odgovara potpunoj istini.

ZAKLJUČAK

Ne može se poreći važnost svedočenja u našem procesnom pravu ako ništa drugo ono zbog toga što se i danas za utvrđivanje istine o spornim relevantnim činjenicama ovo dokazno sredstvo masovno upotrebljava. U našem parničnom postupku još nema niti se upotrebljavaju mehanička ili neka druga sredstva koja bi pokazivala da li svedok govori istinu ili je svesno uskraćuje ili prikazuje. Nisu kod suda u primeni ni neke teorijski uspešne veštine koje bi po spoljnim ponašanjima svedoka pri davanju iskaza se dalo zaključiti da li on govori istinu. Sa druge strane, kada bi sudija čak imao takve izuzetne sposobnosti on ih ne bi mogao upotrebiti jer bi se tada pretvorio u veštaka što nije spojivo sa njegovom funkcijom. Naš zakon je odbacio zakonsku teoriju dokaza i odlučio se, kao i svi moderni postupci za princip slobodne ocene dokaza. To je nesumnjivo ispravniji i delotvorniji princip i način utvrđivanja istine, posebno kod složenog dokaznog sredstva kao što je svedok koji je ili nije iz raznih razloga sposoban da o događaju o kom treba da da iskaz, sposoban da ga pravilno uoči i reprodukuje, ostavljajući na stranu nameru prikrivanja istine na drugi način. Slobodno sudijsko uverenje, naročito u oceni iskaza svedoka, nije apsolutno već ograničeno potrebom da se takvo uverenje obrazloži uzimajući u obzir celokupni dokazni materijal. Zakonske norme o načinu ispitivanja svedoka samo su pomoć (ali i obaveza) poštovanja osnovnih uputstava, ali glavni teret u sticanju uverenja u istinitost mora biti predmet razmatranja i ocene čitavog raspoloživog dokaznog materijala. Samo ono obrazloženje koje u navedenom smislu bude osnova donošenja pravilne odluke, uz razumljivo ispravnu primenu materijalnog prava, zasnovano na razlozima koje bez razumne sumnje može prihvatiti svaki prosečan čovek jeste ispravna presuda.

MIRKO BARTULOVIĆ, LL.D.,
Member of Association of Serbia,
Belgrade

WITNESS AS EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURAL LAW
Summary

The author, in his text, wishes to describe the essential difficulties regarding establishing the truth about disputed facts on the basis of witness testimony in litigation procedure. He considers it necessary to emphasize the special features of this kind of evidence and emphasises how, in our civil law, the principle of freedom of evaluation of evidence is accepted.

This freedom to evaluation evidence is further a means for a court to arrive at precise certainty about the truth as a basis for the correct and precise application of substantive law in its judgement.

However, the freedom of an evaluation of this kind is not absolute because the rational of the legal argument and statement of reasons necessary for a decision of a court, is subject to acceptance without reasonable doubt on the part of the man of average education.

Međunarodni odnosi i pravda

Međunarodno pravo – elementi inostranosti

RODOLJUB ETINSKI

UNIVERZALNOST LJUDSKIH PRAVA U SVETU RAZLIČITIH KULTURA

UNIVERZALNA, REGIONALNA I NACIONALNA ODREĐENJA LJUDSKIH PRAVA: ISTOVETNOSTI I RAZLIKE

Proces normativne univerzalizacije ljudskih prava počinje posle Drugog svetskog rata. Pre Drugog svetskog rata preovlađivalo je uverenje da su ljudska prava unutrašnja stvar država i da međunarodna zajednica ne treba njima da se bavi, sem u ograničenom obimu, kada za to postoji neizbežna i velika potreba, kao što je, na primer, zaštita ugroženih manjina. Događaji koji su prethodili Drugom svetskom ratu, masovno kršenje ljudskih prava i urušavanje demokratije, koje je kulminiralo u samom ratu, uticali su da se ovo mišljenje promeni. Opšti propisi o obavezama država u pogledu poštovanja i unapređivanja ljudskih prava se unose u Povelju Ujedinjenih nacija. Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvaja Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima 10. decembra 1948. godine, dokument koji će postati kamen temeljac razvoja univerzalnih ljudskih prava.

Na samom početku procesa normativne univerzalizacije ljudskih prava postavljeno je pitanje legitimnosti tog procesa. Američko udruženje antropologa, učestvujući u raspravi povodom pripreme Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, je postavilo pitanje kako predložena deklaracija može da bude primenjiva na sva ljudska bića kada su prava formulisana u skladu sa vrednostima zema-

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je urađen u okviru projekta »Pravo Srbije u evropskoj perspektivi« br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

lja zapadne Evrope i Amerike.¹ Kasnije će se razviti doktrina kulturnog relativizma prema kojoj je kultura osnovna determinanta ljudskih prava. Svako se rađa i izgrađuje svoju ličnost u nekoj kulturi. Svako prihvata obrasce kulture u kojoj je rođen i odrastao i ispoljava se i komunicira preko tih obrazaca. Doktrina i praksa ljudskih prava su rođeni u Evropi, u hrišćanskoj kulturi, u borbi za ograničavanje apsolutističke vlasti monarha² i, navodno, ljudska prava, individualne slobode, sloboda izbora i sl. nije nešto što je svojstveno ostalim regionima sveta i ostalim kulturama. Upravo se u odnosu zajednice prema individualnosti vidi ključna razlika između kulture koja se bazira na hrišćanstvu i drugih kultura koje se baziraju na islamu, hinduizmu, budizmu, konfudžijanstvu ili drugim religijama. Doktrina kulturnog relativizma tvrdi da se azijske kulture zasnivaju na vrednostima koje uključuju poštovanje autoriteta, intenzivno osećanje pripadnosti, odnosno lojalnosti grupi, podčinjavanje individualnog identiteta kolektivnom identitetu, i sl.³

Suprotno stanovište u odnosu na kulturni relativizam, dakle stanovište apsolutne univerzalnosti ljudskih prava, zastupa, između ostalih, Rozalin Higinis:

»Ljudska pravu su prava koja se poseduju jednostavno na osnovu toga što je neko ljudsko biće. Ona su neodvojivi deo integriteta i dostojanstva ljudskog bića. Ona su tako prava koja ne mogu biti data ili povučena voljom bilo kog domaćeg pravnog sistema. I, iako se ona mogu većinom najdelotvornije implementirati preko domaćeg pravnog sistema, ovaj sistem nije izvor prava. Međunarodno pravo ljudskih prava je izvor obaveza, uprkos tome što se obaveza reflektuje u sadržaju domaćeg prava. Sledi dalje da će pravo (ljudskih prava, prim. R.E.) biti jednako u svim različitim jurisdikcijama; ostala zakonska prava, iako su prisutna u većini pravnih sistema, će zavisiti u pogledu svoje suštine i formulacije od domaćeg sistema.«⁴

Iskustvo univerzalizacije ljudskih prava od 1948. godine do danas opovrgava radikalnu varijantu kulturnog relativizma, prema kojoj su ljudska prava svojstvena jedino hrišćanskoj kulturi, odnosno Evropi i Americi. Pomenućemo ovde Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine koji je stupio na snagu 23. marta 1976. godine,⁵ jer on čini univerzalni kodeks građanskih i

¹ Statement on Human Rights, 49 Amer. Anthropologist No. 4, 539 (1947), reprodukovano u *International Human Rights in Context*, 3rd ed. by H. J. Steiner, Ph. Alston, R. Goodman, Oksford, 2008, str. 528.

² T. Huaraka, Civil and Political Rights, *International Law: Achievements and Prospects*, General editor Mohammed Bedaoui, UNESCO, Pariz, 1991, str. 1061–1062.

³ N.A. Engelhart, Rights and Culture in the Asian Values Argument: The Rise and Fall of Confucian Ethics in Singapore, *Human Rights Quarterly*, 22, 2000, str. 549.

⁴ R. Higgins, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oksford, 2003, str. 96.

⁵ United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, str. 171.

političkih prava. U julu 2010. godine 166 države su strane ugovornice ovog Međunarodnog pakta.⁶ Ujedinjene nacije imaju u isto vreme 192 države članice. Pripreme i pregovori o usvajanju ovog Pakta, kao i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima trajali su dvadesetak godina, u uslovi- ma blokovske podele i uspona pokreta nesvrstanih zemalja. Zato bi bilo vrlo teško prihvatiti da je jedna grupa zapadnih zemalja nametnula ovaj Pakt ostatku sveta. Preko 86% država članica UN su strane ugovornice Pakta. Po broju država ugovornica i po učešću država iz svih regiona ovaj ugovor ima karakter univerzalnog ugovora, iako država sa najvećim brojem stanovnika, NR Kina nije ugovornica.⁷ Organizacija islamske konferencije obuhvata 57 država članica⁸ od kojih je 51 strana ugovornica Pakta. Dakle, preko 89% članica Organizacije islamske konferencije su ugovornice Pakta, iako među njima nije Saudijska Arabija. Prihvatanje građanskih i političkih prava nije ograničeno samo na države ugovornice Pakta. I države koje nisu ugovornice Pakta priznaju svojim nacionalnim pravima određena građanska i politička prava. Može da se kaže da su ljudska prava postala danas univerzalno dostignuće u kome participiraju sve države i svi pojedinci, mada ne svi u istoj meri.

Iskustvo univerzalizacije ljudskih prava opovrgava, takođe, i gore iznet pristup Rozalin Higins. Ovo iskustvo pokazuje da kultura ima izvesnu ulogu u artikulaciji ljudskih prava. Ona utiče, sa jedne strane, na formiranje ljudskih potreba, nastojanja, želja i, sa druge strane, na spremnost neke zajednice da zadovolji individualne potrebe i želje, odnosno da stvori uslove u kojima bi njihovo zadovoljenje bilo moguće. Iako pod kulturom razumemo ovde sve ljudske tvorevine, duhovne i materijalne, izdvajamo, ipak, poseban uticaj religije na artikulaciju ljudskih prava. Ovaj uticaj je jasno uočljiv na normativnom, pravnom nivou. U drugoj polovini XX veka proces univerzalizacije ljudskih prava je postao ireverzibilan globalan proces, prisutan u svim regionima i u svim državama. Ovo ne znači, međutim, da postoji potpuna saglasnost svih država ili svih međunarodnih regiona u pogledu svih ljudskih prava. Određena neslaganja se manifestuju, između ostalog, putem rezervi koje pojedine države stavljaju na međunarodne ugovore o ljudskim pravima i putem prigovora na te rezerve koje stavljaju druge države ugovornice.

⁶ http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. Sajt posećen 13. jula 2010.

⁷ NR Kina je potpisala Pakt 1967. godine ali ga nije ratifikovala. Međutim, Pakt se primenjuje u Hong Kongu i Makaou, specijalnim administrativnim oblastima NR Kine, na kojima se primenjivao pre no što su ove teritorije ušle u sastav NR Kine i na kojima nastavlja da se primenjuje i posle toga.

⁸ http://www.oic-oci.org/member_states.asp.

Od 166 države ugovornice Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima 54 je stavila rezerve na Pakt. Među njima je 15 država članica Organizacije islamske konferencije. Velika većina država članica Organizacije islamske konferencije, dakle 36 članice je prihvatila Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima bez ikakvih rezervi. Ovi podaci ukazuju na široko međunarodno prihvatanje univerzalnih standarda građanskih i političkih prava od strane država koje pripadaju različitim regionima i koje se razlikuju po svojim kulturama, religijama, istorijskim iskustvima, itd.

Ako se pogledaju rezerve koje su ugovornice stavile na pojedine propise Pakta i prigovori na rezerve, videće se da su razlozi rezervi i razlozi neprihvatanja rezervi motivisani različitim stvarima. Izvestan broj rezervi otkriva religijske razloge ne prihvatanja pojedinih odredbi Pakta, odnosno izvesnog pravnog dejstva Pakta. Egipat svojom načelnom i opštom izjavom nastoji da obezbedi da odredbe Pakta ne diraju u šerijatsko pravo. Neke druge države, članice Organizacije islamske konferencije su stavile rezerve u pogledu konkretnih propisa Pakta. Alžir je rezervom na član 23(4) Pakta o jednakosti supružnika obezbedio da se njime ne dira u alžirsko pravo. Bahrein je stavio rezervu na članove 3, 18 i 23 Pakta. Članom 3 Pakta ugovornice su se obavezale da obezbede jednako pravo muškarcima i ženama da uživaju sva građanska i politička prava, izložena u Paktu. Članom 18 Pakta je garantovana sloboda mišljenja, savesti i religije. Njime se garantuje i sloboda izbora religije ili verovanja te se zabranjuje prinudno nametanje religije i verovanja. Članom 23 Pakta se pruža zaštita porodici. Stavom 3. ovog člana je predviđeno da se nijedan brak neće sklopiti bez slobodnog i potpunog pristanka onih koji stupaju u brak. Stavom 4. ugovornice su se obavezale da obezbede jednakost prava i odgovornosti supružnika u pogledu braka, za vreme braka i prilikom razvoda. Sadržaj rezerve čini tumačenje navedenih propisa na način da se njima ne dira u odredbe islamskog šerijata. Vlada Kuvajta u interpretativnoj izjavi u pogledu člana 23 Pakta kaže da je to pitanje uređeno kuvajtskim zakonom koji se zasniva na islamskom pravu i da će u slučaju sukoba, Kuvajt primeniti nacionalno pravo. Vlada Kuvajta je stavila rezervu na član 25(b) Pakta kojim je garantovano univerzalno i jednako pravo glasa na izborima. Rezervom je ovo pravo ograničeno, saglasno kuvajtskom izbornom zakonu, na muškarce. Maldivi i Mauritanija su stavili rezervu na član 18 Pakta u smislu da se njime ne prejudicira Ustav Maldiva, odnosno islamski šerijat. Mauritanija je stavila rezervu i na član 23(4) Pakta u pogledu jednakosti supružnika u smislu da se time ne dira u odredbe islamskog šerijata. Pakistan je stavio rezervu, između ostalog, na članove 3, 6, 7, 18 i 19. Pakta u tom smislu da su propisi iz ovih članova primenjivi u meri u kojoj su saglasni sa Ustavom Pakistana i šerijatskim pravom. Članom 6 se štiti pravo na život i ograničava se primena smrtne kazne. Članom 7 se zabranjuje mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Članom

19 se garantuje pravo na mišljenje i pravo na slobodu izražavanja. Turska je rezervisala pravo da tumači i primenjuje propise člana 27. Pakta kojim se garantuju neka prava etničkim, verskim ili jezičkim manjinama, saglasno pravilima Ustava i Ugovora iz Lozane od 24. jula 1923. godine. Neke druge rezerve koje su stavile članice Organizacije islamske konferencije nisu bile motivisane religijskim ili istorijskim razlozima. Ograničena finansijska sredstva su bila razlog da Gambija i Gvajana ograniče pravo na besplatnu pravnu pomoć. Zbog sličnih razloga je Bangladeš stavio neke rezerve.

Pojedine ugovornice su izrazile neslaganje sa ovim rezervama, stavljajući prigovore protiv njih. Australija, Austrija, Estonija, Letonije, Finska, Francuska, Irska, Kanada, Češka, Mađarska, Nemačka, Holandija, Portugal, Španija, Švedska, V. Britanija su stavili prigovor na rezervu Maldiva u pogledu člana 18. Pakta. Finska, Nemačka, Norveška, Holandija, Švedska su istakle prigovor na rezervu Kuvajta u pogledu člana 25(b) Pakta. Finska, Nemačka, Portugal, Švedska su stavile prigovor protiv rezerve Turske u pogledu člana 27. Pakta. Grčka, Letonija, Nemačka, Finska, Francuska, Holandija, Poljska, Portugal, Švedska, V. Britanija su stavile prigovor protiv rezerve Mauritanije u pogledu članova 18 i 23(4) Pakta. Letonija i Holandija su stavile prigovor na rezerve Bahreina. Stavljeni prigovori su obrazloženi time što su rezerve suprotne cilju i predmetu ugovora te su, saglasno Bečkoj konvenciji o pravu ugovora, zabranjene ili su neprihvatljive iz pravnotehničkih razloga zato što nisu precizno formulisane ili nisu stavljene u odgovarajućem trenutku, itd. Države koje su stavile prigovore na rezerve su istakle da, uprkos prigovora, Pakt ostaje da važi između njih i država koje su stavile rezerve. Sa obzirom da je Pakistan pristupio Paktu u 2010. godine, još nema prigovora na njegove rezerve, koje se, inače, mogu očekivati, naročito protiv rezerve na član 7 Pakta kojim se zabranjuje mučenje, sa obzirom da je to odredba koja spada u *jus cogens*. Očigledno je da postoje neslaganja među nekim državama ugovornicama u pogledu definisanja pojedinih ljudskih prava. Pojedine zemlje žele da dejstvo nekih odredbi Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima usklade sa svojim nacionalnim specifičnostima dok neke druge države smatraju da ova adaptacija propisa Pakta putem rezervi nije dopuštena.

Pitanje je kakvo je dejstvo rezervi i prigovora na rezerve kada su u pitanju ugovori o ljudskim pravima i koliko je moguće rezervama adaptirati univerzalne standarde ljudskih prava na nacionalne specifičnosti i time obezbediti da se »nacionalna« ljudska prava razlikuju od »univerzalnih« ljudskih prava. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ne sadrži posebne odredbe o stavljanju rezervi te se primenjuju opšte odredbe o rezervama kako su formulisane u Bečkoj konvenciji o pravu ugovora. Međutim, Komitet za ljudska prava ukazuje na specifičnosti Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima po kojima se on razlikuje od ugovora kojima se ustanovljavaju recipročne obaveze i prava

među ugovornicama i smatra da se, zato, opšta pravila o rezervama moraju saobraziti tim specifičnostima. Opšte je pravilo da države ugovornice međusobno odlučuju o dopuštenosti rezervi, odnosno da li je stavljena rezerva u skladu sa predmetom i ciljem ugovora. Ovo ima smisla kada se ugovorom uspostavljaju uzajamne obaveze i prava država ugovornica. Pitanje je koliko to ima smisla kada su u pitanju ugovori o ljudskim pravima kojima se uspostavljaju prvenstveno prava i obaveze između država ugovornica i pojedinaca pod njihovom jurisdikcijom. Kakvo bi dejstvo prigovora na rezervu bilo u takvom slučaju? Prigovor na rezerve ne može da spreči državu koja je stavila rezervu da propis, izmenjen rezervom, primenjuje na svojoj teritoriji. Otuda se Komitet za ljudska prava, koji je Paktom ovlašćen da se stara o implementaciji Pakta u unutrašnje pravo i o poštovanju Pakta od strane država ugovornica, smatra pozvanim da daje mišljenje o dopuštenosti rezervi stavljenih na pojedine propise Pakta.⁹ Stavljanje rezerve i prigovora na rezervu nije, dakle, više stvar isključivo država ugovornica, i ne rešava se između države koja je stavila rezervu i ostalih država ugovornica već tu stvar rešava jedno međunarodno telo. Država je slobodna da prihvati ili ne prihvati neki ugovor o ljudskim pravima ali, ako ga prihvati, njena sloboda da propise tog ugovora menja rezervama je značajno manju u odnosu na druge međunarodne ugovore. Neslaganja između Komiteta za ljudska prava i nekih ugovornica u pogledu tumačenja pojedinih odredbi Pakta i dopuštenosti rezervi na te odredbe ostaje bez pravnog razrešenja. Evo jednog primera.

Stavom 4 člana 23 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima ugovornice su se obavezale da obezbede jednakost prava i odgovornosti supružnika u pogledu braka, za vreme braka i prilikom razvoda. Bahrein, Kuvajt i Mauritanija su, na primer, stavili rezervu na ovaj propis želeći da ga tumače saglasno šerijatskom pravu. Šerijatsko pravo dozvoljava poligamni brak. Komitet za ljudska prava je našao 2000. godine da je praksa poligamije suprotna pravu žene na jednakost sa muškarcem. »Poligamija vređa dostojanstvo žene. To je nedopustiva diskriminacija žena.«¹⁰ S druge strane, u stavu 3 člana 3 Arapske povelje o

⁹ The Human Rights Committee, *General comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relations to declarations under Article 41 of the Covenant*, 1994, para. 17, 18. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General comment no. 4: Reservations*, 1987. Vidi oba komentara u *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.7, 2004. Vidi kritiku ove prakse B. Milisavljević, *Rezerve na višestranne normative ugovore u međunarodnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 2008, str. 199, 243–248.

¹⁰ CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28, 29 March 2000, [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocum ent](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocum ent).

ljudskim pravima, koju je usvojio Savet Lige arapskih država 22. maja 2004. godine i koja je stupila na snagu 15. marta 2008. godine jednakost muškaraca i žena se određuje na sledeći način:

»Muškarci i žene su jednaki u ljudskom dostojanstvu, u pravima i u dužnostima, u okviru pozitivne diskriminacije ustanovljene islamskim šerijatom, drugim božanskim zakonima, legislacijom i međunarodnim instrumentima.«¹¹

Načelo pozitivne diskriminacije žena je priznato međunarodnim antidiskriminacionim pravom. Međutim, ovde je u pitanju očigledno različito poimanje jednakosti muškarca i žene u braku i ta razlika je određena razlikama u pojedinim kulturama. Izgleda da najveći broj država, čije pravo dozvoljava pologamni brak, nisu spremne da prihvate mišljenje Komiteta o ljudskim pravima iz 2000. godine da poligamija vredi dostojanstvo žene.

I kada nema neslaganja među državama ugovornicama međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, izraženih putem rezervi i prigovora na rezerve, to ne znači da postoji potpuno jednaka recepcija međunarodnih standarda ljudskih prava u nacionalna prava. Tokom pripreme Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u okviru Saveta Evrope, jedno od spornih pitanja je bilo kako odrediti ljudska prava i slobode, da li u obliku jednog registra, koji će ih samo nabrojiti ili svako pravo i slobodu treba detaljno i precizno definisati. Izabran je jedan srednji put usvajanja opštih odredbi o pojedinim pravima i slobodama.¹² Usvojeno rešenje ima tu dobru stranu što opštost odredbi ostavlja izvestan prostor za nacionalno konkretnije definisanje pojedinih prava ili sloboda prema nacionalnim specifičnostima. To rešenje je kasnije korišćeno u pripremi drugih ugovora o ljudskim pravima. Tako, na primer, odredbe većine međunarodnih ugovora kojima se štiti pravo na život ne određuju momenat od kada se štiti život, da li se on štiti od začeca, od momenta kada plod oživi ili od rođenja deteta. Član 6 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kaže: »Svako ljudsko biće ima urođeno pravo na život.« Istu formulaciju ovog prava koristi Arapska povelja o ljudskim pravima. Formulaciju o »svakom ljudskom biću« koristi i Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda. Stav 1 člana 2 Evropske konvencije kaže: »Pravo na život svakoga je zaštićeno zakonom.« Ni jedan od ovih instrumenata ne definiše ko je taj »svako«, da li je to rođeno dete ili je to i nerođeno dete. Jedino je stav 1 člana 4 Američke konvencije o ljudskim pravima izričit u pogledu momenta od kada se štiti život: život se štiti od momenta začeca. Ovo pitanje je povezano sa pitanjem abortusa, dakle pitanjem u vezi koga postoje značajne razlike između pojedinih država.

¹¹ Arab Charter on Human Rights, preveli na engleski Dr. M. A. Al-Midani i M. Cabanettes, rev. S. M. Akram, *Boston University International Law Journal*, 24, 2006, str. 151.

¹² M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley, *European Human Rights*, Oksford, 2000, str. 22.

U takvoj situaciji, kada nema konkretnog rešenja u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda za neko pitanje – na primer od kog momenta važi zaštita prava na život – Evropski sud za ljudska prava ispituje da li su države ugovornice rešile to pitanje na implicitan način, tako što je većina u svom unutrašnjem pravu usvojila identično rešenje. Evropski sud za ljudska prava je našao da pitanje kada počinje život, odnosno od kog momenta se život štiti pravom nije rešeno u većini evropskih država te da nema evropskog konsenzusa o naučnoj i pravnoj definiciji početka života i, zato, to pitanje spada u marginu slobodne procene država ugovornica i svaka za sebe to pitanje rešava.¹³ Evropske države će se, dakle, razlikovati i dalje po rešavanju tog pitanja. One se razlikuju i po pitanju dopuštenosti eutanazije. Mali broj evropskih država dozvoljava eutanaziju. Evropski sud za ljudska prava je našao u jednom predmetu¹⁴ 2002. godine, da zaštita prava života, obezbeđena članom 2 Evropske konvencije, ne obuhvata i pravo na raspolaganje životom, odnosno pravo na eutanaziju. Evropski sud za ljudska prava je stao na štanovište da ovo pitanje nije uređeno Konvencijom, te da država koja ne dozvoljava eutanaziju ne krši svoje obaveze ustanovljene Konvencijom. Naravno, i država koja dozvoljava eutanaziju ne krši time svoje obaveze iz Konvencije. Na univerzalnom nivou postoje značajne razlike u pogledu dopuštenosti smrtne kazne. Članom 6 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima je ograničena mogućnost primene smrtne kazne ali ova nije potpuno zabranjena. Protokolom 13 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 3. maja 2002. godine smrtna kazna je ukinuta u svim okolnostima u Evropi. Ona se, međutim, dalje izriče i primenjuje u nekim državama koje pripadaju drugim svetskim regionima. Očigledno je da postoje značajne razlike na regionalnim i nacionalnim nivoima kada je u pitanju određivanje jednog od najvažnijih ljudskih prava, pravo na život, i da su te razlike determinisane različitim regionalnim i nacionalnim kulturama, posebno uticajem različitih religija.

Osnovno je pravilo da su univerzalni standardi ljudskih prava minimalni standardi zaštite te da se oni mogu povisiti na regionalnom i nacionalnom nivou. Isto pravilo važi i za odnos regionalne i nacionalne zaštite. Prirodno je da, ako neka nacija obezbedi više prava od onog što se od nje zahteva regionalnim ili univerzalnim instrumentom o ljudskim pravima, time ova ne kriši pomenute instrumente, te to spada u dozvoljene razlike u formulisanju ljudskih prava. Slična je stvar ako opštost univerzalne ili regionalne odredbe ljudskog prava ostavlja prostor za konkretizaciju i adaptaciju na nacionalne ili regionalne specifičnosti putem implementacije tog opšteg pravila u nacionalno ili regionalno pravo. Me-

¹³ *Vo v. France* (pred. br. 53924/00), presuda od 8. jula 2004. para. 82.

¹⁴ *Pretty v. The United Kingdom* (pred. br. 2346/02), presuda od 29. aprila 2002.

đutim, kako je već pomenuto, Evropski sud za ljudska prava dozvoljava nacionalnu adaptaciju opšteg pravila jedino ako ne može da ustanovi implicitni evropski konsenzus u vezi tog pitanja. Ukoliko ustanovi postojanje evropskog konsenzusa o nekom pitanju, to postaje obavezan standard za sve države ugovornice. U nekim slučajevima, kao na primer u slučaju *Goodwin* 2002. godine Evropski sud se zadovolji konstatovanjem postojanja kontinuiranog međunarodnog trenda u pravcu rešavanja nekog otvorenog pitanja.¹⁵

Razlike koje postoje između univerzalnog, regionalnog ili nacionalnog definisanja ljudskih prava se ne ispoljavaju u potpunom negiranju ili odbacivanju nekih ljudskih prava ili sloboda, koja su garantovana na univerzalnom nivou, od strane regiona ili pojedinih država. Sva ljudska prava, zaštićena univerzalnim ugovorima, priznata su na regionalnim i nacionalnim nivoima. Razlike se ispoljavaju u određivanju pojedinih aspekata ljudskih prava. Te razlike nisu, naravno, bez značaja.

UNIVERZALNI I REGIONALNI PORETCI LJUDSKIH PRAVA

Svetska konferencija protiv rasizma, rasne diskriminacije i ksenofobije, održana u Durbanu 2001. godine je ponovila u nešto malo preformulisanom obliku odredbu iz člana 28 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine a koja glasi: »svako je ovlašćen na socijalni i međunarodni poredak u kome sva ljudska prava mogu da budu potpuno ostvarena za sve, bez diskriminacije.«¹⁶ Ponavljanjem ove odredbe Svetska konferencija potvrđuje aktuelnost i atraktivnost ove ideje. Ova odredba implicira obavezu svih međunarodnih delatnika da grade takav međunarodni poredak u »kome sva ljudska prava mogu da budu potpuno ostvarena za sve, bez diskriminacije.« Mi ne živimo danas u takvom međunarodnom poretku ali možemo da kažemo da je posle 1948. godine ostvaren izvestan napredak ka izgradnji tog poretka. Ovaj međunarodni poredak se izgrađuje na univerzalnom i regionalnim nivoima. Postoje značajne razlike između univerzalnog i regionalnih međunarodnih poredaka, kao i između samih regionalnih poredaka, mada se svi oni nalaze u izvesnoj interakciji. Pored razlika koje postoje u pogledu definisanja pojedinih ljudskih prava, značajne razlike postoje u

¹⁵ *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (pred. br. 28957/95), presuda od 11. Jula 2002, para. 84.

¹⁶ Para. 10 of the Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and related Intolerance, held in Durban from the 31st of August to the 8th of September 2001. <http://www.unhchr.ch/pdf/Durban.pdf>.

pogledu nadzornih mehanizama uspostavljenih u okviru ovih poredaka da kontrolišu implementaciju međunarodnih instrumenata u nacionalna prava i njihovu primenu na nacionalnom nivou.

Univerzalni poredak zaštite ljudskih prava čine propisi Povelje UN o ljudskim pravima, univerzalni ugovori o ljudskim pravima kao i deklaracije Generalne skupštine UN, relevantni akti drugih univerzalnih specijalizovanih međunarodnih organizacija i svetskih međunarodnih konferencija o ljudskim pravima. Ovaj poredak funkcioniše preko organa Ujedinjenih nacija i preko nadzornih tela (ekspertskih komiteta) ustanovljenih međunarodnim ugovorima. Bitna karakteristika univerzalnog poretka jeste odsustvo efikasnog mehanizma zaštite garantovanih prava i sloboda. Pomenuti organi UN kao i nadzorna tela, osnovana međunarodnim ugovorima, deluju putem preporuka. Organi UN su pozvani da reaguju u slučaju masovnog i kontinuiranog teškog kršenja ljudskih prava. Univerzalnim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima je predviđena mogućnost da države ugovornice prihvate nadležnost nadzornih tela da razmatraju individualne predstavlke pojedinaca ali ova razmatranja završavaju mišljenjima ekspertskih komiteta. Ne postoje eksplicitni propisi o pravnim dejstvima, odnosno obaveznosti ovih mišljenja. Odnos država prema ovim mišljenjima je različit: neke države se povinuju mišljenjima i spremne su da menjaju i svoje zakone, ako je potrebno, dok druge ne postupaju po mišljenjima.¹⁷ To je, verovatno, jedan od razloga zbog koga je pomenutim ekspertskim telima upućen skroman broj individualnih predstavlki. Predviđene su, takođe, fakultativne nadležnosti ovih tela u pogledu sporova država ugovornica koji se rešavaju u postupku mirenja koji završava neobavezujućim aktom, kao i neke istražne nadležnosti nekih komiteta. Neki od univerzalnih ugovora o ljudskim pravima predviđaju nadležnost Međunarodnog suda pravde za sporove u vezi tumačenja i primene ovih ugovora ali ova nadležnost se može isključiti rezervom.

Opcionim protokolom uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine, koji je stupio na snagu 23. marta 1976. godine, predviđena je nadležnost Komiteta za ljudska prava da daje mišljenje o tome da li su države ugovornice Pakta koje su prihvatile ovaj Protokol povredile neko pravo ili slobodu, garantovanu Paktom, na štetu nekog pojedinca ili grupe pojedinaca. Protokolom je, dakle, ustanovljena nadležnost Komiteta da odlučuje o individualnim predstavkama. Od 166 država ugovornica Pakta, 113 je prihvatilo ovaj Opcioni protokol, dakle nadležnost Komiteta da odlučuje o individualnim predstavkama. Među ovim državama je i 25 članica Organizacije islamske konfe-

¹⁷ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Beograd, 2007, str. 90.

rencije. Dakle, prihvatanje spoljne kontrole nad poštovanjem ljudskih prava nije, takođe, determinisano kulturnom ili religijskom pripadnošću države.

Regionalni poretki zaštite ljudskih prava se razlikuju po efikasnosti regionalnih mehanizama zaštite tih prava. Najviša efikasnost se ostvaruje u evropskom sistemu ljudskih prava preko Evropskog suda za ljudska prava, koji donosi presude koje države ugovornice moraju da izvrše. Sličan sistem postoji u okviru Organizacije američkih država koji se ostvaruje preko Inter-američke komisije za ljudska prava i Inter-američkog suda za ljudska prava. Međutim, suprotno evropskom sistemu, nadležnost nadzornih tela nije obavezna za sve države ugovornice Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. godine već je fakultativna, dakle svaka ugovornica može da je prihvati. Afričkom poveljom o pravima čoveka i naroda iz 1981. godine osnovana je Afrička komisija za prava čoveka i naroda koja je slična Komitetu za ljudska prava, koji je osnovan Paktom o građanskim i političkim pravima.¹⁸ Zatim, Protokolom uz ovu Povelju osnovan je i Afrički sud za prava čoveka i naroda. Mišljenja Afričke komisije ima karakter preporuke. Iako su izabrane prve sudije Afričkog suda za prava čoveka i naroda, ovaj još nije počeo da radi jer se očekuje osnivanje suda Afričke unije koji bi imao nadležnost i u oblasti ljudskih prava. Arapskom poveljom o ljudskim pravima iz 2004. godine je predviđeno osnivanje Arapskog komiteta za ljudska prava ali nije predviđeno da ovaj ima nadležnost da razmatra individualne predstavke.

Pitanje karaktera nadzornog mehanizma je važno, između ostalog, sa stanovišta razlikovanja međunarodnih i nacionalnih formulacija ljudskih prava. Tamo gde države pristaju na efikasnije mehanizme, dakle tamo gde ovi uključuju donošenje odluka o tumačenju međunarodnog ugovora koje su obavezne za države ugovornice, države smanjuju svoju autonomiju u formulisanju nacionalnih ljudskih prava. I obrnuto, tamo gde nadzorni mehanizmi ne uključuju nadležnost za donošenje obavezujućih odluka, državama ostaje veća pravna autonomija u formulisanju nacionalnih ljudskih prava. U tom smislu Evropski sud za ljudska prava karakteriše Evropski konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao ustavni instrument javnog poretka Evrope.¹⁹ Bez sudske nadležnosti za sve države ugovornice, dakle nadležnosti za donošenje obavezujućih odluka, međunarodni ugovor o ljudskim pravima ne može da se transformiše u ustavni mehanizam odgovarajućeg pravnog poretka. Regionalni mehanizmi kontrole poštovanja ljudskih prava doprinose, međusobnom saradnjom, izgradnji univerzalnih standarda. Inter-američki sud za ljudska prava kao i Afrička komisija za ljudska

¹⁸ R. Murray, *Developments in the African Human Rights System 2003 – 04*, *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, str. 160.

¹⁹ *Loizidou v. Turkey*, presuda od 23. marta 1995. para 75. *Bosphorus v. Ireland*, (pred. br. 45036/98), presuda od 30. juna 2005, para. 156.

prava i prava naroda se u pojedinim predmetima pozivaju na tumačenja Evropskog suda za ljudska prava i slede ta tumačenja. Iako, ljudska prava i slobode nisu formulisane na sasvim identičan način u tri regionalna međunarodna instrumenta, to nije prepreka ostvarivanja ovakve vrste saradnje između tri nadzorna tela.

»JAVNA« I »PRIVATNA« LJUDSKA PRAVA

Svetska konferencija o ljudskim pravima, na kojoj su učestvovali predstavnici 172 države, održana 25. juna 1993. godine u Beču je elaborirala pitanje univerzalnosti ljudskih prava i nacionalnih i regionalnih osobenosti u para. 5 Bečke deklaracije i programa akcije na sledeći način:

»Sva ljudska prava su univerzalna, nedeljiva i međuzavisna i međusobno povezana. Međunarodna zajednica mora da postupa prema ljudskim pravima globalno na pošten i jednak način, na istoj osnovi, pridajući im jednak značaj. Iako se značaj nacionalnih i regionalnih posebnosti i različitih istorijskih, kulturnih i religioznih osnova mora imati u vidu, dužnost je država, da bez obzira na njihove političke, ekonomske i kulturne sistema, unapređuju i štite sva ljudska prava i osnovne slobode.«²⁰

Konferencija je prihvatila gore navedenu formulu odnosa univerzalnosti ljudskih prava i nacionalnih i regionalnih specifičnosti kao kompromisno rešenje koje miri zahteve azijskih zemalja koje su naglašavale značaj istorijskog, religijskog i kulturnog konteksta ljudskih prava i zahteve zapadnih zemalja koje su naglašavale univerzalnost ljudskih prava.²¹

Tokom globalne rasprave o odnosu univerzalnosti ljudskih prava i njihove kulturne determinisanosti, pojavila se ideja o podeli na »javna« i »privatna« ljudska prava, odnosno ljudska prava koja se koriste u javnom životu i ljudska prava koja se primenjuju u privatnom životu, kao što su bračna i porodična prava. Zagovornici ove podele smatraju da se u privatnu sferu ubraja i status žene, briga o deci i sl. Saglasno zagovornicima ove podele, prava koja se primenjuju u javnoj sferi su opšte prihvaćena i imaju karakter univerzalnih prava, dakle prava koja su jednaka u različitim državama. Ljudska prava koja se koriste u privatnoj sferi su pod velikim uticajem religije i ona se razlikuju od države do države ili od regiona do regiona.²² Bliska ovoj ideji je ideja personalizacije pravnih poredaka u višere-

²⁰ Navedeno prema Ch. M. Cerna, University of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts, *Human Rights Quarterly*, 16, 1994, str. 741.

²¹ *Ibid.* str. 743.

²² *Ibid.* str. 746.

ligioznim zajednicama, tako da u jednoj nacionalnoj zajednici uporedo važi više pravnih poredaka među kojima građani biraju onaj koji odgovara njihovoj religiji ili verskom opredeljenju. Ove ideje su imale izvestan uticaj u praksi.

Ustavom Nigerije iz 1999. godine je predviđeno uporedno važenje više pravnih sistema, među kojima i šerijatsko personalno pravo te su ustanovljeni šerijatski sudovi, kao posebna izdvojena grana sudske vlasti u Nigeriji. Nigerija je savezna država u kojoj žive dve velike verske zajednice, hrišćanska i muslimanska, u približno jednakom broju. Ljudska prava u oblasti bračnih i porodičnih odnosa nisu navedena u delu saveznog Ustava posvećenom ljudskim pravima i ona su ostavljena da budu uređena pojedinim pravnim sistemima, uključiv šerijatsko personalno pravo. Navodi se, doduše, zabrana diskriminacije po osnovu pola ali nema odredbi o jednakosti supružnika, slobodnom stupanju u brak, definicije braka i sl. Garantovana je sloboda religije tako da uključuje pravo na promenu religije kao i sloboda mišljenja i izražavanja. Severne nigerijske države, u kojima živi muslimansko stanovništvo, su uvele, takođe, šerijatsko krivično pravo. Ovo pravo predviđa, između ostalog, kažnjavanje nedozvoljenih seksualnih odnosa. Stupanje u seksualne odnose devojke pre braka se kažnjava šibanjem prestupnice sa 100 šiba a seksualni odnosi udate žene izvan braka se kažnjavaju smrtnom kaznom, koja se izvodi kamenovanjem. Neka krivična dela povlače amputaciju udova. Šerijatsko krivično pravo se primenjuje samo na muslimane. Na ostale se primenjuje Krivični zakon Nigerije koji se značajno razlikuju u odnosu na šerijatsko krivično pravo.²³ Razumljivo je da je postavljeno pitanje usklađenosti ovakvih propisa šerijatskog krivičnog prava sa međunarodnim obavezama Nigerije u oblasti ljudskih prava. Povodom predstavke gospođe Safije Jakubu Husaini, koja je bila osuđena na smrt kamenovanjem, i koja se zato obratila Afričkoj komisiji za ljudska prava i prava naroda i povodom obraćanja ove Komisije vlastima Nigerije, Šef Kabineta Predsednika Nigerije je odgovorio i obećao u ime Predsednika Nigerije da će nigerijske vlasti obezbediti zaštitu prava na život i prava na dostojanstvo ove gospođe kao i svih drugih koji se nadu u sličnoj situaciji, uprkos činjenici da oni ne mogu da menjaju zakone država članica Federacije.²⁴

Partija blagostanja, koja se zalagala za uvođenje pravnog pluralizma u Turskoj i koja je imala rastuću podršku u turskom biračkom telu je zabranjena 1998. godine. Ustavni sud Turske je rasformirao ovu partiju 16. januara 1998. godine,

²³ Navedeno prema informacijama iz Odluke Afričke komisije za ljudska prava i prava naroda od 11. maja 2005. godine u vezi predstavke br. 269/2003, u predmetu *Interights on behalf of Safia Yakubu Husaini and et al/Nigeria*. Tekst Odluke dostupan na http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Nigeria/Comm.%20269-03.pdf. Sajt posećen 12. Avgusta 2010.

²⁴ *Ibid.* para. 20.

nalazeći da je postala »centar aktivnosti protivnih načelu sekularizma,« pošto su se neki članovi ove partije javno zalagali za uvođenje pravnog pluralizma u Turskoj, dakle uporedo postojanje sekularnog i šerijatskog pravnog sistema tako da svaki građanin Turske može da bira sistem prema svojoj religioznoj opredeljenosti, smatrajući da bi to služilo stvaranju stvarne demokratije i slobode u Turskoj.²⁵ Ustavni sud Turske je smatrao da je sekularizam neizostavni uslov demokratije te da su pravila šerijata nespojiva sa demokratskim režimom. Načelo sekularizma, prema mišljenju Ustavnog suda, sprečava državu da privileguje neku religiju ili uverenje i ono, načelo sekularizma čini osnovu slobode savesti i jednakosti građana pred zakonom.²⁶ Prema mišljenju Ustavnog suda predlog da se uvede pluralitet pravnih sistema jeste pokušaj pravljenja razlika među građanima, zasnovanim na religiji i uverenju i ima za cilj uvođenje teokratskog režima. Ustavni sud je citirao sledeći deo iz govora predsednika partije, gospodima Erbakana, održanog 23. marta 1993. godine pred Nacionalnom skupštinom:

»... 'živećete saglasno vašim verovanjima'. Mi želimo da despotizam bude ukinut. Mora biti nekoliko pravnih sistema. Građanin mora da ima mogućnost da bira koji mu pravni sistem najviše odgovara, u okviru opštih načela. Štaviše, to je uvek bilo tako tokom naše istorije. U našoj istoriji su postojali različiti religiozni pokreti. Svako je živeo saglasno pravnim pravilima njegove organizacije, i tako su svi živeli u miru. Zašto bi, tada, ja bio obavezan da živim prema tuđim pravilima? ... Pravo izbora nečijeg pravnog sistema je integralni deo slobode religije.«²⁷

Ustavni sud je našao da je ovaj predlog nespojiv sa idejom pripadanja naciji koja ima jedinstven legislativni i sudski sistem.²⁸ Verujući da je ovom zabranom Turska povredila određena prava, garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i to slobodu udruživanja, slobodu religije i slobodu izražavanja mišljenja, Partija blagostanja, njen predsednik i dva člana su zatražila zaštitu Evropskog suda za ljudska prava. Tim povodom je Evropski sud za ljudska prava izneo svoje opšte stavove u odnosu na slobodu mišljenja, savesti i religije, garantovanu članom 9 Konvencije. On je naglasio da je ova sloboda jedan od temelja »demokratskog društva« koji čuva identitet i koncept života verujućih kao i ateista, agnostika, skeptika i nezainteresovanih. Od nje zavisi pluralizam koji je tokom istorije postao neodvojivi elemenat demokratije.²⁹ Sud se osvrnuo posebno na situaciju kada više religija koegzistira u is-

²⁵ *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, (pred. br. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98), presuda od 13. februara 2003, para. 23.

²⁶ *Ibid.*, para. 25.

²⁷ *Ibid.*, para. 28.

²⁸ *Ibid.*, para. 30.

²⁹ *Ibid.*, para. 90.

tom stanovništvu. Kako bi se pomirili interesi različitih grupa i obezbedilo da se svačija verovanja i uverenja poštuju, kaže Sud, postavljanje nekih granica ovoj slobodi može da se pokaže nužnim. Evropski sud za ljudska prava smatra da država treba da vrši ulogu neutralnog i nepristrasnog organizatora koji će obezbediti manifestovanje različitih religija i uverenja i da takva uloga doprinosi održavanju javnog poretka, verske harmonije i tolerancije u demokratskom društvu.³⁰ Evropski sud za ljudska prava primećuje, međutim, da se članom 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne štiti baš svaki akt koji se može učiniti pod uticajem ili na zahtev religije.³¹ Primenjujući ove opšte stavove na tursku situaciju, Evropski sud za ljudska prava i Evropska komisija za ljudska prava su već u ranijim slučajevima izrazili mišljenje da načelo sekularizma jeste jedno od temeljnih načela države koje je u saglasju sa vladavinom prava, poštovanjem ljudskih prava i demokratijom. Ponašanja koja su suprotna ovom načelu ne moraju nužno da budu opravdana slobodom religije.³² Sud je naglasio da slobode religije, izražavanja i udruživanja ne smeju da budu zloupotrebljene radi postizanja nedemokratskih ciljeva. Pluralizam i demokratija, prema mišljenju Suda, se zasnivaju na kompromisu koji zahteva različite koncesije pojedinaca ili grupa, koji moraju, ponekad, da se slože da ograniče neke od sloboda u cilju obezbeđivanja veće stabilnosti zemlje kao celine.³³ Razmatrajući konkretan slučaj, Evropski sud za ljudska prava nalazi da pluralitet pravnih sistema u okviru jedne države nije spojiv s Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer bi time država izgubila svoju ulogu zaštitnika ljudskih prava i jer bi se time povredilo načelo nediskriminacije u pogledu uživanja osnovnih sloboda, jedno od osnovnih načela demokratije.³⁴ On zaključuje da, time što su rasformirale Partiju blagostanja, turske vlasti nisu povredile slobodu udruživanja, garantovanu članom 11 Evropske konvencije. Sud je smatrao da je ovaj njegov nalaz dovoljan i da nije potrebno da razmatra ostale navode podnosioca predstavke u pogledu povrede slobode religije i slobode izražavanja.

Evropski sud za ljudska prava je demonstrirao, između ostalog, u predmetu *Lauci* svoj stav o odnosu slobode religije i pluralnog, demokratskog društva. Slučaj *Lauci protiv Italije* je izazvao burnu reakciju u Italiji, tako da je Vlada podnela zahtev da taj slučaj razmotri Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava, što je Evropski sud prihvatio, te je usmena rasprava pred Velikim većem održana 30. juna 2010. godine. Gospođa Lauci ima dva sina, koja u predmetno

³⁰ *Ibid.* para. 91.

³¹ *Ibid.* para. 92.

³² *Ibid.* para. 93.

³³ *Ibid.* para. 99.

³⁴ *Ibid.* para. 119.

vreme imaju devet i trinaest godina, i pohađaju državnu školu u Italiji. Gospođa Lauci smatra da je isticanje krsta u svakoj učionici suprotno duhu sekularizma u kome ona želi da uzgaja svoju decu. Pošto je Ustavni sud Italije našao da nema nadležnosti u ovoj stvari i pošto je nadležni administrativni sud odbio tužbu gospođe Lauci, ističući da krst u Italiji znači simbol italijanske istorije i kulture, i italijanskog identiteta, ona se obratila Evropskom sudu za ljudska prava, navodeći da se praksom isticanja krsta u učionicama vređa sloboda religije, koja naravno uključuje i ateizam, agnosticizam i nezainteresovanost, i da se vređa pravo na obrazovanje u skladu sa religijskim ili filozofskim ubedenjima.³⁵ Polazeći od slobode religije i prava na obrazovanje u skladu sa religijskim ili filozofskim ubedenjima, Evropski sud za ljudska prava smatra da je država obavezna da se uzdrži od nametanja uverenja, čak indirektno, na mestima na kojima se nalaze osobe koje su zavisne od nje ili koje su naročito osetljive.³⁶ Obrazovanje dece je naročito osetljiva oblast sa obzirom da deca nemaju razvijen kritički kapacitet da se odupru poruci koju im nameće država isticanjem religioznog simbola.³⁷ Sud nije mogao da vidi kako isticanje ovog religioznog simbola može da se pomiri sa pluralističkim obrazovanjem što je od suštinskog značaja za demokratsko društvo.³⁸ Sud je, dakle, našao da se isticanjem krsta u učionicama vređa sloboda religije i pravo na obrazovanje u skladu sa religijskim i filozofskim ubedenjima.³⁹ Ova presuda Evropskog suda za ljudska prava ilustruje stav da sloboda religije uključuje slobodu izbora i da država ne sme da narušava ovu slobodu izbora isticanjem jednog religioznog simbola u javnim školama. Ostaje da vidimo šta će biti odluka Velikog veća Evropskog suda za ljudska prava u tom predmetu.

ZAKLJUČAK

Gore navedene činjenice negiraju ispravnost radikalne varijante kulturnog relativizma kao i univerzalistički pristup apsolutne uniformnosti ljudskih prava. Ugovori o ljudskim pravima spadaju u ugovore sa najvećim brojem država ugovornica. Univerzalne ugovore o ljudskim pravima su prihvatile države koje se nalaze u različitim regionima, u kojima postoje različite kulture i religije. Države koje pripadaju istoj kulturi ili u kojima preovlađuje ista religija ne pokazuju isti

³⁵ *Lautsi v. Italy*, (pred. br. 30814/06), presuda od 3. novembra 2009.

³⁶ *Ibid.*, para. 48.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, para. 56.

³⁹ *Ibid.*, para. 57.

odnos prema ljudskim pravima. Prema tome, kultura i religija nisu jedine i isključive determinante ljudskih prava. Sa druge strane, ne može se negirati da kultura i religija vrše izvestan uticaj na formulisanje ljudskih prava.

Posle Drugog svetskog rata ljudska prava postaju stvar legitimnog interesa međunarodne zajednice i ona izmiču isključivosti nacionalne suverenosti. Uprkos tome, države su i dalje akteri sa najvećim uticajem na izgradnju međunarodnih poredaka ljudskih prava. One se razlikuju u pogledu spremnosti da nadzor nad poštovanjem ljudskih prava poveru međunarodnim institucijama. Ova spremnost nije, takođe, ili nije isključivo određena kulturnim ili religijskim faktorima.

Politički okvir za rešavanje otvorenih pitanja univerzalizacije ljudskih prava u svetu različitih kultura nalazimo u dokumentu pod imenom »World Summit Outcome,« koga su konsenzusom usvojili šefovi država i vlada, okupljeni na svetskom samitu, povodom 60 godina UN, u okviru Generalne skupštine, Rezolucijom 60/1 od 16. septembra 2005. godine. Šefovi država i vlada su potvrdili ponovo univerzalnost, nedeljivost, međuzavisnost i međusobnu povezanost svih ljudskih prava. Priznali su značaj poštovanja i razumevanja religija i kulturne raznolikosti širom sveta te da su sve kulture i civilizacije doprinele obogaćivanju čovečanstva. U cilju da unaprede međunarodni mir i bezbednost, obavezali su se da unapređuju ljudsku dobrobit, slobodu i napredak svuda kao i da ohrabre toleranciju, poštovanje, dijalog i saradnju među različitim kulturama, civilizacijama i narodima. Zatvorenost, isključivost, izolovanost i nepromenljivost je nešto što izlazi iz ovog okvira. Očekuje se dijalog, traženje i građenje zajedničkog.

Važno je, takođe, primetiti da se u svetu rastuće međupovezanosti, u svetu globalnih komunikacija, u svetu rastuće cirkulacije ljudi, ideja, kulturnih dobara, događaja i proces stvarne univerzalizacije ljudskih prava. Ljudske potrebe, želje, shvatanja i aspiracije nisu određene isključivo neposrednim kulturnim okruženjem već se one formiraju, takođe, delimično pod uticajem onoga što je za pojedince atraktivno u drugim kulturama, u drugim načinima života. Pojedinci prestaju da budu zarobljenici kultura lokalnih zajednica i postaju građani globalnog društva. Ljudska prava su po svojoj prirodi okrenuta afirmaciji ljudske individualnosti, individualnog identiteta. Ovaj individualni identitet ne uključuje više samo oslanjanje na lokalne kolektivne identitete, etničke, religijske ili druge već i na nastajuću globalnu kulturu koja se oslanja na globalne komunikacije, globalnu ekonomiju i u kojoj svoje mesto imaju univerzalna ljudska prava. Sudanski studenti prave zabavu u Kartumu, kakvu studenti prave na bilo kom drugom mestu i koja uključuje igru devojaka i mladića, međusobno ljubljenje i sl. Kada zbog toga budu išibani od strane sudanskih vlasti jer su pomenutom zabavom povredili pravila ponašanja propisana šerijatom, oni dobijaju satisfakciju od Afričke komisije za ljudska prava i prava naroda, koja traži od Sudana da izmeni krivični zakon, ukine kaznu šibanja i kompenzuje žrtve ovakvog ponižavajućeg kažnja-

vanja.⁴⁰ Irsko društvo za zaštitu nerođene dece je podnelo tužbu irskom sudu protiv dve neprofitne irske organizacije koje su pružale savete u pogledu planiranja porodice a razgovori sa zainteresovanim su mogli da obuhvate i razmatranja prekida neželjene trudnoće i informisanje o bolnicama koje pružaju ovu uslugu izvan Irske. Irski ustav štiti pravo na život nerođenog deteta uz zahtevanje dužne pažnje prema istom pravu majke. Imajući u vidu Irski ustav i krivični zakon, irski sudovi su našli da je pružanje saveta u pogledu mogućnosti obavljanja abortusa nezakonito te su zabranili dvema organizacijama da pružaju takve savete. Evropski sud za ljudska prava je, međutim, našao da je ovom zabranom Irska povredila slobodu izražavanja, garantovanu Evropskom konvencijom.⁴¹ Ljudska prava su usmerena, dakle, prema zadovoljavanju individualnih potreba, očekivanja i želja i ove potrebe, očekivanja i želje se obrazuju i mimo lokalne kulture. Ako je njihovo zadovoljenje postalo međunarodni standard, široko prihvaćen, lokalno protivljenje zadovoljenju ovih potreba ne može da bude prihvaćeno.

Razlikujemo jednakost i uniformnost ljudskih prava. Uniformnost ljudskih prava ne može da bude ideal kome treba težiti. Prirodni ideal bi bio individualizacija ljudskih prava, dakle tumačenje i primena ljudskih prava saglasno očekivanjima svakog pojedinca i individualnim okolnostima. Jednakost treba da se manifestuje u angažovanju države i međunarodne zajednice koje treba da bude jednako u pogledu zadovoljavanja i stvaranja uslova za zadovoljavanje potreba svakog pojedinca.

Treba imati u vidu da ljudska prava uključuju političku komponentu jer impliciraju zahtev za promenom zatečenog stanja, zahtev za izvesnu preraspodelu socijalnih mogućnosti, uticaja i moći koje su raspoređene u društvu saglasno nekim kulturnim obrascima te otuda poziv na kulturnu posebnost kao način da se očuvaju socijano privilegovane pozicije.⁴²

⁴⁰ Predmet 236/2000, *Curtis Francis Doebbler/Sudan*, maj 2003.

⁴¹ *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland*, (pred, br. 14234/88 i 14235/88), presuda od 29. oktobra 1992.

⁴² Z. F. Kabasakal Arat, Forging A Global Culture of Human Rights: Origins and Prospects of the International Bill of Rights, *Human Rights Quarterly*, 28, 2006, str. 437.

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

UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS IN DIFFERENT CULTURES

Summary

The universal human rights treaties are among the treaties with the greatest number of state parties. Countries with different historical, cultural and religious backgrounds accepted these treaties. Still, reservations to these treaties and objections to these reservations disclose certain disagreements among states parties in relation to some aspects of universal human rights standards. Some reservations are inspired by religious reasons. Certain differences among national articulations of human rights are visible also among countries of the same region, like Europe. These facts negate correctness of extreme positions of cultural relativism as well as extreme positions of universality of human rights.

Since the Second World War the human rights have ceased to be exclusive matter of state sovereignty. In spite of that, states have been and are even today main players in articulation of human rights at national and international level. Having this in mind, it is important to note the existence of a universal political consensus relevant to the issue: In order to promote international peace and security, heads of state and government, gathered at United Nations Headquarters in New York from 14 to 16 September 2005, committed themselves to advancing human welfare, freedom and progress everywhere, as well as to encouraging tolerance, respect, dialogue and cooperation among different cultures, civilizations and peoples.

An ideal of human rights cannot be absolute uniformity of human rights. Rather, it would be individualization of human rights. It means that principle of equality requires states and international community to devote equal attention to needs of all individuals and to create national and international orders that would enable all individuals to satisfy all their needs in equal measure. Human rights serve to affirmation, protection and realization of individual identities. Beside unique features of each person, individual identity includes elements of collective identities. Modern means of communications, world market and rising universal interdependence make background of an emerging global culture, ingredients of which are universal human rights.

STEVAN ĐORĐEVIĆ

ZAKON O ZAKLJUČIVANJU I IZVRŠAVANJU MEĐUNARODNIH UGOVORA U PRIPREMI

U V O D

Jedna od poruka Kopaoničke škole prirodnog prava (dvadesetprvi susret 2008) bila je: »Predlaže se Vladi Republike Srbije da što pre donese novi Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora...«. U okviru Sekcije »Međunarodno pravo – elementi inostranosti« u raspravi je bilo reči o potrebi donošenja novih zakonskih i podzakonskih propisa iz oblasti prava međunarodnih ugovora. Dato je objašnjenje da postojeći Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora iz 1978.¹, sada na snazi, s obzirom da je donet za potrebe savezne jugoslovenske države i izražava stanje tog vremena, ne odgovara sadašnjim potrebama. Ovo utoliko pre, što posle donošenja novog Ustava Republike Srbije od 2006, donošenje potpunijih i preciznijih propisa iz ove oblasti nameće se kao imperativ.²

Istovremeno, u okviru obrazovane radne grupe Ministarstva spoljnih poslova Srbije, već su izvršene pripremne radnje za donošenje ovog zakona. Urađene su dve verzije nacrta Zakona, pošto su prethodno dobijena i mišljenja odgovarajućih ministarstava kao i pojedinih fakulteta i instituta.³ Sada se nastavlja rad i

Dr Stevan Đorđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, u penziji.

¹ Službeni list SFRJ, 55/1978.

² Pravni život, 1–2/2009, str. 122; isti časopis, tom V, 3/2008, str. 508.

³ Na prvi nacrt Zakona, od svih pravnih fakulteta i instituta, kojima se obratilo Ministarstvo spoljnih poslova Srbije dali su mišljenje i korisne primedbe: Institut za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu i Katedra za međunarodno pravo Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

još se nije stiglo do željenog teksta, koji bi bio poslat Vladi Republike Srbije u obliku nacрта Zakona za dalji postupak. Tek po usvajanju od strane Vlade, tekst u obliku predloga zakona biće poslat Skupštini Republike Srbije za donošenje. Po svemu sudeći, teško je predvideti trajanje pomenutog postupka i vreme donošenja novog zakona. Zadržaću se samo na nekim pitanjima, imajući u vidu da još predstoji vreme usaglašavanja kakav će biti njegov konačan tekst.

USTAVNI OSNOV I RAZLOZI ZA DONOŠENJE ZAKONA

Već u dva pomenuta nacрта dati su osnov i razlozi za donošenje zakona koji nisu sporni. To su odredbe da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje njen međunarodni položaj i odnose sa drugim državama i međunarodnim organizacijama i organizaciju, nadležnost i rad republičkih organa (tačka 1. i 16. član 97. Ustava RS). Posebnom odredbom Ustava Republike Srbije propisana je nadležnost Narodne skupštine da potvrđuje međunarodne ugovore kad je zakonom predviđena obaveza njihovog potvrđivanja (tačka 4. član 99). Spoljna politika Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava (stav 1, član 16).⁴ Ustavne promene izvršene 1992, 2003. i 2006, kojima se menjalo državno uređenje, nameće obavezu usklađivanja zakona sa važećim propisima.⁵

Prilikom donošenja novog Zakona, mora se imati u vidu još dva međunarodnopravna akta. Pre donošenja Zakona od 1978, doneta je Konvencija o ugovornom pravu (pravo međunarodnih ugovora) od 1969, koja je stupila na snagu, a posle donošenja pomenutog Zakona, Konvencija o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija od 1986, koja do sada nije stupila na snagu.⁶

⁴ Službeni glasnik RS, 98/2006.

⁵ Član 105, stav 3, tačka 6. Ustava Republike Srbije od 2006. propisuje *inter alia*, da se zaključivanje i potvrđivanje međunarodnih ugovora donosi većinom glasova svih narodnih poslanika. Članom 2. stavom 1. Zakona o Vladi je predviđeno da Vlada utvrđuje i vodi politiku Republike Srbije u okviru Ustava i zakona i drugih opštih akata Narodne skupštine a u akte koje donosi, Vlada članovima 42–45 nabrojani su: uredbe, odluke, rešenja, zaključci, memorandum o budžetu i deklaracije (Službeni glasnik RS, 55/2005, 71/2005. i ispravka 101/2007. Takođe, od drugih zakonskih propisa, novim Zakonom o spoljnim poslovima Ministarstvu spoljnih poslova u okviru njegove nadležnosti povereno je da »u saradnji sa nadležnim državnim organima pokreće postupak i koordinira vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnih ugovora, učestvuje u postupku njihovog potvrđivanja i prati njihovu primenu, čuva originale svih međunarodnih ugovora, zajedničkih saopštenja i deklaracija Republike Srbije i njenih međunarodnopravnih prethodnika«, (Službeni glasnik RS, tačka 17. stav 1. član 5, 116 i 126/2007, 41/2009).

⁶ SFRJ je potpisala Bečku konvenciju o ugovornom pravu 11. marta 1969, a ratifikovala 6. maja 1970. Konvencija je stupila na snagu 27. januara 1970. (Službeni list SFRJ, Dodatak:

NAZIV ZAKONA I ŠTA SE NJIME UREĐUJE

Uobičajilo se kod nas da se materija iz prava međunarodnih ugovora reguliše pod nazivom »Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora«. Bilo je predloga da se oslovi uopštenijim, širim izrazom, kao »Zakon o međunarodnim ugovorima«, sledeći najopštiji naslov dveju pomenutih konvencija od 1969. i 1986.⁷ Pojedine države nastale na tlu bivše SFRJ preuzimaju stari, postojeći naziv ili ga proširuju.⁸ Novi nacrt Zakona Srbije, koji se priprema, zadržao je stari, postojeći naziv iz 1978. i propisao: »Ovim zakonom (se) uređuje postupak zaključivanja, izvršavanja i prestanak važenja međunarodnih ugovora« (član 1).⁹ Mišljenja sam, da treba ostati kod sadašnjeg predloga, tj. istovetnim iz 1978. Ovo razlikovanje nastaje iz dileme šta se u ugovornoj praksi podrazumeva pod pojmom »zaključivanje, zaključenje« ugovora. On je u doktrini višeznačan i prome-nljiv. Anglosaksonski pisci izražavaju suženiju sadržinu ovog pojma (okončanje ugovora i izrada konačnog teksta ugovora). Pristanak strana ugovornica nije nuž-

Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, 30/1972). SR Jugoslavija (Državna zajednica Srbija i Crna Gora, Srbija) izvršila je sukcesiju ove konvencije 12. marta 2001. Ovu obavezu sada ima Republika Srbija. Interesantno je pomenuti da je Konvencija od 1969, ratifikovana Uredbom Vlade (Saveznog izvršnog veća), a ne zakonom od strane Skupštine SFRJ, kako smatram da je trebalo postupiti. – Bečka konvencija o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija od 1986, potpisana je od SFRJ 25. marta 1986. Izvršena je sukcesija potpisa od strane SR Jugoslavije (Državna zajednica Srbija i Crna Gora, Srbija) 21. marta 2001, ali do sada nije ratifikovana odnosno potvrđena. Konvencija nije stupila na snagu do 17. avgusta 2010, usled nedovoljnog broja ratifikacija od strane država predviđenih Konvencijom (35 država). Do sada ukupno ima 39 potpisnica i 41 stranu ugovornicu, uključujući i međunarodne organizacije (Doc. A/CONF. 129/15).

⁷ Osamdesetih i devedesetih godina minulog veka, iz ličnog saznanja, poznato mi je, da su vršene pripreme za izmenu postojećeg Zakona od 1978, koji se još tada pokazao nedovoljno odgovarajućim za stanje u jugoslovenskoj državi, sa njenim problemima koji su je pratili. Tokom 1994. došlo se do faze, kada se pripremao od Vlade SR Jugoslavije predlog Zakona o međunarodnim ugovorima.

⁸ Zakoni Republike Hrvatske (Narodne novine, 28/1996) i Republike Crne Gore (Službeni list CG, 77/2008) zadovoljavaju se postojećim nazivom, a Zakon Makedonije (Služben vesnik Republike Makedonije, 5/1998) ga je oslovio kao »Zakon o zaključivanju, ratifikaciji i izvršavanju međunarodnih ugovora«. – Slovenija je ovu materiju regulisala donošenjem Zakona o spoljnim poslovima (Službeni/uradni/ list, 45/2001, 78/2003, 113/2300, 20/2006, 108/2009).

⁹ Hrvatskim zakonom se »uređuje postupak sklapanja i izvršavanje međunarodnih ugovora i druge radnje u vezi s međunarodnim ugovorima« (član 1). – Crnogorskim zakonom se »uređuje postupak zaključivanja, potvrđivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora kao i druga pitanja u vezi sa stupanjem na snagu, objavljivanjem, izmjenama i prestankom važenja međunarodnih ugovora« (član 1). – Makedonski zakon uređuje »postupak i način vođenja pregovora za zaključivanje međunarodnih ugovora, zaključivanje međunarodnih ugovora i pristupanje višestranim međunarodnim ugovorima, pokretanje postupka za ratifikaciju, kao i izvršavanje zaključenih međunarodnih ugovora« (član 1).

no obuhvaćen njime. Evropski pisci u pojam »zaključivanje« ugovora uključuju sve radnje kojima se on stvara (»ukupnost radnji kojima se ugovor stvara i pravno uobličuje«).¹⁰ Po meni, van pojma »zaključivanja« međunarodnog ugovora, treba da ostanu faze kao što su: stupanje na snagu, registrovanje, deponovanje i objavljivanje ugovora, a da se ovaj pojam završi radnjama ratifikacije odnosno drugim načinima izražavanja pristanka na obavezivanje ugovorom. Bečka konvencija od 1969. (kao i ona od 1986) ne daje značenje izraza »zaključivanje« ugovora. Može se posredno izvući zaključak, iz rada Komisije za međunarodno pravo koja je pripremala tekst konvencije, da ovaj izraz ima šire značenje.¹¹ Naziv zakona treba da ostane kakav se predlaže. Pretvaranje naziva u »Zakon o međunarodnim ugovorima« na čemu se sada i ne insistira, ne treba uzimati u raspravu, jer bi to zahtevalo znatno prenošenje odredaba iz obeju konvencija od 1969. i 1986. i njihovu konkretizaciju. Ako je pak reč o proširenju naziva zakona i formulaciji člana 1. šta se ovim zakonom uređuje, tačno je, da pored zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, u zakonu se regulišu ili pominju mnoge bitne radnje u vezi s potvrđivanjem, ratifikacijom, stupanjem na snagu, izmenama i dopunama ugovora, rezervama, prestankom, evidencijom, itd. Nabranje svih pomenutih radnji u članu 1. nije nužno. Naprotiv, izlišno ih je zbog njihovog značenja i vrednosti izdvajati. Najviše sam sklon da formulacija člana 1. bude proširena na takav način, da pored postupka zaključivanja i izvršavanja međunarodnog ugovora sadrži i kratak dodatak »i druge postupke njihove važnosti«. Tako bi se na jedan opšti način obuhvatile sve pomenute radnje u zakonu bez posebnog navođenja.

POJAM MEĐUNARODNOG UGOVORA

1. Definicija pojma međunarodnog ugovora, s pravom je u celini preuzeta iz Bečke konvencije od 1969. (kao i one od 1986). Ona glasi u drugoj radnoj verziji nacrtu Zakona: »Međunarodnim ugovorom smatra se ugovor, koji Republika Srbija zaključi u pisanom (pismenom – primedba S. Đ.) obliku sa jednom ili više država ili sa jednom ili više međunarodnih organizacija, regulisan međunarodnim pravom, bez obzira da li je sadržan u jednom ili više međusobno povezanih in-

¹⁰ U svrhe donetog hrvatskog zakona, »sklapanje« su sve radnje u postupku nastanka međunarodnog ugovora, osim potvrđivanja (stav 10. član 2), a po crnogorskom zakonu, po značenju izraza, takođe i istovetno »zaključivanje ugovora obuhvata sve radnje u postupku nastanka međunarodnog ugovora osim potvrđivanja« (član 4. pod 1).

¹¹ Stevan Đorđević, Nastanak međunarodnog ugovora, Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Pravni fakultet u Beogradu, 2008, str. 191, 192.

strumenata i nezavisno od njegovog naziva« (stav 1. član 2).¹² Ponavlja se ista definicija pojma međunarodnog prava i u pomenutim zakonima susednih država.¹³

U definiciji, ozbiljnije je pitanje, da li treba pomenuti i ugovore sa drugim subjektima međunarodnog prava. U doktrini međunarodnog prava rezerviš se naziv »ugovor« u generičom smislu, za svaki sporazum zaključen između dva ili više subjekata međunarodnog prava. Da li je nužno proširivati definiciju pojma međunarodnog ugovora i na druge subjekte međunarodnog prava, izuzev država i međunarodnih organizacija? Bečke konvencije od 1969. i 1986. ne odričući im međunarodnopravni subjektivitet (član 3), nisu regulisale ugovore država sa drugim celinama (npr. pojedine teritorijalne celine, narodnooslobodilački pokreti, pobunjenici, Međunarodni komitet Crvenog Krsta, Vatikan ili Sveta Stolica, pojedine privredne asocijacije potčinjene pravilima međunarodnog javnog prava i dr.). Bečka konvencija od 1969. (kao i ona iz 1986) predviđa ako se ova konvencija ne primenjuje na međunarodne sporazume koji nisu zaključeni u pismenom obliku, ona ne utiče na njihovu pravnu snagu i na primenu na takve sporazume svih pravila međunarodnog prava (član 3). Pravna važnost usmenih sporazuma ne poriče se ni u međunarodnom sudstvu. Takođe, u doktrini se navode i ugovori zaključeni znakom, radio-depešom, radio-porukom i drugim načinima elektronskog opštenja, isticanjem zastave u ratnim događajima i dr.¹⁴ Mišljenja sam, da ne

¹² Skoro istovetan tekst imamo i u Zakonu od 1978, predlogu Zakona od 1994. a istovetan tekst je i u prvoj radnoj verziji ovog nacarta. Bilo je predloga u primedbama na prvu radnu verziju nacarta Zakona, da se doda umetak u definiciji »i drugim subjektima međunarodnog prava«, ali taj predlog nije prihvaćen.

¹³ Istovetnu definiciju imamo u slovenačkom (stav 1. član 69) i crnogorskom zakonu, s tim što se u njemu navode i neki nazivi međunarodnih ugovora, što nije potrebno, jer se time isključuju i drugi nazivi koji su mnogobrojniji od navedenih (stav 1. član 2). – U makedonskom zakonu dodaje se umetak »saglasno Ustavu Republike Makedonije i međunarodnog prava« (stav 1. član 2). – U hrvatskom zakonu, navodi se sklapanje ugovora, pored država i međunarodnih organizacija »odnosno sa jednim ili više ostalih međunarodnopravnih subjekata« (član 2. pod. 1). Ovu definiciju pojma, hrvatski zakon dopunjuje i upodobljuje sa istim značenjem, sa još nekoliko grupa ugovora, što inače nije slučaj sa zakonima drugih susednih država. Tako, navodi se međunarodni ugovor sa istim značenjem: ustanovljen kao ustavni akt međunarodne organizacije; usvojen u krilu međunarodne organizacije; usvojen na međunarodnoj konferenciji; prilog ili neki drugi dodatak međunarodnom ugovoru koji je sastavni deo tog međunarodnog ugovora; deo usvojenog međunarodnog ugovora ako taj ugovor predviđa da se dotičnim delom država može vezati naknadno; i najzad, ugovori Narodne banke Hrvatske u svoje ime a za račun Hrvatske i slični drugi ekonomski aranžmani Narodne banke Hrvatske (članovi 2. pod 2. i 22). Čini nam se da ova dopuna, bar za neke ugovore od njih, nije bila nužna, s obzirom da se isti međunarodnopravni akti, inače, mogu tretirati kao međunarodni ugovori.

¹⁴ Stevan Đorđević, Kodifikacija prava međunarodnih ugovora, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2006, str. 60–63, 69–75.

treba u definiciju pojma međunarodnog ugovora pominjati i »druge subjekte međunarodnog prava«. Zakon treba da se odnosi samo na ugovore država i međunarodnih organizacija i držati se okvira Bečke konvencije od 1969. Ovo iz razloga, što su ovo posebni slučajevi. Zbog svoje različitosti nisu došli do tog stepena da mogu biti na opšti način pravno regulisani. Iz ovog razloga, treba zadržati pristup kako je dat u nacrtu Zakona. Jezički, treba početi rečenicu na sledeći način: »Međunarodnim ugovorom smatra se svaki sporazum ...«, da bi se izbeglo ponavljanje (Ugovorom ... ugovor).

2. Jedno od najtežih pitanja, ne samo iz redakcijskih razloga, je formulacija pojma tzv. administrativnih sporazuma, uveden Zakonom o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora od 1978. Ova grupa ugovora nije bila podložna primeni postupka predviđenog za ugovore obuhvaćene pojmom međunarodnog ugovora u smislu Zakona od 1978.

Treba reći, da je u praksi posle Drugog svetskog rata, bilo vidno nastojanje kod nas da svi međunarodni sporazumi, bilo kakvog naziva ili značaja, budu ratifikovani odnosno na drugi način usvojeni i kao takvi objavljeni (nastojanje prof. M. Bartoša). Ta praksa je zahtevala veliko organizaciono preopterećenje i finansijska sredstva a radilo se često o međunarodnopravnim aktima, kojima se nisu preuzimale nove obaveze niti se njima zahtevalo donošenje novih ili izmena postojećih zakona. Bili su izrazito tehničkog karaktera u funkciji izvršenja postojećih međunarodnih ugovora. Njihova formulacija u Zakonu od 1978. bila je: »Protokoli, zapisnici, i drugi pisani akti koje, radi izvršavanja međunarodnih ugovora, zaključuju organi ovlašćeni tim ugovorima, a kojima se ne preuzimaju nove obaveze (administrativni ugovori), ne smatraju se, u smislu ovog zakona, međunarodnim ugovorima.« (stav 2. član 2). Približno sličnu formulaciju sadrži i prva verzija pomenute radne grupe za izradu nacrtu novog zakona, ali se ne navodi naziv »administrativni ugovori«.¹⁵

¹⁵ Hrvatski zakon je ovu grupu izrazio na sledeći način: »U smislu ovog zakona ne smatraju se međunarodnim ugovorima: a) međunarodni akti, bez obzira na njihov naziv, koji prethode sklapanju međunarodnih ugovora, b) međunarodni akti koji se sklapaju radi izvršavanja međunarodnih ugovora, a kojima stranke ne preuzimaju nove pravne obaveze, v) ostali međunarodni akti kojima se ne preuzimaju međunarodne pravne obaveze« (član 3) – Makedonski zakon je kraći: »Ne smatraju se međunarodnim ugovorima akti koji zaključuju ovlašćeni organi Republike Makedonije za izvršavanje međunarodnih ugovora i kojima se ne preuzimaju nove obaveze za državu« (stav 2. član 2). – Slovenački zakon o spoljnim poslovima od 2001, sa izmenama i dopunama, zadovoljava se ovom konstatacijom: »Mišljenje o tome da li je međunarodni akt međunarodni ugovor daje Ministarstvo za spoljne poslove pre početka za njegovo sklapanje« (stav 2. član 69). – Crnogorski zakon sadrži sledeću formilaciju: »Ne smatraju se međunarodnim ugovorima, u smislu ovog Zakona, protokoli, zapisnici, ili drugi pisani akti koje radi izvršavanja međunarodnih ugovora zaključuju organi ovlašćeni tim ugovorima, kao i drugi međunarodni akti koje zaključuju organi državne uprave

U drugoj verziji sadašnjeg nacrtu Zakona, ovaj problem je podeljen i izražen putem dva izdvojena stava: »Međunarodnim ugovorom smatra se i ugovor koji se zaključuje radi izvršavanja potvrđenih međunarodnih ugovora ili radi ostvarivanja saradnje ministarstava Republike Srbije sa ministarstvima drugih država (protokoli, memorandumi, programi saradnje i dr.) koji ne zahteva donošenje novih ili izmenu važećih zakona i kojim se ne preuzimaju nove obaveze« (stav 2. član 2). I dalje kao novi stav: »Međunarodnim ugovorima ne smatraju se zapisnici, protokoli, programi saradnje i drugi međunarodnopravni akti koje radi izvršavanja međunarodnih ugovora potpisuju tim ugovorima osnovana zajednička tela odnosno upravni organi, kojima se ne preuzimaju nove pravne obaveze, odnosno, kojima se tehnički konkretizuju već postojeće pravne obaveze« (stav 3. član 2).

Zapažanje iz ovako formulisanog stava o tzv. administrativnim (mogu se osloviti i kao »izvršnici«) ugovorima, upućuje nas na zaključak da se njihov broj hteo da suzi samo na one međunarodnopravne akte koje donose (potpisuju, usvajaju) osnovana tela, odnosno upravni organi za već donete međunarodne ugovore. Njima se ne preuzimaju nove pravne obaveze, već se samo tehnički konkretizuju već postojeće. Izostaje kvalifikacija za ove međunarodnopravne akte u nacrtu Zakona kao »administrativni« a primera radi navode se nazivi za neke od njih. Ovo je dobra strana ovog predloga da se izuzmu od predviđenog postupka za zaključivanje međunarodnih ugovora mnogi akti koji se donose od izvršnih organa u međunarodnoj delatnosti. Ostali pak međunarodnopravni akti, bez obzira na naziv, kako su izraženi napred (stav 2. član 2), potpadali bi pod primenu ovog zakona, bez obzira na mnoge sličnosti između ove dve grupe. Čini nam se, da je ovo razlikovanje u svim slučajevima teško izvodljivo. Možda je bolje, uz lektorsku intervenciju i bliže određivanje, bez obzira na organ koji ga donosi i naziv koji nosi, tražiti rešenje u zajedničkoj jedinstvenoj formulaciji oba stava u jednoj celini. Sadržina treba da je bitna, za određivanje koji međunarodnopravni akti se ne smatraju međunarodnim ugovorima u smislu ovog nacrtu Zakona. Inače, ovim izuzećem njima se ne može oduzeti karakter međunarodnih ugovora ukoliko ispunjavaju uslove opšteg međunarodnog ugovornog prava i države se ne mogu osloboditi odgovornosti koja iz toga proističe. U oba ova stava pominju se skoro isti nazivi ugovora. Takvo nabranje treba izbeći jer može da dovode do zabune. Takode, glagol »potpisuju« možda neće zadovoljiti sve načine njihovog

u okviru svoje nadležnosti, a kojima se ne preuzimaju nove obaveze za Crnu Goru /u daljem tekstu: administrativni ugovori/ (stav 2. član 2).

donošenja. Ovi međunarodnopravni akti, po nacrtu Zakona, »dostavljaju se Vladi na upoznavanje«. ¹⁶

3. U vezi sa pojmom međunarodnog ugovora, reći ćemo sledeće o Bečkoj konvenciji o pravu ugovora država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija od 1986. Postavlja se pitanje da li se sada u priprema za donošenje novog zakona, oseća potreba da se Konvencija od 1986. ratifikuje odnosno potvrdi, pošto smo njeni potpisnici još od marta 1986. SFRJ je bila vrlo aktivna u njenom donošenju. Iznenadujuće je, da je tek nešto više od polovine od predviđenih 35 ratifikacija država, to dosada učinilo, iako je prošlo 25 godina od njenog donošenja. Ne oseća se interes država, a relativno mali broj i međunarodnih organizacija ju je potpisalo odnosno pristupilo. Ustvari, odredbe u ovoj Konvenciji su skoro istovetne kao i u onoj od 1969, koja se odnosila na ugovore država, sa posebnostima koje odlikuju ugovore međunarodnih organizacija. Naš odgovor je negativan, tj. ne treba sada pokretati pitanje njene ratifikacije, odnosno potvrđivanja. Za to, pokazuje se, nema posebne potrebe dok ona u međunarodnim odnosima ne stupi na snagu. To nas ne sprečava, da nešto što je potrebno u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora sa međunarodnim organizacijama ne unesemo neku odredbu u ovom nacrtu zakona koja bi bila poželjna sa stanovišta konkretizacije (npr. neke posebnosti o učešću država u donošenju međunarodnih konvencija koje imaju zakonodavni značaj i karakter). ¹⁷

4. Na ovom mestu ukazaćemo, da u Zakonu od 1978, i u ranijem predlogu Zakona od 1994, kao i sada, nedostaje u nacrtu zakona jedna odredba, koja je, po mom mišljenju, nužna. Reč je o pravnim situacijama i odnosima koji nisu regulisani ovim zakonom i kako tada postupiti, tj. koja pravila primeniti. ¹⁸ Izuzetno, u nekim zakonima susednih država, ide se i dalje o izjašnjavanju odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava. ¹⁹

¹⁶ Istovetnu odredbu imamo i u zakonima: Hrvatske (član 20), Slovenije (stav 9. član 75), Makedonije (član 27). i Crne Gore (stav 2. član 24).

¹⁷ Stevan Đorđević, Kodifikacija prava ugovora međunarodnih organizacija, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2007, str. 84–99.

¹⁸ Hrvatski zakon sadrži sledeću odredbu: »Na odnose koji ovim Zakonom nisu uređeni primenjuju se pravila opšteg običajnog međunarodnog prava i međunarodnog ugovornog prava o međunarodnim ugovorima koji obvezuju republiku Hrvatsku« (član 4). – U crnogorskom zakonu čitam: »Na odnose koji nijesu uređeni ovim zakonom primenjuju se opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i međunarodnog ugovornog prava« (član 3). – Slovenački i makedonski zakoni nisu se izjašnjavali o ovom pitanju.

¹⁹ U slovenačkom zakonu dat je odgovor kada postoji nesaglasnost međunarodnog ugovora sa unutrašnjim zakonodavstvom. Propisano je: »Ako su odredbe međunarodnog ugovora u suprot-

Nove odredbe u slučaju praznina su uobičajne u međunarodnopravnim aktima. Predlažemo da formulacija treba da bude slična kao u hrvatskom i crnogorskom zakonu. Pozivanje na »opšteprihvaćena pravila međunarodnog ugovornog prava«, kao opštija odredba je bolja nego li pomenuti konkretno Bečku konvenciju o pravu ugovora od 1969, koja se inače kao potvrđeni međunarodni ugovor može, i neposredno primenjivati. U ovom smislu je i pozitivno pozivanje, izraženo kroz ceo nacrt Zakona, za pojedine naznačene radnje da budu u skladu »sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava«.

Na pitanju odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava nećemo se zadržavati. Rešenje je načelno dato u Ustavu Republike Srbije od 2006. a naime: »Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom (stav 2. član 16). Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i opštih akata s opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Znači, imamo prvenstvo međunarodnog prava, tj. međunarodnih ugovora nad unutrašnjem zakonodavstvom ali istovremeno, zahtev da potvrđeni međunarodni ugovori budu u saglasnosti sa Ustavom, tj. prvenstvo Ustava nad međunarodnim ugovorom (član 167).²⁰

PRIVREMENA PRIMENA UGOVORA ILI DELA UGOVORA

Bečka konvencija o pravu ugovora od 1969. regulisala je privremenu primenu ugovora ili dela ugovora pre njegovog stupanja na snagu (član 25). Postojeći Zakon od 1978. sadržavao je sledeću odredbu: »Delegacija Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije može prihvatiti klauzulu u međunarodnom pravu da će se taj ugovor privremeno primenjivati pre njegovog stupanja na snagu, samo po posebnom odobrenju Saveznog izvršnog veća« (član 13).

Na ovako formulisanu odredbu bilo je primedbi u teoriji i praksi odmah posle donošenja zakona. Ustavni sud Jugoslavije, po sopstvenoj inicijativi, početkom januara 1985, doneo je rešenje o pokretanju postupka za ocenjivanje

nosti sa Zakonom ili drugim propisima Vlada otvara postupak za izmenu ili dopunu zakona ili drugih propisa odnosno za izmenu ili otkazivanje međunarodnog ugovora«. I dalje: »Međunarodni ugovori se primenjuju do odluke nadležnog organa« (član 87).

²⁰ Službeni glasnik RS, 98/2006.

ustavnosti odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora od 1978. Savezno izvršno veće (Vlada) je razmatralo pomenuto rešenje Ustavnog suda Jugoslavije i zaključilo da pripremi izmene i dopune zakona i precizira odredbu člana 13. u tom smislu da Savezno izvršno veće može dati odobrenje da delegacija SFRJ prihvati klauzulu u međunarodnom ugovoru o njegovoj primeni pre stupanja na snagu samo za one ugovore koje ono ratifikuje, dok je za ugovore koje ratifikuje Skupština SFRJ dužno da pribavi saglasnost radnog tela nadležnog veća Skupštine SFRJ. Ustavni sud Jugoslavije je oktobra 1987. doneo odluku, u vezi sa ocenom ustavnosti odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju ugovora od 1978, da pomenuta odredba nije u skladu sa Ustavom SFRJ.²¹ S obzirom da Skupština SFRJ nije u roku određenom uskladila osporenu odredbu navedenog zakona sa Ustavom, Ustavni sud je jula 1989. doneo odluku o prestanku važenja odredbe člana 13. pomenutog Zakona.²²

Imajući u vidu ovo iskustvo, u sadašnjem nacrtu Zakona, ova odredba je formulisana na sledeći način: »Vlada, u izuzetnim slučajevima na predlog nadležnog ministarstva iz člana 4. stav 1. ovog Zakona (predlog osnove za vođenje pregovora i zaključivanje ugovora – primedba S.Đ.), može, nakon dobijanja saglasnosti odbora Narodne Skupštine Republike Srbije da prihvati odredbu u međunarodnom ugovoru da će se ugovor, ili pojedine njegove odredbe privremeno primenjivati do njegovog stupanja na snagu. Postupak potvrđivanja ovog ugovora mora biti pokrenut u roku od 30 dana od datuma njegovog potpisivanja (stav 1. član 7).²³ Dalje se reguliše način prestanka važenja odredbe o privremenoj primeni ugovora ili dela ugovora.²⁴

Izložićemo jedan od novih ugovora koji se odnosi na ovu materiju. Reč je Sporazumu između Srbije i Crne Gore i Organizacije Severnoatlantskog pakta (NATO) o tranzitnim aranžmanima za podršku mirovnim operacijama od 18. jula

²¹ Odluka o ocenjivanju ustavnosti odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, Službeni list SFRJ 2/1989.

²² Službeni list SFRJ, 47/1989.

²³ Razlika postoji u formulisanju ove odredbe. Tako u hrvatskom zakonu, odobrenje daje Predsednik Republike odnosno Vlada (stav 1. član 10), a po crnogorskom zakonu samo Vlada, bez oznake za koje ugovore (stav 1. član 10). I u jednom i u drugom zakonu nema određenog roka za pokretanje postupka za potvrđivanje ovakvog ugovora. – U slovenačkom zakonu odobrenje daje Vlada samo za ugovore za koje je ona nadležna (član 72). – Ovakve odredbe nema u makedonskom zakonu.

²⁴ «Privremena primena ugovora prestaje danom njegovog stupanja na snagu ili nakon prijema obaveštenja jedne od država ugovornica kojim obaveštava drugu državu ugovornicu, odnosno ostale članice višestranog ugovora, o svojoj nameri da ne postane članica ugovora u skladu sa odredbama samog ugovora i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (stav 2. član 7). Sličnu odredbu imamo samo u hrvatskom (stav 2. član 10) i crnogorskom zakonu (stav 2. član 10).

2005. koji je izazvao izvesne kontraverze u javnosti.²⁵ Potpisan je u ime Saveta ministara Srbije i Crne Gore, od tadašnjeg ministra spoljnih poslova. Ne upuštamo se u analizu pojedinih otežavajućih odredaba koje zadiru u suverenitet i integritet Srbije i Crne Gore (mada ih sporazum u uvodu potvrđuje i poštuje), s obzirom da to nije predmet ovog rada. Sporazum se primenjuje privremeno od dana potpisivanja a stupa na snagu na dan kada Srbija i Crna Gora obaveste NATO da su ispunjene sve procedure za njegovo stupanje na snagu (član 20). Predviđa se zaključenje dodatnih aranžmana u skladu sa načelima međunarodnog prava, a detaljni aranžmani u vezi primene (implementacije) člana 4.²⁶ biće izrađeni bez odlaganja (član 17). U sve aranžmane, nema kasnije uvid Skupština.

Odobrenje za potpisivanje ovog sporazuma dato je od Saveta ministara Srbije i Crne Gore tri dana pre njegovog potpisivanja. Nikakva saglasnost nije se tražila od nadležnog odbora Skupštine Srbije i Crne Gore. Sporazum je ratifikovan na sednici Skupštine Srbije i Crne Gore 4. novembra 2005, tako da se privremeno primenjivao više od tri meseca pre njegovog stupanja na snagu.²⁷ Dodajmo, mogu se javiti ozbiljni problemi u vezi sa rešavanjem nastalih posledica u vreme privremene primene ugovora ili dela ugovora ukoliko ne dođe do njegove potvrde (ratifikacije).

U nacrtu Zakona predviđeno je da postupak potvrđivanja ovakvog ugovora mora biti pokrenut u roku od 30 dana od njegovog potpisivanja (član 7) Ovakav

²⁵ Službeni list Srbije i Crne Gore, Međunarodni ugovori, 13/2005. Sporazum se odnosi na region Balkana.

²⁶ On glasi: »Radi izvođenja takvih operacija, a imajući u vidu da je za adekvatno izvršavanje poverenih zadataka potrebna brzina akcije, NATO nema obavezu da dostavlja spisak inventara ili drugu rutinsku carinsku dokumentaciju o osoblju, opremi, potrošnom materijalu i zalihama koji ulaze, izlaze ili tranzitiraju preko teritorije Srbije i Crne Gore u cilju podrške operacije. Organi Srbije i Crne Gore olakšavaju svim adekvatnim sredstvima sve pokrete osoblja, vozila i/ili materijala preko luka, aerodroma ili drumskim putem. Vozila, plovila i vazduhoplovi u tranzitu ne bi trebalo da podležu propisima o izdavanju dozvole ili registraciji, niti osiguravanju. NATO ne zahteva da bude izuzet od plaćanja razumnih cena za tražene i pružene usluge, ali se neće dozvoliti ometanje tranzita usled pregovora o plaćanju takvih usluga. NATO unapred obaveštava Srbiju i Crnu Goru o načinima transporta. O rutama će se zajednički postići dogovor«.

²⁷ Rasprava o ovom Sporazumu, vođena je 28. oktobra i 4. novembra 2005. Bila su oštra suprostavljanja o sadržini odredaba sporazuma. Pre sednice Skupštine Srbije i Crne Gore, zakazan je, na jedan sat pre početka rada Skupštine, sastanak Odbora za odbranu, koji je trebalo da da svoje mišljenje. Sastanak se nije održao zbog nedostatka kvoruma. Iz stenografskih beležaka se vidi da izvesne primedbe Vlade Srbije nisu prihvaćene. Vlada Crne Gore je bila uzdržana. Ne vidi se kakva je primena sporazuma bila u tih 100 dana od potpisivanja do stupanja na snagu. O tome nije bilo reči ni u uvodnom izlaganju ministra spoljnih poslova. – Iz Srbije je za glasalo 49 poslanika a 33 protiv i 4 poslanika uzdržana. Iz Crne Gore je za glasalo 19 poslanika, jedan je bio protiv i jedan uzdržan. Konstatovano je da je Skupština usvojila predlog Zakona (Stenografske beleške Skupštine Srbije i Crne Gore, 28. oktobar i 4. novembar 2005. sveska 41).

kratak rok (a bilo je predloga da on bude do tri meseca usled tehničkih razloga), svakako je propisan, zbog prirode ili važnosti ugovora ili dela ugovora u konkretnom slučaju. Odredba o mogućnosti privremene primene ugovora ili dela ugovora, mada se to može podrazumevati, treba da bude tekstualno uključena u nacrt Zakona i za druge ugovore koje ne potvrđuje Skupština.

POTVRĐIVANJE (RATIFIKACIJA) I DRUGI NAČINI IZRAŽAVANJA PRISTANKA NA OBAVEZIVANJE UGOVOROM

Sledeći i postupajući po Ustavu Republike Srbije od 2006. zakonom koji se sada donosi, treba da se propiše koje međunarodne ugovore potvrđuje Skupština Srbije. To su: ugovori koji zahtevaju donošenje novih ili izmenu važećih zakona Republike Srbije, međunarodni ugovori vojne i političke prirode, međunarodni ugovori kojima se stvaraju finansijske obaveze i međunarodni ugovori kojima se, na drugi način stvaraju prava i obaveze u skladu sa ustavnim nadležnostima. (član 13. nacrta). To je uobičajna formulacija u ranijim našim ustavima i u Zakonu o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora od 1978. sa neznatnim proširenjem na ugovore koji i »na drugi način stvaraju prava i obaveze«. To je opšta formulacija i u ustavima drugih zemalja. Skupština, kao najviši organ, ratifikuje međunarodne ugovore vojne i političke prirode i ugovore koji zahtevaju donošenje novih ili izmenu važećih zakona, posebno ako je reč o finansijskim obavezama. Ostale je ugovore, i po Zakonu od 1978, ratifikovala Vlada, izuzev onih naznačenih kao »administrativnih«. Sadašnje stanje u susednim državama razlikuje se, u formulaciji od jedne do druge države, skoro sa istovetnim sadržajem ili neznatnim razlikama i u kombinovanju svih njih, dobija se odgovor na ovo pitanje.²⁸ Moguće je po meni, predvideti u nacrtu Zakona i one ugovore

²⁸ Po hrvatskom zakonu, Sabor potvrđuje međunarodne ugovore koji traže donošenje ili izmenu zakona, međunarodne ugovore vojne i političke prirode i međunarodne ugovore koji finansijski obavezuju Republiku Hrvatsku (član 18). – Interesantan je način regulisanja u makedonskom zakonu. Međunarodne ugovore u ime Republike Makedonije zaključuje Predsednik Republike (stav 1. član 3). Ugovore može da zaključi i Vlada, a zatim se određuje poimenično koje su to oblasti, osim pitanja u vezi granica Republike Makedonije, stupanje u saveze ili zajednice sa drugim državama ili istupanje iz takvih saveza i zajednica i drugi ugovori koje, po međunarodnom pravu, zaključuju šefovi država (stav 2. član 3). Iz ovakve stilizacije, Sabor ratifikuje ugovore koje zaključuje Predsednik Republike (stav 1. član 21). – Po slovenačkom zakonu, koji je poseban na svoj način, određuje se da Skupština (Državni Zbor) ratifikuje one ugovore, osim onih, koji su u skladu sa petim stavom istog člana taksativno nabrojani da ih ratifikuje Vlada (stav 3. i 7. član 75). Iz takve slične stilizacije propisuje se da Državni zbor ratifikuje ugovore koji zahtevaju donošenje novih

»čijim je odredbama izričito predviđeno njihovo potvrđivanje«, kakvu odredbu inače imamo često u višestranim konvencijama, bez obzira na njihovu sadržinu. Međutim, i ovaj poseban način podrazumeva se pod onom opštom formulacijom »i međunarodni ugovori kojima se na drugi način stvaraju prava i obaveze«. Takođe, za potvrđivanje finansijskih ugovora, koji se zaključuju posredstvom Narodne banke Srbije sa drugim ekonomskim subjektima i asocijacijama, s obzirom na njihovu posebnost, mnogobrojnost i značaj, treba imati posebnu odredbu u nacrtu Zakona. Takve odredbe je bilo u Zakonu od 1978.

Želimo ovde da konstatujemo da počev od kraja aprila 1992, tj. stvaranja SR Jugoslavije, sve do sada jedino su ugovori ratifikovani odnosno potvrđivani od strane odgovarajuće skupštine.²⁹ Nijedan ugovor nije ratifikovan odnosno drugom odlukom usvojen od Vlade. Mišljenja sam, da treba zadržati gledašte koje je zastupljeno u nacrtu, a tako je bilo i ranije sa našim ustavima i zakonskim tekstovima. Naime, treba odrediti koje ugovore potvrđuje (ratifikuje) Skupština, a sve ostale ugovore na odgovarajući način usvaja Vlada ili prima k znanju, tj. njima se upoznaje. Iz ovoga proizlazi da će i Vlada Republike Srbije neke ugovore donositi odgovarajućom odlukom (uredbom, odlukom, rešenjem, zaključkom) i uvesti u pravni život. U nekim ustavima koje smo ovde pratili imamo i drugojačije pristupe.³⁰ Ovu konkretizaciju treba na neki način izraziti i u ovom novom nacrtu

ili izmenu važećih zakona (stav 7, član 5). – Po crnogorskom zakonu, odredba je sledeća: »Skupština Crne Gore potvrđuje međunarodne ugovore koji zahtevaju donošenje novih ili izmjenu važećih zakona, međunarodne ugovore koji se tiču pristupanja političkim ili vojnim savezima, kao i međunarodne ugovore kojima je odredbama izričito predviđeno njihovo potvrđivanje (član 14).

²⁹ To su najvećim delom, posebno u poslednjem periodu, ugovori ekonomskog karaktera sa Evropskom unijom, međunarodnim ekonomskim organizacijama, o zajmovima i drugim finansijskim obavezama.

³⁰ U crnogorskom zakonu se zadovoljavaju sa određivanjem koje ugovore potvrđuje Skupština (član 14). – U hrvatskom zakonu, predviđeno je, kao što smo napred pomenuli koje ugovore potvrđuje Sabor Hrvatske (član 18) Takođe se predviđa da Vlada zaključuje ugovore u područjima privrede, delatnostima koje se obavljaju kao javna služba i zaštite okoline (stav 2. član 5), što znači da ih i konačno usvaja. – U slovenačkom zakonu se pristupa na drugojačiji način. Po njemu, Vlada ratifikuje međunarodne ugovore koji uređuju pitanja za koje je Vlada nadležna u okviru unutrašnjeg pravnog poretka; koji se zaključuju u cilju sprovođenja onih akata međunarodnih organizacija koju obavezuju Narodnu Republiku Sloveniju; koji se zaključuju u cilju primene zaključenih međunarodnih sporazuma koji uređuju pitanja u vezi sa diplomatskim i konzularnim odnosima; koje zaključuju ministarstva o razmeni iskustava i određivanja saradnje sa ministarstviima drugih država; koji uređuju pitanja sa područja odbrane i unutrašnjih poslova koji su od značaja za sprovođenje pruzetih obaveza i prihvaćenih odluka o međunarodnoj saradnji Republike Slovenije (stav 5. član 75). – U makedonskom zakonu propisuje se da u ime Republike Makedonije može da zaključuje međunarodne ugovore i Vlada Republike Makedonije kojima se: uređuju pitanja iz oblasti ekonomije, finansija, nauke, kulture, obrazovanja i sporta, saobraćaja i veza, urbanizma, građevinarstva i zaštite sredine, poljoprivrede, šumarstva, vodoprivrede, zdravlja, energetike, rada i socijalne politike, ljudskih prava, diplomatsko-konzularnih odnosa kao i oblasti odbrane i bezbed-

Zakona. Ponavljamo da i pre i posle donošenja Ustava Republike Srbije nijedan međunarodni ugovor nije donet (usvojen) od Vlade Republike Srbije. A takvih ugovora će biti i ima ugovora koji ne ulaze u okvir onih ugovora za koje je predviđeno potvrđivanje od strane Narodne Skupštine. Na kraju, niti ovim nacrtom Zakona, niti pomenutim zakonima susednih zemalja nije predviđeno konačno obavezivanje međunarodnog ugovora samo potpisom, bez dodatnog odobrenja, kakvu mogućnost dopušta Bečka konvencija o pravu ugovora od 1969. (član 12).

OSTALE ODREDBE

Nacrt Zakona obuhvata i mnoga druga pitanja iz ove oblasti. To su: inicijativa i osnova za vođenje pregovora i zaključivanje ugovora; delegacija i vođenje pregovora; potpisivanje međunarodnog ugovora; sadržina akta o potvrđivanju; objavljivanje; stupanje na snagu; izvršavanje i obaveštavanje o izvršavanju ugovora; izmene i obustavljanje (suspenzija); stavljanje i povlačenje rezervi, interpretativnih klauzula i deklaracija; prestanak važenja međunarodnih ugovora, posebno onih koji se potvrđuju; drugi međunarodnopravni akti; evidentiranje i čuvanje originala; postupak koji se primenjuje na diplomatskim konferencijama; završne odredbe.³¹ Neka od ovih pitanja imaju osnov u međunarodnom ugovornom pravu i dobrim delom su primena propisa iz unutrašnjeg zakonodavstva. Reč je o nadležnosti organa, odgovornosti, rokova i drugih procesnih radnji u postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. Verovatno će o ovim pitanjima kao i o onim koje sam napred izneo biti rasprava do donošenja konačnog predloga Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora.

nosti, osim ograničenja za ove ugovore koje, po međunarodnom pravu, zaključuju šefovi država o čemu je napred bilo reči, koje ratifikuje Sobranje Makedonije, iz formulacije stava 1. člana 21. (stav 2. član 3). Znači, u tom slučaju sledilo bi za ovakve ugovore ratifikacija od strane Vlade Makedonije, što se izričito to ne kaže.

³¹ Uzgred pominjemo da nema odredbe o registraciji međunarodnih ugovora u Sekretarijatu UN i deponovanju višestranih konvencija i ugovora. Takođe, čini nam se da je inicijativa za zaključenje međunarodnih ugovora sužena samo na Vladu i nadležna ministarstava i druge nadležne organe a po našem mišljenju treba da bude šira. Stupanjem na snagu novog Zakona predviđeno je da prestaje da važi Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ 55/1978). – Po crnogorskom i makedonskom zakonu prestaje da važi i član 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ 47/1989). Po nama to nije potrebno jer je član 13. pomenutog Zakona bio van pravnog prometa. – Po slovenačkom i hrvatskom zakonu propisano je da prestaju da važe propisi iz ove oblasti koji su već ranije doneti.

STEVAN ĐORĐEVIĆ, LL.D.,
Former Professor, Faculty of Law,
Belgrade

LAW ON CONCLUDING AND IMPLEMENTING INTERNATIONAL TREATIES

Summary

The topic of the paper are some issues relating to the new Law on Concluding and Implementing International Treaties: types of treaties not encompassed by this Law and have not to be ratified ("administrative treaties") involving some different approaches; temporary implementation of treaties or pf their parts before their entering into force (example of transit movement agreement between Serbia and Montenegro and NATO) to support the peace-keeping 2005 operations.

Using the draft Law made by the Foreign Office, the author criticises certain solutions, such as the title of the Law, holders of international law right, application of some generally accepted international law rules where specific relations are not regulated by the Law, etc. All these issues are also looked from the comparative law aspect.

IVANA KRSTIĆ

ZNAČAJ UNIVERZALNE NADLEŽNOSTI NAKON USPOSTAVLJANJA MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

POJAM UNIVERZALNE NADLEŽNOSTI

Univerzalna nadležnost znači pravno ovlašćenje tužioca ili istražnog sudije bilo koje države da vodi istragu ili goni strance za zločine koji ne predstavljaju povredu interesa isključivo te države, kada su oni učinjeni van njene teritorije i prema licima koja nisu domaći državljani. Dakle, pod univerzalnom nadležnošću podrazumeva se nadležnost za određena krivična dela, u situaciji kada postoji odsustvo teritorijalne, personalne i svake druge veze sa učiniocem dela ili žrtvom,¹ a u pitanju je delo čije je kažnjavanje u interesu celokupne međunarodne zajednice. Iako danas nema međunarodne konvencije koja daje opšte prihvaćenu definiciju univerzalne nadležnosti,² postoje definicije koje se nalaze u izvorima tzv. mekog prava, pa tako izveštaj Udruženja za međunarodno pravo na sličan način određuje ovaj institut i kaže da je »na osnovu principa univerzalne nadležnosti, država ovlašćena, pa čak i obavezna, da pokrene postupak za određena ozbiljna

Dr Ivana Krstić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ T. Meron, International Criminalization of Internal Atrocities, *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, str. 554, 570.

² Kod određivanja ovog pojma treba biti posebno obazriv jer reč »univerzalna« može ukazivati na više značenja: ona može značiti univerzalnu osudu određenih zločina, ekstrateritorijalnu nacionalnu nadležnost, međunarodnu nadležnost koja se može, ali ne mora zasnivati na univerzalnom principu i konačno, univerzalnu nadležnost nacionalnih sudova.

krivična dela, bez obzira na mesto izvršenja dela i bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve.«³

U osnovi univerzalne nadležnosti nalazi se priroda pojedinih akata, koji se danas smatraju neprihvatljivim od strane celokupne međunarodne zajednice. Dakle, prvi razlog vršenja univerzalne nadležnosti jeste ozbiljnost krivičnog dela čije je kažnjavanje od interesa za celokupnu zajednicu.⁴ Drugi argument temelji se na odsustvu ili neizvesnosti u postojanje adekvatnog foruma, kojim bi se zaštitile temeljne vrednosti međunarodne zajednice. Ukoliko država nije sposobna ili voljna da odgovori svojoj obavezi, međunarodna zajednica mora stvoriti mehanizme za kažnjavanje određenog ponašanja. Ovaj argument proizlazi iz poimanja suverenosti, pa onog trenutka kada država ne odgovori svojoj obavezi zaštite građana od teških povreda, ona pokazuje odsustvo postojanja kompetentnog suverena. Tada se pravo vršenja krivične nadležnosti prenosi na međunarodnu zajednicu⁵ koja ovlašćuje svaku državu, a pre svega onu na čijoj teritoriji se osumnjičeno lice nalazi, da pokrene postupak.⁶ Još Hans Kelzen je zastupao stav da »međunarodni pravni poredak stvaraju i izvršuju države«, koje predstavljaju organe međunarodne zajednice.⁷ Tako, po njemu, država koja sudi piratima pos-

³ International Law Association, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Conference, 2000, p. 2.

⁴ Postoje autori koji akcenat stavljaju isključivo na ozbiljnosti izvršenog dela. Videti J. D. van der Vyver, *Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide*, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 1999, 322; F. A. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, *Recueil des Cours*, vol. 111, 1964–I, p. 95. S druge strane, ima autora koji smatraju da su oba ova elementa bitna. Videti L. S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publisher 1992, p. 103.

⁵ Traves smatra da svaka država ima organičen suverenitet i da ona ne može delovati u ime celokupnog čovečanstva. Po njemu, priroda države određuje domašaj krivičnog prava, čija je svrha zaštita određene grupe i samo te grupe. Tako on zaključuje da je moralnost univerzalna samo ako svi ljudi pripadaju identičnom stepenu civilizacije u istom trenutku, što po njemu nije slučaj. Međutim, on smatra da prisustvo nekažnjenog prestupnika na teritoriji druge države vređa njene interese jer ohrabruje kriminalitet i dolazak kriminalaca na njenu teritoriju, a time negativno utiče i na njen socijalni poredak. Zato, ukoliko nije moguće izručiti ili proterati lice, treba priznati princip *judex loci deprehensionis*. Na ovaj način, Travers priznaje princip koji će kasnije biti usvojen u međunarodnom pravu kao princip zastupanja (*representation principle*). Videti Travers, *Le droit pénal international et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Tome I, *Principes – Régles générales de compétence des lois répressives*, 1920, p. 11, 75–76, 106.

⁶ A. Sammons, *The »Under-Theorization« of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts*, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, p. 133.

⁷ Videti više o tome u M. Milojević, *Izvedena nadležnost država*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1986, str. 312.

tupa kao organ međunarodne zajednice stvorene opštim međunarodnim pravom.⁸ Žorž Sel takođe ukazuje na dvostruku ulogu državnih organa, koji delaju u ime nacionalne zajednice ali i međunarodne zajednice, čije interese takođe štite.⁹

Kako interes međunarodne zajednice jeste suzbijanje nepoželjnih pojava i kažnjavanje učinioca gnusnih zločina, i univerzalna nadležnost predstavlja deo šire strategije na međunarodnom planu da se spreči nekažnjivost za najteže povrede ljudskih prava. Dakle, uobičajeno je da nadležnost za zločine zasnuje teritorijalna država, odnosno ona država na čijoj teritoriji je krivično delo učinjeno. U toj situaciji najlakše izvesti dokaze, pozvati stranke pred sud, razumeti pravni sistem zemlje i jezik na kojem se vodi postupak.

Međutim, postoje razlozi zbog kojih teritorijalna država najčešće ne odgovori svojoj dužnosti da kazni učinioce teških zločina. Pored čestog nedostatka političke volje da se takvi procesi pokrenu jer se zločinci smatraju narodnim herojima i veličaju zbog zasluga koje su učinili, tu je i problem neefikasnih sudova. Tako, ili nacionalni sudovi nisu dovoljno nezavisni u odnosu na druge dve grane vlasti, ili nacionalni propisi nisu adekvatni i njihovo inkriminisanje pojedinih zločina nije u skladu s obavezama preuzetim na međunarodnom planu. Često se dešava da država nije u mogućnosti da obezbedi sigurnost žrtvama i svedocima, što ima veze i sa činjenicom da je veliki broj državnih službenika na neki način bio umešan u događaje o kojima je reč. Iz pomenutih razloga, uglavnom se dešava da bivši državnici dobiju amnestiju ili pomilovanje za učinjena dela, pa je potreba za organizovanjem suđenja u nekom drugom forumu neophodna kako bi lica odgovarala za svoje postupke.¹⁰

Na osnovu gore navedenog, neki autori smatraju da univerzalna nadležnost ne može biti posmatrana kao izuzetak u odnosu na ostale osnove za zasnivanje nadležnosti, te da ona predstavlja izvornu nadležnost.¹¹ Smatra se da univerzalnost u ovom slučaju počiva na univerzalnoj pravdi, pa tako i univerzalna nadležnost mora biti izvorna i mora se vršiti u ime celokupne međunarodne zajed-

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., str. 313.

¹⁰ Iz tog razloga, bivši generalni sekretar UN Kofi Anan zaključio je da vršenje univerzalne nadležnosti »može biti esencijalni podstrek za pravdu i pomirenje za državu iz koje je zločinac.« Videti Report of the Secretary-General to the Security Council on the protection of civilians in armed conflict, U.N. Doc. S/2001/331, 30 March 2001, par. 12, Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/71, U.N. Doc. E/CN.4/1994/7, 7 December 1993, par. 171.

¹¹ Videti R. Higgins, *Allocating Competence: Jurisdiction*, u W. Michael Reisman (ed.), *Jurisdiction in International Law*, Yale Law School, Ashgate Publishing Company, USA 1999, p. 242.

nice.¹² Ovaj stav potkrepljuje se nekim međunarodnim konvencijama, među kojima su prvenstveno Ženevske konvencije iz 1949. godine. S druge strane, neki autori smatraju da se univerzalna nadležnost delegira od strane teritorijalne države koja nije sposobna ili voljna da sama sudi pojedincu. Po njima, univerzalna nadležnost predstavlja izuzetak od pravila da država nema krivičnu nadležnost u odnosu na akte koje je u inostranstvu učinio stranac,¹³ što bi značilo da se ona invocira tek kada to nije moguće od strane teritorijalne države, te da je u pitanju dopunska nadležnost. Međutim, karakter univerzalne nadležnosti zavisi prevashodno od izvora kojim se priznaje, pa je tako moguće da neke konvencije predviđaju njen izvorni, a neke druge dopunski karakter.

RAZVOJ INSTITUTA UNIVERZALNE NADLEŽNOSTI

Netačna je tvrdnja da je institut univerzalne nadležnosti novijeg datuma, jer je svest o postojanju zajedničkih interesa država stara koliko i samo međunarodno pravo. Tako univerzalna nadležnost ima svoju dugu istoriju, i pominje se još u Justinijanovom zakonu iz 6. veka.¹⁴ Univerzalna nadležnost prihvaćena je za međunarodna krivična dela i za neka obična krivična dela u radovima mnogih naučnika, uključujući i rodonačelnika međunarodnog prava Hugo Grocijusa, koji je u 17. veku tvrdio da države treba da kažnjavaju i za ozbiljne povrede prava naroda koje su učinjene drugim narodima i subjektima.

Zabeleženo je da su tokom srednjeg veka severni italijanski gradovi-države sudili razbojnicima za dela učinjena izvan njihovih granica.¹⁵ Tokom 14. veka, vojno pravo (*ius militare*) koje je regulisalo upotrebu oružja od strane profesionalnih vojnika, priznato je kao deo tadašnjeg međunarodnog prava (*ius gentium*),

¹² K. Mikliszanski, Le système de l'universalité du droit de punir et le droit pénal subsidiaire, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, pp. 331–333.

¹³ Videti F. A. Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, *Recueil des cours*, vol. 111, 1964.

¹⁴ Amnesty International, Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation – The history of universal jurisdiction, AI Index: IOR 53/004/2001, 2001.

¹⁵ Ibid, p. 5. Srednjovekovni italijanski gradovi-države prvo su priznavali nadležnost države prema mestu izvršenja zločina (*locus delicti*), a potom prema mestu boravka okrivljenog. Licima bez stalnog mesta boravka (npr. vagabundi) mogla je da sudi samo država na čijoj teritoriji se zločin desio, a izuzetno i država u kojoj se zatekao na osnovu koncepta fiktivnog domicila. Videti L. Reydams, *Universal Jurisdiction – International and Municipal Legal Perspective*, Oxford University Press, New York 2003, p. 29.

a ratnim zločinima priznat je status krivičnog dela za koje svaka država može zasnovati univerzalnu nadležnost.¹⁶

U 16. veku države počinju da vrše univerzalnu nadležnost za piratstvo na otvorenom moru.¹⁷ Tako je Ujedinjeno Kraljevstvo donelo Zakon o piratstvu 1698. godine, dok je na tlu Latinske Amerike, između 1878. i 1940. godine, usvojeno nekoliko ugovora koji su izričito dopuštali univerzalnu nadležnost za piratstvo poput: Ugovora iz Lime o stvaranju uniformnih pravila za međunarodno privatno pravo iz 1878. godine,¹⁸ Ugovora iz Montevidea o međunarodnom krivičnom pravu iz 1889. godine,¹⁹ kao i Ugovora iz Montevidea o međunarodnom krivičnom pravu iz 1940. godine.²⁰ Univerzalno kažnjavanje pirata, bez obzira na njihovu nacionalnu pripadnost, prihvaćeno je iz razloga što je glavni put trgovine u to vreme išao upravo preko otvorenog mora, te je jasno zašto su države bile složne u pogledu kažnjavanja za ovo delo.²¹ Dakle, obično se navode dva razloga zbog kojih je delo piratstva podložno univerzalnoj nadležnosti: ozbiljnost dela koja nije protivna samo interesima jedne, već svih država,²² kao i odsustvo odgovarajuće efektivne nadležnosti na otvorenom moru. Iako ima autora koji stavljaju akcenta samo na jednom od ova dva elementa, definitivno su oba uslovia rano priznanje univerzalne nadležnosti za delo piratstva.²³

¹⁶ L. S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1992, pp. 103–104.

¹⁷ Više o ovom pitanju videti u najiscrpnijoj studiji o delu piratstva od početka 17. veka, pa do donošenja Konvencije o pravu mora iz 1982. godine u A. P. Rubin, *The Law of Piracy*, Transnational Publishers, (2nd ed.), New York 1997.

¹⁸ Čl. 34, st. 3 predviđa univerzalnu nadležnost za piratstvo, ukoliko je lice uhapšeno na teritoriji te države, ili je izručeno.

¹⁹ Čl. 13 predviđao je primenu univerzalne nadležnosti za piratstvo. Ovaj ugovor potpisan je između Argentine, Bolivije, Paragvaja, Perua i Urugvaja, ali nije poznato da li je ikada stupio na snagu.

²⁰ Čl. 14 predviđao je univerzalnu nadležnost za piratstvo, trgovinu drogom i belim rob-ljem, kao i uništenje ili oštećenje podmorničkih kablova, ukoliko je lice lišeno slobode na teritoriji države koja želi da mu sudi. Ovaj ugovor je potpisan od strane Brazila, Kolumbije, Bolivije, Argentine, Perua, Paragvaja i Urugvaja, ali ga je jedino Urugvaj ratifikovao.

²¹ Videti K. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law Review*, *Texas Law Review*, vol. 66, 1988, p. 793.

²² Videti Report of the Sub-Committee of the League of Nations Committee of Experts for the Progressive codification of International Law, citiran u J. W. Bingham, *Research in International Law IV: Piracy* (Draft of Convention Prepared for the Codification of International Law), Supplement to American Journal of International Law, vol. 26, 1932.

²³ Na primer, Rendal smatra da je univerzalna nadležnost priznata za piratstvo samo zbog fundamentalne prirode ovog zločina, dok Kauli ističe da je ona priznata za piratstvo zbog »odsustva kontrole od strane vlasti«. Videti W. B. Cowles, *Universality of Jurisdiction over War Crimes*, *California Law Review*, vol. 33, 1945, pp. 181–194.

Tokom 19. i početkom 20. veka, dolazi do intenzivne kodifikacije nacionalnog prava u zemljama koje pripadaju kontinentalnom pravnom sistemu, ali i do zaključenja prvih međunarodnih ugovora iz krivične materije u kojima se države obavezuju da spreče i suzbiju ponašanje koje je od međunarodnog značaja. U ovom periodu, dolazi do usvajanja rezolucija, izveštaja i nacрта o krivičnoj nadležnosti, pa je tako i Institut za međunarodno pravo 1833. godine usvojio Rezoluciju, u čijem čl. 10 se kaže da svaka država koja je uhapsila pojedinca može da mu sudi i kazni ga, ukoliko se ne može utvrditi mesto izvršenja dela, ili kada iz nekog razloga nije odobreno izručenje optuženog.²⁴

Između dva svetska rata, dolazi do podrške proširenju liste međunarodnih zločina za koja se može zasnovati univerzalna nadležnost, kao i običnih zločina koji su od međunarodnog interesa. U ovom periodu, pokreću se čak četiri inicijative u kojima se pravници zalažu za proširenje domašaja univerzalne nadležnosti i za neke druge akte. Ova podrška odvija se paralelno sa praksom država, kako u zaključenju izvesnih međunarodnih ugovora, tako i u donošenju odgovarajućih nacionalnih propisa. Institut za međunarodno pravo je 1931. godine, na sastanku u Kembridžu, preporučio da države primenjuju univerzalnu nadležnost za niz međunarodnih zločina i običnih zločina koji su od međunarodnog značaja. Na listi koja nije konačna nalaze se: piratstvo, trgovina belim i crnim robljem, širenje zaraznih bolesti, napad na međunarodnu komunikaciju, podmorske cevovode i kablove i falsikovanje novca i kreditnih sredstava (čl. 5).²⁵

Posle Drugog svetskog rata, razvoj instituta univerzalne nadležnosti ne ogleda se u definisanju pomenutih dela, već u razvoju ideje ljudskih prava i stvaranju mehanizama kojima se zaštita ovih prava ostvaruje. Poštovanje ljudskih prava postaje preduslov za ostvarivanje osnovnih vrednosti koje su zajedničke svim državama i kojima se pojedinac štiti od njihove samovolje, a važnost ljudskih prava opravdava ograničenje osnovne teritorijalne nadležnosti kroz priznanje ekstrateritorijalne nadležnosti u nekim situacijama. Prema tome, u pitanju su vrednosti koje su univerzalne i zajedničke svim državama i svim narodima, čime se prevazilaze uski, partikularni interesi država.²⁶

²⁴ Neki članovi Instituta smatrali su da ovde nije reč o vršenju univerzalne nadležnosti koja počiva na ideji univerzalne pravde, već o teritorijalnoj nadležnosti jer pravo na kažnjavanje proističe iz prava svake države da brani svoj javni poredak. Ovaj stav zasnovan je na fikciji da svaki kažnjiv akt putuje sa krivcem (*l'action coupable voyage avec le délinquant*), pa njegovo prisustvo u slučaju nekažnjavanja vređa domaći poredak. Videti L. Reydam, p. 29.

²⁵ Ibid.

²⁶ M. C. Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, 2001, p. 98.

Ideja o ljudskim pravima potiče još od teorije o prirodnim pravima, čiji su predstavnici Toma Akvinski, Francisko Suarez, Tomas Hobs, Hugo Grocijus, Samjuel Pufendorf, Džon Lok, Džon Finis, Robert Džordž, Džozef Bojl. Predstavnici ove teorije javljaju se u raznim vremenima i raznim kulturama, a rani moderni zapadnoevropski pravници i filozofi razvijaju ovu teoriju na hrišćanskom konceptu prirodnog prava. U svom kapitalnom delu o Pravu rata i mira (*De Jure Belli ac Pacis*) iz 1625. godine, Hugo Grocijus ističe da svaka država treba da ima diskreciono pravo da odluči da li će suditi za obične zločine, učinjene na njejoj teritoriji. Međutim, svaka država može da sudi i za dela koja ozbiljno vređaju prirodno pravo ili pravo naroda.²⁷ Grocijus to racionalizuje na sledeći način. Budući da država po pravilu ne dozvoljava drugoj državi da pređe njenu granicu sa oružanom silom kako bi uhvatila kriminalca, odatle proizlazi da ukoliko se lice nade na njejoj teritoriji, ona može da mu sudi, ili da ga izruči državi koja to od nje zahteva radi kažnjavanja (pravilo *extradite or punish*).²⁸ Takođe, Vatel u svom delu Pravo naroda i prirodni principi koji se primenjuju na poslove naroda i suverena (*Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*) iz 1758. godine, ističe da je pravilo da teritorijalna država štiti svoj poredak radi sopstvene odbrane i bezbednosti. Međutim, ovo pravilo ne odnosi se na one koji usled ozbiljne prirode i učestalosti zločina krše javnu bezbednost i sebe proglašavaju neprijateljima ljudske rase (*ennemis du Genre-humain*).²⁹ Dalje, Cezare Bekarija (Cesare Beccaria, 1738–1794) u svom pamfletu »O zločinima i kaznama« izražava stav da postoji zajednica naroda koja deli zajedničke vrednosti.³⁰ Ove vrednosti vezuju sve članove međunarodne zajednice koji moraju raditi na njihovom ostvarenju i očuvanju. I Emanuel Kant je 1795. godine istakao da su narodi ušli u eru postojanja univerzalne zajednice u kojoj se nasilje u jednom njenom delu oseća i u ostalim delovima.³¹ Danas Džon Finis smatra da osnov prirodno pravne teorije predstavlja vera u postojanje univerzalne ljudske prirode.³² Po njemu, nacionalna država nije više u stanju da obezbedi uslove kojima bi se ostvarila dobrobit njenih

²⁷ L. Reydams, p. 35.

²⁸ Ibid, p. 36.

²⁹ Ibid.

³⁰ Tekst je dostupan na http://www.constitution.org/cb/crim_pun.htm, 5. septembar 2010. Međutim, poznato je da on nije zastupao stav o priznanju univerzalne nadležnosti.

³¹ J. H. Marks, Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 466.

³² J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, UK 1980, p. 228.

građana, bez sistematske koordinacije aktivnosti sa drugim državama.³³ Da bi se ta dobrobit ostvarila, mora prvenstveno postojati zaštita prava na život, koja se ogleda u fizičkom zdravlju i slobodi od patnje i povreda,³⁴ što se postiže poštovanjem ove osnovne vrednosti i kažnjavanjem onih koji je ugrožavaju ili uništavaju.

Današnja teorija ljudskih prava počiva na njihovoj univerzalnosti, koja proizlazi iz činjenice da ona pripadaju svakom biću u bilo kom delu sveta, kako je to naglašeno i u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima. Ovaj dokument u Preambuli ističe da je priznato »urođeno dostojanstvo«, kao i »jednaka i neotuđiva prava svih članova ljudske zajednice« čije priznanje predstavlja temelj »slobode, pravde i mira u svetuk«. Univerzalna deklaracija dalje priznaje da nepoštovanje ljudskih prava vodi varvarskim postupcima koji »vređaju savest čovečanstva«, a njihovo poštovanje predstavlja »najvišu težnju svakog čoveka.« Konačno, u ovoj Deklaraciji podvlači se da ona predstavlja »zajednički standard koji treba da postignu svi narodi i sve nacije«, kako bi svaki pojedinac i svaki organ društva, učenjem i vaspitanjem doprinosio »poštovanju ovih prava i sloboda i da postupnim unutrašnjim i međunarodnim merama obezbedi njihovo opšte i stvarno priznanje i poštovanje«. Koncept ljudskih prava pronašao je svoje mesto kako u Povelji UN-a, tako i u brojnim instrumentima kojima se štite ljudska prava, što je imalo za posledicu da danas gotovo svi ustavi predviđaju poštovanje ljudskih prava.³⁵

Dakle, u fokusu ovog rada nalazi se univerzalna nadležnost koja se priznaje ne za obične, već za teške povrede ljudskih prava.³⁶ Težina učinjenih dela upravo pokazuje da su u pitanju dela koja se vrše sistematski ili u većem obimu, tako da ih međunarodna zajednica ne može i ne sme tolerisati. Proces priznanja ljudskih

³³ Ibid, p. 235.

³⁴ Ibid, p. 86.

³⁵ L. Henkin, The Universality of the Concept of Human Rights, *Annals, Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 506, November 1989, p. 13.

³⁶ Jedna od poznatih doktrinarnih podela univerzalne nadležnosti jeste i ona Luka Rejdam-
sa o postojanju 3 verzije principa univerzalnosti, a to su: kooperativni opšti princip univerzalnosti, kooperativni ograničeni princip univerzalnosti i unilateralni ograničeni princip univerzalnosti. Prva teorija akcenat stavlja na izrazu »opšti« (*general*), što znači da se princip univerzalnosti primenjuje na sve ozbiljne povrede, odnosno akte za koje je u većini pravnih sistema moguće izreći ozbiljne kazne. Drugi princip univerzalnosti razlikuje se od prethodnog po tome što se odnosi samo na međunarodne zločine, a ne i na ozbiljne domaće prestupe, i zato se zove »ograničeni«. Reč »kooperativni« ukazuje na neophodnu saradnju država. Ta saradnja ogleda se u obavezi države foruma da izruči lice (ukoliko postoji takav zahtev), ili da mu sudi pred domaćim sudovima. Treći princip univerzalnosti ne zahteva nikakvu vezu sa državom foruma. Jedini kriterijum za primenu univerzalne nadležnosti jeste međunarodni karakter prestupa, a svaka država može pokrenuti postupak, čak i u odsustvu prestupnika. Videti L. Rejdams, pp. 30–36.

prava uslovio je da se ozbiljno kršenje ljudskih prava na teritoriji jedne države danas više ne može smatrati njenim strogo unutrašnjim pitanjem. Međutim, danas traje debata o tome koji su to konkretni zločini za koje se priznaje univerzalna nadležnost. Nema sumnje da se ovaj institut primenjuje isključivo za dela čije je suzbijanje u interesu celokupne međunarodne zajednice, ali to ne znači da se univerzalna nadležnost primenjuje automatski za svako delo koje ima ovakav karakter. Iako praksa država ne prati ovaj trend do početka 90-ih godina prošlog veka, njena nagla ekspanzija, kao i priznanje u odgovarajućim međunarodnim izvorima, dovela je do vršenja univerzalne nadležnosti i za teške povrede ljudskih prava, među kojima su: genocid, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, mučenje i prisilni nestanci. Pošto su uglavnom u pitanju dela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, koji je započeo sa radom u julu 2002. godine, postavilo se pitanje kompatibilnosti univerzalne nadležnosti s nadležnošću međunarodnog suda.

RAZVOJ IDEJE O OSNIVANJU MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Prvi zabeležen međunarodni tribunal osnovan je 1474. godine radi suđenja Piteru fon Hagenbahu (*Peter von Hagenbach*), koji je dozvolio svojim trupama da ubijaju i siluju civile, kao i da pljačkaju sela.³⁷ Od tada, brojni tribunali osnovani su radi vođenja postupka za zločine koji su učinjeni tokom oružanog sukoba. Sam koncept međunarodnog krivičnog suda pojavio se još 1899. godine kada je osnovan Stalni arbitražni sud sa sedištem u Hagu. Međutim, tek posle Prvog svetskog rata pojavljuju se prvi zahtevi za uspostavljanjem standarda za određivanje fundamentalnih pravila međunarodnog prava, što je bila normalna reakcija na brojne zločine učinjene u ovom ratu. Iz tog razloga, saveznici su ustanovili specijalnu Komisiju za odgovornost autora rata i primenu sankcija, čiji je zadatak bio da utvrdi koja su to konkretna pravila. Ova komisija predložila je priznanje zločina protiv čovečnosti, kao odgovor na ubistvo oko milion Jermena od strane Turske 1917. godine.³⁸ Iako je ovaj predlog odbačen prvenstveno zbog protivljenja SAD, Versajski ugovor iz 1919. godine sadrži odredbu o uspostavljanju specijalnog suda koji bi sudio Vilhelmu II za zločine protiv mira, kao i ne-

³⁷ V. D. Sharma, International Crimes and Universal Jurisdiction, *Indian Journal of International Law*, vol. 42, no. 1, 2002, p. 142.

³⁸ M. C. Bassiouni, C. L. Blakesley, The Need for an International Criminal Court in the New International World Order, u J. Dugard, C. van den Wyngaert (eds.), *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot: Dartmouth 1996, p. 400.

mačkim oficirima i vojnicima za ratne zločine.³⁹ Poznato je da je Vilhelm II pobjegao u Holandiju koja je odbila da ga izruči, tako da njemu nikada nije suđeno, niti je u njegovom slučaju osnovan međunarodni krivični sud. Ipak, važno je istaći da on nije optužen za neki specifičan zločin, već za »krajnji napad na međunarodni moral i nepovredivost ugovora.«⁴⁰ Takode, i mirovni ugovor zaključen sa Turskom 1920. godine (Ugovor iz Sevra) sadržao je odredbu o predaji osoba optuženih za zločine protiv čovečnosti.⁴¹ Međutim, ni njima nikada nije suđeno, a dodeljena im je amnestija Ugovorom iz Lozane, zaključenim 1923. godine.⁴²

Društvo naroda osnovalo je 1920. godine Savetodavni komitet pravnika, sa zadatkom da usvoji plan o stvaranju Međunarodnog suda. Ovaj komitet doneo je rezoluciju u kojoj preporučuje formiranje suda koji bi bio nadležan da sudi za zločine koji predstavljaju povredu međunarodnog pravnog poretka i univerzalnog prava naroda.⁴³ Ipak, zaključeno je da je prerano osnivati ovakav sud i da je najbolje prepustiti suđenja nadležnim nacionalnim sudovima. U okviru ove organizacije, pokrenuta je slična inicijativa kada je 1937. godine usvojena Konvencija protiv terorizma, koja je predviđala uspostavljanje međunarodnog krivičnog suda. Međutim, ova konvencija nikada nije stupila na snagu, a Indija je jedina zemlja koja je ratifikovala ovaj instrument.⁴⁴

Posle Drugog svetskog rata, osnovani su međunarodni tribunali u Njimegiju 1945. godine i Tokiju 1946. godine, nadležni za suđenja glavnim ratnim zločincima čiji zločini nisu mogli jasno da se podvedu pod nadležnost neke konkretne države zbog prirode učinjenog dela.⁴⁵ Tako je Londonskom poveljom, donetom 8. avgusta 1945. godine, osnovan Međunarodni vojni sud u Njimegiju, koji je na osnovu čl. 6 bio nadležan da sudi za zločine protiv mira, ratne zločine, i

³⁹ Taj specijalni sud činilo bi pet sudija iz SAD, Ujedinjenog Kraljevstva, Francuske, Italije i Japana. Videti *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, document A/1316, par. 8. Tekst je dostupan na [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1950_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1950_v2_e.pdf), 5. septembar 2010.

⁴⁰ Peace Treaty of Versailles, June 28, 1919, art. 227. Tekst je dostupan na <http://net.lib.byu.edu/črdh7/wwi/versa/versa6.html>, 5. septembar 2010.

⁴¹ The Treaty of Sevres, 10 August, 1920. Tekst je dostupan na <http://net.lib.byu.edu/črdh7/wwi/versa/sevres1.html>, 5. septembar 2010.

⁴² Peace Treaty of Lausanne, 24 July 1923. Tekst je dostupan na <http://net.lib.byu.edu/črdh7/wwi/1918p/lausanne.htm>, 5. septembar 2010.

⁴³ Peace Treaty of Versailles, par. 15.

⁴⁴ M. C. Bassiouni, C. L. Blakesley, »The Need for an International Criminal Court in the New World Order«, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25, no. 2, 1992, p. 401.

⁴⁵ Videti više o ovome u H. T. King, *The Legacy of Nuremberg*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, no. 3, 2002, pp. 335–356.

zločine protiv čovečnosti.⁴⁶ Savezničke države tvrdile su da vrše nadležnost u ime celokupne međunarodne zajednice, smatrajući da su učinjeni zločini »akumulacija zla«, čije kažnjavanje predstavlja »minimalne standarde« te zajednice.⁴⁷

Ujedinjene nacije prihvatile su ovaj stav, pa je 9. decembra 1948. godine Generalna skupština usvojila rezoluciju 260 B (III) u kojoj se naglašava da će razvoj međunarodne zajednice usloviti sve veću potreba za međunarodnim sudskim telom, koji bi sudio za određene zločine međunarodnog prava.⁴⁸ Ovom rezolucijom, Komisija za međunarodno pravo dobila je zadatak da ispita poželjnost i mogućnost osnivanja međunarodnog sudskog tela koje bi bilo nadležno za genocid i neke druge zločine, pa čak i da ispita mogućnost osnivanja posebnog krivičnog veća u okviru Međunarodnog suda pravde. Komisija je na svom drugom zasedanju 1950. godine zaključila da je osnivanje ovakvog tela i poželjno i moguće, osvrćući se prvenstveno na aktivnosti Udruženja za međunarodno pravo u periodu od 1926. do 1929. godine, kao i na inicijative Međunarodnog udruženja za krivično pravo u periodu od 1926. do 1928. godine. Međunarodna krivična nadležnost za zločin genocida izričito je priznata u Konvenciji o zabrani genocida iz 1948. godine, ali to nije dovelo i do formiranja ovog tela.

Tokom Hladnog rata, iz razumljivih razloga, nije bilo posebnih aktivnosti na uspostavljanju međunarodnog krivičnog suda. Tek 1989. godine, Trinidad i Tobago pokrenule su ovo pitanje u odnosu na trgovinu drogom, dok je Sovjetski Savez zahtevao od međunarodne zajednice formiranje suda koji bi bio nadležan za terorističke akte.⁴⁹ Dve pomenute inicijative ponovo su obnovile napore Ujedinjenih nacija za osnivanjem stalnog međunarodnog krivičnog suda, koje su 1992. godine zadužile Komisiju za međunarodno pravo da napravi nacrt statuta stalnog međunarodnog krivičnog suda. Prvi nacrt podnet je 1993. godine, drugi 1994. godine, dok je 1995. godine formirana ad hoc komisija sa zadatkom da sačini konačan tekst nacarta. Diplomatska konferencija za usvajanje teksta statuta održana je od 15. juna do 17. jula 1998. godine u Rimu, kada je došlo do potpisivanja statuta, koji je stupio na snagu 1. jula 2002. godine.⁵⁰ Kako je ministar

⁴⁶ Tekst Povelje dostupan je na http://en.wikisource.org/wiki/London_Charter_of_the_International_Military_Tribunal, 5. septembar 2010.

⁴⁷ V. N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and Problems of Strengthening the International Legal Order*, u G. Ginsburgs, N. V. Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Brill Academic Publisher 1990, p. 6.

⁴⁸ Tekst Rezolucije dostupan je na <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/044/31/IMG/NR004431.pdf?OpenElement>, 5. septembar 2010.

⁴⁹ S. Viau, *Universal Jurisdiction: Incoherent Concept or Foundation for a New Legal Order?*, Queens University, Canada, 2002, p. 52.

⁵⁰ Međunarodni krivični sud primio je 11. aprila 2002. godine 60-u ratifikaciju koja je bila potrebna radi stupanja na snagu ugovora, na osnovu čl. 126, st. 1 koji kaže: »Ovaj statut stupa na

pravde Danske istakao, važno je ne samo to što je Međunarodni krivični sud stvoren, već što se od ove institucije očekuje da bude delotvorna u svom radu, da adekvatno odgovori na potrebe današnjeg društva i to na isti način kao što to čine nacionalni sudovi.⁵¹ Poseban značaj ovog međunarodnog tela ne leži samo u činjenici da je to prvi stalni krivični sud, već i da je nadležan za one države koje su to dobrovoljno prihvatile.

Ideja o formiranju stalnog međunarodnog krivičnog suda danas se posmatra kao manifest celokupne međunarodne zajednice da ponašanja koja ugrožavaju zajedničke vrednosti neće biti tolerisana i da će prestupnici biti kažnjeni. Tako se u Preambuli Rimskog statuta ističe da su države ugovornice »svesne činjenice da su svi narodi povezani zajedničkim vezama, da su njihove kulture spojene zajedničkim nasleđem, a istovremeno zabrinute što ovaj osetljivi mozaik može biti slomljen svakog trenutka« ugrožavanjem mira, sigurnosti i dobrobiti sveta. Zato one potvrđuju da »najozbiljnija krivična dela za koje je zabrinuta međunarodna zajednica kao celina ne smeju proći nekažnjeno, a da efikasno krivično gonjenje njihovih izvršilaca mora biti obezbeđeno preduzimanjem odgovarajućih mera na nacionalnom nivou i jačanjem međunarodne saradnje.«⁵² Kao što je to i Bacioni naglasio:

»potrebu da se razvije međunarodni krivični zbornik i međunarodni krivični sud neophodno je posmatrati u kontekstu prelazne prirode međunarodnog društva, izopačene i transnacionalne prirode modernog zločina, kao i sve veće međuzavisnosti u novom, međunarodnom svetskom poretku. Kako je svet postao manje mesto, različiti delovi i ljudi mnogo su međuzavisniji i zabrinutiji za iste probleme međunarodnog i transnacionalnog kriminaliteta. Iz tog razloga, potrebna je veća saradnja i koordinacija.«⁵³

Ovakvo mišljenje delila je i većina delegata koja je prisustvovala diplomatskoj konferenciji u Rimu, koja se zalagala za stvaranje delotvornog, pravednog, nepristrasnog i nezavisnog suda.⁵⁴

snagu prvog dana u mesecu nakon što istekne šezdeset dana od datuma deponovanja šezdeset instrumenata ratifikacije, prihvatanja, odobrenja ili pristupanja kod Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija.«

⁵¹ Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Ashgate, 2004, p. 15. Više o debati vođenoj na konferenciji u Rimu 18. juna 1998. godine povodom osnivanja Međunarodnog krivičnog suda, videti na sajtu <http://www.un.org/icc/pressrel/lrom15.htm>, 5. septembar 2010.

⁵² M. Starčević (ur.), *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*, MKCK, Beograd, 2002, str. 590.

⁵³ M. C. Bassiouni, C. L. Blakesley, *The Need for an International Criminal Court in the New International World Order*, u J. Dugart, C. van den Wyngaert (eds.), *International Criminal Law and procedure*, Dartmouth, 1996, pp. 402–403.

⁵⁴ Y. Simbeye, p. 23.

NADLEŽNOST MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Multilateralni pregovori koji su vođeni u periodu od 1994. godine do 1998. godine na temu formiranja Međunarodnog krivičnog suda, reflektuju i diskusiju na temu univerzalne nadležnosti.⁵⁵ Mnoge zemlje smatrale su da je za genocid, ratne zločine i zločine protiv čovečnosti široko prihvaćena univerzalna nadležnost, pa je tako delegacija Nemačke uoči početka Rimske konferencije pismeno izrazila podršku priznanju univerzalne nadležnosti budućem sudu.⁵⁶ Nemačka je tvrdila da nema razloga da se Međunarodnom krivičnom sudu ne prizna ista univerzalna nadležnost za pomenute zločine. Ona je to obrazložila time da ratifikovanjem Rimskog statuta, države ugovornice zvanično priznaju ovom međunarodnom telu pravo da vrši nadležnost na isti način kao i same države.⁵⁷ S druge strane, američka delegacija priznala je univerzalnu nadležnost za genocid, ali nije bila spremna da zauzme isti stav povodom ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti i oštro se protivila priznanju univerzalne nadležnosti za buduću sud.⁵⁸ Ovaj drugi stav je i prevagnuo prilikom donošenja Statuta.⁵⁹

Dakle, Međunarodnom krivičnom sudu nije priznata univerzalna nadležnost, a neki autori smatraju da je ovakvo rešenje dobro jer bi u suprotnom mnogo manji broj država ratifikovao Rimski statut.⁶⁰

⁵⁵ B. S. Brown, The Evolving Concept of Universal Jurisdiction, *New England Law Review*, vol. 35, 2001, p. 386. Više o ovom pitanju videti u S. A. Williams, The Rome Statute on the International Criminal Court: From 1947–2000 and Beyond, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 38, 2000, pp. 297–331.

⁵⁶ P. Kirsch, J. T. Holmes, The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 2–22.

⁵⁷ Videti The Jurisdiction of the International Criminal Court: An Informal Discussion Paper submitted by Germany, UN Doc. A/AC.249/1998/DP.3, 1998.

⁵⁸ D. J. Scheffer, *Developments at the Rome Treaty Conference: Statement by the Ambassador at Large for War Crimes Issues and Head of the U.S. Delegation to the UN Diplomatic Conference on the Establishment of a Permanent International Criminal Court before the Senate Foreign Relations Committee*, Washington, DC, July 23, 1998.

⁵⁹ Iako su SAD potpisale Rimski statut 31. decembra 2000. godine, tadašnji predsednik Klinton (*Clinton*) izrazio je zabrinutost zbog značajnih manjkavosti u samom ugovoru. On čak nije predložio Senatu da potvrdi ugovor, dok je njegov naslednik, predsednik Buš mlađi (*Bush*) povukao potpis. O kritici američkog stava videti u M. P. Scharf, The United States and the International Criminal Court: The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position, *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, 2001, pp. 67–118.

⁶⁰ Videti O. Bekou, R. Cryer, The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, no. 1, 2007, pp. 49–68.

S druge strane, često se pominje univerzalna nadležnost u kontekstu Međunarodnog krivičnog suda, pri čemu se misli na različite institute. Naime, ovaj izraz koristi se da označi tzv. automatsku nadležnost Suda, pri čemu se misli na to da države prihvataju nadležnost suda ratifikacijom Rimskog statuta, pa nije potreban nikakav dodatni pristanak za prihvatanje njegove nadležnosti u konkretnom slučaju.⁶¹ Takođe, ovaj izraz koristi se da označi nadležnost suda koja je slobodna od bilo kakvog pristanka teritorijalne ili personalne države, koja nije dodeljena Sudu. Međutim, ne treba zaboraviti da se univerzalna nadležnost priznaje državama, dok međunarodni sudovi zasnivaju tzv. međunarodnu nadležnost,⁶² pa je i ovaj termin u kontekstu Suda značajan samo da pokaže da je tokom debate koja je vođena prilikom usaglašavanja Rimskog statuta većina država priznavala postojanje univerzalnog principa.

Već je bilo reči da je jedno od najdelikatnijih pitanja koje je trebalo rešiti Rimskim statutom bilo pitanje nadležnosti. Kada se ovo pitanje analizira, treba imati na umu da nikad ranije u međunarodnom pravu nije osnovan sud sa tako opštim domašajem i primenom.⁶³ U prvom delu Rimskog statuta, koji se sastoji iz Preambule i 13 delova (ukupno 128 članova), jasno se ističe da je Sud stalna institucija, da je njegova nadležnost komplementarna nacionalnoj krivičnoj nadležnosti, da je njegov zadatak da sudi za najteža međunarodna krivična dela i da to čini samo u odnosu na pojedince, a ne i pravna lica.⁶⁴ Nadležnost prema Rimskom statutu ima dosta široko značenje i znači kompetenciju (spremnost, nadležnost) tužioca da vodi istragu. Član 5. dodeljuje Sudu nadležnost za genocid, zločine protiv čovečnosti, ratne zločine i agresiju, koja nije definisana u izvornom tekstu, već izmenama Statuta od 11. juna 2010. godine u Kampali, gde je uveden član 8 bis kojim je data definicija agresije.⁶⁵ Ono što je zajedničko svim

⁶¹ Videti E. Popoff, Inconsistency and Impunity in International Human Rights Law: Can the International Criminal Court Solve the Problems Raised by the Rwanda and Augusto Pinochet Cases, *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, pp. 384, 389.

⁶² L. N. Sadat, 246; L. Henkin et al., *International Law*, (2nd ed.), 1987, p. 821.

⁶³ Više o Međunarodnom krivičnom sudu videti u C. W. Mullins, D. Kauzlarich, D. Rothe, The International Criminal Court and the Control of the State Crime: Prospects and Problems, *Critical Criminology*, vol. 12, 2004, pp. 285–308; M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet u Beogradu i Dosije, Beograd, 2005.

⁶⁴ Više o komplementarnoj nadležnosti videti u O. Solera, Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice, *RICR*, vol. 84, 2002, pp. 145–171.

⁶⁵ Ova definicija je gotovo identična onoj datoj u Rezoluciji GS 3314 iz 1974. godine. Već je rečeno da se tokom pregovaračkog procesa većina država zalagala za to da se Sudu dodeli automatska nadležnost u odnosu na genocid, zločine protiv čovečnosti, ratne zločine i zločin protiv mira. Manji broj država, uključujući tu i SAD, zahtevale su takvu nadležnost samo za genocid. Za druge zločine, ove države smatrale su da treba usvojiti princip saglasnosti. Videti M. H. Arsanjani,

ovim zločinima jeste da oni proizvode sličan efekat, koji ima dalekosežne posledice na čovečanstvo jer vređaju ljudsko dostojanstvo, prouzrokuju ljudsku patnju i lišavaju života veliki broj lica. U osnovi ovih zločina nalazi se ideja da postoje zajedničke vrednosti koje ujedinjuju pojedince, bez obzira na njihovo državljanstvo.

Konačan tekst predvideo je da Sud može vršiti nadležnost u odnosu na zločine predviđene Statutom ukoliko postoji saglasnost države na čijoj teritoriji je zločin učinjen, ili saglasnost države čiji je državljanin optužen (čl. 12). Dakle, sud ima teritorijalnu i personalnu nadležnost, odnosno nadležnost za zločine koji su učinjeni na teritoriji država ugovornica i za zločine učinjene od strane njenih državljana.⁶⁶ Takođe, treba posebno istaći da je ova nadležnost uža od one koju države mogu uspostaviti za iste zločine. Naime, Sud ima takozvanu komplementarnu nadležnost (*complementarity jurisdiction*), jer je nadležan da sudi samo onda kada data država nije sposobna ili voljna da sudi konkretnom licu.⁶⁷ Prema tome, čl. 18, st. 1 Rimskog statuta jasno nalaze obavezu tužiocu da posle upućivanja slučaja Međunarodnom krivičnom sudu, o njemu obavesti sve države koje bi u normalnim uslovima mogle da zasnuju nadležnost i mora da sačeka mesec dana da bi od njih dobio odgovor po tom pitanju. Čl. 18, st. 2 dalje zahteva od tužioca da kada dobije odgovor, sačeka narednih šest meseci da bi ocenio konkretne mere koje su države preduzele u međuvremenu. Ovaj uslov ne primenjuje se samo onda kada Savet bezbednosti uputi slučaj Sudu, pošto će tada postojati nadležnost i za zločin učinjen na teritoriji države koja nije ugovornica Statuta, ili od strane državljana države koja nije ugovornica Statuta, dakle čak i kada izostane pristanak teritorijalne države ili nacionalne države optuženog. To

The Rome Statute of the International Criminal Court, *American Journal of International Law*, vol. 93, no. 1, 1999, p. 26.

⁶⁶ Više o pitanju teritorijalne i personalne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda videti u J. D. van der Vyver, *Personal and Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, *Emory International Law Review*, vol. 14, 2000, pp. 1–103.

⁶⁷ Čl. 17 Rimskog statuta propisuje da »Sud donosi odluku da se u konkretnom slučaju postupak ne može pokrenuti niti voditi, kada je: (a) Istragu vodila i krivični postupak sprovela država koja je nadležna za preduzimanje ovih procesnih radnji u odnosu na konkretno krivično delo, osim ako ta država nije sposobna da valjano sprovede istragu ili krivični postupak; (b) Istragu je sprovela država koja je nadležna da pokrene istragu i sprovede krivični postupak protiv određenog lica za određeno krivično delo, a ta država je donela odluku da ne vodi krivični postupak protiv određenog lica, osim ako je odluka doneta kao posledica nezainteresovanosti ili nesposobnosti države da vodi taj postupak; (v) Određenom licu koje se i u predmetu pred ovim Sudom pojavljuje kao okrivljeno, već je bilo suđeno za krivično delo, a na koju presudu je uložena žalba, pri čemu se suđenje nije smelo dozvoliti u smislu odredbe člana 20, st. 3; (g) Slučaj nije od takve važnosti da bi opravdao dalje angažovanje Suda.

znači da postupak može pokrenuti bilo koja država ugovornica Statuta,⁶⁸ država u kojoj se desio zločin, tužilac Međunarodnog krivičnog suda, ali i Savet bezbednosti UN.

Da bi pojasnili ono što je upravo rečeno za nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, treba posebno ukazati na to da Rimski statut razdvaja dva instituta: nadležnost (*jurisdiction*) i prihvatljivost (*admissibility*). Nadležnost se odnosi na pravne parametre delovanja Suda,⁶⁹ u odnosu na predmet (*jurisdiction ratione materiae*), vreme (*jurisdiction ratione temporis*), prostor (*jurisdiction ratione loci*), kao i na pojedince (*jurisdiction ratione personae*). Pitanje prihvatljivosti postavlja se tek u sledećoj fazi, kada Sud razmatra da li konkretan slučaj za koji Sud inače ima nadležnost, treba da bude vođen pred ovim telom. Dakle, u pitanju je diskreciona ocena suda.⁷⁰ U ovoj fazi ispituje se da li se slučaj već vodi pred nadležnim domaćim sudom, a ukoliko to nije slučaj, ispituje se da li je konkretna država sposobna i voljna da predmet procesuiru. Takođe, Sud će ispitivati i da li je slučaj »dovoljno ozbiljan«,⁷¹ pa ako utvrdi da nije, odbiće da o njemu dalje raspravlja.

Kada se podigne optužnica, prekrivično veće može u bilo kom trenutku izdati zahtev za hapšenje na nalog tužioca (čl. 58, st. 1) koji se predaje državi na čijoj teritoriji se optuženi nalazi i od koje se zahteva saradnja u vidu hapšenja i predaje (čl. 89, st. 1). Država je u obavezi da ispuni zahtev u skladu sa nacionalnim propisima i mora odmah obavestiti sekretarijat Suda kada je lice spremno na predaju. Međutim, ovaj Sud nema viši status u odnosu na nacionalne vlasti, pa ne može »naterati« državu da saraduje, niti može primeniti prinudne mere na njenoj teritoriji.⁷²

⁶⁸ Ima onih autora koji smatraju da Sud uživa nadležnost za sve državljane države ugovornice, ali i za nedržavljanke koji se zateknu na teritoriji te države i u tom slučaju ova lica nemaju elemenat sigurnosti u pogledu pravnog entiteta koji ih može pozvati na odgovornost. Tako se, po njima, ova činjenica može negativno odraziti na legitimitet Suda, pošto princip vladavine prava pretpostavlja javnu objavu. Ne slažemo se s ovim stavom jer smatramo da svaki pojedinac koji se nalazi na teritoriji druge države ima obavezu da se informiše u pogledu njenih propisa, jer države obično ne kriju da su ratifikovale Rimski statut. Takođe, Sud ima nadležnost za najteže zločine, pa bi bilo neozbiljno tvrditi da neko lice nije znalo da ta dela nisu kažnjiva. Videti S. Viau, p. 76.

⁶⁹ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press 2001, p. 55.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Rimski statut, čl. 17, st. 4.

⁷² A. Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary reflections*, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 164–165.

KOMPLEMENTARNOST UNIVERZALNE I MEĐUNARODNE NADLEŽNOSTI USPOSTAVLJENE MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM

Već je bilo reči o tome da se u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda nalaze sledeći međunarodni zločini: zločin protiv mira, genocid, ratni zločini i zločini protiv čovečnosti. U pitanju su dela koja se mogu kvalifikovati kao »teške povrede« ljudskih prava i humanitarnog prava i za koje države mogu vršiti univerzalnu nadležnost. S obzirom na činjenicu da je do suđenja pred nacionalnim sudovima došlo početkom 90-ih godina prošlog veka, dakle u vreme kada još uvek nije bio formiran Međunarodni krivični sud, može se postaviti pitanje da li formiranje ovog tela znači da je stvoren adekvatan međunarodni mehanizam za suzbijanje i kažnjavanje ovih dela? Ukoliko je odgovor potvrđan, da li to znači da univerzalna i međunarodna nadležnost ne mogu da egzistiraju paralelno?

Neki teoretičari insistiraju na tome da je do razvoja univerzalne nadležnosti došlo upravo zbog nepostojanja Međunarodnog krivičnog suda,⁷³ te da bi posle njegovog osnivanja bilo nelogično priznati univerzalnu nadležnost koja je šira od nadležnosti koju ima sam Sud.⁷⁴ Ova grupa autora često se osvrće na reči izraelskog suda u slučaju *Ajman* gde se kaže da:

»Ovi zločini, koji pogađaju celokupno čovečanstvo i potresaju savest naroda, predstavljaju ozbiljne povrede prava naroda (*delicta juris gentium*). Prema tome, daleko od međunarodnog prava koje negira ili ograničava nadležnost država u odnosu na takva dela, međunarodno pravo u odsustvu Međunarodnog suda, ima potrebu za sudskim i zakonodavnim organima svake države koji će pružiti dejstvo krivičnim zabranama i da dovede kriminalce pred sud. Nadležnost da se sudi zločinima na osnovu međunarodnog prava je univerzalna.«⁷⁵ (kurziv naš).

Takođe, njihovu argumentaciju potkrepljuje i čl. VI Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, u kojem se kaže da će »lica optužena za genocid ili bilo koje drugo delo pobrojano u čl. III biti izvedena pred nadležne sudove one države na čijoj je teritoriji delo izvršeno, ili pred međunarodni krivični sud koji će biti nadležan za one strane ugovornice koje po tome budu priznale njegovu sudsku nadležnost.« Dakle, Konvencija izričito priznaje teritorijalnu i međunarodnu nadležnost, pa neki autori smatraju da su države ograničile običajnu normu koja dozvoljava univerzalnu nadležnost za zločin ge-

⁷³ Videti B. Graefrath, *Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court*, *European Journal of International Law*, 1990, p. 67.

⁷⁴ L. Reydam, p. 40.

⁷⁵ *Attorney General of Israel v. Eichmann*, *International Law Report*, vol. 36, p. 26 (Israel District Court of Jerusalem 1961).

nocida čl. VI Konvencije onog trenutka kada su ratifikovale ovaj instrument. Time su one isključile mogućnost paralelnog priznanja međunarodne i univerzalne nadležnosti⁷⁶ Međutim, iz pripremljenih materijala očigledno je da čl. VI nije viđen kao član koji isključuje zasnivanje ekstrateritorijalne nadležnosti. S ovim se slaže i Vilijem Šabas (*William Schabas*), koji je u svojoj ekstenzivnoj studiji o genocidu istakao da Konvencija predstavlja pragmatični kompromis između država, posebno ako se uzme u obzir vreme kada je ovaj instrument donet.⁷⁷ I Majkl Šarf (*Michael P. Scharf*), jedan od vodećih eksperata iz oblasti međunarodnog krivičnog prava, istakao je 2000. godine da je genocid sada univerzalno priznat kao zločin međunarodnog prava, za koji države mogu zasnovati univerzalnu nadležnost. On dalje nastavlja da se čl. VI mora tumačiti jedino tako da »uspostavlja minimalne sudske obaveze za države gde se genocid dogodio.«⁷⁸

Međutim, da bi se pružio adekvatan odgovor na ovo pitanje, neophodno je ponovo se osvrnuti na nadležnost Međunarodnog krivičnog suda. Ovo telo ima nadležnost za zločine koji su učinjeni na teritoriji država ugovornica, i za zločine učinjene od strane njihovih državljana. Sud, takođe, ima i komplementarnu nadležnost, što znači da će suditi samo onda ukoliko konkretna država nije sposobna ili voljna da organizuje suđenje. Iz tog razloga, profesor Nsereko primećuje da Sudu nije priznata univerzalna nadležnost, na osnovu koje bi sudio za najteže zločine, bez obzira na njihovo državljanstvo i mesto gde je zločin učinjen, što predstavlja ozbiljan hendikep za Sud.⁷⁹ Takođe, i Štajner (*Steiner*) naglašava da usvojeni princip komplementarnosti znači da Međunarodni krivični sud nije »opremljen« da se bavi svim slučajevima u kojima dolazi do povrede međunarodnih zločina iz njegove nadležnosti.⁸⁰ Jedino u situaciji kada Savet bezbednosti uputi slučaj Međunarodnom krivičnom sudu, on postaje nadležan za zločine koji su se desili bilo gde u svetu i bez potrebe pristanka od strane bilo koje države, čime nadležnost suda postaje u pravom smislu univerzalna. Ipak, ne treba izgubiti iz vida

⁷⁶ J. E. S. Fawcett, *The Eichmann Case, British Yearbook of International Law*, vol. 38, 1962, p. 206.

⁷⁷ W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, p. 548.

⁷⁸ M. P. Scharf, *The International Criminal Court's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position, Law and Contemporary Problems*, vol. 63, 2001, p. 86.

⁷⁹ Tako se može desiti da on ne bude nadležan za zločine koje su učinili diktatori čije zemlje nisu pristupile Rimskom statutu i koji se nadaju da će izbeći svetsku pravdu. Videti D. T. Ntanda Nsereko, *The International Criminal Court: Jurisdiction and Related Issues, Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, p. 120.

⁸⁰ H. J. Steiner, *Three Cheers for Universal Jurisdiction, Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, 2004, p. 207.

činjenicu da ovo telo ima komplementarnu nadležnost, kao i da je Savet bezbednosti politički organ koji će pomenuto ovlašćenje dati samo u izuzetnim situacijama i samo onda kada interesi njenih stalnih članica i njihovih saveznika nisu povređeni. Dakle, u najvećem broju slučajeva, sud će imati komplementarnu nadležnost i sudiće samo onda kada su svi gore pomenuti parametri ispunjeni. To znači da Sud nije u mogućnosti da sam organizuje suđenje svima onima koji su odgovorni za teške povrede ljudskih prava i humanitarnog prava, što se najbolje ilustruje rečima Filipa Kirša (*Philippe Kirsch*), koji kaže da:

»Mora biti shvaćeno da niko ne očekuje od Međunarodnog krivičnog suda, da sam spreči sva krivična dela. Međunarodni krivični sud mora biti samo deo skupa mera koje podržavaju kulturu odgovornosti, uključujući i povećan broj nacionalnih sudjenja za takva dela, češće vršenje univerzalne nadležnosti i bolje međunarodne saradnje u suzbijanju međunarodnih zločina.«⁸¹

ZAKLJUČAK

Iz ovog rada nameće se zaključak da su univerzalna nadležnost za teške povrede ljudskih prava i nadležnost Međunarodnog krivičnog suda u potpunosti komplementarne i da dopunjuju jedna drugu. Ovakav stav potvrđen je u samoj Preambuli Međunarodnog krivičnog suda, gde se kaže da »je dužnost svake države da, u skladu sa svojom stvarnom nadležnošću, pokrene krivični postupak protiv lica koja su učinila krivična dela regulisana međunarodnim dokumentima,« kao i da će »Međunarodni krivični sud osnovan po ovom Statutu biti komplementaran sa nacionalnim krivičnim zakonodavstvima.« Iz ovih reči mogao bi se izvući zaključak da su države učesnice Rimske konferencije smatrale da ovaj međunarodni sud može da posluži kao katalizator što većem broju vršenja univerzalne nadležnosti pred nacionalnim sudovima. Na taj način, ograničio bi se broj predmeta o kojima odlučuje Međunarodni krivični sud i time sprečila prebukiranost u radu koja trenutno pretili Evropskom sudu za ljudska prava.⁸² U datoj situaciji, Sud bi na osnovu čl. 93, st. 10 (a) Rimskog statuta pružio pomoć državi koja sprovodi istragu ili organizuje suđenje.

⁸¹ P. Kirsch, *The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives*, *Law & Contemporary Problems*, vol. 64, 2001, p. 4–5.

⁸² Videti i L. Arbour, *Will the ICC Have an Impact on UNiversal Jurisdiction?*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, p. 587; J. K. Kleffner, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1.1, 2003, p. 99.

Svaka država koja je ratifikovala Rimski statut, obavezna je da donese propise kojima će omogućiti implementaciju svojih obaveza. Tom prilikom, svaka država mora biti sigurna da joj ti propisi omogućavaju da zasnuje univerzalnu nadležnost za zločine iz nadležnosti Suda. Takođe, nedostatak primarne nadležnosti suda već je pokazao da ovo telo nije mnogo delotvorno i efikasno, što će se sa sigurnošću utvrditi tek kad se razvije značajnija jurisprudencija ovog međunarodnog tela. S druge strane, glavni zadatak ovog suda u budućnosti mogao bi biti prevazilaženje nepostojanja jedinstvenih pravila tokom krivičnog postupka, koji predstavlja jedan od glavnih problema u primeni univerzalne nadležnosti.

Ne treba zaboraviti da i nacionalna i međunarodna nadležnost služe ostvarenju istog cilja, a to je kažnjavanje za ozbiljne zločine. Obe su opravdane sa stanovišta interesa celokupne međunarodne zajednice. Takođe, obe odstupaju od klasičnog režima nadležnosti koji je gotovo isključivo priznavao teritorijalnu nadležnost. Kao što je priznanje univerzalne nadležnosti pred nacionalnim sudovima ubrzalo osnivanje Međunarodnog krivičnog suda, tako je i njegovo osnivanje dodatno ohrabrilo države da ovu nadležnost vrše za najteže zločine. Tačno je da suđenje pred Međunarodnim krivičnim sudom vodi koherentnijoj jurisprudenciji i delotvornijoj primeni međunarodnog prava ljudskih prava i humanitarnog prava. Takođe, neosporno je da su sudije pred ovim sudom bolje opremljene da se bave ovim slučajevima, kao što je i njegova simbolička vrednost velika u vidu demonstriranja institucije međunarodnog prava koja je sposobna da se obračuna s onima koji narušavaju međunarodni poredak. Međutim, Međunarodni krivični sud već je pokazao da nije mnogo efikasan i da ne može da se bavi svim slučajevima iz njegove nadležnosti, tako da nacionalna suđenja i dalje predstavljaju važno sredstvo u kažnjavanju lica odgovornih za teške povrede ljudskih prava.

IVANA KRSTIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Belgrade

IMPORTANCE OF UNIVERSAL JURISDICTION AFTER ESTABLISHING THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Summary

This paper deals with the topic: is the international jurisdiction established by the ICC incompatible with the universal jurisdiction? The ICC is a permanent institution competent to exercise jurisdiction over individuals for most serious crimes of international concern and to indict, prosecute and punish individuals found to have violated, in a serious manner, the human rights of individuals and groups after the judicial systems of sovereign states have proved incapable or reluctant to do so. According to art. 5 of the Rome Statute, the ICC is granted jurisdiction over four sets of crimes: genocide; crimes against humanity; war crimes; and crimes of aggression. In 90s, the universal jurisdiction was accepted for the same list of crimes, concerning grave breaches of international human rights law and international humanitarian law. Therefore, the ICC is intended to punish for crimes of international 'concern', and which are increasingly considered universal. The same applies to the universal jurisdiction as well.

However, there is no overlap between the international and universal jurisdiction. Universal jurisdiction is exercised unilaterally by a state, whereas, the jurisdiction of the ICC is exercised by an international organization to which states delegate the authority to enforce international law. Therefore, the ICC is not intended to be a substitute for the prosecution of international crimes at national level, nor does it eliminate the ability of nations to pursue prosecution based on universal jurisdiction. States may continue to exercise universal jurisdiction, especially to prosecute cases that do not fall within the competence of the Court. Finally, under the principle of complementarity, national courts have priority over the jurisdiction of the ICC, and the Court may act only when national legal systems are unable or unwilling to exercise the jurisdiction. Thus, universal jurisdiction is one way that national courts could undertake trials which would satisfy complementarity.

BOJAN MILISAVLJEVIĆ,
MILAN PALEVIĆ

RAZVOJ MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA, PROMENJENA PRIRODA ORUŽANIH SUKOBA I ULOGA *AD HOC* TRIBUNALA

Međunarodno javno pravo je u stalnoj dinamici u pogledu razvoja pravnih pravila, ali i više od toga jer dolazi do formiranja čitavih pravnih grana, čime se ovaj pravni poredak, između ostalog, veoma razlikuje od drugih. Tako je u drugoj polovini 19. veka i u toku 20. veka došlo do ubrzanog razvoja međunarodnog humanitarnog prava¹ čiji je cilj da ograniči sredstva i metode ratovanja² i da što je to moguće bolje zaštiti prava čoveka u oružanim sukobima³.

Dr Bojan Milisavljević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
Dr Milan Palević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Njegovi začetci javljaju se još tokom Haških konvencija iz 1899. i 1907. godine kada je došlo do usvajanja niza konvencija koje su se ticale prava oružanih sukoba i koje su vremenom postale deo opšteg običajnog prava. U praksi je potrebno razdvojiti opštu zaštitu prava čoveka koja se vezuje za mirnodopske uslove i koja se razvija kao Međunarodno pravo ljudskih prava i pomenuto međunarodno humanitarno pravo. U tom cilju pogledati: B. Jakovljević, Međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo o ljudskim pravima, JRMP, vol. 44, broj 2–3, 1997, str. 260–271.

² U tom smislu usvojen je veliki broj konvencija koje teže da ograniče upotrebu različitih vrsta oružja i da spreče izvesne metode ratovanja kao što su recimo perfidije.

³ Tako se javlja tzv. »Ženevsko pravo« iz 1949. godine u vidu sledećih konvencija: Konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima, Konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata, Konvencija o poboljšanju položaja ranjenih i bolesnih u oružanim snagama u ratu i Konvencija o poboljšanju položaja ranjenih, bolesnih i brodolomnika oružanih snaga na moru. Kasnije je zaštita proširena i dopunskim protokolima iz 1977. godine.

»Međunarodno humanitarno pravo⁴ ima svoje poreklo u običajima vojski, koji su se razvijali godinama na svim kontinentima.«⁵ Jedan od nezaobilaznih dokumenata koji je zaslužan za prvu sistematizaciju pravila o vođenju ratnih operacija jesu Liberova pravila.⁶ Ipak, prva pravila na međunarodnom nivou koja su regulisala pravo oružanih sukoba vezana su za Haške konvencije. Ovde se posebno ističe De Martensova klauzula⁷ koja je imala ulogu popunjavanja pravnih praznina, a kasnije je veoma doprinela »humanizaciji« prava oružanih sukoba i njegovom prerastanju u međunarodno humanitarno pravo. Dalji razvoj međunarodnog humanitarnog prava vezuje se za suđenja koja su usledila posle Drugog svetskog rata o čemu će kasnije biti više reči i posebno za »ženevsko pravo«.⁸

Da bi došlo do efikasnije zaštite žrtava i do procesuiranja ratnih zločinaca u međunarodnom pravu vremenom se javila potreba za osnivanjem međunarodnog krivičnog sudstva. Na taj način bi međunarodna zajednica organizovano pokušala da obezbedi veći stepen poštovanja pravila međunarodnog humanitarnog prava. Pored toga postojala je jaka potreba da se posebno uvede zaštita i za posebne objekte kao što su verski, sanitetski i svi ostali objekti koji se ne mogu podvesti pod

⁴ Videti: Carey, John; Dunlap, William (2003). *International Humanitarian Law: Origins (International Humanitarian Law) (International Humanitarian Law)*. Dobbs Ferry, N.Y: Transnational Pub. ISBN 1-57105-264-X., Gardam, Judith Gail (1999). *Humanitarian Law (The Library of Essays in International Law)*. Ashgate Pub Ltd. ISBN 1-84014-400-9., Fleck, Dieter (2008). *The Handbook of International Humanitarian Law. Second Edition*. Oxford University Press, USA. ISBN 0-19-923250-4, Forsythe, David P. (2005). *The humanitarians: the International Committee of the Red Cross*. Cambridge, UK: Cambridge University Press. ISBN 0-521-84828-8. Mendis, Chinthaka [Edited by Hemamal Jayawardena] (2007). *Application of International Humanitarian Law to United Nations Forces*. USA: Zeilan Press. pp. 108. ISBN 0979362431., McCoubrey, Hilaire (1999). *International Humanitarian Law*. Aldershot, UK: Ashgate Publishing. ISBN 1840140127., Pictet, Jean (1975). *Humanitarian law and the protection of war victims*. Leyden: Sijthoff. ISBN 90-286-0305-0., Pictet, Jean (1985). *Development and Principles of International Humanitarian Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff. ISBN 9024731992., UNESCO Staff (1997). *International Dimensions of Humanitarian Law*. Berlin: Springer. ISBN 92-3-102371-3.

⁵ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Običajno međunarodno humanitarno pravo, Tom I, Pravila, Međunarodni komitet crvenog krsta, Cambridge University Press, 2005, str. xxiii.

⁶ Profesor Fransis Liber 1863. godine sačinio je Instrukcije za rukovođenje vojski SAD na terenu i ticala su se ponašanja američke vojske za vreme građanskog rata. Ibidem.

⁷ Deo preambule Haške konvencije iz 1899. godine: »...dok jedan potpuniji zbornik zakona rata ne bude mogao da bude proglašen, Visoke strane ugovornice smatraju korisnim da potvrde da, u slučajevima koji nisu predviđeni propisima koje su one usvojile, stanovništvo i učesnici u ratu ostaju pod zaštitom i vlašću načela međunarodnog prava, onakvim kako ona proizlaze iz običaja ustanovljenih među prosvetljenim narodima, iz zahteva čovečnosti i zahteva javne svesti.«

⁸ Pod ovim pojmom podrazumevaju se četiri ženevske konvencije, ali i dva dopunska protokola iz 1977. godine kojima su one dopunjene.

pojam vojne potrebe⁹. Sa većom upotrebom mirovnih operacija organizacije Ujedinjenih nacija¹⁰ došlo je i do potrebe da se usvoje i pravila koja će posebno štititi lica koja u njima učestvuju.¹¹

Može se primetiti da je razvoj međunarodnog humanitarnog prava u direktnoj vezi sa konstituisanjem načela zabrane upotrebe sile u međunarodnom pravu¹², ali da su se temelji humanitarnog prava nazirali još kada je upotreba sile između država bila legalni vid borbe u zadovoljenju nacionalnih interesa. Kako se, međutim, razvija koncept kolektivne bezbednosti u međunarodnoj zajednici sve se više insistira na ograničenjima u pogledu načina vođenja operacija, izbora ciljeva, zaštita svih kategorija lica koja nisu neposredni učesnici u sukobima i pružanju posebne zaštite pojedinim kategorijama lica koja se nalaze u zonama ratnih operacija.

Usled progresivnog razvoja međunarodnog prava došlo je i njegove postepene humanizacije. Ona se može posmatrati sa više različitih aspekata. Jedan od njih je vezan za proliferaciju pravnih instrumenata koji se bave zaštitom prava čoveka u mirnodopskim uslovima. U tom smislu su usvojene brojne konvencije i ostali pravni instrumenti,¹³ kao podobni pravni akti kojima se unifikuje poredak u ovoj oblasti. Nekima od njih osnovana su i ugovorna tela¹⁴ koja u praksi preduzimaju često i veoma liberalne aktivnosti koje se ne uklapaju u njihovu opštu fizionomiju.¹⁵

⁹ Pod vojnom potrebom se najčešće podrazumeva ratio preduzimanja vojne akcije u smislu sticanja izvesne vojničke prednosti povodom preduzete aktivnosti. Cilj bi trebalo da bude neposredno korišćen u ratne svrhe ili da postoji takva nesumnjiva najava. Inače u novije vreme ovaj termin je sve češće u upotrebi kako bi se opravdalo preduzimanje sumnjivih vojnih akcija protiv objekata koji nisu isključivo namenjeni u vojne svrhe.

¹⁰ Videti: B. Milisavljević, Nove mirovne misije organizacije Ujedinjenih nacija, Službeni glasnik RS, 2007.

¹¹ Videti: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, op. cit., 2005.

¹² Počev još od Društva naroda, preko Brijan-Kelogovog pakta, Povelje UN, ali i kasnije kroz Deklaraciju UN o načelima prijateljskih odnosa i saradnji između država i brojnim univerzalnim i regionalnim pravnim aktima koji nesumnjivo potvrđuju da je došlo do konstituisanja ovog pravila kao kogentnog.

¹³ Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948, Pakt o građanskim i političkim pravima, Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Fakultativni protokol uz pakt o građanskim i političkim pravima svi iz 1966. godine, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, Konvencija o eliminaciji diskriminacije žena, Konvencija o pravima deteta....

¹⁴ Videti: Bojan Milisavljević, »Rezerve na višestranne normativne ugovore u međunarodnom pravu«, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.

¹⁵ Videti: General Comment No 24(52) – General Comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declaration under article 41 of the Covenant str. 5.

Sa druge strane možemo posmatrati uticaj načela humanosti na međunarodno humanitarno pravo koji je nesumnjiv i sve je veći. On se pre svega ogleda u kvantitativnom smislu kada posmatramo broj akata koji se usvaja u cilju zaštite svih kategorija lica u oružanim sukobima. U istom smislu možemo posmatrati i porast međunarodnih tela koja se bave sankcionisanjem lica za teške povrede pravila rata o kojima će kasnije biti posebno reči. Kvalitativno posmatrano, i pored velikog broja pravnih akata i funkcionisanja međunarodnih tela koja imaju manje ili veće pravno utemeljenje, ne može se zaključiti da su prava različitih kategorija lica u oružanim sukobima danas zaštićena na efikasniji način i pogotovo da se teške povrede rede događaju. Tome posebno doprinosi činjenica da se efekat humanizacije pogotovo u međunarodnom humanitarnom pravu ogleda u dve dimenzije. Jedna od njih je formalno pravna koja podrazumeva proceduru usvajanja pravnih pravila u ovoj oblasti i tu nema posebnih prigovora jer se radi o tipičnim pravnim instrumentima za međunarodno pravo. Jedino je veoma sporna formalno pravna dimenzija ad hoc tribunala u Hagu koji se bavi procesuiranjem teških povreda u sukobu na prostoru bivše Jugoslavije o čemu će posebno biti reči. Druga dimenzija jeste primena pravnih pravila u oblasti međunarodnog humanitarnog prava gde se može uputiti veliki broj prigovora. U tom smislu je primetan veliki upliv političkog momenta što deluje pogubno po kredibilitet koji je u izgradnji pogotovo ako posmatramo rad novog Stalnog međunarodnog krivičnog suda o čemu će takođe biti još reči. Ostaje nejasno kako je moguće da i pored permanentne prisutnosti u gotovo svim oružanim sukobima na različitim meridijanima nikada ne dolazi do podizanja optužnice protiv državljana nekih velikih sila u međunarodnoj zajednici iako postoje i nesumnjivi dokazi za to.¹⁶ To su veliki izazovi i poteškoće na koje nailazi moderno međunarodno humanitarno pravo prilikom primene.

S druge strane, dolazi do očigledno drugačije situacije u pogledu prirode oružanih sukoba koja fundamentalno utiče na razvoj i primenu međunarodnog humanitarnog prava. Ovo spada u red objektivnih okolnosti koje u mnogome otežavaju poštovanje pravila humanitarnog prava i kasnije mogućnost procesuiranja. Budući da je sistem Ujedinjenih nacija nedvosmisleno zabranio upotrebu sile kao i pretnju silom¹⁷ težište novijih sukoba se postepeno prebacilo sa međudržavnih na unutrašnje sukobe. Evidentne promene dogodile su se u pogledu izmene pravne prirode sukoba u međunarodnoj zajednici, gde se ravnoteža od međudržavnih sukoba pomerila ka unutrašnjim sukobima, sa nizom posledica ko-

¹⁶ Jedan od poslednjih jeste zvanični video snimak akcije američke vojske u Iraku gde se jasno vidi da se grupa lica lišava života i pored toga što je nesumnjivo jasno da se radi o novinarima što su (audio) i zaključili pre dejstva pripadnici oružanih snaga ove države.

¹⁷ Član 2 Povelje UN.

je su odatle proizašle. Tako je još 1992. godine u Agendi za mir¹⁸, a zatim i u Dodatku Agendi za mir¹⁹ Generalni sekretar UN-a primetio: «od 11 operacija započetih od januara 1992. godine sve osim njih dve (dakle 82%) ima posla sa sukobima unutar država». ²⁰ Ove akte sačinio je Generalni sekretar Butros Gali na zahtev Saveta bezbednosti i u njima pružio pregled promena i ponudio niz praktičnih rešenja za delovanje Ujedinjenih nacija u oblasti mira i bezbednosti.

Da bi se ispravno razumela promenjena priroda modernog humanitarnog prava neophodno je, pored njegove primene o kojoj će naknadno biti reči kroz domašaj ad hoc tribunala u Hagu, obratiti pažnju na pojam i pravnu prirodu unutrašnjih sukoba. Pod unutrašnjim sukobom podrazumevaju se oružani sukobi unutar država, koji su većeg intenziteta i obima i po tome se jasno razdvajaju od pobuna (veći broj lica pod oružjem, odvijaju se na širem prostoru, cilj je stvaranje nove države ili pripajanje dela teritorije susednoj državi.) Unutrašnji sukobi odlikuju se očiglednim porastom broja civilnih žrtava, drugačijim načinom izvođenja borbenih operacija, lica koja učestvuju u borbenim operacijama ne podležu jedinstvenoj komandi, što otežava postizanje i poštovanje bilo kakvog dogovora. Pored toga, u ovakvim sukobima učestvuje veći broj strana, poluvojnih formacija, pa je prisutno i značajno učešće naoružanih civila. U takvim uslovima veoma je teško, sa svim raznorodnim učesnicima sukoba, obezbediti poštovanje pravila međunarodnog humanitarnog prava koje je nastajalo u eri međunarodnih sukoba i tako je koncipirano.

Uzroci unutrašnjih sukoba različiti su, počev od ekonomskih, preko političkih, do etničkih i verskih. Tokom trajanja ovih sukoba dolazi do dezintegracije državne vlasti, koja nije više u situaciji da održava red i funkcionisanje pravnog poretka na celokupnoj svojoj teritoriji. Ne samo da dolazi do znatno većeg broja stradalog civilnog stanovništva, već je civilno stanovništvo »postalo primarni objekat rata i centar nasilja.«²¹ Zbog ovakvih okolnosti dolazi do velikog broja izbeglih i raseljenih lica i do otvaranja ozbiljnih humanitarnih problema. Zbog takvih osobina novih sukoba u međunarodnoj zajednici, ispravan je zaključak da: »po završetku hladnog rata, svetska zajednica morala je da se suoči sa brojnim vojnim sukobima koji su ujedno i humanitarne katastrofe.«²² Budući da se sukobi

¹⁸ Agenda za mir, Ujedinjene nacije 1945–1995. između priznanja i pokude, Beograd 1995. godine.

¹⁹ Dodatak Agendi za mir, Ujedinjene nacije 1945–1995. između priznanja i pokude, Beograd 1995. godine.

²⁰ Ibidem, str. 95.

²¹ John Mackinlay, A Guide to Peace Support Operations, Institute for International Studies, Providence, USA, 1996, page 13.

²² Par Eriksson, Civil-Military Co-ordination in Peace Support Operations- An Impossible Necessity?, Swedish National Defence Research Establishment, 1999.

novijeg vremena (uglavnom unutrašnji) odlikuju proterivanjem civila, ili njihovim begstvom od sukoba, dolazi do njihovog odlaska u susedne i u države iz istog regiona. Takve situacije proizvode niz lančanih problema u državama gde se sklone ta lica (socijalni problemi, porast kriminala, nezaposlenost...). Usled takvih posledica dolazi do humatiranih problema u čitavom regionu.

Zbog prirode koju poseduju unutrašnji sukobi postoji problem oko kvalifikacije sukobljenih strana pa je u ovim slučajevima teško odrediti ko je agresor, a ko je žrtva. Kada je reč o međudržavnim sukobima postoji jasna praksa u okviru Saveta bezbednosti prilikom kvalifikacije sukobljenih strana. Onaj ko je prvi učinio akt koji Savet bezbednosti oceni kao akt agresije legitimise se kao agresor. Ako je reč o unutrašnjem sukobu onda je ponekad veoma teško prepoznati agresora, jer se sve odvija u okviru teritorije jedne države, pa je u takvim slučajevima neophodno poznavati uzroke spora, ali i imati što je moguće više podataka o stranama u sukobu. Pojam agresije vezuje se prema međunarodnom pravu za međudržavne sukobe, u kojima je lakše odrediti stranu agresora, budući da je međunarodnim pravom pre svega zaštićen teritorijalni integritet i politička nezavisnost.²³ Kod unutrašnjih sukoba neprijateljstva se ne prostiru, po pravilu, izvan teritorije jedne države, ali to ne znači da suštinski nije moguće odrediti stranu koja se koristi nedozvoljenim oblicima neprijateljstava prema međunarodnom pravu, sa tim što se agresor u unutrašnjem sukobu određuje preko drugačijih kriterijuma. Sa stanovišta međunarodnog prava kada je reč o ovakvim sukobima interes očuvanja mira i bezbednosti u svetu nalaže što brže zaustavljanje neprijateljstava, jer su posledice razorne po opšte društveno tkivo, pa je od manjeg značaja kvalifikacija sukobljenih strana. Ipak ona je važna i u unutrašnjim sukobima ukoliko dolazi do kombinacije mera prevencije i represije, što nije redak slučaj u novim mirovnim operacijama. Ovde je reč o dvostepenosti prilikom reagovanja Saveta bezbednosti u novim sukobima gde se prvenstveno deluje prinudno, a potom preventivno. Pažnja međunarodne zajednice mora u tim situacijama da bude usmerena i na pomoć takvim državama koje prime izbegle, a naravno pre svega pomoć se pruža samim licima koja su u nezavidnom položaju. Savet bezbednosti je razmatrajući prirodu unutrašnjih sukoba na Haitiju, Siera Leoneu i Somaliji zaključio da »svaki unutrašnji sukob uključuje ozbiljne svireposti koje postaju pretnja miru za susede preko preliivanja sukoba preko granice i izbeglim licima, stimuliše etničke i političke sukobe u drugim državama regiona, i podrazumeva opasnost od intervenisanja okolnih država.«²⁴ Tako ovi unutrašnji sukobi dobijaju transnacionalni karakter, pa je očigledno povećanje opasnosti po region u celi-

²³ Član 2. stav. 4. Povelje UN.

²⁴ Preuzeto iz Michael J. Matheson, The Law of Internal Armed Conflict, The American Journal of International Law, Vol. 97, 2003.

ni zbog sukoba unutar neke države. »Posledice sukoba mogu brzo postati međunarodne zbog ilegalne trgovine oružjem, terorizma, prometa narkotika, izbeglica i uništavanje prirodne okoline.«²⁵ Zbog tako složene izložene situacije snage mirovne misije, ukoliko ih formiraju Ujedinjene nacije, uglavnom ne mogu da računaju na bilo kakvu pomoć od strane vlade, kako je to bio slučaj kod klasičnih mirovnih operacija, već samostalno moraju da sa jedne strane izvršavaju mandat, a sa druge da pružaju svu neophodnu pomoć civilnom stanovništvu. Usled ovakvog angažovanja mirovnih misija nužno dolazi do njihove aktivnije uloge u cilju zaštite civilnog stanovništva, stvaranju zona bezbednosti, demilitarizaciji određenih oblasti, obezbeđivanju humanitarne pomoći i slobode kretanja. Na osnovu takve zaštitne uloge mirovna misija često biva involvirana u unutrašnji sukob, a obeležja tradicionalnih mirovnih misija se modifikuju. Zadaci novih mirovnih misija daleko su zahtevniji pa »međunarodna operacija mora da balansira ekstremno nestabilnim sistemom.«²⁶, što iziskuje veće resurse i dugotrajnije prisustvo mirovne misije na terenu koji je pod mandatom.

Na osnovu prakse koja je stvorena u okviru Saveta bezbednosti u proteklo vreme mogu se izvući osnovni otežavajući činioci koji su bili smetnja pri delovanju ovoga organa. Neke od njih bi bile: »teškoće da se unutrašnji sukob zadrži unutar granica države u kojoj je izbio unutrašnji sukob, problem oko identifikovanja svih strana u sukobu, gubljenje razlike između civila i vojnika koji su uključeni u sukob, različite vrste krivičnih dela koje su prateća pojava unutrašnjih sukoba (trgovina oružjem, ljudima, narkoticima...).«²⁷ Neke od pomenuatih pratećih pojava koje odlikuju unutrašnje sukobe javljale su se i kod ranijih sukoba u međunarodnoj zajednici, ali je osnovna razlika u intenzitetu neželjenih pojava koje su danas prisutne.

Sa stanovišta međunarodnog prava brojni su problemi koji se odnose na unutrašnje sukobe. Već je prilikom usvajanja ženevskih konvencija bilo jasno da je potrebno stvoriti neki oblik pravila koja će se odnositi i na nemeđunarodne oružane sukobe. Tako je nastao zajednički član 3. koji nudi minimum zaštite u takvim sukobima. Prema pozitivnom međunarodnom pravu ne postoji veliki broj međunarodnih ugovora koji se eksplicitno odnose na nemeđunarodne sukobe. To bi bili sledeći ugovori: Konvencija o pojedinim vrstama klasičnog naoružanja (dopunjena), Statut međunarodnog krivičnog suda, Otavska konvencija o zabrani

²⁵ Department of Public Information, Basic Facts About the United Nations, New York, 2000.

²⁶ Par Eriksson, Civil-Military Co-ordination in Peace Support Operations- An Impossible Necessity?, Swedish National Defence Research Establishment, 1999.

²⁷ Pascal Teiheira, The Security Council at the Twenty-First Century, To What Extent is it Willing and Able to Maintain International Peace and Security?, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva, Switzerland, 2003, page 6–7.

antipersonalnih mina, Konvencija o hemijskom oružju, Haška konvencija o zaštiti kulturnih dobara i Drugi protokol uz ovu konvenciju.«²⁸ Pošto je, međutim, teško u okviru međunarodnih ugovora pronaći pravni osnov za primenu najvećeg broja pravnih pravila koja bi se odnosila i na nemeđunarodne sukobe postoji opšti konsenzus da je kroz praksu formirano običajno međunarodno humanitarno pravo i da su gotovo sva pravila koja su nastala u odnosima između država sada automatski primenjiva i na nemeđunarodne sukobe.

Da bi se mogla sagledati celokupna slika modernog međunarodnog humanitarnog prava pored njegove analize, kao i stanja u pogledu prirode oružanih sukoba, treba uzeti u obzir i širu pravnu analizu osnivanja i funkcionisanja ad hoc Tribunala u Hagu. Time se postavlja i pitanje pravnog odnosa međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog krivičnog prava. Jasno je da je ovo potonje nastalo kao sredstvo obezbeđenja poštovanja pravila međunarodnog humanitarnog prava. Donekle su pravna pravila vezana za međunarodno krivično sudstvo pomogla da se unapredi i pozitivno međunarodno humanitarno pravo. Ovde se mora, ipak, staviti jasna rezerva u pogledu mesta i doprinosa ad hoc Tribunala u Hagu i ova institucija sagledati u široj perspektivi čitavog međunarodnog javnog prava.

Način osnivanja Tribunala za bivšu Jugoslaviju opredelio je ovu međunarodnu ustanovu za novum u pravnom iskustvu.²⁹ Ona nije kopija starijeg, »nirberškog i tokijskog, već model sui generis, bez presedana u istoriji međunarodnih odnosa ako posmatramo pravni osnov ovog tela o čemu će posebno biti reči. Međutim, inovativnost osnivačkog postupka, nije, po sebi, obezbedila ovoj instituciji i status pozitivnog iskoraka u materiji.

Mesto i uloga Tribunala u Hagu može se posmatrati sa različitih nivoa i po različitim osnovama. U istorijskom smislu ovaj Tribunal je jedan, od svega nekolice takvih tela, koje su osnivane prema potrebama i po okončanju pojedinih sukoba.³⁰ Nirberški tribunal kao i Tokijski tribunal imali su dugoročni značaj za formiranje međunarodnog krivičnog prava. Njima su postavljeni temelji i osnovni principi koji se u formalnom smislu ogledaju kroz »Nirberške principe« koje

²⁸ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, op. cit., 2005, str. xxvi.

²⁹ Pomenuti Tribunal osnovan je rezolucijom Saveta bezbednosti broj 827 od 25. maja 1993. godine u trenutku ekspanzionističkog tumačenja odredaba o sopstvenoj nadležnosti.

³⁰ Ovde se pre svega misli na Nirberški sud i Tokijski tribunal. Prvi zasedao u periodu 20. 11. 1945. do 1. 10. 1946. godine i bilo je 24 optužena iz vrha političke i vojne elite nemačke države. Nastao je savezničkim ugovorom. Tokijski tribunal funkcionise od 29. 4. 1946. godine do 12. 11. 1948. godine i bio je u senci rada nirberškog tribunala. On je osnovan odlukom američkog generala Mekartura. Pred ovim tribunalom bilo je 28 optuženih. Čitav postupak je ocenjen veoma loše od strane domaće javnosti jer je vođen neposredno posle stravičnih stradanja japanskog civilnog stanovništva usled korišćenja nuklearnih bombi na Hirošimu i Nagasaki.

je usvojila Komisija za međunarodno pravo na svom zasjedanju 1950. godine po nalogu Generalne skupštine.³¹ U tom smislu oni su bili rezultanta volje pobjedničkih koalicija koje su na taj način želele da žigošu poražene snage i da usput najčešće i opravdano kazne direktne počiniocima i izuzetno nadređene po komandnoj odgovornosti.³² Ukoliko bismo pokušali da što je moguće objektivnije sagledamo istorijski značaj ovih tribunala oni bi prema tome bili pokušaji sprovođenja brze i selektivne pravde i u tom smislu ne postoji suštinska razlika sa Haškim tribunalom.

Ovaj tribunal formalno je uspostavljen i usmeren prema svim etničkim stranama u sukobu, čime se ne obuhvataju svi akteri sukoba na prostorima bivše Jugoslavije. Ako ulogu ovog tribunala posmatramo sa pravne tačke gledišta, o čemu će u narednom tekstu biti i najviše reči, njegova uloga je nešto veća, ali baš zato i spornija. Nije uobičajeno da se u međunarodnom pravu primenjuju pravni instituti koji nisu potvrđeni u unutrašnjim porecima država članica kada se radi o jednoj ovako osetljivoj i novoj oblasti, a pogotovo kada su u pitanju osnovna ljudska prava. Međunarodno pravo je kroz svoj razvoj stvorilo osnovna materijalna pravila koja su vezana za oblast ratnih zločina, zločina protiv mira i zločina protiv čovečnosti. U pogledu ovog razvoja tribunali su imali značajnu ulogu, ali je bilo posebno teško i važno da se konstituišu i specifična procesnopravna pravila kako bi se barem donekle zaokružila celina u oblasti međunarodnog krivičnog prava. Po prirodi stvari upravo su procesnopravna pravila morala biti pedantno preneti iz naprednih unutrašnjih pravnih sistema čime bi se na najbolji način mogli garantovati pravični i efikasni postupci i zaštita prava svih u njima.³³

Međunarodno javno pravo je na klasičan način kreiralo osnove materijalnog međunarodnih krivičnih dela i tu je Rimski statut³⁴ na dosledan način zaokružio pomenutu celinu. Značaj i uloga Tribunala koji procesuiraju za zločine na prostorima bivše Jugoslavije i Tribunal za Ruandu imali su ulogu da razrade procesna pravila u oblasti međunarodnog krivičnog prava kako bi se potom ta osnovna načela prenela na univerzalni nivo. Pomenuti Rimski statut sadrži i neke elemente progresivnog razvoja kao što je institut komandne odgovornosti koja se po njemu i u nekim slučajevima može zasnovati potpuno na principima objektiv-

³¹ Rezolucija Generalne skupštine broj 177 od 21. 11. 1947. godine.

³² Videti slučaj Jamašita pred tokijskim tribunalom.

³³ Videti: Ambos, K. (2000) *Individual criminal responsibility in international criminal law: A jurisprudential analysis: From Nuremberg to The Hague*. u: McDonalds O.K. and O. Swa-ak-Goldman (ur.) *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Hague-London-Boston: Kluwer Law International.

³⁴ Statut stalnog međunarodnog krivičnog suda usvojen je 1997. godine u Rimu, a stupio na snagu 1. jula 2002. godine. Ovaj statut je ratifikovan do danas od upadljive većine u međunarodnoj zajednici pa je time i formalno stekao opšti legitimitet. Postupci pred ovim sudom su već u toku.

ne odgovornosti.³⁵ Praktična uloga i značaj koji ima ovaj sud moći će da se sagleda tek protekom izvesnog vremena kada u praksi pokaže na koji način primenjuje postojeća pravila iz svoje nadležnosti. Sa ove tačke jedino je moguće posmatrati njegov način osnivanja koji je u potpunosti u skladu da tradicionalnim pravilima u međunarodnom pravu jer je nastao međudržavnim ugovorom koji je potom opšteprihvaćen. Pored toga može se i pravno analizirati statut ovog suda. Tu se zapaža da je on prihvatio postignute standarde u oblasti međunarodnog krivičnog prava i da će osnovne izazove pronalaziti u pogledu primene pravila u praksi što je u predhodnom delu teksta bilo nagovešteno. Međutim, takva elaboracija pomenute teme i formalno prevazilazi temu ovog rada, a i suštinski zahteva detaljniju pravnu analizu pa neće biti posebno razmatrana ovom prilikom.

Da bi se u istorijskom smislu međunarodnog prava na jedan što objektivniji način mogla sagledati realna uloga tzv. Haškog tribunala neophodno je razumeti političke momente iz sfere međunarodnih odnosa koji su bili prisutni tokom sukoba na tom prostoru i koji su očito uticali na formiranje zajedničke volje u Savetu bezbednosti na formiranje takvog tela.

Na postizanje saglasnosti o formiranju Haškog tribunala uticao je i slom »Istočnog bloka«. Ova činjenica kod nekih je nagovestila početak gotovo idiličnih odnosa u međunarodnoj zajednici. Oni najoptimističniji verovali su da će u najmanju ruku zavladati »večiti mir«, jer više nije bilo stalne opasnosti od pretvaranja rata iz hladnog u istinski sukob. U realnosti, međutim, stvari su krenule potpuno suprotnim tokom. Osnovni postulati vojnopolitičke strategije koji su držani u tajnosti u toku proteklog perioda sada su mogli da ugledaju svetlost dana. NATO pakt je preživio hladni rat i sada je počeo svoje delovanje na »novim« strateškim konceptima.³⁶

Očigledno narušena globalna ravnoteža izbacila je u prvi plan stare teorije o ostvarivanju univerzalne moći i samo formalno proklamovala uzvišene ideje o »novom svetskom poretku.« Novoproklamovani globalni poredak u svojoj suštini nije ništa drugo nego primena prevaziđenog sistema ravnoteže snaga iz 19. i prve polovine dvadesetog veka, u kome se vizija sveta zasniva isključivo na principima odnosa snaga. Sistem kolektivne bezbednosti zaobilazi se u velikom luku ili se potpuno ignoriše (kao što je to bilo u slučaju Iraka, Avganistana, agresije NATO-a na Srbiju itd.). U tom cilju i u više navrata deluju i same Ujedinjene nacije kada formalno pokrivaju preduzete akcije i tako na jedan suštinski protivpravan način legalizuju sve aktivnosti koje su tako preduzete. U slučajevima kada to

³⁵ Videti: M. Škulić, Komandna odgovornost, istorijat, Rimski statut i jugoslovensko krivično pravo, Arhiv za pravne i društvene nauke, vol. 88, broj 4, 2002, 489–532.

³⁶ Već početkom 90-ih započinje praksa usvajanja novih platformi za delovanje i teži se proširenju članstva.

nije bilo moguće primetno je delovanje u potpunosti izvan sistema kolektivne bezbednosti Ujedinjenih nacija što čitav sistem postavlja na obrnuti nivo.

Eksperimenti u vidu "militarističkog humanizma", s kojim se eksperimentiše na Balkanu, samo su adaptirani oblici za šire ciljeve imperijalne politike SAD. Za SAD evropski jugoistok predstavlja strateško područje za kontrolisanje bliskoistočnih naftnih potencijala i vršenje taktičkih priprema za eventualni penetracioni pohod ka kaspijsko-crnomorskom energetskom basenu.³⁷ Medijske insinuacije i manipulacije su postale bitnije od istorijskih i realnih činjenica, ali i međunarodnopravnih procedura.

Formiranje Haškog tribunala svakako treba posmatrati u ovom širem geopolitičkom kontekstu, ali je u daljem tekstu neophodno nastaviti analizu u pogledu elaboracije pravnog osnova prilikom osnivanja ovog tela i interesantnu diskusiju koja se tim povodom povela pred organima Ujedinjenih nacija.

Razmatrajući, u svom Izveštaju od 3. maja 1993. godine³⁸ problem pravnog osnova formiranja Tribunala za bivšu Jugoslaviju, Generalni sekretar UN je utvrdio da bi taj Sud trebalo da bude osnovan odlukom Saveta bezbednosti. Obrazlažući ovaj svoj predlog on je istakao da bi Savet bezbednosti, kao prinudnu meru, formirao, shodno Glavi VII Povelje, pomoćni organ i prema nadležnosti iz člana 29. Povelje, ali koji bi bio sudske prirode, te da taj organ ne bi bio podvrgnut uticaju vlasti i kontroli Saveta u pogledu vršenja svoje sudske funkcije. Njegov prvenstveni zadatak, po stavu Generalnog sekretara, bio bi primena međunarodnog humanitarnog prava,³⁹ to jest kažnjavanje za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava budući da su postojali brojni izveštaji da dolazi do takvih slučajeva. Generalni sekretar je naveo da smatra da je odluka Saveta bezbednosti pogodniji način za formiranje takvog tela nego zaključenje međudržavnog ugovora jer bi u tom slučaju postupak osnivanja predugo trajao što ne bi išlo u prilog očuvanju mira na ovim prostorima. Glava 7 Povelje kao mesto na osnovu kojeg Savet bezbednosti usvaja svoju odluku odabrana je iz razloga postizanja apsolutne pravne obaveznosti u pogledu svih radnji koje su kasnije usledile, a koje su bile vezane za rad ovog tela.

Pomenuti zaključak koji se odnosi na nezavisnost u radu takvog tela u odnosu na Savet bezbednosti nije u skladu sa pravilima Ujedinjenih nacija. Prema pravilima Ujedinjenih nacija kada dođe do formiranja pomoćnog organa on je uvek u potpunosti potčinjen organu koji ga je osnovao i tu se vidi suština sistema

³⁷ Ova ideja je još osamdesetih godina predstavljena u delu Zbignjeva Bžežinskog »Velika šahovska tabla«.

³⁸ Secretary General Report, Resolution 808–1993.

³⁹ Izveštaj Generalnog sekretara S/25704 u skladu s paragrafom 2 Rez. 808/1993. Saveta bezbednosti, t. 1 st. 22, 28.

autorizacije. Na taj nači ovaj organ, kao i svaki drugi pomoćni organ predstavlja samo produženu ruku organa koji ga je osnovao.⁴⁰

Prihvatajući Izveštaj Generalnog sekretara, Savet bezbednosti je, Rezolucijom 827 od 25. maja 1993 godine, ustanovio Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, pozivajući se na svoje ovlašćenje iz Glave VII Povelje, uz ocenu da uspostavljanje tog supsidijarnog organa UN, ulazi u red mera koje treba da doprinesu ponovnom uspostavljanju mira i bezbednosti na prostorima nekadašnje Jugoslavije.⁴¹ Istom rezolucijom usvojen je i Statut Tribunala.

Da bi se celovitije sagledala situacija u pogledu izbora pravnog osnova za osnivanje Tribunala neophodno je istražiti i tok diskusije u Savetu bezbednosti tom prilikom. U Savetu bezbednosti postignutoj saglasnosti prilikom usvajanja Rezolucije 827–1993 nije prethodila jednoglasnost i saglasnost po pitanju pravnog osnova.

Prilikom izglasavanja Rez. 827, po prvi put se u istoriji Saveta bezbednosti desilo da jedna njegova obavezujuća odluka iz domena progresivnog razvoja međunarodnog prava, unapred bude, od samih tvoraca, diskvalifikovana kao presedan za slučajeve pro futuro.

Glasajući za rezolucije 808 i 827 kineski predstavnik u Savetu bezbednosti izrazio je rezervu svoje zemlje na rešenje pravnog osnova. Stav kineske delegacije je bio da »Međunarodni tribunal mora da bude osnovan zaključenjem jednog multilateralog ugovora«, te da »Statut Međunarodnog tribunala, koji je upravo prihvaćen... treba da bude efektivan samo posle pregovaranja o zaključenju, između suverenih država, i ratifikovanjem od strane njihovih nacionalnih zakonodavnih organa, u skladu sa unutrašnjim pravom«. Kineska delegacija je konstatovala da Tribunal »ustanovljen na sadašnji način, može da bude jedan ad hoc aranžman, pogodan samo za specijalne okolnosti koje vladaju u bivšoj Jugoslaviji, ali ne može da predstavlja bilo kakav presedan za ubuduće«.

Pored toga stalna misija Meksika pri UN, u noti dostavljenoj Generalnom sekretaru, 16. marta 1993. godine, iznela je stav o nepostojanju izričite odredbe u Povelji, na koju bi se moglo pozvati da daje Savetu bezbednosti ili Generalnoj skupštini, ovlašćenje da osniva specijalni sud sa obavezujućom jurisdikcijom.⁴² Brazil je bio još rezolutniji u kritikama predloženog osnova konstituisanja Tribunala. U dopisu upućenom Generalnom sekretaru 6. aprila 1993. godine, stalni

⁴⁰ Za detaljniju pravnu analizu videti: Bojan Milisavljević, *Sistem autorizacije – saradnja prilikom sprovođenja novih mirovnih misija*, *Pravni život* (časopis za pravnu teoriju i praksu), broj 12 iz 2005. godine, str. 439–453.

⁴¹ UN doc. S/RES/827 (1993.) paras 5.

⁴² M. Mitić, *Odnos država prema Međunarodnom tribunalu za gonjenje lica odgovornih za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije*, Međunarodno krivično-pravna pitanja i Haški tribunal, Beograd, 1997, str. 147.

predstavnik Brazila pri UN-u, zalažući se za zaključenje višestranih ugovora, kao metodu osnivanja Suda, istakao je, između ostalog, da u međunarodnom sistemu, baziranom na postojanju pluralizma suverenih država, prihvatanje i vršenje krivične jurisprudencije su bitan atribut nacionalne državnosti, te, kao rezultat toga, ne može se pretpostaviti da krivična jurisdikcija postoji potencijalno, ili stvarno, na međunarodnom planu. Potvrđujući negativan stav prema opciji osnivanja tribunala isključivo kroz odluku Saveta, u memorandumu koji je cirkulisao u dokumentu UN C255400, Brazil je upozorio, da njegov pozitivan glas Rezoluciji 827. treba da bude shvaćen kao »politički izraz osude zločina...a ne kao izraz opšte podrške pravnim formulama ugrađenim u osnivanje ...Međunarodnog tribunala«. ⁴³

Pored iznetih stavova bilo je i drugih predstavnika država koji su stavili ozbiljne rezerve na način osnivanja pomenutog tela.

Praksa Saveta bezbednosti u proteklom periodu je bila veoma diskutabilna jer je ovaj organ u različitim situacijama veoma široko tumačio sopstvenu nadležnost. Jedna od takvih odluka jeste i pomenuta rezolucija u vezi osnivanja Tribunala. To je potvrdio i bivši predsednik Međunarodnog suda pravde Muhamed Beđauri.

U međunarodnom javnom pravu ugovor predstavlja osnovni instrument oblikovanja međunarodnog poretka. Na njemu počivaju sve međunarodne institucije, pa i međunarodno pravosuđe (Međunarodni sud pravde, Stalni arbitražni sud). ⁴⁴ Važno je podsetiti i to da je u međunarodnom pravu, osim za stvaranje suda, saglasnost država potrebna i kod prihvatanja njegove nadležnosti. U slučaju bivše Jugoslavije, međutim, čini se istorijski preokret. Po prvi put, jednostranom odlukom nekog organa, a ne ugovorom, stvara se međunarodna sudska institucija i predviđa se njena obavezna a ne fakultativna nadležnost. ⁴⁵ Ovim su prekršena neka od fundamentalnih pravnih načela kao što su: 1. načelo zakonitosti 2. načelo suverene jednakosti država i 3. načelo podele nadležnosti između izvršnih i zakonodavnih organa (pod rezervom relativnosti značaja ovog principa u međunarodnim pravu).

S obzirom da je Savet Bezbednosti glavni izvršno-politički organ OUN-a, čija je nadležnost precizno ograničena na oblast obezbeđenja mira u svetu, on nema pravo da osniva sudove, niti se Tribunal koji je proizišao iz Rezolucije 827

⁴³ An Insiders guide to the International court Tribunal for former Yugoslavia, New York, 1995.

⁴⁴ Ovde treba imati u vidu i član 36 Statuta Međunarodnog suda pravde koji ugovore navodi kao osnovni izvor međunarodnog prava.

⁴⁵ Od postojećih međunarodnih sudova samo je Sud Evropske unije sa obaveznom nadležnošću.

može tretirati kao sudska institucija u punom značenju te reči.⁴⁶ Savet, na osnovu čl. 29. Povelje neosporno ima pravo da ustanovljava pomoćne organe koje smatra potrebnim za obavljanje svojih zadataka, ali, takvi organi, po samoj prirodi, nisu i ne mogu biti nezavisni, ne deluju autonomno, već strogo po uputstvima i u okviru poverenog mandata. Priroda Haškog Tribunala ni na koji način ne odgovara ulozi pomoćnog organa Saveta. Ako i prihvatimo takvu situaciju kao legalnu, ostaje problem nekompatibilnosti odnosa glavnog i pomoćnog organa na relaciji Savet – Tribunal, sa karakterom i funkcijom sudskih organa kao takvih. Ako je Haški tribunal pomoćni organ Saveta bezbednosti, a upravo je na toj osi i koncipiran, onda taj sudski organ ne može biti nezavisan i nepristrasan. Poređenja koja se čine između ovog Tribunala sa sličnim pomoćnim telima stvorenim u praksi UN-a (misli se pre svega na Administrativni sud i Komsija za reparaciju u Iraku, koji su u suštini pomoćni organi administrativno-finansijskog, a ne sudskog karaktera) apsolutno su neprimerena ako su u funkciji njegovog opravdanja.⁴⁷ Postavlja se i jedno hipotetičko ali i praktično-pravno pitanje: Da li i kako »pomoćni sudski organ«, kao što je Haški Tribunal, uopšte može »pomoci« Savetu u ostvarivanju njegovih zadataka, ako obezbeđivanje ostvarivanja individualizacije krivične odgovornosti nije u nadležnosti samog Saveta? Ako je tačno da Tribunal niti može niti vrši funkcije Saveta Bezbednosti, onda je jedini razuman zaključak koji se iz toga može izvući da Savet nije imao mandat da osnuje takvo jedno telo.⁴⁸ Ovaj stav je u potpunom suglasju sa opštepriznatim načelom »nemo plus iuris ad alium transfere potestate quam ipse habet«.

S druge strane, niko ne spori imperativni karakter kažnjavanja ratnih zločinaca na prostorima bivše Jugoslavije. Po našem mišljenju, to je sveta dužnost organizovane međunarodne pravde. Prikriivanje zločina i njihovo višedecenijsko zataškavanje i relativizacija u svrhu očuvanja lažne predstave o bratstvu i jedinstvu jugoslovenskih naroda u velikoj meri je doprinelo da nam se istorija ponovi i to u njenom najružnijem obliku. Niko razuman a priori ne dovodi u pitanje ulogu, ne samo nacionalnog, već i međunarodnog sudskog činioaca kao primenljivog konceptualnog principa u gore pomenutom procesu.

Osnivanje Haškog tribunala nema, ne samo pravnog pokrića, već ni istorijskog ni moralnog opravdanja. Oružani sukob u bivšoj SFRJ nije jedini u svetu po okončanju Drugog svetskog rata i završetka Nirnberškog i Tokijskog procesa niti

⁴⁶ S. Avramov, nav. delo, str. 490.

⁴⁷ S. Đorđević, Međunarodni krivični tribunal za prethodnu Jugoslaviju, Međunarodno krivično-pravna pitanja i Haški tribunal, Pravni fakultet u Beogradu, 1997, str. 158. Takođe, videti: Izveštaj Generalnog sekretara S/25704 u skladu s paragrafom 2 Rez. 808/1993. Saveta bezbednosti, t. 27.

⁴⁸ A. Bernardini, Međunarodni krivični sud za Jugoslaviju: pravnička razmatranja, Diritto del uomo, t. 6.

je najteži po posledicama za svetski mir i bezbednost. Činjenica, da se osniva ad hoc sud za bivšu Jugoslaviju (i Ruandu) ali ne i za tekuće sukobe u Avganistanu, Iraku (izuzimajući proces protiv Sadama Huseina), Somaliji, Sudanu, ranije u Kambodži ili Vijetnamu, ne može se drugačije protumačiti nego kao kršenje međunarodnog prava i primena duplih standarda u jednoj od najsloženijih i najdelikatnijih oblasti međunarodnog prava – međunarodnom krivičnom progonu.

Povelja UN je strogo razdvojila političke od pravosudnih funkcija i detaljno utvrdila nadležnost u sferi delovanja političkih, odnosno pravosudnih organa. Prema čl. 39 Povelje, Savet je ovlašćen da preduzima političke, ekonomske ili vojne mere, koje su utvrđene članovima 41 i 42 Povelje UN, ali ne i zakonodavne i sudske. Taj poredak može i mora biti menjan isključivo putem revizije Povelje ili usvajanjem amandmana, što u konkretnom slučaju nije učinjeno. On može samo da primenjuje neka pravila međunarodnog prava na konkretan slučaj.⁴⁹ Savet nije ovlašćen da osniva tela za stvaranje ili primenu prava, pa ni sudove, jer se ona mogu osnivati samo opštim aktima, koji imaju pravni osnov u nesumnjivoj volji država izraženoj preko međunarodnog ugovora. Nažalost, period posle okončanja hladnog rata odlikuje se, između ostalog, upravo proširenjem sopstvene nadležnosti od strane Saveta bezbednosti. I ako se međunarodnopravnoj stručnoj javnosti činilo da je u doba hladnog rata ovaj organ neoperativan usled česte upotrebe veta, te da ne odgovara svojoj osnovnoj ulozi zbog koje je i nastao, danas se veoma oseća odsustvo prave ravnoteže snaga koja je održavala u balansu međunarodni poredak.

Suprotno uveravanju Generalnog sekretara da Tribunal neće stvarati, već da će primenjivati postojeće međunarodno pravo⁵⁰ ovaj sud je čak stekao mogućnost da u materiji krivično-procesnog prava sam sebi bude zakonodavac.⁵¹ Naime, svoju nepostojeću »zakonodavnu nadležnost« Savet je, članom 15 Statuta,⁵² delegirao Haškom tribunalu. Ovaj »poduhvat« je bez presedana na međunarodnom planu, kao što je bez premca u novijoj istoriji, dalja devolucija ove »nadležnosti« na Tužioca (Pravilo 37. st. A) kao stranku koja bi trebalo da bude

⁴⁹ M. Sassoli, *Chambre d' appel du Tribunal penakl International pour l ex Yugoslavie*, *Revue generale de Droit International public*, 1996, No. 1, p. 112.

⁵⁰ Član 29. pomenutog izveštaja.

⁵¹ K. Čavoški, *Hag protiv pravde* – Bruka Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u slučaju: Tužilac suda protiv generala Đukića, Međunarodni krivični tribunal za prethodnu Jugoslaviju, Međunarodno krivično-pravna pitanja i Haški tribunal, Pravni fakultet u Beogradu, 1997, str. 133.

⁵² Čl. 15 Statuta glasi: »Sudije Međunarodnog tribunala usvajaju pravila o postupku i dokazima za vođenje pretpretresne faze postupka, suđenja i žalbenog postupka, prihvatanje dokaza, zaštitu žrtava i svedoka i druga relevantna pitanja«. Ažurirani Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju iz februara 2008, str. 9.

ravnopravna, a ne povlašćena u sudskom sporu.⁵³ Ako i prihvatimo argumentaciju da se time želeo obezbediti efikasan i brz put za prilagodavanje nedovoljno razvijenih pravila međunarodnog krivično-procesnog prava konkretnim zahtevima prakse, čini nam se, da je mnogo korektnije bilo da ona budu usvojena, odnosno eventualni menjana i dopunjavana, od strane nekog drugog organa, ili da njihovo stupanje na snagu bude uslovljeno verifikacijom od strane nekog nezavisnog suda, recimo Međunarodnog suda pravde.

Privremeni karakter i ograničena nadležnost Tribunala u dubokoj su koliziji sa dostignutim stepenom razvoja materijalnih osnova međunarodnog krivičnog prava i jedinstvom postignutim u okviru sistema UN u oceni potrebe konstituisanja jednog stalnog suda međunarodne krivične nadležnosti.

Ideja o osnivanju stalnog međunarodnog krivičnog suda konstantno je prisutna više od jednog veka. Međutim, njena praktična realizacija dugo je pretpostavljana interesima najmoćnijih država. Sa usvajanjem definicije agresije 1974. stvoreni su normativni, a sa konačnim slomom blokovskog sveta, početkom devedesetih, i realni preduslovi za izgradnju jednog solidnog sistema krivičnog pravne zaštite.

U nastaloj situaciji bilo je za očekivati da nosioci nekadašnjih suprotnosti postignu saglasnost u pogledu konačnog ostvarenja tog epohalnog projekta. U decembru 1991 godine Generalna skupština je zatražila od Komisije za međunarodno pravo da se pozabavi pitanjem osnivanja međunarodnog krivičnog suda. Komisija je oformila specijalnu radnu grupu za proučavanje relevantne problematike na bazi čijeg je izveštaja (1993 god.) i izrađen nacrt Statuta Međunarodnog krivičnog suda. U njemu je predviđeno da sud bude osnovan višestranim ugovorom, a da se njegova nadležnost odnosi na međunarodne delikte iz važećih međunarodnih ugovora uključujući tu i budući Kodeks zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva. I sve pravničke asocijacije, kao i najveći autoriteti iz oblasti međunarodnog prava, složili su se da je samo stalnost suda i njegova univerzalna nadležnost garancija objektivnog i nezavisnog delovanja u interesu čovečanstva. Međutim, suprotno rezultatima višedecenijskog rada institucija UN i specijalizovanih pravničkih udruženja, izvesni krugovi u međunarodnoj zajednici izdejsvovali su političku podršku za formiranje jednog ad hoc sudskog tela samo za prostor bivše Jugoslavije. Na jedan, dosadašnjoj međunarodnoj praksi, nepoznat način, dolazi do konstituisanja suda ograničene nadležnosti i privremenog karaktera. Uveravanja da su razlozi hitnosti opredelili ovako specifičan put osnivanja i karakter Tribunala, ne mogu biti relevantna ako se podvedu pod prizmu brojnih oružanih sukoba i kršenja humanitarnog prava, koja su u prošlosti, a i

⁵³ Pravilo 37. st. A. glasi: Tužilac će obavljati sve dužnosti predviđene Statutom u skladu sa Pravilima i onim propisima koje on može doneti saglasno Statutu i Pravilima.

danas, ostala sudski neprocesuirana. Odbojan stav stalnih članica Saveta bezbednosti prema mogućnosti stavljanja pod nadležnost Rimskog suda i njihovih državljana, govori u prilog neprincipijelnosti i neuvažavanja univerzalnih interesa.

Sa druge strane funkcionisanje i primena prava od strane ad hoc Tribunala nije u skladu sa nekim osnovnim pravnim principima i teško da će na duži rok uspeti da ostvari osnovni zadatak, a to je da ovaj region učini trajno stabilnim. Neki od narednih podataka koji su zasnovani na činjenicama jasno govore u prilog jednostranosti i neprincipijelnosti postupanja ovog tribunala.

Više od tri četvrtine optuženih, kako onih koji se nalaze u pritvoru i čekaju na suđenje, tako i onih koji su na haškim poternocama, a još uvek se nalaze van dometa haških istražitelja, su lica srpske nacionalnosti i građani su Srbije, Crne Gore, Republike Srpske ili Republike Srpske Krajine.

Teško je, u svetlu činjenica protivpravne secesije Slovenije i Hrvatske, građanskog rata u BiH i nelegalne NATO agresije na suverenu državu, iznaći dovoljno ubedljiv ratio legis haškog koncenzusa o opštesrpskoj krivici koja je postavljena na najširoj mogućoj osnovi i na svim mogućim nivoima – vertikalnom horizontalnom, vojnom i političkom. Ovo posebno ukoliko se ima u vidu da je jedan od najtežih zločina upravo zločin protiv mira, to jest uvek bi trebalo da je najveća mera krivice upravo na onoj strani koja je svojim aktivnostima prva doprinela da dođe do oružanih akcija i tako pokrenula točak svih sukoba.

Opasnosti koje tvori takva procesna politika posebno su uočljive u vezi tretiranja zločina genocida. Pred Tribunalom je do sada podignuto više javnih optužnica za genocid.⁵⁴ Interesantno je, međutim, da se sve odnose na pripadnike samo jedne strane u sukobu, srpske, iako je evidentno da su na svim stranama počinjena velika zverstva.⁵⁵

⁵⁴ Tužilac protiv Karadžića i Mladića (predmet br. IT-95-18-I); Tužilac protiv Sikirice (predmet br. IT-95-8-I); Tužilac protiv Jelisića (predmet br. IT-95-10-I); Tužilac protiv Meakića (predmet br. IT-95-4-I); Tužilac protiv Krstića (predmet br. IT-98-33-I); Tužilac protiv Kovačevića i Drljače (predmet br. IT-97-24-I); Tužilac protiv D. Nikolića (predmet br. IT-94-2); Tužilac protiv Brđanina (predmet br. IT-99-36); Tužilac protiv Stakića (predmet br. IT-97-24); Tužilac protiv Momčila Krajišnika i Biljane Plavšić (predmet br. IT-00-39 & 40-PT); Tužilac protiv Talića (predmet br. IT-99-36/1); Tužilac protiv Beare (predmet br. IT-02-58); Tužilac protiv Popovića (predmet br. IT-02-57); Tužilac protiv Blagojevića (predmet br. IT-02-60); Tužilac protiv M. Nikolića (predmet br. IT-02-60/1); Tužilac protiv Obrenovića (predmet br. IT-02-60/2); Tužilac protiv Draga Nikolića (predmet br. IT-02-63); Tužilac protiv Borovčanina (predmet br. IT-02-64); Tužilac protiv Pandurevića (predmet br. IT-05-86).

⁵⁵ Od ukupnog broja do sada pravosnažno okončanih predmeta koji su se ticali genocida donete su samo dve (poprilično neutemeljene) osuđujuća presude (Slučaj Krstić i Slučaj Blagojević). U svim ostalim slučajevima ili se odustalo od krivičnog gonjenja za dela genocida ili su navodi Tužilaštva pobijeni.

Eventualno osuđujuće presude srpskim vođama u Bosni, za planiranje i izvršenje genocida, sigurno bi dovele do neke vrste političke transmisije individualne krivice na celokupni srpski narod u BiH, što u krajnjem vodi obnavljanju, često puta isticanog zahteva izvesnih krugova u Federaciji BiH, ali i dela svetske zajednice, za ukidanjem Republike Srpske kao »genocidne tvorevine«. Pitanje genocida u BiH se ne postavlja samo kao problem njegovog postojanja i utvrđivanja individualne odgovornosti za njegovo izvršenje, već i kao pitanje koje potencijalno ugrožava, ako ne u faktičkom a ono zasigurno u moralno-političkom smislu, kredibilitet i legitimnost opstajanja i postojanja srpskog entiteta u BiH.⁵⁶

ZAKLJUČAK

Moderno međunarodno humanitarno pravo počiva na idejama humanosti i paralelno sa težnjom da se osnovna prava čoveka efikasnije zaštite u mimodopskim uslovima, postoji takođe jaka potreba za zaštitom istih prava u oružanim sukobima. Zadatak je veliki jer je najteže obezbediti makar i minimalne standarde zaštite onda kada su u toku oružani sukobi. Ovaj rad je pokušao da sistematizuje osnovne trendove promena u oblasti pozitivnog humanitarog prava i u tom smislu nezaobilazno je bilo obraditi nemeđunarodne sukobe koji danas čine najveći deo sukoba u međunarodnoj zajednici. Ovi sukobi su doneli nove probleme u primeni i poštovanju pravila međunarodnog humanitarnog prava, ali su na današnjem stepenu razvoja međunarodnog humanitarnog prava sva pravila koja su nastala u odnosima između država primenjiva i na nemeđunarodne sukobe. Pravni osnov se nalazi u opštem običajnom pravu i tu već postoji opšti konsenzus. Posebno je bilo važno ukazati na odnos ove grane prava i međunarodnog krivičnog prava koje je u velikoj ekspanziji i u direktnoj vezi sa humanitarnim pravom. Verovatno će u budućnosti primena i poštovanje pravila međunarodnog humanitarnog prava u velikoj meri zavisiti od efikasnosti u pogledu primene međunarodnog krivičnog prava. Iz tog razloga je bilo potrebno ukazati na ulogu i funkcionisanje ad hoc Tribunala u Hagu. Kada se podvede pod vrednosne kriterijume opšteprihvaćenih postulata međunarodnog poretka pravni osnov Tribunala

⁵⁶ Pitanje genocida u BiH reanimiralo je stare i proizvelo nove rasprave u teoriji i praksi međunarodnog prava, naročito u oblastima nedovoljno jasnih i nedefinisanih kvazipravnih pojmova i instituta. Razrešavanje tih problema u jednom trenutku stiglo je i do raspravne sale glavnog sudskog organa UN-a. Videti: ICJ, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 1993.; Srbija pred Međunarodnim sudom pravde, Knjiga 1 – Presuda, Knjiga 2 – Odbrana, Ed. Diplomatske sveske, Beograd, 2007.

u Hagu ne može zadobiti afirmativni kvalifikativ U osnovi nastanka ovog suda primarno mesto zauzimaju razlozi političke celishodnosti, a ne realne pravne utemeljenosti u Povelji UN. Od međunarodne zajednice očekuje se dosledno poštovanje principa i uzusa međunarodnog krivičnog prava i primena njegove institucionalne mehanike na jednoj zakonitoj, univerzalističkoj i opšteljudskoj osnovi, bez zadržke ili protežiranja u odnosu na bilo koju stranu u konkretnom sukobu pa tako i u slučaju jugoslovenske krize.

BOJAN MILISAVLJEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Belgrade
MILAN PALEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Kragujevac

HUMANITARIAN LAW IN THE CHANGED NATURE OF ARMED CONFLICTS AND THE ROLE OF THE AD HOC TRIBUNAL

Summary

Modern international humanitarian law is primarily based on human dimension. It consists of set of rules which seek, for humanitarian reasons, to limit the effects of armed conflict. International humanitarian law distinguishes between international and non-international armed conflict, but today this line is not so clear. Rules in international humanitarian law cover both international and non-international armed conflicts through customary basis. We analyzed implementation of humanitarian law rules in non-international conflicts and especially through conflict in former Yugoslavia. We realized a great influence of International criminal law in implementation of modern humanitarian law and analyzed working of major international bodies in that sense.

Therefore, bearing in mind the values and generally accepted criteria and postulates of the international social order, the legal grounds of the International Tribunal in The Hague can not be characterized with affirmative words. This Tribunal was rather founded to serve its political purposes and not reflected the basic principles of justice embodied in the UN Charter. What is expected from the international community is to show consistency in respecting the principles and rules of international criminal law and to apply its institutional mechanisms on a universal and human basis, trying not to take sides in a particular conflict, including those related to the crises on ex-Yugoslavia territories.

VLADAN JONČIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNI STATUS PRIPADNIKA PRIVATNIH VOJNIH KOMPANIJA

U V O D

Praksa uključivanja lica neutvrđenog statusa kroz razne institucionalne forme u oružane sukobe van redovnih oružanih formacija poprimila je velike razme-re u poslednjih dvadeset godina. U prvo vreme, vrlo stidljivo, a kasnije sve otvorenije i masovnije počele su neke (mahom velike sile) da u oružane sukobe, u kojima su bile angažovane, koriste novu formu angažovanja privatnih vojski, koje se u poslednje vreme u stručnoj literaturi nazivaju privatne agencije, ili privatne vojne kompanije (Sorporate agens), a pripadnici ovih organizacija – korporativni učesnici ili korporativni agenti (Corporate actors). Na prostorima jugoistočne Evrope se za ove organizacije (agencije) prvi put čulo početkom devedesetih godina u toku građanskog rata na prostorima SFR Jugoslavije. U operacijama Hrvatske vojske protiv Srba u Kninskoj krajini prilikom realizacije vojnih operacija »Bljesak« i »Oluja« znatno su bile angažovane privatne vojne agencije u izradi plana ovih vojnih operacija, kao i u njegovoj realizaciji i učešću specijalaca na određenim značajnim vojnooperativnim pravcima udara Hrvatske vojske. Početkom 21. veka pitanje ovih privatnih vojski i njihovih pripadnika pokrenulo se u Iračkom ratu gde se broj ovih agencija i u njihovih pripadnika znatno povećao u ukupnom broju uključenih snaga od strane Koalicionih snaga angažovanih u vojnoj intervenciji u Iraku. Pojava učesnika oružanih sukoba kao

Dr Vladan Jončić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

privatnih lica koja za naknadu učestvuju u oružanim sukobima nije nova i u međunarodnom pravu se još krajem 19. veka iskristalisao stav da su to lica koja ratuju u tuđe ime i za svoj račun i pod nazivom »plaćenici« svrstani su u kategoriju nelegalnih učesnika međunarodnih oružanih sukoba. Antikolonijalni i nacionalnooslobodilački ratovi, vođeni u periodu posle Drugog svetskog rata (od 1946. do 1975. godine), iznedrili su u znatnoj meri ovu novu vrstu učesnika oružanih sukoba koji su bili masovno korišćeni od strane kolonijalnih sila, ali su istovremeno odagnale svaku dilemu u pogledu međunarodnopravnog statusa ovih lica – njima nije priznat status legalnih učesnika oružanih sukoba, dakle, boraca već su kao najamnici tretirani kao plaćenici. Na međunarodnoj Diplomatskoj konferenciji o reafirmaciji i razvoju međunarodnog humanitarnog prava u oružanim sukobima¹ jedan broj zemalja bivših kolonijalnih sila je sa velikom oklevanjem popustio pred zahtevima Organizacije afričkog jedinstva² i socijalističkim državama da se u međunarodna dokumenta unesu odredbe koje se specifično odnose na aktivnost plaćenika, odnosno najamnika. Stalni sukob između država koje su tražile da se to načelno obuhvati međunarodnim humanitarnim pravom i onih koje su tražile samo formalnu kategorizaciju ugovorača u oružanim sukobima je ostao otvoren do danas i sigurno je umanjio uticaj međunarodnog običajnog prava prema plaćenicima. Neki teoretičari nalaze argumente da se tada nije dobro uradilo i da nema opšteprihvaćenog stava o isključenju plaćenika iz međunarodnopravne zaštite.³ Konačan ishod ovih rasprava na Diplomatskoj konferenciji bio je da je usvojen član 47. (Plaćenici) kojim je definisan pojam i status ovih učesnika oružanih sukoba.

Tako se jedno pravno pitanje, za koje se verovalo da je odavno uređeno konvencijama i običajnim pravom, u poslednje vreme ponovo aktualizuje i na pritisak prakse otvaraju veštačke dileme, iznose nakaradni argumenti, unose nejasnoće oko pravnog statusa pripadnika privatnih agencijskih vojski. Izmišljaju se novi izrazi, unose novi nazivi i pokušava da se pod vidom humanizma podve-

¹ Diplomatska konferencija o reafirmaciji i razvoju međunarodnog humanitarnog prava u oružim sukobima održana je u periodu od 1974–1977. godine na kojoj su donati poznati dopunski protokoli na Ženevske konvencije iz 1949. godine o zaštiti žrtava rata (Protokol I i Protokol II).

² Vidi službena dokumenta: Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts (CDDH/SR, 41).

³ Tako: A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006; R., Martin, »Mercenaries and the rule of Law«, *Review of the International Commission of Jurists*, Vol. 17, 1978, pp. 50, 53; K., Fallah, »Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict«, *International Review of the Red Cross*, ICRC, Geneva, 2005.

du plaćenici (najamnici) u prvo vreme kao zaštićene kategorije, a kasnije da se uvedu u međunarodno pravo kao legalni učesnici oružanih sukoba.

Ko su pripadnici privatnih vojski, odnosno, privatnih agencija? Ta lica su najčešće regrutovana od strane posebnih agencija koje se bave pružanjem vojne pomoći u vidu davanja saveta ili angažovanjem specijalista i drugih stručnjaka u vojnim snagama tih država i drugih entiteta. Postavilo se pitanje da li ova nova vrsta plaćenika ima legitimitet u međunarodnom pravu ili ne. Kod pojedinih teoretičara poslednjih desetak godina pojavila se teza da plaćenici, posebno lica angažovana od strane privatnih agencija (privatni – korporativni ugovorači), tzv korporativni učesnici, treba da imaju poseban položaj u međunarodnom pravu i da oni nisu plaćenici u klasičnom smislu, odnosno da ih treba odvojiti od plaćenika.⁴ Plaćenike i njihovu delatnost u drugoj polovini 20. veka međunarodno pravo je zabranilo (stavilo van zakona). Zabrana je toliko jasna da ne može biti dilema. Međutim, i pored jasnih međunarodnopravnih normi, u doktrini se pojavljuju teze koje dovode u sumnju nelegalan status plaćenika, odnosno, pod raznim izgovorima zasnovanim na vajnim humanitarnim načelima se pokušava da se ova lica postepeno prevedu iz statusa nelegalnih učesnika oružanih sukoba u neki međunarodnopravno zaštićen status, ili u nagorem sluaju da se izuzmu iz statusa plaćanika.

Stavljanje plaćenika van zakona u međunarodnom pravu zasnovano je na više međunarodnopravnih dokumenata. Prvo, u toku druge polovine 20. veka osuđivanje plaćenika bilo je zasnovano na očuvanju prava postkolonijalnih zemalja na samoopredeljenje i na niz rezolucija i deklaracija UN usmerenih protiv kolonijalizma, a u prilog antikolonijalne borbe za nacionalno oslobođenje naroda Afrike i Azije. Takav pristup odražavao se u jeziku prihvaćenom u UN u njihovoj stalnoj brizi o tome da su najamnici sredstvo ograničavanja ljudskih prava i da sputavaju narode u njihovom pravu na samoopredeljenje.⁵ Veliku pažnju privukla su lica, angažovana preko korporativnih agencija u toku i posle Iračkog rata, uključena u ovaj sukob. Angažovana privatna lica tzv. korporativni učesnici, odnosno, pripadnici privatnih vojski, često su u literaturi i u izveštajima bili na-

⁴ K., Fallah, na sve načine je pokušala da nađe prave osnove da se plaćenicima prizna status legalnih učesnika oružanih sukoba (K., Fallah, »Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflicts«, International Review of the Red Cross, ICRC, Geneve, 2005).

⁵ Ilustrativni su primeri nekih dokumenata, kao što su: »Report on the right of peoples to self-determinations«, submitted by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, UN GOAR, 49th sess., Annex, UN Doc. A/49/362 (1994); »Report of the Third Meeting of Experts on traditional nad new right of mercenary activities as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination«, Decembar 1994, UN Doc. E/CN. 4/2005/23.

padani i stavljani u degradirajući tretman.⁶ Aktivnosti ovih privatnih vojski skrenule su pažnju mnogim vladama, a posebno pojava tzv. »Zelene knjige« u Velikoj Britaniji o regulisanja (vojne) industrije koja je bila posledica brige britanske vlade zbog odsustva njenih vojnika, posebno pripadnika specijalnih jedinica koji su napuštali vojsku ili uzimali odsustva radi privatnog angažovanja u Iraku.⁷ U Južnoj Africi vlada je tražila izmenu nacionalnog zakonodavstva u sferi odbrane zbog velikog broja odlazaka vojnika u Irak na osnovu ugovoru sa privatnim korporacijama.⁸

Privatne vojne aktivnosti u Iraku otvorile su niz pitanja, od toga da li su one predviđene međunarodnim pravom, dakle njihov međunarodnopravni status, pa preko odgovornosti vođe tih grupa i samih agencija u oružanim sukobima, do pitanja krivične odgovornosti za povrede međunarodnog humanitarnog prava. Privatne vojne kompanije teže da dokažu da je, u odsustvu specifičnog pravnog regulisanja njihovog poslovanja, ova delatnost regulisana. Tako, na primer, pre prestanka operacija 2004. godine u Iraku, Sandline International asserted je tvrdio da »u odsustvu međunarodnih pravila koja bi se odnosila na privatne vojne kompanije, Sandline je sama regulisala način vođenja ovih aktivnosti«.⁹ Nasuprot tome, međunarodno humanitarno pravo (kroz međunarodne konvencije o najamnicima) smatraju da ne postoji pravni osnov za regulisanje položaja privatnih vojnih ugovorača. Na prvi pogled izgleda da je taj pravni okvir neprecizan i u nekim elementima kontradiktoran. Shvatanje Sandline da je ovo samoregulišuće pravo koje spada pod pravila trgovinskog prava je primer kako kompanije i vlade koje ih podržavaju koriste prednosti nejasne prirode međunarodnih ugovora i napore međunarodne zajednice da regulišu njihov položaj. Nameće se pitanje da li su lica angažovana od strane privatnih agencija plaćenici ili ne?

Razlog ove analize je u činjenici da se u poslednje vreme u stručnoj literaturi pojavljuju tekstovi koji pokušavaju da lica koja rade za privatne vojne agencije kao unajmljeni vojni stručnjaci uvedu u status priznatih učesnika oružanih sukoba, ili bar da ih izuzmu iz kategorije plaćenika. U skandalu koji je nastao sa najamnicima u Keniji, lokalni novinar je izrazio suštinu postkolonijalne nervoze, tvrdeći da neuspeh u obustavljanju najamničke aktivnosti dovodi do »specifične

⁶ Slučaj »Faludža« (»Bodies mutilated in Fallujah attack«, *BBS News (UK)*, 31 March 2004, available at <http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3585765.stm>(posećeno nov. 2006).

⁷ <http://news.independent.co.uk/world/middle_est/story.jsp?story=505826>.

⁸ <<http://www.crpsi.co.za>>.

⁹ »Corporate overview«, Sandline International, available at www.sandline.com/company/index.html.

paralize koja je dozvolila da se 12 plaćenika iskrca u jednu Afričku zemlju izjutra, a već oko podne zbaci vladu.¹⁰

Cilj je da se ukaže na namerno zamagljivanje pojma plaćenik izrazom pripadnik privatne vojske ili mnogo češće, da bi se izbegao bilo kakav naziv »vojske« nejasnim, zamagljenim izrazom »korporativni agenti«. Pojava ovog novog termina otvara novu dimenziju u angažovanju stranih lica u oružanim sukobima. Međunarodnopravno neodređeni termin corporate actors bi išao u prilog zaštiti kompanija i lica koje one unajme, odnosno ta lica ne bi bila tretirana kao plaćenici, već kao profesionalni stručnjaci koji su angažovani kao neutralni učesnici – pomagači u nekom oružanom sukobu. Dakle, ne podležu međunarodnopravnim sankcijama kao najamnici. Interesantno je da se ne koristi izraz vojni specijalisti koje međunarodnopravo poznaje. Pod vojnim specijalistima se smatraju državljani strane države koji su na osnovu sporazuma njihove države i jedne od zaraćenih strana uključeni u vojne formacije ili učestvuju u neprijateljstva. Razume se da se tu otvara pitanje kršenja neutralnosti od strane te njihove države, ali to je drugo pitanje i nema direktnih implikacija na ovu analizu. Takva lica, koja dobrovoljno ratuju protiv države čiji nisu državljani imaju isti pravni položaj kao i borci države u čijim se snagama nalaze.¹¹

ČINIOCI KOJI SU DOVELI DO POJAVE PRIVATNIH VOJSKI

Problemi koji su se pojavili u toku Vijetnamskog rata u Americi zbog obimnog i nekontrolisanog masovnog učešća SAD u tom sukobu kao i ratovi vođeni širom sveta od strane nekih zapadnih zemalja otvorili su pitanje nalaženja novih načina angažovanja vojnih efektiva. Da bi se izbegla opšta demokratska civilna kontrola vojske od strane predstavničkih organa i javnog mnjenja, vlade nekih država posegle su za angažovanjem privatnih vojski koje nisu pod zvaničnom kontrolom predstavničkih vlasti, tako da mogu da prikriju stepen i obimnost vojnog angažovanja u nekom oružanom konfliktu, da ne moraju da objašnjavaju ljudske gubitke, finansijsku, materijalnu i političku stranu vojnog angažovanja u nekom sukobu i dr. Pouzdanija je tajnost takvih poduhvata i što je najvažnije isključena je kontrola od strane javnosti. Država sklapa tajne sporazume sa privat-

¹⁰ »The making of a civilian coup«, *Sunday Nation (Kenya)*, 18 June 2006. (www. Sunday Nation@com.).

¹¹ G. Perazić, *Međunarodno ratno pravo*, VINC, Beograd, 1986, str. 144–145; Z., Vučinić, *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 153.

nim kompanijama koje angažuje u nekom oružanom kofliktu i tako bez zvaničnog uključenja ta država može da se uključi tajno ili polutajno i da se meša u unutrašnje stvari drugih država, a da ne bude izložena riziku od diplomatskih incidenata ili osude od strane svog ili inostranog javnog mnjenja. Tako, svi »prljavi poslovi« njihovog tajnog mešanja u konfliktne situacije ili izazivanje kriza i stvaranje kriznih žarišta mogu se obaviti bez direktnog i javnog angažovanja zvaničnih organa države.

Drugi činilac je ekonomski. Kompanije koje se bave ovim poslovima su poslednjih decenija narasle do neslučenih razmera i vrednost ovog posla se procenjuje na nekoliko stotina milijardi dolara.¹² Ne samo da su ove privatne vojne kompanije finansijski narasle, one su do te mere postale sveobuhvatne da su se neke od njih specijalizirale za određene poslove i međusobno su podelile oblact delatnosti.¹³ U Iraku ove kompanije pružaju kompletne servisne usluge zvanično angažovanim vojnim koalicionim snagama; od direktnog snabdevanja i taktičke pomoći na liniji fronta do poslova konsaltinga, obuke novih policijskih i vojnih snaga, strateškog savetovanja, logistike i obaveštajnog rada, do direktnog vojnog angažovanja vojnika pod ugovorom.¹⁴ Jedan broj humanitarnih organizacija u Iraku upošljavaju ove snage u obezbeđenju sigurnosti svojih aktivnosti. To isto čine i neke firme koje su angažovane u obnovi Iraka. U Angoli i Sijera Leoneu jedan broj ovih kompanija bio je uposlen u pružanju pomoći njihovim snagama u borbi protiv lokalnih pobunjenika.¹⁵ Neke od njih su bile umešane u neke državne udare, kao na primer, Ekvatorijalnoj Gvineji, ili u borbi protiv narko grupa u Južnoj Americi.¹⁶

MEĐUNARODNOPRAVNI STATUS LICA PRIPADNIKA PRIVATNIH VOJNIH KOMPANIJA

Sve veća upotreba »privatnih vojski« u modernom smislu, povlači nova (druga) pitanja. Smatra se da su privatni vojni ugovorači prevashodno motivisani

¹² »Report of the Third Meeting of experts on traditional and new forms of mercenary activity«, UN Doc. E/CN. 4/2005/23, § 12.

¹³ P. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, New York 2003.

¹⁴ J. Burns –q. and A., »Private Military Contractorsh«, /atwar. blogs.nytimes.com/2009/10/22/john-burns-q-and-a-private –military-contractors/, (posećeno avgust 2010).

¹⁵ *Ibid.*, pp. 9–11.

¹⁶ UN Doc. E/CN. 4/2004/15, §26 and 32.

novčanim dobitkom, a ne ideološkim ili patriotskom razlozima.¹⁷ To povlači pitanje da li su privatni vojni ugovorači najamnici u smislu međunarodnog humanitarnog prava? Ako nisu, kakav je njihov status? Problem je u tome što se izraz »privatni vojni ugovorač« može pre da odnosi na ugovornu obavezu nego za međunarodnopravni termin. Na to ukazuju stavovi u doktrini međunarodnog prava. Međunarodno pravo ne poznaje termine, kao što su: pripadnik privatne vojne kompanije, korporativni učesnik, privatni vojni ugovorač i slično, niti upućuje na takve izraze ili njegove sinonime. Izraz se može naći u doktrini, ali on pre ima za cilj da izrazi svoje neslaganje sa delatnošću ovih lica nego što opisuje pojedinca koji ispunjava specifične kriterije međunarodnog prava i daje mu pre politički nego pravnički smisao.¹⁸ U publicistici se koristi izraz »privatni vojni ugovorač« (private military contractors) kao izuzetak, jer oni nisu pravno određeni ni zaštićeni međunarodnim humanitarnim pravom. Termin »najamnik«, odnosno »plaćenik« međunarodno pravo poznaje. U poslednje vreme pojavljuje se više definicija pojma plaćenik. Jedan broj definicija pokušava da »intelektualnim slalolom«, vešto izbegavajući pravne kriterijume u cilju izuzimanja ovih lica iz kruga nelegitimnih učesnika oružanih sukoba stvori novu kategoriju. Takvim »manevrom«, neki autori ova lica uvode u novu, pravno nepoznatu kategoriju učesnika oružanih sukoba.¹⁹ Nasuprot ovom shvatanju je doktrinarni stav da sva lica koja ispunjavaju uslove određene za status plaćenika su nelegitimni borci i da su van zakona.²⁰

Korišćenje plaćenika (najamnika) radi ostvarenja vojnih ciljeva jeste pojava koja ima dugu istoriju. Plaćenici su se veoma rano pojavili u istoriji ratovanja. Praksa unajmljivanja lica za rat je poznata bila od antičkog doba do danas.²¹

¹⁷ G., Perazic, *ibid.*, 1986. pp. 146–147; Z., Vučinić, *ibid.*, 2006, pp. 160–164; Marie-Françoise Major, »Mercenaries and international law«, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 22 (1) (1992), pp. 103–150.

¹⁸ Diskusija na Diplomatskoj konferenciji i refirmaciji i razvoju međunarodnog humanitarnog prava primenljivog u oružanim sukobima, (Diplomatic Conference of 1977. Record office, CDDH I, II, III, SR, Geneva, 1974–77).

¹⁹ K., Fallah, *ibid.* 2006, pp. 599–613.

²⁰ A., Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 299–300; L., Cameron, »Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation«, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, No. 865, ICRC, Geneva, 2005; Perrin Benjamin, »Promoting, compliance of private security and military companies with international humanitarian law«, *International Review of the Red Cross*, ICRC, Geneva, 2006.

²¹ . Jončić, *Ratni zarobljenici – međunarodnopravni status*, VIZ, Beograd, 2002, 25–29.

Još su se Haške konvencije (V haška konvencija) osvrnule na implikacije najamničkih aktivnosti u smislu neutralnosti.²² Član 4. propisuje da se borbene jedinice ne mogu formirati, niti otvarati agencije za regrutovanje na teritoriji neutralne države radi pomoći sukobljenim stranama u oružanom sukobu. Član 5. pretpostavlja direktnu obavezu neutralne države da osigura da činjenja na koja se član 4. odnosi ne dogode na njenoj teritoriji. Rezultat člana 17. je da pojedinac koji deluje u korist jednog zaraćenog tako što uzme oružje kao plaćenik ili privatni ugovorač »ne može se pozivati na neutralnost«. Međutim, isti član propisuje da takav pojedinac ipak ima pravo na nivo zaštite koji se pruža građanima zaraćenih država

Posle Drugog svetskog rata, u vreme antikolonijalnih i nacionalnooslobodilačkih ratova na tlu Afrike i Azije, u velikoj meri je bilo korišćenje plaćenika od strane kolonijalnih sila u borbi protiv nacionalnooslobodilačkih pokreta. Surove posledice njihovog angažovanja uticale su da se ova kategorija učesnika oružanih sukoba postepeno pravno zabrani. Organizacija afričkog jedinstva je 1972. godine usvojila Konvenciju o eliminaciji plaćenika. Ova konvencija nije stupila na snagu, ali je poslužila kao osnov za donošenje novog dokumenta u ovoj materiji – Konvenciji o eliminaciji plaćenika u Africi u julu 1977. godine.

Drugi značajan instrument međunarodnog humanitarnog prava koji se posebno bavio plaćenicima je Dopunski protokol na ženevske konvencije od 1949. godine iz 1977. godine (Protokol I). On se primenjuje isključivo na međunarodne oružane sukobe i manji broj država ga je ratifikovao nego Ženevske konvencije iz 1949. godine. Međunarodni komitet Crvenog krsta smatra da član 47. Protokola I odražava običajna pravna pravila međunarodnog humanitarnog prava.²³ Ovu odredbu o najamnicima prvi put predložila je 1976 godine Nigerijska delegacija na Diplomatskoj konferenciji, doduše, u nešto drugačijem smislu.²⁴ Godine 1977, nakon značajne rasprave i razmatranja pitanja na radnoj grupi,²⁵ član je usvojen konsenzusom. Mnoge delegacije su navele da podržavaju uključivanje odredbe

²² Hague Convention (V) respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Case of War on Land, of 18 October 1907.

²³ *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I Rules, ICRC and Cambridge University Press, Geneva, 2005. pp. 391–395. (Rule 108).

²⁴ Nigerijska delegacija se zalagala za izmene predloženog člana (CDDH/236/Rev. 1): »The status of combatant or prisoner of war shall not be accorded to any mercenary who takes part in armed conflicts referred to in the Conventions and the present Protokol. 2. A mercenary includes any person not a member of the armed forces of a party of the conflict who is specially recruited abroad and who is motivated to fight or to take part in armed conflict essentially for monetary payment, reward or other private gain.«

²⁵ »Report to Committee III on the work of the Working Group submitted by the Rapporteur«, Geneva, 17 March – 10 June 1977, CDDH/III/369.

radi održavanja »duha kompromisa«. ²⁶ Zaista, radna grupa koja se bavila odredbama o najamnicima izvestila je da »ne bi trebalo da se pomisli da su svi delegati bili potpuno zadovoljni konačnim tekstom«. ²⁷ Dopunski protokol na ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba iz 1977. godine (Protokol I) u članu 47. odredio je samo elemente definicije pojma plaćenik:

»1. Plaćenik nema pravo da bude borac ili ratni zarobljenik.

2. Plaćenik je svako lice koje: a) je specijalno regrutovano lokalno ili u inostranstvu da bi se borilo u oružanom sukobu; b) stvarno direktno učestvuje u neprijateljstvima; c) motivisano je da učestvuje u neprijateljstvima uglavnom sa željom za ličnom korišću i kome je, u stvari, obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane; d) nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; e) nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu; i f) nije poslato od države koja nije strana u sukobu po zvaničnoj dužnosti kao pripadnik njenih oružanih snaga.«

Dopunski protokol I je ovakvim definisanjem lišio pojedince statusa borca i ratnog zarobljenika ako se utvrdi da su plaćenici.

Pojedini teoretičari smatraju da je čl. 47. Dodatnog protokola bio stavljen kao kompromis i umirujući faktor za delegacije afričkih država i namerno je definisan tako da ima uzan obim primene. ²⁸ Da bi pojedinac bio klasifikovan kao najamnik u skladu sa čl. 47. st. 2. on mora da zadovolji svih šest zahteva, (a) do (f). Gotovo je nemoguće pronaći osobu koja potpada pod definiciju najamnika iz čl. 47. st. 2. Jedan od najspornijih zahteva člana 47. stav 2. sadržan je u tački (c), koji se odnosi na motivaciju. Za neka shvatanja je neophodno da se plaćenici definišu drugačije od drugih učesnika zbog njihove motivacije. Tako Kalshoven smatra da »je nemoguće da se na zadovoljavajući način definiše najamnik bez ukazivanja na njegovu motivaciju«. ²⁹ Istog mišljenja su bile još neke državne delegacije na diplomatskoj konferenciji 1977. godine. ³⁰

Drugi deo rečenice u tački (c), da je nagrada »obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili

²⁶ Tako: australijska delegacija, (CDDH/III/SR. 58 at 205).

²⁷ Ibid.

²⁸ F., Kalshoven / Liesbeth, Zegveld *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law, 3rd edn, ICRC, Geneva 2003*, p. 90.

²⁹ M., Riley, *Mercenaries and the rule of Law*, *Review of the International Commission of Jurists*, Vol. 17 (1977), pp. 51–53.

³⁰ Syrian Arab Republic, CDDH/III/SR. 57, p. 196: Cameroon and Mali, CDDH/III/SR. 57, p. 201.

plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane« je pokušaj mirenja subjektivnog elementa regrutovanja sa objektivnim pristupom. Ipak, tekst tačke (c) je takav da je preterana materijalna kompenzacija za regrutovanje dodatak osnovnom motivu. Zaključak se nameće iz gramatičkog tumačenja norme: koristi se veza »i« koja spaja dva dela, dakle kumulativan uslov. Ovo ostavlja nerešenim pitanje tumačenja motiva koje ima pojedinac za učešće u neprijateljstvima. Zaista, kao što je Diplockov Odbor UK (Diplock Committee) naveo u svom izveštaju 1976.godine o regrutovanju plaćenika: »bilo koja definicija plaćenika koja zahteva nedvosmislen dokaz o motivima bi... bila ili neizvodljiva ili proizvoljna u primeni između uporedivih pojedinaca, kao što bi mogla biti i neprihvatljiva. Plaćenike, čini se možemo definisati samo s obzirom na to što čine, a ne u odnosu na to zašto to čine«. ³¹

Zabrinutost zbog problema u određivanju pojedinačnih motiva je samo razlog više da je neophodno povezati motiv učesnika sa njihovim pravnim položajem u oružanom sukobu. Može se smatrati da je član 47. nedorečen. To je tačno. Nedorečenost člana 47. najjasnije se vidi kada se čita ostatak Protokola. Iako član teži nekakvom definisanju najamničke aktivnosti, to ima malo značaja kada se posmatraju posledice najamničkog statusa na osnovu Protokola I. Jedina posledica koja proističe iz člana 47. je da plaćenici nemaju pravo na status borca i ratnog zarobljenika. Drugim rečima, član 47. predstavlja izuzetak od pravila kojim se utvrđuje ko može biti borac. Član 43. st. 2. Dopunskog protokola I definiše borca kao pripadnika oružanih snaga strane u sukobu (s izuzetkom medicinskog i verskog osoblja). Ipak, član 47. st. 2 (e) zahteva da plaćenik »nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu«. To znači da to lice nije po nekom drugom osnovu uključeno u redovne oružane snage jedne od zaraćenih strana i da pojedinac koji ispuni uslove iz definicije najamnika nema pravo na status borca. Neki tumače u ovom slučaju da se član 47. ne može smatrati istinskim izuzetkom od pravila koja se odnose na borce i ratne zarobljenike. Oni kumulativno tumače član 43. i član 47. Protokola I i nalaze da se gubi smisao. ³² Na osnovu takvih postavki dolaze do zaključka da takva lica, koja dobiju status najamnika i koji su klasifikovani kao plaćenici u skladu sa Dopunskim protokolom I, imaju za posledicu izvesnu zaštitu međunarodnog humanitarnog prava. (»Uprkos tome što su lišeni statusa borca i ratnog zarobljenika, plaćenike treba tretirati kao neborce koji su učestvovali u neprijateljstvima. Takve osobe imaju pravo na zaštitu po »osnovnim garancijama« sadržanim u članu 75. ovog Protokola«). ³³ Razume

³¹ Diplock Committee, Report of the Committee of Privy Counsellors Appointed to Inquire into the Recruitment of Mercenaries (UK Cmnd. 6569, 1976).

³² K., Fallah, *ibid.* 2006, p. 606.

³³ *Ibid.*, p. 606.

se da nije sporno da su sva lica na koja se odnosi čl. 75. Protokola I zaštićena, ali se ovaj član odnosi pre svega na civilna lica, a ne na lica koja pretenduju na status legalnih učesnika oružanih sukoba. Ta lica mogu se pozivati na zaštitu čl. 75. Protokola, ali ako uzmu učešće u ratu, ona reskiraju da odgovaraju za povrede pravila i običaje ratovanja, odnosno da odgovaraju za učešće u oružanom sukobu kao nelegitimni borci. Pored gubitka zaštićenog statusa ova lica, ako se utvrdi njihov status plaćenika, mogu biti pozvana na odgovornost po drugim osnovama koje predviđaju drugi međunarodnopravni instrumenti o kojima će biti reči.

Osnovne garancije po čl. 75. široke su i uključuju pravo na humani tretman u svim okolnostima. Kao, na primer, pravo na zaštitu od ubijanja, mučenja, telesnog kažnjavanja, napada na dostojanstvo ličnosti i dr. Član 75. st. 4. garantuje pravo na pravično suđenje i primereni postupak u pogledu kažnjivih dela. Neke delegacije su zaista na Diplomatskoj Konferenciji 1977. insistirale na tome da plaćenici treba da budu zaštićeni ovim osnovnim garancijama. Jedan broj država je čak izričito nagovestio da će ovaj član tumačiti tako da plaćenici imaju pravo da budu zaštićeni u skladu sa članom 75.³⁴ Navodi se da je takav stav u skladu sa sveukupnim ciljevima Diplomatske Konferencije 1977. U skladu sa tim, tvrdi se, da je zabluda da plaćenici nemaju pravo na zaštitu po međunarodnom humanitarnom pravu.

To nije tačno! Član 75. Protokola I utvrdio je osnovne garancije svim licima, onako kako je to navedeno u čl. 1. i one predstavljaju utvrđene garancije osnovnih ljudskih prava (čl. 1. st. 2). Ovu minimalnu zaštitu niko ne spori. Plaćenicima su zaštićena osnovna ljudska prava, ali to ne znači da im te garancije pružaju zaštitu za povrede međunarodnog prava, odnosno za kriminalnu delatnost, tj. ne oslobađaju ih od odgovornosti za učešće u oružanim sukobima kao nelegitimni borci, odnosno, kao civili. Oni će odgovarati po propisima tzv. »Plaćeničkih konvencija«. Razume se da će i u tom slučaju imati osnovnu zaštitu kao ljudska bića koja su taksativno nabrojana u članu 75. st. 2–8. Protokola I. Dakle ovde se radi samo o osnovnoj zaštiti, koju imaju i učinioci ratnih zločina (to izričito i stoji u čl. 75. st. 7), a ne o nekom povoljnijem tretmanu na osnovu člana 75. u smislu njihovog izuzimanja od odgovornosti za učešće u ratu kao nelegitimnih boraca. Rasprava o tome da oni, ako im se ne prizna status boraca po međunarodnom pravu (čl. 47. Protokola I), imaju zaštitu na osnovu čl. 75. zama-gljuje pitanje njihove odgovornosti. Oni nemaju status borca i odgovaraće na osnovu »Plaćeničkih konvencija«, ali će imati osnovnu zaštitu i pravičan postupak

³⁴ Na to ukazuju Službena dokumenta Diplomatske konferencije u Ženevi 1977. predlozi i tumačenja delegacija Italije, (CDDH/III/SR.57, p. 193); Australije (CDDH/III SR 57, p. 195); Portugalije (CDDH/III/SR. 57, 198); SAD (CDDH/III/SR. 57, p. 199); Irske (CDDH/III/SR. 57M at 199); Kanade (CDDH/III/SR. 57, p.201) i Švedske (CDDH/III/SR.57, p. 202).

pred redovnim i nepristrasnim sudom kao i sva druga lica. Ove garancije proizilaze iz pravila garantovanih međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima na kojima se zasniva i član 75. Protokola I.

Postavlja se pitanje zašto je bitno da se utvrdi da li su zaposleni u privatnim vojnim kompanijama legalni učesnici oružanih sukoba, tj. da li imaju status borca? Prvo, utvrđivanjem njihovog statusa može da se otkloni dilema da li su oni legitiman vojni cilj za vojnike suprotne zaraćene strane. Drugo, otkriva se da li oni mogu da učestvuju direktno u neprijateljstvima, tj. da li imaju status borca, plaćenika ili su civili koji su protivno međunarodnom pravu uzeli učešće u ratu. Treće, da li mogu da budu krivično gonjeni zbog svog učestvovanja u neprijateljstvima, tj. da li su s tako neodređenim statusom uzeli učešće u oružanom sukobu i time izvršili povrede međunarodnog prava oružanih sukoba.

Prilikom određivanja statusa pripadnika privatnih vojnih kompanija neophodno je da se pođe od Treće ženevske konvencije i člana 43. Protokola I i mogućnosti da ta lica ispune uslove da se kvalifikuju kao milicija u smislu čl. 4.A(2) Ženevske konvencije iz 1949. godine. Po članu 4.A(1) Ženevske konvencije neophodno je prvo da se utvrdi da li je pojedinac sastavni deo oružanih snaga neke države u skladu sa njenim zakonima ili ne. Tačka 2. čl. 4.A Konvencije prilikom procene da li su zahtevi ispunjeni mora da ceni celu grupu kao celinu i na tim osnovama da proceni status svakog pojedinca. Dakle, za pripadnike privatnih vojski mora se prvo da utvrdi da li te grupe pripadaju oružanim snagama neke od strana u sukobu. Član 43. Protokola I predviđa da samo pripadnici oružanih snaga u sukobu imaju status borca, tj. oni imaju pravo da direktno učestvuju u neprijateljstvima. Zato je potrebno da se proceni da li su lica zaposlena u privatnim vojnim kompanijama uključena u oružane snage strane u sukobu u skladu sa odredbama članova 43. Protokola I i 4. A(1) Treće ženevske konvencije. U čemu je poenta? Čitav problem nastaje oko toga što se privatne vojne kompanije stvaraju upravo iz razloga da se nadležnost (i odgovornost) prebace sa državnih institucija na privatne kompanije. Tako države realizuju svoje političke planove, a odgovornost za »prljave poslove« preuzimaju privatne kompanije, odnosno niko, jer teško je na osnovama međunarodnog krivičnog prava u takvim slučajevima pronaći i kazniti odgovorne za eventualne povrede međunarodnog prava. U literaturi međunarodnog prava ističe se argument da su lica zaposlena u privatnim vojnim kompanijama ipak pripadnici oružanih snaga države. Osnov tvrdnje je u činjenici da međunarodno pravo oružanih sukoba ne propisuje neke specifične uslove koji treba da budu preduzeti od strane države pod kojim uslovima će lica biti registrovana u oružane snage neke zemlje jer je to stvar čisto unutrašnjeg prava. Dakle, osnivanje vojnih formacija, po njima, zavisi od volje i unutrašnjih propisa države. Tačno je da je osnivanje i ustrojstvo vojnih formacija unutrašnja stvar svake države, međutim, ispušta se iz vida obaveza država da su dužne da o tome

obaveste suprotnu stranu ukoliko u svoje oružane formacije uključe miliciju i dobrovaljačke jedinice (ili paravojne formacije). Ovom obavezom međunarodno humanitarno pravo predviđa da iako je uređenje vojnih formacija unutrašnja stvar države i njenog zakonodavstva ipak se mora znati ko tačno čini neprijateljske snage. Angažovanje privatnih korporacija u vojne aktivnosti ne znači da su države oslobođene odgovornosti za dela privatnih kompanija koje su unajmljene legalno kao agenti strane vlade i čiji pripadnici imaju status borca. Sama činjenica da povrede pravila ratovanja koja učini pripadnik privatne vojne kompanije se može da stavi na teret državi koja je unajmila korporaciju čiji je on pripadnik, to ne znači da je to lice ispunilo uslove koje predviđa međunarodno pravo za status borca.

Praksa iz iračkog rata ukazuje na činjenicu da privatne vojne kompanije tako unajmljenim licima priznaju status civila, a ne boraca. U prilog ovoj tvrdnji je donošenje propisa od strane privremene Koalicione vlade Iraka u kojima su garantovana osnovna ljudska prava tim licima (kao da su oni civili), što je, mora se priznati, neadekvatan pristup jer su SAD sve vreme znale da su ta lica pripadnici njenih oružanih snaga.³⁵ Ako bi se ova lica smatrala za legalne učesnike oružanog sukoba na osnovu člana 4.A (2) Ženevske konvencije morali bi da zadovolje uslove koje propisuje ovaj član. Dovoljno je da jedan od četiri uslova koje propisuje član 4. ne bude ispunjen pa da se ne dobije status borca, odnosno u ovom slučaju status ratnog zarobljenika. U slučaju da protivnik ne može da utvrdi status lica (da li su borci ili civili) koja su zaposlena u privatnim vojnim kompanijama angažovanim u tom sukobu, pretila opasnost da suprotna strana odbije svaki pokušaj da poštuje međunarodna pravila oružanog sukoba, ili da i pored namere da ih poštuje nije u stanju da utvrdi status tih lica i da tako nenamerno preduzme borbene aktivnosti prema civilima i na taj način izvrši povrede pravila i običaje ratovanja. U slučaju Iraka je to više nego očigledno. U Iraku ima nekoliko stotina različitih privatnih vojnih firmi čiji pripadnici nose razne uniforme i čiji status se teško može da utvrdi. Ta lica su angažovana na raznim poslovima. Od poslova logistike, do stražarske službe i zaštite važnih lica i objekata. Znatno broj tih lica uključen je preko privatnih korporacija u aktivnosti zaštite vojnih jedinica na maršu ili u vojnim bazama. Ta lica najčešće imaju status civilnih lica. Međutim, te formacije najčešće ne ispunjavaju uslove predviđene čl. 4. Ženevske konvencije, jer niti imaju samostalnu komandu, jer su pod komandom vojnih snaga SAD, niti samostalno izvode dejstva što je svojstveno miliciji i dobrovaljačkim jedinicama iz pomenutog člana. Ako se pristupi istorijskom i ciljnom tumačenju čl. 4. Ženevskih konvencija može da se zaključi da ovaj član nije

³⁵ Coalition Provisional Authority in Iraq, CPA/ORD727 June 2004/17, (<http://www.cpa-iraq.org>).

namenjen za stvaranje i korišćenje privatnih vojnih snaga u sukobu, već da pravno pokrije grupe koje prelaze iz statusa civila u status boraca i da taj prazan prostor između regularnih snaga i civila reguliše kao pokrete otpora i da ih prihvati kao legalne snage u skladu sa međunarodnim humanitarnim pravom. Definicija plaćenika, koja je doneta nešto kasnije, ima za cilj da takva lica ukloni iz statusa borca i da im ne da legitiman status. Privatne kompanije, da bi izbegle ove zamke međunarodnog humanitarnog prava, pribegle su primanju u službu korporacije samo ona lica koja su državljani strana u sukobu, jer je njihova nacionalna pripadnost nekoj od zaraćenih strana činilac koji ih isključuje iz statusa plaćenika.

Postavlja se pitanje da li lica zaposlena u privatnim vojnim kompanijama imaju status borca ili civila. Međunarodno humanitarno pravo zahteva da svaka osoba mora u oružanim sukobima da u određenom trenutku ima jasan status. Dakle, zaposleni u privatnim vojnim kompanijama, ako nisu borci onda su civili i obratno. S obzirom da civili nemaju pravo da se direktno uključuju neprijateljstva, jasno je da se status pripadnika privatnih kompanija mora jasno da odredi. Njihov nejasan status smanjuje mogućnost međunarodnom humanitarnom pravu da ih štiti, a istovremeno da štiti i ostala lica koja spadaju u kategoriju civila. Jasno je da su posledice učešća ovih kompanija u neprijateljstvima sa nejasnim statusom njihovih pripadnika neizvesne i opasne.

Učešće civila u raznim oblicima u nekom oružanom sukobu, kao što je slučaj sa Irakom, nije tako jasno pravno uređeno. Da li civili imaju pravo da budu uključeni u neki vid neoružanog otpora je nejasno uređeno međunarodnim humanitarnim pravom. Međunarodno humanitarno pravo ne pravi razliku u borbi između napada i odbrane tako da je besmisleno da se plaćenici tretiraju kao civili i da se smatra da mogu da učestvuju u oružanom sukobu samo u odbrani. Opravdanje da ova lica učestvuju u odbrani civilnih objekata nema osnova jer i sam pojam vojnog cilja nije precizno određen po međunarodnom humanitarnom pravu. Pod određenim okolnostima svaki objekat može postati vojni cilj i to potencijalno menja ulogu koju ima osoba koja čuva taj objekat ako se ta osoba bori isključivo protiv napadača. Tako, na primer, slučajevi iz Iraka ukazuju da je moguće da ta lica, angažovana na poslovima snabdevanja oružanih snaga, odnosno pružanja logističke podrške, budu pozvana da pruže pomoć trupama i to na prvoj liniji vatre. Da li su oni borci ili ne? Imaju li oni pravo da učestvuju u neprijateljstvima?³⁶ Doduše, slučaj Iraka nije baš reprezentativan za ovakve analize iz razloga nejasnosti da li je to unutrašnji sukob ili međunarodni. Do završetka vojnih operacija 2004. godine jasno je da je međunarodni. Međutim, od 2004.

³⁶ Bilo je slučajeva da su lica zaposlena od strane privatnih kompanija u vojnim kuhinjama, magacinima kao civilno osoblje prilikom napada pobunjenika na vojne baze učestvovali zajedno sa koalicionim vojnicima u odbrani tih baza.

godine do septembra 2010. godine, kada je po odluci predsednika SAD naredeno povlačenje američkih snaga na osnovu zaključka da je rat završen, diskutabilan je status tog sukoba. U slučaju nastavka sukoba, posle ove odluke, sukobi u Iraku su unutrašnjeg karaktera jer se koalicione snage tu nalaze po pozivu o pružanju vojne pomoći zvaničnoj vlasti u borbi protiv pobunjenika.³⁷ Međunarodno humanitarno pravo predviđa takve okolnosti u kojima civili (kao logističko osoblje) uživa zaštitu međunarodnog prava (u slučaju zarobljavanja imaju pravo na status ratnog zarobljenika u međunarodnim oružanim sukobima), ali istovremeno ne dozvoljava neprekidno angažovanje u oružane sukobe tim licima.

Slučaj stražarskih službi koje su oformljene skoro isključivo od lica angažovanih od strane privatnih vojnih kompanija je još zanimljiviji. Jedna privatna kompanija u Iraku zapošljava oko 17.000 Iračana na poslovima čuvanja naftovoda od pljačkaša i od pobunjenika. Čuvanje ovako značajnog objekta, koji se može tretirati i kao vojni, pretpostavlja da su ta lica angažovana i u borbi.³⁸ Jasno je da se u nekim situacijama ukrštaju statusi civila i boraca i da je teško u konkretnim slučajevima utvrditi status pojedinca. Često se prihvata tumačenje da se tim licima priznaje status civila. Ako im se prizna status civila otvaraju se nove dileme i pitanja. Očito nema kraja raspravama kada su u pitanju lica angažovana od strane privatnih kompanija.

MEĐUNARODNA PRAVILA O STATUSU PLAĆENIKA

Uobičajeni naziv za lica koja nisu državljani strane države koja ih angažuje ili od strane privatnih agencija i to čine za novčanu naknadu jeste plaćenik. Naziv nije nov i koristio se i ranije u političko-sociološkom i pravnom žargonu za lica koja se prihvataju vojnog posla za određenu naknadu. Naziv je posebno bio ozloglašen u vreme nacionalnooslobodilačkih i antikolonijalnih ratova polovinom 20. veka na prostorima Afrike, Azije i Latinske Amerike. Otuda je neophodno da se razmatranje pitanja pripadnika privatnih vojnih kompanija analizira uporedo sa statusom plaćenika, korporativnih učesnika i korporativnih agenata. Specifičnost međunarodnopravnih normi iz oblasti međunarodnog prava oružanih sukoba zahteva da se sagledaju dva prethodna pitanja. Prvo pitanje se tiče definicije, tj. koga označiti kao najamnika, tj. plaćenika. Drugo je kako odrediti posledice najam-

³⁷ S obzirom da se u literaturi slučaj Iraka dosta koristi u ovim analizama (verovatno se polazi od toga da je to međunarodni sukob koji još nije završen), to će ovaj primer biti i dalje korišćen.

³⁸ L., Cameron, *ibid.*, 2005, p. 591.

ničkog, plaćeničkog statusa. Rezultati ove analize omogućiće da se bolje rasvetli status pripadnika privatnih vojnih korporacija.

Pored pomenutog Protokola I krajem XX veka pojavili su se i drugi specifični međunarodnopravni instrumenti koji su dodatno osvetlili položaj plaćenika. Ovi instrumenti, poznati u doktrini pod nazivom »Plaćeničke konvencije« pošli su od čl. 47. Dopunskog protokola I i dodatno ovu delatnost proglasili za kriminalnu. Poseban značaj imaju Konvencija iz Luande, Konvencija Organizacije Afričkog Jedinstva, Konvencija Ujedinjenih nacija i Nacrt kodeksa Međunarodna pravne komisije. Glavna razlika između ranijih međunarodnopravnih pravila uključujući Protokol i konvencija iz vremena klasičnog međunarodnog prava, kao što je »Haško pravno« i dr. je u tome što ranija pravila nisu kriminalizovala najamničku aktivnost, dok to »Plaćeničke konvencije« tretiraju ova lica kao nelegitimne učesnike oružanih sukoba. Otuda može da se zaključi da ako unajmljena lica (corporate actors) steknu status po konvencijama o plaćenicima reskiraju da odgovaraju kao za kriminalnu delatnost.

Međunarodna istražna komisija za pitanja plaćenika izradila je *Nacrt Konvencije o sprečavanju i suzbijanju najamništva u Luandi*, (Angola) (Nacrt konvencije iz Luande – The Draft Luanda Convention) iz 1976. godine.³⁹ Preambula konvencija pominje broj zemalja potpisnica i cilj Konvencije: »korišćenje plaćenika u oružanim sukobima ima kao cilj oružano suprotstavljene procesu nacionalnog oslobođenja od kolonijalne i neokolinijalna dominacije«. Član 1. Nacrta definiše da »zločin najamništva« može da učini, odnosno da za njega bude odgovoran pojedinac, grupa ili udruženje, predstavnici država i same države. Elementi krivičnog dela grubo su skicirani. Relevantno pravno lice krivo je za zločin najamništva ako »on ili ona, sa ciljem suprotstavljanja procesu samoodređenja oružanim nasiljem (učini bilo koje od sledećih dela):

(a) organizuje, finansira, snabdeva, oprema, trenira, podstiče, podupire ili zapošljava na bilo koji način vojne snage koje se sastoje od ili uključuju lica, koja nisu državljani zemlje u kojoj će delovati, za lični dobitak, kroz plaćanje platu ili bilo koju drugu vrstu materijalnog obeštećenja;

(b) evidentira, upisuje ili pokušava da upiše u pomenute oružane jedinice;

(c) omogućava aktivnosti navedene u stavu (a) da se sprovedu na području pod njegovom jurisdikcijom ili na bilo kom mestu pod njegovom kontrolom ili obezbeđuje uslove za prolaz, za prevoz, ili obavlja druge poslove u navedenim snagama.«

³⁹ Draft Convention on the Prevention and Suppression of Mercenarism (produced by the International Commission of Inquiry on Mercenaries in June 1976).

Definicija iz Luande »zločin najamništva« nešto drugačije određuje pojam najamništva u odnosu na Protokol I. Te razlike predstavljale su osnov diskusije na Diplomatskoj Konferenciji 1977 povodom nacrtu teksta Protokola.⁴⁰ Značaj Konvencije iz Luande bio je u tome što je ona bila prvi rezultat napora da se pitanje plaćenika uredi na regionalnom nivou.

U Libervilu je 1977. Organizacija afričkog jedinstva OAJ (The Organization of African Unity-OAU) usvojila Konvenciju o ukidanju najamništva u Africi (OAU Convention).⁴¹ OAJ Konvencija je bolje koncipirala status plaćenika nego Nacrt konvencije iz Luande. Član 1. st.1. OAJ poklapa definiciju plaćenika sa onom iz Protokola I u svakom pogledu. Razlika je onom delu u kome se ova bavi motivacijom. Dok Protokol uključuje u svoje kriterijume zahtev da je lice »motivisano za učešće u neprijateljstvima u osnovi željom za privatni dobitak« i da mu je u stvari, »obećana, od strane ili u ime strane u sukobu, materijalna kompenzacija koja bitno prelazi onu obećanu ili plaćenu borbama sličnog čina i funkcije u oružanim snagama strane«, u Konvenciji OAJ, u skladu sa članom 1.1. (c), jednostavno se zahteva da je strana u sukobu (ili njen predstavnik) obećala licu »materijalnu nadoknadu«.

U čemu je razlika između Konvencije OAJ i Protokola I? Najznačajnija razlika između Konvencije OAJ i Protokola I je po pitanju određivanja povrede međunarodnog prava. Odredbe OAJ Konvencije o tome su široko postavljene. OAJ Konvencija smatra da je krivično delo već utvrđivanjem onog momenta kada je utvrđen status plaćenika, a plaćenici su takođe krivično odgovorni za bilo koju konkretnu radnju počinjenu tokom vršenja dužnosti. U skladu sa članom 1. st.2. zločin najamništva uključuje neobično širok krug različitih oblika učešća u izvršenju krivičnog dela. Član 3. propisuje da plaćenici ne uživaju status boraca i nemaju pravo na status ratnih zarobljenika. Član 7. traži da svaka strana obezbedi da zločin najamništva bude »najstrože kažnjavan na osnovu zakona zemlje, uključujući i smrtnu«.⁴²

U okviru Ujedinjenih nacija doneta je nova konvencija, *Međunarodna konvencija protiv (regrutovanja) angažovanja, upotrebe, finansiranja i obuke plaćenika* (The United Nations Convention – UN Convention)⁴³ 1989. godine

⁴⁰ Y. Sandoz, et al. (eds.), *Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977, ICRC, Geneva, 1977, p. 572.

⁴¹ Adopted in Liberville, Gabon, on 3 July 1977, and entered into force on 22 April 1985. (OAU Doc. CM/817 (XXIX) Annex 11 Rev.).

⁴² Ovaj izraz iz Konvencije OAJ je u suprotnosti sa članom 75. 2. (iii) Protokola I, koji zabranjuje zajedničke kazne.

⁴³ Annex to GA Res. 34, UN GAOR, 72nd plen. Mtg. 44th sess., supp. No.43, at 590, UN Doc. A/44/43 (1989).

(stupila je na snagu 2001. godine). Slično OAJ Konvenciji, UN Konvencija se bavi definisanjem »zločina najamništva« i razrađivanjem mera za sopstvenu primenu. Konvencija UN definiciju najamnika deli u dva dela. U prvom delu je slična definiciji iz Protokol I, sem što isključuje zahtev da osoba »stvarno učestvuje u neprijateljstvima«. ⁴⁴ Ovako sročena formulacija ima za posledicu da je definicija najamničkog statusa iz Konvencije UN šira od one u Protokolu I. Međutim, drugi deo definicije je još širi i glasi:

»2. Najamnik je svaka osoba koja je, u bilo kojoj drugoj situaciji, a ne u samom oružanom sukobu:

(a) posebno regrutovana, lokalno ili u inostranstvu, da učestvuje u zajedničkom aktu nasilja koji ima za cilj da: (i) svrgne vladu ili na neki drugi način podriiva ustavni poredak neke države, ili (ii) podriiva teritorijalni integritet države;

(b) da je motivisana da učestvuje u tome pretežno iz želje da ostvari značajnu privatnu dobit ili je privučena obećanjem ili plaćanjem materijalne kompenzacije;

(c) nije ni državljanin niti stanovnik države protiv koje je takav čin usmeren;

(d) nije poslata od države na službenu dužnost, i

(e) nije pripadnik oružanih snaga države na čijoj se teritoriji izvode dejstva.«

Tekst Konvencija UN suštinski ne menja uslove predviđene Protokolom I iz 1977. godine, osim što određuje mnogo niži prag za dodeljivanje najamničkog statusa pojedincu. Posledice ovako definisanog statusa plaćenika su da Konvencija UN inkriminiše celokupnu najamničku aktivnost.

Komisije za Međunarodno pravo 1991. godine izradila je Nacrt Kodeksa zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva (ILC Draft Code)⁴⁵. Nacrt takođe ima specifične odredbe koje se odnose na plaćenike. Član 23. st. 2. definisao je najamništvo na isti način kao OAJ Konvencija, osim što (poput Konvencije UN) nije uključio zahtev da najamnik »stvarno učestvuju u neprijateljstvima«⁴⁶. Zločin »novačenja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika« je izostavljen na već prilikom druge sesije na kojoj se raspravljao Nacrt kodeksa 1995. godine.⁴⁷

Nacrt kodeksa je bio osnov za nacrt Rimskog statuta za međunarodni krivični sud. U skladu sa stavom iz Nacrta kodeksa, Međunarodni krivični sud nije uspostavio nadležnost nad »zločinom najamništva«, iako se to pitanje može po-

⁴⁴ UN Convention, Art. 1.1; cf. Protocol I, Art. 1.(b).

⁴⁵ *The Work of the International Law Commission*, 6th edn, UN, Geneva, 2004, Vol. 1.

⁴⁶ UN Convention, Art. 1.1.

⁴⁷ Draft Code, ILC, 43th session, 1991, UN Geneva, 2004, Vol. 1.

novo otvoriti kada se raspravlja i analizira definicije agresije, odnosno kada se utvrdi nova definicije u skladu sa članovima 5.121. i 123. Rimskog Statuta.

ZAKLJUČAK

Koji status mogu dobiti zaposleni u privatnim vojnim kompanijama, status borca, civila ili plaćenika? Na osnovu iznete analize jasno je da ova lica nemaju status borca. Status civila bi im mogao biti priznat, ali se tu pojavljuju dileme o kojima je bilo reči. Može se zaključiti da međunarodnopravna pravila daju pre osnova za zaključak da su korporativni učesnici (Corporate actors) u suštini plaćenici. U doktrini postoje i tvrdnje da svi udruženi učesnici (Corporate actors) ne spadaju pod definiciju najamnika po međunarodnom pravu. Međunarodno pravo kroz norme tzv. »Plaćeničkih konvencija« i Protokola I upućuje na zaključak, to prihvata i većina teoretičara, da ova lica nemaju osnova da dobiju status boraca i eventualno mogu dobiti samo minimalnu zaštitu koju pruža međunarodno humanitarno pravo, po nekom drugom statusu.

Razlike postoje kada se analiziraju pravila međunarodnog humanitarnog prava i pravila konvencija o plaćenicima. U doktrini postoji shvatanje da pomenuti Protokol ne smatra da je ova aktivnost povreda međunarodnog prava. Jasno je da najamnici nemaju status borca, pa time ni zaštitu u drugim statusima. Dakle, osnovna razlika je da Protokol I ne određuje ovu aktivnost kao nedozvoljivu. Jedino pomenute plaćeničke konvencije to čine. Konvencije o najamnicima predviđaju čak kaznu za delatnost plaćenika. Drugo je pitanje što ove konvencije ne kvalifikuju ovu delatnost kao kriminalnu i nisu predviđeni postupci za sudsko kažnjavanje.

Član 43. st. 2. Dopunskog protokola I definiše borca kao pripadnika oružanih snaga strane u sukobu (s izuzetkom medicinskog i verskog osoblja). Ipak, član 47. st. 2 (e) zahteva da plaćenik »nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu«. To znači da to lice nije po nekom drugom osnovu uključeno u redovne oružane snage jedne od zaraćenih strana i da pojedinac koji ispuni uslove iz definicije najamnika nema pravo na status borca. Teško da se i kumulativnim tumačenjem čl. 43. i čl. 47. Protokola I, kako to neki autori pokušavaju da čine kako bi se našao pravni osnov za priznavanje legalnog statusa pripadnicima privatnih vojnih kompanija. Mešaju se status i minimalna zaštita koju pruža Protokol.

Jasno je da takve osobe imaju pravo na zaštitu po »osnovnim garancijama« sadržanim u članu 75. ovog Protokola. Razume se da nije sporno da su sva lica na koja se odnosi čl. 75. Protokola I zaštićena, ali se ovaj član odnosi pre svega na civilna lica, a ne na lica koja pretenduju na status legalnih učesnika oružanih

sukoba. Ta lica mogu se pozivati na zaštitu čl. 75. Protokola, ali ako uzmu učešće u ratu, ona reskiraju da odgovaraju za povrede pravila i običaje ratovanja, odnosno da odgovaraju za učešće u oružanom sukobu kao nelegitimni borci. Pored gubitka zaštićenog statusa ova lica, ako se utvrdi njihov status plaćenika, mogu biti pozvana na odgovornost po drugim osnovama koje predviđaju drugi međunarodnopravni instrumenti.

Osnovne garancije po čl. 75 široke su i uključuju pravo na humani tretman u svim okolnostima. Kao, na primer, pravo na zaštitu od ubijanja, mučenja, telesnog kažnjavanja, napada na dostojanstvo ličnosti i dr. Član 75. st. 4. garantuje pravo na pravično suđenje i primeren postupak u pogledu kažnjivih dela. Neke delegacije su zaista na Diplomatskoj Konferenciji 1977. insistirale na tome da plaćenici treba da budu zaštićeni ovim osnovnim garancijama. Jedan broj država je čak izričito nagovestio da će ovaj član tumačiti tako da plaćenici imaju pravo da budu zaštićeni u skladu sa članom 75. Navodi se da je takav stav u skladu sa sveukupnim ciljevima Diplomatske Konferencije iz 1977. godine. U skladu sa tim, tvrdi se, da je zabluda da plaćenici nemaju pravo na zaštitu po međunarodnom humanitarnom pravu.

To nije tačno! Član 75. Protokola I je utvrdio osnovne garancije svim licima, onako kako je to navedeno u čl. 1. i one predstavljaju utvrđene garancije osnovnih ljudskih prava (čl. 1. st. 2). Ovu minimalnu zaštitu niko ne spori. Plačenicima su zaštićena osnovna ljudska prava, ali to ne znači da im te garancije pružaju zaštitu za povrede međunarodnog prava, odnosno za kriminalnu delatnost, tj. ne oslobađaju ih od odgovornosti za učešće u oružanim sukobima kao nelegitimni borci, odnosno, kao civili. Oni će odgovarati po propisima tzv. »Plačeničkih konvencija«. Razume se da će i u tom slučaju imati osnovnu zaštitu kao ljudska bića koja je taksativno nabrojana u članu 75. st. 2–8. Protokola I. Dakle ovde se radi samo osnovnoj zaštiti, koju imaju i učinioci ratnih zločina (to izričito i stoji u čl. 75. st. 7), a ne o nekom povoljnijem tretmanu na osnovu člana 75. u smislu njihovog izuzimanja od odgovornosti za učešće u ratu kao nelegitimnih boraca. Rasprava o tome da oni, ako im se ne prizna status boraca po međunarodnom pravu (čl. 47. Protokola I), imaju zaštitu na osnovu čl. 75. zamagljuje pitanje njihove odogovornosti. Oni nemaju status borca i odgovaraće na osnovu »Plačeničkih konvencija«, ali će imati osnovnu zaštitu i pravičan postupak pred redovnim i nepristrasnim sudom kao i sva druga lica. Ove garancije proizilaze iz pravila garantovanih međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima na kojima se zasniva i član 75. Protokola I.

Osnovno je da treba napraviti razliku između pitanja humanitarne zaštite ovih lica od njihovog statusa legalnih ili nelegalnih učesnika oružanih sukoba. Svako mešanje ovih pitanja dovodi do zamagljivanja problema i stvaranja uslova da se ova lica prevedu u legalan status.

Teško je prihvatiti stav nekih teoretičara koji u jednom delu svoje tvrdnje prihvataju da Dopunski protokol I izričito navodi da plaćenici nemaju pravo na status boraca ili ratnih zarobljenika, a potom iznose tezu u brizi za njihov položaj da ne bi trebalo dozvoliti da plaćenici padnu u pravni vakum i da bi oni i dalje trebalo da imaju pravo na osnovne garancije prema Protokolu. Ovde se pokušava da nade osnov za kakvu – takvu zaštitu plaćenika po međunarodnom humanitarnom pravu. Pozivanje na njihovu zaštitu na osnovu ljudskih prava, a da se onda, iz razloga naučne korektnosti, prizna »njihovo stavljanje pod međunarodno humanitarno pravo ne znači da su ova lica zaštićena od kažnjavanja«, je samo provlačenje ove ideje, bez oštre kritike. Pokušaj da se kroz tezu zalaganja za proširenje kruga lica koja će biti stavljena pod zaštitu međunarodnog humanitarnog prava prizna neka zaštita i plaćenicima je opasna zamka za one koji bi možda ovo prihvatili. Mora se biti jasan. *Plaćenicima se ne može priznati status legalnih učesnika oružanih sukoba*. Treba ih smatrati nelegitimnim i kažnjavati za povrede pravila i običaje ratovanja.

Dileme u pravnoj doktrini nastaju oko toga da li prihvatiti čvrst stav koje sadrže specifične konvencije o statusu plaćenika (tzv. »Plaćeničke konvencije«) ili se opredeliti za stav da im se prizna neki status i staviti ih pod zaštitu međunarodnog humanitarnog prava. Odnosno da li im nakon stavljanja pod zaštitu humanitarnog prava potrebno nametnuti odgovornost, odnosno kriminalizovati ovu delatnost. Međutim, postojeće stanje čini se najbolje reflektuje realnost u oružanim sukobima. Stavljanje ovih lica pod zaštićeni status samo je manevar da se izuzmu iz odgovornosti. Njihova aktivnost kao plaćenika u suprotnosti je sa svim moralnim normama. Njihovo angažovanje u oružanim sukobima u direktnoj vezi sa rasplamsavanjem ratova i podsticanjem primene sile u međunarodnim odnosima. Niko ne spori da se u takvim slučajevima primenjuju pravila međunarodnog prava i da se u svakom konkretnom slučaju rasvetli status lica uključenih u oružane sukobe. Staro načelo da je angažovanje patriota u odbrani domovine vrednost koja se podržava i da je pravno i moralno opravdano se ovim pospešuje i ostaje prisutno u kao načelo međunarodnog prava. Ovo načelo je u suprotnosti sa praksom primene sile protiv slobode i prava na nezavisnost naroda, odnosno protiv agresije i primene sile.

Očito se u teoriji želi, od strane nekih pisaca, da plaćenicima prizna zaštićen status, nasuprot shvatanju da se lica kojima se utvrdi status plaćenika po tom osnovu sudi, na osnovu slova »Plaćeničkih konvencija« kao kriminalcima. To ima osnova i takvo tumačenje je ispravno. Njihova zaštita po međunarodnom pravu proteže se samo do utvrđivanja statusa plaćenika. Potom se predaju sudu i sude po nacionalnom pravu, ako nema drugih, obavezujućih normi međunarodnog prava.

S druge strane, mora se priznati, da se u vojnoj veštini uveliko razmišlja o angažovanju privatnih vojnih kompanija u nekim ratovima ili ograničenim vojnim operacijama. Razlozi za ovo opredeljenje su višestruki. O njima je bilo reči na početku teksta. To su pre svega, da ponovimo, politički i ekonomski razlozi. Uvođenje ovih učesnika u oružane sukobe, posebno u međunarodne, otvara nova pitanja i zahteva traženje novih rešenja za uređenje statusa ovih lica na osnovama međunarodnog prava oružanih sukoba, a pre svega međunarodnog humanitarnog prava.

VLADAN JONČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Belgrade

INTERNATIONAL LAW STATUS OF MEMBERS OF PRIVATE MILITARY COMPANIES

Summary

In the last twenty years the inclusion of persons with an undetermined status in armed conflicts around the world, through a variety of institutional forms outside the regular armed forces, has become frequent. The doctrine of international law appears to understand that such persons, based on existing international legal norms, can be considered to belong to the category of illegal participants in armed conflicts, the so-called mercenaries, trying to place them under a protected status, or to find a legal basis for their legalization or the introduction of an internationally protected status through its various interpretation. In particular, the question is whether persons hired by private military companies enjoy the protection of international humanitarian law and whether they are combatants or civilians, or they fall into the category of mercenaries due to illegal activities.

It is clear that these persons do not have the status of combatants. They could be recognized status of civilians, but there appear certain dilemmas. International law rules suggest that corporate actors are in fact mercenaries. The doctrine claims that not all corporate actors fall under the definition of mercenaries. International law norms in the "Mercenary Conventions" and Protocol I allow the conclusion, accepted by most of the theorists, that these persons have no basis to obtain

the status of combatants and may only obtain minimal protection provided by international humanitarian law according to a different basis.

It is essential to distinguish between matters of humanitarian protections from the status of legal or illegal participants in armed conflict. Art. 75 of Protocol I establishes basic guarantees to all persons and are the guarantees of basic human rights (art. 1, para. 2), but that does not mean that these guarantees provide them protection for violations of international law or for criminal activity. They do not exempt them from responsibility for participation in armed conflict as illegal combatants, i.e. as civilians. Debate on the issue that they, even if not recognized the status of combatants (Article 47 of Protocol I), enjoy protection under Art. 75, makes obscure the matter of their responsibility.

On the other hand, one must admit that the military greatly reflects on the involvement of private military companies in some wars and limited military operations. The reasons for this choice are analyzed at the beginning of the text: above all, they are political and economic. Such participants in armed conflicts, open new questions and seeks for new solutions.

DUŠKO GLODIĆ

SOFT LAW U MEĐUNARODNOM PRAVU

– Između normativne inovativnosti i političke uloge –

U V O D

U institucionalnoj praksi, kako na unutrašnjem nivou, tako i na međunarodnom planu, prisutna je binarna logika prema kojoj postoje dvije grupe akata usvojenih u radu institucija: s jedne strane, oni akti koji imaju pravnoobavezujuću snagu i za većinu kojih je predviđena i sankcija, čineći tako *lex perfecta*, i, s druge strane, oni akti koji nemaju pravnoobavezujući karakter niti sadrže pravne norme. Striktnom logikom bi se moglo pretpostaviti da ovi posljednji i ne bi trebalo da ulaze u domen interesovanja pravne teorije i ne bi im se mogao pripisati značaj u uređivanju odnosa, kako na unutrašnjem tako i na međunarodnom planu. Ipak, to nije slučaj jer subjekti međunarodnog prava, u prvom redu države, a u značajnoj mjeri i neke međunarodne organizacije, postupaju u skladu sa opredjeljenjima koja su izražena u dokumentima *soft law*-a iako ne postoji pravna obaveza da to čine. Ovdje se radi o različitim dokumentima, kodeksima, rezolucijama, deklaracijama, modelima pravila i sl. koji nemaju snagu obavezne primjene, ali ipak opredjeljuju ponašanje subjekata na koje se odnose.

Potreba za uređivanjem međunarodnih odnosa i odnosa između država nametnula je pragmatična rješenja da se određene obaveze između država preuzimaju i putem neformalnih dokumenata i instrumenata. Trendovi međunarodnog organizovanja i djelovanja međunarodnih organizacija su takođe uveli u praksu

Duško Glodić, savjetnik predsjednika Republike, Služba predsjednika Republike Srpske, Banja Luka.

akte koji nemaju obavezujuću pravnu snagu, a koje usvajaju institucije međunarodnih organizacija te koji izražavaju volju članica organizacije da se na način preciziran ovim aktima urede predmetna pitanja.¹

U pogledu ispunjavanja određene obaveze koju učesnici nekog dogovora preuzmu, bez obzira na prirodu same obaveze, bitno je da su ovi istinski posvećeni tom dogovoru bez obzira na formu u kojoj je izražen. Naime, ukoliko akt u pitanju ima za cilj da promovira neko vrijednosno opredjeljenje, oni subjekti koji iskreno pristupaju tom opredjeljenju i smatraju ga za svoje, učiniće sve napore da ga realizuju bez obzira na to da li su obavezani nekim od formalnih izvora međunarodnog prava (i.e. navedenim u članu 38. Statuta Međunarodnog suda pravde) ili nekim drugim instrumentom.

POJAM *SOFT LAW*-a

Praksa uređivanja međunarodnih odnosa je iznjedrila posebnu skupinu akata vrlo varijabilne prirode, forme i naziva koji ulaze u konglomerat akata označenih kao *soft law*, odnosno meko pravo. Ovakav naziv u suštini znači da akt u pitanju nije pravni akt, ali čija uloga i značaj u praksi međunarodnih odnosa zahtijevaju da mu se posveti odgovarajuća pažnja. Razvoj savremenih međunarodnih odnosa više nego jasno pokazuje da nije potrebno da neki dokument ima pravno obavezujuću snagu da bi ostvario uticaj na odnose između subjekata međunarodnog prava.² Značajnu ulogu u međunarodnim odnosima imaju i ovi akti bez pravne snage, koji izražavaju politička i vrijednosna opredjeljenja strana koje su ih usaglasile, odnosno međunarodnih foruma u okviru kojih su nastali.

Na ovu kategoriju se vrlo lako može primijeniti poznata izreka iz pravne tradicije, *omnis definitio in iure periculosa est; rarum est enim ut non subverti possit*.³ Bez obzira na različite karakteristike instrumenata koji se podvode pod ovu kategoriju, moguće je prepoznati nekoliko zajedničkih elemenata koji bi nas doveli do definicije pojma *soft law*. Naime, ovdje se radi o »pravilima koje su ustanovili javni ili privatni organizmi, čija je pravna kvalifikacija neizvjesna, bez predviđene pravne sankcije, koja obavezuju samom snagom njenih autora ili mehanizmom predviđenim ad hoc.«⁴ Dakle, suština mekog prava se ogleda u tome

¹ Antonio Cassese, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 196.

² Malcolm Shaw, *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 110–111.

³ Digesta 50.17.202.

⁴ Claude Revel, *La gouvernance mondiale a commencé*, Ellipses, Paris, 2006, p. 113.

da nije moguće obezbijediti njegovo prinudno izvršenje. Ipak, i ovakva norma koja nije sankcionisana predstavlja izraz opredjeljenja za ponašanje na određeni način – *performative utterances*.⁵ Stoga, pojam mekog prava bi »trebalo da označi široku grupu instrumenata koji se nalaze u nekoj vrsti sive zone između prava i neprava.«⁶

Za ovakve akte, bez obzira na formu u kojoj su izraženi, sasvim je jasno da nisu u pitanju međunarodni ugovori u smislu Bečke konvencije o ugovornom pravu jer ne ispunjavaju ni formalne ni materijalne uslove za to. Oni se, iako su po pravilu u pisanoj formi, razlikuju od ugovora jer ne sadrže jasno izraženu namjeru strana za obavezivanje. S druge strane, ovi akti se ne mogu podvesti ni pod kategoriju međunarodnih običaja jer ne ispunjavaju potrebne uslove u pogledu trajne uniformne prakse subjekata međunarodnog prava, kao objektivnog elementa, i postojanja *opinio iuris*, kao subjektivnog elementa. Prvi element bi se i mogao, na neki način ispuniti jer se radi o ponašanju subjekata međunarodnog prava. Ali, *opinio iuris* ne postoji jer neobaveznost je osnovna karakteristika nekog dokumenta koji ulazi u kategoriju *soft law*.⁷

Najbolji primjeri kategorije označene kao *soft law* koji su imali ogroman uticaj u drugoj polovini prošlog vijeka su Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka iz 1946, Deklaracija o davanju nezavisnosti kolonijalnim narodima iz 1960, Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima između država iz 1970, a u evropskom regionalnom okviru u procesu demokratizacije zemalja pod komunističkom diktaturom značajan je bio Završni Helsinški akt iz 1975. godine.

U suštini, razlika koja postoji između međunarodnog ugovora ili nekog drugog formalnog izvora međunarodnog prava, s jedne strane, i nekog akta koji ulazi u korpus onoga što se označava kao meko pravo, s druge strane, može biti u političkom smislu neprimjetna jer za jednog državnika koji postupa *bona fide* i u mjeri u kojoj su odnosi između dvaju subjekata međunarodnog prava harmonični, i politička obaveza ima isto dejstvo kao i pravna obaveza. Kvalitet odnosa između dviju država, odnosno relacije koje postoje u okviru nekog oblika međunarodnog organizovanja, a za dobrobit svog održavanja, usloviće shodno djelo-

⁵ Anthony D'Amato, »Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont,« *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3/2009, p. 899.

⁶ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2010, str. 109.

⁷ Allison Christians, 'Hard Law, Soft Law, and International Taxation,' *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 25, No. 2, p. 329.

vanje i postupanje svih onih koji su učestvovali u stvaranju nekog instrumenta mekog prava.⁸ Formalnopravna podrška primjeni i savjesnom ispunjavanju obaveze koja nije ustanovljena u fomi pravnog akta može se naći i u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu. Tako član 18. ove konvencije sadrži obavezu države da ugovor ne liši svog predmeta ili svog cilja prije stupanja na snagu ako je potpisnica tog ugovora.⁹

Fundamentalna razlika između pojmova *hard law* i *soft law* se ogleda u posljedicama nepostupanja u skladu sa konkretnom normom. Ukoliko neko prekrši normu mekog prava neće se suočiti sa nekim pravnim mehanizmom utvrđivanja odgovornosti, ali će njegova reputacija biti ugrožena.

S druge strane, povreda pravne norme iz domena *hard law*-a može dovesti do određenog oblika odgovornosti što sve zavisi od norme ili pravnog izvora u pitanju.¹⁰ Meko pravo, budući neobavezujuće prirode, svoj značaj ne pronalazi u pravnom dejstvu *stricto sensu*, već relevantne subjekte međunarodnog prava inspiriše i motiviše na skladno djelovanje značajem pitanja koja uređuje i načinom na koji to čini.¹¹

Zanimljivi su i stavovi pojedinih autora koji smatraju da pitanje pravne obaveznosti nije ni bitno ukoliko se subjekti međunarodnog prava ponašaju u skladu sa opredjeljenjima izraženim kroz *soft law* jer pitanje pravne obaveznosti nije relevantno ukoliko se ovi dokumenti efektivno primjenjuju.¹² Nama se čini da je neprihvatljivo ovo viđenje jer mora postojati jasna granica između onoga što predstavlja akt koji sadrži obavezu međunarodnopravnog karaktera od nekog dokumenta koji podstiče na određeno ponašanje bez obzira na to koliko poželjno bilo ovo posljednje.

⁸ Hartmut Hillgenberg, 'A Fresh Look at Soft Law,' *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 3/1999, p. 502.

⁹ Član 18. Bečke konvencija predviđa da: »Država treba da se uzdrži od akata koji bi lišili ugovor njegovog predmeta i njegovog cilja: a) ako je potpisala ugovor ili razmijenila instrumente koji sačinjavaju ugovor pod rezervom ratifikacije, prihvatanja ili odobravanja sve dok ne ispolji namjeru da ne postane članica ugovora; ili b) ako je izrazila svoj pristanak da bude vezana ugovorom u periodu koji prethodi stupanju na snagu ugovora i pod uslovom da se to stupanje na snagu bez razloga ne odloži.«

¹⁰ Anthony D'Amato, 'Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont, *Op. cit.*, p. 902.

¹¹ Arnold N. Pronto, 'Some Thoughts on the Making of International Law,' *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3/2008, p. 615.

¹² Šire vidi kod: Martha Finnemore, 'Are Legal Norms Distinctive,' *International Law and Politics*, Vol. 32/2000, pp. 701–706.

VRSTE IZVORA *SOFT LAW*-a

Pored različitih izvora mekog prava, ovaj konglomerat dokumenata karakteriše i izražena varijabilnost u pogledu njegovih izvora. Ipak, veoma nepreciznom *grosso modo* klasifikacijom moguće je uočiti nekoliko osnovnih grupa.

Prva vrsta mekog prava koja se pojavila u praksi su takozvani dobrovoljni standardi koji služe kao kvazi pravni instrumenti i uređuju pojedine oblasti. Drugi oblik ovakvog djelovanja sprovodi se posredstvom sistema neformalnih institucija i inicijativa na međunarodnom, transnacionalnom i regionalnom nivou koji počivaju na dobrovoljno dodijeljenim i priznatim ovlašćenjima, procedurama i sankcijama. U suštini, s obzirom na pitanje stvaraoaca instrumenata mekog prava, čini nam se najglobalnijom podjela na privatne i javne stvaraoce.

Javni stvaraoци su države i međunarodne organizacije, tradicionalno prihvaćeni subjekti međunarodnog prava. Naime, ova vrsta međunarodnog prava najčešće nastaje djelovanjem ovlašćenih predstavnika država u institucijama i tijelima međunarodnih organizacija.

Najbolja ilustracija za ovu vrstu izvora su preporuke Međunarodne organizacije rada,¹³ Svjetske banke¹⁴, određeni akti nastali u okviru Savjeta Evrope, Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj¹⁵ i mnogim drugim međunarodnim organizacijama univerzalnog i regionalnog karaktera. Prihvatanje dometa mekog prava razvijenog u okviru ovih međunarodnih organizacija se zasniva na tzv. metodi otvorene koordinacije koji prepušta dovoljno slobode državama članicama da se prilagode postavljenim programskim ciljevima i da ovo prilagođavanje usklade sa svojim političkim, ekonomskim i socijalnim mogućnostima.¹⁶

Za nastanak mekog prava značajni su i različiti oblici neformalnog povezivanja država. Ovi oblici povezivanja, koji ponekada prerastu i u klasične međunarodne organizacije, pojavljuju se prije svega u domenu političkog povezivanja subjekata međunarodnog prava, prije svega država. Pitanja kojima se ove organizacije bave odnose se, u prvom redu, na materiju očuvanja životne okoline, ekonomsku saradnju, korporativno povezivanje i, u određenom obimu, regulisanje nekih društvenih pitanja. Najbolji primjeri ovakvog povezivanja su Azijsko-pacifička ekonomska saradnja (Asia-Pacific Economic Cooperation – APEC),

¹³ vidi: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

¹⁴ http://search.worldbank.org/all?qterm=guidelines+for+investment&intitle=&as_sitesearch=&as_filetype

¹⁵ Npr: OECD Guidelines for Multinational Enterprises, <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

¹⁶ Vidi šire: Mariely Lopez-Santana, 'The domestic implications of European soft law: framing and transmitting change in employment policy,' *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, No. 4/2006, pp. 481–499.

Američki samit (Summit of Americas process) i iznad svega nekadašnji G7, i trenutni G8. Ne bi trebalo, u ovom kontekstu, zaboraviti ni neke druge formate kao G20 i sl.¹⁷

Što se, pak, tiče izvora *soft law*-a čiji su kreatori privatni entiteti oni se mogu svrstati u dvije osnovne grupe. Prvu grupu čine oni akti koje privatni entiteti donose u okviru svoje nadležnosti i koji se preporučuju javnim vlastima na međunarodnom nivou koje ovi posljednji mogu preuzeti i ozvaničiti. Druga skupina ovakvih dokumenata je produkt djelovanja nevladinih tijela koja svoj značaj i efektivnost duguju uticaju ovih tijela, iako nisu formalno sankcionisani od strane javnih tijela.¹⁸ Ovdje se mogu identifikovati razna strukovna udruženja ili specijalizovane međunarodne nevladine organizacije kao što su: Transparency International,¹⁹ Amnesty International,²⁰ International Accounting Standard Board.²¹ Pored ovih organizacija i multinacionalne korporacije donose svoje interne akte i etičke kodekse koji poprimaju transnacionalni karakter jer se primjenjuju u više država.

NASTANAK INSTRUMENATA *SOFT LAW*-a KAO IZRAZ NORMATIVNE INVENTIVNOSTI

Dinamičnost promjena u međunarodnoj sferi i brzina povezivanja međunarodnih subjekata – država i međunarodnih organizacija, prepletenost interesa nekih drugih entiteta kao što su strukovna udruženja, međunarodne korporacije, savezi proizvađača i nevladine organizacije, dovode do potrebe da se određeni odnosi, nastali u globalizovanoj zajednici, uredi i postave na odgovarajućim načelima. Nepostojanje relevantnih međunarodnih normi o pojedinim pitanjima koje nameće svakodnevno djelovanje obavezuju entitete, koji učestvuju u tim odnosima, da utvrde određena »pravila igre« i principe i vrijednosti čijoj realizaciji u konkretnoj situaciji teže. Rješenje se iznalazi u donošenju neobavezujućih instrumenata koji nisu pravno sankcionisani, ali koji obavezuju svojim političkim značajem i čije se izvršavanje zasniva na postojanju zajedničkih interesa.

¹⁷ John J. Kirton, Michael J. Trebilcock, 'Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance,' in: *Hard Choices, Soft Law*, John J. Kirton, Michael J. Trebilcock (eds.), Ashgate Publishing Ltd., Hants, 2004, p. 5.

¹⁸ Claude Revel, *Op. cit.*, pp. 118–120.

¹⁹ <http://www.transparency.org/publications/publications/pp>

²⁰ http://www.amnesty.org/en/ai_search?keywords=guidelines&form_id=search_theme_fm&form_token=844e6cd8aca0995a03bca15078afee6a

²¹ <http://www.ifrs.org/IFRSs/IFRS+technical+summaries/IFRS+summaries.htm>.

Teorija je prepoznala nekoliko osnovnih razloga zbog kojih subjekti pristupaju formulisanju svojih opredjeljenja u formi izvora mekog prava. Tako se navode potreba za izgradnjom međusobnog povjerenja, potreba za podsticanje pojedinih procesa, stvaranje preliminarnih i fleksibilni normativnih rješenja, podsticaj za koordinaciju nacionalnih propisa, zabrinutost da će se međunarodni odnosi opteretiti velikim brojem međunarodnih ugovora i postojanje opasnosti da usljed njihovog neprovođenja dođe do narušavanja odnosa, jednostavnije procedure usvajanja ovakvih instrumenata i jednostavnije prihvatanje da se postupi u skladu sa njima.²² U suštini, prevladavaju razlozi pragmatičnosti i spremnosti da se pojedina rješenja koja bi ukoliko su utvrđena u pravno obavezujućoj formi, lakše prihvate kada su formulisana u nekoj »mekšoj« varijanti.

Imajući u vidu ova obilježja mekog prava, moguće je osvrnuti se na stavove onih autora koji ističu da stvaranje normi drugorazredne prirode ima za cilj da postigne pomirenje različitih vrijednosnih pristupa pojedinih civilizacija i država u odnosu na konkretna pitanja.²³

Na taj način ona pitanja koja su sa stanovišta pozitivnog međunarodnog prava bila *lacuna iuris* sa striktno pozitivističkog stanovišta i dalje to ostaju, ali, ukoliko je nastao neki akt mekog prava, oni bivaju regulisani nekom vrstom norme koja nema klasične elemente obavezujućeg dejstva. Kada se, pak, stvori potrebna saglasnost volja da predmetni odnos dobije i adekvatan pravno sankcionisani okvir, akti mekog prava, u tom smislu, imaju *de lege ferenda* značaj.

Dokumenti mekog prava koji nastaju kao rezultat rada nedržavnih tijela i organizama, kao što su nevladine organizacije, *think-tank* organizacije, naučni instituti, stručne komisije pri nekim međunarodnim organizacijama i sl., koje razmatrajući aktuelnu problematiku konstruišu i formulišu odgovarajuće ideje, načela, koncepte i doktrine. Ovi dokumenti se dalje čine dostupnim državnim strukturama ili javnim međunarodnim organizacijama koji ih bilo potvrđuju u formi nekog deklarativnog dokumenta ili, pak, upućuje u ogovarajuću legislativnu proceduru da bi prerasli u *hard law*.²⁴ Osim toga, i same države, djelujući na bilateralnoj ili multilateralnoj osnovi, u okviru ili izvan međunarodnih i regionalnih organizacija ili foruma, usvajaju akte koji se svrstavaju u kategoriju *soft law*-a. Dakle, ova skupina akata je obilježena i različitim izvorima nastanka koji obuhvataju širok dijapazon entiteta krećući se od najstriktnijih oblika povezivanja država pa sve do nekih nedržavnih oblika organizovanja.

²² Hartmut Hillgenberg, *Op. cit.*, p. 501.

²³ Joseph Weiler, Andreas Paulus, 'The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?', *European Journal of International Law*, Vol. 8/1997, p. 565.

²⁴ Claude Revel, *Op. cit.*, pp. 114–115.

POLITIČKA ULOGA *SOFT LAW*-a U UREĐENJU PITANJA OD
MEĐUNARODNOG ZNAČAJA

Ipak, osnovna svojstva akata mekog prava se ogledaju u tome da izražavaju tendenciju za normativnim uređivanjem određenih međunarodnih odnosa i pitanja ekonomske saradnje na međunarodnom nivou, tako i služe kao neosporni indikatori pitanja koja pobuđuju interes subjekata međunarodnog prava i entiteta koji učestvuju u međunarodnim odnosima te zbog nepostojanja mogućnosti da države postignu punu saglasnost o pojedinim pitanjima i da ih uredi međunarodnim ugovorima, poseže za instrumentima mekog prava.²⁵ Upravo u tom momentu i dolazi do izražaja njegov politički značaj i posebna uloga koju ima u regulisanju međunarodnih odnosa.

Dakle, Subjekti u međunarodnom pravu koriste instrumente koji se označavaju kao *soft law* u onim situacijama kada ne žele da se obavežu međunarodnim ugovorom ili, pak, jednostranom obavezujućom deklaracijom. Oni, ipak, i na ovaj način manifestuju svoju volju da se ponašaju u skladu sa određenim načelima ili pravilima koje sadrže ovi instrumenti mekog prava.²⁶ Budući da je u domenu ugovornog prava centralna kategorija volja stranaka da se obavežu, ne čini se nerazumnim odsustvo ugovorne forme kod akata mekog prava ukoliko postoji jasno izražena volja stranaka da ispoštuju one ciljeve u pogledu kojih su izrazili svoju posvećenost. U tom slučaju, preuzimanje određene obaveze bez sklapanja međunarodnog ugovora predstavlja samo veću slobodu u uređivanju međunarodnih odnosa u nekim oblastima.²⁷

Bez obzira na sve kontroverze i nedostatke koji karakterišu ovaj, u pojedinim oblastima upitan, ali istovremeno realno prisutan fenomen, zaključni nalaz ovog rada bi bio da je meko pravo pronašlo svoje mjesto i ulogu u savremenim međunarodnim odnosima i njihovom regulisanju. Mišljenja smo da se njegova pozicija u odnosu na uobičajene izvore međunarodnog prava može profilisati kroz dvije konstante. Naime, meko pravo igra ulogu ili supstituta pravnoobavezujućih akata ili programskog dokumenta koji određuje strateške pravce buduće normativne ekspanzije međunarodnog prava.

U prvom slučaju radi se o situacijama u kojima nije moguće određene odnose urediti striktnim pravnim normama i uobičajenim aktima međunarodnog prava – međunarodnim ugovorima ili obavezujućim aktima međunarodnih organizacija. Kao izlaz za ovu situaciju pronalazi se pribjegavanje onim dokumenti-

²⁵ Antonio Cassese, *Op. cit.*, p. 196.

²⁶ Jean d'Aspremont, 'Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials,' *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 5/2008, p. 1082.

²⁷ Hartmut Hillgenberg, *Op. cit.*, p. 506.

ma koji se ne mogu podvesti pod neki od izvora iz člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, ali mogu predstavljati okvir u kome se određuje i u skladu sa kojim se postiže poželjno ponašanje subjekata međunarodnog prava. Dakle, na ovaj način se može nadomjestiti nepostojanje volje subjekata međunarodnog prava da se obavežu u formi pravnog akata na određeno ponašanje ili nečinjenje, ali jasno se izražava njihova politička i vrijednosna opredjeljenost da ostvaruju određene ciljeve zajedno ili pojedinačno u mjeri u kojoj je to moguće bez prisutne prijetnje da će izostanak njihove aktivnosti predstavljati nesavjesno ponašanje i povredu međunarodnog prava.

S druge strane, značaj mekog prava je možda i veći u domenu strateško-programске orijentacije i opredjeljenja buduće međunarodne normativne aktivnosti. Jasno postavljanje ciljeva i uočavanje potrebe da se određena pitanja urede međunarodnim ugovorima, pokazuju pravac u kome će se oblikovati politička volja subjekata međunarodnog prava i stvarati ambijent za prihvatanje obavezi vanja u poželjnom pravcu. Najbolje primjere za ovu vrstu pojava možemo prepoznati u onim deklarativnim dokumentima koji se tiču pitanja zaštite prava i sloboda čovjeka i zaštite životne okoline.

Uloga ovih instrumenata može biti višestruka: oni omogućavaju internacionalizovanje pravnog uređenja određenog pitanja, tumačenje drugih pravnih akata i uspostavljanje pravca za buduću praksu iz koje se može vremenom konstituisati običajno pravilo.

Pozitivistička kritika negira ovim aktima svojstvo pravnog akta jer, iako oni mogu proizvesti određena pravna dejstva, oni su jedino pravne činjenice. Drugim riječima, nisu pravni akti već činjenice kojima se mogu pripisati određena pravna dejstva. Dalje se tvrdi da je sam koncept *soft law*-a nepotreban kao takav jer, ukoliko proizvodi pravno dejstvo, akti iz ove skupine prerastaju u *hard law* ili izgube bilo kakav pravni značaj.²⁸

Posebno su zanimljive i političke konotacije koje se mogu vezivati za primjenu akata mekog prava. U tom smislu profesor Kreća pravilno opaža da *„u postojećoj strukturi međunarodnih odnosa kojoj nisu nepoznati neoimperijalni elementi, konstrukcija mekog prava vodi relativizaciji međunarodnog prava na uštrb oportuniteta i odnosa snaga.“*²⁹ S obzirom na težnju uspostavljanja unipolarno uređene svjetske zajednice nije isključeno da se kao meko pravo pojave određeni akti koji pod izgovorom borbe protiv terorizma i promovisanja demokratskih vrijednosti mogu dovesti do stanja u kome se grubo krše osnovni principi međunarodnog prava.

²⁸ Jean d'Aspremont, *Op. cit.*, p. 1083.

²⁹ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2010, str. 109.

ZAKLJUČAK

Meko pravo je izraz potrebe da se određeni odnosi u sferi međunarodnih odnosa urede, čak i onda ukoliko nije moguće konkretna pitanja riješiti uobičajenim pravnim instrumentima – međunarodnim ugovorima ili ukoliko isto nije obuhvaćeno običjanim pravom.

Dakle, potreba regulisanosti nekog odnosa ostavlja prostora za njegovo uređenje i putem *soft law*-a jer se polazi od stava da je bilo kakva normiranost bolja od izostanka bilo koje norme pa makar i ova bila daleko od onoga što se označava kao *lex perfecta*. Težnja za postojanjem uređenih odnosa u međunarodnoj zajednici ostavlja prostora za donošenje akata koji nemaju obavezujuću pravnu snagu, ali su dovoljni da utiču na ponašanje relevantnih subjektiviteta u poželjnom pravcu. Dakle, ova kvazi-pravna priroda nekog dokumenta, prema našoj ocjeni, predstavlja izraz normativne inventivnosti, jer potreba da se naznači poželjni vid ponašanja, pa makar i kroz neobavezujuće pravilo, nameće uvođenje novih kategorija u praksu.

Pravno-neperfektni instrumenti mogu imati integrativno i regulativno dejstvo i učiniti odnose u jednoj zajednici koja postoji na međunarodnom planu harmoničnim i uređenim. Članovi ovakve jedne zajednice, bilo na regionalnom ili univerzalnom nivou, putem ovakvih akata pokazuju određenu spremnost za saradnju i povezivanje.³⁰ Usaglašavanje i usklađivanje su rezultante političke saglasnosti i u ovom svojstvu možemo, naša je ocjena, prepoznati političku ulogu mekog prava.

Iako bi se pravna priroda akata iz korpusa *soft law*-a mogla činiti čudnom, ovi akti, ipak, imaju određene prednosti. Tako se u literaturi najčešće ističe da omogućavaju blagovremenu reakcija izvršne vlasti, podizanje stepena legitimnosti, unapređenje ekspertskog pristupa nekim pitanjima, veću uključenost nedržavnih subjektiviteta, odnosno organizacija iz domena civilnog društva, u globalno upravljanje i efikasno ostvarivanje raznih profesionalnih i tehničkih standarda i normi. Ovo je posebno značajno u eri kada sve jača globalizacija može prevazići kapacitete usamljenih nacionalnih vlada.³¹

Ipak, teorija je prepoznala i određene nedostatke izvora mekog prava koji se ogledaju u nepostojanju određenih karakteristika *hard law*-a. Naime, meko pravo nema kvalitetne i efektivne mehanizme nadzora i prinudnog izvršenja akata, kao to i da sami legalitet i legitimitet ovih akata mogu biti upitni. Meko pravo,

³⁰ Jean d'Aspremont, *Op. cit.*, p. 1089.

³¹ John J. Kirton, Michael J. Trebilcock, 'Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance,' in: *Hard Choices, Soft Law*, John J. Kirton, Michael J. Trebilcock (eds.), Ashgate Publishing Ltd., Hants, 2004. p. 5.

osim toga, može voditi do stanja koje ne obezbjeđuje ono što je najbitnije za sprovođenje nekog pravnog instrumenta – pravnu sigurnost i izvjesnost.³²

Ipak, iako meko pravo značajno doprinosi povezivanju ljudske zajednice izvan nacionalnih granica i uređenja odnosa koji nisu regulisani aktima međunarodnog prava, potrebno je da oni ne odstupaju od osnovnih postavki međunarodnog poretka i normi *juris cogentis*. Meko pravo ne može biti potpuni supstitut klasičnih izvora međunarodnog prava i nepostojanje pravnoobavezujuće norme u pogledu nekog konkretnog odnosa ne treba doživjeti kao nedostatak međunarodnog pravnog poretka, već treba to tumačiti kao nepostojanje dovoljne zrelosti svih potrebnih okolnosti da se neki odnos uredi normama objektivnog i imperativnog karaktera. Integrativno dejstvo nekog neobavezujućeg akta sa jakom političkom pozadinom ne smije biti izgovor za zaobilaženje i *praeter legem*, pa čak i *contra legem* djelovanjem subjekata međunarodnog prava.

DUŠKO GLODIĆ,
Associate, Office of the President
of the Republic of Srpska,
Banja Luka

THE SOFT LAW IN THE INTERNATIONAL LAW:
BETWEEN NORMATIVE INOVATION
AND POLITICAL FUNCTION

Summary

One of the features of the contemporary international legal order is the introduction of the soft law instruments in the international practise. Those are legally non-binding acts elaborated by persons of the international law and accepted by them, although missing legal force. Those acts play a considerable role in the regulation of certain areas of international activities such as human rights, environmental protection, foreign investments, trade issues, and corporative cooperation.

³² *Ibid.*, p. 6.

Sometimes, those acts are susceptible of treating matters concerning directly the State activities on the international scene and they can be drafted by some international organisations. Therefore, they occupy an important place in the modern legal thought and are an expression of both a normative innovation and of a specific political function.

One can determine two main lines of consideration of this phenomenon: the first one which is promoting the role and the influence of the soft law by leaving the traditionalist positivist approach, and the second one which aims at reconsidering the utility and justification for the presence of the soft law instruments within the international legal order. Our opinion is that, although the soft law must not be considered as the full-fledged set of rules, it plays a significant contribution to the development of international relations. Nevertheless, the soft law cannot replace legally binding international instruments: treaties and customs and this has to be in accordance with the peremptory norms of the international law.

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNI ASPEKTI GRANIČNOG SPORA SA HRVATSKOM

U V O D

Nakon sukcesije SFR Jugoslavije u odnosima između Srbije i Hrvatske postavilo se pitanje međusobnog razgraničenja. U toku 1998. godine, susedne države formirale su međudržavnu komisiju za identifikaciju i utvrđivanje granične linije koja radi na konačnom regulisanju ovog složenog pitanja. Osnovni problem u procesu međudržavnog razgraničenja predstavlja povlačenje granice na Dunavu. Razvoj dobrosusedskih odnosa između Hrvatske i Srbije i zajednička želja za pridruživanjem Evropskoj uniji zahteva dodatne podsticaje koji bi doprineli postizanju zadovoljavajućih rešenja. Delimitacija na Dunavu trebalo bi da obuhvati međunarodnopravno preispitivanje svih relevantnih pravnih činjenica uključujući i analizu stanja nastalog u momentu sukcesije, čija bi valuacija u svetlu pravila opšteg međunarodnog prava morala da dovede do pravičnog razgraničenja.

ADMINISTRATIVNO RAZGRANIČENJE SRBIJE I HRVATSKE U BIVŠOJ JUGOSLAVIJI

Veoma je teško dati odgovor na pitanja, da li su, i po kojim su osnovama povučene granice između Srbije i Hrvatske tokom zajedničkog suživota u bivšoj

Dr Duško Dimitrijević, viši naučni saradnik, direktor Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

Jugoslaviji. U historiografiji je poznato da je još tokom Drugog svetskog rata, pod rukovodstvom Komunističke partije došlo do formiranja tzv. Narodno-oslobodilačkih odbora, na delovima vojno oslobođene teritorije. Vremenom ovi provizorni organi vlasti prerasli su u stalne organe teritorijalnih vlasti u oblastima oslobođenim od okupacionih snaga.¹ Osnivanjem Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije (AVNOJ), novembra 1942. godine, ustanovljeni su obrisi prve revolucionarne vlasti u komunističkoj Jugoslaviji. AVNOJ je predano radio na ubrzanom organizovanju zemaljskih i pokrajinskih političkih predstavništava naroda i narodnosti Jugoslavije. To su bili prvi zameci budućih federalnih jedinica. Na Plitvicama je tokom juna 1943. godine, osnovano Zemaljsko antifašističko veće narodnog oslobođenja Hrvatske (ZAVNOH). Glavni narodnooslobodilački odbor Srbije u istom periodu nije uspeo da se preobrazi u zvaničnu političko-teritorijalnu organizaciju.² Na Drugom zasedanju AVNOJ-a održanom u Jajcu od 29. do 30. novembra 1943. godine, izvršen je revolucionarni prekid sa Kraljevinom Jugoslavijom. Promulgacijom Zakona o imenu države i državnom grbu, revolucionarna jugoslovenska vlast deklarirala je buduću jugoslovensku državnu zajednicu na demokratskim i federativnim principima.³ Odluka o izgradnji Jugoslavije na federativnom principu formalno je dovela do konstituisanja Hrvatske na trećem zasedanju Zemaljskog antifašističkog veća narodnog oslobođenja u Topuskom 9. maja 1944. godine, a potom i Srbije, 11. novembra iste godine, na zasedanju Velike antifašističke skupštine narodnog oslobođenja u Beogradu. Odlukom Trećeg zasedanja AVNOJ-a, održanog od 7. do 10. avgusta. 1945. godine prihvaćena je odluka Prve skupštine Vojvodine od 31. jula 1945. godine i odluka Oblasne skupštine o priključenju Srbiji. Iz analize istorijografske dokumentacije proizilazi da ni AVNOJ, kao vrhovno zakonodavno i izvršno predstavničko revolucionarno telo, a zatim ni privremena Narodna skupština Demokratske Federativne Jugoslavije, pa potom ni Ustavotvorna skupština od 29. novembra 1945. godine, nisu donele nikakav zvaničan pravni akt kojim se uspostavljaju i definišu administrativne granice između jugoslovenskih federalnih jedi-

¹ Već tokom februara 1942. godine, na području Foče, ustanovljavaju se prvi narodnooslobodilački odbori. Tada su odlukom Politbiroa KPJ doneti poznati Fočanski propisi koji predstavljaju prvi izdanak revolucionarno uspostavljene vlasti u drugoj Jugoslaviji.

² »Zbornik dokumenata i podataka o narodnooslobodilačkom ratu jugoslovenskih naroda«, Tom I-IX, Beograd, 1949–1969.

³ Odlukom Drugog zasedanja AVNOJ-a u Jajcu, 29. novembra 1943. godine, priznato je pravo svakog naroda na samoopredeljenje, uključujući otepljenje ili ujedinjenje sa drugim narodima. Navedenim rešenjem, u drugoj Jugoslaviji trebalo je osigurati punu ravnopravnost naroda. Viđeti: *Prvo i Drugo zasedanje AVNOJ-a*, Zagreb, 1963, str. 231, 241–243. Međutim, važnost navedenih akata o teritorijalno proširenju, bez adekvatnog međunarodnog priznanja dovedena je u pitanje nakon okončanja rata.

nica.⁴ Prema odnosima koji su postojali u tom periodu, pomenute odluke mogle su biti donete u određenim političkim centrima moći koji su predsedavali u okviru Komunističke partije Jugoslavije, za vreme rata i okupacije i, odmah po njihovom svršetku. Jednu takvu odluku a koja je dospela u javnost, donela je Komisija Politbiroa CK KPJ 1. jula 1945. godine. Odlukom je definisano provizorno razdvajanje Vojvodine i Hrvatske.⁵ U zaključku Komisije za utvrđivanje granice podnetom predsedništvu AVNOJ-a (tzv. Đilasove komisije), opisana je privremena granica koja polazi od granice sa Mađarskom duž Dunava, preko granice između Bačkog Novog Sela i Bukina (oblast Bačke Palanke), potom preko Dunava između sela Opatovac–Mohovo, Lovas, Babska i varoši Tovarnik, Šid, Podgrađe–Ilinci, Adaševci–Mala Vašica, Lipovac–Batrovci, Strošinci–Morović.⁶ S pozivom na etničke i ekonomske razloge, oblast Subotice, Sombora, Apatina i Odžaka na severo-istoku u Bačkoj dodeljena je Vojvodini. Zbog nacionalnog sastava stanovništva oblast Batine i Darde između Dunava i Drave u Baranji pripojena je Hrvatskoj. Područje Vukovara, Šida i Iloka u Sremu izdvojeno je po geografskom i etničkom načelu i ekonomskom značaju za svaku federalnu jedinicu.⁷ U periodu ratova za sukcesiju bivše Jugoslavije pokazalo se da je unutrašnje razgraničenje između republika bilo samo delimično u funkciji rešavanja nacio-

⁴ AVNOJ eksplicitno nije dozvolio komadanje ili pripajanje delova teritorije Jugoslavije teritoriji drugih država. Iako je potvrdio diskontinuitet na ustavnopravnom planu, AVNOJ je s druge strane, prihvatio međunarodnopravni kontinuitet sa Kraljevinom Jugoslavijom. Istorijski, vrednost avnojevskih odluka bi prema zamislama njihovih tvoraca valjalo ceniti prema karakteru socijalističke revolucije iz koje je *eo ipso* proizašlo samoopredeljenje naroda. Videti: Svetomir Škarić, »Evolucija ustavnosti u socijalističkoj Jugoslaviji«, u Zborniku radova sa naučnog skupa SANU: *Dva veka savremene ustavnosti*, Beograd, 1990, str. 599.

⁵ Predsedništvo AVNOJ-a je, 19. juna 1945. godine, imenovalo mešovitu Komisiju za razgraničenje između Vojvodine i Hrvatske kojom je predsedavao Milovan Đilas. Demarkacija između Vojvodine i Hrvatske prema provizornoj odluci, nije pratila srpski nacionalni kompozitum koji je postojao pre okupacije, niti je uzimala u obzir faktografiju njenih nasilnih izmena izvršenih tokom rata. Uporediti: *Arhiv Memorijalnog Centra* »Josip Broz Tito«, Beograd.

⁶ Ovom podelom su oblast Šida – Opatovac, Lovas, Tovarnik, Podgrađe, Adaševci, Lipovac, Strošinci sa poljoprivrednim oblastima pripali Hrvatskoj, dok su sela – Mohovo, Babska, varoš Šid, Ilinci, Mala Vašica, Batrovci, Morović sa okolinom pripali Vojvodini. Videti: *Arhiv Memorijalnog Centra* »Josip Broz Tito«, Beograd.

⁷ Podela je uglavnom pratila rešenja Đilasove komisije i Zakona o ustanovljenju i ustrojstvu AP Vojvodina (*Službeni glasnik NR Srbije* br. 28/1945). Prema novijim hrvatskim izvorima teritorijalno razgraničenje učinjeno je 1945. godine, a u dobroj meri poštovalo je istorijske granice i etničko načelo. U tom smislu se pominju navodi komisije o inkorporaciji Kotara, Batine i Darde federalnoj Hrvatskoj. Videti: Josip Vrbošić, »Državnopravna pripadnost Baranje Republici Hrvatskoj i što u ovom trenutku znači tzv. Oblast Srema i Baranje«, u Zborniku: *Jugoistočna Europa 1918–1995*, Zagreb, 1995. Izuzetak je napravljen navodno u pogledu Iloka u kome se stanovništvo u izmenjenoj etničkoj strukturi izjasnilo za priključenje Hrvatskoj, ali to nije ispoštovano. Videti: Ljubo Boban, *Hrvatske granice (1918–1993)*, Školska knjiga, HAZU, Zagreb, 1993, str. 55.

nalnog pitanja, a prevashodno u interesu održavanja nacionalističkih republičkih vlasti.

POVLAČENJE GRANICA U KONTEKSTU SUKCESIJE DRŽAVA

Generalno posmatrano, za život država sukcesora pokretanje pitanja međunarodnopravne delimitacije može biti od značaja ako su granice formirane na osnovu administrativno-teritorijalne podele države prethodnice. Tradicionalno međunarodno pravo za takve slučajeve odbija primenu pravila o nepromenljivosti međunarodno priznatih granica. Unutrašnje granice po tradicionalnom shvatanju, predstavljaju administrativne linije koje do momenta sukcesije država ostaju podvrgnute režimu javnog prava države prethodnice. Sa prekidom unutrašnjeg pravnog poretka i prestankom njegove efektivnosti na teritoriji pogođenoj sukcesijom, prestaju i administrativne granice.⁸ Savremenim razvojem međunarodnog prava, a naročito prava sukcesije država koje reguliše pravne posledice tranzicije država u vremenu i prostoru, došlo je do suštinskih promena u odnosu na navedeno shvatanje budući da je proces sukcesije doveo do prerastanja administrativnih granica u međunarodne. Nakon perioda dekolonizacije, pomenuta tendencija bila je naročito izražena u zadnjoj deceniji 20. veka, tokom dezintegracionih procesa u Istočnoj Evropi i bivšem Sovjetskom Savezu, kada je došlo do značajne transformacije načela o teritorijalnoj nepromenljivosti. Pitanje razgraničenja između bivših jugoslovenskih republika otuda je bilo jedno od najznačajnijih pitanja za razvoj međunarodne prakse, a povodom kojeg je meritorno odlučivala Arbitražna komisija Evropske zajednice još u toku procesa sukcesije SFR Jugoslavije. Naime, Arbitražna komisija je, krećući se u okvirima pravila i principa međunarodnog prava, na potpuno nov način definisala faktičku situaciju vezanu za teritorijalni položaj i status granica između bivših konstitutivnih delova SFR Jugoslavije.⁹ Polazeći od zaštite teritorijalnog integriteta novih država i vezujući se

⁸ Načelo efektiviteta definisao je Max Huber povodom spora oko ostrva Palmas. Po Huberu: »(...) Pravni naslov sticanja teritorije, u međunarodnom pravu danas je bazirano na shvatanju o efektivnosti, čija srž leži u trajnoj i mirno uspostavljenoj vlasti. To je ujedno i sastavni element teritorijalnog suvereniteta i uslov formiranja nezavisne države. ali to nije ograničen princip... već princip koji se pojavljuje i kod federalnih država i njenih sastavnih delova (...). Još pre uspostavljanja međunarodnog prava, granice su bile utvrđivane na osnovu vršenja teritorijalne vlasti, a takođe i nakon toga, akt miroljubivog i stalnog iskazivanja teritorijalnog suvereniteta je još uvek jedan od razloga utvrđivanja međudržavnih granica (...).« Videti: »Island of Palmas Case«, (United States v. Netherlands), *American Journal of International Law*, 1928. vol. 32, p. 867.

⁹ U mišljenju Arbitražne komisije br. 1, od 29. novembra 1991. godine, ističe se da je SFR Jugoslavija: «(...) in the process of dissolution (...)». Shodno navedenom, u mišljenju br. 3, dalje se

za zatečeno stanje, Komisija je u mišljenju broj 2. strogo limitirala domet prava samoopredjeljenja u »kontekstu nejasne i nestabilne situacije«, podvlačeći značaj pravila o očuvanju granica koje postoje u trenutku nezavisnosti (*uti possidetis juris*).¹⁰ Shodno ovom stanovištu Arbitražna komisija je u mišljenju broj 3. insistirala na prihvatanju administrativnih, odnosno postojećih unutrašnjih granica za međudržavne granice čija dispozitivnost proizilazi iz činjenice da unutrašnje granice predstavljaju »demarkacione linije koje će moći da se menjaju isključivo putem slobodnog i međusobnog dogovora«. A *contrario*, unutrašnje granice postaju po automatizmu granice »koje štiti međunarodno pravo«. Jednom rečju, princip *uti possidetis* djeluje tako, što »zamrzava« pravni osnov posjedovanja teritorije u momentu sticanja nezavisnosti. U prilog tome ide princip poštovanja teritorijalnog integriteta koji proizilazi iz zadnjeg konstitutivnog akta SFRJ iz 1974. godine (alineja 2. i 4. člana 5. Ustava), a kojim se obezbeđuje nepromenljivost republičkih granica bez slobodno izražene saglasnosti i sporazuma republika članica. Na izneti način, ranije priznati princip razgraničenja novih država nakon dekolonizacije u Americi i Africi – *uti possidetis*, vremenom je prerastao u univerzalni pravni princip teritorijalne delimitacije primenjiv i na SFR Jugoslaviju.¹¹

naglašava da čim proces u SFRJ bude doveo do stvaranja jedne ili više nezavisnih država, problemi granica, naročito oni koji se tiču republika, moraju se rešavati u skladu sa utvrđenim kriterijumima (koji su *inter alia*, definisani u ovom mišljenju). U mišljenju br. 8. od 4. jula 1992. navodi se još: »The process of dissolution had been completed and that the SFRY no longer existed«. Zaključak je proizašao iz priznanja Slovenije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine ali, i iz okolnosti da je SR Jugoslavija donela novi Ustav 27. aprila 1992. godine, a potom i činjenice da su Ujedinjene nacije usvojile niz rezolucija povodom predmetnog pitanja (na primer, rezolucije broj 752, 757, 777, 47/1). Videti: Matthew Craven, »The EC Arbitration Commission on Yugoslavia«, *British Year Book of International Law*, 1995, p. 333; Alain Pellet, »La Commission d'Arbitrage de la Conference Europeenne pour la Paix en Yugoslavi«, *Annuaire francais de droit international*, 1991, p. 329, *ibid.*, 1992, p. 220, *ibid.*, 1993, p. 286.

¹⁰ Mišljenje Arbitražne komisije br. 2, usledilo je povodom pitanja predsednika Konferencije za implementaciju mira u Jugoslaviji Lorda Karingtona, o pravu na samoopredeljenje srpskog stanovništva u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini. Videti: *International Legal Materials*, vol. 92, p. 168.

¹¹ U odluci Međunarodnog suda pravde u Hagu, od 22. decembra 1986. godine, povodom »Case Concerning the Frontier Dispute« potvrđeno je da se na granični spor između Burkine Faso (bivše Gornje Volte) i Republike Mali (bivšeg francuskog Sudana), na osnovu Specijalnog sporazuma od 16. septembra 1983. godine, primenjuje isključivo princip o nepromenljivosti granica nasleđenih iz kolonizacije, a koji se oslanja na princip naveden u rezoluciji Organizacije afričkog jedinstva usvojenoj u Kairu, 1964. godine. Smatrajući da princip *uti possidetis* ima generalni domašaj, Međunarodni sud pravde podvukao je da isti nadmoćno pokriva pravnu prazninu do uspostavljanja efektivne vlasti kao osnove suvereniteta. Primarni cilj principa jeste da obezbedi teritorijalne granice koje postoje u momentu sticanja nezavisnosti. Kada su ove delimitirane od strane istog suverena između kolonija ili različitih administrativnih celina, onda se primena princi-

Prihvativši stanje *de facto*, Arbitražna komisija je naglasila sigurnosnu funkciju ovog pravila u uslovima u kojima bi se mogle raspalmsati »bratoubilačke borbe i koje bi mogle dovesti u opasnost tek stečenu nezavisnost i stabilnost novih država«. ¹²

U pogledu međunarodnih granica bivše Jugoslavije (a sada spoljnih granica novih država), Arbitražna komisija je bila mišljenja da ove granice ostaju međunarodnopravno zaštićene u skladu sa načelima na koje podseća Povelja UN, Deklaracija o principima međunarodnog prava o odnosima prijateljstva i saradnje između država u skladu sa Poveljom UN (rezolucija 2625/XXV Generalne skupštine) i Završni akt iz Helsinkija kojim se inspiriše član 11. Bečke konvencije o sukcesiji država u odnosu na ugovore, od 23. avgusta 1978. godine. ¹³ Analiza ovog dela mišljenja upućuje na konkretno ispitivanje međunarodnopravne regulative na koju se naslanja pomenuto mišljenje Arbitražne komisije o nepromenljivosti međunarodnih granica SFRJ nakon sukcesije.

Naime, međunarodno pravilo da sukcesija država ne zadire u pitanja granica utvrđenih ugovorom, niti u pitanje prava i obaveza koje se odnose na granični režim utvrđen ugovorom između država, osveštano je pravilo međunarodnog prava kodifikovano u članu 11. Bečke Konvencije o sukcesiji država u odnosu na ugovore. ¹⁴ Izvedeno iz pravne prakse i međunarodnopravne doktrine, pravilo se suštinski naslanja na princip suverene jednakosti država gde su države u obavezi da se uzdržavaju od pretnje i upotrebe sile u svojim međusobnim odnosima (pravilo sadržano u članu 2. Povelje UN). Nepromenljivost granica jeste princip potvrđen i u Završnom aktu i u Deklaraciji Konferencije za evropsku bezbednost i saradnju iz Helsinkija od 1975. Kako međunarodna zajednica počiva na zabrani intervencionizma uperenog protiv teritorijalnog integriteta država, pravilo je da se međunarodno priznate granice mogu menjati isključivo mirnim putem i sporazumno. Isto stanovište replicira i Deklaracija o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji među državama od 24. oktobra 1970. godine,

pa ogleda u pretvaranju administrativnih granica u međunarodne granice, što se inače i dogodilo u konkretnom slučaju u pogledu pomenutih francuskih teritorija u Zapadnoj Africi. Kako naglašava Sud, imajući u vidu ulogu principa u obezbeđenju stabilnosti (i kada dođe u sukob sa pravom na samoopredeljenje), princip *uti possidetis* predstavlja naj mudriji kurs koji pokazuje promišljenost afričkih država da očuvaju teritorijalni *status quo*. Pored navedenih argumenata, čini se da je odluka Suda više zasnovana na tumačenjima zasnovanim na principu pravičnosti *infra legem*. Videti: *International Court of Justice Reports*, Judgement of 22 December 1986, p. 565 (Case Summaries, para 1–15; 20–26).

¹² Opinion n3 of Arbitration Commission, *International Legal Materials*, vol. 92, op. cit., p. 172.

¹³ Opinion no 3 of Arbitration Commission, *ibid.*, p. 172.

¹⁴ »Službeni list SFRJ«, dodatak *Međunarodni ugovori*, broj 1/1980.

u odnosu na »demarkacione linije«. ¹⁵ Pravilo o nepovredivosti granica potvrđeno je i u Pariskoj Povelji za novu Evropu od 1990. godine. Štaviše, pravilo je koincidiralo kolektivni konsenzus oko priznanja novih država nastalih na prostoru bivše SFR Jugoslavije. Donošenjem Smernica o kriterijumima za priznanje država u Istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu i Deklaracije o Jugoslaviji od 16. decembra 1991. godine, Evropska zajednica uslovlila je davanje priznanja novim državama prihvatanjem osnovnih međunarodnopravnih standarda, među kojima su inkorporirane i obaveze o poštovanju teritorijalnog integriteta i nepovredivosti granica država. ¹⁶

Sledstveno opštem međunarodnom pravu, koje je na primeru Jugoslavije doživelo svojevrtni politički test, proizilazi da su sve republike bivše Jugoslavije, sticanjem nezavisnosti na spoljnom planu, stekle i priznanje međunarodnih granica države prethodnice. U pogledu administrativnih granica između jugoslovenskih republika, postoji prezumpcija o njihovom prihvatanju za međunarodne granice, na osnovu faktičkog stanja koje je postojalo u momentu sticanja nezavisnosti. Međutim, princip »prerastanja« administrativnih u međunarodne granice, moguće je prihvatiti isključivo kao početni korak ili polazni osnov ka ustanovljavanju pravnog naslova, bez obzira na okolnost postojanja efektivne državne vlasti, pre i nakon sukcesije SFR Jugoslavije. ¹⁷ Primena principa ima ograničeno dejstvo *ratione temporis*, jer po prirodi stvari konzervira fizički nedovoljno razgraničenu i efektivno nepostojanu administrativnu vlast na teritoriji. Pomenuti princip otuda ima tranzicionu svrhu do momenta formalno-pravne konvalidacije teritorijalnog naslova odnosno do međunarodnopravne delimitacije i demarkacije granica. Prema opšte prihvaćenom pravilu, momentom kada državne granice dobiju *iustus titulus*, tada nastaje pravna obaveza svih ostalih država da utvrđene granice i poštuju. ¹⁸

Kako međunarodnopravnim priznanjem Hrvatske i Srbije, nije došlo do automatskog priznanja njihove granice na Dunavu, razgraničenje će uslediti tek onda, kada se utvrdi postojanje pravnog naslova. Pronalaženje zadovoljavajućih rešenja u povlačenju granice na Dunavu obavezuje strane na ekstenzivnu analizu pravnog materijala vezanog za povlačenje unutrašnjih granica u državi prethod-

¹⁵ UN General Assembly Resolution n2625 (XXV).

¹⁶ UN Document n S23293 of 17 December 1991.

¹⁷ Gerald Fitzmaurice, »The General Principles of International Law«, *Recueil des Cours Acadmie de Droit International*, 1957. vol. 92, p. 148.

¹⁸ Milan Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, Kultura, Beograd, 1956, knj. II, str. 22. Bartoš navodi da priznanje može biti definitivno (priznanje tzv. večite granice), privremeno (kad ostaju određene teritorijalne aspiracije) i faktičko (prećutno priznanje faktičkog stanja uz osporavanje pravnog osnova). Primer za poslednji slučaj jeste situacija kada je SSSR priznao granicu Pruta uz osporavanje rumunske aneksije Besarabije između dva rata.

nici uz primenu opštih međunarodnopravnih pravila o razgraničenju na međunarodnim plovnim rekama.

PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA O DELIMITACIJI TZV. GRANIČNIH VODA

Uvažavajući navedene istorijske argumente koji idu u prilog mirnom razgraničenju između Hrvatske i Srbije, valja podsetiti da je međunarodno pravo iskristalisalo pravila o povlačenju granica na tzv. graničnim vodama pod koje potpada i Dunav u delu toka koji protiče kroz ove dve države. Budući da je neosporno da država ima potpunu vlast nad unutrašnjim ili nacionalnim vodama (*fr. d'eaux interieures ou nationales; nem. Eigengewasser; eng. national waters*), davanje prava drugim državama da se koriste nacionalnim vodama mora biti zasnovano na državnoj volji.¹⁹ Povlačenje granica na delovima teritorije koju sačinjavaju nacionalne vode koje se graniče sa drugim državama, podrazumeva poštovanje opštih pravila nastalih dugotrajnom praksom. Na prvi pogled izgleda da bi bilo lako povući granicu duž Dunava, jer Dunav kao reka predstavljaju prirodnu granicu. U praksi se međutim pojavljuju mnogobrojna i često, veoma složena pitanja. Za utvrđivanje granica na rekama koje protiču kroz dve ili više država ili čine samu granicu između država, ustanovljen je princip da se neplovne reke dele sredinom korita, (*midium filium aquae*), dok se plovne reke dele pomoću principa matice (*nem. Thalweg, fr. fil de l'eau, eng. mid-channel*). Prvi princip zasnovan je na liniji geometrijske sredine koja spaja sve tačke vodenog toka koje su podjednako udaljene od jedne i druge obale. Princip matice ili *Thalweg*, s druge strane, u međunarodnoj praksi je poznat još od Srednjeg veka. *Thalweg* je elaboriran na Kongresu u Raštatu 1797. godine.²⁰ Princip je međunarodnopravno konsakriran u Lunevilskom ugovoru od 9. februara 1801. godine, gde je poslužio kao oslonac za razgraničenje Nemačke i Francuske na Rajni.²¹ Dugo vremena shvatanja o *Thalwegu* su se razmimoilazila u međunarodnoj praksi. Konačno, sa zaključenjem francusko-pruskog Ugovora o razgraničenju na Rajni 30. januara 1827. godine, princip je dobio jedinstveno značenje. *Thalweg*

¹⁹ Nacionalne vode, kao deo državne teritorije nalaze se pod pravnim poretom države. Razlika postoji između nacionalnih voda i međunarodnih voda na kojima je ugovornim putem stipulisano pravo slobodne plovidbe za trgovačke brodove svih zemalja. Pravo plovidbe predstavlja službenost nametnutu geografskim položajem vodene površine koja čine granicu između država i potrebom razvoja saobraćaja i trgovine.

²⁰ John Westlake, *International Law*, University Press, Cambridge, 1904, vol. I, p. 141.

²¹ Georges Kaeckenbeeck, *International Rivers*, Sweet & Maxwell, London, 1918, p. 176.

je od tada primenjivan kao kanal koji je najpovoljniji u pogledu nizvodnog saobraćaja kada je vodostaj na plovnoj reci najniži.²² I u međunarodnoj jurisprudenciji, usvojena su slična rešenja. Tako je, primera radi, povodom spora između Hondurasa i Nikaragve iz 1906. godine, kralj Španije arbitrirao u skladu sa pomenutim principom.²³ Kod razgraničenja Grisbadarna između Švedske i Norveške 1909. godine, Stalni arbitražni sud Hagu pošao je od pretpostavke da princip *Thalweg* predstavlja najznačajniji kanal za plovidbu.²⁴ Ponukan ranijom međunarodnom praksom, poznati sudija i internacionalista Max Huber primetio je da u slučaju nepostojanja drugačijeg dogovora oko povlačenja granice na graničnim rekama, valja usvojiti pravilo geometrijske sredine ili sredine korita. Razlozi za prihvatanje linije geometrijske sredine, odnosno linije jednake udaljenosti od obale proizilaze po Huberu, iz dugovečne upotrebe koja je stvorila običajno pravo.²⁵ Iako pomenuti stav pruža racionalnu polaznu osnovu kod razgraničenja, stav izlazi iz okvira prihvatljivih rešenja, jer bi bilo doista preterano tvrditi da linija geometrijske sredine predstavlja jedini prihvatljiv princip delimitacije. Uostalom, prihvatanje linije sredine nije opšte prihvaćeno u međunarodnoj pravnoj praksi. U praksi se naprotiv pokazalo da, na pojedinim mestima povlačenje linije geometrijske sredine može ceo plovni deo reke dodeliti isključivo jednoj državi, što onemogućava ili ograničava plovidbu drugih pribrežnih država. Danas je veoma važno uočiti činjenicu da se kod plovnih reka koje predstavljaju granicu između država usvaja rešenje o sredini matice kao graničnoj liniji razdvajanja suvereniteta. Od pomenutog pravila ima izuzetaka koji nastaju iz dva razloga. Najpre, matična linija se različito definiše u doktrini i praksi.²⁶ Obično se smatra

²² A.O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, University Press, Manchester, 1967, p. 52.

²³ Istim graničnim problemom se pozabavio kasnije i Međunarodni sud pravde. Videti: »Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December, 1960«, *International Court of Justice Reports*, 1960, p. 192.

²⁴ Sudske ekspertize pomenutog principa obuhvataju po pravilu utvrđivanje matice u odnosu na nekoliko obalnih područja. Tako, u slučaju Grisbadarna, Stalni arbitražni sud je istako: »Uzevši u obzir potrebu da se granica utvrdi na nedvosmislen način uz uvažavanje državnih interesa, neophodno je liniju razgraničenja povući vertikalno na opšti smer obale«. Videti: »The Grisbadana Boudary Case«, *American Journal of International Law*, 1929, vol. 23, p. 275; James Scott Brown, *The Hague Court Reports*, University Press, Oxford, 1916, p. 121. Isto pravilo je potvrđeno i u doktrini. Videti: Albert de Geoufree de La Pradelle, *La Frontière*, Étude de droit international, Paris, 1928, p. 215.

²⁵ Max Huber, »Ein Beitrag zur von der Gebietshoheit an Grenzflüssen«, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1907, p. 32.

²⁶ Princip *Thalweg* u teoriji i praksi uobičajeno podrazumeva središnju liniju plovnog kanala. Ne isključuje se da u praksi nastanu i druga tumačenja poput onoga koji *Thalweg* posmatra kao liniju najdublje izmerenog kanala. Videti: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, University Press, Oxford, 2003, p. 159.

da je to neprekidna linija koja spaja najdublja mesta u rečnom koritu. Međutim, ni to shvatanje matične linije nije u potpunosti prihvatljivo ako se uzme u obzir da doktrina o *Thalwegu* polazi od funkcionalnog pristupa koji bi u praksi morao da postigne pravična rešenja međunarodnog razgraničenja između susednih država.²⁷ Drugi razlog predstavlja činjenica, što je tok mnogih plovniha reka nestalan, pa dolazi do promena u položaju matice. Zbog pomenitih razloga susedne države često određuju periodična merenja radi tačnog utvrđivanja položaja srednje matične linije.²⁸

Povlačenje granice na rekama obuhvata i neka specifična pitanja. U praksi se postavlja pitanje, kako povući granice na graničnim rekama koje menjaju tok? Kod postepenih izmena rečnog toka nastalih usled evolutivnog delovanja prirode postoji običajno pravilo o promeni granice. U međunarodnom pravu pomenuti slučajevi obuhvaćeni su priraštajem (*accessio*).²⁹ Priraštaj podrazumeva teritorijalne promene koje nastaju postepenim delovanjem prirodnih sila ili delovanjem čoveka. U prvom slučaju, postepenim odronjavanjem obale i nagomilavanjem materijala na drugoj strani granične reke dolazi do uvećavanja teritorije tokom dužeg vremena, a time i do produžavanja granice. Naglo otkidanje dela obale i njegovo prisjedinjenje sa drugom obalom (*appulsio*), ima sličan učinak. Naplavlivanje (*aluvio*), može takođe dovesti do pomeranja granica. Veštački izazvanim priraštajem postize se prednost u odnosu na drugu stranu. Na primer, isušivanjem

²⁷ Ilustrativan u tom pogledu može biti primer razgraničenja Severne Rodezije (Zambije) od Južne Rodezije nakon disolucije Centralno Afričke Federacije 1963. godine. Severna Rodezija se u pregovorima pozvala na šezdeset godina staru uredbu Saveta koja je uređivala administrativnu granicu sa Južnom Rodezijom. Prema njenoj interpretaciji, na reci Zambezi državnu granicu predstavlja linija koja povezuje najdublja mesta u rečnom koritu. Sa druge strane, Južna Rodezija je zastupala stanovište o sredini matice. Videti: A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, op. cit. p. 56.

²⁸ Milan Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, 1956, Kultura, Beograd, knj. II, op. cit., str. 25–26.

²⁹ Priraštaj potiče iz privatnog rimskog prava, a njegovo utelovljenje u međunarodnu praksu izvršio je Hugo Grocijus. U međunarodnoj praksi prihvaćen je princip da zemljište prirodno dato obali, pripada vlasniku obale (*accessio cedit principali*). Tako je povodom slučaja zaplene španskog broda Anna iz 1805. godine, tokom rata između Velike Britanije i Španije, sudija Lord Stowell istakao pred britanskim sudom (*British Prize Court*), istakao, da je zaplena izvršena na području koje čini deo američke teritorije. Sudija je dao pravo zahtevu buduću da je zaplena izvršena 3 milje van obale kontinenta, ali na manje od 3 milje od obale ostrva koje se nalazilo na ušću reke Misisipi. Videti: »The Case Anna«, *C. Robinson's Admiralty Reports*, 1805, vol. 5, p. 373. U kasnijoj praksi pozivanje na klasična pravila akcesije bila su prisutna na primer u sporu oko izmene toka na reci Rio Grande između Meksika i Sjedinjenih Američkih Država, kao i u graničnom sporu između Hondurasa i Salvadora. Videti: »The Chamizal Arbitration«, *American Journal of International Law*, 1911, vol. 5, p. 782; Land, Island and Maritime »Frontier Dispute« (El Salvador v. Honduras), *International Court of Justice Reports*, 1992, pp. 351, 546.

ili podizanjem nasipa povećava se nivo vode što neminovno zahteva i postizanje dogovora o promeni granica, pošto običajna pravila nisu izgrađena. Nagle promene rečnog toka sa druge strane, ne dovode do promene granice u većini slučajeva (*avulsio*). Od pomenutog principa države mogu odstupiti iz razloga pravičnosti u pogledu korišćenja vodenih tokova graničnih reka, stipulišući ugovornu klauzulu o nepromenljivosti granice. Prirodni priraštaj na rekama može biti posledica estaurisanja (*aestuarium*), to jest, račvanja, čime dolazi do stvaranja močvarnih zaliva i njihovog sužavanja. Sužavanjem se uvećava kopno na račun mora i jezera u koja se reke ulivaju. Nakon priraštaja estauriranjem, može doći i do pokretanja pitanje granica glavnog toka – *Thalweg*.³⁰ Ako reka ima nekoliko rukavaca, onda granica po pravilu ide onim rukavcem u kome se nalazi matica.³¹ Svi sporedni rukavci ostaju državi na čijoj se strani nalaze posmatrajući od linije razdvajanja. Sličan pristup primenjuje se i na rukavce delti, to jest, malih trouglastih ostrva koja nastaju nanošenjem ogromnih količina rečnog peska i šljunka (*insula in flumine nata*). Po pravilu, ta ostrva pripašće državi kojoj pripada i ušće. Za rečna ostrva (*ade*), na rekama na kojima je utvrđena granica putem pravila matice, ostrvo bi trebalo da ostane u pripadnosti strani kojoj je najpre dodeljeno. Izuzetak predstavljaju slučajevi kada se ostrva nađu na samoj matičnoj liniji i kada se dele između pribrežnih država ili pak, ako se zbog različitih interesa, ostrva sporazumno rezervišu samo za jednu stranu. Utvrđivanje situsa rečnog ostrva prema graničnoj liniji koja se povlači po principu *Thalweg*, predstavlja prethodno pravno pitanje za utvrđivanje njegove državne pripadnosti. *A fortiori*, u praksi se principijelno prihvata pretpostavka da pri promeni matične linije, ostrvo ne menja pravni status.

SRPSKO-HRVATSKA DELIMITACIJA NA DUNAVU

Prilikom povlačenje međudržavne granice između Hrvatske i Srbije valja uzeti u obzir sledeće činjenice. Od razgraničenja Baranje i Bačke 1945. godine, Dunav je sukcesivno meandrisao, menjao korito, povlačeći se više s istoka, ka zapadu, čime su velike površine plodne zemlje priključene Vojvodini. Hrvatska

³⁰ Pitanje glavnog kanala reke koja se račva, bilo je predmet spora oko reke *Encuentro* (Argentina–Čile), tokom 1881. godine. Prilikom sudske rasprave, uzeti su u obzir sledeći faktori: dužina toka, veličina drenažnog područja, količina protoka vode, kao i drugi faktori.

³¹ U međunarodnoj praksi nisu nepoznati i slučajevi da granica koja ide maticom glavnog plovnog puta ostavi razdvojene plovne rukavce susednim državama (na primer, tako je povučena granica između Portugala i Španije 1893. godine, na reci *Guadiana*).

danas potražuje oko 11000 ha zemlje uz vojvođansku stranu koja se usled evolutivnih pomeranja Dunava našla u Srbiji. Pri tome, Hrvatska potražuje i Vukovarsku i Šaregradsku adu na Dunavu. U »pravnoj argumentaciji« hrvatska strana se poziva na »istorijske granice« uspostavljane još pre nastanka srpske, ali i hrvatske države (period otomanske okupacije i austro-ugarske vladavine od 1699. do 1718 godine), kao i na demarkacione linije između administrativno-teritorijalnih jedinica konstituisanih u periodu posle Prvog i nakon Drugog svetska rata.³² Isticanje »istorijskih prava« ima svoj *fons et origo* u pretenzijama Hrvatske za proširenjem teritorijalne suverenosti na područja koja nisu pod njenom efektivnom vlašću. U međunarodnoj praksi poznato je međutim, da sadržina tzv. istorijskih prava počiva na odnosu snaga između država, te u tom smislu povlačenje nekakvih »istorijskih granica« više spada u domen politike, nego li u domen prava.³³ Sasvim je sigurno da je u hrvatskoj argumentaciji reč o preterivanjima za koja međunarodno pravo nema adekvatna merila.³⁴ Uz navedeno, ni aktuelna hrvatska argumentacija o utvrđivanju hrvatsko-srpske granice na bazi austrougarskih katastarskih premera zemljišta, ne može biti međunarodnopravno utemeljena budući da argumenti te vrste u svetskoj praksi predstavljaju dokaz o imovinskopravnom stanju u određenom vremenskom periodu i na određenim delovima teritorije (koje može ali ne mora biti prihvaćeno), a ne o državnoj granici između međunarodno priznatih država.³⁵

³² Ljubo Boban, *Hrvatske granice (1918–1993)*, op. cit., str. 52, etc.

³³ Osnov istorijskih granica, obično je po navodima onih koji se na njih pozivaju, u nekakvim »istorijski stečenim pravima« (*droit acquis*). Tako je Katolička crkva isticala vekovima svoje svetovno i duhovno prevashodstvo (*sacerdotium et imperium*) u pogledu zemljine zapadne hemisfere, pozivajući se na istorijski određene granice između istoka i zapada »lažnom Bulom Konstantina Velikog«. Sve do vremena humanizma u Evropi (15. vek), ovaj dokument se smatrao za verodostojan osnov posedovanja teritorija, kad konačno Italijan Lorenzo Vala obelodanjuje da se radi o falsifikatu. I naslednici nekadašnjeg rimskog carstva – Habsburzi, polagali su nekakva istorijska prava da upravljaju ne samo tuđim teritorijama, već i vasionom! Otuda se u međunarodnim odnosima provlačila ideja da: *Austriae est imperare orbi universo*. Naravno da su ovi osnovi pozivanja na nekakva istorijska prava i istorijske teritorije, bila odraz imperijalističkih i hegemonističkih težnji da se upravlja drugim narodima i teritorijama, te u tom smislu valja konstatovati da ni hrvatski zahtev za povlačenjem granica na bazi »istorijski stečenih prava«, nema utemeljenje u opštem međunarodnom pravu.

³⁴ Yehuda Blum, *Historic Titles in International Law*, The Hague, 1965, p. 55.

³⁵ Katastarska granica uglavnom je povučena delom glavnog toka Dunava, a delom pritokama tzv. Dunavcima. Ako se u postupku razgraničenja počne od imovinskih prava utvrđenih katastarskim premerima, onda je moguće isticanje kontra-argumentacije o stečenim imovinskim pravima srpske strane na drugim delovima Hrvatske. Time se čitav postupak usložnjava, jer katastarski premeri mogu eventualno biti uzeti kao dokaz za postojanje efektivne vlasti, a ne kao osnov za povlačenje granične linije. Principijelno bi bilo da se uživanje stečenih imovinskih prava ne dovodi u pitanje, a da se delimitacija izvrši na bazi pravila opšteg međunarodnog prava.

S druge strane, Srbija polazi od opšteg međunarodnog pravnog pravila po kome sigurnost granice može proisticati jedino iz validnog pravnog osnova konstitutivne prirode.³⁶

Za srpsku stranu polazni osnov razgraničenja nalazi se u Zakonu o ustanovljavanju i ustrojstvu Autonomne Pokrajine Vojvodine iz 1945.³⁷

Polazeći od međunarodnopravnih pravila, pomenuto zakonodavno rešenje nema značaj međunarodnopravnog razgraničenja, već unutrašnje administrativne podele u državi prethodnici. Budući da je sukcesijom SFRJ međurepublička granica proglašena za međunarodnu, zatečeno stanje u momentu sukcesije nije moglo nadomestiti nedostatak pravnog naslova, zbog čega je neophodno pristupiti delimitaciji granice između Hrvatske i Srbije na osnovu pravila opšteg međunarodnog prava.

³⁶ U slučaju spora između Velike Britanije i Norveške o ribarenju Međunarodni sud pravde uvrдио je da delimitacija mora imati međunarodnopravni vid, te da ne može zavisiti isključivo od volje obalne države i njenog unutrašnjeg prava. Činjenica je, da je akt delimitacije jednostrani akt zato što obalna država ima ovlašćenja da ga preduzima. S druge strane, važnost akata delimitacije granice između država ceni se prema opštem međunarodnom pravu. Videti: »Fisheries Case« (United Kingdom v. Norway), Judgement of December 18, 1951, *International Court of Justice Reports*, 1951, p. 116. U literaturi videti: Stephen B. Jones, *Boundary Making*, Washington, 1945, p. 5.

³⁷ Pomenutim Zakonom, granica između Hrvatske i Srbije (AP Vojvodine) utvrđuje se privremeno na osnovu predloga posebne komisije AVNOJ-a. Granica je povučena privremenom trasom reke Dunav, od mađarske granice, pa sve do Iloka, prelazi preko Dunava ostavljajući Ilok, Šaregrad i Mohovo Hrvatskoj i ide na jug ostavljajući atare sela Šidskog sreza: Opatovac, Lovas, Tovarnik, Podgrađe, Adaševci, Lipovac, Strošinci i Jamena Hrvatskoj, a varoš Šid, i sela Ilinci, Mala Vašica, Batrovci, Morović Vojvodini. Videti: »Zakon o ustanovljavanju i ustrojstvu Autonomne Pokrajine Vojvodine«, *Službeni glasnik NR Srbije*, broj 28/1945. Ustavom FNR Jugoslavije iz 1946. godine bilo je predviđeno da se razgraničenje teritorija između republika vrši na osnovu odluke Narodne skupštine do čega očigledno nije došlo. Uz navedeno, republički ustavi sadržali su i odredbu po kojoj nije bilo moguće izvršiti promenu granica bez njihovog pristanka. Nedostatak odluke o razgraničenju ne može predstavljati dokaz o postojanju pravne svesti o obaveznosti poštovanja demarkacione linije između Hrvatske i Srbije kao međunarodno priznate granice, odnosno ne može predstavljati dokaz da su iste linije putem preskripcije dovele do stvaranja teritorijalnog titulusa u odnosu na administrativnu granicu. Tim pre, jer je devedesetih godina došlo do izričitog osporavanja administrativne linije između dve republike budući da su zbog faktičkih promena delovi katastarskih opština sa leve obale Dunava – Sombor, Beli Manastir (deo Batine, Draža, Zmajevca, Kneževih Vinograda) Apatin, Bačka Palanka i deo Vukovara (deo Mohova i Šaregrada), pripojeni Srbiji. Videti: »Zakon o teritorijalnoj organizaciji i lokalnoj samoupravi«, *Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 47/1991. Sledstveno navedenom, do priznanja međurepubličke administrativne linije za međunarodnu granicu nije nikada došlo, a sama precutna konstatacija postojanja efektiviteta republičke vlasti u odnosu na unutrašnje demarkacione linije, nije dovoljan uslov za pristanak druge strane. Videti: Charles de Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, 1967, p. 111.

ZAKLJUČAK

Uzimajući u obzir da su pomeranja Dunava u pravcu Hrvatske nastala tokom dužeg istorijskog perioda, u tom smislu Hrvatska ne bi mogla dovesti u pitanje primenu principa maticice (*Thalweg*).³⁸ U odnosu na delimitaciju ada i rukavaca rečnih slivova na Dunavu, granicu bi valjalo utvrđivati u odnosu na njihovu poziciju prema matici. Postepene izmene maticice ne dovode u pitanje graničnu liniju. Tamo gde su u međuvremenu nastala nova rečna ostrva, delimitaciju bi valjalo izvršiti prema poziciji u odnosu na maticu i prema činjenici da li su ostrva nastala graduelnim ili naglim promenama. Ako princip maticice ne bi bilo moguće primeniti u svim slučajevima, onda bi trebalo koristiti i princip pravičnosti, ali pre svega u pogledu korišćenja vodnih tokova i resursa Dunava shodno pravilima susedskog prava i principima o dobrosusedskim odnosima (*principle of good-neighbourliness*) i zajedničkom upravljanju (*cooperative management*).³⁹ Ne treba gubiti iz vida da svestrana regionalna saradnja i dobrosusedski odnosi spadaju među prioritete spoljne politike Srbije i Hrvatske kao i politike za njihovo pristupanje Evropskoj uniji. Povremeno izbijanje graničnih incidenata između strana, ne negira tezu o njihovom postupanju *bona fide*. Međutim, treba imati u vidu da bi u eventualnom pravosudnom justifikiranju srpsko-hrvatskog spora obe strane bile prekludirane u svojim teritorijalnim zahtevima jednostranim prihvatanjem suprotnih pozicija u odnosu na aktuelnu teritorijalnu situaciju (*non licet venire, contra factum proprium*).⁴⁰ Otuda po našem mišljenju, za pravilno i integrisano upravljanje granicom na Dunavu potrebno je zaključiti međunarodni ugovor o delimitaciji i demarkaciji državne granice.⁴¹

³⁸ J. W. Garner, »The Doctrine of Thalweg«, *British Year Book of International Law*, 1935. vol. 16, p. 177; Ruiz Fabri, »Regles cotumieres generales et droit international fluvial«, *Annuaire Franais de Droit International*, 1990, p. 818.

³⁹ P. R. Hensel, S. M. Mitchell, »Conflict management of riparian disputes«, *Political Geography*, 2006, vol. 25, pp. 383–411.

⁴⁰ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, p. 280; Videti: »Temple of Preah Vihear Case« (Cambodia v. Thailand), *International Court of Justice Reports*, 1962, p. 696.

⁴¹ U odsustvu valjanog dogovora između zainteresovanih strana, države bi trebalo da rešenja potraže pred *ad hoc* arbitražom ili Međunarodnim sudom pravde u kojem slučaju bi odluka pravosudnog tela zamenila pravni osnov neophodan za konačno međunarodnopravno regulisanje granice na Dunavu. Videti primera radi: »Gulf Fonesca Case« (El Salvador v. Honduras), *International Court of Justice Reports*, 1992, pp. 388, 586–587. Po oceni Suda, kada princip *uti possidetis* postigne cilj u trenutku sticanja nezavisnosti, pretvaranjem administrativnih granica u međunarodne, ove ne moraju automatski postati i sigurne. U slučaju spora, Sud uzima u obzir i druge argumente, kao što je princip efektiviteta, ali i pravne akte iz kojih proističu pravni osnovi, a na kojima

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,
Senior Research Associate, Institute for
International Politics and Economics, Belgrade

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF THE BORDER DISPUTE WITH CROATIA

Summary

The problem concerns drawing of inter-state borders between Croatia and Serbia which has been institutionalized during the succession processes in the territory of former SFR of Yugoslavia, when the international community accepted the opinion of the Arbitration Commission that inter-republic boundaries were international borders unless the parties concerned did not find some other solution. In this way, the Danube river became a border between Croatia and Serbia. Since the boundary line had been drawn between Baranja and Bačka in 1945, the Danube successively meandered, its riverbed changed while it increasingly retreated from the east to the west. In this way, big areas of arable land became a part of Vojvodina. When the Yugoslav crisis broke out Croatia demanded that the controversial area of about 7,000 hectares should be returned to Croatia in accordance with the 19th century Austrian-Hungarian cadastre land surveying. The cadastre border had been mainly drawn along a part of the main course of the Danube, while a part of it had been drawn along the so-called Dunavci river flows, which actually included its tributaries.

In the 1990s Serbia adopted the Law on Territorial Organization and Local Self-Government. According to that Law, a part of the cadastre communes from the Danube left bank became a part of the Republic of Serbia – Sombor, Beli Manastir (a part of Batina, Draž, Zmajevac, Kneževi Vinogradi), Apatin, Bačka Palanka and a part of Vukovar (a part of Mohovo and Šarengrad villages). The Law followed the changes of the Danube course, but per se, it was not a crucial factor for the international legal border demarcation line between the two states. With the aim of implementing the process of border demarcation, the International Diplomatic Commission for Identification and Establishment of the Border Line and Preparation of the Treaty on the State Border was established. The Commission adopted the corresponding Protocol but, up to the present day, it has not published the information on the results of its work. It is therefore necessary to consider all relevant legal argumentation that goes in favor of the Serbian part until the Treaty on the Border is concluded with Croatia.

se *de facto* bazira princip *uti possidetis* u trenutku sukcesije. Efektivnost na spornom delu teritorije može potvrditi pravni osnov, može ga negirati, ali ga može i dopuniti u slučajevima gde se ne poklapa stvarna vlast i formalni pravni titulus. Pri analizi dokaza *rationae temporis*, efektivitet se ceni u momentu nastanka države i nakon toga, uz obaveznu ocenu ponašanja strana u sporu.

SLOBODAN STOJANOVIĆ

PERSPEKTIVE I NASLEĐE TRIBUNALA U HAGU

PERSPEKTIVE

Uopšte. – Tribunal u Hagu se bliži kraju svoga rada i postojanja. Rezolucija Saveta bezbednosti UN br. 1503. od 28.8.2003. g. je dala vremenske okvire po kojima se svaki rad Tribunala mora okončati do 2010. godine.¹ No, kako stvari stoje, očigledno je da nema realnih izgleda da se postojeći postupci i okončaju do toga roka, čak ne računajući na dvojicu optuženih koji su u begstvu (R. Mladić i G. Hadžić). Za 40 optuženih (u koje računamo i tu dvojicu koja su u begstvu) je postupak u toku, od toga svega 13 pred Žalbenim većem na dan 17.3.2010. g.² Toj Rezoluciji je očigledno nemoguće udovoljiti. Stoga je Predsednik Tribunala govoreći pred Svetom bezbednosti još 12.12.2008. g. povodom Desetog izveštaja o strategiji završetka rada Tribunala, pomenuo 2012. godinu³ kao godinu okončanja rada Tribunala. U kasnijim prilikama, pominjao je i kasnije datume,

Dr Slobodan Stojanović, advokat u Beogradu.

¹ S/RES/1503(2003). U ovoj Rezoluciji se zapravo određuje da se sve istrage moraju okončati do kraja 2004. g, sva prvostepena suđenja do kraja 2008. g, a celokupan rad u 2010. godini i tome je eksplicitno dat naziv »završna strategija«. Istom Rezolucijom su potpuno isti okviri dati i u odnosu na Tribunal za Ruandu.

² Key figures of ICTY cases, updated 17 March 2010. www.icty.org.

³ U internim izveštajima na internet sajtu Tribunala, u to vreme i nešto kasnije, pominje se prva polovina 2013. godine kao vreme završetka svih postupaka.

sve do februara 2014. g.⁴ Ovo treba shvatiti kao sugestiju i predlog Savetu bezbednosti da produži mandat Tribunalu, što je realno i očekivati i pored izražene »nestrpljivosti« Saveta Bezbenosti UN.

I mnoge druge važne međunarodne institucije podržavaju produžetak mandata Tribunala u Hagu. Tako je, na primer, Evropski parlament na svojoj sednici od 12.3.2009. g, visoko ocenivši rad Tribunala, predložio da Savet bezbednosti UN produži mandat Tribunala do 2012. g, pa čak i postepeno zatvaranje uz ostavljanje mogućnosti da se optuženima u begstvu naknadno sudi. Ne očekujemo da će se nedovršeni predmeti, najverovatnije u odmakloj završnoj fazi, ustupiti nacionalnim sudovima ili nekom drugom organu. Naročito zato što se radi o slučajevima koji se saglasno ranijim rezolucijama Saveta bezbednosti⁵ i Pravilima o postupku i dokazima⁶ ne mogu ustupiti. Pri tom, i sam postupak ustupanja bi mogao potrajati duže nego završetak suđenja.

No, za produžetak tog mandata je svakako nužna nova rezolucija Saveta bezbednosti⁷, možda i neki drugi propratni akt kojim bi se regulisao prelazni period i pitanja iz nadležnosti Tribunala koja preostaju nakon okončanja njegovog rada. Za očekivati je da istovremeno okonča rad i Tribunal za Ruandu, imajući u vidu da su istom rezolucijom Saveta bezbednosti određeni zajednički rokovi tzv. izlaznoj strategiji.⁸ U svakom slučaju, Tribunal ne može okončati svoj rad pre nego što poslednje osuđeno lice ne bude upućeno na izdržavanje kazne.⁹

Kao primarno se nameće pitanje, šta to preostaje nakon zatvaranja rada Tribunala. I tu postoje dva ozbiljna problema koje valja rešiti. Prvi je obezbeđivanje određenih, sada tekućih funkcija Tribunala koje, po prirodi stvari, moraju posto-

⁴ Na diplomatskom seminaru koji je održan u Tribunalu 19.11.2009. g, predsednik Robinson je izrazio očekivanje da će se svi prvostepeni postupci okončati do septembra 2012. g., a žalbeni do februara 2014. g.

⁵ Rezolucija Saveta bezbednosti UN S/RES 1534(2004) od 26. marta 2004. poziva tužioce oba tribunala da što pre preispitaju postojeće slučajeve i odrede sa kojima će nastaviti, a koje preneti u nadležnost nacionalnim jurisdikcijama (tač. 4. Rezolucije), i oba tribunala da se prilikom pregleda i potvrđivanja optužnica koncentrišu na najviše lidere osumnjičene da su i najodgovorniji (tač. 5. Rezolucije).

⁶ Sudije Tribunala su imajući u vidu prethodno navedenu Rezoluciju izvršile usklađivanje Pravila o postupku i dokazima izmenom pravila 28A na dan 6.4.2004. g. Primitno je da to nisu sasvim dosledno učinile jer u tom inoviranom pravilu nedostaje uslov »najodgovorniji«, što je sasvim ispravno, budući da bi se time krivica, i to najvišeg stepena, prejudicirala.

⁷ Pretpostavljamo da će ista biti doneta upravo nekako u vreme prezentacije ovog rada na Kopaoniku – decembra 2010. godine.

⁸ Ipak, činjenica da se u prvoj polovini 2010. g. čak 11 lica optuženih pred Tribunalom za Ruandu još nalazi u begstvu, upućuje na izvestan oprez.

⁹ U dosadašnjoj praksi sva osuđena lica su na izdržavanje kazne upućivana i odvođena iz prostorija pritvorske jedinice Tribunala.

jati i nakon njegovog zatvaranja. Drugi je pitanje imovine Tribunala i naročito njegove arhive i načina njenog daljeg korišćenja.¹⁰

*Obezbeđivanje tekućih funkcija Tribunala koje su neophodne
i nakon njegovog zatvaranja*

U ovu grupu pitanja spada nadzor nad izvršenjem izrečenih kazni¹¹, zatim donošenje odluke o oprostima ili ublaženju kazne¹² i odlučivanje po vanrednom pravnom sredstvu reviziji¹³. Ne treba zaboraviti da se sve ovo odnosi i na dva lica koja su osuđena na doživotnu kaznu zatvora (S. Galić i M. Lukić¹⁴) kao i mnoštvo onih koji izdržavaju dugogodišnje, pa i višedecenijske kazne zatvora. To nisu samo obaveze i funkcije Tribunala, sve se to može posmatrati i kao pravo tih lica. Pravo na reviziju ne gasi se ni sa izdržanom kaznom, vremensko ograničenje postoji samo ukoliko ovo sredstvo koristi Tužilac¹⁵ no, njega nakon zatvaranja Tribunala neće ni biti. Tu je još jedno pitanje koje se može postaviti nakon zatvaranja Tribunala.

Naime, postoji veliki broj dokumenata u arhivi Tribunala koji su poverljive prirode. U ovom trenutku nije određen rok na koje vreme je poverljivost ustanovljena, dakle mora se prihvatiti da je to na neodređeno vreme. Na opravdan zahtev određenih subjekata ili po službenoj dužnosti, sudska veća, ne baš sasvim retko, ukidaju poverljivost pojedinih dokumenata.

Nakon okončanja rada Tribunala ovo pitanje ostaje nerešeno. Samo utvrđivanje određenog roka, a obično je to duži niz godina, za prestanak poverljivosti dokumenata nije najsrećnije rešenje jer se potreba za ukidanjem poverljivosti određenih dokumenata može javiti ranije. Poverljiva dokumenta su za javnost nedostupna, a mora se još rešiti i pitanje subjekata koji će biti ovlašćeni da imaju pristup tim dokumentima i da njima rukuju, ali i da tu poverljivost štite. Logično

¹⁰ Pitanje arhive na ovom mestu shvatamo samo kao tehničko pitanje obezbeđenja spisa i drugih materijala sa kojima Tribunal raspolaže, a sama sadržina tih spisa je predmet nasleđa koje Tribunal za sobom ostavlja.

¹¹ Član 27. Statuta Tribunala.

¹² Član 28. Statuta Tribunala.

¹³ Član 26. Statuta Tribunala.

¹⁴ Takva osuda u odnosu na M. Lukića u momentu pisanja ovog rada još nije pravosnažna.

¹⁵ Prema pravilu 119A Pravilnika o postupku i dokazima Tribunala, Tužilac može izjaviti reviziju u roku od jedne godine od dana proglašenja konačne presude. Tribunal će prestati sa radom vrlo brzo nakon proglašenja poslednje konačne presude, pa ovo pravno sredstvo od strane tužilaštva neće imati ko da uloži.

je da te funkcije, nakon zatvaranja Tribunala, ostanu pod nadzorom Saveta bezbednosti UN. Tribunal je tvorevina Saveta bezbednosti po osnovu odredbi Poglavlja VII Povelje UN¹⁶ koje se odnosi na ovlašćenja tog organa u pogledu pretnji miru, kao i njegov pomoćni organ¹⁷. *A fortiori* postoje njegova ovlašćenja da reguliše okončanje toga rada.¹⁸

Pitanje imovine i dokumentacije Tribunala

Sva imovina, kako pokretna, tako i nepokretna, koja sada pripada Tribunalu je vlasništvo Ujedinjenih nacija i nakon njegovog prestanka ostaje toj organizaciji.

Pitanje smeštaja dokumentacije i celokupne arhive Tribunala, kao i način njenog daljeg korišćenja, nisu još definitivno rešeni. Vlasništvo ostaje Ujedinjenih nacija, ali rezultati toga rada predstavljaju civilizacijsku tekovinu koju treba sačuvati i čije korišćenje ubuduće mora biti pristupačno svima, kao i na opštu dobit. Što se tiče lociranosti, postoji zainteresovanost više država, naročito onih sa teritorije bivše Jugoslavije.

No, najozbiljniji kandidat za čuvanje arhive i njeno korišćenje je upravo Hag i mali su izgledi da to bude drugačije.¹⁹ Sam smeštaj, u eri kompjuterske tehnologije i nije toliko bitan budući da se i sada ta arhiva može u najvećem delu koristiti putem interneta. Prezervacija nasleđa koje će Tribunal ostaviti, predstavlja i ključni deo završne strategije Tribunala.²⁰

¹⁶ Vidi naročito odredbu čl. 41. Povelje UN. Za mnoge ova odredba čini pravni osnov nastanka Tribunala. Tako, na primer, I. Bantekas & S. Nash: *International Criminal Law*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Portland, Sydney, 2003, p. 339. Sa time se ne slažemo, ta odredba govori samo o ekonomskim i političkim merama, koje se, čak i ekstenzivno, saglasno pravilu *ejusdem generis* moraju u okviru samo toga i tumačiti. Postoje još mnogi drugi naši argumenti, koji zahtevaju više prostora i posebnu temu.

¹⁷ Član 29. Povelje Ujedinjenih nacija.

¹⁸ O takvim ovlašćenjima Saveta bezbednosti vidi naročito: B. Conforti: *The Law and Practice of the United Nations*, Third Revised Edition, Martinus Nijhof Publishers, Leiden/Boston, 2005, pp 149–195.

¹⁹ Izuzetno velika zainteresovanost je postojala u Bosni i Hercegovini, vidi o tome izveštaj Instituta za izveštavanje o ratu i miru iz Londona (Institute for War and Peace Reporting – IWPR), No. 528. od 30.11.2007. g.

²⁰ Izjava tadašnjeg predsednika Tribunala F. Pokara od 19.7.2008. g., IWPR, No. 560. od 19.7.1008. g.

*Ostale posledice zatvaranja i perioda
neposredno pred zatvaranje*

Mnogo je drugih, manje vidljivih i manje značajnih posledica koje će zatvaranje Tribunala imati. Pomenućemo samo neke.

Nacionalni propisi o saradnji sa Tribunalom gube podlogu i značaj²¹. U periodu neposredno pred zatvaranje, Žalbeno veće Tribunala više nema vremenskih mogućnosti da u slučaju nepravilnosti koje utvrdi u prvostepenim presudama, bilo šta vraća na prvostepeno suđenje. No, to skoro da nije činilo ni ranije.²² Ukoliko pojedinim sudijama prestane mandat nakon izricanja prvostepenih presuda, određene funkcije Tribunala mogu biti ugrožene.²³

Šira perspektiva

Uprkos brojnim iskazanim kritikama, mi bismo ipak ocenili da ne treba biti ubeđen da se pre ili kasnije, na isti ili sličan način, ne može osnovati neki ovakav ili sličan tribunal za bilo koju teritoriju, događaje i vremenski period. U tom pogledu posebno zabrinjava stav SAD koji je izrečen 29.3.2004. g.²⁴, znači duže vremena nakon rezolucija Saveta bezbednosti o zatvaranju Tribunala, a još više nakon stupanja na snagu Rimskog Statuta²⁵, pa i organizovanjem nekoliko *ad hoc* internacionalizovanih sudskih institucija²⁶. Čini se da je danas sve moguće u

²¹ Kod nas je tu od posebnog značaja Zakon o saradnji Srbije i Crne Gore sa Međunarodnim Tribunalom za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (Službeni list SRJ, br. 18/02 i Službeni list Srbije i Crne Gore br. 16/03), ali i mnoge odredbe Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina (Službeni glasnik Srbije br. 67/03, 135/04, 61/05 i 101/07), Zakonika o krivičnom postupku i dr.

²² To se dogodilo samo u slučajevima *Erdemović, Tadić i logor Čelebići* i to samo u pogledu odluke o kazni, dok je u slučaju *Muvunyi* pred Tribunalom za Ruandu, Žalbeno veće, koje je zajedničko za oba *ad hoc* Tribunala, naložilo ponovno suđenje pred prvostepenim sudom ali opet, samo u pogledu jednog događaja.

²³ Na primer, donošenje izmena Pravilnika o postupku i dokazima, funkcionisanje određenih organa u kojima su te sudije bile članovi, rad na odgovornosti zbog povrede Tribunala po Pravilu 77. i dr.

²⁴ Internet izdanje *Voice of America, News*, 29 March 2004, koje obično predstavlja ozbiljne stavove zvaničnih krugova SAD.

²⁵ Kolokvijalni naziv za statut Međunarodnog krivičnog suda u Hagu koji je usvojen 1998. g. a stupio na snagu 1.7.2002. g.

²⁶ Specijalni sud za Sijeru Leone, Tribunal za Istočni Timor (pravi naziv je Dili District Court), Specijalni sud za Liban, posebna internacionalna sudska odelenja u Kambodži, Bosni i Hercegovini i na Kosovu.

međunarodnom pravu, naročito nakon bombardovanja SR Jgoslavije od strane NATO-a i tvrdnji velikog broja vodećih zemalja zapadnog sveta da je to bombardovanje nešto što je u međunarodnom pravu legalno i legitimno. Naše je mišljenje da bi prilikom ovakvih razmišljanja trebalo bar pomisliti i na izmenu Povelje Ujedinjenih nacija.

S druge strane, može se kao uteha imati u vidu činjenica da se u poslednje vreme ovakvi tribunali osnivaju uz saglasnost, ili čak na zahtev, lokalnih vlada.²⁷ Međutim, nakon svega, niko ne može garantovati da to uvek mora biti tako. Sem toga, ma koliko god ovakav način osnivanja imao prednosti, to je ujedno i njegova najgora mana. U takvim prilikama, vlade će to sigurno bar prećutno usloviti, neće biti gonjenja članova vlade, pa ni njenih simpatizera, ma šta učinili. Tribunal za Ruandu je jedan od takvih primera.²⁸

NASLEDJE

Uopšte. – Nema sumnje da će delovanje Tribunala ostaviti istorijske posledice, kako u međunarodnim okvirima, tako i na prostorima koje zauzimaju države nastale na teritoriji bivše Jugoslavije. Ali ne samo u okvirima prava, nego možda još više, na političkom²⁹, pa i istorijskom planu. Verujemo da će *ad hoc* Tribunal u Hagu ostaviti u svetskoj istoriji trag dubok bar koliko i Namberški proces.

Svesni opasnosti da je teško razlučiti pravne, političke i istorijske posledice jedne od drugih, učinićemo to samo povremeno i u najgrubljim crtama. Problem je utoliko kompleksniji što nije u pitanju samo sasvim prirodno prožimanje ovih

²⁷ To je slučaj sa Tribunalom za Ruandu, Specijalnim sudom za Sijera Leone, posebnim internacionalizovanim sudskim odelenjima u Kambodži i dr.

²⁸ Odogovarala je isključivo poražena strana, tj. pripadnici plemena Hutu. Na neprihvatljivost ovakvog pristupa ukazuje i raniji tužilac za oba *ad hoc* Tribunala, Karla Del Ponte u svojoj knjizi »Gospođa Tužiteljka: suočavanja sa najtežim ratnim zločinima i kulturom nekažnjivosti«, izdanje na srpskom, Beograd, 2008, str. 233–236. Iz tog teksta se može razaznati i da ju je njena želja da bar u izuzetnim prilikama optuži i nekog »s druge strane«, tj. iz plemena Tutsi, što je značilo i one koji su pod naklonošću vlade u Ruandi sa kojom su SAD održavale veoma dobre odnose, rezultiralo njenim prestankom obavljanja funkcije Tužioca Tribunala za Ruandu i izborom posebnog tužioca za taj Tribunal.

²⁹ »Sudjenja pred Tribunalom imaju inherentnu političku dimenziju i to moramo priznati«, tvrdi i jedan od vodećih svetskih eksperata za međunarodno krivično pravo W. Schabas u intervjuu za International War and Peace Reporting (IWPR), London, Tribunal Update No. 623, 9 November 2009. Ovo je danas u svetu manje – više nesporno, sporni su samo sadržina i obim te političke dimenzije.

aspekata minulih događaja i procesa. Kod *ad hoc* Tribunala u Hagu politika je u velikoj meri, naročito u pojedinim momentima, ali i u pojedinim segmentima njegovog rada, zamaglila i iskrivila kako pravne postavke, tako i činjenične osnove na kojim se mogu vršiti istorijska sagledavanja događaja.

Arhiva Tribunala, posmatrajući istu po njenoj sadržini, predstavlja civilizacijsku tekovinu. Savet bezbednosti je već odredio komisiju na čelu sa bivšim tužiocem Tribunala R. Goldstonom koja će dati određene predloge o čuvanju i korišćenju te arhive.³⁰

Naslede definisano od strane samog Tribunala

Kako su to na više mesta istakli najviši zvaničnici Tribunala³¹, sastavni deo izlazne strategije je i formulisanje onoga što treba da predstavlja ostavštinu Tribunala. Čini se da je upravo Tribunal najagilniji kada je u pitanju inicijativa da se to nasleđe definiše i organizuje njegovo dalje korišćenje. Organizovano je više konferencija na tu temu na kojima je bio dosta naglašen stav da nasleđe Tribunala na prvom mestu pripada zemljama bivše Jugoslavije, kao i na potrebi dovšetka osposobljavanja nacionalnih sudova na toj teritoriji za suđenja ratnim zločinima.³² U tu svrhu Tribunal se već potrudio da bar deo svog pravnog nasleđa uobliči u jedan priručnik, kao i da sam da neku ocenu postignutih rezultata. Taj priručnik, sa stanovišta međunarodnog krivičnog prava, svakako zaslužuje izuzetnu pažnju.

Priručnik razvijene prakse Tribunala. – Na dan 28 maja 2009. g. u Tribunalu je objavljen dokument pod naslovom »Priručnik razvijene prakse« (Manual on Developed Practices). Sačinjen je zajedničkim naporima osoblja Tribunala i UNICRI, tj. Interregionalnog instituta za istraživanje zločina i pravde Ujedinjenih nacija³³, po inicijativi pokrenutoj 2008. g. od strane tadašnjeg predsednika Tribunala F. Pokara. Cilj tog poduhvata je sačuvanje nasleđa putem nastavka rada na gonjenju ratnih zločina od strane domaćeg pravosuđa u bivšoj Jugoslaviji, ali i pomoć svim nacionalnim i internacionalnim jurisdikcijama u gonjenju zločina učinjenih u oružanom konfliktu³⁴, te je stoga ono što je po oceni onih koji

³⁰ V. o tome IWPR, No. 545. od 4.4.2008. g.

³¹ V. fusnotu 20. supra.

³² U momentu pisanja ovog rada poslednja je bila 23. i 24. februara 2010, održana u Hagu pod naslovom *Assesing the Legacy of the ICTY (Regulisanje nasleđa MKTJ)*.

³³ UNICRI (United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute).

³⁴ S. Calvani, direktor UNICRI u predgovoru Priručnika razvijene prakse.

su učestvovali u ovom radu bila dobra praksa Tribunala, uobličeno u jedan priručnik.

Priručnik, sačinjen na 240 strana, obuhvata metodologiju i primenjenu praksu Tribunala u svim aspektima njegovog rada na istraživanju i presuđenju konkretnih slučajeva, po izboru sastavljača i u skladu sa njihovim opredeljenjima. Bez sumnje, radi se o jednom dragocenom instrumentu koji će služiti ne samo proučavanju nečega što je bilo, nego predstavlja i nešto što je okrenuto budućnosti, kao korisna pouka budućoj međunarodnoj i nacionalnoj legislativi, praksi i jurisprudenciji. Naravno, ne treba smetnuti sa uma da daje ipak jednu idealizovanu sliku. Dakle, sliku onako kako je Tribunal trebao i morao da izgleda, ali, mi dodajemo, veoma često nije bilo tako. Ta praksa u dobroj meri nije konzistentna ne samo u različitim vremenima funkcionisanja Tribunala, što je uostalom, u određenoj meri i razumljivo, nego nažalost, i u isto vreme rada Tribunala. Štaviše, Tribunal se na momente trudio da tome nađe i opravdanje putem stava da je sasvim razumno da u istoj situaciji različite sudije mogu doći do različitih zaključaka koje treba uvažavati³⁵, kao i stava da se radi o različitim situacijama tamo gde u one u biti bile iste.

Opšta dostignuća Tribunala. – Tribunal na svom internet sajtu³⁶ ističe dostignuća Tribunala, posebno naglašavajući sledeće: odgovornost lidera; donošenje pravde žrtvama; davanje glasa žrtvama; utvrđivanje činjenica; razvoj međunarodnog prava; jačanje vladavine prava. U istom tekstu se to potkrepljuje primerima koji postoje u praksi Tribunala. Sem toga, ukazuje se na naročiti doprinos dat međunarodnom pravu ističući: da je Tribunal kreirao inovativni sistem proceduralnog prava kombinovanjem elemenata adversarijalne i inkvizitorijalne pravne tradicije; da je napravio najmodernije opremljeni sud u svetu sa podlogom i tehničkom opremom koja je uzeta kao model za druge moderne sudnice kao što je Međunarodni krivični sud i Specijalni sud za Sijeru Leone; da je ustanovio, razvio i sproveo jedan efektivni program za žrtve i svedoke; da je ustanovio jedinstveni sistem pravne pomoći i doprineo obrazovanju branilaca visoko kvalifikovanih da predstavljaju optužene za ratne zločine pred međunarodnim sudskim telima; da je stvorio sudsku bazu podataka celokupne svoje jurisprudencije čime je omogućio pristup u ogroman materijal iz oblasti međunarodnog proceduralnog i krivičnog prava.

³⁵ Počev od slučaja *Tadić* gde se u tom smislu citira sudija Vrhovnog suda SAD Holmes. Taj stav smo u praksi pred Tribunalom više puta izložili jakoj kritici na primer u *Appellant's Brief of Argument – Defence for the Accused Zoran Žigić*, 21 May 2002, pars 74–78.

³⁶ <http://www.icty.org/> na dan 1.5.2010. g.

Nakon toga, ukazuje se i na praksu Tribunala koja je dala definicije i bliže označila zločine koji su propisani Statutom Tribunala.

Kritički pristup oceni nasleđa Tribunala

Ne vidimo razloge da se generalno ne složimo sa ovim prethodnim konstatacijama koje se odnose uglavnom na pravno nasleđe. Mišljenja smo da zaista postoji takav doprinos Tribunala. Mogli bismo samo dodati da je pri svemu tome, doprinos Tribunala neuporedivo značajniji i bolji upravo u samoj regulativi i praksi krivične procedure koja je vođena, nego u materijalno-pravnim iskustvima i doprinosima druge vrste, posebno političkim i istorijsko-faktografskim. Ali, sva ta dostignuća mogu biti izražena u većoj ili manjoj meri. Još je značajnija primedba da su te konstatacije nepotpune. Konačno, od Tribunala nije ni bilo za očekivati da ukaže i na određene negativne posledice svoga osnivanja i rada. Posebno ćemo istaći nekoliko osnovnih primedbi koje, po našem mišljenju, možemo pripisati negativnom nasleđu Tribunala.

Osnivanje Tribunala. – Tako, najblaže rečeno problematičan način osnivanja, koji se brani logikom koja pledira na to da je u međunarodnom pravu skoro sve moguće, ozbiljno opterećuje međunarodno pravo i međunarodne odnose. Time je dato zeleno svetlo velikim silama da, pod plaštom nekakvog prava koje im služi za opravdavanje ovakvih akcija pre svega pred sopstvenom javnošću, mogu da rade šta hoće. Naše je uverenje da je upravo ovakav pristup koji je počeo osnivanjem Tribunala kulminirao bombardovanjem SR Jugoslavije³⁷ i pravnim opravdanjem istog, kao i agresijom na Irak i njenim pravdanjem.³⁸ Takva pravna logika zaista zastrašuje i, po našem uverenju je, po svet opasnija i pogubnija od samih događaja iza kojih stoji. Perspektive posledica takve logike mogu biti samo najcrnije.

³⁷ Dokle takva »logika« ide vidi se i po pravdanju toga da je zbog Kosova bilo nužno ubiti bombom i civila mađarske nacionalnosti u Horgošu, udaljenom 600 km od Kosova. Pri tom se još i »greškom« bombarduje ambasada Kine u Beogradu i ubija njeno diplomatsko osoblje, čime se ozbiljno zapretilo čovečanstvu *omnicidom*, tj. celokupnim njegovim uništenjem. Čak i da je bila greška, samo preduzimanje rizika takvih grešaka je opasno po sudbinu celokupnog čovečanstva.

³⁸ Treba samo uporediti uslove života građana Iraka i broj ubijenih od strane režima Sadama Huseina i uslove života i broj ubijenih nakon strane intervencije u Iraku. Do sada je broj ubijenih sigurno umnogome premašio broj ubijenih od strane pomenutog režima. A cenu tog rata, preko svetske ekonomske krize kojoj su koreni u SAD, plaća ceo svet. Poznati britanski i američki advokat i profesor Philippe Sands QC, smatra da su američka i britanska administracija ovakvim potezima objavile »rat pravu« publikujući to u svom bestseleru *Lawless World (Making and Breaking Global Rules)*, Penguin Books, London, 2006. – *Svet bez zakona (Pravljnje i kršenje Globalnih pravila)*.

Nedostatak regulative. – Dalje, skoro potpun nedostatak opšteg³⁹, pa umnogome i posebnog materijalnopravnog dela,⁴⁰ naročito ukoliko se definicije dela iz Statuta Tribunala prihvate kao procesno pitanje nadležnosti *ratione materiae*⁴¹, ne može nikako imati povoljnog odjeka ne samo u međunarodnom krivičnom pravu, nego može čak i oslabiti pojedine nacionalne pravne sisteme koji su pod jačim uticajem rada Tribunala. Pristup gde prethodno definisanje zakonom svih bitnih elemenata dela i uslova odgovornosti, pa i kazne, nije neophodno, i da sve to može činiti sud kasnije tokom suđenja, može imati poguban uticaj po krivično pravo uopšte. Sudska improvizacija, ma kako dobra bila, kao jedna od najbitnijih karakteristika rada Tribunala, nikako ne bi trebala da bude model ni u međunarodnom, niti u nacionalnom pravosuđu.

Pogrešan pristup uzrocima sukoba na teritoriji bivše Jugoslavije. – Po našem mišljenju, osnovni uzrok ratnih zločina je rat. Bez rata nema ratnih zločina. U slučaju bivše Jugoslavije to se odnosi i na druga dela propisana Statutom Tribunala, a u praksi Tribunala rat je izjednačen sa svakim oružanim sukobom većih razmera i produženog trajanja.⁴² Ali, ko je taj rat započeo i ko je odgovoran za njega? Tribunal nažalost, u odgovoru na to pitanje nije dao nikakav doprinos.

Naprotiv, prećutkujući tako važan momenat, njegov učinak je negativan. Kao što ćemo videti, njegov negativan doprinos je tu zapravo još znatno uvećan teškim zamaglivanjem i prikrivanjem uzroka rata, pa i znatnim iskrivljavanjem postojećih činjenica na štetu optuženih pojedinaca, čak i pojedinih naroda. Pri ovome naglašavamo da ne treba mešati pojedinačnu odgovornost za rat sa odgovornošću za ratne zločine. I strana koja nije odgovorna za rat može činiti ratne zločine, a strana koja je započela agresivni rat to ne mora učiniti ukoliko samo vođenje takvog rata nije propisano kao zločin.

³⁹ Tako i Z. Stojanović: *Ibid*, str. 167, 168.

⁴⁰ O teškoj deficijentnosti izvora materijalnog prava u postupku pred Tribunalom daju eksplicitne i detaljno elaborirane zaključke i A. Zahar & G. Sluiter: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p 105.

⁴¹ Dela koja se pominju u Statutu – Teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. g, povrede zakona ili običaja rata, genocid i zločini protiv čovečnosti (članovi 2, 3, 4. i 5), prema stavu tvorca tog Statuta, predstavljaju samo okvire nadležnosti Tribunala. Oni nisu nadležni da definišući zločine stvaraju novo pravo, već samo da utvrde nadležnost Tribunala da sudi za zločine koji su već postojali u međunarodnom običajnom pravu.

⁴² Praksa Tribunala ne daje definiciju rata i izjednačava intenzivniji i trajniji oružani sukob sa ratom. Neka određenja o tome praksa Tribunala je dala, a toga se i kasnije pridržavala, još u odluci Žalbenog veća po interlokutornoj žalbi na nadležnost u slučaju *Tadić* od 2.10.1995. g.

Statut Tribunala, za razliku od na primer, Tribunala u Nirnbergu, ne poznaje dela koja se odnose na započinjanje, vođenje i odgovornost za izbijanje rata. Ako je, kako rekosmo, osnovni uzrok ratnih zločina sam rat, kakav onda doprinos suzbijanju tih zločina može dati jedna ovakva koncepcija? Kako neki, uz puno kritičkih tonova primećuju, Tribunal je »razveo« *ius ad bellum od ius in bello*.⁴³ Šta je onda bilo uzrok ratova⁴⁴ na teritoriji bivše Jugoslavije?

Kroz svoja optuženja, bar ona koja se odnose na optužena lica srpske nacionalnosti a toga je u apsolutnim razmerama najviše, stav je Tribunala da je to želja velikog broja pojedinaca srpske nacionalnosti da se otarase »ne-Srba« ili pojedinih drugih nacionalnosti.⁴⁵

Da li bi bilo rata u Hrvatskoj da su Hrvati glasali za opstanak u zajedničkoj državi, ili još prirodnije, da nisu uopšte postavljali to pitanje? Da su ostali u državi koju su i zajednički stvarali⁴⁶ – Jugoslaviji, da li bi tada Srbi u Hrvatskoj posezali za oružjem i »dizali ustanak«? Da li bi bilo rata u Bosni i Hercegovini da su se na isti način ponašali Muslimani? I da nisu tražili ne samo odvajanje od zajedničke države nego i da protivno volji srpskog naroda iz zajedničke države silom izvedu i srpski narod, određivši mu pri tom za predsednika ličnost koja je osuđivana zbog političkih i fundamentalističko-religioznih aktivnosti sa tezom da je suživot između muslimana i ne-muslimana nemoguć. Da li bi bilo rata na Kosovu da su Albanci odlučili da nastave da žive u tadašnjoj SR Jugoslaviji?

Na sva ova pitanja, čak i najekstremnije pristalice pomenutih nacionalnosti su odgovarali negativno. Zaista, ne bi bilo nikakvog razloga za ratovanje, a najbolji dokaz za to je i činjenica da od nastajanja Jugoslavije nikakvog rata nije bi-

⁴³ D. Zolo: *Invoking Humanity – War, Law and Global Order*, Continuum, London – New York, 2002, p. 122.

⁴⁴ Čak se i uzrok rata može posmatrati sa aspekta onoga što je prouzrokovalo rat, tj. što postoji u momentu započinjanja, i onoga zbog čega se rat vodi u smislu šta se ratom želi postići, mada se obično ovi pojmovi preklapaju. U svakom slučaju, oni koji vode rat veoma često o tome ne prikazuju prave razloge. Tako D. Francis: *Rethinking War and Peace*, Pluto Press, London, 2003, p. 22.

⁴⁵ Ovde nećemo ni navoditi konkretne primere, taj termin i ta sintagma su prisutni u svakoj optužnici ili predmetu Tribunala sa optuženim licima srpske nacionalnosti. Jedna od odbrana u predmetu *Kvočka i dr.* je žestoko kritikovala ovakav pristup tražeći, između ostalog, da Tužilaštvo objasni da li pod »ne-Srbima« podrazumeva i na primer, Ruse, Ukrajince kojih je puno bilo na teritoriji koja je predmet optužnice, Grke i sav ostali svet stavljajući tako Srbe naspram celog sveta, kao i da li pod tim podrazumeva čak i Muslimane i Hrvate koji su ostali lojalni nekadašnjoj zajedničkoj državi Jugoslaviji i stoga se našli na srpskoj strani u sukobu.

⁴⁶ U takvom kontekstu, oni koji izlaze iz države koju su stvarali i u čijoj vlasti su učestvovali, a da pri tom izlasku ne reše pitanje funkcionisanja zajedničkih organa te države, ovde na primer JNA, snose dobar deo odgovornosti zbog nekontrolisanog funkcionisanja tih zajeničkih organa. Tim pre što su u tim organima dobrim delom ostavili i svoje kadrove.

lo sve dok se nije postavilo pitanje izdvajanja iz zajedničke države.⁴⁷ Rata u Bosni i Hercegovini, kao i u Hrvatskoj, nije vekovima pre toga bilo između naroda koji žive na tim teritorijama. Zašto toga nema ni u Srbiji kao multietnički najizraženijoj državi⁴⁸ na prostorima bivše SFRJ? Zašto sukoba nije bilo između pripadnika različitih nacija koji su se našli na istoj strani. Pri tom je to izdvajanje iz zajedničke države izvršeno nasilnim putem i bez saglasnosti nadležnih organa te države.

Dakle, u pitanju je politička podela kao uzrok rata započetog 1991. g, podela ljudi na one koji su bili za rasturanje postojeće zajedničke države i na one koji nisu bili za to. Nije bila u pitanju mržnja prema drugim nacijama i religijama, sigurno ne u prvom planu, naročito od strane Srba, kako to Tribunal ostavlja celom svetu u nasleđe, nego politička podela na one koji su bili za postojeću zajedničku državu Jugoslaviju i na one koji su bili protiv. Što se religije tiče, treba imati na umu da se u momentu izbijanja sukoba, a nakon dugog perioda vladavine komunista i socijalističkog sistema, radilo u najvećoj meri o ateistički nastrojenom stanovništvu. Ateizam je posebno bio izražen baš kod Srba, a oni se najviše okrivljuju za sukobe. Nacija i religija su samo poslužile, pre svega nesavesnim političarima, kao dobro sredstvo u tom čisto političkom cilju.

Konačno, ako taj politički cilj nije bio prisutan onda bi to značilo da su Srbi taj rat povelili samo iz mržnje prema drugima, koja se u tom momentu bezrazložno rasplamtala, što je bemisljeno. Ne zaboravimo da su najčešće označeni kao agresori i inicijatori, ali protiv čega je to onda moglo biti ako uzrok sukoba nije bio separatizam pojedinih republika. A od postojanja koncepta »Velike Srbije« je i Tribunal u slučaju *Milošević* odustao.

Prihvatanje političkog razloga o opstanku zajedničke države kao uzroka rata započetog 1991. g. je ne samo tačnije, nego i neuporedivo prihvatljivije rešenje sa aspekta pomirenja. Ako je uzrok nacionalna i religiozna netrepeljivost⁴⁹, taj uzrok je imanentan, i dalje postojeći, ponekad pritajen, pa je za otklanjanje istog neophodno neuporedivo više vremena i nastojanja. Štaviše, nakon

⁴⁷ Sukoba između Srba, Hrvata i Muslimana je bilo i za vreme Drugog svetskog rata, mada je veliki broj pripadnika ovih naroda bio i na istoj strani. Ali i tada je kao osnovno, bilo postavljeno pitanje postojanja zajedničke države.

⁴⁸ O multietničnosti Bosne i Hercegovine u ovom trenutku nismo u mogućnosti da damo neku ocenu, budući da je ta multietničnost pod potpunom kontrolom, pa i prisilom, stranih faktora. U vezi sa tim, posebno je neobjašnjiv stav »međunarodne zajednice« da je suživot Srba, Hrvata i Muslimana nemoguć u velikoj državi kao što je bila Jugoslavija, a da toga mora biti u znatno manjoj Bosni i Hercegovini.

⁴⁹ Naravno, moguće je da ima takvih antagonizama, kao što ih ima u najvećem broju zajedničkih država, na primer između Engleza i Škota. Ali takvi antagonizmi, ili po broju nosioca, ili po intenzitetu nisu dovoljni da sami po sebi postanu primarni izvor krvoprolića.

tako krvavog rata, ta netrepeljivost i mržnja mogu samo da budu još veći. Ako je pak, uzrok rata opstanak bivše Jugoslavije, te države više nema, osnovni uzrok je otklonjen, potrebno je samo lečiti rane nastale u sukobu.

No, najveći problem u prihvatanju političkog razloga – pitanju opstanka Jugoslavije kao uzroka rata, je to što bi se onda lako utvrdila odgovornost pojedinaca i država koji su u tom najznačajnije doprineli. Onih koji su doprineli rasturanju bivše Jugoslavije.⁵⁰ I to je ono što odgovorni za rat žele da izbegnu i prikriju. A to je ono što i u nasleđu Tribunala ostaje sakriveno i iskrivljeno. Nije neobično, pravi uzroci rata su od pamtiveka sakrivani.⁵¹ I sama činjenica da Tribunal, kroz svoje optužnice i presude natura nacionalnu i religioznu mržnju kao uzrok rata, negativno utiče na odnose ranijih strana u sukobu. Najčešće zato što će se jedni smatrati samo žrtvama i oštećenim, a drugi pred celim svetom prevaranim i neopravdano ozloglašanim. Ovde naravno, govorimo samo o prikazivanju uzroka rata, Tribunal je ipak, kroz osude pojedinačnih slučajeva prikazao da »nema nevinih«, a da je razlika samo u težini i obimu dela.

U vezi takvog pristupa uzrocima sukoba na teritoriji bivše Jugoslavije, Tribunal čini još jednu kardinalnu grešku. Ovog puta to je, ne samo politička i istorijska, nego i pravna greška, budući da često ima implikacija na konkretnu ocenu postojanja dela iz njegovog Statuta, a to je da poistovećuje ratnog neprijatelja, tj. zaraćenu stranu sa nacijom, odnosno etnicitetom. U daleko najvećem broju ratova, zaraćene strane u tom sukobu se poklapaju sa različitim nacijama, pa i religijama.⁵²

U Drugom svetskom ratu, ratovali smo sa Nemcima. No, da li je to samo zato što su Nemci, što bi moglo proisteći iz današnje prakse Tribunala, ili zato što su nam bili ratni neprijatelji? Da ne govorimo i o drugim događajima, na pri-

⁵⁰ Na ovom mestu ćemo dati samo jedan primer sadejstva stranog i domaćeg faktora. U svojoj knjizi memoarskog karaktera, nekadašnji načelnik glavnog štaba Armije BiH za vreme A. Izetbegovića, Sefer Halilović, *Lukava strategija*, Sarajevo, 1997. na mnogo mesta iskazuje da je i pre početka sukoba bio ekstremni pristalica rata i da rata svakako mora biti. Indikativno je da je za ratne zločince proglasio i Njegoša i Vuka Karadžića (v. str. 182. knjige), a naročito je interesantan njegov opis događaja neposredno pred neuspele pregovore sa srpskom stranom januara 1993. g. u Švajcarskoj: »Tu noć sam spavao u Genšerovoj vili« (str. 22. memorara). Da se podsetimo, Hans Ditrh Genšer je tada bio izuzetno uticajni ministar spoljnih poslova Nemačke.

⁵¹ Tako, o tome piše još Hugo Grocijus govoreći o nepravednim uzrocima rata: »Ovaj Aleksandar Veliki je zaratio sa Darijem pod izgovorom odmazde za nedela koja su Persijanci učinili prema Grcima. Ali stvarni motiv tog hrabrog i preduzmljivog heroja je bio lako sticanje bogatstva i vlasti na teritorijama o kojima se mu ekspedicije Ksenofona i Agesilausa otvorile poglede.« (Hugo Grotius: *On the Law of War and Peace*, Batoche Books, Kitchener, Ontario, Canada, 2001, p. 226, prevod na engleski jezik *De Jure Belli ac Pacis*, 1625. od trane A.C. Campbell-a.

⁵² Pravilo je i da se nacionalne i verske razlike koriste za pojačanje »borbenog morala« i netrepeljivosti prema neprijatelju.

mer, savezničkom bombardovanju Nemačke, da li je to rađeno protiv Nemaca samo zato što su Nemci? Da li su atomske bombe bačene na Japance samo zato što su Japanci? Neko bi tu mogao čak reći da postoji i jedno i drugo. Mislimo da je i to sasvim pogrešno, mada bi bukvalno moglo biti tako, ali mržnja i netrepeljivost prema Nemcima⁵³ su u bitnom, i u kritičnom momentu, bili samo proizvod činjenice da su ratni neprijatelj.

Netrepeljivost i to u tolikom stepenu je izazvana tačno određenim razlogom. Samo pripadnost drugoj naciji nije dovoljna za nameru ubijanja i istrebljivanja. Za vreme postojanja bivše Jugoslavije i mimog i lojalnog života u njoj bilo bi suludo čak i pomisliti da neko ima nameru da istrebi Muslimane.

Ponekad je zaista teže razlučiti ove dve kategorije, ali mislimo da je to itekako neophodno, što Tribunal u svojoj praksi nikad nije činio. Nije isto vršiti progon prema ratnom neprijatelju zato što je ratni neprijatelj, s jedne strane, i prema pripadnicima druge nacije samo zato što su pripadnici druge nacije, s druge strane. Ogromna je tu razlika sa više aspekata, ali Tribunal to ni po jednom ne primećuje. Ukazaćemo samo na neke. Pre svega, progon neprijatelja je u dobroj meri dozvoljen u oružanim sukobima i to čini samu prirodu sukoba. Oružani sukob *per definitionem* sadrži u sebi određene progone koji se po prirodi stvari moraju odnositi i na lica koja su nesumnjivi civili⁵⁴, da ne govorimo o borcima koji su položili oružje ili su na drugi način onemogućeni da se bore, o onima koji snabdevaju i na drugi način pomažu neposredne učesnike sukoba i o mnogim drugima. A definicija progona kakvu je stvorila regulativa i praksa Tribunala⁵⁵ uvek obuhvata i progon neprijatelja bilo koje vrste.⁵⁶

⁵³ I u svakodnevnom žargonu, na primer na Sremskom frontu, je češće korišćena sintagma »bijemo Nemce«, nego, na primer, »bijemo ratnog neprijatelja« i treba zamisliti kakav bi odraz takav žargon imao kod svedočenja u jednom sudskom postupku. Površan pristup bi doveo do zaključka da je neko ubijao Nemce samo zato što su Nemci, što vodi ka definiciji genocida.

⁵⁴ Tako na primer, zar bi se moglo tretirati progonom otpuštanje sa ključnih mesta u vojsci, policiji, politici, pa i privredi, onih koji su otvoreni simpatizeri suprotne strane u ratnom sukobu. A na primer u BiH, ta lica su uvek istovremeno bila i Muslimani, Srbi ili Hrvati. Drugo, zar se ne može goniti neprijatelj koji, izmešan sa civilima, upotrebljava oružje protiv druge strane, kao što je to skoro kao pravilo bilo u BiH, itd. Neke granice u tome praksa Tribunala nije definisala.

⁵⁵ Još u prvostepenoj presudi u slučaju *Tadić* sudije Tribunala priznaju da pojam progona nije jasno definisan u međunarodnom krivičnom pravu (paragraf 694) i da bi to trebalo da bude neko delo kojim se sa namerom diskriminacije povređuju fundamentalna prava pojedinaca (paragraf 697). Posebnu zbrku o pojmu progona je praksa Tribunala napravila u slučaju *Kordić i Čerkez*, kako u prvostepenoj, još više u drugostepenoj presudi.

⁵⁶ Naravno, praksa Tribunala je izbegavala da optužuje i sudi u onim situacijama gde je takav progon očigledno deo legitimnih ratnih operacija, ali to ne znači da je definicija progona kakvu je prihvatio Tribunal takve situacije isključila.

Ako se ratni neprijatelj poklapa sa etničkom grupom, po ovakvoj logici prakse Tribunala, ne sme se uništavati čak i u najtežem sukobu jer bi to predstavljalo genocid. Ne sme se ni progoniti. A pošto se ratni sukobi najčešće poklapaju sa time, to bi se odnosilo na skoro svaki rat. Tu se gubi granica između ratnih zločina i genocida⁵⁷ i zločina protiv čovečnosti⁵⁸ u ratu i samog pojma rata, odnosno oružanog sukoba. Isto tako, istrebljenje grupe »kao takve« prema Konvenciji o genocidu⁵⁹, po našem mišljenju, podrazumeva pripadnike određene grupe samo kao takve⁶⁰, dakle u konkretnom slučaju samo zato što su na primer, Muslimani, a ne zato što su zbog nastojanja da rasture zajedničku državu postali ratni neprijatelj. To upravo može biti i jedini smisao reči »kao takve« jer bi drugačije, te reči bile potpuno suvišne. Drugačije, došli bismo i do potpuno apsurdnih zaključaka. Tako na primer, logikom prakse Tribunala bi mogli doći do zaključka da su Rusi, Englezi, čak i Poljaci učinili genocid prema Nemcima. Dakle, protiv ovakvog poimanja stvari kod Tribunala govori i *argumentum ad absurdum*.

Na značaj reči »kao takve« obraćena je velika pažnja još prilikom usvajanja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida od 1948. g. Njima se apostrofira poseban motiv u nameri uništenja grupe. Motiv je ovde bitan element ne samo namere, nego time i dela. »Namera da se uništi grupa nije dovoljna za postojanje genocida ukoliko se motivi ne baziraju na naciji, rasi ili religiji, nego, na primer, ako je uništavanje izvršeno prilikom vođenja rata, ili sa namerom pljačke, profita ili slično.«⁶¹ U praksi Tribunala međutim, gotovo da nije posvećena nikakva pažnja rečima »kao takve«.⁶² I uopšte, pravna praksa oba *ad hoc*

⁵⁷ Za razliku od ratnih zločina, genocid se može izvršiti i u miru. To bi preostalo kao jedina razlika no, i to je samo od teoretskog značaja. Tačno je da definicija genocida tako postavlja stvari, ali je praktično teško zamisliti da se neka grupa može istrebiti bez bilo kakvog oružanog sukoba.

⁵⁸ Generalna skupština UN je već Rezolucijom br. 47/121 od decembra 1992. g, tj. pre početka rada Tribunala, izjednačila »etničko čišćenje« u BiH i genocid. Tribunal to međutim, ispravno kvalifikuje kao progon tj. kao oblik zločina protiv čovečnosti. Na ovakvom izjednačavanju Republika Hrvatska bazira svoju tužbu zbog genocida protiv Srbije pred Međunarodnim sudom pravde.

⁵⁹ Član II Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. g. i član 4. stav 2. Statuta Tribunala.

⁶⁰ To je na primer, slučaj u Ruandi, gde je istrebljivanje vršeno samo zbog pripadnosti određenom plemenu.

⁶¹ Nehemiah Robinson: *The Genocide Convention, Its Origins and Interpretations*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, New York, 1949, p. 16.

⁶² Tako i A. Zahar & G. Sluiter: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 179. Pokušaj, čini nam se sasvim neuspešan i neobuhvatan, je učinjen tek u slučaju *Niyitegeka*, jula 2004. g. pred Tribunalom za Ruandu. Dakle, i to je učinjeno nakon pravosnažnosti prve presude o događajima u Srebrenici u predmetu *Krstić*.

tribunala koja definiše genocid je »nekonzistentna i leži na slabim temeljima«. ⁶³ Kod Tribunala je ovaj problem još unekoliko složeniji jer je u pitanju bio građanski rat, posebno u Bosni i Hercegovini, koji je doneo i najviše žrtava. Tu postoji problem kod preciznijeg definisanja ratnog neprijatelja. U građanskom ratu, naročito sa teritorijalno izmešanim stanovništvom je često veoma teško razlikovati civile od boraca, a naročito simpatizere i borce jedne ili druge strane ⁶⁴, pa i praktično veliki deo njihove pozadine. Same Ženevske konvencije iz 1949. g. koje definišu status civila i status borca, svojim nepreciznim formulacijama nisu od neke pomoći. Naprotiv, insistiranjem da u građanskom ratu ne mogu učestvovati građani ⁶⁵ nego samo borci. tj. oni koji nemaju status civila, doprinose još većem zamešateljstvu.

Druge pogrešne istorijsko-faktografske postavke. – Postoje i druge zamerke koje se mogu Tribunalu staviti u vezi istorijskog nasleda. Tako, na primer, prema optužnicama Tribunala niko nije Srbe u Bosni i Hercegovini »etnički čistio«, iako je sasvim nesporna činjenica da su prognani sa mnogih područja. ⁶⁶ Poznato je šta se dogodilo u Mostaru. Glavni grad Hercegovine i drugi po važnosti u državi je nastanjivalo nešto više od 100.000 stanovnika, otprilike po trećinu Muslimana, Hrvata i Srba. To je bio i kulturni centar srpskog naroda. ⁶⁷ Već nakon prve godine rata taj grad kao i njegova okolina su u celosti »očišćeni« od Srba, ostalo ih je samo nekoliko stotina ⁶⁸, a na teritoriji Mostara su osnovani brojni logori za Srbe. U gradu su ostali samo Hrvati i Muslimani, koji su nešto kasnije

⁶³ A. Zahar & G. Sluiter, Ibid, p. 196.

⁶⁴ U Bosni i Hercegovini je postojala i treća, pa i četvrta strana. Uz osnovni sukob između Srba i Muslimana (sa Hrvatima ili bez njih), jedno vreme je postojao i sukob između Hrvata i Muslimana, a isto tako sukob između Muslimana koji su bili lojalni F. Abdiću i onih koji su bili pod komandom A. Izetbegovića. U vezi ovoga, često se pravi i greška isticanjem da su sve muslimanske žrtve posledica isključivo sukoba sa Srbima.

⁶⁵ Autor je ovo isticao i pred sudskim većem Tribunala gde to na engleskom jeziku zvuči još čudnije s obzirom na termine građanski rat (civil war) i građanin u našem smislu civilnog lica a ne borca (civilian). »According to Geneva Conventions there could be no civilians in the civil war.«

⁶⁶ Prema optužnicama Tribunala, sve do kraja 1999. g. i postavljenja Karle Del Ponte za Tužioca Tribunala, samo Srbi su vršili »etničko čišćenje« i progone drugih nacija na celoj teritoriji bivše Jugoslavije, uz jedini izuzetak da su Hrvati to učinili sa Muslimanima u dolini Lašve. A Srbe baš niko nije »etnički čistio« i progonio.

⁶⁷ Setimo se samo A. Šantića, J. Dučića, S. Ćorovića i dr.

⁶⁸ *Stradanje Srba u Mostaru i dolini Neretve, knjiga dokumenata*, Komesarijat za izbeglice Republike Srbije, Beograd, 1996. g. priredila D. Bojić koja u predgovoru (str.32.) kaže: »Kada se predratni broj od 55.000 Srba u Mostaru i dolini Neretve uporedi sa današnjih nekoliko stotina Srba, koji su na neki način ostali da žive, može se jasno sagledati strašna istina o genocidu nad Srpskim narodom.«

počeli međusobne sukobe. No, nijedna optužnica za zločin protiv Srba u Mostaru ne postoji, ali zato postoje dve optužnice zbog navodnih zločina koji su Srbi učinili u Mostaru.⁶⁹ Postoji i nekoliko optužbi protiv Hrvata, ali zbog zločina samo nad Muslimanima⁷⁰. Iz prakse Tribunala istorija može izvući samo naopak zaključak o stvarnim događajima na teritoriji Mostara.

U nastojanju da prikažu da potpuna netrepeljivost Srba prema muslimanskom življu ima mnogovekovnu tradiciju i time daju podlogu za osude koje se temelje samo na netrepeljivosti prema toj grupi, sudska veća Tribunala često nisu prezala od toga da iskrivljuju istoriju, pa i da vrše određene nedozvoljive pritiske.⁷¹

Najzad, ono što će za opštu istoriju sveta ostati kao krajnje negativni primer koji je dao *ad hoc* Tribunal za bivšu Jugoslaviju, to je upravo zataškavanje istine o događajima u Račku, januara 1999. god. Nesporno je da su ti događaji bili povod za besomučno bombardovanje cele jedne zemlje tokom više meseci i intervenciju NATO-a na Kosovu. »Račak je bio naravno, odlučna tačka po kojoj je NATO doneo odluku o bombardovanju.«, kaže čak i tužilac Džefri Najs (Geoffrey Nice) u slučaju *Milošević*⁷². Zbog tog događaja je Tužilaštvo Tribunala sprovelo istragu, podiglo optužnicu, sudije Tribunala su potvrdile optužnicu za taj događaj, a onda, između ostalog i zbog tog događaja, uhapsile predsednika jedne države i osam godina⁷³ sudile. Pa gde je onda »istorijski zapis« o tom događaju, što je deo ostvarenja istorijskog zadatka i nasleđa koje treba da ostavi Tribunal?

Već u suđenju Miloševiću, iako se branio sam, postalo je sasvim jasno da je događaj u selu Račak bio »montiran« i to uz učešće značajnih međunarodnih

⁶⁹ Optužnice protiv *M. Perišića i V. Šešelja*.

⁷⁰ *V. Martinović i Naletilić*, zvani »Štela« i »Tuta«, a nekog dodira sa Mostarom ima i optužnica protiv *Prlića i dr.*, takođe Hrvata zbog zločina nad Muslimanima.

⁷¹ Tako, na primer, autor ovog rada je u svojstvu jednog od branilaca, u jednom podnesku sudskom veću Tribunala u slučaju *Kvočka i dr.*, osetivši kuda vodi utvrđivanje istorijskog konteksta po kome su se pripadnici srpskog naroda uvek borili protiv muslimanskih zavojevača, istakao da nije baš uvek bilo tako i da je najveći srpski junak Kraljević Marko bio turski vazal te da je i poginuo boreći se na strani Turaka protiv hrišćana u bitci na Rovinama 1395. protiv vlašskog vojvode Mirčee. Na statusnoj konferenciji pred prvostepenim većem Tribunala koja je 24.2.2000. g. povodom podneska usledila a kome ovaj branilac nije prisustvovao, predsednik sudskog veća je najvidljivije iskazivao izrazito nezadovoljstvo zbog očiglednog remećenja nekih njegovih istorijskih koncepcija, te je izvršio pritisak da drugi branilac koji je prisustvovao ročištu taj podnesak povuče, što je ovaj i učinio.

⁷² Predmet IT-02-54, transkript, str. 5.707.

⁷³ Povodom Račka, Tribunal je sudio Miloševiću do njegove smrti marta 2006. g, ali je isti događaj predmet optužnice protiv *Milutinovića i dr.*, po kojoj je prvostepena presuda doneta 26.2.2009. g. Osam godina je suđeno, budući da je suđenje Miloševiću počelo 2001. g, ali je optužnica podneta i potvrđena još dve godine ranije.

faktora i pojedinaca.⁷⁴ To je očigledno bilo jasno i sudiji Bonomiju (Iain Bonomy) iz Velike Britanije⁷⁵ koji je u svojstvu predsedavajućeg nastavio da sudi i predmet *Milutinović i dr.*, i sa istim optuženjem za Kosovo. No, u tom procesu je bilo mnoštvo optuženih a još veći broj njihovih branilaca, te bi, da se o tome sudilo, istina o Račku izbila na videlo. Stoga je Bonomi, ne poštujući čak ni ovlašćenja i ulogu Tužioca, na pretresu održanom 7.7.2006. g. odlučio da se o Račku⁷⁶ neće izvoditi dokazi, niti suditi, ali da to ostaje u optužnici.⁷⁷ Dakle, na suđenju će biti lica koja su optužena zbog događaja u Račku, taj događaj ostaje u optužnici i iz iste se ne povlači⁷⁸, ali se optuženima za to neće suditi i ne dozvoljava se »do daljeg« izvođenje bilo kakvih dokaza o tome! Tako je sa donošenjem prvostepene presude u tom slučaju pitanje Račka ostalo netaknuto iako postoji u optužnici, pa je u presudi sudsko veće Tribunala, pozvalo stranke da se u roku od dve sedmice izjasne na pitanje suda kako da se sa ovime nastavi nakon prvostepene presude.⁷⁹

Na ovu tešku besmislicu, da sudsko veće nakon što je donelo prvostepenu presudu pita stranke šta će dalje sa optuženjem po kojem je zabranilo svaki rad, nije se izjasnila nijedna odbrana od šest optuženih, dok je tužilaštvo u svom podnesku iskazalo stav da mu je praktično onemogućeno da vodi postupak po ovoj tački i da je nakon presude sada nešto tako bespredmetno. Nakon toga, sudsko veće je donelo naredbu kojom deklarise da nema više optužbi protiv svih optuženih u tom predmetu.⁸⁰

⁷⁴ Vidi o tome S. Stojanović: *Suđenje Miloševiću nije bilo fer – Prilog pitanju Kosova i Metohije*, Beograd, 2008, str. 63–65.

⁷⁵ Kakvu je pozadinu imao ovaj britanski građanin, opšte je poznato. Treba se samo prisestiti izjava najviših britanskih političara o Kosovu. Na sam dan Miloševićeve smrti 11.3.2006. g. ministar spoljnih poslova V. Britanije J. Straw je izjavio da Kosovo treba da bude nezavisna država, a suviše je podsećati se da je Blerova administracija prethodno bila nosilac kampanje bombardovanja SRJ. Takođe, interes građana V. Britanije je bio i da tužba koju je Milošević u ime tadašnje SRJ podneo još 29.4.1999. g. protiv V. Britanije Međunarodnom sudu pravde ne uspe. Ta tužba je odbačena tek 2004. g.

⁷⁶ Pored Račka, problematični su bili i događaji u selu Padalište i zatvoru Dubrava. U ovom poslednjem, optužene su srpske snage da su u vreme NATO bombardovanja pobile zatvorenike albanske nacionalnosti na čijim leševima je utvrđeno da su stradali od avionskih bombi. Stoga je sudija Bonomi uz Račak priključio i ove događaje.

⁷⁷ To je 11.7.2006. g. potvrđeno i pismenom odlukom sudskog veća sa predsedavajućim sudijom Bonomijem – *Decision on Application of Rule 73bis*, predmet IT-05-87-T.

⁷⁸ Da je Račak povučen iz optužnice to bi strahovito odjeknulo u celom svetu, pa je tražena neprimetnija forma, makar bila i pravna besmislica.

⁷⁹ Case No. IT-05-87-T, Judgement, 26.2.2009, Volume III, para 1213.

⁸⁰ *Public order regarding Prosecution's Submission with respect to Rule 73bis(D)*. U toj naredbi u vezi presude koja je doneta, između ostalog, stoji: »Pravni rezultat je bio takav da su optužbe u optužnici koje se odnose na paragrafe 74(a), (e) i (j) još postojale i šestoro optuženih je bilo

Ovaj, u istoriji nezapamćeni pravni nonsens poslužio je Tribunalu da bi prikrrio istorijsku istinu o događajima u Račku i za to prikrivanje su odgovorne isključivo sudije Tribunala. Nažalost, iako je i ovakav potez Tribunala iole upućenima sasvim jasna poruka o događajima u Račku, medijsko ćutanje i manipulacije su učinile da se ovo ne primeti.

No, izgleda da su sudija Bonomi i sudsko veće kojim je predsedavao, tražili načina da se »oduže« srpskoj strani u postupku, ali i da preduprede negodovanja i dalju raspravu po ovakvim besmislicama, pa su provooptuženog Predsednika Republike Srbije oslobodili zbog svih optužbi po optužnici zbog događaja na Kosovu i Metohiji. Predsedavajući sudija Bonomi je 26. 2. 2009. g. prilikom javnog proglašenja te odluke rekao: »Sudsko veće ne prihvata da je Milutinović imao zakonsku obavezu da deluje na sprečavanju događaja koji su se desili na Kosovu.«⁸¹ Dakle, predsednik Srbije navodno nije imao nikakvu zakonsku obavezu da bilo šta sprečava na Kosovu! Ovome zaista nije potreban bilo kakav komentar, dovoljno je samo da se upitamo, a kakvu su onda to zakonsku obavezu da sprečavaju ono što se desilo na Kosovu imali svi ostali, tj. petoro osuđenih lica.⁸² Očigledno je »slučaj Račak« možda i najcrnja mrlja u postojanju Tribunala, kako sa aspekta prava, tako i sa aspekta beleženja istorijskih događaja. Ovde treba naglasiti da u svetu postoji velika zainteresovanost za deo nasleđa Tribunala koji se odnosi baš na faktičke događaje.

Mnogi renomirani univerziteti i instituti su zainteresovani upravo samo za istoriju događaja kakvu je utvrdio Tribunal sa orijentacijom da to prikažu kao jedno od najznačajnijih dostignuća Tribunala.⁸³ Uostalom, smatra se da je i jedna od osnovnih vrednosti u filozofiji međunarodne krivične pravde beleženje istorije i postavljanje sećanja na događaje kao deo socijalne realnosti.⁸⁴

optuženo u odnosu na iste, ali te optužbe nisu bile predmet sudske procedure protiv Milutinovića.« (paragraf 2. te naredbe).

⁸¹ Judgement Summary, 26.2.2009, p. 12.

⁸² Oslobođajuća odluka za Milutinovića međutim, propraćena je dosta detaljnim i dugačkim obrazloženjem u presudi koje otkriva jedan sasvim neuobičajen pristup u praksi Tribunala, a koji s obzirom na karakter, pa i dužinu neophodnih objašnjenja ne može pripadati polju obrade teme ovog rada. Ipak, možemo se zapitati i da li tvrdnja da Predsednik Srbije nema nikakvih obaveza prema Kosovu sadrži i neku političku kalkulaciju. Vidi o tome presudu – *Judgement, Vol 3*, 26 February 2009 (Case No. IT-05-97-T), pp. 42–144 (paras 99–284).

⁸³ V. na primer, Human Rights Institute, University of Connecticut i studija *Judging History: The uses of Historical and Background Contextual Evidence at the International criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, istraživanje koje se i u ovom trenutku vrši pod vođstvom prof. R. Wilson-a i prof. A. Corin-a.

⁸⁴ Ch. Bassiouni: *International Criminal Justice in the Age of Globalization* in: *International Criminal Law: Quo vadis?*, International Conference in Siracusa, Italy, 2002, Association Internationale de droit penal, 2004, p. 153. Pored ove vrednosti, autor navodi još prevenciju putem

Na kraju, ovakve ocene o istorijskom nasleđu Tribunala se sa određenog aspekta mogu donekle i ublažiti. Naime, Tribunal je nastao na osnovama koje je izgradila strahovito iskrivljena i lažna politička propaganda, uglavnom na štetu istine i prava, kao i srpskog naroda. Na takvim osnovama je započeo svoj rad, pa i radio sve do druge polovine 1999. g. koji period se poklapa sa zauzimanjem Kosova od strane NATO pakta i dovođenjem Karle Del Ponte za Tužioca Tribunala. Ako se ima u vidu slika koja je u svetu postojala o događajima na teritoriji bivše Jugoslavije pre početka rada Tribunala, pa i do sredine 1999. g. i sada, onda se mora priznati da je Tribunal svojim radom umnogome pomerio neke granice i mnoge zablude i iskrivljene slike razbio.

Neuspeh na očuvanju i uspostavljanju mira. – Ne treba zaboravljati ni da se jedini pravni osnov osnivanja Tribunala nalazi u poglavlju VII Povelje Ujedinjenih nacija koje govori o merama za očuvanje i uspostavljanje mira u svetu. Ni sa tog aspekta, iako mu je to jedini pravni osnov postojanja, Tribunal apsolutno nije uspeo.⁸⁵ Najveći zločini, kao što su na primer događaji u Srebrenici jula 1995. g. pa čak i rat na Kosovu od 1998. i 1999. g. dogodili su se tek nakon osnivanja Tribunala i početka njegovog rada. Štaviše, kako neki tvrde, »po prvi put u istoriji, ratovi su vođeni pod supervizijom jednog međunarodnog krivičnog suda nadležnim da presuđuje o zločinima svake strane. Delujući na neki način kao arbitar u sportskom meču, pripadnici suda su često stupali u bitku, vodeći istrage, izražavajući stavove i odlučujući o inkriminacijama.«⁸⁶ Po našem dubokom uverenju, najosnovniji uzrok neuspeha na ovom planu je suviše izražena pristrasna politika optuživanja sve do jeseni 1999. g. i dolaska Karle Del Ponte za Tužioca Tribunala, koja pripadnicima srpskog naroda nije ukazivala ni na neki minimum pravičnosti.

Pogrešna koncepcija funkcije Tužioca. – O radu Tužioca, kao najbolnijoj tački Tribunala, pa i međunarodnog krivičnog prava se može izuzetno mnogo toga negativnog reći u pojedinostima.⁸⁷ Ali, i generalno rečeno, dato je pravo poje-

odvraćanja, utvrđivanje mira putem retribucije i korektivne pravde, i obezbeđenje žrtva ma kompenzacije za pretrpljene patnje i gubitke.

⁸⁵ Da Tribunal u Hagu nije doprineo uspostavljanju mira tvrdi i M. Škulić: *Međunarodni krivični sud – Nadležnost i postupak*, Beograd, 2005, str. 55.

⁸⁶ D. Zolo: *Ibid.*, p. 99.

⁸⁷ Ovde može pomoći čak i obična statistika. Do dolaska Karle Del Ponte za Tužioca septembra 1999. g. situacija je bila krajnje nepovoljna po pripadnike srpskog naroda, posebno u odnosu na ono što se zaista događalo u sukobima. Do tada, bilo je podignuto oko 30 optužnica sa stotinak optuženih lica, od kojih je samo jedna tretirala zločine nad Srbima. Prema dotadašnjim optužnicama, genocid su učinili samo Srbi kao i »etničko čišćenje« (uz izuzetak nešto Hrvata protiv Muslimana), dok niko nije »etnički čistio« Srbe, a Hrvati i Albanci nisu učinili nijedan zločin nad

dincu da odlučuje ne samo o sudbini lidera drugih država, nego i o samim tim državama i njihovim građanima.⁸⁸ Štaviše, ne odlučuje o sopstvenoj državi i svojim građanima. Pri tom, rad tih pojedinaca, bez ikakvih mogućih negativnih posledica, može ići čak i do zloupotreba, pa čak i do diskriminacije čitavih naroda i njihovih država.

Drastičan primer ove zloupotrebe je upravo prva optužnica protiv S. Miloševića i drugih zbog događaja na Kosovu. Iako je u pitanju optužnica protiv predsednika jedne suverene države, napisana je pravnotehnički izuzetno loše i potkrepljena u tom momentu slabim dokazima, očigledno u velikoj žurbi. To se posebno vidi iz činjenice da je od strane tužioca L. Arbour predata u subotu dana 22.5.1999. g, da je naslovljena na sudiju Hanta, da je taj sudija istu primio u nedelju dana 23.5.1999. i da je optužnica, koja sa pratećim materijalom sadrži par hiljada strana bila potvrđena već u ponedeljak, dana 24.5.1999.⁸⁹ Pri tom je dotični sudija još saslušao Tužioca, doneo niz propratnih mera kao što je zamrzavanje imovine, odluke o poverljivosti određenih podakata, a optužnicu potvrdio kako u odnosu na S. Miloševića, tako i u odnosu na još četiri optužena lica.⁹⁰ Optužnica je potpisana i zastupana od strane državljana država koje su bombardovale državu čiji je Milošević predsednik i koje su od te države bile tužene Međunarodnom sudu pravde mesec dana pre podizanja iste.

Smatramo da je funkcija Tužioca mogla biti bar poverena kolektivnom telu, kao što je to učinjeno u Nimbргу, što bi, po našem mišljenju moglo donekle podići objektivnost, pa i kvalitet optuženja.

Srbima. Čak je i ta jedina optužnica za zločine nad Srbima (*logor Čelebići*) koncipirana tako da taj zločin umanjuje. Za razliku od optužnica gde su logore držali Srbi, ovde je sve oko i u vezi logora optužnicom »amputirano«, komandant logora nije optužen ni za genocid, niti za zločine protiv čovečnosti, a silovanje Srkinja je tretirano na drugi način u odnosu na silovanje Muslimanki. Sa dolaskom Karle Del Ponte situacija se u bitnome menja, podižu se mnoge optužnice zbog zločina nad pripadnicima srpskog naroda i prethodna nepravedna slika znatno ublažava. Ovo je i dokaz koliko je bila pogrešna naša dnevna politika koja je pomenutog Tužioca tretirala čak mnogo gore nego prethodne.

⁸⁸ Tako, na primer, čak i ako pođemo od toga da je svaka optužnica Tribunala »na mestu«, činjenica je da zbog neisporučivanja pojedinih optuženih i njihovog begstva trpi ceo narod države kroz razne sankcije, vizne režime, prepreke evropskim i drugim integracijama i sl.

⁸⁹ Mislimo da bi u bilo kojoj zemlji sveta bio skandal da se optužnica preda u subotu i pri tom naslovi na tačno određenog sudiju, on istu primi u nedelju i odmah sve potvrdi i odredi dodatne mere, iako se radi o poslu za koji bi trebalo par meseci intenzivnog rada. U to vreme Tribunal praktično nije ni radio, a pogotovo u dane koji su prema aktima Tribunala neradni.

⁹⁰ Vidi opširno o tome, S.Stojanović: Suđenje Miloševiću nije bilo fer – Prilog pitanju Kosova i Metohije, Beograd, 2008, str. 46–51.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA O RADU
TRIBUNALA U HAGU

Uopšte. – Većina pojava i institucija, kao što je to slučaj i sa Tribunalom u Hagu, što bi ovde mogli reći i obrnutim redosledom. Logično pitanje koje bi moglo slediti je šta tu onda preovlađuje. Ali, problem je što se uvek ne mogu upoređivati pozitivne i negativne strane jer su često različitog karaktera i sa veoma kompleksnim posledicama da bi se dala neka »presudna« ocena. Inače, primetno je da su u međunarodnim suđenjima kako činjenična, tako i pravna pitanja, ekstremno složena.⁹¹

Naš pristup oceni rada *ad hoc* Tribunala u Hagu, čini se dosta jednostavnim. Sve što je dobro, treba podržati. Sve što je loše, na to ukazati i kritikovati. A zaključke treba izvlačiti sa više aspekata. Pri svemu ovome postoji problem u jednoj isuviše izraženoj dinamici prakse i stavova Tribunala⁹², inače nikako poželjnijoj za tako osetljivu materiju kao što je individualna krivična odgovornost, a koja je zbog toga često činila teško, ili čak i sasvim neuhvatljivim, zaključke o suštini, karakteru i prihvatljivosti pojedinih institucija. Nakon kritika o osnivanju i radu Tribunala, valja postaviti i još jedno sasvim logično pitanje, šta bi se dogodilo da Tribunal nije osnovan ili da nije počeo da radi? Zaista je nezahvalno postavljati hipotetička pitanja i na njih davati odgovore, ali u konkretnom slučaju mislimo da se to može učiniti sa velikom dozom verovatnoće, pa čak i pouzdanosti. No, to pitanje je i nužno postaviti. Naime, u jednoj analizi koja teži za sveobuhvatnošću to pitanje se mora postaviti jer je to zapravo i jedina alternativa.

Poznavajući prilike u državama na teritoriji bivše Jugoslavije, duboko smo uvereni da bi ogromna većina, ako ne i svaki od osuđenih lica od strane Tribunala, bili bar visoko uvaženi građani svojih država, mnogi i na izuzetno visokim položajima, a neki i pravi heroji. Neki bi čak ostali na pozicijama »nedodirljivih« lidera u kriminalnim sredinama iz kojih su i potekli. Koliko nam je poznato, niko od 161 optuženih nije prethodno bio za ista dela optužen u svojim državama. Bez obzira na sve greške Tribunala to može biti samo dokaz o potpunoj nesposobnosti tih država da se uhvate u koštac sa ovim pojavama. Svedočenja i druge dokaze o tome šta se sve događalo nikad ne bismo čuli i to bi možda bila još veća negativna posledica izostatka rada Tribunala. U svakoj od ovih država čuli bismo samo jednu stranu i to u priči u kojoj bi bilo teško razlučiti istinu od neistine. Nesavesnoj i lažnoj propagandi po celom svetu bi i dalje bio ostavljen potpuno neomeđen prostor. Uz ovo se moramo prisetiti ocene da je naša država izgubila

⁹¹ A. Cassese: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 399.

⁹² Dovoljno je samo pomenuti Pravilnik o postupku i dokazima Tribunala, donet 11.2.1994. g. a stupio na snagu 14.3.1994. g. koji je 44 puta menjan, poslednji put 16.12.2009. g.

propagandni rat i da je na tom području prilično slaba, naročito u odnosu na druge strane u ranijim sukobima i njihove zastupnike, te bi za nju perspektive bez Tribunala bile još crnje.

Verovatno bi u raznim državama sveta, da ne govorimo o našem okruženju, bilo more presuda protiv pripadnika srpskog naroda, pa i građana naše države uopšte i to kvaliteta i orijentacije kao što su na primer presude sudova u Nemačkoj zbog genocida.⁹³ S druge strane, sumnjamo da bi i u jednoj državi iko od pripadnika drugih strana u sukobima odgovarao pred sudovima zbog bilo kakvih zločina. Osim toga, treba imati u vidu da čak i sada pojedini istaknuti pravnici, navodno i borci za ljudska prava, otvoreno zagovaraju kolektivnu krivicu i kolektivnu odgovornost Srbije i građana koji u njoj žive. Tako, na primer, Džefri Robertson, istaknuti britanski pravnik, branilac Pinočea i sudija i predsednik Specijalnog suda za Sijera Leone u svom bestseleru, između ostalog, kaže: »Većina od osam miliona stanovnika Srbije su krivi zbog indiferentnosti prema divljaštvima na Kosovu. Jedini odgovor koji se na to može dati – a to ima veze i sa ekonomskim sankcijama kao i sa bombardovanjem – je da kažnjavanje naroda može biti opravdano ako taj narod ima snage da ukloni vladaoce koji moraju biti kažnjeni zbog svojih odluka. Ovo se ne može reći za Kurde i Šiite u Iraku, ali to je nažalost istinito za Srbiju.«⁹⁴

Iz svega ovoga je sasvim moguć zaključak da je sa Tribunalom manje zlo, nego bez njega. Da li je bolje i ovako kažnjavati, tj. deliti na primer, selektivnu pravdu putem veoma diskutabilno osnovanih institucija nego ostaviti sve te zločine potpuno nekažnjenim?⁹⁵ Pa i domaće pravosuđe često nije daleko od selektivne pravde, ali to ne znači da bi sudove trebalo ukinuti ili da uopšte ne treba

⁹³ Tako je u slučaju *Jorgić* presudom Višeg državnog suda u Dizeldorfu (Oberlandesgerichts) od 26.9.1997. g. i Saveznog suda Nemačke (Bundesgerichtshof) od 30.4.1999. g. optuženi osuđen zbog tzv. *socijalnog genocida* na kaznu doživotnog zatvora. Tim presudama je takode utvrđeno da su Srbi u BiH delovali u ime i za račun SR Jugoslavije. Nekako u isto vreme, isto je prošao i optuženi *Džajić* u drugom slučaju koji je vođen pred Visokim sudom Bavarske (Bayrisches Oberstes Landergerichts). Svetski kuriozitet ovakvih presuda je da se radi o genocidu za koji niko u svetu nije čuo, pa čak ni sasvim lokalno stanovništvo. Radilo se o teritoriji Doboja, za koju u Tribunalu ne postoji nijedna konkretna optužnica i za koju nikad nije ni pokušano da se utvrdi postojanje genocida.

⁹⁴ G. Robertson QC, *Crimes against Humanity, The Struggle for Global Justice*, Third Edition, Penguin Books, London, 2006, pp 483–484. Slične poglede, sa izobiljem potpuno pogrešnih kao i iskrivljenih činjenica isti autor u ovoj knjizi ispoljava i u odnosu na srpski narod u Bosni i Hercegovini. Mnogo od toga je kroz praksu i odluke Tribunala u Hagu opovrgnuto. Nesreća je da je ova knjiga istovremeno prepuna i zaista naprednih i hrabrih stavova u pravcu zaštite ljudskih prava, posebno polazeći od stava da su najveći nasilnici na svetu države, a naročito velike sile.

⁹⁵ U tom smislu i Z. Stojanović: *Međunarodno krivično pravo*, VI Izdanje, Beograd, 2008, str. 175.

da postoje. Selekcija je jedino između pojedinaca i to obično između onih koji imaju određenih upliva u strukturama vlasti i onih koji to nemaju⁹⁶, dok je to kod Tribunala selekcija ne samo između pojedinaca, nego i između strana u oružanom sukobu. Ali, neku selekciju je kod Tribunala s obzirom na raspoložive resurse, izvore dokaza i raspoloživo vreme bilo u određenoj meri i razumno očekivati.

Pravna iskustva

Naš je stav da je Tribunal u Hagu najveća pravna laboratorija koja je u svetu ikad postojala⁹⁷, ne isključujući i mogućnost svih negativnih posledica koje se kod eksperimentalnih tvorevina u pravu i njegovoj primeni mogu očekivati. Od rada Tribunala se izuzetno mnogo može naučiti. I šta treba i kako treba, ali i kako ne bi trebalo. Bezbroj pitanja je pretreseno pred Tribunalom. To međutim, ne znači da uvek treba nekritički prihvatati rešenja do kojih su dolazila sudska veća Tribunala. Osim toga, tu se treba prisetiti i činjenice da su i unutar Tribunala stavovi često veoma različiti među sudskim većima, da ne pominjemo različite stavove Tužilaštva i sudskih veća. Za pravnike, bolja praktična škola u istoriji sveta nije postojala.

U dosadašnjem radu Tribunala je konsultovano i razmotreno praktično sve što je do sada u svetu stvoreno u međunarodnom pravu i mnogo toga u krivičnom pravu. Teorije, praksa, običaji, pisani dokumenti. Kroz već dužu praksu, izvršen je prodor i uvid u pravne sisteme celog sveta, i veliki broj zakonodavstava i prakse raznih država. Izvršen je uvid i u najznačajnije krivičnopravne teorije i teorijske obrade pojedinih, za praksu Tribunala relevantnih instituta. U tom pristupu, akcentat je na individualnoj krivičnoj odgovornosti, ali i na raznim oblicima međunarodnog prava: javnom, humanitarnom, pravu ljudskih prava.

Činjenična obrada je bez presedana, barata se neizmernim brojem činjenica uz korišćenje najsavremenijih tehnika i metoda. Posebno je interesantna tehnika dokazivanja i primena određenih pravila dokazivanja. U bazi podataka Tribunala prisutno je mnogo miliona stranica raznih dokumenata. Saslušano je do sada preko 5.500 svedoka⁹⁸, izvedeno bezbroj drugih dokaza. Održan je veliki broj veoma

⁹⁶ Ali, mada je to teško zbog pretpostavke nevinosti tako reći, moramo biti svesni i da veliki broj lica koja su učinila određena dela, zbog nedostatka dokaza neće biti ili gonjena, ili osuđena. I to je neka vrsta »objektivne« selekcije. Selekcije, ali ne i selektivne pravde u subjektivnom smislu. No, i ocena dokaza, naročito kod izbora tužioca u pogledu gonjenja, može biti »subjektivizirana«, ali za sve to se teško može naći neko merilo.

⁹⁷ S. Stojanović: *Tribunal u Hagu – neiskorišćena prilika*, Branič br. 1/2009, str. 125.

⁹⁸ Podatak datira od 29.11.2009. g. kada ga je na diplomatskom seminaru u Tribunalu izneo Registrar J. Hocking.

kompleksnih suđenja. Ali, kako je rečeno, to ne znači da bi iz tog ogromnog posla trebalo prihvatati samo mišljenja sudija Tribunala. To i strani autoriteti primećuju, potrebni su i kritički komentari o tome da li je to što sudije kažu ispravno sa stanovišta međunarodnog ili uporednog prava.⁹⁹ U skorije vreme, i u međunarodnim okvirima su se pojavili udžbenici koji veoma kvalifikovano i ozbiljno upućuju brojne kritike na rad Tribunala.¹⁰⁰

U svemu tome ima korisnih iskustava koje možemo preneti i na nacionalni plan. No, bar što se tiče naše države, jedna objektivna analiza u ovom trenutku, za koju bi trebalo još vremena, napora i prostora, mogla bi pokazati da smo nažalost, u značajnoj meri spremni da prenosimo ne samo pozitivna nego i negativna iskustva koja nam donosi rad Tribunala. Treba biti na oprezu i od sklonosti ka neuspelim imitacijama.¹⁰¹ Jedan paušalan pogled na to sa aspekta iskustava u našoj praksi nas ne ohrabruje. A prenos negativnih iskustava, opet, možemo staviti na dušu samo nekritičkom i nedovoljno promišljenom pristupu radu Tribunala.

Bez sumnje, zaključili bismo, jedna velika civilizacijska pravna tekovina je oformljena, uskoro će završetkom rada dobiti i svoj konačan izgled. Na budućnosti je da joj da i konačnu ocenu. A bez stava onih na koje se rad Tribunala najviše odnosi, takva ocena sigurno ne može biti potpuna.

⁹⁹ Tako M. Bohlander: *Book Review* in: *International Criminal Review*, Volume I, Nos. 1–2, 2001, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pp. 173–176. Ovaj poznati sudija, univerzitetski profesor i glavni i odgovorni urednik pomenute revije, u prikazika knjiga koje daje, izuzetno kritički gleda na opšteprisutne komentare prakse i prava koje primenjuje Tribunal napisane o strane J. Salivena (Eugene O'Sullivan) i Dž. Akermana (John Ackerman), s jedne strane i Dž. Džonsa (John R.W.D. Jones) s druge. Kad se praksa Tribunala tako nekritički posmatra, zašto bismo imali ijednu od ovih knjiga, a kamoli obe, pita se na kraju prikaza ovaj autor.

¹⁰⁰ Ovde posebno ističemo izvrstan udžbenik međunarodnog krivičnog prava: A. Zahar & G. Sluiter: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008. Već u uvodu knjige autori navode da »neće pokušavati da zaštite čitaoca od očiglednih nedostataka sistema međunarodne krivične pravde«. Međutim, jedan od autora (A. Zahar), budući duže vremena zaposlen u samom Tribunalu bio je obavezan od strane Registrara Tribunala da mu ovaj rad prethodno preda radi interne revizije i da su stoga »neki materijali kritički po Tribunal, UN ili države članice uklonjeni tokom te revizije.« (vidi str. xiii, fusnotu 7. knjige).

¹⁰¹ Više o tome, S. Stojanović: *Ibid*, str. 126.

SLOBODAN STOJANOVIĆ, LL.M.,
Attorney-at-Law, Belgrade

PROSPECTS AND LEGACY OF THE TRIBUNAL IN THE HAGUE

Summary

Tribunal in the Hague (ICTY) is approaching to the end of its existence and functioning. By Resolution 1503 (2003) UN Security Council limited work of this Tribunal until the end of 2010. It shall be extended for sure, it seems until the first half of 2014. Tribunal already has undertaken a number of measures for preservation and assessment of its legacy. No doubt, the Tribunal is leaving very significant traces for the history. Legacy must be preserved for the future usage and for the generations that are coming. The conclusion of the author is that the Tribunal in the Hague is the biggest laboratory of legal practice in the World that ever existed. The Tribunal consulted almost all that existed until now in International Law, as well as the major legal systems of the World and national laws and practice of many countries. Various legal theories are also contemplated. Tribunal's data base is huge: it comprises a millions of documents; 5500 and more witnesses testified, countless evidences were tendered, many trials were held. The article gives considerations and remarks from various aspects, sometimes positive, sometimes very critical.

The positive approach for the legacy of the Tribunal reflects in contribution to the development of International Criminal Law and establishment of various judicial bodies. Its impact is especially remarkable in organizing such bodies and establishing procedural norms and principle of due process. Although very often inconsistent, the practice of ICTY is in that sense precious contribution to the World's legacy.

On the other side, numerous critical positions to the achievements of Tribunal are also present. Manner of establishing the Tribunal brought the legal logic that leads to conclusion that almost everything is allowed in international law. Such logic finalized in NATO bombardment of SR Yugoslavia and aggression on Iraq as allegedly legal actions, and bombardment of Chinese embassy in Belgrade as the simply mistake. But prospects of such logic are even more terrifying than its consequences until today. Lack of the basic regulations and substantial law is also bad example given by work of the Tribunal. But, what can hurt the most, are political and historical misinterpretations by Tribunal. Tribunal gave distorted image of the historical events. There are two major topics of the kind in the article.

The first one is quite wrong estimation of causes of war in the territory of the former Yugoslavia. National and religious hatred is the reason of war according to the practice of Tribunal, but the real reason is obvious political division of those who were for preserving former Yugoslavia and those who were for disintegration. National and religious moments were only abused as a tool of unscrupulous politicians to their pure political objectives. And the second one, Tribunal has done all to conceal the truth about Račak, the event that, according to unanimous opinion, ignited NATO action, bombardment of SR Yugoslavia, occupation of Kosovo, and

prompted the indictment against president of the sovereign state, namely S. Milošević. Finally, achievements of the Tribunal could be scrutinized from global, and national point of view. As for national level, the critiques of Tribunal could be even mitigated. If we remember »starting point« as satanization of Serbian people and false propaganda in the beginning of the war we can say that after Tribunal, position has been remarkably improved. According to such standpoint, it could be even worse for Serbian people without Tribunal. At the time, there was »hunting season« on Serbs throughout the World, for instance before German courts which imposed life imprisonment sentences for quite unknown genocides. Genocides in area of Dobož, never heard even by local people and never tried before Tribunal. German courts started procedure even against D. Tadić, the first accused and later convicted by Tribunal, now pardoned and at freedom. In Germany he was accused with multiple genocide, what means that Tribunal saved Tadić from German justice. So, it could be said that Tribunal improved image of Serbs to some extent and convinced the World that there are culprits on all sides.

SENAD GANIĆ,
MILUTIN ĐURIČIĆ

**ZNAČAJ SAVETODAVNE ULOGE
MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE
– Potvrđivanje i afirmacija ljudskih prava –**

U V O D

Ljudska prava je sintagma na koju se pozivaju sve kategorije ljudi, nezavisno od toga kom društvenom sloju pripadaju. Kako se s pravom primećuje, bilo da su u pitanju pojedinci bilo određene grupe, ukoliko smatraju da im se čini nepravda, kada nešto traže ili kritikuju, veoma često se pozivaju na to da im je ugroženo neko pravo, te i ne znajući koje je to tačno pravo, obično to pravo nazovu nekim ljudskim pravom.

Iako se čini jednostavnim, odrediti sadržaj i opseg pojma ljudskih prava jeste složen problem kojim se ovde nećemo baviti. Ipak je međutim moguće ukazati na njegovo osnovno značenje vezujući se na njegove ideološke osnove. I to ono značenje koje je dovoljno da nas na izvestan način uvede u problematiku kojom se ovaj rad bavi.

»Time što je priznala pravna ovlašćenja svakoj osobi, muškarcima, ženama, deci i starijim ljudima, menadžerima i pripadnicima plemenskih društava, međunarodna zajednica prihvata da sva bića imaju nešto zajedničko«.¹ U skladu

Mr Senad Ganić, asistent Državnog univerziteta u Novom Pazaru.
Dr Milutin Đuričić, docent Državnog univerziteta u Novom Pazaru.

¹ Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2006, str. 52.

s navedenim, ljudska prava se najčešće definišu kao »ona prava koje ljudsko biće ima samim tim što je ljudsko biće, dakle nezavisno od volje države«. ²

U preambuli Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima ³ se kaže da je: »priznavanje urođenog dostojanstva i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu«.

Klasično ili kako ga još nazivaju »tradicionalno međunarodno pravo«, ⁴ obzirom da se definisalo kao »pravo koje uređuje odnose isključivo između nacionalnih država«, ⁵ nije se primenjivalo na kršenja ljudskih prava od strane država protiv pojedinaca koji su u isto vreme i njeni građani. »Smatralo se da taj celokupan predmet spada u isključivu unutrašnju nadležnost svake države, isključujući mogućnost da se druge države zauzimaju ili posreduju za državljane bilo koje države koja ih je zlostavljala«. ⁶ Situacija se međutim mnogo promenila pa moderno međunarodno pravo poznaje čitav spektar različitih mogućnosti koje pojedincima stoje na raspolaganju u situaciji kada se dese kršenja prava koja su im zagarantovana brojnim međunarodnim dokumentima.

Mehanizmi i sistemi zaštite ljudskih prava uspostavljeni su kako na nacionalnim nivoima tako i na regionalnom i globalnom planu. ⁷ Jedan od uspešnijih sistema zaštite je primera radi, onaj koji postoji u Evropi, u okviru kojeg deluje Evropski Sud za ljudska prava koji je prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, između ostalog, nadležan i da razmatra »...pojedinačne predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe lica koji tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju«. ⁸

Na svetskom planu je svakako najkompleksniji onaj sistem zaštite ljudskih prava koji postoji u okviru Ujedinjenih nacija u kome su, poput Komisije za ljudska prava, ustanovljena posebna tela i procedure čiji je osnovni cilj da se postigne maksimalni stepen poštovanja fundamentalnih čovekovih prava. U okviru sistema UN-a predviđene su i posebne procedure kao reakcija na sistematsko i masovno kršenje ljudskih prava. ⁹ U okviru Ujedinjenih nacija deluje i Savet za

² Milan Paunović, *Osnovi ljudskih prava*, Dosije, Beograd, 2002, str. 9.

³ Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217(III) od 10.12.1948. godine.

⁴ Tomas Burgental, *Međunarodna ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 30.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Na regionalnom nivou se naročito izdvajaju mehanizmi zaštite ljudski prava koji postoje u okviru Organizacije Američkih država, Organizacije Afričkog jedinstva i Saveta Evrope.

⁸ Član 34. Protokol broj 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

⁹ O tome: Milan Paunović, *Osnovi ljudskih prava*, Dosije, Beograd, 2002, str. 52.

Ljudska prava osnovan rezolucijom Generalne skupštine 60/251 od 3. aprila 2006. godine kao naslednik Komisije za ljudska prava. Ovaj organ Ujedinjenih nacija, odgovoran je za unapređenje univerzalnog poštovanja ljudskih prava i bavi se naročito velikim i sistematskim kršenjem ljudskih prava.¹⁰

Naročito je međutim interesantno za problematiku kojom se bavimo obratiti pažnju, na koji se je način Međunarodni sud pravde u svojim savetodavnim mišljenjima dotakao pitanja ljudskih prava. Ovo naročito iz razloga što pitanja koja se odnose na ovu problematiku nisu često razmatrana pred Sudom već se Sud uglavnom bavio njima u okviru glavnog pitanja koje se u određenim aspektima ticalo i ljudskih prava. Ono što je u tim slučajevima Sud istakao, mnogostruko je značajno i cilj nam je da upravo na ovom mestu ukažemo na to. Ovo pre svega iz razloga što odluke Međunarodnog suda pravde tvore autoritativne i argumentovane pravne instrumente koje itekako utiču na interpretaciju i shvatanje postojećih pravila u međunarodnom pravu, ali i doprinose stvaranju novih. I iako se od Međunarodnog suda pravde do sada nije tražilo da se izjasni o nekom pitanju koje direktno zadire u oblast ljudskih prava, u nekoliko svojih odluka, pre svega savetodavnih mišljenja, on je to učinio na jasan i nedvosmislen način, što, obzirom da dolazi od organa sa nespornim autoritetom u međunarodnoj zajednici smatramo itekako važnim.

LJUDSKA PRAVA U SAVETODAVNIM MIŠLJENJIMA MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE

Kako se ističe, u nekoliko savetodavnih mišljenja koji su intersantni za ovo pitanje, Međunarodni sud pravde je morao da se izjasni o strateškom mestu koje ljudska prava imaju u međunarodnom pravnom poretku.¹¹ I mada se od njega nikada nije tražilo da utvrdi da li postoji neko pravilo koje se odnosi na ljudska prava ili da ga eventualno protumači, što će reći da se nikada nije direktno bavio pitanjima vezanim za ljudska prava, »u njegovim savetodavnim mišljenjima mogu se naći neki ključni stavovi koji utvrđuju koordinate za svaku raspravu o važnosti ljudskih prava«. ¹²

¹⁰ O tome: Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, 2007, str. 295.

¹¹ Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, op. cit., str. 232.

¹² Ibid.

*Principi podvučeni u Konvenciji o sprečavanju
i kažnjavanju zločina genocida*

Prvo savetodavno mišljenje koje treba pomenuti u kontekstu njegove povezanosti s ljudskim pravima, jeste savetodavno mišljenje u vezi sa pitanjem dozvoljenosti rezervi na Konvenciju o genocidu. Bitno je još jednom ponoviti stav Suda po pitanju genocida kao zločina per se, ili zločina nad zločinima, ako bismo ga tako mogli okvalifikovati.

Kao »namerno ubijanje, uništavanje ili istrebljenje grupe ili članova grupe kao takve«,¹³ i svim onim što se još pod njim podrazumeva u definiciji genocida koja je data u članu 2. Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida,¹⁴ radi se o zločinu koji direktno zadire u jedno od fundamentalnih ljudskih prava. Radi se o pravu na život a ono je *conditio sine qua non* bilo kakve dalje rasprave o ljudskim pravima. Sama Konvencija o genocidu kako se ističe, bila je »prvi u nizu dokumenata posvećenih zaštiti čoveka«. ¹⁵ Ova je Konvencija »na najširoj pravno-političkoj osnovi dala sertifikat njegovoj posebnosti u odnosu na druge međunarodne zločine«. ¹⁶

Samo dan nakon usvajanja Konvencije, doneta je i Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, koja pravo na život uvodi u epicentar ljudskih prava a sam genocid je u svetskoj javnosti okvalifikovan kao »vrhunski zločin« i »najteži oblik nasrtaja na osnovno ljudsko pravo-pravo na život«. ¹⁷ I upravo je to Sud imao na umu kada je rekao da su:

»...principi podvučeni u Konvenciji priznati od strane civilizovanih naroda kao obavezujući čak i bez ikakve ugovorne obaveze«. ¹⁸

Zašto se ova konstatacija Međunarodnog suda pravde smatramo toliko važnom da zaslužuje da bude posebno izdvojena.

Pre svega zbog toga što je na ovaj način, normi koja se odnosi na zabranu i kažnjavanje zločina genocida potvrđen je status norme *ius cogens*-a u međunarodnom pravu.

¹³ Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 110.

¹⁴ Usvojena i otvorena za potpisivanje rezolucijom Generalne skupštine 260 A (III) od 9.12.1948. godine. Stupila na snagu 9. 12.1951. godine.

¹⁵ Milan Palević, *Krivično delo genocida u međunarodnom pravu*, Doktorska disertacija, Beograd, 2007, str. 304.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Videti: Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1951, p. 15–69.

Obzirom da do danas nije sačinjena kodifikacija i sistematizacija normi koje spadaju u grupu *ius cogensa*, ovo je samo još jedan doprinos koji savetodavna mišljenja daju međunarodnom pravu.¹⁹

Pravo na jednakost (ravnopravnost)

U savetodavnom mišljenju koje se ticalo pravnih posledica koje proizilaze za države usled produženog prisustva Južne Afrike u Namibiji (Jugozapadna Afrika) uprkos rezoluciji Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija br. 276 od 1970, Međunarodni sud pravde je izvršio ogroman pritisak na rasistički Južnoafrički režim, ali je i alarmirao kompletnu međunarodnu javnost u isto vreme. Kaže se da je odluka koju je u tom slučaju dao »odluka s najbogatijim pravnim posledicama«,²⁰ a koja se direktno ticala ljudskih prava.

U konkretnom slučaju Sudu je bilo upućeno pitanje o tome: da li se može smatrati da i dalje postoji mandat koji je ugovoren između Društva naroda i Južne Afrike? Odnosno, Međunarodni je sud bio pozvan da odluči o tome: da li su Ujedinjene nacije imale osnova da otkazu ovaj mandat rezolucijom Generalne skupštine br. 2145 (XXI) od 27. oktobra 1966. godine?²¹

Sud je u ovom slučaju *inter alia* istakao:

»Nesporno je a i dovoljno potvrđeno dokumentacijom koja je priložena uz Južnoafričke pisane izjave u ovom postupku, da je zvanična državna politika kojoj teži Južna Afrika u Namibiji da se postigne potpuno fizičko razdvajanje rasa i etničkih grupa u posebnim oblastima unutar te teritorije. Primena ovakve politike zahteva, kao što je to i priznato od Južne Afrike, restriktivne mere kontrole zvanično priznate i sprovedene na teritoriji prinudnom snagom bivšeg Mandata. Ove mere ustanovljavaju ograničenja, isključenja ili restrikcije za članove urođeničkih grupa u smislu njihovog učešća u određenim vidovima aktivnosti na polju učenja ili obrazovanja, rada ili zapošljavanja i takođe ih izlaže ograničenjima u pogledu stanovanja i kretanja na velikom delu teritorije.«²²

Sud stoga dalje ističe da:

»Prema Povelji Ujedinjenih nacija, bivši Mandat je garantovao praćenje i poštovanje, na teritoriji sa međunarodnim statusom ljudska prava i osnovne slobode

¹⁹ O tome: Milenko Kreća, *Jus Cogens u međunarodnom pravu*, Doktorska disertacija, Beograd, 1977, str. 64–66.

²⁰ Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, op. cit., str. 233.

²¹ Ibid.

²² Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1971, p. 57, para. 130.

de za sve bez obzira na rasu. Ustanovljenje na mesto toga, i sprovođenje razlika, isključenja, ograničenja i umanjnja isključivo zasnovanih na rasi, boji, rođenju ili nacionalnom ili etničkom poreklu koji predstavljaju poricanje osnovnih ljudskih prava, predstavlja flagrantno kršenje ciljeva i načela Povelje».²³

Osim što je dao legitimitet pomenutoj rezoluciji Generalne skupštine kojom se uskraćuje Mandatna uprava državi sa ovako nakaradnim pravnim sistemom koji se sprovodio na očigled celoga sveta, ovo mišljenje je imalo i druge pozitivne efekte. Najpre, mišljenje daje dodatnu snagu odredbama Povelje Ujedinjenih nacija a naročito članovima 3.st.1. te članovima 55. i 56. u kojima se govori o obavezi država da obezbede i zaštite ljudska prava. Kako se ističe, pre nego što je ova odluka doneta, većina autora je smatrala da su odredbe u Povelji u kojima se govori o ljudskim pravima kao jednom od ciljeva Svetske organizacije, samo apeli koji ne uspostavljaju stvarne obaveze.²⁴ Na ovaj način je učinjen »kvalitativni skok u razumevanju Povelje, koji je Generalnu skupštinu ohrabrio da počne da zvanično kritikuje države odgovorne za ozbiljna kršenja ljudskih prava».²⁵ Svakako da je za tako nešto nakon ovog mišljenja imala pouzdan pravni oslonac.²⁶ Možemo sa sigurnošću pretpostaviti i koliki je uticaj navedena odluka imala i na donošenje Konvencije o ukidanju i kažnjavanju zločina aparthejda, obzirom na to da član II Konvencije definiše zločin aparthejda pozivom na politiku rasne segregacije i diskriminacije koja se sprovodi na Jugu Afrike.²⁷

Humanitarno pravo i pravo na život

Doprinos u razjašnjenju izuzetno bitnih pitanja o važnosti ljudskih prava nalazimo i u savetodavnom mišljenju koje se ticalo zakonitosti pretnje ili upotrebe nuklearnog oružja. Smatralo se, obzirom na svoju ubojitost i rušilački potencijal koji poseduje, očiglednim da svaka upotreba nuklearnog oružja predstavlja kršenje prava na život. Upotreba nuklearnog oružja u direktnoj je suprotnosti sa fundamentalnim ljudskim pravom, pravom na život. Kako to i Sud ističe pozivajući se na učesnike u postupku:

²³ Ibid., para. 131.

²⁴ Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, op. cit., str. 234.

²⁵ Ibid.

²⁶ Senad Ganić, *Doprinos savetodavne uloge Međunarodnog suda pravde u tumačenju i razvoju međunarodnog prava*, Magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 88.

²⁷ Tomas Burgental, *Međunarodna ljudska prava*, op. cit., str. 76.

»Neki zagovornici nezakonitosti upotrebe nuklearnog oružja su tvrdili da bi njegova upotreba povredila pravo na život garantovano u članu 6. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.«²⁸

Član 6. stav 1. Pakta i građanskim i političkim pravima²⁹ predviđa da: »Svako ljudsko biće ima pravo na život. Ovo pravo mora biti zaštićeno zakonom. Niko ne može biti samovoljno lišen života«.

No Sud je međutim u ovom slučaju došao do zaključka, obzirom da se radi o pitanju koje je zadiralo u oblast humanitarnog prava, da se nikakva odluka ne može zasnovati samo na izolovanom pravu na život, te da se stvar mora sagledati u kontekstu onih pravila međunarodnog prava koja dozvoljavaju lišavanje života ljudi u izvesnim slučajevima. Pre svega se radi o pravilima u oružanim sukobima, koja se u ovom slučaju javljaju kao *lex specialis* od opšte zabrane.³⁰ Misli se na situacije kada borci napadaju borce suprotne strane itd., dakle sve ono što podrazumeva pravni režim koji se odnosi na *ius in bello*, što opet ukazuje na to, da »opšta zaštita života ipak ne nestaje u toku oružanog sukoba već da preživljava u izmenjenom obliku«³¹ odnosno u specifičnom režimu oružanih sukoba.

U savetodavnom mišljenju koje se ticalo zakonitosti upotrebe nuklearnog mišljenja važno je uočiti i očigledan odijum Suda po pitanju eventualne upotrebe nuklearnog oružja koji, iako ne nalazi jasnu normu koja dozvoljava ili zabranjuje upotrebu nuklearnog oružja, ipak ističe da se postojeći principi i pravila humanitarnog prava koja se primenjuju u oružanim sukobima, ipak mogu primeniti i na nuklearno oružje.³² Zaključak do kojeg možemo doći jeste, da je upotreba ovog oružja nespojiva sa jednim od osnovnih principa humanitarnog prava koji ujedno predstavlja i njegovu okosnicu a to je, da se u toku dejstava, mora praviti strogo razlikovanje civila i civilnih objekata, od boraca i vojnih objekata, kao i to, da borbena dejstva moraju biti usmerena isključivo na vojne ciljeve.³³ Nuklearno oružje, koje spada u tzv »slepa oružja« upravo iz razloga što ne pravi distinkciju ciljeva na način kako smo naveli, svakako je u suprotnosti sa osnovnim principima na koje počiva humanitarno pravo. Izuzetno je važno da je to barem implicitan, a mi smatramo dovoljno eksplicitan stav Međunarodnog suda pravde. Ovo

²⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1996, p. 239, para. 24.

²⁹ Usvojen i otvoren za potpisivanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 (XXI) od 16. decembra 1966. godine, stupio na snagu 23. marta 1976. godine.

³⁰ *ICJ Reports*, 1996, op. cit., p. 240, paras. 25.

³¹ Kristijan Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, op. cit., str. 235.

³² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1996, p. 259, para. 86.

³³ Senad Ganić »Međunarodno pravo versus nuklearno oružje«, *Rizici i eko bezbednost u posmodernom ambijentu*, Zbornik radova, Državni Univerzitet u Novom Pazaru, 2010, str. 661.

naročito iz razloga sve veće opasnosti od moguće upotrebe ovog oružja i nesagledivih štetnih posledica koje bi iz tog čina mogle nastupiti.

U nešto kasnijem savetodavnom mišljenju koje je dao u vezi sa pravnim posledicama izgradnje zida na palestinskoj okupiranoj teritoriji (*Wall Case*), Međunarodni sud pravde je dodatno ukazao na obavezu poštovanja ljudskih prava. Ne ulazeći u razloge davanja ovog savetodavnog mišljenja, ističemo da je Sud zauzeo stav da:

»...zaštita koju pružaju konvencije o ljudskim pravima ne prestaje u slučaju oružanog sukoba...U pogledu odnosa između međunarodnog humanitarnog prava i prava ljudskih prava, tri su moguće situacije: neka prava mogu biti isključiva materija međunarodnog humanitarnog prava; druga mogu biti isključiva materija prava ljudskih prava; dok treća pak mogu biti materija obe ove grane međunarodnog prava. Kako bi odgovorio na pitanje koje mu je postavljeno, Sud će morati da uzme u obzir obe grane međunarodnog prava, pravo ljudskih prava i kao *lex specialis*, međunarodno humanitarno pravo.«³⁴

Konstatacija Suda da u slučajevima oružanih sukoba ne prestaje potreba za poštovanjem ljudskih prava izuzetno je važna. Mnoštvo je primera pokušaja da se pod izgovorom ratnih dešavanja na određenoj teritoriji, prikriju brutalna kršenja ljudskih prava pa ovo mišljenje predstavlja vrlo jasnu poruku za potencijalne prekršiće.³⁵ Interesantno je i to da Sud u ovom mišljenju međunarodno humanitarno pravo tretira kao *lex specialis* u odnosu na prava ljudskih prava. To ukazuje na drugačije shvatanje rata i položaja lica koja se nalaze u ratom zahvaćenim područjima, te uopšte, na jedan humaniji pristup sagledavanja oružanog sukoba s aspekta međunarodnopravnih pravila.

ZAKLJUČAK

Kako smo napomenuli na samom početku, Međunarodni se sud pravde do sada nije direktno bavio pitanjima vezanim za ljudska prava. To je između ostalog i posledica činjenice da se pojedinci ne mogu pred ovim Sudom pojaviti kao jedna od strana u postupku već to mogu biti samo države i međunarodne organizacije i to na način i u postupku kako je predviđeno Poveljom Ujedinjenih nacija te Statutom Međunarodnog suda pravde. I mada kako je rečeno, postoje jako razvijeni i razrađeni mehanizmi zaštite ljudskih prava na regionalnom planu, to u iz-

³⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 2004, p. 178, para. 106.

³⁵ Senad Ganić, *Doprinos savetodavne uloge Međunarodnog suda pravde u tumačenju i razvoju međunarodnog prava*, op. cit., str. 90.

vesnom smislu ostavlja prostora da se neka fundamentalna ljudska prava koja bi trebala biti prepoznata kao tekovina celoga čovečanstva, u nekim delovima sveta prosto ignorišu a pod izgovorom da ih ne obavezuju. U tom smislu je važna svaka delatnost Međunarodnog suda pravde kojeg još nazivaju i »svetskim sudom«³⁶, a naročito one odluke u kojima se dotiče i izjašnjava o tako važnom korpusu pravila kao što su ljudska prava. Ovo i zbog toga, što je opšte prihvaćen stav i postignut je čvrst konsenzus oko toga, da su formalni izvori međunarodnog prava, upravo ini koji su navedeni u članu 38. st. 1. Statuta Međunarodnog suda pravde.³⁷ S obzirom da su i odluke Međunarodnog suda pravde svrstane u ovu grupu, i to bez obzira što su svrstane u pomoćne izvore, jasno je da će ono što je u njima rečeno imati i ima itekako veliki uticaj na države u smislu poštovanja principa koji su u tim odlukama potvrđeni. To je pre svega garantovano vrhovnim pravnim principima koji su u odlukama Suda prepoznati i potvrđeni, ali isto tako i nespornim autoritetom koji ovaj organ ima u međunarodnoj zajednici.

U nedostatku spremnosti određenog broja država, da se svojim unutrašnjim zakonodavstvom jasno odrede po pitanju poštovanja ljudskih prava, aktivnost Međunarodnog suda pravde kao najvažnije svetske sudske instance današnjice, koja u izvesnom smislu ima snagu da utiče na stvaranje normi međunarodno-pravnog poretka, može biti dragocena. Cilj nam je upravo i bio da u ovom radu ukažemo na to.

SENAD GANIĆ, LL.M.,
Assistant, University of Novi Pazar,
MILUTIN ĐURIČIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, University of Novi Pazar

SIGNIFICANCE OF ADVISORY OPINIONS
OF INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
– Confirming and promoting human rights –

Summary

It is known that individuals are still not recognized as legal entities in the area of international public law, even though this situation has been criticized, especially within the academic community. Such non-recognition is not surprising, bearing in mind the nature of

³⁶ Ibid., str. 11.

³⁷ Tako: Stevan Đorđević, »Pomoćni izvori međunarodnog prava«, *Sudska praksa*, godina XV, Beograd, 1995, str. 51.

international public law, as the system created by the consent of its primary constitutive entities, which are the states. Nevertheless, it is interesting to note that that an important corpus of rules i.e. human rights, being the rules actually intended to protect those same individuals not recognized in the international public law, is most commonly studied within the boundaries of international public law. The reasons for this lie in the necessity to achieve the universal consensus in regard to fundamental principles on which all modern legal systems (must be) are built. Those principles primarily relate to basic rights and freedoms which have to be respected and recognized as highest values in those legal systems. Although at the present time we can find ramified and functional mechanisms of human rights' protection, notably at regional levels, in this analysis we are interested how the International Court of Justice has dealt with (the problem of) human rights. This, mostly because decisions of the International Court of Justice constitute respectable and well corroborated legal instruments with significant influence on the interpretation and understanding of existing rules in the international law, and, in addition, they also contribute to the creation of new rules. Even though the International Court of Justice so far has not been straightforwardly asked to deal with the human rights, this Court nevertheless has done so in a very clear and un-doubtful manner in few of its decisions, primarily in its advisory opinions. Observing the undisputed authority of the International Court of Justice in the international community, we consider this to be of great importance.

DRAGAN ĐUKANOVIĆ,
STEVAN RAŠETA

JADRANSKA POVELJA

– Nastanak, dometi i razvoj –

U V O D

Nakon praškog samita NATO-a i proširenja Saveza na sedam novih država, između tadašnje tri preostale nepozvane članice iz Jugoistočne Evrope, Albanije, Hrvatske i Makedonije, pojavila se ideja o pokretanju novog mehanizma saradnje pod neformalnim imenom Jadranska povelja (*Adriatic Charter/U.S. – Adriatic Charter*). Navedeno partnerstvo zapadnobalkanskih država imalo je za cilj da međusobnom saradnjom ubrzaju proces pridruživanja Savezu, a ujedno i da unaprede jačanje regionalne bezbednosti i stabilnosti, kao i brže uključivanje u evropske integracije.

Ideja o osnivanju Jadranske povelje bila je inspirisana pozitivnim iskustvima Baltičke povelje¹ koja je bila potpisana 16. januara 1998. godine. Naime, tri pribaltičke republike – Estonija, Letonija i Litvanija su se u skladu sa principima sadržanim u ovom dokumentu obavezale na ispunjavanju određenih političkih, ekonomskih i vojnih kriterijuma u cilju bržeg učlanjenja u Severnoatlanski savez.

Dr Dragan Đukanović, naučni saradnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

Mr Stevan Rašeta, Ministarstvo odbrane Republike Srbije.

¹ A Charter of Partnership among the United States of America and the Republic of Estonia, Republic of Latvia and Republic of Lithuania, Washington D.C., 16 January 1998, Internet, 10/06/10, <http://www.clintonfoundation.org/legacy/011698-report-on-baltic-charter.htm>.

Takođe, ove zemlje su se obavezale da će osnažiti regionalnu saradnju u oblasti bezbednosti, poštovanja ljudskih prava, jačanja civilnog društva i razvoja demokratije. Intezivna regionalna saradnja Estonije, Letonije i Litvanije u okviru Baltičke povelje,² znatno je doprinela da navedene zemlje polovinom maja 2004. godine postanu članice ove organizacije.

Polazeći od navedenih pozitivnih iskustava, na samitu Severnoatlanskog saveza koji je održan u Pragu 21–22. novembra 2002. godine, predsednik Sjedinjenih Američkih Država Džordž Buš (George Bush) i predsednici tri zapadno-balkanske države izneli su predlog da se uspostavi intenzivna saradnja ovih država u cilju njihove brže integracije u ovu transatlansku odbrambenu strukturu. U deklaraciji sa praškog sastanka na vrhu NATO-a, pozitivnim su ocenjene reforme oružanih snaga u Albaniji, Hrvatskoj i Makedoniji, kao i stepen saradnje ovih zemalja sa Severnoatlanskim savezom.

Ubrzo nakon samita, 12. februara 2003. godine na sastanku šefova država Albanije, Hrvatske i Makedonije u Skoplju, doneta je odluka da se što pre pristupi izradi dokumenata, kojima bi se ove zemlje međusobno obavezale da daju svoj doprinos bezbednosti u regionu i njegovom bržem integrisanju u evropske i transatlanske integracije.³ Mesec dana kasnije u Dubrovniku je usledio sastanak ministara spoljnih poslova ovih zemalja gde je pripremljen nacrt dokumenata pod nazivom Povelja o partnerstvu između Albanije, Hrvatske, Makedonije i Sjedinjenih Američkih Država (poznata kao Jadranska povelja). Zvanična ceremonija potpisivanja ovog dokumenta je usledila 2. maja 2003. godine u Tirani. U ime Sjedinjenih Američkih Država ovaj dokument je potpisao državni sekretar Kolin Pael (Colin Powell), dok su ga u ime Albanije, Hrvatske i Makedonije potpisali ministri spoljnih poslova ovih zemalja – Iljir Meta (Ilir Meta), Miomir Žužul i Ilinka Mitreva.

Ministri spoljnih poslova zemalja Američko-jadranske povelje, potpisali su 4. decembra 2008. godine u Helsinkiju, dodatak povelji, čime je članstvo prošireno za još dve države Zapadnog Balkana, Bosnu i Hercegovinu i Crnu Goru.

Svečanosti potpisivanja, tada su bili prisutni i predstavnici baltičkih zemalja, Estonije, Letonije i Litvanije, kao i Srbije, sa kojima zemlje članice Američko-jadranske povelje saraduju. Nakon ovoga je slogan A–3 koji je obeležavao ovu regionalnu inicijativu preformulisao u slogan A–5.

² Videti: Gediminas Vitkus, *Changing Security Regime in the Baltic Sea region*, NATO Euro-Atlantic Partnership Council, Vilnius 2002.

³ Grdešić, Ivan; »US – Adriatic Charter of Partnership: Securing the NATO Open Door Policy«, *Political Thought: Croatian Political Science Review* (05/2004), str. 114.

*Povelja o partnerstvu između Albanije, Hrvatske, Makedonije,
BiH, Crne Gore i Sjedinjenih Američkih Država*

Povelja o partnerstvu sadrži trideset pet tačaka u kojima se preciziraju principi i ciljevi saradnje, kao i opšti okviri demokratskih reformi, stepena ljudskih prava, regionalne bezbednosti i novih američko-jadranskih odnosa.

Na samom početku⁴ dokumenta ukazuje se na istorijsku povezanost zemalja regiona zajedničkim civilizacijskim vezama, kao i poštovanju temeljnih vrednosti savremene liberalne demokratije. Takođe, ističe se i zajednička opredeljenost zemalja potpisnica da na »novim temeljima demokratskog, multietničkog i multikonfesionalnog društva obnove ratovima pogođeni region«⁵ i ostvari se zajednička vizija mirne i stabilne Jugoistočne Evrope, integrisane u evroatlanske strukture, a u kojoj će se poštovati načela demokratije, vladavine prava, ljudskih prava i osnovnih sloboda. Regionalni karakter ovog dokumenta se podvlači u formulaciji da je cilj potpisivanja povelje razvijanje saradnje »sa svim državama Jugoistočne Evrope, od Jadrana do Crnog mora, od Istre do Ohridskog jezera, kao i razvijanje zajedničkog pristupa novim pretnjama našem regionu i evroatlanskoj zajednici kojoj pripadamo«⁶. Međutim, bitno je napomenuti da se u skladu sa poveljom, napredak država potpisnica prema članstvu u Severnoatlanskom savezu ocenjuje na »pojedinačnoj osnovi«, a u skladu sa dometima vlastitih društvenih reformi.

Sama Povelja sadrži šest zasebnih celina. U prvom delu Povelje (*Načela partnerstva*)⁷ se navodi da Sjedinjene Američke Države podržavaju nezavisnost i teritorijalnu celovitost zemalja potpisnica, kao i da nedvosmisleno podupiru njihovo nastojanje da se u potpunosti integrišu u »zajednicu demokratskih evroatlanskih država«⁸. Države potpisnice se u ovom delu dokumenta obavezuju da će u potpunosti primenjivati načela vladavine prava i ljudskih prava, kao i da će poštovati sva načela i obaveze koje proizilaze iz Povelje Ujedinjenih nacija i Završnog akta KEBS-a iz Helsinkija, a posebno se ukazuje na značaj jačanja intenzivnih bilateralnih i multilateralnih odnosa.

⁴ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., Preamble, points 1–9.

⁵ Ibidem, point 3.

⁶ Ibidem, point 8.

⁷ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., Principles of Partnership, points 10–15.

⁸ Ibidem, point 10.

Drugi deo Povelje (*Evroatlanske integracije kao zajednički cilj*⁹), sadrži ocenu prema kojoj je zajednički interes zemalja potpisnica »potpuna integracija u evropske i transatlanske ekonomske, bezbednosne i odbrambene institucije«¹⁰. U ovom delu se posebno naglašava da Evropa neće biti slobodna, stabilna i celovita sve dok se njen jugoistočni deo u potpunosti ne integriše u evroatlanske strukture. Sjedinjene Američke Države će u potpunosti podržavati nastojanja država potpisnica da postanu članice Severnoatlanskog saveza dok će one davati podršku politici »otvorenih vrata« koju promoviše Severnoatlanski savez.

Odredbe o okvirima demokratskih reformi i zaštite ljudskih prava navedene su u trećem delu povelje¹¹. On sadrži navode o čvrstoj opredeljenosti za jačanje i razvoj demokratskih institucija i struktura civilnog društva, kao i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, a pre svega »žena, dece, verskih i nacionalnih manjina u svim oblastima društvenog života«.¹²

Četvrti deo dokumenta (*Privredna reforma i saradnja*¹³) sadrži uslove u vezi prelaska država potpisnica sa autarhičnih ekonomskih sistema na savremenu tržišnu privredu i nameće monetarnu, trgovinsku i poresku reformu. U ovom delu povelje je ukazano i na neophodnost ubrzavanja procesa privatizacije i modernizacije sistema javnih nabavki, a posebno je stavljen naglasak na »potrebu intenzivnije regionalne ekonomske saradnje«¹⁴.

U petom delu povelje (*Regionalna bezbednost*¹⁵) ističe se da će između zemalja potpisnica biti ustanovljeni stalni mehanizmi bilateralnih i multilateralnih konsultacija o mogućim pretnjama regionalnoj bezbednosti i stabilnosti. Potpisnice se obavezuju da će ojačati bezbednost svojih granica, raditi na otklanjanju transnacionalnih bezbednosnih pretnji i učestvovati u borbi protiv organizovanog kriminala, nelegalne trgovine oružjem, drogom i ljudima te unaprediti ulogu nezavisnog sudstva i sprovođenja antikorupcijskih pravnih propisa.

⁹ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., The Common Objective of Full Euro-Atlantic Integration, points 16–21.

¹⁰ Ibidem, point 16.

¹¹ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., Democratic Reform and Human Rights, points 22–25.

¹² Ibidem, point 25.

¹³ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., Economic Reform and Co-operation, points 26–29.

¹⁴ Ibidem, point 29.

¹⁵ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., Regional Security, points 30–33.

Šesti, završni deo povelje (*Američko-jadranski odnos*¹⁶) ukazuje na dugo prijateljstvo i saradnju između Sjedinjenih Američkih Država i zemalja Zapadnog Balkana. U tom smislu potpisnice ovog dokumenta »svečano potvrđuju svoje opredeljenje za bogato i dinamično američko-jadransko partnerstvo za XXI vek«¹⁷. Kako bi se unapredili američko-jadranski odnosi na političkom, ekonomskom, bezbednosnom, odbrambenom, kulturnom i ekološkom planu.

*Komisija za partnerstvo i mehanizmi
saradnje država članica*

U skladu sa poveljom o partnerstvu osnovana je Komisija za partnerstvo koja postavlja političke smernice za međusobnu saradnju. Komisija se sastaje jednom do dva puta godišnje, a članovi komisije su ministri spoljnih poslova ili njihovi pomoćnici, koji prema principu šestomesečne rotacije predsedavaju ovim telom.

Prvi sastanak Komisije za partnerstvo bio je održan 14. novembra 2003. godine u Vašingtonu. Tada je usvojena Zajednička izjava država članica Jadranske povelje¹⁸ u kojoj se na samom početku izrazila zahvalnost administraciji Sjedinjenih Američkih Država za podršku prilikom sprovođenja načela izraženih u osnivačkom dokumentu ovog međunarodnog foruma. U izjavi je naglašeno da će sprovođenje povelje o partnerstvu doprineti punoj stabilnosti Jugoistočne Evrope, kao i jačanju procesa demokratizacije i modernizacije vojnih kapaciteta država u regionu. To je posebno značajno kako bi se stvorili uslovi da se oružane snage ovih zemalja uspešno suprotstave savremenim bezbednosnim izazovima. U ovoj zajedničkoj izjavi je naglašeno da su Albanija, Hrvatska i Makedonija ispunile svoje godišnje akcione planove koji su integrisani u Akcioni plan za učlanjenje u NATO (*Membership Action Plan—MAP*). U okviru nacionalnih akcionih planova promovisana je opredeljenost država potpisnica povelje za poštovanje vladavine prava, ljudskih prava i tržišne privrede, kao i modernizacije oružanih snaga. Posebna pažnja je bila ukazana na neophodnost što potpunije međusobne vojne saradnje, koja je na NATO samitu u Bukureštu aprila 2008. godine rezultirala

¹⁶ A Charter of Partnership among Albania, Croatia, Macedonia and the United States of America, op. cit., The U.S. – Adriatic Relationship, points 34–36.

¹⁷ Ibidem, point 34.

¹⁸ Joint Statement of the Adriatic Charter Group, Washington D.C., November 14, 2003, in The Charter of Partnership among Albania, Croatia and Macedonia, op. cit., pp. 16–17.

rala ocenom da su sve tri države postigle kriterijum za pristupanje NATO-u. U aprilu mesecu 2009. godine usledilo je pristupanje Albanije i Hrvatske NATO savezu, dok Makedonija za sada nije dobila poziv za ulazak zbog protivljenja Grčke.

Ostali sastanci Komisije su se održavali po redovnim terminima i na njima su se analizirale prethodni šestomesečni periodi i dostignuti dometi u planiranom akcionom planu povelje, odnosno godišnjih nacionalnih programa zemalja potpisnica.

Na sastancima Komisije usaglašavaju se konkretne aktivnosti u oblasti odbrane: osnovan je Regionalni centar za mirovne operacije u Krivolaku/Makedonija, organizuju se zajedničke vežbe na teritorijama zemalja potpisnica, organizuje se priprema i obuka zajedničkih jedinica za učešće u operacijama podrške miru i održavanja mira, konsultuje se o bezbednosnoj i odbrambenoj politici, razmenjuju se elementi vojnog obrazovanja, ugovara se i uspostavlja vojno-tehnička saradnja i kontrola naoružanja¹⁹. Na svakom od ovih sastanaka razmatraju se i razmenjuju iskustva o odbrambenim reformama, pitanjima pravno-zakonodavne procedure i uspostavljaju se pojačane zajedničke konsultacije sa regionalnim zemljama-članicama Saveza.

Jedna od tema koja se redovno razmatra, su i ciljevi u postizanju »globalnog mira i stabilnosti« čime se direktno ukazivalo na značaj učešća pojedinačnih vojnih kontigenata zemalja potpisnica u okviru postojećih misija NATO-a u Avganistanu i Iraku. Na osnovu ovoga, 4. maja 2005. godine u sedištu NATO-a u Briselu, potpisan je memorandum o razumevanju u vezi sa formiranjem Zajedničke vojnomedicinske jedinice, koja se od avgusta 2005. godine nalazi u sklopu grčko-poljske bolnice smeštene na Kabulskom aerodromu²⁰.

Svi sastanci Komisije su transparentni i otvoreni za prisustvo predstavnika drugih zemalja regiona. Na većini od njih, pozivani su i prisustvovali su kao posmatrači predstavnici Ministarstva odbrane Republike Srbije i Generalštaba Vojske Srbije.

Na svim sastancima komisije, razgovara se o značaju i podršci izgradnji sigurnosti i stabilnosti u Avganistanu, što rezultira povećanjem broja angažovanih vojnika iz zemalja članica inicijative u ovoj zemlji. Trenutno u ovom momentu, Makedonija u Avganistanu ima 180 vojnika, a planira da pošalje još 80, što bi ukupno činilo 260 što je procentualno četiri posto makedonskih snaga s kojima

¹⁹ Ničić, Blagoje, »Jadranska povelja«, *Evroatlanska revija*, broj 3, Beograd, leto–jesen 2006, str. 46.

²⁰ Gajić, Dejan, »Regionalna saradnja zemalja Jugoistočne Evrope na vojnom planu«, *Međunarodna politika*, god. LVI-LVII, broj 1 120–1121, Beograd, str. 48–54.

raspoláže armija Republike Makedonije. Bosna i Hercegovina u Avganistanu ima 100 vojnika, a Crna Gora 40²¹.

Pored sednica Komisije za partnerstvo, u sklopu inicijative održavaju se i drugi formalni i neformalni sastanci predstavnika država članica Jadranske povelje. Naime, Poveljom o partnerstvu je ostavljena mogućnost da se pored navedene komisije formiraju i drugi mehanizmi za saradnju. Stoga je u godišnjim akcionim planovima za saradnju u okviru Jadranske povelje predviđeno održavanje sastanaka ministara odbrane, načelnika generalštabova, predsednika spoljnopolitičkih odbora parlamenata i političkih direktora ministarstava inostranih poslova.

U Tirani je 12. septembra 2003. godine održan prvi sastanak ministara odbrane Albanije, Hrvatske i Makedonije, a u Zagrebu je 5. maja 2004. godine održan prvi sastanak spoljnopolitičkih odbora parlamenata Albanije, Hrvatske i Makedonije. Na ovom sastanku je posebno ukazano na neophodnost jačanja partnerstva i solidarnosti između zemalja potpisnica Jadranske povelje na putu prema evroatlanskim integracijama, a kao jedan od glavnih zaključaka ovog skupa je bilo postojanje neophodnosti postojanja pojedinačnog ocenjivanja napretka država potpisnica Jadranske povelje prema Severnoatlanskom savezu. To je značilo da bi eventualno zaostajanje u vojnim, demokratskim i ekonomskim reformama jedne od država, nebi došlo do ugrožavanja pristupanja NATO-u drugih potpisnica ovog dokumenta.

Nakon donošenja ovakvog zaključka, Hrvatska je potpisala sa Sjedinjenim Američkim Državama poseban memorandum, kojim je američkim oružanim snagama besplatno ustupila na korišćenje aerodrome, luke, poligone i objekte za obuku i dopustila njihovo kretanje uz najavu, ali bez pratnje, vazдушnim prostorom i putnim i železničkim koridorima. Oružane snage SAD mogu koristiti aerodrome u Puli, Zadru i Udbinama, luke u Splitu, Rijeci i Dubrovniku i poligone u Slunju i Gašincima²².

U sklopu inicijative organizuju se i održavaju sastanci načelnika generalštabova oružanih snaga zemalja članica i političkih direktora ministarstava spoljnih poslova, a sve u cilju unapređivanja bilateralnih i multilateralnih odnosa u cilju postizanja pune stabilnosti regiona Zapadnog Balkana i ubrzanog prihvatanja obaveza koje nameću Evroatlanske integracije.

²¹ Internet: http://www.slobodnaevropa.org/content/intervju_dusica_tomovic/1982916.html 25.06.2010.

²² Grdešić, Ivan; »US – Adriatic Charter of Partnership: Securing the NATO Open Door Policy«, *Political Thought: Croatian Political Science Review* (05/2005), str. 114.

ZAKLJUČAK

Jasno je da Povelja o partnerstvu, kao osnovni dokument strateškog partnerstva suverenih država Zapadnog Balkana, otvara mogućnost da se njihova međudržavna saradnja ubrza i osnaži. Karakter, kao i opseg nivoa aktivnosti koji se odvijaju unutar povelje vrlo je širok – od sastanaka visokih državnih izaslanstava, ekspertskih sastanaka, pa do vojnih vežbi sa velikim brojem učesnika. Po sadržaju najobuhvatnija je saradnja na području odbrane i bezbednosti. Jedna od značajnih obaveza iz oblasti regionalne bezbednosti koja proističe iz povelje jeste borba sa korupcijom i organizovanim kriminalom koji predstavljaju ozbiljnu pretnju stabilnosti čitavog regiona Zapadnog Balkana. U tom su se cilju članice povelje obavezale da preduzimaju mere na državnom i multilateralnom nivou za suzbijanje nelegalne trgovine oružjem, narkoticima, ljudima i robom i drugih oblika transnacionalnog kriminala. Te mere se sprovode jačanjem regionalne saradnje, na državnom nivou, donošenjem i sprovođenjem u delo efikasnog antikorupcijskog zakonodavstva i nezavisnog pravosuđa.

Bitnu činjenicu predstavlja to što je u skladu sa jadranskom poveljom predviđeno i novo »američko-jadransko« partnerstvo, koje podrazumeva značajnu diplomatsku i finansijsku podršku Sjedinjenih Američkih Država zemljama potpisnicama ovog dokumenta na putu njihovog integrisanja u Severnoatlanski savez i Evropsku uniju.

Najvidljiviji rezultat dosadašnje saradnje u okviru povelje je upućivanje multinacionalnih vojnih sastava u misiju ISAF u Avganistanu. Takođe u sklopu Američko-jadranske povelje, najviše aktivnosti je sprovedeno na reformama oružanih snaga radi njihovog dovođenja na nivo standarda NATO-a. Sve zemlje potpisnice povelje su transformisale svoja Ministarstva odbrane i Generalštabove i definisale dinamiku procesa transformacije operativnih jedinica. Sve zemlje imaju izrađen Strategijski plan odbrane i planove razvoja oružanih snaga do 2015. godine i njihove potpune transformacije po standardima NATO-a.

Članstvo u povelji omogućilo je brže priključenje Hrvatske i Albanije Severnoatlanskom savezu, skoro je već završen čin ulaska Makedonije, a nakon godinu dana od pristupanja povelji, Crna Gora je primljena u Akcioni plan za članstvo u NATO.

DRAGAN ĐUKANOVIĆ, LL.D.,
The Institute of International Politics
and Economics, Belgrade
STEVAN RAŠETA, LL.M.,
Ministry of Defence, Serbia

ADRIATIC CHARTER OF PARTNERSHIP
– Genesis, ranges and development –

Summary

In this paper, the authors point to the genesis and ranges of interstate cooperation within the scope of the Adriatic Charter, signed by the Republic of Albania, the Republic of Croatia, the FYR Macedonia, the Republic of Montenegro, Bosnia and Hercegovina and the United States of America. All the member states of the Adriatic Charter groupe have been united in their common objective to become an integral part of the NATO. The United States of America gives strong impetus to member states of the group to implement all the criteria for the membership in NATO promoting the "Open Door" policy. Authors analyses Charter of Partnership and their mechanisms for interstates co-operation.

DUŠAN VASIĆ

**DEKONSTITUCIONALIZACIJA
SPOLJNE POLITIKE NOVIH DRŽAVA
NA BALKANU**

U V O D

Države koje su posle 1990. godine formirane na Balkanu nisu bile sklone da svoja spoljnopolitička opredeljenja detaljno, sveobuhvatno i otvoreno ugrade u ustav, kao najviši nacionalni pravni akt. Ovoj materiji one su pristupile bitno drugačije u odnosu na Ustav SFRJ iz 1974 godine, kao normativnu platformu bivše zajedničke države. Dekonstitucionalizacija načela i principa međunarodne saradnje, prioritetu u odnosima sa svetom i stavova o nekim životnim pitanjima čovečanstva, postala je u većoj ili manjoj meri odlika svih bivših jugoslovenskih republika, bez obzira na karakter vlasti i ideološka opredeljenja. Ako je ponegde za tim i bilo potrebe, u ustav novih država je ugrađivan samo minimum najopštijih stavova, u smislu opredeljenosti za svestranu međunarodnu saradnju, pristupanja integracijama i poštovanja opšteprihvaćenih načela međunarodnog prava. Naravno, uz davanje prioriteta međunarodnim konvencijama u odnosu na domaće zakonodavstvo.

Dijapazon razloga za dekonstitucionalizaciju međunarodne materije je veoma širok, a njihova tumačenja razlikuju se od autora do autora. Kao generalno uverljivi argument stoji činjenica da najveći broj modernih ustava u svetu, koji su usvojeni u poslednje tri decenije, ne zalazi dublje u materiju međunarodnih od-

Dr Dušan Vasić, bivši ambasador u Meksiku, docent Univerziteta Alfa u Beogradu.

nosa i principa. Ustavi se, po pravilu, teško i sporo menjaju, pa bi detaljno regulisanje svih pitanja od međunarodnog značaja objektivno bilo prepreka za promene ne samo u vođenju dnevne politike, već i za strateške pretumbacije koje su se pokazale neminovne u ovim burnim vremenima.

Dalje, izostavljanje liste principa i načela međunarodne saradnje u ustavi- ma novih država bila je i naglašena poruka svetu da su se one, iako potiču iz za- jedničke jugoslovenske države, ne samo na unutrašnjem, već i na međunarodnom planu odrekle svojih socijalističkih korena, a pre svega nesvrstane politike. Dalje, s obzirom na način na koji su nastale, one nisu želele da bliže navode načela međunarodnog prava, jer su pojedine u tom procesu dovele u pitanje određena načela. Pored toga, uprkos jednostrane usmerenosti prema Zapadu, one su zazira- le da ustavom »zabetoniraju« svoju buduću spoljno-političku orijentaciju. Na taj način ostavile su veću slobodu izvršnoj vlasti za određene promene, u skladu sa promenom odnosa moći u svetu.

U pogledu načina na koji su novonastale države normativno oblikovale svoju spoljno-političku poziciju, uočljiva su tri pristupa. Prvi je specifičan za Sloveniju i Hrvatsku, jer su one odmah optirale za ulazak u Evropsku uniju i NA- TO. Drugi karakteriše pozicioniranje Makedonije i Bosne i Hercegovine, koje su pokušale da slede (prava), ili bar imitiraju (druga), navedene sesecionističke per- janice. Treći pristup je obeležio praksu one dve bivše republike koje su još punu deceniju i po ostale da žive u zajedničkoj državi (SRJ i SCG), da bi se tek 2006. godine definitivno razdvojile. Pri tome, između Crne Gore i Srbije ipak se mogu uočiti značajne razlike u pristupu, jer je prva ubrzano htela da nadokandi zaosta- tak za Slovenijom i Hrvatskom, a druga se teško nosila sa obnovljenom držav- nošću, ne uspevajući dugo da profiliše ni unutrašnje, a do danas ni spoljno-po- litičke prioritete. Novonastale države, ako to već nisu uradile ustavom, opredelile su se za druge forme izgrađivanja međunarodne pozicije i za definisanje svoje spoljno-političke strategije. One su to najvećim delom učinile u formi deklaracije nacionalnog parlamenta ili u formi dokumenta o strategiji republičke vlade.

USTAV SLOVENIJE I USTAV HRVATSKE

Na konstitucionalnom, kao i na političkom planu, *Slovenija* je bila prva no- voproklamovana država koja je izrazila potpuni formalni otklon od jugoslovens- ke socijalističke matrice. Da paradoks bude veći, tu promenu je pokrenuo i izneo Savez komunista Slovenije, čiji su kadrovi, zajedno sa Hrvatskim, presudno uti- cali na oblikovanje dotadašnjeg duštvenog, privrednog i političkog uređenja pret- hodne zajedničke države. U drugoj polovini juna 1991. godine, slovenački

parlament je usvojio deklaraciju pod nazivom »Osnove ustavne povelje o suverenosti i nezavisnosti Republike Slovenije«. Uz ostalo, tu se kaže da se ova republika, izlazeći iz sastava SFRJ »opredeljuje za asocijaciju sa drugim državama, članstvo u Organizaciji Ujedinjenih nacija, članstvo u Evropskoj uniji i učešće u drugim savezima država i naroda«¹.

Taj pristup je u potpunosti došao do izražaja i u konstitucionalnoj ravni. Ustav iz decembra 1991, bez obzira na naknadne amandmane (1997, 2000, 2003, 2004. i 2006. godine), osim obaveze da svi domaći zakoni budu u saglasnosti sa opšteprihvaćenim načelima međunarodnog prava i ugovorima koji obavezuju Sloveniju², nije sadržao ni jedan izričit stav o načelima i principima na kojima će počivati spoljna politika. Najveća novina bila je u tome što je amandmanom iz 2003. godine (čl. 3a) prihvaćen tekst koji je omogućio prenos dela suvereniteta na međunarodne organizacije³, što je u tom trenutku bio uslov za ulazak u Evropsku uniju.

Ova ustavna »praznina« nadomeštena je nekoliko godina kasnije novim političkim dokumentom nacionalnog parlamenta. *Državni zbor Slovenije* je 1999. godine usvojio posebnu platformu za spoljno-političko delovanje, pod imenom *Deklaracija o spoljnoj politici*⁴. Ključna odredba deklaracije je da se »spoljna politika mora zasnivati na dvema temeljnim vrednostima: (1) bezbednosti i (2) blagostanju države i njenih stanovnika«⁵. »Spoljna politika«, navodi se dalje u ovom dokumentu, »zasnovana je na očuvanju slovenačkog nacionalnog identiteta i, istovremeno, na otvorenosti prema svetu«⁶.

Analiza sadržaja ukazuje da je Slovenija u definisanju sopstvenog pogleda na svet i specifičnih pravaca delovanja pošla isključivo od potrebe za ostvarivanjem slovenačkih nacionalnih interesa. Tu je uporište i izvor svih težnji na međunarodnom planu. U tom smislu je bilo i logično što je u daljem tekstu ove deklaracije spoljna politika direktno stavljena u funkciju ekonomije. Apostrofirano je da »uspešna spoljna politika mora biti efikasan instrument razvoja slovenačke privrede i promocije Slovenije u svetu«⁷.

¹ *Basic Constitutional Treaty on Sovereignty and Independence of Republic of Slovenia*, Poglavlje II (25.06.1991).

² Ustav Republike Slovenije, čl. 8.

³ Ustava RS (Ur. l. RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03).

⁴ Deklaracija o zunanji politici Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 108/1999).

⁵ Ibid.

⁶ www.mzz.gov.si/si/zunanja_politika/.

⁷ Ibid.

Na taj način, reafirmisan je klasični doktrinarni stav da je spoljna politika u osnovi produžetak i ishodište unutrašnje politike. On je potenciran kroz formulaciju da »Republika Slovenija gradi svoju spoljnu politiku na fundamentalnim načelima ustavnog uređenja države i opšte prihvaćenim principima međunarodnog prava.« U daljem tekstu se na vrlo sofisticiran način i u jednom pozitivnom kontestu dovodi u vezu ostvarivanje prava nacionalnih manjina susednih država u Sloveniji sa ostvarivanjem prava Slovenaca u tim državama. Dakle, nije se ostalo na načelnoj podršci manjinama, kao što to čine i ustavi drugih novonastalih država, već je ona uslovljena tretmanom građana slovenačkog porekla u susednim državama⁸.

U vezi prioriteta spoljne politike, Deklaracija Skupštine Slovenije definiše devet osnovnih pravaca delovanja. To su: (1) Evropska unija, (2) NATO, (3) Susedne države (Hrvatska, Italija, Austrija, Mađarska), (4) Regionalne potrebe, (5) Evropske države i SAD (što obuhvata članice EU, ostale srednjoevropske države, SAD, Rusku Federaciju), (6) Jugoistočna Evropa (pitanje nasleđa SFRJ, politički, i privredni interesi Slovenije), (7) Vanevropske države, (8) Globalna politika i (9) Regionalna politika.

Dva početna prioriteta su već odavno ispunjena. Slovenija je ušla i u Evropsku uniju i u NATO, doduše obrnutim redom, u odnosu na gore navedeni redosled prioriteta⁹. Što se tiče trećeg, odnosa sa susednim državama, »većiti« teritorijalni spor sa Hrvatskom, oko Piranskog zaliva, ušao je u fazu rešavanja putem evropske arbitraže, dok su osetljiva manjinska pitanja sa Italijom i Austrijom postala predmet tihog i mukotrpnog usaglašavanja i nadmetanja. Što se tiče odnosa prema bivšim republikama iz SFRJ na njih se gleda samo kao na tržište na koje treba plasirati sopstvenu robu. Povrh toga, Slovenija je kao članica Evropske unije postala značajan partner SAD za delovanje na Balkanu, čime je preuzela ulogu koju su na ovom prostoru ranije imale Velika Britanija i Holandija zajedno. Ta »isturenost« Slovenije u sprovođenju politike SAD prema Balkanu, iako je otežavala položaj Srbije, učinila je ovu državu interesantnim sagovornikom i za Rusiju, ali i za Kinu. Republika *Hrvatska* je u definisanju generalnih međunarodnih stavova postupila slično Sloveniji, utoliko što je i *Sabor Hrvatske*, na isti dan kao i parlament Slovenije, 25. juna 1991. godine, usvojio sopstvenu »Deklaraciju o proglašenju suverene i samostalne republike Hrvatske«. Međutim, u toj deklaraciji ni nova međunarodna opredeljenja, ni usmerenost ka Evropskoj uniji, nisu bili izričiti kao u slučaju Slovenije. Štaviše, formulacija iz Deklaracije je optirala za zajedničku saradnju svih republika do zajedničkog ulaska u Evrops-

⁸ Ibid.

⁹ Primerna zunanja politika – Temeljne prvine zunanje politike RS o uključivanju v evroatlantske povezave (sprejela Vlada RS dne 10. 10. 2002).

ku uniju, pri čemu je prednost davana stvaranju posebnog saveza država između Hrvatske i Slovenije¹⁰. Istina, u slovenačkim dokumentima, ideja o zajedničkoj državi sa Hrvatskom nikad nije ugledala svetlost dana, uprkos izjavama političara.

Razlika je međutim u tome što je Hrvatska, kasnije, u Ustav ugradila mnogo više međunarodnih elemenata i stavova, nego bilo koja druga novostvorena država na ovom prostoru. U Ustavu je to posebno došlo do izražaja kod definisanja »izvorišnih osnova« pre svega, određene »istorijske činjenice« (o hiljadugodišnjoj hrvatskoj državnosti, uz takvo neutralno pominjanje postojanja Nezavisne države Hrvatske, koje ne predstavlja izričitu osudu ove fašističke tvorevine), zatim »opšteprihvaćenih načela u savremenom svetuk«, potom »neotuđivosti, nedeljivosti, neprenosivosti i nepotrošenosti prava na samoopredeljenje i državnu suverenost hrvatskog naroda kao osnovni preduslov za mir i stabilnost međunarodnog poretka«, te garantovanja nacionalnih prava manjinama »u skladu s demokratskim normama OUN i zemalja slobodnog sveta« (dakle ne svim normama i ne svih zemalja, napomene D.V.)¹¹. »Nedeljivost« ovde treba razumeti kao odricanje prava pripadnicima drugih naroda da ispolje sopstveno nacionalno samoopredeljenje, a »nepotrošenost« prava za hrvatski narod nagoveštava da on u budućnosti može ponovo drugačije odlučiti o tome s kim će i kako dalje (podvlačenja i napomene D.V.).

Za razliku od Slovenije, gde je parlament bliže utvrdio načela spoljne politike, u Hrvatskoj je učinila Vlada. U dokumentu pod nazivom »Odrednice vanjske politike«¹² Vlada Hrvatske je definisala sledeća fundamentalna opredeljenja na međunarodnom planu: »(1) očuvanje i jačanje međunarodnog mira i razumevanja među državama i narodima, (2) učvršćenje međunarodnog položaja Hrvatske, (3) stvaranje uslova za sprovođenje temeljnih strateških prioriteta uključivanjem u evropske i transatlanske političke, bezbednosne i ekonomske integracije, (4) poštovanje preuzetih međunarodnih obaveza, (5) rešavanje otvorenih preostalih pitanja iz procesa raspada bivše države, (6) uspostavljanje dobrosusedskih odnosa i saradnje sa svim susednim zemljama na načelima ravnopravnosti i uzajamnosti, (7) razvijanje prijateljskih odnosa s najvažnijim činiocima i državama u svetu, (8) jačanje ekonomskog položaja, te (9) promocija ukupnog imidža Hrvatske.

Deo ovog spoljno-političkog određenja je i proklamacija, slična slovenačkoj, o nedeljivosti spoljne i unutrašnje politike u Hrvatskoj: »Spoljnopolitički

¹⁰ *Deklaracija o proglašenju suverene i samostalne Republike Hrvatske*, Poglavlje V, stav II (25.06.1991).

¹¹ Ustav Republike Hrvatske (pročišćeni tekst – NN 55/01), Izvorne osnove, stav II.

¹² www.mvpei.hr/MVP.asp?pepid=4.

ciljevi Vlade RH suštinski su povezani s kompleksnim programom unutrašnjih reformi s kojima će se osigurati privredni razvoj, reorganizacija državne uprave, i potpuna implementacija svih evropskih demokratskih standarda, odnosno vladavine prava, čvrste garancije građanskih i verskih sloboda, potpuna jednakost i ravnopravnost svih naših građana i pravo svakog pojedinaca na jednake životne prilike«.

Na osnovu citiranih načela, potom su izvedeni pojedinačni ciljevi spoljne politike. To su (1) Ulazak u Evropsku uniju, (2) Učešće u NATO, (3) Unapređenje odnosa sa susednim državama, (4) Razvijanje bilateralne i multilateralne međunarodne saradnje, (5) Promocija hrvatske privrede i (6) Ukupna promocija Hrvatske. Bez obzira što je ulazak u NATO definisan kao druga tačka na listi prioriteta, on je brže ostvaren nego ulazak u Evropsku uniju. Doduše, Hrvatska je na tom planu daleko odmakla ispred ostalih država Zapadnog Balkana, i nesumnjivo će znatno pre njih ući u ovaj krug.

USTAV MAKEDONIJE I USTAV BOSNE I HERCEGOVINE

Međunarodna problematika se u Ustavu Republike *Makedonije* pominje samo indirektno. To se čini u uvodnim odredbama, u kontekstu ljudskih prava. Naime, među temeljnim vrednostima ustavnog poretka nabrojane su »osnovne slobode i prava čoveka i građanina, priznate od strane međunarodnog prava i utvrđene Ustavom«.¹³ Deficitarnost međunarodne problematike u uvodnim načelima donekle je nadoknađena završnim odredbama. Naime, za razliku od ustava svih drugih država sa ovog prostora, Ustav Makedonije je međunarodnim odnosima posvetio poseban odeljak (šesti od ukupno devet), upravo pod tim nazivom. Međutim, sva četiri člana koja su sadržana u ovom odeljku (118, 119, 120 i 121) jedino se bave materijom međunarodnih ugovora (kako se pripremaju i usvajaju, ko ih potpisuje, kako se donosi odluka o stupanju ili istupanju iz saveza ili zajednice sa drugim državama, o odnosu prihvaćenih međunarodnih ugovora i domaćeg zakonodavstva i sl), a nema ni reči o međunarodnim odnosima.

Oblikovanje spoljno-političkih načela i prioriteta stavljeno je u zadatak prvoj makedonskoj vladi. Ona je donela i danas važeći strateški dokument pod nazivom »Ciljevi i prioriteti spoljne politike Makedonije«¹⁴, koji se s vremena na vreme inovira konkretnim stavovima o određenim problemima u svetu. U uvodu

¹³ Ustav na Republika Makedonija (prečišćen tekst), čl. 8, stav jedan.

¹⁴ www.mfa.gov.mk/default.aspx?ItemID=263.

ovog dokumenta precizno se određuje da »Republika Makedonija putem spoljne politike – na bilateralnom i multilateralnom planu – promoviše svoje nacionalne vrednosti i interese«. To je njena funkcija. A njen cilj je »evropska i transatlantska integracija«, kao »vitalni interes za dugoročnu stabilnost, bezbednost i blagostanje Republike Makedonije«.

Iz ovih načelnih međunarodnih opredeljenja, izvedeni su potom konkretni zadaci, koji se u suštini svode na pet prioriteta: (1) članstvo u NATO; (2) dobijanje datuma za započinjanje pregovora za punopravno članstvo u Evropskoj uniji, (3) ukidanje viza za makedonske građane, (4) zalaganje za prevazilaženje razlika oko imena potenciranog od strane južnog suseda i (5) jačanje ekonomske i javne diplomatije. Pada u oči da je za Makedoniju ulazak u NATO označen kao najviši cilj, a drugi cilj po važnosti je ulazak u Evropsku uniju. Kod svih ostalih »jug« država, redosled je drugačiji. Uvek je Evropska unija u prvom planu, a opredeljenje za NATO nalazi se na drugom, trećem ili četvrtom mestu prioriteta. Iza ovih pet osnovnih prioriteta makedonske spoljne politike potom sledi lista od ukupno dvanaest tačaka konkretnog spoljno političkog delovanja. Pojedini zadaci pri tom direktno proizilaze iz gore iznetih ciljeva, drugi se indirektno naziru ali ima i onih koji se u ciljevima čak ne sadrže.

Sa stanovišta ostvarivanja usvojenih ciljeva, može se konstatovati da Makedonija nije ostvarila onaj najvažniji, a to je ulazak u NATO. Veto koji je na prijem ove zemlje u NATO stavila Grčka, bio je povod da Makedonija pred Međunarodnim sudom pravde pokrene spor kojim želi da stavi van snage grčki veto. Iako je u približavanju NATO napredovala jednako brzo kao i Hrvatska, za nju su ta vrata i dalje zatvorena. Što se tiče približavanja Evropskoj uniji, građani Makedonije su istovremeno sa građanima Srbije i Crne Gore stavljeni na »belu šengensku listu«.

Specifičnost makedonskog pristupa odnosima sa svetom je opredeljenje da se u strateškom dokumentu o spoljnoj politici izražavaju i tekući »Stavovi i pozicija Republike Makedonije o određenim spoljnopolitičkim pitanjima«. Tu su izloženi specifični makedonski stavovi o: (1) proširivanju EU, (2) međunarodnom terorizmu, (3) Avganistanu, (4) Pakistanu, (6) Iraku, (7) Iranu, (8) Tajvanu, (9) Severnoj Koreji, (10) Bliskoistočnoj krizi, (11) Sudanu (misli se na zbivanja u Darfuru, napomena D.V.) i (10) Gruziji. Stavovi o ovim pitanjima s vremena na vreme se dopunjuju, kao na primer u slučaju Gruzije, ali i bitno menjaju, kao na primer u pogledu statusa Tajvana i saradnje sa ovom kineskom osamostaljenom provincijom. Za razliku od Makedonije, ostale države u okruženju, u okviru strateškog dokumenta o spoljnoj politici ne utvrđuju konkretne stavove osetljivim, a pre svega kriznim temama, verovatno zbog potrebe da sačuvaju manevarski prostor i izvesnu političku odstupnicu.

Ustav *Bosne i Hercegovine* (takozvani Dejtonski ustav) objektivno je naj-deficitarniji u oblasti međunarodnih načela i principa, što je i razumljivo. Ova država je u odnosu na bivše »jugo-republike« najmanje kompaktna u normativnom, nacionalnom, religijskom, kulturnom i političkom smislu (to je asimetrična konfederacija, sa dva republička entiteta koji sebe ustavno definišu kao država, sa tri nacije i tri vere, četiri kantona itd.). Ali, uprkos ovakvoj složenosti, Bosna i Hercegovina ipak poseduje jedinstveni dokument o strategiji spoljne politike na nivou zemlje. Ne ulazeći ovom prilikom u način kako je on donet, šta je u njega uneto, a šta izostavljeno, stoji činjenica da je ipak kapacitet usaglašavanja bio dovoljan da se bar na nivou ove labave konfederacije definišu zajednički prioriteti u spoljnoj politici. Naravno, to nije bilo moguće postići Ustavom konfederacije, to jest Republike Bosne i Hercegovine, a još manje ustavima entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, ali je učinjeno kroz poseban dokument Predsedništva Bosne i Hercegovine, iz marta 2003. godine, pod nazivom »Opšti pravci i prioriteti sprovođenja spoljne politike Bosne i Hercegovine«¹⁵.

Predsedništvo Bosne i Hercegovine je sačinilo strateški dokument, koji sadrži tri ključna poglavlja. U prvom Odeljku, pod nazivom *Načela spoljne politike Bosne i Hercegovine*, navedena su polazišta za delovanje na međunarodnom planu (parafraziramo): (1) Spoljnu politiku vodiće Predsedništvo Bosne i Hercegovine; (2) Promocija, odbrana interesa i nastupanje u ime Bosne i Hercegovine u međunarodnim odnosima zasnivaju se na odredbama Ustava Bosne i Hercegovine, zakonima, odlukama i stavovima Predsedništva Bosne i Hercegovine, Parlamenta Bosne i Hercegovine, Veća ministara Bosne i Hercegovine i Ministarstva spoljnih poslova Bosne i Hercegovine (entiteta se ne pominju, napomena D.V.); (3) Međunarodna saradnja i ugovorni odnosi zasnivaće se na načelima koja su sadržana u Povelji UN-a, Završnom aktu iz Helsinkija i ostalim dokumentima OEBS, te opšteprihvaćenim principima međunarodnog prava; (4) Spoljna politika zasnivaće se na otvorenosti i ravnopravnosti, uzajamnom poštovanju suvereniteta i teritorijalnog integriteta, principu miroljubive saradnje, uz uvažavanje obostranih interesa; (5) Međunarodni sporovi treba da se rešavaju miroljubivim putem i kroz dijalog; (6) Podržaće se nastavak borbe protiv terorizma.

Naredni odeljak, pod nazivom *Prioriteti spoljne politike*, definiše prioritete za angažovanje zajedničkih organa Bosne i Hercegovine: (1) očuvanje i zaštita nezavisnosti, suvereniteta i teritorijalnog integriteta, (2) potpuna i dosledna implementacija Opšteg mirovnog sporazuma, (3) pristupanje evroatlanskim integracionim procesima, (4) učešće u multilateralnim aktivnostima i (5) promocija,

¹⁵ Predsedništvo Bosne i Hercegovine, *Opći pravci i prioriteti za sprovođenje vanjske politike*, Sarajevo 26. mart 2003, br. 01-645-30/03

odbrana zemlje kao partnera u međunarodnim ekonomskim odnosima i aktivnostima.

Predsedništvo BiH je u trećem odeljku ovog dokumenta, koji nosi naslov *Osnovni pravci i aktivnosti spoljne politike*, naznačilo konkretne zadatke u pogledu postupanja na (1) bilateralnom planu i na (2) multilateralnom planu a radi zaštite interesa svih državljana BiH, bez obzira na njihovu entitetsku ili kantonalnu pripadnost.

Bez obzira što je Predsedništvo Bosne i Hercegovine usvojilo jedan politički fleksibilan i nepretenciozan dokument, u praksi nije bilo moguće prevazići činjenicu da su Federacija Bosne i Hercegovine (kao muslimansko hrvatski entitet) i Republika Srpska (kao entitet srpskog naroda i ostalih koji tu žive) u osnovi entiteti sa kapacitetom posebnih država i sa posebnim interesima koji nadjačavaju konfederalne. Tu se nije radilo o nesaglasnosti rukovodstava, već o izvornim zahtevima građana ovih entiteta da se te posebnosti održe i sačuvaju, jer je pokušaj njihovog nasilnog potiranja i bio razlog za izbijanje građanskog rata u ovoj republici. Spoljno-politički interesi i prioriteti ovih entiteta-država ne samo da nisu identični, već se bitno razlikuju, što utiče da oni i svoju međunarodnu saradnju razvijaju u različitim pravcima. Jedna grupacija, bošnjačka, svoju budućnost vidi u islamskom svetu, a druga, srpska, u hrišćansko-pravoslavnom svetu. Ono što je jednim prioritet, drugima, je manje važno i obrnuto. Pokušaji prisilne unifikacije tih interesa i njihovo alhemijsko stapanje, kroz revizionističke postupke *Kancelarije visokog predstavnika EU* i pregovaračko nadigravanje tipa *Butmirski proces*, pokazali su se kontraproduktivnim i opasnim za očuvanje onog što je Dejtinškim mirom postignuto.

Doduše, NATO je saopštio da je otpočeo razmatranje plana za pristupanje Bosne i Hercegovine svom članstvu, ali to je šargarepa koja visi na veoma dugačkom štapu da bi bilo kome bila stimulatívna. U Republici Srpskoj za takvu opciju ne postoji ni najmanje spremnosti, s obzirom na promuslimansku ulogu NATO u toku građanskog rata u Bosni i Hercegovini. Ostvarivanje ostalih prioriteta sa liste koju je utvrdilo Predsedništvo Bosne i Hercegovine je takode neizvesno. Građani ove asimetrične konfederacije ostali su i dalje izvan šengenske bele liste, približavanje Evropskoj uniji znatno je usporeno, a saradnja sa susedima pokazuje entitesku podeljenost i podvojenost.

MEĐUNARODNI ASPEKT U USTAVU CRNE GORE I USTAVU SRBIJE

Od svih ranijih republika nekadašnje SFRJ, Crna Gora i Srbija su jedine posle 1992. godine nastavile da žive u zajedničkoj državi, da bi 2006. godine njihov savez definitivno bio okončan. Ne uspevajući da reafirmišu ideju jugoslo-

venstva, one nisu uspele da formulišu ni dovoljno prihvatljivu platformu za pozicioniranje ovog državnog saveza na međunarodnom planu, ni za jačanje njenog spoljno-političkog uticaja. Žurba Crne Gore da se što pre izdvoji podstakla je i na mnogo brže definisanje samostalne spoljno-političke platforme, dok je zatečenost i iznenađenost Srbije u toj meri usporila i otežala njeno spoljno-političko profilisanje da i danas ona na tom planu kasni.

Doduše, Ustav *Crne Gore* je samo jedan član posvetio međunarodnim pitanjima, a ne celo poglavlje kao makedonski. Naslov ovog člana 15 je prilično pretenziozan: -«Odnosi sa drugim državama i međunarodnim organizacijama», ali tu je samo ovlaš pomenuto par načela. Glavno načelo je da »Crna Gora, na principima i pravilima međunarodnog prava, saraduje i razvija prijateljske odnose sa drugim državama, regionalnim i međunarodnim organizacijama«. Naredni princip je da »Crna Gora može stupati u međunarodne organizacije«¹⁶.

Ustavno kašnjenje Crne Gore u odnosu na druge republike ovde se pokazalo kao prednost. Samostalna Crna Gora je svoj prvi Ustav donela tek 2007. godine, ali je odmah ugradila formulaciju (čl. 15) koja dozvoljavaju prenos dela suverenosti na Evropsku uniju. Zbog toga neće biti potrebe da se taj Ustav naknadno menja, kao u slučaju Slovenije (2006. godine) ili Hrvatske (2010. godine), odnosno Srbije (u blisko očekivanoj budućnosti) prilikom pristupanja Evropskoj uniji.

Ustav Crne Gore sadrži odredbu da »Skupština odlučuje o učlanjenju u Evropsku uniju«, čime je izbegnut rizik neuspeha na referendumu (napomena D.V.). Slično tome, Ustav ne dozvoljava da Crna Gora sklopi takav savez sa drugom državom na osnovu koga bi mogla izgubiti nezavisnost i puni (podvukao D.V.) međunarodni subjektivitet. Naravno, ulaskom u Evropsku uniju, ona ne bi izgubila celokupni subjektivitet, već samo deo, u meri kojoj bi isti morala preneti na organe EU. To je pravilo koje važi za sve članice Evropske unije, osim one kojima je odobren izuzetak. U ovakvom ustavnom rešenju upravo je sadržana politička dalekovidost i fleksibilnost, koja je nedostajala drugim republikama kada su ustavno regulisale svoju poziciju prema budućem članstvu u Evropskoj uniji.

Oslanjajući se na Deklaraciju o nezavisnosti i novi Ustav, Vlada Crne Gore je krajem 2007. godine razmotrila i usvojila *Spoljnopolitičke prioritete Crne Gore*, kao poseban dokument¹⁷. Ovaj dokument, u Poglavlju I, ističe tri glavna cija delovanja na međunarodnom planu: (1) Integracija u Evropsku uniju i Severnoatlantski savez – NATO; (2) Unapređenje i održavanje dobrosusedskih odnosa i regionalne saradnje; i (3) Razvijanje bilateralne i multilateralne saradnje. U Poglavlju II, svaki od ovih ciljeva bliže je objašnjen i elaboriran. U Poglavlju III

¹⁶ Službeni list Crne Gore, br. 1/2007, (25.10.2007).

¹⁷ www.gom.cg.yu/files/1196434487.pdf.

definisani je način implementacije navedenih prioriteta. Iako se u ovom dokumentu od ukupno osam stranica pominje niz zemalja i potencira saradnja sa susedima, ni na jednom mestu nije pomenuta Srbija, kao ni druge bivše jugoslovenske republike (ali se zato pominju Island, Kipar, Malta, Andora, Luksemburg, Lihteštajn, Monako i San Marino).

Polazeći od gore navedena tri suštinska dokumenta, Ministarstvo inostranih poslova dobilo je zadatak da izradi i poseban dokument pod nazivom Strategija spoljne politike Crne Gore. Svrha ovog dokumenta je da se uz kratkoročne prioritete definiše i strategija na dugi rok. Postupak izrade ovog dokumenta nije bio završen do predaje ovog rada, što je verovatno bilo uslovljeno i unutrašnjim razlikama. To je verovatno posebno osetljivo pitanje definisanje pozicije prema Republici Srbiji. Jedan deo rukovodstva izričito se drži teze da pragmatički treba slediti samo ono što je trenutno najbolje za Crnu Goru (otud premijer insistira na hitnom upućivanju ambasadora u Prištinu). Drugi deo rukovodstva stoji na stanovištu da konkretni potezi moraju uzimati u obzir celinu odnosa sa pojedinim državama (otud šef države prvo traži da se na Kosovu definiše status pripadnika crnogorskog naroda, pa tek onda da usledi razmena ambasadora).

Srbija, za razliku od svih ostalih država na prostoru bivše SFRJ, ni u vreme secesije drugih republika, ni u toku trajanja saveza sa Crnom Gorom, nije uspevala da definiše sopstvene strateške spoljnopolitičke ciljeve i osnovna načela delovanja u međunarodnim odnosima. Ni Ustav iz 1990. godine, ni onaj iz 2006. godine, nisu sadržali ovu platformu, iako je bilo zalaganja u tom pravcu. Uz to, ni jedan saziv Narodne Skupštine nije uspeo da se usaglasi oko spoljnopolitičkih stavova i načela međunarodne saradnje (ne računajući deklaraciju o Kosovu, kojom se izražava stav prema onim državama koje Srbiji uskraćuju suverenitet nad ovom pokrajinom). Isto tako, ni jedna srpska Vlada od raspada SFRJ nije mogla da artikuliše kakav-takav strateški dokument dugoročnog ili bar srednjoročnog karaktera.

Najčešći oblik definisanja buduće spoljne politike i međunarodnih principa kojima će se ona rukovoditi, u vreme postojanja jedinstvene države Srbije i Crne Gore od 1992. do 2006. godine (prvo u formi SR Jugoslavije, a posle u formi državne zajednice S-CG) predstavljali su ekspozice predsednika vlade, istupanje predsednika Saveta ministara ili izlaganje ministra spoljnih poslova zajedničke države. Pri tom, što se vreme razdvajanja dve republike više približavalo, sve su bili disonantniji tonovi u istupanjima predsednika Srbije i predsednika Crne Gore o gotovo svim značajnijim pitanjima postavljanja prema svetu. Bez obzira na promenu karaktera vlasti u Srbiji oktobra 2000. godine, taj raskorak se produbljivao sve do definitivnog odvajanja Crne Gore.

Taj se trend međutim nastavio i do današnjih dana, uprkos zaokruživanju srpske državnosti. Gotovo u kontinuitetu, o spoljno-političkim ciljevima i pravci-

ma međunarodnog delovanja Srbije pojavljuju se različiti, protivurečni i ponekad međusobno isključivi stavovi. Iznose ih ne samo lideri političkih stranaka, već i najviši državni zvaničnici. Režimi su se menjali ali su lutanja ostala. Ima se utisak da Srbija danas ima najmanje pet ministara spoljnih poslova i da je svaki od njih zadužen samo za jednu grupaciju država, a da opet Šef države, a ne Vlada, kako to Ustav nalaže, kreira, vodi i menja spoljnu politiku zemlje. Srpska spoljna politika čas ima dva, čas tri, pa onda mnogo više prioriteta. Jednom ona stoji na tri, zatim na četiri, a evo već je stigla do petog stuba –(peti je postala Turska). Ti stubovi lepo zvuče kao stilska figura, ali kao strategija ostaju nejasni, jer niko ne bi umeo da kaže na koju će se nogu Srbija sutra osloniti, a o koju se možda saplesti. Kada nema principa i kada se ne zna strategija, onda se dešava da se istovremeno za strateškog partnera proglašavaju države koje brane integritet Srbije i one koje ga osporavaju; da se jedna država koja je priznala Kosovo, tamo poslala ambasadora i vodi spor protiv Srbije pred MSP tretira blagonaklono, a druga koja je nagovestila da će tamo poslati ambasadora upozorava da joj to neće biti oprošteno. Na otvoreno mešanje stranih vlada ili ambasadora nekih država u unutrašnje poslove Srbije prelazi se ćutke a drugima se uz medijsku promociju upućuju protestne note.

Odsustvo načela, nedostatak strategije i promenljiva naklonost prema određenoj političkoj strani sveta (Istoku, Zapadu, Severu ili Jugu) čak i unutar pojedinih stranaka, običnog građana dovodi u nedoumicu, državne službenike tera na uzdržanost i pasivnost a strane partnere zbunjuje i dezorjentiše. Nije jasno šta je tu novo, a šta je staro; sa čim se mora, a bez čega se ne može. Pokazalo se da potpuno odricanje od tradicije i državnog kontinuiteta nema samo pozitivne političke, već da nosi i negativne teritorijalne posledice. Ono ostavlja odškrinuta vrata za dalju dezintegraciju zemlje. S druge strane, shvaćeno je da tvrdoglavo ukopavanje u tradiciji udaljuje Srbiju od realnosti i progresivnih integracionih procesa u međunarodnom okruženju, ali i od promena u međunarodnom pravu.

Svedoci smo da se u Srbiji od strane uticajnih ličnosti istovremeno negira antifašistički doprinos srpskog naroda, ali i da je Srbija i sama izašla sa predlogom da se 2010. godina u celoj Evropi proglasi za jubilarnu godinu pobede nad fašizmom. Pri tom se rađa i zabluda da će Srbi steći naklonost Nemačke tako što će rehabilitovati Cvetkovičev pakt sa Hitlerom, a partizanski pokret gurnuti pod tepih. Razume se, o zaslugama svih koji su doprineli slobodi ove zemlje treba otvoreno govoriti, ali slavopojke u stilu *Danke Dojčland* ili *Faleminderit Clinton* pripadaju nekim drugim kulturama i karakterima. Ne mogu se politički osmesi slati na sve strane i upućivati bez obzira na razlog. Raspolućenost u orijentaciji proizvodi sistem vrednosti koji je sklon da od kapitalizma preuzima ono što je patološki (legalizovanje otimačine i bogaćenja putem kriminala), a od socijalizma ono što je bilo najdogmatskije (jednoumlje i netolerancija), sa svim konsek-

vencama koje to ima i na međunarodnom planu. Iz toga nesumnjivo sledi zaključak da bi Srbija već jednom morala doneti strateški dokument o svojoj spoljnoj politici, a da bi potom, kada bude pisan novi Ustav, trebalo da definiše osnovne principe međunarodnog prava i međunarodnih odnosa koje će biti okosnica njenog postavljanja prema susedima, državama u regionu, velikim silama i međunarodnim grupacijama i organizacijama.

DUŠAN VASIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, University Alfa,
Belgrade

CONSTITUTIONAL DEFICIT IN FOREIGN POLICY GUIDELINES OF NEW BALKANS STATES

Summary

This article deals with the issue of foreign policy principles in the constitutions of the newly created states in the Balkans. The last Constitution of the former Socialist Federativwe Republic of Yugoslavia (1974), contained a long list of principles and guidelines regarding international cooperation and the country's own position in the international community. In contrast to such approach, the constitutions of the newly created states avoided defining foreign policy strategy and stating international law principles by which to abide. In fact, there are some diferences in their constitutional aprouch, which permit us to distingvish between three goups of countries. As a consequence, the constitutions of these countires have lefted to their parlament or government to regulate the norms and principes of internacional cooperation.

RADOSLAV GAĆINOVIĆ

ANTITERRORISTIČKE MERE DRŽAVE NA PROSTORU ISPOLJAVANJA TERORISTIČKIH AKTIVNOSTI

ANTITERRORISTIČKE MERE U URBANOJ SREDINI

Antiterorizam predstavlja skup mera, aktivnosti i postupaka koje sprovode Organizacija UN i državne institucije na svojoj teritoriji u cilju pravovremenog prepoznavanja i iskorenjivanja savremenog terorizma, primenom strategije odvracanja i uzvracanja.¹ Dakle, antiterorističke mere države prema prostoru ispoljavanja izvode se u urbanoj i ruralnoj sredini, na plovnim putevima i u međunarodnom vazдушnom saobraćaju.

Antiterorističke aktivnosti u urbanoj sredini su najkomplikovanije, veoma ih je teško uspešno sprovesti bez stradanja civilnog stanovništva. Teroristi u urbanoj sredini su najveći izvor straha, zebnje, defetizma i panike. Kod stanovništva se stvara stanje psihološke nestabilnosti, jer se nikada ne zna ko će biti naredna žrtva terorističkog nasilja. Ljudi se ne plaše onog što je prošlo, već neizvesnosti koja može doći. Teroristi u urbanoj sredini se maskiraju i pre podne se ponašaju kao »uzorni« radnici, službenici, zanatlije, profesori, studenti..., a kad padne noć otkrivaju svoje pravo lice, tj. kidnapuju, ubijaju, pale, podmeću vatru i eksploziv, što znači da je antiteroristička akcija u urbanoj sredini najkomplikovanija. Jer, jedinica koja se angažuje mora delovati selektivno, tj. samo na teroriste,

Prof. dr Radoslav Gaćinović, naučni savetnik Instituta za političke studije, Beograd.

¹ Radoslav Gaćinović, *Antiterorizam*, Drašlar, Beograd, 2006, str. 31.

kako bi građani bili zaštićeni i nepovređeni u akciji, što je zbog velike fluktuacije stanovništva u gradovima veoma teško, nekada i nemoguće.

Urbani terorizam je veliki problem svake države na čijoj teritoriji je aktivan. Zato se ta vrsta terorizma mora »seći« u periodu nastanka, nikako se ne sme dozvoliti narastanje – omasovljenje urbanog terorizma zbog nesagledivih posledica po sistem bezbednosti mesta i regiona. Uopšte, urbani terorizam je veoma teško identifikovati zbog konspirativnosti terorista, načina ponašanja i taktike njihovog delovanja. U urbanoj sredini terorizam se omasovljava po principu trojki, pa niko od urbanih terorita nezna njihovo stvarno brojno stanje.

Ako u nekoj urbanoj sredini deluje manja teroristička grupa i na vreme se locira, državna zaštita ulaže sve napore da se njihovo delovanje onemogući mirnim putem. Međutim, ako to nije moguće dok traju pregovori aktivira se jedinica za antiteroristička dejstva koja vrši blokadu šireg reona gde su teroristi locirani. Zatim se sužava blokada na objekat u kome se teroristi nalaze. U međuvremenu se privremeno evakuise stanovništvo iz objekta i uže okoline gde se akcija protiv terorista izvodi.

Pre ofanzivnog delovanja organa državne zaštite na privremeno zaposednuti objekat, neophodno je utvrditi da li teroristi imaju taoce, koliko ih ima, kako su naoružani, da li među njima ima teroristasamoubica. To je izuzetno teško utvrditi, ali antiterorističke jedinice koriste i specijaloizovane bešumne bušilice koje buše debljinu zida i do jednog metra, zatim se u bušotinu postavljaju miniajturne kamere kako bi se utvrdile već pomenute činjenice ili se pak kroz njih ubrizgavaju gasovi² za privremeno onesposobljavanje ljudi. U tom cilju antiteroristička jedinica koristi i toplotne senzore. Kad se utvrdi činjenično stanje, pravi se plan akcije u koju su uključeni helikopteri, borbena oklopna vozila, ekipe prve pomoći, psi tragači i naravno pregovarački timovi. Ako je pak urbani terorizam prerastao u masovniji oblik nasilja, razbacan po urbanoj sredini po principu tigrove kože, kada teroristi svake noći menjaju mesto boravka, država je u velikim problemima. Jer, ako bi se donela odluka da se država obračuna sa tako masovnim urbanim terorizmom, javlja se veliki broj problema: Kako utvrditi i identifikovati

² Efekti emitovanja gasa moraju biti relativno brzi. Zbog nepoznavanja efekata delovanja svih vrsta gasova javile su se hipoteze da antiterorističke jedinice primenjuju opšte anestetike, koji se u organizam unose inhalacijom, hipnotika i analgetika. Ruske vlasti su izdale zvanično saopštenje da su njihove antiterorističke jedinice u talačkim situacijama koristile »fentanil«. Radi se o analgetiku koji se koristi za stvaranje i održavanje anestezije. Kao sredstvo protivotrova korišćen je »nalakson«. To je farmakološki aditiv opijata, a posebno se koristi prilikom trovanja morfijumom. Pored toga »nalakson« je moguće koristiti kao antidot »fentanila«! Najzad, moguće je da su »halotan« i »fentanil« korišćeni kao smeša. Ona je formirana da bi se eliminisali efekti poput prestanka disanja koje nastaje delovanjem »fentanila« (I. Lazarević: »Hemijska sredstva za privremeno onesposobljavanje u protivterorističkim jedinicama«, »Novi glasnik« 2/2004).

teroriste; kako dokazati njihovu terorističku nameru – jer se za neku akciju koja traje minutima teroristi pripremaju godinama; Kada se, ili ako se, to sve utvrdi neophodna je privremena evakuacija skoro celog stanovništva te urbane sredine pre otpočinjanja završne antiterorističke akcije, što je veoma teško i komplikovano isvesti, pa se i uspeh same akcije dovodi u pitanje.

Imajući u vidu napred iznete činjenice preventivno delovanje u urbanoj sredini je nezamenjivo, gde mora dominirati neprekidna aktivnost tajnih službi i stanovništva.

ANTITERORISTIČKE MERE U RURALNOJ SREDINI

Suprotstavljanje terorističkim grupama u ruralnoj sredini primenjuju specijalizovane službe državne zaštite po fazama koje se međusobno razlikuju po primeni operativno-tehničkih mera i radnji, vremenu odvijanja i karakteristikama terorističke grupe. Priprema za borbu sa terorističkim grupama zavisi od tačnosti obaveštajnih podataka o jačini grupe, lokaciji, naoružanju, saradnicima i jatcima koji daju logističku podršku teroristima. Do ovih podataka u ruralnoj sredini se dolazi: studijskom, naučnom i stručnom analizom, te utvrđivanjem ranijih objekata napada po redu prioriteta; delovanjem diplomatsko-konzularnih predstavništava, aktivnošću obaveštajnih agencija; na osnovu informativnog razgovora sa ljudima iz dijaspore; praćenjem pojedinih stranih državljana koji borave u zemlji koja je meta napada; praćenjem stranih sredstava javnog informisanja; od mesnog stanovništva i svih struktura državne zaštite, kao i od pripadnika terorističke grupe koji su dospeli pred sud pravde. Antiteroristička aktivnost u ruralnoj sredini se vodi organizovano i po fazama:

a) *Spoznaja o lociranju grupe na široj teritoriji.* – U ovoj fazi se angažuje kompletna struktura državne zaštite u regionu po principu masovne samoorganizacije. Na ovom zadatku, pored specijalizovanih antiterorističkih jedinica, do izražaja dolazi stanovništvo i pojedina udruženja građana (lovačka društva, planinarska društva, šumska gazdinstva). Teroristička grupa u ruralnoj sredini može biti ubačena na više načina, obično tajno, sa unapred razrađenim ciljevima i taktikom delovanja, što zahteva profesionalizaciju subjekata zaštite, kao i totalnu prevenciju u kontroli teritorije. Teroristička grupa se obično ubacuje kopnenim putem, koristeći sredstva kopnenog saobraćaja ili pešice; korišćenjem sredstava vazdušnog saobraćaja i prizemljenje padobranom, motornim zmajevima itd.; korišćenjem sredstava pomorskog ili rečnog saobraćaja; legalno, s tim da su im teroristička sredstva ranije dopremljena na teritoriju na kojoj pripremaju teroristički udar, kao i regrutovanjem u zemlji. Regrutovanje ruralnih terorista dolazi do izražaja u zemljama koje nisu sposobne da kontrolišu sopstvenu teritori-

ju i čije obavještajne agencije ne izvršavaju profesionalno svoje zadatke. Zavisno od kvaliteta uspostavljene kontrole, teroristička grupa može biti otkrivena pre, u toku i nakon ubacivanja na teritoriju zemlje koja je meta napada. Najpovoljnije za sitem odbrane je, kada se grupa otkrije pre ubacivanja. Ako teroristička grupa nije otkrivena pre i u toku ubacivanja, bezbedonosne strukture imaju veoma težak posao u pravovremenom lociranju terorističke grupe sa svim potrebnim podacima o njoj. Pored terorističkih organizacija koje planiraju aktivnost u ruralnoj sredini druge države, postoji i teroristička aktivnost u ruralnoj sredini sopstvene države. Tada je posao bezbedonosnih službi komplikovaniji i neizvesniji. Jer, ako već terorističke organizacije funkcionišu u ruralnoj sredini svoje države, postavlja se pitanje kako uopšte funkcionišu službe bezbednosti u toj državi, da li su one sposobne i da li su možda u nekoj vezi sa unutrašnjim teroristima u ruralnoj sredini.

b) *Blokada teritorije* je sledeća faza, kada se teren na koji je ubačena teroristička grupa blokira najvećom mogućom brzinom. Liniju blokade posedaju pripadnici antiterorističke jedinice. Da bi se postigla potrebna brzina u blokiranju teritorije koriste se helikopteri i motorna vozila. Prostoru koji se blokira obavezno se pristupa iz više pravaca, kako bi se kontrolisao što veći deo terena a posadanje linije blokade obavilo što pre. Cilj blokade teritorije je da se teroristima onemogući izvlačenje, snabdevanje sa prostora van linije blokade, te da se spreči priliv podataka značajnih za terorističku grupu. Prostor blokade može biti širi ili uži, što zavisi od tačnosti podataka kojima raspolažu antiterorističke jedinice. Kada je određeni prostor blokiran, treba ostvariti potpunu kontrolu, uz preduzimanje potrebnih mera: ograničenje kretanja; kontrola lica i kontrola ulaska i izlaska iz blokiranog prostora. Naročita pažnja posvećuje se blokadi mogućih pravaca izvlačenja, izvorima snabdevanja i naseljenim mestima u kojima je ispoljena aktivnost terorista.

c) *Precizno određivanje reona locirane grupe na užoj teritoriji* izvodi se nakon blokade teritorije. Sa linije blokade organizuju se i izvode određene aktivnosti radi prikupljanja podataka o terorističkoj grupi i njenom preciznom lociranju. Najčešće aktivnosti su: osmatranje, izviđanje sa zemlje i iz vazduha; goniometrisanje i organizovano traganje od strane određenog broja timova koji pored ostalog stupaju u kontakt sa mesnim stanovništvom na blokiranoj teritoriji i od njih prikupljaju podatke i obavještenja. Legitimišu nepoznata lica, sumnjiva lišavaju slobode i privode a nakon obrade podnose se izveštaji o njihovoj aktivnosti. Osnovni zadatak antiterorističke jedinice u ovoj fazi je precizno određivanje mesta lociranja terorističke grupe, kako bi se naredne faze borbe mogle pravovremeno i organizovano odvijati.

d) *Sledeća faza je pretres zemljišta, objekata i prikupljanje važnih podataka o terorističkoj grupi.* – Nakon određenja precizne lokacije na kojoj se nalazi

teroristička grupa, jedinice koje učestvuju u akciji po jedinstvenoj komandi i zamisli kreću u pretres zemljišta i objekata na njemu. Cilj pretresa je da se teroristi otkriju, okruže i unište. Pretres se, načelno, vrši danju. Na liniji blokade postavljaju se osmatračnice, zasede i objavnice, koje treba da spreče izvlačenje terorista. Za otkrivanje i praćenje otkrivenih tragova naročito su pogodni obučeni psi tragači. Antiterorističke snage kreću jednovremeno i koncentrično sužavaju blokiranu teritoriju, a može krenuti samo deo jedinica, što zavisi od konfiguracije zemljišta, procenjenog cilja, načina dejstva terorističke grupe i kvaliteta angažovanih antiterorističkih jedinica. U toku suženja blokirane teritorije pojavljuje se višak antiterorističkih snaga, koje se angažuju za obrazovanje narednih prstenova blokade ili prelaze u rezervu.

e) *Okruženje i uništenje terorističke grupe* se sprovodi nakon suženog kruga blokade i uspostavljanja vatrenog kontakta sa teroristima. Na pravac eventualnog pokušaja izvlačenja terorista iz blokade upućuje se rezerva antiterorističkih jedinica, koje postavljaju zasedu te u sadejstvu sa glavnim snagama vrše uništavanje terorističke grupe. Ako su raspoloživi podaci o terorističkoj grupi sveži i tačni, okruženje se može postići već početnim rasporedom antiterorističkih jedinica. Način delovanja ovih jedinica u toku okruženja i uništenja terorističke grupe zavisi od raspoloživih jedinica i sredstava, konfiguracije zemljišta i načina delovanja terorističke grupe u okruženju. Cilj antiterorističke borbe može biti uništenje ili hvatanje cele grupe ili njenog dela. Veoma je važno doći do živog teroriste, jer on može poslužiti kao »živi jezik«. Okruženje i uništenje terorističke grupe predstavlja najsloženiju fazu antiterorističke borbe u ruralnoj sredini. Za konačan obračun sa teroristima se po potrebi u borbu uvode i rezervne jedinice, kada se upotrebljavaju i razna sredstva za trenutno onesposobljavanje žive sile. U ovu fazu je pored antiterorističkih jedinica potrebno uključiti razne stručnjake, posebno psihologe i lekare specijaliste.

f) *Potera za odbeglim teroristima* organizuje se ako pojedinac ili deo terorističke grupe uspe da nadmudri tim za antiterorističko delovanje i napusti liniju blokade. Za organizaciju potere za odbeglim teroristima koriste se rezervne antiterorističke jedinice, uz upotrebu helikoptera i ostalih sredstava prevoza posebno borbenih oklopnih vozila-transportera. Njihov je zadatak da brzim akcijama sa jednog pravca na drugi preseku i blokiraju objekte i teren gde su se odbegli teroristi eventualno sklonili i sa ostalim jedinicama u blokadi unište ili liše slobode odbegle teroriste. Terorističke grupe radi lakšeg prikrivanja u ruralnoj sredini akcije izvode obično u vreme vegetacije. Po pravilu izbegavaju vatrene okršaje sa antiterorističkom jedinicom, a ako moraju prihvataju samo kratkotrajnu borbu. Obračun sa terorističkom grupom se izbegava noću, a akcija se pokrće samo ako postoje indicije da će se grupa tokom noći napustiti blokadu. Teren na kome se nalazi teroristička grupa se, može blokirati i noću, a u ranim jutarnjim satima je-

dinice blokade kreću u pretres terena i uništenje grupe. Poseban oprez službe bezbednosti trebaju imati prilikom pretresa zarobljenih terorista zbog eventualnog aktiviranja mina iznenađenja koje teroristi u svim akcijama koriste.

ANTITERORISTIČKE MERE NA PLOVNIM PUTEVIMA

Strategija borbe protiv terorizma na plovnim putevima se planira, organizuje i primenjuje uz pomoć intervidovskih antiterorističkih jedinica. Analiza, procena i razmena obaveštajnih podataka u što kraćem roku je od izuzetne važnosti, jer visoke tehnologije komunikacionih sistema teroristima pružaju veoma povoljne uslove za delovanje. S obzirom da teroristi raspolažu velikom sumom novca, oni mogu delovati veoma uspešno i sa distance. Zahvaljujući savremenim komunikacijskim sistemima, informatici pa i Internetu mogu simultano planirati, pripremati i izvoditi svoje akcije mnogo prikrivenije i preciznije. Pasivne antiterorističke mere uključuju: a) neprekidnu kontrolu svih potencijalnih ciljeva koje bi teroristi mogli napasti; b) neprekidno analiziranje njihovih ranjivih tačaka; v) definisanje specifičnih antiterorističkih planova za različite okolnosti u kojima se mogu naći (u luci, tokom plovidbe različitom akvatorijom, pri prolasku kritičnih tačaka); g) pojačanje mera nadzora i monitoringa svih trgovačkih brodova (upotrebom obalskih kontrolnih radara, satelita, i brodarskih kontrolnih sistema); d) razvoj specifične opreme ili nadgradnja postojeće za odvratanje i e) uspostavljanje pomorske kooperacije preko multinacionalnih operacija i pomorskih vežbi u područjima glavnih interesa pomorskih država. Ipak, najvažniji zaštitni činilac u preventivnoj aktivnosti budućih terorističkih udara je obučena, opremljena i brojčano zastupljena brodska posada. Svi ratni brodovi bi trebali provoditi ekstenzivne AT/FP (*antiterrorism and force protection*) antiterorističke vežbe kako u luci tako i za vreme plovidbe, kako bi se posada vrhunski obučila i pripremila za eventualnu antiterorističku aktivnost. Aktivne antiterorističke mere obuhvataju upotrebu specijalizovanih antiterorističkih jedinica, taktičkog vazduhoplovstva. Pomorske snage, takođe, imaju značajnu ulogu u antiterorističkim aktivnostima, pogotovo što je pretnja od terorizma realna, globalna, a terorizam je istrajan i asimetričan. Odgovor na njega mora biti globalan i uporan. Konkretno aktivnosti na planu inkriminacije dela napada protiv bezbednosti pomorske plovidbe otpočele su već 1986. godine, kada su Austrija, Egipat i Italija podnele međunarodnoj pomorskoj organizaciji (*International Maritime Organization*) tekst nacrtu Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata protiv »bezbednosti po-

morske plovidbe«. Ovo je bio prvi pokušaj pravnog uređenja represivne vlasti, jurisdikcije, međunarodne krivičnopravne pomoći i drugih vidova saradnje na prevenciji specifičnih vidova kriminalnih akata u međunarodnoj pomorskoj plovidbi. Dakle, u članu 3. stav 1. Konvencija određuje šta podrazumeva pod krivičnim delom protiv bezbednosti pomorske plovidbe koje se inkriminišu. Naime, ta krivična dela obuhvata: a) zauzimanje brodova, preuzimanje kontrole nad brodom primenom nasilja ili pretnjom takve primene, kao i namera preuzimanja kontrole nad brodom; b) primena sile protiv lica i imovine koja se nalazi na brodu; v) uništenje broda ili prouzrokovanje štete na brodu ili brodskom teretu koje može ugroziti bezbednost pomorske plovidbe; g) postavljanje ili uzrokovanje postavljanja naprava ili materija koje mogu uništiti brod ili proizvesti štetu (oštećenje) koja ugrožava bezbednost plovidbe brodom ili može ugroziti bezbednost plovidbe broda; d) uništenje ili teže oštećenje uređaja za navigaciju ili teže ometanje njihovog rada, đ) pružanje lažnih informacija koje mogu dovesti u opasnost bezbednost plovidbe broda; e) nanošenje ili pokušaj nanošenja ljudskih žrtava ili teških telesnih povreda licima na brodu i ž) pokušaj izvršenja nekog od pomenutih dela iz stava 1, i podstrekivanje na njihovo izvršenje i saučesništvo u njima (stav 2, člana 3).³ Plovni objekt kao meta terorističkog napada može biti u luci i na otvorenom moru.

Antiteroristička akcija na eventualno oteći brod je najkompliciraniji zadatak sistema bezbednosti svake države. Jer, u eventualnoj otmici putničkog broda teroristi drže veliki broj talaca, kontrolišu prilaz brodu sa svih strana, verovatno su vrhunski opremljeni i naoružani i mogu pružati dugotrajan otpor snagama bezbednosti. Ako je putnički brod u pitanju veoma je teško protiv terorista delovati sa distance jer bi u tom slučaju stradali i taoci, a ako je u pitanju trgovački brod koji može nositi veoma opasne materije i materijale za masovno uništenje, uspeh snaga bezbednosti u antiterorističkoj borbi je sve neizvesniji i dovodi se u pitanje.

Dakle, jedina mogućnost da se spreče ovakvi neželjeni efekti terorističke organizacije je preventivno delovanje. Brodovi moraju imati veoma obučenu i

³ Primeri pomorskog terorizma: Septembra 1985. godine, četvorica pripadnika palestinske oslobodilačke fronte otimaju italijanski brod »Achille Lauro«. Septembar 2000. godine Američki razarač DDG-67 »Cole« napadnut je eksplozivnim čamcem u luci Aden u Jordanu. U napadu je poginulo 17 članova posade a 39 ih je ranjeno. Septembra 2002 godine napadnut je Francuski tanker za prevoz siriove nafte »Limburg« u Adenu. U napadu je poginuo jedan član posade, a gotovo 100.000 barela nafte se izlilo u vode Adenskog zaliva. Od jula 1990. godine do početka 2006. »Pomorski tigrovi«(oni su pomorski ogranak »Tamilskih tigrova«) su izveli više od 40 pomorskih samoubilačkih terorističkih napada u kojima su vladinim snagama i nacionalnoj ekonomiji Sri Lanke naneli ogromne štete, jer su pored materijalne štete ubili veliki broj nedužnih ljudi (dr Radoslav Gaćinović, *Terorizam*, Draslar, Beograd, 2005. godine, str. 371-375).

osposbljenu posadu i ekipu koja će na vreme uočiti i otkriti sumnjivi plovni objekat koji se kreće u pravcu sopstvenog broda i pravovremeno preduzeti mere bezbedonosne zaštite sopstvenog broda. Vojni brodovi takođe mogu biti izloženi terorističkom udaru ali samo sa distance, jer teroristi veoma vode računa da napadnu tkz. »meku metu« gde će sa što manje ili bez sopstvenih gubitaka ostavriti cilj. U ovakvim situacijama presudnu ulogu mogu odigrati pregovarački timovi, koji svojim umećem i propagandnom aktivnošću mogu doprineti mirnom reševanju spora, a posebno talačke situacije. Međutim, ako i pregovarački timovi ne doprinesu mirnom rešenju spora sa teroristima, u akciju stupaju antiterorističke jedinice Kopnene vojske, Ratnog vazduhoplovstva i Mornaričke antiterorističke jedinice koje radi iznenađenja i efikasnosti vrše jednovremeni udar na brod sa ciljem da se spasu taoci ili spreči akcident na moru, uhapse ili likvidiraju teroristi.

Jedinice kreću u akciju sa kopna, iz vazduha, a najviše izgleda za neometani pristup otetom plovnom objektu imaju podvodni diverzanti iz sastava ratne mornarice, koji su vrhunski obučeni za takve situacije. Antiteroristička jedinica sa kopna u pravcu otetog plovnog objekta kreće (radi maskiranja) nekim ribarskim brodom. Njeni pripadnici su obučeni u ribarska odela, takođe, radi maskiranja. Dok se približavaju otetom plovnom objektu podvodni diverzanti se takođe približavaju otetom plovnom objektu i spremaju se za upad na palubu. Vazduhoplovna antiteroristička jedinica je već u zoni uspešnog dejstva na oteti plovni objekat. Signal za akciju se daje sa ribarskog broga i tada se iz helikoptera lansiraju šok bombe⁴ i druga sredstva za trenutno-kratkotrajno onesposobljavanje žive sile. Tada po unapred predviđenom planu u anti-terorističku akciju kreću svi. Tada nastupa konačni obračun sa teroristima.

ANTITERORISTIČKE MERE U VAZDUHOPLOVIMA

Antiterorističke aktivnosti u vazduhoplovstvu predstavljaju skup mera i aktivnosti koje se u širem reonu aerodroma, samom aerodoromu i vazduhoplovu dok je na pisti i u letu. Veoma je značajna kontrola pristupa aerodromima. Ne mogu se izdavati nikakva ovlašćenja za pristup aerodromu licima koja ne rade na aerodromskom prostoru. Šefovi na aerodromu moraju garantovati za svoje

⁴ Šok bombe se lansiraju ručno i iz lansera. Mogu biti svetlosne, zvučne ili kombinovane. Svetlosne se nazivaju i »fleš«, od engleske reči »flash«, što u prevodu znači »munja«. Zvučna vrsta navedenih bombi poznate su kao »beng«, od engleske reči »bang«, koja se odnosi na »prasak«. Najzad, kombinovane »šok« bombe poznate su i kao »ošamućujuće«, a u engleskoj literaturi označavaju se terminom »stun«. Ovo su neubojna oružja kojim se izbegavaju žrtve i dugoročne štetne posledice i služi za brzo onesposobljavanje ljudi za kraće vreme.

počinjene. Mora se strogo voditi računa o izgubljenim i ukradenim bedževima i onim sa kojima su bila zadužena lica čiji je radni odnos na aerodromu prestao. Na aerodromima moraju postojati bedževi za posetioce, koji moraju imati pratnju. Takođe je ograničeno kretanje vozila, osim vozila hitne pomoći, vatrogasnih i policijskih vozila. Aerodrom mora biti neprekidno, bezbedonosno pokriven kontrolom svih parametara: korišćenjem patrola, stražarskih tornjeva, video kamera, rasvete, fizičkih prepreka i područja terminala, poletno sletne staze... Rasveta mora biti visokog intenziteta sa pravilnim razmacima i visini instaliranja. Kapije ili ulazna vrata aerodroma moraju biti potpuno obezbeđena od nepozvanih posetilaca. U novije vreme se primenjuju ključ kartice, kompjuterska kontrola i fizička kontrola od strane stražara-portira, ili kombinacije ovih varijanti. Pristup kontrolisan kompjuterski ograničava pristup po datumu ili časovima. Pošto je kompjuter moguće reprogramirati za kratko vreme, kartici koja je postala sumnjiva se efikasno i brzo zabranjuje pristup.

Veoma je značajna bezbedonosna kontrola pristupa terminalima, gde treba broj pristupnih tačaka svesti na minimum. Kontrola pristupa tačkama terminala se vrši upotrebom magnetskih ključ kartica, elektronskih kapija, propusnica i postavljanjem ljudi. Rasveta pristupne tačke terminalu omogućava stepen bezbednosti i nastavak kontrole pristupa u vreme tame, kakav se održava tokom dnevnih sati. Sistem kontrole treba biti povezan sa pomoćnim izvorom energije, nezavisan od rasvete za hitne intervencije. Sistem rasvete mora funkcionisati na svim pešačkim ulazima s postavljenim čuvarima, svim ulaznim i izlaznim tačkama, parking prostorima. Rasveta može biti stalna – mešana svetla sa preklapanjem, stand-by – automatska ili ručna kada je normalan rad poremećen i prenosna – ručna.

Međunarodna organizacija za civilnu avijaciju (*International civil aviation organization – ICAO*) ispoljava značajne napore u cilju efikasnosti (*Efficiency*), redovitosti (*Regularity*) i bezbednosti (*Safety*) civilnog vazduhoplovstva. Struktura ICAO: Skupština (*Assembly*), Sekretarijat (*Secretariat*) i veće (*Council*).

Pored značaja bezbednosti aerodromskih prostorija, veoma značajnu ulogu imaju lica koja su zadužena za bezbednost vazduholova koja počinje na zemlji, traje dok je vazduholov u letu i do novog prizemljenja. Prva faza je stalna bezbedonosna kontrola nad vazduhoplovom dok je prizemljen (u hangaru, na pomoćnom parkingu, poletno sletnoj stazi), zatim pretres aviona pre poletanja, posebno mesta pogodna skrivanju dostupna putnicima i zemaljskoj posadi. Pretres se vrši s vrhunskom predostrožnošću, korišćenjem zaštitne opreme. Tokom pregleda moraju se isključiti svi sistemi vazduhoplova a uz prisustvo avio inženjera ili mehaničara.

Sledeća faza je pregled spoljašnosti aviona, posebno bunkerji za točkove, avionski odeljci, teretni odeljci, odeljci za servisiranje, mesta za gorivo, putnička

vrata. Zatim se pregleda unutrašnjost aviona: Pilotska kabina, donji avionski odeljak, sedišta posade, putnička kabina, sedišta, ispod sedišta, ormari, odeljci za prtljag, kuhinje, toaleti, putnička vrata. Posada vazduhoplova mora biti obučena i sposobna da se najpribranije snađe u eventualnim terorističkim aktivnostima nad vazduhoplovom, posebno dok je u letu. U cilju efikasne prevencije moraju se harmonizovati odgovarajući antiteroristički postupci, tj. imati izgrađenu mrežu sardnje s lokalnim službama bezbednosti i sprečiti terorističku aktivnost primenom efikasnih mera bezbednosti. Kompletan sistem bezbednosti mora omogućiti sigurnost i bezbednost putnika, posade, zemaljske posade, opšte javnosti i aerodromskih objekata od akata nezakonitog ometanja na zemlji ili u letu. Dakle, bezbednost je dobra samo koliko i njena najslabija karika (*Security is only as good as its weakest link*). Svaka ozbiljna država mora imati definisan nacionalni Program bezbednosti civilne avijacije. Moraju se usvojiti zakoni koji tretiraju ovu problematiku; ustanoviti vrstu i oblike saradnje svih činilaca koji mogu doprineti bezbednosti civilnog vazduhoplovstva; definisati odgovornost svih lica i institucija za svaki od segmenata; procenjivati redovno aktuelnu opasnost i na osnovu relevantnih saznanja obezbediti i uputiti stručni savet vladi i sektoru civilne avijacije kako bi se preduzele pravovremeno efikasne antiterorističke mere i aktivnosti; uspostavljanjem korektno saradnje među državama, obezbediti pravovremeno međusobno informisanje o opasnosti i saradnju između država u cilju prevazilaženja opasnosti od terorističkih napada na vazduhoplove; obezbediti potrebne resurse i kompletnu bezbedonosnu obuku osoblja vazduhoplova; kontrolisati implementaciju programa i zakonskih mera i aktivnosti; pravovremeno reagovati na eventualnu opasnost ili pretnju opasnošću; neophodno je dograđivati i osavremenjavati antiterorističke programe.

Uvek moraju biti pripremljene protivmere u cilju bezbednosti vazduhoplova u letu i to: održavati visinu na 4500 m ili više, leteti bez svetla i koristiti elektronske protivmere.

Antiterorističke aktivnosti na terminalima moraju biti kontinuirane i efikasne. Putnici više nisu primarni unosiooci oružja i eksploziva, zato unošenja preko rampe moraju biti kontrolisana. Kada je vazduhoplov⁵ prizemljen, na njemu moraju biti zaključana vrata, uklonjene stepenice, obezbeđena oprema. Kada je vazduhoplov na pisti ili platformi, patrolna služba obezbeđuje aerodrom u nepoznatim intervalima; održava se komunikacija između patrola i operativnog centra; sa parkirališta se moraju ukloniti svi sumnjivi predmeti; planovi bezbednosti vazduhoplovnih kompanija moraju biti u saglasnosti i koordinaciji s aerodromskom

⁵ U periodu između 17. jula 1996. godine i 4. maja 2006. godine srušila su se 24 aviona u civilnom saobraćaju. U tim nesrećama je poginulo 4175 putnika i članova posade (Politika, 4. maj 2006. godine).

službom bezbednosti. Koordinacija je potrebna između kontrolnog tornja, osoblja bezbednosti i ureda za bezbedonosnu kontrolu. U mnogim situacijama postoje visoko rizični letovi i tada treba čuvati i sačuvati putnike i posadu. Treba u tim situacijama sve preduzeti da do iznenađenja ne dođe. Služba bezbednosti se mora lično uveriti da je putnicima i posadi dopušteno ukrcavanje, a lica zadužena za bezbednost prate autobuse sa putnicima koji se kreću prema avionu na pisti radi ukrcavanja. U takvim prilikama potrebno je pre ukrcavanja putnika obaviti pretres vatruhoplova. Pre poletanja zabranjuje se neovlašćen pristup avionu, a vrši se i nadzor kontrole prtljaga.

Službe bezbednosti proveravaju sve putnike primenjujući široko zasnovane principe koji se primarno usmeravaju na metode kojima će se odrediti legitimitet i kredibilitet putnika. Teroristi su obično starosti od 18 do 35. godina, elegantno su obučeni, sve plaćaju gotovinom. Putuju sami ili u parovima, ako su različitog pola predstavljaju se kao bračni par, ne putuju sa decom. Simptomi ponašanja terorista su veoma indikativni za pripadnika službe bezbednosti. Jer, stres uzrokuje nevoluntativne fiziološke reakcije ljudskog tela, kada simpatikus priprema telo na akciju, povećavajući broj otkucaja i krvni pritisak lučeći glikogen iz jetre za brzu energiju. Imajući to u vidu službenik postavlja pažljivo odabrana pitanja i pomno prati reagovanje ispitivanog putnika. Na osnovu njegovih reakcija službenik može zaključiti da li je putnik iskren ili ne, koristeći tu tehniku on dolazi do indikatora o licu, koji izazivaju sumnju o njemu kao dobronamernom putniku.⁶

Dakle, činovi nezakonitog ometanja vazduhoplova uključuju sledeće: a) nasilje usmereno protiv lica u letelici koja leti, ukoliko postoji mogućnost da takav čin ugrozi bezbednost letelice; b) uništavanje aviona u upotrebi ili nanošenje takve štete letelici, da letelica više ne može leteti, odnosno, nanošenje takve štete koja bi mogla ugroziti bezbednost letelice u letu; v) postavljanje ili navođenje na postavljanje na avion u upotrebi (i to na bilo koji način), naprave ili materije koja bi mogla uništiti letelicu, ili izazvati takvu štetu koja bi mogla ugroziti letelicu u letu; g) uništavanje ili oštećenje objekata za vazдушnu navigaciju, odnosno, ometanje njihovog rada, ukoliko bi takav čin mogao ugroziti bezbednost letelice u letu; d) prenošenje informacija za koje se zna da su netačne, čime se ugrožava bezbednost letelice u letu, ili đ) nezakonito i namerno korišćenje bilo koje naprave, materije ili oružja: 1) Za nasilje usmereno protiv bilo kojeg lica koje na aerodromu obavlja neki posao u međunarodnoj civilnoj avijaciji, koje dovodi do smrti tog lica, odnosno, kojim bi se tom licu mogla naneti ozbiljna povreda; 2)

⁶ Na primer 600-te godine Stari Vavilonci su uočavali neke radnje kod ljudi koji ne govore istinu, kao npr. »kada čovek laže gleda u zemlju i miče svoj palac stopala u krug«, 300 godine, grčki lekar Eristrat beležio je broj otkucaja srca lica koja prolaze saslušanje, a 1532. godine, u Tolmudu je zapisano »čutanje znači isto što i priznanje«.

Za uništavanje ili izazivanje ozbiljne štete na bilo kojim objektima na aerodromu, koji se koriste za potrebe međunarodne civilne avijacije, odnosno, na letelici koja nije trenutno u upotrebi, a nalazi se na aerodromu, ili za ometanje rada aerodroma; ukoliko takav čin ugrožava ili bi mogao ugroziti bezbednost spomenutog aerodroma.⁷

Primarni cilj bezbednosti civilne avijacije je zaštita putnika, posade, radnika na zemlji, javnosti i objekata na aerodromu koji se koriste za poslove međunarodne civilne avijacije od nezakonitog ometanja na zemlji i u toku leta. Ovaj se cilj ostvaruje kroz kombinaciju mera i korišćenje raznih ljudskih i materijalnih resursa na međunarodnom nivou, te na nivou pojedinih država i aerodroma. Bezbednost bi morala biti sprovedena u skladu sa principima koji nalažu da se moraju uvesti takve mere bezbednosti kojima se može adekvatno odgovoriti na potencijalnu pretnju i opasnost. Efikasna bezbednost civilne avijacije može se postići kroz razvoj, primenu i održavanje sveobuhvatnih, fleksibilnih i efikasnih zakonskih propisa, programa, mera i procedura na nacionalnom nivou. Da bi se postigao standardizovani nivo bezbednosti avijacije, svaka država mora da, kroz telo zaduženo za bezbednost, usvoji sveobuhvatnu politiku, podržanu odgovarajućim zakonskim propisima, koji će provoditi svi subjekti uključeni u bilo koju bezbedonosnu strukturu civilne avijacije.

Tokom 2002. godine na američkim aerodromima je od putnika za vreme kontrole pre ukrcavanja u avion oduzeto 4,8 miliona zabranjenih predmeta, od kojih je bilo 1100 komada vatrenog oružja.⁸ Nakon preventivnih mera primenjuju se represivne mere prema počiniocima terorističkih aktivnosti i prema licima koja su im to svojim propustima u radu omogućili. Ako preventivne mere ne daju rezultate i kada teroristička grupa primeni neku od terorističkih taktika prema vazduhoplovu, npr. ako otme vazduhoplov i zadrži taoce, pored pregovaračkih timova u akciju se uključuje specijalizovana policijska ili vojna jedinica za antiteroristička dejstva sa ciljem da se reši talačka situacija a teroristi liše slobode ili likvidiraju.

⁷ *Priručnik o mjerama zaštite civilne avijacije od akata nezakonitog delovanja*, Dokument 8973/5, Izd. Međunarodna organizacija za za civilnu avijaciju, 1996. godine.

⁸ Milan Mijalkovski, *Odgovor terorizmu*, FCO Beograd, 2005, str. 92.

RADOSLAV GAĆINOVIĆ, Ph.D.,
Scientific Advisor Institute for Political Studies,
Belgrade

ANTI-TERRORIST MEASURES IN THE AREA
OF THE STATE OF MANIFESTATION
OF TERRORIST ACTIVITIES

Summary

At the beginning of the 21st century modern terrorism has become present in various parts of the world. The modern terrorism presents a great enigma for many states, even for the Organization of the United Nations. The place of terrorist actions has become unpredictable for the state security bodies, due to the fact that the terrorists have been almost always one step ahead of them, among other reasons. Scientific predictions have warned that in the 21st century the terrorist actions will be performed most intensively in urban and rural areas, on the waterways and in international air traffic. These actions will most probably be unpredictable ones and they will be quickly and suddenly performed by most modern conventional and non-conventional means. Due to this reason among other ones, in upcoming period the international system of security will face great challenges regarding preservation of integral security of the people and protection of the people from this menace that has been difficult to control. In order to achieve these objectives, good organization is needed, among other things, also a top-class training and modern equipment for the counter-terrorist units; constant implementation of scientific achievements in the field of military, social and technical sciences; implementation of previous experiences in the counter-terrorist activities and improvement of the system of measures for preventive activity, or, in other words, for distraction of planned terrorist activities. In addition to this, the state should have a defined and efficient strategy for responding when necessary. It is democratization of the society on all levels, for purpose of its strengthening, internal power and capacity and, consequently, capability of national states for total confrontation to modern terrorism that has a crucial role in this battle against modern terrorism.

RADOVAN VUKADINOVIĆ

**NEPOSREDNA PRIMENA SPORAZUMA
O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU**

**– Usklađivanje domaćeg prava sa pravnim tekovinama
Evropske unije –**

U V O D

Ratifikacijom Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SSP ili samo Sporazum) Srbija je preuzela obavezu usklađivanja unutrašnjih propisa sa pravnim tekovinama Evropskih zajednica. Iako se pod usklađivanjem u užem smislu podrazumeva samo donošenje novih propisa ili izmena postojećih (tzv. formalna harmonizacija), u širem smislu obavezu usklađivanja iz Sporazuma bi trebalo shvatiti tako da obuhvati i tumačenje i primenu na usklađeni način tako usvojenih propisa (tzv. funkcionalna harmonizacija). Ovakvo tumačenje obaveze usklađivanja proizilazi iz formulacije odredbi člana 72. Sporazuma, prema kojima se Srbija obavezala da nastoji ne samo da obezbedi postepeno usklađivanje postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Zajednice, već i da važeće i buduće zakonodavstvo bude pravilno *primenjeno i sprovedeno* (istakao R. V). Iz tih razloga se i proces sprovođenja Sporazuma može posmatrati kao deo procesa usklađivanja ili u funkciji usklađivanja. U ovako široko shvaćenom procesu usklađivanja učestvuju ne samo legislativna, već i izvršna i sudska grana vlasti, pa se može govoriti ne samo o legislativnoj, nego i o sudsko-izvršnoj harmonizaciji. Predmet ovog rada je ograničen na onaj deo

Prof. dr Radovan D. Vukadinović, direktor Centra za pravo EU.

obaveze usklađivanja koje će izvršavati domaći sudovi, a od izvršnih organa, Komisija za zaštitu konkurencije, a koja se svodi na usklađeno tumačenje i primenu SSP. Određivanje njihove uloge u ovom procesu pretpostavlja prethodno određivanje sadržine, pravne prirode i predmeta obaveze usklađivanja.

PRIRODA OBAVEZE USKLAĐIVANJA

Iz formulacije člana 73. SSP, prema kojima se Srbija obavezala »da nastoj« da obezbedi postepeno usklađivanje unutrašnjeg prava sa pravnim tekovinama Evropskih zajednica, može se zaključiti da je u pitanju »meka obaveza« čija se priroda može opredeliti kao obaveza sredstva, a ne cilja ili rezultata. Međutim, bez obzira na ovakvu formulaciju, za potpuno i blagovremeno ispunjavanja ovakve obaveze zainteresovane su ne samo ugovorne strane, već i pojedinci. Za Srbiju ispunjenje preuzete obaveze može biti od političkog značaja jer će njeno dalje napredovanje u procesu pridruživanja EU ceniti i na osnovu stepena ostvarenog usklađivanja (harmonizacije) domaćih propisa. U tom smislu će Srbija nakon ispunjenja ove obaveze dobiti mogućnost da podnese zahtev i otvori pregovore za članstvo, ali ne i automatski pravo članstva. Stepenu usklađivanja će biti od značaja i za pojedince kao subjekte usklađenih propisa u meri u kojoj im novi propisi budu dodeljivali prava ili nametali obaveze čiju zaštitu i prinudno ispunjenje mogu tražiti pred domaćim sudskim ili upravnim organima..

Što se tiče *predmeta* obaveze, on je u generalnom smislu označen kao usklađivanje domaćih propisa. Doduše, u tekstu Sporazuma na engleskom jeziku ova obaveza je označena kao approximation, što bi se moglo prevesti kao približavanje domaćih propisa komunitarnim tekovinama. S obzirom da se u Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice koriste različiti termini: approximation, harmonization i coordination, u pravnoj teoriji je bilo pokušaja da se između njih napravi razlika, ali se pokazalo da je u praksi teško sprovesti takve razlike pa se svi izrazi prevode kao harmonizacija ili usklađivanje. Usklađivanje se sastoji od donošenja novih ili izmene postojećih propisa i od posebnog (usklađenog) načina primene i izvršenja tako donetih unutrašnjih propisa od strane domaćih sudova i upravnih organa. Na potrebu razlikovanja između primene i sprovođenja usklađenih propisa i Sporazuma upućuje formulacija člana 73, tač. 1. Sporazuma, kojom se Srbija obavezala da će obezbediti da »važće i buduće zakonodavstvo bude *pravilno primenjeno i sprovedeno*.«¹ Pod pojmom primene treba razumeti primenu odredbi Sporazuma od strane sudova, a pod »sprovođenjem« treba razu-

¹ U engleskoj verziji: »properly implemented and enforced.«

meti izvršenje istih propisa pred upravnim organima. Obavezu pravilne primene i sprovođenja, treba razumeti kao obavezu domaćih sudova i upravnih organa da domaće usklađene propise ili odredbe Sporazuma tumače na usklađeni način, tj. u skladu sa standardima koje primenjuju organi EU tako da im nađu ono značenje koje je »usklađeno«, tj. koje je na liniji ili u skladu sa tekovinama Zajednice. Tumačenje sa unapred zadatim ciljem da se nađe ono značenje koje najviše odgovara ciljevima Zajednice/Unije (*effet utile*) često koristi Sud pravde kod primene komunitarnih propisa, dok su države članice obavezane na tzv. usklađeno tumačenje kojim se na indirektan način postiže isti cilj u primeni domaćih propisa. Osnov obaveze država članica na usklađeno tumačenje se nalazi u opštoj obavezi poštovanja načela lojalnosti iz člana 3. Ugovora o Evropskoj uniji. Sudovi u pridruženim državama su sličnu obavezu preuzeli Sporazumima o pridruživanju i Sporazumima stabilizaciji i pridruživanju.

PRIZNANJE SPORAZUMA U UNUTRAŠNJEM PRAVNOM PORETKU

S obzirom da Srbija nije država članica EU, niti po tom osnovu Sporazum predstavlja deo unutrašnjeg pravnog poretka, potrebno je prvo Sporazum uvesti u unutrašnji pravni poredak, a onda mu odrediti mesto i način primene.

Mesto SSP u pravnom sistemu Srbije je određeno Ustavom Srbije. S obzirom da Ustav Srbije ne poznaje pravo EZ/EU kao osobeni pravni sistem pa ni SSP kao posebnu vrstu sporazuma, SSP treba tretirati kao bilo koji drugi međunarodni ugovor i njegov status određuju odredbe Ustava kojima je regulisano mesto međunarodnih ugovora. U tom pogledu odredbe člana 16. stav 2. Ustava određuju da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori čine sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Budući da i SSP po načinu nastanka predstavlja vrstu međunarodnog ugovora, doduše posebnu, i da ga je Skupština Srbije ratifikovala (potvrdila) 9. septembra 2008. godine, to se SSP kao potvrđeni međunarodni ugovor može smatrati *delom pravnog poretka Srbije*. Na priznavanje SSP kao dela unutrašnjeg pozitivnog prava ne utiče činjenica da Sporazum još nije stupio na snagu, kao ni činjenica da je postupak ratifikacije od strane država članica bio zamrznut više od dve godine.² Ustav je u tom smislu jasan: između opcije da ovakav status prizna samo međunarodnim ugovorima koji su stupili na snagu, što je rešenje koje se

² Vid. EC Council Decision 9381/08, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st09/st09381.en08.pdf>, 08.07.2010.

često koristi u uporednom pravu, ustavotvorac je požurio sa priznanjem, pa ne traži ni da ratifikovani ugovori budu objavljeni. Ovakvo rešenje se može obrazložiti shvatanjem da su ugovorne strane već potpisivanjem Sporazuma izrazile pravnu saglasnost da njim »budu vezane« i da je Srbija svoju političku spremnost pretvorila u pravnu obavezu donošenjem Zakona o potvrđivanju i usvajanjem zaključka Vlade o jednostranoj primeni Sporazuma. Doduše, kako se dejstvo odluke Vlade Srbije da počne sa jednostranom primenom Sporazum može tumačiti na različite načine, eventualne dileme koja se time otvaraju u pogledu osnova obaveze na usklađivanje se mogu otkloniti pozivanjem na činjenicu da je Privremeni trgovinski sporazum nesumnjivo stupio na snagu i da su u njemu ponovljene odredbe koje se odnose na obavezu usklađivanja domaćih propisa. Nakon što je SSP uveden u unutrašnji pravni sistem Srbije i priznat kao deo unutrašnjeg pravnog poretka, potrebno je odrediti način njegove primene.

NEPOSREDNA PRIMENA SPORAZUMA

U uporedno-pravnoj praksi se po pravilu pravi razlika između načina na koji se međunarodni ugovori »uvode« u unutrašnji pravni poredak, tj. priznaju kao sastavni delovi unutrašnjeg prava i načina njihove primene pred sudovima čime se, u širem smislu, određuje hijerarhijsko mesto međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku. Način uvođenja ili priznavanja se reguliše aktima ratifikacije u skladu sa monističkim ili dualističkim shvatanjem međunarodnog prava,³ dok se način primene tako priznatih ugovora pred domaćim organima određuje ustavima, u skladu sa teorijom o samoizvršivim ugovorima ili teorijom o direktnoj primeni ili direktnom dejstvu.⁴ U pogledu prvog pitanja, Ustav Srbije na izričit način navodi da se potvrđeni međunarodni ugovori (i opšte prihvaćena pravila međunarodnog prava, koja za ova razmatranja nisu od značaja) »neposredno primenjuju«. Navedena jezička formulacija se može tumačiti kao blanko

³ Pregled rešenja koja sadrže u tom pogledu ustavi država članica vid. kod: F. Hoffmeister, *Constitutional Implications of EU Membership: A View from the Commission*, CYLEP 3(2007), str. 59–97.

⁴ Čak i ako je ustavotvorac navedenom formulacijom hteo da iskaže monistički pristup prema izvorima međunarodnog prava, kao što se navodi u literaturi, (B. Nenadić, *Evropsko usmerenje novog Ustava Republike Srbije*, *Revija za evropsko pravo*, IX(2007)1, str. 5–25, bilo je dovoljno reći da su ratifikovani međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije. Ovo iz razloga što se monističkom ili dualističkom teorijom objašnjava način prihvatanja ili priznanja međunarodnog prava u unutrašnjem pravu države, a ne način njegove konkretne primene ili hijerarhijski odnos prema propisima unutrašnjeg prava. (Vid. P. Malanczuk, M. B. Akehurst, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2004, str. 63).

priznavanje neposredne primene svim potvrđenim međunarodnim ugovorima, a to znači i SSP-u. Pod neposrednom primenom bi trebalo razumeti ono što se u pravu EU označava kao neposredno ili direktno dejstvo.⁵ Na takvu sadržinu »neposredne primene« upućuje i jezička formulacija člana 16. stav 2. Ustava i član 18. Ustava. Upotrebom veznika »i« u članu 16. stav 2. Ustava naglašeno je ne samo da su potvrđeni međunarodni ugovori »sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije« (što je klasično značenje pojma neposredne primene), već »i« da se »neposredno primenjuju,« tj. da imaju neko drugo svojstvo različito od onoga koje je proizilazi iz činjenice da su sastavni deo pravnog poretka. To novo značenje se može tražiti jedino u direktnom dejstvu. Da je ustavotvorac pod pojmom »neposredne primene« imao u vidu »direktno dejstvo« govori i formulacija i nadnaslov člana 18. Ustava. Iako nadnaslov člana 18. glasi »Neposredna primena zajemčenih prava«, iz sadržine ovog člana jasno je da je u pitanju neposredno ili direktno dejstvo, tj. obaveza sudskih i upravnih organa da potvrđene međunarodne ugovore primenjuju na isti način kao i unutrašnje propise bez donošenja bilo kakvih mera implementacije.

Priznanje neposredne (direktne) primene (u smislu priznavanja direktnog dejstva kao što je to formulisano Ustavom) svim potvrđenim ugovorima bez bilo kakvih uslova nije uobičajeno u praksi⁶ i može imati dalekosežne posledice ne samo za države ugovornice, već i za ostale subjekte. Iz tih razloga se direktna primena ne priznaje svim potvrđenim međunarodnim ugovorima ili svim njegovim odredbama, nego samo onima koje ispunjavaju posebne uslove, tj. koje su za to podobne. Direktna primena se obično priznaje međunarodnim ugovorima koji se odnose na zaštitu ljudskih prava. Tako je odredbama člana 10. Ustavne Povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora, iz 2003. godine, neposredna primena bila priznata međunarodnim ugovorima samo u oblasti *sloboda i prava*. Iako u postojećem Ustavu nije napravljena razlika između međunarodnih ugovora iz oblasti sloboda i prava i ostalih ugovora, već je u članu 18. kao neposredna, regulisana samo primena zajemčenih ljudskih i manjinskih prava, u pravnoj teoriji je izraženo mišljenje da se neposredna primena odnosi samo na ove poslednje ugo-

⁵ O sličnostima i razlikama između teorije samoizvršivih ugovora u međunarodnom pravu i načela direktnog dejstva u komunitarnom pravu vid. J. H. J. Bourgeois, *Effect of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?*, *Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein, 1984, 1250–1273; T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2007, str. 188.

⁶ Čak se ni prema ustavu Holandije, koji se smatra najliberalnijim predstavnikom monističkog pristupa međunarodnom pravu, ne priznaje direktna primena svim međunarodnim ugovorima. U drugim državama se pravi razlika između ugovora koje je potvrdio parlament i ostalih tzv. izvršivih ugovora. Detaljnije J. H. Jackson, *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis*, *AJIL*, Vol. 86(1992), str. 327.

vore. Pristalice ovakvog tumačenja dalje navode da je čak i njihova primena svedena na »mogućnost« da sudovi primenjuju odredbe ugovora čija je sadržina podnesna za primenu bez dodatnih akata za implementaciju, a ne kao mogućnost da sudovi neposredno primenjuju sve potvrđene međunarodne ugovore.«⁷ Iako navedeno tumačenje ima za cilj da se u praksi izbegnu nekontrolisane posledice blanko prihvatanja neposredne primene svim potvrđenim međunarodnim ugovorima i da se neposredna primena ograniči samo na ugovore sa zajemčenim pravima, čini se da je ovakvo tumačenje isuviše usko i da ne odgovara savremenim shvatanjima.⁸ Ovo zbog što se u međunarodnoj praksi kao osnovni kriterijum za neposrednu primenu međunarodnih ugovora uzimaju ili materijalni uslovi, tj sadržina same odredbe u smislu da li se njom dodeljuju subjektivnih prava ili nameću obaveze, ili/i formalni uslovi, tj. da li su tako formulisane da omogućavaju utuživosti, pri čemu predmet regulisanja nije od presudnog značaja. Otuda se neposredna primena priznaje svim odredbama kojima se dodeljuju neko subjektivno pravo ili se nameće jasna i neuslovljena obaveza i koje su u formalnom smislu formulisane na pravno potpuni način, nezavisno od toga šta čini predmet prava i obaveza. Stoga se o direktnoj primeni i direktnom dejstvu govori podjednako i u slučaju Sporazuma o osnivanju STO i u slučaju sporazuma o ljudskim pravima. Drugim rečima, podobnost za neposrednu primenu se određuje prema sadržini i strukturi norme, a ne prema njenom predmetu. Iz tih razloga se tumačenje koje neposrednu primenu ograničava samo na podobne norme iz međunarodnih ugovora u kojima su zajemčena ljudska i manjinska prava čini suviše uskim, jer se podobne norme mogu naći u u ostalim međunarodnim ugovorima, pa i u SSP. U ovom smislu govori i međunarodna praksa i praksa u EU. Do određene konfuzije ipak, dolazi zbog toga što se pojmovi neposredne primene i neposrednog dejstva mešaju, kako u teoriji međunarodnog prava, tako i u pravnoj teoriji i praksi EU.

U međunarodnom pravu se pod pojmom neposredne primene ili samoizvršivosti razume podobnost norme međunarodnog ugovora da bude neposredno primenjena pred nacionalnim sudovima takva kakva jeste bez donošenja naknadnih mera implementacije.⁹ Pri tome se takvim normama kojima je priznata direktna primena mogu, ali i ne moraju dodeljivati subjektivna prava ili nametati

⁷ V. Đurić, *Ustav i međunarodni ugovori*, Beograd, 2007, str. 372.

⁸ Vid. R. Etinski, *Od srpskog i crnogorskog prava prema evropskom pravu*, Zbornik radova »Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije«, Pravni fakultet u Nišu, 2005, str. 359; B. Nenadić, n. delo, str. 9.

⁹ U literaturi se navodi da je razlikovanje samoizvršivih i ne-samoizvršivih odredbi u međunarodnim ugovorima prvi put ustanovio američki Vrhovni sud u predmetu *Foster v Neilson*. Vid. C. M. Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, *AJIL*, Vol. 89(1995), 695; T. Buergenthal, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*, *235 Recueil des Cours* 303, 317 (1992 IV).

obaveze pojedincima i drugim subjektima.¹⁰ U prvom slučaju, kad se ne dodeljuju subjektivna prava, direktna primena se praktično iscrpljuje u priznanju takvih odredbi i samog ugovora kao sastavnog dela unutrašnjeg pravnog poretka (kao pozitivnog prava), čime se direktno dejstvo svodi na direktnu primenu (prema rečniku komunitarnog prava). U drugom slučaju, kad se pojedinim ili svim odredbama (što je u praksi teško ostvarivo) međunarodnog ugovora dodeljuju subjektivna prava, da bi se na takve odredbe pojedinci mogli pozivati pred nacionalnim sudovima nije dovoljno da je takav ugovor priznat kao deo unutrašnjeg pravnog poretka, nego i da konkretne odredbe ispunjavaju posebne uslove za neposrednu primenu pred nacionalnim sudovima i u formalnom ili proceduralnom smislu. U formalnom pogledu, potrebno je da su odredbe formulisane na potpuni i perfektan način i da mogu biti utužive. Drugačije i jednostavnije rečeno, ratifikovani međunarodni ugovor se može priznati kao sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka (bez bilo kakvih naknadnih mera transformacije), ali se ne može blanko svim njegovim odredbama (pa ni njemu u celini) obezbediti neposredna sudska zaštita ili utuživost samo zbog toga što je priznat kao deo unutrašnjeg prava. Ovo iz dva razloga. Prvo, zbog toga što predmet i svrha ugovora mogu biti takvi da sadrže odredbe političkog ili programskog karaktera, a ne norme kojima se dodeljuju subjektivna prava, i, drugo, čak i kada se konkretnim odredbama menja pravni status pojedinaca (kad se zasnivaju prava i obaveze), takve odredbe se ne mogu samo zbog toga smatrati utuživim. One moraju i u pravno tehničkom smislu biti potpune i bezuslovne. To praktično znači da postoji više vrsta samoizvršivih međunarodnih ugovora (tj. ugovora kojima je priznato neposredna primena – samoizvršivi ugovori), od kojih su za ova razmatranja od značaja oni: koji ne dodeljuju subjektivna prava i koji pojedinim odredbama dodeljuju subjektivna prava. U okviru poslednje grupe trebalo bi razlikovati međunarodne ugovore čije su odredbe tako formulisane da mogu biti utužive i ostale ugovore. Nesumnjivo je da SSP i prema ovim kriterijumima spada u kategoriju međunarodnih ugovora koji sadrži i jedne i druge odredbe.

U pravu EU se pravi razlika između direktne primenljivosti i direktnog dejstva.¹¹ Pod direktnom primenom (*direct applicability*) se podrazumeva priznava-

¹⁰ Za međunarodno pravo vid. J. H. Jackson, n. delo, str. 321. i dalje. Za pravo EU vid. R. Vukadinović, *Pravo EU*, Kragujevac, 2006, str. 149–161.

¹¹ Vid. J. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, 9 *CMLRev.*, (1972) 425; P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, *EL Rev.*, (1983) 8, 155; S. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford University Press 1995; P. Eleftheriadis, *The Direct Effect of Community Law*, 16 *Yearbook of European Law* (1997) 205–221; D. Edward, *Direct Effect – Myth, Mess or Mystery?*, dostupno na http://www.amicuria.org/library/Amicale_Edward_direct-effect_2001-12-

nje komunitarnih propisa kao sastavnih ili integralnih delova unutrašnjeg prava država članica takvih kakvi jesu bez bilo kakve transformacije ili implementacije. Pod direktnim dejstvom se podrazumeva svojstvo ili kapacitet pojedinih odredbi komunitarnih propisa da stvaraju subjektivna prava i obaveze komunitarnim subjektima (materijalni aspekt) bez bilo kakvih dodatnih mera od strane nacionalnih organa vlasti kojima nacionalni sudovi država članica moraju pružiti neposrednu zaštitu (procesni aspekt).¹² Navedeno razlikovanje ima za posledicu da se pojedini izvori komunitarnog prava smatraju direktno primenjivim, ali im se ne priznaje blanko direktno dejstvo. O direktnom dejstvu odlučuje Sud pravde na osnovu načina na koji je konkretna odredba formulisana (kao potpuno precizna ili perfektna) i na osnovu sadržine (da li se njom dodeljuje neko subjektivno pravo ili se nameće obaveza). U tom smislu direktnom dejstvu prethodi priznanje direktne primene, ali direktna primenjivost nije dovoljna, već samo nužna (prethodna) osobina odredbe podobne za direktno dejstvo.¹³ S obzirom da u domaćem Ustavu nije napravljena razlika između direktne primene i direktnog dejstva, već neposredna primena obuhvata i jedno i drugo, pred nacionalnim sudovima je odgovoran zadatak da odrede kojim odredbama SSP će priznati direktno dejstvo, tj. direktnu primenu. S obzirom da se blanko poricanje direktne primene SSP, samo zato što se njegove odredbe ne odnose na zajemčena ljudska i manjinska prava, teško može opravdati jer bi to bilo suprotno preuzetoj obavezi usklađenog tumačenja i praksi koja postoji u pravu EU, sudovima ostaje da se opredele između užeg i šireg tumačenja.

Prema širem tumačenju, svim odredbama SSP se, kao potvrđenom međunarodnom ugovoru, u skladu sa dogovorenom dinamikom mora priznati direktno dejstvo. U prilog ovakvog tumačenja govori ne samo jezička formulacija člana 16. Ustava, već i priroda i svrha SSP koji je, bez obzira na činjenicu što vremenski nije ograničen, zaključen sa namerom obe ugovorne strane da bude implementiran u roku od šest godina, prema dinamici koja je u njemu stipulisana. U tom slučaju, ako Srbija, kao jedna ugovorna strana, ne ispuni preuzete obaveze

05.pdf, (pristup od 26. 06. 2010); P. Craig and G. de Burca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, OUP, 2008, str. 268–303. U domaćoj teoriji R. Vukadinović, *Many faces of Direct Effect of Community Law*, u *Private Law Reform in South East Europe*, Liber Amicorum Christa Jessel Holst, Belgrade, 2010, str. 114–122.

¹² R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, Kragujevac, 2010, str. 72.

¹³ Razloge za to bi trebalo tražiti i u pravnoj politici, koju u EU vodi Sud pravde koji raspolaže monopolom odlučivanja kojim odredbama i kada će priznati direktno dejstvo, ali i u samoj sadržini i načinu na koji su formulisane pojedine odredbe komunitarnih izvora. Neke odredbe su programskog karaktera i cilja, tako da ne stvaraju bilo kakva subjektivna prava pa otpada i mogućnost njihovog pozivanja pred sudovima.

i u datim rokovima ne donese implementirajuće i usklađene domaće propise, svi subjekti (domaća fizička i pravna lica) čija su prava ili interesi time povređeni bi se mogli pozvati na princip direktnog dejstva i od nacionalnih sudskih i upravnih organa tražiti da neposredno primene odredbe SSP. Nacionalni organi ne bi mogli da odbace takve zahteve, sa obrazloženjem da nisu doneti implementirajući propisi. Smatramo da SSP predstavlja posebnu vrstu oročenog i ciljnog sporazuma u kome je ugovoreno vreme implementacije jedini formalni uslov za priznavanje direktnog dejstva njegovim odredbama. Otuda se nakon isteka vremena za implementaciju, njegovim odredbama mora priznati direktno dejstvo. U takvim situacijama domaći sudski i upravni organi bi trebalo neposredno da primenjuju odredbe Sporazuma i da ih tumače tako da nađu ono značenje koje je trebalo da bude precizirano u implementirajućem i usklađenom domaćem propisu koji nije donet.

Prema užem tumačenju, domaći sudovi i nacionalni upravni organi mogu direktno primenjivati samo one odredbe SSP koje ispunjavaju formalne uslove za direktnu primenu prema kriterijumima iz međunarodnog prava i prava EU, čak i nakon isteka roka za implementaciju. O tome koje odredbe SSP zadovoljavaju potrebne uslove odlučuju nacionalni sudovi pred kojima se postavi to pitanje. U tom slučaju se od sudova i upravnih organa očekuje da materijalne i procesne kriterijume za direktno dejstvo tumače ne samo u skladu sa domaćom praksom, već i prema praksi u EU.¹⁴ Ovakvim tumačenjem nacionalnim sudovima je poveren složen i odgovoran zadatak da SSP kao strano pravo praktično primenjuju u domaćem pravnom poretku u tumačenju čijih odredbi moraju koristiti ne samo nacionalne kriterijume, već i kriterijume iz komunitarnog prava i prakse Suda pravde. Na obavezu da »uzmu u obzir« praksu Suda pravde, upućuje odredbe SSP kojima su nacionalni organi obavezani da u primeni i tumačenju Sporazuma koriste i instrumente koje su doneli organi Zajednice.¹⁵

Sudovi i drugi upravni organi u državama članicama nisu suočeni sa sličnim problemom, jer nadležnost za odlučivanje o ovim delikatnim i složenim pitanjima pripada Sudu pravde, čime je obezbeđena i jednoobraznost u tumačenju komunitarnog prava u svim državama članicama.

¹⁴ Ovo i zbog toga što se Pravo EU, kao obavezan predmet na fakultetima izučava tek poslednjih godina i zbog toga što u domaćoj teoriji i dalje postoje razlike u pogledu predmeta i metoda njegovog izučavanja.

¹⁵ J. Jackson, n. delo, str. 327–8, koji kao moguće razloge navodi ne samo nepostojanje »posebnih i preciznih« odredbi, već i nameru strana.

MESTO SSP U UNUTRAŠNJEM
PRAVNOM PORETKU

Nakon što je SSP kao ratifikovani međunarodni ugovor prihvaćen kao deo unutrašnjeg pravnog poretka, njegova primena zahteva da se odredi njegovo hijerarhijsko mesto u unutrašnjem pravnom sistemu, kako prema ustavu, tako i prema ostalim zakonskim i podzakonskim propisima.

Mesto SSP u unutrašnjem pravu Srbije je u Ustavu određeno u više odredbi. Najpre je odredbama člana 16. stav 3, određeno da SSP (kao potvrđeni međunarodni ugovor) mora biti u skladu sa Ustavom, a zatim je odredbama člana 194. stav 3, propisano da »ne sme biti u suprotnosti sa Ustavom.« Bez obzira na izvesne jezičke nijanse i nedoslednosti, obe formulacije nedvosmisleno određuju manju pravnu snagu SSP u odnosu na Ustav. U odnosu na ostale unutrašnje propise (zakone i podzakonske akte), SSP ima veću pravnu snagu pa domaći zakoni (koji su bili predmet usklađivanja i ostali) i drugi opšti pravni akti moraju biti u saglasnosti sa Sporazumom (i Ustavom).¹⁶ Osim ovih odredbi, na mesto SSP u domaćem pravnom poretku utiče i način na koji će se tumačiti odredbe o neposrednoj primeni potvrđenih međunarodnih ugovora. Ovo zbog toga što načelo direktne primene, ako se shvati u širem smislu tako da obuhvata i direktno dejstvo, u sebi sadrži i elemente načela primata međunarodnog, odnosno komunitarnog prava.¹⁷ Naime, princip neposredne primene posmatran kroz pružanje neposredne zaštite subjektivnim pravima koja potiču iz SSP u slučajevima kada su ista pitanja rešena na drugačiji način u unutrašnjim propisima, podrazumeva obavezu sudskih i upravnih organa da primene odredbu SSP kao superiorniju (a da ostave po strani domaći propis) jer se samo na taj način oštećenom pojedincu obezbeđuje delotvorna zaštita. U suprotnom, ako bi se pod neposrednom primenom podrazumevalo samo gola utuživost, kao procesno pravo zbog koga sudovi ne mogu odbaciti tužbu, bez obaveze sudova da u slučaju kolizije rešenja koja postoje u unutrašnjim propisima i u potvrđenim međunarodnim ugovorima, prednost daju odredbama neposredne primene, ishod spora bi zavisio od tumačenja organa država članica. Drugačije rečeno, u slučaju sukoba između nacionalnih i propisa kojima je priznato neposredna primena, primenom nacionalnih propisa bi se obesmisllilo postojanje propisa neposredne primene. Iz tih razloga je Sud pravde obavezao nacionalne sudove država članica da, pozivanjem na načelo direktnog dejstva, neposredno primenjuju komunitarne propise i da u slučaju kolizije sa nacionalnim propisima, nacionalne propise ostave po strani, tj. da ih ne primenjuju, čime se praktično izborio za primat komunitarnog prava nad pravima država čla-

¹⁶ Vid. čl. 167(1), tač. 1. Ustava Srbije.

¹⁷ J. Jackson, n. delo, str. 330. i dalje.

nica.¹⁸ S obzirom da domaći ustavotvorac nije ograničio značenje neposredne primene (u smislu direktnog dejstva), niti se neposredna primena može poreći podobnim odredbama SSP, dosledna primena načela neposredne primene dovodi u pitanje zahtev da Sporazum mora biti u skladu sa Ustavom, o čemu će biti reči u vezi primene pomenutih pravila o konkurenciji.

Rešenje prema kome se potvrđeni međunarodni ugovori hijerarhijski stavljaju iznad običnih zakona, a ispod ustava nije neuobičajeno u uporednom pravu. Sa stanovišta prijema u EU ovakvo rešenje ne mora predstavljati prepreku sve do potpisivanja sporazuma o prijemu u EU. Nakon prijema, takvo rešenje može predstavljati prepreku za poštovanje komunitarnih tekovina, naročito u pogledu primene načela neposredne primene, neposrednog dejstva i primata komunitarnog prava, zbog čega su novoprimitljene države pre potpisivanja ugovora o prijemu izvršile odgovarajuće izmene svojih ustava kojima se ne mora na neposredan način priznati primat komunitarnog prava nad ustavom, ali se omogućava takvo tumačenje.¹⁹

NEPOSREDNA PRIMENA KOMUNITARNIH PRAVILA O KONKURENCIJI

Na neposrednu primenu pravila o konkurenciji, Sporazum upućuje u odredbama člana 73. tač. 2. tako što obavezuje domaće organe da ocenu o postojanju restriktivnih sporazuma, kao i ocenu o postojanju zloupotrebe dominantnog položaja vrše »na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, naročito iz članova 81, 82, 86. i 87. Ugovora o EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojili organi Zajednice.« Ako se o obavezi usklađenog tumačenja ostalih usklađenih unutrašnjih propisa moglo zaključiti na posredan način, na neposrednu primenu i poseban način tumačenja komunitarnih propisa o konkurenciji Sporazum upućuje u navedenim odredbama na nedvosmisleni način. S obzirom da o zaštiti konkurencije brinu i upravni i sudski organi, to praktično znači da su ovom odredbom obavezani i jedni i drugi, što govori u prilog postojanja ne samo zakonodavnog, već i sudskog i upravnog usklađivanja. Domaćim Zakonom o zaštiti konkurencije²⁰ predviđena je nadležnost

¹⁸ Predmet 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA, [1978] ECR, 629. tačka 21. presude.

¹⁹ O zajedničkim karakteristikama rešenja koja su u tom pogledu korišćena u novoprimitljenim državama članicama vid. u: Albi, A.: *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge 2005, str. 67. i dalje.

²⁰ Sl. glasnik Srbije, br. 51/2009.

Komisije za zaštitu konkurencije da odlučuje o povredi konkurencije u prvom stepenu, dok je u drugom stepenu, po tužbama za pokretanje upravnog spora određena nadležnost Upravnog suda, a do njegovog osnivanja, Višeg trgovinskog suda.

Jezičko tumačenje navedene odredbe Sporazuma povezano sa ustavnom odredbom o direktnoj primeni Sporazuma, upućuju na zaključak da su domaći organi dužni da, u slučajevima kada odredbe domaćeg Zakona o zaštiti konkurencije neko pitanje regulišu na drugačiji način u odnosu na sudski *acquis* EU o konkurenciji, kao i u slučajevima kada neko pitanje nije uopšte regulisano domaćim propisima, neposredno primene ili navedene odredbe Ugovora o osnivanju EZ (tj. da im prema komunitarnoj terminologiji priznaju direktno dejstvo) ili da koriste »instrumente tumačenja koje su usvojili organi Zajednice, tj. da primene usklađeno tumačenje koje može poticati ili od Komisije ili od Suda pravde. Problemi, međutim, mogu nastati zbog toga što neposredna primena navedenih odredbi Ugovora o osnivanju i na osnovu njih donetog sekundarnog zakonodavstva, kao i korišćenje stranih instrumenata i metoda tumačenja, otvara više pitanje ustavnosti. Prvo, da li, upućivanje na primenu stranog prava sadržanog u članovima 81, 82, 86 i 87. Ugovora o osnivanju EZ i u aktima sekundarnog zakonodavstva koje je doneto na osnovu njih, podrazumeva da je izvršen prenos legislativnih ovlašćenja na stranu organizaciju, tj. organe Zajednice. Isto pitanje se može postaviti i u vezi prirode ovlašćenja kojima raspolaže Savet za sprovođenje Sporazuma. Naime, odredbama člana 8. Sporazuma, Savet je ovlašćen da nadzire sprovođenje Sporazuma i da na osnovu ovog nadzora izdaje preporuke i donosi odluke koje, prema odredbama člana 121. Sporazuma, obavezuju ugovorne strane da preduzmu sve neophodne mere za njihovo sprovođenje.

Drugo pitanje se odnosi na dilemu da li se upućivanjem na primenu stranog prava narušava Ustavno načelo o подели vlasti, institucionalnoj ravnoteži i jedinstvu pravnog poretka.

S obzirom da je slična dilema bila prisutna u pojedinim pridruženim državama kod sprovođenja Evropskih sporazuma o pridruživanju (ES) i da su na neposredan ili posredan način o pitanjima ustavnosti Evropskih Sporazuma raspravljali njihovi ustavni sudovi, to će u daljem razmatranju biti korišćena i njihova iskustva.

Što se tiče prvog pitanja, problem ustavnosti se otvara zbog toga što se Sporazumom upućuje na neposrednu primenu ne samo odredbi navedenih članova 81, 82, 86. i 87. čija je sadržina bila poznata u momentu ratifikacije Sporazuma tako da se može smatrati da su ratifikacijom prihvaćena, već i na celokupno sekundarno zakonodavstvo i to ne samo ono koje je postojalo u momentu ratifikacije, već i buduće, koje bude doneto u toku sprovođenja Sporazuma i na osnovu drugih članova Ugovora o osnivanju. Na neodređenu listu pravila konku-

rencije na čiju primenu su obavezani domaći organi upućuje formulacija »na-ročito« iz člana 73. tač. 2. Sporazuma. S obzirom da su propisi o konkurenciji po karakteru i sadržini javno pravne prirode, upućivanje na njihovu primenu se može tumačiti kao krmjenje legislativne suverenosti domaćih zakonodavnih organa, čime se narušava ravnotežu između tri grane vlasti, iz člana 4. Ustava. I dok se za primenu pravila o konkurenciji koji su činili *acquis competence*, u momentu ratifikacije Sporazuma može naći osnov u aktu o ratifikaciji, blanko prihvatanje pravila koja nakon toga budu donosili organi Zajednice će svakako umanjiti legislativni suverenitet domaćih organa iako u Ustavu ne postoji tzv. klauzula o prenosu nadležnosti ili klauzula o prihvatanju da se zajednički vrši nadležnost sa organima Zajednice. S obzirom da Skupština neće biti u prilici da naknadno ratifikuje takve propise i na taj način ih učini sastavnim delom Sporazuma, odnosno unutrašnjeg pravnog poretka, Srbija je na ovaj način praktično prenela deo svojih zakonodavnih nadležnosti na organe Zajednice, a da to nije urađeno na Ustavom predviđeni način. Uobičajeno je da se prenos dela suvereniteta vrši prilikom zaključivanja ugovora o prijemu pa se u tom cilju vrše odgovarajuće izmene Ustava. Stoga se postavlja pitanje da li je prenos ovlašćenja na EU ili prihvatanje zajedničkog vršenja određenih ovlašćenja neophodno i u toku pridruživanja, tj. sprovođenja SSP.

Na slično pitanje koje je pokrenuto pred Ustavnim sudom Mađarske u procesu sprovođenja Evropskog sporazuma od strane domaćih upravnih organa,²¹ Sud je zauzeo stav da »Mađarski upravni organi ne smeju direktno da primenjuju kriterijume na koje upućuje član 62(2) Evropskog sporazuma« (koji po sadržini odgovaraju navedenom članu 73. SSP). Ipak, Sud je odbacio predlog da proglasi neustavnim i da poništi člana 62(2) Evropskog sporazuma. Umesto toga, Sud je neustavnim proglasio odredbe prvog i drugog stava člana 1. i član 6. aneksa vladine Uredbe o proglašenju Odluke Mađarskog saveta za pridruživanje²² o implementaciji pravila člana 62(1), tačke (i) i (ii) a člana 62(2) Evropskog sporazuma. Podnosilac predloga za ustavnu žalbu je kao osnov neustavnosti, između ostalog, naveo i da široka i automatska apsorpcija i primena javno pravnih propisa drugog pravnog suvereniteta znači »neustavni transfer legislativnog ovlašćenja, kao dela državnog suvereniteta, na drugo suvereno telo.«²³ Neustavnim je smatrao i navedene odredbe Uredbe o implementaciji zbog toga što je njom na neustavan način izvršena alokacija kriterijuma iz člana 62(2) Evropskog sporazuma na domaće vlasti koje su zadužene da primenjuju pravo: mađarsko telo za zaštitu konkurencije.

²¹ Decision 30/1998 (VI.25) AB.

²² Annex to Government Decree 230/1996 (XII. 26) Korm.

²³ Deo obrazloženja pod 1. stav 3.

U obrazloženju pomenute oduke Ustavni sud je prvo napravio razliku između direktne primene i direktnog dejstva, u smislu kako je to prihvaćeno u pravu EU, o čemu je već bilo reči. S obzirom da Ustavom Mađarske (koji je tada bio na snazi) međunarodnim ugovorima nije priznata neposredna primena, Sud je prvo odlučio o pitanju neposredne primene odredbi člana 62(1) ES i zauzeo stav da se iste ne mogu direktno primeniti, već indirektno tumačenjem spornih odredbi Uredbe o implementaciji.²⁴ Međutim, i pored toga Sud je zauzeo stav da mađarsko telo za zaštitu konkurencije kao upravni organ mora »uzeti u obzir« navedene članove ES prilikom tumačenja domaćeg Zakona o zaštiti konkurencije. Sintagmom »uzeti u obzir« Sud je obavezao domaće organe za zaštitu konkurencije da u predmetnim pitanjima iz ES slede kriterijume iz članova 85. i 86. Ugovora o EZ, ne neposrednom primenom, već posredno – primenom Uredbe o implementaciji, čime je izbegnuto direktno unošenje stranog prava u unutrašnji pravni poredak i odbačeni prigovori vezani za neustavnost i okrnjeni suverenitet.

Što se tiče ustavnosti Uredbe o implementaciji Sporazuma, sporno pitanje se odnosilo na utvrđivanje da li je kod donošenja Odluke, odnosno uredbe,²⁵ povređeno načelo demokratskog legitimiteta, budući da je Uredbom obavezano telo za zaštitu konkurencije da primenjuje relevantne kriterijume iz komunitarnog prava čime je uspostavljen mehanizam direktne primene. Sud je našao da su odredbe članova 1. i 2. pomenute Uredbe kojima se definisani opšti principi, neustavne i suprotne odredbama o narodnoj suverenosti upravo zbog toga što se, makar i na posredan način nalaže direktna primena stranog prava.

Sudska harmonizacija. – U postupku usklađivanja domaćih propisa sa pravnim tekovinama Evropske zajednice/Unije, domaći sudovi i upravni organi u procesu harmonizacije učestvuju na posredna način koji se označava kao sudska harmonizacija.²⁶ S obzirom da nacionalni sudski i upravni organi pridruženih država nisu obavezni da neposredno primenjuju komunitarno pravo kao takvo,²⁷ njihova uloga se svodi na obavezu da donete usklađene domaće unutrašnje propise tumače, kada je to potrebno na tzv. usklađeni način, tj. da kod tumačenja spornih odredbi domaćih propisa učine sve da nađu onaj smisao ili značenje koje je u

²⁴ Tač. 3. obrazloženja.

²⁵ Reč je o Odluci Saveta za sprovođenje pridruživanja (organa koji je predviđen i u domaćem SSP).

²⁶ A. Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of the Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, str. 52. O odnosu između sudske i legislativne harmonizacije vid. G. Davies, *European Union internal market law*, Routledge, 2003, str. 154. i dalje.

²⁷ Vid. odluku Ustavnog suda Poljske K. 15/97, *Orzecznictwo Trybunalu Konstytucyjnego* [Collection of Decisions of the Constitutional Tribunal], nr. 19/1997, str 380. Prevod na engleski objavljen u 5 E. Eur. Case Rep. of Const. L. 271, na str. 284 (1998) u kojoj se nedvosmisleno navodi da »Naravno, EU pravo nema obavezujuću snagu u Poljskoj...«

najvećoj meri u skladu sa komunitarnim propisima ili praksom Suda pravde. Iako je ovakav metod tumačenja karakterističan za Sud pravde i za sudove države članica, sličnu obavezu je preuzela i Srbija odredbama člana 72, tač. 1, poslednja rečenica, kojom se obavezala da će važeće i buduće zakonodavstvo biti »pravilno primenjeno i sprovedeno«. Pravilna primena i sprovođenje se može tumačiti, kao što pokazuje i praksa sudova novoprimitljenih država,²⁸ i kao obaveza tumačenja nacionalnih propisa na usklađeni način,²⁹ tj. kao sudska harmonizacija.

Professor, RADOVAN D. VUKADINOVIĆ, LL.D.,
Director of the Center for EU Law

DIRECT IMPLEMENTATION OF THE AGREEMENT
OF STABILIZATION AND ASSOCIATION AS AN INSTRUMENT
IN THE CO-ORDINATION OF NATIONAL LAW WITH
LEGAL ACCOMPLISHMENTS OF THE EUROPEAN UNION

Summary

Stabilization and Association Agreement (SAA) by way of its creation, content and legal nature has the elements of classic international agreements and mixed agreements concluded between the EC and third countries. In its interpretation and application is necessary to take into account the rules and practice of international law and EC/EU law. However, given that Serbia is

²⁸ Vid. Odluku Vrhovnog upravnog suda (SAC) iz Varšave, od 13 03. 2000 u predmetu *Senagpo*. Engleski prevod objavljen u (1999–2000) 24 PYIL 217, 219. Sud je uputio na primenu evropskog poreskog prava »kao dodatne osnove za svoju presudu.« U komentaru odluke, *Skrzydło-Tefelska*, 24 PYIL 217, 220 pozdravlja takvu odluku kao dokaz »da su poljski sudovi na pravi način razumeli obavezu harmonizacije poljskog prava sa *acquis communautaire*, koja se ispunjava ne samo inicijativom za donošenje pravnih akata usklađenih sa komunitarnim pravom, već takođe pravilnim tumačenjem postojećih propisa.« D. Piqani, *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their Attitude towards European Integration*, EJLS Vol 1, No. 2, str. 5. navodi da su ustavni sudovi Poljske, Češke, Litvanije, Estonije i Estonije od devet odluka u šest odluka uputili na primenu prakse Suda pravde ili na pravo EU.

²⁹ Vid. Odluku Visokog suda Češke u predmetu *Škoda*, u kome je podržao primenu usklađenog tumačenja od strane tela za zaštitu konkurencije smatrajući da to ne predstavlja error in law. Ovakav stav je podržao i Ustavni sud Češke sa obrazloženjem da Rimski ugovor i Ugovor o EU potiču iz istih vrednosti i principa kao i češko ustavno pravo. *Re Skoda Auto, Sbirka nálezů a usnesení* [Collection of Judgments and Rulings of the Constitutional Court], Vol. 8, p. 149. Navedeno prama Z. Khn, *The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predications*, *German Law Journal*, Vol. 06 03 (2005) str. 567.

not a member of the EU and the Serbian Constitution don't have rules of transformation for EU law in internal legal system; the interpretation and application of the SAA are regulated by Constitutional provisions on ratified international treaties. This way the Constitution of Serbia accepts the ratified international treaties as a part of domestic law and recognizes their "direct application." Different interpretations of the content and subject to the provisions on the recognition of "direct application" can raise several problems, which can be divided into narrow and broader understanding. The narrower concept of direct application covers only recognition of the relevant provisions as of positive law in domestic legal order, in terms of content. According to a broader view, the direct application includes the direct effect of the relevant provisions. In terms of subject, under narrow view, the direct application relates only to international agreements relating to the guaranteed rights, such as basic human rights and freedoms and minority rights. According to a broader interpretation, the direct application is given to all provisions from international agreements that are enforceable and which are assigned to subjective rights. The author starts with thesis and broader understanding that harmonization of national law covers, as addition to the basic obligation to adopt new or change the existing domestic provisions compatible with Community legislations, the obligation of domestic courts and administrative bodies to interpret the existing legislation in such a way as to ensure the greatest possible degree of such compatibility.

VITOMIR POPOVIĆ

PRAVNI SISTEM REPUBLIKE SRPSKE I STANDARDI EVROPSKE UNIJE

U V O D

Da bi se uopšte moglo govoriti o pravnom sistemu Republike Srpske neophodno je odrediti njen pravni položaj u Bosni i Hercegovini, a time i prema Evropskoj uniji.

Republika Srpska je osnovana 9. januara 1992. godine, a njen pravni subjektivitet i postojanje je potvrđeno Dejtonskim mirovnim sporazumom, koji je potpisan u Parizu 14. decembra 1995. godine, kada je i formalno-pravno stupio na snagu i počeo da se primjenjuje¹. Radi se o veoma složenom međunarodnom sporazumu, odnosno ugovoru javno-pravnog karaktera koji se sastoji od Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i 11 Aneksa koji čine njegov sastavni dio. Od posebnog značaja za razvoj pravnog sistema Republike Srpske, pored Ustava Republike Srpske ima i Ustav Bosne i Hercegovine kao njegov Aneks 4, Sporazum o ljudskim pravima kao Aneks 6, Sporazum o civilnom sprovođenju kao Aneks 10, ali od ništa manjeg značaja neće biti ni njegovi ostali Aneksi. Ovi izvori će naročito biti od značaja za tzv. »šire usaglašavanje« Zakona sa najvišim međunarodnim standardima i konvencijama, koje počev od Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, ali i drugih, čine sastavni dio Dejtonskog mirovnog sporazuma. Pristupanjem Bosne i Hercegovine Sporazumu

Dr Vitimir Popović, profesor Pravnog fakulteta u Banjaluci.

¹ Potpisivanju ovog Sporazuma prethodilo je njegovo usaglašavanje na međunarodnoj konferenciji održanoj od 1. do 21. novembra 1995. godine u SAD, Ohajo, Dejton.

o stabilizaciji i pridruživanju 16. juna 2008. godine, harmonizacija započeta na bazi Dejtonskog mirovnog sporazuma će naročito doći do izražaja, s obzirom na čitav niz preuzetih obaveza iz oblasti harmonizacije sa standardima i propisima koji se, bilo u formi primarnih ili sekundarnih izvora, pojavljuju kao izvor komunitarnog prava.

Republika Srpska je jedan od dva ravnopravna entiteta u Bosni i Hercegovini i njene nadležnosti su regulisane Ustavom Republike Srpske, ali i Ustavom Bosne i Hercegovine kao Aneksom 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma. Naime, članom 3 Ustava regulisane su nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta².

Sama složena struktura Bosne i Hercegovine, ali i podjela nadležnosti između Bosne i Hercegovine i entiteta je imala i ima značaj na sam proces harmonizacije zakonodavstva. Tako npr. ova harmonizacija zakonodavstva se odvijala u dva pravca:

1) u cilju stvaranja određenih uslova i pretpostavki za omogućavanje potpune slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala na cijeloj teritoriji BiH, u skladu sa Ustavom BiH, s jedne strane, i

2) istovremenim usaglašavanjem ovog zakonodavstva sa pravom Evropske unije u cilju stvaranja uslova za ulazak na ovo tržište.

Rukovodeći se navedenim razlozima donesen je veliki broj okvirnih zakona na nivou BiH, ili su entitetski zakoni učinjeni međusobno maksimalno kompatibilnim. Ova usaglašavanja i prilagođavanja su vršena kako u sferi materijalnog, tako i sferi procesnog zakonodavstva.

Dakle, harmonizacija Zakona između Republike Srpske i BiH sa jedne strane, i Evropske unije sa druge strane, je i formalno-pravno započela u skoro svim oblastima i pre potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, tj. 16. 06. 2008. godine, odnosno odmah po stupanju na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma 14. 12. 1995. godine.

POJAM PRAVA EVROPSKE UNIJE

Pravo Evropske unije je složena i dinamična pravna struktura, čiji elementi su prisutni na međunarodnom, nadnacionalnom i unutrašnjem pravnom planu država članica. Pravo Evropske unije sadržinski oblikuju brojni politički, ekonomski, socijalni i kulturni tokovi, a njegov značaj prelazi geografske granice

² Poblize vidjeti član 3 Ustava BiH, od 14. 05. 1995. godine.

država članica. Komunitarno pravo (acquis communautaire) čine propisi koje su donijeli organi Evropske zajednice, propisi koje su donijele države članice u cilju njihovog provođenja, komunitarna pravna načela i odluke Suda pravde i Prvostepenog suda. Članice Evropske unije priznaju propise komunitarnog prava kao važeće pravo. Oni se direktno i neposredno primjenjuju i proizvode pravno dejstvo. Subjekti komunitarnog prava, države, preduzeće i pojedinci se mogu neposredno pozivati na njega i tražiti zaštitu i pred nacionalnim sudovima. Jasno je da komunitarno pravo ima jaču pravnu snagu pa se u slučaju sukoba unutrašnjih i komunitarnih propisa mora primijeniti komunitarno pravo. Komunitarno pravo (acquis communautaire) obuhvata 31 Poglavlje i to: 1. Slobodno kretanje robe; 2. Slobodno kretanje ljudi; 3. Sloboda pružanja usluga; 4. Slobodno kretanje kapitala; 5. Kompanijsko pravo; 6. Politika konkurencije; 7. Poljoprivreda; 8. Ribarstvo; 9. Politika transporta; 10. Oporezivanje; 11. Ekonomska i monetarna unija; 12. Statistika; 13. Socijalna politika i zapošljavanje; 14. Energija; 15. Industrijska politika; 16. Mala i srednja preduzeća; 17. Nauka i istraživanje; 18. Obrazovanje; 19. Telekomunikacije i informaciona tehnologija; 20. Kultura i audio-vizuelna politika; 21. Regionalna politika i koordinacija strukturalnih instrumenata; 22. Okolina; 23. Zaštita potrošača i zdravlja; 24. Saradnja u području pravosuđa i unutrašnjih poslova; 25. Carinska unija; 26. Vanjski odnosi; 27. Zajednička vanjska i sigurnosna politika; 28. Finansijska kontrola; 29. Odredbe koje se odnose na finansije i budžet; 30. Institucije; 31. Ostalo.

Da se radi o veoma složenoj pravnoj strukturi govori činjenica da su u toku samo npr. četrdesetogodišnjeg postojanja organi Evropske ekonomske zajednice donijeli više od 20.000 raznih akata komunitarnog prava na preko 80.000 stranica, a sud pravde preko 4.000 presuda³, dok su države članice u cilju njihovog sprovođenja donijele niz tzv. sprovedbenih (implementirajućih) propisa⁴. Međutim, iz dana u dan broj ovih akata, odnosno izvora je sve veći. Iako se ovom prilikom nećemo detaljnije baviti ovim propisima značajno je napomenuti da se oni dijele na: 1. primarne izvore i 2. sekundarne izvore.

Primarne izvore stvaraju države članice prilikom uređivanja međusobnih odnosa i Evropske zajednice na osnovu sopstvenog ugovornog kapaciteta kao subjekti međunarodnog prava, zaključivanjem sporazuma sa trećim državama i međunarodnim organizacijama.

U sekundarne izvore spadaju propisi koje su donijeli organi Zajednice u vršenju svojih ovlašćenja koja su im dodijeljena ugovorom o osnivanju. To su

³ Poblize vidjeti Vitomir G. Popović i Radovan D. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Opšti deo, Banja Luka–Kragujevac, 2005.

⁴ K. Mortelmans, *Community Law: More than a Functional Area of Law, Less Than a Legal System*, 1 (1996) LIEI, str. 23.

Evropski parlament zajedno sa Savjetom, Savjet i Komisija na osnovu ovlaštenja koja su im na osnovu vertikalne podjele nadležnosti prenijele države članice, a koja su kasnije raspodijeljena između njih u skladu sa principom horizontalne podjele vlasti. Iz tih razloga moraju biti u skladu sa primarnim izvorima i međusobno usklađeni, o čemu se naročito stara Sud pravde.

U primarne izvore ili primarno zakonodavstvo spadaju: 1. ugovori o osnivanju; 2. opšta pravna načela; 3. međunarodni sporazumi Evropskih zajednica, i 4. sporazumi između država članica.

Za Republiku Srpsku i Bosnu i Hercegovinu će od posebnog značaja, u okviru međunarodnih sporazuma Evropskih zajednica imati Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju od 16. juna 2008. godine.

U sekundarne izvore prava Evropske unije spadaju: 1. komunitarne uredbe; 2. komunitarna uputstva i odluke, kao obavezujući akti ili instrumenti, i 3. preporuke; 4. mišljenja i drugi neimenovani akti, kao neobavezujući instrumenti⁵.

OBAVEZA HARMONIZACIJE PROPISA PREMA SPORAZUMU O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

Za razliku od Sporazuma o pridruživanju koji je Zajednica zaključila sa drugim državama, koji podrazumijeva poseban dugoročan odnos između Zajednice i treće države, čiji organi i unutrašnja struktura ostaju netaknuti, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je Zajednica zaključila sa zemljama Zapadnog Balkana, a koji je 2008. godine zaključila i Bosna i Hercegovina, predstavlja i ima za cilj uređivanje odnosa unutar same države kroz reformu i jačanje institucija, vladavine prava, demokratizacije društva i transformaciju privrede iz planskog u tržišno modelirani koncept.

Kao primarni izvor komunitarnog prava, tretiran kao »neredovni« izvor, ali u potpunosti prihvaćen od Suda pravde kao »integralni dio komunitarnog prava«, ovi sporazumi su prvenstveno u funkciji pripreme pridružene države i ispunjavanja određenih uslova kao pretpostavki za budući mogući prijem.⁶ Osnovni ciljevi ovog pridruživanja, prema članu 1 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Bosnom i Hercegovinom su:

⁵ Poblje vidjeti Vitomir G. Popović i Radovan D. Vukadinović, Međunarodno poslovno pravo, Opšti deo, Banja Luka – Kragujevac, 2005, str. 67–87.

⁶ Radovan Vukadinović, Pravo Evropske unije, Banja Luka–Kragujevac, 2006, str. 110.

- da podrži napore Bosne i Hercegovine u jačanju demokratije i vladavine prava;
- da doprinese političkoj, ekonomskoj i institucionalnoj stabilnosti u Bosni i Hercegovini, te stabilizaciji u regionu;
- da pruži prikladan okvir za politički dijalog, te time omogući razvoj bliskih političkih odnosa između strana;
- da podrži napore Bosne i Hercegovine u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, između ostalog, i kroz usklađivanje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice;
- da podrži nastojanja Bosne i Hercegovine da dovrši prelaz u funkcionalnu tržišnu ekonomiju, promovise skladne ekonomske odnose, te postepeno razvija područje slobodne trgovine između Bosne i Hercegovine i Zajednice;
- da jača regionalnu saradnju sa svim područjima obuhvaćenim ovim Sporazumom⁷.

S obzirom da se radi o Sporazumu zaključenom između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine on po svom karakteru spada u kategoriju međunarodnih sporazuma i, kao što je to naprijed rečeno, predstavlja izvor komunitarnog prava, kao obavezujućeg prava za sve države potpisnice koje imaju namjeru pristupanja Evropskoj uniji.

Osnovne vrijednosti prema kojima ugovorne strane izražavaju svoju opredijeljenost sadržane su u preambuli Sporazuma, i to:

- uspostavljanje i konsolidacija stabilnog evropskog poretka baziranog na saradnji čije je glavno uporište Evropska unija, te saradnja kroz mehanizme Pakta stabilnosti;
- razvoj civilnog društva i demokratizacija, izgradnja institucija i reforma javne uprave, povećana trgovina i privredna saradnja, te saradnja na području pravosuđa i unutrašnjih poslova;
- veće političke i privredne slobode uz poštovanje ljudskih prava i vladavine prava, prava pripadnika nacionalnih manjina i demokratskih načela putem višestranačkog sistema sa slobodnim i poštenim izborima;
- pravo na povratak svih izbjeglica i raseljenih lica i zaštita prava koja im pripadaju;
- slobodna tržišna privreda i spremnost Evropske unije da doprinese privrednim reformama u Bosni i Hercegovini;
- slobodna trgovina u skladu sa pravima i obavezama koje proizilaze iz pravila Svjetske trgovinske organizacije (WTO);

⁷ Prijedlog Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, 2006, član 1, u osnovi isti kao i tekst potpisanog Sporazuma.

- redovan politički dijalog o dvostranim i međunarodnim pitanjima od obostranog interesa, uključujući i regionalne aspekte, uzimajući u obzir zajedničku spoljnu i bezbjednosnu politiku Evropske unije;
- razvoj trgovine i ulaganja;
- usklađivanje zakonodavstva u relevantnim područjima sa *acquis-em*;
- sprovođenje reformi i obnove uz upotrebu svih postojećih oblika saradnje, kao i tehničke, finansijske i privredne pomoći.

Pored preambule, ovaj Sporazum sadrži 137 odredaba podjeljenih u 10 oblasti koje regulišu: opšta načela; politički dijalog; regionalnu saradnju; slobodan protok robe, tržišta i kapitala; pitanja koja se tiču radne snage, preduzeća, pružanja usluga; usklađivanje i sprovođenje zakona i konkurencijska pravila; pravdu, slobodu i bezbjednost; politiku saradnje; finansijsku saradnju, te institucionalne, opšte i završne odredbe.

Opšta načela ovog Sporazuma polaze od obaveza poštovanja demokratskih načela i ljudskih prava proklamovanih u Opštoj deklaraciji o ljudskim pravima i Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Helsinškim završnim aktom i Pariškoj povelji za novu Evropu, poštovanje načela međunarodnog prava uključujući punu saradnju sa Tribunalom u Hagu za bivšu Jugoslaviju (ICTY), te vladavine prava i načela tržišne ekonomije u skladu sa dokumentom OSCE-ove Bonske konferencije o ekonomskoj saradnji kao temelju unutrašnje i vanjske politike.

OBLASTI U KOJIMA JE IZVRŠENA HARMONIZACIJA PROPISA

Harmonizacija propisa Republike Srpske i Bosne i Hercegovine je vršena na taj način što su u određenim oblastima donošeni Okvirni zakoni na nivou Bosne i Hercegovine, u skladu sa nadležnostima koje u smislu člana 3 Ustava Bosne i Hercegovine spadaju u nadležnost tzv. zajedničkih insitucija, ali su istovremeno i entitetski propisi u maksimalno mogućoj mjeri harmonizovani, kako ne bi bili u suprotnosti sa principom slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. S druge strane, vršena je harmonizacija ovih propisa sa propisima Evropske unije naročito u vezi sa preuzetim obavezama iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Do sada je u pretežnom dijelu izvršena harmonizacija u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda i domaće vlasti su preuzele obavezu potpunog poštivanja Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, dajući joj prioritet u odnosu na domaće zakonodavstvo⁸.

⁸ Poblize vidjeti Zakon o ombudsmanu za ljudska prava BiH i Republike Srpske («Službeni glasnik BiH» i «Službeni glasnik RS»).

Doneseni su novi Zakoni o parničnom postupku i usklađeni sa članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama o efikasnijem vođenju i završavanju parničnih postupaka⁹.

Istovremeno sa donošenjem Zakona o parničnom postupku izvršene su promjene i u oblasti izvršnog postupka, donošenjem novog Zakona o izvršnom postupku¹⁰. Izvršeno je usklađivanje čitavog seta zakona iz oblasti Krivičnog prava i Krivičnog postupka kao i njegovo prilagođavanje sa Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata i sprečavanju i kažnjavanju genocida i drugim aktima iz ove oblasti. Doneseni su Zakoni iz oblasti sistema indirektnog oporezivanja, statistici, Agenciji za unapređenje stranih investicija, Agenciji za osiguranje u BiH, javnim nabavkama, carinskoj politici BiH, porezu na dodatnu vrijednost (PDV), Agenciji za rad i zapošljavanje, Zadrugama, osnivanju Izvozno-kreditne Agencije BiH, porezu na promet proizvoda i usluga, akcizama u BiH, hrani, zalozima. Takođe, usvojen je set od osam zakona, i to četiri iz oblasti fitosanitarija (Zakon o fitofarmaceutskim sredstvima BiH¹¹) i četiri iz oblasti slobodnog kretanja roba, koji predstavljaju pravni okvir za uspostavljanje cjelokupne infrastrukture nadzora nad tržištem i u krajnjoj liniji vode liberalizaciji trgovine. Usvajanjem zakona koji se odnose na tehničke zahtjeve za proizvode i ocjenjivanje usklađenosti (Zakon o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanje usklađenosti¹²), nadzor tržišta (Zakon o nadzoru nad tržištem u BiH¹³), opšta sigurnost proizvoda i opšta sigurnost hrane (Zakon o opštoj sigurnosti proizvoda¹⁴), u BiH je stvoren okvir za slobodno kretanje roba i garancija za njihovu sigurnost. BiH je, prije njihovog usvajanja, bila jedina evropska zemlja koja nije provodila propise i procedure o ocjenjivanju usklađenosti i bilo kakve sigurnosti domaćih i uvezenih proizvoda na njenom tržištu. Nepostojanje spomenute zakonske regulative bilo je ključna prepreka zbog koje BiH nije mogla koristiti prednost trgovinskih mjera Evropske unije, donesenih u septembru 2000. godine, prema kojim je zemlja formalno mogla izvoziti u EU gotovo sve proizvode bez količinskih i tarifnih barijera uz nekoliko izuzetaka. Zbog toga nije ni mogla imati koristi od Sporazuma o slobodnoj trgovini, kojeg je potpisala sa zemljama nekadašnje Jugoslavije, niti je mogla zaključivati slične. Ulaskom u Proces stabilizacije i pridruživanja BiH je

⁹ Poblje vidjeti Zakon o parničnom postupku RS, (»Službeni glasnik RS«, broj 58/03 i Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, (»Službeni glasnik BiH«, broj 36/04).

¹⁰ Poblje vidjeti Zakon o izvršnom postupku RS, (»Službeni glasnik«, broj 59/03) i Zakon o izvršnom postupku pred Sudom BiH, (»Službeni glasnik BiH«, broj 18/03).

¹¹ »Službeni glasnik BiH«, 49/04.

¹² »Službeni glasnik BiH«, 45/04.

¹³ »Službeni glasnik BiH«, 45/04.

¹⁴ »Službeni glasnik BiH«, 45/04.

na sebe preuzela obavezu uspostavljanja jedinstvenog ekonomskog prostora, u skladu sa principima koji vrijede na unutrašnjem tržištu Evropske unije. Funkcionisanje takvog tržišta regulisano je velikim brojem direktiva i uredbi, navedenih i u Bijeloj knjizi Evropske unije, koju je izdala Evropska komisija kako bi zemljama ukazala na prioritet tzv. *acquis communautaire*.

Od izuzetnog značaja za provođenje principa slobode kretanja roba, ljudi i kapitala, kako unutar Bosne i Hercegovine, tako i u odnosima sa zemljama jugoistočne Evrope i Evropske unije predstavlja donošenje čitavog niza propisa, bilo na nivou Bosne i Hercegovine ili Republike Srpske iz tzv. sfere privredno-pravnih odnosa, kao što su npr.:

1. *U oblasti carina i carinskog sistema BiH*: Zakon o carinskoj tarifi Bosne i Hercegovine;¹⁵ Zakon o slobodnim zonama u Bosni i Hercegovini; Zakon o carinskoj politici BiH; Zakon o carinskim prekršajima BiH.

2. *U oblasti spoljne trgovine BiH*: – Zakon o spoljnotrgovinskoj politici BiH; Zakon o zaštiti domaće proizvodnje unutar Sporazuma CEFTA; Zakon o nadzoru kvaliteta određenih proizvoda pri uvozu i izvozu.

3. *U oblasti stranih ulaganja BiH*: Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u BiH; Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u BiH; Zakon o koncesijama BiH; Zakon o Agenciji za unapređenje inostranih investicija u BiH.

4. *U oblasti banaka i bankarskog sistema BiH*: Zakon o Centralnoj banci BiH; Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u Bosni i Hercegovini (Zakon nametnuo svojom odlukom Visoki predstavnik za BiH); Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u Bosni i Hercegovini; Zakon o izmjenama i dopunama Okvirnog zakona o privatizaciji preduzeća i banaka u Bosni i Hercegovini (Zakon nametnuo svojom odlukom Visoki predstavnik); Zakon o osiguranju depozita u bankama BiH.

5. *U oblasti osiguravajućih organizacija BiH*: Zakon o Agenciji za osiguranje u BiH.

6. *U oblasti privrede BiH*: Zakon o konkurenciji; Okvirni zakon o registraciji poslovnih subjekata u BiH; Zakon o zaštiti potrošača u BiH.

7. *U oblasti kredita i kreditnog poslovanja BiH*: Zakon o osnivanju izvozno-kreditne agencije.

Na nivou Republike Srpske doneseni su slijedeći propisi:

1. *U oblasti carina i carinskog sistema RS*: Zakon o privremenoj primjeni Zakona o carinskoj tarifi; Zakon o privremenom utvrđivanju carine pri uvozu

¹⁵ Svi navedeni doneseni ili nametnuti Zakoni, odlukama Visokog predstavnika, objavljeni su u »Službenom glasniku Bosne i Hercegovine i Republike Srpske«.

motornih i priključnih vozila i mašina; Zakon o primjeni Zakona o carinskoj politici Bosne i Hercegovine; Zakon o slobodnim zonama.

2. *U oblasti deviznog poslovanja RS:* Zakon o deviznom poslovanju.

3. *U oblasti stranih ulaganja RS:* Zakon o koncesijama; Zakon o stranim ulaganjima.

4. *U oblasti banaka i bankarskog sistema RS:* Zakon o Agenciji za bankarstvo RS; Zakon o privatizaciji državnog kapitala u bankama; Zakon o početnom bilansu stanja u postupku privatizacije državnog kapitala u bankama; Zakon o izmjenama i dopunama Okvirnog zakona o privatizaciji preduzeća i banaka u BiH; Zakon o bankama RS (Zakon nametnuo svojom odlukom Visoki predstavnik); Zakon o bankama RS; Zakon o reviziji privatizacije državnog kapitala u preduzećima i bankama; Zakon o Investiciono-razvojnoj banci RS; Zakon o štedno-kreditnim organizacijama.

5. *U oblasti osiguravajućih organizacija RS:* Zakon o osiguranju imovine i lica; Zakon o društvima za osiguranje; Zakon o posredovanju u osiguranju; Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim osiguranjima od odgovornosti.

6. *U oblasti privrede RS:* Zakon o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima; Zakon o preuzimanju akcionarskih društava; Zakon o privrednim društvima; Zakon o podsticanju razvoja malih i srednjih preduzeća; Zakon o javno-privatnom partnerstvu; Zakon o Privrednoj komori RS; Zakon o registraciji poslovnih subjekata u RS.

7. *U oblasti kredita i kreditnog poslovanja RS:* Zakon o mikrokreditnim organizacijama, kao i mnogi drugi Zakoni i podzakonski akti.

ZAKLJUČAK

Iako Republika Srpska, odnosno Bosna i Hercegovina nisu članice Evropske unije one su u obavezi da izvrše potpunu harmonizaciju svojih propisa sa propisima Evropske unije proisteklih na bazi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je potpisan između Bosne i Hercegovine i zemalja članica Evropske unije 16. juna 2008. godine. Sama harmonizacija predstavlja veoma složen proces koga na određen način prati i unutrašnja ustavna struktura Bosne i Hercegovine kao složene državne zajednice, sa jedne strane i veliki broj izvora prava Evropske unije, sa druge strane.

VITOMIR POPOVIĆ, LL.D.
Professor and Dean, Faculty of Law,
Banja Luka

LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SRPSKA
AND THE EU STANDARDS

Summary

Although the Republic of Srpska, that is Bosnia and Herzegovina, are not members of the European Union, they are still committed to perform complete harmonization of their regulations with the EU regulations based on the Stabilization and Association Agreement entered into between Bosnia and Herzegovina and EU state members on 16 June 2008. Harmonization itself is a very complex process followed by internal constitutional structure of Bosnia and Herzegovina as a composite state community on the one hand, and a great number of sources of EU law, on the other.

USTAVNI OKVIR ZA PRISTUPANJE EVROPSKOJ UNIJI

U V O D

Integracija država u Evropsku uniju (EU), zbog njenog specifičnog, nadnacionalnog karaktera izlazi izvan okvira međunarodnog prava. Članstvom u EU, države prenose na nju ovlašćenja da u određenim oblastima donosi obavezujuće odluke koje imaju primat nad nacionalnim propisima i koje se mogu eventualno neposredno primeniti. Ovakav odnos između EU i država članica bitno utiče na poimanje državne suverenosti koja postaje relativizirana u smislu propustljivosti za poredak EU.

Zbog toga se u ustavima država članica sreću različita rešenja kojima se reguliše »prenos suverenosti« na EU i njeno funkcionisanje čini mogućim i ustavnim.

U radu je najpre istaknuta specifičnost odnosa EU i država članica koja dovodi do potrebe za prilagođavanjem ustavnog okvira članstvu u EU, zatim su prikazana postojeća rešenja u pogledu ustavne revizije koju je iziskivalo članstvo u EU, a na kraju je ukazano na nepohodnost promene Ustava Srbije u kontekstu integracije u EU ali i na izazove koji je prate.

SUVERENOST U EU I ULOGA INTEGRATIVNE
KLAUZULE

Iako je nastala kao izraz interesa i potreba država članica, odnosno, koristeći terminologiju Ugovora iz Lisabona¹, zarad ostvarivanja njihovih zajedničkih ciljeva, EU nije prost zbir država članica. Ona kroz poseban institucionalni mehanizam u procesu odlučivanja formira volju koja je u određenim pitanjima nadređena volji država članica, što se najizrazitije manifestuje kroz obaveznost njenih (EU) odluka. Poredak koji je stvoren na nivou EU nema čist međunarodnopravni karakter, već je autonoman, sui generis pravni poredak. Iz ugovornog nastanka komunitarnog poretka ne treba procenjivati samu njegovu suštinu, već je odlučujuća struktura koja proizilazi iz konteksta ugovora o osnivanju, a koja pokazuje bitne razlike u odnosu na druge međunarodnopravne ugovore. Stoga se ovom poretku daje i ugovorni i ustavnopravni karakter.² Evropski sud pravde je još davne 1964. godine u slučaju *Costa/E.N.E.L.* utvrdio da je za razliku od običnih međunarodnih ugovora, Ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici stvorio poseban pravni poredak, koji je pri njegovom stupanju na snagu postao sastavni deo nacionalnih pravnih poredaka država članica koji njihovi sudovi moraju primenjivati. Prema stavu Suda, države članice su kroz osnivanje Zajednice na neodređeno vreme, koja ima sopstvene organe, sposobnost stvaranja prava i delovanja, i naročito poseduje suverena prava koja proizilaze iz ograničenja ili prenosa određenih suverenih nadležnosti država članica na Zajednicu, ograničile svoju suverenost i stvorile jednu pravnu tvorevinu koja je obavezujuća i za njihove državljane i za njih same.³

Za razliku od države, EU nema nadležnost o nadležnosti (*Kompetenz-Kompetenz*) i, u skladu sa principom dodeljenih nadležnosti, može delati samo u okvirima nadležnosti koje su joj Ugovorima prenele države članice zarad ostvarenja ciljeva koji su njima utvrđeni⁴. Države članice zadržavaju za sebe sve nadležnosti koje nisu prenele na EU⁵. Lisabonski ugovor o EU posebno naglašava da EU poštuje nacionalni identitet država članica, koji je nerazdvojno povezan sa njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Takođe se ističe da EU poštuje temeljne državne funkcije, a naročito očuvanje teritorijalne celovitosti, održavanje javnog reda i mira i zaštitu

¹ Član 1. stav 1. Lisabonskog Ugovora o EU, OJ EU C 115, od 9. maja 2008.

² Streinz, R.: *Europarecht*, Heidelberg 2001, str. 44 i 45.

³ Slučaj 6/64, Flaminio Costa v. E.N.E.L, ECR, 1964, 585.

⁴ Član 5. stav 2. Lisabonskog Ugovora o EU.

⁵ Član 4. stav 1. u skladu sa članom 5. stav 2. Lisabonskog Ugovora o EU.

nacionalne bezbednosti, i potvrđuje da nacionalna bezbednost ostaje u isključivoj nadležnosti država članica.⁶

Nadležnosti koje države članice prenesu na EU mogu biti isključive ili podeljene⁷. Ukoliko države na EU u određenoj oblasti prenesu neku isključivu nadležnost, u tom slučaju samo EU može da vrši zakonodavnu delatnost i donosi pravno obavezujuće akte. U ovakvim situacijama države članice mogu to isto činiti samo ukoliko su za to ovlašćene od EU ili u svrhu primene akata koje je usvojila EU.⁸ Nadležnosti mogu biti prenete i kao podeljene, pri čemu i države članice i EU u dotičnoj oblasti mogu vršiti zakonodavnu delatnost i donositi pravno obavezujuće akte⁹. U ovim nadležnostima važi princip supsidijarnosti, prema kome EU deluje samo onda kada države članice, bilo na centralnom, regionalnom ili lokalnom nivou, ne mogu dovoljno ostvariti ciljeve predviđene mere, već usled obima ili dejstva mere oni mogu biti bolje ostvareni na nivou EU¹⁰. Bilo da vrši isključivu ili podeljenu nadležnost, EU se mora pridržavati principa proporcionalnosti, tako da mere koje preduzima i u pogledu forme i u pogledu sadržine ne smeju da izlaze izvan okvira onoga što je neophodno da se ostvare ciljevi Ugovora¹¹.

Odnosi između EU i država članica zasnivaju se na principu lojalne saradnje prema kome se one međusobno podržavaju u ostvarenju zadataka koji proizilaze iz Ugovora. EU se u svom funkcionisanju u dobroj meri oslanja na države članice, koje i omogućavaju da se njen (pravni) poredak ostvaruje. EU na državnom nivou nema sopstvenu administraciju i u sprovođenju komunitarnog prava zavisi od država članica. U tom smislu Ugovor o EU i obavezuje države članice da preduzimaju sve odgovarajuće opšte ili posebne mere kako bi ispunile obaveze koje proizilaze iz Ugovora ili akata organa EU¹².

S obzirom da države pristupanjem EU na nju prenose deo svojih suverenih prava i da članstvo u EU proizvodi specifična dejstva u nacionalnom pravnom poretku, postavlja se pitanje ustavnopravnog regulisanja odnosa između EU i države članice. Konstrukcija EU utiče na promenu u poimanju suverenosti kao neotuđive, nedeljive i neprenosive vlasti, jer bi u tom slučaju EU, kao nadnacionalno telo sa zakonodavnom, izvršnom i sudskom vlašću, bila ne samo nemo-

⁶ Član 4. stav 2. Lisabonskog Ugovora o EU.

⁷ Vidi član 3. – 6. Ugovora o funkcionisanju EU, OJ EU C 115, od 9. maja 2008.

⁸ Član 2. stav 1. Ugovora o funkcionisanju EU.

⁹ Član 2. stav 2. Ugovora o funkcionisanju EU.

¹⁰ Član 5. stav 3. Lisabonskog Ugovora o EU.

¹¹ Član 5. stav 4. Lisabonskog Ugovora o EU.

¹² Član 4. stav 3. Lisabonskog Ugovora o EU.

guća, već i protivustavna tvorevina¹³. Zbog toga se u državama članicama javlja potreba da, kroz uvođenje integrativne klauzule, nacionalnim ustavima regulišu pitanje »prenosa suverenosti« na EU. U tom smislu države ustavom mogu ograničiti (Francuska, Italija), preneti (Nemačka) ili poveriti (Belgija) suverenost, ili pak, zadržavajući se na stanovištu da je prenos suvereniteta, bilo u celini, bilo delimično, nemoguć, preneti vršenje dela suverenih prava na EU (model koji se može naći u »novim« članicama EU)¹⁴.

*Dosadašnja iskustva u pogledu ustavne revizije
i uvođenja integrativne klauzule*

U državama članicama EU ne postoji jedinstveno rešenje ustavnog ovlašćenja za integraciju u EU. Ipak, moguće je utvrditi neke modele prema kojima se integracija u EU usklađuje sa ustavnim pravnim poretkom. Ustavna rešenja u »starim« državama članicama se mogu grupisati u četiri grupe. U prvu grupu ulaze ustavi koji sadrže izričitu odredbu o prenosu nadležnosti na EU i u koje su unošene izmene saglasno različitim aspektima članstva u EU (Nemačka, Francuska, Austrija, Portugalija). U drugoj grupi su ustavi koji sadrže izričitu odredbu o prenosu nadležnosti na EU, kao i neke druge odredbe koje se tiču članstva u EU (Irska, Švedska, Grčka). Ustavi iz treće grupe članstvo u EU podvode pod širu odredbu o međunarodnim organizacijama, pri čemu su bili menjani usled specifičnih aspekata članstva u EU (Finska, Belgija, Italija, Španija). I na kraju, u četvrtu grupu ustava »starih« članica spadaju oni koji uopšte ne govore o EU, već članstvo u njoj podvode pod odredbe o međunarodnim organizacijama (Danska, Luksemburg, Holandija).¹⁵

Pored odredaba o »prenosu« suvereniteta, ustavi »starih« članica EU sadrže i neke druge odredbe koje se tiču članstva u EU. Tako ustavi osam država¹⁶ sadrže odredbe kojim ovlašćuju nacionalni parlament da vrši svojevrsnu kontrolu

¹³ Upor. Todorčić, V.: Ustavna pitanja u procesu evropskih integracija. Iskustva drugih, *Evropski forum* 2/2004, str. 8.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Albi, A.: *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge 2005, str. 10.

¹⁶ Nemačka (član 23. stav 2. i 3. Osnovnog zakona), Finska (član 96. i 97. Ustava Finske), Portugalija (član 161. tačka n, 163. tačka f, i član 197. stav 1. tačka i. Ustava Portugalije), Austrija (član 23e. Ustavnog zakona Austrije), Švedska (poglavlje 10. Zakona o Riksdagu), Francuska (član 88. stav 4. Ustava Francuske), Belgija (član 168. Ustava Belgije) i Grčka (član 70. stav 8. Ustava Grčke).

nad vladom u pogledu učestvovanja u donošenju odluka u EU, i to kroz pravo parlamenta da bude obavešten o predlozima za zakonodavne akte u EU i pravo da vladama daje mišljenje u pogledu njihovog učešća u odlučivanju Saveta EU¹⁷. Neke države menjale su svoje ustave u pogledu prava državljana druge države članice EU da učestvuju na lokalnim izborima¹⁸.

Pored toga neki ustavi izričito predviđaju pravo građana EU da biraju i budu birani u Evropski parlament¹⁹. Uvođenje Ekonomske i monetarne unije i prenos državnih (suverenih) nadležnosti u ovoj oblasti na EU iziskivalo je ustavne promene u nekim državama, i u ustavima Nemačke (član 88), Francuske (član 88. stav 2), Portugalije (član 102) i Grčke (član 80. stav 2) se mogu naći odredbe koje regulišu odnos prema Ekonomskoj i monetarnoj uniji. Interesantno je da ustavi »stariji« država članica, osim Irske²⁰, ne sadrže izričitu odredbu o supremaciji komunitarnog prava, već ovaj princip izvode iz odredaba kojima se reguliše primena međunarodnog prava.²¹

Pitanje »prenosa« suvereniteta je u »novim« članicama EU bilo osjetljivije s obzirom na istorijske okolnosti i iskustva iz vremena kada im je suverenost bila bitno okrnjena. Ove države su slom komunističkih režima i sovjetske dominacije doživljavale kao obnavljanje pune nezavisnosti i suverenosti, i pokazivale su dozu uzdržanosti u pogledu prenosa suvereniteta na EU. S obzirom na visoku zaštitu suverenosti u ovim državama, pitanje suverenosti je u nekima od njih pokrenuto i pre pristupanja EU. Tako se napr. Ustavni sud Mađarske bavio pitanjem suvereniteta u odnosu na harmonizaciju prava koja je proizilazila iz Evropskog sporazuma²². Član 62. stav 2. Evropskog sporazuma između Mađarske i EU predviđao je da se određena pravila konkurencije imaju primanjivati u skladu sa uslovima primene koji su definisani Ugovorom o EZ. Pozivanje na primenu kriterijuma iz Ugovora o EZ pak pretpostavlja direktnu primenu sekundarnog komunitarnog prava i pravila koja je utvrdio Evropski sud pravde. S obzirom da je direktna primena komunitarnog prava posebna osobenost odnosa između države članice i EU, Ustavni sud Mađarske je zauzeo stav da neposredna primena komunitarnog prava u Mađarskoj ne može biti zasnovana na pravilima komunitarnog

¹⁷ U ovom smeru ide i Lisabonski Ugovor o EU, koji članom 12. predviđa posebna ovlašćenja nacionalnih parlamenta u pogledu učešća u radu EU.

¹⁸ Nemačka (član 28. stav 1. Osnovnog zakona), Francuska (član 88. stav 3. Ustava), Portugalija (član 15. stav 4. Ustava), Austrija (član 117. stav 2. Ustavnog zakona), Belgija (član 8. stav 3. Ustava).

¹⁹ Član 15. stav 5. Ustava Portugalije i član 23a. stav 1. Ustavnog zakona Austrije.

²⁰ Član 29. stav 4. tačka 10. Ustava Irske.

²¹ Vidi više u: Albi, A.: op. cit., str. 14–17.

²² Decision 30/1998 (VI 25) AB, dostupno na internet stranici http://www.mkab.hu/content/en/en3/30_1998.pdf.

prava, već na mađarskom ustavu. Kako je mađarski ustav dopuštao samo preuzimanje međunarodnih obaveza na osnovu ugovora, primena komunitarnog prava konkurencije bi izlazila izvan okvira ugovornih obaveza. Stoga bi eventualni prenos suvereniteta jedino bio moguć putem ustavnog ovlašćenja. Ustavni sud Mađarske je smatrao da direktna primena komunitarnog prava može proizaći samo iz ustavnog ovlašćenja, uzimajući u obzir da Mađarska nije (u vreme donošenja odluke) članica EU i ne učestvuje u stvaranju komunitarnog prava²³. Ustavni sud Mađarske nije proglasio Evropski sporazum neustavnim, već je odlučio da se član 62. stav 2. ovog sporazuma ne može neposredno primenjivati u mađarskom pravnom poretku.

Pitanje legitimiteta pravnog usaglašavanja u pretpristupnoj fazi odnosa sa EU postavilo se i u Estoniji. Predsednik Pokreta evropskeptika je 2000. godine različitim državnim institucijama postavio javno pitanje o ustavnosti vladinih pretpristupnih aktivnosti. Odgovor institucija na ovo pitanje je bio da su prioriteti estonske spoljne politike, kao i Evropski sporazum potvrđeni od strane Parlamenta, čiji članovi su izabrani na slobodnim izborima, kao i da pristupanje EU nije pravna obaveza. Hrišćansko demokratska partija je 2001. godine zahtevala da Estonska policija odbrane (*Estonian Defence Police*) ispita Vladine aktivnosti protiv državne suverenosti i nezavisnosti Estonije u naporima da pristupi EU. Relevantnost pitanja o legitimitetu pretpristupnih aktivnosti potvrdili su i Estonska eksperstska komisija za ustavno pravo, kao i zakonodavni odbor estonskog parlamenta.²⁴

Letonska Kancelarija za evropske integracije je u izveštaju o ustavnim implikacijama pristupanja EU takođe dotakla pitanje legitimnosti i istakla da zahtev za usaglašavanjem nacionalnog sa komunitarnim pravom otvara brojna teška pravna pitanja: ustavno ovlašćenje za harmonizaciju prava pre stupanja u punopravno članstvo, praktična ograničenja za proces harmonizacije u fazi pre punopravnog članstva u EU, kao i ovlašćenje vlade da usaglašava pravo po sopstvenoj inicijativi.²⁵

Sa aspekta ustavnog legitimiteta, bilo bi ispravnije da se promene ustava kojima se državna suverenost čini propustljivom za EU izvrše u ranijoj fazi integracije. Međutim, to se do sada desilo samo u Poljskoj. Usvajanjem ustavnih promena i održavanjem referenduma neposredno pre pristupanja EU, sve mere koje su preduzete u pretpristupnoj fazi samo dobijaju neki vid *ex post facto* potvrđivanja.²⁶

²³ Vidi naročito deo V odluke 30/1998 (VI 25) AB Ustavnog suda Mađarske.

²⁴ Navedeno prema Albi, A.: op. cit., str. 58 i 59.

²⁵ Ibid. 60.

²⁶ Ibid. 61.

Osim Poljske, koja je usled specifičnosti u donošenju »postkomunističkog« ustava integrativnu klauzulu unela već 1997. godine, ostale »nove« članice EU će tek od 2001. početi da vrše ustavne izmene i da pripremaju ustavnopravni okvir za integraciju u EU. 2001. godine svoje ustave su izmenile Slovačka, Češka i Slovenija, 2002. Mađarska i Litvanija, 2003. Estonija, Letonija i Rumunija, a 2005. Bugarska. Ustavne promene u ovim državama ne razlikuju se samo po vremenu sprovođenja, već i prema njihovom intenzitetu, tj. pitanjima od značaja za EU integracije koja su se našla u samom ustavnom tekstu. Ono što je svima zajedničko je da sadrže integrativnu klauzulu kojom se omogućava članstvo države u EU. Pritom ustavi koriste različite formulacije. Ustav Poljske govori o delegaciji nadležnosti državnih organa u pogledu određenih pitanja na međunarodnu organizaciju ili instituciju (član 90. stav 1). Ustav Slovačke propisuje da Slovačka Republika može, na osnovu ratifikovanog međunarodnog ugovora, preneti vršenje dela njenih prava Evropskim zajednicama ili EU (član 7. stav 2). Prema članu 10a. stav 1. Ustava Češke, neke nadležnosti organa Češke Republike mogu biti prenete međunarodnoj organizaciji ili instituciji u skladu sa međunarodnim ugovorom. Ustav Slovenije u članu 3a. stav 1. ollašćuje Sloveniju da prenese vršenje dela njenih suverenih prava na međunarodne organizacije koje su zasnovane na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda, demokratiji i principima vladavine prava. Ustav Mađarske koristi drugačiju formulaciju, i u članu 2a. stav 1. predviđa mogućnost da Republika Mađarska u svrhu pristupanja EU putem zaključivanja međunarodnog ugovora može vršiti određene ustavne nadležnosti zajedno sa drugim državama članicama EU. Ustav pritom sadrži ograničenje da se nadležnosti mogu zajednički vršiti u meri u kojoj je neophodno da se ispune obaveze i vrše prava koja proizilaze iz osnivačkih ugovora. Ustav takođe navodi da se nadležnosti mogu zajednički vršiti odvojeno kroz institucije EU. Ustav Litvanije u članu 136. predviđa da Litvanija učestvuje u međunarodnim organizacijama, uz uslov da one nisu suprotstavljene njenim interesima i nezavisnosti. Pored toga, Ustavni akt o članstvu Republike Litvanije u EU, koji je usvojen 2004. godine i prema članu 150. Ustava Litvanije čini njegov sastavni deo, u članu 1. predviđa da Litvanija kao država članica EU može sa EU deliti ili na nju preneti nadležnosti državnih institucija u oblastima koje određuju osnivački ugovori, i to u onoj meri u kojoj je neophodno da, sa drugim državama članicama EU, ispuni obaveze iz članstva u datim pitanjima i uživa prava iz članstva. Letonija se opredelila za formulaciju prenosa dela nadležnosti državnih organa na međunarodne institucije (član 68. stav 2. Ustava Letonije). Akt o dodatku Ustava Estonije u članu 1. u lakonskoj formulaciji predviđa da Estonija može »pripadati« EU. Ustav Rumunije u članu 148. stav 1. uređuje način pristupanja Rumunije osnivačkim ugovorima EU i pritom uzima u obzir prenos određenih nadležnosti na institucije EU i vršenje određenih nadležnosti predviđenih ovim ugovorima za-

jedno sa drugim državama članicama. Ustav Bugarske ne govori o prenosu nadležnosti, već u članu 4. stav 3. predviđa da Bugarska učestvuje u izgradnji i razvoju EU.

U pogledu regulisanja odnosa između nacionalnog i komunitarnog prava, ustavi »novih« članica EU sadrže različita rešenja koja se u osnovi mogu grupisati u dve grupe. Veći broj ustava ne sadrži posebne odredbe kojima se reguliše položaj komunitarnog prava u nacionalnom pravnom poretku, već ovo pitanje regulišu na uopšten način, oslanjanjem na odredbu o položaju međunarodnog prava. U tom smislu ustavi Poljske (član 91. stav 1. do 3), Češke (član 10), Slovenije (član 3a. stav 3. i član 8), Mađarske (član 7. stav 1), Litvanije (član 138. stav 1) i Bugarske (član 5. stav 4) sadrže odredbe koje odražavaju monistički sistem u odnosu domaćeg i međunarodnog prava, time što regulišu da ratifikovani međunarodni ugovori čine sastavni deo domaćeg prava, koji u slučaju sukoba sa domaćim propisima ima primat. Samo tri »nove« članice EU sadrže izričite odredbe o odnosu domaćeg i komunitarnog prava. Ustav Slovačke (član 7. stav 2) predviđa da obavezujući akti Evropskih zajednica i EU imaju primat nad domaćim zakonima; Akt o dodatku Ustava Estonije u članu 2. propisuje da u slučaju da Estonija »pripada« EU, ustav treba da bude primenjivan uzimajući u obzir prava i obaveze koje proizilaze iz Osnivačkog ugovora; prema članu 145.1. stav 2. Ustava Rumunije kao rezultat pristupanja EU, odredbe temeljnih ugovora EU, kao i drugi obavezujući komunitarni propisi imaju primat nad suprotstavljenim odredbama domaćih zakona, u skladu sa odredbama akta o pristupanju.

U svetlu integracije u EU, neke države su svojim ustavima regulisale i neka druga pitanja koja su direktnoj vezi sa članstvom u EU. Najčešće se radi o pravu stranaca sa stalnim prebivalištem da učestvuju na lokalnim izborima²⁷, pravu državljana i EU-stranaca sa prebivalištem u dotičnoj zemlji da učestvuju na izborima za Evropski parlament²⁸, pravu stranaca da stiču svojину nad nepokretnostima²⁹, kao i o obavezi vlade da obaveštava parlament o svim pitanjima koja se tiču evropskih integracija i dostavlja mu nacрте akata pre njihovog usvajanja u EU³⁰.

Od država zapadnog Balkana do sada je jedino Hrvatska, koja je najbliža članstvu u EU, promenila svoj ustav u svetlu integracije u EU. Ustavnom prome-

²⁷ Član 30. stav 1. Ustava Slovačke, član 70. stav 2. Ustava Mađarske, član 119. Ustava Litvanije, član 16. stav 4. Ustava Rumunije, član 42. stav 3. Ustava Bugarske.

²⁸ Član 70. stav 4. Ustava Mađarske, član 35.1. Ustava Rumunije, član 42. stav 3. Ustava Bugarske.

²⁹ Član 68. Ustava Slovenije, član 47. stav 3. Ustava Litvanije, član 41. stav 2. Ustava Rumunije.

³⁰ Član 10b. Ustava Češke, član 3a. stav 4. Ustava Slovenije, član 35A. Ustava Mađarske, član 145.1. stav 5. Ustava Rumunije, član 105. stav 3. i 4. Ustava Bugarske.

nom iz juna 2010. godine³¹ Hrvatska je svoj ustav dopunila posebnom glavom VII. A. koja se isključivo odnosi na pitanje integracije u EU. Ovom glavom uređuju se četiri grupe pitanja: pravna osnova članstva i prenos ustavnih ovlašćenja, učešće u institucijama EU, pravo EU i pravo građana EU. Prema članu 141.a stav 1. Ustava Hrvatske članstvo u EU se vezuje za stvaranje evropskog zajedništva sa ciljem osiguranja trajnog mira, slobode, bezbednosti i blagostanja i ostvarivanja drugih zajedničkih ciljeva, a u skladu sa temeljnim načelima i vrednostima na kojima se zasniva EU. Za pitanje suverenosti je ključan član 141.a. stav 2. kojim Hrvatska institucijama EU poverava ovlašćenja koja su potrebna za ostvarivanje prava i ispunjavanje obaveza preuzetih na osnovu članstva. Članom 141.b regulisana je zastupljenost građana Hrvatske u Evropskom parlamentu preko neposredno izabranih predstavnika (stav 1), učešće Hrvatskog sabora u evropskom zakonodavnom postupku (stav 2), odnos Hrvatskog sabora i Vlade Hrvatske u pogledu delovanja u institucijama EU (stav 3. i 4), kao i ovlašćenje Vlade i Predsednika Republike da predstavljaju Republiku Hrvatsku u Savetu EU i Evropskom savetu (stav 5). Za odnos prava EU i hrvatskog prava ključan je član 141.c Ustava. Ovim članom je ostvarivanje prava koja proizilaze iz pravne tekovine EU (*acquis communautaire*) izjednačeno sa ostvarivanjem prava koja su zajemčena hrvatskim pravnim poretkom (stav 1). Isti član predviđa da se pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama EU primenjuju u Hrvatskoj u skladu s pravnom tekovinom EU (stav 2). Ustav sadrži i odredbu o neposrednoj primeni prava EU jer u članu 141.c stav 4. obavezuje državne organe, organe jedinica lokalne i regionalne samouprave, kao i organizacije sa javnim ovlašćenjima da neposredno primenjuju pravo EU. Ustav posebno ističe i obavezu hrvatskih sudova da štite subjektivna prava koja su zasnovana na pravnoj tekovini EU (član 141.c stav 3). Članom 141.d Ustav posebno ističe pravo građanstva EU za državljane Hrvatske i jemči im prava koja proizilaze iz pravne tekovine EU, naročito ističući slobodu kretanja i nastanjivanja na području svih država članica, aktivno i pasivno biračko pravo na izborima za Evropski parlament i na lokalnim izborima u drugoj državi članici, pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu, kao i pravo na obraćanje institucijama EU na hrvatskom jeziku uz pravo da i odgovor dobiju na istom (stav 1). Istim članom posebno se ističe da u Republici Hrvatskoj sva prava zajemčena pravnom tekovinom EU uživaju svi građani EU (stav 3). Pored dopune Ustava sistematizovanim odredbama koje se tiču integracije u EU, ustavne promene su donele i dopune nekih postojećih članova Ustava koje proizilaze iz članstva u EU. Tako je promenom Ustava omogućeno izručivanje hrvatskih državljana drugoj državi ako je reč o izvršenju odluka o izručenju ili predaji donetih u skladu sa međunarodnim ugo-

³¹ Promjena Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine 76/2010.

vorom ili pravnom tekovinom EU (član 9. stav 2), biračko pravo je prošireno i na izbore za Evropski parlament (član 45. stav 1, 3. i 4), a građanima EU je dato pravo na lokalnu i regionalnu samoupravu, u skladu sa zakonom i pravnom tekovinom EU (član 132. stav 4).

USTAV SRBIJE I PRISTUPANJE EU

I pored na različitim nivoima iskazanog opredeljenja Srbije za integraciju u EU, Ustav Srbije³² ni u jednoj odredbi ne ukazuje na to. Ipak, Ustav nije u potpunosti neutralan u odnosu na evropski kontekst, jer u članu 1. promovise da je Republika Srbija država zasnovana, između ostalog, na evropskim principima i vrednostima. S obzirom da se Ustav ne određuje u odnosu na EU, nesumnjivo je da će proces integracije u EU u jednom trenutku iziskivati promenu Ustava, kako bi se stvorio pravni okvir za pristupanje EU.

Ustav se u članu 2. stav 1. opredeljuje za princip građanske suverenosti koji je dodatno pojačan formulacijom da se suverenost ne može prisvojiti od građana, kao i da se vlast ne može uspostaviti mimo slobodno izražene volje građana (član 2. stav 1). Suverenost države se naglašava u preambuli Ustava, u odredbi kojom se regulišu nadležnosti Republike Srbije (član. 97. tačka 1), kao i u odredbi kojom se formuliše zakletva koju Predsednik Republike prilikom stupanja na dužnost polaže pred Narodnom skupštinom (član 114. stav 3). Ove odredbe ne dovode u pitanje integraciju Srbije u EU, jer je i u ustavima drugih država članica EU primetno da su zadržale odredbe o građanskoj i državnoj suverenosti. Stoga bi promena Ustava po ovim pitanju bila ustvari dopuna Ustava, kojom bi se u tekst ustava unela integrativna klauzula. Integrativna klauzula bi otvorila mogućnost za prenos određenih državnih nadležnosti i na svojevrstan način povezala državno-pravni poredak Srbije sa poretkom EU. Iako ustavi država članica EU pokazuju da ne postoji jedinstveni model integrativne klauzule, ipak je moguće utvrditi određene elemente koje ona treba da sadrži. U osnovi se mogu izdvojiti tri elementa: šta se prenosi (deo suverenih prava, zajedničko vršenje suverenih prava, deo nadležnosti državnih organa, ili sl.), kome se prenosi (izričito EU ili generalno međunarodnoj organizaciji, sa ili bez pozivanja na očuvanje određenih vrednosti poput zaštite ljudskih prava i sloboda, demokratije, vladavine prava) i na koji način se prenosi (na osnovu međunarodnog ugovora, potvrdom od strane parlamenta u određenoj kvalifikovanoj većini, uz izjašnjavanje građana ili prethodnu kontrolu od strane ustavnog suda, i sl.). Prema Mišljenju Venecijanske ko-

³² »Sl. glasnik RS«, br. 98/2006.

misije član 97. tačka 1. Ustava, prema kome Republika Srbija uređuje i obezbeđuje njen međunarodni položaj i odnose sa drugim državama i međunarodnim organizacijama, može biti razmatran kao mogući osnov za uvođenje integrativne klauzule. Komisija je pritom savetovala uvođenje mnogo izričitije odredbe.³³

Drugo pitanje koje se javlja u vezi sa integracijom Srbije u EU je pitanje odnosa nacionalnog i komunitarnog prava. Ustav Srbije ne uspostavlja nikakve relacije prema komunitarnom pravu, ali reguliše položaj međunarodnog prava u nacionalnom pravnom poretku. Ustav prihvata monistički pristup i članom 16. stav 2. utvrđuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo nacionalnog pravnog poretka i neposredno se primenjuju. Inkorporiranost međunarodnog prava u nacionalno pravo potvrđuju i član 18. stav 2. prema kome se Ustavom jemče i neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, član 142. stav 2. koji propisuje da sudovi sude i na osnovu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora³⁴, te član 156. stav 2. koji rad javnog tužilaštva vezuje i za potvrđene međunarodne ugovore. Ustav reguliše i hijerarhijski odnos između međunarodnog i domaćeg prava i pritom u istu ravan stavlja Ustav i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, dok potvrđenim međunarodnim ugovorima daje pravnu snagu nižu od Ustava, ali višu od zakona (član 16. stav 3. u vezi sa članom 194. stav 4. i 5). Pozicioniranje Ustava iznad potvrđenih međunarodnih ugovora ne mora biti problematično, jer se ovakvo rešenje može naći i u drugim evropskim državama. Ovo međutim ne treba da znači da se Ustav tumači bez bilo kakvog osvrta na međunarodno pravo. Naprotiv, državne vlasti treba da tumače Ustav na način da se izbegnu potencijalni konflikti između domaćih i međunarodnih propisa.³⁵ S ovim u vezi poseban problem može da se javi u pogledu ovlašćenja Ustavnog suda da odlučuje o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom (član 167. stav 1. tačka 2). Mogućnost data Ustavnom sudu da utvrdi nesaglasnost nekih odredaba potvrđenog međunarodnog ugovora ili ugovor u celini sa Ustavom problematična je s aspekta međunarodnog prava. Naime, potpisivanjem i ratifikacijom (potvrđivanjem) međunarodniog ugovora,

³³ Vidi European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the Constitution of Serbia, CDL-AD (2007)004, 17-18. mart 2007, tačka 18.

³⁴ Ustav međutim po ovom pitanju nije dosledan, jer u članu 145. stav 2. propisuje da se sudske odluke zasnivaju na potvrđenim međunarodnim ugovorima, dok su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava izostavljena, dok u članu 149. stav 1. potčinjava sudiju samo Ustavu i zakonu, dok uopšte ne pominje međunarodno pravo.

³⁵ Vidi European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), op.cit. tačka 17.

država ugovornica preuzima obaveze prema drugoj ugovornoj strani, poštujući načelo *pacta sunt servanda*. U skladu sa članom 27. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, država ugovornica se ne može pozivati na odredbe unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora. Odluka Ustavnog suda kojom se utvrđuje nesaglasnost odredbe (ili celokupnog) potvrđenog međunarodnog ugovora sa Ustavom stoga ne može sama po sebi proizvesti dejstvo prema drugim ugovornim stranama i dovesti do prestanka obaveznosti dotične odredbe ugovora za Srbiju. Do otkazivanja ugovora ili povlačenja iz njega može doći samo ukoliko je predviđeno samim ugovorom ili saglasno članu 56. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora. Zbog obezbeđivanja ugovorne sposobnosti i odgovornosti države na međunarodnom planu, u državama koje su se opredelile za primat ustava u odnosu na međunarodne ugovore i koje predviđaju određene oblike ustavnosudske kontrole međunarodnih ugovora, ovi mogu biti predmet prethodne kontrole ustavnosti, tj. mogu biti ispitivani pre nego što budu potvrđeni i inkorporirani u nacionalni pravi poredak. Utvrđivanje njihove nesaglasnosti sa ustavom može dovesti do izostanka ratifikacije, ili pak do promene ustava (što se u nekim državama i dešavalo u kontekstu EU integracija).³⁶

Iako je u državama članicama EU raširena praksa da odnos nacionalnog i komunitarnog prava podvode pod generalne odredbe o položaju međunarodnog prava, zbog specifičnosti komunitarnog prava, u Ustav bi trebalo uneti posebne odredbe koje utvrđuju načelo o nadređenosti i primatu komunitarnog prava, kao i načelo o direktnoj primeni i direktnom dejstvu komunitarnog prava.

U postupku ustavnopravnog prilagođavanja za članstvo u EU, u Ustav Srbije mogu biti unete i odredbe kojima se nacionalno pravo usaglašava sa specifičnim odredbama Osnivačkih ugovora (poput institucije građanstva EU ili izbornog prava na lokalnim i izborima za Evropski parlament), ili sa nekim pravima koja proizilaze iz *acquis-a* (poput prava svojine nad nepokretnostima ili pitanja izručivanja državljana međunarodnim sudovima)³⁷.

Promene Ustava u svetlu integracije Srbije u EU morale bi se sprovesti prema proceduri koju Ustav predviđa u članu 203. do 205. Ustav predviđa prilično složenu proceduru za promenu, zahtevajući najpre da dve trećine od ukupnog broja narodnih poslanika glasa za predlog za promenu Ustava (član 203. stav 3). Ukoliko predlog ne bude usvojen, u roku od godinu dana se ne može pristupati

³⁶ Vidi *Ibid.* tačka 15. O problemu kontrole ustavnosti potvrđenih međunarodnih ugovora vidi više u Nenadić, B.: Kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora, *Pravni informator*, 11/2009, tekst dostupan na internet stranici http://www.informator.rs/tekstovi/tema_1109.htm.

³⁷ Upor. Samardžić, S.: Novi Ustav Srbije u perspektivi evropskih integracija. *Evropski minimalizam*, *Evropski forum* 10/2006, str. 4.

promeni Ustava u pitanjima koja su bila predmet tog predloga (član 203. stav 4). Ukoliko predlog za promenu bude usvojen, Narodna skupština odlučuje o aktu o promeni Ustava, za čije usvajanje je potrebna dvotrećinska većina od ukupnog broja narodnih poslanika (član 203. stav 6). Ukoliko se promena odnosi na određena, Ustavom utvrđena pitanja³⁸, Narodna skupština mora akt o promeni Ustava staviti na republički referendum radi potvrđivanja (član 203. stav 7). Akt o promeni Ustava stupa na snagu kada ga proglasi Narodna skupština (član 203. stav 9. i 10). Pored toga, Ustav predviđa da se za sprovođenje promene Ustava donosi ustavni zakon, i to dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika (član 205).

S obzirom na kompikovanost procedure za promenu Ustava može se očekivati da odredbe koje se tiču integracije u EU mogu biti unete u Ustav samo ukoliko za to postoji široki konsenzus političkih aktera, ali i jasna podrška građana za evropske integracije. Ako se posmatra sa aspekta legitimiteta integracionog procesa, ovakvo rešenje se može oceniti kao pozitivno. Međutim, ukoliko se ima na umu odnos političkih snaga, šarenolikost partijskih koalicija i latentna nestabilnost političkih odnosa, postavlja se pitanje da li ustavna revizija i potreba za unošenjem integrativnih odredaba neće u određenoj meri paralizovati integracioni proces.

ZAKLJUČAK

Kroz EU je institucionalizovan poseban (politički) sistem³⁹ upravljanja na evropskom nivou sa zajedničkim institucijama i vlašću da stvara, primenjuje i sprovodi politike koje su obavezujuće na većem delu evropskog prostora⁴⁰. EU kroz svoje institucije stvara politike koje su obavezujuće za države članice, koje politike imaju sposobnost da prodiru u nacionalni poredak država članica i da utiču (menjaju) politiku na nacionalnom nivou. Između EU i država članica se uspostavlja specifičan interaktivan proces, jer su države članice koje su pogođene

³⁸ Preambula Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava.

³⁹ Vidi Hix, S., *The Political System of the European Union*, Hampshire, New York 2005, str. 2–5.

⁴⁰ Olsen, J. P.: *The Many Faces of Europeanization*, ARENA Working Papers, 02/2002, dostupno na internet stranici http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2002/papers/wp02_2.htm.

procesom evropeizacije istovremeno i glavni akteri koji, kroz institucije EU, daju glavni impuls i određuju stepen evropeizacije nacionalnih politika⁴¹.

Ovakva konstrukcija EU i njen nadnacionalnu karakter utiču na promenu u poimanju državne suverenosti, koja više nije neograničena, već ima obeležja relativne ili propustljive suverenosti. U tom smislu se javlja potreba da se ustavi država članica »otvore« za uticaj EU i uspostavi posebna veza između nacionalnog i pravnog poretka EU. To se čini kroz uvođenje integrativnih klauzula kao i kroz druga prilagođavanja u ustavnim tekstovima. Dosadašnja iskustva država članica EU pokazuju da nema jedinstvenog modela i da se države opredeljuju za različita rešenja. Pri tom, zajedničko je svima da integrativnom klauzulom regulišu tri osnovna pitanja: šta se prenosi, kome se prenosi i na koji način se prenosi.

Ustav Srbije ne sadrži posebne odredbe o integraciji u EU i izvesno je da će dalja integracija Srbije u EU iziskivati njegovu promenu. Iako je sa aspekta ustavnog legitimiteta ispravnije da se promene ustava kojima se državna suverenost čini propustljivom za EU izvrše u ranijoj fazi integracije, to se u Srbiji ne može realno očekivati. Usled komplikovanosti postupka za promenu Ustava, kao i odnosa političkih snaga, promena Ustava se može izvršiti tek kada postoji jasan konsenzus o integraciji u EU i kada se stvori pogodan trenutak (*window of constitutional opportunity*) za ustavnu promenu.

LJUBICA ĐORĐEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of European Legal
and Political Studies, Novi Sad

CONSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION

Summary

The supranational character of the EU and the specific transfer of sovereign powers to the EU bring significant changes into the national sovereignty of the EU member states. The national sovereignty is not traditional any more, understood as a highest, nontransferable and undividable

⁴¹ Upor. Emerson, M. Noutcheva, G.: *Europeanisation as a Gravity Model of Democratisation*, CDDRL Publication, 2004, str. 6. Dostupno na internet stranici http://iisdb.stanford.edu/pubs/20744/Europeanisation_and_democratisation_Stanford_28.9.4.pdf.

power, but it becomes "relative" by the "opening" of national legal order for the obligatory decisions made on the EU level. Traditional understanding of state sovereignty would make EU not just nonfunctional but also unconstitutional. Therefore, the member states, as still primer actors in the process of European integration, introduce specific "European clause" and other constitutional norms in their national constitutions which enable compatibility of national and European legal order. Previous experiences of the EU member states show that there is no standard model of an "European clause", but all of them usually regulate the basic issues of the sovereignty transfer: what is the object of the transfer (part of sovereign rights, common exercise of sovereign rights, part of jurisdiction of the state institutions etc.), to whom the powers are transferred (to the EU or generally to an international organization), and in which procedure (on basis of a ratified international treaty, with or without referendum, with a priory control through a constitutional court). Despite Serbia's determination for integration into the EU, Serbian Constitution does not refer to this issue. In this respect, Serbian Constitution has to be changed, in order to make a constitutional basis for Serbian accession to the EU, and to bring Serbian membership in the EU into the constitutional framework.

ZORAN RADIVOJEVIĆ,
VESNA KNEŽEVIĆ-PREDIĆ

STRUKTURA EVROPSKE UNIJE POSLE LISABONSKOG UGOVORA

U V O D

Evropska unija, osnovana ugovorom iz Maastrichta, imala je tripartitnu strukturu. Ona je ustanovljena kao zajednički okvir pod koji su smeštene kako postojeće evropske zajednice (tzv. prvi ili komunitarni stub)¹, tako i novi oblici saradnje: zajednička spoljna politika i politika bezbednosti (kolokvijalno – drugi stub EU) i saradnja u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova (kolokvijalno – treći stub EU). Otuda je skruktura Unije obično predstavljana slikom antičkog hrama koji počiva na tri samostalna stuba, tek simbolično natkriljena jedinstvenim krovom.

Uprkos tripartitnoj strukturi, Evropska unija nije prema osnivačkom ugovoru predstavljala prost zbir ili konglomerat različitih elemenata. Osnovne komponente iz kojih je Unija sastavljena imale su i neke zajedničke elemente, a to su: a) jedinstveni ciljevi; b) jedinstveni institucionalni mehanizam; c) zajednički principi; d) jedinstveni postupak izmena i dopuna osnivačkih ugovora; i e) jedinstveno članstvo.²

Dr Zoran Radivojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Dr Vesna Knežević-Predić, profesor Fakulteta političkih nauka u Beogradu.

¹ Više o tome: Z. Radivojević, Prvi stub Evropske unije – *acquis communautaire*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Vol. XLIV, 2004, str. 61–83; isti autor, Komunitarna tekovina, Priručnik za školu evropskih integracija, Podgorica, 2005, str. 81–100.

² Više o elementima jedinstva Evropske unije: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 21–37.

Kasnije revizije osnivačkih ugovora evropskih zajednica i Evropske unije nisu izmenile trostubnu konstrukciju Unije.³ Prvi pokušaj pojednostavljenja strukture Evropske unije vezan je za donošenje Ugovora o ustavu za Evropu.⁴ Uspostavljajući Uniju kao poseban i samosvojni entitet koji treba da zameni Evropsku zajednicu, ovaj dokument je postojeća tri stuba praktično spojio i integrisao u jedinstvenu strukturu, s tim što su ostale specifičnosti u oblasti zajedničke spoljne politike i politike bezbednosti. U manjoj meri posebna regulativa zadržana je u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, koja postaje deo šireg prostora slobode, bezbednosti i pravde.⁵

Neprihvatanje Ugovora o ustavu, posle neuspešnih referenduma u Francuskoj i Holandiji, nije označilo definitivni kraj ideje o jedinstvenoj Uniji. Do formalnog ukidanja tripartitne strukture Unije došlo je na osnovu Lisabonskog ugovora.⁶ Njegovim stupanjem na snagu prestala je da postoji Evropska zajednica⁷, dok je Evropska zajednica za atomsku energiju zadržala svoju pravnu samostalnost kao posebna pravna ličnost izvan Evropske unije. Tako su konačno nestala tri stuba na kojima je do sada počivala Unija, a ona se konstituisala kao jedinstveni entitet koji uživa svojstvo pravnog lica i međunarodnopravni subjektivitet.

³ Za pregled dosadašnjih institucionalnih reformi videti: Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Sven, Niš, 2008, str. 27–80.

⁴ Tekst Ugovora usvojen je na sastanku Evropskog saveta u Briselu 18. juna 2004. godine; Treaty establishing a Constitution for Europe (CIG 87/04); Protocols and Annexes I and II (CIG 87/04 ADD 1); Declarations (CIG 87/04 ADD 2). Ugovor su najviši predstavnici tadašnjih 25 država članica Evropske unije potpisali u Rimu 29. oktobra iste godine; za tekst videti: *Official Journal of the European Union*, C 310, 2004. Više o novinama koje sadrži ovaj ugovor u pogledu strukture Unije: J.C. Pirs, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge, 2006, pp. 91–95; D. Chalmers et al., *European Union Law, Text and Materials*, Cambridge, 2006, pp. 78–81; M. Živković, *Ugovor o Ustavu za Evropu, Evropsko zakonodavstvo*, 10/2005, str. 52–53.

⁵ Članovi I – 41–42 i III – 257–277 i 294–312 Ugovora o ustavu za Evropu.

⁶ Tekst Ugovora usvojen je na sastanku Evropskog saveta u Lisabonu 19. oktobra 2007. godine. Svečano potpisivanje obavljeno je 13. decembra iste godine u Lisabonu. Ugovor se sastoji iz dva dela: prvi sadrži izmene i dopune Ugovora o Evropskoj uniji, a drugi izmene i dopune Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, koji je sada preimenovan u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije. Ovim ugovorima pridodat je 37 protokola i 65 deklaracija, a dan pre usvajanja Lisabonskog ugovora (12. decembra 2007. godine) prihvaćen je u Strazburu prilagođeni tekst Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (objavljen u *Official Journal of the European Union*, 14. 12. 2007, C 303/2), koja se, takođe, nalazi među priložima. Ugovor je objavljen u *Official Journal of the European Union*, 17. 12. 2007, C 306, a njegov konsolidovani tekst u *Ibid.*, 9. 5. 2008, C 115/22. Prevedeni tekst može se naći u M. Janjević, *Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009. Više o ovom Ugovoru: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 55–74; R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2008, str. 14–17.

⁷ Član 1 Ugovora o EU.

Pojednostavljenje strukture Unije u Lisabonskom ugovoru prvenstveno je ostvareno uvođenjem nekih novih elemenata jedinstva, ali i zadržavanjem postojećih elemenata zajedništva. Kao novi elementi predviđeni su jedinstveni pravni subjektivitet i jedinstvene vrednosti Unije, dok su od već postojećih elemenata zadržani jedinstveni institucionalni mehanizam, jedinstvena pravila o izmeni osnivačkih ugovora i članstvu.

JEDINSTVENI PRAVNI SUBJEKTIVITET

U početnim fazama svog razvoja Evropska unija nije predstavljala poseban i samosvojan pravni entitet niti je dokinula samostalnost postojećih Evropskih zajednica. One su sačuvala svoj puni pravni subjektivitet zasnovan na posebnim osnivačkim ugovorima, dok je Unija predstavljala zajednički okvir koji povezuje suštinski različite oblike saradnje država članica. Otuda i shvatanje preovlađujućeg dela tadašnje doktrine da Evropska unija zbog svoje hibridne prirode nije poseban subjekt unutrašnjeg i međunarodnog prava, već samo zbirno ime, jedinstveni okvir unutar koga su Zajednice i dalje zadržale svojstvo pravnog lica i potpuni međunarodnopravni subjektivitet.⁸

Međutim, kako se Evropska unija razvijala, tako su se sve glasnije i učestalije čuli prigovori da se pre naglašavanjem samostalnosti Evropskih zajednica zanemaruju elementi zajedništva i jedinstva Unije. Proces postepenog jačanja pravne ličnosti Unije zaokružen je Lisabonskim ugovorom koji izričito predviđa da Evropska unija »zamenjuje i nasleđuje Evropsku zajednicu« i uživa pravni subjektivitet.⁹ Unija se tako konstituiše kao jedinstveni entitet koji ima svojstvo pravnog lica i raspolaže međunarodnopravnim subjektivitetom.

Nasuprot tome, Evropska zajednica nestaje sa scene kao posebna pravna ličnost, a ugovor kojim je osnovana prestaje da važi. Na njeno mesto stupa Evropska unija koja pravni osnov svog subjektiviteta i delovanja zasniva na dva ugovora jednake snage: Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Na ta dva ugovora temelji se Unija kojoj države članice poveravaju ovlašćenja radi postizanja zajedničkih ciljeva.

Jedinstveni pravni subjektivitet Evropske unije, kao uostalom i ranijih evropskih zajednica, ispoljava se na dva paralelna koloseka: unutar nacionalnih

⁸ Više o tome: V. Knežević-Predić, *Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija*, Beograd, 2001, str. 161–162.

⁹ Članovi 1 i 47 Ugovora o EU.

pravnih sistema i na nivou međunarodnog pravnog poretka. U internim pravnim sistemima država članica Unija se pojavljuje kao pravno lice. U tom pogledu Lisabonski ugovor ne ostavlja nikakvu sumnju. On sadrži izričitu odredbu kojom se Uniji formalno priznaje svojstvo pravnog lica sa svim pravima i obavezama koje iz tog statusa proizilaze.

Na teritoriji država članica Unija, dakle, uživa najširu pravnu i poslovnu sposobnost koja je njihovim zakonodavstvom priznata nacionalnim pravnim licima. Ona može da zaključuje ugovore sa drugim fizičkim i pravnim licima, da stiče i raspolaze pokretnom i nepokretnom imovinom, uključujući i pravo da bude strana u postupcima pred unutrašnjim sudovima.¹⁰

Za razliku od svojstva pravnog lica, status subjekta međunarodnog prava Evropske unije nije izričito regulisan. Lisabonski ugovor, kao i raniji osnivački ugovori¹¹, ne sadrži odredbu o priznanju njenog međunarodnopravnog subjektiviteta, ali ima odredbe kojima se uređuju posebni vidovi subjektiviteta Unije. Na prvom mestu to je sposobnost Unije da zaključuje međunarodne ugovore. Novinu predstavlja odredba kojom se propisuje da Unija može zaključivati međunarodne sporazume kada je to predviđeno osnivačkim ugovorima ili kada je to potrebno za ostvarivanje, u okviru politika Unije, nekog od ciljeva utvrđenih ugovorima, kada to predviđa obavezujući pravni akt Unije ili kada je verovatno da će taj sporazum uticati na zajednička pravila ili izmeniti njihovu sadržinu.¹²

Izmenama koje donosi Lisabonski ugovor izričito je priznato i pravo predstavljanja. Aktivno pravo predstavljanja Unija ima u odnosu na treće države i međunarodne organizacije. Delegacije Unije uživaju privilegije i imunitete u skladu sa opštim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim sporazumima koje je Unija zaključila sa trećim državama. Delegacijama EU, kao organima predstavljanja, rukovodi Visoki predstavnik za spoljne poslove i politiku bezbednosti.¹³ U oblasti zajedničke spoljne i bezbedonosne politike Uniju u međunarodnim odnosima predstavlja predsednik Evropskog saveta.¹⁴

¹⁰ Članovi 47 Ugovora o EU i 335 Ugovora o funkcionisanju EU.

¹¹ Više o tome: V. Knežević-Predić, Međunarodnopravni subjektivitet Evropske unije, *Revija za evropsko pravo*, 1999, br. 1, str. 73 i dalje.

¹² Videti Naslov V Petog dela Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 216–219).

¹³ Videti Naslov VI istog dela Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 220–221).

¹⁴ Član 15, stav 6 Ugovora o EU. Više o tome: K. Köhler, *European Foreign Policy after Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor*, *Caucasian Review of International Affairs*, 2010, Vol. 4 (1), pp. 6–8.

JEDINSTVENE VREDNOSTI

Vrednosti na kojima počiva Evropska unija nisu bile izričito navedene u ranijim osnivačkim ugovorima. Umesto toga, kao opšti cilj predviđeno je da Unija na dosledan i solidaran način organizuje odnose između država članica i njihovih naroda. Iz ovako široko definisanog generalnog cilja mogle su se izvesti dve osnovne organizacione vrednosti na kojima se temeljilo delovanje Unije, a to su doslednost i solidarnost.¹⁵ Uz to, od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora kao principi na kojima Unija počiva i koji su zajednički državama članicama navode se sloboda, demokratija, poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavina prava.¹⁶

Lisabonski ugovor po prvi put sadrži posebnu odredbu o vrednostima na kojima se temelji Evropska unija. One su zajedničke državama članicama u kojima vladaju pluralizam, zabrana diskriminacije, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost polova. Te jedinstvene vrednosti su: poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava i poštovanje ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina.¹⁷

Navođenje jedinstvenih vrednosti Unije u osnivačkom aktu ima višestruki pravni značaj. Pre svega, Sud pravde EU i nacionalni sudovi dužni su da o njima vode računa prilikom primene prava EU. Sve institucije Unije imaju, takođe, obavezu da poštuju jedinstve vrednosti u postupku donošenja sopstvenih odluka.¹⁸ Ista obaveza nametnuta je kandidatima za članstvo u Uniji i svim državama članicama. Od država kandidata zahteva se da poštuju osnovne vrednosti onako kako su propisane osnivačkim ugovorom i da budu posvećene njihovom unapređenju.¹⁹ S druge strane, postojanje opasnosti od ozbiljnog kršenja vrednosti Unije od strane država članica ili njihovo ozbiljno i trajno kršenje mogu da dovedu do suspenzije nekih članskih prava koja proističu iz osnivačkog ugovora, uključujući i pravo glasa u Savetu.²⁰

¹⁵ Princip doslednosti zahteva da subjekti prava EU (države, institucije i fizička i pravna lica kao individualni subjekti) deluju koordinirano i usaglašeno pri izvođenju aktivnosti koje istovremeno spadaju u domen različitih stubova. Princip solidarnosti, pak, implicira opštu obavezu svih subjekata pravnog sistema EU da sistematski saraduju i zajednički deluju kada je to moguće i po-desno. Više o tome: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 34–35.

¹⁶ Član 6 Zajedničkih odredbi Ugovora o EU.

¹⁷ Član 2 Ugovora o EU.

¹⁸ A.M. Guerra Martins, *The Treaty of Lisbon – After all another Step towards a European Constitution*, Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution, I. Pernice–E. Tanchev (eds.), *Nomos*, Baden–Baden, 2009, pp. 64–69.

¹⁹ Član 49 Ugovora o EU.

²⁰ Član 7 Ugovora o EU.

Poštovanje ljudskog dostojanstva je ne samo jedno od osnovnih prava čoveka, već i stvarna osnova i pretpostavka za uživanje drugih ljudskih prava. Na međunarodnom i domaćem planu nema nijednog pravnog instrumenta o ljudskim pravima koji u svoj katalog zajemčenih prava ne uvršćuje ljudsko dostojanstvo. Poštovanje dostojanstva svakog ljudskog bića danas je postalo opšteprihvaćeni standard ljudskih prava.

Iako osnovane prevenstveno radi ostvarivanja ekonomskih ciljeva, evropske zajednice i Evropska unija u svojim osnivačkim aktima imaju brojna pravila koja se temelje na ljudskom dostojanstvu. Takve su, recimo, odredbe o pravu građanstva EU, pravu na zaštitu ličnih podataka²¹, zabrani diskriminacije²², kao i čitav niz članova koji uređuju oblast slobode, bezbednosti i pravde.²³

Dostojanstvu ljudske ličnosti posvećena je i prva glava Povelje o osnovnim pravima EU o čijoj će pravnoj prirodi kasnije biti reči. Ona počinje rečima da je ljudsko dostojanstvo nepovredivo i da se mora poštovati i štititi. Polazeći od dostojanstva kao suštinskog činioca postojanja same ljudske ličnosti, Povelja garantuje pravo na život i lični integritet, zabranjuje mučenja i druge oblike nečovčnih ili ponižavajućih postupaka i kazni, ropstvo i prinudni rad. Kao relativno nova dodata su prava na području medicine i biologije (zabrana reproduktivnog kloniranja, eugenske prakse ili korišćenje ljudskog tela kao izvora finasijske dobiti).²⁴

Ugovor iz Lisabona sadrži niz odredaba koje su inspirisane slobodom koja, takođe, predstavlja jednu od vrednosti Unije. U prvom redu to je odredba koja kao poseban cilj Unije navodi stvaranje oblasti slobode, bezbednosti i pravde, bez unutrašnjih granica i uz obezbeđenu slobodu kretanja ljudi. Sloboda je predstavljala izvor inspiracije i prilikom formulisanja tradicionalnog cilja Unije koji se sastoji u stvaranju unutrašnjeg tržišta i ukidanju prepreka između država članica za slobodno kretanje dobara, lica, usluga i kapitala.²⁵ Pored toga, ona je u osnovi svih odredaba koje regulišu slobodnu konkurenciju.²⁶

S druge strane, pomenuta Povelja o osnovnim pravima EU sadrži posebno, drugo poglavlje koje nosi naslov »Sloboda«. U njemu su uglavnom preuzeta osnovna građanska i politička prava (pravo na slobodu i bezbednost, poštovanje privatnog i porodičnog života, sloboda mišljenja, izražavanja, okupljanja i udruživanja, pravo na imovinu), ali i neka prava koja imaju poseban značaj za Uni-

²¹ Videti članove 9 i 16 Ugovora o EU.

²² Članovi 18–25 Ugovora o funkcionisanju EU.

²³ Članovi 67–89 Ugovora o funkcionisanju EU.

²⁴ Videti članove 1–5 Povelje.

²⁵ Član 3, stavovi 2 i 3 Ugovora o EU.

²⁶ Članovi 101–106 Ugovora o funkcionisanju EU.

ju, kao što su, recimo, sloboda izbora zanimanja i vođenja poslova ili pravo na azil i zaštitu prilikom preseljenja, proterivanja ili izručenja.²⁷

Demokratija predstavlja još jednu vrednost koja je uvek imala uticaj kako na evropske zajednice, tako i na Uniju. Zahtev za većom demokratskošću institucija, stalno prisutan u radu ove organizacije, dobio je na snazi i značaju posle uvođenja opštih i neposrednih izbora za Evropski parlament. Uostalom i sve dosadašnje reforme i izmene osnivačkih ugovora težile su povećanju demokratskiosti i delotvornosti Unije.

Lisabonski ugovor ne predstavlja u tom pogledu izuzetak, budući da čitav niz izmena koje on donosi imaju upravo za cilj dalju demokratizaciju Unije. U tekst Ugovora o EU po prvi put je unet poseban Naslov II koji sadrži odredbe o demokratskim principima. Prema ovim odredbama, institucije, organi i tela Unije u svojim aktivnostima poštuju princip jednakosti svojih građana. Funkcionisanje Unije zasnovano je na principu predstavničke demokratije. Građani su na nivou Unije predstavljeni u Evropskom parlamentu, a države članice u Evropskom savetu i Savetu. Svaki građanin ima pravo da učestvuje u demokratskom životu Unije. Institucije svoje odluke donose javno i na način što je moguće bliži građanima. Kao osnovni demokratski principi u radu Unije izričito su navedeni javnost, transparentnosti i doslednost uz učešće predstavničkih udruženja i civilnog društva.

Poštujući princip predstavničke demokratije, Lisabonski ugovor potvrđuje da političke partije na evropskom nivou doprinose formiranju evropske političke svesti i izražavanju volje građana Unije. Saglasno tom principu, dopušta se da najmanje milion građana Unije iz većeg broja država članica pokrene inicijativu kojom poziva Komisiju da u okviru svojih nadležnosti podnese odgovarajući predlog pravnog akta o nekom pitanju za koje građani smatraju da ga je neophodno regulisati. Pored toga, povećanju demokratskiosti Unije doprinose odredbe Ugovora o ulozi nacionalnih parlamenta u njenom dobrom funkcionisanju, kao i princip supsidijarnosti.²⁸

Vladavina prava kao vrednost Unije ima za cilj da uspostavi sklad između potrebe vršenja javnih ovlašćenja i poštovanja pojedinačnih prava.²⁹ Neke od izmena sadržane u Lisabonskom ugovoru upravo su usmerene u pravcu osiguranja vladavine prava. Takav je slučaj sa odredbama koje se odnose na institucije, kao

²⁷ Videti članove 6–19 Povelje.

²⁸ Članovi 9–12 Ugovora o EU. Više o tome: De Burca, *The European Union on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper, 2008, no 9–10; dostupno na sajtu: www.jeanmonnetprogram.org.

²⁹ A.M. Guerra Martins, *op. cit.*, p. 67.

i onima koje proširuju nadležnost Suda pravde. U istom cilju je uz ovaj Ugovor usvojena posebna deklaracija o primatu prava EU.

Kad su u pitanju institucionalne odredbe, novina je što su po prvi put jasno i precizno definisane funkcije svake institucije i određen način njihovog vršenja. Tako Evropski parlament zajedno sa Savetom vrši zakonodavne i budžetske funkcije. Uz to, Parlament obavlja funkciju političke kontrole i daje mišljenja u slučajevima predviđenim ugovorima. Pored zakonodavne i budžetske funkcije, Savet ima zadatak da utvrđuje politiku i usklađuje aktivnosti u skladu sa uslovima koji su utvrđeni ugovorima. Evropski savet, pak, ne može da vrši zakonodavne funkcije, već samo daje podsticaje za razvoj Unije i utvrđuje njenu opštu političku orijentaciju i prioritete.³⁰

S druge strane, nadležnost Suda pravde proširena je na neke oblasti u kojima je ona ranije bila isključena ili ograničena. Radi se konkretno o policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima o čemu će kasnije više biti reči. Pored toga, Lisabonski ugovor omogućava fizičkim i pravnim licima da lakše pokrenu postupak pred Sudom pravde protiv akata organa Unije. Prema novom rešenju oni će moći to da čine i kada se radi o aktima koji imaju regulatorni karakter i ne sadrže mere implementacije, pod uslovom da ih ovi akti neposredno, ali više ne i pojedinačno pogađaju.³¹ Na taj način je praktično olakšan pristup individualnih subjekata Sudu pravde.

Princip nadređenosti prava EU u slučaju sukoba sa nacionalnim pravom država članica uključen je, takođe, u vladavinu prava. Ugovor iz Lisabona, za razliku od neprihvaćenog Ugovora o ustavu³², ne sadrži izričitu odredbu koja propisuje primat prava Unije u odnosu na pravo država članica. Umesto toga, u posebnoj Deklaraciji o primatu podseća se da »na osnovu dobro ustanovljene prakse Suda pravde EU ugovori i pravo koje je usvojila Unija na osnovu ugovora imaju prednost u odnosu na pravo država članica pod uslovima koji su utvrđeni navedenom praksom«. Unošenjem u tekst ove deklaracije, koja nesumnjivo nema pravnu snagu osnivačkog ugovora, puna primena principa nadređenosti ipak nije dovedena u pitanje, budući da je on čvrsto utemeljen i široko prihvaćen u sudskoj praksi.³³

Jednakost kao vrednost ima poseban značaj za Evropsku uniju jer su se evropske integracije od samog početka zasnivale na principima jednakosti i zabrane diskriminacije. Kroz kasnije izmene osnivačkih ugovora i praksu Suda pravde područje primene ovih načela značajno je prošireno. U Lisabonskom ugovoru

³⁰ Članovi 14–16 Ugovora o EU.

³¹ Član 263, stav 4 Ugovora o funkcionisanju EU.

³² Član I-6 Ugovora o ustavu za Evropu.

³³ A.M. Guerra Martins, op. cit., p. 68.

i Povelji o osnovnim pravima EU jednakost, takođe, dobija posebno mesto i ulogu. Kao jedan od od ciljeva Unije navedena je borba protiv socijalnog isključivanja i diskriminacije, kao i unapređenje jednakosti između muškaraca i žena.³⁴ Radi postizanja tog cilja Unija poštuje princip jednakosti svojih građana i izričito priznaje jednaki tretman muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja, rada, plaćanja i obavljanja profesionalnih aktivnosti.³⁵

U Povelji o osnovnim pravima EU, treće poglavlje koje nosi naslov »Jednakost«, polazi od opšte postavke o jednakosti pred zakonom i zabrani diskriminacije na osnovu pola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porekla, jezika, vere, političkih ubeđenja ili imovinskog stanja. Pored ovih već poznatih oblika diskriminacije, izričito se zabranjuje razlikovanje na osnovu genetskih osobina, uverenja, invaliditeta, godina starosti i seksualne orijentacije. Još jednom je potvrđena klasična zabrana diskriminacije na osnovu državljanstva i bliže razrađena jednakost između muškaraca i žena u svim oblastima profesionalnog života uz dopuštanje mogućnosti za preduzimanje afirmativne akcije.³⁶

Ugovor iz Lisabona posvećuje posebnu pažnju poštovanju ljudskih prava i čini značajne korake u pravcu preciznijeg regulisanja kako sadržaja, tako i mesta i uloge ljudskih prava u pravnom poretku EU. Njime je konačno otklonjena dilema u pogledu pravnog karaktera Povelje o osnovnim pravima EU. Povelja je, naime, prihvaćena u formi međuinstitucionalnog sporazuma Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije 2000. godine u Nici. Činjenica da ona nije predstavljala međunarodni ugovor između država članica stvarala je značajne sumnje u pogledu pravne obaveznosti njenih odredaba, a samim tim i nedoumice o njihovom mestu i ulozi u pravnom poretku EU.

Za razliku od tvorca neprihvaćenog Ugovora o ustavu za Evropu, koji su u sam tekst Ugovora uneli kompletan katalog ljudskih prava³⁷, autori Lisabonskog ugovora opredelili su se za svojevrsan come back Povelji³⁸, ali uz značajno pojašnjenje. Član 6 Ugovora o EU izričito propisuje da prava, slobode i principi sadržani u Povelji, kako je ona prilagođena 12. decembra 2007. godine u Strazburu, imaju istu pravnu snagu kao i odredbe osnivačkih ugovora. Međutim, postoji jedno ograničenje: odredbe Povelje, kaže se u stavu 2 ovog člana, neće ni na koji način proširiti ovlašćenja EU koja ostaju određena ugovorima. Iako u značajnoj meri pojašnjava pravni osnov zaštite ljudskih prava i olakšava tumačenje

³⁴ Član 3, stav 3 Ugovora o EU.

³⁵ Član 157 Ugovora o funkcionisanju EU.

³⁶ Videti članove 20–25 Povelje.

³⁷ Videti članove od II–61 do II–114 neprihvaćenog Ugovora o ustavu za Evropu.

³⁸ Povelja nije uključena u integralni tekst Lisabonskog ugovora, već je data u jednom od aneksa.

njihove sadržine, ovakva formulacija³⁹ ostavlja brojne nedoumice, koje će, kao i u nizu slučajeva ranije, dobiti svoj odgovor u jurisprudenciji Suda pravde, do sada inače ne baš sklonom da se na Povelju oslanja⁴⁰

Naredna nedoumica koju Lisabonski ugovor otklanja jeste odnos EU prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pristupanje ovoj Konvenciji, koje je decenijama bilo izvor rasprava u okviru evropskih zajednica, a potom i EU, izričito je dozvoljeno, uz ogradu da to neće uticati na ovlašćenja koja su definisana ugovorima. Kao potvrdu duboko ukorenjene sudske prakse, Lisabonski ugovor predviđa da osnovna prava, onako kako su zajemčena Evropskom konvencijom i kako proističu iz zajedničke ustavne tradicije država članica, predstavljaju opšte načelo prava EU koje njeni pravosudni organi štite.⁴¹

Sa svoje strane Savet Evrope se potrudio da stvori ugovorni pravni osnov u sistemu Konvencije za pristupanje EU. Pošto je 1. juna 2010. godine stupio na snagu Protokol br.14 uz ovu Konvenciju, koji u čl. 59 izričito propisuje mogućnost pristupanja EU, usledile su i operativne aktivnosti na tom planu. Naime, već 4. juna ove godine Savet je ovlastio Komisiju da započne pregovore sa Save-
tom Evrope o pristupanju Unije Konvenciji. U pregovorima koji se započeli 7. jula sa predstavnicima Komiteta ministara pred pregovaračima našla su se brojna otvorena pitanja, od kojih je verovatno najznačajnije pitanje pravosudne kontrole, odnosno razgraničenja nadležnosti između Suda pravde EU i Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti.⁴²

Politički mehanizam nadzora nad poštovanjem jedinstvenih vrednosti nije pretrpeo bitne izmene. Kao i do sada, centralno mesto u postupku utvrđivanja opasnosti od kršenja vrednosti EU ima Savet koji je ovlašćen da uputi odgovarajuću preporuku državi. Za utvrđivanje masovnog i ozbiljnog kršenja jedinstvenih vrednosti i izricanje mere suspenzije države članice nadležan je Evropski savet.⁴³

³⁹ Stav 3 člana 6 Ugovora o EU.

⁴⁰ Ovom pitanju posvećena je obimna literatura iz koje preporučujemo J.D. de la Rochèr, *Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of Values Opt-Out, Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution*, I. Pernice–E. Tanchev (eds.), Nomos, Baden–Baden, 2009, pp. 119–129.

⁴¹ Član 6, stavovi 2 i 3 Ugovora o EU. Više o tome: A.M. Guerra Martins, op. cit., pp. 71–73.

⁴² Rezultat tih pregovora treba da bude usvajanje teksta sporazuma o pristupanju EU Evropskoj konvenciji koji će zaključiti Komitet ministara Saveta Evrope i Savet EU, a odobriti Evropski parlament. Za stupanje na snagu tog sporazuma biće potrebna ratifikacija svih 47 država ugovornica Evropske konvencije izvršena u skladu sa njihovim ustavnim propisima. Više o tome na internet adresi: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR545\(2010\)&Language=lanEnglish&Ver=original](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR545(2010)&Language=lanEnglish&Ver=original).

⁴³ Član 7 Ugovora o EU. Pored ovih načelnih odredaba, Lisabonski ugovor sadrži niz odredaba koje su posvećene pojedinim pravima fizičkih lica, na primer, pravu na jednakost i pravu građanstva EU (član 9 Ugovora o EU), pravu na učešće u demokratskom životu (član 10, stav 3),

JEDINSTVENI INSTITUCIONALNI MEHANIZAM

Jedinstveni institucionalni mehanizam kojim raspolaže EU treba da obezbedi usklađenost, efikasnost i kontinuitet politika i akcija radi unapređenja njenih vrednosti, ostvarivanja ciljeva i očuvanja interesa, kao i interesa njenih građana i država članica.⁴⁴ Okosnicu složenog institucionalnog mehanizma EU čini sedam glavnih organa ili institucija, kako ih nazivaju osnivački ugovori. To su Evropski parlament, Evropski savet, Savet, Komisija, Sud pravde EU, Evropska centralna banka i Računovodstveni sud. Kako vidimo, status glavnog organa sada su stekli Evropski savet i Evropska centralna banka, dok je Računovodstveni sud ponovo uvršćen u katalog organa koji sačinjavaju institucionalni okvir Unije, pošto mu je taj status bio oduzet prema neprihvaćenom Ugovoru o ustavu.⁴⁵ U ostale organe unije spadaju Ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona kao njihovi savetodavni organi, kao i Evropska investiciona banka koja se prvenstveno bavi finansijskim pitanjima.⁴⁶

Svaka institucija dužna je da deluje u okviru nadležnosti koje su joj poverene osnivačkim ugovorima i u skladu sa predviđenim procedurama i uslovima. Pored toga, institucije imaju obavezu da međusobno ostvaruju korektnu saradnju.⁴⁷

Lisabonski ugovor sadrži veći broj konkretnih izmena u pogledu sastava, načina rada, odlučivanja i nadležnosti kako glavnih organa ili institucija, tako i savetodavnih organa Unije. Ovim ugovorom nastavljen je ranije započeti trend jačanja uloge Evropskog parlamenta u odnosu na druge organe. Nesumnjivo najznačajnija novina je proširenje njegovih ovlašćenja u zakonodavnoj i budžetskoj oblasti.⁴⁸

Uključujući Evropski savet u jedinstveni institucionalni sistem Unije, Lisabonski ugovor je značajno ojačao njegov položaj i uticaj. U tom pogledu važnu novinu predstavlja uvođenje funkcije predsednika Evropskog saveta, umesto do-

pravu na pristup dokumentima (član 15, stav 3) i pravu na zaštitu podataka (član 16). Zabranu diskriminacije i građanstvu EU posvećen je Deo II Ugovora o funkcionisanju EU (članovi 18–25).

⁴⁴ Član 13, stav 1 Ugovora o EU.

⁴⁵ Članovi I–19 i I–31 Ugovora o ustavu za Evropu.

⁴⁶ Više o tome: Z. Radivojević, *Institucionalne novine u Lisabonskom ugovoru*, *Pravni život*, 2009, br. 14, Tom VI, str. 56–59.

⁴⁷ Član 13, stav 2 Ugovora o EU.

⁴⁸ Članovi 14 i 16 Ugovora o EU i 223–234, 289 i 314 Ugovora o funkcionisanju EU. Više o tome: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 63–64.

sadašnjeg predsedavajućeg koji se po sistemu rotacije menjao na svakih šest meseci. Druge novine vezane su za ovlašćenje Evropskog saveta da donosi obavezujuća akta i neke njegove potpuno nove funkcije, kao što je pravo da odlučuje o formacijama Saveta ili da menja ugovorom propisan zakonodavni postupak i način odlučivanja u ovom organu.⁴⁹

Lisabonski ugovor sadrži odredbe koje suštinski menjaju dosadašnji status i neka ovlašćenja Saveta. Bitnu novinu predstavlja napuštanje sistema odmeravanja glasova, tj. ponderisanog glasanja koji je primenjivan u ovom organu više od pet decenija. Umesto toga, usvojeno je načelo jedna država – jedan glas, uz zadržavanje kvalifikovane većine kao osnovnog načina glasanja i uvođenje sistema »dvostruke većine«.⁵⁰

U odnosu na Komisiju, Lisabonski ugovor donosi promene sastava, uslova za imenovanje i postupka izbora njenih članova, kao i kandidovanja i ovlašćenja predsednika Komisije. Najuočljiviju novinu predstavlja uvođenje funkcije Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i politiku bezbednosti koji treba da prevaziđe dosadašnji dualizam između ranijeg Visokog predstavnika EU za spoljnu politiku i politiku bezbednosti i komesara zaduženog za spoljne poslove. Pored toga, uvodi se Evropska služba za spoljne poslove koja stoji na raspolaganju Visokom predstavniku.⁵¹

Lisabonski ugovor predviđa određene novine u pogledu organizacije pravosudnog sistema EU. Najveću promenu predstavlja preimenovanje dosadašnjeg Suda pravde u Sud pravde EU, jer je taj novi naziv zapravo zajednička oznaka za celokupni pravosudni sistem Unije. Prema Lisabonskom ugovoru samo Sud pravde EU ima status institucije Unije. U njegov sastav, kao posebni pravosudni organi, sada ulaze Sud pravde, Opšti sud i specijalizovani sudovi.⁵²

Kad su u pitanju druge institucije, najznačajniju izmenu predstavlja uključenje Evropske centralne banke u listu glavnih organa EU. Uz to, po prvi put

⁴⁹ Članovi 15 i 48 Ugovora o EU i 235–236 Ugovora o funkcionisanju EU. Bliže o tome: Z. Radivojević, Nova institucionalna reforma Evropske unije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2009, br. 1, str. 196–200.

⁵⁰ Članovi 16 Ugovora o EU i 237–243 Ugovora o funkcionisanju EU. Videti o tome: Z. Radivojević, Institucionalne novine u Lisabonskom ugovoru, Pravni život, 2009, br.14, Tom VI, str. 48–52.

⁵¹ Članovi 17–18 i 27 Ugovora o EU i 244–250 Ugovora o funkcionisanju EU. Više o tome: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 68–69.

⁵² Članovi 13 i 19 Ugovora o EU i 251–257 Ugovora o funkcionisanju EU. Bliže o tome: Z. Radivojević, Organizacija pravosudnog sistema Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru, Izazovi evropskih integracija, 2009, br. 4, str. 117–129.

je u Ugovor unet odeljak koji sadrži posebne odredbe o državama članicama čija je valuta evro.⁵³ S druge strane, Ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona zadržali su savetodavni status, uz nešto drugačije određen sastav i duži mandat njihovih članova i funkcionera.⁵⁴

JEDINSTVENA PRAVILA O IZMENI OSNIVAČKIH UGOVORA I ČLANSTVU

Ugovor iz Lisabona razlikuje uobičajeni, odnosno redovni i pojednostavljeni ili uprošćeni postupak izmene osnivačkih ugovora. Uobičajeni postupak izmene i dopune može inicirati vlada bilo koje države članice, Evropski parlament ili Komisija. Predlog izmena može se odnositi na povećanje ili smanjenje ovlašćenja EU. Taj predlog upućuje se Savetu koji ga prosleđuje Evropskom savetu i o tome obaveštava parlamente država članica. Pošto pribavi mišljenje Evropskog parlamenta i Komisije, Evropski savet o predlogu odlučuje prostom većinom.

Ukoliko prihvati predlog da se razmotre predložene izmene, predsednik Evropskog saveta saziva Konvenciju koju čine: predstavnici parlamenata država članica; šefovi država ili vlada članica; predstavnici Evropskog parlamenta i predstavnici Komisije. Evropska centralna banka biće konsultovana ukoliko se predložene izmene odnose na monetarnu oblast.

Zadatak Konvencije je da razmotri predloge izmena i dopuna i konsensusom usvoji preporuke za konferenciju predstavnika država članica. Ovu konferenciju, po završetku rada Konvencije, saziva predsednik Saveta i njen je zadatak da se postigne opšta saglasnost o amandmanima na ugovore. Da bi amandmani stupili na snagu potrebno je da ih usvoje sve države članice u skladu sa svojim ustavnim propisima. Ako dve godine po potpisivanju ugovora kojim se menja Ugovor o EU i Ugovor o funkcionisanju EU četiri petine država članica ratifikuju izmene, a jedna ili više članica naide na prepreke u tom procesu, o tome se obaveštava Evropski savet.

⁵³ Član 13, stavovi 1 i 3 Ugovora o EU i članovi 127–141 i 282–284 Ugovora o funkcionisanju EU. Detaljna pravila o njenom radu i funkcionisanju nalaze se u Protokolu br. 4 o Statutu Evropskog sistema centralnih banaka i Evropske centralne banke.

⁵⁴ Članovi 13, stav 4 Ugovora o EU i 300–307 Ugovora o funkcionisanju EU.

Evropski savet može, prostom većinom i po dobijenom odobrenju Evropskog parlamenta, odlučiti da ne saziva Konvenciju ukoliko to ne zahtevaju razmere predloženih izmena. U tom slučaju on će utvrditi mandat konferencije predstavnika vlada država članica za izmene koje je potrebno izvršiti u ugovorima.⁵⁵

Pojednostavljenu proceduru izmena inicira isti krug subjekata: vlada bilo koje države članice, Evropski parlament i Komisija. Predlog izmena se upućuje Evropskom savetu, s tim da se on može odnositi samo na unutrašnje politike i delovanje Unije. Pošto pribavi mišljenje Evropskog parlamenta i Komisije, kao i Evropske centralne banke ukoliko je reč o izmenama u monetarnoj oblasti, Evropski savet jednoglasnom odlukom usvaja sve ili neke od predloženih izmena. Izmene stupaju na snagu kada ih odobre sve države članice u skladu sa svojim ustavnim propisima.⁵⁶

Lisabonski ugovor detaljnije reguliše postupak učlanjenja u Uniju. Kada je o uslovima za članstvo reč, oni su slični sa do sada važećim ugovorima. Ugovor, naime, zahteva da je kandidat evropska država i da poštuje osnovne vrednosti Unije, kao i da je posvećen njihovom unapređenju. Država kandidat podnosi molbu za učlanjenje Savetu, o čemu se obaveštavaju Evropski parlament i parlament država članica. Savet odlučuje o molbi jednoglasno, pošto konsultuje Komisiju i pribavi odobrenje Evropskog parlamenta. Pri odlučivanju se uzimaju u obzir i kriterijumi o pogodnosti kandidata koje utvrđuje Evropski savet.

Uslovi prijema i nužna prilagodavanja osnivačkih ugovora regulišu se, kao i do sada, posebnim sporazumom koji se zaključuje između države koja pristupa EU i država članica. Taj sporazum stupa na snagu pošto ga potvrde sve strane ugovornice u skladu sa svojim ustavnim procedurama.⁵⁷

Novina koju donosi Lisabonski ugovor tiče se istupanja iz članstva. Ne samo da se ovaj institut po prvi put pojavljuje u osnivačkim ugovorima, već je dosta detaljno regulisan i sam postupak istupanja. Pravo je svake članice da, u skladu sa postupkom koji propisuje njen pravni poredak, odluči da istupi iz EU. Ona o toj nameri obaveštava Evropski savet koji utvrđuje smernice za pregovore o istupanju. Sporazum koji proistekne iz ovih pregovora zaključuje u ime EU Savet, kvalifikovanom većinom i pošto pribavi odobrenje Evropskog parlamenta. Predstavnik države koja želi da istupi iz EU ne učestvuje u glasanju u Savetu i Evropskom savetu. Osnivački ugovori prestaće da se primenjuju na tu državu danom stupanja na snagu sporazuma o istupanju ili, ako do njegovog stupanja na snagu ne dođe, dve godine posle saopštavanja namere o istupanju. Međutim, Evropski savet može jednoglasno i uz saglasnost sa državom o kojoj je reč odlučiti

⁵⁵ Član 48, stavovi 1–5 Ugovora o EU.

⁵⁶ Ibid., stav 6 člana 48.

⁵⁷ Član 49 Ugovora o EU.

da taj rok produži.⁵⁸ Država koja je istupila iz EU može ponovo postati njen član po postupku koji je propisan za prijem novih članica.

ZAKLJUČAK

Lisabonski ugovor doneo je značajne promene u pogledu strukture Evropske unije. Najvažniju novinu, svakako, predstavlja značajno pojednostavljenje strukture EU čime se praktično gube tri stuba na kojima je do sada ona počivala. Uspostavljanje jedinstvene strukture Unije ostvareno je stvaranjem novih i jačanjem postojećih elemenata jedinstva. Nestanak Evropske zajednice, »osamostaljivanje« Evropske zajednice za atomsku energiju, konstituisanje Evropske unije kao jedinstvenog pravnog subjekta i uvođenje jedinstvenih vrednosti novi su elementi njenog jedinstva. U isto vreme Lisabonskim ugovorom ojačani su već postojeći elementi izraženi kroz jedinstveni institucionalni mehanizam i jedinstvena pravila o izmeni osnivačkih ugovora i članstvu.

Međutim, konstituisanje EU kao jedinstvenog entiteta koji zamenjuje i nasleđuje evropske zajednice nije uklonio sve značajne razlike u posebnim oblastima delovanja Unije. Reč je o oblastima koje su i pre Lisabonskog ugovora nesumnjivo odstupale od komunitarnog stuba, a to je zajednička spoljna politika i politika bezbednosti kojoj je sada pridodata i odbrambena politika i policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima. U ovim oblastima ostale su značajne razlike u pogledu prirode i domašaja ovlašćenja koja su poverena glavnim organima Unije. To se prvenstveno odnosi na zajedničku spoljnu politiku i politiku bezbednosti, kojoj je sada pridodata i odbrambena politika, i gde je postojeći model međudržavne saradnje tek neznatno načet. Nasuprot tome, u oblasti policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, koja je postala deo šire oblasti slobode, bezbednosti i pravde, međudržavni model je napušten u nekim svojim najvažnijim elementima, s tim što je odložena primena određenih bitnih elemenata naddržavnog modela saradnje.

⁵⁸ Član 50 Ugovora o EU.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Niš
VESNA KNEŽEVIĆ-PREDIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Political Sciences,
Belgrade

THE STRUKTURE OF THE EUROPEAN UNION AFTER THE LISBON TREATY

Summary

The Lisbon Treaty has brought significant changes into the structure of the European Union. The most important novelty, however, is the establishment of a full unity of the Union structure achieved by creating new and strengthening the existing elements. The new elements of this unity are the disappearance of the European Community, the »independences« of the European Atomic Energy Community, consituting the European Union as a single entity and the introduction of EU values. At the same time, the Lisbon Treaty has strengthened the existing elements of the common institutional mechanisms, rules on amending the founding treaties and EU membership.

However, consituting the Union as a single entity which has replaced and succeeded the European Communities has not abolished the EU elements of diversity. In the areas that differed, even before the adoption of the Lisbon Treaty, from the community pillar, there remain significant differences in the nature and the scope of competences of the Union institutions. This mainly regards the common foreign and security policy, which now includes the defense policy, where the existing model of inter-state cooperation has been only slightly interfered with. In contrast, in the field of police and judicial cooperation in criminal matters, which has become part of a larger Area of Freedom, Security and Justice, the inter-state model of cooperation has been abandoned in some of its most important elements. However, the implementation of some of the important elements of the supranational model has been postponed.

TANJA KARAKAMISHEVA

THE LISBON TREATY AND THE NEW ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE-MAIN REMARKS

The European Court of Justice is an institution of the European Union which played a crucial part in the interpreting the treaty basis of the Community.

For the first time, the Court was established in 1951 by the Treaty of Paris for the European Coal and Steel Community, as to adjudicate controversies arising within and among Members of the Community. It was established with seven judges, considered as an ideal number to allow for representation and an unequal number in case of a tie.

Six years later, in 1957, after the Treaties of Rome established the EEC and EURATOM, the European Court of Justice is vested with the authority and jurisdiction to adjudicate and rule on matters involving all three international communities. Actually, it became an institution when the Treaties of Rome established the EEC and EURATOM.

Although all three communities were separate, under the Convention of 25 March 1957 they shared some common institutions like Parliamentary Assembly and the Court. It was with this that the Court of the ECSC became the Court of Justice of the European Communities.¹

Tanja Karakamisheva, PhD, Professor at the Faculty of Law "Justinianus Primus" in Skopje.

¹ See: Munoz, Susana (2007), Composition of the Court of Justice, the Court of First Instance of the European Communities and of the Civil Service Tribunal, Europa (web portal), retrieved on 2007-08-27.

So, the fundamental authority of the ECJ derives from the Treaty Establishing the European Community (EC Treaty). It should be noted that the Maastricht Treaty introduced Article 171, currently Article 228 EC which provision have strengthened the Court jurisdiction as it provided the Court with the power to impose financial penalties on Member States which fail to comply with a previous Court's judgment.

Basically, at Maastricht, Member States agreed to be subjected to penalty payments which would be paid for by the taxpayers.²

The Treaty of Amsterdam replaced the Convention from 1957. Treaty outlined the Court as an official and separate institution with its clear powers and responsibilities. It was already established as the official court of the communities in 1988.

At the Treaty of Nice 2000, EU Member States agreed to overhaul the workings of the ECJ and its junior institution, the European Court of First Instance (CFI). One reason for this option was the prospect of EU enlargement and another was the expansion of the Court's jurisdiction into new areas.

The Nice Treaty reforms therefore aim to increase the speed at which cases are heard and processed. Every day, the ECJ resolves disputes that would otherwise provoke major disagreements between or within Member States. The Nice Summit actually affirmed the position of the ECJ as the highest constitutional court in Europe.

On the whole, these instances of judicial governance have met the acceptance of Member States and the legal community. In the case of human rights protection this judicial governance produced a more or less common standard reflecting common historical and cultural heritage and achievements such as the ECHR.

Starting from January, 2007, the Court of Justice is made up of 27 judges and 8 Advocates General. The Judges and Advocates General are appointed by common accord of the governments of the Member States and hold office for a renewable term of six years. Each member state of the EU has the power to nominate one judge.

Today, the Court of Justice of the EC, usually called the European Court of Justice (ECJ) is the highest court in the European Union which has an ultimate say on matters of EU law in order to ensure equal application across the various EU Member States. The Court is assisted by a lower court, the Court of First Instance, established in 1989, dealing with certain issues with aim to relieve the ECJ from an increasing caseload. The CFI actually serves as a court of original

² For more details, see: Margarida Vasconcelos (2008), "Whose Court of Justice? The European Supreme Court", *The European Journal: In Focus*, January.

jurisdiction for certain categories of cases³ for which the ECJ had original jurisdiction before the CFI was established. The ECJ has appellate jurisdiction in those cases over which the CFI has original jurisdiction.

We have to mention that also two other courts deal with other responsibilities: the Civil Service Tribunal established in 2005 has a jurisdiction to deal with disputes between the EU and the European civil service and centralized EU court which is dealing with the patent law of the EU.

The Lisbon (Reform) Treaty 2007 establishes a division of competences between the Union and the Member States. It defines which areas will be within the exclusive competence of the Union and which are shared between the Union and the Member States. Obviously, the ECJ will have a major role in the interpreting and deciding on the competence boundaries and it will do so with the objective of the uniform application and effectiveness of EU law.

Moreover, the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality annexed to the Treaty specifically provides the Court with jurisdiction to hear actions for judicial review on grounds of infringement of the principle of subsidiarity.⁴

³ The CFI has original jurisdiction in cases involving the following matters: Reviewing the legality of acts adopted jointly by the European Parliament and the Council of Ministers, any acts of the Council of Ministers, any acts of the European Commission and any act of the European Parliament intended to legally affect third parties; In a case asserted by a Member State or a EU organ where the EC Treaty is violated and none of the European Commission, European Parliament or Council of Ministers take action against such violation; Actions by individuals and legal entities to contest decisions or regulations that affect them personally and actions by individuals and legal entities for the failure of an EU organ to address to any such individual or legal entity a binding act; Disputes between the EU and its civil servants; Actions by individuals or legal entities for damages from acts committed by the EU or its civil servants and Actions by individuals and legal entities for judgment pursuant to an arbitration clause contained in a contract with the EU. See: Nicholas G. Karambelas (2003), "Fundamentals of the European Union (EU) Court System", Washington Lawyer Magazine, Vol. 18 No. 4, December.

⁴ Previous experience tells us that the ECJ does not upend Community action on the ground that it does not comply with Article 5, principle of subsidiarity. For instance, in the case of the Working time directive (C-84-94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the EU) the UK argued that directive 93/104/EC infringed upon the principle of subsidiarity but the action for annulment was dismissed. Hence, the Lisbon Treaty will strengthen the political role that the ECJ has been developing for itself. So, the judicial process will become even more politicized. As the House of Lords has pointed out in its report concerning the Constitution "but if the Court is the ultimate arbiter on the extent of the Union's competence it follows that the Court also has the final say in defining the extent of Member States' powers. It is this side of the coin which some find unacceptable from a political and in some cases constitutional standpoint". See: Margarida Vasconcelos (2008), "Whose Court of Justice? The European Supreme Court", The European Journal: In Focus, January.

In the Article 8 of the Protocol No. 2 concerning the application of the principles of subsidiarity and proportionality is stipulated that "The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in actions on grounds of infringement of the principle of subsidiarity by a legislative act, brought in accordance with the rules laid down in Article 230 of the Treaty on the Functioning of the European Union by Member States, or notified by them in accordance with their legal order on behalf of their national Parliament or a chamber of it. In accordance with the rules laid down in the said Article, the Committee of the Regions may also bring such actions against legislative acts for the adoption of which the Treaty on the Functioning of the European Union provides that it be consulted".⁵

As it is quite familiar, the Lisbon Treaty abolishes the pillar structure.

Therefore there is no corresponding provision to Article 46 TEU which limits the ECJ jurisdiction regarding third pillar matters (police and judicial cooperation).

On the other hand, the Lisbon Treaty brings judicial cooperation in criminal law and police cooperation within the general framework of judicial control as applied to other areas of EU law. The ECJ will have full jurisdiction, not merely the power to give preliminary rulings.

WHAT IS THE NEW ROLE OF THE ECJ?

The EU judicial system suffered significant changes with the Reform (Lisbon) Treaty. The provisions that refer to the Court of Justice and the Court of First Instance are partly moved and now could be found in the Title 3 of the EU Treaty, i.e. in the part titled: "Provisions for the EU bodies".

The Reform Treaty significantly altered the ECJ's competences with regard to the issues that were previously regulated in the first and second pillar. The changes foreseen with the Lisbon Treaty refer to the organization of the court, as well as to the proceedings led in front of the EU courts. Also, significant changes have been done in the part of initiating separate proceedings on lawsuits for annulment of acts, in proceedings for sanctioning of the EU Member States in case of non-fulfillment of obligations coming from the Treaty, as well as in the proceedings for granting preliminary ruling, i.e. so-called preliminary procedure. Since the Reform Treaty abandoned the three EU pillars, this influenced on the

⁵ See: The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations, Joint Study CEPS, EGMONT and EPC, November, 2007: 94-95.

increased ECJ competences, because, in accordance to the provisions, this court had zero competences in the second pillar, and quite limited competences in the third pillar.

The increased ECJ competence in the part of the police and judicial cooperation comes as a result of the fact that the former Chapter 6 of the EU Treaty becomes part of the Chapter 4 of the current Treaty on the Functioning of the EU.

Now, the ECJ gains competences to examine the legality of the acts adopted in the fields of justice and home affairs. With the new Treaty, the ECJ become EU Court of Justice, while the First Instance Court gained the title General Court.

The Reform Treaty foresees that the European Parliament and the Council could, with their decisions, in accordance with the regular legislative procedure, to establish specialized courts, based on a proposal of the Court of Justice, and in previous consultation with the European Commission.

The Treaty also foresees certain changes that refer to the procedure led in front of the ECJ and the General Court. In accordance with the Article 19 from the Treaty on the Functioning of the Union, the ECJ will have the following competences:

- to decide on lawsuits filed from the EU Member States, the bodies, physical or legal entities;
- to enact decisions on preliminary questions based on a request of the courts or tribunals of the EU Member States with regard to the interpretation of the *acquis communautaire*, or the legality of the acts adopted by the EU bodies; and
- to decide on other aspects foreseen with the Treaty. Also, the Reform treaty for the first time defines the authority of the ECJ to act on concrete legal protection.

The concrete legal protection is realized through a lawsuit for annulment of acts, which is partially altered with the Lisbon Treaty. The changes refer to the following: the scope of bodies whose acts are subject to judicial review by the ECJ. Namely, the Court of Justice "controls the legislative acts, the act of the Council, of the Commission, the European Central Bank, except recommendations and opinions, as well as the acts of the European Parliament and the European Council, which produce legal actions against third parties."

The European Council is put on the ECJ's control list, which means that a decision passed jointly by the representatives of all 27 EU Member States is still subject of legal control by the ECJ. This is a huge step ahead, because the decisions of the European Council are no longer untouchable. The Lisbon Treaty adds a list of EU bodies, offices and agencies, whose acts are also put under the

control of the ECJ, because of the increased scope of activities, as well as due to their increased number.

The ECJ is for the first time authorized to decide on lawsuits from the Committee of Regions, filed to protect its competences, as well as on lawsuits from the Court of Auditors and the European Central Bank. In practice, this means that the Committee of the Regions could file a lawsuit, unless some of the EU bodies failed to consult this body on matters under its scope of competences. Also, the physical and legal entities could more easily request assessment for the legality of the administrative acts and which acts produce legal acts for themselves.

Also, Article 228 defines the competences of the Court to pronounce fines if a certain EU Member State fail to act in accordance with a decision passed by the ECJ in a timeframe defined by the EC. With regard to the preliminary rulings, the ECJ could adopt a decision on the matters concerning the interpretation of the Reform Treaty, interpretation and validity of acts adopted by the EU bodies, European Central Bank, and the statutes of the bodies founded by the acts of the Council.

The national courts have a discretionary right to decide on whether to file a request for opinion to the court or not, while for the courts against whose decision there is no legal remedy, the assessment of their decisions by the ECJ is obligatory. The application of the Article 234 from the EC Treaty is also foreseen with the Article 68 from the same Treaty. The Article 234 is applied on Chapter 4 "Visas, Asylum, Emigration and other policies that refer to the freedom of movement", when the interpretation of the acts of the EC bodies is launched in a proceeding in front of a national court and when the decision of the court is not subject to legal remedy in the national legislation.

Article 35 from the EU Treaty foresees that the ECJ passes preliminary decisions on the validity and the interpretation of the framework decisions and general decisions, for interpreting conventions adopted in accordance with the Chapter "Provisions for Police and Judicial cooperation in the criminal cases," as well as on the validity and interpretation of the regulations according to which these conventions are applied.

THE CONSTITUTIONAL NATURE OF THE ECJ

It is difficult to deny that the ECJ has played crucial role in the process of "constitutionalisation" of the EU legal order. In guarding the specific nature of

this legal order, the ECJ has been prone to underlining its autonomy especially in relation to other international or European regimes.⁶

The Nice reforms have profoundly changed the judicial architecture of the EU, in response to the new challenges of a larger, more diverse EU and the increasing complexity of the European economy. With the creation of a new tier of jurisdiction through the specialist panels, the Court of First Instance, now General Court, could be considered as a High Court dealing with the day-to-day business of European law. The ECJ will continue to hear appeals from the CFI but can now focus on its real strength: determining constitutional matters and serious issues of principle affecting the coherence of EU law.⁷ Despite criticism from national politicians and other courts, the Nice Summit affirmed the ECJ as the highest constitutional court in Europe.

On the other side, the Lisbon Treaty, also, will strengthen the functioning of the ECJ as Supreme Court of the Union whose jurisdiction will be fundamentally constitutional in character. The ECJ had and will have a central role to play not only in relation to matters of economic nature but also in political issues like political governance, defining democracy at European level, and contributing through the process of judicial harmonization to the emergence of a European demos.

It is obviously that the Lisbon Treaty in continuum will strengthen the constitutional character of the ECJ. On this line are the current interpretations of the ECJ about the existing Treaties which are found to have constitutional nature. As noted by the ECJ, the founding Treaties are "basic constitutional charter" of the Union. What is also clear is that the ECJ use the interpretative techniques and tradeoffs that are quite typical of constitutional adjudication.

Therefore, there can be no doubt that the ECJ already carries out the constitutional tasks. But, there can be no doubt also that the ECJ will remain a supreme court in charge to rule the main constitutional issues and to safeguarding the consistency of EU law.

The important question that is raised in the academic debate about the future position of the ECJ is whether the ECJ has to develop its broader role in the EU judicial system, or it has to specialize on the truly important questions with constitutional character.

⁶ See: E.C.J. Opinion 1/91 on a draft agreement relating to the creation of the European Economic Area, 1991 ECR I-6079.

⁷ See: Matthew Heim, Speeding up European Justice, Centre for European Reform, August/ September 2001-CER Bulletin, Issue 19: available at: http://www.cer.org.uk/articles/n_19_heim.html.

Through this debate the two opinions are crystallizing in the context of limiting the ordinary jurisdiction of the ECJ to the so-called truly important questions.

Firstly, the ECJ would be spared from having to consider relatively non-problematic cases which do not require the time and attention of a supreme court for their resolution. The judges would have more time to balance the options available to them and to provide more detailed legal reasoning in their judgments and orders.

Secondly, it would allow the ECJ to hear cases before it in the grand or the plenary chamber and on a more regular basis than is the case today.⁸

So it can be concluded that in long term the ECJ should focus only on deciding the main constitutional issues and on safeguarding the consistency of EU law where necessary.

CONCLUSION

Generally speaking, the ECJ has jurisdiction in three main areas: first, the ECJ can hear actions brought against Member States to ensure that they comply with their obligations under the EU Treaties and under EU legislation, actions well known as "infringement proceedings", second, like many constitutional courts, the ECJ has the power of "judicial review" of EU legislative and executive acts. The ECJ power of judicial review is actually seen as the ability of the Court to act when it has been called upon by the EU Treaty or a piece of secondary legislation, and, third, the ECJ has jurisdiction to give preliminary rulings on references by national courts.

Also, the Court exercises the review of human rights protection within the scope of the Community legal order only according to the genuine Community standard.

The Court does not apply the standard of human rights protection as it is guaranteed in any of the Member States, but as it is guaranteed in the

⁸ For example, in the 1990, approximately 45% of the cases were judged by chambers and 55% by the ECJ sitting in plenary session, whereas in 2004 the plenary and the grand chamber ruled on only 12% of the cases. Five-judge chambers are thus becoming the usual formation for hearing cases brought before the ECJ, which is unsatisfactory if one remembers that all or at least a much larger number of national systems should in principle have their say when important questions are addressed. See: Bo Vesterdorf (2006), *A Constitutional Court for the EU?*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 4, October: 607–617.

Community law. This will become clear when the formula of general principles, the main source of the standard debate is replaced by the Charter.

Protection of fundamental human rights is not exclusive jurisdiction of the ECJ. To some degree this protection is entrusted to the Member States courts which is of crucial importance for the existence and growth of the EU legal order because as legal systems and subsystems are interacting in a pluralist world and a pluralist Europe, courts must interact too.

So, the ECJ must continue to be actively engaged in an on-going series of contacts and discussions with other courts and their judges. Whether the ECJ and its jurisdiction will be elaborating as supreme or as constitutional court of the EU it will not make a crucial difference.

The final remark is that the ECJ have elements of both courts viewing through the position of this Court in the judicial system of the EU, and through its jurisdiction on the field of human rights protection.

Dr TANJA KARAKAMIŠEVA
professor, Pravni fakultet Justinijan Prvi,
Skoplje

LISABONSKI UGOVOR I NOVA ULOGA EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Rezime

Evropski sud pravde je kao ustavni sud postajao sve značajnija institucija još od 1985. godine. S obzirom na njegovu centralnu ulogu kao čuvar evropskog prava, taj Sud je izgradio tzv. Evropski ustav. Kako su to impresivno izrazili Džozef Vajler i drugi, ova sudska izgradnja ustava obuhvatila je čitavu ustavnu strukturu (tj. odnos evropskog i nacionalnih prava, uključujući i čuvene doktrine direktnog dejstva, supremacije i odgovornosti države), a zatim materijalno-pravne ustavne odredbe (koje su odredbe o slobodnoj trgovini pretvorile u osnovne tržišne slobode kroz pravo konkurencije i zaštitu ljudskih prava koje je formulisao Sud), a takođe i institucionalne ustavne odredbe (koljima se regulišu nadležnosti i interakcije raznih evropskih institucija).

Nova faza ovakvog sudskog aktivizma počela je sa Evropskim sudom pravde i ona se ogleda u fazi koja se koncentrisala na zaštitu osnovnih prava. Evropska povelja o osnovnim pravima, kao i Lisabonski (reformski) ugovor ojačao je poziciju Suda pravde. U ovom referatu se obrađuju ključne promene u tom Ugovoru koje se odnose na Sud pravde, a takođe i nova uloga tog Suda u postupku donošenja preliminarnih odluka.

VLADIMIR ČOLOVIĆ

**PRETPOSTAVKE ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE
STRANIH SUDSKIH ODLUKA U AKTIMA
EVROPSKE UNIJE**

U V O D

Kad govorimo o priznanju i izvršenju stranih odluka (kako sudskih, tako i arbitražnih), jedno od, uvek, aktuelnih pitanja, koje se postavlja, jeste pitanje pretpostavki ili uslova koje strana sudska odluka mora da ispuni da bi mogla imati dejstva na domaćoj teritoriji, odnosno, da bi bila priznata i izvršena na teritoriji zemlje priznanja. Te pretpostavke ili uslovi su, kad je naša zemlja u pitanju, regulisani Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: Zakon o MPP)¹. Imajući u vidu potrebu za što efikasnijim priznanjem i izvršenjem stranih sudskih odluka na teritoriji zemlje priznanja, postavlja se pitanje primene svih pretpostavki koje su predviđene Zakonom o MPP, na sve strane sudske odluke u svim građanskopravnim stvarima, odnosno, postavlja se pitanje mogućnosti lakšeg ili automatskog priznanja i izvršenja tih odluka na domaćoj teritoriji, uz ispunjenje pojedinih uslova koji se tiču zaštite pravnog sistema zemlje priznanja, već donesenih odluka u istoj stvari i sl. Akti Evropske unije (dalje, EU), koji su u zadnjoj deceniji doneseni u oblasti građanskih i trgovačkih stvari, regulišu drugačije uslove za priznanje stranih odluka. Naravno, moramo znati da

Prof. dr Vladimir Čolović, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Sl. list SFRJ, br. 43/82, 72/82, Sl. list SRJ, br. 46/96).

se ovi akti primenjuju u okviru EU i da oni imaju svoj osnov u ranijim aktima, kao i u težnji da se automatski priznaju strane odluke zemalja članica EU, ali, ono što je bitno, regulisane su posebne forme za priznanje i izvršenje pojedinih odluka.

Da bismo mogli da razumemo status strane sudske odluke i dejstvo koje ona proizvodi na teritoriji zemlje priznanja, moramo napraviti razliku i između priznanja i izvršenja te odluke sa stanovišta ispunjenja pretpostavki, sa jedne strane, i izvršenja strane odluke po unutrašnjim pravilima izvršenja domaće zemlje. Ne samo to, mora se odrediti koja se odluka primenjuje na domaćoj teritoriji, imajući u vidu da se mora doneti domaća odluka o priznanju strane odluke.

Kad je u pitanju EU, posvetiće se pažnja pravilima o priznanju i izvršenju stranih odluka u četiri akta EU. To su: 1. Uredba Saveta EU o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima br. 44/2001²; 2. Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima sa Protokolima³; 3. Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 805/2004 o uvođenju evropskog naloga za izvršenje nespornih potraživanja⁴; i 4. Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta, br. 1896/2006 o uvođenju postupka za Evropski nalog za plaćanje⁵. Sa druge strane, kad je u pitanju domaće zakonodavstvo, posvetiće se pažnja, samo, pretpostavkama za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka koje predviđa Zakon o MPP. Znači, neće biti reči o stranim arbitražnim odlukama, jer se i navedeni akti EU, uglavnom, odnose na odluke koje su doneli sudovi. Takođe, moramo reći, da se analiza pretpostavki za priznanje i izvršenje stranih odluka i sam način tog postupka koji su predviđeni navedenim aktima EU ne vrši, samo, zbog prilagođavanja našeg pravnog sistema pravu EU i budućeg članstva naše zemlje u toj organizaciji, već i zbog stvaranja jednog efikasnog i jednostavnog sistema u ovoj oblasti.

² Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Official Journal of the European Communities, L 012, 16/01/2001, pp. 0001–0023).

³ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – Protocols (Official Journal L 147, 10/06/2009 P. 0005–0043).

⁴ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims (Official Journal, L 143, 30. 04. 2004).

⁵ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure (Official Journal of the European Communities L 399, 30. 12. 2006, p. 1–32).

STRANA ODLUKA – STATUS I DEJSTVO

Kada je jedna strana sudska odluka priznata i kada, nakon priznanja, počne da proizvodi dejstva u zemlji priznanja, onda možemo govoriti o položaju strane sudske odluke u zemlji priznanja. Da bi strana sudska odluka mogla da proizvodi dejstva u zemlji priznanja, ona mora imati određeni status, koji se može posmatrati u odnosu na pretpostavke predviđene u Zakonu o MPP i u odnosu na domaće odluke, ali ne na domaću odluku, kojom se odlučuje o priznanju te strane sudske odluke. Pre nego što se podnese predlog za priznanje strane sudske odluke i pre nego što počne postupak za priznanje, ne može se govoriti o statusu strane sudske odluke. Pre svega, strana sudska odluka se mora definisati kao takva, da bi se pokrenuo postupak za priznanje. To znači da strana sudska odluka mora da »prođe«
proveru, a o čemu odlučuje domaći nadležni organ. Prvi korak ka »sticanju«
određenog statusa, jeste ispunjenje uslova, koje su definisane u zakonskim odredbama zemlje priznanja. Ukoliko dođe do priznanja, strana sudska odluka se izjednačava sa domaćom. Znači, ona proizvodi sve pravne posledice, kao i domaća odluka. No, da li je baš tako, imajući u vidu da se, ovde, može govoriti o deklarativnom izjednačenju stranih i domaćih sudskih odluka. Status strane sudske odluke je ograničen u odnosu na domaće odluke, iako su one izjednačene sa domaćim. Razlog tome je neophodnost pokretanja i sprovođenja postupka priznanja, da bi jedna strana sudska odluka stekla određeni status na domaćoj teritoriji. Bez donošenja domaće odluke o priznanju i izvršenju, ne može se govoriti o statusu strane sudske odluke. Možemo reći, strana sudska odluka ima nepovoljniji položaj (status) u odnosu na domaće odluke. Da bi definisali status strane sudske odluke, neophodno je da analiziramo i odnos strane sudske odluke sa domaćom odlukom o priznanju. Preovladava mišljenje da je odluka, kojom se priznaje strana sudska odluka, deklarativne prirode. Ali, Zakon o MPP isključuje mogućnost primene te odluke, pre nego što je prizna domaći sud. To znači, da domaća odluka ima konstitutivno dejstvo. Kakva je priroda strane odluke, dok je ne prizna domaći sud? Da li je ona, na neki način, suspendovana, odnosno, ne može se primenjivati, dok je ne prizna domaći sud? Mislimo da jeste, jer Zakon traži da se sprovede postupak priznanja te odluke, da bi ona mogla imati dejstvo. Takođe, postavlja se pitanje, da li se, nakon postupka priznanja, u kome se donosi domaća odluka, koja priznaje stranu sudsku odluku, primenjuje domaća ili strana odluka.

Strana sudska odluka može da ima samo ona dejstva, o kojima domaći sud odlučuje, dakle po pravu zemlje priznanja. To znači da će strana odluka imati dejstva, kao i odluka, koju donese domaći sud, po pravilu *lex fori*, po pravu mes-

ta suda⁶. Priznanje se javlja kao prejudicijelno u odnosu na izvršenje. Izvršenja strane sudske odluke ne može ni biti bez priznanja iste. Jedino u uslovima, kada imamo zaključen međunarodni ugovor, kojim su predviđene posebne pretpostavke za prihvatanje sudske odluke druge strane ugovornice, moguće je da do izvršenja dođe bez postupka priznanja. No, to su samo izuzeci.

Pojedina shvatanja govore da sve više dolazi do izražaja princip upodobljavanja strane odluke sa domaćom odlukom, a ne princip proširenja dejstava strane odluke i da će strana odluka, koja je priznata, imati sva ona dejstva, koja ima i odgovarajuća domaća odluka.⁷ Međutim, ne možemo se uvek složiti sa ovakvim shvatanjem. Sigurno je da stranu sudsku odluku treba tretirati kao domaću, ali treba voditi računa o njenoj sadržini i o dejstvima, koje ta sadržina može da proizvede na domaćoj teritoriji.

Priznanje strane odluke

Da bi jedna strana sudska odluka mogla imati dejstvo na domaćoj teritoriji, ona mora biti priznata od strane domaćih organa. Pod priznanjem strane sudske odluke podrazumevamo sudsku proveru činjenica, da li ta odluka ispunjava zakonom propisane uslove (pretpostavke), da bi se mogla primenjivati na domaćoj teritoriji. Zakon o MPP određuje uslove za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Ukoliko se u postupku priznanja strane sudske odluke utvrdi da ona ispunjava uslove iz Zakona o MPP, odnosno da se ne protivi tim uslovima, tada se ta odluka izjednačava sa domaćom odlukom⁸. Strana sudska odluka se ne može izvršavati bez domaće odluke. Domaća odluka o priznanju strane sudske odluke daje snagu stranoj odluci. Znači, tek nakon sprovedenog postupka priznanja i donošenja odluke o priznanju, strana sudska odluka se može izvršiti na domaćoj teritoriji. Obzirom da se radi o građanskopravnim stvarima, domaći sud, koji pokreće postupak priznanja, mora imati u vidu ovu činjenicu. Različite su oblasti građanskog prava, u kojima se donose strane sudske odluke. Cilj pravila Međunarodnog privatnog prava je da unesu određeni red i relativnu sigurnost u pravnim poslovima i, uopšte, odnosima sa elementom inostranosti.⁹ Taj cilj bi

⁶ Lunc L. A., *Međunarodnoe častnoe pravo*, Moskva 1970, str. 227–229.

⁷ Varadi T., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 1990, str. 363.

⁸ Čl. 86, st. 1, Zakona o MPP; Dika M., Knežević G., Stojanović S., *Komentar ZMPP*, Beograd 1991, str. 279.

⁹ Rappe L., *Internationales Privatrecht*, Berlin–Frankfurt 1955, str. 3.

mogao da bude postignut, samo ako bi postojala ista pravila MPP u svim državama. Ali, svaka država ima svoj sistem pravila Međunarodnog privatnog prava i ti sistemi se, između sebe, znatno razlikuju.¹⁰

Izvršenje strane odluke

Cilj priznanja strane sudske odluke je njeno izvršenje na domaćoj teritoriji. Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod izvršenjem. Zakon o MPP ne daje odgovor na ovo pitanje. Mislimo da treba prihvatiti da izvršenje znači svako postupanje subjekata nakon priznanja strane sudske odluke. Ta odluka je samim priznanjem ispunila uslove, koje predviđa domaće pravo i donošenjem domaće odluke o priznanju dobila pravnu snagu. Samim tim je stekla pravo da se po njejoj sadržini može postupati na domaćoj teritoriji. To postupanje je i izvršenje te odluke. No, treba razlikovati proglašenje strane sudske odluke za izvršnu od izvršenja iste.¹¹ U postupku za priznanje i izvršenje stranih odluka, jedna strana sudska odluka se priznaje i proglašava za izvršnu. Sa druge strane, imamo postupak izvršenja jedne strane sudske odluke na domaćoj teritoriji, a taj postupak treba razlikovati od postupka za priznanje i izvršenje.¹² U postupku za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka se proverava da li ta strana sudska odluka ispunjava sve pretpostavke, koje su predviđene u Zakonu o MPP. U tom postupku se stranoj sudskoj odluci »daje« poseban status na domaćoj teritoriji. Što se tiče samog izvršenja (možemo reći i prinudnog izvršenja), izvršenje strane sudske odluke izvršava se po *lex fori*, po pravu mesta domaće zemlje, gde se pitanje izvršenja i postavlja. Izvršenje strane sudske odluke moglo bi da bude i po drugačijim pravilima, ali to, samo u slučaju, kada bi odnosne dve zemlje zaključile međunarodni ugovor u ovoj oblasti.

Postoje strane sudske odluke, koje se mogu delimično priznati, odnosno, kod kojih se može doneti odluka o priznanju samo nekih njenih delova. Naravno, tada se postavlja pitanje, da li se mogu delovi strane sudske odluke, koji su priznati i koji su proglašeni izvršnim, prinudno izvršiti na teritoriji zemlje priznanja. Tada govorimo o delimičnom ili parcijalnom priznanju i izvršenju strane sudske odluke, kako bi subjekti, koji imaju interesa, mogli obaviti neke poslove neophodne za potpuno izvršenje odluke, obzirom da se može očekivati da će doći do

¹⁰ Stojković S., *Obligacioni odnosi sa elementom inostranosti*, Beograd 1956, str. 8.

¹¹ Vuković Đ., *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka koje su sa njima izjednačene*, Banja Luka 1986, str. 375.

¹² *Ibidem*.

priznanja cele odluke, a ne samo nekih njenih delova. U pojedinim slučajevima, kod priznanja određenih stranih sudskih odluka, može se dozvoliti stranim subjektima postupanje na domaćoj teritoriji i pre nego što je završen postupak priznanja. No, to samo u izuzetnim slučajevima, u zavisnosti od predmeta na koji se strana odluka odnosi, kao i na osnovu odobrenja suda. Isto tako, postoje mišljenja o tome da se može priznati samo onaj deo odluke, koji ispunjava pretpostavke, dok će se drugi deo odbiti u postupku priznanja.¹³ No, postoje i drugačija mišljenja o celovitom priznanju strane sudske odluke.¹⁴

PRETPOSTAVKE ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE STRANIH SUDSKIH ODLUKA U ZAKONU O MPP

Pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka predviđene u Zakonu o MPP nećemo, na ovom mestu, deliti ni po jednom kriterijumu, već ih navodimo onako kako su definisane u zakonodavstvu. Te pretpostavke su sledeće:

1) strana sudska odluka mora biti pravosnažna i izvršna, o čemu mora da se podnese dokaz. Dokaz podnosi lice, koje i podnosi zahtev za priznanje strane sudske odluke. Time se dokazuje da strana sudska odluka ima klauzulu pravosnažnosti i izvršnosti po stranom pravu, po pravu zemlje, u kojoj je doneta. Znači, pravosnažnost i izvršnost strane sudske odluke se procenjuje po stranom pravu, pravu zemlje u kojoj je i doneta¹⁵. Mogu se priznavati i delimične presude i međupresude¹⁶;

2) strana sudska odluka se neće priznati, ukoliko ne postoji uzajamnost između domaće zemlje i zemlje porekla odluke. Priznaje se sadržinska komponenta uzajamnosti, a uvodi se i pretpostavka postojanja uzajamnosti. Ukoliko se sumnja u postojanje uzajamnosti, mišljenje o tome će se tražiti od nadležnog državnog organa, koji je nadležan za poslove pravosuđa, kako je i određeno u Zakonu o MPP¹⁷;

3) strana sudska odluka se neće priznati, ako u predmetu, koji predstavlja sadržinu te odluke, postoji isključiva nadležnost domaćeg suda ili drugog do-

¹³ Vuković Đ., nav. delo, str. 96.

¹⁴ Szaszy, *International Civil Procedure*, Budapest 1967, str. 557.

¹⁵ Čl. 87 Zakona o MPP.

¹⁶ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001, str. 523.

¹⁷ Čl. 92 Zakona o MPP.

maćeg organa. Isključiva nadležnost treba da bude izričito određena zakonom¹⁸. Svaka država ima interes da samo njeni sudovi rešavaju odnose u određenim pravnim stvarima. To su izuzetni slučajevi, u kojima se određuje isključiva sudska nadležnost i tada su jedino nadležni sudovi određene države. Samim tim, isključiva sudska nadležnost povlači za sobom nenadležnost sudova drugih država. Države ne mogu svojim normama određivati nadležnost sudova drugih zemalja, sem u slučajevima, kada ne priznaju odluke stranih sudova. Isto tako, isključiva sudska nadležnost isključuje mogućnost, da i strani sud, u istoj stvari, donese odluku i ne priznaje dejstvo ranije započete parnice. Osim toga, kod isključive nadležnosti ne priznaje se nadležnost stranog suda, ukoliko je ona određena na osnovu sporazuma stranaka¹⁹. U našoj zemlji, sud je nadležan u stvarima sa elementom inostranosti, ako je to određeno zakonom ili međunarodnim ugovorom ili kada nadležnost proizlazi iz odredaba, koje regulišu mesnu nadležnost našeg suda.²⁰ U članu 47. ZMPP se kaže da je isključiva nadležnost domaćih sudova izričito propisana tim zakonom ili nekim drugim saveznim zakonom;

4) strana sudska odluka se neće priznati, ako se dokaže da lice, protiv koga je ta odluka donesena, nije moglo da učestvuje u postupku zbog određenih procesnih nepravilnosti. Sud, u svakom konkretnom slučaju, utvrđuje te nepravilnosti u zavisnosti od stvari, o kojoj se odlučivalo. Isto tako, odluka o tome, da li je bilo nepravilnosti u postupku pred stranim sudom, zavisi i od toga, u kom svojstvu se navedeno lice pojavilo u postupku²¹. Kod primene ove pretpostavke, mogu se postaviti nekoliko važnih pitanja. Pre svega, da li se nepravilnost u postupku pred stranim sudom može tretirati isto kao nepravilnost u našem pravu, kao i da li se svaka nepravilnost može uzeti u obzir za nepriznavanje strane odluke? Jedno je sigurno da to mogu da budu samo bitne povrede postupka. Naravno, i ovakva konstatacija može izazvati nedoumice, obzirom da se mora definisati, po kom pravu će se definisati bitne povrede postupka²²;

5) strana sudska odluka se neće priznati, ako je u istoj stvari, odnosno po istom predmetu, već donesena pravosnažna odluka od strane domaćeg organa, odnosno, ako je po istoj stvari, već, priznata neka druga strana sudska odluka. To znači, da prvenstvo ima odluka, koja je ranije donesena u postupku pred domaćim organom, odnosno, da će prednost imati strana odluka, koja je ranije priz-

¹⁸ Čl. 89, st. 1. Zakona o MPP.

¹⁹ Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1989, str. 61.

²⁰ Član 27. Zakona o parničnom postupku.

²¹ Dika M., Knežević G., Stojanović S., *nav. delo*, str. 289.

²² Čl. 88, st. 1. Zakona o MPP.

nata. No, ovde se može postaviti pitanje, da li će ranije podneti zahtev za priznanje strane sudske odluke imati prednost, iako je ta odluka, za koju je podnesen zahtev za priznanje, doneta, u postupku pred stranim sudom, posle odluke, čije je priznanje odbijeno²³;

6) strana sudska odluka se neće priznati i u slučaju da je po istoj stvari, u toku postupak pred domaćim sudom, koji je ranije pokrenut. Naime, tada će sud zastati sa priznanjem strane sudske odluke do završetka postupka pred domaćim organom. Tek nakon završetka tog postupka, sud može doneti odluku o odbijanju priznanja, odnosno, može doneti odluku o priznanju, ukoliko se taj postupak ne okonča donošenjem meritorne odluke, zatim ukoliko se obustavi postupak i sl.²⁴ Kada govorimo o postupku pred domaćim sudom, koji odlučuje o istom predmetu, o kome je, već, donesena odluka od strane inostranog organa, moramo spomenuti i konkurentnu nadležnost, odnosno, slučajeve, kada se dva ili više sudova oglase nadležnim u jednom sporu²⁵;

7) strana sudska odluka se neće priznati, ukoliko je u suprotnosti sa javnim poretkom domaće zemlje. Definirati pravni poredak jedne zemlje nije lako. Javni poredak je u Zakonu o MPP definisan kao osnove društvenog uređenja. Sam pojam društveno uređenje je ostatak ranijeg poretka, koji je vladao u našoj zemlji. Bilo bi uputnije usvojiti pojam »pravni poredak« ili »javni poredak«. Javni poredak, inače, treba usko tumačiti, kako ne bi došlo do blokade u priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka, a samim tim i do razloga za nesaradnju u oblasti međunarodne pravne pomoći između država²⁶. Strane sudske odluke su odluke iz građanskopravne materije, tako da je i to jedan od razloga za oprezno korišćenje ove pretpostavke u materiji priznanja stranih sudskih odluka.

Ove pretpostavke su opšte i one se primenjuju kod priznanja svih stranih sudskih odluka, bez obzira u kom su predmetu donesene. Postoje i posebne pretpostavke, koje se odnose na odluke, koje regulišu lična stanja, odnosno status određenih lica²⁷. Sigurno je da se može govoriti o potrebi donošenja posebnih pretpostavki i za priznanje stranih sudskih odluka i iz drugih oblasti. Činjenica je da se i opšte pretpostavke mogu podeliti po raznim kriterijumima, kao što je podela na opšte pozitivne i opšte negativne pretpostavke²⁸.

²³ Čl. 90, st. 1. Zakona o MPP.

²⁴ Čl. 90, st. 2. Zakona o MPP.

²⁵ Cheshire G. C., North P. M., *Private International Law*, London, Butterworths 1979, str. 560.

²⁶ Čl. 91 Zakona o MPP.

²⁷ Članovi 93, 94, i 95. Zakona o MPP.

²⁸ Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2000, str. 125.

PRETPOSTAVKE ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE
STRANIH SUDSKIH ODLUKA U MAĐARSKOM
I ŠVAJCARSKOM ZAKONODAVSTVU

Posvetićemo pažnju pretpostavkama za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka koje su definisane u mađarskom i švajcarskom zakonodavstvu. Naime, želimo da pokažemo da se ova materija na različit način reguliše u ovim zemljama, tj. zakonodavstvima koja su, moramo reći, na uspešan način, regulisala ovu oblast.

Na prvom mestu, Mađarska Uredba sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu iz 1979. godine na sličan način, kao i Zakon o MPP, definiše pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Strane sudske odluke u mađarskom pravu neće biti priznate: 1) ako je priznanje u suprotnosti sa javnim poretom Mađarske; 2) ako je strani sud ili neki drugi strani organ, u pogledu stranke, na čiju je štetu odluka doneta, svoju nadležnost zasnovao na merilu koje strano pravo ne dozvoljava, kada se radi o sopstvenim fizičkim ili pravnim licima; 3) ako stranka, na čiju je štetu odluka doneta, nije učestvovala u postupku, niti lično, niti preko zastupnika, bilo zbog nepravilnosti postupka, bilo stoga što joj poziv nije bio dostavljen u mestu njenog prebivališta (ili sedišta) u Mađarskoj, odnosno što poziv nije bio dostavljen punomoćniku stranke, koga je ona odredila u mestu, gde se postupak vodio; 4) ako je mađarski sud ili neki drugi mađarski organ, u postupku između istih stranaka, ranije doneo pravosnažnu meritornu odluku povodom istog prava i na bazi istovetnih činjenica; i 5) ako je pre pokretanja postupka u stranoj zemlji, pred mađarskim sudom ili drugim mađarskim organom pokrenut postupak između istih stranaka, povodom istog prava i na bazi istovetnih činjenica²⁹.

Kad je u pitanju Švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. godine, on na drugačiji način definiše pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, razlikujući oblasti u kojima su te odluke donete. Npr. ako se strana odluka odnosi na predmet u vezi sa dejstvom porekla lica, tj. koja se tiču odnosa između roditelja i dece, tada će se strane odluke priznati u Švajcarskoj, ako su donete u državi redovnog boravišta deteta ili u državi prebivališta ili redovnog boravišta roditelja tuženika³⁰. Sa druge strane, ako su u pitanju strane odluke koje se odnose na stvarna prava, tada će se razlikovati strane odluke koje se odnose na nepokretnosti i koje se odnose na pokretne stvari. Ako se strane odluke odnose na nepokretnosti, tada će se one priznati u Švajcarskoj, ako su donete u državi u kojoj se nepokretnost nalazi, odnosno, ako su u toj

²⁹ Par. 73 Mađarske Uredbe.

³⁰ Član 84. Švajcarskog Saveznog zakona.

državi priznate. Ukoliko se, pak, strane odluke odnose na pokretne stvari, tada će se one priznati u Švajcarskoj, ako su donete u zemlji u kojoj se nalazi prebivalište tuženog ili ako su donete u državi u kojoj se pokretne stvari nalaze, ako tuženik u toj državi ima redovno boravište ili ako su donete u državi izabranog suda³¹.

Jedan od ključnih problema kod definisanja pretpostavki za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka odnosi se na pitanje da li treba definisati opšte uslove za sve strane odluke u građanskopravnim stvarima, kao što je to učinio naš, mađarski, tj. drugi zakonodavci ili treba definisati pojedine posebne pretpostavke za pojedine strane odluke u zavisnosti na koji predmet se one odnose, kao što je to učinio švajcarski zakonodavac. To pitanje se postavlja i u odnosu na akte EU.

PRETPOSTAVKE ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE STRANIH ODLUKA U AKTIMA EU

Priznanju i izvršenju stranih odluka posvećivala se velika pažnja u aktima EU u većem periodu. Od Briselske konvencije koja je doneta 1968. godine, do Konvencije o nadležnosti, priznanju i izvršenju stranih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koja je doneta 2009. godine prošlo je više od četiri decenije. Ono što je osnovni cilj regulisanja priznanja i izvršenja stranih odluka jeste olakšano priznanje, odnosno, automatsko priznanje, što je karakteristika zakonodavstva EU. Činjenica je da status strane odluke zavisi od odnosa jednog zakonodavstva prema priznanju i izvršenju. No, ukoliko se odrede pretpostavke koje će dovesti do lakog ili automatskog priznanja strane odluke, tada će se lako odrediti i dejstvo strane odluke.

Briselska (Luganska) Konvencija

U EU, materija priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka, regulisana je, najpre, Briselskom konvencijom o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968. godine³². Proširenjem EEZ, odnosno EU, svaka nova članica je pristupala ovoj Konvenciji. Briselska konven-

³¹ Član 108. Švajcarskog Saveznog zakona.

³² Obj. u OJ L 299, 31. 12. 1972, a prečišćen tekst u OJ C 027 26. 01. 1998.

cija je doneta na osnovu člana 220. (odnosno sada 293) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Dvadeset godina kasnije, zaključena je tzv. »paralelna« Luganska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (1988)³³, sa ciljem da se odredbe iz Briselske konvencije prošire i na zemlje članice Evropskog udruženja za slobodnu trgovinu (EFTA).³⁴ Briselska i Luganska konvencija su, skoro, identične po svojoj sadržini. Spomenućemo, samo, nekoliko pravila, koje predviđa Briselska konvencija, i to samo ona, koja se odnose na priznanje i izvršenje. U ovoj Konvenciji se određuje da se sudska odluka, koja je donosena u nekoj od država ugovornica, priznaje u drugim zemljama potpisnicama ove Konvencije, bez posebnog postupka u zemlji priznanja. Isto tako, ova Konvencija predviđa i razloge, zbog kojih se priznanje jedne sudske odluke može odbiti. Ti razlozi su sledeći: povreda javnog poretka države, u kojoj se sudska odluka priznaje, već donesena odluka u istoj stvari (*res iudicata*), nepoštovanje prava na odbranu, greške kod donošenja odluke o prethodnom pitanju, koje je statusne prirode; i povreda međunarodne nadležnosti.³⁵

Možemo reći da i Briselska konvencija primenjuje opšta pravila Međunarodnog privatnog prava za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Nećemo analizirati potrebu ovakvog regulisanja ove materije, već ćemo reći, da pojedine razloge treba usko tumačiti, odnosno, izuzetno primenjivati. To se, pre svega, odnosi na povredu javnog poretka i međunarodnu nadležnost. Kada je u pitanju nepoštovanje prava na odbranu, ovde se, naravno, misli na dostavljanje. Briselska konvencija pominje samo izvršnost, a ne i pravosnažnost. Znači, moguće je priznati odluku iz države članice (ugovornice), iako nije istekao rok za žalbu. Ali, ako je podnesena žalba protiv odluke, sud zemlje, u kojoj se traži priznanje, prekinuće postupak izvršenja.

Uredba Saveta EU o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima br. 44/2001

Uredba Saveta EU o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima br. 44/2001 (dalje: Uredba 44/2001) primenjuje se pred sudovima država članica na sve građanske i trgovačke stvari, osim

³³ Obj. u OJ L 319 25. 11. 1988.

³⁴ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., nav. delo, str. 502; Stanivuković M., Živković M., Međunarodno privatno pravo, Beograd 2004, str. 183.

³⁵ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., nav. delo, str. 551.

onih koji se odnose na: status i pravnu sposobnost fizičkih lica, imovinska prava koja proističu iz bračnog odnosa, testament i nasleđivanje, stečaj, socijalno osiguranje i arbitraža.³⁶ Uredba 44/2001 je zamenila Briselsku konvenciju. Neposredna svrha Uredbe 44/2001 jeste da se izvrši unifikacija normi Međunarodnog privatnog prava država članica koje se odnose na sudsku nadležnost u građanskim i trgovačkim stvarima vezanim za dve ili više država članica EU, kao i da se ubrza i pojednostavi priznanje i izvršenje sudskih odluka donetih u jednoj državi članici u drugim državama članicama.

Odredbe Uredbe 44/2001 o priznanju i izvršenju sudskih odluka skraćuju formalnost i ubrzavaju postupak priznanja i izvršenja. Odluka doneta u jednoj državi članici priznaje se u drugoj državi članici, bez potrebe da se o tome vodi poseban postupak. O priznanju se može odlučivati kao o glavnom ili kao o prethodnom pitanju³⁷, a razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja su taksativno nabrojani³⁸. Nadležnost suda koji je doneo odluku ne može se ponovo preispitivati pred sudom zemlje priznanja, osim ako je došlo do povrede isključive nadležnosti ili odredaba o nadležnosti u stvarima koje se tiču osiguranja ili potrošačkih ugovora. Kod preispitivanja nadležnosti, u ovim slučajevima, sud zemlje priznanja je vezan činjenicama koje je utvrdio sud države porekla odluke. Stranka koja zahteva priznanje ili izvršenje trebalo bi da podnese primerak presude koji ispunjava sve uslove za utvrđivanje verodostojnosti, kao i uverenje, koje sud države članice, u kojoj je odluka odneta, sastavlja po obrascu koji se nalazi u Aneksu Uredbe 44/2001, odnosno, u Prilogu V.³⁹ Podnošenje navedenog uverenja ima za cilj pružanje informacija o odluci čije se priznanje i izvršenje traži. Uverenje sadrži sledeće podatke o: državi porekla odluke; imenu i adresi suda koji je izdao navedeno uverenje, vrsti i sedištu suda koji je doneo odluku; datumu i broju sudske odluke; imenima stranaka; datumu dostavljanja tužbe, ako je doneta presuda na osnovu izostanka; imenima stranaka kojima je odobreno oslobađanje od plaćanja parničnih troškova; i potvrdi da je odluka izvršna.⁴⁰ Sud u državi priznanja i izvršenja može osloboditi stranku obaveze da podnese navedeno uverenje. Po ispunjenju ovih formalnosti, sud ili drugi nadležni organ oglašava presudu izvršnom, bez posebnog preispitivanja uslova za priznanje i izvršenje i bez prava

³⁶ Član 1. Uredbe 44/2001.

³⁷ Član 33. Uredbe 44/2001.

³⁸ Član 34. Uredbe 44/2001.

³⁹ Član 53. Uredbe 44/2001.

⁴⁰ Stanivuković M., *Regulativa saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC)*, časopis *Evropsko zakonodavstvo* br. 1/2002, Beograd 2002, str. 10.

stranke protiv koje se traži izvršenje da učestvuje u ovoj fazi postupka.⁴¹ Protiv ove odluke, bilo koja od stranaka, može da uloži žalbu u roku od jednog meseca od dana dostavljanja, tj. u roku od dva meseca, ako stranka, protiv koje se traži izvršenje, ima prebivalište u drugoj zemlji članici. Sud koji odlučuje po žalbi, može da ukine odluku o proglašavanju presude izvršnom, samo iz takstavno navedenih razloga, kojih je manje u odnosu na Briselsku konvenciju. Oni se odnose na: suprotnost javnom poretku; povredu prava na odbranu; *res iudicata*; i ograničenu mogućnost ispitivanja nadležnosti.⁴²

Pretpostavke koje su navedene u Uredbi 44/2001 su negativne, odnosno, ukoliko se ispune, priznanje odluke će se odbiti. Što se tiče samih pretpostavki, njih je manje u odnosu na Briselsku konvenciju, ali su navedene četiri pretpostavke predviđene i u navedenoj Konvenciji. Ono što se mora primetiti, odnosi se na drugačije definisanje povrede i ispitivanja nadležnosti. Isto tako, najvažniji akt kod priznanja stranih odluka, pored presude, je uverenje, koje mora biti sastavljeno po obrascu koji predviđa Uredba 44/2001, iako sud zemlje priznanja ne mora tražiti da se ovaj akt podnese.

Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima sa Protokolima

U EU je došlo do zaključenja Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima sa Protokolima (dalje: Konvencija) zbog posledica koje su nastupile u ekonomskoj oblasti, a u vezi sporazuma o slobodnoj trgovini koji su zaključeni između EU i pojedinih država članica Evropske asocijacije za slobodnu trgovinu. Prilikom donošenja Konvencije, uzeti su obzir sledeći akti:

- 1) Briselska konvencija od 27. septembra 1968. godine o nadležnosti i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, izmenjena i dopunjena pristupanjem ovoj Konvenciji od strane novih država članica EU;
- 2) Luganska konvencija od 16. septembra 1988. godine o nadležnosti i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima;

⁴¹ Stanivuković M., *Regulativa Saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC)*, Vodič kroz pravo Evropske unije, Beograd 2009, str. 126.

⁴² Stanivuković M., *nav. delo*, str. 11.

3) Uredba Saveta EU br. 44/2001 od 22. decembra 2000. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima; i

4) Sporazum između Evropske zajednice i Kraljevine Danske o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koji je potpisan u Briselu 19. oktobra 2005. godine⁴³.

Osnovni cilj donošenja ove Konvencije je proširenje primene principa navedenih u Uredbi 44/2001, kao i ojačanje pravne i ekonomske saradnje. Ova Konvencija će se primenjivati u građanskim i trgovačkim stvarima bez obzira na prirodu suda, tribunala, odnosno, drugog sudskog organa. Ona ne obuhvata sporove vezane za pitanja prihoda, carinska i administrativna pitanja. Konvencija se neće primenjivati na: 1) sporove vezane za status ili pravnu sposobnost fizičkih lica, prava na imovinu u bračnim odnosima, testament i pitanja sukcesije; 2) stečaj, postupke vezane za nelikvidnost preduzeća ili drugih pravnih lica i sl.; 3) sporove vezane za socijalno osiguranje; 4) arbitražu.

Sudske odluke u državi ugovornici Konvencije priznaju se u drugim državama, koje su vezane ovom Konvencijom, bez posebnih postupka, što znači, automatski⁴⁴. Priznanje strane odluke će se odbiti:

1) ako je takvo priznanje očigledno u suprotnosti sa javnim poretkom države u kojoj se traži priznanje;

2) ukoliko nije dostavljeno određeno pismeno optuženom, odnosno, odbrani. To su slučajevi kada je tim licima onemogućeno da organizuju svoju odbranu zbog nedostavljanja ili nepravilnog dostavljanja pismena u postupku;

3) ako je već doneta presuda između istih stranaka i u istom sporu u državi u kojoj treba da se prizna sudska odluka.⁴⁵

Sudska odluka koja je donesena u državi ugovornici i koja je izvršna u toj državi, primenjivaće se u drugoj državi koja je vezana Konvencijom, ako je na zahtev bilo koje strane proglašena izvršnom.⁴⁶ Konvencija još više olakšava priznanje stranih odluka u drugim državama članicama. To se odnosi i na smanjenje broja pretpostavki, zbog kojih će se strana odluka odbiti. Nije predviđena pretpostavka koja se odnosi na povredu nadležnosti.

Ova Konvencija ne prejudicira primenu od strane država članica EU Uredbe 44/2001, kao i bilo koje izmene i dopune istog, zatim Briselske konvencije, Protokola o tumačenju Briselske konvencije od strane Suda pravde Evropske za-

⁴³ Čolović V., Saradnja sudova i drugih organa u građanskim stvarima u pravu Evropske unije, Beograd 2009, str. 101.

⁴⁴ Član 33, st. 1. Konvencije.

⁴⁵ Član 34. Konvencije.

⁴⁶ Član 38, st. 1. Konvencije.

jednice od 3. juna 1971. godine, kao i, napred spomenutog, Sporazuma između Evropske zajednice i Kraljevine Danske.⁴⁷

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 805/2004 o uvođenju evropskog naloga za izvršenje nespornih potraživanja

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 805/2004 o uvođenju evropskog naloga za izvršenje nespornih potraživanja (dalje: Uredba 805/2004) sadrži odredbe o Evropskom nalogu za izvršenje. Presuda, koja ima potvrdu Evropskog naloga za izvršenje, doneta u zemlji članici, priznaće se u drugim zemljama članicama, bez donošenja akta o izvršnosti odluke, kao i bez mogućnosti protivljenja izvršenju.⁴⁸ Odluka, koja se odnosi na nesporno potraživanje imaće overu Evropskog naloga za izvršenje: ako je izvršna po pravu zemlje donošenja; ako nije u suprotnosti sa pravilima Uredbe 44/2001; ako sudski postupak u zemlji donošenja odluke ispunjava uslove po pravilima o minimalnim standardima Uredbe 805/2004; kao i ako je potraživanje nesporno u skladu sa definicijom iz člana 3. Uredbe 805/2004.⁴⁹ Izvršnost odluke po pravu zemlje donošenja iste je prvi uslov za izvršenje te odluke u drugoj zemlji članici. I Briselska konvencija je predviđala priznanje i izvršenje odluka, koje su izvršne, ali nisu pravosnažne. Može se postaviti jedno opšte pitanje svrhe ovakvog regulisanja, obzirom na mogućnost prekida postupka izvršenja, ako se u zemlji donošenja odluke podnese žalba. Ovako regulisanje može dovesti do odugovlačenja postupka izvršenja, ako se žalba ne prihvati, kao i do nedefinisanja prava poverilaca na naknadu štete u zemlji izvršenja. No, ovakvo regulisanje ima za cilj povećanje efikasnosti izvršenja stranih odluka, što se ne bi moglo postići priznanjem i izvršenjem i pravosnažne i izvršne odluke. S druge strane, kod Uredbe 805/2004 se radi o nespornim potraživanjima. Zahtev za izvršenje mora biti nesporan, što znači da su ispunjeni uslovi iz Uredbe 805/2004, koji se tiču, pre svega, odnosa dužnika prema odluci, kao i prema sudskom postupku, u kome je donesena ta odluka.

Ne može se uložiti pravni lek protiv izdavanja potvrde o Evropskom nalogu za izvršenje. Moguće je, umesto toga, tražiti poništaj potvrde ili povlačenje iste pred sudom zemlje donošenja odluke. Poništaj se može tražiti, ako postoji razlika između odluke i potvrde, a povlačenje, ako je potvrda izdata protivno odredbama Uredbe 805/2004. Za poništaj ili povlačenje navedene potvrde mero-

⁴⁷ Član 64, st. 1 Konvencije. Čolović V, nav. delo, str. 102–103.

⁴⁸ Član 5 Uredbe 805/2004.

⁴⁹ Član 6 Uredbe 805/2004.

davno je pravo iste zemlje.⁵⁰ Uredba 805/2004 predviđa i mogućnost delimičnog (parcijalnog) izvršenja, prema određenom dužniku ili određenim dužnicima, koji moraju da ispunjavaju uslove iz Uredbe 805/2004.⁵¹

Da bi se ispunili uslovi za izvršenje nespornih potraživanja, predviđeni su minimalni standardi za postupak izvršenja. Minimalni standardi su neophodan uslov za funkcionisanje ovog sistema. Minimalni standardi predviđaju šta treba da sadrži zahtev za izvršenje: imena i adrese stranaka (misli se i na poverioce i na dužnike); obavezno se navodi iznos zahteva za izvršenje; iznos kamate; izjava o zahtevu (razlozi, koji se odnose na postavljanje zahteva).⁵² Zahtev treba da sadrži i rok za izvršenje zahteva, kao i koje će posledice nastati, ako dođe do neispunjenja. Minimalni standardi predviđeni u Uredbi 805/2004 se odnose na dostavljanje naloga i drugih akata u vezi sa izvršenjem, s tim da se, pre svega, vodi računa o dužnikovim pravima.

Postupak zemlje donošenja odluke, mora biti u skladu sa Evropskim nalogom za izvršenje, odnosno, sa Uredbom 805/2004. Time se osiguravaju i dužnikova prava i u postupku donošenja odluke i u postupku izvršenja. Tu se misli na dostavljanje naloga dužniku, koje može biti izvršeno lično, s tim što je moguće da se dužnik sam potpiše na potvrdi o prijemu akta, kao i da se, umesto njega, potpiše ovlašćeno lice, koje bi konstatovalo, na toj potvrdi prijem dokumenta ili njegovo odbijanje. Takođe, moguće je dostaviti nalog i putem pošte, naravno uz potpis dužnika na potvrdi o prijemu, kao i elektronskom poštom.⁵³ Uredba 805/2004 predviđa slučajeve i kada se ne dostavlja dokaz odnosno potvrda o prijemu akta od strane dužnika.⁵⁴

Uredba 805/2004 je doprinela lakšem izvršenju navedenih odluka, jer je do njenog donošenja, poverilac morao da traži od suda, koji je doneo odluku, izdavanje javne potvrde, koja bi se odnosila na tu odluku. Taj akt, kao i kopiju odluke, poverilac je slao sudu druge zemlje članice. Sud druge zemlje članice je odlučivao, da li će ta odluka biti izvršna, naravno imajući u vidu da ta odluka ima isti status, kao i odluka doneta u domaćoj zemlji, tj. zemlji članici izvršenja.⁵⁵

⁵⁰ Živković M., *Regulativa Saveta (EZ) br. 85–2004 o stvaranju evropskog izvršnog naslova za nesporna potraživanja* od 21. aprila 2004. godine, *Evropsko zakonodavstvo* br. 9–10. 2004, Beograd 2004, str. 9.

⁵¹ *Ibidem*, član 8.

⁵² Haym A., *The European Enforcement Order for Uncontested Claims*, *International Legal News*, vol. 2, issue 2, December 28, 2005, [www. The Bulletin The European Enforcement Order for Uncontested Claims. htm](http://www.TheBulletinTheEuropeanEnforcementOrderforUncontestedClaims.htm).

⁵³ Član 13 Uredbe 805/2004.

⁵⁴ Član 14 Uredbe 805/2004.

⁵⁵ Haym A., *nav. delo*.

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br.1896/2006 o uvođenju postupka za Evropski nalog za plaćanje

Svrha Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o uvođenju postupka za nalog za plaćanje br. 1896/2006 (dalje: Uredba 1896/2006) je pojednostavljenje sudskih postupaka u vezi sa nespornim novčanim zahtevima, kao i slobodan protok Evropskih naloga za plaćanje u zemljama članicama uz uvođenje minimalnih standarda, bez posebnih postupaka za priznanje i izvršenje⁵⁶. Uredba 1896/2006 se odnosi na prava podnosioca zahteva ili tužioca, po čijem predlogu se izdaje Evropski nalog za plaćanje, kao i obaveznog lica ili tuženog, koji može prigovoriti nalogu i zahtevati ponovno ispitivanje istog ili platiti sumu.⁵⁷ Sud kome je dostavljen predlog za Evropski nalog za plaćanje će, što pre, proveriti da li predlog ispunjava uslove iz Uredbe 1896/2006, kao i da li je isti utemeljen. Sud to čini automatski⁵⁸. Ukoliko uslovi nisu ispunjeni, sud će podnosiocu zahteva dati mogućnost da kompletira ili ispravi zahtev. Sa druge strane, ako su uslovi iz Uredbe 1896/2006 ispunjeni samo za deo zahteva, sud će o tome obavestiti podnosioca. Sud će pozvati podnosioca zahteva da prihvati ili odbije predlog suda o iznosu Evropskog naloga za plaćanje, a, isto tako, obavestiće ga o posledicama njegove odluke. Ako podnosilac zahteva prihvati predlog, sud će izdati Evropski nalog za plaćanje. Ako podnosilac zahteva propusti rok da odgovori na predlog ili ako odbije predlog, sud će odbiti zahtev za izdavanje Evropskog naloga za plaćanje⁵⁹. Sud će odbiti izdavanje naloga, ako: nisu ispunjeni zahtevi iz Uredbe 1896/2006; zahtev nije utemeljen, odnosno nema osnov, podnosilac zahteva nije odgovorio u roku koji je odredio sud; i podnosilac zahteva odbije predlog suda, koji se odnosi na deo zahteva. Evropski nalog za plaćanje koji je postao izvršan u zemlji donošenja biće priznat i izvršen u drugoj zemlji članici bez posebnog objavljivanja izvršnosti i bez mogućnosti prigovora priznanju⁶⁰. Izvršenje će se sprovesti po pravu zemlje članice izvršenja. Evropski nalog za plaćanje koji je postao izvršan, izvršiće se pod istim uslovima, kao i odluke i drugi akti, koji su izvršni po pravu zemlje izvršenja naloga. Da bi se izvršenje sprovelo, podnosilac zahteva mora podneti kopiju Evropskog naloga za plaćanje i gde je potrebno, prevod naloga na službeni jezik zemlje članice izvršenja. Sud zemlje članice izvršenja Evropskog naloga za plaćanje odbiće izvršenje naloga, ako je on u sup-

⁵⁶ Član 1.a,b Uredbe 1896/2006.

⁵⁷ U tekstu se koriste termini podnosilac zahteva i obavezno lice, obzirom da se zahtev odnosi na novčano potraživanje, a i u Uredbi 1896/2006 su korišćeni navedeni pojmovi.

⁵⁸ Član 8. Uredbe 1896/2006.

⁵⁹ Član 10. Uredbe 1896/2006.

⁶⁰ Član 19. Uredbe 1896/2006.

rotnosti sa nekom ranijom odlukom ili naredbom donesenom u zemlji članici ili u nekoj trećoj zemlji. To se znači, odnosi na: raniju odluku, koja se odnosi na isto-
vetni predmet ili na iste stranke; ako je ranija odluka donesena u zemlji članici
izvršenja ili je ispunila uslove za priznanje u toj zemlji; i ako je o suprotnosti na-
vedenih odluka bilo moguće raspravljati u postupku u zemlji izdavanja naloga.
Izvršenje naloga će se odbiti i u slučaju da je obavezno lice platilo iznos iz nalo-
ga tužiocu⁶¹.

Osnovna funkcija Uredbe 1896/2006 odnosi se na primenu posebnih pravi-
la postupka izvršenja naloga za plaćanje po nespornim novčanim potraživanjima,
kojima se reguliše podnošenje dokumentacije, koji čine zahtev za izvršenje.

POTREBA ZA IZMENAMA I JASNIJIM DEFINISANJEM
PRETPOSTAVKI ZA PRIZNANJE I IZVRŠENJE
STRANIH SUDSKIH ODLUKA U ZAKONODAVSTVU
SRBIJE

Kad razmatramo mogućnost izmena ili smanjenja broja pretpostavki za
priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka koje su predviđene u Zakonu o MPP,
moramo imati u vidu dva pitanja. Prvo se odnosi na mogućnost regulisanja ove
materije, na isti način, kao i u pravu EU. To bi se odnosilo na definisanje lakšeg i
efikasnijeg priznanja stranih sudskih odluka, uz definisanje minimalnog broja
pretpostavki, a drugo se odnosi na mogućnost predviđanja posebnih pretpostavki
za pojedine odluke u zavisnosti od njihovog predmeta. Možemo odmah reći da je
vrlo teško ispuniti uslove navedene u ovim pitanjima. Razlozi za to su sledeći:

1) Kada bi se priznanje i izvršenje stranih odluka uredilo po ugledu na
Uredbu 44/2001, tada bi morali imati na umu da se, pretpostavke predviđene u
tom aktu, primenjuju na strane odluke donesene u građanskim i trgovinskim stva-
rima. Osim toga, u Uredbi 44/2001 je navedeno da se ona neće primenivati u od-
ređenim stvarima, o čemu je bilo reči. Isto se odnosi i kad je u pitanju
Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgo-
vačkim stvarima iz 2009. godine;

2) Kada su u pitanju druge dve Uredbe o kojima je bilo reči (Uredba
805/2004 i Uredba 1896/2006) mora se reći da se one odnose samo na lakše
izvršenje stranih odluka u drugoj zemlji članici, odnosno, na nesporna potraživa-
nja, što znači da bi uslove, navedene u tim Uredbama, mogli da primenjujemo sa-
mo na određene vrste stranih odluka, a rekli smo da se pretpostavke predviđene u

⁶¹ Član 22. Uredbe 1896/2006.

Zakonu o MPP odnose na sve vrste stranih odluka donesenih u privatnopravnim (građanskopravnim) odnosima; i

3) Posebne pretpostavke za pojedine građanskopravne odnose, u okviru kojih se donose odluke, veoma je teško definisati u jednom zakonskom aktu. Švajcarski zakonodavac je to učinio, ali se može dogoditi slučaj pravne praznine;

Intencija svakog zakonodavca, u oblasti Međunarodnog privatnog prava, je zaštita kako domaćeg javnog poretka i pravnog sistema, tako i pravnog sistema, uopšte. Zbog toga se, u zemljama koje prihvataju navedeni način kontrole stranih odluka, predviđaju pretpostavke koje se odnose, kao što smo rekli i na zaštitu javnog poretka i na zaštitu pravnog sistema. Pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih odluka predviđene u Zakonu o MPP možemo, upravo, podeliti i na taj način. Ono što se postavlja kao problem, odnosi se na tumačenje pojedinih pretpostavki, što, uvek, umanjuje efikasnost priznanja i izvršenja stranih odluka. To se odnosi na poštovanje javnog poretka zemlje priznanja, kao i na nepravilnost u postupku pred stranim sudom. No, kad je u pitanju efikasnost u ovoj oblasti, moramo imati u vidu da se problem pojavljuje i u postupku priznanja i izvršenja stranih odluka. Sud bi, u svakom slučaju, morao da vodi računa o činjenici, da se ne može svaka strana sudska odluka tretirati na isti način u postupku provere da li ispunjava zakonom propisane uslove, odnosno pretpostavke. Ali, određene pretpostavke se mogu prilagoditi pojedinim stranim sudskim odlukama iz posebnih oblasti građanskog prava, kada se za to ukaže potreba. Na koji način će sud primenjivati i tumačiti pojedine pretpostavke u odnosu na sadržinu strane sudske odluke, zavisi od predmeta, na koji se ta odluka odnosi.

Na kraju, predlažemo da se, bez obzira na budući status naše države u EU, razmišlja o definisanju i zakonskom regulisanju pojedinih pretpostavki u specifičnim oblastima, kao što su npr. porodičnopravni, bračni ili naslednopravni odnosi, imajući u vidu prirodu tih odnosa kao i njihovu različitost u odnosu na druge građanskopravne odnose.

VLADIMIR ČOLOVIĆ, LL.D.,
Senior Research Associate,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

ASSUMPTIONS FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT
OF FOREIGN COURT DECISIONS IN THE EUROPEAN
UNION ACTS

Summary

Speaking about effects of foreign decisions in the local territory, one of the questions arises, related to the assumptions that the foreign decision must meet, to be recognized and enforced in domestic country, i.e. the country of recognition. The Act of Private International Law of the Republic of Serbia defines nine assumptions for the recognition and enforcement of foreign court decisions. But, here is the question of the necessity of the existence of all assumptions, because of pursuit for the efficient recognition and enforcement of foreign decisions. The EU laws regulate this matter widely in their acts. Previously, this matter was regulated by the 1968 Brussels Convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Now, the assumptions for the recognition of foreign decisions are found in following EU acts: 1. Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on the jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; 2. Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – Protocols; 3. Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims; and 4. Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure.

The author pays attention to provisions of these acts, as well as to bringing into accord domestic law with the rules that are defined not only in the EU law, but in some national legislations as well.

JELENA ČERANIĆ

MEHANIZAM BLIŽE SARADNJE – OD UGOVORA IZ AMSTERDAMA DO UGOVORA IZ LISABONA

U V O D

Broj država članica evropske konstrukcije se tokom godina sukcesivno povećavao i jedna sektorska zajednica, koju je u početku činilo šest zemalja zapadne Evrope, prerasla je u Uniju od dvadeset sedam država članica. Vremenom su, sa priključenjem novih država članica, razlike između država postajale sve veće, pre svega u pogledu stepena razvoja. Osim toga, saradnja između država članica ostvarena je u najrazličitijim segmentima privrede i društva, a ne samo u ekonomskoj sferi kako je prvobitno bilo predviđeno.

Budući da je evropska konstrukcija prerasla u veći i složeniji entitet u odnosu na prvobitnu zamisao, moralo se odstupiti od određenih postulata na kojima se nekada insistiralo. Jedan od njih je princip jednakosti i jedinstva država članica, koji je decenijama predstavljao jedan od temelja evropske konstrukcije. Na osnovu ovog principa sve države članice učestvuju jednoobrazno u razvoju svih politika Unije. Međutim, usled povećanja broja država članica i heterogenosti Unije, danas je gotovo nemoguće zamisliti da sve zemlje napreduju istim ritmom. S jedne strane, pojedine države članice ne mogu, jer nisu na odgovarajućem stepenu razvoja, a s druge strane, neke, iako mogu, ne žele da učestvuju u razvoju određenih politika.

Dr Jelena Čeranić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

Dakle, pojavila se dilema, tj. antagonizam između proširenja Unije i produbljivanja saradnje. Polazeći od osnovne premise da se, usled rastuće heterogenosti u okviru Evropske unije, princip jednakosti i jedinstva mora napustiti, postavlja se pitanje kako omogućiti da se Evropska unija širi i pod svoje okrilje prihvata nove države članice koje su na različitom stepenu razvoja, s jedne strane, i da istovremeno »starije« članice ne čekaju, već produbljuju integracije i razvijaju saradnju u novim oblastima, s druge strane. Drugim rečima, da li je moguće pomiriti ove dve, naizgled suprotne tendencije sa kojima se Unija suočava danas?

Da bi Evropska unija, koju čini dvadeset sedam zemalja, nastavila da napreduje i produbljuje integracije, koncept jednakosti i jedinstva država članica morao je ustupiti mesto konceptu diferenciranosti (fleksibilnosti). Pod fleksibilnošću komunitarnog prava se podrazumeva mogućnost da se države članice nalaze u različitom položaju u pogledu opsega prava i obaveza u okviru određenih politika Unije. Dakle, na osnovu ovog koncepta svaka država članica Evropske unije ima mogućnost da produbljuje integracije svojim sopstvenim ritmom.

Inače, veoma je zanimljivo da postoji čitava paleta veoma slikovitih izraza koji se koriste kako bi se dočarao koncept diferencirane integracije, tj. ideja o povezivanju i uspostavljanju različitih oblika saradnje između užeg kruga država članica unutar Evropske unije. Najpoznatiji među njima su: Evropa promenljive geometrije, Evropa u više brzina, Evropa na više nivoa ili spratova, tvrdo jezgro, avangarda, koncentrični krugovi, grupa pionira, centar gravitacije itd.

Koncept diferencirane integracije unutar Evropske unije po prvi put je institucionalizovan 1997. godine Ugovorom iz Amsterdama. U Osnivačke ugovore unete odredbe o bližoj saradnji kao mehanizmu koji omogućuje da se određeni broj država članica EU povezuje između sebe i unapređuje saradnju u nekoj od politika Unije. Tekst Ugovora sadrži opšte odredbe o bližoj saradnji¹, kao i dve posebne odredbe koje su se odnosile samo na 1. i 3. stub EU. Nekoliko godina kasnije, Ugovorom iz Nice, izmenjeni su, tj. ublaženi uslovi, za uspostavljanje bliže saradnje u prvom² i trećem stubu³. Takođe je omogućeno pokretanje bliže saradnje u okviru drugog stuba EU, ali samo u oblasti spoljne politike, ne i u oblasti odbrane.⁴

U poslednjih nekoliko godina naglo je povećan broj država članica EU. Od stupanja na snagu Ugovora iz Nice, 1. februara 2003. godine, do stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, 1. decembra 2009. godine, Uniji je pristupilo dvanaest

¹ Čl. 43–45 Ugovora EU.

² Čl. 11 Ugovora EZ.

³ Čl. 40 Ugovora EU.

⁴ Čl. 27 Ugovora EU.

novih zemalja. S obzirom na novonastale okolnosti u Evropskoj uniji, Ugovorom iz Lisabona predviđena je reforma mehanizma bliže saradnje.

U prvom delu rada biće predstavljen mehanizam bliže saradnje do stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, tj. odredbe o bližoj saradnji predviđene Ugovorom iz Amsterdama i izmenjene i dopunjene Ugovorom iz Nice. Drugi deo rada biće posvećen novinama koje sadrži Ugovor iz Lisabona vezano za mehanizam bliže saradnje.

MEHANIZAM BLIŽE SARADNJE DO STUPANJA NA SNAGU UGOVORA IZ LISABONA

S obzirom na heterogenost sastava Evropske unije i sukcesivno povećanje broja država članica, one nisu u mogućnosti da ujednačeno napreduju, tj. da produbljuju integracije istim ritmom. Stoga se koncept diferencirane integracije, tj. mehanizam bliže saradnje, posmatra kao neophodan instrument za dalji razvoj Unije.

U okviru prvog dela rada, najpre će biti razmotrene odredbe o bližoj saradnji na osnovu Ugovora iz Amsterdama, kojim je po prvi put predviđen mehanizam bliže saradnje kao Ugovorima institucionalizovan oblik diferencirane integracije. Nakon toga, biće ispitane izmene i dopune ovih odredbi predviđene Ugovorom iz Nice.

Bliža saradnja na osnovu Ugovora iz Amsterdama

Ugovorom iz Amsterdama je, po prvi put od nastanka evropske konstrukcije, predviđen mehanizam bliže saradnje kao institucionalizovani oblik koncepta diferenciranosti. Ugovor sadrži dve grupe uslova za pokretanje bliže saradnje: uslove koji se tiču samog postupka pokretanja (formalni uslovi) i uslove koji se tiču sadržine saradnje (materijalni uslovi). Na osnovu odredbi Ugovora, države članice, ukoliko ispune ove uslove mogu koristiti institucije, postupke i mehanizme predviđene Ugovorima u cilju produbljivanja integracija u nekoj od politika Zajednice ili Unije. Za pokretanje mehanizma bliže saradnje bilo je potrebno da u saradnji učestvuje najmanje polovina država članica Evropske unije. Ugovorom iz Amsterdama bilo je predviđeno da se bližoj saradnji može pribeći samo kao »poslednjem sredstvu«, tj. kada se primenom postupaka predviđenim Ugovorima ne mogu ostvariti ciljevi Unije. Dakle, uslov »poslednje sredstvo« odražavao je supsidijarni karakter bliže saradnje u odnosu na aktivnosti u kojima

učestvuju sve države članice.⁵ Budući da su države članice morale najpre da dokažu neuspeh klasičnih postupaka, rešenje predviđeno ovim ugovorom bi se šematski moglo predstaviti na sledeći način: prvo Komisija predloži određenu meru, zatim Savet diskutuje i glasa o toj meri, pa ukoliko, nakon glasanja, mera nije usvojena, pravne službe u Savetu konstatuju da se pristupilo glasanju i da je mera odbačena. Tek tada se smatra da je uslov »poslednje sredstvo« ispunjen.⁶ S obzirom na brojne kritike izrečen na račun ovog uslova, on je redefinisao Ugovorom iz Nice. Inače, odluku o pokretanju bliže saradnje, na predlog Komisije, donosio je Savet kvalifikovanom većinom. Ugovorom iz Amsterdama je bila predviđena mogućnost stavljanja veta na pokretanje bliže saradnje. Naime, jedna država članica koja se ne slaže sa pokretanjem bliže saradnje, mogla je, uz odgovarajuće obrazloženje, da onemogući, tj. blokira uspostavljanje saradnje u potpunosti.

Što se tiče načina formiranja kruga država koje pokreću bližu saradnju, redaktori Ugovora iz Amsterdama zalagali su se za princip bezuslovne otvorenosti bliže saradnje. Prema ovom principu države članice mogu učestvovati u bližoj saradnji bez obaveze da ispune bilo kakve prethodne uslove. Princip bezuslovne otvorenosti ima i pozitivne i negativne posledice. S jedne strane, zahvaljujući konceptu bezuslovne otvorenosti, bliža saradnja ne može da se pretvori u tzv. klub bogatih i egoističnih država članica ili hegemonističko jezgro u okviru Evropske unije.⁷ Međutim, s druge strane, upravo bezuslovna otvorenost saradnje je potencijalno opasna i može prouzrokovati slabljenje saradnje. Štaviše, može dovesti do odluke zainteresovanih država da otpočnu saradnju van institucionalnog okvira Unije. Imajući u vidu da je mehanizam bliže saradnje uveden, između ostalog, upravo da bi se izbeglo povezivanje i saradnja država članica van pravnog okvira Unije, princip bezuslovne otvorenosti ne predstavlja optimalno rešenje za razvoj mehanizma bliže saradnje.

Budući da su uslovi za otpočinjanje bliže saradnje, predviđeni Ugovorom iz Amsterdama, bili brojni i izuzetno strogi, već na samom početku bilo je jasno da će teško doći do primene ovih odredbi u praksi. Ipak, sama činjenica da je princip diferenciranosti prihvaćen, predstavljala je značaj korak na putu uspostavljanja koncepta diferencirane integracije u okviru Evropske unije. Jedan deo doktrine smatra da je zapravo proces institucionalizacije diferenciranosti za-

⁵ H. Bribosia, »Les coopérations renforcées et nouvelles formes de flexibilité en matière de défense dans la Constitution européenne«, *Revue du Droit de l'Union européenne* 4/2004, 671.

⁶ F. Fines, »La réforme des coopérations renforcées«, *Revue des affaires européennes* 4/2000, 364.

⁷ E. Philippart, »Un nouveau mécanisme de coopération renforcée pour l'Union européenne élargie«, http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Etud22-fr.pdf, 5. juli 2010.

mišljen u dve etape. Cilj prve etape bio je da se u Evropskoj uniji prihvati sam koncept diferencirane integracije (što je ugovorom iz Amsterdama i postignuto), dok je usvajanje odredbi o bližoj saradnji koje bi bile primenljive u praksi, bilo predviđeno za drugu etapu.⁸

Kada je reč o finansiranju bliže saradnje, na osnovu Ugovora iz Amsterdama, troškove koji nastaju realizacijom saradnje, osim administrativnih troškova koji se odnose na same institucije, snose države članice koje učestvuju u saradnji, osim ukoliko Savet jednoglasno i nakon konsultacija Evropskog parlamenta ne odluči drugačije.⁹

Inače, Ugovorom iz Amsterdama institucionalizovan je i veliki broj pojedinačnih primera diferencirane integracije. Upravo zahvaljujući mogućnosti pribegavanja fleksibilnosti, u smislu različitog položaja država članica u pogledu opsega prava i obaveza u nekoj od politika Unije, Ugovorom iz Amsterdama ostvaren je veliki napredak u različitim oblastima. Moglo bi se čak reći da institucionalizacija diferenciranosti predstavlja ključni doprinos Ugovora iz Amsterdama uopšte. Naime, tzv. komunitarizacija jednog dela 3. stuba EU (odredbe koje se tiču viza, azila, imigracije i slobode kretanja lica) realizovana je upravo zahvaljujući konceptu fleksibilnosti. Primenom ovog koncepta dodeljene su klauzule o izlasku Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj¹⁰, kao i Danskoj¹¹. Isto tako, uključenje tekovina Šengena u pravni poredak EU ostvareno je tako što su Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska dobile pravo da ne budu vezane tekovinama Šengena¹², a komunitarizacija tekovina Šengena je bila moguća samo zahvaljujući klauzuli o izlasku (*opting-out*) u korist Danske¹³. Takode, Ugovorom iz Amsterdama ustanovljen je još jedan, drugačiji vid fleksibilnosti, tačnije predviđeno je da konvencije mogu da stupaju na snagu iako ih nisu ratifikovale sve države.¹⁴

U to vreme, i u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike (2. stub EU), diferenciranost je počinjala da uzima maha. Najpre je mogućnost da ne učestvuje u domenu odbrane, koju je na Evropskom savetu u Edinburgu dobila Danska¹⁵, potvrđena Ugovorom iz Amsterdama. Zatim, uveden je mehanizam

⁸ H. Labayale, »Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées«, Europe 1/1998, 4–7.

⁹ Čl. 44 Ugovora EU.

¹⁰ Protokol broj 4 o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske.

¹¹ Protokol broj 5 o položaju Danske, prvi deo.

¹² Protokol broj 2 o integraciji tekovina Šengena u Evropsku uniju.

¹³ Protokol broj 2 o integraciji tekovina Šengena u Evropsku uniju (čl. 3) i Protokol broj 5 o položaju Danske (član 5).

¹⁴ Čl. 34. st. 2. Ugovora EU.

¹⁵ Protokol broj 5 o položaju Danske, drugi deo.

konstruktivnog uzdržavanja¹⁶, kao neka vrsta kompenzacije za nepostojanje posebne odredbe o bližoj saradnji u okviru 2. stuba EU. Mehanizam konstruktivnog uzdržavanja omogućava da kada se odlučuje o određenom pitanju za koje je, u načelu, potrebna saglasnost svih država članica, odluka može da bude doneta i ukoliko se neka država članica ne slaže sa tom odlukom. Naime, zemlja koja ne želi da glasa za usvajanje oduke, formalno se izjašnjava da je uzdržana, precizirajući da ona odluku neće primenjivati, ali da prihvata da se Unija obaveže i da se odluka primenjuje u ostalim državama članicama.

Dakle, Ugovorom iz Amsterdama je institucionalizovan koncept diferenciranosti u vidu odredbi o bližoj saradnji i povećan broj pojedinačnih oblika diferencirane integracije. U tom smislu, stupanje na snagu Ugovora iz Amsterdama smatra se veoma značajnim datumom u istoriji razvoja koncepta diferenciranosti u Evropskoj uniji.

Bliža saradnja na osnovu Ugovora iz Nice

Preliminarni razgovori uoči konferencije 2000. godine u Nici svedoče da je koncept diferencirane integracije, predviđen Ugovorom iz Amsterdama, u potpunosti prihvaćen u Evropskoj uniji. Naime, prihvatljivost mehanizma bliže saradnje više se uopšte nije postavljala kao pitanje, već je centralna tema bila primenljivost i dostupnost ovog mehanizma. Predlagano je da se ukine odredba prema kojoj jedna država može da stavi veto na pokretanje bliže saradnje. Komisija se pozitivno izrazila o ovom predlogu i sugerisala, između ostalog, da minimalni broj zemalja za pokretanje bliže saradnje ne bude određenom nominalno, već procentualno, tj. da bude fiksiran na jednu trećinu država članica. Komisija se takođe zalagala da se omogući pokretanje bliže saradnje i u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike (2. stub EU).

Na konferenciji 2000. godine, tema diferencirane integracije bila je u centru pažnje, pre svega zahvaljujući nemačkom ministru spoljnih poslova, Joški Fišeru (*Joschka Fischer*). Njegov nastup na Humboldt Univerzitetu u Berlinu (*Humboldt-Universität*) izazvao je veliko interesovanje evropske javnosti.¹⁷ Tom prilikom nemački ministar spoljnih poslova predložio je da Evropska unija jednog dana, kada za to dođe vreme, preraste u Evropsku federaciju koja bi imala ustav, vladu i dvodomni parlament. Razvoj bliže saradnje i stvaranje centra rav-

¹⁶ Čl. 23. st. 1. Ugovora EU.

¹⁷ J. Fischer, »De la Confédération à la Fédération, Reflexions sur la finalité de l'intégration européenne«, *Agence Europe* 7716/ 2000, 3.

noteže predstavljali bi prethodne etape na putu ka realizaciji ovog cilja. Centar ravnoteže činilo bi nekoliko država koje bi sklopile Evropski osnivački ugovor i uspostavile sopstvene institucije, vladu, jak parlament i predsednika izabranog na direktnim izborima. Ovakav centar trebalo bi da ima sve elemente jedne buduće federacije i predstavljao bi centar evropske konstrukcije.

Kao odgovor na nemački predlog, tadašnji predsednik Francuske, Žak Širak (*Jacques Chirac*), predstavio je ideju o osnivanju grupe pionira.¹⁸ Suprotno tvrdom jezgru i centru ravnoteže, sastav te grupe nije određen unapred. Članove grupe pionira činile bi one države članice koje, u datom trenutku, učestvuju u svim postojećim bližim saradnjama.

Ugovorom potpisanim u Nici, 26. februara 2001. godine, pojednostavljen je mehanizam bliže saradnje. Ukinuto je pravo veta, a minimalni broj učesnika za pokretanje bliže saradnje je smanjen. S obzirom na neslaganje pojedinih država članica sa predlogom Komisije, prema kome je za uspostavljanje bliže saradnje potrebna je jedna trećina država članica, Ugovorom iz Nice predviđeno je kompromisno rešenje. Za pokretanje bliže saradnje neophodno je da u saradnji učestvuje najmanje osam država članica Unije. Takođe, ovim ugovorom je omogućeno pokretanje bliže saradnje u 2. stubu EU, ali samo u oblasti spoljne politike, izuzimajući pitanja koja imaju vojne ili odbrambene implikacije.

Ugovorom iz Amsterdama, za pokretanje bliže saradnje, morao je biti ispunjen uslov »poslednje sredstvo«. S obzirom na sve negativne aspekte formulacije ovog uslova, on je izmenjen Ugovorom iz Nice. Predviđeno je da se bliža saradnja može započeti onda kada je u okviru Saveta utvrđeno da ciljevi takve saradnje ne mogu biti realizovani u razumnom vremenskom roku, primenom odgovarajućih odredbi Ugovora.¹⁹

Uprkos kritikama iznesenim na račun principa bezuslovne otvorenosti bliže saradnje, ova odredba Ugovora iz Amsterdama nije izmenjena Ugovorom iz Nice. Dakle, i dalje je bilo predviđeno da državama, koje su zainteresovane da od samog početka pristupe bližoj saradnji, učešće u saradnji ne može biti uslovljeno ispunjenjem određenih uslova. Zanimljivo je da kada je reč o državama koje nisu inicijalno bile uključene u saradnju, njima se kao uslov za priključenje bližoj saradnji, može nametnuti ispunjenje određenih, objektivnih uslova.

Kada je reč o finansiranju bliže saradnje, Ugovorom iz Nice je, kao i Ugovorom iz Amsterdama, propisano da troškove koji nastaju realizacijom saradnje, osim administrativnih troškova koji se odnose na same institucije, snose države članice koje učestvuju u saradnji, osim ukoliko Savet jednoglasno i nakon konsultacija Evropskog parlamenta ne odluči drugačije. Ovakva odredba bila je

¹⁸ J. Chirac, »Pour une Constitution européenne«, *Le Monde*, 27 juin 2000, 3.

¹⁹ Čl. 43 A Ugovora EU.

predmet oštih kritika i izazvala veoma negativne reakcije jednog dela stručne javnosti. Predlagano je da Unija snosi i ne-administrativne troškove, a ne samo administrativne troškove bliže saradnje.

MEHANIZAM BLIŽE SARADNJE NA OSNOVU UGOVORA IZ LISABONA

Mehanizam bliže saradnje, na način predviđen Ugovorom iz Nice, nije bio optimalni okvir za unapređenje saradnje i produbljivanje integracija među državama članicama. S jedne strane, ovaj mehanizam nije bio usklađen sa novonastalim okolnostima u Uniji (sa povećanjem broja država članica), a s druge strane, uslovi za njegovo pokretanje bili su izuzetno strogi. S tim u vezi, bilo je neophodno izvršiti reformu mehanizma bliže saradnje u smislu pojednostavljenja uslova za pokretanje i prilagođavanja uslova novonastaloj situaciji u Evropskoj uniji.

Na Evropskom savetu u Lakenu 14. i 15. decembra 2001. godine, usvojena je Deklaracija o budućnosti Evropske unije i sastavljena Konvencija, kojom je predsedavao nekadašnji francuski predsednik Valeri Žiskar de Stang (*Valery Giscard d'Estaing*).²⁰ Zadatak Konvencije bio je da razmotri probleme koji usporavaju razvoj evropske konstrukcije i predloži reforme pravnog sistema Evropske unije. Članovi Konvencije su svoje vizije o budućem ustrojstvu Unije uobličili u Predlog o ugovora o ustavu Evropske unije. Pitanju bliže saradnje bilo je posvećeno prilično pažnje. Naime, predviđeno je pojednostavljenje uslova za pokretanje ovog mehanizma, kao i mogućnost uspostavljanja bliže saradnje u oblasti zajedničke odbrane.

Iako je Predlog ustava EU doživeo neuspeh (nakon što je odbačen na referendumu u Francuskoj i Holandiji), značaj reforme odredbi o bližoj saradnji bio je nesporan. O tome najbolje svedoči činjenica da su odredbe o bližoj saradnji predviđene tekstom Ustava, gotovo u potpunosti preuzete Ugovorom iz Lisabona.

Ugovor iz Lisabona potpisan je 13. decembra 2007. godine u prestonici Portugala. Da bi ovaj ugovor stupio na snagu, moralo ga je ratifikovati svih dvadeset sedam država članica EU. Budući da se u pojedinim zemljama postupak ratifikacije odužio (pre svega u Irskoj, Poljskoj i Češkoj), Ugovor iz Lisabona je stupio na snagu tek 1. decembra 2009. godine.

²⁰ Conseil européen de Laeken, Conclusions de la présidence, *Bull EU* 12/ 2001.

Ugovor iz Lisabona sadrži određeni broj novina kada je reč o mehanizmu bliže saradnje. Najvažnije su one koje se tiču pojednostavljenja uslova za pokretanje bliže saradnje. Kako bi ovaj mehanizam mogao da se primeni u praksi, smanjen je broj država članica potreban za pokretanje bliže saradnje. Što se tiče stepena otvorenosti bliže saradnje, predviđeno je da princip bezuslovne otvorenosti ustupa mesto principu uslovne otvorenosti, drugim rečima učešće u bližoj saradnji od samog početka, tj. od pokretanja saradnje, može biti uslovljeno ispunjenjem određenih kriterijuma. Takođe je, po prvi put, predviđena mogućnost pokretanja bliže saradnje u oblasti odbrane. Uvedena je i tzv. permanentna struktuirana saradnja, koje se u nekim aspektima razlikuje od mehanizma bliže saradnje.

U drugom delu rada, najpre će biti analizirane odredbe Ugovora iz Lisabona kojima se pojednostavljaju uslovi za pokretanje bliže saradnje. Nakon toga, biće ispitana permanentna struktuirana saradnja kao novi vid saradnje užeg broja država članica u oblasti odbrane.

Pojednostavljenje uslova za pokretanje bliže saradnje

Ugovorom iz Lisabona izmenjene su i dopunjene odredbe o bližoj saradnji predviđene Ugovorom iz Nice. Iako se zapravo radi o izmenama i dopunama skromnijeg obima, one su veoma značajne za pokretanje ovog mehanizma. Ugovorom iz Lisabona predviđena je jedna formalna (strukturna) i niz sadržinskih izmena.

Izmena formalne prirode tiče se samog mesta odredbi o bližoj saradnji u okviru Ugovora. Naime, kao jedan od većih nedostataka Ugovora iz Nice, često se navodi činjenica da odredbe koje se tiču ovog mehanizma nisu bile grupisane na jednom mestu, već su bile rasute, tj. nalazile su se u različitim delovima Ugovora. Predviđene su opšte odredbe o bližoj saradnji, zajedničke za sva tri stuba, kao i pojedinačne odredbe za svaki od stubova.²¹ Ovakva organizaciona struktura propisa o bližoj saradnji umanjivala je transparentnost uslova za pokretanje saradnje i samim time usložnjavala pokretanje jednog, ionako kompleksnog, meha-

²¹ Opštim odredbama o bližoj saradnji bio je posvećen naslov VII Ugovora EU (članovi 43 do 45). Propisi o pokretanju bliže saradnje u okviru 1. stuba EU (tzv. komunitarnog stuba) nalazili su se u članu 11 Ugovora EZ. Bliža saradnja u okviru 3. stuba EU (Policajska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima) bila je predviđena članom 40 Ugovora EU. Što se tiče pokretanja bliže saradnje u okviru 2. stuba EU (Spoljna politika i zajednička bezbednost), Ugovorom iz Nice bila je dozvoljena bliža saradnja samo u oblasti spoljne politike (član 27 Ugovora EU). Pitanja koja imaju vojne ili odbrambene implikacije nisu mogla biti obuhvaćena saradnjom.

nizma. Zahvaljujući ukidanju strukture zasnovane na stubovima, Ugovorom iz Lisabona pojednostavljena je i organizacija odredbi o bližoj saradnji, tj. sve odredbe o bližoj saradnji grupisane su na jednom mestu. Za pokretanje saradnje u oblastima koje su nekada spadale u materiju 1. i 3. stuba EU, predviđena su identična pravila, dok je u okviru nekadašnjeg 2. stuba EU postupak malo drugačiji.

Kada je reč o sadržinskim izmenama, Ugovor iz Lisabona sadrži niz novina u odnosu na Ugovor iz Nice. Kao najznačajnije izdvajaju se: izmenjeni broj država neophodan za pokretanje bliže saradnje, nepostojanje »uslova poslednje sredstvo«, uspostavljanje principa uslovne otvorenosti prilikom pokretanja bliže saradnje, jačanje uloge Evropskog parlamenta, postupak pokretanja bliže saradnje u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike, olakšanje uspostavljanja saradnje u okviru prostora slobode, bezbednosti i pravde, način finansiranja bliže saradnje itd.

Na osnovu Ugovora iz Lisabona bližu saradnju, pod uslovom da u noj učestvuje najmanje devet država članica, odobrava Savet, kao poslednja instanca, pošto je utvrdio da se ciljevi, postavljeni u okviru ove saradnje, ne mogu ostvariti u okviru Evropske unije kao celine.²² Dakle, ova odredba Ugovora iz Lisabona sadrži dve ključne izmene u odnosu na Ugovor iz Nice.

S jedne strane, Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da najmanje devet država članica mora učestvovati u bližoj saradnji. Imajući u vidu da se u sastavu Unije trenutno nalazi dvadeset sedam država članica, devet država predstavlja samo jednu trećinu članstva. Dakle, kada je reč o minimalnom pragu učešća, Ugovor iz Lisabona je blaži u odnosu na Ugovor iz Nice. Naime, Ugovorom iz Nice predviđeno je da je za pokretanje bliže saradnje neophodno učešće najmanje osam zemalja. Iako u ovom trenutku osam država predstavlja manje od jedne trećine članstva, u vreme kada je Ugovor iz Nice stupio na snagu, Unija je imala petnaest zemalja u svom sastavu, tako da je broj od osam država, predstavljao više od polovine ukupnog članstva.

S druge strane, uslov »poslednje sredstvo«, predviđen Ugovorom iz Amsterdama i ublažen Ugovorom iz Nice, više se ne pominje. Na osnovu Ugovora iz Lisabona dovoljno je da Savet, kao poslednja instanca, utvrdi da se ciljevi postavljeni u okviru saradnje ne mogu, u razumnom roku, ostvariti unutar Unije kao celine. Države članice koje žele međusobno da uspostave bližu saradnju, u nekoj od oblasti koje su u nadležnosti Unije (sa izuzetkom oblasti ekskluzivnih nadležnosti i Zajedničke spoljne i bezbednosne politike), podnose zahtev Komisiji u kojem preciziraju oblast u kojoj žele da ostvare bližu saradnju i ciljeve koje žele da postignu. Komisija može, u vezi sa tim, da dostavi odgovarajući predlog Savetu. Ako Komisija takav predlog ne dostavi, ona o razlozima nedostavljanja

²² Čl. 10, st. 2 Ugovora iz Lisabona.

obaveštava zainteresovane države članice. Odobrenje za sprovođenje bliže saradnje daje Savet, na predlog Komisije i posle odobrenja Evropskog parlamenta.²³

Ugovorima iz Amsterdama i Nice predviđen je princip bezuslovne otvorenosti bliže saradnje. Na osnovu ovog principa, svaka država može, u trenutku pokretanja saradnje, slobodno da joj pristupi, bez obaveze da ispuni bilo kakve uslove, bio je kritikovan.²⁴ Stoga je ugovorom iz Lisabona izmenjen u smislu da pristupanje bližoj saradnji od samog početka, može biti uslovljeno, tj. mogu se predvideti uslovi za učešće u bližoj saradnji i u trenutku njenog pokretanja (kao i u slučaju naknadnog uključjenja država članica).²⁵ Dakle, princip bezuslovne otvorenosti prilikom pokretanja saradnje ustupio je mesto principu uslovne otvorenosti.

Jedna od novina predviđena Ugovorom iz Lisabona je jačanje uloge Evropskog parlamenta prilikom pokretanja bliže saradnje. Prema odredbama Ugovora iz Lisabona, za pokretanje bliže saradnje neophodno je odobrenje Evropskog parlamenta, u svim domenima izuzev u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike.

Što se tiče pokretanja bliže saradnje u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike, u ovoj oblasti se sam postupak pokretanja razlikuje u odnosu na redovni postupak pokretanja bliže saradnje predviđen Ugovorom iz Lisabona. U oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike, zahtev za pokretanje bliže saradnje upućuje se Savetu. On ga prosleđuje Visokom predstavniku Unije za inostrane poslove i politiku bezbednosti koji daje mišljenje o koherentnosti bliže saradnje sa Zajedničkom spoljnom i bezbednosnom politikom Unije. Zahtev se dostavlja i Komisiji koja takođe iznosi svoje mišljenje, pre svega o koherentnosti razmatrane saradnje sa drugim politikama Unije. Istovremeno, zahtev se dostavlja i Evropskom parlamentu, ali samo radi informisanja.²⁶ Odobrenje za pokretanje saradnje u ovoj oblasti daje Savet, koji odluku o tome donosi saglasnošću svih članova, tj. jednoglasno.

Ugovorom iz Lisabona olakšano je i uspostavljanje bliže saradnje u oblasti Prostora slobode, bezbednosti i pravde. Nova rešenja predviđena su sa ciljem da se pojednostavi pokretanje bliže saradnje između država članica u oblasti sudске saradnje u krivičnim stvarima²⁷, i policijske saradnje²⁸. Dakle, reč je o oblas-

²³ Čl. 280D Ugovora iz Lisabona.

²⁴ Naknadno uključjenje država članica u bližu saradnju može biti uslovljeno ispunjenjem objektivnih kriterijuma.

²⁵ Čl. 280C Ugovora iz Lisabona.

²⁶ Čl. 280D, st. 2 Ugovora iz Lisabona.

²⁷ Čl. 69E, st.1 Ugovora iz Lisabona.

²⁸ Čl. 69F, st. 3 Ugovora iz Lisabona.

tima koje su nekada predstavljale 3. stub EU. Na osnovu Ugovora iz Lisabona, kada je reč o sudskoj saradnji u krivičnoj oblasti i policijskoj saradnji u okviru Evropske unije, odluke donosi jednoglasno Savet, nakon konsultovanja Evropskog parlamenta. Ukoliko se ne može postići saglasnost svih država članica, grupa od najmanje devet država može zatražiti da se predlog iznese pred Evropski savet. U tom slučaju, postupak u Savetu se suspenduje. Ako se posle razmatranja predloga postigne konsenzus, Evropski savet može, u roku od četiri meseca od suspenzije, da vrati predlog Savetu na usvajanje. U istom roku, ako ponovo nije postignuta saglasnost, a najmanje devet država želi da uspostavi bližu saradnju na osnovu pomenutog predloga, zainteresovane države o tome obaveštavaju Evropski parlament, Savet i Komisiju. U tom slučaju se smatra da je postignuta saglasnost za odobrenje bliže saradnje i može se početi sa primenom odredbi o toj saradnji (ponovno glasanje u Savetu nije potrebno).

Jedna od novina predviđenih Ugovorom iz Lisabona odnosi se na finansiranje bliže saradnje. Ovim ugovorom je izmenjeno rešenje predviđeno Ugovorima iz Amsterdama i Nice, na osnovu koga troškove koji nastaju realizacijom saradnje (osim administrativnih troškova koji se odnose na same institucije) snose države članice koje učestvuju u saradnji, osim ukoliko Savet jednoglasnom odlukom i nakon konsultacija Evropskog parlamenta ne odluči drugačije. Ovakvo rešenje bilo je predmet oštrih kritika i predlagano je da bi Unija trebalo da snosi i ne-administrativne troškove. Međutim, prilikom izrade Ugovora iz Lisabona kritike uopšte nisu uvažene. Štaviše, ovim ugovorom je predviđeno da troškovi koji nastanu sprovođenjem bliže saradnje, uključujući i administrativne troškove institucija, padaju na teret država članica koje učestvuju u saradnji, osim ukoliko Savet, jednoglasnom odlukom, a nakon konsultovanja Evropskog parlamenta, odluči drugačije.²⁹

Permanentna strukturirana saradnja

Novina Ugovora iz Lisabona koja je izazvala najviše pažnje, jeste mogućnost pokretanja bliže saradnje između država članica EU u oblasti Zajedničke bezbednosti i odbrane.

Na osnovu Ugovora iz Lisabona Politika zajedničke bezbednosti i odbrane predstavlja integralni deo Zajedničke spoljne i bezbednosne politike. Politika zajedničke bezbednosti i odbrane obezbeđuje Uniji operativnu sposobnost s osloncem na civilna i vojna sredstva. Evropska unija može da upotrebi ova sredstva u

²⁹ Čl. 280G Ugovora iz Lisabona.

misijama izvan granica Unije radi očuvanja mira, sprečavanja konflikata i jačanja međunarodne bezbednosti, u skladu sa osnovnim principima sadržanim u Povelji Ujedinjenih nacija.³⁰ Politika zajedničke bezbednosti i odbrane uključuje postepeno utvrđivanje zajedničke bezbednosti Evropske unije. Ova politika će voditi zajedničkoj odbrani, čim Evropski savet o tome donese jednoglasnu odluku. Inače, Evropski savet preporučuje da, u tom slučaju, same države članice donesu odluke u skladu sa svojim unutrašnjim, ustavnim propisima.³¹

Ugovorom iz Lisabona je predviđeno da za sprovođenje Zajedničke spoljne i bezbednosne politike, države članice stavljaju na raspolaganje Uniji civilne i vojne kapacitete za realizaciju ciljeva koje utvrdi Savet. One države članice, koje zajednički formiraju multinacionalne snage, mogu te snage staviti na raspolaganje za Zajedničku bezbednosnu i odbrambenu politiku.³²

Odluke koje se odnose na Politiku zajedničke bezbednosti i odbrane, uključujući i one koje se odnose na neku misiju koja se izvodi u skladu sa ovim članom, Savet donosi jednoglasno, na predlog Visokog predstavnika Unije za inostrane poslove i politiku bezbednosti ili na inicijativu države članice.³³

Ugovorom iz Lisabona predviđena je i mogućnost povezivanja i uspostavljanja saradnje između uže grupe država članica u okviru Politike bezbednosti i odbrane Unije. Reč je o bližoj saradnji koja se u oblasti Politike bezbednosti i odbrane naziva permanentna strukturirana saradnja. Ova saradnja razlikuje se od tzv. redovnog mehanizma bliže saradnje predviđenog Ugovorima.

Dakle, Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da države članice koje ispunjavaju zahtevnije kriterijume u pogledu vojnih kapaciteta i koje su, s obzirom na najviše zahteve koji se postavljaju pred misijama, ušle u međusobno čvršće obaveze, uspostavljaju permanentno strukturiranu saradnju u okviru Unije.³⁴

Države članice koje žele da učestvuju u ovoj saradnji, ispunjavaju kriterijume i prihvataju angažmane iz oblasti vojnih kapaciteta navedenih u Protokolu o saradnji između stalnih struktura i obavestavaju o tome Savet i Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i politiku bezbednosti.³⁵ Savet, u roku od tri meseca od prijema obavještenja, usvaja odluku o uspostavljanju stalne saradnje i utvrđuje listu država članica – učesnica saradnje. Inače, Savet odlučuje kvalifikovanom većinom nakon konsultovanja sa Visokim predstavnikom.³⁶

³⁰ Čl. 28A, st. 1 čl. 28A, st. 3 Ugovora iz Lisabona.

³¹ Čl. 28A, st. 2 Ugovora iz Lisabona.

³² Čl. 28A, st. 3 Ugovora iz Lisabona.

³³ Čl. 28A, st. 4 Ugovora iz Lisabona.

³⁴ Čl. 28A, st. 6 Ugovora iz Lisabona.

³⁵ Čl. 28E, st. 1 Ugovora iz Lisabona.

³⁶ Čl. 28E, st. 2 Ugovora iz Lisabona.

Kada je reč o ovoj inicijalnoj fazi (fazi pokretanja saradnje), strukturana saradnja se razlikuje od bliže saradnje po više osnova. Za pokretanje strukturane saradnje nije predviđen nikakav minimalni prag učešća, drugim rečima nije propisan najmanji broj država koje moraju učestvovati da bi se pokrenula saradnja. Na ovaj način naglašen je pragmatični karakter strukturane saradnje, uprkos činjenici da će misije biti definisane od slučaja do slučaja od strane Saveta.

Jednom kada je uspostavljena, strukturna saradnja permanentno postoji, kako su je i okarakterisali na samitu u Lisabonu. Dakle, ona se ne uspostavlja od slučaja do slučaja, u zavisnosti od misija, već na jedan uopšten način i nezavisno od budućih misija. Iako je permanentna, prvobitni sastav podložan je promeni, tako da nije isključeno da, jednog dana, učestvuju sve države članice ukoliko slede predviđeni postupak. U poređenju sa permanentno strukturiranom saradnjom, bliža saradnja nema permanentni karakter, iako se podstiče učešće većeg broja država, a ciljevi i polje delovanja unapred su definisani aktom o odobrenju.³⁷

Što se tiče funkcionisanja strukturane saradnje, Savet jednoglasno usvaja odluke i preporuke³⁸, s tim što se jednoglasnost postiže samo glasovima predstavnika država učesnica saradnje. Budući da nigde nije pomenuto da su države članice koje ne učestvuju u saradnji potpuno isključene iz rada Saveta, moglo bi se pretpostaviti da one mogu učestvovati u raspravama u Savetu, kao što je to slučaj sa bližom saradnjom. Međutim, upravo činjenica da je Ugovorom izričito predviđeno da, u slučaju bliže saradnje, sve države članice učestvuju u raspravama u Savetu, predstavlja argument *a contrario* kada je u pitanju permanentna strukturana saradnja. Dakle, države članice koje ne učestvuju u strukturanoj saradnji, ne bi trebalo da prisustvuju ni raspravama u Savetu. Ovakvo tumačenje više odgovara namerama, tj. duhu teksta Ugovora iz Lisabona, čiji je cilj da se promovise jedan zatvoreni klub koji bi, na taj način, bio efikasniji u radu.³⁹

Kada je reč o postupku povodom zahteva za naknadno uključjenje pojedinih država članica, čini se da je ovaj postupak inspirisan postupkom predviđenim u slučaju bliže saradnje. Dakle, i kada se radi o permanentno strukturanoj saradnji, predviđen je princip uslovne otvorenosti saradnje. Savet potvrđuje učešće odnosne države članice koja ispunjava propisane kriterijume i sposobna je da prihvati određene angažmane. Savet odlučuje kvalifikovanom većinom, nakon konsultovanja sa Visokim predstavnikom.⁴⁰ U glasanju učestvuju samo članovi Saveta koji predstavljaju države učesnice saradnje. Kvalifikovana većina se utvrđuje u skladu sa odredbama Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

³⁷ H. Bribosia, 689.

³⁸ Čl. 28E, st. 6 Ugovora iz Lisabona.

³⁹ H. Bribosia, 688.

⁴⁰ Čl. 28E, st. 3 Ugovora iz Lisabona.

Suprotno mehanizmu bliže saradnje, učešće u permanentno strukturanoj saradnji nikada nije definitivno. Ugovorom iz Lisabona predviđena je jedna veoma značajna novina u odnosu na mehanizam bliže saradnje. Radi se mogućnosti suspenzije učešća država članica. Ukoliko neka država koja učestvuje u saradnji ne ispunjava više kriterijuma ili ne može da prihvati angažmane predviđene Protokolom o strukturi stalne saradnje, Savet može doneti odluku kojom se suspenduje učešće te države.⁴¹ Savet odlučuje kvalifikovanom većinom, pri čemu samo članovi Saveta koji predstavljaju države članice koje su uključene u saradnju (sa izuzetkom države koja je u pitanju, tj. države o kojoj se glasa) učestvuju u glasanju.

Što se tiče napuštanja saradnje, predviđeno je da ako neka država članica želi da napusti saradnju, ona o tome obaveštava Savet i donosi se akt kojim se konstatuje da je prestalo učešće te države članice.⁴²

Kada je reč o nadležnostima Suda pravde, akti koji se tiču permanentne strukturane saradnje, kako inicijalna odluka Saveta, tako i oni koji se odnose na naknadno uključenje, nisu utuživi kod Suda pravde u Luksemburgu.

Određbe kojima se institucionalizuje permanentna strukturana saradnja ukazuju da je postupak pokretanja ove saradnje jednostavniji i fleksibilniji u odnosu na mehanizam bliže saradnje. Stoga bi se moglo primetiti da se time, na neki način, favorizuje primena permanentne strukturane saradnje u okviru Evropske unije.⁴³

ZAKLJUČAK

Mehanizam bliže saradnje zamišljen kao neka vrsta mosta između proširenja Evropske unije i produbljenja integracija. Ovaj mehanizam omogućava da Unija, uprkos sukcesivnom povećanju broja država članica i različitosti među njima, napreduje i unapređuje saradnju.

Osnovni cilj mehanizma bliže saradnje, kao Ugovorima kodifikovanog oblika diferencirane integracije, je da se omogući upravljanje rastućom heterogenošću, kao posledicom proširenja Evropske unije, uz garancije očuvanja jedinstva Unije i njenog institucionalnog okvira. Osim toga, uspostavljanje mehanizma bliže saradnje u okviru institucionalnog okvira Unije smatra se povolj-

⁴¹ Čl. 28E, st. 4. Ugovora iz Lisabona.

⁴² Čl. 28E, st. 5 Ugovora iz Lisabona.

⁴³ P. Maddalon., »L'action extérieure de l'Union européenne«, *Europe* 7/2008, 63.

nijim u odnosu na inicijative pojedinih država članica za otpočinjanje saradnje izvan okvira Ugovora.

Iako instrument bliže saradnje na način predviđen Ugovorima, do danas nikada nije pokrenut, sve države članice ne učestvuju jednoobrazno u razvoju svih zajedničkih politika. Shodno tome, može se konstatovati da je sam koncept diferenciranosti odavno prisutan u evropskom pejzažu. Naime, određene, svima dobro poznate tekovine Evropske unije, kao što su jedinstvena moneta – evro i slobodno kretanja lica između država članica EU, tj. Šengenska saradnja, zapravo nisu ništa drugo do primeri diferencirane integracije. Takođe, samim Ugovorima predviđen je veliki broj odstupanja (derogacija) i izuzeća (kaluzula *opt-out*) na osnovu kojih pojedine države članice uživaju specifičan položaj u okviru određenih politika Unije. Dakle, iako mehanizam bliže saradnje *de jure* nikada nije pokrenut, diferenciranost u okviru pravnog poretka Evropske unije *de facto* postoji.

Imajući u vidu da Unija trenutno ima dvadeset sedam država u svom sastavu (i da će se taj broj u budućnosti najverovatnije povećavati), sve države ne mogu i neće moći jednoobrazno da učestvuju u razvoju svih politika Unije. Da bi one države koje mogu i žele, mogle da produbljaju integracije, a samim tim i Evropska unija kao celina da napreduje, potrebno je da postoji pravni mehanizam koji omogućava da se svaka država integriše svojim sopstvenim ritmom. U tom smislu, bliža saradnja, kao Ugovorom predviđen oblik diferencirane integracije, predstavlja instrument na osnovu koga se može upravljati rastućim različitostima, uz očuvanje institucionalnog jedinstava Unije. Zahvaljujući konceptu diferencirane integracije i mehanizmu bliže saradnje, omogućeno je da Unija, koliko god suštinski heterogena bila, ostane relativno homogena.

U kom pravcu i kojim intenzitetom će se razvijati diferenciranost i da li će ona biti uvek pravno uobličena u mehanizam bliže saradnje, ostaje da se vidi. Ono što je sasvim izvesno je da diferencirana integracija predstavlja realnost, ali i budućnost Evropske unije.

JELENA ČERANIĆ, LL.D.,
Research Associate, Institute of Comparative Law,
Belgrade

MECHANISM OF ENHANCED COOPERATION
– FROM THE AMSTERDAM TREATY
TO THE LISBON TREATY

Summary

The paper deals with the enhanced cooperation as an institutional form of the concept of differentiated integration. This term refers to a variety of forms of cooperation and integration in which not all members of the EU take part, and which therefore do not have uniform legal and political effects for all of them. The size of the EU introduces a growing 'heterogeneity' (size, per capita income, geopolitical orientation, etc.) questioning the will or ability of certain members to cope with some policies and even with the process of integration in general.

The first part of the article is dedicated to the mechanism of enhanced cooperation, as an institutional form of differentiated integration. In terms of Amsterdam Treaty, the enhanced cooperation is a tool of last resort for more effective cooperation within the institutional framework of the European Union. It starts between a group of countries, but other Member States, willing and able, can join later. The decisions are made by the participating states, but they do not form part of the *acquis communautaire*. The conditions for the cooperation were seen as too restrictive and were amended by the Nice Treaty but this Treaty has never been used.

The second part is an analysis of the amended provisions relating to the enhanced cooperation according to the Lisbon Treaty, especially its Article 10 in terms of which Member States wanting to establish enhanced cooperation may make use of EU institutions. Such cooperation is open to all Member States and the relevant decision is adopted by the Council. Acts adopted in the framework of enhanced cooperation bind only the participating Member States and are not regarded as the *acquis communautaire*. The special attention is also paid to the permanent structured cooperation. The author sums up presented observations and emphasizes the importance of the concept of differentiation in European Union.

NEKE KARAKTERISTIKE SPORAZUMA O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

U V O D

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SSP) predstavlja relativno novu kategoriju pravno političkih instrumenata putem kojih je Evropska Zajednica (EZ) ranije vodila, a Evropska Unija (EU) danas vodi politiku širenja prema zemljama regiona Zapadnog Balkana. Otuda se o njihovoj sadržini i prirodi može govoriti u kontekstu spoljnih odnosa i spoljne politike EZ/EU i u kontekstu preuzetih prava i obaveza. Ako se SSP posmatra u kontekstu spoljne politike EZ, u prvi plan se ističe tzv. politička supstanca ili politički dijalog između EZ i treće države, dok se u drugom slučaju ističu prava i obaveze koje sporazum stvara za ugovorne strane. Predmet ovog rada je ograničen na pravne aspekte sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, dok će o političkim aspektima biti reči samo kao o okviru u kome je nastao i u kome se primenjuje.

U poređenju sa drugim instrumentima koje koristi EZ/EU¹ u uspostavljanju spoljnih odnosa, sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SSP) predstavlja »relativno nov instrument«, u pogledu vremena kada je nastao i u pogledu država kojima je namenjen. U pogledu vremena kada je nastao, SSP je os-

Mr Jelena Vukadinović, student master studija evropskog prava, Saarbruecken.

¹ U radu se paralelno koriste pojmovi Evropska zajednica i Evropska unija ne zbog toga što između njih ne postoji razlika, već da bi se ukazalo na činjenicu da je Sporazumom iz Lisabona Evropska unija (EU) nasledila EZ i preuzela njene funkcije i ulogu.

mišljen početkom ovog milenijuma, dok je u pogledu država, ograničen na region Zapadnog Balkana. Prema sadržini i pravnoj prirodi, sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju spadaju u širu kategoriju mešovitih sporazuma za čije zaključivanje Zajednica i država članice raspoložu podeljenim nadležnostima² i, u okviru njih, u kategoriju sporazuma o pridruživanju. Ovo je važno napomenuti na početku zbog toga što u vezi sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju ili ne postoji posebna praksa ili postoji samo u pogledu nekih pitanja tumačenja i primene, tako da se može očekivati da će sa na ta pitanja primenjivati iskustva iz primene sporazuma o pridruživanju od strane domaćih sudova i od strane Suda pravde Evropske unije.

Posmatrani sa stanovišta svrha i ciljeva, sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju predstavljaju preobražene i prilagođene oblike sporazuma o pridruživanju koje je EZ zaključivala od šesdesetih godina prošlog veka. Osnovna svrha navedenih sporazuma je priprema pridruženih država za članstvo u EZ/EU. U pravnom pogledu, cilj sporazuma o pridruživanju, kao i sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju je širenje i prihvatanje *acquis communautaire* na treće države tj. stvaranje usklađenog pravnog okruženja u trećim zemljama sa vrednostima koje postoje u EU. Međutim, sprovođenje sporazuma o stabilizaciji ne stvara automatski i pravo treće države na prijem, niti obavezu EU da takvu državu primi u članstvo.

Evropska ekonomska zajednica je sve do stupanja na snagu Ugovora iz Mاستrihta vodila politiku u kojoj je primarno mesto bilo ostvarivanje unutrašnjih, a samo delimično spoljnih ekonomskih ciljeva. Tek je Sporazumom iz Mاستrihta novoosnovana Evropska Unija dobila zadatak i da utvrdi sadržinu i instrumente za vođenje zajedničke spoljne politike kako bi i na taj način potvrdila svoj identitet na međunarodnoj sceni.³ Otuda su do stupanja Sporazuma iz Mاستrihta spoljni odnosi EEZ, pod kojima se podrazumevaju spoljni ekonomski i spoljni politički odnosi,⁴ bili redukovani uglavnom samo na uspostavljanje ekonomskih odnosa, čiju su osnovnu sadržinu u početku činili trgovinski odnosi, uspostavljeni u okvirima zajedničke trgovinske politike. EEZ je kasnije politiku ekonomskih odnosa

² P. Craig, G. de Burca, *EU Law – Text, Cases, and Materi*, Oksford, 2008, str. 197–198; I. MacLeod, I. Hendry and S. Hyett, *The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice* (1996) 151–164; A. Rosas, *The European Union and Mixed Agreements*, u: A. Dashwood and C. Hillion (ed.), *The General Law of E.C. External Relations* (2000) 200–220, 207–216; D. McGoldrick, *International Relations Law of the European Union*, Longman, 1997, str. 78–79.

³ Vid. čl. »B« Ugovora o EU iz Mاستrihta.

⁴ Vid. B. Weidel, *Regulation or Common Position? The Impact of the Pillar Construction on the European Union's External Policy*, u: A. Klauser, *External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union*, Springer, 2002, str. 17.

prema trećim državama obogatila politikom saradnje i pomoći trećim državama,⁵ što je instrumentalizovano zaključivanjem sporazuma o saradnji i sporazuma o pridruživanju.

*Pravni osnov Evropske zajednice za uspostavljanje
spoljnih odnosa*

Bez obzira što je osnovana pre svega kao oblik ekonomske integracije, nadležnost EZ da svojim radnjama zasniva spoljne (međunarodne) odnose je proizlazila iz priznatog pravnog subjektiviteta.⁶ Međutim, kako odredbom o pravnom subjektivitetu Zajednici nije dato opšte pravo da zasniva sve vrste međunarodnih odnosa, već je to određeno njenim kapacitetom,⁷ to se EZ u svakom konkretnom slučaju morala pozivati na konkretni pravni osnov sadržan u različitim odredbama Ugovora o osnivanju, zavisno od sadržine tako uspostavljenog odnosa.⁸ Tako je odredbama člana 133. Ugovora o Evropskoj Zajednici (UEZ), Zajednica bila ovlašćena da uspostavlja spoljne odnose radi sprovođenja zajedničke trgovinske politike, dok je na osnovu odredbi člana 310. UEZ, Zajednica dobila nadležnost da zaključuje sporazume o pridruživanju, a odredbama članova 302, 303. i 304. nadležnost da uspostavlja druge oblike međunarodne saradnje. Kasnijim izmenama i dopunama Ugovora o osnivanju navedene opšte nadležnosti su širene i dopunjavane.⁹ Sporazumom iz Maastrichta na novoosnovanu Evropsku uniju su prenete nove nadležnosti za vođenje spoljne i bezbednosne politike, a kasnije i zajedničke odbrambene politike (glave V i VI), čime je faktički proširena i nadležnost EZ.¹⁰

⁵ N. Moussis, *Acces to European Union Law, economics, policies*, European Study Service, 1999, str. 532.

⁶ Čl. 281. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

⁷ O razlikovanju između subjektiviteta i kapaciteta vidi R.A. Wessel, 'Revisiting the International Legal Status of the EU', 5 *EFA Rev.* (2000) str. 507–537.

⁸ U tom smislu u mišljenju 1/76 Sud pravde je zauzeo stav da »princip dodeljenih nadležnosti« ovlašćuje Zajednicu da ulazi u međunarodne obaveze koje nastaju ne samo iz izričito dodeljenih ovlašćenja, već i na osnovu podrazumevajućih. ECJ, Opinion 1/76 *Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels* [1977] ECR 741, tač. 3.

⁹ Vid odredbe članova: 149 (3), 150(3), 151(3), 152(3) 155(3) UEZ kojima su Zajednici data ovlašćenja da u spoljnim odnosima reguliše pitanja iz oblasti obrazovanja, profesionalne obuke i mladih, kulture i javnog zdravlja i transevropske mreže. Vid. S. Griller and K. Gamharter, *External Trade: Is There a Path through the Maze of Competences?* u: A. Klauser, *External relations and Foreign Policy in the European Union*, str. 67.

¹⁰ Vid. A. Ott and R. Wessel, *The EU's External Relations Regime: Multilevel Complexity in an Expanding Union*, u: S. Blockmans and A. Lazowski (eds.), *The European Union and Its Neighbours*, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2006, str. 28.

Nakon stupanja na snagu Sporazuma iz Lisabona i prestanka Evropske zajednice, sva ovlašćenja su preneti na Evropsku uniju i regulisana su petom delu Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) koji je naslovljen »Spoljne aktivnosti Unije«, članovi: 205. do 222.

EZ/EU su političari širenja posebnu pažnju posvetile tek nakon pada Berlinskog zida i raspada tzv. Istočnog bloka. Za države koje su nastale nakon ovih promena, ili su promenile svoju integracionu pripadnost, novoosnovana Evropska Unija je osmislila poseban postupak pridruživanja obogaćen različitim pravno-političkim i ekonomskim podsticajnim sredstvima koje su pridružene države mogle koristiti radi lakšeg ispunjavanja kriterijuma za članstvo. Ovi uslovi su bili institucionalizovani u tzv. Evropskim sporazumima, kao novoj vrsti sporazuma o pridruživanju. Nakon prijema država iz centralne i jugoistočne Evrope na osnovu Evropskih sporazuma, Evropska unija je prema zemljama Zapadnog Balkana¹¹ lansirala posebnu politiku označenu kao proces stabilizacije i pridruživanja, koju je počela da sprovodi tek krajem 90. tih godina i početkom 2000. godine.

Proces stabilizacije i pridruživanja karakterišu dva procesa koji se u pridruženoj državi odvijaju istovremeno ili sledeći jedan drugoga: proces stabilizacije i proces pridruživanja. Proces stabilizacije ima za cilj da stabilizuje društvene, pravne, ekonomske i političke prilike u pridruženoj zemlji, dok proces pridruživanja ima za cilj da trećoj državi omogući uspostavljanje posebnog privilegovanog odnosa sa Evropskom unijom kroz preuzimanje komunitarnih tekovina i da trećoj državi, potencijalnom kandidatu za članstvo, omogući podnošenje zahteva za prijem u EU. Između navedenih procesa ne postoji jasna vremenska granica pa se proces stabilizacije, kao proces sveobuhvatnih reformi odvija sve vreme do prijema pridružene države u članstvo.

U tom pogledu SSP služi kao inventar obaveza koje treća država kao potencijalni kandidat za članstvo u EU¹² mora da ispuni na način u vreme kako je to njim predviđeno.

¹¹ Pod političko-geografskim pojmom Zapadnog Balkana obuhvaćene su novoformirane države bivše SFR Jugoslavije, minus Slovenija, a plus Albanija. Tako formirani pojam Zapadnog Balkana čine: Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Crna Gora, Makedonija i Albanija.

¹² Vid. zaključke Evropskog Saveta iz Santa Maria da Feira, od 19 i 20 Juna 2000, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en0.htm; Zagreba, od 24. 11. 2000, (http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/sap/zagreb_summit_en.htm.) i Soluna, od 16. 06. 2003. godine: (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/gena/76201.pdf).

KARAKTERISTIKE SPORAZUMA O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

Za razliku od obimne literature koja postoji u državama članicama EU i bogate sudske prakse Suda pravde posvećene sporazumima o pridruživanju, sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju nisu posebno analizirani u komunitarnoj teoriji. Razloge tome bi trebalo tražiti u polaznoj tezi da sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom pogledu predstavljaju jedan od pojavnih oblika sporazuma o pridruživanju, a ovi poslednji, čine vrstu mešovitih sporazuma. Otuda sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju dele karakteristike onih sporazuma o pridruživanju koji vode ka članstvu u EU, dok se na opšta pitanja koja se odnose na zaključivanje primenjuju pravila mešovitih sporazuma. Polazeći od ove teze, i sporazume o stabilizaciji i pridruživanju (kao i sporazume o pridruživanju) karakteriše trajniji karakter odnosa koji se uspostavlja između pridružene države i EU, specijalna ili privilegovana sadržina tako uspostavljenog odnosa, uzajamnost prava i obaveza između ugovornih strana i čvršća saradnja između pridružene države i međunarodne organizacije.¹³

Prva karakteristika se odnosi na trajanje odnosa koji se uspostavlja sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. Sporazumom o pridruživanju (kao i sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju) se između ugovornih strana uspostavljaju trajni odnosi tako da se sporazumi zaključuju na neodređeno vreme, ali ih svaka strana može otkazati na taj način što će obavestiti drugu stranu.¹⁴ Na trajniji karakter ovog odnosa ne utiče činjenica da se u svakom sporazumu određuje vreme za njegovo implementiranje, koje su kreće između šest i deset godina od dana stupanja na snagu,¹⁵ što podrazumeva da se obaveze preuzete Sporazumom ispunjavaju postepeno. Navedena formulacija se, međutim, ne može tumačiti kao klasična ugovorna obaveza čija povreda daje pravo drugoj strani na naknadu štete, niti pravo da raskine sporazum. Kašnjenje sa implementiranjem SSP će svakako imati za posledicu negativan izveštaj Komisije o napredovanju pridružene drža-

¹³ Vid I. Macleod, I. D. Hendry and S. Hyett, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996, str. 370. U domaćoj teoriji vidi: D. Lopandić, Sporazumi o pridruživanju i preferencijalni trgovinski odnosi EU sa zemljama u njenom susedstvu, *Pravni život* 12/1996, str. 897–912, T. Mišćević, *Pridruženo članstvo Evropske unije*, magistarski rad, Fakultet političkih nauka, Beograd, 1997, str. 59–61; V. Medović, Sporazumi o pridruživanju u pravu Evropske unije, *Pravni život*, 12/2005, str. 631–641.

¹⁴ Vid. čl. 133. SSP.

¹⁵ Tako je odredbama člana 8. SSP sa Srbijom predevideno da će se pridruživanje sprovesti u prelaznom periodu od šest godina. Isti rok je predviđen i u Sporazumu sa Hrvatskom, dok je Sporazumom sa Makedonijom predviđen rok od deset godina.

ve, što će odložiti početak pregovora o prijemu. Ovo i zbog toga što prijem u EU nije predviđen kao subjektivno pravo koje druga strana može ostvariti prinudnim putem (kao utuživo pravo), već samo kao mogućnost, čija realizacija zavisi od političke odluke druge strane.

Međutim, kad je reč o šteti koju trpe pojedinci zbog nesprovođenja SSP, na primer zbog toga što druga ugovorna strana (Srbija) nije smanjila ili ukinula carine prema dinamici iz Sporazuma, ovo pitanje bi trebalo rešavati u skladu sa principom direktnog dejstva Sporazuma (ili neposredne primene, prema terminologiji iz Ustava Srbije)¹⁶ i pravilima o odgovornosti države zbog povrede ugovorom preuzetih obaveza.

U tom smislu se SSP može tretirati kao vrsta međunarodnog ugovora kojim su obe ugovorne strane preuzela ne samo obaveze jedna prema drugoj, već i prema svojim državljanima i pravnim licima.

Specijalna ili privilegovana sadržina uspostavljenih odnosa se ogleda u tome što se sporazumom regulišu ne samo pitanja trgovinske razmene (kao kod trgovinskih sporazuma), ili samo ekonomske saradnje (kao kod sporazuma o saradnji ili kooperaciji), već i druga brojna pitanja i što se pridruženoj državi stavlja u izgled članstvo u EU.

S druge strane, složenost predmeta i trajanje sporazuma su usloveli osnivanje posebnih organa ili tela koja imaju zadatak da se na institucionalizovani način staraju o primeni sporazuma i ostvarivanju prava i obaveza ugovornih strana i u tom cilju raspolazu ne samo implementirajućim, već i legislativnim ovlašćenjima.¹⁷

Međutim, to ne znači i pravo pridružene države da učestvuje u radu EU jer se sporazumima o pridruživanju kao i sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju ne stiče ni punopravno ni delimično članstvo u EU, već ovi sporazumi imaju za cilj da pripreme pridružene države da ispune uslove za kasniji prijem u Uniju/Zajednicu.¹⁸ Otuda ni Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je EU zaključila sa Srbijom ne garantuje prijem Srbije u Evropsku uniju, već ga samo stavlja u izgled.¹⁹

¹⁶ Čl. 16. Ustava Srbije.

¹⁷ T. Mišćević, *Pridruživanje Evropskoj uniji*, Beograd, 2009, str. 34.

¹⁸ Vid.: Stav opšteg pravobranioca Advocate-General Mayras u predmetu 12/86 Merym Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719, tač. 7; Inglis, *The Europe Agreements Compared in the Light of Their Pre-Accession Reorientation*, 37 *CML Rev.* (2000), 5, str. 1173–1210.

¹⁹ Detaljnije u: N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo 2007, str. 447–455.

Iz ugovorne prirode sporazuma,²⁰ proizilazi i svojstvo sporazuma da stupanjem na snagu, osim ako drugačije nije ugovoreno, ugovornim stranama nameće uzajamna ili recipročna, ali ne i ekvivalentna (jednaka) prava i obaveze.²¹

UGOVORNE STRANE

Sporazume o stabilizaciji i pridruživanju zaključuju sa jedne strane EZ, Euroatom i države članice, kao jedna ugovorna strana, i treća (pridružena) država, kao druga ugovorna strana. Nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, umesto EZ sporazume zaključuje EU, u skladu sa odredbama člana 217. UFEU. Karakteristika ove vrste sporazuma je brojnost subjekata koji se javljaju kao jedna ugovorna strana: EZ, Euroatom i 27 država članica. Međutim, bez obzira na ovu brojnost, SSP spada u kategoriju dvostranih međunarodnih ugovora. Brojnost subjekata, međutim, utiče na dužinu pregovora za zaključivanje sporazuma, a naročito na trajanje postupka ratifikacije. S obzirom da se na strani jedne od ugovornih strana javljaju istovremeno i ravnopravno dve međunarodne organizacije (Evropska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju) i 27 država članica, sporazum se mora zaključiti na službenim jezicima svih učesnika. Pri tome su sve verzije ravnopravne i iste pravne snage, što može biti od značaja prilikom tumačenja spornih odredbi.²²

POTPISIVANJE I STUPANJE NA SNAGU SSP

Otvaranje pregovora o potpisivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju zavisi od volje obe ugovorne strane. Kad je reč o EZ/EU, na njihovu spremnost prvenstveno utiču politička volja i interes, dok treća država mora, osim ovoga, pokazati i da je u potrebnoj meri ispunila političke i ekonomske uslove i očekivanja koja imaju EU i države članice. Ispunjenost uslova ceni Evropska Komisija u svom izveštaju o studiji izvodljivosti.

²⁰ Iako je nesumnjivo reč o vrsti međunarodnog ugovora, u komunitarnoj terminologiji se pažljivo i dosledno koriste različiti termini: »agreement« i »treaty«. Termin »treaty« se koristi samo za ugovore o pristupu ili prijemu (accession treaties), dok se druge vrste ugovornih odnosa EZ/EU označavaju kao agreements, što se prevodi kao sporazumi.

²¹ Vid. I. Macleod i dr., n. delo, str. 369.

²² Vid. U tom pogledu čl. 137. SSP i član 33. Bečke konvencije o ugovornom pravu – Tumačenje ugovora overenih na dva ili više jezika.

Sam proces pregovaranja i zaključivanja su bili regulisani odredbama člana 300. UEZ, a nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma, Evropska unija će pregovore voditi u skladu sa odredbama člana 218. UFEU. Tako zaključeni sporazum predstavlja preduslov za njegovo stupanje na snagu i izražava samo saglasnost ugovornih strana da budu obavezane i da nakon stupanja na snagu ispune preuzete obaveze. Sporazum stupa na snagu nakon što ga ratifikuju obe ugovorne strane, prema internim propisima.

OSOBNOST PROCESA RATIFIKACIJE SSP U SLUČAJU SRBIJE

U SSP zaključenom sa Srbijom, odredbama člana 138(2) predviđeno je da Sporazum stupa na snagu prvog dana drugog meseca koji sledi nakon dana kada su strane jedna drugu obavestile o okončanju postupka ratifikacije. Republika Srbija je SSP ratifikovala vrlo brzo nakon potpisivanja, posebnim zakonom koji je Narodna Skupština usvojila devetog septembra 2008. godine. Problemi su, međutim, nastali kod druge ugovorne strane zbog toga što je istoga dana kada je SSP potpisan, Savet EU doneo posebnu odluku br 938/08,²³ o odlaganju ili »zamrzavanju« procesa ratifikacije do dobijanja pozitivne ocene o saradnji Srbije sa Međunarodnim krivičnim tribunalom u Hagu. Neodređena sadržina i karakter ovog na prvi pogled odložnog uslova doveli su u pitanje i karakter potpisanog akta jer je voljom jedne ugovorne strane na neodređeno vreme sprečeno njegovo pravno dejstvo. Ovo, u pravnom smislu neobično i vrlo jedinstveno stanje u kome se nalazio potpisani akt iz Luksemburga, je rešeno nakon pozitivnog izveštaja glavnog tužioca Međunarodnog krivičnog tribunala i odluke Saveta EU od 14 juna 2010 da odblokira proces ratifikacije.²⁴ Tek nakon ove odluke proces ratifikacije je sa znatnim zakašnjenjem otpočeo u državama članicama, ali je teško predvideti koliko dugo će trajati.²⁵ Međutim, bez obzira na to, Vlada Republike Srbije se obavezala na jednostranu primenu, prvo Prelaznog trgovinskog sporazuma,²⁶ a onda i celog SSP.

²³ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st09/st09381.en08.pdf>, 08.07.2010.

²⁴ Vid. Council conclusions on enlargement/stabilisation and association process of 2984th General Affairs Council meeting Brussels, 7 and 8 December 2009, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/genaff/112480.pdf, and paragraph. 40.

²⁵ Do sada su ga ratifikovale Španija, Italija, Bugarska i Malta.

²⁶ Vid. zaključak Vlade sa sednice od 16. 10. 2008. godine o jednostranoj primeni Prelaznog trgovinskog sporazuma od prvog januara 2009. godine.

PRAVNA PRIRODA SSP

Mesto SSP u komunitarnom pravu i u pravu pridružene države se donekle razlikuju. U komunitarnom pravnom sistemu prihvaćeno je shvatanje da SSP spada u grupu primarnih izvora i čini tzv. primarno pravo pridruživanja²⁷ čije je mesto u osnovi određeno pravilima koja važe za primarne izvore. U pridruženim državama mesto SSP nije posebno definisano, već se prema ugovornim stranama, načinu zaključivanja i stupanja na snagu tretiraju kao vrste međunarodnih ugovora koji nakon ratifikacije postaju sastavni deo unutrašnjeg prava. Ono po čemu se razlikuje mesto SSP u unutrašnjim pravima država članica je njihov hijerarhijski odnos prema odnosnim ustavima, mogućnosti direktnog dejstva u unutrašnjem pravnom poretku i načinu tumačenja.

U Ustavu Srbije prvo pitanje je rešeno na nedvosmisleni način odredbama člana 16, stav 3, prema kojima potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom Srbije. U tom cilju data je i nadležnost Ustavnom sudu da ocenjuje usklađenost (ustavnost) potvrđenih međunarodnih ugovora (pa i SSP) sa Ustavom.²⁸ Pitanje direktnog dejstva SSP u unutrašnjem pravu nije regulisano na jasan način, niti na način kako je ono shvaćeno u komunitarnom pravu. Ustav u tom pogledu u članu 16(2), jedino priznaje da su »Opšte prihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbija i neposredno se primenjuju.« Dok je prvi deo rečenice jasan (u pogledu priznanja SSP kao sastavnog dela unutrašnjeg prava), drugi deo o »neposrednoj primeni« se može različito tumačiti. Ostavljajući po strani razlike koje se u tom pogledu postoje u pravnoj teoriji,²⁹ čini se da je ustavotvorac imao u vidu i ono što se u komunitarnom pravu označava i pojmom direktna primena (ili samoizvršivost u međunarodnom pravu – selfexecuting) i ono što pokriva pojam direktnog dejstva (direct effect) u komunitarnom pravu.

Sudovi u Srbiji se o ovom pitanju još nisu izjašnjavali.

U komunitarnom pravu, već je rečeno da pravna teorija klasifikuje SSP kao primarne izvore prava pridruživanja, dok se Sud pravde nije izjašnjavao o pravnoj prirodi SSP, već samo o sporazumima o pridruživanju. U pogledu odnosa prema unutrašnjim pravima država članica, Sud pravde je nedvosmisleno potvrdio da sporazumi o pridruživanju čine deo pravnog sistema Zajednice i država

²⁷ Vid. A. Kellermann, *The Rights of Non-Member State Nationals under EU Association Agreements*, *European Journal of Law Reform*, Vol. X, no. 3, 339–382. str. 341.

²⁸ Čl. 167(1)(2). Ustava Srbije.

²⁹ U domaćoj teoriji o tome vid R. Vukadinović, *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, Beograd, 1998, str. 55–105.

članica,³⁰ čijim odredbama se može priznati direktno dejstvo pod istim uslovima koji važe za Ugovore o osnivanju. U ovom smislu valja razumeti stav koji je Sud pravde zauzeo u slučaju Sporazuma o pridruživanju između EEZ i Turske, prema kome se odredbe u sporazumu koji je zaključen od strane Zajednice sa zemljama nečlanicama moraju smatrati direktno primenjivim kada, s obzirom na svoj tekst, cilj i prirodu samog sporazuma, sadrže jasnu i preciznu obavezu čija primena nije uslovljena usvajanjem bilo kakve naknadne mere.«³¹ Isto shvatanje je ponovio i u predmetu Kupferberg³² u kome je zauzeo stav da član 21. Sporazuma o pridruživanju sa Portugalijom proizvodi direktno dejstvo pred nacionalnim sudovima i da »ni priroda ni struktura Sporazuma između EEZ i Republike Portugalije ne može da spreči trgovce da se pozivaju na te odredbe pred sudovima u Zajednici,«³³ kao i da »sama činjenica da je sporazum zaključen od strane Zajednice stvara poseban institucionalni okvir za konsultacije i pregovore između ugovornih strana u vezi sprovođenja sporazuma nije sama po sebi dovoljna da isključi sudsku primenu.«³⁴ Praktična posledica priznavanja direktne primene ovim sporazumima je pravo državljana država potpisnica sporazuma da se pozovu na takve odredbe protiv država članica.³⁵ Čak i one odredbe koje se ne mogu neposredno primeniti mogu biti predmet razmatranja Suda, ako država članica preduzme radnju koja je suprotna tim odredbama. U takvim slučajevima, protivpravna radnja države članice predstavlja osnov za pokretanje postupka i za nadležnost Suda u postupku za utvrđivanje da su povredene obaveza koje proističu iz međunarodnog ugovora. Time se postiže da se i odredbama koje se neposredno ne primenjuju, praktično priznaje neposredno dejstvo.³⁶

³⁰ Vid. Haegemann [1974] ECR 449, Polydor [1989] ECR 329; Kupferberg [1982] ECR 3641; Demirel [1987] ECR 3719.; Greece v. Commission [1989] ECR 3711; Racke [1998] ECR I-3655, tač. 41. Međutim, R. Leal-Arcas, navodi da Sud pravde nije nikada objasnio zašto međunarodni sporazumi čine sastvni deo komunitarnog prava zbog toga što su zaključeni od strane EZ, The European Court of Justice and the EC External Trade Relations: A Legal Analysis of the Court's Problems with Regard to International Agreements, *Nordic Journal of International Law* 72: 215–251, 2003, str. 237.

³¹ Predmet Demirel, tač. 14. Iako Sud govori o direktnoj primeni (direct applicability), reč je o direktnom dejstvu (direct effect).

³² Vid napomenu br. 30.

³³ Tač. 3. presude.

³⁴ Tač. 5. presude.

³⁵ U predmetu Kziber (C–18/90), Sud pravde je zauzeo stav da su delovi Sporazuma o saradnji između EEZ i Maroka, »direktno primenjivi«. Vid. Takođe i predmet C–58/93, Yousfi v Belgium i C–13/00 Commission of the European Communities v. Ireland.

³⁶ Vid. predmet C–16/05 The Queen, Veli Turn and Mehmet Dari v Secretary of State for the Home Department, kao i M. Stanivuković i S: Đajić, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i

U pogledu tumačenja SSP, valja slediti stavove koje je Sud pravde zauzeo kod tumačenja mešoviten sporazuma i sporazuma o pridruživanju počev od predmeta Demirel, preko novijih slučajeva kao što su Kondova³⁷ i Gloščuk.³⁸

ZAKLJUČAK

Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju predstavljaju pravno-političke instrumente koje EZ/EU koristi za regulisanje spoljnih odnosa sa državama Zapadnog Balkana. Iako se o njihovoj pravnoj prirodi Sud pravde nije posebno izjašnjavao, niti su direktno pomenuti u Ugovoru o osnivanju, iz navedenih karakteristika se može zaključiti da prema sadržini spadaju u širu kategoriju sporazuma o pridruživanju, dok prema načinu zaključivanja i ugovornim stranama spadaju u kategoriju mešoviten sporazuma. Ono što razlikuje ove sporazume od klasičnih međunarodnih ugovora jeste njihov odnos prema komunitarnom pravu i mesto koje zauzimaju u komunitarnom pravu i u pravu pridružene države.

I u komunitarnom pravu i u pravu pridruženih država, SSP čini deo unutrašnjeg pravnog poretka čijim odredbama je ratifikacijom obezbeđena direktna primena, a u određenim slučajevima i direktno dejstvo.

U pogledu hijerarhijskog mesta u unutrašnjim pravima pridruženih država, njihov status je uglavnom određen nacionalnim ustavima u kojima se tretiraju kao i ostali međunarodni ugovori i moraju biti u skladu sa nacionalnim ustavima.

prelazni trgovinski sporazum Srbije i Evropskih zajednica – pravno dejstvo i značaj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1–2/2008, str. 401.

³⁷ Predmet C–239/99 Secretary of State for the Home Department, ex parte: Eleanora Ivanova Kondova, u kome je Sud ispitivao neposrednu primenjivost odredaba o zabrani diskriminacije iz Sporazuma o pridruživanju sa Bugarskom i zauzeo stav da su neposredno primenjive, ali da, u konkretnom slučaju ipak nisu prekršene pa je tužilac ostala bez pravne zaštite.

³⁸ Predmet C–63/99 Secretary of State for the Home Department, ex parte: Wieslaw Gloszczuk, u kome je Sud priznao neposrednu primenu odredbama o slobodi poslovnog nastanjivanja iz Sporazuma o pridruživanju sa Poljskom.

JELENA VUKADINOVIĆ, LL.M.,
Graduate Lawyer, Saarbruecken

SOME CHARACTERISTICS OF THE STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENT

Summary

Stabilization and Association Agreements are legal-political instruments that the EC/EU use to regulate foreign relations with the countries of the Western Balkans. Although, the Court of Justice does not define their legal nature nor are they directly mentioned in the Founding Treaties, based on their characteristics it can be concluded that in respect to their contents they pertain to the category of general association agreements, while in regard to the way they are concluded and contracting parties they fall within the category of mixed agreements. What distinguishes these contracts from traditional international agreements is their relationship to community law and place in it and in the law of associated state.

In both the community law and the law of associated state, SAAs form a part of the internal legal order, which after being ratified are directly applicable, and in certain cases provisions which meet the special requirements, have direct effect.

Regarding the rank place in the internal laws of associated states, their status is determined mainly by national constitutions in which they are treated as other international treaties but they must be in accordance with national constitutions.

MILENA PETROVIĆ

PREDLOG UREDBE EVROPSKE UNIJE O NASLEĐIVANJU

**– Korak napred u procesu kodifikacije
Međunarodnog privatnog prava EU –**

U V O D

U oktobru 2009. godine Evropska Komisija je objavila Predlog uredbe o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i autentičnih isprava u materiji nasleđivanja i o evropskom sertifikatu o nasleđu (u daljem tekstu Uredba o nasleđivanju).¹ Cilj donošenja ovog instrumenta je da se na evropskom nivou unifikuju i pojednostave pravila o nasleđivanju sa stranim elementom, da se poveća pravna izvesnost i sigurnost u ovoj oblasti i da se pruže delotvornije garancije za prava naslednika i drugih lica koja su povezana sa ostaviocem.

Potreba da se oblast nasleđivanja reguliše na nivou EU je nužna posledica stanja koje u njoj vlada, kako u faktičkom, tako i u pravnom smislu. Naime, proširenje EU i slobode na kojima se ona zasniva, dovele su do toga da su i ljudi i kapital mnogo mobilniji. Tako je sve više onih koji se zbog posla ili iz drugih razloga sele iz svoje u drugu državu članicu. Pored postojeće, oni stiču i novu imovinu, pa je vrlo čest slučaj da neko ko umre, ostavi za sobom imovinu ili članove porodice u različitim državama, što naslednopravni slučaj pretvara u međunarodni.² Za naslednike i sva druga lica koja su povezana sa umrlim tada

Dr Milena Petrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ 14722/09, COM (2009) 154 final.

² Prema podacima objavljenim u: EUROPA – Press Releases-Simplification of regulation on international succession, Brussels, 14.10.2009. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>.

moгу nastati brojne teškoće. Naime, koliziorna pravila sadržana u zakonima o međunarodnom privatnom pravu država članica sadrže različite tačke vezivanja koje upućuju na primenu različitih naslednih prava. Ako se ima u vidu da se materijalna nasledna prava država članica bitno razlikuju oko mnogih značajnih pitanja, što i ne čudi s obzirom da se radi o oblasti prava na koju tradicija i kultura bitno utiču, onda je jasno da za eventualne naslednike nije sve jedno koje će se i koliko prava primeniti. S druge strane, organi nadležni za raspravljavanje zaostavštine nisu isti u svim zemljama članicama, a ni sudske odluke i autentične isprave, donete u materiji nasleđivanja se ne priznaju automatski u svim državama članicama. Dakle, imovina koja pripada istoj zaostavštini, a koja se nalazi u različitim državama, može biti podvrgnuta različitim pravima i biti u nadležnosti različitih organa. Ovakvo stanje stvara pravnu nesigurnost za sve koji su povezani sa nasleđivanjem, ponekad zahteva duže vreme da se dođe do nasledstva i povećava troškove eventualnih naslednika.

Da bi se izbegle sve praktične teškoće i da bi se obezbedila pravna sigurnost i izvesnost građana u oblasti nasleđivanja, bilo je neophodno stvoriti zajednička, unificirana pravila o sukobu zakona, nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka. Ovo tim pre što najveći broj uredbi koje je Zajednica donela u građanskim i trgovačkim stvarima sa stranim elementom, počev od Briselske konvencije iz 1968. godine, izričito isključuje nasleđivanje iz svog polja primene.³

Predložena Uredba o nasleđivanju predstavlja, bez sumnje, vrlo ambiciozan poduhvat budući da na sveobuhvatan način (to znači iz ugla sva tri klasična pitanja međunarodnog privatnog prava) uređuje problem nasleđivanja sa stranim elementom. U tom smislu se može okarakterisati i kao vrlo značajan korak u kodifikaciji evropskog međunarodnog privatnog prava.

U ovom radu naša pažnja je usmerena na nekoliko pitanja. Najpre će biti reči o pravnom osnovu Uredbe i aktivnostima organa EU koje su prethodile nje-

do?reference=MEMO/09/447&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en, na prostoru EU ima oko 4,5 miliona naslednih predmeta godišnje, od čega oko 10% slučajeva čini nasleđivanje sa stranim elementom, što znači da godišnje ima oko 450.000 slučajeva prekograničnog nasleđivanja, čija vrednost dostiže 123 milijarde eura.

³ Videti: čl. 1(2)(b) Rimske konvencije o merodavnom pravu za ugovorne odnose iz 1980; čl. 1(2)(a) Uredbe o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u u građanskim i trgovačkim stvarima (Brisel I uredba) iz 2001; čl. 2(2)(a) Uredbe kojom se uvodi evropski nalog za izvršenje nespornih zahteva iz 2004; čl. 1(2)(b) Uredbe o merodavnom pravu za vanugovornu odgovornost iz 2007. (Rim II uredba); čl. 2(2)(b) Uredbe o uvođenju evropskog postupka za tužbe male vrednosti iz 2007; čl. 1(2)(c) Uredbe o merodavnom pravu za ugovorne obligacije (Rim I uredba) iz 2008; čl. 1(3)(f) Uredbe o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti.

nom donošenju. Zatim će biti razmotrena struktura Uredbe iz koje se vidi šta je sve predmet njenog regulisanja, kao i polje njene primene. Na kraju, kao najznačajnije, biće razmotrene one stvari za koje smatramo da su ključne za određenje politike Zajednice u rešavanju vrlo kompleksnog problema nasleđivanja sa stranim elementom.

PRAVNI OSNOV UREDBE I ZAKONODAVNE AKTIVNOSTI ORGANA EU

Pravni osnov za donošenje Uredbe u materiji nasleđivanja su čl. 61. i čl. 65. Ugovora o osnivanju Zajednice. Članom 61. Ugovora, kao cilj Zajednice postavljeno je progresivno uspostavljanje zajedničkog prostora slobode, sigurnosti i pravde. Za uspostavljanje takvog prostora Zajednica mora usvajati mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima sa prekograničnim dejstvom u meri u kojoj je to neophodno za ispravno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.⁴ Prema čl. 65. Ugovora ove mere uključuju unapređenje i pojednostavljenje priznanja i izvršenja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, uključujući i odluke van-sudskih organa, kao i unapređenje kompatibilnosti pravila koja se primenjuju u državama članicama, a odnose se na sukob zakona i međunarodnu sudsku nadležnost.

Zakonodavna aktivnost EU u oblasti nasleđivanja sa stranim elementom traje više od deset godina kroz sukcesivne programe koji se sprovode u oblasti slobode, sigurnosti i pravde. Naime, potreba za usvajanjem uredbe u oblasti nasleđivanja, kao sveobuhvatnog zakonodavnog akta Zajednice, izražena je još 1998. godine u Bečkom akcionom planu,⁵ kada je ovo pitanje određeno kao jedan od prioriteta. Nasleđivanje sa stranim elementom je viđeno kao jedan od glavnih interesa građana Evrope: njihove nade da se pojednostave formalnosti, da se poveća pravna i poreska sigurnost i da se brže i sa manje troškova rešava pitanje nasleđivanja. Ista potreba ponovljena je u posebnom programu Evropskog parlamenta, tzv. »Haškom programu« iz 2004. godine, u kome je izričito naglašeno da do 2011. godine treba usvojiti uredbu o nasleđivanju kojom će biti regulisana pitanja sukoba zakona, nadležnosti, međusobnog priznanja i izvršenja odluka u ovoj oblasti, evropski sertifikat o nasleđivanju, kao i mehanizam koji će omogućiti da se sa sigurnošću zna da li je rezident EU ostavio testament za slučaj

⁴ *Recital* 1.

⁵ The Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of Freedom, Security and Justice of 3 December 1998, OJ C 19, 23.1.1999.

svoje smrti.⁶ U tu svrhu, u martu 2005. godine Komisija je objavila Zelenu knjigu (*Green Paper*)⁷ kojom je otvorila proces vrlo širokih konsultacija i rasprava o zakonskom i testamentalnom nasleđivanju sa stranim elementom. Evropska Komisija je ovim dokumentom pozvala sve relevantne stručne i akademske krugove da svojim komentarima, predlozima i odgovorima na ključna pitanja vezana za merodavno pravo, nadležnost, priznanje i izvršenje odluka itd. doprinesu postupku iznalaženja što boljih rešenja i stvaranju jednog sveobuhvatnog instrumenta koji treba da pruži efikasne odgovore na sve praktične probleme sa kojima se susreću evropski građani u slučajevima nasleđivanja sa inostranim elementom.

Kao što je već rečeno, u oktobru 2009. godine, Evropska Komisija je objavila Predlog uredbe o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i autentičnih isprava u materiji nasleđivanja i o evropskom sertifikatu o nasleđu. Za ovu uredbu će važiti redovna zakonodavna procedura.⁸

U pripremi Predloga uredbe o nasleđivanju Komisija je rešenja oslanjala na rešenja već postojećih uredbi, ali i na ideje i rešenja Haških konvencija koje su donete u oblasti nasleđivanja. Tako su odredbe o nadležnosti (I poglavlje), kao i odredbe o priznanju i izvršenju odluka (IV poglavlje), u velikoj meri formulisane u skladu sa odredbama Brisel I, a delimično i Brisel Ii bis uredbe. Ideje za rešenje problema merodavnog prava (III poglavlje) potekle su prevashodno iz haške konvencije o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica iz 1989. godine, a za evropski sertifikat o nasleđivanju izvor inspiracije bila je, u izvesnoj meri, Haška konvencije o međunarodnom upravljanju zaostavštinom umrlih lica iz 1973. godine.

STRUKTURA I POLJE PRIMENE

Važeća struktura Predloga uredbe o nasleđivanju obuhvata sedam poglavlja kojima prethodi 36 recitala. Recitali su, bez sumnje, od velike važnosti jer pojašnjavaju pravne osnove i ciljeve donošenja Uredbe, sadržaj pojedinih pojmova, motive i razloge pojedinih rešenja, te kontekst same Uredbe. Poglavlja su postavljena sledećim redom: 1) polje primene i definicije (čl. 1–2), 2) nadležnost

⁶ »The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union« je usvojen od strane Evropskog Saveta na sednici održanoj u Briselu 4. i 5. novembra 2004. godine. Videti recital (5) Predloga uredbe.

⁷ COM (2005) 65 final.

⁸ Redovna zakonodavna procedura odgovara pre-Lisabonskoj proceduri, dakle onoj koja je sprovedena u skladu sa Amsterdamskim Ugovorom, a to znači da Savet donosi odluke kvalifikovanom većinom i da je za donošenja mera potrebna saglasnost Saveta i Parlamenta.

(čl. 3–15), 3) merodavno pravo (čl. 16–28), 4) priznanje i izvršenje odluka (čl. 29–33), 5) autentični instrumenti (čl. 34–35), 6) evropski sertifikat o nasleđivanju (čl. 36–44) i 7) opšte, prelazne i završne odredbe (čl. 45–51). Kao što se može primetiti, odredbe Uredbe su raspoređene prema ustaljenom ustrojstvu ove vrste instrumenata. Odredbe prvog poglavlja utvrđuju pravne odnose na koje se Uredba primenjuje, pravne odnose na koje se ona ne primenjuje i definišu ključne pojmove koji se u Uredbi koriste. Odredbe drugog, trećeg i četvrtog poglavlja su raspoređene tako da prate faktički sled stvari. One najpre određuju koji je organ nadležan da vodi postupak u naslednopravnim stvarima, zatim koje će pravo biti merodavno za nasleđivanje, kao i po kom režimu će odluke suda jedne države ugovornice biti priznate i izvršene u drugoj državi ugovornici. Peto i šesto poglavlje regulišu nasledne isprave, dok se u sedmom poglavlju određuje od kog vremenskog trenutka se Uredba primenjuje, te na koji način ona utiče na postojeće propise i međunarodne konvencije koje su države članice prethodno zaključile.

Polje primene Predloga uredbe je višestruko jer se ovaj pravni akt, kao uostalom i svaki izvor prava, vezuje za određenu teritoriju, odnose koje reguliše, vreme od kada važi, kao i lica na koja se odnosi. U tom smislu možemo govoriti o teritorijalnom, stvarnom (sadržinskom), vremenskom i personalnom polju primene ili domašaju Uredbe o nasleđivanju. Sve aspekte ovog pitanja reguliše sam Predlog uredbe na neposredan ili posredan način. No, pre nego što razmotrimo svako od ovih pitanja želimo da ukažemo na to da se Uredba, iako to izričito nigde ne navodi, primenjuje na zakonsko i testamentarno nasleđivanje sa *stranim elementom*, a ne na nasleđivanje koje je čisto domaće.

U teritorijalnom smislu (*ratione territorii*) Predlogom je predviđeno da se Uredba primenjuje na području svih država članica izuzev Danske i eventualno Ujedinjenog Kraljevstva i Irske. O ovome se na posredan način može zaključiti iz čl. 1(2) Uredbe i recitala 36) Uredbe.⁹ Naime, u skladu sa čl. 1. i 2. Protokola o položaju Danske, dodatom Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice, Danska *a priori* ne učestvuje u usvajanju ove Uredbe te s toga nije obavezna da je primenjuje. S druge strane, Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska, na osnovu čl. 1. i 2. Protokola o položaju ovih zemalja dodatom Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice, mogu da se priključe i da učestvuju (*opt in*) u prvoj fazi donošenja ove vrste dokumenata, a to su formalni pregovori, kao i u usvajanju i primeni ovog dokumenta. Ukoliko one to ne učine, doneta uredba ih ne obavezuje i na njih se ne primenjuje. Međutim, ostaje mogućnost da ove zemlje ipak pristupe ovom dokumentu u kasnijoj fazi, posle nje-

⁹ Član 1(2) Predloga definiše šta se, u smislu Uredbe, smatra »državom članicom« i navodi da su to sve države članice osim Danske i (u zagradi) Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska.

nog usvajanja. Na osnovu izveštaja Odbora za Evropsku uniju Doma Lordova, Vlada je odlučila da Ujedinjeno Kraljevstvo u prvoj fazi ne učestvuje u formalnim pregovorima, već da bude angažovana u neformalnom smislu, sa namerom da doprinese poboljšanju Predloga. Ukoliko se ovim pregovorima postigne dovoljan napredak, UK ima drugu mogućnost da pristupi ovoj uredbi kada je usvoje sve druge države članice.¹⁰

Polje primene s obzirom na vrstu pravnih odnosa (*ratione materie*) određeno je članom 1 (1) i čl. 2(a) Predloga Uredbe. Prema navedenoj odredbi čl. 1(1) ova Uredba se primenjuje na nasleđivanje imovine umrlih lica. Pod ovim se, saglasno čl. 2 (a) podrazumeva svaki oblik prenosa svojine usled smrti nekog lica, bilo po osnovu zakona, testamenta ili ugovora. Generalnom odredbom iz čl. 1(1) utvrđeno je da se Uredba ne primenjuje na fiskalna, carinska ili administrativna pitanja, a odredbom čl. 1(3) izričito su navedena pitanja koja su isključena iz polja primene ove Uredbe. To su: a) status fizičkih lica, kao i porodični odnosi i odnosi koji imaju slično dejstvo,; b) pravna sposobnost fizičkih lica, ne uzimajući u obzir čl. 19(2)(c) i (d); c) nestanak, odsustvo ili pretpostavljena smrt fizičkog lica (proglašenje nestalog lica umrlim u kontekstu prava Srbije); d) pitanja koja se odnose na bračnoimovinski režim kao i imovinski režim koji se primenjuje na odnose za koje se smatra da imaju slično dejstvo kao brak; e) obaveze izdržavanja; f) prava i imovina koji su stečeni ili preneti na zaostavštinu umrlog drugim poslovima, a ne nasleđivanjem, uključujući poklone, kao što je na primer, zajednička svojina sa pravom nadživelog, fond iz koga se obezbeđuje penzija, ugovor o osiguranju i/ili drugi sporazumi slične sadržine; g) pitanja koja potpadaju pod kompanijsko pravo; h) prestanak ili spajanje preduzeća, udruženja i pravnih lica; i) konstituisanje, funkcionisanje ili prestanak trasta i j) pravna priroda stvarnih prava i publicitet ovih prava.

Izričito nabranje pitanja koja ostaju van domašaja Uredbe je uobičajena procedura za ovu vrstu instrumenata i njen cilj je da se otkloni svaka dilema u pogledu pitanja koja nisu predmet njenog regulisanja. Međutim, činjenica da odredba čl. 1(1) uopšteno govori o nasleđivanju kao polju primene Uredbe, ne znači da postoji dilema na koja naslednopravna pitanja se ona konkretno primenjuje. Naime, zaključak o tome se može izvesti iz odredaba trećeg poglavlja Uredbe (merodavno pravo) u kome se izričito navode pitanja koja potpadaju pod nasledni statut. Tako, prema čl. 19. (2) Predloga uredbe merodavno pravo za nasleđiva-

¹⁰ U pitanju je 6. Izveštaj koji je objavljen 24. marta 2010. godine, a dostupan je na: <http://www.parliament.uk> u rubrici »reports«. Odbor je istakao realne praktične koristi koje će građani EU imati usvajanjem ove uredbe, ali je istakao takođe da postoje teškoće da se pronađu opšte prihvatljiva pravila u ovoj oblasti i postavio određene »crvene linije« koje evropsko zakonodavstvo ne bi trebalo da pređe ako misli da ovaj dokument bude prihvatljiv za UK. Videti str. 8. navedenog izveštaja.

nje se primenjuje na sledeća pitanja: a) osnov, vreme i mesto otvaranja nasleđstva; b) dostojnost za nasleđivanje naslednika i legatara, uključujući nasledna prava nadživelog bračnog druga, određivanje veličine naslednih delova, odgovornosti koje su naslednicima nametnute od strane ostavioca; c) sposobnost za nasleđivanje; d) posebni razlozi za nesposobnost da se raspoláže ili primi zaostavština; e) isključenje iz nasleđa; f) prenos imovine i prava koja čine zaostavštinu na naslednike, uključujući uslove i dejstva prihvata ili odricanja od nasleđstva ili legata; g) ovlašćenja naslednika, izvršitelja testamenta i drugih upravitelja nasleđstvom, posebno prilikom prodaje imovine i isplate poverioca; h) odgovornost za dugove ostavioca; i) nasledni delovi kojim se može slobodno raspolagati, rezervisani nasledni delovi i druga ograničenja slobode raspolaganja u slučaju smrti uključujući preraspodelu nasleđstva od strane suda ili drugog organa u korist rođaka ostavioca; j) obaveza povraćaja ili uračunavanja poklona; k) punovažnost, tumačenje, izmena ili opoziv testamenta izuzev formalne punovažnosti¹¹ i l) deoba zaostavštine.

Uredba o nasleđivanju je u statusu predloga. Javna rasprava još uvek traje. Prema komentarima predloženih rešenja i konkretnim predlozima za njihovu izmenu ili dopunu, koje su dale značajne institucije kao na primer, Radna grupa za međunarodno nasleđno pravo Max-Planck Instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo iz Hamburga (u daljem tekstu – *Max Planck Comments*), može se pretpostaviti da će postojeći tekst pretrpeti određene promene.¹² To je razumljivo ako se ima u vidu da on mora da pronađe kompromis ne samo između različitih sistema prava (*common law* i *civil law*), već i kompromis između veoma različitih materijalnih naslednih prava država članica i različitih međunarodnih privatnih prava u ovoj oblasti. Čak i među državama članicama koje pripadaju istoj

¹¹ Iako odredbom čl. 1(3) Predloga Uredbe iz polja primene nije izričito isključeno pitanje ocene formalne punovažnosti testamenta, već je to učinjeno odredbom čl. 19, u recitalu 19) Uredbe je izričito navedeno da se Uredba ne primenjuje na ovo pitanje, već da za njega važe pravila Haške konvencije o merodavnom pravu za oblik testamentarnog raspolaganja iz 1961. godine u onim državama članicama koje su ovu konvenciju ratifikovale.

¹² Videti: *Max Planck Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>, Version of 26 March 2010 (to be published in *Rebels Zeitschrift* 74 (2010) issue 3. U ovom komentaru je na primer, predloženo da se u odredbi čl. 1(3)(c) o proglašenju nestalog lica umrlim, kojom se ovo pitanje isključuje iz polja primene Uredbe, doda »osim pitanja komorijenata« čime se pitanje istovremene smrti više lica na eksplicitan način unosi u polje primene Uredbe. Isto tako, ova radna grupa predlaže da se iz polja primene Uredbe isključe i pitanja koja se odnose na prava intelektualne svojine, uključujući autorska prava, ukoliko pravo koje je merodavno za ovo pitanje sadrži posebno koliziono pravilo za nasleđivanje.

familiji prava, razlike u ovoj grani prava postoje, što je i razumljivo ako se ima u vidu da su tradicija i običaji ovih zemalja u velikoj meri određivali fizionomiju ove oblasti prava.

U pogledu vremenskog polja primene Uredbe (*ratione temporis*) treba reći da budući da se radi o uredbi, nije potrebno preuzimanje u nacionalna zakonodavstva, već da će ova uredba biti obavezujuća u celosti i direktno primenljiva u državama članicama od trenutka koji je njom propisan. Prema opštim pravilima o stupanju na snagu propisa Zajednice, ova Uredba stupa na snagu dvadesetog dana od dana objavljivanja u Službenom glasilu Zajednice, što je izričito navedeno u čl. 51. Predloga uredbe, a počinje da se primenjuje, prema istom članu, godinu dana posle stupanja na snagu. Primenjuje se na nasleđivanje lica koja su umrla posle datuma koji se smatra danom kada Uredba počinje da se primenjuje.¹³

Ako je ostavilac odredio merodavno pravo za nasleđivanje svoje imovine pre početka primene Uredbe, prema odredbi čl. 50 (2) Uredbe, takav izbor će se smatrati punovažnim ako ispunjava uslove predviđene čl. 17. Uredbe. Zahtev da uslovi za izbor merodavnog prava budu ispunjeni prema zakonu koji u momentu testamentarnog raspolaganja nije postojao, može stvoriti probleme. Naime, neka nacionalna prava država članica imaju liberalniji režim i testatoru pružaju veću slobodu izbora nego što je to predviđeno Uredbom. Tako se može desiti da su ti uslovi u momentu raspolaganja bili ispunjeni, ali nisu ispunjeni prema propisima Uredbe. Radna grupa sa Max. Planck instituta, sa pravom upozorava da bi bilo nepravično i da bi moglo ugroziti pravnu sigurnost ako bi se ostavilac i njegov testament podvrgli uslovima koji nisu postojali u vreme njegovog raspolaganja. Zato predlaže da ukoliko je izbor merodavnog prava bio punovažan prema režimu mesta kada je učinjen, takav izbor bi trebalo da ostane punovažan čak i ako je u sukobu sa zahtevima propisanim čl. 17. Uredbe, što je u skladu sa maksimumom *in dubio pro validitate*. Isto se odnosi i na ugovor o nasleđivanju, s tim da će izbor merodavnog prava biti punovažan ukoliko odgovara uslovima predviđenim u čl. 18. Uredbe.¹⁴

U personalnom smislu (*ratione personam*), iako nema izričitih odredbi o tome, može se smatrati da se odredbe Uredbe primenjuju na sva fizička lica (ne i pravna) koja se pojavljuju u ulozi ostavioca, a imaju redovno boravište na području EU, bez obzira na njihovo državljanstvo.¹⁵

¹³ čl. 50 (1) Predloga Uredbe.

¹⁴ *Max Planck Comments*, str. 153. i 154.

¹⁵ Videti: European Economic and Social Committee, *Preliminary draft Opinion on the proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, INT/511, Brussels, 3 March 2010, str. 3.

OPŠTE KARAKTERISTIKE POLITIKE ZAJEDNICE U OBLASTI NASLEĐIVANJA

Iz pitanja postavljenih u Zelenoj knjizi, diskusija relevantnih stručnih i akademskih krugova država članica, kao i iz samog teksta Predloga uredbe o nasleđivanju koji je iz svega ovoga rezultirao, može se zaključiti o politici Zajednice u rešavanju ovog kompleksnog, i za život građana EU, izuzetno značajnog pitanja. Bazirana na ciljevima koje Zajednica želi postići u ovoj oblasti, ova politika se može odrediti kroz nekoliko stvari koje nam se čine ključnim i koje prosto lančano proizilaze jedna iz druge, a to su: 1) sveobuhvatan sadržaj Uredbe; 2) sistem jedinstvene zaostavštine; 3) primena jednog prava; 4) autonomija volje ostavioca; 5) redovno boravište kao kriterijum za uspostavljanje nadležnosti; 6) transfer (delegiranje) nadležnosti .

Sveobuhvatan sadržaj Uredbe

Cilj Evropskog zakonodavca je da se dođe do jednog sveobuhvatnog instrumenta kojim bi se pokrila sva pitanja od značaja za rešavanje slučajeva nasleđivanja sa stranim elementom. On bi, za razliku od mnogih, već postojećih uredbi, trebalo da da odgovore na sva klasična pitanja međunarodnog privatnog prava: sukob zakona, nadležnost suda i priznanje i izvršenje sudskih odluka. Određivanje merodavnog prava je suštinsko pitanje i ako je ono formulisano u jedinstvenim, harmonizovanim pravilima koja se tumače na autonoman način, onda se opravdano može očekivati ostvarenje harmonije odlučivanja organa država članica,¹⁶ koja je opšti cilj svakog evropskog zakonodavnog akta i neophodan uslov ispravnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta. U oblasti međunarodne nadležnosti Komisija je uzela u obzir različite organe i postupke rešavanja naslednopravnih pitanja u državama članicama, pa se ovom uredbom nadležnost suda definiše u širem smislu koji uključuje i nadležnost nesudskih organa.¹⁷ U vezi sa tim je i činjenica da se u oblasti priznanja i izvršenja odluka ovim instrumentom garantuje ne samo priznanje i izvršenje sudskih odluka, već i autentičnih isprava donetih od strane drugih organa. Pored ovih klasičnih pitanja međunarodnog privatnog prava, cilj Komisije je da učini još jedan korak dalje i da ovim instrumentom uvede Evropski sertifikat o nasleđivanju kojim bi trebalo da se postignu ciljevi kao što su međusobno priznanje ili delotvoran pristup pravdi.

¹⁶ Videti Recital (17).

¹⁷ Videti čl. 2 (2) Predloga uredbe, kao i Recital (11).

Jedan ovako sveobuhvatan instrument bi svakako bio od izuzetno velike pomoći, posebno pravnim praktičarima koji rešavaju slučajeve nasleđivanja sa stranim elementom, budući da bi sva pravna pravila imali u jednom dokumentu.

Sistem jedinstvene zaostavštine

Međunarodno privatno pravo država članica EU poznaje oba pristupa, i monistički i dualistički, u rešavanju problema sukoba zakona u oblasti nasleđivanja.

Monistički pristup je baziran na konceptu jedinstvene zaostavštine što znači da se na celokupnu zaostavštinu ostavioca primenjuje *jedno* pravo, bez obzira na to da li tu zaostavštinu čine pokretne ili nepokretne stvari i bez obzira na to da li se njihovi delovi nalaze u različitim državama. Ovaj koncept je inače prihvaćen u velikom broju prava država članica EU,¹⁸ kao i Haškoj konvenciji o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica.¹⁹ Prema opštem mišljenju, to jedno pravo treba da bude personalno pravo ostavioca, budući da je ostavilac centralna ličnost u procesu nasleđivanja i veza sa njim je jedina od mogućih veza koja obezbeđuje primenu samo jednog prava.²⁰ U pogledu pitanja koje je pravo personalno pravo ostavioca, države članice daju različite odgovore u zavisnosti od toga koju vezu smatraju bitnom, pa ono generalno može biti nacionalno pravo, pravo domicila ili pravo redovnog boravišta ostavioca.

U jednom broju država članica zastupljen je dualistički pristup u određivanju merodavnog prava za nasleđivanje koji se zasniva na konceptu podeljene zaostavštine.²¹ Naime, prema ovom sistemu, pravi se razlika između pokretnih i

¹⁸ Videti: čl. 28 (1) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Austrije iz 1978; čl. 24. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije; čl. 5. Zakona o nasleđivanju Finske; čl. 25 (1) Uvodnog zakona za građanski zakonik Nemačke; čl. 46 (1) Zakona o reformi italijanskog sistema međunarodnog privatnog prava iz 1995; čl. 28. građanskog zakonika Grčke; čl. 36 (1) Uredbe o o međunarodnom privatnom pravu Mađarske; čl. 34. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Poljske; čl. 62. Građanskog zakonika Portugala; čl. 32 (1) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Slovenije; čl. 9 (8) Uvodnog zakona za građanski zakonik Španije; čl. 1 prvog poglavlja Zakona o međunarodnom nasleđivanju Švedske, itd.

¹⁹ Videti čl. 7 (1) Haške konvencije o nasleđivanju imovine umrlih lica.

²⁰ Veza bi se mogla odrediti i prema naslednicima, ali takvo rešenje može dovesti do primene više prava s obzirom da naslednici mogu pripadati različitim državama. Isto važi i za vezivanje za zaostavštinu. Ova odlučujuća činjenica bi takođe mogla dovesti do primene više prava ukoliko bi se razni delovi zaostavštine nalazili na teritoriji različitih država. Više: Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić: *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2007, str. 340.

²¹ Videti: Čl. 78 (1) (2) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije; čl. 89 (1) i (2) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Bugarske; čl. 1.62(1) Građanskog zakonika Litvanije;

nepokretnih stvari koje čine zaostavštinu pa se one podvrgavaju različitim statutima. Opšti je stav da se merodavno pravo za nepokretnosti vezuje za mesto njihovog nalaženja (*lex rei sitae*), dok se merodavno pravo za pokretne stvari vezuje za ličnost ostavioca (personalni zakon ostavioca). Dualistički pristup očito vodi cepanju imovine ostavioca ukoliko se njeni delovi nalaze u različitim državama. Cepanje zaostavštine, s druge strane, vodi cepanju prava jer je moguće da na jedan naslednopravni slučaj treba primeniti pravo dve ili više država zavisno od toga gde se pojedini njeni delovi nalaze. Ovo svakako nije poželjno ni za samog ostavioca, niti za buduće naslednike. Za ostavioca nije dobro jer raspolaganje svoje imovine treba da prilagodi različitim pravnim sistemima, odnosno različitim zakonima o nasleđivanju, što svakako predstavlja uvećan utrošak novca.²² S druge strane, ovo cepanje može dovesti do sukoba u pogledu dela zaostavštine kojim ostavilac može slobodno da raspolaže i dela koji čini nužni deo. Primena različitih naslednih prava na koje upućuju kolizione norme, a naročito različitih standarda u zaštiti članova porodice, mogu dovesti do toga da se ne ispuni volja testatora ili da određeni naslednici budu lišeni očekivanog dela zaostavštine. Primer ovakve situacije, koji se u standardnim udžbenicima najčešće navodi, je sledeći: testator ima dve nepokretnosti iste vrednosti u dve različite države, na primer, vilu u Parizu i penthaus u Londonu; ako testator zavešta vilu u Parizu ćerki, a penthaus u Londonu sinu, onda sin, kao nužni naslednik prema francuskom pravu, može da se žali što njegovo pravo na nužni deo nije uzeto u obzir; s druge strane, ćerka u Engleskoj samo pod određenim okolnostima može da zahteva finansijsku proviziju iz očeve imovine koja se nalazi u Londonu, a koja je zaveštana njenom bratu.²³ Ovi praktični problemi koji mogu nastati u (ne)koordinaciji različitih merodavnih prava, najčešće se navodi kao veliki nedostatak dualističkog pristupa.

Između dva navedena sistema u rešavanju merodavnog prava, Evropski zakonodavac je trebalo da se opredeli za jedan. Čini se da u tom pogledu nije postojala velika dilema. Pošlo se od cilja koji se želeo postići ovom Uredbom, a to su pojednostavljenje pravila o nasleđivanju i povećanje pravne izvesnosti i sigurnosti, pa je opravdano prihvaćen monistički pristup, kao pristup koji može odgovoriti postavljenom cilju. Zaključak o ovome proizilazi iz čl. 16. Predloga ured-

čl. 66. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Rumunije; čl. 3(2) francuskog Građanskog zakonika; čl. 3(2) Građanskog zakonika Luksemburga; za englesko pravo videti: Morris, *The Conflict of Laws* London, 2000, str. 425–426.

²² Videti. A. Dutta, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 73 (2009), str. 555.

²³ *Ibid.* str. 556.

be, prema kome »...merodavno pravo za nasleđivanje *u celosti* je pravo države u kojoj ostavilac ima redovno boravište u momentu svoje smrti«.

Opredeljenje za monistički koncept, odnosno koncept primene samo jednog prava na celokupnu zaostavštinu umrlog, u komentarima Predloga uredbe se često vidi kao velika korist za same građane EU koji ne bi trebalo više da vode postupke u više zemalja i ne bi trebalo da trpe veće dodatne troškove i odlaganja, odnosno odugovlačenja u donošenju odluke zbog multipliciranih postupaka i zbog primene više merodavnih prava.²⁴

Primena jednog prava

Neposredna posledica sistema jedinstvene zaostavštine je primena *jednog* prava na celokupnu zaostavštinu, bez obzira na prirodu stvari koje je čine i bez obzira na njihovu lokaciju. Tačka vezivanja koja treba da odredi koje je to pravo, oslanja se na ostavioca kao centralnu ličnost u svakoj naslednopravnoj stvari. Međutim, kako se personalne veze ostavioca sa određenom državom baziraju na različitim činjenicama, to se u uporednom međunarodnom privatnom pravu država članica srećemo sa različitim kolizionim normama, te različitim merodavnim pravima za nasleđivanje. U velikom broju država je zadržan princip državljanstva kao tačke vezivanja, pa se na nasleđivanje primenjuje nacionalno pravo ostavioca.²⁵ Drugu grupu država čine one koje domicil ostavioca smatraju najbližom njegovom vezom sa određenom državom, pa se kao merodavno pravo najčešće primenjuje pravo države u kojoj je bio poslednji domicil ostavioca.²⁶

²⁴ Videti na pr. EU Council Secretariat (Factsheet), *EU succession rules – the Council approves a set of political guidelines*, od 4. juna 2010., dostupno na: www.consilium.europa.eu

²⁵ Videti: čl. 28(1) u vezi sa čl. 9(1) Zakona o međunarodnom privatnom pravu Austrije; čl. 17. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Češke; čl. 25(1) nemačkog Uvodnog zakona za građanski zakonik; čl. 28. grčkog Građanskog zakonika; čl. 36(1) mađarske Uredbe o međunarodnom privatnom pravu; čl. 46(1) italijanskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 34. poljskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 62, 31 (1) portugalskog Građanskog zakonika; čl. 66(a) rumunskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 32(1) slovenačkog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 9(1) i (8) španskog Uvodnog zakona za Građanski zakonik; čl. 1(1) prvog poglavlja švedskog Zakona o nasleđivanju sa stranim elementom.

²⁶ Videti: čl. 78 (1) belgijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 24. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije; čl. 1.62(1) litvanskog Zakonika; Za Francusku videti Cass. civ. 19.6.1939, Rev. crit. d. i. p. 34 (1939) 480; Cass. civ. 22.12.1970, Rev. crit. d. i. p. 61 (1972) 467. Za Luksemburg videti: Trib. Lux. 20.6.1931, Pas. 13, p. 466. Za Englesku videti: Videti Rule 140 u: Dicey/Morris/Collins, *The Conflict of Laws*, (2006). Za Dansku videti: Östre Landrets Dom 30.4.1940, Ugeskrift for Retsvæesen 1940. 857.

Konačno, postoji par država, tačnije to su Bugarska, Finska i Holandija, koje su usvojile poslednje redovno boravište ostavioca kao tačku vezivanja,²⁷ što odgovara rešenju Haške konvencije o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica iz 1989. godine. Kao što se može zapaziti, trenutno stanje pitanja merodavnog prava za nasleđivanje u državama članicama EU je prilično različito. No, ova činjenica ne treba da čudi s obzirom da je odabir tačke vezivanja stvar pravne i zakonodavne politike svake pojedinačne države.

Evropski zakonodavac je morao da odluči za koju će se, od mogućih veznih okolnosti opredeliti pri formulisanju kolizivne norme i to je učinio predlažući redovno (uobičajeno) boravište ostavioca u vreme njegove smrti. Ovo opredeljenje je posledica opšteg trenda, kako na međunarodnom nivou, tako i na evropskom nivou. Pokazatelj navedenog trenda na međunarodnom nivou su Haške konvencije koje su usvojene poslednjih godina i u kojima se državljanstvo sve više i sve češće zamenjuje uobičajenim boravištem.²⁸ Ono što je značajnije, ovaj trend je zastupljen i na nivou evropskog međunarodnog privatnog prava, budući da je u pogledu kolizionih rešenja i nadležnosti sudova uobičajeno boravište postalo značajna, pa i dominantna tačka vezivanja. Na ovo ukazuje Brisel I uredba,²⁹ Brisel IIbis uredba,³⁰ Uredba o izdržavanju,³¹ Rim I uredba,³² kao i Rim II uredba.³³ U pogledu nasleđivanja sa stranim elementom uobičajeno boravište je preporučeno i podržano od strane velikog broja država i organizacija i to kroz odgovore na Zelenu knjigu. U tom smislu su odgovori vlada Nemačke, Finske, Holandije, Litvanije, Švedske, francuskog Kasacionog suda, austrijske i nemačke komore notara, Max Planck Instituta u Hamburgu, Ulrik Huber Instituta itd.³⁴ Prema mišljenju ovog većinskog stava, upotreba uobičajenog boravišta kao tačke vezivanja će unutar Evrope dalje sinhronizovati nadležnost i merodavno pravo u

²⁷ Videti: Čl. 89 (1) bugarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2005; Book 26 Sec.5 finskog Zakona o nasleđivanju; čl. 1 holandskog Zakona o nasleđivanju sa stranim elementom.

²⁸ Videti: čl. 5(1) i 15(1) Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštite dece od 19. 10. 1996; čl. 13(1) i 5(1) Haške konvencije o međunarodnoj zaštiti odraslih osoba od 13. 1. 2000; čl. 3 Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja od 23. 11. 2007.

²⁹ Čl. 5(2), čl. 13(3) i čl. 17(3) Uredbe No. 4/2001 (Brisel I).

³⁰ Čl. 3(1)(a), čl. 8(1), čl. 9. čl. 10 i čl. 12(3)(a) Uredbe No. 2201/2003 (Brisel IIbis).

³¹ Čl. 3(a) i (b) i čl. 4(1)(a) i (c) (ii) Uredbe No. 4/2009.

³² Čl. 4(1)(a), (b), (d), (e) i (f), čl. 5 (1) i (2), čl. 6(1), čl. 7(2)subpara.2 i čl. 11(2), (3) i (4) Uredbe No. 593/2008. (Rim I).

³³ Čl. 4(2), čl. 5(1)(a) i (1) subpara. 2, čl. 10(2), čl. 11(2), čl. 12(2)(b) Uredbe No. 864/2007 (Rim II).

³⁴ Više: *Max Planck Comments*, str. 64.

oblastima koje su manje ili više povezane sa nasleđivanjem i tako doprineti unutrašnjoj harmoniji.³⁵

Koliziona norma bazirana na uobičajenom boravištu, a formulisana odredbom čl. 16. Predloga uredbe, predstavlja opšte koliziono pravilo i ono, bez sumnje, obezbeđuje primenu jednog prava. Međutim, treba napomenuti da je odredbom čl. 17. Predloga uredbe predviđena i autonomija volje ostavioca kao tačka vezivanja, koja može dovesti do primene nacionalnog prava ostavioca. U svakom slučaju, oba predložena rešenja vode primeni samo jednog prava, što bi trebalo da olakša i pojednostavi rešenje naslednopravnih pitanja svim učesnicima u tom procesu nasleđivanja.

Autonomija volje ostavioca

Iako međunarodna privatna prava najvećeg broja država članica ne dozvoljavaju budućem ostaviocu, niti njegovim naslednicima, da biraju merodavno pravo po kome će se raspravljati zaostavština, Evropska komisija je smatrala da je ovo pitanje vredno pažnje i da ga treba razmotriti. U tom smislu formulisala je nekoliko značajnih i ključnih pitanja (5–9) u Zelenoj knjizi kao što su: da li treba dozvoliti ostaviocu (i kod zakonskog i kod testamentalnog nasleđivanja) da bira pravo za nasleđivanje, sa ili bez sporazuma sa verovatnim naslednicima; da li takvu mogućnost treba priznati i naslednicima posle otvaranja nasledstva; ako je odgovor pozitivan, da li mogućnost izbora prava treba ograničiti i da li proceduru izbora treba odrediti itd.³⁶ Razlog više da se o ovim pitanjima zauzme stav je i činjenica da najnoviji zakoni o međunarodnom privatnom pravu, inspirisani Haškom konvencijom o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica iz 1989. godine, dozvoljavaju autonomiju volje u oblasti nasleđivanja.³⁷

Zaključak Komisije, donet na osnovu brojnih odgovora relevantnih stručnih i akademskih krugova je da ostaviocu treba priznati autonomiju volje i dozvoliti mu izbor merodavnog prava. Prema odredbi čl. 17(1) Predloga uredbe »Lice može za svoju zaostavštinu u celini izabrati kao merodavno pravo države čije državljanstvo ima«. Iz navedene formulacije proizilazi nekoliko stvari. Prvo, autonomija volje je priznata i kod zakonskog i kod testamentalnog nasleđivanja,

³⁵ A. Dutta, op. cit., str. 564.

³⁶ Više: *Green Paper*, str. 6.

³⁷ Videti: čl. 5. Haške konvencije o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica; čl. 79. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije; čl. 1. holandskog Zakona o nasleđivanju sa stranim elementom; Knjiga 26, čl. 6(2) i (3) finskog Zakona o nasleđivanju; čl. 89 (3) bugarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 25. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Estonije.

s obzirom da nema nikakvih izričitih ograničenja jednog ili drugog oblika nasleđivanja. Drugo, izabrano pravo se primenjuje na celokupnu zaostavštinu, što znači da nije dozvoljen *dépeçage*. Treće, autonomija volje je ograničena i to samo na nacionalno pravo ostavioca.

Uvođenje autonomije volje u oblast nasleđivanja je viđeno kao moderno koliziono pravilo i kao deo opšteg trenda liberalizacije u međunarodnom privatnom pravu koje sve više i češće priznaje da je pojedinac taj, a ne država, koji najbolje može da odmeri relevantan interes u izboru prava.³⁸ Međutim, s druge strane, navedeno rešenje buduće Uredbe je viđeno i kao vrlo restriktivno. Otuda su prisutne sugestije da bi granice autonomije volje trebalo razumno proširiti tako da se ostaviocu da veće sloboda izbora, što bi bilo u skladu sa opštim trendom sve veće uloge autonomije volje u međunarodnom privatnom pravu.³⁹ *Razumno proširiti* ne znači dozvoliti neograničenu autonomiju volje, već znači da ostaviocu treba dozvoliti da izabere pravo sa kojim on i njegova imovina imaju razumne i stabilne veze. Poenta ovakvog stava je da se osigura balans između interesa i volje ostavioca s jedne strane, i zaštite legitimnih očekivanja naslednika, posebno onih koji imaju pravo na nužni deo, s druge strane. Dakle, treba proširiti autonomiju volje ostavioca, ali u meri koja ne ugrožava imperativna pravila o zaštiti članova porodice (nužnih naslednika).⁴⁰ U tom smislu se predlaže da ostaviocu treba dati mogućnost da pored prava svog državljanstva, izabere i neka druga prava, pri čemu bi svako od njih trebalo da bude u nekoj razumnoj vezi sa ostaviocem ili pak, njegovom imovinom. Ta druga prava bi mogla biti: pravo države čije je državljanstvo ostavilac imao pre nego što je načinio izbor merodavnog prava, pravo prošlog ili sadašnjeg uobičajenog boravišta, pravo koje je merodavno za bračnoimovinski režim, a za nepokretnosti, pravo države u kojoj se one nalaze (*lex rei sitae*). Zastupnici proširenja autonomije volje prave čak, korak dalje i predlažu da ostaviocu treba dozvoliti i mogućnost izbora različitih prava za različite delove svoje imovine, odnosno da treba dozvoliti *dépeçage*.⁴¹

Nema sumnje da će autonomija volje ostavioca ostati kao rešenje buduće Uredbe, ali u kojoj meri će ona biti ograničena ostaje da se vidi. U svakom slučaju ona bi trebalo da koristi svim onim licima koja žele da rasporede svoju

³⁸ Basedow, *The Recent Development of the Conflict of Laws*, u: Basedow/Baum/Nishitani, *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008. str. 14.

³⁹ *Max Planck Comments*, str. 67. i sl.

⁴⁰ Izbegavanje imperativnih propisa je uvek moguće, čak i kod primene opšteg kolizionog pravila, jer ostavilac uvek može namerno steći novo uobičajeno boravište u državi čije pravo dozvoljava punu slobodu raspolaganja za slučaj smrti.

⁴¹ *Max Planck Comments*, str. 67, 69.

imovinu unapred, posebno ako se ona nalazi u različitim državama ili ako potencijalnih naslednika ima u više država.

*Redovno boravište kao kriterijum za uspostavljanje
nadležnosti*

Prema odredbi čl. 4. Predloga uredbe, sud države članice na čijoj teritoriji ostavilac ima uobičajeno boravište u vreme smrti, biće nadležan da odlučuje o naslednopravnoj stvari. U pitanju je opšte pravilo o nadležnosti i kako iz njega proizilazi, osnovni kriterijum za uspostavljanje nadležnosti suda je uobičajeno boravište ostavioca u momentu njegove smrti. Navedeno rešenje odgovara rešenju Haške konvencije o merodavnom pravu za nasleđivanje imovine umrlih lica⁴² kojom je uspostavljen trend prelaska sa domicila na uobičajeno boravište kao tačke vezivanja.

Predlogom uredbe se ne definiše pojam uobičajenog boravišta, kao što to uostalom ne čini ni Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, iako ovaj termin koristi u velikom broju konvencija. Mišljenja o tome da li bi ovaj pojam ipak morao biti definisan Uredbom su podeljena. Prema jednom shvatanju, pošto je neophodno da prava svih država članica imaju isti koncept uobičajenog boravišta, potrebno je postojanje jedne zajedničke definicije, iz koje će biti jasno da svako lice mora imati poslednje uobičajeno boravište pre smrti, čak i ako to lice u momentu smrti ima samo boravište, a ne i uobičajeno boravište u državi u kojoj je umro.⁴³ Prema drugom shvatanju, ovaj pojam ne bi trebalo definisati jer se i na međunarodnom i na evropskom nivou koriste razni kriterijumi za njegovo određivanje, pa ga uz potrebnu meru fleksibilnosti, treba utvrđivati od slučaja do slučaja.⁴⁴ Iz činjenice da se ovaj pojam ne definiše Uredbom, moglo bi se zaključiti da je to učinjeno namerno, kako bi se on shvatio kao fleksibilan pojam, sposoban da se i adaptira praktičnim zahtevima. Međutim, postoji opšta saglasnost da je on više faktički nego pravni pojam (za razliku od domicila) i da nije formalan u smislu upisa u evidenciju nadležnog organa lokalne vlasti, ili dozvole boravka ili nastanjenja, ali da ukazuje na jednu ipak trajniju i sadržajniju vezu jednog lica i određenog mesta (države). U tom smislu, pojam uobičajenog boravišta bi se mogao definisati kao mesto u kome lice redovno boravi duže vreme, bez obzira na nameru da se tu nastani, ali tako da zasniva jednu trajniju vezu sa

⁴² Čl. 3. Haške konvencije.

⁴³ D. Hayton, *Determination of the Objectively Applicable Law Governing Succession to Deceaseds' Estates*, DNotl, Les Successionis Internationales dans l'UE, 2004. str. 365.

⁴⁴ *Max Planck Comments*, str. 65.

tim mestom o čemu svedoče činjenice lične, porodične ili poslovne prirode.⁴⁵ Dakle, za uobičajeno boravište, za razliku od domicila, nije potrebno da postoji namera lica da trajno ostane u određenom mestu (državi), već je potrebno da postoji navika, regularnost, pravilnost boravka u određenom mestu (državi). Iako je očito da se za određenje uobičajenog boravišta jednog lica moraju uzeti u obzir, i to skupno, različiti kriterijumi (vremensko trajanje boravka u jednoj državi, porodične veze, posedovanje imovine i njena lokacija, profesionalne, društvene i ekonomske veze itd.), ipak se čini da je test za uobičajeno boravište manje zahtevan od testa za domicil, budući da se sud više fokusira na prošlo iskustvo lica, a ne mnogo na buduće namere njegove.

Razlog za izbor uobičajenog boravišta ostavioca, kao kriterijuma za nadležnost, je shvatanje da je razumno očekivati da je to mesto centar interesa ostavioca i da se u tom mestu nalazi pretežni deo njegove imovine. S druge strane, postojanjem jednog veznog faktora izbegli bi se sukobi nadležnosti, a dobili bi se brži i efikasniji postupci i manji troškovi za lica koja su u njih uključena.⁴⁶

Transfer (delegiranje) nadležnosti

Opšte pravilo o nadležnosti sadržano u članu 4. Predloga uredbe, koje osigurava veliku koncentraciju nadležnosti suda države na čijoj teritoriji je ostavilac imao poslednje uobičajeno boravište, Komisija je učinila fleksibilnijim, uvođenjem mogućnosti transfera (delegiranja) nadležnosti. Naime, prema odredbi čl. 5 (1) Uredbe, ako je ostavilac izabrao pravo po kome će se raspraviti njegova zaostavština, sud koji je inače nadležan prema čl. 4. Uredbe, može prekinuti postupak i uputiti stranke da postupak sprovedu pred sudom države čije je pravo izabrano za merodavno, ukoliko to zahteva jedna od stranaka i ukoliko sam sud oceni da je ovaj drugi sud pogodniji da rešava konkretan slučaj. Ideja o transferu nadležnosti nije nova u evropskom zakonodavstvu, s obzirom da sličnu odredbu sadrži Brisel IIbis uredba,⁴⁷ ali je svakako korak napred u »smekšavanju« inače vrlo strogih procesnih pravila. To smekšavanje se ogleda u diskrecionom pravu suda koji je inače nadležan, da u određenim okolnostima prenese nadležnost na

⁴⁵ Ima shvatanja da se uobičajeno boravište može definisati i kao »poslednji voljno stečeni centar ličnog, društvenog i ekonomskog života jednog lica«. Insistiranje na *nameri* lica da u jednom mestu, odnosno državi, stekne uobičajeno boravište, trebalo bi da potencira razliku takvog mesta (države), od onog u kome se jedno lice nalazi na primer, na odsluženju kazne zatvora ili je kao pacijent smešteno u neku od mentalnih ustanova. Vidi: D. Hayton, op. cit., str. 365.

⁴⁶ EU Succession Rules – The Council Approves a set of Political Guidelines, op. cit. str. 2.

⁴⁷ Videti čl. 15. Brisel IIbis uredbe.

sud druge države ukoliko smatra da je on pogodniji za rešavanje konkretnog slučaja. Prema objašnjenju koje je Komisija dala u *Explanatory Memorandum*-u, činjenica da je ostavilac izabrao merodavno pravo ne znači da će sud automatski da izvrši upućivanje na podesniji sud. Nadležni sud treba da uzme u obzir, između ostalog, interese ostavioca, naslednika, legatara i poverilaca, i njihovo uobičajeno boravište što znači da bi ovo pravilo trebalo da vodi sud ka jednom izbalansiranom rešenju.⁴⁸

Pravilo o transferu nadležnosti predstavlja procesnu mogućnost koja je vrlo bliska anglo-američkom institutu *forum non conveniens*, koji podrazumeva diskreciono pravo suda da odbije da rešava spor za koji inače poseduje nadležnost ukoliko smatra da će se interesi stranaka, kao i javni interesi, najbolje ostvariti ukoliko se tužilac uputi na drugi, mnogo »podesniji« sud koji je za dati slučaj takođe nadležan.⁴⁹ Transfer nadležnosti koji proizilazi iz odredbe čl. 5(1) Uredbe, ima elemente instituta *forum non conveniens*, ali se sa njim ne može poistovetiti u potpunosti jer je vrlo restriktivan. Naime, transfer je moguć samo u jednoj situaciji: ukoliko je izvršen izbor merodavnog prava za nasleđivanje i ukoliko to pravo pripada državi u kojoj se ne nalazi uobičajeno boravište ostavioca. Tada sud države u kojoj je ostavilac imao uobičajeno boravište u vreme svoje smrti i koji bi po čl. 4. bio nadležan, može, na zahtev stranke, i ako to sam oceni, da uputi stranke na sud države čije je pravo izabrano.

Navedeno rešenje se uglavnom vidi kao napredno, jer bi u slučaju transfera nadležnosti postojalo jedinstvo foruma i merodavnog prava, s obzirom da bi sud na koji je prenet nadležnost primenio svoje sopstveno, a ne strano pravo. To bi trebalo da doprinese efikasnijem rešavanju nasledstva, uštedi u vremenu i troškovima stranaka, kao i mogućnosti da se izbegnu pogrešne odluke zbog primene stranog prava.⁵⁰ U ovom smislu, a prema mišljenju izraženom u Komentaru Max Plank instituta iz Hamburga, treba napraviti čak korak dalje i fleksibilnost odredbe čl. 5(1) proširiti na još dva slučaja. U prvom slučaju transfer nadležnosti bi trebalo dozvoliti ukoliko sve stranke u postupku imaju uobičajeno boravište u drugoj državi. To će najčešće biti slučaj ako je ostavilac kratko vreme pre svoje smrti živeo u nekoj stranoj državi, dok je njegova porodica ostala u državi njihovog porekla. Ostavilac bi u ovoj situaciji mogao da izabere svoje nacionalno pravo kao merodavno pravo za nasleđivanje i čl. 5(1) bi se direktno primenio. Predlog sa Maks Plank instituta je da se primena čl. 5 proširi i na slučaj kada ostavilac nije izvršio izbor nacionalnog prava. Drugi slučaj koji se navodi kao raz-

⁴⁸ COM (2009) 154 final, 2009/0157 (COD), Brussels, 14.10.2009, str. 5.

⁴⁹ Više o teoriji *forum non conveniens*: M. Petrović, *Ograničenje međunarodne sudske nadležnosti – odabrana pitanja*, Kragujevac, 2009, str. 15. i sl.

⁵⁰ Videti na primer, *Max Planck Comments*, str. 41. i sl.

log za proširenje dejstva odredbe čl. 5(1) odnosi se na nepokretnu zaostavštinu ostavioca, a predlog je da se u ovom slučaju transfer nadležnosti izvrši na sud države u kojoj se ta ili te nepokretnosti nalaze. Objašnjenje je da Predlog uredbe već sadrži odredbu o nadležnosti suda mesta nalaženja nepokretnosti, ali da je ona ograničena samo na pitanja »mera i materijalnog prava koja se tiču prenosa vlasništva« (kao što je upis u zemljišne knjige). Za sva druga pitanja koja se odnose na raspodelu imovine naslednici bi trebalo da vode postupke u različitim državama što znači da bi sudske odluke morale da se prevode i priznaju u zemlji gde se nepokretnost nalazi. Navedenim predlogom bi se čitav postupak pojednostavio što bi svakako odgovaralo svim strankama u postupku.⁵¹

Nema sumnje da treba doći do jednostavnijih rešenja koja će olakšati rešavanje svih pitanja nasleđivanja, što je uostalom i cilj Uredbe. U tom smislu su i predlozi i sugestije stručnih i akademskih krugova, a šta će se izmeniti i konačno usvojiti ostaje da se vidi.

MILENA PETROVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

DRAFT DECREE ON SUCCESSION – A STEP FORWARD IN CODIFYING THE EU PRIVATE INTERNAL LAW

Summary

In October 2009 the Commission submitted the proposal for regulating the jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in the matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. The draft is aimed at unifying and simplifying the rules governing succession, increasing their predictability and providing more effective guarantees for the rights of heirs and/or legatees and other persons linked to the deceased, as well as of creditors of the succession. The objectives of the proposal can be met

⁵¹ *Max Planck Comments*, str. 42–43.

only by way of common rules governing international succession which must be identical in order to guarantee the legal certainty and predictability for citizens.

Difficulties facing those involved in an international succession mostly flow from the divergence in substantive rules, procedural rules and conflict rules in the Member States while the matter of succession is excluded from Community private international law rules adopted so far; accordingly, it is necessary to adopt a comprehensive instrument harmonized with European rules.

The six issues on which the political guidelines focus are: a comprehensive instrument, one single succession, one applicable law, choice of law, habitual residence as connecting factor for jurisdiction and transfer of jurisdiction.

MAJA LUKIĆ

**PRAVNI I INSTITUCIONALNI POGLED
NA RANJIVOST EU ISPOLJENU U VEZI
SA KRIZOM SUVERENOG ZADUŽIVANJA**

U V O D

Prezaduženost Grčke, otkrivena od strane svetske javnosti u toku zime 2009/2010. godine, oslabila je poverenje globalnog finansijskog tržišta u evro – valutu Evropske monetarne unije – i stvorila atmosferu nesigurnosti, kako u budućnost evra, tako i Evropske unije kao svojevrsnog političkog bića. Međutim, problem koji je Grčka prouzrokovala izuzetno je važan jer svedoči da čak ni Evropska unija nije toliko usavršena zajednica da može prkositi zakonitostima koje bi se mogle smatrati političkim ekvivalentom zakona gravitacije, tj. takvim na čije važenje u okvirima zapadne civilizacije ukazuju vekovi političkog iskustva.

Tokom više decenija, naime, tehnokratija EU nastojala je da pokaže da je moguće da centar političke moći, iz koga se upravlja poslovima od javnog interesa, i koji stvara i primenjuje pravo, može biti odvojen od birača jednim međustepenom – državnim organima država članica. Drugo, EU je zasnovana na pretpostavci da međusobni dogovor država članica, bez mogućnosti prisilnog sprovođenja određene odluke u opštem interesu, može obezbediti nesmetano delovanje zajedničkih centralnih organa.

Grčka kriza je ugrozila obe ove pretpostavke, i njen rasplet nastavlja tako da deluje. Grčke vlade su se u poslednjih nekoliko godina u potpunosti oglušile o

Mr Maja Lukić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

evropski Pakt za ekonomski rast i stabilnost, dovevši zemlju u stanje preza-duženosti. Na taj način, ove vlade dale su prvenstvo interesima svog odnosa prema biračima u odnosu na evropske obaveze Grčke. Drugo, Grčka ne samo da je prouzrokovala problem svojom prezaduženošću i njenim prikrivanjem, već je i nakon prihvatanja paketa pomoći od strane MMF i EU nastavila da se oglašuje o preporuke u pogledu svoje ekonomske politike.¹ Dakle, očigledno je da EU nema efikasne instrumente da svoju članicu privoli na ponašanje koje bi bilo u najboljem interesu kako same te članice, tako i čitave EU.

SRŽ PROBLEMA

Načelna zamerka koja se iznosi na sadašnju strukturu ustanova, kao i rasporeda obaveza i ovlašćenja unutar Evropske unije, odnosi se na okolnost da na nivou EU postoji zajednička monetarna, ali ne i fiskalna vlast. Države članice ubiraju poreze, i samim tim imaju kreditnu sposobnost, koju koriste tako što se zadužuju bilo putem kredita, bilo izdavanjem obveznica denominovanih u evrima.

Jedino ugovorno sredstvo kojim se koordinira zaduživanje država članica EU je »Pakt za stabilnost i rast« – donet u obliku rezolucije Evropskog saveta u Amsterdamu 1997. godine. Ovim paktom je ugovoreno je da sve države članice imaju težiti budžetskoj ravnoteži ili budžetskom višku na srednji rok, kao i niz postupaka izveštavanja i nadzora ukoliko se bilo koja država članica približi vrednosti budžetskog deficita u visini 3% bruto domaćeg proizvoda (BDP).² Takođe, kao gornja granica zaduženosti utvrđen je iznos od 60% BDP. Postupci za obezbeđivanje poštovanja Pakta za stabilnost i rast u uvećanoj EU razrađeni su političkim sporazumom ministara finansija EU iz 2005. godine.³ U toku 2008. i 2009. godine, međutim, nezaposlenost, uvećavanje novčane mase i drugi metodi podrške privrednog rasta doveli su do toga da je čak 20 država članica probilo granicu budžetskog deficita od 3% BDP.⁴ Zbog toga često bivaju izraženi pozivi

¹ Zakon o poreskoj amnestiji usvojen je krajem septembra 2010. godine uprkos neposrednom protivljenju kako Evropske komisije, tako i MMF. Tax Amnesty Terms Eased, *Athens News*, 04/10/2010, 5, <http://www.athensnews.gr/articles/13410/03/10/2010/30924>.

² Resolution of the European Council on the Stability and Growth Pact (Amsterdam, 17 June 1997) [Official Journal C 236 of 02.08.1997], http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/stability_and_growth_pact/125021_en.htm.

³ Conseil Européen de Bruxelles, 22 et 23 Mars 2005, Conclusions de la Présidence, Annex II, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/84331.pdf.

⁴ Andrew Willis, »European Commission to back Greek deficit-cutting plan«, *EU Observer*, 01.02.2010., <http://euobserver.com/9/29381/?rk=1>.

za formiranje zajedničke »ekonomske vlasti«, koja bi bila ovlašćena da na nivou čitave EU obezbedi čvršću koordinaciju budžetskih i fiskalnih politika država članica.⁵

EVROPSKA UNIJA I EVROPSKA MONETARNA UNIJA

Danas je preko 60% građana EU obuhvaćeno Evropskom monetarnom unijom, tj. 16 od ukupno 27 država članica. Sve države članice, osim Ujedinjenog Kraljevstva i Danske, koje do sada nisu ušle u EMU obavezne su da to učine u trenutku kad njihove ekonomije za to budu bile spremne.⁶

Formalno, prvo ozvaničenje projekta ekonomske i monetarne unije predstavljala je rezolucija Evropskog Saveta od 22. marta 1971. godine, koja je predviđala postupan razvoj do zajedničke valute i zajedničke organizacije centralnih banaka. Sledeći važan korak bilo je uspostavljanje Evropskog monetarnog sistema, 1979. godine, kojim je institucionalizovana saradnja na planu monetarne politike i uvedena zajednička obračunska jedinica – eki. Sledeći korak nije bio veliki: Jedinstveni evropski akt iz 1987. godine je dopunio Rimski ugovor ciljem »ohrabrenja konvergencije ekonomskih i monetarnih politika« (čl. 102 A par. 1 noveliranog Rimskog ugovora. Evropski savet je u junu 1989. godine usvojio »Izveštaj o ekonomskoj i monetarnoj uniji u Evropskoj zajednici (Delorov izveštaj)«, i u tom dokumentu je sadržan plan uvođenja EMU u tri etape, koji je potom i ostvaren.⁷

Ugovorne osnove monetarne unije u okviru Evropske unije do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora bile su član 3 a), kao i članovi 105–109m (Monetarna politika) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (UEZ)⁸, uneti u taj instrument Ugovorom iz Maastrichta (UEU, iz 1992. god), kao i nekoliko protokola uz taj ugovor: Protokol o Statutu Evropskog sistema centralnih banaka i Evropske centralne banke, Protokol o statutu Evropskog monetarnog instituta, Protokol o

⁵ »Belgian PM Leterme Proposes European Debt Agency«, *Reuters*, March 5, 2010., <http://www.reuters.com/article/idUSLDE6240FH20100305>.

⁶ Activities of the European Union – Economic and Monetary Affairs, 01.10.2010, http://europa.eu/pol/emu/index_en.htm.

⁷ Regis Chemain, L'Union Economique et Monétaire, *Etudes Internationales*, No. 10, 1996, 15–18, 34–35.

⁸ Lisabonskim ugovorom je ovaj ugovor preimenovan u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), a predmetna materija je sadržana u Naslovu VIII – Ekonomska i monetarna politika, članovi 119–144.

postupku u slučaju prekomernog deficita, Protokol o kriterijumima konvergencije na koje upućuje član 109j UEZ, i Protokol o prelasku u treću fazu Ekonomske i monetarne unije. Saglasno planu postavljenom u Delorovom izveštaju, Maastrichtski ugovor je u Ugovor o Evropskoj zajednici (čl. 109e UEZ) uneo i odredbu kojom je propisan automatski prelazak iz prve u drugu fazu uvođenja Ekonomske i monetarne unije 1. januara 1994. godine – kada je osnovan Evropski monetarni institut, prethodnik Evropske centralne banke.⁹ Prve dve faze razlikovale su se po tome što je u prvoj bila predviđena pojačana koordinacija država članica u sklopu postojećeg institucionalnog okvira, dok su institucionalne promene ostavljene za drugu fazu (pojačana budžetska disciplina, Evropska centralna banka i Sistem evropskih centralnih banaka i dr).¹⁰

Protokolom o prelasku u treću fazu Ekonomske i monetarne unije uz Maastrichtski ugovor, izričito je utvrđeno da treći stepen (etapa), uključujući i uvođenje jedinstvene valute, mora otpočeti 1. januara 1999. godine i, ako se to ostvari, da će »evro« postati jedinstvena valuta 11 država članica Evropske unije (od ukupno 15 država članica Unije u tom periodu).¹¹ Postupak i ugovoreni kalendar uspostavljanja monetarne unije su se pokazali efikasnim, tako da je praktično uvođenje evra u promet, 1. januara 1999. godine, označilo novu etapu u istorijskom razvoju EU. Kao osnovni cilj Evropske monetarne unije postavljeno je očuvanje stabilnosti cena.¹²

Lisabonski ugovor, koji je potpisan u decembru 2007. godine, a stupio na snagu dve godine kasnije, unapredio je propise koji se odnose na EMU utoliko što je ekonomska i monetarna unija uneta među ciljeve EU, oformljena je »evro grupa« od ministara finansija država članica EMU, uloga ECB je precizirana, a ovlašćenja Komisije u pogledu komunikacije prema zemljama koje krše Pakt za stabilnost i rast su povećana.¹³ Posebno se ističe formiranje »evro grupe« u okvi-

⁹ Treaty on European Union, *Official Journal C 191*, 29 July 1992, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0087000011>, 01.10.2010.

¹⁰ O EMU vid. Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 4th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, 728–734; J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, L.G.D.J., 5e édition, 2006, 324–325, 515–516, 716–717, 1027, 1218; Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber, Patrick Rambaud, *L'Union européenne*, Dalloz, 7e édition, 2008, 472–490.

¹¹ Budimir Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010, 45; Treaty on European Union, *Official Journal C 191*, 29 July 1992, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0087000011>, 01.10.2010.

¹² Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 9e édition, 2006, 18.

¹³ Jacques Ziller, *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*, Montchrestien, 2008, 35–36. »Dernière survivance d'un des symboles de l'Union affirmés à l'article I-8 du Traité constitutionnel«.

ru Saveta za ekonomiju i finansije (Ekofin). Naime, povodom određenih pitanja koja se tiču neposredno i samo zemalja Evro-zone, Lisabonski ugovor je predviđeo da samo zemlje članice EMU mogu imati pravo glasa, a uneta je i odredba koja po svojoj sadržini podseća na drugu etapu u stvaranju EMU: države »evro grupe« pod okriljem Ekofina mogu donositi mere koje će voditi »većoj koordinaciji njihovih ekonomskih politika.« Evro grupi je posvećen i poseban protokol uz Lisabonski ugovor, koji predviđa da će se njeni članovi »sastajati neformalno«, ali i da će birati predsednika na dve i po godine, što se po stabilnosti predsedništva među specijalizovanim organima EU može još samo porediti sa Savetom za spoljne poslove.¹⁴

KRIZA SUVERENOG ZADUŽIVANJA GRČKE

U 2009. godini, budžetski deficit Grčke iznosio je prema zvaničnim podacima 12,7% BDP.¹⁵ U 2010. godini, javni dug Grčke dostigao je dvostruko veću vrednost od one propisane Paktom za stabilnost i rast EU – 120% BDP u odnosu na propisanih najviše 60%.¹⁶

Mogućnost da Grčka zbog prezaduženosti obustavi otplatu svojih dugova je ugrozila poverenje u evro, i izazvala nagli rast straha da i druge države Evrozone ne dođu u sličan položaj, što je, pak, povećalo verovatnoću da se to stvarno i desi jer je izazvalo nagli skok cene zaduživanja za te zemlje.¹⁷ U toku nekoliko burnih nedelja u toku aprila 2010. godine, koje su prethodile usvajanju paketa pomoći Grčkoj, predstavnici organa EU i politička i državna vodstva država članica davali su često i međusobno oprečne izjave o spremnosti, mogućnostima i uslovima za pružanje finansijske pomoći Grčkoj. Važno je, takođe, imati u vidu da je prva reakcija ECB na najavu mogućnosti da MMF učestvuje u paketu pomoći, bilo izražavanje bojazni da bi učešće MMF moglo da ugrozi nezavisnost

¹⁴ Protocol on the Euro Group, Official Journal of the European Union, C306/153, 17.12.2007; Jean-Luc Sauron, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Gualino, EJA, Paris 2008, 30.

¹⁵ Andrew Willis, »ECB and Greece tussle over extra austerity measures«, *EU Observer*, 15.02.2010., <http://euobserver.com/9/29468/?rk=1>.

¹⁶ »Greek debt to reach 120.8 pct of GDP in '10«, *Reuters*, Nov. 5, 2009, <http://www.reuters.com/article/idUSATH00496420091105>.

¹⁷ Vladimir Jokanović, *Politika*, 17. april 2010, 2: »Grubim kršenjem fiskalne discipline Grčka je izazvala nagli pad vrednosti evra u odnosu na američki dolar i otkrila sve nedostatke koordinacije među 16 vlada u državama monetarne unije. Države u budžetskoj krizi u kakvoj se našla Grčka obično posežu za devalvacijom valute i čine promene u ekonomiji na duži rok, ali Atina ne može to da učini, jer je deo monetarne unije. Zbog toga je ovo veliki test za Grčku, ali još veći za EU, jer je Evrozona u krizi prvi put od 1999. godine kada je evro uveden u upotrebu.«

ECB.¹⁸ Kada se takav inicijalni stav uporedi sa ishodom, koji je podrazumevao značajan udeo MMF, očigledna je nesigurnost ECB u pogledu svoje uloge i mogućnosti.

U toku marta i aprila 2010. godine EU i MMF su zajedno ugovorili aranžman prema kome će pomoći Grčkoj ukoliko ona sama ne uspe da refinansira svoje postojeće dugove novim zaduživanjem na svetskom finansijskom tržištu. Nakon što je utvrdila da su uslovi takvog refinansiranja za nju postali prohibitivno skupi zbog globalnog naglog rasta nepoverenja u njenu kreditnu sposobnost, Grčka je formalno aktivirala ovaj mehanizam zvaničnim obraćanjem 16. aprila 2010. godine.¹⁹

Paket pomoći Grčkoj usaglašen je 30. aprila, a potvrđen 2. maja 2010. godine: zemlje Evro-zone obezbedile su 80, a MMF 30 milijardi evra.²⁰ Međutim, to nije bilo dovoljno da zaustavi širenje nepoverenja učesnika na finansijskim tržištima, koje se sa kreditne sposobnosti evropskih zemalja proširila na nepoverenje u globalni privredni oporavak. Nedelju dana kasnije, 7. maja 2010. god, države članice EU bile su primorane da usvoje mnogo veći paket moći – »Evropsku inicijativu finansijske stabilnosti«, od 750 milijardi evra, u cilju sprečavanja širenja krize nepoverenja u države Evro-zone kao dužnike. Novac je namenjen vladama koje bi imale teškoće u otplati javnih dugova, kao i neposrednom otkupljivanju obveznica država Evro-zone na slobodnom tržištu. Države kojima bi na taj način bila pružena pomoć bi se zauzvrat obavezale na sveobuhvatne mere štednje i umanjenje budžetskog deficita.²¹

Očigledno je da je ovakav razvoj događaja može legitimno biti smatran suprotnim neposrednoj zabrani pružanja pomoći prezaduženim članicama Evro-zone koja je uneta u Mاستrihtski ugovor, dakle u sam osnov Evropske monetarne unije. Zabrana je bila prevashodno propisana na zahtev Nemačke, sa ciljem da se spreči prelivanje budžetskih problema jedne države na druge i oštećivanje kreditnog rejtinga Evro-zone u celini. Lisabonski ugovor sadrži odredbu (čl. 122. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije) koja omogućava da svaka država članica »ozbiljno ugrožena velikim teškoćama izazvanim prirodnim nepogodama ili iz-

¹⁸ Andrew Willis, »All Eurozone states to contribute to Greek bailout«, *EU Observer*, 26.03.2010, <http://euobserver.com/19/29777> ; Nicholas Kulish and Dan Bilefsky, »Europe Acts Swiftly on Long-Delayed Greek Bailout«, *The New York Times*, April 30, 2010, A8.

¹⁹ Kerin Hope, »Greece in key move towards bail-out«, *The Financial Times*, 16 April 2010.

²⁰ Kerin Hope, »EU puts positive spin on Greek rescue«, *The Financial Times*, May 2, 2010.

²¹ Juergen Baetz, »Merkel Says \$ 1-Trillion Greece Rescue Package Only Buys Time«, *Associated Press*, <http://www.cnsnews.com/news/article/66086>; Ben Hall, Quentin Peel, Ralph Atkins, »Day that tested limits of the Union«, *The Financial Times*, May 10, 2010.

vanrednim događajima izvan njene kontrole« primi finansijsku pomoć ostalih članica EU.²² Ne ulazeći u pitanje koliko su teškoće u kojima se našla Grčka bile izvan njene kontrole, zabrana iz Maastrichtskog ugovora dovela je do situacije da je bilo nesporno da EU može pomoći svojim članicama koje su izvan EMU, kao što su Mađarska ili Rumunija, ali ne i članicama EMU.²³ Primera radi, kršenje zabrane pružanja pomoći francuski predsednik g. Sarkozy pravdao je načelom solidarnosti, koje ima važno mesto u strukturi EU.²⁴

Pet meseci nakon intervencije EU, nepoverenje u države kao poverioce (tzv. suverene poverioce) i dalje je veoma veliko, u tolikoj meri da, prema oceni MMF, predstavlja jednu od najozbiljnijih prepreka za globalni privredni oporovak.²⁵ Pri tom, veliko povećanje novčane mase koje je u vezi sa paketom pomoći ugroženim državama, udruženo sa kreiranjem novca koje su preduzele banke razvijenih država, uključujući i ECB, radi pomoći svojim privredama, stvara veoma ozbiljnu pretnju inflacije odgovarajućih valuta u budućnosti.

INSTITUCIONALNE MOGUĆNOSTI ZAŠTITE INTERESA EU

Kada se uzmu u obzir veliki otpori unutar država članica koje su pružile pomoć Grčkoj, činjenica da je došlo do postupanja protivno zabrani pružanja pomoći upravo u takvim situacijama propisanoj Maastrichtskim ugovorom, tzv. »moralni hazard« koji je stvoren – u ovom slučaju opasnost da i druge države mogu pribeći neodgovornom zaduživanju računajući da će biti spašene, inflatorni pritisci koji su nastali, postavlja se pitanje da li je EU mogla da ne pomogne Grčkoj, ili je izvesnošću nastupanja većeg zla od svega nabrojanog na pružanje pomoći bila primorana?

Ukoliko EU nije imala izbora, da li je njen sadašnji pravni i institucionalni okvir čine taocem svakog potencijalnog neodgovornog dužnika među njenim čla-

²² Andrew Willis, »Germany says Greece has its 'full support'«, *EU Observer*, 01.02.2010, <http://euobserver.com/9/29379/?rk=1>.

²³ Andrew Willis, »Merkel says European fund would require treaty change«, *EU Observer*, 09.03.2010., <http://euobserver.com/9/29633/?rk=1>.

²⁴ »France is by the side of Greece in the most resolute fashion,« said Mr Sarkozy. »The euro is our currency. It implies solidarity. There can be no doubt on the expression of this solidarity.« Andrew Willis, »Plans emerge for 'European Monetary Fund'«, *EU Observer*, 08.03.2010, <http://euobserver.com/9/29623/?rk=1>.

²⁵ Alan Beattie, »IMF says sovereign risk a threat to recovery«, *The Financial Times*, October 5, 2010.

nicama? Izuzimajući političke mehanizme, da li je neophodno doći do sredstva kojim se Unija može zaštititi u ovakvim i sličnim situacijama u budućnosti? Najjednostavnije rečeno, može li EU isključiti iz Evro-zone i iz svog obuhvata državu za koju oceni da ugrožava njen opstanak?

Zbog bliske veze između članstva u EU i pripadnosti EMU, napuštanje odnosno isključivanje iz ovih ugovornih sistema mogu se posmatrati zajedno,²⁶ s tim što je važno uočiti određene razlike u tim pravnim režimima, pored toga, naravno, što postoje i države koje su se opredelile za neulazak u EMU – Ujedinjeno Kraljevstvo i Danska.

Jednostrano napuštanje

Osnivački ugovori nisu predviđali mogućnost istupanja države članice. Sa izuzetkom Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik (UEZUČ) koji je bio zaključen na 50 godina, ostali ugovori su bili zaključeni na neodređeno vreme. Da li je to trebalo da znači da je istupanje iz tih ugovornih režima bilo nemoguće? Radi se o kontroverznom pitanju, koje je, srećom, ostalo dugo vremena samo u domenu teorije.

Sintetičko tumačenje osnovnih ugovora EU, sudske prakse Evropskog suda pravde, kao i Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine ne ostavlja prostor za stav da je članicama Evropske unije bilo moguće jednostrano napuštanje Unije do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora.²⁷ Naime, u osnivačkim ugovorima mogućnost jednostranog napuštanja nigde nije bila izričito predviđena, što je ostavljalo mogućnost, kako to objašnjava F. Atanasiou, za dva oprečna tumačenja: da se pravo na takav postupak podrazumevalo s obzirom na nacionalnu suverenost i opšta načela ugovornog prava, odnosno da takvo postupanje nije bilo dopušteno.²⁸

Bečka konvencija, koja predstavlja izraz međunarodnog običajnog prava u pogledu međunarodnih ugovora, predviđa dozvoljenost jednostranog povlačenja iz višestranog ugovora koji takvu mogućnost izričito ne pominje samo izuzetno, i

²⁶ F. Atanasiu ističe da uprkos činjenici da se kriterijumi za prijem u EU (»Kopenhagenski kriterijumi«) razlikuju od kriterijuma za prijem u EMU (Mastrihtski kriterijumi konvergencije«), prestanak članstva u EU bi automatski značio i prestanak članstva u EMU. Phoebus Athanassiou, European Central Bank, Legal Working Paper series, No 10/December 2009, »Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU – Some Reflections«, 40, <http://www.ecb.int/pub/pdf/scplps/ecblwp10.pdf>.

²⁷ Phoebus Athanassiou, 21.

²⁸ Phoebus Athanassiou, 11.

to u dva slučaja: da pravo na jednostrano povlačenje proizilazi iz smisla ugovora, ili u slučaju promene postojećih okolnosti iz osnova.²⁹ U prilog stavu da je smisao osnivačkih ugovora upravo bio suprotan postojanju prava na jednostrano povlačenje navodeni su okolnost da su ti ugovori sklopljeni na neodređeno vreme (čl. 312. UEZ, čl. 51. UEU, čl. 208. UEAZ), izraz *ever closer union* iz Preambule UEZ i čl. 1. UEU, izričito odricanje od prava na naknadnu izmenu ugovora o pristupanju, kao i činjenica da su ti ugovori mogli biti menjani samo u skladu sa čl. 48. UEU, što je sve svedočilo o nepovratno ujedinjujućem karakteru zajednice. Takođe, u pogledu Evropske monetarne unije, u ugovornim instrumentima kursevi razmene nacionalnih valuta za evro izričito su bili određeni kao neopozivi, a postupak uvođenja evra kao nepovratan.³⁰ U pogledu, pak, doktrine o promenjenim okolnostima, kao prepreka za njenu primenu isticalo se da su osnivački ugovori sadržali mogućnost izmene zbog promenjenih okolnosti, kao i postupke za rešavanje eventualnih sporova.

Postojanje pomenutih postupaka tumačilo se i kao prepreka stavu da je jednostrano napuštanje bilo dozvoljen instrument zaštite prava članice od prekoračenja ovlašćenja komunitarnih organa ili postupanja druge članice (čl. 226–228, 230–232 UEZ). Zastupnici stava o zabranjenosti jednostranog napuštanja Unije pozivali su se na ustanovljenu praksu Suda pravde evropskih zajednica koja je u osnivačkim ugovorima videla nepovratno prenošenje dela suverenosti sa država članica na ustanove EU,³¹ iz toga zaključujući da nije bilo prostora za pozivanje na državni suverenitet kao osnov prava na jednostrano istupanje.³²

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora uvedena je mogućnost jednostranog napuštanja EU.³³ Međutim, problem predstavlja članstvo u EMU, koje u

²⁹ Bečka konvencija o ugovornom pravu (potpisana 23. maja 1969, stupila na snagu 27. januara 1980. Ratifikovana i objavljena u Službenom listu SFRJ, br. 30/1972., čl. 56, 62; Phoebus Athanassiou, 12–13.

³⁰ Čl. 4(2), 118 i 123(4) UEZ, Protokol 24 uz taj Ugovor o prelasku u treću fazu monetarne unije; Phoebus Athanassiou, 13.

³¹ Predmet 26/62 Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen [1963] ECR 1; predmet 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 585; Phoebus Athanassiou, 15.

³² Phoebus Athanassiou, 8–21.

³³ Čl. 50. UEU, nakon izmena na osnovu Lisabonskog ugovora, predviđa da: 1) Svaka država članica se može povući iz Unije u skladu sa svojim ustavnim pravilima. 2) Država članica koja odluči da se povuče o svojoj nameri obaveštava Evropski savet. U svetlu smernica koje pruži Evropski savet, Unija vodi pregovore i zaključuje sa tom državom sporazum o uslovima njenog povlačenja, imajući u vidu okvir za buduće odnose te države sa Unijom. O tom sporazumu se ima pregovarati u skladu sa čl. 218. paragraf 3. Ugovora o funkcionisanju EU. Sporazum u ime Unije zaključuje Savet, na osnovu kvalifikovane većine i nakon dobijanja odobrenja od Evropskog parlamenta ... »Amendments to the Treaty on European Union and to the Treaty Establishing the European Community«, Official Journal of the European Union, C306/10, 17.12. 2007,

ovoj odredbi nije pomenuto. Izostanak odredbe ponovo dovodi do mogućnosti dva dijametralno suprotna tumačenja: s jedne strane, da se podrazumeva da, ukoliko je moguće jednostrano povlačenje iz EU, isto važi i za EMU, i drugo, koje se oslanja na neizmenjen jezik ugovornih instrumenata EMU i složene uspostavljene odnose, i koje zastupa stav o zabranjenosti jednostranog napuštanja EMU.³⁴

Isključenje države-članice

Pitanja koja od država Evro-zone – Portugal³⁵, Irska, Španija³⁶ – će sledeća doći u situaciju sličnu Grčkoj neprekidno vise nad glavom Evro-zone. U uslovi- ma kada je raspad Evro-zone postao realno-moguća posledica ponašanja jedne od članica EMU,³⁷ logično se nameće pitanje mogućnosti EMU da se odbrani is- ključenjem takve članice. »Ne komentarišem tako absurдна pitanja« – uobičajeni je odgovor Žan-Kloda Trišea, predsednika ECB, na pitanja u vezi sa mogućnošću da neka od država može biti protiv svoje volje izbačena iz Evro-zone ili iz EU. S druge strane, iz Nemačke su dolazili predlozi da povratnici u kršenju pravila u vezi sa evrom bi trebalo da budu izbačeni iz EU.³⁸

Lisabonski ugovor, kao ni osnivački ugovori pre njegovog stupanja na sna- gu, o takvoj mogućnosti ne govori. Stoga je postojeći ugovorni okvir moguće, još jednom, tumačiti na dva načina: kao da takva mogućnost ne postoji i suprotna je duhu ugovora, ili, kao da se takva mogućnost podrazumeva.

U istoriji evropskih država često se dešavalo da zaduživanje države dovede do značajnih političkih posledica – bilo kroz unutrašnje prevrate zbog preza-

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:EN:PDF>; Jean Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e édition, Dalloz, 2009, 120–122.

³⁴ Phoebus Athanassiou, 28–29.

³⁵ Vladimir Jokanović, *Politika*, 17. april 2010, 2.

³⁶ Vladimir Jokanović, *Politika*, 17. april 2010, 2: »Na molbu da uporedi budžetsku krizu u Portugaliji sa onom u Grčkoj, predsednik evrozone Žan Klod Junker kazao je da smatra da se Lisabon ponaša odgovorno i da je na pravom koloseku. Junker je ocenio da ne postoji realna opasnost da će se neka od preostalih 15 država evrozone naći u istoj nevolji kao Grčka i naglasio da to važi i za Španiju i Portugaliju koje su već preduzele adekvatne mere za smanjenje deficita.«

³⁷ »Will Greece make or break the eurozone?«, *ECR Independent Financial Research*, March 26, 2010, 1, <http://www.ecr-research.com/Archive/100326%20Global%20Political%20Analysis.pdf>.

³⁸ Jonathan Fenby, »Greek Crisis and the Future of the European Union – Part I«, Yale Global Online, 05 May 2010, <http://yaleglobal.yale.edu/content/greek-crisis-eu-part1>.

duženosti, bilo tako što bi došlo do stvaranja zainteresovanosti poverilaca za opstanak zaduženog režima.³⁹ U slučaju Grčke danas, očigledno je da je ne samo monetarni i ekonomski, već i politički kredibilitet EU doveden u zavisnost od toga da li će Grčka biti u stanju da namiruje ogromne obaveze u pogledu otplate svojih kredita. Pritom nije bez značaja i okolnost da je najveći deo duga Grčke odobren od strane banaka sa sedištem u Nemačkoj i Francuskoj, dve najveće ekonomije EU.

Razvojni karakter EU, njen hod »ka stalno većem jedinstvu« bi morali da budu zaštićeni od zloupotreba. Ovo posebno važi nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i napuštanja načela konsenzualnog odlučivanja u određenim pitanjima. Promena u načinu odlučivanja jasno govori o fokusu opšteg interesa koji je pomeren sa nivoa država u pravcu nivoa EU. Ukoliko, naime, zaštita interesa Unije postoji do te mere da se može preglasavati volja određene članice, teško je dopustivo da članica koja ugrožava taj opšti interes ne može biti protiv svoje volje odstranjena iz zajedničke političke strukture. Novija praksa Evropskog suda pravde ponovo insistira na »autonomnosti« pravnog sistema EU, ne više samo u odnosu na države članice, već i na međunarodnom planu.⁴⁰ Ukoliko se ovaj kvalitet pravnog sistema EU protumači kao vrsta suverenosti, teško bi bilo prihvatiti da jedan suvereni pravni sistem nema mehanizam kojim može privrede država koje obuhvata zaštititi od zloupotreba pripadnosti tom sistemu od strane pojedinih država.⁴¹

S druge, pak, strane, za izbacivanje bi se zahtevala izmena osnivačkih ugovora, a za to je potrebna jednoglasna odluka, prema članu 48 UEU. Lista postupaka za prevazilaženje sukoba unutar zajednice u ugovorima je iscrpna, tj. postavlja *numerus clausus* odgovarajućih postupaka, u koje ne ubraja izbacivanje države protiv njene volje.⁴²

Najzad, izbor izbacivanja ugrožene države umesto pružanja pomoći može se shvatiti kao kršenje načela solidarnosti, i kao opasno po izgradnju zajedničkog evropskog identiteta.

³⁹ Bruce G. Carruthers, *City of Capital – Politics and Markets in the English Financial Revolution*, 1996, 202–203.

⁴⁰ Vid. Branko Rakić, »Fragmentacija međunarodnog prava i evropsko pravo – na zapadu nešto novo«, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2009, 122–147; Maja Lukić, »The Security Council's Targeted Sanctions in the Light of Recent Developments Occuring in the EU Context«, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2009, 239–250.

⁴¹ Iako B. de Vite ne sledi dualistički pogled na odnos prava EU i međunarodnog prava, više o kvalitetu »autonomnosti« prava EU vid. Bruno de Witte, »European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?«, *ZOR* 65, 2010, 141–155.

⁴² Phoebus Athanassiou, 32–34.

Planovi za blisku budućnost

Pojedini analitičari u paketu pomoći koji je pružen Grčkoj vide samo instrument prebacivanja rizika sa privatnih banaka velikih država EU, koje su najveći poverioci Grčke, na budžete zemalja Evro-zone, što bi spasilo finansijski sistem EU od rizika gubitka 200 milijardi evra, koliko bi moralo da bude otpisano ukoliko bi Grčka proglasila obustavu vraćanja dugova. Takva perspektiva obuhvata i tvrdnju da se u stvari radi o rušenju dosadašnjeg evropskog socijalnog modela, budući da su Evropskom inicijativom finansijske stabilnosti države-pri-maoci pomoći primorane na mere štednje koje najpre pogađaju njihove sisteme socijalne sigurnosti.⁴³

Postoji prostor za tumačenje da je Lisabonski ugovor, ubrajanjem ECB u organe EU, na račun umanjivanja nezavisnosti ECB stvorio prostor da Banka u budućnosti ima mnogo veća ovlašćenja u sprovođenju nadzora nad makro-ekonomskim parametrima, kao i u pogledu »štampanja novca« kao sredstva podsticanja privrednog rasta.⁴⁴

Evropski političari sve više promovišu plan osnivanja Evropskog monetarnog fonda, tj. proširenje institucionalne arhitekture Evro-zone. Krajem septembra 2010. godine Komisija je objavila paket reformi koje bi primorale države članice da drže pod kontrolom potrošnju, postepeno smanjuju javni dug i povećavaju kompetitivnost svojih privreda, pod pretnjom visokih novčanih kazni.⁴⁵

ZAKLJUČAK

Postepeno prerastanje labavog saveza evropskih ekonomskih zajednica u današnju EU kao subjekt međunarodnog prava i politike, koji formira i sprovodi svoju volju nezavisno od država članica u ključnim oblastima javnih poslova, praćeno je, ili bolje reći ostvarivano, zahvaljujući stalnim promenama ugovornog sistema evropskih zajednica, tj. EU. Jedna od najvećih promena u odnosu na ranu fazu jeste uvođenje mogućnosti jednostranog napuštanja EU, koje je doneo Lisa-

⁴³ Ronald Janssen, »Greece and the IMF: Who Exactly is Being Saved?«, CEPR – Center for Economic and Policy Research, July 2010, 7, <http://www.cepr.net/documents/publications/greece-imf-2010-07.pdf>.

⁴⁴ *The Impact of the Financial Crisis on the European Economic Constitution* (eds. Harold James, Hans-W. Micklitz and Heike Schweitzer), EUI Working Papers, Law 2010/05, 2, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14055/LAW_2010_05.pdf?sequence=1.

⁴⁵ Peter Spiegel and Joshua Chaffin, »EU pledges large fines for fiscal sinners«, *The Financial Times*, September 29, 2010.

bonski ugovor. Logički komplementarno jednostranom napuštanju bilo bi isključivanje države članice iz EU protiv njene volje. Finansijska kriza koju je izazvalo obelodanjivanje ogromnog duga Grčke, i odricanja i rizici kojima su izložene ostale članice Evro-zone bez svoje krivice, takođe govore u prilog takvoj mogućnosti. Budući da mogućnost isključenja države članice sadašnji ugovorni sistem EU izričito ne predviđa, otvoreno je pitanje da li su navedeni razlozi dovoljni da se postojanje takve mogućnosti tumači kao implicitno načelima i prirodi EU.

Nezavisno od navedenog pitanja, kriza suverenog zaduživanja, koja je, za sada, imala vrhunac u proleće 2010. godine, izgleda da će poslužiti kao katalizator za snažniju koordinaciju budžetsko-fiskalnih politika država članica Evro-zone.

MAJA LUKIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

LEGAL AND INSTITUTIONAL PERSPECTIVE
ON VULNERABILITY OF THE EU EXPOSED
IN CONNECTION WITH THE SOVEREIGN
DEBT CRISIS

Summary

The unveiling of Greece's unsustainable level of indebtedness sparked a global sovereign debt crisis, jeopardized the confidence in the Euro as store of value, and led to probably the gravest internal crisis within the EU since its inception in the form of the European Economic Community. The Commission and leading Eurozone countries resisted providing a bailout to Greece in direct opposition to requests by the International Monetary Fund, and yielded to such requests only after the sovereign debt crisis escalated and insuring against risk of default of certain Eurozone countries became prohibitively expensive. From a purely institutional perspective, the possibility for the crisis to appear can be attributed to the structural imbalance of the EU and the European Monetary Union: existence of a common monetary policy and the institution in charge of implementing it (the ECB) in parallel with fiscal and budgetary powers distributed piecemeal at national levels. The EMU is a result of a gradual development, part of which is the Growth and Stability Pact, designed to coordinate general economic policies and secure sustainable levels of public debts. However, the present setup lacks instruments for ensuring compliance with goals and limits agreed upon. The bailout of Greece contravened a prohibition in the Maastricht Treaty and relied heavily on the

participation of MMF. It has caused widespread criticism for creating moral hazard and transferring the problem created by irresponsible borrowing of one Eurozone country to the backs of all Eurozone countries' taxpayers.

An institutional perspective on solutions for the shortfalls that have become visible in the course of sovereign debt crisis appears to be threefold. It is important to note that the Lisbon Treaty has provided for a possibility that a Member State leaves the Union, substantially departing from the view that had prevailed before, that accession to the Union was an irreversible act. Secondly, it is important to consider the possibility that exclusion of a Member State against its will may prove necessary at a certain point, although it is presently impossible to find grounds for it in the EU law. Finally, strengthening of EU policies and authorities in budgetary and fiscal matters is being envisaged.

Notwithstanding the obstacle to expulsion of Member State consisting in the lack of legal grounds for such an act, it is important to balance also the strengthening of the common European identity and the preservation of solidarity among EU members with the need that the EU be shielded from irresponsible actions by national governments and that it may not be taken hostage by such conduct.

HASIBA HRUSTIĆ

HARMONIZACIJA ILI KONKURENCIJA U OPOREZIVANJU DOBITI KORPORACIJA U EVROPSKOJ UNIJI

U V O D

U uslovima visoke međunarodne mobilnosti kapitala, mnoge države kroz smanjivanje poreskog opterećenja u sistemu oporezivanja dohotka korporacija utiču na privlačenje direktnih stranih investicija i na taj način umanjuju poreske prihode zemalja iz kojih taj kapital odlazi. Ovakav vid konkurencije ima negativne efekte za sve zemlje jer krajnji rezultat je smanjenje javnih prihoda i značajnih funkcija države usled nižih iznosa budžetskih prihoda. Upravo iz ovog razloga Evropska unija (EU) već duži niz godina pokušava da reši problem poreske konkurencije i to kroz mehanizme poreske koordinacije i harmonizacije. U tom cilju, Savet ministara finansija i ekonomije EU (ECOFIN) je 1. decembra 1997. godine usvojio Kodeks ponašanja za poslovna oporezivanja, kojim su se države članice obavezale da će smanjiti ili ukinuti poreske mere koje predstavljaju štetnu poresku konkurenciju i uzdržati se od takvih mera u budućnosti.¹ To su mere koje za određene kategorije obveznika obezbeđuju niži efektivni nivo oporezivanja, uključujući i nulto oporezivanje, u odnosu na opšti nivo koji je na snazi u državi članici. Zatim, Savet EU je i pre Kodeksa usvojio nekoliko direktiva koje su u

Prof. dr Hasiba Hrustić, naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu.

¹ The Code of Conduct for business taxation, *Official Journal C 2/4* of 06/01/1998.

vezi sa oporezivanjem dohotka korporacija, i Konvenciju o primeni arbitražnog postupka u slučajevima dvostrukog oporezivanja.²

Za razliku od harmonizacije indirektnih poreza, poput poreza na dodatu vrednost i akciza, stav Evropske komisije je da harmonizacija direktnih poreza ima manji značaj za funkcionisanje zajedničkog unutrašnjeg tržišta, tako da države članice EU imaju samostalnost u uređenju sistema poreza na dohodak korporacija. Prema tome, države članice imaju potpuno ovlašćenje da uređuju svoje nacionalne zakone o oporezivanju dohotka korporacija i da na taj način postižu svoje nacionalne ciljeve i zahteve. Imajući to u vidu, cilj ovog rada je da utvrdi da li između država članica EU postoji konkurencija u oporezivanju dobiti korporacija ili je postignut određeni stepen harmonizacije. U fokusu ovog istraživanja je prepoznavanje svih aspekata koji su u vezi sa poreskom konkurencijom, kao i ograničavajućih faktora za postizanje većeg nivoa poreskog usklađivanja. Analiza je bazirana na komparaciji postojećih sistema oporezivanja dobiti korporacija i na njihovom uticaju na poresku konkurenciju.

HARMONIZACIJA KORPORATIVNOG POREZA

Usled pojave štetne poreske konkurencije, države članice EU postigle su zajedničke stavove u pogledu sprečavanja erozije poreske osnovice i distorzija u vezi sa lokacijom investicija.³ Na taj način se poslednjih decenija počelo posvećivati *de facto* više pažnje problemu međunarodne mobilnosti kapitala i sposobnosti multinacionalnih kompanija da izbegnu ili smanje poresku obavezu, seljenjem poreskih osnovica iz zemalja sa višim poreskim opterećenjem u zemlje sa nižim, neznatnim ili nikakvim poreskim opterećenjem, poput zemalja poreskog raja ili poreskih oaza. U tom smislu saradnja poreskih administracija država članica EU postala je vrlo bitna pošto nacionalne i bilateralne mere mogu samo delimično da reše ovaj problem. Zato je na nivou EU postignuta saglasnost u pogledu:

² Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfers of profits between associated undertakings, *Official Journal* L 225 of 20.08.1990.

³ Videti: Marina Dimitrijević, Harmonizacija poreza u Evropskoj uniji – očekivani rezultati, *Pravo i privreda*, časopis za privrednopravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika u privredi Srbije, br. 5–8, 2009, god. XLVI, Beograd, str. 284–295.

– *administrativne saradnje*, te je usvojena je direktiva o zajedničkoj saradnji i pomoći u oblasti direktnog oporezivanja koja predviđa razmenu podataka o direktnim porezima između poreskih uprava;⁴

– *štetne poreske konkurencije*. – Instrument o administrativnoj saradnji kompletiran je političkim sporazumom između država članica da se suprostavljaju štetnoj poreskoj konkurenciji u oblasti poslovanja. Kodeks ponašanja za poslovna oporezivanja definisao je poreske mere protiv štetne poreske konkurencije koja utiče na lokaciju poslovanja i obezbeđuje niži nivo oporezivanja za nerezidente. Usvajajući Kodeks, države članice su se obavezale da će smanjiti ili ukinuti poreske mere koje čine štetnu poresku konkurenciju i uzdržati se od takvih mera u budućnosti.⁵ To su mere koje za određene kategorije obveznika (nerezidente) obezbeđuju niži efektivni nivo oporezivanja, uključujući i nulto oporezivanje, u odnosu na opšti nivo koji je na snazi u državi članici;

– *državne pomoći*. – Pravna regulativa u oblasti štetne poreske konkurencije obuhvata i politiku kontrole državne pomoći. Ona se odnosi na pravila i postupke protiv nekonkurentnog ponašanja preduzeća (ograničavajući dogovori između privrednika i zloupotreba dominantnog položaja), na sprečavanje dodele državne pomoći kojom se daje prednost jednima u odnosu na druge, čime se narušava konkurencija na unutrašnjem tržištu Unije. Pravila tržišne konkurencije podjednako se primenjuju u državama članicama EU uz obavezu potpune saradnje u njihovoj primeni sa Komisijom EU.

Komisija EU je, u skladu sa Kodeksom ponašanja za poslovna oporezivanja, donela veliki broj uredbi, uputstava, saopštenja i preporuka iz oblasti držav-

⁴ Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums, *Official Journal L 336* of 27 December 1977; Amending acts: Council Directive 79/1070/EEC of 6 December 1979 amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, *Official Journal L 331* of 27 December 1979; Council Directive 2004/56/EC of 21 April 2004 amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums, *Official Journal L 127*, 29/04/2004; Council Directive 2004/106/EC of 16 November 2004 amending Directives 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums and 92/12/EEC on the general arrangements for products subject to excise duty and on the holding, movement and monitoring of such products, *Official Journal L 359*, 04/12/2004; Council Directive 2006/98/EC, *Official Journal L 363* of 20.12.2006; Council Directive 2008/55/EC of 26 May 2008.

⁵ Na sastanku ECOFIN 9. marta 1998. godine formirana je Grupa za nadzor primene Kodeksa. U izveštaju ove grupe iz novembra 1999. godine identifikovane su 66 poreske mere sa štetnim obeležjima, 43 u državama članicama i 23 na povezanim ili pridruženim teritorijama. Većina tih mera koje su bile na snazi do 31.12.2000. godine, prema usvojenim klauzulama su prestale, sa usaglašenim izuzecima, do 31.12.2005, bez obzira što su bile predviđene za duži period.

nih podsticaja i pomoći, naročito iz oblasti direktnog oporezivanja.⁶ Sve te aktivnosti Komisije usmerene su na ukidanje mera koje *in concreto* jačaju poziciju nekog preduzeća u odnosu na druga, na štetu funkcionisanja slobodne konkurencije na unutrašnjem tržištu. Pri tome, nije od značaja da li se radi o malom preduzeću, malom iznosu pomoći ili o malom uticaju nekog preduzeća na zajedničkom tržištu, da li je ili nije izvoznik. Bilo koja pomoć od strane države članice, u bilo kojem obliku koja bi mogla da naruši konkurenciju favorizujući neke delatnosti, odnosno proizvodnju izvesnih proizvoda na način da takva pomoć ima neposredan uticaj na razmenu između država članica, nije u saglasnosti sa pravilima konkurencije unutrašnjeg tržišta. Državna pomoć obezbeđuje se kroz budžet ili putem redukcije poreske obaveze neke kompanije na različite načine, na primer, umanjenjem poreske osnovice, iznosa poreza, odlaganjem plaćanja poreskog duga, i sl.

Pošto bi unutrašnje tržište Unije trebalo da ima karakteristike domaćeg tržišta država članica, transakcije između kompanija iz različitih država članica ne bi trebalo da budu predmet nepovoljnijeg poreskog tretmana od transakcija koje se obavljaju između kompanija iz iste države članice.

U pogledu harmonizacije u oblasti korporativnog poreza značajno je istaći Direktivu 90/434/EEZ, Direktivu 90/435/EEZ, Direktivu 2003/49/EZ i Konvenciju 90/436/EEC o eliminisanju dvostrukog oporezivanja.

Direktiva Saveta 90/434/EEZ

Direktiva Saveta 90/434/EEZ ili tzv. merdžer direktiva, o zajedničkom sistemu oporezivanja primenjuje se kod oporezivanja kapitalne dobiti u slučaju statusnih promena kada su uključene dve ili više kompanija iz različitih država članica.⁷ Kapitalna dobit oporezuje se samo ako je došlo do prodaje imovine od strane korporacije na koju su preneti prava i obaveze u slučaju statusnih promena.

⁶ Commission notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation, (98/C 384/03), *Official Journal C* 384 of 10/12/1998, p. 3.

⁷ Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States (Merger Directive), *Official Journal L* 225 of 20 August 1990; Council Directive 2005/19/EC amending Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, *Official Journal L* 58 of 04.03.2005; Council Directive 2006/98/EC, *Official Journal L* 363 of 20.12.2006.

na: spajanja; podele; transfera imovine i raznih vidova razmene imovine za akcije korporacije.

Merdžer ili slična transakcija ne utiče na povećanje oporezivanja kapitalnih dobitaka, kao razlike između realne vrednosti imovine i prenesenih obaveza i njihove vrednosti u vreme statusnih promena kada je kao takav realizovan dobitak. Raspodela hartija od vrednosti koje reprezentuju kapital kompanije ili akcionarskog društva ili kupljene kompanije se ne oporezuju zbog povećanja kapitalne dobiti, odnosno kapitala ili povećanja profita tih akcionara.

Ako je imovina kompanije prenetu u merdžer, podeljena ili je izvršen transfer imovine koji uključuje stalnu poslovnu jedinicu kompanije u procesu statusnih promena situirane u drugoj državi članici, ta država članica će se odreći bilo kojeg prava da oporezuje kapitalni dobitak te stalne poslovne jedinice.

Usvajenom direktivom 2005/19/EC izmenjena je direktiva 90/434/EEC u cilju poboljšanja sistema oporezivanja koji se primenjuje na merdžere, podele, transfere imovine ili razmenu akcija koja se tiče kompanija iz različitih država članica. Prošireno je polje primene direktive i na nove organizacione oblike kompanije i pojašnjena primena pravila u vezi sa promenom ogranaka u stalnu poslovnu jedinicu i filijalu.

Direktiva Saveta 90/435/EEZ

Direktiva Saveta 90/435/EEZ o zajedničkom sistemu oporezivanja primenjuje se u slučaju oporezivanja raspodeljenog profita u odnosima između matičnih kompanija i filijala i filijale i stalne poslovne jedinice kompanije iz različitih država članica.⁸ Usvajanjem ove direktive uspostavljena su neutralna pravila za grupe kompanija iz različitih država članica u cilju eliminisanja dvostrukog oporezivanja dividendi raspodeljenih od strane filijale iz jedne države članice matičnoj kompaniji u drugoj članici. Uvođenjem zajedničkog sistema bilo je nužno eliminisati nepovoljnosti koje su bile rezultat različitih odredbi u državama članicama u vezi sa tretmanom raspodeljenog profita koji je najčešće bio povoljniji za matične kompanije i filijale iz iste države članice.

Direktiva 90/435/EEZ predviđa poreske olakšice za raspodelu dividendi kompanija iz različitih država članica, kada se radi o matičnoj kompaniji i filijali

⁸ Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *Official Journal* L 225 of 20 August 1990. Amending acts: Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003 amending Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *Official Journal* L 007 of 13 January 2004.

što ima direktan uticaj na poslovne transakcije unutar Unije, i na raspodelu profita između povezanih lica iz različitih država članica. Primarni cilj ove direktive je da se izbegne duplo oporezivanje raspodeljenog profita između filijala i matičnih kompanija iz različitih država članica, kojim bi se ohrabrilo investiranje. S druge strane, države članice su slobodne da i dalje zaključuju bilateralne ugovore sa državama nečlanicama. Ali, ukoliko se tim bilateralnim poreskim ugovorom daju veće beneficije ili povoljniji uslovi državama nečlanicama od predviđenih ovom direktivom, primena tih odbredbi ugovora smatra se povredom Direktive ako se svaka data olakšica od strane države članice nečlanici prema bilateralnom poreskom ugovoru ne omogući svim državama članicama.

Usvajanjem Direktive 2003/123/EC izvršena je izmena Direktive 90/435/EEZ tako da su dodati i novi oblici pravnih lica na koje se odnosi Direktiva, poput koperativa, zajedničkih društava, nekapitalno baziranih kompanija, štedionica, fondova štednje i asocijacija sa komercijalnim aktivnostima. Kompanijom države članice smatra se bilo koja kompanija u organizacionoj formi navedenoj u Aneksu Direktive 2003/123/EC. Nova lista uključuje i: evropsku kompaniju (Council Regulation (EC) 2157/2001; Council Directive 2001/86/EC), osnovanu od 2004. godine; evropsko koperativno društvo (Council Regulation (EC) 1435/2003; Council Directive 2003/72/EC), osnovano od 2006. godine. Kompanije i koperative koje funkcionišu u više od jedne države članice imaju pravo na opciju da se registruju kao pojedinačno lice prema zakonu Unije (*Community law*).

Kompanija ima status matične kompanije države članice ako u kapitalu kompanije u istoj ili u drugoj državi članici ima učešće od najmanje 10 odsto, a status filijale kada u njenom kapitalu druga kompanija ima učešće od najmanje 10 odsto. Izuzetno, država članica ima opciju da po bilateralnom ugovoru zameni kriterijum učešća u kapitalu učešćem prava glasa i da ne primenjuje Direktivu na kompanije države članice koje nemaju neprikidan period poslovanja od najmanje dve godine koji ih kvalifikuje kao matičnu kompaniju ili filijalu.

Direktiva se primenjuje na prostoru Unije na raspodeljen profit dobijen u kompanijama države članice od njihovih filijala iz drugih država članica i na raspodeljen profit kompanija čije su filijale. Direktiva se odnosi na korporativne oblike kompanija rezidente Unije koje su obveznici poreza na dohodak korporacija, bez mogućnosti opcije ili izuzeća. Države članice mogu uvesti porez na raspodeljen profit od strane filijale matičnoj kompaniji: raspodeljen profit u matičnoj kompaniji može biti predmet poreza na dohodak u državi rezidentstva matične kompanije; raspodeljen profit od strane filijale može da bude predmet poreza na dohodak uveden na izvoru od strane zemlje rezidentstva filijale. Ako matična kompanija dobije raspodeljen profit od njene filijale, država matične kompanije će se uzdržati od oporezivanja tog profita ili će oporezovati taj profit odobrava-

jući matičnoj kompaniji pravo da odbije od iznosa poreza na dohodak korporacija plaćeni iznos poreza na raspodelu profita od strane filijale u državi članici u kojoj je filijala rezident.

Direktiva se primenjuje i na raspodeljen profit dobijen od strane stalne poslovne jedinice situirane u jednoj državi članici filijale koja se nalazi u drugoj državi članici.

Direktiva Saveta 2003/49/EZ

Savet EU je 3 juna 2003 usvojio Direktivu 2003/49/EZ o zajedničkom sistemu oporezivanja isplata kamate i autorskih naknada između povezanih kompanija iz različitih država članica, kako bi se ukinuli porezi uvedeni na izvoru na ta plaćanja i da bi se eliminisalo dvostruko oporezivanje na te isplate. Kamate i autorske naknade između povezanih kompanija u različitim država članica su predmet oporezivanja samo u jednoj u državi članici prema usvojenoj direktivi 2003/49/EZ o oporezivanju kamata i autorskih naknada isplaćenih u odnosima između povezanih preduzeća iz različitih država članica.⁹ Ovom direktivom uki- da se porez po odbitku na isplaćene kamate i autorske naknade između povezanih preduzeća u državi članici isplate. Kamata i autorske naknade se izuzimaju iz oporezivanja bilo kojim porezom u državi članici isplate ukoliko je vlasnik ovih prihoda kompanija ili stalna poslovna jedinica u drugoj državi članici.

Zatim, Direktivom 2004/76/EC izvršena je izmena Direktive 2003/49/EC u pogledu odlaganja primene ove direktive od strane određenih država članica za određeni prelazni period. Prelazni privremeni period predviđen je za Češku, Grčku, Španiju, Litvaniju, Letoniju, Poljsku, Portugaliju i Slovačku. Isplate kamate ili autorske naknade od strane kompanije iz države članice ili od strane stalne jedinice situirane u drugoj državi članici smatraju se nastalim u toj državi, tzv. "državi izvora" ("Source State").

Kompanijom države članice smatra se kompanija koja je osnovana u skladu sa zakonom države članice, rezident je države članice i podleže oporezivanju po-

⁹ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, *Official Journal* L 157 of 26 June 2003; Amending acts: Directive 2004/66/EC, OJ L 168 of 1.5.2004; Council Directive 2004/76/EC of 29 April 2004 amending Directive 2003/49/EC as regards the possibility for certain Member States to apply transitional periods for the application of a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, *Official Journal* L 157 of 30.4.2004, corrected by *Official Journal* L 195 of 2.6.2004.

rezom na dohodak korporacija. Dve kompanije se smatraju povezanim ako jedna u kapitalu druge ima minimalno učešće u vlasništvu od 25%, ili kada treća kompanija ima minimalno učešće u vlasništvu od 25% u kapitalu obe kompanije. Povezana lica moraju da budu rezidenti države članice EU. Međutim, država članica može da pruži opciju zamene kriterijuma učešća u vlasništvu kapitala sa kriterijumom minimalnog glasačkog prava.

Država članica izvora neće primeniti Direktivu 2003/49/EC na isplate koje nemaju smisao kamate, poput isplata koje: se tretiraju kao raspodela profita ili su isplate kapitala prema propisima države izvora; na osnovu duga nose pravo učešća u dužnikovom profitu; na osnovu duga daju pravo kreditoru na razmenu njegovog prava na kamatu za pravo učešća u dužnikovom profitu; na osnovu duga ne sadrže vraćanje iznosa poveriocu ili kada je izmirenje duga duže od 50 godina nakon datuma nastanka.

*Konvencija o eliminisanju dvostrukog oporezivanja
(Arbitražna konvencija)*

Države članice usvojile su Konvenciju 90/436/EEC o eliminisanju dvostrukog oporezivanja u vezi sa regulisanjem oporezivanja profita povezanih kompanija ili tzv. Arbitražnu konvenciju (*The Arbitration Convention*).¹⁰ S obzirom na činjenicu da ne postoji formalna obaveza države članice da eliminišu dvostruko oporezivanje, Arbitražna konvencija je predviđala da kada se pojavi mogućnost dvostrukog oporezivanja, kompanija prezentuje taj slučaj nadležnim poreskim organima država članica kojih se taj problem tiče, odnosno u kojima se oporezuju povezane kompanije, u nastojanju da se postigne zajednički sporazum sa nadležnim organima države članice. Kada ti organi nisu bili u mogućnosti da reše problem i da postignu sporazum, taj slučaj je bio predmet savetodavne komisije koja je sugerisala način rešavanja problema. Poreski organi država članica bili su obavezni da usvoje rešenje predloženo od strane savetodavne komisije ako nisu uspeli da postignu zajednički dogovor.

Savet EU je 25 maja 1995. godine usvojio Protokol o izmeni Konvencije 90/436/EEC produžavajući njeno dejstvo na period od pet godina uz obavezu njene ratifikacije od strane država članica. Međutim, pošto sve države članice ni-

¹⁰ Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfers of profits between associated undertakings, OJ L 225 of 20.08.1990; Amending acts: Convention (96/C 26/01), *Official Journal* C 26 of 31.01.1996; Extending Protocol (1999/C 202/01), *Official Journal* C 202 of 16.07.1999.

su ratifikovale Protokol o produženju Arbitražne konvencije, 2000. godine je prestalo njeno dejstvo.

Kao deo generalne strategije rešavanja međudržavnih problema u vezi sa dvostrukim oporezivanjem građana i kompanija u okviru unutrašnjeg tržišta, Komisija EU je analizirajući probleme koji se pojavljuju u vezi sa ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, naročito probleme koji su rezultat nedovoljne koordinacije u ovoj oblasti u situacijama koje se tiču trećih zemalja, a imajući u vidu i mogućnost stvaranja EU verzije OECD Modela Konvencije, na čijoj osnovi su zaključeni bilateralni poreski ugovori država članica, ili mogućnost zaključenja multilateralnog EU poreskog ugovora, došla do zaključka da su u ovoj oblasti neophodni postepen prilaz i mere saradnje koji bi izražavali konstruktivan stav država članica.

PORESKA KONKURENCIJA ILI HARMONIZACIJA

Slobodno međunarodno tržište kapitala i povećanje poreske konkurencije pokrenuli su niz fiskalnih reformi u velikom broju država u prethodne dve decenije.¹¹ Globalizacija je proces u kojem države teže mogu održati visoke poreze jer su obveznici u prilici da preusmeravaju svoje aktivnosti ka lokacijama sa niskim porezima. Konkurentnije globalno tržište svakako je pozitivno uticalo na poreske sisteme država, jer su generalno, u većini država poreske stope pale, a poreska osnovica proširena. Tako je poreski rivalitet među državama prouzrokovao neverovatan uticaj na poresku politiku. Naime, pokazalo se da je poreska konkurencija efikasno sredstvo globalne ekonomije u privlačenju štednje i investicija. Niže poreske stope su, na taj način, zbog privlačenja štednje i investicija, podstrek privrednom rastu i tehnološkom razvoju, čime se podržava dugoročni rast i životni standard. Ukoliko porezi na dohodak i kapital rastu, akumulacija kapitala i privredni rast će biti sporiji. Ujedno, poreska konkurencija vrši i pritisak na smanjenje javne potrošnje i vođenje odgovorne fiskalne politike.¹² Zato je naročito poslednjih godina u državama članicama EU razvojna politika bila posvećena problematici oporezivanju kapitala i porezu na dohodak korporacija. Porez na dohodak korporacija smatra se važnim za oporezivanje kapitala, mada nije značajan izvor prihoda ni u jednoj državi članici. Prihodi od ovog poreza u

¹¹ Towards Global Tax Co-operation, OECD, 2000, p. 25; Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD, 1998.

¹² Vito Tanzi and H. Zee, Fiscal Policy and Long-Run Growth, IMF Staff Papers, Vol. 44, No. 2, June 1997.

odnosu na BDP obično su do sada imali učešće od 2 do 3% u proseku na nivou EU.

Porezi na kapital su bitni zbog mobilnosti kapitala, koju, iner alia, potstiču i visoki porezi, i zato što neke zemlje nude povoljniji poreski tretman (poreska konkurencija). Kao i drugi porezi, porezi na kapital mogu da imaju štetne efekte na tržištu, pogotovo na unutrašnjem tržištu kakvo je EU tržište, mogu da umanje akumulaciju kapitala, da negativno utiču na nivo produktivnoasti, što u krajnjoj instanci utiče na smanjenje zarada, odnosno prihoda od kapitala.

U poslednje dve decenije u EU su u oblasti korporativnog oporezivanja istaknuta dva trenda: smanjenje stope poreza na dohodak korporacija (Corporate Income Tax – CIT); i, redukciju skale odbitaka i oslobađanja, koja se tiče i Kodeksa poslovanja, jer je ovaj dokument imao uticaja na limitiranje povoljnijeg poreskog režima, kao i primena EU pravila u vezi sa smanjenjem državne pomoći kompanijama. Uzimajući u obzir i lokalne poreze, u proseku je na nivou EU stopa poreza na dohodak korporacija smanjena za 11,7 procenata u periodu od 1995. do 2009. godine. EU je postalo područje sa niskom korporativnom stopom, a u 2009. godini u proseku je 23,5%, tako da je niža od prosečne stope u državama članicama OECD i u BRIK državama.

Stope poreza na dohodak korporacija su u EU smanjene sa prosečne stope od 35,3% u 1995. na 23,5% u 2009. godini. No, bez obzira na ovu tendenciju, stope poreza na dohodak korporacija još uvek značajno variraju unutar Unije, od minimalne 10% u Bugarskoj i na Kipru, do maksimalne od 35% na Malti.

Sistem funkcionisanja oporezivanja dohotka korporacija sui generis je u osnovu u svim državama članicama EU isti, a razlike postoje u strukturi samog poreza: vrstama i visini odbitaka; poreskim podsticajima; metodu obračuna amortizacije; poreskim stopama; tretmanu malih i srednjih preduzeća; tretmanu povećanih lica; sistemu oporezivanja dividendi; i drugim elementima ovog poreza. Poseban tretman malih i srednjih preduzeća primenjuje se u Belgiji, Francuskoj, Italiji, Luksemburgu, Holandiji, Velikoj Britaniji, Španiji, Portugaliji, Mađarskoj, Litvaniji, Poljskoj i Rumuniji, tako da se ova preduzeća oporezuju nižim stopama korporativnog poreza.

Što se tiče sistema oporezivanja dividendi, većina država članica EU primenjuje sistem poreske integracije, čime se smanjuje ili otklanja mogućnost dvostrukog oporezivanja. Radi eliminisanja ili umanjenja dvostrukog ekonomskog oporezivanja, dividende se izuzimaju iz oporezivanja poreza na dohodak građana ili se plaćen porez na dividende na nivou kompanije priznaje kao poreski kredit za umanjenje obračunatog iznosa poreza na dohodak građana, u punom ili delimičnom iznosu. Klasičan sistem oporezivanja dividendi primenjuje Francuska, Litvanija, Luksemburg, Švedska, Poljska i Rumunija, što znači da se dividende

oporezuju dvostruko, i na nivou kompanije, i na personalnom nivou poreza na dohodak građana.¹³

Sve razlike u korporativnom oporezivanju koje postoje između država članica EU ne utiču na seljenje kapitala iz jedne u drugu članicu u meri u kojoj bi to seljenje *stricto sensu* bilo na štetu ili u korist povećanja poreskih prihoda neke članice. Kada di došlo do većeg obima izvoza kapitala iz jedne u drugu državu članicu, to bi se odrazilo u povećanju poreskih prihoda prilikom oporezivanja dobiti u državi uvoznici kapitala i imalo bi uticaj na povećanje dobiti i zaposlenosti u toj državi. Međutim, porez na dohodak korporacija ni u jednoj državi članici EU nije značajan izvor budžetskog prihoda. Prihodi od ovog poreza poslednjih godina imaju učešće od 3% u BDP na nivou EU, tako da su manje ili više sve države članice po ovom učešću slične.¹⁴ Postojanje poreske konkurencije dokazuje se smanjenjem poreskih prihoda od poreza na dohodak u ukupnim poreskim приходima u jednoj državi članici u korist povećanja tih prihoda u drugoj.

ZAKLJUČAK

Mobilnost kapitala i poreska konkurencija na globalnom nivou imala je određene pozitivne uticaje na razvoj savremenih poreskih sistema, jer su poreske reforme dovele do proširivanja poreskih osnovica i do smanjenja poreskih stopa. Međutim, istovremeno je stvorena i klima u kojoj se zbog povećane poreske konkurencije, primenjuju poreske mere koje se mogu smatrati štetnim i usmerenim isključivo na privlačenje kapitala.

Imajući u vidu dosadašnji stepen harmonizacije poreza na dohodak korporacija država članica EU i rezultate komparativne analize u oblasti ovog poreza, rezultati istraživanja pokazuju da između država članica EU ne postoji poreska konkurencija u oblasti oporezivanja dohotka korporacija u meri koja bi bila štetna, odnosno u korist neke države što bi se odrazilo na povećanje ili smanjenje budžetskih prihoda od ove vrste poreza. Razlike koje postoje u elementima sistema oporezivanja poreza na dohodak korporacija između država članica ne

¹³ U klasičnom sistemu oporezivanja nije ostvarena integracija (veza) sa porezom na dohodak građana, tako da se dividende dvostruko oporezuju. Jednom kao deo dohotka korporacije porezom na dohodak korporacija i drugi put porezom na dohodak građana, kada se isplaćuju akcionarima (prihod od kapitala). Obveznik poreza na dohodak korporacija dužan je da obračuna i uplati po odbitku porez na dohodak građana na iznos isplaćene dividende.

¹⁴ Izvor: Public finances in EMU – 2008, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *European Economy 2008*, Brussels, p. 176.

upućuju na zaključak da postoji konkurencija u pogledu seljenja poslovanja iz jedne u drugu članicu u okviru unutrašnjeg tržišta EU.

Harmonizacija sistema oporezivanja dohotka korporacija nije bila celovita, odnosno harmonizovani su samo pojedini segmenti sistema. Naime, nije donesena nijedna direktiva kojom bi se na nivou EU harmonizovala poreska stopa, poreska osnovica, oslobođenja ili bilo koji drugi bitni elementi oporezivanja, što je i razumljivo imajući u vidu razlike u privrednoj strukturi i u nivou privrednog razvoja pojedinih država članica, različitosti u ciljevima poreskih podsticaja koji su, *iner alia*, rezultat i istorijskih, socioloških, kulturnih i geografskih razlika.

Professor HASIBA HRUSTIĆ, LL.D.,
Institute of International Politics
and Economics, Belgrade

THE HARMONIZATION OR THE COMPETITION OF CORPORATE TAXATION IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Free capital movements, the elimination of custom controls, the development of information and communication technologies all contribute to increase the mobility of tax bases. The aim of this paper is identification whether tax competition on corporate taxation exists between Member States or Member States have accomplished some degree of harmonization. The focus of the research is how to qualify all aspects related to tax competition process and to distinguish other factors that can be an obstacle for tax harmonization in the EU.

Corporate income tax revenues in most EU countries are low by international standards, as a share of GDP. This relatively low yield, and its large variations across EU countries with similar statutory rates, reflect several factors. The extensive use of tax reliefs also plays a role, as the effective corporate tax rate is almost 10 percentage points lower than the statutory rate in the EU area. These reliefs often include: investment tax credits, accelerated depreciation allowances for investment in equipment goods and in intangible assets (such as R&D), relief for SMEs, special holding-company schemes, tax breaks for employment creation, and tax incentives for deprived areas. The basis of the analysis includes the comparison of present differences in corporate taxation systems in the EU, and its impact on tax competition.

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU
DRŽAVU**

VLADO KAMBOVSKI

PRAVO I PROSTOR: UNIVERZALNOST I GRANICE PRAVA

1.

Tema je više nego značajna, jer dotiče ontološke probleme prava, koji su širi od pitanja prostornog važenja prava, nacionalnog (državnog) karaktera pravnog sistema, ili bilo kog drugog aspekta povezivanja pojmova prava i prostora i prostorne determinisanosti prava: pravo nastaje na određenom prostoru i njegov sadržaj je određen ukupnošću kulturnih, istorijskih, društvenih, političkih, ekonomskih i drugih posebnosti tog prostora. U tako zamišljenoj povezanosti, pojam prostora nema samo fizički ili geografski sadržaj: osnovna determinanta nije sam prostor već duh, ljudska kultura i razum koji vlada tim prostorom.

Najuticajnije filozofske koncepcije o prostoru pripadaju »fizičkoj teoriji« i koncentrisane su na epistemološke probleme spoznaje fizičkog određivanja prostora i položaja subjekta u prostoru (*Flew*, 308): da li prostor (i vreme) treba da se posmatra kao realna stvar po sebi i kao prostorna stvarnost svih drugih stvari (*Njuton*): da li je moguće postojanje praznog prostora (ili vremena bez događaja); da li je naša predstava o prostoru funkcija naših apriornih shvatanja o tome kako zamišljamo stvarnost koja nas okružuje, ili je sama stvarnost (Kant). Oko ovih (i sličnih) pitanja postoji sukob apsolutnih i relativnih teorija: prve polaze od *Njutnove* metafore o prostoru kao sveobuhvatnom kontejneru, u kome su smeštene sve realne stvari materijalnog sveta; za relativiste (*Leibniz*, *Kant*), realnost nije

Akademik Vlado Kambovski, profesor Pravnog fakulteta »Justinijan Prvi« u Skoplju.

samo materijalne, već i misaone prirode, to je skup realnih stvari i misaonih predstava o tim stvarima. Posebno *Kantov* kriticizam i relativizam polazi od kritičke sinteze empirizma i racionalizma: prostor, kao objekt spoznaje, daje samoj spoznaji sadržaj, ali subjekt daje oblik spoznaji. Empirijskom spoznajom subjekt uočava samo stvari koje može da prepozna i obuhvata samo neke karakteristike realnih stvari, ali nikada ne može da spozna ceo prostor, tako da ne postoji apsolutna spoznaja prostora (ne može da spozna njegovu beskonačnost, čak ni deo svemira, itd.). Te praznine popunjava razum, predstava o stvarima koje se nalaze u prostoru, koja ima karakter apriorne spoznaje.

Kao društvena i istorijska pojava, pravo ima svoju fizičku, geografsku, prostoru dimenziju. Pravo je univerzalna pojava, ali pravo određenog društva, kao pozitivno pravo i ideja prava olicetvorena u tom društvu, je povezano sa oblikom njegove organizovanosti. Prostorni okvir prava je država, odnosno teritorija omeđena državnim granicama. Sa fizičko-filozofsko-pravnog stajališta razmatranje problema prava i prostora (pravo u prostoru, prostorne detereminante prava, prostornog važenja prava, itd.), nije naročito komplikovan problem, jer se svodi na isticanje posebnosti nacionalnog (pozitivnog) prava i na pitanje prostornog (teritorijalnog) važenja pravnih normi.

Pravo nastaje na određenom prostoru, na koji se proteže ljudsko društvo. Kako se širi prostor društva, tako se širi i prostor prava, jer u meri u kojoj čovek postaje sve više i više društveno biće, postaje i pravno biće. Volumen prava je određen stepenom podruštvljavanja čoveka, njegove socijalizacije. Potvrda ove teze je današnje stanje prava, koje ima sve karakteristike hipertrofije pravnih normi, pojave koja je uslovljena sve većom potrebom i zavisnošću pojedinca od društva. Posebnost prostornog određivanja prava je upravo u kompleksnom fizičkom, teritorijalnom, ali i društvenom pristupu shvatanju prava. Pod prostorom prava podrazumevamo:

- fizički prostor, teritoriju, na koju pravo nastaje i ostvaruje svoje funkcije i koja je određena granicama države kao političkog totaliteta društva; i
- društveni prostor, područje društvenih odnosa koji su uređeni pravom.

2.

Ubi societas, ibi jus. – Ova rimska maksima na najpregnantniji način odražava univerzalnost ideje prava i samog prava kao fenomena koji je imanentan ljudskom društvu. Kao što ne postoji društvo bez prava, ne postoji ni pravo bez društva, odnosno tamo gde je pravo, tamo je društvo (*ubi ius, ibi societas*). To

dalje znači da ne postoji društvo, ne samo u istorijskom, nego i u savremenom značenju pojma, ako nije zasnovano na pravu.

Razmatranje pitanja prostornog određenja prava je jedno od večitih (i zbujujućih) pitanja u filozofiji prava. Ona se rađaju u misaonoj potrazi za poreklom pravnih pravila koje važe na određenom prostoru i u odnosu na određene društvene odnose. Prva objašnjenja, nastala u antičkoj filozofiji prava, sadrže jednostavan pristup: zakoni koji vladaju među ljudima su deo jedinstvene prirode i podređeni njenim zakonitostima. Takvi pogledi formiraju prvo »prirodno-pravno« učenje koje je razvio *Heraklit* (oko 540–480. god. p.n.e.): pravo, kao i sva ljudska dela i odnosi, su u dubokom jedinstvu sa opštim kosmičkim procesima koji se odvijaju na osnovu »skrivenne harmonije«, a zakoni polisa nisu ništa drugo osim odraz kosmičkog poredka. Ceo svet je zasnovan na kosmičkom logosu, kome je podređen i polis i zakoni, a logos je glas kosmičke pravde, koja nadilazi i razrešava večitu borbu između suprostavljenih stihija (v. *Mitevski*, (2006), 42). Na posmatranju celokupnog fizičkog sveta kao harmonične celine (kosmos), kojom vlada neki opšti pravedni zakon, je zasnovano i učenje *Empedokla* (492–432. god. p.n.e.), prema kome univerzalni pravni poredak proizlazi iz »legalnosti sveta«. U ovoj koncepciji je sadržan začetak prirodno-pravnog učenja o univerzalnosti prava, koje pod pojmom prirodnog prava podrazumeva neko razumno načelo (opšti zakon), ali shvaćenog u kosmičkom, naturalističkom smislu.

Ali već u antičkoj filozofiji prava se pojavljuju i suprotni pogledi na pravo, kao iskustveni proizvod, koji je kauzalno uslovljen razvojem ljudskog društva. Takvo mišljenje zastupa *Demokrit* (oko 470–366. god. p.n.e.), za koga zakoni nisu dati u gotovom obliku od strane prirode, već ih stvaraju obrazovani pojedinci u procesu evolucije društva; odnos između prirodnog i iskustvenog je odnos onoga što postoji »prema pravdi« (u prirodi) i onoga što postoji »saglasno opštem mišljenju« (u polisu). Razlikovanje »prirodnog« i »iskustvenog«, prirodne pravde i zakona, rađa kasniji sve izraženiji dualizam filozofsko-pravne misli u razmatranju odnosa između univerzalne, apsolutne ideje prava i pravde, i istorijski i prostorno detereminisanog pozitivnog prava i pravne stvarnosti (v. *Kambovski*, (2010), 58).

Prvi korak u tom pravcu (razlikovanja univerzalnog prava i zemskog zakona) prave već *sofisti* (V–IV vek p.n.e.), koji razvijaju subjektivni pristup u objašnjavanju prirode i prava, premeštajući njegovo težište od prirode (kosmosa) na čoveka (*Vukadinović/Stepanov*, (2004), 16). Pravo (*nomos*) je običaj koj važi za sve ljude koji su deo polisa, ali pošto se ljudi razlikuju po svojoj prirodi i nisu jednaki, dolazi do sukoba između *nomosa* i *physis*a (njihove prirode), tako da se jači i bolji nameću nad pravom. Otuda, *nomos* nije od boga dato pravilo, već izraz uzurpacije moći jačih i boljih (*Friedrich*, (1955), 7). Osnovni princip sofističke filozofsko-pravne misli formuliše *Protagora od Abdere* (485–411. god.

p.n.e.), kroz sledeću maksimu: »mera svih stvari je čovek, onih koje postoje da postoje, a onih koji ne postoje da ne postoje« (*homo mensura: omnium rerum homo mensura est*). Isticanje empirijskog čoveka kao mere stvari predstavlja kvalitativni filozofski skok iz natur-filozofske ka subjektivnoj i vrednosno-relativističkoj filozofskoj misli: država i zakon nisu dati od strane prirode, već su proizvod mudrosti, visoko dostignuće čoveka i svedočanstvo o njegovom uzdizanju nad prirodom. Sa pojmom prirodnog prava je izjednačen pojam pravde, koja je uzvišena ideja, ideal prava, dok je pozitivno pravo (zakon) stvoreno od strane većine u polisu, i zato je promenljivo i relativno. *Gorgija* (483–375. god. p.n.e.), ističe da je zakon visoko dostignuće ljudske kulture, iskustveni proizvod, od koga treba da se razlikuje nepisana pravda, koja treba da predstavlja »suština stvari« zakona. *Hipija* (460–400. god. p.n.e.) posmatra prirodno pravo kao stalno i nepromenljivo, za razliku od iskustvenog prava, zakona u polisu, koji je promenljiv sa vremenom.

Ova stajališta nagoveštavaju kasniji i do današnjih dana neprevaziđeni sukob između jusnaturalizma i pravnog pozitivizma. Od samog njegovog najavljanja je izražena nemoć u odnosu na rešavanje tog sukoba u korist nadiskustvenog, prirodnog prava. Sokrat (470–399. god. p.n.e.), koji zastupa mišljenje da nepisani božanstveni, kao i pisani ljudski zakoni imaju u vidu jednu i istu pravdu i da je postojanje razumnih i pravednih zakona jedini okvir za mogućnost slobode u polisu (»to što je zakonito, to je i pravedno«), svojom ličnim primerom (dobrovoljno prihvatanje nepravedne smrtne kazne) potvrđuje opredeljenje da nepravednost zakona nije razlog za njegovo nepoštovanje. Jer, prema njemu, država koja je zasnovana na zakone uopšte je mnogo pravednija od države u kojoj ne postoje nikakvi zakoni (»država u kojoj građani najstrože poštuju zakone i u miru uživaju u blagostanju, i u ratu je nepobediva«, v. *Ksenofon*, (2009), 123). Do današnjih dana je u pravnoj misli i u svim legislativnim konceptima prava ostalo kao »opšte mesto« upravo to njegovo objašnjenje, da pod nikakvim uslovom ne bi smelo da se ruši dostojanstvo pozitivnog zakona i da je sudija dužan da primeni zakon bez obzira da li je pravedan ili nepravedan.

3.

Suprotstavljanjem shvatanja o prirodnom, nadiskustvenom pravu, koje je bestelesno i univerzalno, i o pozitivnom, prostorno određenom pravu, tema univerzalnosti i granica prava nije zatvorena. Stajalište da u sukobu između njih treba da se stane na strani pozitivnog prava nije dat odgovarajući odgovor na pitanje – u kojoj meri ideja prava i osnovne vrednosti prava su interpolirane u pozitiv-

nom pravu; i u kojoj meri je pravo istovremeno i univerzalno, i prostorno (u istorijskom i kulturnom smislu) određeno.

Tezu o pozitivnom (i prostorno određenom) pravu kao imanaciji same ideje prava u antičkoj filozofskoj misli razvija *Platon* (428/427–348/347. p.n.e.). Vrednosti i vrline su bestelesne, posebne i samostalne i nezavisne od čoveka ideje. Bestelesni svet ideja je pravo, istinsko biće, do kojeg se dolazi razumom, a istinsko saznanje je saznanje sveta ideja. Spoljni, setilni, materijalni svet je samo nesavršeni odraz sveta ideja. Univerzalni prostor prava i zakona kao najveće tvorevine ljudskog uma je određen univerzalnom prirodom ideje prava, koja je deo idealnog sveta, kao »ideja koja je uvek jedna i ista, nerođena i ne može da propadne, ništa iz ničega ne prima u sebi niti zalazi u bilo šta, nevidljiva i setilno neprijemčiva, a podložna jedino misaonom razumevanju« (*Platon*, (2010), 58). Ideja određuje suštinu i formu svih stvari, prema tome i suštinu i formu (pozitivnog) zakona. Ideje iz kojih potiče pravo su najviše vrednosti kojima teži ljudski razum: dobro, pravедno, lepo i istinito. Pravda kao najviša ideja, do koje se dolazi umnom spoznajom, postoji u ljudima i u polisu samo kada razum gospodari nad ljudskom voljom i nagonima i sadrži zahtev da se svako bavi svojim poslom i da se ne meša u stvari drugog (*Platon*, (1969), IV, 433).

I *Platon*, kao i drugi mislioci toga vremena, razlikuje »zamišljeno« prirodno pravo, odnosno ideju prava, i zakona, koji predstavljaju spoljni izraz prava. Ali iza zakona ne stoji slobodna volja zakonodavca, već ponovo razum i vrlina, zato što je osnovni cilj zakonodavca (ili treba da bude) da učini svoje podanike srećnim, a sreća je otelotvorenje ideje dobrog. Otuda, ne može da postoji suprotnost između pravde i zakona, ako je on umno zasnovan; zakoni su pravi i ispravni ako služe opštom dobru, a zakon koji služi samo jednoj partiji, a ne državnom interesu, i ne može da se smatra da je izraz prava. Vlast treba da bide sluga zakona i samo država, u kojoj zakon vlada nad onima koji vladaju, je država srećnih ljudi. U svojim kasnijim delima (posebno »Zakoni«), zahvaljujući negativnim iskustvima sa njegovim stavovima o idealnoj državi, *Platon* donekle odstupava od svog idealistikog učenja, ističući značaj zakona u svetu u kome ne vlada savršenstvo: sadržaj zakona ne određuje samo razum i ideja pravde, već i istorijske i društvene realnosti.

Platonovo učenje o zakonu kao »proizvodu razuma« je prihvaćeno u kasnijoj racionalističkoj pravnoj misli: zakon je sredstvo za transformisanje načela razuma u ponašanje ljudi – teza koja je snažno uporište za univerzalističku koncepciju prava.

Učenje *Aristotela* (384–322. god. p.n.e.) o ontološkoj prirodi prava je blisko *Platonovom*, sa tom razlikom što on razvija tezu o konkretnoj bitnosti, nasuprot bitnosti (esenciji) uopšte, kao predmeta ontologije, odnosno metafizike (»prva filozofija«, v. *Vukadinović/Stepanov*, (2004), 21). Dok je za *Platona* istinska re-

alnost transcendentna i sastoji se samo od ideja, za *Aristotela* apsolut je postojeća realnost, tako da ideja ili forma ne postoje van konkretnog predmeta, već predstavljaju njegovu suštinu (bitnost, esenciju). Ideja prava je prema njemu povezana sa pojmom prirode, u vrednosnom smislu shvaćene kao savršene forme realnosti nekog predmeta. Na toj osnovi on razvija učenje o razlozima i cilju (*telos*), finaliteta prava: njegovo biće, kao i priroda u celini, teži određenom cilju. Obzirom na to da je čovek političko biće (*zoon politikon*), njegov cilj je politička organizacija društva (*polis*), jer je njegova priroda društvenost, život u zajednici (*Aristotel*, (2003), I, 2). Za poštovanje najviših vrednosti i vrlina nije dovoljno podupiranje na razum, već su nužni i zakoni, a jedini autoritet koji može svojim naredbama da da prinudni karakter je država. Zakoni su sredstvo kojim se postiže efikasnost racionalnih pravila etike, a njihova razumnost je determinisana idejom pravde. Pojedinaac je predodređen da živi u državi, čija zadaća ipak nije da ostvari apsolutnu pravdu, već da obezbedi uslove koji mu omogućuju »dobar život« (*Aristotel*, (2003), I, 2, 1252b).

Učenje *Aristotela* o pravdi i jednakosti, kao i o pravičnosti kao korektivu pravde je do danas nezaobilazno opšte mesto jusnaturalističkog pristupa pojmu prava. Poseban uticaj na kasniju pojavu i razvoj teorije prirodnog prava ima njegova podela prava *polisa*, odnosno države koja je cilj čoveka kao *zoon politikon*, na: prirodno i pozitivno pravo. Prirodno je ono pravo, koje svugde ima istu važnost, nezavisno od toga da li je ili nije prihvaćeno, dok je pozitivno pravo ono, čiji sadržaj u početku nije bio određen, ali je dobilo određeni sadržaj njegovim zakonskim utvrđivanjem (*Aristotel*, (1970), V, 7, 1134b). Ipak, on ne ulazi dublje u razmatranje odnosa između jednog i drugog, onog što je »pravedno po prirodi« i na »pravedno po zakonu« (»pravedno po prirodi je ono što je konstantno u najvećem broju slučajeva«).

4.

Razmotrimo sada prve pojave univerzalističkih shvatanja o pravu, koja su, na istorijskom prelazu društvene organizacije iz *polisa* u ekumansku, univerzalnu državu, sadržana u učenju stoika i epikurejaca (v. *Kambovski*, (2010), 67). Period trajanja stoičke filozofije obuhvata dugo vremensko razdoblje – od IV veka p.n.e, do II veka n.e. (*Epiktet* i *Marko Avrelij*). Smatra se »filozofskim skokom« između antičke i srednjevekovne hristijanske pravne misli, kao i karikom koja povezuje elinističku koncepciju o univerzalnoj državi i Rimsko carstvo (*Vukadinović/Stepanov*, (2004), 25).

Zenon (336–264. god. p.n.e), rodonačelnik ove škole, posmatra svet, prirodu i čoveka i ljudsko društvo, kao celinu kojom gospodari sveopšti zakon sudbi-

ne. Sudbina je opšti zakon, koj ima božanstven karakter, ona je regulator kosmosa, univerzalna potreba prirode. Prirodni zakon je u tom smisla predstavljen kao sveopšta i univerzalna pravda, princip i kriterijum kako za političku organizaciju (državu), tako i za zakone koje donosi država. Učenje o prirodnom zakonu dalje razvija Zenonov učenik *Hrizip* (281–208. god. p.n.e.), koji takav zakon i prirodno pravo smatra osnovom i merilom svih važećih zakona država. Na ta polazna stajališta Zenon i *Hrizip* formiraju kosmopolitsku predstavu o celom svetu kao velikom polisu (kosmopolis), zajednice bogova i ljudi koji treba da žive u bratstvu. Svaki čovek je građanin svetske države i svemira, svet je velika država sa jednim poredkom i jednim zakonom (nomos), koji proizlazi iz istinskog uma (*logos, recta ratio*).

Filozofsko-pravno učenje stoika prevazilazi okvire polisa, formulišući osnovni kosmopolitski princip: jedan bog, jedno pravo, jedna država. Pojedinaac se ne razlikuje od drugog prema svojoj pripadnosti određenom polisu. Svi polisi su deo šire zajednice, podređene jedinstvenom bogu i jedinstvenom zakonu, koji je božji, prirodni i ljudski, i mera onoga što je pravedno i nepravedno. Ljudski um je izveden iz svetskog uma, a zajedničke misli ljudi, koji su svesni da pripadaju celini sveta, dolaze do zajedničkog rezultata, a to je misao o životu u saglasnosti sa pravom (*naturam sequere*). Na takvoj saglasnosti svih (*consensus omnium*) zasnovano stoičko učenje postaje vodeća ideologija imperije *Aleksandra Velikog*, Rimskog carstva i hristijanske ekumene.

Slično stoicima, epikurejci propagiraju mir i spokojstvo duše. Za Epikura (341–270. god. p.n.e.), shvatanje prava treba da polazi od etičke koncepcije, koja za svoju osnovu ima slobodu, zadovoljstvo, sreću i spokojstvo duha (*ataraksia*) (v. *Faso*, (2007), 71). Glavni cilj države i prava predstavlja obezbeđivanje sigurnosti ljudi, potiskivanjem uzajamnog straha od izazivanja štete drugom. Otuda, država i pravo su izraz ugovora među ljudima o onome što je njihova zajednička korist i u cilju uzajamne sigurnosti. Za epikurejce ugovor nije formalni akt, već konsenzualni izbor ljudi na osnovu njihove spoznaje i uzajamnih odnosa. Ugovorni i pravedni karakter države i prava nisu dati od prirode, već su izraz svesnog samoodređivanja ljudi.

Kosmopolitska vizija stoičke filozofije o univerzalnoj državi i o prirodnom i univerzalnom zakonu, nalazi brojne zastupnike kod pravnih mislilaca za vreme Rimskog carstva. Najpoznatiji je *Seneka* (3–65. god.), koji zastupa mišljenje da je svet prirodna država sa svojim prirodnim zakonima, čije priznavanje je delo razumnog. Pripadnici te države su svi ljudi, dok u okvirima kosmičke države postoji i mala, lokalna država, kojoj ljudi pripadaju slučajno. Među njima ima takvih koji služe i velikoj i maloj državi, kao i takvih koji služe samo jednoj ili samo drugoj. Etički najispravnije i najvrednije je pripadništvo velikoj državi, zakonu sudbine, prirodnom pravu. Ali i u maloj državi ljudi moraju da priznaju univer-

zalni zakon velike države i da se rukovode prema njemu. U svom učenju *Seneka* razvija i koncepciju o prirodnoj državi koja prethodi političkoj i pravnoj organizaciji društva. Za razliku od epikurejaca, koji smatraju da taj pojam označava životinsko stanje u kome su ljudi izolovani jedni od drugih, on smatra da je to »zlatno doba« ljudskog društva, u kome vladaju moralno savršeni mudraci i ne postoji potreba za zakone. Potreba za zakone se rađa tek kada se radi korupcije pojave tiranije.

Prirodno, univerzalno pravo je opšteobavezujuće i jednako sa svetskim zakonima, i zato se pojavljuje i kao prirodna činjenica i neophodan imperativ razuma. Univerzalnom zakonu *Seneka* pripisuje božanstvenu prirodu, koja implicira jednakost svih, radi toga što su svi jednokrvni i pripadaju jedinstvenoj božanstvenoj suštini (u svoja »Pisma Luciliju« o robovima kaže: »Oni su robovi, ali i ljudi. To su naši drugovi u robstvu, ako se pomisli da sudbina ima istu moć nad nama, kao i nad njima«; cit. prema *Faso*, (2007), 80).

Slična stajališta zastapu *Epiktet* (50–138. god.), prema kome su svi ljudi kao »božja deca« braća, a svaki čovek je dužan da ispunjava ulogu koja mu je data od sudbine i svetskog zakona (fatalizam, apsolutni determinizam; v. *Grlić*, (1982), 118). Polazeći od tih ideja, on formuliše sledeći osnovni pravni princip: to što ne želiš sebi, ne poželi ni drugima. Rimski imperator *Marko Aurelije* (121–180) zastapu slično gledište, prema kome jezgro prirodnog prava je ljudsko dostojanstvo (*dignitas humana*): svi ljudi su rođaci, prirodno svojstvo svakog čoveka je da voli svog bližnjeg, a ljudska priroda je racionalna i društvena. Država, prema tome, treba da bude zasnovana na zakonu koji važi jednako za sve i njoj treba da se poštuje sloboda pojedinaca. Državni zakon mora da odgovara opštem zakonu (prirodnom pravu). Ovi pogledi rimskih stoika, posebno njihova etička stajališta, imaju veliki uticaj na kasniji razvoj prirodno-pravnog učenja u delima rimskih pravnika i ranohristijanskih mislilaca.

Filozofsko-pravna stajališta *Cicerona*, rimskog pravnika i državnika (106–43. god. p.n.e.), predstavljaju spoj rimske pravne tradicije, klasične antičke misli i univerzalističkih ideja stoika (v. *White/Patterson*, (1999), 11). Pojam prirodnog prava, on transformiše u »božji zakon«, objašnjavajući njegov sadržaj kao *ratio*, mudrost koja upravlja svetom. Priroda ima svoj sopstveni *ratio*, kome je podređena i ljudska zajednica i od koga su izvedeni svi drugi zakoni. Svetski poredak kao »božji i ljudski zakon« (*lex divina et humana*) važi i za bogove i za ljude. Pravo izvire iz razuma kao najviši zakon, koji je rođen pre bilo kakvog pisanog zakona i važi za sva vremena. U tom smislu, treba da se pravi razlika između opšteg, prirodnog zakona i običaja i zakona naroda, koji ne moraju da budu pravedni samim tim što su proglašeni kao zakoni. Zakoni koje donose ljudi na osnovu večitog zakona nazivaju se *ius* (pravo). Ako sadrže naloge prirodnog prava, oni su *ius naturale, summum ius, sapientiam ius*. Prirodno pravo (*ius natura-*

le) je zakon o zakonu i ima obavezujuće dejstvo, jer počiva na »opštem zakonu prirode« (*communis lex naturae*).

Od klasične grčke filozofije (posebno od Platona) Ciceron preuzima ideju o pravdi kao apsolutne vrednosti, ali istovremeno ističe njen društveni karakter (Ciceron, (2003), III, VI, 28: »pravda je vrlina koja je carica nad svim drugim vrlinama«; ali, isto tako, III, VI, 26: »ljudi treba da imaju jedan cilj: korist za svakoga posebno, ali i uopšte za sve«). Pravda je u osnovi prava, a njena suština je u tome, »da se svakome da njegovo i da se sačuva jednakost među ljudima« (*suum quique tribuere*). Prvi zahtev pravde je da se ne našteti drugome. Svi su podčinjeni zakonu prirode, koji zabranjuje posezanje u interese drugog (Ciceron, (2003), III, VI, 27).

Shvatanje o univerzalnom prirodnom pravu doživljava u rimskoj pravnoj misli procvat krajem zadnjeg perioda Republike i u toku prva dva veka Rimskog carstva. Ulpijan (170–228. god.) i drugi ugledni pravници toga vremena zastapaju gledište da zakoni koji vladaju među ljudima su isti zakoni koji vladaju i u prirodi i celim živim svetom (*Ulpian: ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur* – tekst u *Justinijanovim Institucijama*). Prirodni zakon za Ulpijana je onaj, koji određuje prirodu svih živih bića (*animalia*). Pravo (*ius*) se izvodi iz pravde (*iustitia*; *Celsus: ius est ars aequi et boni*). Najopštije određenje sadržaja pojma pravde je sadržano u maksimi: *honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere* (*Ulpian, Digesta*).

5.

Tvrdnja da ideja prava ima univerzalni karakter je apodiktička, ali razmatranje formi i sadržaja prava kao pravne stvarnosti nužno nameće pitanje njegove konkretne istorijske i društvene stvarnosti. Pravna stvarnost, kao i svaki deo društvene stvarnosti, ima svoje prostorne i vremenske determinante. Relativnost i raznolikost prostorne određenosti prava na najpregnantniji način izražava poznata teza Paskala (1623–1662. god.), koja se odnosi na razlike (pozitivnog) prava od jedne do druge države: »Tri naporednika gore ruše celo pravosuđe... *Istina sa ove strane Pirineja, zabluda sa one!*« (*Pascal*, (1961), 317). Relativnost i slabost državno-politički omeđene zemske pravde on objašnjava ograničešću ljudskog razuma Najveći deo svojih rasprava o pravu on posvećuje odnosu između sile i pravde, koji treba da bude razrešen na osnovu sledeće formule: da se udruže sila i pravda i da se nastoji ono što je pravedno da bude i silno, ili ono što je silno da bude pravedno. Jer pravda bez sile je nemoćna; sila bez pravde je tiranska. Ali, prema njemu, ono što »treba« razlikuje se od onog što »je«, tako da sila poriče

pravdu. Rezultat je istorijski paradoksalan: u nemogućnosti ono što je pravedno da bude silno, učinjeno je ono što je silno da je pravedno. Pošto pravda ne može da se osili, opravdala se sila i samo na taj način obe postoje na ovom svetu, u simbiozi koja se održava jedino u interesu mira, nasuprot opasnosti od totalnog uništenja.

Prizemljenje ideje prava, kao i jasno podvajanje same te ideje, koja ostaje na nekom apstraktnom, univerzalnom nivou, od pozitivnog prava (zakona) koje ima karakter »zemskog prava«, počinje zapravo pojavom racionalističke filozofije prava. Ona stavlja na najviši pijedestal čoveka kao izvora i cilja civilizacije i, podsticanjem prve intelektualne i moralne revolucije, priprema kasnije istorijske promene u Evropi, započete Francuskom revolucijom od 1789. godine. Taj preokret rezultira razvijanjem istorijskog pristupa pravu i njegovim izvorima i težnjom za recepciju rimskog prava, a njegov širi filozofski i idejni kontekst su Humanizam, Renesansa i Reformacija.

Humanisti (XV–XVI vek) ističu tezu o »narodnoj državi« i društvenom ugovoru kao osnove vlasti i prava, reafirmišući antičke stavove o demokratiji polisa u novoj kosmopolitskoj varijanti (v. *del Vecchio*, (2004), 67). Osnovni stavovi humanizma su sadržani u pravnoj teoriji engleskog sudije *Forteskjua* (1400–1476. god.), koji je svoje poglede na srednjevekovnu državu rezimirao kao zahtev da se zakoni usvajaju u saglasnosti sa narodom. I rane koncepcije »društvenog ugovora« naglašavaju povezivanje ideje prava sa konkretnim društvenim odnosima, razvijenih u datom društvu. One se pojavljuju na istorijskoj prekretnici pojave prvih začetaka savremene države i koncepcije o državnom suverenitetu. Razvijajući historijski pristup, pravници-humanisti ističu zahtev za ponovno čitanje *Justinijanovog Corpus juris*, ali oslobođenog od svih tumačenja koja su nastala pod uticajem crkvnih dogmi, u cilju uspostavljanja veze između rimskog imperatorskog poredka i nove birokratske organizacije države razvijeneog feudalizama. Podupiranjem na imperijalnu koncepciju države, novo učenje izbacuje shvatanje o apsolutnoj vlasti vladalaca i o pravu kao instrumentu konkretne, opredmećene u državi političke moći (v. *del Vecchio*, (2004), 71). Takvo stanovište je na najprecizniji način izraženo kod Makijavelija (1469–1527, u njegovom delu »Vladalac«): politika treba da se odvoji od etike i da se konstituiše kao »čista« politika, koja je stavljena u službi interesa vladalaca i političke moći (v. *Naucke/Harzer*, (2005), 45).

Najveći korak ka redefinisaju shvatanaja o prostornom određenju prava predstavlja nova koncepcija o državi i državnom suverenitetu *Žana Bodena* (1530–1596. god.). Pojam suvereniteta je definisan kao »apsolutna i večita vlast u republici«, koja je zasnovana na prirodnom pravu (v. *Friedrich*, (1955), 34; *Tadić*, (2006), 65). Suverena vlast (*puissance souveraine*) je shfaćena kao zakonodavna vlast; tamu gde ona ne postoji, ne postoji ni država. Nasuprot hristijanskog

pojma prirodnog i sveopšteg prava, *Boden* zastapu tezu o slobodnom stvaranju prava od suverene vlasti, što podrazumeva razlikovanje između prava (*ius*) i zakona (*lex*), koji je stvoren od takve vlasti. Pravo je pojavno lice božjeg razuma (*prudentia*) i deli se na prirodno pravo i ljudsko pravo. Prvo je pravedno pravo, dok drugo stvaraju ljudi polazeći od svojih potreba u vidu zakonskog prava.

Pojedini elementi *Bodenovog* učenja su kasnije dovedeni do sledećih krajnosti: apsolutisti potenciraju ideju neograničenog suvereniteta i volje vladaoca u stvaranju prava; konstitucionalisti, nasuprot tome, naglašavaju ograničenost i povezanost svake vlasti sa prirodnim i opštim pravom. Apsolutističku koncepciju suvereniteta odbacuje više srednjevekovnih mislilaca, među kojima je najznačajniji *Grocijus* (1583–1645. god.), osnovopoložnik škole racionalnog prirodnog prava. Njegov racionalistički pristup je rezultat ukrštenog uticaja reafirmacije antičkih koncepcija o prirodnom zakonu, zajedno sa recepcijom rimskog prava, i humanističke i racionalističke orijentacije filozofske misli ka individualizmu. Taj spoj je kod *Grocijusa* izražen u shvatanju subjektivnog prirodnog prava (v. *del Vecchio*, (2004), 78). *Grocijus* razlikuje božansko (*ius divinum*) od ljudskog prava (*ius humanum*). Prvo je izraz božje volje. Drugo obuhvata: prirodno pravo (*ius naturae*), građansko pravo (*ius civile*) i međunarodno pravo (*ius gentium*). Prirodno pravo je zasnovano na razumu i prirodi čoveka kao racionalnog i socijalnog bića, čija osnovna karakteristika je potreba za društvom, za društvenim životom (*De iure belli ac pacis libri tres*, cit. prema *White/Patterson*, (1999), 22). Racionalni principi prirodnog prava podrazumevaju: zabranu za posezanje po tuđim dobrima i tuđe svojine; dužnost za ispunjavanje obaveza; naknadu štete izazvane svojom krivicom i odgovornost za učinjene zločine. Sva ova pravna pravila se izvode iz razuma, očigledna su i uverljiva. Umni zakon bi važio i kada Bog ne bi postojao, zato što se racionalna osnova prava nalazi u samoj prirodi čoveka.

Povezivanje ideje prirodnog prava i nužnosti države i njenog suvereniteta je polazna tačka i drugih filozofsko-pravnih sistema na pragu novovekovne filozofije prava. *Pufendorf* (1632–1694. god.) zastupa shvatanje o čoveku kao biću koje ujedinjuje dva elementa: fizički i moralni (*entia physica i entia moralia*; v. *del Vecchio*, (2004), 87). Čovek živi podjednako i u svetu realnog, fizičkog, ali i u svetu moralnog. Pravo proizlazi iz razuma i ljudske prirode, koja podrazumeva potrebu za udruživanjem. Ali prirodno pravo koje proizlazi iz te potrebe kao »nesavršeni zakon« ne može da se sprovede bez vlasti, imperijuma, koja je nužna radi uspostavljanja mira i sigurnosti. Na taj način državno pravo stupa na mesto prirodnog prava, ali se njegov izvor nalazi ipak u meta-pravnoj prirodi čoveka.

Racionalistički pristup u shvatanju prirodnog prava postaje kasnije vodeća ideja koja inspiriše velike kodifikacije početkom XIX veka. Još *Lajbnic* i *Bekon* ističu zahtev za kodifikaciju prava na osnovama najdoblijih postulata razuma

(plodovi tog shvatanja u vreme prosvetnog apsolutizma su *Constitutio Criminalis Theresiana* od 1768, građanske kodifikacije Bavarske 1756, Prusije 1794 god. itd.). *Napoleonov Code civil* (1804), prva kodifikacija sa kojom je objavljen početak nove ere u razvoju prava izražava ideje i načela racionalnog prirodnog prava.

6.

Filozofija racionalnog prirodnog prava doseže do današnjih shvatanja o pravu praćena istorijskim pristupom, koji metafizičku koncepciju prava, zasnovanu na apsolutnim idejama razuma, slobode i pravde, prizemljuje i povezuje sa konkretnim istorijskim i društvenim okolnostima u kojima pravo nastaje i ostvaruje svoje funkcije.

Taj pristup, koji ne negira apsolutnu ideju prava, ali joj daje istorijsku dimenziju, je sadržan u učenju *Vikoa* (1668–1744. god.), koji razvija svoju teoriju prirodnog prava naroda primenom istorijskog metoda (radi toga se smatra predvesnikom filozofskih pogleda *Hegela*, *Marksa* i egzistencijalista; v. *del Vecchio*, (2004), 98). U centru svog proučavanja prava on stavlja ne prirodu i prirodne zakone, kao i njihovu razumsku interpretaciju, već istoriju. Jedini istinski predmet ljudske spoznaje je istorija. Polazeći od takvog određivanja predmeta filozofije, *Viko* posmatra pravo kao elemenat građanskog sveta (*mondo civile*), koji nije prirodan, već svet koji je delo ljudi. Glavni predmet proučavanja treba da bude konkretno, izvesno pravo, a to je pozitivno pravo, koje proizlazi iz autoriteta vlasti, isto kao što istinsko prirodno pravo proizlazi iz razuma. Obzirom na to da autoritet vlasti ne može da bude sasvim suprotstavljen razumu, pozitivno pravo je deo istine, opštosti i racionalnosti, jer i ako je partikularna pojava, u svom jezgru sadrži univerzalno, opšto i razumno. U tom smislu, prirodno pravo nije suprotno pozitivnom pravu, već se, naprotiv, u njemu konkretizuje i ostvaruje. Na svom istorijskom putu svi narodi prolaze kroz tri razdoblja: doba bogova, doba heroja i doba ljudi. U saglasnosti sa ovim fazama, priroda naroda se transformiše: od poetske ili stvaralačke, božanstvene, preko herojske, do ljudske, koja je razumna i svesna. Iz ovih vrsta prirode naroda nastaju i tri vrste običaja i prirodnog prava: božanstveno, herojsko, zasnovano na sili i religiji, i ljudsko pravo, koje za svoj sadržaj ima zakone koji su izraz ljudske slobode i razuma.

Druga varijanta konkretnog, istorijskog determinisanja pojma prava i njegovog sadržaja je pozitivistička pravna misao, razvijena učenjem *Hobsa* (1588–1679. god.). Prema njegovoj imperativnoj koncepciji prava, jedini izvor prava je apsolutna i ničim neograničena volja vladaoca. Prirodno stanje, na koje se naslanja njegova teorija, je shvaćeno kao neprerkinuta vučja borba (*homo homini lu-*

pus) i opšti rat svih protiv svakoga (bellum omnium contra omnes). Strah koji oseća pojedinac u takvom stanju može da bude nadvladan samo od strane državne moći, tako da pojedinci razumno biraju jedini mogući izlaz, da bi osigurali mir i bezbednost, a to je posredništvo države. Država nastaje tako što se građani dogovaraju da prenesu svoj suverenitet na jedno lice (vladaoca), a njegova apsolutnu vlast kao »javni mač« treba da garantuje mir i da rešava sporove među članovima društva (v. *Dokić*, (2007), 11). Duša države je njena suverenost, koja ako napusti telo njegovi organi prestaju da se kreću, a raspad države ima za posledicu povrata na prirodno stanje sveopšteg rata (*Hobz*, (1991), 223). Ničim neograničena volja suverena u donošenju zakona je rukovodena prirodno-pravnim pravilima razuma, ali ta pravila, kao načelo pravičnosti, sigurnosti itd., su samo smernice (*rules of prudence*), koje imaju dejstvo samo u meri u kojoj su prihvaćene njegovom voljom (v. *Lloyd*, (1965), 123).

Hobsovoj imperativnoj koncepciji suprotstavljaju se pogledi *Loka* (1632–1704. god.), oca teorije liberalizma i konstitucionalizma. I za njega je pravo izraz volje zakonodavca, uobličene u zakonskom (pozitivnom) pravu. Ali zakoni proističu iz ustavnog prava, čiji je izvor volja naroda. Iz ustavno-pravne moći (*constituent power*) proizlazi celokupni ustavni i pravni poredak i njegov legitimitet (v. *Friedrich*, (1955), 58). Kao osnovu svog učenja *Lok* uzima pojam prirodnog (preddržavnog) stanja, u kome vlada prirodni zakon. Prirodno stanje (*state of nature*), nije, međutim, ratno stanje (kao kod *Hobsa*), zato što ljudska priroda nije egoistička, već racionalna, tako da u tom stanju vlada prirodni zakon (*law of nature*), koji je jednak sa razumom i podučava pojedinca da ne šteti drugima. Izražavajući razumnost ljudske prirode, prirodni zakon nalaže mir i sigurnost za celo čovečanstvo. Takvo prirodno stanje (svako je jednak sa drugima, svako ima svoja prava itd.) prethodi političkoj organizaciji društva. Ljudi izlaze iz prirodnog stanja i ulaze u državu iz pragmatičnih razloga – da bi im bilo još bolje, da osiguraju još veću sigurnost i blagostanje. Radi razumnog prevladavanja nedostataka prirodnog stanja, ljudi pristupaju društvenom ugovoru o uspostavljanju političke vlasti i države. Prelaskom iz prirodnog stanja u državu, samozaštitna prirodnih prava zamenjuje se javnom zaštitom prava i sloboda ličnosti od strane političke vlasti (države). Zato se *Lok* zalaže za ograničenu državu, koja ne sme potpuno da odstrani prirodno stanje i prirodne (racionalne) uslove života.

Izvedeci prava pojedinca iz prirodnog zakona, *Lok* ističe da pozitivni zakoni predstavljaju samo njegovo učvršćivanje i garanciju. Njegova koncepcija o prirodnim pravima je prvo jasno određivanje ovog pojma u razvoju prirodno-pravnog učenja. Ljudski razum nalaže priznavanje ovih prava, koja su nezavisna od bilo kakvog ugovora ili saglasnosti (v. *Skruton*, (1998), 173).

7.

Odnos univerzalne ideje prirodnog prava i otelotvorenja te ideje u pozitivnom, istorijski i prostorno oblikovanom pravu, je najkompleksnije definisan u filozofsko-pravnim pogledima *Monteskjea* (1689–1755. god.). On polazi od ideje o prirodnom pravu kao osnovu za ustav i zakonodavnu vlast. Pravo je rako-vođeno idejom pravde, koja je večita i ne zavisi od ljudskih konvencija. U društvu, pravda je plod vrline, a ne zakona, od kojih ne može uvek da se očekuju da će biti pravedni. Oni mogu samo da se približe toj ideji, ali je uvek otvoreno pitanje – prema kojim kriterijuma da se utvrdi da li su zakoni bliski ideji pravde. Svako društvo treba da traži odgovor na to pitanje, polazeći od istorijskih, socijalnih, državnih i ekonomskih konstelacija odnosa, koje zakonodavac mora da uvažava. Pravo i zakon treba da se lociraju i shvate u okviru kulturnog poredka društva.

Monteskje ne polazi od neke apodiktičke teze o postojanju apstraktnog i univerzalnog prirodnog zakona koji bi važio za sva vremena i za sve zemlje, već razvija metod istorijsko-sociološke analize običaja i pravno-političkih ustanova u različitim državama i vremenima. Polazeći od racionalističkih predstava o razumnoj prirodi čoveka i o prirodi stvari, on istražuje zakone i pravne institucije nastojeći da objasni logiku promenljivosti pozitivnih zakona, kao i razloge i činjenice koje stoje iza tih promena. Zakoni su nužno povezani sa »prirodom stvari«: jedno su božji zakoni, drugo zakoni koji vladaju prirodom, a treće zakoni uspostavljeni među ljudima (*Montesquieu*, (1961), *De l'esprit des lois*, 62). Kao biće koje ima i fizičku i umnu prirodu, čovek se upravlja i prema prirodnim zakonima, kao sva druga fizikalna bića, ali kao razumno biće podređuje svoje ponašanje ljudskim zakonima. Suprotno *Hobsu*, on smatra da čovek po prirodi nije agresivan i zao, već slab i plašljiv i nastoji radi toga da živi u miru sa drugim ljudima. Udruživanjem u društvu, pojedinci stiču saznanje o sopstvenoj slabosti, koja im nalaže da uspostave zakone koji će obezbediti mir i sigurnost. Zakoni uređuju odnose među državama (međunarodno pravo), odnose između vlasti i građana (političko pravo) i odnose između samih građana (građansko pravo), i imaju uvek određenu socijalnu funkciju i svoj cilj, prilagođen prirodi stvari, tako da između pojedinih pravnih oblasti postoje i brojne razlike u pozitivnom pravnom sistemu. Pojavu prevelikih razlika može da spreči samo postojanje osnovnog zakon, ili ustava.

Kad zakonodavac usvaja ustav, mora da polazi od opšteg duha nacije, tako da i ustav i zakoni koji se naslanjaju na njemu nužno potiču iz prirode stvari, a njihov duh je ispunjen istorijskim sadržajem u kome se ogleda mnoštvo faktora, različitih kod različitih naroda i zavisnih od njihovog istorijskog položaja. Zakonomernost samih zakona je predodređena razumom i nužnošću, koji se suprotsta-

vljaju slučajnom i fatalnom. Priroda stvari (*natura rerum*) je u stvari objektivno posmatrana istorija. Ona ne treba da se shvata samo kao fizička sredina (klima i geografija), već u kompleksnom uvažavanju bitnih determinanti, kao što je religija, običaji, ekonomski odnosi, ciljevi na zakonodavstva itd.

Svoju relativizovanu predstavu pozitivnog prava Montesjkje povezuje sa sistemom vladavine i državnih formi – republika, monarhija i despotija ili tiranija, od kojih su prve dve zasnovane na pravu, dok treća ne. Proučavajući prednosti različitih sistema sa aspekta ljudske slobode, Montesjkje ističe da je bolji uvek onaj koji ostvarije svoje ciljeve sa što manje prinude i strogih kazni (*Montesquieu*, (1961), *Lettres persanes*, 60). Relaciju između (univerzalnog) prava i (parikularnog i pozitivnog) zakona, Montesjkje posmatra kao odnos između »duha zakona« i pozitivnog prava. »Duh zakona« izražava celokupnost faktora (geografskih, klimatskih, istoriskih, socijalnih i drugih), koji utiču na zakonodavstvoto i daju mu objektivni karakter prihvatanjem razumnih i pravednih pravila. Duh zakona ima legislativni značaj i predstavlja nepremostivu barijeru za arbitremu volju zakonodavca.

Bliski ovoj koncepciji su i pojedini filozofsko-pravni stavovi *Rusoa* (1712–1778. god.), posebno njegovo učenje o etičkoj autonomiji čoveka, iz koje proizlazi i njegova sloboda, i o društvenom ugovoru. Pozitivno pravo je legitimno i obavezujuće samo ako proizlazi iz slobodnog odlučivanja i predstavlja izraz moralne autonomije čoveka i opšte volje (*volonté générale*). Osnov države i prava je društveni ugovor, koji narod zaključuje neposredno, i kojim se ostvaruje prelaz iz prirodnog u građansko stanje (*Ruso*, 22). Taj prelaz izaziva veoma značajne promene za pojedinca, jer u njegovom ponašanju pravda zamenjuje prirodni nagon, a njegovi postupci dobijaju svojstvo moralnog (*ibid.*, 27). S obzirom na to da nestala prirodna sloboda i prirodno stanje čoveka ne može da se obnovi u društvu, sa društvom i državom započinje i ljudska nesreća. Radi toga, građansko stanje ne može da se zameni prirodnim, ali može da se uredi i transformiše u stanje koje je slično prirodnom, a osnovni uslov za ispunjenje tog zahteva je očuvanje individualne slobode. Gubljenje prirodne slobode može da se nadoknadi u onom obliku države, u kome državni zakon ima istu vrednost kao i prirodni. Državna vlast, koja izvire iz opšte volje, je neotuđiva i nedeljiva. Ona je emanacija celog naroda, tako da izraz njene volje ima značaj zakona. Ugaoni kamen *Rusoovih* pogleda na državu i pravo je, prema tome, pojam opšte volje. Ona je, prema njemu, kompozit sastavljen od jednakih volja svih građana, koji je istovremeno transcendentalan i racionalan i teži ka opštem dobru (*ibid.*, 38). To je u krajnoj liniji volja građanina, ne čoveka, izražava opšti interes i objektivizirana je u zakonu. *Ruso* odbacuje metafizički pristup ka pojmu prava, ističući da je to umovanje kojim može da se razjasni šta je prirodni zakon, a da se ne zna šta je državni zakon. Istinsko pravo je opšti zakon, koji posmatra pojedince i dela kao skup, spajajući

opštost volje sa opštim karakterom predmeta zakona, koji za svoju osnovu ima društveni ugovor kao nepisani ustav.

8.

Evolucija filozofsko-pravne misli u razmatranju odnosa između ideje prava i njegove metafizičke i univerzalne prirode, i istorijskih i društvenih determinanti koje određuju forme i sadržaje, prema tome i prostornu dimenziju pozitivnog prava, dostiže tačku »kvalitativnog skoka« učenjem nemačke idealističke filozofije (*Kant* i *Hegel*). Ona predstavlja preokret u odnosu na ranija deistička i metafizička objašnjenja prava, postavljajući osnove za njegovo posmatranje kao pojave koja je povezana i uzrokovana ljudskom slobodom i razumom i shvatanjem o njenoj istorijskoj dimenziji. Nauprot metafizičkog shvatanja prirodnog prava, kao skupa pravila izvedenih iz opštih zakona prirode ili iz božje promisli, idealistička filozofija polazi od dijalektičkog odnosa između prirode i duha, između prirode i slobode i time, ideje prava i pravne stvarnosti.

Povezivanje univerzalne ideje prava i istorijskih determinanti sadržaja pojma prava u savremenoj pravnoj misli je pod snažnim uticajem *Hegelovog* učenja. Za našu temu su interesantni naročito njegovi pogledi, koji sadrže kritiku novovekovne filozofije prirodnog prava, posebno njenog metodološkog pristupa, zasnovanog na dogmatski uspostavljenog identiteta prirode i duha, bez uvažavanja njihovih unutrašnjih suprotnosti. Jusnaturalizam ima taj osnovni ugrađeni defekt, da razdvaja duhovno (ideju, odnosno ideal prava), od pravne stvarnosti (pozitivno pravo), ne pokušavajući da da objašnjenje u kom smislu empirijsko, odnosno stvarno (ono što »je«, *Sein*), može da se izrazi kao ono što »treba« (*Sollen*). Oštro podvajanje ispravnog prava (ideje prava) i zakona, prema Hegelu je obično refleksivno posmatranje sveta ideja prava kao vladavine razuma, ali to je prazni svet ideja, bez života. Formalni i dogmatski pristup prirodno-pravnog učenja vodi ka običnim apstrakcijama, kao što su: prirodno stanje, ugovor, itd., koje nemaju realni životni značaj. Filozofija prava je filozofija objektivnog duha, koja polazi od stajališta da je početak svega čista apsolutna ideja, čisti logos, koji se razvija kroz više stepena, od najjednostavnijih do nasloženijih kategorija mišljenja; kada logos dostigne krajnji fazu svog razvoja, vrši kvalitativni skok, otuđuje se i materijalizuje u prirodi; na višem stepenu razvoja, materijalizovana u prirodi, apsolutna ideja se izražava kao anorganska i organska priroda i konačno u ljudskom društvu, da bi na kraju ove evolucije stekla svest o samoj sebi (v. *Legradić*, (1957), 63).

Hegelovo shvatanje o pravu kao jedinstvu ideje prava i njene stvarnosti je emanacija njegovog učenja o evoluciji duha od subjektivnog, do objektivnog (pravo, moral, običajnost) i apsolutnog duha (nauka, religija filozofija). Objektiv-

ni duh (pravo) je stepen razvoja duha kada sloboda dobija prvu formu realnosti, u obliku državno-pravnih formi. Ideja i stvarnost prava su dve strane pojma prava koje su razdvojene i sjedinje kao duša i telo (*Hegel*, (s.a.), par. 1, 20). Ideja prava je identična sa idejom slobode i razvija se u svetu države i prava kao idealna pravna stvarnost. Nasuprot apstraktnog i dogmatskog pristupa prirodno-pravnog učenja, *Hegel* polazi od shvatanja o materijalnom određivanju i otelotvorenju običajnosti i empirijske raznolikosti istoriskih okolnosti, kao i o savremenosti kao sublimat mogućeg i stvarnog. To što danas postoji kao konkretna istorijska datost, postoji kao apsolutna savremenost koja u sebi sublimiše i moguće i stvarno, a ne kao relativna, polovična stvarnost, kao nerealizovana mogućnost. »Ona što je umno, to je i stvarno, a ona što je stvarno, toa je umno« (*ibid.*, 17). Moguće se ostvaruje samo ako se ujedini sa svojom suprotnošću, sa istoriskom datošću. U istom smislu se i pojedinac realizuje samo kao član običajnosnog totaliteta, društvene zajednice, koja nije ograničenje, već, obrnuto, proširenje njegove slobode. Sam razum traži spajanje pojedinca sa zajednicom, u kojoj spoljašnost odnosa sa drugim pojedincima postaje njegova moralna unutrašnjost.

Za razliku od prirodno-pravnog učenja, *Hegel* ne smatra da pravo treba da obezbedi povratak ka »prirodnom stanju«, zato što u tom njemu vlada samo nasilje i pravo jačeg, nešto što je suprotno slobodi. Naprotiv, pravo je upućeno ne na (re)konstrukciju prirodnog stanja, već na slobodu pojedinca i na njegovo samoodređenje. Da bi se ušlo u društvo, pravu i istoriji, treba da se izade, a ne da se uđe u »prirodnom stanju«. Povezivanje ideje o slobodi i shvatanja o pravu se ostvaruje preko posmatranja prava kao »carstva ostvarene slobode« (*ibid.*, par.4, 35). Suština prava je sloboda, pravo je sloboda kao ideja, kao slobodna volja, koja prolazi u svom razvoju kroz različite stepene, od nižih ka višim oblicima, od subjektivnog ka objektivnom, apsolutnom duhu (*ibid.*, 42). Pravo je egzistencija slobodne volje, koja obuhvata egzistenciju svih određenja slobode, uključivši slobodu svakoga da zajedno sa drugima uspostavlja opšti zakon.

Pravo, država i moral su istorijski fenomeni i izrazi narodnog duha, koji je s druge strane izraz svetskog duha. Ali svetski duh nije van, nego u samim ovim fenomenima. I država je stvarnost običajnosne ideje, stvarnost konkretne slobode. Moralnost je isto tako definisana kao ideja slobode, tako da je i država otelotvorenje ideje moralnosti. Ova stajališta *Hegela* su osnova na kojoj se nadovezuje ceo pravac pravne misli, poznat kao istorijska škola prava (*Hugo, Savinji i Puh-ta*), koja polazi od učenja o narodnom duhu kao kulturnom duhu.

9.

Tokom XIX i XX veka, zajedno sa razvojem savremene države dolazi do prevlasti pozitivističkih i utilitarističkih koncepcija prava, koje glorificiraju volju

suverene države i, zajedno sa takvim stavom, partikularizam pozitivnog prava. Ove koncepcije su predstavljale pogodno tlo za najveće ekscese i zloupotrebe prava, koje su kulminirale najkrvavijim ratovima u ljudskoj istoriji – Prvi i Drugi svetski rat. Reakcija na ova gorka iskustva je jačanje svesti savremenog društva o apsolutnim, univerzalnim vrednostima ispravnog (pravednog) prava i o potrebi za » novu metafiku« prava, naslonjenu na koncept univerzalnih ljudskih vrednosti (v. *Tebbit*, (2005), 71). Sve veći broj privrženika prirodno-pravne filozofske misli staje iza zahteva: pravedno i umno je samo pravo koje je zasnovano na pravdi i na ljudskoj slobodi i prirodna prava. Takva nova, racionalna metafizika usmerava ontologiju prava ka apriornim razumnim strukturama pravne misli: pozitivno-pravne norme i pravna stvarnost su emanacija viših apsolutnih ideja, vrednosti i principa, koje su otelotvorenje univerzalne ideje prava (v. i *Horn*, (2004), 213).

Polazna osnova »nove metafizike« je stav da pozitivno pravo ne može da se posmatra odvojeno od njegove vrednosne, racionalne osnove, da je sam pojam prava kompleksan i da uključuje u sebi i ideju prava i pravnu stvarnost. Posle duge evolucije pravnih koncepcija, u savremenoj filozofsko-pravnoj misli je sve uticajnije učenje koje svoje ontološke postulate formuliše na jedinstvu ideje o ljudskoj slobodi i na konkretnoj empirijskog gradi vrednovanom razvoju prava, interpolirajući vrednosne principe prava u sam njegov pojam (v. i *Visković*, (1976), 116). U svetlu novijih filozofskih ontoloških struja (*Huserl*, *Šeler* i drugi), shvatanje prava ne ostaje na neokantijanskom ravništu potrage po višim idejama prava, već obuhvata i pravnu stvarnost posmatranu kao područje emanacije takvih ideja (*Horn*, (2004), 218).

Na ovoj ključnoj tački involviranja u pojmu prava empirijske stvarnosti kao emanacije nadempirijskog prava, ali na drugim polaznim osnovama u odnosu na ranija metafizička shvatanja – čovek, razum, sloboda, prirodna prava, savremena filozofsko-pravna misao formira svoje ontološke poglede kroz sve veće distanciranje od pozitivističke interpretacije, apologije i povremene kritike od strane pravne dogmatike hiperproduktivnog sistema pravnih propisa. Pojam prava i njegova ontološka struktura izražava jedinstvo pozitivno-pravne legalnosti i prirodno-pravne pravednosti. Rezult takvog razvoja je jasno suprotstavljanje krajnjem ishodu ekstremnog pozitivizma i dogmatsko-juridičkog pristupa – ponovno uzdizanje prava, slično kao u rano i srednjovekovnoj metafizici, na ravništu specifične autonomne supstancije, udaljene od društvene stvarnosti (*Vračar*, (1995), 110).

Osnovnu slabost ovo učenje projavljuje kada se podupire isključivo na apriorne apsolutne vrednosti (sloboda, pravda), čime se, hipostaziranjem tih ideja, razara samostalnost empirijskog i lako zapada u greške neistoričnosti (*Lask*, (2005), 34). Isto tako, ono ostaje na ravništu običnog spekulativnog pokušaja

konstituisanja savremenog prava na novim osnovama, ako njegova polazna ideja povezivanja univerzalnog i partikularnog, ideje i stvarnosti, nadiskustvenog i iskustvenog prava, nije instrumentalizovana izborom efikasnih sredstava za ispoljavanje univerzalnih vrednosti u empirijskoj stvarnosti prava.

Razvoj koncepcije racionalnog prirodnog prava i ideje o ljudskoj slobodi i prirodnim pravima rezultira u drugoj polovini XX veka njihovim definisanjem u međunarodnim dokumentima o pravima čoveka kao kategorički imperativ savremene države (v. *Perović*, (2007/9), LVIII). Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima OUN od 1948. godine sublimiše ovo filozofsko-pravno stajalište kroz osnovnu odredbu (čl. 1), prema kojoj »sva ljudska bića se rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima«. Ova koncepcija je ugrađena u svim novijim konvencijama i drugim dokumentima o ljudskim pravima, od Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda od 1950 godine do Povelje o osnovnim pravima EU od 2000. godine (koja Lisabonskim ugovorom postaje pravno obavezujući akt EU). Prirodno-pravna koncepcija o ljudskim slobodama i pravima je osnovni pokretač i procesa unifikacije i harmonizacije nacionalnih pravnih sistema, prihvatanja kolizionih normi za rešavanje sukoba zakona i drugih instrumenata, čijom primenom državne granice, koje su granice nacionalnih pravnih sistema, postaju sve mekše. Njen produkt je i stvaranje u mnogim područjima prava novog međunarodnog pravnog poredka, koji je institucionalno izražen kroz postojanje supranacionalnih institucija međunarodne pravde (posebno su značajni Evropski sud o ljudskim pravima, Međunarodni kazneni sud i Međunarodni sud pravde).

Jačanje supranacionalne, univerzalne dimenzije prava i međunarodnog sistema pravde je direktna konsekvencija osnovnih principa ljudskih sloboda i prava: univerzalnosti, koja je logička posledica jednakosti ljudi i prirodnih, urođenih prava; neprikosновенosti, integralnosti, koja proizlazi iz nepovredivosti ljudskog dostojanstva i totaliteta svih građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava; i solidarnosti, koja nalaže zajedničku, kolektivnu zaštitu prava pojedinca. Država, *vis-à-vis* ovih zahteva, gubi sve više ekskluzivitet u priznavanju i zaštiti ljudskih prava: nije više jedina, ili zadnja instancija, nije slobodna da ih poklanja prema meri političke volje vlasti i sve više je prisiljena da obezbedi efikasan pravni sistem radi dosledne primene supranacionalnih normi i standarda.

Drugo uporište savremene univerzalne koncepcije prava, a ujedno i oblik njenog otelotvorenja, je koncept demokratske pravne države. Na zalasku modela suverene, nacionalne i imperijalne države, nova shvatanja o multikulturnoj, pluralističkoj državi, zasnovanoj na suverenitetu građana, naglašavaju značaj sledećih osnovnih postulata. Prvo, ljudske slobode i prava nisu kreacija države, već i sama država izvire iz njih i iz potrebe stvaranja društvenih i državno-pravnih

mehanizama za njihovo poštovanje. Drugo, država je dužna da obezbedi potpunu zaštitu osnovnih sloboda i prava i njihovu jednakost. Treće, po svojoj prirodi ljudske slobode i prava su neograničena, osim jednakim slobodama i pravima drugih, a država može da ih ograničava samo ustavom i zakonom i samo u meri koja je u saglasnosti sa njihovom prirodom, moralom, javnim redom i opštim blagostanjem demokratskog društva (Univerzalna deklaracija, čl. 29).

Ovi zahtevi su ontološki sublimat esencije demokratske pravne države, koji određuje unutrašnje, društvene granice prava polazeći od sledeća dva principa: pojedincu je dozvoljeno sve, osim onoga što mu je u interesu demokratskog društva zabranjeno zakonom; državi je zabranjeno sve, osim onoga što je u demokratskom društvu i u interesu ljudskih sloboda i prava izričito stavljeno u njenu nadležnost ustavom i zakonima. Ljudska sloboda i prirodna prava nisu oktroisane, već apsolutne vrednosti, suština samog prava, te prema tome nisu priznate, već prepoznate od strane zakonodavca na osnovu njegove dužnosti da obezbedi njihovo potpuno ostvarivanje i zaštitu. To su kriterijumi ispravnog prava i demokratske pravne države. Između poredka (države) i prava ne postoji unutrašnji antagonizam ako se poredak stvara na demokratskoj osnovi i učesćem građana u donošenju zakona. Osnovni postulat demokratske pravne države je zahtev da zakoni, koji imaju najširu demokratsku osnovu i legitimitet, vladaju politikom, a ona da kreira i ostvaruje društveni poredak podređujući se opštoj volji sadržanoj u zakonima.

*
* *

Interpoliranje ideje ljudske slobode i prirodnih prava u ontološkoj prirodi prava i njihovo definisanje kao esencije prava, kao i shvatanje pojma prava kao jedinstvo idealnog i realnog ima veoma važne pragmatične implikacije. Koncept demokratske pravne države može da se naslanja jedino na takvu organsku povezanost nadiskustvenih osnova (ideja, vrednosti, principa), koje imaju univerzalni značaj, i empirijske nužnosti i stvarnosti pozitivnog i partukularnog prava. Ako država ne može da dostigne taj spoj, ne može da pretenduje na atribut demokratske pravne države. Apsolutna ideja o ljudskoj slobodi i prirodnim pravima je kategorički imperativ i granica prava, koja može da bude prekoračena legitimnom zakonskom intervencijom, zasnovanoj jedino na potrebi za njihovo unapređivanje i zaštitu i na interese razvoja demokratskog društva.

NAPOMENE U TEKSTU:

- Aristotel*, (1970): *Nikomahova etika*, Beograd (2003): *Politika*, Beograd
Ciceron, *Марк Туллуи*, (2003): *Об обязанностях*, Москва
Dokić, Marko, (2007): *Hobsova ugovorna teorija*, Podgorica
Faso, Gvido, (2007): *Istorija filozofije prava*, Podgorica
Flew, Antony, (1979): *A Dictionary of Philosophy*, London
Friedrich, Carl., J., (1955): *Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive*, Berlin–Göttingen–Heidelberg
Grić, Danko, (1982): *Leksikon filozofa*, Drugo izd., Zagreb
Harris, J.W., (2004): *Legal Philosophies*, Second Edition, Oxford
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, (s.a.), *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo
Hobz, Tomas, (1991): *Levijatan*, Kn. I–II, Niš
Horn, Norbert, (2004): *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Auflage
Kambovski, Vlado, (2010): *Filozofija na pravoto*, Skopje
Ksenofon, (2009): *Spomeni za Sokrat*, Gozba i Odbranata na Sokrat, Skopje
Lask, Emil, (2005): *Filozofija prava i kraći spisi*, Beograd
Legradić, dr Rudolf, (1957): *O Hegelovoj filozofiji prava*, Zbornik PF Skopje
Lloyd, Dennis, (1965): *Introduction to Jurisprudence*, With selected Texts, Second Edition, London
Mitevski, Vitomir, (2006): *Početoci na zapadnata filozofija*, Pretsokratovci, Skopje
Montesquieu, Charles, (1961): *Lettres persanes; De lesprit des lois*, Les philosophes du XVIIIe siècle, Paris
Naucke, dr. Wolfgang/Harzer, dr. Regina, (2005): *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Fünfte Aufl., München
Pascal, Blaise, (1961): *Pensées*, Les philosophes des XVIe et XVII siècles, Paris
Perović, dr Slobodan, (2007): *Sloboda i prirodno pravo*, Pravni život, Tematski broj: Pravo i sloboda, Tom I, 9
Platon, (1969): *Država*, Beograd Platon; (2010): *Timaj*, Skopje
Ruso, Žan Žak, (1978): *Opštestveni ot dogovor, ili načela na državnoto pravo*, Skopje
Skruton, Rodjer, (1998): *Kratka istorija moderne filozofije*, Od Dekarta do Vitgenštajna, Beograd
Tadić, Ljubomir, (2006): *Filozofija prava*, Beograd
Tebbit, Mark, (2005): *Philosophy of Law*, An Introduction, 2nd Edition, London and New York
Del Vecchio, Giorgio, (2004): *Philosophie du droit*, Paris
Visković, Nikola, (1976), *Pojam prava*, Split
Vračar, Stevan, (1995): *Strukturalnost filozofije prava*, Sremski Karlovci–Novi Sad
Vukadinović, Gordana/Stepanov, Radivoj, (2004): *Uvod u filozofiju prava*, Novi Sad
White, Jefferson/Patterson, Dennis, (1999) *Introduction to the Philosophy of Law*, Readings and Cases, New York–Oxford

Accad. VLADO KAMBOVSKI,
Full professor Faculty of law
»Justinianus Primus« in Skopje

LAW AND SPACE: UNIVERSALITY
AND LIMITS OF THE LAW

Summary

Consideration of the relationship between law and space, in which law is created and exercise its functions is a philosophical and legal area for development and examination of the basic questions of ontology of law: the absolute idea of law, liberty and natural rights, and legal reality that is a composite of those ideas and specific historical and other social factors that determine the form and the content of the positive law. Observing the development of philosophical and legal thought illustrates persistent pursuit of ontological connection between the universal ideas of law, freedom, natural rights and justice and their expression in legal reality of society. Merging universal and particular, the ideal and the real, the degree of development of law, these days, is accomplished through the concept of universal and natural human rights and freedoms and the democratic rule of law.

Interpolation of the idea of human freedom and natural rights in the concept of law and its comprehending as a combination of ideal (abstractive) and real (empirical, positive), has a very important pragmatic implications. The concept of democratic legal state can only be adjacent to such an organic connection on abstract basis (ideas, values, principles), which have universal significance, and empirical necessity and reality of positive and particular law. If the state can not reach that connection, it can not pretend to attribute the democratic rule of law.

Absolute idea of human rights and natural rights is a categorical imperative and the limits of law, which may be exceeded by a legitimate legal intervention, based only on the need of their improvement and protection of the interests of development of democratic society.

PETAR SIMONETTI

ŠIRENJE PROSTORNIH GRANICA PRAVA

U V O D

Čovjek nije nikada, kao u naše doba, imao takvu moć da uništi uvjete života na Zemlji ili surva čovječanstvo u bezdan beskrajnih patnji i stradanja, u kome bi živi zavidjeli mrtvima, ali nikada kao u naše vrijeme, čovjek nije imao takvu priliku i mogućnost da ispuni svoju prirodnu obvezu i Zemlju oplemenjenu djelima predaka obogaćenu vlastitim djelima ostavi potomstvu.

Za prvo dovoljno je znanje, a za drugo, znanje i mudrost. Mudrost, da se ne prekorače granice koje je postavila priroda i one koje proizlaze iz društvenih odnosa u svim ljudskim zajednicama, sve do globalne zajednice koja obuhvaća čitavo čovječanstvo.

Za prvo ne treba ništa mijenjati na ovome svijetu, već je dovoljno nastaviti putem koji diktira kapital – najveća društvena sila našega vremena; za drugo, nužne su velike promjene u svim društvenim zajednicama i u globalnoj zajednici.

Pravnik razmišlja u granicama sustava vrijednosti i pravila ponašanja koja ga artikuliraju. Ova pravila su, u načelu, vremenski i prostorno ograničena. Iako je tema našeg članka prostorna dimenzija prava, ne može se zaobići njegovo temporalno obilježje. Postoje prava koja štite opće vrijednosti, koje vrijede za čitav civilizirani svijet, pa imaju univerzalan značaj i dugoročna su, kao što je pravo na život ili obveza svakog pokoljenja da Zemlju oplemenjenu djelima predaka i vlastitim djelima ostavi potomstvu. Pravila, koja propisuje zakonodavac (pozitivno

Dr Petar Simonetti, profesor građanskog prava u trajnom zvanju, u mirovini, Rijeka.

pravo) relativno su kratkotrajna, često i vrlo kratkotrajna; ona su nerijetko u sukobu s općim tradicionalnim pravilima. Taj sukob uočili su grčki sofisti koji su razvili učenje o prirodnom pravu prije 25 stoljeća. Sukob između prirodnog (božanskog, umnog) prava i prava koje propisuje zakonodavac, u umjetničkoj je formi obradio genijalni grčki tragičar Sofoklo u Antigoni.

Gotovo svi revolucionarni pokreti u prošlosti pozivali su se na prirodno pravo, a kada bi pobijedili rušeći stari poredak, uspostavljali su svoj poredak vrijednosti i prava (pozitivno pravo) s pretenzijom da je sveobuhvatan i sveopći pa izvan njega ne postoji prirodno pravo.

U osnovi isto vrijedi i za koncepcije historijskog prava koje, tobože, proizlazi iz duha naroda.

Hitlerov pravni poredak koji je trajao samo dvanaest godina (1933–1945) pokazao je do kakvog apsurdna dovodi shvaćanje: zakon je zakon, ma kakav bio. U konkretnom slučaju, zakon se mora provesti bez obzira na posljedice radi ostvarenja cilja njemačkog naroda¹ u novom pravnom poretku u kome će biti eksterminirani čitavi narodi (Židovi, Romi...), a drugi dovedeni u podređen položaj, kao niža rasa (npr. slavenski narodi), da bi vladala odabrana Arijevska rasa.

Nakon pada toga strašnog režima koji je u Drugom svjetskom ratu (1939–1945) prouzročio smrt preko 50 milijuna ljudi i velike patnje i stradanja stotina milijuna ljudskih bića, slijedi renesansa prirodnog prava koje će nakon toga biti oblikovano u vidu ljudskih prava i temeljnih sloboda² u dokumentima Ujedinjenih naroda, Europske unije i drugih regionalnih zajednica kao i u ustavima demokratskih zemalja. Mada su još daleko od ostvarenja, ni ta pravila se ne smiju okameniti jer se mora u novim uvjetima osigurati pravo svakom ljudskom biću na život u dostojanstvu.

Vraćajući se na prostornu dimenziju prava, pitamo se: dokle se ono proteže? Možda je odgovor na to pitanje – na čitav prostor na Zemlji i do bližih nebeskih tijela u kome djeluje čovjek ukoliko je njegovo djelovanje i ponašanje regulirano međunarodnim pravnim normama.

Obično se nepokretna dobra i prostor u pravu dijele na dvije velike pravne sfere. Njihovi objekti su: dobra čovječanstva na koje se prostire međunarodno pravo i dobra unutarnjeg prava, dakle, u pravnoj sferi suverenih država (unutarnje pravo).

Ova druga pravna sfera, kao cjelina je objekt državnog suvereniteta, a po unutarnjem pravu dijeli se na sferu javnog prava koje se prostire na opća dobra i

¹ Na Kongresu njemačkih pravika 1934. godine zaključeno je da je pravo samo ono što je u interesu njemačkog naroda, a taj interes, zna se, artikulira Führer.

² Rawls, J., Pravo naroda i »Preispitivanje ideje javnog uma« (preveli Sanja Barić i Mimir Matulović), Kružak, Zagreb, 2004, str. 92–95.

javna dobra kojima upravljaju državne ustanove, javna poduzeća, jedinice lokalne samouprave i druge ovlaštene pravne osobe javnog prava, koje mogu koristiti svi pod jednakim uvjetima i na sferu privatnog prava koja uređuje pravo vlasništva i druga stvarna prava na nekretninama koje pripadaju fizičkim i pravnim osobama kao objekti na kojima imaju isključiva prava koja djeluju protiv sviju (*erga omnes*).

U suvremenom globaliziranom svijetu, doskora nezamislive čovjekove penetracije u kozmos i materiju, prirodnu kauzalnost, dobra čovječanstva i dobra unutarnjeg prava moraju se sagledati u cjelini, najmanje zbog dva ograničenja koja određuje sama priroda i dva ograničenja koja proizlaze iz društvenih odnosa.

Čovječanstvo je vezano za Zemlju i rješenja svoje egzistencije bar u doglednoj budućnosti ne može tražiti na drugim nebeskim tijelima. Na ovom planetu su, međutim, prirodni izvori ograničeni, a zakoni prirodne ravnoteže se ne smiju poremetiti ljudskim djelovanjem, jer se na takve poremećaje nadovezuju kataklizmičke promjene koje mogu ugroziti život na Zemlji. S druge strane, suvremena tržišna gospodarstva koja imaju samo jedan cilj – stjecanje profita u različitim vidovima do sada su gotovo bez ograničenja eksploatirala planetu. Profita, nema bez tržišta³, a tržište, prema Druckeru, koga nazivaju ocem suvremenog menadžmenta, »ima jedan i samo jedini motiv – stvaranje profita«⁴. Ekspanzija kapitala nailazi, međutim, i na dvije društvene granice:

– prva je takav porast siromaštva koji poprima katastrofalne razmjere u dubokoj proturječnosti s jamstvima međunarodne zajednice i svih demokratskih država: osigurati svakome život u dostojanstvu, kao pravo čovjeka^{5,6};

– druga je moralni imperativ koji stoji pred svakim pokoljenjem da ovaj svijet (Zemlju) ostavi potomstvu oplemenjen djelima prijašnjih pokoljenja od kojeg ga nasljeđuje, obogaćen vlastitim djelima, jer ono što je priroda stvorila i dala čovjeku na uporabu ni jedno pokoljenje nije ovlašteno uništiti ili upropastiti.

Spomenuti moralni imperativ utoliko više vrijedi za pokoljenja sadašnjih civilizacija koje raspolažu sredstvima za totalno uništenje života na Zemlji, ali i za poboljšanje uvjeta života na Zemlji kao nijedna civilizacija do sada.

³ Marx, K., Kapital (preveli Pijade, M. i Čolaković, R.), Kultura, Zagreb, 1947, Knjiga I. – Proces proizvodnje kapitala.

⁴ Drucker, P., Upravljanje u budućem društvu (prijevod Mira Armour), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006, str. 113.

⁵ Vidi, Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka (1948) Ujedinjenih naroda i Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950).

⁶ Perović, S., Pravo i dostojanstvo čoveka, U: Aktualna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova Savetovanje pravnika u Budvi, 22–26. jun 2006, Beograd, 2006.

To znači da se ponašanje sadašnjeg i budućih pokoljenja u prostoru u kome dopiru ljudski utjecaji i koji se koristi za različite svrhe mora urediti, kako u sferi međunarodnog prava, tako i u sferi unutarnjeg prava, na način da se koristi za dobrobit svijua.

Pravo nije vječno, niti je njegovo područje bezgranično. Ni utjecaji prava u polju njegova djelovanja nisu svemogući; naprotiv, vrlo su ograničeni. To se najbolje vidi poređenjem proklamiranih ljudskih prava i sloboda u međunarodnim dokumentima i ustavima demokratskih zemalja sa zbiljom. Ipak pravo nema alternative. Ljudska zajednica/zajednica bez prava nije moguća. Hipotetički se može raspravljati o revolucionarnom prevratu postojećeg pravnog sustava određene zajednice, promjeni društva rušenjem starih i uspostavom novih društvenih struktura.

Takvih revolucionarnih preokreta bilo je mnogo u povijesti čovječanstva, pogotovo u nedavnoj prošlosti (u dvadesetom stoljeću), ali i iza njih se opet uspostavljalo pravo koje se moralo poštivati. Revolucionarni pokreti koji su se pozivali na prirodno pravo da bi izmijenili svijet rušeći pozitivno pravo, nakon revolucionarnog prevrata kao pobjednici uspostavljali su najčešće totalitarnu vlast, koja je propisivala novo pozitivno pravo. Anarhija (bezvlašće) je obično kratkotrajna i mada je društveno uslovljena ne donosi ništa dobra. To je stanje nesigurnosti, u kome nameću svoju volju jači, lukaviji, podliji...

U ovom izlaganju zadržat ćemo se na objektima prava: nepokretnim dobrima i prostoru u kome djeluje čovjek, koje je pokriveno međunarodnim i unutarnjim pravom, ali se ne može izbjeći pitanje temporalnosti prava i ograničenosti njegovih učinaka.

Pravo je izraz konkretnih društvenih odnosa koji se uspostavljaju neovisno od ljudske volje po društvenoj zakonitosti. Ovo jednako vrijedi za pravo koje prihvaćaju sve ljudske zajednice, koje se u metafizičkoj spoznaji zasniva na volji božjoj (božjem zakonu) ili na razumu (prirodi), a ne stvara se u zakonodavnoj radionici (prirodno pravo), kao i za pravo koje kreira zakonodavac (pozitivno pravo). Dok prirodno pravo u načelu djeluje spontano jer ga prihvaćaju gotovo svi ljudi, ili ogromna većina, pozitivno pravo djeluje silom ideološke ili državne represije. Ova represija je utoliko veća ukoliko je pozitivno pravo udaljenije od sveopće društvene svijesti, odnosno prirode društvenih odnosa koji proizvode tu svijest i na koje ono djeluje, bilo da zaostaje iza društvenog razvoja radi očuvanja starih društvenih struktura, štiteći interese društvene klase koja silazi s društvene scene, ili da ide ispred društvenog razvoja negacijom postojećeg pravnog sustava radi »izgradnje novog svijeta«.

Prirodno pravo, ma koliko dugovječno nije vječno, jer ga uslovljavaju duboke društvene promjene; ma koliko opće nije sveopće, jer ga ograničava ili potiskuje pozitivno pravo. Sukob prirodnog i pozitivnog prava u umjetničkoj formi je prije 25 stoljeća, u doba grčkih sofista, koji su razvili misao o prirodnom pravu, izrazio čuveni grčki tragičar Sofoklo u Antigoni.⁷

Po prirodnom pravu svi smo jednaki u dolasku i odlasku, ali je između dolaska i odlaska, rođenja i smrti, život bremenit nepravdom u svim mogućim oblicima.

Suvremene političke elite samo deklarativno prihvaćaju velike tekovine prirodnog prava, kao što je pravo na život u dostojanstvu, na koje se nadovezuje čitava lepeza ljudskih prava i sloboda, koje jamče međunarodni dokumenti UN i regionalnih asocijacija, kao i ustavi demokratskih zemalja. U stvarnosti, međutim, se ta prava brutalno gaze u vrlo širokim razmjerima (na svakom koraku). Uzroci se nalaze u društvenim procesima koje uvjetuje kapitalistički način proizvodnje; proizvodnje radi profita, a ne radi zadovoljenja autentičnih potreba čovjeka.

Egoistička uporaba prava vlasništva – mora se ograničiti za opće dobro. Ovaj zahtjev se čini nedostižnim, ali nema druge alternative, jer će se u protivnom društvene proturječnosti produbljivati u takvim razmjerima koji će ugroziti pa čak i uništiti suvremene demokratske institucije s nesagledivim posljedicama za čovječanstvo.

Prostor u kome se prostire pravo

Prostor u kome djeluje ili na koji se prostire pravo ne može biti beskrajni svemir pa ni oni dijelovi svemira koji su objekt znanstvenih istraživanja pomoću džinovskih teleskopa i suvremenih znanstvenih metoda⁸, iako se rezultati is-

⁷ Antigonu, kćerku kralja Edipa, sahranjuje svoga brata Polinika kršeći naredbu tebanskog kralja Kreonta, koji mu uskraćuje grob, proglašavajući ga izdajnikom, da »svakom oku nakazan od ptica i pasa bude razderan« (Drugi čin, Prva pojava; u ediciji Reč i misao – Car Edip i Antigonu, VI. kolo, 1964, izdanje preduzeća Rad, Beograd, sveska 138.). U dijalogu, Kreont kaže: »I ti se drznu zakon taj da pogaziš?«, na to Antigonu odgovara: »...ne smatrah tako jakom tvoju naredbu da božje, nepisane, stalne zakone preteći može; ti si ipak smrtnan tvor. Od danas nisu oni, ni od juče – ne, no vječno važe, niko ne zna od kada su«. Znajući da je čeka smrt, ako prekrši Kreontovu naredbu, Antigonu postupa po svojoj savijesti, jer će ova kazna samo ubrzati ono što je neminovno, stoga neće »žaliti ako dočeka ovakav udes« pa nastavlja: »Ali da sam podnela da od moje majke sin bez groba istrune, e, to bih žalila; al za smrt ne marim« (Treći čin, Druga pojava).

⁸ Hoyle, F., *Astronomija* (preveo Zlatko Britvić), Marijan tisak d.o.o., Split, 2005, 218–247.

traživanja nalaze u sferi prava (npr. da se smiju koristiti samo u miroljubive svrhe). Objekt prava je onaj prostor u kome se odvijaju ljudske djelatnosti (npr. orbita oko Zemlje) kao i nebeska tijela do kojih je dospio čovjek neposredno (Mjesec) ili posredno putem svemirskih sondi, odnosno robote, od lansiranja sovjetskog Lunika 1 (1959), »prvi objekt izrađen ljudskom rukom koji se, zahvaćen Sunčevim gravitacijskim zagrljajem, pridružio devetočlanom planetarnom svijetu«, do Voyagera 2. Za samo trideset godina ljudi su poslali »robotske emisare prema svim planetama osim Plutona«. Za to vrijeme otkriveno je »mnoštvo planetarnih satelita...«. Svemirsko doba »zamijenilo je maštu s mnogo fantastičnih činjenica: vulkani tri puta veći od Mount Everesta, oluje dvostruko veće od Zemlje, svjetovi s morima metana, rijeke lave dulje od Nila, oblaci sumporne kiseline, inje od svjetlucah metala. To nas je dočekalo u carstvu planeta«. ⁹

Budući da se prostor koji ispunjavaju znanstvene i druge ljudske djelatnosti neprekidno širi u svim pravcima na kopnu i moru, u podzemlju i podmorju i oko Zemlje sve do nebeskih tijela u bližim dijelovima svemira, širi se istovremeno i sfera međunarodnog prava koje uređuje ponašanje suverenih država, njihovih pravnih i fizičkih osoba u tom golemom prostornom volumenu.

Ovom uopćenom raspravom izlazi se iz okvira tradicionalnog promatranja nekretnine kao objekta unutarnjeg prava – javnog i privatnog, odnosno građanskog prava, zbog toga što se danas, u globaliziranom svijetu, mora sagledati cjelina prostora u kome se odvijaju ljudske djelatnosti i prostora dokle dopiru utjecaji znanstvenih istraživanja i raznovrsnog ljudskog djelovanja relevantnog za život na Zemlji iz razloga koji su navedeni u Uvodu. Prva granica koju određuje priroda je ograničenost prirodnih izvora na Zemlji bitnih za opstanak civilizacije i života dostojnog čovjeka; druga je granica prirodne ravnoteže.

Bezuvjetna je globalna zaštita čovjekove sredine, čitave biosfere, koju ugrožavaju danas vidljive promjene na Zemlji prouzročene ljudskim djelovanjem, npr.: klimatske promjene, »kidanje« ozonskog omotača i svega što se na njih nadovezuje u lancu prirodne uzročnosti sve do čovjeka kao prirodne jedinice i člana društvene zajednice – humanog bića i do svih drugih živih bića, na cjelokupnu floru i faunu. ¹⁰

⁹ Iz uvoda Mc Nab, D., Younger, J., *Planeti*, izdavač Golden Marketing, Zagreb, 2002, (preveli: Jency R./Roša, D.). Naslov izvornika *The planets*, BBC Worldwide, 1999. Knjiga koja nas upoznaje s mnoštvom različitih svjetova i prirodom dalje od Sunca. Vidi kronologiju Mjesečevih i planetarnih istraživanja na str. 231–232.

¹⁰ Prema istraživanju objavljenom u časopisu *Science* (USA) »čak bi i podizanje mora (oceana) i za jedan metar moglo utjecati na polje Zemljine težine u južnoj polutki te na promjenu rotacije planeta«, obavještava »Deutsche Welle« (prenosi sarajevsko Oslobođenje od 18. svibnja 2009) s kobnim posljedicama za život na Zemlji.

Ako u budućnosti postoji mogućnost supstitucije do sada poznatih ograničenih prirodnih izvora na Zemlji, razvojem novih tehnologija i znanstvenih metoda, drugo ograničenje ljudskog prodora u prirodnu kauzalnost nameće sama priroda i ono se ne može prekoračiti bez nesagledivih kataklizmičkih posljedica koje mogu ugroziti, pa i uništiti život na Zemlji. Sagledavanjem cjeline prostora kojim je ovladao čovjek, a koji se i dalje širi izvan granica našeg planeta u bliže dijelove beskrajnog svemira, i posljedica ljudskog djelovanja u tom golemom prostoru, bolje će se razumjeti nužnost pravnog ograničenja čovjekovog prodora u prirodnu uzročnost, da se ne poremeti prirodna ravnoteža i ugrozi život na Zemlji, u čitavoj biosferi. Ovo podrazumijeva nužnost ograničenja djelovanja čovjeka i njegovih asocijacija (pravnih osoba, osobito društava kapitala), ljudskih zajednica, državnih i regionalnih zajednica i cjelokupne ljudske zajednice na planetu Zemlji u širim i užim regijama izvan i unutar državnih granica sve do ograničenja individualnog poduzetništva i prava vlasništva, osobito na nepokretnim dobrima. Ova ograničenja uistinu ne određuju ni društvene zajednice, ni države, ni tijela regionalnih zajednica, pa ni tijela Ujedinjenih naroda; određuje ih sama priroda, a zakonodavci i nadležna tijela javne vlasti na svim razinama nacionalnim i međunarodnim do Ujedinjenih naroda i svi subjekti prava (fizičke i pravne osobe) moraju ih poštivati jer priroda ne poznaje kompromis. Čovjek je dio ljudske zajednice uže i šire – čitavog čovječanstva, pa su njegova djelovanja ograničena bitnim interesima tih zajednica i čitave ljudske zajednice. Promatramo li bitne interese (dobra) ljudskih zajednica sa stajališta ograničenosti prirodnih izvora na Zemlji, u pojedinim regijama svijeta ili unutar granica pojedine države, kao i globalnu zaštitu okoliša i zaštitu života čovjeka ne samo u biološkom smislu, nego isto tako i u socijalnom pogledu (život dostojan čovjeka), nužno je ograničiti ljudsko djelovanje kada ugrožava ta dobra, a ta ograničenja idu sve do ograničenja uporabe nekretnina kao objekata prava vlasništva i drugih stvarnih prava, sve do našeg dvorišta, naše kuće ili stana. Iz prednjih činjenica: djelovanja cjelokupne prirode i njenih dijelova po zakonima prirodnog kauzaliteta, a djelovanja čovjeka i njegovih asocijacija po načelu svrhovitosti (radi postizanja određenih svrha), proizlazi da ova ograničenja određuju prirodne i društvene zakonitosti pa ih zakonodavac i druga tijela javne vlasti kao ni subjekti prava (fizičke i pravne osobe) ne smiju ignorirati ni prekoračiti. Granice održivog razvoja, određene prirodnim zakonom, ne smiju se prekoračiti, jer priroda djeluje kao "slijepa sila" po zakonu kauzaliteta. Globalni poremećaji u prirodi koji su izazvani ljudskim djelovanjem ne mogu se zaustaviti tehničkim sredstvima, ni uz pomoć najsavršenijih sredstava i najnaprednijih tehnoloških metoda. Stoga se pravom moraju ograničiti, dok je vrijeme, svi štetni ljudski utjecaji na prirodu koji uzrokuju globalne poremećaje (kao npr. klimatske promjene).

Razorna snaga kapitala i ograničenje prava privatnog vlasništva

Neobuzdana težnja kapitala da, zahvaljujući doskora nezamislivom tehnološkom napretku, ovlada svim prirodnim izvorima i prostorima na Zemlji i oko Zemlje, produbljuje latentne političke i oružane sukobe kako unutarne tako i između pojedinih država koji u naše vrijeme, poslije dva svjetska rata u prvoj polovini 20. stoljeća, povremeno eskaliraju do razornih lokalnih oružanih sukoba (ratova) uz velike ljudske žrtve. U te sukobe izravno ili neizravno upliću se najveće svjetske sile, a one raspolazu oružjem kojim mogu doslovno uništiti život na Zemlji.

Neutaživa glad kapitala za profitom produbljuje socijalne sukobe zbog držanja u siromaštvu ili zbog osiromašenja i obespravljenja stotina milijuna stanovnika u svijetu, koji se manifestiraju u oružanim pobunama i velikim migracijama očajnika iz siromašnih u bogate regije svijeta. Sve to uz goleme žrtve i strašne ljudske patnje u vrijeme kad se međunarodnim dokumentima Ujedinjenih naroda, Europske unije i drugih regionalnih asocijacija, kao i ustavima svih demokratskih država, svakom čovjeku jamči život u dostojanstvu i pravo na mirno uživanje imovine, a stotine milijuna naših suvremenika na Zemlji nikad u životu nisu imali mogućnosti da svojim radom privrjeđuju nužna sredstva za svoj život i život članova svoje obitelji. Njima je oduzeto prirodno pravo na život doličan čovjeku.

Stoga danas nema alternative koncepciji održivog razvoja i socijalizacije vlasništva nasuprot koncepciji o gospodarskom razvoju bez granica, nespontanom privrednom poduzetništvu i gotovo neograničenom pravu vlasništva iz doba liberalnog kapitalizma, iz vremena kada je vladalo uvjerenje da su prirodni izvori na Zemlji neograničeni, kada se nije nazirala mogućnost iscrpljenja tih izvora, a ni opasnosti poremećaja ravnoteže prirodnih sila na Planetu koje danas izaziva ljudsko djelovanje; u vrijeme kada još nisu bila međunarodno priznata ljudska prava.¹¹

Ideja liberalnog kapitalizma sazrijevala je u Europi s razvojem obrtništva i trgovine osobito nakon otkrića Amerike, a kasnije uz tehnološki (industrijski) napredak i napokon oblikovana krilaticom *laisser faire – laisser passer*, jer tržištem upravlja »nevidljiva ruka« Adama Smitha.¹² Ova ideja najdosljednije je

¹¹ Ideje socijalne pravde i socijalizacije vlasništva imaju relativno dugu povijest. Vidi npr. *Sto godina socijalnog nauka katoličke crkve, Kršćanska sadašnjost*, Zagreb, 1991; Rols, Dž., *Teorija pravde* (preveli Pavičević, Đ. I Gemtić, T.), izdanje Sl. list SRJ, Beograd, CID Podgorica, 1998; Stojanović, D., D., *Privatna svojina i koncept socijalne pravde, Pravni život*, god IL, 5–6, 2000.

¹² Vidi: Smit, A., *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda* (preveo Marijan Hanžeković), Kultura, Beograd, 1970. Ma koliko načelo slobodne trgovine bilo jednostavno i jasno i ma koliko se to načelo moralo osjetiti u većoj ili manjoj mjeri od najranijih vremena, kako kaže jedan

ostvarena u Sjedinjenim Američkim Državama. Prema Thomasu Jeffersonu (1801.), u zemlji »milostivo odvojenoj prirodom i širokim okeanom od istrebljivačkog haosa jedne četvrtine Zemlje; ... nastanjeni u izvrsnoj zemlji, dovoljno prostranoj za potomke stotog i hiljaditog pokoljenja«¹³. Ova optimistička vizija američke zlatne izolacije od istrebljivačkog kaosa preko oceana raspršila se pred očima petog pokoljenja Jeffersonovih zemljaka. SAD su se, naime, uključile u »istrebljivački haos« preko oceana u petom pokoljenju nakon Jeffersonove inauguracije za njenog trećeg predsjednika (Prvi svjetski rat, 1917), a nakon toga sve više i sve dublje do naših dana,¹⁴ ne obazirući se na »uniženje drugih«¹⁵.

Egoistička uporaba prava vlasništva i neoliberalistička ekonomska koncepcija, a to znači bezobzirna trka za profitom, mora se ograničiti kako zbog održavanja prirodne ravnoteže i očuvanja okoliša tako zbog osiguranja života svakome u dostojanstvu. To znači iskorjenjivanje siromaštva ispod granice egzistencije i time otklanjanja izvora društvenih napetosti do oružanih pobuna u užim ili širim razmjerima, uz velike progone, sve do istrebljenja milijuna ljudskih bića. Najviše tamo gdje je najveća bijeda, veći dio afričkog kontinenta, pojedini regioni Azije i Latinske Amerike. Stoga je nužno da čitav prostor u kome djeluje čovjek bude ureden pravom koje će poštivati granice što ih je odredila priroda i one koje je proklamirala ljudska zajednica za dobro svih ljudi na Zemlji, koje će jamčiti Ujedinjeni narodi, sve regionalne zajednice i sve države svijeta, u interesu svih ljudi na Zemlji, u svim ljudskim zajednicama, jer svi imaju neotuđivo prirodno pravo na dostojan život. U tom smislu se ovdje govori sasvim općenito o ograničenju uporabe i iskorištavanja nepokretnih dobara kao objekata međunarodnog i unutarnjeg prava i o uređenju njihova korištenja u interesu svakog čovjeka, njegove uže i šire zajednice i čitavog čovječanstva.

Ovi zahtjevi se danas čine nedostižnim, jer svijetom vlada kapital koji radi ostvarenja svoje imanentne svrhe – stjecanja profita ruši moral i pravo, razara vi-

njegov učenik (Pit mlađi), izražavajući sumnju »da je ikada bilo potpuno izloženo i objašnjeno kao u spisima« autora »slavne rasprave Bogatstvo naroda« – »čije će opsežno poznavanje pojedinosti i dubina filozofskog istraživanja... pružiti najbolje rešenje svakog pitanja koje je u vezi s istorijom trgovine i sa sistemom političke ekonomije« (citirano prema Hanžekoviću, iz: Adam Smit, Vreme, život, delo, u naprijed citiranoj knjizi, str. 37/38).

¹³ Iz pristupne besjede Thomasa Jeffersona, trećeg predsjednika SAD-a, održane 4. ožujka 1801, u knjizi: Besede (izbor iz svetskog besedništva), Kultura, Beograd, 1967, str. 227.

¹⁴ Početkom 1918. zaraćene strane odbile su prijedlog predsjednika SAD-a – Wilsona o sklapanju mira bez pobjednika, što je po njegovoj zamisli trebalo isključiti uzroke budućih ratova, a Liga naroda koja je trebala zajamčiti mir pokazala je svoju nemoć između dva svjetska rata. U međuvremenu izbila je velika ekonomska kriza 1929–1933, a zatim Drugi svjetski rat i poratno razdoblje lokalnih ratova u kojima su sudjelovale SAD-e od Koreje i Vijetnama pedesetih i šezdesetih godina sve do Iraka i Afganistana danas.

¹⁵ Jefferson je rekao: »suviše velikodušni da trpimo uniženje drugih«.

ziju pravedne i jedino moguće ljudske zajednice, ali druge alternative nema. Ovo utoliko više što neobuzdana eksploatacija Zemlje i prostora oko Zemlje kojim vlada kapital – najviša društvena sila u povijesti čovječanstva, ugrožava čitavu biosferu do te mjere da dovodi u pitanje opstanak života na Globusu. S druge strane, sva dosadašnja nastojanja da se očuva prirodna ravnoteža u lokalnim, regionalnim i planetarnim razmjerima, za sadašnja i buduća pokoljenja, pokazala su se nedostatnima¹⁶. Sve mjere koje se poduzimaju radi iskorjenjivanja siromaštva polučuju suviše skromne učinke, a trka za profitom koja ne poznaje čovjeka i njegova životne potrebe ostavlja za sobom sve više siromašnih i obespravljenih širom svijeta,¹⁷ unatoč ljudskim pravima koja su zajamčena međunarodnim dokumentima i ustavima demokratskih zemalja. Najmoćnije svjetske sile u globalizaciji svijeta pokušavaju proširiti svoju gospodarsku i političku dominaciju i pomaknuti granice svojih interesnih sfera pomoću različitih metoda i sredstava, pa i silom sve do oružanih sukoba, lokalnih i regionalnih koji mogu prerasti u novi svjetski rat s jedva zamislivim razornim posljedicama za čitavo čovječanstvo. Suvremena razvijena društva i ona u razvoju sve više se zapliću u proturječnosti koje generiraju sve veće siromaštvo širokih slojeva stanovništva, sve dublje unutarnje i međunarodne sukobe, jer je vlasništvo uzdignuto iznad ljudskog rada, iznad čovjeka i njegovih autentičnih potreba. Cjelokupna proizvodnja je društvena, a prisvajanje proizvoda na temelju privatnog vlasništva je individualno. Tako se nastavljaju društveni procesi otuđenja čovjeka od njegove autentične egzistencije. Zato ograničenje i socijalizacija vlasništva nema alternative.

Po nekima kapitalističkom sustavu već »zvoni posmrtno zvonu«.¹⁸ Aktualna svjetska ekonomska kriza, otkriva ograničenosti i proturječnosti suvremenog kapitalističkog društva – tržišnog gospodarstva koje ne može djelovati bez državne intervencije, a ona u izvjesnoj mjeri ograničava i pravo vlasništva. Umjesto »nevidljive ruke« Adama Smitha (tržište), u gospodarske odnose (tržišne) suvremenog kapitalističkog svijeta osobito u doba ekonomske krize i financijske nes-

¹⁶ Vidi na primjer radove objavljene u Zborniku, Znanost i društvene promjene (priredio: Ivan Cifrić), *Socijalna ekologija*, Zagreb, 2000.

¹⁷ Unatoč obećanjima datim u posljednjem desetljeću 20. stoljeća broj siromašnih ljudi je »narastao na gotovo sto milijuna«, iako je u isto vrijeme »svjetski dohodak rastao 2.5% na godinu« kako navodi Joseph Stiglitz, nositelj Nobelove nagrade za ekonomske znanosti, Stiglitz, J.: *Globalizacija i dvojbe koje izaziva* (s engleskog prevela Tamara Levak – Potrebića), Algoritam, Zagreb, 2004, str. 25. Danas se računa da u svijetu živi oko milijarde ljudi u siromaštvu i da će se po sadašnjim trendovima taj stravičan broj povećavati godišnje za sto milijuna ljudskih bića.

¹⁸ Tako poznati sociolog historije i analitičar svjetskog sustava, Imanuel Volerstin u nedavnom razgovoru sa sociologom i teoretičarom svjetskog sustava Dže Džung Suhom govoreći o budućnosti kaže: »Možemo, naime, imati sistem koji je bolji od kapitalizma i možemo imati sistem koji je gori od kapitalizma. Jedino što ne možemo da imamo je kapitalistički sistem« (prenosi beogradska NIN, od 29.01.2009, str. 69).

tabilnosti djeluje vidljiva »ruka države« (državna intervencija). Na taj način država koja napušta liberalnu društvenu poziciju, a u ambijentu tržišnih odnosa istovremeno osigurava ograničene pretpostavke socijalne pravde koje ne može ostvariti tržište jer »tržište ima jedan i samo jedan motiv – stvaranje profita« (Drucker).^{19,20}

*Općenito o razgraničenju nepokretnih dobara
kao objekata međunarodnog i unutarnjeg prava*

Uvodna napomena. – Nakon što su načelno postali dostupni čovjeku gotovo svi dijelovi Globusa: kopno, rijeke, jezera, mora, oceani, Arktik i Antarktika, skoro svi predjeli na Zemlji i u njenoj orbiti, ljudske djelatnosti su usmjerene prema bližim dijelovima beskrajnog svemira i nebeskim tijelima u sunčevu sustavu²¹, i u dublje slojeve zemljine kore, na kopnu, u dubinama mora i oceana²², i ispod vodenih površina okruženih kopnom, radi znanstvenih istraživanja i osobito zbog gospodarskog iskorištavanja tih prostora nominalno u miroljubive svrhe^{23, 24}, a stvarno i radi vojne prevlasti ili vojnog nadmetanja (nuklearni pokusi, lansiranje raketa s atomskim glavama, kruženje podmornica s atomskim naoružanjem i sl.).

Dijelovi planeta Zemlje, cjelokupni prostor dokle dopiru utjecaji ljudskih djelatnosti, kao objekt prava, može se podijeliti u dvije pravne sfere. U prvoj sfe-

¹⁹ Drucker, P., Upravljanje u budućem društvu (prijevod), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006, str. 113.

²⁰ Jedan od najvećih suvremenih ekonomista, nobelovac Stiglitz, pokazao je prije nekoliko godina (2002) kako »država može odigrati ključnu ulogu ne samo u ublažavanju tržišnih propusta nego i u osiguranju socijalne pravde« (Stiglitz, J., Globalizacija i dvojbe koje izaziva, (prijevod na hrvatski), Algoritam, Zagreb, 2004, str. 243). U istom djelu se navodi niz primjera razornog djelovanja Međunarodnog monetarnog fonda u zemljama u tranziciji i drugim zemljama u razvoju širom svijeta uslijed neobuzdane pohlepe kapitala.

²¹ Mc Nab/Younger, Planeti, op. cit.

²² O epikontinentalnom pojasu pojedinih država i o međunarodnoj Zoni kao dobru čovječanstva: Vidi: Degan, V. Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000, §§ 73, 76.

²³ Tako Konvencija UN – a o pravu mora iz 1982. zabranjuje uporabu otvorenog mora u vojne svrhe, izričito proklamirajući da je ono rezervirano za miroljubive svrhe. Iako primjena ovog načela nailazi na velike prepreke u praksi, sama činjenica da je ono ušlo u Konvenciju predstavlja izvjesni napredak i nadu.

²⁴ Šire o općoj odredbi Konvencije o pravu mora koja se tiče miroljubive uporabe mora: Degan, V. Đ., Miroljubive upotrebe mora, PZfZ, br. 5–6, 1985, str. 560–569.

ri važi pravo suverenih država;^{25,26} u drugoj – međunarodno pravo. Prva sfera je u naše vrijeme određena relativno stabilnim državnim granicama koje su zajamčene međunarodnim pravom; druga – se neprestano širi u najbliže dijelove svemira uporedo s novim prodorima čovjeka ili njegovih najsavršenijih oruđa u te prostore. Zato se pokušava utvrditi prostorno razgraničenje između ta dva kruga nepokretnih dobara na moru i u zračnom prostoru.

Razgraničenje objekata međunarodnog i unutarnjeg prava na moru. – Između sfere unutarnjeg i međunarodnog prava na moru nalazi se jedan međuprostor, u kojem djelomično važi pravo obalne države, na kome ona ima neka suverena, gospodarska i upravna prava. U tom prostoru, prema Konvenciji Ujedinjenih naroda o pravu mora iz 1982, obalna država može, pod određenim pretpostavkama, uspostaviti tri pojasa izvan svojih granica, tj. granica teritorijalnog mora, odnosno arhipelaškog mora arhipelaške države²⁷.

Obalna država može odrediti granice teritorijalnog mora u širini koja ne prelazi 12 morskih milja od crte niske vode (oseke), ili ravne polazne crte, odnosno ravne arhipelaške crte.^{28,29} Izvan tih granica obalna država može uspostaviti:

– vanjski morski pojas koji ne može biti širi od 24 morske milje od polaznih crta, dakle, u slučaju kad je država odredila granice teritorijalnog (arhipelaškog) mora sa maksimalnih 12 morskih milja od polaznih crta, vanjski morski pojas može odrediti u širini od još maksimalno 12 morskih milja, ukupno 24³⁰;

– gospodarski pojas s maksimalnom širinom od 200 morskih milja od polaznih crta³¹ i napokon,

– epikontinentalni pojas koji obuhvata morsko dno i podmorje u širini do 350 morskih milja od polaznih crta odnosno do 100 morskih milja računajući od izobate 2500 metara.³²

²⁵ Riječ je, razumije se, o uslovljenom državnom suverenitetu u uvjetima globalizacije svijeta.

²⁶ Šimonović, I., Globalizacija, državna suverenost i međunarodni odnosi, Narodne novine, Zagreb, 2005, Tucak, I., Globalizacija i državni suverenitet, Hrvatska javna uprava, Godina 7, Br. 1/2007, Mecanović, I., Globalizacija i ustav, Pravni vjesnik, Godine 16, Br. 3/4, 2004.

²⁷ Izrazit primjer arhipelaške države su Indonezija, Filipini, Bahami, Mauricijus i dr.

²⁸ Konvencija Ujedinjenih naroda o pravu mora iz 1982.

²⁹ Šire o tome: Degan, V., Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000, §§ 67, 70; Rudolf, D., Enciklopedijski riječnik međunarodnog prava mora, Biblioteka znanstvenih djela, Split, 1989, str. 430/431.

³⁰ Šire: Ibler, V., Vanjski morski pojas, Zbornik za pomorsko pravo, 1955, str. 11–70.

³¹ Šire: Rudolf, D., Morski gospodarski pojas, Split, 1988.

³² Izobata – crta povučena na morskoj karti koja spaja točke jednake dubine mora. Na prvoj Konferenciji UN o pravu mora (1958) za utvrđivanje vanjske granice epikontinentalnog pojasa

Epikontinentalni pojas se djelomično proteže ispod vodenog stupa otvorenog mora. Izvan vanjskog i gospodarskog pojasa je područje otvorenog mora, a izvan epikontinentalnog pojasa na dnu mora i podzemlja nalazi se područje Zone međunarodnog morskog dna, dobro čovječanstva, tj. objekt međunarodnog prava.³³ Dobro čovječanstva se pravno smije iskorištavati samo u miroljubive svrhe.³⁴ U stvarnosti ovi prostori koriste se i za vojno nadmetanje.

Razgraničenje zračnog prostora. – Dok je morski međuprostor relativno određen ili bar odrediv na temelju Konvencije

Ujedinjenih naroda o pravu mora (1982), u međunarodnom pravu još nije postignut konsenzus između država o tome do koje visine dopire državni prostor u atmosferi, odnosno od koje se visine prostire dobro čovječanstva kao objekt međunarodnog prava (*infra*).

Prema Čikaškoj konvenciji o civilnom zrakoplovstvu (1944) koja je stupila na snagu 4. travnja 1947, »države ugovornice priznaju da svaka država ima potpunu i isključivu suverenost u zračnom prostoru iznad svog teritorija«. Po toj Konvenciji će se »teritorij neke države smatrati, njezino kopneno područje i pripadajuće teritorijalne vode pod suverenostu, sizerenstvom, protektoratom ili mandatom takve države«. ³⁵ Prema općem shvaćanju zračni prostor suverene države u to vrijeme (1944–1947) nije bio ni prešutno ograničen maksimalnom visinom iznad njenog područja. Shvatanje o neograničenosti prostora na koji se proteže suverenitet određene države iznad njenog kopna i vode »srušeno je« 4. li-

uzeta je izobata od 200 metara (Rudolf, D., Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora, Biblioteka znanstvenih djela, Split, 1989, str. 118. ; isti: epikontinentalni pojas, epikontinentsko more, str. 82–84). Šire: Degan, Međunarodno pravo §§ 71, 72, 73 i Degan, V. Đ., Međunarodno pravo mora, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002, str. 22–74.; Epikontinentalni pojas (grupa autora, urednik Rudolf, D.), Split, 1976. U nas je ovu temu prvi temeljito znanstveno obradio prof. Juraj Andrassy, vidi: Andrassy, J., Epikontinentalni pojas, JAZU, Zagreb, 1951, Pravni izvori; Kazazić, V., Dno i podzemlje mora izvan granica nacionalne jurisdikcije, Globe Line d.o.o., Sarajevo, 2002, gdje su pretiskani svi međunarodni pravni izvori iz tog područja.

³³ Andrassy, J., Pravna narav morskog dna i podzemnog otvorenog mora kao »baštine čovječanstva«, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 1975, br. 1–2, str. 128–137. Degan, V. Đ., Međunarodno pravo mora, str. 75–93; Rudolf, D., Zona, u: Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora; Kazazić, V., op. cit. (Glava V, Morsko dno i podzemlje izvan granica nacionalne jurisdikcije, str. 39–60; Glava VII, Međunarodna vlast za morsko dno..., str. 84–107; Prirodni izvori, str. 108–137).

³⁴ Prema Konvenciji UN-a o pravu mora (1982) »Otvoreno more je rezervirano za miroljubive svrhe« (čl. 88). Vidi Degan, V. Đ., Miroljubive upotrebe mora, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 35, br. 5–6, 1985. Autor razmatra učinak Konvencije »u pogledu ograničavanja vojnih djelatnosti u različitim dijelovima mora na koje se odnose...«.

³⁵ Citirano iz Degan, Međunarodno pravo, str. 602; Novaković, M., Suverenost u prostoru izvan državne teritorije, Beograd, 1966.

stopada 1957. kada je lansiran prvi satelit (»Sputnjik«) u orbitu Zemlje³⁶, u dotada nezamislivu visinu, jer ni jedna država iznad čijeg je područja taj satelit preletio nije uložila protest Sovjetskom Savezu,³⁷ državi koja ga je lansirala, niti je Sovjetski Savez deklarirao svoje pretenzije na taj prostor. Tako se začelo običajno pravo prema kome je prostor u zemljinoj orbiti, koji se danas intenzivno koristi umjetnim satelitima, svemirskim postajama i svemirskim letjelicama izvan državne jurisdikcije – dobro čovječanstva, a ne *res nullius*, koji prisvaja onaj tko ga prvi zaposjedne. Ovo pravilo potvrđeno je 1969. nakon spuštanja prve ljudske posade na Mjesec. Sjedinjene Američke Države, čija se posada spustila na Mjesec 19. srpnja 1969, ni tada ni prilikom četiri kasnija slijetanja (1970, 1972)³⁸ nisu očitovale volju za okupaciju »osvojenog« prostora kao da je *res nullius*, sukladno tradicionalnom pravilu *res nullius cedit primo ocupanti*, po kome se stotinama godina s otkrićem novih zemalja stjecao ili širio državni teritorij zemalja poznatih istraživača – osvajača³⁹, odnosno njihovo kolonijalno carstvo u udaljenim zemljama, ignorirajući prava domorodaca i uspostavljali transkontinentalni putevi u prekomorske zemlje iz kojih se izvlačilo veliko bogatstvo⁴⁰. Takvo ponašanje države koja je uputila ljudsku posadu na Mjesec, bilo je u skla-

³⁶ Kao što je milenijnsku koncepciju o neograničenom pravu vlasništva u visinu – *usque ad sidera ili usque ad coelum* srušio zrakoplov. Vidi: »Legendu« o *usque ad sidera i usque ad inferos*, Tenella – Sillani, Ch., I »limiti verticali« della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994., p.p. 139–207.

³⁷ Savez Socijalističkih Sovjetskih Republika raspao se 1990/1991. sa slomom socijalizma, na onoliko država koliko je bilo saveznih sovjetskih republika, među kojima je daleko najveća Rusija i danas svjetska sila, najprostranija zemlja na svijetu s površinom od 17.075.400 km² (Atlas Europe, Monde Neuf, Mediasat Group S.A. Madrid, Europapress holding d.o.o. Zagreb, 2005.

³⁸ 1971. godine na Mjesec su se spustile još dvije posade: Apollo 14 (31.1.1971) i Apollo 15 (26.7.1971) i još dvije 1972: Apollo 16 (16.4.1972) i Apollo 17 (7.12.1972), vidi, Mc’Nab/Younger, op. cit., str. 232.

³⁹ Tako se npr. veliki preookeanski istraživač Kolumbo, takoreći, od stupanja na američko tlo (San Salvador, Bahamsko otočje) 12. listopada 1492. prometnuo u osvajača u ime španjolske krune (Kralja i Kraljice svih zemalja španjolskih) koja je uputila tu ekspediciju s ciljem otkrića zapadnog morskog puta u Indiju za razliku od Kolumba, veliki svjetski putnik Marco Polo, nije imao misiju osvajača, a nije ni mogao imati na području koje je pohodio, ali je proširio saznanja o golemim područjima koja su do tada bila slabo poznata euroljanima (ili nepoznata) Marco Polo je sumarno opisao kopneni put za Kinu i mnoge zemlje pod vlašću Velikog kralja (Kublaj kana) kao i susjedne zemlje, uključujući morski put iz Kine oko Indokine do Perzije (Marco Polo, Milion – Putovanja Marka Pola, izdanje Marjan tisak, Split, 2004). Vidi Kristof Kolumbo, Putovanje u Novi svijet, brodski dnevnici (izvještaji, pisma i svjedočanstava očevidaca, izabrao i preradio Vojimir Vinja), Naprijed, Zagreb, 1992.

⁴⁰ Vidi o tomu u čuvenom djelu velikog engleskog ekonomista 18. stoljeća Adama Smitha, Smit, A., Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda (preveo Marijan Hanžeković), Kultura, Beograd, 1970, knjiga IV, sedmo poglavlje, str. 762–878.

du s međunarodnim Ugovorom o načelima koja uređuju djelatnost država na istraživanju i iskorištavanju svemira, uključujući i Mjesec i druga nebeska tijela, iz 1967. Upravo takvim ponašanjem priznato je da je Mjesec, prvo nebesko tijelo na koje je stupio čovjek – dobro čovječanstva i da nije podložno okupaciji tj. prisvajanju »osvojenog« prostora u korist države koja je na to nebesko tijelo uputila ljudsku posadu. Godine 1979, Opća skupština Ujedinjenih naroda usvojila je Sporazum koji određuje aktivnost država na Mjesecu i drugim nebeskim tijelima. Sporazum predviđa da su Mjesec i druga nebeska tijela u sunčevu sustavu te orbite oko njih i putanje do njih pod režimom međunarodnog prava. Prema tom Sporazumu, Mjesec i njegovi prirodni izvori su dobro čovječanstva (čl. 11–1).

Nakon lansiranja satelita u geostacionarnu orbitu iznad ekvatora na visini od oko 360 tisuća kilometara koji se kreće smjerom i brzinom okretanja Zemlje (pa se čini da stoji) čitava orbita oko Zemlje premrežena je raznovrsnim letjelicama i umjetnim satelitima⁴¹ za telekomunikacije, prijenos radio i TV programa, interneta, za raznovrsna znanstvena istraživanja i druge svrhe. Nažalost samo deklarativno je zabranjena uporaba tog prostora u nemiroљjubive vojne svrhe. Čak i u slučaju ratifikacije dogovora o produžetku Sporazuma o smanjenju strateškog naoružanja između SAD-a i Rusije teško se može očekivati otklanjanje mogućnosti »zračno svemirske oružane borbe«. Prema zapovjedniku Vojnih zračnih snaga Rusije »naoružanje će uskoro dobiti izražen zračno-svemirski karakter«. Razvijene zemlje već pripremaju »nova sredstva i sustave – nadzvučne i svemirske letjelice«. ⁴²

Svemirski prostor (najbliži dijelovi svemira) počeo se koristiti u privatne svrhe (komercijalni satelitski letovi).⁴³ Španjolski arhitekti su projektirali hotel »Galaktičko svemirsko odmaralište«, 450 km iznad Zemlje koji će »kružiti brzinom od trideset tisuća km na sat«. Cijena trodnevnog boravka u svemirskom hotelu bit će tri milijuna eura. Investitor namjerava otvoriti »svemirski« hotel 2012. godine.⁴⁴ Kapital probija konvencionalne granice prostora, ali bez katastrofalnih posljedica neće moći probiti granice koje je postavila priroda. U listopadu 2009.

⁴¹ Prema dnevnim vijestima (Novi list od 13. veljače 2009) dogodio se povijesni sudar u zemljinoj orbiti na 805 km/v iznad Sibira između ruskog i američkog satelita kojima je istekao rok upotrebe. Računa se da u Zemljinoj orbiti kruži 17000 različitih objekata, tzv. svemirsko smeće kojeg će u budućnosti biti sve više, što će predstavljati smetnje na putanjama aktivnih satelita i svemirskih letjelica.

⁴² Novi list od 11. veljače 2009, str. 24.

⁴³ Virgin Galactic (SAD) predstavlja novi brod za svemirski turizam – Space Ship Two. Dva pilota i šest putnika za dva i pol sata vožnje 200.000 dolara (Hina, Novi list od 7. prosinca 2009, str. 64).

⁴⁴ Prenosi Hina, Novi List 3. studenog 2009, str. 72.

raketiran je Mjesec u znanstvene svrhe radi utvrđivanja postoje li zalihe vode na Zemljinom satelitu. Hoće li se jednog dana eksploatirati voda i drugi prirodni resursi na tom nebeskom tijelu i time komercijalizirati dobro čovječanstva? Nisu samo američke posade donosile uzorke s Mjeseca na Zemlju, doduše, u znanstvene svrhe, to je učinio i Sovjetski savez već 12.9.1970. (Luna 16), koji je iste godine (17.8) spustio Veneru 7 na planet Veneru.⁴⁵

Kao što je rečeno, do danas nije postignut međudržavni sporazum do koje se visine pruža zračni prostor državnog suvereniteta. U prethodnim raspravama se predlažu krajnje granice od najmanje 18 tisuća do najviše 180 tisuća metara u visinu.⁴⁶

Znanstvena istraživanja koja se zasnivaju na opažanjima prirodnih zbivanja na Suncu i u sunčevom sustavu pomoću gigantskih teleskopa lansiranih u svemir, s kojih se vide vrlo udaljeni dijelovi beskrajnog svemira omogućavaju nove spoznaje o Zemlji, drugim nebeskim tijelima i svemiru. Rezultati ovih istraživanja objašnjavaju dosad neobjašnjive prirodne pojave na Zemlji i u njejoj orbiti, kao i na drugim nebeskim tijelima koja imaju presudan utjecaj na čitavu biosferu.

Sinteza. – Granice obalne države obuhvaćaju, kao što je gore navedeno, njezine unutarnje morske vode, arhipelaške vode (oceanskih arhipelaških država) i njezino teritorijalno more.⁴⁷ Uspostavljeni su uglavnom vanjski, gospodarski i epikontinentalni pojasevi u kojima država ostvaruje neka svoja suverena prava i nadležnosti, kao i prava istraživanja i iskorištavanja prirodnih bogatstava u moru, morskom dnu i u morskom podzemlju (žive i nežive prirode)⁴⁸. Državno područje se proteže u širinu i visinu do granica određenih (ili odredivih) međunarodnim pravom, izvan kojih se nalazi eksteritorijalno područje, ali se suverenost države očituje različito na kopnenom, vodenom i zračnom prostoru i na velikim rijekama i jezerima na kojima se odvija međunarodni promet⁴⁹. Ove granice nisu tako precizno određene na moru kao na kopnu. Pogotovo se mogu javiti različita gledišta o tome dokle se u širinu proteže epikontinentalni pojas (morsko dno i podmorje) neke države. U tom pogledu nije postignuta suglasnost oko mnogih

⁴⁵ Mc Nab/Younger, op. cit.

⁴⁶ Degan, op. cit. §66; Atmosfera se proteže u visinu od oko 100 km, ali ima vrlo razrijeđen sloj do 300 km (Glavač, V., Uvod u globalnu ekologiju, Zagreb, 1999, str. 33).

⁴⁷ Vidi Gospodarski i epikontinentalni pojas RH (čl. 18–45. Pomorskog zakonika, NN 181/04).

⁴⁸ Vidi Gospodarski i epikontinentalni pojas, kod Degan, V.D., Međunarodno pravo mora, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002, str. 55–74; Andrassy, J., Epikontinentalni pojas, Zagreb, 1951, str. 71–72.

⁴⁹ Degan, V. Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka 2000, str. 555/556. (šire 588–717); Andrassy, J., Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb 1954, str. 75–100.

pitanja⁵⁰. U najnovije vrijeme, s jednostranim pobijanjem ruske zastave na dno arktičkog mora preko 4000 metara ispod morske površine izazvalo je proteste zainteresiranih pribrežnih država⁵¹, započela je žestoka trka za bogatim nalazištima nafte u podmorju Arktika, jer je nafta u industrijskoj i postindustrijskoj epohi sila koja pokreće »sve stvari« na Globusu⁵². Zbog toga što je nafta najznačajnija komponenta energije, a energija je danas najbitnija komponenta cjelokupnog gospodarstva i drugih ljudskih djelatnosti, kao i za zadovoljavanja čovjekovih životnih i kulturnih potreba.

Znanstvena istraživanja i sve druge ljudske djelatnosti koje se odvajaju u onom prostoru koji se naziva dobro čovječanstva, imaju nemjerljiv značaj za dobro čovjeka, njegovu užu i širu zajednicu – čitavo čovječanstvo samo ako se koriste u miroljubive svrhe bez ugrožavanja života na Zemlji.

Društveni i gospodarski značaj nepokretnih dobara. – Nepokretna dobra su dijelovi Zemlje sa svim prirodnim sastojcima, rudno blago, vode i biljni pokrivač: sve što zemlja rađa na svojoj površini, divljač na kopnu, ptice u zračnom prostoru, ribe u moru, rijekama, jezerima (cjelokupna flora i fauna u biosferi). Sve što je čovjek na Zemlji zatekao, oplemenio mukotrpnim radom od drevnih zemljoradnika u Mezopotamiji i Egiptu te u dolinama velikih rijeka Indije i Kine i u drugim dijelovima svijeta, sve do naših dana, ili izgradio teškim radom: egipatske piramide i Kineski zid, grandiozne sustave za navodnjavanje, vjerske hramove na dalekom Istoku, u Meksiku i Peruu itd., do suvremenih megalopolisa i graditeljskih čuda poput onog u Dubaiu i sl., što će nadživjeti ljudski rod. Čovjek je tisućljećima krčio šume, posnu zemlju pretvarao u plodna polja, navodnjavao žednu zemlju, isušivao močvare, oslobađao zemljišne površine od vodenog pokrivača, na Zemlji gradio gradove i sela, puteve, mostove, tunele, željezničke pruge, kanale, pomorske i zračne luke, vojne utvrde i spomenike kulture, tvornice i trgovišta, cjelokupnu javnu infrastrukturu od rimskih graditelja javnih puteva i vodovoda do današnjih kontinentalnih i transkontinentalnih autoputeva i naftovoda i plinovoda i goleme mreže telekomunikacija na kopnu, morima i oceanima i u zraku (zrakoplovi i umjetni sateliti), ali i razarao svoje djelo, a u novije vrijeme uveliko uništava i prirodne tvorevine, živu i neživu prirodu. Kroz mnoga pokoljenja čovjek je oplemenjivao zemljište i sve što zemlja rađa, ali je i bezdušno izrabljivao prirodne izvore u trci za profitom, osobito u novije vrijeme, kada se

⁵⁰ Vidi kontroverze i dileme koje su se javljale od samog početka, u raspravi Andrassy, J., Epikontinentalni pojas, JAZU, Zagreb, 1951, str. 43–60.

⁵¹ Protestirale su obalne države čiji epikontinentalni pojas gravitira prema tom području, ili su zainteresirane za eksploataciju podmorja u međunarodnoj Zoni ispod površine otvorenog mora, među kojima su bile najglasnije Danska i Kanada, kao i SAD i Norveška.

⁵² Dekanić, I., Nafta – blagoslov ili prokletstvo, Zagreb, 2007.

zahvaljujući suvremenoj tehnologiji ljudske tvorevine preradom materije uz korištenje energije lako umnožavaju – gotovo bez ograničenja i još brže troše i razaraju da bi se mogli proizvoditi i prodavati novi proizvodi, jer se skraćivanjem ciklusa: proizvodnja – razmjena – potrošnja povećava dobit (profit). Ugrožen je prirodni krug razmjene materije: troše se ograničena ležišta mineralnih sirovina i fosilnih goriva u nepovrat. Zemljište se može »osvajati«, može se uz velike izdatke u manjoj mjeri i oslobađati od vodenog pokrivača⁵³, ali ga čovjek ne može stvarati, a u velikim razmjerima ga bespovratno smanjuje urbanizacijom i izgradnjom javne i gospodarske infrastrukture; može ga upropaštavati – i upropaštava ga, osobito neplanskom gradnjom i sječom šuma na velikim površinama. Šumske površine se rapidno smanjuju, i zbog golemih požara izazvanim ljudskim djelovanjem ili propustima (izravno ili neizravno). Uslijed toga se remeti prirodna ravnoteža na Zemlji. Vode na Zemlji uvjetovane su prirodnim zakonitostima, koje ljudske djelatnosti ili propasti mogu poremetiti i sve više ima dokaza da su ljudskim djelovanjem ili propuštanjem već poremećeni (klimatske promjene) s pogubnim posljedicama za široke regije (šire se golema područja pustinja, smanjuju se zalihe pitke vode). Učinci ljudskih djelatnosti šire se i na ekosferu u cjelini (kida se ozonski omotač), s visokim stupnjem neizvjesnosti za čitavo čovječanstvo pa čak i za opstanak ljudskog roda u doglednoj budućnosti.⁵⁴ Prema najblažim procjenama učinci ljudskog djelovanja na Globusu uzrokuju nestanak stotina i tisuća životinjskih i biljnih vrsta na kopnu, u morima i oceanima i bitno pogoršavaju kvalitetu ljudskog života.

Nepokretna dobra, svi prirodni dijelovi zemljišta i oni koji su pridodani zemljištu ljudskim radom, dijelovi Globusa, uključujući čitavu hidrosferu i zračni omotač, mjesto su nastanka i razvitka čovjeka i ljudskih zajednica: svih živih bića. Mjesto na kome se čovjek rađa i umire, njegova postojbina u kojoj, unutar određene društvene zajednice, zadovoljava svoje pojedinačne, zajedničke i opće društvene potrebe; mjesto nastanka i raspada svih nama poznatih civilizacija; prema dosadašnjim spoznajama jedino moguće mjesto ljudskog postojanja, jer čovjek, unatoč tehnološkom prodoru u svemir, nema druge postojbine osim ove jedine Zemlje⁵⁵, čak ni pod optimističkom pretpostavkom da će se na susjednom

⁵³ Izrazit primjer je Nizozemska.

⁵⁴ Na ovo upozoravaju znanstvena literatura, ekološki pokreti i masovni mediji uključujući i bezbroj video zapisa. U zadnje vrijeme bio je popularan dokumentarac »Neugodna istina« (An Inconvenient Truth) Davisa Guggenheimera koji prikazuje borbu Al Gorea, bivšeg potpredsjednika SAD-a, za zaštitu planeta Zemlje, a nakon dobivanja Oscara (Cannes, 2006) prikazivao se u čitavom svijetu. Truth www.climaterisis.net.

⁵⁵ Na što se sve češće upozorava zadnjih trideset – četrdeset godina. Supek, R., Ova jedina Zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973; Grul, H., Jedna planeta je opljačkana (prijevod na srpski), Prosveta, Beograd, 1985; Roca, Z., Demografski ekonomski slom, August Cesarec, Zagreb, 1987.

Marsu moći »uzgajati šparoge«⁵⁶. Ovo i bez obzira ima li mjesta izvan zemljine biosfere, na drugim nebeskim tijelima za živa bića koja su možda nadvisila duhovne sposobnosti čovjeka i njegova svekolika dostignuća⁵⁷, jer potencijali naše biosfere, tehnološka i znanstvena dostignuća, koja ne mogu prekoračiti granice prirodne ravnoteže u ekosferi, a da ne ugroze opstanak ljudskog života na Zemlji, u sagledivoj budućnosti ne omogućavaju masovne »seobe« na druga nebeska tijela, tj. za uspostavljanje druge postojbine čovječanstva, osim u znanstvenoj fantastici i pjesničkoj mašti.

Stoga su nepokretna dobra, svi dijelovi zemljišta, prirodni i umjetni (sve što je čovjek stvorio i izgradio na površini, iznad ili ispod površine zemlje), neizmjerljivo i nezamjenjivo ljudsko bogatstvo naslijeđeno od predaka i manjim dijelom stečeno radom sadašnjeg pokoljenja. Zemljište kao cjelina ili kao dio (dijelovi) te cjeline, sve što zemlja rađa i hrani (čitava flora i fauna), sva prirodna bogatstva, na ovoj planeti, posebno vode i zračni omotač, uz sunčevu energiju (svjetlost i toplinu) uvjet su opstanka čovjeka, svih ljudskih zajednica i čitavog čovječanstva, pa se moraju kao naslijeđena prirodna dobra i po prirodnom pravu oplemenjena ostaviti budućim naraštajima kao što su ih naši preci ostavili nama. Kao što je pravo na život prirodno pravo svakog čovjeka neovisno od međunarodnog ili unutarnjeg pozitivnog prava, tako je prirodno pravo svakog čovjeka, svih ljudi, sadašnjih i budućih pokoljenja na prirodne i ljudskim radom obogaćene uvjete života.⁵⁸ Do jučer samo prirodna prava s ograničenim utjecajem na pozitivno pravo, danas su ta prava uglavnom zajamčena međunarodnim pravnim dokumentima i suvremenim ustavima demokratskih država⁵⁹. Unatoč tomu, buja ekonomija profita, grabeža žive i nežive prirode na planeti Zemlji radi oplodiva-

⁵⁶ Kako na temelju znanstvenih istraživanja zaključuje Samuel Kounaves, voditelj kemijskog laboratorija TEGA na Sveučilištu u Arizoni (USA). Prenosi HINA, Glas Istre od 28. lipnja 2008.

⁵⁷ Prema naučnicima Edinburškog opservatorija na temelju kemijskih analiza zvijezda može se pretpostaviti da u našoj galaksiji ima od 300–38000 razvijenih civilizacija koje su u mogućnosti uspostaviti kontakt s planetom Zemljom, što se vjerojatno neće dogoditi za života sadašnjih ljudskih pokoljenja (prenosi sarajevsko Oslobođenje od 29. listopada 2008).

⁵⁸ Na ovo već preko sto godina upozorava katolički socijalni nauk počevši od enciklike Rerum novarum Lava XIII. od 15. svibnja 1891. do enciklike Socijalna skrb Ivana Pavla II. od 30. studenog 1987. (Sto godina katoličkog socijalnog nauka, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1991). Katolički socijalni nauk zagovara socijalno usmjerenje uporabe privatnog vlasništva, ograničavanje njegove egoistične biti, umjesto ukidanja prava vlasništva na sredstvima za proizvodnju. O tomu, Maštruko, I., Klasni mir katoličanstva, Split, 1981.

⁵⁹ Skok, D., Ljudska prava. Osnovni međunarodni dokumenti, Školske novine, 1991; Temelji moderne demokracije. Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215–1989), IRO Nova knjiga, Beograd, 1989; Buergenthal, T., Međunarodna ljudska prava (preveo Miomir Matulović), Helsinški odbor za ljudska prava, Zagreb i Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest, Zagreb, 1997.

nja kapitala, jer je najveća društvena sila našega doba – kapital; taj novi Levijatan koji prisvaja sve dostupne prirodne izvore i rezultate iznajmljenog rada. Kapital može opstati samo ako se umnožava, a može se umnožavati samo ako osvaja prirodu i podčinjava čovjeka pretvarajući ga u svoju funkciju i svoje sredstvo, u »roba« koji proizvodi i troši, da bi se proizvodilo radi profita, a ne primarno radi zadovoljavanja autentičnih ljudskih potreba – fizioloških i duhovnih.⁶⁰

Kružni tok kapitala⁶¹, zahvaljujući sve bržem napredovanju novih tehnologija, ubrzava se pod cijenu ugrožavanja kružnog toka prirodne razmjene materije, jer se kapital samo tako može oplodavati i u tržišnoj utakmici održati. Proizvodnja, razmjena i potrošnja omogućavaju oplodavanje kapitala, stvaranje profita, međutim, samo do granica održivog razvoja koje su u praksi pod pritiskom kapitala vrlo rastezljive, ali se prirodne granice koje su vrlo određene ne mogu prekoraciiti bez pogubnih posljedica za sadašnja i buduća pokoljenja. Ekonomija profita koja vodi rat protiv prirode i protiv autentičnih interesa čovjeka, posredno ili neposredno, nema budućnosti. Takva ekonomija ugrožava opstanak čitavog čovječanstva, civilizacije, pa čak i biološki opstanak čovjeka i drugih živih bića (flore i faune) na Zemlji.⁶² Sve koncepcije održivog razvoja imaju u vidu kontradikciju koja je posljedica neograničenog razvoja: sve brže prisvajanje prirodnih dobara zahvaljujući tehnološkom napretku s jedne strane i s druge, ograničenosti prirodnih izvora na kopnu i u vodi, u podzemlju i podmorju, u cijeloj biosferi i krhke ravnoteže prirodnih sila u čitavoj ekosferi.⁶³ Svi dosadašnji pokušaji ogra-

⁶⁰ »Tržište ima jedan i samo jedini motiv – stvaranje profita. Zato ono nema interes niti mogućnost bavljenja društvenim problemima« (Drucker, P., Upravljanje u budućem društvu (prijevod s engleskog Mira Armour), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006, str. 113). Drucker, Peter jedan od najvećih pobornika kapitalizma, »otac menadžmenta«, davno prije kraja svoga dugog životnog vijeka došao do spoznaje da je jedina svrha kapitala stvaranje profita, vidjevši izlaz za čovjeka u institucijama civilnog društva. Sam je proveo velik dio svoga vremena »tijekom posljednjih pedeset godina... kao konzultant neprofitnih organizacija«. Rođen u Austriji 1909, umro 2005. u Americi. Vjerujući u »novu ekonomiju« za vrijeme Velike depresije (1929) imigrirao je u SAD gdje se uključio u znanstveni rad u kome je ostavio dubok trag zadnjih pedeset godina u ekonomskoj znanosti.

⁶¹ Proizvodnje, razmjene i potrošnje (Marx, K., Kapital – Kritika političke ekonomije, preveli s njemačkog, M. Pijade i R. Čolaković, izdanje, Kultura, Zagreb, 1948. I. svezak, Knjiga I – Proces proizvodnje kapitala; Dragičević, A., Kritika političke ekonomije, izd »Zagreb«, poduzeće za grafičku djelatnost Samobor, Zagreb, 1990).

⁶² Kitanović, B., Planeta i civilizacija u opasnosti, IRO, Privredna štampa, Beograd, 1979; s prirodno-znanstvanog gledišta, produbljeno, Glavač, op. cit., Planet zemlja kao ekosustav. Ekosfera i čovjek. Utjecaj čovjeka na atmosferu, globalnu klimu. Utjecaj čovjeka na pedosferu, litosferu i biosferu. Trajni održivi razvoj. (str. 25–181).

⁶³ Na ovo su upozorili: Poruka iz Mentona 2200 učenjaka iz 23 zemlje, tadašnji Glavni tajnik Ujedinjenih naroda U Thant (New York 11. svibnja 1971), Deklaracija Dai Donga o okolišu (procitana na konferenciju UN u Stockholmu u lipnju 1972) i Deklaracija o ljudskom okolišu doni-

ničavanja izrabljivanja prirode i očuvanja prirodnog sustava (ekosistema) u granicama održivog razvoja na međunarodnom planu nailaze na velike i gotovo ne-savladive prepreke protagonista razvoja bez granica.⁶⁴ Visoko razvijena gospodarstva žele održati svoj primat, a ona u razvoju žele ih dostići i prestići. Zato npr. međunarodni Sporazum o ograničavanju štetnih imisija stakleničkih plinova koje utječu na klimatske promjene jednako opstruiraju i SAD, Kina i Indija i drugi veliki zagađivači.⁶⁵

jeta 5–16. lipnja 1972. na toj Konferenciji (dokumenti su objavljeni u knjizi: Supek, R., Ova jedina Zemlja – prilozi – treće dopunjeno izdanje, Globus, Zagreb, 1989) Teško se postiže suglasnost između velikog broja država koje sudjeluju u međunarodnim konferencijama o bitnim pitanjima zaštite okoliša, zaštite planete, čitave biosfere, na primjer o klimatskim promjenama, glede poduzimanja mjera za uklanjanje uzroka tih promjena (Galizzi, P., La terza Conferenza delle Parti della Convenzione sul' cambiamento climatico, Kyoto, 1/10. dicembre 1997, Rivista giuridica del ambiente, Giuffrè, Milano, Vol. 13, br. 3–4, 1998. Međunarodna Konferencija o klimatskim promjenama u Kyotu, kao i ona u Kopenhagenu (2009), završila se neuspjehom zbog toga što nije postignuta suglasnost o stupnju smanjenja imisija koje utječu na klimatske promjene (zatopljenje) na Zemlji.

⁶⁴ Na nužnost održivog razvoja prije skoro četrdeset godina upozorili su poznati znanstvenici u referatu za Rimski klub, I limiti dello sviluppo, rapporto del System Dynamics Group Massachusetts Institute of Technology (MIT) per il progetto del Club di Roma sui dilemmi dell'umanità, Edizioni scientifiche e tecniche, Mondadori, Milano, 1972. (Meadows, D. H., Meadows, D. L., Zahn, E., Milling, P., The Limits Growth. Universe Book, New York, 1972) Na ovaj referat se nadovezuje knjiga grupe autora, u redakciji Meadows, D. L. i Meadows, D.H., I limiti dello sviluppo verso un equilibrio globale, Mondadori, Milano, 1973, koja ističe da postoje prirodna ograničenja razvoja i nužde za uravnoteženi globalizam. Vidi sintetički prikaz kod Glavač, op. cit., str. 147–180. s ekološkog stajališta.

⁶⁵ Nakon dugih i neizvjesnih dogovaranja koji su trajali još deset godina od Konferencije u Kyotu (Japan), SAD i Kina potpisale su Deklaraciju o smanjenju imisija »stakleničkih plinova« na Konferenciji lidera azijsko – pacifičke regije u Sidneyu (Australija) 7/8. rujna 2007. Ova deklaracija je rezultat političkog kompromisa, a ne adekvatan odgovor na strašne posljedice neminovnih klimatskih promjena s kojima se suočava čitavo čovječanstvo. Nastavlja se pustošenje planete – jedine ljudske postojbine. Produljeni su razgovori o nastavku Protokola iz Kyota o smanjenju imisija »stakleničkih plinova« na ministarskom sastanku na otoku Baliu (Indonezija) u prosincu 2007, jer Protokol iz Kyota istječe 2012. godine. Razgovori o post – Kyotovskom razdoblju u prosincu 2008. na Konferenciji Ujedinjenih naroda u Poznanu (Poljska) ne ohrabruju jer se praktički ni jedna zemlja nije izjasnila u kojem postotku namjerava smanjiti imisiju stakleničkih plinova u razdoblju od 2012–2020. Sve se odlagalo za narednu Konferenciju u prosincu 2009. u Kopenhagenu kad se uzalud očekivalo sklapanje novog Sporazuma, koji će djelovati kad istekne rok sadašnjem Sporazumu koji inače polučuje vrlo skromne učinke. Zato je glavni tajnik UN, Ban Ki – moon upozorio sudionike Konferencije u Poznanu, iz oko 200 zemalja, kako »nam sat otkucava«, pa »ne smijemo dopustiti da ekonomska globalna kriza stane na put ekološkim ciljevima«. Globalna opasnost traži globalni odgovor »djelovati treba sada, jer buduće generacije računaju na nas i mi ih ne smijemo iznevjeriti«. Napokon je u »novom ozračju« nakon izbora Obame za predsjednika SAD-a, Zastupnički dom Kongresa »tjiesnom većinom« 26.6.2009. izglasao Zakon po komu bi se imisija stakleničkih plinova trebala smanjit za 17% do 2020, odnosno za 83% do 2050, ali se još čeka odluka Senata, prenosi HINA, Glas Istre od 28.6.2009, str. 11. Ali su Kina i Indija na samitu G8 u

Ljudsko pravo na život u dostojanstvu ostaje puka deklaracija. Povećava se broj stanovnika na Planetu koji nemaju najelegantnije uvjete za život. Milijuni ljudskih bića umiru od gladi, žeđi i bolesti (epidemija) ili su žrtve lokalnih ratova iz kojih na razne načine izvlači korist kapital, domaći i/ili strani, ili ovi bijedni ljudi stradaju u migracijskim kolonama u bogate zemlje u potrazi za »srećom« gdje ih čeka tegoban život, pun neizvjesnosti ili ekstradicija u domovinu iz koje su pobjegli, ali nemaju druge alternative u bijegu od paklenog života u svojoj zemlji.

Nepokretna dobra kao objekt prostornog planiranja

Općenito. – Izgradnja i proširenje gradova i naselja u dosada nezamislivim razmjerima širom svijeta obilježje je našega vremena. Urbanizacija, javna i gospodarska infrastruktura (javne prometnice itd; industrijske zone, proizvodni pogoni, trgovački centri i sl.) »gutaju« milijune hektara plodnog zemljišta i šuma.

Uporaba prava vlasništva na građevinskom zemljištu ograničena je prostornim (urbanističkim) planovima na javnom interesu. Stoga su pravila prostornog planiranja *ius cogens*. Svako pravno raspolaganje i uporaba zemljišta protiv tih pravila u načelu je nedopušteno i pravno ništavo.

Iako je urbanističko planiranje vezano za izgradnju gradova pa ima dugi povijesni razvoj,⁶⁶ moderno prostorno planiranje i zoniranje gradskog odnosno urbaniziranog zemljišta primjenjuje se tek od posljednjih desetljeća 19. stoljeća u uvjetima do tada nezamislivog rasta i razvoja gradova tijekom 20. stoljeća i u prvom desetljeću 21. stoljeća.⁶⁷

Aquili (Italija) 9. srpnja 2009. odbacile zahtjev da prepolove emisiju stakleničkih plinova do 2050. godine, izvješćuje Reuters (prenosi Novi list od 10. srpnja 2009. godine). Nakon što je Konferencija Ujedinjenih naroda o klimatskim promjenama, u Kopenhagenu krajem 2009. završila neuspjehom, gaje se suzdržana očekivanja u narednu Konferenciju u Meksiku krajem 2010. godine ili onu iza nje.

⁶⁶ Građevni red poznavalo je i rimsko pravo (Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1954, Tom I., str. 171). Poznavali su ga i statuti srednjovjekovnih jadranskih gradova (npr. Dubrovnika, Korčule, Kotora, Budve). Vidi petu knjigu Statuta Dubrovnika iz 1272. (Informativni pregled Savjeta za čovjekovu sredinu i prostorno uređenje SIV-a, Beograd, 4/1978, cit. iz Krstić, B. i Pejović, D., Zakonodavstvo urbanizma, arhitekture, baštine, prostornog uređenja, čovjekove sredine, Naučna knjiga, Beograd, 1987). Vidi povijesni prikaz propisa javnog građevinskog prava na području Republike Hrvatske od najranijih vremena do 2003. – Krtalić, V., Sustavi planiranja i korištenja zemljišta, Informatior d.o.o., Zagreb, 2004, str. 31–106.

⁶⁷ Šire o suvremenom prostornom planiranju kod nas: Marinović Uzelac, A., Teorija namjene površine, Tehnička knjiga Zagreb, 1989; isti: Urbanizam u demokraciji, Zakonitost, god. 46,

Prostorno planiranje i održivi razvoj. – Suvremeno prostorno planiranje treba da bude u funkciji održivog razvoja – zaštite okoliša. Tehnološka dostignuća proširila su granice ljudskog djelovanja i njegovih učinaka na čitavu ekosferu: biosferu (atmosfera, litosferu i hidrosferu). Bezobzimo iskorištavanje prostora i drugih prirodnih izvora u trci za profitom, kao što je rečeno, može dovesti do poremećaja ravnoteže prirodnih sila u biosferi, s nesagledivim posljedicama koje mogu ugroziti i sam opstanak čovječanstva, za što ima sve više dokaza, npr. klimatske promjene, »kidanje« ozonskog omotača oko Zemlje i njihovi učinci na sva živa bića (floru i faunu) na Globusu⁶⁸. Na ovo je upozorila prije trideset i osam godina Deklaracija o ljudskom okolišu Konferencije Ujedinjenih naroda, Stockholm, 5–16. lipnja 1972.⁶⁹ Njen je sastavni dio Deklaracija o načelima poručuje:

Prirodni izvori zemlje, uključujući zrak, vodu, tlo, floru i faunu, i naročito reprezentativne uzorke ekosistema, moraju biti sačuvani za dobrobit sadašnjih i budućih generacija pomoću brižljivog planiranja ili gospodarenja (Načelo 2).

Potrebno je primijeniti planiranje u ljudskim naseljima i urbanizaciji s ciljem izbjegavanja negativnih učinaka na okolinu i dobivanja maksimalne socijalne, ekonomske i ekološke koristi za sve. U tom vidu nužno je napustiti sve projekte koji su zamišljeni za kolonijalnu ili rasističku dominaciju (Načelo 15).

Polazeći od predviđanja da će do 2000. polovica svjetskog stanovništva živjeti u gradovima, Druga konferencija Ujedinjenih naroda o okolišu i razvoju (UNCED), pod nazivom Skup o Zemlji (Rio de Janeiro, lipanj 1992.), u Programu za promjenu (Agenda 21) ističe: »Taj trend valja zaustaviti i poticati razvoj gradova srednje veličine koji nude mogućnost zapošljavanja i stanovanja, sprečavajući ujedno širenje gradova na obradive površine, valja poticati malo poduzetništvo, urbanu obnovu s nevladinim organizacijama te poboljšavanje uvjeta života na selu.«^{70,71} Nažalost, taj trend se ne zaustavlja ni krajem prvog desetljeća 21. stoljeća, niti ima izgleda da će se uskoro zaustaviti u globalnim razmjerima.

br. 5, 1992; s gledišta kulturne antropologije, Supek, R., Grad po mjeri čovjeka, Naprijed, Zagreb, 1987.

⁶⁸ Glavač, op. cit., str. 73–93.

⁶⁹ U prijevodu na hrvatski jezik tiskana u knjizi: Supek, R., Ova jedina zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973.

⁷⁰ U prijevodu na hrvatski objavljeno u: Informator, god. XLII, br. 4216–4217, 1994, Zagreb, 3, 6, i 8. kolovoza 1994.

⁷¹ Vidi: Pepe, V., L'UNESCO e il Programma MAB: riserve della biosfera per lo sviluppo sostenibile, Rivista giuridica dell' ambiente, Giuffrè, vol. 14, br. 5, 1999. koji se oslanja na Konferenciju u Stockholmu (1972) i na Konferenciju u Rio de Janeiru (1992).

Graditeljske i druge čovjekove djelatnosti na površini ili ispod površine zemlje, na vodenim površinama, na dnu i ispod dna rijeka, jezera, mora i oceana, a pogotovo iznad površine Zemlje u atmosferi i izvan atmosfere, davno su prekorlačile granice ljudskih naselja, granice država, širih regija i čitavih kontinenata. Najudaljenija područja našeg planeta povezana su gustom mrežom kopnenih, vodenih i zračnih putova, poštanskim i telegrafskim, elektroničkim i drugim sredstvima komunikacije: morskim, riječnim i zračnim lukama. Energija i energetske sirovine prenose se gigantskim vodovima tisućama kilometara od izvora do potrošača. Mreža telekomunikacija⁷² i interneta prostire se širom zemaljske kugle i njene orbite. Umjetni sateliti preko pedeset godina kruže oko Zemlje. Njihov broj se stalno povećava. Zadnjih desetljeća intenzivno se istražuju bliži dijelovi svemira (sunčevog sustava)⁷³. Zbog toga ni prostor koji je u dohvat ljudskih djelatnosti nije više samo nacionalno dobro, već su ekosfera – dijelovi atmosfere, pedosfere, litosfere, hidrosfere i kriosfere⁷⁴, a posebno biosfera kao cjelina, kao i najbliži dijelovi svemira, postali dobrom čovječanstva objekt međunarodnog prava. Ubrzo nakon prve ljudske posade na Mjesec, upućena je prva sonda na Mars, a prije toga na Veneru.⁷⁵

*Općenito o nepokretnim dobrima kao objektima
unutarnjeg javnog prava*

Prostor nepokretnih dobara unutarnjeg javnog prava mnogo je širi od prostora koje zauzimaju nekretnine kao objekti građanskog (stvarnog) prava: obuhvaća sve kopnene i vodene površine koji se nalaze u državnim granicama, otoke, rijeke i jezera, morske pojaseve obalnih država, sva opća i u pretežnom dijelu javna dobra.⁷⁶

⁷² Za nepunu godinu dana položen je optički kabel preko Pacifika od Pekinga do obala SAD-a dug 18000 km (»Trans – Pacific – Express«). Prenosi Hina/AFP iz China Daily od 23. listopada 2007. u vrijeme kad je započelo polaganje toga golemog voda.

⁷³ McNab, D., Younger, J., *Planeti* (preveli s engleskog Rugjer, J. i Roša, D.), nakladnik Golden marketing, Zagreb, 1996.

⁷⁴ Glavač, op. cit., str. 33. i dalje.

⁷⁵ Vidi kronološki pregled Mc Nab/Younger, *Planeti...* op. cit. str. 231–232.

⁷⁶ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08.

Zemljište, rijeke, jezera i teritorijalno more u granicama određene države (državnog teritorija) jesu objekti njenog suvereniteta. Poseban pravni položaj imaju međunarodne rijeke, kanali i jezera jer se na njima susreću ili čak isprepliću pravni režimi nacionalnog i međunarodnog (konvencijskog) prava⁷⁷.

Sa stanovišta pravnih sustava kontinentalne Europe, u koje se ubraja i hrvatski pravni sustav, sfera unutarnjeg prava na nekretninama dijeli se na dva ili tri pravna režima, tri kategorije objekata prava, a to su: opća dobra; javna dobra i privatna dobra.

U nekim pravnim sustavima postoje samo dvije kategorije objekata prava: javno i privatno dobro. Između ove dualističke i trijalističke podjele ne postoje bitne razlike, u praktičnom smislu.

Granice između kruga tih dobara mijenjale su se ovisno od pravnih sustava i pravnih režima i koncepcija društvenog i gospodarskog uređenja prava na nekretninama, na štetu ili u korist širenja javnog ili privatnog dobra (privatnog vlasništva). Postoje značajne razlike u tom pogledu u historijskom i u suvremenom usporednom pravu (koje je prihvatilo trijalističku podjelu).⁷⁸

*Posebno o nepokretnim dobrima kao objektima
unutarnjeg prava Republike Hrvatske*

Općenito. – Svi dijelovi zemljišta (zemljišne čestice) su objekti javnog ili privatnog prava u vlasništvu privatnih ili javnih osoba (čl. 35. ZV-a). Neki od njih su isključivo u sferi javnog prava i na njima nitko ne može imati pravo vlasništva niti bilo koje drugo stvarno pravo. To su opća dobra (npr. pomorsko dobro). Na druge pretežno djeluje javno pravo i na njih po pravilu nitko ne može imati pravo privatnog vlasništva ili drugo stvarno pravo, ali se na njima iznimno mogu osnivati stvarne služnosti. To su javna dobra u općoj uporabi. Hrvatsko

⁷⁷ Vidi npr. Konvenciju o režimu plovidbe na Dunavu (usvojena 1948. g. u Beogradu) ili Konvenciju iz Mannheima (1868), dopunjenu (1919) i Konvenciju iz Strassbourga (1963) za plovidbu na Rajni, gdje ne postoji potpuna sloboda plovidbe za brodove nepribrežnih država ili režim plovidbe u kanalu Rajna – Dunav pod njemačkim suverenitetom, gdje se primjenjuju pravila plovidbe Europske unije (Degan, Međunarodno pravo, §64).

⁷⁸ Vidi npr. Gambaro, A., *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990., p.p.14–21; Grossi, P., *Il dominio e le cose – percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992, p.p. 704–712; Rota, A., *Beni demaniali dopo le riforme*, CEDAM, Padova, 2007.

pravo razlikuje javna dobra u općoj i javna dobra u javnoj uporabi.⁷⁹ Po ZV-u⁸⁰ jedna i druga dobra su u vlasništvu Republike Hrvatske ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (javno vlasništvo)⁸¹.

Javna dobra u općoj uporabi namijenjena su za uporabu svih pod jednakim uvjetima i na način koji je radi ostvarenja njihove namjene odredilo nadležno tijelo ili ustanova kojoj su data na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Ako nije što posebno određeno zakonom, na ta dobra se »na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra« (čl. 35. st. 4. ZV-a). Javna dobra u javnoj uporabi namijenjena su neposrednim izvršavanjem prava i dužnosti (nadležnosti) Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (kao na primjer zgrade ili posebni dijelovi zgrada namijenjene za rad državnih tijela zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti). U skladu s njihovom namjenom rabe ih ona tijela i ustanove kojima ih je dalo na upravljanje tijelo nadležno za određivanje namjene ako ih to tijelo nije zadržalo u svojoj neposrednoj uporabi (čl. 35. st. 5.). Prema tomu, namjenom je ograničeno pravo uporabe tijela i ustanova kojima su dana na korištenje radi izvršenja njihovih prava i dužnosti (nadležnosti), pa ih ne mogu »rabitik« za druge svrhe, a još manje njihovim pravima raspolagati.

Prema Zakonu o vlasništvu: »Na pravo vlasništva jedinica lokalne i regionalne samouprave na odgovarajući će se način primjenjivati pravila o vlasništvu Republike Hrvatske, ako nije što drugo određeno zakonom, niti proizlazi iz naravi tih osoba. Isto vrijedi i za pravo vlasništva ustanova, te s njima izjednačenih pravnih osoba.« (čl. 35. st. 8).

Opća i javna dobra u općoj uporabi mogu biti predmet koncesije radi gospodarskog iskorištavanja (ili za druge namjene) ako se to ne protivi njihovoj prirodi, općoj namjeni ili zakonskoj odredbi.⁸² U granicama koncesije koncesionar

⁷⁹ Vidi: čl. 35. st. 4. i 5. ZV-a. Nerazlikovanje općeg i javnog dobra izaziva nepremostive kontroverze u znanosti i praksi (Sambailo, B., Javno dobro u teoriji i praksi, Mjesečnik, god. LXIX, br. 6, 7 i 8, 1943). Šire o općim dobrima, javnim dobrima i dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku, Gavella, N., u: Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, NN d.d. Zagreb, 2007, svezak I, str. 135–142. O javnim dobrima s gledišta javnog prava, Jelčić, B., Javne financije, RRiF, Zagreb, 2001, str. 371–390; šire o javnom dobru u okviru općenarodne imovine/društvenog vlasništva, Krbek, I., Upravno pravo FNRJ, III. knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1958. – Upravno pravo s obzirom na stvari (dobra), str. 5–82. Moguća je i podjela po kriteriju prometnosti: Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, izmj. i dop. izd., Narodne novine, Zagreb 2006, str. 74–75.

⁸⁰ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.

⁸¹ Čl. 35. st. 4, 5. i 8. ZV-a.

⁸² Đerđa, D., Upravnopravni aspekti koncesija, doktorska disertacija, obranjena na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu, Split, 2005; Grabovac, I., Koncesija (odobrenje) za istraživanje i

ima pravo prisvajati prirodna svojstva objekta koncesije. To je pravo konkretizirano i ograničeno ugovorom o koncesiji, u skladu s koncesijom. Koncesija razdvaja trajnu zgradu od zemljišta (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). Stoga koncesionar može pravno raspolagati zgradom na primjer opterećivati hipotekom ili je otuđiti s koncesijom, ako to nije suprotno svrsi koncesije ili ako nije što drugo ugovoreno između koncesionara i koncedenta. U načelu, međutim, koncedent može prenijeti koncesiju samo na osobu koja ispunjava uvjete za stjecanje koncesije, što predstavlja veliko ograničenje u pravnom prometu, osobito u hipotekarnom zalaganju.

Sva tri dobra, odnosno njihovi dijelovi sa stanovišta hrvatskog prava u većoj ili manjoj mjeri obuhvaćena su širim krugom dobara od interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njezinu osobitu zaštitu. U taj krug ulaze u velikoj mjeri i nekretnine u privatnom vlasništvu. Ustav Republike Hrvatske propisuje: «More, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu.» (čl. 52. st. 1). U tom krugu nalaze se i otoci kao prirodne cjeline iako su većim dijelom isparcelirani kao objekti privatnog vlasništva i javnog prava, a obrubljeni uskim pojasevima pomorskog dobra (općeg dobra). Isto vrijedi za sva zemljišta, u značajnoj mjeri za poljoprivredno zemljište, osobito na ono koje je bilo u društvenom vlasništvu, a sada je u vlasništvu Republike Hrvatske; u istoj mjeri ova se odnosi i na šume i šumska zemljišta koja su pretežno u državnom vlasništvu. Veliki dio nekretnina od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja je u vlasništvu osoba privatnog prava. »Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti« (čl. 52. st. 2). Širok je krug nekretnina u privatnom vlasništvu na kojima država može propisivati način uporabe i iskorištavanja osobito zbog zaštite okoliša i gospodarskog iskorištavanja u općem interesu⁸³. Ova zakonska ograničenja u skladu su sa suvremenim ustavnim načelom: "Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su doprinositi općem dobru" i načelom socijalne pravde (čl. 48.

iskorištavanje mineralnih sirovina, poglavito nafte i plina na morskom dnu i morskom podzemlju Republike Hrvatske, te temelj odgovornosti za štetu od takvih radova, u: »Pomorsko dobro«, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1996, str. 53–64. U poredbenom pravu, Pound, R., *Jurisprudencija*, Knj. 3., (preveo Đurica Krstić), NIU Sl. list SRJ, Beograd – CID Podgorica 2000, str. 77–82. U sustavu društvenog vlasništva, Krbek, I., *Upravno pravo s obzirom na stvari (dobra)*, Savremena administracija, Beograd, 1958, str. 5–82.

⁸³ Gavella et alt., op. cit., str. 141–143, i 416.

st. 2. i 3. Ustava Republike Hrvatske)⁸⁴. Posebna zakonska ograničenja prava vlasništva na određenim nekretninama propisuju se radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (čl. 50. st. 2. Ustava Republike Hrvatske)⁸⁵. Najveća su zakonska ograničenja prava vlasništva na građevinskom zemljištu na kome se prostornim planom (detaljni urbanistički planovi) u tančine oblikuje urbani prostor, određuje namjena i način korištenja zemljišta.

Opće dobro. – Promatrajući opće dobro sa stanovišta privatnog vlasništva ono je svačije i ničije. Svi ga imaju pravo uživati, pod jednakim zakonskim pretpostavkama, a nitko ga ne može prisvajati kao svoje, tj. kao objekt svoga isključivog prava. U širem smislu opće dobro je zajedničko dobro uže ili šire zajednica ili čitavog čovječanstva (dobro čovječanstva, supra), ovisno o njegovoj prirodi i značaju za čovjeka.

Dakle, na općem dobru nitko ne može imati pravo vlasništva ni drugo stvarno pravo, bilo zbog toga što po prirodi kao cjelina pripada svima, nikome isključivo, jer je uvjet života čovjeka i cjelokupne žive prirode (flore i faune), npr. atmosferski zrak, sunčeva energija, kao cjelina, voda u prirodnom ležištu na površini ili ispod površine zemlje, u rijekama, jezerima, moru i oceanima, bez kojih ne može opstati ni jedno živo biće ili zato što je zakonom isključeno iz pravnog prometa (npr. pomorsko dobro na uskom, zakonom određenom, obalnom pojasu)⁸⁶. ZV propisuje: »Nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i

⁸⁴ Gavella et alt. op. cit., str. 405–407; Stojanović, d. D., Privatna svojina i koncept socijalne pravde, Pravni život br. 5–6, 2000, str. 105–116; Rols, Dž, Teorija pravde (prijevod na srpski M. Ivovović), izd. Sl. list SRJ, Beograd – CID Podgorica, 1998. Rols je preliminarno formuliirao dva principa pravde da bi »korak po korak« u svojoj teoriji došao do konačnog iskaza, a to su: »Prvo: svaka osoba treba da ima jednako pravo na najširu shemu jednakih osnovnih sloboda, koja je spojiva sa sličnom shemom sloboda za druge. Drugo: društvene i ekonomske nejednakosti treba da budu uređene tako da je istovremeno: (a) razumno očekivati da budu svakome od koristi, i (b) da su povezane sa položajima i službama koje su otvorene za sve« (str. 70). U konačnom iskazu autor kaže, »društvene i ekonomske nejednakosti treba urediti tako, da one: (a) najmanje povlaštenima u društvu pruže najbolje izgleda kao i da (b) službe i položaji budu svima prema fer jednakim šansama dostupne«.

⁸⁵ Gavella et alt., op. cit., str. 403–416.

⁸⁶ Vidi Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, NN, 158/03. i 100/04. O pomorskom dobru u hrvatskoj pravnoj literaturi, Filipović, V., Stvarna prava na pomorskom dobru, zbornik Pomorsko dobro, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1996; Bolanča, D., Pomorsko dobro (odabrane teme), Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1999; isti: Problemi stvarnih prava na pomorskom dobru, Pravo u gospodarstvu, vol. 35, 1996, str. 834; Hlača, V., Morske luke u režimu pomorskog dobra i koncesije, Pomorsko dobro i koncesije, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1995, str. 43–59. Šire o pomorskom dobru kao objektu javnog prava u talijanskom pravnom sustavu, Corbino, M. L., Il demanio marittimo, Giuffrè, Milano, 1990, p.p. 17–51.

drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su to atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala (opća dobra)« (čl. 3. st. 2).

Atmosferski zrak kao cjelina ne može biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava jer je njegov volumen po ljudskim mjerilima, pogotovo sa staništva pravnog prometa neograničen, a objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava su uvijek prostorno ograničeni i na taj način individualizirani. Osim toga, atmosferskog zraka ima u izobilju za sve ljude, za sva živa bića, pa već zbog toga ne može biti objekt prava vlasništva ili drugog stvarnog prava. S druge strane atmosferski zrak kao uvjet života na Zemlji po prirodnom pravu pripada svima. Otuda je i moralna obveza svih da ga štite i neoštećenog ostave potomstvu. Isto vrijedi za vode na Zemlji⁸⁷, za cjelokupnu floru i faunu kao i za ostale dijelove prirode, jer su svi dijelovi prirode u međusobnoj ovisnosti i ravnoteži koja se ne može bitno poremetiti bez pogubnih posljedica za život na Zemlji.

Općim dobrom, o njegovom korištenju i zaštiti, na kopnu, na vodi i u zraku, u granicama svog suvereniteta skrbi država, njena ovlaštena tijela, ovlaštene specijalizirane ustanove i druge pravne osobe, a u granicama svoje nadležnosti i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

U načelu svi (nitko isključivo) imaju pravo koristiti se općim dobrom pod uvjetima koje određuje zakon (npr. pomorsko dobro) ili priroda (npr. atmosferski zrak), a nitko ga ne smije ugrožavati ili oštećivati.⁸⁸

Zakonom se mogu propisati pretpostavke po kojima ovlaštena osoba smije koristiti svoja prava koja su bliže precizirana u koncesiji odnosno ugovoru o zakupu.

Ako se ne protivi namjeni općeg dobra nadležna tijela i ustanove ili druge ovlaštene javnopravne osobe mogu dopustiti zainteresiranim osobama korištenje općeg dobra za određene namjene uz odgovarajuću novčanu naknadu koja je u načelu namijenjena za zaštitu i održavanje općeg dobra i druge javne potrebe određene zakonom. Na odvojenim dijelovima općeg dobra može se uspostaviti pravo vlasništva (npr. na komprimiranom zraku, solarnoj energiji, zahvaćenoj vodi itd.) bilo da se ti dijelovi smiju po zakonu prisvajati bez ili uz odobrenje (koncesiju) nadležne vlasti.

Na općem dobru moguće je imati i koncesiju koja odvaja postojeću ili na temelju koncesije izgrađenu zgradu ili drugu građevinu u vlasništvu koncesiona-

⁸⁷ Vidi Voda na Zemlji, u: Zemljopisni atlas, Mladinska knjiga, Ljubljana, 1985.

⁸⁸ Jug, J., Pravni status općih dobara, u: Nekretnine u pravnomo prometu, VII. Savjetovanje, Zagreb, 2004.

ra dok traje koncesija (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV-a).⁸⁹ Ova koncesija jednako kao i pravo građenja odvaja zgradu od zemljišta, ali za razliku od prava građenja ne preuzima ulogu zemljišta pa zgrada nije njen sastavni dio. Po jednom drugom mišljenju zgrade koje odvaja koncesija od općeg dobra »kao da nisu izgrađene na općem dobru, nego na koncesiji«⁹⁰. Time se koncesija izjednačava s pravom građenja, ograničenim stvarnim pravom na nečijem zemljištu, koje je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom, pa je zgrada koja je na njemu izgrađena »njegova pripadnost, kao da je ono zemljište« (čl. 280. st. 2. i 3. ZV-a). Čini se da koncesija samo poništava atrakcijsku pravnu snagu zemljišta, ali ne preuzima ulogu zemljišta, kao pravo građenja jer joj zakon ne daje to svojstvo, niti ono proizlazi iz njene prirode. Koncesija ne kreira stvarno pravo na svome objektu (zemljištu) i zato se može dati na općem dobru. Stoga se pravni učinak ove koncesije, a ne i sama koncesija može usporediti s talijanskim superficijarnim pravom koje se iscrpljuje pravnim razdvajanjem zemljišta i zgrade ovlašćujući njegova nositelja da drži vlastitu zgradu na tuđem zemljištu (*diritto di mantenere la costruzione sul suolo altrui*)⁹¹. Postoji, međutim, jedna bitna razlika. Talijansko superficijarno pravo je stvarno pravo na zemljištu u privatnom ili javnom vlasništvu (čl. 52. Codice civile), u pravnom prometu, pa se može hipotekarno založiti (art. 2816. Codice civile)^{92,93} a naša koncesija po prirodi je ograničena u prometu, pa je ograničena i mogućnost hipotekarnog zalaganja s obzirom na ograničenje realizacije hipoteke u ovršnom postupku. Štoviše, ni koncesionaru na općem dobru se ne može konstituirati stvarno pravo, poput prava građenja, prava stvarne služnosti ili bilo kojeg drugog stvarnog prava.

Koncesija se ostvaruje neutralizacijom pravne atrakcije zemljišta, pa je zgrada pravno odvojena od zemljišta (općeg dobra) dok koncesija traje, a nakon toga postaje sastavni dio općeg dobra (*superficies solo cedit*). Prema tome ova koncesija ovlašćuje svoga titulara da ima vlastitu zgradu na općem dobru bilo da

⁸⁹ Lukačević-Subotuč, Ž., Uredjenje instituta koncesije na pojedinim javnim dobrima u zakonodavstvu Republike Hrvatske, s posebnim osvrtom na poljoprivredna zemljišta u vlasništvu države, Hrvatska pravna revija, br. 3, 2003; Josipović, T., Posebna pravna uređenja koncesija na nekretninama, Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, 2004; Đerđa, D., Neka stvarnopravna pitanja koncesija, u: Nekretnina u pravnom prometu – Aktualna pitanja zakonodavstva i pravne prakse, Inženjerski biro d.d. Zagreb, 2008.

⁹⁰ Gavella et alterum, op., cit. str. 140; Bajt, J., Stjecanje vlasništva na komunalnoj i drugoj infrastrukturi izgrađenoj na cestovnom zemljištu, Informator, br. 5411 i 5414 (2006. godina).

⁹¹ Vidi: Salis, L., La superficie, UTET, Torino, 1958. pag. 7; Barca, A., Marvasi, C., La superficie, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 277–319; Messineo, F., Manuale di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, 1965., vol. sec., p.p. 468–475.

⁹² Codice civile predviđa mogućnost hipotekarnog zalaganja i koncesije kao i emfiteutskog prava. Ipoteca sul diritto del concedente e sul diritto dell'emfiteuta (art. 2815).

⁹³ Rubino, D., L'ipoteca immobiliare e mobiliare, Giuffrè, Milano, 1957, str. 141.

ta zgrada postoji u trenutku početka djelovanja koncesije bilo da je izgrađena na temelju koncesije.

Javno dobro. – Javno dobro, u načelu, može biti objekt prava vlasništva Republike Hrvatske (čl. 35. st. 4 i 5. ZV-a) ili jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ustanova i s njima izjednačenih pravnih osoba (čl. 35. st. 8. ZV-a). Prostorno određena, nekretnina je javno dobro po namjeni, a ne po prirodi, kao što je atmosferski zrak po prirodi opće dobro.

Razlikuje se javno dobro u općoj uporabi od javnog dobra u javnoj uporabi. U korist nekretnina koje su javna dobra mogu postojati stvarne služnosti »ako se tome ne protivi njihova pravna narav« (čl. 186. st. 3. ZV-a).

Javno dobro u općoj uporabi. – Načelno, javno dobro u općoj uporabi (nekretnine) je namijenjeno za uporabu svih pod jednakim uvjetima. Namjena tih stvari je određena zakonom ili odlukom nadležnog tijela. Svatko ima pravo se njima služiti na način koji je radi ostvarenja njihove namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene koje njima neposredno upravlja (čl. 35. st. 4 i 8. ZV-a).

Vlasnička ovlaštenja na javnom dobru u općoj uporabi po pravilu su isključena. ZV propisuje : »ako nije što posebno propisano zakonom, na javnom dobru u općoj uporabi na odgovarajući se način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra« (čl. 35. st. 4).

Ovo elastično pravilo, »ako nije što posebno propisano zakonom...«nagovještuje da se zakonom može i drukčije odrediti, npr. da se na tom dobru iznimno može dopustiti konstituiranje nekog ograničenog stvarnog prava (najčešće stvarne služnosti), ako ne ograničava ili ometa uporabu prema namjeni dobra. Dopuštanje osnivanja takvog prava nije u nadležnosti izvršne vlasti već zakonodavca, a osniva se na temelju odluke nadležnog tijela u skladu sa zakonom. Što je naprijed navedeno za koncesije na općem dobru, vrijedi na odgovarajući način i za koncesije na javnom dobru u općoj uporabi, ako nije što drugo propisano zakonom (čl. 35. st. 4).

Javno dobro u javnoj uporabi. – Stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova spadaju u kategoriju: javno dobro u javnoj uporabi⁹⁴. Ove stvari »rabe u skladu s tom namjenom ona tijela i ustanove kojima ih je dalo na upravljanje tijelo nadležno za određivanje namjene« ako ih to tijelo nije zadržalo u svojoj »neposrednoj uporabi« (čl. 35. st. 5. ZV-a), točnije u uporabi odgovarajuće pravne osobe javnog prava, jer tijela u načelu nemaju svojstvo

⁹⁴ Šire o tomu: Josipović, T., Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava, ZPFR, vol. 22. br. 1. (2001). Za ovu kategoriju stvari Krbeč rabi sintagmu »upravno dobro« (Krbeč, I., Upravno pravo FNRJ, III. knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1958, str. 5–82).

pravne osobe pa ne mogu biti nositelji subjektivnih prava. Uporaba izvan okvira legalno određene namjene u načelu je nedopuštena. Ovo pravilo na odgovarajući način vrijedi i za pravo vlasništva jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ako nije što drugo određeno zakonom niti što drugo »proizlazi iz naravi tih osoba«. »Isto vrijedi i za pravo vlasništva ustanova te s njima izjednačenih pravnih osoba« (čl. 35. st. 8. ZV-a). Širina vlasničkih ovlaštenja na tim dobrima ovisi od njihove namjene, odnosno pravnog režima kojem su podvrgnute.

Privatno dobro. – Privatno dobro obuhvata sve stvari na kojima je uspostavljeno ili se može uspostaviti pravo vlasništva i druga stvarna prava osoba privatnog i javnog prava.

Pravo vlasništva je Ustavom zajamčeno (čl. 48. st. 1. Ustava RH), a njegova zaštita uzdignuta u red zaštite temeljnih ljudskih prava kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3).⁹⁵

Odnos između privatnog općeg i javnog dobra kroz povijest privatnog vlasništva nije se mijenjao samo fizički (prostorno) na površini, u dubini i visini nego i pravno po širini ovlaštenja prava na stvari vlasnika i ovlaštenja prava upravljanja koja pripadaju javnoj vlasti i javnopravnim osobama. Ovlaštenja na privatnom dobru u Europi dosegla su svoj vrhunac u klasičnom rimskom pravu i u prvim kodifikacijama građanskog prava druge polovine XVIII. i početka XIX. stoljeća (doba liberalnog kapitalizma), posebno u francuskom Građanskom zakoniku (*Code civil*), koji je bio obrazac za mnoge građanske zakonike u Europi, Srednjoj i Južnoj Americi, u Luisiani (SAD) i Qubecu (Kanada) i nekim zemljama Azije i Afrike (frankofonsko područje). U suvremenim pravnim sustavima zakonom se sužavaju ovlaštenja prava vlasništva, osobito ovlaštenje uporabe zemljišta i šuma, različito građevinskog i poljoprivrednog zemljišta, itd.⁹⁶ Po Ustavu RH »Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru« (čl. 48. st. 2). Ustav je prema tome, dao široku pravnu osnovu zakonodavcu da uređuje način korištenja objekata prava vlasništva i drugih stvarnih prava za opće dobro.

Pravo vlasništva Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava. – Republika Hrvatska i druge osobe javnog prava koje su nositelji prava vlasništva (kao pravne osobe) imaju jednak položaj kao i privatni vlasnici ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 35. st. 1. ZV-a) npr. u pogledu stjecanja, raspolaganja i prestanka prava vlasništva. Ali ima i razlika, tako su radi zaštite prava vlasništva

⁹⁵ O jamstvu vlasništva kao temeljnom ljudskom pravu, Gavella et alt., op. cit., str. 353–369; Simonetti, P., Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske, ZPFR vol 31. br. 1. supplement (2010).

⁹⁶ Šire o zakonskim ograničenjima prava vlasništva: Klarić/Vedriš, op. cit., str. 232–243; Gavella et alt., op. cit., str. 403–419.

npr. propisani dvostruko dulji rokovi za stjecanje prava vlasništva dosjelošću (a to znači gubitka toga prava) na nekretninama u njihovom vlasništvu (čl. 159. st. 4. ZV-a). Ograničeno je pravo raspolaganja nekretninama jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, tržišnom cijenom i javnim natječajem (čl. 391. ZV-a) itd. Osobito je ograničeno raspolaganje (otuđenje, opterećenje) poljoprivrednog zemljišta u državnom vlasništvu⁹⁷, a još više na šumama i šumskom zemljištu u državnom vlasništvu (čl. 52. st. 1. ZŠ⁹⁸). Ove nekretnine se uopće ne mogu steći dosjelošću jer ono pravo što ga ne mogu steći svi pod općim uvjetima bez javnog natječaja i naknade po tržišnoj cijeni, ne može se ni dosjesti, ako to zakonom nije izričito dopušteno.⁹⁹ Sva ova ograničenja prava vlasništva države i drugih javnopravnih osoba, kao i privilegirana zaštita dvostruko dužim rokom za dosjeloštost itd., opravdavaju sintagmu javno vlasništvo za razliku od privatnog vlasništva koje pripada privatnim osobama. Treba, međutim, razlikovati javno vlasništvo na dobrima koja mogu biti objekt prava vlasništva (koja su načelno u pravnom prometu) od »vlasništva« na javnim dobrima koja ne mogu biti objekt privatnog vlasništva, pa su izvan pravnog prometa.

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. – Postoji široki krug dobara od interesa za Republiku Hrvatsku koja imaju »njezinu osobitu zaštitu«. Tim krugom obuhvaćena su kako opća i javna dobra, tako i dobra u privatnom i javnom vlasništvu (čl. 4. st. 1. ZV-a). Neposredno na temelju Ustava Republike Hrvatske u taj krug ulaze: more, morska obala, otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva (čl. 52. st. 1). Zakonom se može odrediti da su od interesa za Republiku Hrvatsku, te imaju njezinu osobitu zaštitu: zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja (čl. 52. st. 1. Ustava RH)¹⁰⁰.

Zakonom se uređuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku »mogu upotrebljavati i iskorištavati njihovi vlasnici i ovlaštenici drugih prava na njima«. Zakonom se određuje i naknada zbog tih ograničenja.¹⁰¹ Vlasnici i ovlaštenici drugih stvarnih prava na ovim dobrima po ZV-u, »smiju se služiti tim svojim stvarima u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištava-

⁹⁷ Čl. 26–76. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, 152/08. od 24. prosinca 2008.

⁹⁸ Vidi: Zakon o šumama NN 140/05, 80/06.

⁹⁹ Simonetti, P., Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanova dosjeloštosti ili uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu, ZPFR, Vol. 29. br. 1, str. 30.

¹⁰⁰ Ova generalna odredba (načelo) je kriterij (putokaz) za određivanje konkretne namjene stvari (nekretnine) koje spadaju u kategoriju javno pravo u javnoj uporabi. Jedna ograničenja vrijede npr. za uporabu vojnih objekata, druga za uporabu nekretnina najmijenjenih za rad organa uprave ili sudova.

¹⁰¹ Šire o dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku: Gavella et al., op. cit., str. 142–144.

nja tih stvari, a za ograničenja kojima su time podvrgnuti, pripada im pravo na naknadu određenu zakonom« (čl. 4. st. 2. ZV-a).

ZAKLJUČAK

Sva živa bića na Zemlji žive u skladu sa zakonima prirode, samo čovjek želi njome vladati. Opijen svojim tehnološkim dostignućima i zaslijepljen egoističnim interesima bez dugoročne vizije, čovjek se ponaša prema prirodi kao da je ona njegova tvorevina, a ne obrnuto kao njen stvor.

Iako nije tvorac prirode, već je njen neodvojivi dio, čovjek je pustoši i troši neobnovljiva prirodna bogatstva, pretpostavke za život na Zemlji, u biosferi, kao da su njegova potrošna roba koja se serijski proizvodi radi stjecanja dobiti. Ljudski proizvodi rezultat su prerade neobnovljivih sirovina djelovanjem prirodnih sila (energija) koje je čovjek stavio pod svoj nadzor. Prirodni izvori se brzo troše jer to nalaže zakon kapitala po kojemu se ostvaruje profit, to više što je kraći ciklus proizvodnje, razmjene i potrošnje. Otpad potrošenih proizvoda se uglavnom ne reciklira jer se ekonomski ne isplati. Tako se otpad stalno gomila u okolišu (u golemom prostoru koji ispunjavaju ljudske djelatnosti na Zemlji i u njenoj orbiti) i smanjuju neobnovljive sirovine na Zemlji. Stoga ljudsko djelovanje na Zemlji može dovesti do iscrpljenja bitnih prirodnih izvora (mineralnih sirovina, fosilnih goriva, pitke vode itd.) i do poremećaja prirodne ravnoteže što se već očituje u klimatskim promjenama i u kidanju ozonskog omotača. Nestašica pitke vode već ugrožava stotine milijuna ljudi, naročito u Aziji i Africi. Smanjuju se površine poljoprivrednog zemljišta, tradicionalnog resursa hrane. Šesnaest godina poslije potpisivanja Montrealskog sporazuma konstatira se da su na dopustivu mjeru smanjene emisije tvari koje razaraju ozon, ali i u slučaju da se ta granica ne prekorači, neka znanstvena istraživanja kažu da će proteći čitavo dvadeset i prvo stoljeće u obnovi ozonskog omotača. Ljudska naselja kao i gospodarske djelatnosti na Zemlji mogu se širiti do granica koje određuju (dopuštaju) prirodni izvori i stabilnost ravnoteže prirodnih sila našeg planeta.¹⁰² Očuvanje nacionalne i svjetske kulturne baštine za sadašnje i buduće generacije esencijalna je duhovna (kulturna) potreba čovjeka, njegovih užih i širih asocijacija svakog naroda, svih naroda zajedno – čovječanstva kao cjeline.

Postoje i unutarnja ograničenja koja proizlaze iz modernog ustavnog načela *»vlasništvo obvezuje«*. Ovo načelo je u Ustavu RH konkretizirano imperativom: *»Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru«* (čl. 48. st. 2).

¹⁰² Grul, H., *Jedna planeta je opljačkana*, Prosveta, Beograd, 1985; Roca, Z., *Demografsko ekonomski slom*, August Cesarec, Zagreb, 1987.

Sve veće tehnološke mogućnosti ljudskog djelovanja u prostoru, sve veća eksploatacija planeta, sve veći broj stanovnika na ovoj jedinoj Zemlji, nameću i sve veća zakonska ograničenja izrabljivanja nepokretnih dobara i njihove uporabe kao dobra čovječanstva i kao dobra unutarnjeg prava (javnog i privatnog) u općem interesu. Ovo je moralni imperativ našega vremena, da bi se očuvala priroda na Zemlji i omogućio svima život u dostojanstvu kako jamče dokumenti Ujedinjenih naroda, Europske unije, drugih regionalnih asocijacija i ustavi svih demokratskih država. Pri tomu se imaju u vidu i ograničenja uporabe i korištenja nekretnine za graditeljske, gospodarske i druge svrhe. Postupno pobjeđuje spoznaja da je suvremena urbanizacija u dubokom sukobu s »neograničenim« pravom vlasništva na zemljištu. Ovaj se sukob rješava oduzimanjem ili ograničenjem prava vlasništva u javnom interesu; izvlaštenjem ili djelomičnim izvlaštenjem uz naknadu tržišne vrijednosti kao i uspostavljanje posebnih pravnih režima na dobrima od javnog interesa: na poljoprivrednom zemljištu, šumama i šumskom zemljištu, nekretninama od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja radi njihove adekvatne uporabe (iskorištavanja) i zaštite. Komasa-cijom sitnih katastarskih čestica građevinskog zemljišta radi oblikovanja urbanis-tičkih cjelina i odgovarajućih građevinskih čestica (vanjska ograničenja) nužna je posljedica oblikovanja urbanog prostora.¹⁰³ U suvremenom svijetu, uporabu i ko-rištenje građevinskog zemljišta, posebno u gradovima, ograničavaju i usmjerava-ju prostorni planovi u javnom interesu¹⁰⁴ (unutrašnja ograničenja).

¹⁰³ U Republici Hrvatskoj je 1. listopada 2007. stupio na snagu Zakon o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07, koji uređuje ustanova urbane komasacije (čl. 137–176).

¹⁰⁴ Cacciavillani, I., *Urbanistica e regime della proprietà*, CEDAM, Padova, 1987, str. 97–111; Amorosino, S., *Beni ambientali, culturali e territoriali*, CEDAM, Padova, 1995; Corealle, G., *Urbanistica, iniziativa economica, proprietà privata e poteri dell' autorità*, CEDAM, Padova, 1984; Marotta, L., *I nuovi profili dell' espropriazione per pubblica utilità*, CEDAM, Padova, 1985, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di Michele Constantino, Giuffrè, Milano, 1995; Gambaro, A., *La proprietà* (Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Judica e Paolo Zatti) Giuffrè, Milano, 1990) str. 135–202; Mazzarelli, V., *Convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979.

PETAR SIMONETTI, LL.D.,
Professor Emeritus of Civil Law,
Rijeka, Croatia

WIDENING GEOGRAPHICAL BOUNDARIES OF LAW

Summary

The planet Earth and the nearest parts of the endless Universe are within the reach of human activities – harmful immisions which concern the national and the international law, on the sea and in the air. The goods of the humanity, open sea and the international zone beyond the epicontinental belt belong to all people and everybody's duty is to preserve them for future generations.

The legal sphere of the national goods is divided into two sub-spheres: in one of them the public law (common goods, public goods) is at work and in the other private (civil) law (private goods). These two spheres are divided also by borders in the underground and in the air space. Besides, the contemporary right of ownership is socially bound – its practicing is limited by the public law.

The notion of the unlimited state sovereignty regarding the height was overthrown by the Soviet sputnik and the same thing did the airplane regarding the notion of the right of ownership up to the stars (*usquae ad sidera*). The right of ownership on a ground reaches that height and the depth through the justified interest of the owner to use the surface and the lower layer within the limits set by the law. The exception is made of certain uninhabited islands and reefs in the oceans, so that the state borders were drawn between the common or public goods and the goods in private ownership.

The limits of sustainable development set by the nature are in practice determined by the capital. But if these limits overstepped, we are threatened by the danger of unimaginable consequences; certain regions have already been struck by changes of climate etc. So, radical measures must be taken to stop the negative trend for our planet. Probably the economic crisis of global economies will urge structural social changes which yet cannot be imagined. On the other hand, legal arrangements concerning the use of space reached by human influence beyond the frontiers of sovereign states is a significant condition for warding off international conflicts.

RELEVANTNOST ELEMENTA PROSTORA U SAVREMENOM PRAVU

Prostor, kao jedan od bitnih elemenata primene prava i njegovog važenja, prateći opšti razvoj organizacije države, njenog prava i društva uopšte, danas sve više postavlja izvesne dileme koje nisu samo filozofskopravne, već i teorijske i praktične. Prva u tom smislu jeste dilema oko jednoglasnog prihvatanja univerzalnih vrednosti u pravu, bez obzira na prostor, to jest državu, i činjenicu da je neka takva vrednost već izražena domaćom, nacionalnom pravnom normom. To su, pre svega, kao što znamo, vrednosti koje su nerazdvojne od onih karakterističnih za prirodno pravo: univerzalizam i tolerancija (To je često bila tema obrađivana na našoj Kopaoničkoj školi i, posebno, na skupu održanom 2005. godine.¹ Univerzalnost ljudskih vrednosti uopšte, i prava posebno, u meri u kojoj je ono pozvano da ih izrazi kroz pravila ljudskog ponašanja, interesovala je kao tema još velike filozofe Starog veka – sofiste, kao što je Hipija iz Elide, sa njihovom filozofijom morala, a potom Platona i Aristotela, i u kasnijim vekovima velike rimske zakonodavce (Justinijana sa njegovim *Digestama*, na primer) i teoretičare prava kao što su Ulpijan, Tribonijan, Julijan i drugi, koji su mnoga ovakva univerzalna pravila izvodili i iz pojmova koji su se u realnim životnim odnosima formirali i kroz dugotrajnu primenu potvrdili kao običajno, nepisano pravo. Mnoga takva pravila važe i danas, u savremenim pravnim sistemima, pošto su se teorijski iskristalisala kroz srednjovekovne teorije prirodnog prava

Dr Đurica Krstić, ekspert OUN; član Odbora SANU za izvore srpskog prava, Beograd.

¹ Slobodan Perović, Prirodno pravo i univerzalne vrednosti, usmena reč na početku Osamnaestog zasedanja Kopaoničke škole prirodnog prava, »Pravni život«, br. 1–2 2006.

(Toma Akvinski) i učenja velikih utemeljivača evropske filozofije – Hegela, Kanta i drugih. Ovaj proces, kao što je poznato, posebno je karakterističan za veliku porodicu rimskog, odnosno evropskog kontinentalnog prava.

Osnovna činjenica u sklopu naše teme je, razume se, da se pravo prevashodno izražavalo i izražava isključivo na određenom nacionalnom, državnom prostoru. Specifični pravni sistem pojedine države predstavlja i bitan element državnog suvereniteta i nacionalne nezavisnosti. Međutim, sve dinamičniji razvoj modernog društva i civilizacije uopšte, što podrazumeva pre svega intelektualni razvoj i napredak na polju čovekove umnosti, zatim neslućeni napredak tehnike i tehnologije i, u tom okviru, razvoj sve novijih i novijih grana prava, utiče na stvaranje i novih ideja o savremenoj državi i osnovnim principima njenog pravnog sistema. Shvatanje države kao potpuno samostalnog entiteta u međunarodnoj zajednici, kao organizacije datog društva na određenoj teritoriji, sa neograničenim i apsolutnim suverenitetom, postepeno počinje u pravnoj teoriji da ustupa mesto novim koncepcijama u domenima prava i politike prema kojima prostor, teritorija, nije više samo u nadležnosti nacionalne države, već i šireg entiteta poznatog pod relativno nepreciznim nazivom – »međunarodna zajednica«. Ukorenjena, tradicionalna shvatanja o apsolutnoj nezavisnosti države i neprikosnovenosti njenog legislativnog suvereniteta, dakle, njenog prava, počinju postepeno da se menjaju.

No, istovremeno, događa se i jedan naizgled paradoksalan fenomen. Univerzalni principi prava, o kojima je na početku ovog teksta bilo reči kao o univerzalnim normama ljudskog ponašanja iznedrenim u okvirima prirodnog prava stvaranog vekovima, prodiru u teoriju savremenog prava danas, u dvadeset prvom veku, teorijski negirajući uskost i ograničenost fragmentarnih pravnih suvereniteta, zamenjujući ga u pojedinim domenima značajnih životnih odnosa svojom širinom čija su osnova pravičnost i jednakost za čitavo čovečanstvo. A instrumenti kojima se ovom idealu teži su, na prvom mestu, ljudska prava koja i u nacionalnim okvirima se više dolaze u prvi plan. Prostor države postaje, prema tome uzan, a prirodno – ljudsko pravo u svim njegovim manifestacijama, kao mnogo šira norma zauzima mesto prostorno uže i, prema tome danas nedovoljne norme ukoliko ona, kao takva ne garantuju nivo pravednosti dostignut univerzalnom, prirodno-pravnom normom. Čista teorija, reklo bi se! Međutim, kao što dobro znamo, istorija nas uči da su mnoge radikalne promene shvatanja i počinjale teorijom.

Stvaranje prava, to jest nacionalno zakonodavstvo u jednom broju oblasti sve više prestaje da bude domen isključive nadležnosti pojedinačne države, pošto ona sve češće, na ovaj ili onaj pravnotehnički način, počinje da usvaja mnoga univerzalna načela nastala van njenog sopstvenog prostora. Na taj način usvajaju se i postaju pozitivno pravo i zakonske norme čiji je domet važenja prostorno da-

leko širi od klasične, uske nacionalne norme. To je proces koji se može nazvati globalizacija prava, ili njegova homogenizacija u prostornom smislu. Na taj način se, kroz ovu vrstu recepcije, pored striktno nacionalnog, počinje da se stvara i neka vrsta svetskog prava. I o tom pitanju je takođe na Kopaoničkoj školi do sada bilo dosta reči.

Koje su to vidljive manifestacije ovakvog razvoja u dvadesetom i dvadeset prvom veku? Razume se, to su mnogobrojni i široko usvojeni međunarodni dokumenti – multilateralne konvencije, povelje širokog spektra i drugi formalni vidovi međunarodnog sporazumevanja u domenu stvaranja prava na međunarodnom nivou, počev od Povelje i drugih velikih deklaracija Organizacije Ujedinjenih nacija, pa do sasvim specifičnih međunarodnih konvencija o pojedinačnim pravima i konkretnim pitanjima u sferi ljudskih prava, na primer.

Ne treba biti specijalizovani futurolog, pa uočiti da čovečanstvo više ne sme i ne može ignorisati one bitne i sudbonosne pojave karakteristične za našu planetu, pojave od kojih doslovno zavisi sam opstanak ljudi na zemlji.² Logična posledica ovakvog zaključka je da države moraju sve više obraćati pažnju na globalne probleme, kao što su složeni kompleks mera potrebnih za očuvanje životne sredine; sve veća nestašica vode na planeti; globalni terorizam; ogroman jaz između razvijenih i nerazvijenih zemalja sveta; potencijalni sukob civilizacija, u čemu veliku ulogu ima rapidno povećanje broja stanovnika na pojedinim kontinentima; zaštita ljudskih prava čije se gaženje više ne može tolerisati u ovom našem globalnom selu u kome se putem savremenih komunikacija do informacije o njihovom nepoštovanju dolazi u trenutku; borba sa epidemijama i bolestima svetskih razmera (sida, grip itd.).

Jedno od svojstava čoveka, uključujući čoveka-pravnika, jeste njegova urođena konzervativnost i, time, sporost u prihvatanju i razumevanju izvesnih ključnih i bitnijih principa njegovog života posmatranog u široj perspektivi, koje on ne uočava u meri u kojoj je to naročito danas potrebno, što podseća na ono poznato: »ne vidi šumu od drveća«. U prvom planu su najčešće, naime, svakodnevnne stvari, borba za život, za egzistenciju, za sitnice »koje život znače« i koje su neprestano na vidiku pa stoga okupiraju najveći deo čovekovog vremena, energije i pažnje. Faktor od značaja za poboljšanje stanja u ovom pogledu, bar u tehnički i civilizacijski razvijenijim zemljama, jesu naučni uvidi u pomenute svetske problema i njihova prezentacija najširem auditorijumu. Na taj način je moguće doći do osnova za preduzimanje odgovarajućih dugoročnih mera na planu politike, ekonomije, tehnike, društvene svesti, izgradnje vrednosti u gore navedenom smislu i, iznad svega, za postizanje međunarodnog, svetskog, konsenzusa oko pravaca budućeg razvoja sveta.

² Frensis Fukujama, *Naša posthumana budućnost*, CID, Podgorica, 2003.

Očigledno je da je sazrelo vreme da se čak i neki fundamentalni pojmovi moraju prilagoditi u interesu svih ljudi na planeti bez obzira na nacionalnost, državno uređenje, političku pripadnost (ma kako, nažalost, to još uvek zvučalo utopistički). Striktno i isključivo nacionalno ograničena prostorna dimenzija prava je jedan od tih pojmova.

Instrumenti kojima se mogu postići rešenja navedenih problema na planu prava jesu mnogi novi i nadahnuti međunarodni sporazumi zaključeni u dvadesetom veku, koji često i konkretno predstavljaju prostorno neograničene norme ponašanja i zamenu zastarelih kategorija u pravnim sistemima nacionalnih država. Norme i pravila ovih sporazuma nužno ponekad zadiru i u postojeće i uhodane osnovne norme i pravila nacionalnog prava, pa je razumljivo da se javlja otpor koji se formuliše teorijskom argumentacijom na nacionalnom planu. Evo jednog relevantnog primera ovakvog otpora. Kao što je poznato – i više puta spominjano na našoj Školi – iako postoji formalni zakonski okvir, donet u okviru nacionalnog zakonodavstva, da u slučaju sukoba između prihvaćene međunarodne norme i domaće norme kojom se reguliše jedan te isti odnos, prednost ima međunarodna norma – u praksi se tu često javljaju dileme, pa i nepoštovanje ove pravne činjenice.

Kad je reč o prostornom važenju pravnih normi, i primeni pravila međunarodnog prava u nacionalnim okvirima – potrebno je zato graditi jedan savremeniji, širi i tolerantiji pristup zakonodavca i pravnika-praktičara – u domenu sudstva posebno, ali i u podzakonskim propisima kojima sprovode zakonski akti višeg nivoa kao i, po prirodi stvari, prostorno šire međunarodne konvencije.

Sve ovo, razume se, ima velikog uticaja na materiju vladavine prava ili, kako je to uobičajeno reći – na pravnu državu, u kojoj bi svakako trebalo da bude nedopustivo nepoštovanje odredaba međunarodno usvojenih i ratifikovanih konvencija na nacionalnom planu. I to bez obzira na domen na koji se konkretni međunarodni instrument odnosi, na njegovu eventualnu osetljivost u političkom ili u ma kom drugom smislu, naročito kad je reč o ljudskim pravima, uključujući imovinska.

Razvijanje svesti naših pravnika, a naročito zakonodavca i sudije, o velikom značaju elementa prostornog važenja prava u savremenim uslovima i njegovom teorijskom i praktičnom uvažavanju više je nego potrebno.

Za ljudska prava se na primer već kaže da su, kroz njihovo tumačenje i internacionalizaciju postala koncept i u prostornom smislu za sve kulture, kosmička vera za sve ljude, možda više od svake religije i to u životno važnim prostorima svakog organizovanog društva. Taj koncept obuhvata mnoge oblasti ljudskih prava – građanska, politička, ekonomska, socijalna, kulturna...³

³ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2008, str. 571, 572.

U teoriji se u vezi sa predmetom ovog saopštenja govori i o nesumnjivom primatu međunarodnih standarda koji se nalaze u usvojenim međunarodnim konvencijama i koji se posmatraju čak i kao uslov izlaska iz krize prava uopšte, i našeg posebno. Odredba Ustavne povelje ranije Zajednice Srbije i Crne Gore, na primer, prema rečima profesora Perovića, »uvodi nas na široku scenu univerzuma prava«. No, on odmah dodaje da »ostaje pitanje njene praktične primene od strane svih činilaca prava, a posebno sudske i ustavnosudske prakse«. ⁴

Svrha ovog rada je jedino da skrene pažnju naših pravnikâ na potrebu daljeg teorijskog izučavanja savremenih dimenzija elementa prostora u domenu prava. Pri tom je važno da naš pogled u tom domenu bude okrenut budućnosti više nego prošlosti. Prošlost, ma koliko slavna i puna vrednosti, ne treba pretočiti u legendu. Ona treba da bude iskustvo a ne ograničenje u stvaranju nečeg novog, jer ništa nije statično. Hteli mi to ili ne, svoju sudbinu danas treba realnije sagledati i time dati svoj bol u stvaranju i uklapanju u jedan progresivniji, pravedniji i pravno uređeniji svet. U tom smislu velike ideje prirodnog prava, univerzalnosti, humanosti i tolerancije⁵ dolaze svakako na prvo mesto među vrednostima koje prošlost nudi budućnosti, a u tom kontekstu promišljanje o promeni uloge prostornog elementa u pravu nesumnjivo zasluđuje i našu pažnju u okviru Kopao-ničke škole prirodnog prava.

⁴ *Ibid.*, str. 582.

⁵ No, i te velike ideje o kojima se danas govori sa tolikim oduševljenjem i koje su do širokog međunarodnog prostornog važenja došle tek u devetnaestom i dvadesetom veku, imaju svoje korene u dubokoj prošlosti. O tome svedoči i istorija religije – te prve velike misaone tvorevine čovekove – koja je, kao što znamo, bila i prvi zakonodavac kroz usta proroka, mesija i velikih vladalaca starog veka. Još u to davno doba, u sedmom veku pre naše ere, formirala se u staroj hebrejskoj religiji zadivljujuća humana vizija budućnosti čovečanstva – bratstvo svih ljudi, a sa njom zajedno i ideja o kojoj je reč na početku ovog rada – univerzalizam i tolerancija, jer šta drugo ako ne to znače reči: »... svi će narodi hoditi, svaki u ime boga svojega uvijek i do vijeka« (*Knjiga proroka Miheja*, 4, 1–5), što je suprotno isključivosti starovekovnih i potonjih religija koje su imale nacionalni, pa čak i etnički karakter. Videti, Andrija Gams, *Biblija i moderna društvena misao*, Beograd, 1993, str. 37.

DJURICA KRSTIĆ, LL.D., M.C.L.
UN Expert, Member

RELEVANCE OF THE ELEMENT OF SPACE
IN CONTEMPORARY LAW

Summary

Space as one of the essential elements of implementation of law and order and its validity within the general development of civilization has in recent times posed certain dilemmas which are not only the matter of philosophy of law, but also of practical significance. The first one in this respect concerns the issue of acceptance of norms and ideas of universal values in the scope of law, in the territory of a state which already regulated, or, as the case may be, did not regulate the matter encompassed by a given universal (international law) norm.

The first part of the present paper concerns the matter of the history of development of universal values, conceived as an uninterrupted line of thinking of the best minds in the gait of human civilization since the age of birth of first great religions when magnificent ideas of universality and tolerance have been formulated through rules of conduct promulgated by God.

After analyzing the development of the norms and rules, and first of all principles of Roman Law, as one of the foundations of contemporary European continental law, as well as the ideas of the Natural Law, the author connects the issue of space with the idea and practice of state sovereignty, meaning the exclusive authority of state to legislate on its own territory. However, the ever more intensive process globalization includes in its process the law as well, and we have a sort of harmonization and unification of law. Relating to that, the author pleads for a more thorough application of rules of accepted and ratified international conventions, especially if domestic norms differ from them. Consequently, new conception do emerge as far as the space as element of implementation of law is concerned, because the status of every individual in the world regardless of his/her nationality begins to interest the entire international community. The best example in this respect are the human rights – political economic, cultural and others.

In his conclusion, the author pleads for more attention of legal circles, and especially in the spheres of administration of justice and law-making, in elaborating this issue, since it is of great importance in the genuine implementation of the principle of the rule of law.

MARINA JANJIĆ-KOMAR

ČOVEK PROTIV MASOVNOG DRUŠTVA

– Put prava –

U V O D

Oduvek je čovek bio upitan o svom položaju u prirodi, svetu, istoriji. Potreba da transcendiraju granice svog poimanja vodila ga je kroz lavirinte starih i novih pitanja kontinuiteta, odnosa prema drugim i opstanka. Tradicija je kao osnov razmatranja uzimala poreklo i na tom gradila odgovore na probleme identiteta i postojanja. Interesovanje se usredsređivalo na biološke granice i od značaja su bili pojmovi kao što je teritorija, odnos slabiji i jači i grupna kohezija. Sa modernim vremenom život, kako je upozorio Fuko, ulazi u istoriju i postaje polje za različite pristupe, konstrukcije i manipulacije. Nedostaju jasni kriterijumi za vrednovanje ove civilizacijske promene i otvoren je prostor za različite ideologije. Sistem kao lažna svest dominira nad istorijom i čovekom i pretvara društvo u masu atomiziranih i usamljenih pojedinaca. Pokušaj da se prevaziđe problem kroz stvaranje i održavanje institucija samo posreduje odnose i redukuje život na potrebe. Oživljavaju teorije koje imaju kritički potencijal ali se razvoj zaustavlja na socijalnim i političkim odnosima. Ustvari, nije dostignut nivo koji omogućava da se životu pristupi na način koji bi pomerio točak istorije unapred i postavio život u temelj civilizacije. Jedan pokušaj je put preko prava.

Dr Marina Janjić-Komar, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad u okviru projekta Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU.

LJUDSKA PRAVA

Ideja ljudskih prava. – Ideja da čovek bude subjekt prava u odnosu na državu je progresivna ideja koja ograničava vlast i samovolju »državnog razloga«. Međutim, izgubilo se iz vida da je ostao nerešen problem prava i da se samo menja odnos prema državi ali ne i prema pravu. Naprosto nema se u vidu da je pravo ograničeno institucionalno i da se problem ne rešava kroz paralelne međunarodne institucije.

Koncept ljudskih prava. – Vladajući koncept ljudskih prava je civilni odnosno čovek je uzet kao građanin i na toj osnovi su definisana njegova prava. Društvo postaje kriterijum i polazište za opravdanje za različite interpretacije i domašaj prava. Ustvari je reč o jednoj konstrukciji i anonimnoj instanci pogodnoj za ideološke manipulacije.

Jednakost kao princip. – Pod uticajem pojedinačnog stanovišta na kojem se zasniva ideja ljudskih prava javila se potreba da se ujednače razlike i na pozornicu izvedu istorijski zanemarene grupe (žene, deca, hendikepirani itd). Problem je nastao kad se ravnopravnost shvatila kao model za ujednačavanje pa su se izgubile prirodne razlike i pojedinac postao usamljeni nosilac prava a društvo zbir individua.

Kriterijum vrednovanja prava. – Kontroverze oko shvatanja ljudskih prava dovode do nepotrebnog iscrpljivanja u diskusijama oko pitanja koja se ne mogu rešiti u socijalnoj ravni. Nagomilavanje konflikata oko domašaja ideje ljudskih prava dovode do polarizacije oko pojedinih pitanja (naprimer homoseksualnosti) i razlike u sudskoj praksi. Problem se pomera ka antropološkom nivou vrednovanja i prirodnoj osnovi prava te izuzetke valja usko tumačiti.

Univerzalnost prava. – Univerzalnost prava se uglavnom identifikuje sa unifikacijom propisa. Smatra se da se unifikacija ostvaruje prihvatanjem međunarodnih propisa ili njihovom kodifikacijom. Ustvari, ovo je samo jedan aspekt ljudskih prava kojim se postiže samo globalizacija. Suština stvari je na drugom pitanju. To je potreba da se ustanove osnovna prava čoveka koja su zajednička za sve ljude a ne obmuto. To je neprikosnovena osnova svih prava kao ljudskih prava koja može da se univerzalizuje i kao kriterijum. Ovakva promena koncepta ljudskih prava, odnosno zamena sa pravima čoveka a ne građanina otvara put ka redefinisaniu ljudskih prava na međunarodnom nivou. Ključ za promenu predstavlja pravo na razlike kao osnovno pravo čoveka. To je put za prevazilaženje pojednostavljenih i primitivnih ideologija koje proizvode masovno društvo i otuđene centre moći.

Osnovna prava čoveka. – Prevazilaženje granica građanskog koncepta ljudskih prava na međunarodnom nivou moguće je preko definisanja osnovnih prava čoveka. To su prava koja mogu da se univerzalizuju kao njegove rodne karakteri-

stike: pravo na razlike, pravo na život, pravo na identitet, pravo na razvoj, sloboda savesti i pravo na stvaralaštvo. Postavlja se rodna a ne psihološka osnova ljudskih prava koja omogućava da se napusti arbitrnost odlučivanja i zaustavi proliferacija prava. Praktički gledano sve je postalo subjekt prava i domen spoljašnjeg odlučivanja kao što su prava životinja, prava prirode itd. Stvara se sistem bez unutrašnje granice i perfekcionistički sistem zabrana kao standardi za »zdrav život«.

PRAVA LIČNOSTI

Ustav kao okvir. – Ustav je najviši pravni akt u kojem su kodifikovana prava čoveka i građanina. Prava su izražena kroz katalog prava grupisan prema vrstama prava ili prema vrednostima koje obezbeđuje kao što je to slučaj sa Poveljom o osnovnim pravima čoveka EU. Lična dimenzija prava izražava se kao sloboda u granicama prava i ostaje u sferi društvene kontrole. Sloboda međutim, ima egzistencijalni značaj i predstavlja slobodan prostor od bilo kakve prisile. Pravo ne potiče iz slobode i njegove granice zavise ne od podele vlasti već od koncepta države.

Kriza identiteta. – Prava ličnosti su kontrapunkt za prevazilaženje krize identiteta. Identitet se politizira kao nacionalno, rodno ili kulturno pitanje i postaje poprište različitih kontroverzi i konflikata. Predstavlja spoljašnju odrednicu koja nema unutrašnjeg opravdanja. Čovek postaje sredstvo za manipulacije političkih elita bez ikakve moguće odbrane. Razvojem tehnike otvara se kanal za neslućene zloupotrebe i još veće ugrožavanje ličnog identiteta.

Značaj prava ličnosti. – Prava ličnosti su osnov za određivanje položaja čoveka. U masovnom društvu ona gube značaj i kulturnu funkciju i prestaju da budu osnova društvenih veza. Atomizirani pojedinci gube vezu sa realnošću i postaju lak plen ideologije tehniciziranog društva. Nikad do sada nije bio više ugrožen opstanak čoveka i kultura naroda kao što je sada. Nadirući prostak ne nosi svest o pravima ličnosti niti se obazire na ovo civilizacijsko dostignuće građanskog društva.

JAVNA PRAVA

Teorija suvereniteta. – Istorijski gledano dijalektika gospodara i sluge je uvek praćena nekom vrstom opravdanja. U građanskom društvu to je teorija suvereniteta. Istina, ona je i dalje bila samo politički zasnovana i razlika se pojavlji-

vala samo kao stvar definisanja. Tako se razlikuje suverenitet države od suvereniteta naroda i diskusija iscrpljuje oko njihovog značaja. Ne prevazilazi se razlika koja je stvar političke prirode i samo se zamenjuje autoritet. Gubi se iz vida da sa pravnom državom i vladavinom prava se menja odnos prema suverenitetu i da se on pomera prema pravu kao poretku. Naime, odnos se posreduje pravom i gubi politički u korist pravnog značaja. Ova promena nije dovoljno uočena i nije u praksi primenjena pa suverenitet i dalje figurira kao politička a ne kao pravna kategorija.

Autentična država. – Vladajući koncept države je još uvek plod ratovanja i stvar pobjednika. Ovo pojednostavljeno stanovište začudo niko ne osporava a izvor je permanentnih sukoba i konflikata. Istorijska perspektiva se zanemaruje u korist postojećeg stanja koje se slavi, ritualizira i veliča. Demokratski procesi ne idu na ruku već institucionalizuju javno mnjenje kao formativni kriterijum države. Psihološki faktori zamenjuju moralne i samo se održava privid postojeće kohezije. Ova politika zaborava povremeno se dovodi u pitanje i konflikti postaju problem koji može da se internacionalizuje. Rešenje i dalje ostaje izvan realnog stanja stvari i polarizacija na nivou krajnjih pozicija »za« i »protiv«. Mehanizam za razrešavanje sukoba je samo komplikovan ali nije ozbiljno utemeljen. Teorijski gledano on nema ni potencijal za pravilno donošenje odluke jer se zasniva na ratu a ne na mirnom rešavanju problema. Pravedan mir a ne rat ma koliko on pravedan bio je put za dugoročno sagledavanje državne politike. Šta više, može se postaviti pitanje i gde su granice državne teritorije a gde se završava njen civilizacijski uticaj. U stvari, planeta nije ničija zemlja i svi smo samo njeni privremeni stanovnici.

Teorija pravnog lica. – Sa velikim građanskim kodifikacijama dolazi do izražaja i unutrašnja veza prava i države. Na prvi pogled vezu predstavlja pojam pravne države i kasnije vladavina prava. U oba slučaja država je iznad svojih građana i ovaj problem se nastavlja da rešava kao civilno društvo. Gubi se iz vida da prirodi građanskog društva odgovara više koncept države kao pravnog lica ili kako se u francuskoj doktrini naziva – moralnog subjekta. To je način da se prevaziđe položaj podanika i da se procesi demokratizacije postave u pravnu ravan. Politička prava ne iscrpljuju suštinu procesa odlučivanja i svode građanina na jedan glas. Jaz između građanina i politike se i dalje produbljuje i pretvara u puki mehanizam izbora a građansko društvo pretvara u masovno društvo.

Subjektivna javna prava. – Iako je dugo bila okosnica istorijskih događanja teorija o podeli vlasti nije na adekvatan način postavila odnos prava i politike. Pravo se smatra samo kao sredstvo za ostvarivanje političkih ciljeva i uzima kao produžetak državne vlasti. U stvari, pravo je kodifikovana vrednost i nije samo puka sudska vlast već okvir javnog života. Političke funkcije su javna prava i pretpostavljaju ne samo političku nego i pravnu odgovornost. Javna prava podra-

zumevaju da se proširi teorija volje sa moralnom i pravnom dimenzijom kao teorija o odgovornosti. Tako se prevazilazi samo institucionalna komponenta političkih organa kao nadležnost i postupak i formuliše lična odgovornost kao javno pravo. Tek tada pravna država zamenjuje koncept partijske države i koncept države puki sistem.

MARINA JANJIĆ-KOMAR, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Belgrade

MAN AGAINST MASS SOCIETY

Summary

Process of fragmentation and dissolution of human relations produce dramatic change in all aspects of life. Rights theory does not reach the core of social change and is missing the critical concept. Criteria for legal reform shift from sociology to anthropology, from civil rights to basic rights of the man. That position induces the value of individual rights and accentuates the position of the individual and the right to difference. Public rights follow the same theory of responsible person and give precedents of law against policy.

ZORAN JELIĆ

PRIRODNO PRAVO I POLITIČKA EKONOMIJA

– Rasprava o uticaju prirodnopravne doktrine
na ekonomsku misao –

PRIRODNOPRAVNI KORENI POLITIČKE EKONOMIJE

(1) Prema gotovo jedinstvenom stanovištu zastupljenom u relevantnoj pravnofilozofskoj literaturi, moderno ili novovekovno prirodno pravo prepoznatljivo je, pre svega, po stalnom i upornom nastojanju njegovih istaknutih predstavnika, počev od *Huga Grocijusa (1583–1645)* do *Imanuela Kanta (1724–1804)* i od Kanta do savremenih autora, da uspostave i održe skladnu ravnotežu između dve konstitutivne komponente ili tačnije dve ključne koncepcije ovog prava – vrednosne (aksiološke) i racionalne, odnosno logičke koje, inače, u krajnjoj liniji čine svojevrsno dijalektičko jedinstvo.

Vrednosna koncepcija, manje ili više, vezuje se za sledbenike spekulativnog jusnaturalizma, u okviru koga dominiraju razmatranja o problemima pravde, slobode, istine, reda, mira i drugih univerzalnih vrednosti čiji najviši izraz, bez sumnje, predstavlja moralno dobro kao oličenje vrhovnog dobra, tj. sinonima za opstanak i harmoničan razvoj najvećeg mogućeg broja ljudi u njihovom dostojanstvu. Naime, izuzetno tesna međuzavisnost morala i prava, moralnih i pravnih normi, zapravo je bitna pretpostavka egzistencije prirodnog prava koje se po *A. Dantrevu*¹ svodi na sferu u kojoj se norma i vrednost podudaraju ili na tačku u

Dr Zoran Jelić, konsultant »Ekonomika«, Beograd.

¹ Up. Alesandro P. Dantrev: »Prirodno pravo«, CID Podgorica, 2001, str. 89, 122, 126, 127 itd.

kojoj se pravo i moral ukrštaju, budući da sadržaj prava uvek mora da bude moralan, odnosno da počiva na nekom etičkom minimumu. Stoga nije neobično što celokupna istorija jusnaturalizma vrlo uverljivo pokazuje i dokazuje da je unapred osuđen na neuspeh svaki pokušaj da se moral i pravo do kraja jasno i precizno razgraniče i posmatraju u svojstvu dve nezavisne i odvojene oblasti duhovnog i društvenog života. Štaviše i najugledniciji pobornici *druge ključne koncepcije, tj. racionalne koncepcije prirodnog prava* neprekidno su ulagali napore da u svojim prirodnopravnim rasuđivanjima i promišljanjima čvrsto povežu logičke i etičke sadržaje u jednu konzistentnu, valjano uređenu celinu.

(2) U sklopu *racionalne koncepcije jusnaturalizma* dominiraju uglavnom dva osnovna pravca. *Prvi* među njima, koji je nesumnjivo poznatiji, polazi od stava da se prirodno pravo kao umno pravo, u krajnjoj instanci, svodi na pravila opšte logike,² a da se čovekova umna priroda izdvaja od ostalih priroda po tome što sama sebi postavlja neku svrhu, pri čemu se suština umne delatnosti ogleda u sintezi, tj. sjedinjavanju različitosti. Pošto je o fundamentalnim idejama ovog pravca napisano jedno zaista imponantno mnoštvo analitičkih tekstova i otuda o njima gotovo sve bitno rečeno, pažnju u ovom radu usredsređićemo isključivo na *drugi pravac* koji je prevashodno usmeren na ekonomsko područje, a čiji se nastanak vezuje za 18. stoleće kada su pojedine istaknute pristalice prirodnopravne doktrine odlučile da se bliže pozabave ekonomskim slobodama kao temelju i preduslovu svih drugih sloboda. Zasluga za ovaj radikalni metodološki zaokret neosporno pripada francuskim fiziokratima, u prvom redu njihovom rodonačelniku *F. Keneu (François Quesnay, 1694–1774)* i škotskom profesoru filozofije morala na Univerzitetu u Glazgovu, Adamu Smitu (1723–1790).

Prilikom ocenjivanja stvarnog dometa njihovog prirodnopravnog učenja, mora se stalno imati u vidu da je ono neposredno iznedrilo političku ekonomiju u svojstvu fundamentalne teorijske discipline u sistemu ekonomskih nauka, sa zadatkom da proučava zakonitosti koje vladaju proizvodnjom i razmenom materijalnih sredstava za život u ljudskom društvu.³

Stoga ova rasprava (ogled) ima za cilj da afirmiše navedeni oblik jusnaturalizma i time još jednom argumentovano obesnaži spornu tezu ortodoksnog pozitivizma da se naučna vrednost ukupne prirodnopravne produkcije »svodi na nulu« kako je to početkom XX stoleća npr. tvrdio *Gligorije Geršić*, koji je kod nas

² Up. Mihailo Đurić: »Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista«, Savez udruženja pravnička Jugoslavije, Beograd, 1958, str. 92.

³ Up. F. Engels: »Anti-Diring«, Kultura, Beograd, 1959, str. 163.

inače među prvima ispravno ukazao na najtešnju duhovnu povezanost ove produkcije sa ekonomskom školom fiziokrata i doktrinom *Adama Smita*.⁴

KRITIČKI PRIKAZ PRIRODNOPRAVNIH IDEJA FIZIOKRATA
I ADAMA SMITA (1723–1790) I NJIHOV ZNAČAJ

Prirodnopravna doktrina fiziokrata

(1) Znameniti francuski historičar prve polovine 19. stoleća *Aleksis K. Tokvil* (*Tocqueville, Alexis Clérel, 1805–1859*) u svom poznatom delu »Stari režim i revolucija« (1^o Ancien régime et la Révolution) tvrdi da se istinski karakter velikog istorijskog događaja kao što je bila francuska revolucija iz 1789. godine, može najbolje sagledati na osnovu proučavanja spisa ekonomista ili fiziokrata, relativno uske grupe istomišljenika na čijem se čelu nalazio François Quesnay (1694–1774), a koju su pored njega sačinjavali *Dipon de Nemur* (*Dupont de Nemours, 1739–1817*), *Mirabo Stariji* (*Mirabo Viktor Riketi, V. R. Mirabeau, 1715–1789*), *Mersije de la Rivjer* (*Mercier de la Rivire, 1720–1793*), *opat Bodo* (*Baudeau*), *Le Tron* (*Le Trosne*) i dr, uključujući tu i *Tirgoa* (*A. Robert Jacques Turgot, 1727–1781*), koji je dve godine bio ministar finansija *Luja XVI* i istupao relativno samostalno, ali je podržavao sva načelna shvatanja fiziokratske škole.

Po zanimanju hirurg i lični lekar *Luja XV*, *Kene* je do dvanaeste godine bio nepismen ali je za najkraće vreme posle toga stekao zavidno obrazovanje i naučio klasične jezike, da bi o ekonomskim temama počeo da piše kada je već prevaleo šezdeset godina života; njegovi saradnici i sledbenici su ga prosto obožavali i divili se njegovim ličnim sposobnostima, pa je *Mirabo Stariji* čak isticao da *Keneovo* delo »Ekonomska tablica« (»Tableau économique«), zajedno sa pronalaskom novca i pisma, spada u tri najveća izuma čovečanstva. *Karl Marks* je opet smatrao da fiziokratski sistem predstavlja prvu sistematsku koncepciju kapitalističke proizvodnje i da je *Keneova* analiza procesa reprodukcije izložena u pomenutoj »Ekonomskoj tablici« jedna od najgenijalnijih zamisli kojom nas je zadužila politička ekonomija, i to u doba kada je još bila u povojima. *Pol Gemeling*, istaknuti poznavalac ekonomskih doktrina, u vezi s tim naglašava da je *Kene* zapravo tvorac prvog ekonomskog sistema i jedinog pokušaja pre

⁴ Up. Gligorije Geršić: »Enciklopedija prava«, Gradina, Niš, 1995, str. 59, 60 i 61. Slično mišljenje o vrednosti prirodnopravne teorije zastupa S. Bovan u svojoj doktorskoj disertaciji pod nazivom »Antropološko stanovište kao osnov sociološkog objašnjenja prava«, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 2000. god. str. 124–125.

*Marks*a da se na potpunoj ekonomskoj osnovi stvori jedna potpuna sociologija. Doduše, u toku celog XIX veka, Kene je, po njemu, bio zapostavljen, ali mu je savremena kritika dodelila počasno mesto u istoriji ekonomske misli i u njemu gleda pravog tvorca političke ekonomije, a ne u *Adamu Smitu* (v. hrestomatiju »Veliki ekonomisti«, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1931, str. 24–25). Dodajmo, najzad, i to, da je u XX stoleću, *Keneova* »Ekonomska tablica« inspirisala Amerikanca ruskog porekla *Vasilija Leontijeva* (*Vassily Leontief, 1906–1999*), da pristupi izradi input – inptut tablica ili modela međusektorske analize kao pogodnog sredstva za sagledavanje međusobnih odnosa privrednih oblasti i grana, odnosno stanja privrede, ali i za planiranje budućih privrednih kretanja. Za ovaj svoj izum *Leontijev* je dobio 1973. godine *Nobelovu nagradu za ekonomiju*.⁵

Polazeći od svojih sistemskih opredeljenja formulisanih u ekonomskoj sferi, često protkanih genijalnim anticipacijama, *Kene* je pristupio izgradnji svoje koncepcije prirodnog poretka (l'ordre naturel) kao vrhovnog pravila svakog ljudskog zakonodavstva i svakog građanskog, političkog, ekonomskog i društvenog poretka (... l'ordre naturel, qui est la règle souveraine de toute législation humaine et de toute conduite civile, politique économique et sociale«). Reč je, u stvari, u krajnjoj liniji o razumnom poretku koji je imanentan racionalnoj organizaciji privrede i društva i prirodi čoveka posmatranog po sebi i za sebe. Inspiraciju za svoj ideal prirodnog poretka čiju osnovicu čini poljoprivreda kao jedina produktivna delatnost koja stvara čist proizvod, *Kene* je našao u legalnom despotizmu kao obliku vladavine u Kini, zemlji azijskog načina proizvodnje koji predstavlja negaciju ideje evrocentrizma ili sinonima za opšti model razvoja čovečanstva izražen u vidu petočlane sheme – prvobitna zajednica, robovlasništvo, feudalizam, kapitalizam, socijalizam, koja je bila službena dogma u zemljama realnog socijalizma u proteklom stoleću. Fizički zakoni koji (zajedno sa moralnim) sačinjavaju prirodni poredak kao poredak najkorisniji za ljudski rod i koji tačno utvrđuju pra-

⁵ O *Keneu* i fiziokratima postoji obimna literatura, iz koje smo ovde izdvojili samo nekoliko radova, i to: uvod iz pera *Ogista Onkena* (*Auguste Oncken*), napisan povodom objavljivanja celokupnih dela *F. Kenea* (»Oevres économiques et philosophiques« Scientia Verlag Aalen, 1965); prof. dr *Miomir Jakšić* i prof. dr *Lazar Pejić*: »Doktrine velikih ekonomista«, Ekonomski fakultet, Bgd. 1994; »Ekonomisti XVII i XVIII stoleća«, uredio i uvodnu raspravu napisao dr *Slobodan Štampar*, Zagreb, Kultura, 1952, *Pol Gemeling*: »Veliki ekonomisti«, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1931; *John Kenneth Galbraith*: »Ekonomija u perspektivi«, »Mate« d.o.o, Zagreb, 1955, str. 40–41 i 192–193; dr *Obren Blagojević*: »Ekonomske doktrine«, »Savremena administracija«, Beograd, 1971, str. 54–63; *Adolf Dragičević*: »Leksikon političke ekonomije«, »Informator«, Zagreb, 1983, str. 493–495 i dr. Vidi i inspirativan članak prof *Džemala Hatibovića*: »Svojina i prirodno pravo«, »Pravni život«, br. 11/2009, tom III, Beograd, 2009, str. 571–580, kao i odličnu knjigu dr *Branislava Šoškica* »Razvoj ekonomske misli«, Institut za ekonomska istraživanja, Beograd. 1970, str. 50–59.

vo svih ljudi, predstavljaju, po Keneovom gledištu, večne, nepromenljive zakone, ali i neosporno najbolje moguće zakone. Njihova očiglednost nužno potčinjava svaku inteligenciju i svaki ljudski razum, sa tačnošću koja se geometrijski i aritmetički ispoljava u pojedinostima i ne ostavlja mesta za zabludu, obmanu ili nezovoljene zahteve.⁶

Nasuprot ovom prirodnom poretku, pozitivnopravni poredak ili pozitivno zakonodavstvo sastoji se u deklarisanju, odnosno što vernijoj reprodukciji prirodnih (fizičkih, odnosno moralnih) zakona i tako konstituiše pomenuti najpovoljniji poredak za ljude ujedinjene (okupljene) u društvu. Primera radi, u Kini su, po Keneu, svi pozitivni zakoni zasnovani na principima morala, a moral i politika u toj zemlji spadaju u jednu te istu nauku.⁷

(2) *Keneov* rad o prirodnom pravu (1765), koji je proizašao iz njegovog ekonomskog učenja u suštini predstavlja filozofsku podlogu tog učenja i neosporno ima sva obeležja sistemskog pristupa predmetu proučavanja; u njemu se ogleđa autorov talenat za sintezu, sposobnost da se uoči i otkrije unutrašnja povezanost stvari koje, na prvi pogled nemaju ničeg zajedničkog. Uostalom, izuzetan smisao za sagledavanje celine problema omogućio je rodonačelniku fiziokratije ili tvorcu ideje vladavine prirode da konstruiše svoju čuvenu »Ekonomsku tablicu«, jednu zagonetku o koju su po rečima Engelsa »lomili zube« kritičari i istoričari političke ekonomije, a koja zapravo jednostavno prikazuje kako ukupan godišnji proizvod jedne zemlje, tj. Francuske cirkuliše između tri klase (proizvodne klase, klase zemljoposjednika i sterilne klase) i kako služi godišnjoj reprodukciji.⁸

U najširem smislu reči, prirodno pravo je, po *Keneu*, ono pravo koje čovek ima na stvari, prikladne za njegovo uživanje. No, pre nego što se pristupi razmatranju karakteristika ovog prava, neophodno je poći od samog čoveka, kao takvog, u njegovim raznovrsnim stanjima, tj. od njegovih različitih fizičkih i umnih sposobnosti i svojstva, ali i njegovih odnosa sa drugim ljudima. Ukoliko se ne postupi na taj način, dobićemo različite, pa čak i protivrečne, nepotpune, jednos strane i netačne ideje o prirodnom pravu.

Prirodno pravo se razlikuje od pozitivnog (zakonskog, ljudskog, veštački stvorenog) prava po tome što se saznaje pomoću prosvetljenog razuma i što svoju obaveznost crpe iz tog jasnog saznanja, a ne na osnovu prinude. *Kene*, koji je živeo u veku prosvetiteljstva, zastupa stav, u skladu sa tada vladajućim shvatanji-

⁶ Up. François Quesnay: »Oeuvres économiques et philosophiques« (v. »Despotisme de la Chine«), Scientia Verlag Aalen 1965, str. 645 (preštampano frankfurtsko izdanje iz 1888 – napomena autora).

⁷ Up. Quesnay, op. cit., str. 605.

⁸ Up. Fridrih Engels: »Anti-Diring«, »Kultura«, Beograd, 1959, str. 267.

ma, da je neznanje svojstvo sirovog i izolovanog čoveka i da u društvu predstavlja najkobniju ljudsku slabost; štaviše, neznanje je zločin, imajući u vidu činjenicu da se ljudi moraju uzdići na nivo viši od stanja nerazumne životinje, budući da ih je priroda obdaruila inteligencijom.

U pogledu obima prirodnog prava koje pripada svakom pojedincu, *Kene* indirektno kritikuje *Grocijusovu* tezu da je priroda dala sve stvari svim ljudima («Dederat natura omnia omnibus»), odnosno *Hobsov* stav, prema kojem je čovek čoveku vuk («Homo homini lupus»), te ističe da pojedini filozofi, opterećeni apstraktnom idejom prirodnog prava koje daje svima pravo na sve, ovo pravo posmatraju kao stanje potpune nezavisnosti ljudi jednih od drugih, ali i kao stanje rata svih protiv svih gde svako ponaosob teži da se dokopa pomenutog neograničenog prava.

Savremeno tumačenje ovog neograničenog prirodnog prava odslikava imperijalne pretenzije pojedinih visokorazvijenih zemalja na tuđe resurse, te se danas sve češće pokreću načelne diskusije o internacionalizaciji glavnih izvora energije i uvođenju međunarodne kontrole u vezi sa njihovim celishodnim korišćenjem i svrsishodnom raspodelom, što pre svega, ako ne i isključivo odgovara interesima najmoćnijih država u sadašnjoj međunarodnoj zajednici.

(3) *Kene* naglašava da se prirodno pravo svakog čoveka svodi na deo koji može pribaviti svojim radom; prirodno pravo sadržano u prirodnom poretku je neodređeno, a u pravednom poretku postaje određeno i tek u oba ta poretka ono obuhvata sva stanja u kojima se ljudi mogu naći jedni prema drugima. Drugim rečima, prirodno pravo pripada pre svega prirodnom poretku kao poretku slobode i obavezuje adresate vrednošću svoje sadržine, pa se primenjuje po ustaljenom automatizmu jer ljudi u tom poretku mogu nesmetano da slede sopstvene interese, što znači da je njegovo kršenje očigledno štetno po te interese i otuda predstavlja neracionalno ponašanje. Međutim, kao oblik materijalne normativnosti, prirodno pravo istovremeno prevazilazi prirodni poredak i prelazi u poredak pravde (pravedeni poredak) gde se putem rada određuje deo tog prava koji pripada svakom pojedincu.

Na osnovu onoga što je do sada konstatovno, proizlazi da *Keneova* doktrina jasno razlikuje tri, relativno samostalna, ali, naravno, i uzajamno tesno povezana poretka, i to:

1) *prirodni poredak*, koji obuhvata prirodne zakone i u kojem svaki pojedinac shodno principu *laissez-faire*, uživa najpotpuniju moguću slobodu u pogledu ostvarivanja svojih interesa i koristi od svog vlasništva i svog rada, ali je prirodno pravo sadržano u ovom poretku u suštini neodređeno;

2) *pravedni poredak*, kao poredak prepoznatljiv, pre svega, po tome što se u njemu tačno određuje deo prirodnog prava svakog pojedinca na osnovu uloženog rada;

3) *pozitivnopravni poredak*, koji se svodi na zvanično objavljivanje u pisanim obliku prirodnih zakona da bi narod saznao kako oni tačno glase, jer bez poznavanja tih najviših (fizičkih i moralnih) zakona koji treba da budu osnov i sadržina pozitivnog zakonodavstva i vrhovna pravila za ponašanje ljudi, ne može se govoriti o bilo kakvom sigurnom znanju o tome šta je pravedno i nepravedno, kakva je razlika između opšteg i pojedinačnog interesa, koji su realni uzroci prosperiteta i propadanja naroda, šta je suština moralnog dobra i zla, koja su neprikosnovena prava onih koji izdaju zapovesti, a šta dužnosti onih kojima društveni poredak propisuje poslušnost, itd.

Sumirajući svoja razmatranja *Kene* konstatuje da se prirodno pravo svakog čoveka očigledno širi srazmerno tome koliko se poštuju pomenuti najbolji mogući zakoni koji ne sužavaju slobodu, jer su prednosti koje pružaju predmet boljeg izbora slobode. Stoga čovek razumno ne može da im uskrati poslušnost, pošto bi u tom slučaju njegova sloboda bila štetna kako za njega samog tako i za druge, odnosno to bi bila sloboda jednog bezumnika. Preciznije rečeno, ukoliko se čovek oglašuje o saznanja stečena putem prosvetljenog razuma koja ga upućuju na najpovoljniji i najbolji izbor između dve ili više mogućnosti, onda se on ponaša kao bezumno stvorenje koje samom sebi pravi štetu.

Izloženo *Keneovo* gledište jasno i nedvosmisleno sugeriše da je njegov prirodni ili racionalni poredak zasnovan na normativnoj nužnosti materijalnog tipa, a ne na apsolutnom determinizmu pod čijom vladavinom nema mesta za različite opcije; u racionalnom poretku, dakle, postoji mogućnost izbora na osnovu poznavanja stvari, a to, u krajnjoj liniji, nije ništa drugo nego zastupanje stava da je sloboda saznanje nužnosti, na čemu su posebno insistirali *Spinoza*, *Hegel* i *Engels*. U duhu svog doba i ovakvog gnoseološkog shvatanja slobode fiziokrati su se zalagali za prosvetčivanje naroda, ali i za obrazovanje vlasti radi njenog osposobljavanja za upravljanje državnim i javnim poslovima. U skladu s tim, u svakom radu »Opšte maksime ekonomske vlade u jednoj zemljoradničkoj državi«, *Kene* navodi da izučavanje prava nije dovoljno za uspešno obavljanje tih poslova, već je, po njemu, potrebno primorati one koji se opredele za službu u administraciji da izučavaju prirodni poredak koji je najpovoljniji za ljude koji žive u društvu.⁹

(4) Zasnivanje prirodnopravne doktrine na ekonomskoj podlozi u radovima rodonačelnika fiziokratske škole *F. Kenea*, predstavlja početak pretvaranja jusnaturalističkih ideja iz forme spekulativne filozofije u sistematsku ekonomsku misao ili početak procesa pretakanja prirodnog prava u političku ekonomiju koji će

⁹ Up. *Pol Gemeling*: »Veliki ekonomisti«, Beograd, Izdavačka kljižarnica Gece Kona, Beograd, 1931, str. 35.

dovršiti *Adam Smit*,¹⁰ tvorac ove fundamentalne discipline u korpusu ekonomskih nauka.

Drugim rečima, *Kene* je započeo, a *Smit* okončao transformaciju jusnaturalističkog učenja u akademski priznatu naučnu disciplinu, koje je inače u svojoj dugoj, viševjekovnoj istoriji, najčešće bilo protkano mnoštvom spekulativnih predstava o slobodi, pravdi, sreći itd., i tako se u krajnjoj instanci svodilo na svojevrsnu metafizičku tvorevinu, jer nije počivalo na iskustveno proverenom materijalu ili bar realno mogućim činjenicama, odnosno minimumu objektivnih fakata društvenog života.

Na ovom mestu takođe je bitno istaći da *Keneov* ideal prirodnog poretka nije bila nekakva apstraktna kategorija, veštačka konstrukcija van prostora i vremena, izolovana od svake istorijske stvarnosti, već tipski model izveden iz realnosti tadašnjeg kineskog carstva koje je počivalo na osobenom načinu proizvodnje i obliku vladavine inspirisanom duhom konfičijanskog učenja, koji su pokazivali neverovatnu žilavost i prilagodljivost mnogobrojnim izazovima tokom svog viševjekovnog egzistiranja na ogromnim azijskim prostranstvima.

Međutim, ono što *Keneovu* prirodnopravnu doktrinu čini osobenom, s obzirom na vreme njenog nastanka, svakako je primena sistemskog pristupa na proučavanje privrednih i društvenih fenomena. Kao lekar *Kene* je nesumnjivo bio sklon organskom shvatanju ekonomije i društvenog uređenja, a samim tim i prirodnog prava koje čini filozofski osnov njegovog učenja. Shodno tome, fiziokratka škola sa Kenom na čelu uvek je nastojala da svaku dimenziju prirodnog prava posmatra zajedno sa svim ostalima i da u svakom aspektu tog prava otkriva i identifikuje funkciju celine i jedinstva navedenog prava kao normativnog izraza prirodnog poretka ili poretka slobode u čije funkcionisanje država ne treba da se meša. Sistematsko sagledavanje tog poretka nije samo najviša forma izlaganja njegovih bitnih obležja, već i izvor saznanja po sebi, tj. neprekidno otkrivanje veza između pojmova koji čine znanje o prirodnom poretku, čime se omogućuju novi i dublji uvidi u njegovu strukturu i funkcionisanje, te se svaki pojedinac, zavisno od stepena poznavanja rezultata dobijenih na osnovu ovih uvida, opredeljuje za bolji ili lošiji izbor slobode delovanja.

(5) Na kraju, postavlja se, sa razlogom, pitanje zbog čega je *Keneova* škola pala u potpuni zaborav i obustavila svaku aktivnost još pre njegove smrti ako je već kao i *Adam Smit* propagirala najšire slobode u ekonomskoj sferi koje su u potpunosti odgovarale duhu nastupajućeg liberalizma? Pri tome, naravno, nije

¹⁰ Up. *Ljubomir Tadić*: »Pravo, priroda i istorija«, Srpsko filozofsko društvo, Beograd, 1975, str. 124 i 133. Akademik *Tadić* na navedenim mestima ukazuje da u jednom istorijskom momentu dolazi do pretakanja prirodnog prava u političku ekonomiju.

sporno da su u sferi politike Kene i njegovi jednomišljenici, u svojstvu pristalica apsolutne monarhije, zastupali prevaziđena i konzervativna shvatanja, odnosno predlagali uvođenje legalnog despotizma kao oblika vladavine i tako možda nesvesno zagovarali elemente državnog intervencionizma u privredi, kojem su se, inače, energično suprostavljali, imajući u vidu sklonost čuvenog ministra Luja XIV, *Kolbera* da uvodi razne povlastice i ograničenja, čime se stalno narušavao princip laissez-faire u praksi. Ipak ovde valja ukazati na činjenicu da je u relevantnoj literaturi odavno uočeno da ekonomski liberalizam ne mora da bude u simbiozi sa demokratijom i da diktature, uključujući tu i legalni despotizam koji su propagirali fiziokrati, često mogu mnogo efikasnije da štite svojinska prava od razvijenih demokratskih zemalja ukoliko ove nisu u stanju da se odupru socijalnoj demagogiji usmerenoj na preraspodelu materijalnih dobara i društvenog bogatstva u korist određenih interesnih grupa i društvenih slojeva.

Uzrok dugotrajnog zapostavljanja fiziokratskih ideja u naučnoj javnosti, Švajcarac *Ogist Onken* iz Berna, poznati priređivač kompletnog izdanja *Keneovih* ekonomskih i filozofskih dela, objavljenog prvi put u Frankfurtu 1888. godine, pripisuje razornom uticaju *Smitove* žestoke kritike fiziokratske škole, izrečene u njegovom glavnom delu »Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda« (1776) gde se između ostalog, nalazi i ova ocena fiziokratskog sistema:

»Taj sistem, koji proizvod zemlje predstavlja kao jedini izvor dohotka i bogatstva svake nacije, koliko ja znam, nije prihvatio nijedan narod i on sada postoji samo u teorijama nekoliko veoma učenih i dovtljivih ljudi u Francuskoj. Sigurno se ne bi isplatilo naširoko razmatrati zablude sistema koji nikada nije, a verovatno i nikada neće naneti nikakve štete ni u kom delu sveta.«¹¹

Ne ulazeći u opravdanost, odnosno osnovanost izrečene ocene, treba ipak imati u vidu *Engelsovo* upozorenje izneto u njegovoj polemici sa Diringom; naime, *Engels* ukazuje na činjenicu da je *Mirabo* u Francuskoj Ustavotvornoj skupštini 1789. godine bio prvi ekonomski autoritet i da je ta skupština prilikom sprovođenja svojih ekonomskih reformi veliki deo fiziokratskih teza prenela iz teorije u praksu i poimenično veoma visoko oporezovala zemljišnu rentu, neto-proizvod koji su zemljoposednici prisvajali bez ikakvog ekvivalenta.

Možda je tačan zaključak *Onkena* da je *Smit* želeo da svom učenju obezbedi mesto između dva teorijska pravca – markantilizma i fiziokratije, pa je u svojoj kritici stvar predstavio tako kao da princip prirodne slobode treba spasavati od obe ove škole. U skladu s tim, *Onken* smatra da *Smitova* kritika nije na visini ko-

¹¹ Up. *Adam Smit*: »Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda«, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 539, odnosno str. 627. čuvenog Kenanovog izdanja iz 1937, u originalu na engleskom jeziku (The Modern Librery, New York, 1937).

ja bi se od njega osnovano očekivala i da ona otuda ni na koji način ne dokazuje ono što hoće da dokaže.¹²

Nema sumnje da je izuzetno teško ako ne i nemoguće ulaziti u ispravnost navedene kritike ukoliko prethodno ne raščisti da li je ona isključivo inspirisana ličnim motivima ili se pak zasniva na čisto naučnim razlozima. Pošto je bez iscrpne analize potpuno nezahvalno i neracionalno upuštati se u rešavanje tog prethodnog pitanja, ovde je sasvim dovoljno još jednom konstatovati da je fiziokratska doktrina doživela svoju punu kritičku valorizaciju i teorijsku verifikaciju u *Marksovim* radovima, tj. u »Kapitalu« i »Teorijama o višku vrednosti«, a takođe i u delu nobelovca *V. Leontijeva*.

U ovom kontekstu ne bi valjalo, naravno, zanemariti ni doprinos fiziokratske škole kritičkom sagledavanju i prevazilaženju neosnovanih pretenzija evrocentrizma na monopolnu poziciju u tumačenju i objašnjenju opšteg društveno-ekonomskog razvoja čovečanstva, koji se pokazao znatno složenijim nego što ga je vekovima predstavljala zapadnoevropska naučna misao predvođena, između ostalog, i ortodoksnim marksističkim učenjem o istorijskim tipovima društva i njihovoj evoluciji kao prirodno-istorijskom procesu.

Adam Smit

(1) *Smitovo* prirodnopravno učenje nagovešteno u »Teoriji moralnih osećanja«, prilično je detaljno razrađeno u njegovim »Predavanjima o pravdi, politici, državnim prihodima i vojsci« (Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms« – u daljem tekstu: Predavanja) koja je prema beleškama

jednog studenta objavio 1896. godine *Edvin Kenan* (*Edwin Cannan, 1861–1935*), nekadašnji profesor na Londonskoj ekonomskoj školi (London School of Economics), inače najbolji poznavalac lika i dela velikog škotskog filozofa i tvorca političke ekonomije kao fundamentalne naučne discipline.

Svoj konačni oblik ova predavanja su, bar jednim znatnim delom, dobila u *Smitovoj* slavnoj knjizi objavljenoj 1776. godine pod nazivom »Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda« (u daljem tekstu: »Bogatstvo naroda«) za koju je Henry Thomas Buckle ustvrdio da možda predstavlja najznačajniju knjigu koja je ikad napisana.

Ova pohvala samo izražava opšte uverenje *Smitovih* savremenika u epohalni karakter navedene njegove knjige; ilustracije radi, na jednoj večeri na kojoj je

¹² Up. François Quesnay: »Oeuvres économiques et phisosophiques«, Scientia Verlag Aalen, 1965, str. XIX.

bio prisutan znameniti engleski državnik Pit celo društvo je ustalo kad je u salu ušao *Smit*, a *Pit* mu se obratio sledećim rečima: »Stajaćemo dok Vi ne sednete, jer svi smo Vaši učenici«. ¹³

Pa ipak, ma koliko bilo nesporno da »Bogatstvo naroda« predstavlja ostvarenje od izuzetne vrednosti ne sme se izgubiti iz vida nepobitna činjenica da je ono, u krajnjem ishodu, direktni proizvod Smitove prirodne jurisprudencije predstavljene u njegovim »Predavanjima« (*Lectures*). U tom smislu *Edvin Kenan* je dao vrlo iscrpan uporedni pregled istovnenih ili sličnih Smitovih stavova izloženih u »Bogatstvu naroda« i »Predavanjima«, iz čega se može nedvosmisleno izvući zaključak da se ova dva rada u mnogim tačkama suštinski više ili manje podudaraju, odnosno da su bar u vrlo bliskoj sadržinskoj vezi. Nadalje, isto tako je nepobitno da iz ova dva *Smitova* dela mogu jasno sagledati sazrevanje, razvoj (evolucija) i prerastanje njegove misli iz prirodnopravnog ili – ako se tako hoće – iz pravno-političkog u političko-ekonomski način razmišljanja.

U »Teoriji moralnih osećanja« ¹⁴ *Smit* konstatuje da svaki sistem pozitivnog prava može biti ocenjen kao više ili manje nesavršen pokušaj ostvarenja sistema jedne nauke prirodnog prava ili pokušaj nabiranja posebnih načela pravедnosti. Možda se moglo – nastavlja *Smit* – očekivati od pravnika da u vezi sa različitim nesavršenostima i potrebom poboljšanja zakona pojedinih zemalja ispitaju kakva su bila pravila prirodne pravde, nezavisno od svih pozitivnih institucija; takođe se moglo očekivati da bi ih takvo ispitivanje dovelo do pokušaja uspostavljanja jednog sistema koji bi se mogao nazvati prirodna jurisprudencija (nauka prirodnog prava) ili teorija opštih načela koja bi trebalo da prožimaju zakone svih zemalja i budu njihova osnova.

U stvari, ono što *Smit* želi da postigne jeste zalaganje za konstituisanje jedne filozofije prava nezavisne od postojećih rešenja bilo kojeg pozitivnog zakonodavstva, dakle, čija bi bitna karakteristika bila *apstraktna ili idealna opštost*, koja bi po nama, vrlo lako mogla da sklizne u puke spekulacije van prostora i vremena, a čija bi se sadržina, po pravilu, razlikovala od autora do autora. Protivteža ovakvom pristupu svakako bi moralo da bude insistiranje na *tipskoj opštosti* dobijenoj na osnovu najšire moguće primene uporednog metoda, s ciljem uspostavljanja sistema teorijskih apstrakcija izvedenih iz realnosti pozitivnog prava.

Nema sumnje da bi jedino na taj način *Smit* mogao doći do principa i standarda univerzalnog prava koji ne bi bili svedeni na neostvarljive ideale ili veštačke konstrukcije proizašle iz nekakve virtualne stvarnosti. No, *Smit* je bio

¹³ Up. Vil i Ariel Durant: »Ruso i revolucija«, (Istorija civilizacije), Vojnoizdavački zavod i »Narodna knjiga«, Beograd, 2004, str. 779.

¹⁴ Up. *A. Smit*: »Teorija moralnih osećanja«, CID Podgorica, 2008, str. 310 i 311. U engleskom originalu (Augustus Kelley – Publishers, New York, 1966) reč je o str. 501, 502 i 503.

čvrsto uveren u nadmoćnost prirodne pravde i prirodnog poretka nad ljudskim institucijama kao veštačkim tvorevinama čiji se život održava samo prinudom, pa mu se činilo da se valja ugledati na *Grocijusa* koji je prvi pokušao da pruži svetu nešto kao sistem opštih načela koja treba da budu utkana u zakone svih zemalja i predstavljaju njihov temelj; naime, uprkos svim svojim nesavršenostima, *Grocijusova* rasprava o pravu rata i mira, po oceni *Smita*, možda je najpotpunije delo napisano o ovom predmetu. U vezi s tim autor »Teorije moralnih osećanja« na kraju obećava da će posebno obraditi opšta načela prava i vladavine ne samo s aspekta pravde, već i policije, državnih prihoda i vojske, ali i svega ostalog što je predmet pravnog regulisanja.¹⁵

U predgovoru šestom izdanju »Teorije moralnih osećanja« objavljenom 1790. godine, *Smit* izričito napominje da je delimično ispunio ovo obećanje, bar kad su u pitanju policija, državni prihodi i vojska, a preostaje mu još da izloži teoriju jurisprudencije koju je odavno projektovao, ali je iz objektivnih razloga bio sprečen da tu svoju nameru sprovede u delo. Neposredno pred smrt *Smit* je, međutim, tražio od svojih prijatelja da se svi njegovi nedovršeni spisi spale što je i učinjeno, ali su srećom sačuvana njegova »Predavanja« (»Lectures«) na osnovu kojih je moguće uglavnom verno rekonstruisati njegovu misao o nauci prirodnog prava.

U Uvodu (Introduction) u »Predavanjima« *Smit* definiše jurisprudenciju kao nauku koja istražuje opšta načela koja treba da budu osnov zakona svih nauka i ponavlja o *Grocijusu* uglavnom ono što je konstatovao u »Teoriji moralnih osećanja«, s tim što se sasvim sumarno osvrće i na delo *Hobsa*, *Pufendorfa* itd. ali su njegova sasvim kratka zapažanja o ovim autorima više – manje irelevantna za savremenog čitaoca.

U središtu *Smitovih* razmatranja sadržanih u »Predavanjima«, kao i kod karmalista i tadašnjih pravih pisaca, nalazi se problematika javnog, porodičnog i privatnog prava, ali i pojedina pitanja međunarodnog prava. Autori knjige »Doktrina velikih ekonomista«,¹⁶ Miomir Jakšić i Lazar Pejić, posebno ukazuju na činjenicu da *Smitu* pripada zasluga za jasno razgraničenje pravne nauke od političke ekonomije, jer on u »Predavanjima« u okviru analize pravne sigurnosti građana raspravlja i o ekonomskim problemima, pre svega o bogatstvu i izobilju, kao faktorima bezbednosti građana i države, dok u »Bogatstvu naroda« u prvom planu se ističu ekonomski problemi, te se shodno tome, etički, pravni i filozofski

¹⁵ Up. str. 502 engleskog originala (»The theory of moral, sentiments« by Adam Smith, Augustus M. Kelley, Publishers, New York, 1966, str. 503, gde se između ostalog, navodi: »... not only in what concerns justice, but in what concerns police, revenue and arms, and whatever else is the object of law«.

¹⁶ Reč je o izdanju Ekonomskog fakulteta, Beograd, v. str. 70–78.

stavovi podređuju ekonomskim razmatranjima. Za razliku od pomenute dvojice pisaca, *Edvin Kenan* značaj »Predavanja« isključivo svodi na dokaz kojim se nedvosmisleno utvrđuje originalnost *Smitovih* ideja i njihova nezavisnost u odnosu na poglede koje su zastupali fiziokrati i neprikosnoveni rodonačelnik njihove škole *Fransoa Kene*.

Obe izložene ocene o smislu i domašaju »Predavanja« su sa svog stanovišta svakako tačne, ali po nama pažnju valja usredsrediti na tri ključna pitanja koja su pokrenuta u okviru ovog spisa, a razrađena u »Bogatstvu naroda«.

Reč je, u prvom redu o zaštiti svojinskih prava, zatim o problemu bezbednosti koji je tesno povezan sa pomenutom zaštitom i, najzad, o podeli rada i njenim različitim posledicama; ove tri teme nepobitno upućuju na zaključak da *Smit* u »Predavanjima« istupa kao pobornik jedne osobene koncepcije prirodnopravne doktrine u smislu njenog prerastanja iz spekulativne filozofije u pravnu politiku. Ovde valja istaći da je pravna politika, u neku ruku, samo drugo ime za prirodno pravo, utemeljeno na empirijskoj podlozi i realnim metodima, jer se, u krajnjoj liniji, i ona poput ovog prava shvata i tumači kao duhovna delatnost koja se sastoji u kritici pozitivnih propisa i predlaganju uputstava i mera za unapređivanje važećeg zakonodavstva.

Pravna politika u *Smitovoj* interpretaciji u suštini se svodi na granu prakseologije čiji je prvenstveni zadatak a iznalazi optimalna pravna rešenja, tj. da preduzima mere i aktivnosti koje će garantovati red, mir i opštu sigurnost u društvu liberalnog kapitalizma suočenog sa rastućim socijalnim antagonizmima i nepomirljivim konfliktima između bogatih i siromašnih građana i stalnim nasrtajima socijalno neprilagođenih slojeva na tuđu imovinu u obliku nezakonitog i nasilnog posezanja za tuđim dobrima.

S druge strane, u »Predavanjima« su vidljivi pokušaji da se obezbeđivanjem sigurnosti i jevtinoće i izobilja dobara podigne kakav-takav standard stanovništva i suzbiju tendencije uvećavanja opšteg siromaštva i kriminalne aktivnosti u društvu, što je kao neophodnost davno pre *Smita* uočio veliki humanista *Tomas Mor (1478–1535)* u eri prvobitne akumulacije kapitala koja se sprovodila sa bespoštednom surovošću i najokrutnijim metodama lišenim bilo kakve humanosti i obzira.

U »Predavanjima« *Smit* u duhu klasičnog liberalnog stanovišta izjavljuje da »sve dok postoji svojina svaka vlada će osiguravati bogatstvo i štiti bogate od siromašnih« (»Till there be property there can be no government, the very end of wich is to secure wealth, and to defend the rich from the poor«).¹⁷

¹⁷ Up. Adam Smith: »Lectures on Justice, Police, Revenue And Arms«, Augustus M. Kelley, Bookseller, New York, 1964, str. 15.

Notorna je činjenica da je kapitalizam od svog postanka do danas uvek funkcionisao u korist privilegovane manjine, s tim što su u moderno doba njegove prvobitne strahote i okrutnosti bitno ublažene i dobile sofisticiranu sadržinu. No, ne bismo smeli olako zaboraviti dešavanja u Engleskoj kada su »ovce proždiralale ljude« i kada se veliki humanista *Tomas Mor*, sa razlogom, pitao: »Qua rati-one fieri possit ne tam multi sint fures?« (»Kako se može postići da lopova ne bude tako mnogo?«), aludirajući na ondašnju situaciju u kojoj su ljudi lišeni svega usled naglog porasta do tada nezabeleženog siromaštva, najčešće pribegavali krađi.

Adam Smit takođe nije skrivao zabrinutost zbog neprestanog ugrožavanja privatne svojine, pa u svom glavnom delu »Bogatstvo naroda« primećuje da svuda gde postoji veliko bogatstvo, postoji i velika nejednakost; tako na jednog veoma bogatog čoveka dolazi najmanje pet stotina siromaha, a obilje nekoliko pretpostavlja oskudicu za mnoge ljude.

Obilje u posedu nekog bogataša izaziva negodovanje siromaha koje oskudica, ali i zavist, često podstiču da posežu za njegovom imovinom. Naime, vlasnika vredne imovine sve vreme okružuju nepoznati ljudi koje on nikada ne može umiriti, mada ih nikada nije ničim izazvao. Od njihove nepravde, po uverenju *Smita*, sposobna je da ga zaštititi samo moćna ruka (the powerful arm«) građanske vlasti stalno podignuta da kazni tu nepravdu.¹⁸

Razume se po sebi da je *Smit* bio duboko svestan da samo represivnim merama nije moguće uspešno voditi borbu protiv permanentnih nezakonitih nasrtaja na tuđe vlasništvo, u čemu su, po pravilu, prednjačili pripadnici socijalno neprilagođenih slojeva kao masovne kolateralne žrtve prvobitne akumulacije kapitala. Stoga se policiji, tj. državnoj upravi u »Predavanjima« stavlja u zadatak da preduzima preventivne aktivnosti kako bi se u jednoj zemlji obezbedili jevtinoća (Cheapness) ili izobilje materijalnih dobara i tako poboljšali ekonomski uslovi, smanjio broj siromašnih i uopšte povećalo narodno bogatstvo. *Smitova* policija bavi se suzbijanjem kriminala, sprovođenjem pravde, rešavanjem sanitarnih pitanja (kao što je npr. staranje o čistoći ulica) i dr., ali pre svega obezbeđivanjem i unapređivanjem opšte sigurnosti pojedinaca i društva koje se, ipak, može najbolje ostvariti podizanjem životnog standarda stanovništva. Zato nije neobično što se u »Predavanjima« dosta prostora posvećuje podeli rada, toj po mnogima najznačajnijoj strani *Smitove* doktrine, jer ona, u krajnjoj liniji, predstavlja glavno sredstvo za podizanje produktivnosti, a time i za postizanje opšteg blagostanja kao materijalne baze za vođenje delotvorne pravne politike.

S prirodnopravnog aspekta fenomen podele rada (ilustrovan u *Smitovim* »Predavanjima« i »Bogatstvu naroda« čuvenim primerom izrade čioda) posmatra

¹⁸ Up. »Bogatstvo naroda«, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 574.

se kao posledica sklonosti ljudske prirode da menja, trampi i zamenjuje jednu stvar za drugu. Ovakvo objašnjenje *Marks* je podvrgao kritici, tvrdeći da je pode-la rada uslov razmene, a razmena, opet, nije uslov podele rada. *S ekonomskog stanovišta* podela rada, kako se ističe u relevantnoj naučnoj literaturi, dovodi do neslućenog uvećanja proizvodnje, odnosno bogatstva naroda; ona povećava spretnost radnika, štedi vreme pri prelasku s jedne vrste posla na drugu, a pogoduje i tehničkim pronalascima.¹⁹ No, *Smit* je itekako bio svestan i negativnih posledica podele rada, jer ona, po njemu, dovodi do intelektualne degradacije čoveka, idiotizma profesije i svođenja radnika na dodatak mašini. Klasici marksizma su, pak, fenomen podele rada izjednačavali sa otuđenjem (alijenacijom), pa su tvrdili da je put za ukidanje otuđenja prevazilaženje podele rada. Štaviše, u »Nemačkoj ideologiji« su maštali o totalnom čoveku koji će u komunizmu imati mogućnost da se istog dana bavi i lovom i stočarstvom i kritikom, a da pri tome ne postane ni lovac, ni pastir ni kritičar, tj. da ne bude zarobljenik nijedne profesije. Danas se podela rada shvata kao drugo ime za organizaciju (red) koja se obično definiše kao proces deobe i istovremenog povezivanja (putem rukovođenja) radnih operacija (poslova) podeljenih među ljude opremljene odgovarajućim sredstvima i obučene za uspešno obavljanje tih operacija radi postizanja određenog cilja, tj. izvršavanja određenog zadatka.²⁰

Kada se, pak, podela rada jednom uvede, onda, po *Smitu*, ostaje veoma malen deo potreba koje čovek može podmiriti proizvodom vlastitog rada«; najveći deo svojih potreba on podmiruje zamenjivanjem (razmenom) i tako svaki čovek živi od zamenjivanja i postaje na neki način trgovac, a samo društvo postaje, u stvari, trgovačko društvo.²¹

(2) Mada odnose između ljudi u ekonomskoj sferi svodi na egoizam, s obzirom na činjenicu da tu svaki pojedinac sledi isključivo sopstvene interese i otu-da se, po prirodni stvari, ponaša kao trgovac u trgovačkom društvu, njega ipak vodi, po *Smitu*, jedna nevidljiva ruka da ostvaruje i određeni korisni društveni cilj koji uopšte nije nameravao da postigne.

Ovaj stav da pojedinac, ostvarujući svoj interes, često unapređuje i interes društva, i to delotvornije nego kad stvarno nastoji da ga unapređuje, po svom značenju podseća na paradoksalnu tezu londonskog lekara holandskog porekla dr *Bernarda Mendevila (1670–1733)*, sadržanu u vidu naravoučenija u njegovoj »Basni o pčelama« da su poroci i nemoralni postupci pojedinaca neophodan uslov opšteg blagostanja društva. *Mendevilove ideje* ove vrste prosto su šokirale

¹⁹ Vidi npr. B. Šoškić: »Razvoj ekonomske misli«, Institut za ekonomska istraživanja, Beograd, 1970, str. 76–77.

²⁰ Up. E. Pusić: »Nauka o upravi«, Školska knjiga«, Zagreb, 1973, str. 135.

²¹ Up. »Bogatstvo naroda«, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 47.

njegove savremenike i izazvale brojna negodovanja, pa se u toj osudi pridružio i *Smit* u »Teoriji moralnih osećanja«, premda je ipak bio prinuđen da prizna kako u *Mendevilovoj* postavci »privatni porok – javna korist« ima i jedno zrnce istine.²² U stvari, *Mendevil* je u svojoj basni otkrio istinu koju će docnije prihvatiti *Gete* u svom »Faustu« ustvrdivši da je zlo, a ne dobro, pokretač objektivnog napretka, a tu istinu će kao zakon negacije negacije u svoj filozofski sistem uklopiti i *Hegel*.

Nevidljiva ruka koja je, po tvrđenju znamenitog američkog ekonomiste *Keneta Galbrajta* (*John Kenneth Galbraith*) najpoznatija metafora u ekonomiji, prvi put se, inače, pojavljuje u »Teoriji moralnih osećanja«²³ gde takođe spontano obavlja funkciju unapređivanja interesa društva, što drugim rečima znači da »problem Adam Smit« («das Adam Smith Problem») koji su postavili pojedini nemački filozofi, zapravo, ne postoji. Bliže rečeno, mada *Smit* u ekonomiji zagovara egoizam, a u sferi etike i morala – altruizam, čini se da je sasvim ispravno tumačenje onih poznavalaca Smitovog dela, među koje spada i *Fridrih Jodl*, da postoji moralni nedostatak kod čoveka koji ne vodi računa o svojim privatnim, sopstvenim interesima.

Takođe se ekonomska oblast, bez obzira na to što u njoj caruju egoistički interesi, ne sme poistovećivati sa područjem gde caruje *Hobsov* nemilosrdni rat svih protiv svih, jer takmičenje, konkurencija, za *Smita* ne predstavlja uništavanje protivnika korišćenjem svih mogućih sredstava radi osvajanja monopolskih pozicija na tržištu, već se svodi na pošteno nadmetanje između suparnika uz strogo poštovanje pravila igre.

(3) Za razliku od prirodnog ili razumnog poretka fiziokrata koji kao ideal tek treba da se uspostavi u Francuskoj po uzoru na Kinu, *Smitov* sistem prirodne slobode, kao izraz njegovog nepokolebljivog uverenja o nadmoći spontanih nad ljudskim institucijama, konstituiše se sam od sebe čim se uklone razna ograničenja i povlastice uvedeni uz pomoć državne prinude. U tome se po *Miltonu Fridmanu* ogleda bljesak genija *Adama Smita*, koji je uočio da cene što nastaju na slobodnom tržištu mogu da koordinišu aktivnosti miliona ljudi, od kojih svaki traži svoj sopstveni interes, i to na takav način da svakome bude bolje. Bila je to, po *Fridmanu*, u pravom smislu jedna zapanjujuća ideja da ekonomski poredak može da se pojavi u smislu nenameravane posledice radnji mnogih ljudi, pri čemu se svaki od njih nalazi u potrazi za sopstvenim interesom.

Prema *Smitovom* sistemu prirodne slobode, državi, odnosno vladaru ostaju samo tri dužnosti koje je *E. Kenan* sažeo u tri lapidarne formulacije, koje glase: 1) odbrana zemlje (the defence of the country); 2) sprovođenje pravde (the admi-

²² Up. Adam Smit: »Teorija moralnih osećanja«, CID, Podgorica, 2008, str. 286.

²³ Up. op. cit., str. 163.

nistration of justice); 3) održavanje izvesnih javnih radova (the maintenance of certain public work).²⁴

Ipak ovaj mnogohvaljeni sistem prirodne slobode koji, na prvi pogled, zahteva samo minimalnu državu, trpi određena ograničenja čije delovanje, bez sumnje znatno sužava spontano odvijanje ekonomskog života, i to u dva pravca.

Prvo, svaki pojedinac može, u načelu, da potpuno nesmetano sledi svoje interese i uživa koristi od svog vlasništva i rada, ali pod uslovom da ne krši zakone ili pravila pravde. Ova pravila čine, po *Smitu*, »glavni stub na kojem počiva celokupna građevina« društva, što se često zapostavlja u mnogim interpretacijama njegovog učenja koja isključivo insistiraju na neprikosnovenosti principa laissez faire u ekonomskim aktivnostima. No, nema nikakve sumnje da sloboda nije proizvoljnost već dužnost podređivanja zakonu koji smo sami sebi propisali kao umna bića (Kant); sloboda je, zapravo, ono što zakoni pravde dopuštaju.

Drugo, u »Bogatstvu naroda« nadležnost vladara, odnosno države nipošto se svodi na tri ovlašćenja o kojima je bilo reči jer se na drugim mestima u ovom delu nailazi na stavove koji ubedljivo svedoče da su kompetencije suverena u svakom slučaju šire nego što se to obično pretpostavlja; tako npr. *Smit* govori o merama carinske zaštite u interesu narodne odbrane, o utvrđivanju zvanične stope kamate, o finansiranju obavezne osnovne nastave itd.²⁵ iz čega se izvodi zaključak da obim državnog intervencionizma kod njega nije striktno omeđen, niti su ingerencije države u privrednom životu taksativno utvrđene.

(4) Osnovna, ali i trajna vrednost *Smitovog* sistema moralne filozofije ili sistema društvenih nauka²⁶ svakako počiva na njegovom metodološkom pristupu. Moralna filozofija koju je on predavao na Univerzitetu u Glazgovu objedinjavala je u jednu koherentnu celinu etiku, jurisprudenciju i političku ekonomiju, pa je danas već sasvim izvesno da je poznavanje, recimo, spisa »Teorija modernih osećanja« (1759) nužan preduslov za ispravno razumevanje njegovog kapitalnog rada »Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda« (1776). Naime, mada se, na prvi pogled, čini da između ova dva dela, od kojih prvo promovise altruizam, a drugo egoizam, tj. privatni interes, nema nikakvih dodirnih tačaka, nesporno je da navedena suprotnost nije ništa drugo nego običan privid, jer kao što je svojevremeno tačno zapazio mladi *Marks* »nacionalna ekonomija izražava samo na svoj način moralne zakone«. Konkretno, u analizi ekonomskih i drugih društvenih po-

²⁴ Up. A. Smith: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, The Modern Library, New York, 1937, str. 651).

²⁵ Up. Pol Gemeling: »Veliki ekonomisti«, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1931, str. 101, fusnota 5.

²⁶ Up. *A System of Social Science* (Papers relating to A. Smith by Andrew S. Skinner, Clarendon Press – Oxford, 1979).

java *Smit* je u podjednakoj meri i podjednako uspešno primenjivao ono što se u savremenoj naučnoj metodologiji naziva liberalni, odnosno komunitarni pristup, svestan dualizma ljudske prirode kojoj su istovremeno svojstveni sebičnost i društvenost, pri čemu zastupnici psihoanalize tvrde da prva ima svoje korene u nagonu samoodržanja, a druga u ljudskoj seksualnosti. Uopšte uzetv, ako je etika skup principa po kojima tržišna privreda i tržišno društvo treba da funkcionišu, onda je ekonomija skup pravila prema kojima oni stvarno funkcionišu, s tim što je vezivnu kariku između njih *Smit* namenio prirodnoj jurisprudenciji, čiji je zadatak da navedene moralne principe svede na praktične operacije izražene u formi obavezujućih normi, odnosno prevedu na racionalna pravila ekonomskog ponašanja radi ostvarivanja materijalnog blagostanja zajednice.

Smitu je u ekonomiji bio svojstven prirodno-pravni način razmišljanja, te kauzalno-eksplikativna razmatranja on meša sa normativno-vrednosnim rasuđivanjima; tako, kad opisuje i objašnjava ekonomsku stvarnost, on nastupa kao naučnik, a kad pokušava da je unapredi, tj. transformiše u poredak spontanosti, harmonije i slobode, njegovo učenje u bitnim tačkama podseća na preruseno prirodno pravo. Ova okolnost, međutim, nipošto ne predstavlja manu *Smitove* metodologije, pošto se njegova doktrina svesno oslanja na određene vrednosne sudove, odnosno odgovarajuće normativne sadržaje, polazeći od prećutnog stava da je čitava oblast socijalnog u stvari, sfera normativnosti u kojoj važe ekonomske slobode kao pretpostavke svih drugih sloboda. *Smitova* politička ekonomija pozvana je da bude na usluzi zakonodavcu kao tipična naučna disciplina u funkciji pravne politike ili grane prakseologije koja se bavi pitanjima de lege ferenda, tj. izgradnjom i unapređivanjem poretka slobode i odgovornosti, ili, kako bi se to danas reklo, problemima održivog razvoja privrede i društva. Bez upuštanja u dalje razmatranje ove teme, ovde se treba zadovoljiti konstatacijom da je *Smitova* prirodna jurisprudencija neposredno iznedrila *Smitovu* političku ekonomiju kao svojevrsno preruseno prirodno pravo, sa moralnim i ekonomskim osnovom.²⁷

ZAKLJUČAK

U izvornom ili autentičnom smislu reči, klasična politička ekonomija, označava politički pristup proučavanju ekonomskih pojava i smatra se anatomijom građanskog društva, ali i najveličanstvenijim proizvodom novovekovnog prirod-

²⁷ Izraz »prirodno pravo sa moralnim i ekonomskim osnovom« potiče od istaknutog francuskog teoretičara međunarodnog javnog prava između dva svetska rata, *Luja le Fira* (napomena autora).

nog prava sa moralnim i ekonomskim osnovom, oblikovanog u delima *fiziokrata i Adama Smita* u vidu fiziologije građanskog društva, ili pravno-političke doktrine utemeljene na zakonitostima slobodnog tržišta.

Shvaćeni na izloženi način, politička ekonomija i prirodno pravo svode se na dve međusobno komplementarne discipline sa naglašenom metodološkom funkcijom, koje čine dijalektičko jedinstvo. Pri tome prirodno pravo fiziokratske škole na čelu sa *F. Keneom* predstavlja filozofski osnov, a *Smitova* prirodna jurisprudencija neposredno idejno ishodište političke ekonomije kao grane nauke u službi zakonodavca, koja ima dva glavna cilja: prvo, da omogući narodu da pribavi sebi obilan dohodak ili izdržavanje i drugo, da snabde državu ili zajednicu dohotkom dovoljnim za javne službe.²⁸

Bliže rečeno, politička ekonomija u učenjima *Kenea* i *Smita* najtešnje je povezana sa prirodnim pravom, čija se suština sastoji u pravnoj politici, odnosno u neprekidnom preispitivanju i kritičkom vrednovanju postojeće organizacije tržišne privrede i tržišnog društva radi otkrivanja i identifikovanja racionalnih i humanih mogućnosti sadržanih u postojećim činjenicama društvenog života. Shodno tome, ako postojeća organizacija privrede i društva ne dopušta nesmetano ispoljavanje navedenih mogućnosti, onda njena praksa (njeno funkcionisanje) kako bi rekao Bloh, egzistira izvan istine i kao takva ne može da bude kriterijum istine budući da nije smisljena, racionalna, pravedna i sl. već štetna, protivna interesima ogromne većine građana, destruktivna, iracionalna, pa čak i opasna za dalji opstanak najvećeg mogućeg broja ljudi u njihovom dostojanstvu.²⁹

Moderno čitanje *Keneovih* i *Smitovih* tekstova upućuje na zaključak da njihovo prirodno-pravno učenje, zasnovano na zakonitostima robne proizvodnje i moralnim normama inspirisanim idejama slobode i pravde, predstavlja, zapravo, *najegzaktiji oblik jusnaturalizma* koji se temelji na saznanjima političke ekonomije. Zadatak je tog tipa jusnaturalizma da neprekidno kritički vrednuje, usmerava i usklađuje, odnosno unapređuje organizaciju privrednog i društvenog života kako bi svaki pojedinac mogao da slobodno sledi svoje interese i da uživa u koristi od svog vlasništva i rada, naravno pod uslovom da ne krši zakone pravde. Jer, pravda je, kako je već pomenuto u drugom poglavlju (odjeljak b, odsek 3) ovog ogleada glavni stub na kojem počiva, po *Smitu* celokupna građevina društva, što drugim rečima znači da su sloboda i pravda međuzavisne i komplementarne vrednosti, koje se ne smeju posmatrati i proučavati izolovano i nezavisno jedna od druge tj. kao dve kategorije koje nemaju ničeg zajedničkog.

²⁸ Up. Adam Smit: »Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda«, Global Book, Novi Sad, 1998, str. 355.

²⁹ Up. Đuro Šušnjić: »Metodologija«, Čigoja štampa, Beograd, 1999, str. 114 i 115 (fusnota 24).

Na kraju, valja ukazati na univerzalni karakter prirodnopravnog pristupa koji je utkan u predmet klasične političke ekonomije i čini njen integralni deo. Pomenuti pristup predstavlja ne samo negaciju svih formi ortodoksnog, odnosno ekstremnog pozitivizma nego i svih vidova scijentizma kao nekritičkog imitiranja metoda matematike i prirodnih nauka i njihove mehaničke, necelishodne i pogrešne primene na rešavanje ekonomskih i drugih društvenih problema, što, po *Hajeku*, spada u zloupotrebu razuma ili kontrarevoluciju nauke, a po nama – u tipični oblik tehnokratizma, prepoznatljiv po dominaciji inženjerskog tipa mišljenja³⁰ na području gde mu nema mesta.

ZORAN I. JELIĆ, LL.D.,
Consultant »Economica«,
Belgrade

NATURAL LAW AND POLITICAL ECONOMY

Summary

The author discusses in his article a specific variant of the natural law doctrine as the form of natural law with moral and economic foundations that is political/economic concept of that law, formulated by physiocrats in their works, headed by *Francois Quesnay*, (1694–1774) and *Adam Smith* (1723–1790) Scot professor of moral philosophy at the University in Glasgow, namely the founder of the political economy as the fundamental theoretical discipline within the system of economic sciences.

In judging the value and importance of the mentioned concept of natural law, it should be appreciated first of all that it directly gave birth to the political economy, which represents political approach to the study of economic phenomena and processes and is deemed to be the anatomy of civic or capitalist society, that is a branch of science in the service of legislator. As such it has been synthetic science since its inception till our days with prominent social and historical character, featuring regularly and almost equally the description and analysis on the one hand and value and normative contents on the other.

However, aspiring at maximum exactness of its standpoints and conclusions, the modern theoretic economic though has focused as of recently and almost exclusively on the research of purely economic phenomena, which in the final instance resulted in a specific liquidation of political economy or more precisely, its excommunication from the corpse of economic sciences and simultaneously its substitution with exact economics, relying on the broadest possible

³⁰ Up. F.A. Hajek: »Kontrarevolucija nauke«, CID Podgorica, 1999, str. 14–16.

application of mathematical and statistical methods in consideration and resolution of the principal and topical economic issues.

According to the author of this article, the mentioned trend negatively affects, already today and shall do ever more so in future, the quality of normative regulation of social relations in view of the fact that political economy highly suits, by its methodological orientation and main contents, to the needs and requirements of to structure and enhance legal order founded on liberal democratic principles, unlike the current economic science, which is practically useless for these purposes because of its abstract character, that is perception of economic problems outside social flaws.

In this context the fact to point is that the political economy as a science in the service of the legislator has the task not only to explain the reality but to help change it towards the desired route and hence cannot be deprived of value judgments, critical evaluations, certain instructions and recommendations, etc.

Modern reading of Quesnay's and Smiths' texts undoubtedly offers the conclusion that their natural law teaching, based on the laws of commodity production and moral norms inspired with the ideas of freedom and justice, constitute, in fact, the most exact form of *jus naturale* in the history of natural law thought.

The mandate of this type of *jus naturale*, being yet another name for modern legal policy, consists of permanent critical valuation, guidance, adjustment, namely sophistication of organization and functioning of economic and social life so that each individual could smoothly entertain own interests and enjoy benefits of ownership and work, provided of course no breach of the laws of equitability, which according to *Smith*, are the pylon of entire structure of human society organized in keeping with the system of natural liberty.

RELATIVIZACIJA PROKLAMOVANE VREDNOSTI

I

Apel prihvatanju određene vrednosti predstavlja deo propagandnog materijala, sa pretenzijom da stvara javno mnjenje povodom odnosa ljudi na određene stvari. Ono se odvija prema stečenom znanju o određenim elementima date stvari, primereno opštem razvoju ljudskog uma, od značaja za prihvatanje ponuđenog. Ponuđeno ne odražava stvarnu vrednost stvari, nego njen oblikovani vid, podoban za prihvatanje formirane vrednosti. Nudi se prikazano stanje formiranog oblika vrednosti, u vezi sa njenim prirodnim stanjem, ali nezavisno od stvarne vrednosti. Ono je izraz ljudskog odnosa prema određenim društvenim pojavama datog razvoja civilizacije. To je, u suštini, subjektivni odnos ljudi prema objektivnim stvarima, primereno shvatanju ljudi prema ustaljenom obliku života. In objecto se izražava u vrednosti pogleda ljudi prema njemu. Stvarnost se preslikava u meri prihvatljivosti od strane onih kome je upućeno. Ono je vrednost u meri sposobnosti ljudi da se njima koristi radi ostvarivanja svoje potrebe. Potreba je odnos subjekta prema objektu, na relaciji saznanja realne vrednosti i objektivne mogućnosti korišćenja stvarne vrednosti. Drugačije rečeno, ono predstavlja društvenu vrednost u određivanju mere saznanja značaja skopčano sa mogućnošću korišćenja, koja se inače ne poklapa sa stvarnom vrednošću prema svojim prirodnim svojstvima. Ljudi su upućeni da se koriste vrednostima na koje su,

i kako su one, proklamovane. Kako su naša opažanja prolazna, sledstveno tome relativna u vremenu i prostoru, proklamovana vrednost ne predstavlja objektivno stanje stvari. Proklamacija je, dakle, slika koja pričinjava stvarne vrednosti. Prikazana vrednost je forma ljudskog čula, bez potpune sadržine prirodnog svojstva stvarne vrednosti. I najbolji prikaz saznatog prirodnog svojstva proklamovane vrednosti, ne može se prihvatiti kao čin savršenog, pri činjenici nesavršenog ljudskog uma. Ratio, proklamovane vrednosti su relativnog karaktera u vremenu i prostoru, po samoj logici stvari, bez obzira od koga potiče i na koje se odnosi.

Proklamovane vrednosti imaju svojstvo opšteg karaktera, po osnovu trajnosti delanja u vremenu, primenljivosti na široku masu ljudi, prilagodljivosti prostoru u kojima se dešavaju različiti događaji, primerenošću različitim ljudskim grupacijama formiranih osobenim oblicima života i slično. Opštost odražava prihvatljivost regulacije odnosa ljudi ustaljenog društvenog života, nivoa razvoja civilizacije, a ne apsolutnost vrednosti. Deklaracije određene vrednosti, sa premisom generalnog, skopčano je sa odnosom opšteg dobra u odnosu na interes posebnih, trajnijeg naspram prelaznog, kvalitetnijeg od drugih. Kako ponudeno ne potvrđuje večnost, proklamovana vrednost je relativna u odnosu na postojeće stanje i težnje ka željenom cilju, s pretenzijom da uspostavljeni međuljudski odnos vodi ka većem nivou društvenosti. Proklamovano, dakle ne nudi večnost ponudnog načina zajedničkog života, te nije skopčano sa krajem razvoja ljudske civilizacije.¹ Jer, ona ima istorijsku ulogu u razvoju obezbeđenja boljeg, bez pretenzije potvrđivanja večnosti ponudnog kvaliteta. Prema univerzalnosti u vremenu i prostoru, ona ima relativni odnos prema posebnostima. Bez relativiziranog odnosa prema proklamovanim vrednostima, ne može se govoriti o deklaraciji univerzalizacije vrednosti. Jednom rečju, proklamovano prolazi kroz sito relativnog u utvrđivanja stvarne vrednosti, s jedne strane, i kroz analizu mogućnosti realizacije opšte vrednosti u osobenim društvenim prilikama života. Vrednosti u svojoj celini su objektivne i apsolutne, koje se mogu izraziti u relativi, shodno saznanju delova pojedine vrednosti u evoluciji razvoja ljudskog uma.

¹ Aludirajući na savršenost zapadne civilizacije, Francis Fukuyama apeluje na: uvođenje slobodnog tržišta; bez obzira na važeće ekonomske odnose pojedinih zemalja, od značaja za vladavinu liberalizma, kao jedinog i osnovnog sistema koji obezbeđuje slobodu; izgradnju demokratije, kao savršenog sistema u političkim odnosima; priznavanja individualnih prava ljudi, na kojima se zasniva vladavina prava, za koje smatra apsolutnim vrednostima, te ističe da istorija neće u budućnosti beležiti druge društvene formacije, sa kojima se do sada bavio. Sadržinu svojih teza o budućnosti sveta, izrazio je u nazivu svoje knjige, pod naslovom »The end of History and the Last Man«, štampana 1992. god. u New York-u, koja je prevedena na mnogo jezika, pa i na srpskom (...). No, samo posle jedne decenije, isti autor će objaviti drugu knjigu, pod naslovom »Our Posthuman Future«, prevedena na srpski, Đ. Krstić, izdanja CID iz Podgorice, 2003, u kojoj ukazuje na mnoštvo nehumanosti koje se dešavaju na prostoru zapadne civilizacije, izražavajući svoj skepticizam za budućnost sveta.

Nedostižna apsolutna vrednost je vodilja upoznavanja njegovog objekta. Saznanje pojma vrednosti ne umanjuje prirodno svojstvo celine datog objekta, te proklamacija saznate vrednosti je relativna na putu saznanja ukupne vrednosti. Stvarna vrednost je objektivna, nepromenljiva i večna u svom prirodnom biću, i ono ostaje da živi irelevantno od mogućnosti korišćenja od ljudi kojima je namenjena. Postojanje stvarne vrednosti je poziv ljudima da saznaju sva njena svojstva, koja će doprineti u namirenju njihovih potreba. Proklamovane vrednosti od strane određenih grupa ljudi, samim tim, ne čini datu stvar vrednim za sve, prema tome, ne uživa epitet univerzalnog. Utvrđivanje stvarne vrednosti predstavlja saznanja svakog i svih ljudi, određenih ili svih dobrih svojstava njenog objekta, pojedinačno i ukupno, u zavisnosti od mogućnosti korišćenja datog dobra i potrebe za tim stvarima. Priroda je tu građa, a ne tema njenog potpunog saznanja. Jonska filozofija nije imala tendenciju da otkrije prirodu, nego se pozabavila njenom supstancijalizacijom². Vrednosti se ne utvrđuju da bi služile drugima, nego zbog sebe. Uostalom, opšte vrednosti izvire iz posebnih. One su u suštini uopštavanja pojedinačne ili ideje određene grupe, potvrđene prihvatanjem od velike većine. Ono potiče od posebnog, a na pijedestal opšteg se uzdiže prihvatanjem od strane pojedinaca. Zar Sokratova ličnost nije postala simbol slobodnog subjektivizma, koja je prerasla u moralnost ljudskog ponašanja. Subjektivni odnos prema opštem stanju stvari, u istoriji razvoja društvenih odnosa, zabeležno je kao prvi korak slobode čoveka.³ Individualizam, kao izraz posebnosti prema opštem, osnovni je motiv čoveka da ulazi u zajednicu. Čovek prihvata društveni život zbog svojih individualnih potreba. Ulaskom u određenu zajednicu, pojedinac svoj subjektivitet ne predaje društvu, već svoje ponašanje usaglašava sa drugima, radi olakšanja svog života.

II

Kreativnost relativizacije opšteg, između ostalog, sastoji se u oslobođenju od dogmi ostvarivanja apsolutne vrednosti, zbog činjenice nedostižnosti, prihvatajući prolaznosti relativnog dejstva stvarne vrednosti, shodno datom saznanju

² Podrobnije o tome vidi u podnaslovu »Politička misao helenskog sveta« iz knjige autora-Nerkez Smailagića, pod naslovom: *History'a političkih doktrina*, Zagreb, 1970.

³ Obraćajući vladaru svoga vremena – Kserksu – Herodot je umno izneo, da sloboda u deklarisanju ljudi o vrednostima koje zakon štiti, sprečava anarhiju slobode samovoljnog ponašanja po sopstvenom nahođenju, zasnovano na pokoravanju jedni pred drugim na bazi fizičke moći, koja se ne može odobriti, te dodaje: »Oni su slobodni (Spartanci) ali ne u svakom pogledu. Njihov vrhovni zapovednik je zakon i njega se oni vise boje nego tvoji podanici tebe.«

predmetne vrednosti i stvorenim uslovima korišćenja istih, radi poboljšanja postojećeg stanja, na putu usavršavanja društvenog života. Značaj relativnosti se sastoji u ulozi pomeranja postojećeg stanja na bolje. Ona je važna i u odigravanju uloge u odnosima između objektivne vrednosti i subjektivnog odnosa ljudi, ograničena objektivnim stanjem životnih prilika u kome mogu delovati. Relativizacija proklamovane vrednosti, u suštini predstavlja čin evolucije razvoja društvenih odnosa u postepenom saznanju objektivne vrednosti, uz stalna unapređenja kroz poboljšanja stanja u upoznavanju novog kvaliteta života.

Relativnost bi se mogla tretirati kao dato stanje života uokvireno stvorenim društvenim prilikama, a proklamovana vrednost kao cilj kome se teži. Drugim rečima, relativnost predstavlja realnost života koja ne zadovoljava, dok proklamovane vrednosti ideal kome se nada. Prema idealizovanom, realnost bi trebalo da se odnosi na relativizaciju ponuđene vrednosti, na osnovu iskustva.⁴ Time, relativizacija proklamovanih dobara ne umanjuje značaj ponuđene vrednosti, nego proverava njihovu stvarnost, s jedne strane, i igra ulogu prilagođavanja datim uslovima života. Ona trasira put evolucije radikalnih događaja. Kroz korekciju proklamovane vrednosti, relativizacija proverava istinitost ponuđene vrednosti, i približava uslovima života prema važećim društvenim odnosima.

Kako društveni razvoj prate nepredviđena zbivanja, relativizacija potvrđene vrednosti, koja čini kamen unapređenja društvenih odnosa, ima za cilj obezbeđenje opstanka načela, prilagođavajući utvrđena dobra prolaznim nedaćama nastalog društvenog stanja. Kao dar prirode, vrednosti su večne, te kao takve one su univerzalnog karaktera, u službi svakog i svih ljudi, koji deluju različito u vremenu i prostoru. Stoga, njihovo opšte stanje ima relativno dejstvo, u zavisnosti od mnoštva društvenih faktora koji utiču na korišćenje datih dobara. Prema tome, relativizacija proklamovane vrednosti, ima ulogu odbrane potvrđene vrednosti, pred nastupom poremećenih društvenih odnosa, u određenim situacijama, pored uloge postepenog pripremanja uvođenja u život potvrđene vrednosti. Ono, dakle, predstavlja mehanizam odbrane od raspada potvrđene vrednosti i spas od lebdenja neproverenih dobara.

⁴ Fransis Fukuyama, istoriju razvoja Američkog režima, za koji kaže da je počeo 1776. godine, u svojoj knjizi *Naša posthumana budućnost*, analizirao pod podnaslovom »Početak posthumane istorije«. Pozivajući se na reči Abraham Linkolna, ističe da jednakost u slobodi trebala bi da postoji samo zato što postoji prirodna jednakost koja je osobena za čoveka. Kritičari su, međutim, ukazivali da Sjedinjene Američke Države nikada nisu ispunile taj ideal jednake slobode za sve, pa su u svojoj istoriji iz tog isključivali čitave grupe stanovništva. Pošto je jednom ustanovljeno da sva ljudska bića imaju prirodna prava, najvažnije diskusije u američkoj političkoj istoriji vodile su se oko toga ko sve ulazi u taj volšebni krug »ljudi« za koje je u američkoj Deklaraciji rečeno da su stvoreni jednaki. Taj krug u početku nije obuhvatao žene, zatim crnce, pa belce koji nemaju imovinu.

Kada stvarnost u velikoj meri izostaje sa opštim razvojem, te život čini nepodnošljivim, a pri tome ne postoji ideja za prevazilaženja datog stanja, onda temelji socijalnog života se nalaze na pragu rušenja. Veliki poznavalac istorije razvoja Rimske imperije, Tita, ističe da Rimljani, u prvom veku hrišćanske ere, nisu mogli da podnesu svoje mane, a što je najteže, nisu imali ideju za prevazilaženje datog stanja, zbog kojeg je ova velika imperija morala da propadne. Ako se ima u vidu konstatacija navedenog istoričara pomenute imperije, i mnoge druge činjenice iz razvoja ljudske civilizacije, onda velikim pobornicima očuvanja status qua stanja postojećih društvenih odnosa, nema mesta učešća u izgradnji opštenja među ljudima, koliko i proklamatorima neostvarenih ideja. Prevazilaženja raskoraka između zastarelih odnosa koje život ne tpi, i proklamovanja vrednosti koje nisu primerene stvarnosti, valja tražiti u oplemenjivanju izgradnje odnosa relativizacije apelovanih ideja.⁵

U osnovi, ideje su deo naše stvarnosti, te po tome misli dobijaju veću snagu od našeg realnog okruženja, i na toj osnovi one (misli) nalaze oslonac pretvaranja ideje u stvarnost. Ideje imaju karakter novog, ali ne smeju da pretenduju na originalnost, jer su u osnovi plod saznanja postojećeg. Preterivanje se negativno odnosi na produktivnost ideje, i predstavlja odraz lenjosti u saznanju. Ideje su budnost života u obezbeđenju budućnosti. Postizanje postavljenih ciljeva u zadovoljavajućoj formi, ne predstavlja krajnju nameru, kome teži čovek, već predstavlja osnovu putokaza u ostvarivanju potpunog cilja. Vezano sa temom ovog rada, nespojive kategorije vrednosti ne stavljaju se u međusobni relativni odnos, radi provere njihovog nespojivog značenja.⁶

III

Jedna strana medalje odnosa relativizacije prema proklamovanim vrednostima, predstavlja odraz pretenzije očuvanja osobenog oblika života izgradene društvene zajednice. Naše navike na određena ponašanja, oslobođena od nostal-

⁵ Papa Jovan Pavle, u tekstu iz 1996. godine (John Paul II, 1886) kaže: »danas gotovo pola veka posle objavljivanja enciklike (Humani generis, koji je izdao papa Pij XII, u kojoj je zauzet stav da je Darwinova evolucija jedna ozbiljna hipoteza, ali da je još ostala nedokazana), novo saznanje dovelo nas je do toga da priznamo kako je teorija evolucije više nego samo hipoteza. Priznanje činjenice evolucije ne potvrđuje Darwinov naučni opus, već razbija naučnu dogmu o božjem kreacionizmu. Uzajamno približavanje rezultata oko evolucije, nezavisno jedno od drugog, samo po sebi je značajan argument u prilog iznetom stavu.

⁶ Za vreme polarizacije sveta, u vreme vladavine dva antagonistička tabora, uporediti vrednosti demokratije na zapadnoj hemisferi sa demokratijom istočnog bloka je svojvrstan apsurd. Bertrand Russell, spravom nas upućuje na razliku zapadne kulture shvatanja »demokratije« i ruskog pogleda na »demofil.« U zapadnoj kulturi demokratija predstavlja vladavinu većine, dok za ruse, ona se zasniva na interesima većine.

gije za prošlošću, sprečili bi prodor neprimerene ideje u oblikovanju zajedničkog života. Oba koncepta, sa različitog polazišta, na ostvarivanju istog cilja, zajedno će delovati na putu ostvarivanja opšteg dobra. Sledstveno tome, pro perfekt i pro futur kategorije konceptata utvrđivanja vrednosti; od značaja za obezbeđenje socijalnog života dosledan ljudima; nisu protivurečne, jedne drugima suprotne društvene kategorije, već se nalaze u odnosima upućenosti, radi međusobnog dopunjavanja, na putu ostvarivanja svojih posebnih zadataka.

Relativizacija, zasnovana na osobenosti posebnih oblika zajedničkog života, i proklamacija, sa premisom opšte vrednosti, koja pretenduje na pijedestal univerzalnosti, ima osobitu ulogu u određivanju značaja ponuđene vrednosti za izgradnju novog svetskog društvenog poretka, unutar procesa globalizacije, sa kojim je današnji svet suočen. Ovaj koncept utvrđivanja vrednosti dobija u značaju pri činjenici vladavine ponude vrednosti od strane moćnika sveta, koji se odvija u jednom smeru. Poseban značaj relativnog odnosa prema proklamovanim vrednostima leži u stvorenoj situaciji hijerarhizacije određivanja opšteg dobra. U nedostatku slobode primopredaje vrednosti, kroz kulturnu saradnju različitih naroda, sa svih meridijana sveta, potvrđivanja značaja apelovane vrednosti pred nemogućnošću njihovog određivanja, postaje jedini odbrambeni mehanizam, slepog prihvatanja tuđeg, nezavisno od njihovog stvarnog dejstva na postojeće stanje socijalnog života.

Sloboda u određivanju vrednosti je osnovni mehanizam ličnog ubeđenja u prihvatanju pravila ponašanja. Uređenje odnosa u uslovima primoravanja na određena ponašanja vodi izgradnji nametnutog prava. Pravo se ne može zasnivati na skupu nameta normi ponašanja, suprotno prirodi. Pravo je društveno sredstvo prinuđivanja prihvatljivog ponašanja zasnovano na prirodi čoveka, da bi uživao epitet opšteg dobra, za kojim ljudi imaju potrebe. Nalog ponašanja u nedostatku saglasja, neće uživati autoritet vrhovnog zapovednika, kojoj bi se ljudi pokoravali.⁷

Svet predstavlja mozaik multikulturalnosti, kao odraz različitog pogleda na filozofiju života, utemeljeno na osobenosti poštovanju određene vrednosti, prihvaćenih od date ljudske skupine. Time se ne dira u prirodu objekta, već se izražava način korišćenja datog dobra, prema saznanju njihovih vrednosti i mogućnosti njihovog korišćenja. Opštost se svodi na primerenost posebnosti

⁷ Svi pravni sistemi izgrađeni na principu potpune recepcije suočeni su sa dualizmom, između pravne radnje koje nastaju među ljudima iz svakodnevnog života, primereno datom obliku života, utemeljeno na određenoj kulturi, i pisanog oblika norme koji nalaze određeno ponašanja. Primer iznet od strane profesora pravnog fakulteta u Ebetsu Tomayoshi Ito, u članku »Nastanak i razvoj građanskog prava u Japanu«, objavljen u Pravni život br. 10/97, eklaktantan je primer sudbine izgrađenih pravnih sistema na iznetom osnovu.

života i razvoju u stvaranju uslova za korišćenje vrednosti. Opšta vrednost se, dakle, relativizuje mogućnošću njihovog korišćenja, unutar oblikovanog života.

IV

Regulacija ponašanja ljudi, kao istorijski čin razvoja pravne civilizacije, stalno je bila suočena sa problemom utvrđivanja vrednosti, koje bi pravne norme štatile. Ljudi se susreću sa mnoštvom događaja različite sadržine, koji u sebi nose više elemenata unutar zbirnog slučaja, sa različitim dejstvom nerazdvojenog međusobnog uticaja, čiji karakter je teško odrediti.⁸ Dinamika života, unutar evolucije društvenog razvoja sučeljava čoveka sa novim prilikama, a sledstveno tome menja odnos ljudi prema vrednostima, shodno njihovoj novostvorenoj potrebi. Statičko svojstvo pravne norme osuđeno je kašnjenjem u ispunjenju društvene obaveze zaštite utvrđene vrednosti. Kod tog stanja stvari, realizacija vrednosti zaštićene pisanim pravom, uslovljena je određenim sredstvima relativizacije. Raskorak između pravne norme koja upućuje na određeno ponašanje i slučajevi dešavanja nastali iz određenih radnji, kao posledica stvarnog odnosa ljudi, ublažiće sudska praksa, varijabilnim odnosom u posredovanju između apeala pravne norme na određeno ponašanje i adekvatnim rešenjem slučaja nastalog iz stvarnosti života, pridržavajući se načela prirodnog prava. Osim toga, ulogu sudske prakse, u relativizaciji pisane norme ponašanja, treba tražiti i u činjenici predviđanja sa pro futur karakterom proklamovanoj vrednosti, na koje pretenduje pravo, od značaja za omogućavanje normalnog toka života, koja se odvija shodno tradicionalnom ponašanju, i opstanku prava na društvenoj sceni, koji će uticati na poboljšanje budućeg ponašanja ljudi, u toku izgradnje međusobnih odnosa.

Sama činjenica da pravna norma predstavlja uput za buduće ponašanje, angažuje primenu sistema relativiteta, koje će posredovati između stvorenih društvenih odnosa i željenog cilja na koje pretenduje regula. Navike se ne menjaju brzinom određivanja vrednosti na koje pravo upućuje. Društvene vrednosti se ne potvrđuju u laboratorijama, naučnim centrima, niti u bibliotekama, a najmanje u skupštinskim salonima, već u svesti ljudi. Tako je od izbačenog Drakona i prihvatljivog Solona pa sve do danas. Solon je ušao u istoriju izrade zakona po osno-

⁸ Lobiranja u ime ostvarivanja posebnih interesa, mimo uređenja demokratskih institucija u stvaranju uslova za slobodno izražavanje volje naroda, predstavlja poseban vid stvarnog uticaja na društvena zbivanja, svih demokratsko uređenih političkih zajednica. Lobi društva su danas najuticajni faktor na internom planu i na svetskoj sceni, koji utiču na donošenju svih važnih odluka, od sudbonosnog značaja, a ne deluju unutar uređenog sistema.

vu reforme pravila ponašanja, izbegavajući svaki revolucionarni poduhvat promene važećih društvenih odnosa. Ovaj metod izrade pisanog zakona, započetak sa umnim Solonom, potvrđeno je kroz istoriju razvoja prava. No, i kada se isključuju revolucionarni preokreti, praćeni radikalnim rezovima u promeni pravnog sistema, uz sva uvažavanja dobre namere zakonodavca koji deluje u normalnim uslovima razvoja društvenih odnosa, ne može se isključiti propus u prekoračenosti ideala norme naspram stvarnosti društvenih zbivanja. Kod tog stanja stvari, propust zakonodavca u primeravanju norme ponašanja ljudi prema ustaljenim društvenim odnosima, ne treba da vodi stalnoj promeni pisanih propisa, nego ovaj jaz bi nadomestili primenjivači prava, poštovanjem pisanog oblika prava uz uvažavanja društvenih prilika, pod kojima se odvijaju međuljudski odnosi. Jer, norme ne stvaraju život, nego se primenjuju na stvorene odnose iz života.

Pravo se gradi prema određenim standardima, zasnovano na određenim vrednostima, do čijih saznanja je nauka došla, koji se odnosi na sve ljude iz određene skupine, irelevantno od mnoštva karaktera. Ova činjenica ne osporava osnovu pristupa izgradnji pravnog sistema na navedenim postulatima, koji čine osnovu građe svakog pravnog sistema, ako se ima u vidu da pravo predstavlja nadgradnju važećih odnosa u datoj zajednici. Uostalom, pravo ima za cilj standardizaciju ponašanja čoveka, radi upućivanja svakog pojedinca na određeni način života, od značaja obezbeđenja socijabiliteta zajednice. Pravo prinudava čoveka na ponašanje prema određenim standardima, ali pojedinac je mera primene norme.

Kao socijalna institucija, pravo predstavlja univerzalni način rešavanja problema odnosa među ljudima, a kao produkt određene kulture, ono se odlikuje osobenostima primerenosti određenih oblika života. Sadržaj norme ne može se opravdati objašnjenjem pretendovane vrednosti, bez realne analize osnovanosti njenog oživotvorenja. Korpus normi, koji čine pravni sistem određene zajednice, treba da se zasnivaju na razlozima ljudi zbog kojih stupaju u zajednički život.⁹ Cilj formiranja zajednica je obezbeđenje društvenosti života radi olakšanja stupanja ljudi u međusobne odnose od značaja za ostvarivanje svojih potreba, a postoji radi srećnog života svakog pojedinca. Utvrđivanje norme ponašanja u odnosima ljudi polazi od opšteg pravila, uvažavajući posebnosti o načinu međusobnih odnosa. Sadržaj uputa određuje komunikacija društvenih zbivanja u stvarnosti, sa pretenzijom uzdizanja na veći standard u izgradnji odnosa društvenosti života.

⁹ Raspravljajući o (fiktivnoj ličnosti – RT): građaninu, J. Locke ističe da prirodna prava građanina ograničavaju političku vlast, suprotstavljajući vladavini mimo prirodnog svojstva čoveka. Isto tako prirodno pravo čoveka veže zakonodavca pri određivanju norme ponašanja ljudi. Prema J. J. Rousseau, zakon nije ono što je uklesan na mramorima ili bronzanim pločama, već u srcima građana.

Pravo će ispuniti svoju društvenu ulogu, rešenjem međuljudskih sporova nastalih iz njihovih odnosa, radi sprečavanja konflikta, u cilju obezbeđenja života ljudi u zajednici, na koje su inače upućeni po svojim prirodnim svojstvima. Ova društvena pojava dobiće pečat civilizacije, ako uspe da spreči napetosti u međusobnim opštenjima ljudi, na putu osiguranja zajedničkog života ljudi, bez povrede njihovog ličnog interesa. Jer zajednica je izraz unutrašnje povezanosti kolektivnog i individualnog dobra, zasnovan na razumnoj ravnoteži uspostavljanja odnosa opšteg dobra i ličnog interesa pojedinca. Društveni život je uslovljen određenim nivoom harmonizacije unutar organizovane zajednice, pri činjenici postojanja oprečnih interesa njihovih članova unutar nje, koji inače vodi stvaranju sektaškog duha, na koje pravo treba da reaguje. To ne znači da je pravo zaštitnik idealnog društva, mimo interesa pojedinaca koji čine tu zajednicu. Stoga, meru društvene zaštite, određuju ciljevi pristupa ljudi u zajednički život. Pozitivno pravo nastupa pravolinijski prema svima, u ulozi zaštite opšteg interesa, ali u primeni se relativizuje poštovanjem načela individualizacije, primereno posebnosti slučaja i osobnosti čoveka. Slobodu delanja jedinke određuje njegova individualna egzistencija,¹⁰ koje pravo ograničava obezbeđenjem iste slobode ostalim članovima, sa kojima deli sudbinu društva.¹¹ Ravnopravnost ljudi je osnovni kriterijum i neprelazni osnov, na kojima pravedno pravo može da određuje pravila ponašanja. Priroda čoveka je mera određivanja svih vrednosti, a pravo kao nadgradnja života ljudi je proizvod društva. Sledstveno tome, sudske odluke mogu da budu naredbodavne u meri podnošljivosti za čoveka i opravdane za ljude. Efikasnost prava je skopčana u meri relativnosti prema događajima nastalih iz bogatog života.

Iako pisano pravo predstavlja naredbu za buduća ponašanja, prilikom njezove izrade mora se voditi računa o kulturi nastalog iz određenog načina života. Pravo je, dakle, okrenuto budućnosti. Sadržaj korpusa normi, koji čine pravni sistem određene zajednice, zasnivaju se na razlozima stupanja ljudi u određene odnose radi zadovoljavanja svojih potreba.

¹⁰ Istorija razvoja ljudske civilizacije nas uči da svi podsticaji u iznalaženju adekvatnog rešenja za razvoj društvenosti života, praćeno sa širenjem zajednice, proizilaze iz energije individue. Doticati se problema Sjedinjavanja države na severnom delu američkog kontinenta, u okviru svoje specijalne teme »demokratija« Georgess Burdeau, kaže: prema Philadelphiskom tekstu iz 1787 godine, osnivači su Uniju tretirali kao narod individua, a ne kao narod države.

¹¹ To je, prema Benjemin Constantu, pravo svakog da ne bude podređen drugom osim zakonu, da ne bude uhapšen, pritvoren ni maltretiran na bilo koji način arbitramom voljom pojedinca ili grupe. Vidi Veljko Mratović, Problemi suvremene države, Zagreb, 1971, str. 49.

V

Sadržinu norme ponašanja određuje društveni karakter prava; skopčano sa ciljem ostvarivanja svoje funkcije u duhu zaštite obezbeđenja društvenosti života, zasnovane na utvrđenim vrednostima, uz produkovanja nove vrednosti; upućivanjem ljudi na određene postupke u svojim ponašanjima. Funkcionalnost prava uslovljava sadržinu norme sa stvarnošću zbivanja na koje se odnosi, pospešujući stvaranja novih prilika koji će omogućiti razvoj postojećih odnosa. Umeće prava, u svojoj društvenoj opravdanosti, sastoji se u uspehu koegzistentnosti zaštite utvrđene vrednosti potvrđene realnim životom, pod kojima se odvija socijabilitet, odlikujući normu ulogom nadgradnje postojećih odnosa, s jedne strane, i oblikujući normu sadržinom koje će doprineti pomeranju na veći nivo mira u zajedničkom životu, na putu ideala stvaranja nekonfliktnog društva. Perfekcija norme, u usmeravanju na određena ponašanja, traži veštinu obezbeđenja konteksta realnog sveta, sa kojim smo suočeni, i željenog stanja u koje bi nas vodio. Na hipotezi željenog, upućeno je da saraduje sa stvarnošću društvenih prilika. Osnov ubeđivanja na određeno delanje, skopčano sa usmerenjem prema postavljenom cilju, zasniva se na utvrđenim vrednostima, od značaja za obezbeđenja legalnosti u primeni prinude, u slučajevima neizbežnosti za svoju realizaciju. Uspeh ubeđenja, o zaštiti vrednosti od značaja za ljude, u tesnoj je vezi sa poštovanjem teze racionalnog smera idealizma. Inače, pretenzije za savršenom sadržinom norme, bez mogućnosti prihvatanja u realnosti, vodi postojanju pisanog prava bez svog stvarnog života, a život će se odvijati bez pravnog regula. Pored toga, ali mnogo gore od ovoga, pravo se može pretvarati u fasadu za represiju.

Pravo je most postojećeg i željenog, koje se zasniva na prošlosti, a okrenuto je budućnosti. Ideju budućnosti zasniva na prošlosti. Pravni sistem, dakle, ne predstavlja prost zbir propisa slučajeva koji se dešavaju iz socijabiliteta određenog oblika društvene zajednice, utemeljeno određenim načinom života, stečeno putem nasleđa od predaka, iskazano kroz norme. Zadatak prava je da naučno pristupa odgovaru na ukupno društveno stanje, koje se iskazuje kroz doktrinu, kao prihvatljivi pogled na zbivanja koja se odvijaju među ljudima. U izradi norme ponašanja, pravo saraduje sa svim društvenim naukama i drugim metapравnim naukama, u nastojanju da sazna širi spektar delanja ljudi, koji su od uticaja za kreiranje odnosa u društvu, kako bi moglo ponuditi adekvatno rešenje. Regula ponašanja, dakle, ne predstavlja puku sliku iz života, niti odraz naučnog dostignuća lepog izražavanja.

Pravi duh daju atributi društvenosti (religija, običaji, jezik i sl.) koji su glavni stožer oko kojeg se okupljaju ljudi. Jezik je osnovno sredstvo međusobnog sporazuma, koji se različito izražava; svaki narod ima svoje običaje; vladajući monizam je skopčan s verovanjem u jednog Boga, koji se različito interpretira od

strane posebnih grupacija. Sve ovo ukazuje da svi ljudi imaju zajedničke opšte vrednosti. Način života ne menja prirodu delanja ljudi, te prema tome posebnosti ne izoluju ljude od svoje vrste. Ako je pravo senka prirode života, onda je ono zaštitnik opšteg i posebnog u svojoj sublimaciji regulacije međuljudskih odnosa ka zajedničkoj vrednosti.

Koordinante određivanja sadržine prava i dimenzija regulacije su opšte vrednosti čoveka, i posebnosti odnosa skupa određene zajednice. Priroda ne određuje u svemu način ponašanja ljudi, ono je u dobrom delu odraz kulturne varijacije skopčana sa istorijskom evolucijom razvoja civilizacije. Gledano kroz ovu prizmu, pravo se zasniva na opštim kulturnim resursima ljudske civilizacije i na razlozima istorijskog razvoja određene ljudske grupacije. Opšte vrednosti univerzalne pravne civilizacije, daju duh razvoju nacionalnim pravima, a zaštita vrednosti osobenih oblika života, pruža garanciju obezbeđenja identiteta posebnosti. Na ovom postulatu valja trasirati razvojni put prava, skopčano sa promenom lošeg boljim, oslobađajući se moderaizma, u smislu promene starog sa novim.

Pojam »razvoja« predstavlja simbol, koji signalizira unapređenja na putu traganja za boljim, ali on nema instrumentalnu funkciju dovodenja u stanje željenog. Izjednačavanje promene s pojmom razvoja, kao vrednost ipso facto, bez analize činilaca unapređenja na bolje, doprinelo je osećanju potrebe za kontriranim revolucionarnim poduhvatima, manifestovanim kroz otpor razvoju komunističkih pokreta na svetu, u bliskoj prošlosti, a danas iskazano protiv imperjalizacije sveta. Simboli vrednosti, i signali ukazivanja puta, ne smeju da vladaju ljudskim umom, kao prihvatljivi, bez saznanja njihovog dobra i bez utvrđivanja cilja na koji ukazani put vodi.¹²

Uloga relativizacije opštih pravila, sa premisom univerzalne vrednosti, u iznetom kontekstu, podrazumeva prevazilaženja anahronog radi obezbeđenja osnove sinhronog. Veliki poduhvati promena sistema prava, u težnji pritiska za promenom društvenih prilika, prekrajajući postojeći standard društvenog života, kao što je slučaj u zemljama tranzicije, stvara veliki jaz između norme koji vise u pretenziji i života koji se odvija u stvarnosti. Pravo, kao kognitivna funkcija, mora da se zasniva na sistemu vrednosti kojim društvo raspolaze i čime ljudi mogu da se koriste. Nepostojeće vrednosti nemaju potrebu za pravnom zaštitom.¹³ Ako

¹² Signalizacija nove vrednosti, temeljeno na tri načela: fraternit, libert, galit, po kome čuvena Francuska revolucija, nije donela solidarnost u odnosima ljudi na koje je pretendovalo bratstvo, niti je obezbedila ravnopravnost, a ponajmanje jednakost u sticanju ekonomske dobiti. Naprotiv, stalno je porasla sebičnost, zasnovana na ličnim pravima ljudi; birokratizovano je učešće u društvenom životu, i povećan je jaz između bogatih i siromašnih.

¹³ Sve zemlje u tranziciji su upućene da kroz tzv. harmonizuju prava usaglaise svoj sistem sa svetskim standardima, po uzoru na zapadnu kulturu života, zasnovano na brojnim rezolucijama o ostvarivanju ljudskog prava. Međutim, još ne postoji međunarodna pravna obrada razvoja (člano-

pravo napušta zaštitu egzistirajuće vrednosti, u zamenu za zaštitom idealizovane vrednosti, onda će biti sredstvo stvaranja anahronog odnosa u datom društvu.

VI

Norma predstavlja uput povodom preduzimanja određene pravne radnje. Pravo je garancija obezbeđenja ekvivalentnosti uzajamne prestacije, zasnovano na načelu komutativne i distributivne pravde, sa ukazom na primenu prinude u slučaju nepoštovanja dispozicije koja mu je stavljena na raspolaganje. Pravo je najvažniji činilac u nadziranju valjanosti ponašanja ljudi pri stupanju u međusobne odnose, koji garantuje zaštitu individualnih i grupnih interesa bez povrede društvenog života. Pravo nije kreator odnosa u preuzimanju određene radnje, već ukazuje na posledice iz stvorenih odnosa u koje ljudi stupaju dobrovoljno. Čovek se ne obavezuje na preduzimanju određene radnje, nego se obavezuje iz preduzete radnje. Pravo ne ograničava slobodu stupanja ljudi u određene odnose, nego ukazuje na način ostvarivanja tih odnosa. Pravo nije društveni teret, već doprinos obezbeđenju saradnje ljudi, na osnovama uzajamnosti, na koju su upućeni. Ono je društvena potreba u meri prihvatljivosti.

Prihvatljivost norme ponašanja determinisano je sa ustaljenim delatnostima ljudi, oblikovano određenim načinom života, u saobrazibi sa moralnim i drugim plemenitim dužnostima, kao zajednički imenitelj opšte ljudske vrednosti. Pri tome mora se voditi računa da su moralne i druge dužnosti, proizvod određenog pogleda na društvenost života, koji se razlikuju među ljudskim grupacijama. Polazeći od ove činjenice, slobodno se može reći da, nema mesta ideji stvaranja jednoobraznog prava, koje bi važilo za sve narode sveta, niti ima osnova izolaciji nacionalnih pravnih sistema, nezavisno od opštih pravila zasnovanih na univerzalnim vrednostima.

VII

Osnovni problem savremenog sveta predstavlja saznanje značaja vrednosti, koje pravo treba da stavlja pod lupu svoje zaštite. Naime, zbog ubrzanog procesa

vi 55 i 56 Povelje Ujedinjenih nacija (UN), koji govore o saradnji među državama radi postizanja boljeg standarda života kao i ekonomskog i socijalnog razvoja. Suprotno proklamovanom, u stvarnosti smo suočeni sa uvođenjem ekonomske blokade, neposlušnim zemljama u ostvarivanju imperijalizacije sveta. Na drugoj strani sveta, od zemlje u tranziciji se zahteva da svojim građanima obezbede prava prema svetskom standardu, neizbežnim za ostvarivanje ljudskih prava. Rezolucijom 1998/72 UN Komisija za ljudska prava je osnovala radnu grupu sa ciljem da ispita prirodu prava na razvoj. Ova grupa je prvo zasjedanje održala nakon pet godina po donošenju navedene rezolucije, te posle 2003. nema nikakvog pomaka.

integracije, u velikoj meri je porastao uticaj u prihvatanju određene vrednosti, bez stvaranja uslova o utvrđivanju karaktera opštosti, od značaja za univerzum. Pravna zaštita vrednosti bez značaja za ljude na koje se odnosi, pretvara pravo u farsu za lepo izražavanje, nezavisno od funkcije nadgradnje važećih društvenih odnosa. Možda i više od toga, da nacionalna prava globalizovanog dela sveta, primenjuju se na svojim teritorijama koji štite tuđe vrednosti. Svetska zbivanja sa kojima smo suočeni, oduzima vrednosti odlike osobenosti prava, i slabi verovanja u opšte vrednosti univerzalnog značaja. Od potrebe svake zajednice za regulacijom svojih društvenih odnosa, pravo se sve više pretvara u sredstvo za nametanje tuđeg.

Ako je solidarnost moralni čin svojstven prirodi ljudi, radi obezbeđenja dostojnog života svakog člana date zajednice, onda ova ljudska obaveza predstavlja vrednost, koju treba odgajati u pravcu daljeg usavršavanja. Ova zavisnost ne može se pretvarati u stanje potčinjenosti jedni prema drugima, prema nekoj hijerarhiji materijalnog položaja. Međusobna pomoć i solidarnost među ljudima je polazni i krajni cilj integracije u određenu društvenu formaciju, kao odraz civiliziranog socijalibiliteta.

»Jednakost«, kao zvučni pojam civilizovane društvenosti, na kojima se zasnivaju temeljni propisi »naprednih zemalja«, koji sebe nazivaju »pravnim državama« ne predstavlja vrednost prema svom etimološkom značenju, na osnovu upućenosti ljudi jedni na druge. U sistemu vladanja nelojalne konkurencije na slobodnom tržištu;¹⁴ rukovođen instiktom sticanja ekonomske dobiti, zasnovano na liberalnom sistema, u kome je država kao socijalna institucija pasivizirana u ime više slobode na terenu takmičenja za sticanja prekopotrebne materijalne dobiti, zasnovano na ličnom interesu, koja se graniči sa bezobzirnošću prema drugima, bazirano na zaštiti individualnog prava, kao polazni osnov u ostvarivanju ljudskih prava; jednakost pred zakonom neće poboljšati nejednako stanje ljudi. Socijalibilitet je skopčan sa potrebom čoveka za društvenom pomoći za život dostojan čoveka. Zakonska garancija jednakosti nije vrednost sama po sebi, nego, u istoriji razvoja pravne civilizacije, predstavlja doprinos vraćanja ljudu u prvobitno stanje, koje su razne društvene formacije oduzele čoveku. Zajednički život je skopčan sa sudbinom međusobnog deljenja dobrog i zla, na osnovama solidarnosti. Ko želi da garantuje svoju individualnost, prema drugima ne može postupati sebično. Društvenost života zahteva od svakog pojedinca sopstveno vaspitanje, kao zbir pojedinačnog.¹⁵

¹⁴ Vlasnici velikog kapitala su određivači zakona delovanja slobodnog tržišta, oni su unutar tržišta, a ne na tržištu, oni su tvorci tržišta, a ne stvoreni na tržištu.

¹⁵ Reč »demokratija« je u svetu dobila počasno mestu na nomenklaturi društvene vrednosti, koja inače predstavlja iskrivljenu sliku stvarnog oblika političkog sistema. Tocquevilli je s pravom

Savremena civilizacija ne zadovoljava se pasivnim odnosom ljudi prema činjenju zla, već se od njih traži aktivan odnos u izgradnji dobrih odnosa.¹⁶ Civilizacija je prepoznavanje kulturnog razvoja pojedinih naroda. Ona predstavlja sadržaj određenog oblika vrednovanog društvenog života. Pravo je odraz kulture, kao osobena vrednost u realizaciji zajedničkog života. Istorija ljudske civilizacije se prepoznaje prema njihovim pravnim sistemima. Kao poznate civilizacije pominju se: zapadna civilizacija, iz koje su nastala dva sistema, poznate kao *civile law* i *comman law*, zasnovano na istoj kulturi prava; islamska civilizacija, koja je radala šerijatsko pravo; kineska civilizacija koja je proizvela svoje pravo, imenovano sa svojom kulturom, i Hindu civilizacija, kao odraz osobene pravne kulture ovog naroda, koja predstavlja poseban sistem u baštini pravne civilizacije.¹⁷

VIII

Ljudska prava, zasnovana na principu individualizacije, koja se ostvaruju kroz lični interes, preko međusobne zavisnosti ljudi na lestvici materijalnog položaja, nezavisno od solidarnosti i drugih osobina ljudskosti, sve više se svodi na vrednost materijalnih dobara. Kod tog stanja stvari, suočeni smo sa proširenjem jaza između vrednosti duhovnog kapitala i materijalnih dobara,¹⁸ vrednovanih na ekonomskom tržištu, po osnovu konkurencije suprostavljenih interesa. Ovaj po-

primetio, da najveću zbuđenost stvara korišćenje reči »demokratske države«. Dok se ne razjasni pojam ove reči, narod će ostati zbuđen, od kojeg će koristiti imati narodolovci. Podrobnije o tome vidi: Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited – Demokrasi Teorisine Geri Dns*, u prevodu na turskom od strane T. Karamustafaoglu i M. Turhan, Ankara, 1996.

¹⁶ »Ako je pravo u svom prvobitnom izvoru, nošeno principom odmazde, naređivao – učini zlo; Ako je pravo sledeće epohe, naređivao – ne učini zlo; Onda pravo našeg vremena, nadahnuto autoritetom uma prirodnog prava, danas kodifikovano u međunarodne standarde ljudskih prava, čini začetak treće epohe koja naređuje – učini dobro. Te sintagme, kaže prof. Perović, učini zlo, ne učini zlo, učini dobro – tri su stupnja opšte kulture prava i njegove zakonitosti. One grade moralnu triparticiju prava. Vidi Besede sa Kopaonika, Futura Petrovaradina, Beograd, 2006, str. 177.

¹⁷ Kao poznate kulture prava, prof. Perović ističe zapadnu kulturu prava, šerijatsko pravo, kinesko pravo i Hindu pravo, vidi Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, broj 1–2/ 2000, str. 16; S. Huntington, u čuvenom delu *The Clashes of Civilizations and the Remaking of World Order*, na široko rapravlja o razvoju civilizacije u svetu, u pravcu opravdanosti svoje vizije neizbežnosti sukoba među njima, ali u označavanju savremene svetske civilizacije, naznačuje gore pomenute civilizacije. Vidi na str. 38 i 39, Përlëshja e Civilizimit dhe Ribërja e Rendit Botëror, preveden na albanskom od strane Adnan Kika, Podujeva, 2004.

¹⁸ Osnivač posebnog sistema verovanja, Mari Baycker Edi (1866), nazvan »Hrišćanskom naukom«, sve materijalne univerzalnosti je proglasio pogrešnom percepcijom (lažnog čoveka) vrednosti kakve su duševne nadahnuće.

remećaj vrednosti prouzrokuje otuđenost ljudi,¹⁹ čija draštvenost se svodi na uspostavljanju kvantitavnih odnosa, van međusobnog poverenja, koje iziskuje veću pravnu zaštitu u obezbeđenju individualnog interesa. Modernizacija prava, koja se odvija putem harmonizacije, zasnovano na interesu pojedinaca, na putu približavanja zapadnoj kulturi prava, izaziva povećanje broja pravnih regula, u rešavanju sve većih sukoba ljudi različitih interesa.²⁰ Uspostavljanje odnosa bez prisustva poverenja i drugih plemenitih osobina ljudskosti, pretvara ljudske odnose u mehaniku postupanja prema pravnim normama.

Svetski trend usavršavanja prava se odvija na visokom stilu izražavanja obećane vrednosti, naspram povećavanja nasilja, konflikta među ljudima (na internom i eksternom nivou), praćeno mitom, korupcijom i sličnim antidruštvenim pojavama. Solidarnost među ljudima sve više iščezava, ustupajući mesto egoizmu pod plaštom ostvarivanja individualnih prava. Iznošenje vrednosti, suprotno stvarima, predstavlja maštu ljudskog uma, skretanje pažnje na lepozvučne stvari, radi održavanja društvenog trenda, pred neprihvatljivim događajima koji se odigravaju u stvarnosti. Time se ne pretenduje na potpunu ekvivalentnost stavova i stvarne vrednosti, zasnovane na nekoj čvrstoj vezi, nego se izražava protest cinizmu u stvaranju utopije, kroz prikazivanje lažne slike stvarnosti, na putu ostvarivanja svojih interesa.²¹

¹⁹ Kada je Morse, 1844. godine, iz Baltimore, preko elektromagnetnog telegrafa uspešno poslao poruku »Šta je Bog radio«, DC Washingtonu, smatrano je da je time otvorena nova stranica u komunikaciji ljudi koje će doprineti njihovom približavanju. Međutim, ovo novo sredstvo korišćeno je za olakšanje prometa robe, ali nije smanjilo otuđenost ljudi. Naprotiv.

²⁰ J. J. Rousseau, u svom čuvenom delu *Contrat Social* (Društveni ugovor, prevedeno na srpskom...), kritikujući Atinjane (u starogrčko doba – RT) zbog čestih promena zakona, ističe da, zakoni se pišu sa veliko Z, što ima za cilj da ukaže da pismena regula ponašanja treba da bude brojčano malo, temeljno, staro, bezmalo, nepromenjeni.

²¹ Kada je smatrano da je savez severnih delova Amerika dovoljno učvrstio poziciju da se suprostavi aktivnostima evropskih kolonizatora, Američki predsednik James Monroe je objavio politiku ove zemlje (2.12.1823) upućena moćnicima Evrope, kojom je zaprećeno da svako mešanje u unutrašnje poslove Sjedinjenih država od strane evropskih kolonizatora, smatra će se aktom agresije, na koje će SAD reagovati, uz obevezu ove zemlje da se ne upušta u poslove evropljana. Ova politika severnog del Američkog kontinenta, imala je uticaj na južni deo ovog kontinenta, a poboljšanjem pozicije SAD na svetskoj političkoj sceni, ova politika je prerasla u međunarodnu doktrinu; Kada je ova zemlja prerasla u moćnika sveta, dobila je ulogu aktera u zaključenju mira, po okončanju I svetskog rata, koji se odvijao na tlu Evrope. Ne samo to, nego, poruka upućena Kongersu, 8.01.1918. godine, 28 po redu, tadašnjeg predsednika SAD Woodrow Willsona, u 14 tačaka, koja se odnosila o budućim odnosima država sa značajem obezbeđenja mira u svetu, uzdignuta je na nivo međunarodne doktrine, po kojem su mnogi narodi u svetu stekli pravo da formiraju svoju nacionalnu državu. Sada, u svojstvu jedine super sile, ova država daje sebi pravo da se meša u unutrašnje poslove drugih zemalja, gde ona oceni da su povređena » ljudska prava.«

Dominacija materijalizovanog života, usmerava ljude na bezobzornost u sticanje dobiti, kao jedinu vrednost na kojoj čovek treba da traži sreću i na kojoj se zasniva društveni položaj pojedinca.²² Ovakav razvoj filozofskog pogleda na život, utiče na porast egoističkih odnosa u svojim društvenim opštenjima ljudi.²³ U nedostatku morala, etike i slične ljudske odlike, slabi svest ljudi o potrebi međusobne solidarnosti, na čijem temelju se gradi zajednički život. Solidarnost u iznetom smislu ne artikuliše samo želju za nekim materijalnim dobrom, motivirano za sticanjem ekonomske koristi, već ono što je Platon u Državi nazvao »thymos«, kao ponosita strana ljudske ličnosti, u obezbeđenju dostojanstva, kao socijalni konstruisani intersubjektivni odnos ljudi. Ratio, pravo koje prestaje da štiti ljude, gubi izvornu vrednost zbog koje nastaje.²⁴

REFKI TAČ,
Practicing Lawyer, Prizren

RELATIVIZATION OF THE PROCLAIMED VALUES

Summary

The observed value is a form of human sense, i.e. something without specific substance of the natural property of real value. Even a best description of a cognised natural property of the proclaimed value may not be accepted as an act of absolute accomplishment because of the fact of imperfect human mind. Proclaimed values have the quality of the general character on the ground

²² Kapital dobara, kao vrednost ljudskog stvaralaštva, pretvoren je u svojinu kao izraz sopstvenosti u njihovo korišćenje, prelazeći olako preko kulturološkog svojstva datog dobra, zamenom principa utvrđivanja vrednosti pri određivanju društvene pozicije stvaraoca dobra i vlasnika date stvari. Međutim, ne može se ispustiti iz vida da, poziciju značaja dobara na dijagramu vrednosti određuje konzumirani rad stvaraoca, a ne raspolagača koji je stekao dato dobro u svojinu.

²³ Izraz »ejdzizam« koja potiče od engleske reči »ageizam«, označava diskriminatorski stav prema starim ljudima, kao poseban vid sebičnosti, koja se graniči sa osuđenim rasizmom, zasnovano na averziji prema neproduktivnosti, irelevantno od njihovog doprinosa u prošlosti, od kojih su inače nasledili sadašnjost.

²⁴ Usled navike stečene vaspitanjem, pravne norme koji štite egoizam ljudi izgledaju nam normalne. Radi potvrde ovog stava, mi smo se opredelili da ilustrujemo primer prekoračenja. Naime, zbog prekoračenja presudom kojom je dosuđeno više nego što je traženo, može se žaliti (samo – RT) tuženi. Tužilac nema »pravni interes« za žalbu (vidi, Borivoje Poznić. Komentar zakona o parničnom postupku, Beograd, 2009, str. 878). Teza je zasnovana na zakonu, koju je sudska praksa prihvatila. Rukovodeći se načelom individualnog prava zasnovano na egoizmu ljudi, zakonodavac se opredelio da štiti halapljivost za sticanjem materijalnih dobara, upućujući ljude da štite svoj lični interes, nezavisno od interesa drugih.

of course of time, the application by large number of people, adaptability in terms of space and adequacy to various human groups, etc.

The creativity of relativization of the general consists also of one being liberated from dogms of realization of the absolute value due to the fact of unattainability, while accepting the ephemerality of relative impact of the real value, which all depends on the given cognition of relevant real conditions of their use and for the purpose of betterment of the existing state of affairs, but without losing time in waiting for the appearance of the remaining qualities of a given value. The relativity may be treated as a given state of affairs framed by the created social situation, while the proclaimed value – as a goal to be strived at.

The fact that a legal norm is a direction for future conduct engages the application of of a system of relativity which will mediate between the existing social relations and the goal to be reached.

The system of law is based on general cultural resources of human civilization and on reasons of historical development of human groups.

The value is an objective quality of an object appropriate to serve for specific purposes, while the significance of a given value is a subjective relationship between people and that object, coupled with the need for such objects and the possibilities of their use. Value is thus the natural state of affairs with subjective characteristics.

OPŠTOST JURISPRUDENCIJE – Beleška o univerzalnosti koncepta prava –

U V O D

Opštepoznata je ambicija *pravnih teoretičara* da njihovi koncepti (a pre svega sam koncept prava) budu univerzalni. To znači da pravni koncepti koji su tvorevina jurisprudencije nisu koncepti srpskog, rimskog ili međunarodnog prava, već su to opšti ili univerzalni koncepti. Uostalom, pravna teorija¹, najčešće sebe razumeva kao opšta i apstraktna pravna disciplina, čiji predmet nije, kako se to obično kaže, konkretno pravo, minuli ili aktuelni pravni sistem, već pravo u njegovoj opštosti,² otkrivanje prirode prava kao specifičnog tipa socijalne institu-

Dr Goran Dajović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Po mom sudu prikladniji naziv za ovu opšteteorijsku pravnu disciplinu je anglosaksonski termin »jurisprudencija«. Jer pravna teorija je samo izdanak, uostalom različit od autora do autora, tvorevina same te teorijske pravne discipline ili jurisprudencije. Ali na ovom mestu terminološka pitanja nisu u prvom planu. O tom pitanju up. Goran Dajović: »O metajurisprudenciji (I) – svrha i osnovni metod jurisprudencije«, *Pravo i društvo*, Beograd, br. 2/2010, 9–10.

² Treba da se naglasi kako termin »opštost« u ovom kontekstu može da znači dve stvari: prvo, opšte su one karakteristike prava koje postoje u svim pravnim sistemima i drugo, one koje su suštinske, i bez kojih pravo ne bi bilo pravo (Joseph Raz, *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*, u Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, ed. Jules L. Coleman, Oxford University Press, Oxford 2001, 27). Univerzalnost teza i koncepata opšte pravne teorije može da počiva kako na prvoj tako i na drugoj vrsti opštosti. Iako je prvi zadatak mnogo opsežniji i složeniji nego drugi, za pojedine autore samo drugi koji je pre svega usmeren na formiranje opšteg pojma prava, kojim se otkriva priroda prava i njegove nužne karakteristike, jeste zadatak generalne jurisprudencije (»The universality of the theses of the general theory of law

cije i formulisanje opštevažecog koncepta prava i drugih ključnih pravnih konceptata.³

U ovom članku, pokušaću u kratkim crtama da ukažem na moguće slabe tačke ove široko prisutne pretenzije pravne teorije, ali i da kažem poneku u njenu odbranu, doduše ne na celoj liniji širokog fronta. Ipak, ovaj pokušaj biće ograničen prevashodno na ono što se smatra najvažnijim zadatkom jedne opšte pravne teorije, a to je razjašnjavanje same prirode prava, pre svega kroz formulisanje jednog *generalnog koncepta prava*.⁴ Dakle, neće biti reči o tome da li je moguće i poželjno da ostali pravni koncepti budu opšti, univerzalni, već će se samo ispitati da li je to moguće i poželjno kad se radi o konceptu prava.

Da bi se sasvim razumelo u čemu je zapravo problem, prvo treba da se ukratko objasni priroda ili suština jurisprudencije kao discipline koja teži da proučava pravo na jedan apstraktan i generalan način. Zatim će se ukratko opisati kako su univerzalnost shvatali Ostin i Hart, pisci koji su posebno izoštrili našu svest o tome koliko je i po čemu je zadatak (i rezultat) jurisprudencije univerzalan. Najzad, pre nego se na kraju razjasni u kojoj meri pravni teoretičari mogu da uspeju u ovom naumu i koji su problemi s kojima se suočavaju neophodno je da se razmotri i par kritičkih primedbi koje se obično upućuju na račun takvog univerzalističkog pristupa.

O PRIRODI JURISPRUDENCIJE

Pitanje opštosti (univerzalnosti) ili partikularnosti (parohijalnosti⁵) pravne teorije jeste specifično, jer bi bilo krajnje neobično da se o takvoj vrsti pitanja uopšte debatuje u prirodnim ili drugim društvenim naukama. Ono proishodi iz

is a result of the fact that they claim to be necessary truths, and there is nothing less that they can claim« (Joseph Raz, »On the Nature of Law«, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 82, 1/1996, 2).

³ Up. Radomir Lukić i Budimir Košutić, Uvod u pravo, Pravni fakultet i Službeni glasnik, Beograd 2007, 4.

⁴ Razlog za ovakav pojednostavljen pristup je u značaju samog koncepta prava za jurisprudenciju i u činjenici da je, kako kaže Šauer, »pitanje postoji li takav opšti koncept prava nerazdvojno povezano s pitanjem da li je moguća i kolika je vrednost opšte jurisprudencije« (Frederick Schauer, *Is There a Concept of Law?*, u *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Plenary Lectures of the 23rd IVR World Congress, ed. T. Gizbert-Studnicki and J. Stelmach, Warszawa 2007, 34).

⁵ Sam termin »parohijalan« je doslovan prevod termina koji se u anglosaksonskoj jurisprudenciji najčešće koristi kao termin suprotnog značenja od termina »opšti«, ili »univerzalan« (a u kontekstu epistemološkog dometa koji poseduju uvidi jurisprudencije kao discipline).

samog *predmeta* jurisprudencije, zatim iz njene *svrhe*, kao i iz *metoda* koji ona koristi. Jurisprudencija ne proučava pojave i entitete kao što su nebeska tela ili bengalski tigrovi, koji postoje pre i nezavisno od čoveka i društva. Pravo je socijalni produkt, kreacija čoveka i njegove kulture.⁶ Stoga, pravna teorija (pre svega uz pomoć metoda konceptualne analize i drugih metoda) ne otkriva »istinu«, kao astronomija ili fizika, niti opisuje društvenu stvarnost poput sociologije ili istorije. Pravna teorija na specifičan način prikazuje jednu vrstu socijalne prakse, opisujući *način na koji je vide njeni akteri*. Čak se i moderni jusnaturalisti sa ovim temeljnim pristupom u osnovi saglašavaju, tako da u ovom pitanju nema razmišljanja između recimo Harta i Raza s jedne strane i Finisa⁷ i Dvorkina⁸ s druge. I jedni i drugi u objašnjavanju fenomena prava polaze od toga šta se uobičajeno smatra pravom i o čemu većina običnih građana govori kao o pravu. Polazna tačka u »markiranju« fenomena je praksa ljudi. Ali i jedni i drugi smatraju da je nedovoljno samo ponuditi puki opis tih situacija ili objasniti značenje reči »pravo«. Prvo spada u domen socijalne istorije ili sociologije, a drugo u domen leksikografije, ali ni jedno ni drugo svakako nije jurisprudencija. Jurisprudencija je više od toga, ona treba da nam o toj praksi pruži i takve uvide, koje mi, njeni učesnici, nismo u stanju da jasno artikuliramo. Ona ne povladjuje svakoj našoj pogrešnoj upotrebi termina – ma koliko ona bila opšteprihvaćena⁹ – ili pogrešnom shvatanju nekog fenomena kao pravnog iako on to nije. Važna svrha pravne teorije je da njene uvide, kada se sa njima suočimo, na osnovu iskustva koje imamo, prepoznamo kao ispravne. Na taj način, dolazi se do zaključka da dobra teorija nama, učesnicima u toj praksi, pomaže da je bolje razumemo. A bolje razumevajući vlastitu praksu, bolje razumevamo sebe.¹⁰ Kako bi se taj cilj ostvario, pored ostalog, valja da razumemo koncepte koje učesnici u praksi koriste i formiraju. Tako dolazimo zapravo do jednog od glavnih zadataka svake teorije prava: do potrebe da se objasni konceptualni okvir koji se koristi u praksi

⁶ Ovo nije naravno dovoljno precizno da bi u ontološkom smislu odredili kojoj vrsti entiteta pripada pravo. Ali svaka dalja razgraničenja u tom pravcu a s obzirom na svrhu ovog rada bila bi na ovom mestu suvišna.

⁷ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980. 3–6.

⁸ Ronald Dworkin, »Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy«, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1/2004, 5.

⁹ »Čak i kada bi postojala potpuna saglasnost među pozvanim adresatima koji koriste termina pravnog jezika o tome da neki slučajevi pripadaju pravu, a drugi ne, to ne bi bio pouzdan pokazatelj da svi ti slučajevi odista i jesu pravo« (Marc Murphy, »Natural Law Jurisprudence«, *Legal Theory*, vol. 9 (2003), 249–50).

¹⁰ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford 1996, 221–22).

prava (ali ako je potrebno i da taj konceptualni okvir usavrši ili revidira¹¹) i da pored ovoga pokuša da objasni i izoštri i sam koncept prava koji u datoj pravnoj kulturi prevladjuje.¹²

Najzad, zbog svega ovoga, imperativna pravna teorija na primer i naučna teorija o opštoj relativnosti nemaju puno zajedničkog, premda i jedna i druga nose naziv »teorije«. Dok naučna teorija ide za tim – i to su uostalom i uslovi za njenu valjanost – da prvo tačno opiše određenu klasu opaženih događaja i drugo, da pruži pouzdana predviđanja o tome kako će se ti ili slični događaji odvijati u budućnosti,¹³ pravna teorije kategorizuje i konceptualizuje određene pojave (pravo, pravdu, autoritet, itd) na osnovu suštinskih karakteristika koje poseduju i time nam pomaže da ih bolje razumemo.¹⁴

ŠTA ZNAČI OPŠTOST PRAVNE TEORIJE?

Pitanje univerzalnosti/parohijalnosti pravne teorije vrti se oko dileme da li jurisprudencija nastoji da objasni opšte karakteristike svih pravnih sistema u »svim mogućim svetovima« i da utvrdi jedan univerzalan koncept prava, ili je možda njen krajnji domet da se artikulišu najvažnija svojstva jednog ili grupe srodnih pravnih sistema sa svim njihovim osobenostima, kako u strukturi, tako i u sadržini?¹⁵ Ova dilema relativno je novijeg datuma. Naime, dok je filozofsko-

¹¹ Potreba za revizijom postojećih koncepata nastaje ili stoga što inicijalni konceptualni okvir za objašnjenje određenih fenomena nije od samog početka ispravno postavljen, ili zato što se fenomeni menjaju, pa zbog toga naše razumevanje tih fenomena (tj. naša konceptualizacija fenomena) kasni za »događajima« (up. Joseph Raz, *Theory and Concepts: Responding to Alexy and Bulygin.*, u *Una Discusión Sobre Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 2007). Ovaj drugi razlog je uvek aktuelan kada je u pitanju fenomen prava, jer je ono veoma podložno promenama, tim većim što je duži period vremena u kojem se posmatra. Takođe, postoji i jedan takoreći »subjektivan« razlog. Interesovanja ljudi (prevashodno pravnika), njihov osećaj za ono što zahteva objašnjenje ili što ih zbunjuje, sve to se menja tokom vremena i tokom vremena pojedina teorija jednostavno više neće korespondirati tim interesovanjima i osećajima (Raz, Joseph: *Ibid.*).

¹² Upravo stoga se konceptualna analiza i smatra nezaobilaznim metodom jurisprudencije.

¹³ Brian Bix, »Conceptual questions and jurisprudence«, *Legal Theory*, vol 1 (1995), 466.

¹⁴ Kada bi pravna teorija bila takva, problem univerzalnosti/parohijalnosti ne bi mogao da se otvori (ili barem ne bi mogao da se postavi u formi u kojoj se postavlja) Međutim, kako se iz ovoga što je upravo rečeno može videti, svrha jurisprudencije nije da nam pruža proverljive ili prediktivne teze, već da nam što bolje, jednostavnije i elegantnije objasni našu vlastitu praksu.

¹⁵ Wilfrid Waluchow, »The Many Faces of Legal Positivism«, *University of Toronto Law Journal*, vol. XLVIII, 3/1998, 405. Ili kao to pitanje formuliše Šauer: »Whether those who purport to explain the concept of law or to do what is usually called »general jurisprudence« are theorizing about all possible legal systems in all possible worlds, only about all actual legal systems, only abo-

pravnim mišljenjem dominirao jusnaturalistički obrazac, niko nije dovodio u pitanje univerzalnost principa koje utvrđuje prirodnopravna teorija. Među različitim filozofima tokom istorije, sadržina tih principa bila je sporna, bila je sporna njihova osnova, itd., ali malo ko je, po prirodi stvari, dovodio u sumnju njihovo opšte »važenje«, njihovu univerzalnost. Na ovu »tradiciju« nadovezuje se i Džon Ostin, premda on uvodi jednu značajnu novinu, koja mu obezbeđuje zaslužno značajno mesto u istoriji anglosaksonske jurisprudencije. Naime, radi se o njegovoj tezi prema kojoj je jurisprudencija »... nauka koja se bavi izlaganjem principa, pojmova i distinkcija koji su zajednički za sve pravne sisteme«. ¹⁶ I dok opšti principi koje Ostin pominje više asociraju na prethodeći, jusnaturalistički prilaz pravu, nema nikakve sumnje da ideja kako jurisprudencija treba da se bavi »opštim pojmovima i distinkcijama« jeste osnova novog, analitičkog pristupa teorijskom proučavanju prava, koji osim što se ne bavi sadržinom, već formom, strukturom prava, sebe razumeva i kao generalan pristup koji nije usmeren na proučavanje nekog konkretnog pravnog sistema. Njegovo duboko uverenje je bilo da je takav analitički i opšti prilaz proučavanju prava i moguć i koristan.

U ovoj stvari, Herbert Hart je Ostinov sledbenik. Njegova teorija je opšta, a to prema Hartovim vlastitim rečima znači da se njeni uvidi ne odnose na neki poseban pravni sistem ili pravnu kulturu, već da ta teorija ide za tim da pruži objašnjenje i razjasni pravo kao složenu socijalnu i političku instituciju, koja uz to poseduje i »normativan« aspekt. Ta institucija, bez obzira na sve varijetete u kojima se pojavljuje u različitim kulturama i vremenima, ipak uvek ima istu opštu strukturu. ¹⁷ Ovakav prilaz jurisprudenciji podrazumeva, dakle, da pravo poseduje izvesne karakteristike koje ga čine pravom, gde god i kad god ono postojalo, a koje se ne tiču sadržine – jasno je da se sadržina prava razlikuje od poretka do poretka – već su te karakteristike strukturnog karaktera. Zadatak jurisprudencije je da konceptualizuje i tako razjasni i opiše upravo te karakteristike. Ta struktura, ako se radi o univerzalnoj teoriji, mora biti da tako kažem, transsistemska, mora formirati takav skup pojmova, koji bi bili dovoljno univerzalni i sveobuhvatni da

ut all modern legal systems in advanced societies, or only about the legal systems of certain families of modern legal cultures.« (Frederick Schauer, »(Re)taking Hart«, *Harvard Law Review*, 119 (2006), 860).

¹⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1968, 367.

¹⁷ Up. Herbert Hart, *The Concept of Law*, Second Edition with Postscript, Raz & Bulloch eds., Oxford 1994, 239–240. Treba istaći da Hart u potrazi za ovim zajedničkim odlikama ima na umu sledeće: »da li postoje karakteristike prava, pravnog sistema [koje su zajedničke svim pravima i pravnim sistemima]; da li su one, ako takve karakteristike postoje, zanimljive i rasvetljujuće za pravnu praksu... i da li postoje karakteristike prava i sistema vladavine zasnovanog na pravu koje mogu da se otkriju filozofskim istraživanjem, a koje doprinose našem samorazumevanju i razumevanju našeg socijalnog života.« (Jules Coleman i Ori Simchen, »Law«, *Legal Theory*, vol 9 (2003), 41).

se mogu primeniti na sve pravne sisteme, upravo kao što sistematika biologije unutar sebe može da uključi mnogobrojne i različite konkretne vrste flore i faune (pa čak i one koje bi se tek pojavile ili otkrile u budućnosti), a ne samo životinje i biljke određenog klimata ili vremenskog perioda. I zato nije slučajno da su ovom prilikom kao paradigmatične opšte teorije pomenute upravo ove dve navedene, koje su strukturne, formalne ili kako to Raz kaže »sadržinski-nezavisne«.¹⁸

KRITIKE KONCEPTA PRAVA KAO UNIVERZALNOG KONCEPTA

Kada je Hart 1961. objavio svoj znameniti *Pojam prava*, bez obzira na sve tadašnje sporove u jurisprudenciji, niko nije dovodio u pitanje njegovu tvrdnju da postoji jedan takav opšti koncept prava, niti njegov naum da ga objasni. Uprkos razlikama između jusnaturalista i pozitivista oko toga šta jeste i kako izgleda taj koncept prava, ni jedni ni drugi nisu, kako je i u prethodnom odeljku nagovešteno, dovodili u pitanje tezu da postoji jedan koncept prava, nezavisan od vremena ili konkretnog pravnog sistema i da je zadatak jurisprudencije da takav koncept formira i da na taj način opiše i izloži suštinske ili najvažnije karakteristike prava. Odakle onda danas sumnja u ovu upravo izloženu, nekad opšteprihvaćenu i uostalom za jednu teorijsku disciplinu sasvim prirodnu ambiciju jurisprudencije da bude univerzalnog dometa?

Prvi atak je, da tako kažem, nominalističke prirode.¹⁹ Prema toj tezi, ne postoji jedan koncept prava, pa čak ni bilo kakav koncept, već postoji samo značenje reči »pravo« koje članovi zajednice proizvoljno određuju kada tu reč kao etiketu »lepe« za određene fenomene naše kulture i društva. Drugim rečima, pravo nije nikakav zaseban, izdvojiv fenomen ili socijalni artefakt, koji onda možemo kategorizovati fundamentalnim i univerzalnim konceptom, već je pravo sve ono što mi nazivamo »pravom« i što mi hoćemo da bude pravo. Stoga je neuspešan i bizaran svaki pokušaj da odredimo (univerzalnim konceptom) suštinske karakteristike nečega što je proizvoljan socijalni konstrukt i što uopšte nema takve suštinske karakteristike.²⁰

¹⁸ Joseph Raz, »Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison«, str. 28–9.

¹⁹ Jedan je pisac definisao nominalizam kao gledište da stvari koje se nazivaju istim terminom nemaju ništa zajedničko osim same te činjenice da imaju isti naziv. (Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1994, 264).

²⁰ Karakterističan prikaz ovog stava daje Brajan Tamanaha (Brian Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford 1997, 128).

Druga vrsta primedbi takođe na izvestan način polazi od određenog shvatanja o prirodi prava, ali je i sociološki zasnovana. Ona generalno ne nastoji da ospori bilo kakav smisao pokušajima da se odredi koncept prava, već smatra samo da je svaki taj pokušaj ograničenog a nikako univerzalnog domašaja. Pravo je tako, kako rezonuje Šauer²¹ u celini socijalni konstrukt i društvo ima takoreći »otvorene« mogućnosti da ga konstruiše na ovakav ili onakav način. A isto se može reći i za način na koji društvo (tj. njegovi članovi) razume tu svoju tvorevinu, a što se iskazuje kroz prihvaćeni koncept prava.²² Dakle, i pravo i koncept prava su društvene tvorevine, a to znači da u različitim kulturama ne postoje samo različiti pravni sistemi i institucije već i različiti koncepti prava. Osim toga, za razliku od drugih socijalnih artefakata, pravo se unutar jedne kulture menja i kroz vreme, pa se tako menja i koncept prava. Pošto je koncept prava podložan promenama, kako u vremenu tako i od kulture do kulture, pogrešno je da se sadašnji koncept prava smatra univerzalnim i nepromenljivim. Štaviše, činjenica da se u prošlosti menjao, da se razlikovao od kulture do kulture dodatni je razlog da smatramo kako će koncept prava i u budućnosti da se menja i razvija.

Konačno, među savremenim autorima koji nisu pretendovali da njihova teorija prava bude univerzalnih dometa, najčešće se pominje Ronald Dworkin. Dworkin, naime, pledira za takozvani interpretativni pristup pravu, kao odgovarajući način da spoznamo pravo kao društvenu praksu. Tim pristupom teoretičar se fokusira na pojedinačni, aktuelni pravni sistem, a ne na pitanja koja bi imala generalan značaj za sva prava. Iako ne izričito, Dworkin sugerije da je to jedini način da se dođe do istinski vrednih i zanimljivih saznanja o vlastitom pravu.²³ I same njegove supstancijalne teorijske teze odnose se, iako ni to nije izričito rečeno, pre svega na pravne sisteme zapadnih konstitucionalnih demokratija²⁴.

²¹ Frederick Schauer, »The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson«, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 2005, 493–501.

²² »A society might, for example, create its understanding of law such that it understood law in an inextricably morally soaked way, with morality being a condition for legality in all possible legal systems in all possible worlds. Alternatively, a society might construct and understand law (and also its concept of it) such that law was conceptually distinct from morality, with the concept of law, even if not the particular institutions of law and even if not particular legal systems, standing apart from the concept of morality« (Schauer, op. cit., 497).

²³ Iako su apstraktnije ideje koje su rezultat teorije prava u mnogo manjoj meri vezane za konkretne pravne sisteme nego što su to ideje pozitivnopravnih disciplina, »...nema razloga da očekujemo da čak i veoma apstraktna zamisao odgovara stranim pravnim sistemima koji su se razvili u okviru političkih ideologija sasvim drugačijeg karaktera i koji odražavaju te ideologije« (Ronald Dworkin, *Carstvo prava*, Filip Višnjić Beograd 2003. 114).

²⁴ Moguće je da bi Dworkin takvu interpretaciju svoje teorije odbio. Ali kako dobro primjećuje Valučov, ako ne misli na te sisteme, onda nije jasno na šta on uopšte misli. (Wilfrid Waluc-

ZAKLJUČAK²⁵

Došao je najzad trenutak da se u svetlu prethodnih izlaganja, a pre svega onog što je izloženo u odeljcima 2. i 4. ispita koliko je uistinu ostvariva zamisao jurisprudencije (opisana u odeljku 3) da bude univerzalna ili preciznije da formuliše univerzalni koncept prava. U tom smislu, najpre treba reći nekoliko reči o tzv. nominalističkoj zamerci na račun univerzalnosti koncepta prava. Imajući na umu samu ontološku »prirodu« fenomena prava – pravo nije ni prirodni ni od čoveka i društva nezavisni »entitet« – lako se može skliznuti u takvu vrstu teza i ustvrditi da ne postoji ništa važno ili bitno u tom fenomenu što bi se obuhvatilo jednim konceptom ili drugačije rečeno, tvrditi da pravo nema svoju nepromenljivu »prirodu«, svoje nužne karakteristike, koje bi jedan koncept trebalo da izrazi i obuhvati. Međutim, ovakav stav je suprotan onome kako se savremena jurisprudencija samorazumeva (barem kroz radove svojih najistaknutijih protagonista). Tako na primer, Džuli Dikson, a na tragu ideja Džozefa Raza, odlučno veli da se »analitička jurisprudencija bavi objašnjenjem *prirode prava*, pokušavajući da izdvoji i objasni one karakteristike koje pravo čine onim što ono jeste... Koristim izraz »priroda prava« da bi ukazala na ona suštinska svojstva koja dati skup fenomena mora da poseduje da bi bio pravo«.²⁶

Ali nije samorazumevanje jurisprudencije jedini razlog za tezu da pravo ima svoju »prirodu«, tj. određena suštinska svojstva koja ga čine onim što jeste i bez kojih ono ne bi bilo pravo?²⁷ Naime, nesumnjivo je da ljudi prepoznaju izvesne socijalne institucije kao pravne, dok za neke druge smatraju da to nisu. Suverene države imaju pravne sisteme, dok pravila koja regulišu ponašanje za vreme jela ili u društvu ljubitelja knjige nisu pravo. Neki normativni sistemi bi bili pravni sistemi, a neki ne bi, upravo zato što neki imaju ova svojstva, a neki ne. Ako se, na primer, kaže da je prisustvo prinudne institucionalizovane sankcije »suštinsko« svojstvo prava, to znači da sve ono što jeste pravo ima to svojstvo, tj. da je, nužno, svaki normativni sistem ukoliko je i pravni, praćen i prinudnim sankcijama. Nesumnjivo je, čini se, da postoje neke odlike koje od određene ins-

how, Inclusive Legal Positivism, str. 5). S ovakvom interpretacijom Dvorkina slaže se i Raz (Raz, *Can There Be a Theory of Law*, str. 332. i.d.; *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*, str. 27–28).

²⁵ U zaključku će se referisati pre svega na univerzalnost/parohijalnost najvažnijeg koncepta – koncepta prava. Jer, kako je već i rečeno (fusn. 4) za svrhu ovog članka, dovoljna je i analiza koja se bavi samo konceptom prava.

²⁶ Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2001, 17.

²⁷ Upravo, zbir tih suštinskih svojstava čini ono što Raz označava terminom »priroda prava« (Raz, *Can There Be a Theory of Law*, 324–342).

titucije, od određene socijalne prakse, čine da je prepoznamo, poimamo, karakterišemo i nazivamo pravnom institucijom ili praksom. Postoji, institucija (i praksa) koja ima jedan broj suštinskih svojstava, bez kojih ne bi bila to što jeste. I upravo sama teorija prava ima za cilj i ide za tim da objasni prirodu, tj. suštinske karakteristike te određene društvene institucije ili prakse. Ta institucija ima svoja suštinska svojstva koja je čine institucijom određenog tipa. Teorija stvara tipologiju institucija, imajući u vidu upravo ono što se smatra da su suštinske karakteristike različitih vrsta (tipova) institucija.. Gradeći tu tipologiju, ona formuliše i koncepte pomoću kojih te institucije razgraničava i »kategorizuje«. A sama konceptualna analiza, kao glavni metod jurisprudencije, onako kako je od većine pravnih filozofa shvaćena i primenjena, retko se bavi samo upotrebom termina.²⁸ Kada teoretičar prilikom analize vodi računa i o toj upotrebi on to upravo čini stoga što smatra da ta upotreba reflektuje neke dublje i zanimljivije istine o fenomenu prava od lingvističkih.²⁹

Međutim, činjenica da zbog navedenih razloga treba da se odbaci stav nominalista kako je nemoguće da se formuliše koncept prava (jer pravo nema svoju prirodu, jer ga nije moguće posmatrati kao jasno izdvojen entitet) još uvek ne znači da je moguće formulirati univerzalni koncept prava. Naime, ovde treba krenuti tragom druge »primedbe« izložene u prethodnom odeljku. Već je rečeno kako se bolje razumevanje fenomena prava, kao svrha pravne teorije, odnosi zapravo i na opisivanje značenja i značaja koji pravo ima za ljude koji ga praktikuju. Međutim, takvo poimanje s tačke gledišta samih socijalnih aktera je po prirodi stvari partikularno (»parohijalno«), jer objašnjava njihovo razumevanja prava u konkretnoj zajednici, zajednici koja ga je stvorila uostalom. Stoga, kako veli Raz, jurisprudencija pokušava da objasni pravo, naslanjajući se uvek na »naš« koncept prava, a ne na neki izvanvremenski, univerzalni koncept prava.³⁰ Na koji način onda da jurisprudencija bude opšta, kada je svaki koncept prava u stvari samo i jedino »naš« koncept prava?³¹ I treba li uopšte tu opštost postaviti kao metodološki postulat?

²⁸ A što bi prema stavu nominalista bila jedina njena primena u jurisprudenciji.

²⁹ Brian Bix, *Conceptual questions and jurisprudence*, 472. O primeni konceptualne analize u jurisprudenciji opširnije up. Goran Dajović, op. cit., 19–23.

³⁰ Joseph Raz, *On the Nature of Law*, 1–25.

³¹ Raz emfatično ponavlja da »govoriti o određenom konceptu prava znači [govoriti o] našem konceptu prava...Koncept prava se menja tokom vremena. Različite kulture imaju različit koncept prava. Ne postoji jedan koncept prava.« (Raz, *Can There Be a Theory of Law*, 331)... »Koncepti su deo društvenog samorazumevanja i različita društva će imati različite zbirke koncepta« (Raz, *On the Nature of Law*, 5).

Čini se da ne treba po svaku cenu. Jer, i kad bi se ispostavilo da ne može da postoji svezremenski, univerzalni koncept prava, već samo »naš« koncept »našeg« prava, prepoznavanje, bolje razumevanje ili prečišćavanje takvog koncepta opet bi bilo veoma značajno za objašnjenje suštinskih ili važnih karakteristika postojećeg fenomena prava. I zato, ako takav koncept ne bi mogao da podrži pretenzije jurisprudencije na univerzalnost, to uopšte ne znači kako su, samo zbog tog razloga, konceptualna analiza i jurisprudencija u celini manjkavi i problematični poduhvati. Štaviše, bilo bi na neki način samoograničavajuće da se teorijski, analitički poduhvat u jurisprudenciji započne s neoborivom pretpostavkom da se traga za jedinstvenim konceptom prava, jer nas takva pretpostavka može odvesti ka konceptu prava koji ignoriše raznovrsnost pravnog fenomena, sve njegove varijacije. Naime, ako pravni teoretičari i filozofi idu za tim da objasne pravo na takvom nivou apstrakcije da to njihovo objašnjenje bude univerzalno, opšte, tj. primenljivo na sve pravne sisteme u »svim mogućim svetovima« onda takvo objašnjenje, budući da mora da obuhvati ne samo aktuelni već i sve hipotetičke fenomene prava, postaje nedovoljno precizno. Štaviše takav koncept prava postaje »prazan«, ne govori nam mnogo čak ni o našem aktuelnom pravnom sistemu, tj. ostaje bez ikakve eksplanatorne snage.³² To nas onda može odvesti ka ignorisanju važnih karakteristika prava s kojim živimo – a to bi bilo sasvim suprotno svrsi pravne teorije kakvu poznajemo. I zato, možda, »naš« koncept prava može da uključi i gledište prema kojem je »naš« koncept zapravo koncept »našeg« prava i da prema tome postoje različiti koncepti prava.³³ Stoga, prihvatajući da nema niti će biti univerzalnog koncepta prava, treba u isto vreme jasno odbaciti i nominalizam prema kojem koncept prava ne može ni biti formiran, jer pravo ne poseduje suštinske karakteristike ili značajne odlike koje bi konceptom bile obuhvaćene. Kako veli Koulmen, »projekat jurisprudencije jeste da identifikuje te nužne ili suštinske karakteristike našeg koncepta prava. Ali nijedan analitički pravni filozof ne veruje da je zbog toga neki, pa čak i preovladjujući koncept prava, nužan i da neki drugi koncept nije logički ili na drugi način moguć. Niti veruje da naš koncept prava ne može biti podvrgnut reviziji. U stvari, sasvim suprotno...«.³⁴

Najzad, na samom kraju ostaje da se izvuče i jedna čini se, korisna pouka iz Dvorkinog odnosa prema univerzalnosti/parohijalnosti teorije. Naime, treba kod njega prepoznati dve različite teze. Što se tiče njegovih metateorijskih ideja,

³² Danny Priel, »Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate«, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 4/2005, 688.

³³ Frederick Schauer, *Is there a Concept of Law?*, 33.

³⁴ Jules Coleman, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, *Legal Theory* 4 (1998), 393.

one su nesumnjivo univerzalne. Teza o tome koja su pitanja na koja teorija odgovara jeste univerzalna metateorijska teza, zasnovana na njegovim vrednosnim sudovima o važnosti tih pitanja. Dvorkinova temeljna teza da je jedina koherentna perspektiva iz koje pravna teorija može da se stvori perspektiva onoga ko participira u praksi konkretnog pravnog sistema i ko pokušava taj sistem da interpretira u »najboljem svetlu«, ta teza je bez sumnje univerzalni nauk koji jurisprudencija, prema Dvorkinu, treba da sledi ukoliko želi da izvrši uspešno svoj zadatak. Drugim rečima, Dvorkin kao da nam poručuje kako je zadatak jurisprudencije univerzalan.³⁵ I tom zadatku jurisprudencija pristupa na određeni način, koji u svakoj konkretnoj teoriji, kako se to i na Dvorkinovom primeru jasno može videti, pretenduje da bude univerzalan. Ali ako je metateorijska teza univerzalna, odgovori same teorije, kako je to već više puta rečeno, nisu. A jasno je da nisu, budući da proizilaze iz činjenice da je u fokusu jurisprudencije uvek »naš« koncept prava, i uvek pravo i kao socijalni konstrukt koji se vremenom menja, a s njegovom promenom menja se i taj koncept koji teorija teži da izoštri.

GORAN DAJOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Belgrade

GENERALITY OF JURISPRUDENCE

Summary

The common and a widespread idea of jurists is that jurisprudence, as a general discipline, has universalistic aspirations. It means above all that its concepts, (especially the concept of law) are general. They are not the concepts of a particular legal system at the particular time. However, there are many doubts about generality of the legal concepts and the concepts of law. The author analyzes these objections mentioning just three. First one is "nominalistic": there is no such thing

³⁵ Naravno, ovde nije reč o istoj vrsti univerzalnosti, o kojoj je bilo reči na samom početku, ali u svakom slučaju jedna vrsta univerzalnosti jeste u pitanju.

as the immutable nature of law which the general concept of law can and should comprise. Second objection is sociological-empirical one and its gist is that because concepts of law are liable to change, and may change over time, it would be a mistake to assume that the concept of law can be one and universal. Besides, different cultures may have different concepts of law – and as a social construct the concept of law can be only our concept of law. Last criticism of universality is that of Ronald Dworkin who urges for so-called interpretative jurisprudence which is by its nature particular and focused on a concrete legal system.

The author suggests few possible answers. The conclusion is clear: searching for the concept of law is futile and doomed to failure both because of the nature of law itself and of the function and purpose of jurisprudence. On the other hand, searching for a concept of law, or precisely for our concept of law is still a useful and productive theoretical enterprise.

ZORAN VIDOJEVIĆ

LJUDSKA PRAVA I DRUŠTVENE NEJEDNAKOSTI

SUŠTINA JEDNAKOSTI, NEJEDNAKOSTI I LJUDSKIH PRAVA

Jednakost i nejednakost, kao takve, nisu ni progresivne, niti regresivne. Do čega one dovode zavisi od sistemskog konteksta, njihove prirode, funkcije, od toga gde se, u čemu i na koji način ispoljavaju.

Težnja za jednakošću progresivna je i plemenita ako je povezana s težnjom za slobodom. Bez jednakosti sloboda je u najboljem slučaju uska, najčešće fiktivna. A jednakost bez slobode je ropska. One nisu niukakvom apriori harmoničnom odnosu. Ali nisu apriori ni međusobno suprotstavljene. Jedna drugoj uvek nešto i oduzima i daje. Valjanost sistema sastoji se u njihovoj dinamičkoj ravnoteži i srazmeri, za šta su potrebne odgovarajuće materijalne, institucionalne i kulturne pretpostavke. Jednakost i sloboda objedinjuju se u ideji čovekovog dostojanstva. Ono je glavno merilo ljudskih prava i vladavine prava uopšte. Svaki progresivni pokret, usmeren ka opredmećenju ideje jednakosti, značio je borbu

Prof. dr Zoran Vidojević, Institut društvenih nauka, Beograd. Ovaj rad sačinjen je znatnim delom od mestimično izmenjenog i dopunjenog teksta pod naslovom »Društvene nejednakosti, kriza i sistem« (zbornik »Krizna i razvoj«, Institut društvenih nauka u Beogradu, centar za ekonomska istraživanja, Beograd, 2010), kao i od malog fragmenta o siromaštvu starih iz potpoglavlja »Socijalne nejednakosti, kriza i razvoj« moje knjige »Demokratija na zalasku – autoritarno-totalitarna pretnja«, »Službeni glasnik«, Institut društvenih nauka u Beogradu, Beograd, 2010.

ne samo za više slobode nego i za nove sadržaje slobode. Jednakost bez slobode totalitarna je, sloboda bez jednakosti je prazna.

Od suštinske je važnosti jasno razabrati u čemu ljudi, kao ljudi, moraju biti jednaki, a u čemu ne bi smeli biti jednaki, to saznanje institucionalizovati i pretvoriti u praktične društvene odnose. Jednakost se mora operacionalizovati do nivoa prepoznatljive socijalne pravde, što je posebno značajno za sistem raspodele materijalnih dobara. Ali se mora istaći da socijalna pravda i celokupni korpus ljudskih prava ne nastaju kao plod milosrđa »lepih duša« i sitnih popravki klasnog društva nego kao rezultat njegovog ukidanja. U suprotnom sve se svodi na moralističku propoved »pravičnosti« kao »...kljusine koju hiljadama godina jašu svi popravljajući sveta«.¹

Ideju socijalne pravde Aristotel određuje tako što naglašava da se »...čini kako je pravedno ono jednako, koje i jest, ali ne svima, nego samo jednakima. A i nejednako se čini pravednim, pa i jest, ali ne svima, nego samo nejednakima«.² To određenje nije dovoljno konkretizovano, jer je dato na filozofskoj ravni, ali se u njemu može identifikovati smer traženja te konkretizacije.

Istina je da je veliki Stagiranin imao stavova u kojima se društvene nejednakosti sistemskog porekla nastoje opravdati prirodnim razlikama među ljudima, da je robove tretirao kao stvari koje govore. Ali, ne sme se smetnuti s uma da je on zastupao i sasvim drugačija gledišta. To se vidi iz njegovih stavova, da »...neki sva (umijeća) pretvaraju u ono stjecanja bogatstva, kao da je ono svrha, a prema svrsi se mora usmjeriti sve«,³ zatim da »siromaštvo izaziva pobunu i opačinu«,⁴ kao i da »najveće nepravde počinju zbog suviška, a ne zbog (životnih) potreština«. Postoji u sklopu Aristotelovih misli o društvenim nejednakostima jedna koja se može smatrati heuristički plodonosnom za dijagnozu razornih učinaka određene vrste nejednakosti u današnjem vremenu. On je nju ovako formulisao: »...Pohlepnosti bogataša razaraju više državu negoli one u prostoga puka«.⁶

Osnovni smisao ideje jednakosti sadržan je u lucidnom stavu Ž.Ž. Rusoa gde se kaže da moć ne treba »da poseže ni za kakvim nasiljem i da se njom raspolaže samo u skladu s položajem i zakonom, a u pogledu bogatstva da ni jedan građanin ne bude toliko bogat da uzmogne kupiti drugoga i ni jedan toliko siro-

¹ R. Luksemburg, *Socijalna reforma ili revolucija*, Beogradski izdavački zavod, Beograd, 1976, str. 77.

² Aristotel, op. cit., str. 90.

³ Aristotel, *Politika*, Globus – Zagreb, Sveučilišna naklada Liber – Zagreb, Zagreb, 1988, str. 20.

⁴ Isto, str. 44.

⁵ Isto, str. 48.

⁶ Isto, str. 141.

mašan da bude prisiljen prodati se...⁷ Taj Rusoov stav sažima u sebi strategiju čije bi ostvarivanje vodilo boljoj budućnosti sveta. Bez toga nije moguće otklanjati temelje strukturalnih kriza koje ga, poput sadašnje, mogu dovesti na ivicu katastrofe.

Ideja jednakosti ispisana je na zastavama svih dosadašnjih revolucija, građanskih i onih čiji su ih protagonisti razumevali kao socijalističke. Ona je i prastara i moderna. Čuvena »trobojka« Francuske revolucije: sloboda, jednakost, bratstvo (koje se danas može razumeti u smislu opštečovečanske solidarnosti) sadrži ceo program društvenih promena, i sada vrlo aktuelan, kao i osnovu moderne teorije i prakse ljudskih prava.

Istorijski su najznačajnije, bar za Evropu, hrišćanske, liberalističke i socijalističke koncepcije jednakosti. Hrišćanstvo, liberalizam i socijalizam, pored ostalog, najmoćniji su »pogledi na svet« modernoga doba. Prvobitni hrišćanski komunizam (»boljševizam antike« – A. Benua) i njemu svojstvena jednakost siromašnih, koja je bila slobodni izbor i smatrana za vrlinu, kao i jednakost ljudi pred Bogom, zatim, političko-pravna jednakost i sloboda pojedinca u okviru liberalističke koncepcije, te obećanje ukidanja eksploatacije i stvaranja uslova za društvo bez klasa unutar socijalizma kao političkog pokreta i idejnog projekta – obeležavaju glavne oblike recepcije ideje jednakosti i istorijske pokušaje njenog ostvarivanja.

Jednakost kao istost oduvek je bila u srži reakcionarnih ideologija, političkih pokreta i poredaka. U njihovom okviru stvaraju se kalupi i prinudni obrasci socijalnog ponašanja, potreba, vrednosti, mišljenja, čak i emocija. Teži se da se ljudi pretvaraju u kopije nekog nametnutog idealnog lika, masu depersonalizovanog, politički nesamostalnog i manipulisanog mnoštva. Arhetip istosti je primitivni komunizam u kome se pravedna raspodela oskudnih dobara uzdiže na nivo primarnog društvenog načela i vrhovne vrednosti. Ali, istost u smislu »serijalizacije« i univerzalizacije »jednodimenzionalnog čoveka« može nastajati i na temelju društva obilja, »represivne tolerancije«, vladavine »građanske vrline« i prosečnosti, a posebno masovne ideologije potrošnje. Ljudska prava se depersonalizuju u oba slučaja.

Svaki pokušaj «iskakanja» iz zajednice istih i njenog negiranja u pravcu slobodne zajednice ličnosti, ljudi razvijenih potreba, kritičke svesti i autonomije – poredak onemogućava, a njegovi tvorci i branioци to doživljavaju kao subverziju. Čovek (p)ostaje samo anonimni pripadnik različitih, u biti prisilnih kolektiviteta. Prividno, ti poreci su bez krize. Ona je skrivena ispod institucionalne fasade, u dubokim slojevima društvenog bića. Latentna je i stalna. Onda kada se la-

⁷ J.J. Rousseau, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima. Društveni ugovor*. Školaka knjiga, Zagreb, 1976, str. 123.

tentnost preobrazi u manifestnost i aktualnost – kriza »eksplodira« i proizvodi razorne učinke koji dugo traju.

Teorija socijalnih (ne)jednakosti mora obuhvatiti ne samo ekonomski i politički nego i onaj njihov primarni, *ontološko-antropološki* aspekt. Radi toga neophodno je poći od Fromovog razlikovanja između »imati« i »biti«, ali i pokušati da se ode dalje od tog njegovog uvida sagledavajući dominantne svetsko-istorijske učinke globalizacije, kao i sadašnju planetarnu krizu neoliberalnog kapitalizma.

Neosporno je da posedovanje velike količine materijalnih dobara i novca kao njihovog vrednosnog izraza ne znači biti srećniji u smislu ljudskog samoispunjenja i samorealizacije, odnosno, zadovoljstva vlastitim životom. To saznanje posebno važi za sadržaj i način života unutar »potrošačkog društva«. Čim se dođe do određenog, dosta visokog nivoa zadovoljavanja materijalnih potreba, ako sem njih nema razvijenih duhovnih potreba, ljudske komunikacije koja se ne zasniva na golom interesu, nego na prijateljstvu, solidarnosti i uzajamnom poverenju – nastaje kriza življenja, osećaj egzistencijalne praznine, i pored materijalnog bogatstva. Zbog toga se »imanje« ne može svesti na njegovu predmetnu, tačnije, novčanu sadržinu.

Ali, problem odnosa između »imati« i »nemati« mora se sagledavati i iz onog tradicionalnog ugla – bitne razlike između materijalnog bogatstva i bede, obilja i skapavanja od gladi, razlike koja karakteriše savremeni svet, a sada dobija drastične razmere usled globalne krize neoliberalnog kapitalizma, njemu svojstvenog »fantomskog novca« i hazarderstva, a pre svega brutalne eksploatacije planetarnih razmera. Kriza življenja unutar modela »potrošačkog društva«, kriza čije je središte otuđenje usled ropstva predmetima-simbolima statusa i prestiža, kao i idolopoklonstva bogu Mamonu, neuporedivo je podnošljivija od života u okolnostima nedostatka hrane, zdrave pijaće vode, krova nad glavom i mogućnosti lečenja i od isceljivih bolesti. Otuđenje bogatih, sitih i moćnih nikako se ne može poistovetiti s otuđenjem gladnih, totalno nemoćnih i »suvišnih«. »Zlatna milijarda« stanovništva bogatih zemalja, iako nije homogena u pogledu nivoa životnog standarda, stoji nasuprot milijardama stanovnika zemalja »trećeg«, a posebno »četvrtog« sveta, koji se svakodnevno suočavaju s pitanjem kako preživeti. Stoga se problem socijalnih nejednakosti i razlika između »imati« i »biti«, a time i ljudskih prava, mora sagledavati kao svetsko-istorijski problem, kao problem savremenog čovečanstva koji ima svoje veoma različite ravni i dimenzije. Jer, nemati u najvećem broju slučajeva znači »ne biti« u smislu čovekovog dostojanstva, čak i biološke ugroženosti velikog dela ljudske vrste.

Sistem čiji su pokretači egoizam i pohlepa gotovo sve podređuje sticanju stvari i novca. Razvija proizvodne snage na račun ljudskosti. Takav oblik društvene organizacije, i pored impesivnih tehničkih dostignuća u najrazvijenijim

zemljama, kao i dostizanja relativno visokog, ili bar zadovoljavajućeg stepena materijalnog standarda za većinu stanovništva, sadrži socijal-darvinizam kao vlastiti princip i stvara socijalne nejednakosti koje razdiru društvo. Taj razdor je sistemsko-strukturalne prirode i čini suštinsku prepreku humanizaciji društvenih odnosa.

Nije svaki bogati čovek nemoralna ličnost, beskrupulozni i surovi ugnjetač. Bitna je konkretno-istorijski, ali i antropološki uslovljena (u smislu karakternih predispozicija znatnog dela ljudskog roda prema sebičnosti i pohlepi) nemoralnost sistema i najčešćih puteva sticanja bogatstva, posebno u društvima primitivnog kapitalizma. Takođe, nisu u svim društvima iste posledice nejednakosti u materijalanom položaju ljudi. Važno je šta preovlađuje u pojedinačno uzetim društvima i svetu kao celini, izrazito nehumane nejednakosti, ili one podnošljive, opravdane i stimulatívne za celokupni društveni razvoj.

U sociološkom smislu jednakost se mora procesualno shvatiti, kao iščezavanje klasnih i drugih dehumanizujućih razlika među ljudima, a ne kao njihovo mehaničko izjednačavanje u svim elementima društvenog položaja. Sociološki pojam jednakosti može se odrediti kao stvaranje uslova koji omogućuju da ljudi budu »stavljani u manje-više jednak stvarni društveni položaj«, što ujedno znači »eliminiranje tradicionalnih oblika društvene nejednakosti, sistematske i strukturalne naravi« na području rada, politike, društvene podele rada u užem smislu, kao i dostupnosti najvažnijih civilizacijskih i kulturnih dostignuća i tekovina.⁸ Za određenje sadržaja modernog pojma društvenih jednakosti veoma je važno ono što Marks označava jednakošću ljudi kao bića, njihovim jednakim važenjem kao ljudi.

U »Ranim radovima« Marks je anticipirao savremenu teoriju ljudskih prava, posebno socijalnu dimenziju tih prava. On piše: «Jednakost je svest čoveka o sebi u elementu prakse, dakle, svest čoveka o drugom čoveku kao sebi jednakom i ponašanje čoveka prema drugom čoveku kao sebi jednakom...»⁹ Njegovo zalaganje za socijalnu dimenziju ljudskih prava sažima se u stavu da se »svakom mora dati socijalni prostor za njegovo suštinsko životno ispoljenje«. ¹⁰ Iste ideje sadržane su i u Univerzalnoj deklaraciji Ujedinjenih nacija o pravima čoveka, kao i u svim kasnijim međunarodnim poveljama koje regulišu tu materiju. Dž. Rols, eminentni teoretičar pravde, smatra da je od temeljnog značaja ona koncepcija jednakosti u kojoj se polazi od »uzajamnog poštovanja« i dužnosti tretmana

⁸ Vidi opširnije: S. Vrcan, *Društvene nejednakosti i moderno društvo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974, str. 137–138.

⁹ K. Marx – F. Engels, *Sveta porodica*, u: K. Marx – F. Engels, *Dela*, tom 5, Institut za izučavanje radničkog pokreta, Prosveta, Beograd, 1968, str. 34.

¹⁰ Isto, str. 114.

ljudskih bića kao moralnih osoba, a poštena raspodela izgleda pojedinaca je nezavisna od uticaja društvenog položaja.¹¹

Ali, kada se sagledava drugi pol nerazdvojnog para: jednakost – nejednakost, očigledno je da nije pravedno da se za nejednake radne učinke, posebno kada je reč o nejednakosti u kvalitetu, znanju i stručnosti, daju iste nagrade. Teške društvene krize nastupaju ne samo zbog prevelikih, ekonomski i moralno neopravdanih nejednakosti koje dovode do masovnog nezadovoljstva, društvene polarizacije i patologizacije, nego i usled mehaničkog egalitarizma, poraznog po ekonomski i širi društveni razvoj, a ujedno i veoma nepravednog.¹²

Društvene nejednakosti proizlaze iz takvog sistema u kome se jedne društvene grupe na trajan način favorizuju i privileguju, i to u velikim razmerama, u svim elementima njihovog socijalnog položaja i životnih šansi, dok se druge društvene grupe stavljaju u trajan položaj potlačenosti, obespravljenosti i degradacije. Istorijski relevantne društvene nejednakosti nisu obične, male razlike među ljudima nego su to duboke i stabilne, systemske i sistematske razlike na temelju nekog oblika eksploatacije, dominacije i isključenosti. One su izraz klasnih suprotnosti, ali i različitih oblika ljudske degradiranosti na rasnoj, nacionalnoj, verskoj, ili kakvoj drugoj osnovi, koji mogu biti znatno teži od onih klasnog karaktera.

Društvo totalne jednakosti nije moguće, a i da je moguće, kako dosadašnje rezmatranje ove problematike pokazuje, bilo bi veoma nepravedno. Na drukčijoj osnovi duboko je nepravedno i društvo ogromnih, ponižavajućih, i u krajnjoj liniji ekonomski neracionalnih nejednakosti. Oba ta tipa društva sadrže klice razorne krize. Pritom treba naglasiti da ako nejednakosti kao takve ne mogu, a u određenim aspektima i razumnom rasponu i ne treba da iščeznu (pod uslovom da stimulišu ekonomski i opšti društveni razvoj), to ne znači da su prirodne, posve normalne, ogromne i izrazito dehumanizujuće nejednakosti.

Svi oblici strukturalnih nejednakosti čine celinu. Među njima određujuću ulogu za društveni položaj klasa, slojeva, njihovih delova i pojedinaca imaju nejednakosti u materijalnom položaju i u raspodeli političke moći. Polarizacija na liniji bogati – siromašni, najčešće se spaja sa odnosom politički moćni – nemoćni i nužno stvara otvorenu ili prikrivenu društvenu krizu.

Ljudska prava su ona prava koja omogućuju da čovek bude slobodno biće, da zadovoljava svoje bitne materijalne, političke i duhovne potrebe, da bude sub-

¹¹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1971, p. 511.

¹² »...Jednakost se sastoji u tome što se merenje vrši jednakim merilom – radom« (K. Marks, *Kritika gotskog programa*; u: K. Marks, F. Engels, *Kritika gotskog i erfurtskog programa*, BIGZ; Beograd, 1972, str. 16.

jekt vlastitog društvenog života. To su prava bez kojih on nije čovek u savremenom smislu iskaza »biti čovek«, odnosno, ne biti rob, ne biti potlačen i ponižen, ne živeti u strahu od nasilne smrti i vlasti, ne biti gladan, bedan, neobrazovan, bez zaposlenja, pristojnih uslova za životni boravak, zdravstvene i ekološke zaštite. Ona pretpostavljaju određeni nivo civilizacijskog razvoja i merilo su istorijskog napretka. Njihov temelj čini već pomenuta »trobojka« vrednosti istaknutih na zastavi Francuske revolucije, koje imaju trans-epohalni značaj. E. Bloh naglašava: «Sloboda, jednakost, bratstvo, ortopedija uspravnog hoda, muževnog ponosa, ljudskoga dostojanstva, ukazuju daleko preko građanskog horizonta».¹³

Ideologizacija ljudskih prava

Na delu je proces pretvaranja ljudskih prava u globalnu ideologiju kojom se poništava njihova bit, a najgrublje nasilje se prikazuje kao njihovo autentično ostvarivanje. U tome učestvuju ne samo pripadnici vladajućih političkih elita najmoćnijih zemalja Zapada nego i unajmljeni intelektualci s područja društveno-humanitarnih nauka u tim zemljama, a još više u njihovim novim kolonijama na prostoru bivšeg real-socijalizma, kao i masa medijskih kreatora pseudo-javnosti. Znatan deo intelektualaca s područja tih nauka prihvata ulogu stvaranja i širenja organizovane javne laži, pre svega radi sticanja materijalnih i drugih statusnih privilegija. Njima je istina stvarnosti ljudskih prava, pre svega onih socijalnih, posve nevažna, ne tiču ih se patnje onih na dnu, ili pri dnu uslova elementarne egzistencije. Neki se prodaju usled osiromašenja koje ide dotle da se pretvaraju u svojevsni proletarijat koji od svojih prihoda jedva preživljava. Ali preteže tip »tranzitornih« intelektualaca, ljudi za sve režime i sva vremena, spremnih i na otvorenu laž o stanju društva i stvarnosti ljudskih prava u njemu i svetu kao celosti. Nastupaju kao agresivni liberalni evangelisti u čiju propoved »usrećenja« niko ne sme posumnjati, po istom obrascu po kojem su delovali vulgarni marksisti. Nije ni malo slučajno što se u njihovim nastupima jedva govori o krajnje teškim uslovima života mnoštva ljudi. Siromaštvo i beda ne ulaze u ideološko polje neoliberalizma. Oni se tretiraju kao posledica nesposobnosti, neprilagođenosti i lenjosti, a ne kao sistemski, ili bar i kao sistemski proizvod.

Organizovana javna laž svojstvena je svim sistemima. Ali u sistemima koji raspolazu ogromnim potencijalima globalnog nasilja ta laž ima opake posledice planetarnih razmera. Pretvaranje ljudskih prava u vladavine prava u ideologiju koja stravično nasilje predstavlja kao put njihove realizacije vodi tome da se te

¹³ E. Bloch, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Komunist, Beograd, 1977, str. 165.

izuzetno važne tekovine emancipacijskog duha i progresivnih političkih borbi do te mere kompromituju da, tako unakažene, izazivaju masovnu odbojnost prema njima.

K. Druzinasi jasno uočava to pretvaranje ljudskih prava u ideologiju. On piše: »Cilj ljudskih prava je otpor javnoj i privatnoj dominaciji i tlačenju. Ona gube taj cilj kada postanu politička ideologija ili ideologija neoliberalnog kapitalizma ili savremene verzije civilizujuće misije.«¹⁴

Promene nazvane »tranzicijom« pravdane su potrebom uspostavljanja demokratije i ljudskih prava. Međutim, »poredak nastao 1989. godine kombinije ekonomski sistem koji generiše ogromne strukturne nejednakosti i tlačenje s juridičko-političkom ideologijom koja obećava dostojanstvo i jednakost. Ta temeljna nestabilnost vodi ga njegovoj propasti«.¹⁵ Provalija između proklamovanih ljudskih prava i njihovog ostvarivanja nastala je kao rezultat spoja globalne i lokalne strukture moći (pre svega one imovinske),¹⁶ koji nosi pečat tlačenja i potčinjavanja.

Iako su ljudska prava najveće dostignuće moderne teorije liberalizma, zasnovane na tradiciji prirodnih prava čovekovih i inovirane ovovremenim misaonim prodorima na području filozofije politike i prava, ona su, poput demokratije, najviše zloupotrebljavana time što su postala bitan element imperijalne politike. Z. Bžežinski, ideolog američke spoljne politike, javno je isticao da je izumeo novo oružje koje je uspešno upotrebljavano u višedecenijskoj nameri upravljačkih elita njegove zemlje da sruši Sovjetski Savez. To oružje su bila ljudska prava. Ovde je reč o njihovoj funkciji, o tome da se jedna značajna civilizacijska tekovina izvrgava u svoju suprotnost jer postaje sredstvo pokoravanja tuđih zemalja i naroda, a ne o tome da su ljudska prava »cvetala« u »prvoj zemlji socijalizma«. To se sada redovno dešava širom sveta. Nije sporno da u stvarnosti mnoge zemlje, uključujući i Ameriku, zaista krše, čak i gaze ta prava u različitom obimu i s različitim intenzitetom. Reč je o takvom izrodavanju tih prava da ono ide i do opravdavanja ubijanja mnoštva nevinih ljudi i razaranja zemalja koje su sa stanovišta najveće sile sveta simboli zla. Temeljno ljudsko pravo je pravo na život i nepovredivost čovekove ličnosti. Upravo to pravo se bezobzimo gazi ideologizacijom ljudskih prava koja je postala bitan sastojak neovarvarstva. Srbija je za

¹⁴ K. Druzinasi, *Paradoksi ljudskih prava*, Treći program Radio beograda, br. 143–144, III–IV–2009, str. 85.

¹⁵ Isto, str. 85.

¹⁶ U *Deklaraciji o prirodnim pravima čoveka* koju je donela Kopaonička škola prirodnog prava, pored ostalog, izražava se zabrinutost zbog nedopustive nesaglasnosti između proklamovanih prava čoveka i njegovih zajednica i ostvarivanja tih prava. Takođe se ističe protivrečnost između visokog nivoa kodifikacije prirodnih i trajnih prava čoveka i takođe visokog nivoa nekulture u njihovom oživotvorenju.

vrema agresije NATO-a na svoju teritoriju, bila, a delom je i sada, poligon za isprobavanje efikasnosti te ideologije, kao i nasilja koje je njena materijalizacija.

Kada se kaže da su prava čoveka »svoj savremeni oblik dobila u kontekstu imperijalističkih zakonodavnih praksi, ostajući čvrsto povezana s imperijalnom ekspanzijom i njenim posledicama sve do kraja XIX veka«¹⁷, izriče se istina, ali se ne ide do kraja. Ta prava su i danas povezana s »imperijalističkom ekspanzijom«, pre svega Sjedinjenih država kao najveće globalne sile koja decenijama kontinuirano vodi ratove za nadmoć u svetu, skupa sa bivšim ili oronulim imperijama zapadne Evrope. Ta se politika možda može ublažiti, pre svega prinudom okolnosti, nastajanjem konkurentnih globalnih imperija, a delom i dolaskom razumnijih lidera na državni vrh. Ali se ona ne može preokrenuti u svoju suprotnost jer je najviše determinisana interesima krupnog kapitala, prvenstveno vojno-industrijskog kompleksa. Njen glavni subjekt, kao i drugde, je sam sistem.

Ideologija ljudskih prava u smislu izopačenja suštine tih prava i propagande laži o njihovoj stvarnosti, funkcionalni je sastojak globalizacije kao »vesternizacije«, prvenstveno »amerikanizacije« sveta, milom, a još više silom. Hrišćanstvo je doživelo inkviziciju u ime zaštite svoje suštine i misije spasavanja sveta. Politika ljudskih prava doživljava to isto, ali su žrtve njenog izopačenja u ideologiju globalne varvarizacije neuporedivo brojnije od onih u srednjem veku kada su ljudi spaljivani na lomači u ime Hrista.

Kriza, ljudska prava i društvene nejednakosti

Izvorno shvaćena kriza označava neko dramatično ili-ili stanje koje traži blagovremenu odluku. Stanje današnjeg sveta sve više poprima obeležja sudbonosnog sukoba dveju suprotstavljenih mogućnosti: ili će on postati pravedniji i omirovljen, ili će, u ne tako dalekoj budućnosti ojačati varvarstvo u različitim vidovima, od »pećinskog« do sofisticiranog, kao rezultanta nesavladivih globalnih, regionalnih i lokalnih kriza. Odluka o prelomu krize po svojoj suštini može biti ili istorijski oslobodilačka, ili fatalna, ili nešto privremeno između toga, dok se ne uobličí jedna od tih suprotstavljenih alternativa.¹⁸

Veoma je suženo shvatanje krize kao finansijske, ili nešto šire – ekonomske krize. Na delu je mnogo ozbiljnija kriza koja odavno vlada svetom. To je civilizacijska kriza u čijem središtu je kriza vrednosti, kriza dubljeg smisla indivi-

¹⁷ E. Padžen, *Ljudska prava, prirodna prava i imperijalno nasleđe Evrope*, *Treći program Radio Beograda*, br. 133–134, III–IV, 2009, str. 103.

¹⁸ O pojmu krize videti Lj. Kljakić, *Kriza*, <http://www.skribd.com/doc/2597521>, 16.04.2010.

dualnog i društvanog bivstvovanja. Ta civilizacijska kriza je, zapravo, kriza epohalno dominantne zapadne civilizacije kojoj pečat daje apsolutizacija profita i njegova sve tešnja povezanost s nasiljem, te stoga i industrijom smrti, praznine i manipulacije. Ona je utoliko teža što na istorijskom vidiku još nema alternativne civilizacije koja bi bila ubedljivo bolja od zapadne i sobom nosila superiorniju lestvicu vrednosti, kao i mogućnosti obogaćivanja i što potpunije realizacije ljudskih prava.

Zbog svega toga teorijski pristup krizi mora biti prvenstveno filozofski utemeljen. Ona je »...pre svega spor oko smisla narodne i ljudske egzistencije«.¹⁹ Veza između tako shvaćene krize i (ne)razvoja je suštinska. Kategorija razvoja se mora razumeti kao ostvarivanje ključnih ljudskih vrednosti: ljudskog dostojanstva, slobode, socijalne pravde i mira u svetu. U stvarnosti razvoj se veoma često svodi na rast, ekonomski i tehničko-tehnološki, na kvantitativne pokazatelje privrednih i opšte-društvenih kretanja. Razvoj je nešto znatno više i šire od svakog rasta. Naravno, kriza je još teža ako ni rasta nema.

Glavni činilac ogromnih i ponižavajućih društvenih nejednakosti, koje onemogućuju ostvarivanje čak i minimuma egzistencijalnih ljudskih prava u mnogim zemljama današnjeg sveta, jeste planetarni sistem imperijalnog kapitalizma, čiji je ideološki, politički, ekonomski i vojni izraz svojevrсни, (neo)liberalni totalitarizam.

Na prvi pogled (neo)liberalni totalitarizam je paradoksalan pojam. Logički, zaista, liberalizam i totalitarizam su nespojivi. Izvorno gledano, liberalizam je filozofija slobode i jednakosti svih ljudi kao bića. Totalitarizam je poništenje te slobode i jednakosti. Ali, ono što je logički, i uopšte teorijski nespojivo, spojivo je ideološki, politički i sistemski. Naime, liberalizam »kod kuće«, u vlastitoj državi, praćen je često kolonijalizmom, a danas i totalitarizmom »napolju«, van »kuće«. Relativno blagostanje, demokratija, istina, svedena na proceduralnu dimenziju, kao i određeni stepen ljudskih prava, koji se mora uvažavati – omogućeni su velikim delom nasiljem, ubijanjem miliona ljudskih bića, potčinjavanjem i osvajanjem niza zemalja. Prema nekim procenama, samo u Iraku i Avganistanu do sada je ubijeno više od milion ljudi, a svake godine u svetu umire od gladi približno 40 miliona ljudi.²⁰ To je velikim delom uslovljeno prirodom globalnog neoliberalnog kapitalizma. Sem toga, mora se sagledati znatna razlika između izvornih načela liberalizma u kojima je sloboda pojedinca (pre svega u delima Dž. Stjuarta Mila) na vrhu lestvice vrednosti, a u toj lestvici ima mesta (premda ne posebno naglašenog) i za socijalnu pravdu, i sadašnjeg neoliberaliz-

¹⁹ K. Kosik, *Dijalektika krize*, Mladost, Beograd, 1983, str. 23.

²⁰ Oba ta podatka nalaze se na zadnjoj korici časopisa »Novi plamen«, br. 14, Zagreb, 2010.

ma u kome se ona tretira kao prepreka ekonomskoj slobodi, čak i kao opasna »avet«. Nedavno preminuli portugalski pisac Ž. Saramago ističe da je »neoliberalizam novi totalitarizam preobučen u demokratiju od koje nije ostalo ništa do li privid«, kao i da je to politika genocida i zločina prema čovečanstvu.²¹ Savremenu epohu obeležavaju globalni neoliberalizam i njegov proizvod – »treći talas« kolonijalizma, prikriveni fasadnom demokratijom i mitom ljudskih prava.

Kapitalizam koji preovlađuje u post-realsocijalističkim zemljama daleko je od toga da je viša faza u njihovom razvitku. Naprotiv, to je, u celini gledano, civilizacijski pad koji znatnom njihovom delu preti novom socijalnom kataklizmom. Toga bi morale biti do kraja svesne upravljačke elite tih, duboko kriznih zemalja, a još više teorijska inteligencija. U nedostatku te svesti moglo bi se desiti još jedno fatalno istorijsko zakašnjenje, kada je reč o neophodnim promenama temelja sistema.

Jedna od suštinskih pretpostavki, koja je i imanentni činilac modernizacije kao stvaranja civilizacijske osnove za ostvarivanje celine ljudskih prava, jeste industrijalizacija. Savremeni tehnološki razvoj podrazumeva da se ide dalje od industrijalizacije ka informatičkom društvu, a ne da se pada u odnosu na njen dostignuti nivo. Glavnina post-realsocijalističkih zemalja doživljava pustošuću dezindustrijalizaciju, što znači da u nizu oblasti postaju predmoderna, čak i anti-moderna do te mere da u nekima od njih jačaju procesi povratka u neofeudalizam i plemensko društvo. Čim nema industrije u značajnijoj meri, ne može biti ni radničke, ali ni moderne kapitalističke klase. Pošto se radnička klasa rapidno smanjuje, ne zato što društvo ulazi u informatičko doba nego zbog toga što nazaduje, a njen ostatak je većinom u položaju najamnog roblja – ne može biti ni efikasnijeg otpora primitivnom kapitalizmu prvobitne akumulacije bogatstva. Sve to dovodi do masovnog kršenja socijalnog korpusa ljudskih prava, ali i niza prava vezanih za čovekovu ličnost i njeno dostojanstvo. U real-socijalističkom sistemu masovno su kršena politička prava utvrđena međunarodnim pravnim normama, ili ih u njemu nije ni bilo u obliku čvrsto garantovanih prava. U pretežnoj većini post-realsocijalističkih društava masovno se krše socijalna ljudska prava. Broj umrlih u društvima katastrofične »tranzicije« povećava se. Može se osnovano pretpostaviti da se to dešava najviše usled siromaštva, bede, socijalne besperspektivnosti i beznada. »Arhipelag Gulag« zamenjuje se »arhipelagom« siromaštva, bede i masovnog pesimizma. Malo vredi to što se gotovo sve može reći na račun vlasti kada se praktično ništa ne može učiniti da se promeni sistem velike i institucionalizovane socijalne nepravde. To je slika stvarnog stanja primarnih ljudskih prava u najvećem delu bivših socijalističkih zemalja. Novouspostavljeni poreci, bar u nekima od tih zemalja, mogu potrajati u dužem vre-

²¹ J. Saramago, »Odlomci iz bilježnice«, Novi plamen, br. 14, Zagreb, 2010, str. 177, 178.

menskom razdoblju. Ali, nikada ne mogu steći legitimitet. Sukob legaliteta i legitimiteta, prava i pravde, ponovo dobija drastične vidove, ali na drukčiji način nego u prethodnom sistemu. U pretežnom broju slučajeva stvorena je socijalna osnova za »anti-pravnu državu«, njenu mafijizaciju i koruptivnost gotovo na svim nivoima, za to da prava u regulisanju osnovnih uslova egzistencije poprime odlike »agresije manjine«. ²²

Propast sistema real-socijalizma koji na svojim osnovama nije mogao ostvarivati ni pravedno (pre svega u političkom smislu), niti ekonomski efikasno društvo (mada je u većini slučajeva u pogledu materijalnih uslova egzistencije zamenjen znatno nepravednijim tipom društva, takođe ekonomski neefikasnim), kao i sadašnji krah neoliberalne paradigme kapitalizma, do krajnosti zaoštravaju pitanje kako izbeći oba ta sistema i graditi nešto »treće«, a bolje. Danas to pitanje traži hitne i ubedljive odgovore, primerene njegovoj važnosti i težini. Ali, po svojoj prilici, oni će se još dugo čekati. Ne samo da nedostaje razvijena teorijska podloga nego i konkretno-istorijski materijal koji bi ih omogućili. Stoga treba računati i na sukcesiju različitih oblika degenerativnih društvenih kriza u sadašnjosti i neposrednoj budućnosti, uključujući i one razorne, kao i kršenje ljudskih prava, posebno onih socijalno-egzistencijalnih.

»Tranzicija« post-realsocijalističkih društava po svojoj dominantnoj »boji« nije liberalno-demokratska revolucija čije je svojstvo i smanjivanje velikih socijalnih nepravdi, nego revolucija s desna koju izvodi na prvi pogled neprirodni savez znatnog dela ranijih nomenklaturenih levičara i disidenata, njihovih protivnika, čak i neprijatelja u prethodnom sistemu, uz početnu, kratkotrajnu aktivnu ili pasivnu podršku većeg ili manjeg dela građana, patronat svetskog kapitala, ali i potporu, kao i uspon nekih od najuticajnijih pripadnika kriminalizovanog društvenog taloga. Rezultat takvog interesnog i političkog saveza su nužan nastanak duboke, dugotrajne i sveopšte krize, fenomen izneverenih očekivanja većine građana, antagonističke društvene nejednakosti, masovno nezadovoljstvo novonastalim stanjem i novi oblici ništenja ljudskih prava.

Polarizovana društva, a uz to siromašna i s rastućom bedom, su društva zatvorene istorijske perspektive, društva koja u sebi gomilaju nesavladive konflikte i nepremostive suprotnosti. To su visoko-rizična društva u kojima civilizacijsko propadanje ne dodiruje dno, jer je ono pokretno. Ona sadrže potencijalnu destruktivnu energiju velikih razmera. Istorijski revanš siromaštva i bede, primat hleba i zaposlenja nad političkom slobodom, može dovesti i do obnove totalitarizma, te stoga i poništenja i skromnih dostignuća ljudskih prava u političkoj sferi društva. Ne treba zaboraviti da su totalitarizmi dvadesetog veka imali jedan od

²² Vidi: S. Perović, *Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*, Universitas iuris naturalis copanonici, Beograd, 2009, str. 255, 259.

svojih izvora u takvom revanšu osiromašenih društvenih skupina. Zna se na čemu se zasniva razvoj takvih društava, u kom smeru ide i kakve su njegove posledice po sudbinu miliona ljudi. Takođe se zna da su u njima od odlučujućeg značaja, zavisno od konkretog oblika totalitaizma, rasne i pseudo-rasne, ili političke nejednakosti među ljudima, dok su one koje se tiču klasnog položaja od sekundarnog značaja. Na pomolu su i modeli teokratskog totalitarizma, ništa manje surovi od navedenih. U svim vidovima totalitarizma ljudska prava s prezirom se odbacuju.

*Jaz između bogatih i siromašnih i njegov uticaj
na ljudska prava*

Provalija između bogatih i siromašnih klasa, slojeva i ljudi kao pojedinaca, generalno gledano, povećava se u globalnim okvirima. O tome ubedljivo svedoče sledeći podaci.

»Razlika između bogatih i siromašnih 1930. godine bila je 3:1, 1950. čak 35:1; 1992. godine 72:1, 1997. neverovatnih 727:1, a 2008. neshvatljivih 1419:1«.²³

Produbljivanje i širenje tog jaza na globalnoj i regionalnoj ravni, ali i unutar nadmoćne većine pojedinačno sagledavanih zemalja, nije tendencija, već stabilan i dugotrajan proces. To pokazuju i podaci da je »...broj siromašnih u svetu povećan na čak 932 miliona ljudi«, da bi, prema procenama Ujedinjenih nacija, više od 200 miliona ljudi »moglo da se nađe ispod granice siromaštva«, da će broj stanovnika kojima hrana nije dostupna dosegnuti bezmalo milijardu.²⁴

Među najporaznije nalaze spada onaj da »svakih 3,5 sekundi neko u svetu umre od gladi, a 75 posto od toga broja čine deca«,²⁵ pa se svom oštrinom nameće pitanje šta ljudska prava znače u kontekstu tog nalaza. U Evropskoj uniji, koja se u normativnom smislu zasniva na principu solidarnosti i smanjivanja siromaštva, 72 miliona ljudi je siromašno, od kojih je 43 miliona »previše siromašno«.²⁶ Ovi podaci su od posebnog značaja za Srbiju radi razvejanja iluzije da će obimno siromaštvo u njoj, koje ima tendenciju rasta (o tome će se posebno

²³ Prema: Z. Jevtović, »Geopolitika i mediji«, *Kultura polisa*, Grafomarketing, Novi Sad, 2010, str. 149.

²⁴ S. Grk, »Srbija u ozračju evropskih integracija«, str. 16.

²⁵ Isto, str. 16.

²⁶ Isto, str. 16.

raspravljati u ovom radu) relativno brzo nestati ako ona bude primljena u tu zajednicu evropskih država i naroda.

Takva slika sveta odavno je poznata. Svi naponi da se ona popravi putem pomoći najugroženijim zemljama, odnosno, njihovom stanovništvu koje je u najtežem materijalnom položaju, imali su krajnje ograničen i kratkotrajan efekat. Očigledno je da se tim putem ne mogu otkloniti beda i siromaštvo jer su uveliko uslovljeni globalnim sistemom raspodele bogatstva i moći, pre svega sile, kao najveće moći. On je ključni uzrok cikličnih talasa svetskih kriza. Ne postoje značajne promene takvog stanja na bolje. Stoga je »svetsko društvo rizika« (U. Bek) dugotrajno i bitno obeležje savremene epohe.

Prirodu neoliberalnog modela kapitalizma ponajbolje ilustruju nalazi N. Klajn prema kojima je »pre trideset godina odnos prosečnih plata radnika i menadžera u Americi bio 1: 42, a danas je 1: 411«.²⁷ To se zbiva upravo u periodu agrasivne ideologizacije ljudskih prava, kao i uspona tog tipa kapitalizma koji je tu zemlju, a posredno i najveći deo sveta doveo u izuzetno ozbiljnu i sveobuhvatnu krizu. Vrtoglavi rast plata menadžera nije praćen zdravim i postojanim rastom privrede i opštim društvenim razvojem, što znači da one nisu bile zaslužene, odnosno opravdane.

Ogromne socijalne nejednakosti u Sjedinjenim Državama mogu se identifikovati i posredstvom podataka da samo 5% stanovništva te zemlje poseduje »38% dohotka i polovinu imetka ostvarenog u periodu između 1990 i 2006 godine...«²⁸ U tom pogledu Amerika nije bila, niti je sada, izuzetak. Sredinom devedesetih godina dvadesetog veka u Rusiji je 10 odsto najobezbedenijih slojeva stanovništva imalo prihode koji su 15 puta bili veći od najugroženijih 10 odsto, a raspon između ličnog dohotka 10 odsto najmanje i 10 odsto najbolje plaćenih radnika dostizao je 27 puta.²⁹ Sadašnja Rusija nije više toliko razorena kao društvo i država koliko je bila u tom periodu. Ona se oporavila, više kao država nego kao društvo. U njoj i sada dominira oligarhijski kapitalizam koji kao takav sadrži izuzetno velike socijalne nejednakosti. To se vidi i iz podataka da je u toj zemlji najbrojnija skupina siromašnih (65% stanovništva), slede malobrojna grupa obezbeđenih (14%) i srednje obezbeđenih (21%), što ne omogućuje »društve-

²⁷ Opširnije o tome u: Lj. Mitrović, »Tranzicija u periferni kapitalizam«, Institut za političke studije, Beograd, 2009, str. 50.

²⁸ V. Radovanović, »Refleksije globalne ekonomske krize kao izgovor za bespuća ekonomske stvarnosti Srbije«, u: *Srbija i Evropa, ekonomija, društvo i politika*, str. 63.

²⁹ G. Osipov, V. Lokosov, »Savremene reforme, granice socijalne dezorganizacije«, u: *Ciljevi i putevi društava u tranziciji*, Institut društvenih nauka u Beogradu, Ruska akademija nauka, Institut društveno-političkih istraživanja, Beograd, 1996, str. 37.

nu integraciju, harmoniju i toleranciju»,³⁰ čemu se može dodati i – neophodnu meru realizacije ljudskih prava, posebno onih socijalne prirode. Takav tip kapitalizma je glavna prepreka ekonomskom i širem društvenom preobražaju sadašnje Rusije. Još više, on ugrožava njenu budućnost.

Socijalna polarizacija u Rusiji, kompromitacija kvazi-liberalne demokratije koja takođe sadrži ogromne nejednakosti između onih koji vladaju i onih kojima se vlada, kao i priroda oligarhijskog kapitalizma, učinili su da se samo 8% građana te zemlje opredeljivalo za vrednosti slobode i demokratije, dok je dominantna većina na prvo mesto stavljala vrednost socijalne pravde.³¹

U Kini, ekonomskoj, političkoj i vojnoj velesili u nastanku, kao i jednoj od retkih zemalja koje su uspele da smanje siromaštvo, mada je ono i dalje dosta obimno, »samo 4% ... stanovništva poseduje 70% nacionalnog bogatstva, kako proizlazi iz tvrdnje američke agencije 'Boston konsalting grup'«. ³² Takva koncentracija nacionalnog bogatstva u izuzetno malobrojnoj grupi na vrhu ekonomske hijerarhije, može, vremenom, dovesti do velikog socijalnog nezadovoljstva i destabilizacije sistema te zemlje, kao i poništenja nekih progresivnih dostignuća real-socijalizma, poput vertikalne socijalne pokretljivosti pripadnika donjih klasa i slojeva, što je bila kompenzacija za nedostatak većih političkih prava i sloboda.

Na globalnoj ravni drastične nejednakosti u pogledu nivoa razvijenosti ogledaju se u nalazu da je najnerazvijenijim delovima svetske privrede potrebno tri ipo veka da dostignu razvoj najrazvijenijih.³³ Posebno su značajni podaci D. Helda i A. Mek-Groua da 20% najbogatijih poseduju 82,7% svetskog bogatstva, dok najsiromašnijih 20% raspolažu sa svega 1,4% tog bogatstva.³⁴ Ima nečeg goreg i od teškog siromaštva. Ljudska degradiranost se ne zaustavlja na materijalnoj nemaštini i bedi. Ona ima svoj nastavak u socijalnoj isključenosti, koja je nešto »mnogo više od siromaštva«. ³⁵

Svakodnevna borba za puko preživljavanje objektivno onemogućuje ljudima koji se nalaze u takvom stanju bilo kakvo učešće u društvenom životu i demotiviše ih za to. Oni su ljudi kojih nigde nema, socijalni očajnici koji čak nisu

³⁰ Z. Golenkova, »Asnovnie tendencii izmjenjenija socialnoj transformacii«, *Zbornik Matice srpske*, br. 118–119, Novi Sad, 2005, str. 10.

³¹ Prema: R. Medvedov, *Putin – povratak Rusije*, Večernje novosti, Beograd, maj 2007, str. 72.

³² Prema: D. Rančić, »Sirotinja sa armijom milionera«, *Politika*, 25 novembar 2007, str. 5.

³³ Opsežna analiza suštinske povezanosti globalizacije i velikih nejednakosti u raspodeli svetskog bogatstva sadržana je u mojoj knjizi *Kuda vodi globalizacija*, F. Višnjic, Beograd, 2005, str. 84–92.

³⁴ Prema: L.J. Mitrović, op cit. str. 51.

³⁵ B. Jovanović-Gavrilović, »Siromaštvo i socijalna isključenost – evropski pristup«, u: *Srbija i Evropa, ekonomija, društvo i politika*, str. 108.

ni na marginama sistema, nego su vansistemska kategorija. Materijalna beda u njihovom životu spaja se s obrazovnom. Nisu u stanju ni sebe, niti svoju decu da školuju, često ni do nivoa završene osnovne škole. Standardna merila socijalnih nejednakosti neprimenjiva su na njih. Za faktički sistem oni su »suvišni ljudi,« često diskriminiranih na socijalnoj, rasnoj, nacionalnoj i religioznoj osnovi. Sve je više njihovih pripadnika u današnjoj Evropi, posebno u zemljama post-realsocijalističke »tranzicije«. U njihovom položaju ljudska prava se pretvaraju u trajnu neljudskost.

*Društvene nejednakosti u Srbiji i njihov uticaj
na ostvarivanje ljudskih prava*

Svojevremeno je model latino-američkog kapitalizma, sa njemu svojstvenom piramidalnom strukturom vlasništva i moći, kao i vladavinom stotinak porodica, bio simbol izrazito nehumanog i istorijski regresivnog kapitalizma. Upravo takav kapitalizam sve se više oblikuje u Srbiji (i njoj srodnim zemljama neuspele ili katastrofične »tranzicije«), što potvrđuju sledeći nalazi.

»...Između 20% najsiromašnijih i 1% najbogatijih (među kojima je ne više od 100 zaista najbogatijih) 'smešteno' je sve ostalo, preostalih 79% građana Srbije od kojih pretežan broj, ne manje od 80% tog broja – takođe živi u uslovima višegodišnje socijalne i ekonomske nestabilnosti, nesigurnosti, neizvesnosti i oskudice.«³⁶ O koncentraciji bogatstva u rukama izuzetno uskog kruga ekonomskih moćnika svedoči i podatak da samo desetak ljudi »raspolaze kapitalom u vrednosti od 30 procenata BDP Srbije.«³⁷

Na ovakvo stanje nesumnjivo je uticala politika oružane agresije, desuverenizacije, ekonomske blokade, »šok-terapije« i nametanja privatizacije kao formule spasenja, »deregulacije« i gotovo totalne liberalizacije za uvoz stranih roba, što je dovelo do uništenja najvećeg dela domaće privrede, ali je veoma koristilo jednom krilu novonastalih »biznismena«. Tu politiku su nametale pre svega Sjedinjene Države, ali i druge moćne zemlje Zapada. No, glavna odgovornost za takvo stanje leži na domaćim upravljačkim elitama, sustvaraocima sistema iz koga se ono rađa i reprodukuje u proširenim razmerama. Sustvaraocima stoga što su one to činile i svesrdno, radi svojih interesa, i po diktatu vlada tih zemalja, njihovih banaka i korporacija, »savetnika« i kontrolora.

³⁶ Lj. Kljakić, *Kriza*, <http://www.scribd.com/doc/2597521>, 16. 04. 2010.

³⁷ Tanjug, »Imovina tajkuna kao trećina BDP Srbije«, *Politika*, 8. avgust 2010, str. 05.

Ako je u ekonomski opljačkanoj i socijalno razorenoj Srbiji, primera radi, anonimni pojedinac u 2009. godini »zaradio« 900.000 evra, a u takvoj državi, prema nepotpunim podacima, ima 17759 milionera³⁸ – način sticanja bogatstva izaziva opravdanu sumnju i jak moralni otpor. Sociološki gledano, od najvećeg je značaja obimno, sve šire i dublje siromaštvo znatnog dela stanovništva, kao i to da nakon više decenija ponovo nastaje fenomen gladi. Naglo bogaćenje, pogotovo prljavim sredstvima,³⁹ na jednoj, beda i glad, na drugoj strani, dva su pola antagonističkih socijalnih nejednakosti, a ne nejednakosti kao takvih. Nije sve u Srbiji u znaku istorijskog minusa, odnosno regresije. Ima i uspešnih preduzeća, elitnih ustanova, istraživačkih timova i pojedinaca. Ali, to nije glavna »boja« društvenih kretanja.

Društveni sistem u Srbiji (i ne samo u njoj) sobom nosi preovlađujuća obeležja primitivnog, nomenklaturnog i neokolonijalnog, a u socijalnom smislu i represivnog kapitalizma. Tom tipu kapitalizma imanentni su velike i ponižavajuće socijalne nejednakosti, kao i institucionalizovani haos, nemogućnost uspostavljanja racionalnog poretka, privrednog i opšteg oporavka društva. On nije u stanju da iznedri razvojne funkcije kapitala, a kamoli da omogući neki oblik »istorijskog kompromisa« »rada« i kapitala, što je daleko od ukidanja klasno podeljenog društva, ali bi bio korak napred u odnosu na sadašnje stanje.

Sistem koji nastaje iz takvog kapitalizma ne može se reformisati, kao što nije mogao ni sistem real-socijalizma u poodmakloj fazi svog truljenja. On bi se morao napuštati, što sprečava faktička struktura moći. Ali se pritom postavlja pitanje čime ga i kako zameniti, da bi stanje Srbije bilo bolje, a ne još gore nego sadašnje, da bi se objedinili oni skromni, blokirani i umrtvljeni potencijali njenog kretanja u tom smeru. Jedno je sigurno: ona se ne može oporaviti ako ne postane država-subjekt, nezavisna, u celovitom smislu demokratska, razvojno sposobna i socijalna. To je jedan od primarnih uslova da životno važna ljudska prava u njoj ne budu prazna, demagoška »priča«. Malo je izgleda da Srbija uskoro postane takva država. Ona je spolja opkoljena trupama NATO-a, koje ugrožavaju njen suverenitet i nastojace da pretrnjom upotrebe sile, ili njenom primenom, onemogućće bitne i ujedno progresivne promene sadašnjeg sistema, pogotovo ako su usmerene protiv interesa vodećih zemalja Zapada. Sem toga, procesi unutrašnjeg pustošenja i dezintegracije Srbije i dalje traju. Njene političke, ali i intelektualne

³⁸ Vidi: G. Bulatović, »U Srbiji 17.759 milionera«, Večernje novosti, 19 mart 2010, str. 6.

³⁹ Odgovarajući italijanski stručni timovi su, po nalogu OEBS-a, napravili studiju o pranju novca u Srbiji. Ona je »pokazala da je celokupna privatizacija u Srbiji sprovedena tako da nije uopšte ispitivano poreklo novca. I sada imate sistem koji tako funkcioniše i naravno da akteri ne mogu da priznaju da su krivi za to« (D. Šuković u razgovoru s J. Cerovinom i B. Baković, objavljenim pod naslovom »Premoć kapitala nad politikom – fama ili java«, Politika, 9. april 2010, str. 06).

elite, sagledavane kao celina, daleko su ispod nivoa višestruke drame u kojoj se ona nalazi.

Navedimo još neke od podataka koji su neophodni kao svedočanstvo stvarnosti ljudskih prava socijalno-egzistencijalnog tipa u zemlji u kojoj živimo.

U Srbiji ima 1,7 miliona siromašnih, a više od 3,5 miliona građana (što iznosi bezmalo polovinu njenog stanovništva) koji »svojim prihodima ne mogu da podmire potrebe 'potrošačke korpe'«,⁴⁰ iako redukovane na nivo nešto iznad pukog biološkog opstanka. Svakog dana u »narodnim kuhinjama«, kojih ima 67, a potrebe za njima su znatno veće, prehranjuje se 30.000 ljudi.⁴¹ Da će se siromaštvo u Srbiji najverovatnije reprodukovati u proširenim razmerama može se zaključiti i po tome što je ona »jedina zemlja u Evropi u kojoj se za poslednjih 15 godina smanjio broj visokokvalifikovanih«, da spada u zemlje s »najnižim izdvajanjem za obrazovanje« u evropskim razmerama, da se više od 227.000 njenih stanovnika »potpisuje palcem«, a »1,2 miliona njih nema osnovno obrazovanje«. ⁴² Klasne barijere u sistemu obrazovanja najbolje se vide posredstvom činjenice da samo 3,7% studenata u Srbiji potiče iz siromašnih porodica.⁴³

Iz svega sledi zaključak da Srbija ne poseduje dovoljan stručni i socijalni kapital (mada on nije sasvim poništen), niti ima dovoljno široke »kanale« uzlazne socijalne pokretljivosti, što bi joj omogućilo da u doglednom vremenu, putem oplodnje kavalitetnog znanja, kao i selekcije pripadnika upravljačke elite na osnovi jedinstava kompetentnosti i poštenja, a ne samoobnavljanja – smanjuje siromaštvo i svestrano se oporavlja. Ako se tim nalazima doda da u njoj ima približno 800.000 hiljada nezaposlenih, a biće ih još više, da je njena industrijska proizvodnja manja nego što je bila u vreme sankcija »međunarodne zajednice«, da je njen ukupni dug inostranim poveriocima izuzetno visok i ubrzano preti ulaskom u »dužničko ropstvo«, jer je sve veći, a mogućnosti njegove otplate sve manje – onda se dobija prava slika njenog sadašnjeg stanja, što znači i objektivan uvid u razmere siromaštva.⁴⁴

U brojnoj skupini siromašnih u najtežem su položaju stara lica. Stopa njihovog siromaštva »iznosi 9,6% i značajno (je) viša od prosečne (6,6%), pri čemu je »rizik od siromaštva kod starih ljudi« veći za više od 40% od proseka stanov-

⁴⁰ S. Grk, op. cit., str. 18.

⁴¹ Isto, str. 18.

⁴² Isto, str. 20.

⁴³ O. Kovač, »Nezaposlenost i siromaštvo u Srbiji«, u: *Nezaposlenost i siromaštvo u Srbiji*, Beogradski forum, Beograd, 2005, str. 13.

⁴⁴ Opšima analiza privrednog i opšteg stanja Srbije danas, kao i prirode socijalnih nejednakosti, dubine, opsega i uzroka siromaštva u njoj, sadržana je u mojoj knjizi »Demokratija na zalasku – autoritarno-totalitarna pretnja«, Službeni glasnik, Institut društvenih nauka, Beograd, 2010, poglavlje »Srbija – drama opstanka«, str. 187–217.

ništva Srbije. »Dve petine siromašnih starih (42%) jede meso rede od jednom mesečno«. Da ima neophodnu sumu novca »najveći broj siromašnih starih bi ga prvo potrošio na kupovinu hrane (svaki treći), ili na kupovinu lekova (svaki četvrti)«.45

Ti podaci najubedljivije govore o dubini i obimu siromaštva ove kategorije stanovništva za koju se može reći da spada u onaj deo društva u čijem se životnom položaju sabira sva nehumanost postojećeg stanja Srbije. Oni su iz sistema isključeni i institucionalno i biološki, te nemaju nikakvih izgleda da se izbore za promenu tog položaja. Ali su i ogledalo prazne jednakosti ljudskih prava, puke brojke kojih se lovci na glasove sete samo pred izbore. Demokratija u kojoj znatan deo najstarijeg stanovništva nema dovoljno hrane, u kojoj je obrok s mesom mnogima od njih nedostižan, za te ljude je ništavna. Samo cinična svest može se odnositi prema takvom stanju posredstvom pitanja: kakve veze imaju meso, demokratija i ljudska prava.

S takvim obeležjima društvenih kretanja Srbija ne može izaći iz stanja civilizacijskog regresa. Ona ubrzano klizi ka novom sistemskom slomu, praćenom sve oštrijim socijalnim protestima, društvenom polarizacijom, patologizacijom i haotizacijom. Srbija postaje jedna od zemalja koje su paradigmatični primeri razvaljenog društva, partitokratske, izrazito neefikasne i korumpirane države, kao i ideologizacije ljudskih prava u smislu maskiranja njihove stvarnosti i »bankrota očiglednosti«.46

Nijedan ozbiljni uvid u stanje današnje Srbije ne bi smeo zanemariti podatke koji svedoče da su najveći pojedinačni strahovi u njoj strah od daljeg osiromašenja i još većih socijalnih razlika (77% ispitanika ga ispoljava), strah od gubitka posla (ima ga njih 69%) i strah od nestanka naroda (izražen kod 62% anketiranih građana).47 Ova poslednja vrsta straha (koliko je autoru ovog rada poznato) u dosadašnjim istraživanjima nije neposredno identifikovana.

U takvim okolnostima Diveržeova teza o demokratiji bez naroda dobija novo osvetljenje. Ako u biološkom smislu sve više nestaje narod kao nominalni subjekt demokratije to je neuporedivo gore nego kada on iščezava kao subjekt u političkom smislu usled povećavanja nejednakosti između vladajućih i onih nad kojima se vlada. U Srbiji se oba ta procesa spajaju.

45 M. Rašević, »Ko su siromašni stariji ljudi u Srbiji«, *Rukopis u pripremi za objavljivanje*, str. 1, 13, 14.

46 K. Kosik, op. cit. str. 37.

47 Prema rezultatima istraživanja TNS »Medijum Galup« iz Beograda i Univerziteta »Megatrend« – Beograd, objavljenim u članku M. Dugalića »Srbe plaše siromaštvo, otkaz i – nestanak naroda«, *Politika*, 6. mart 2010, str. 05.

Najveći deo državno-partijskih funkcionera zadobija obeležja politički vladajuće klase jer u svojim rukama drži faktički monopol političke moći. Posredstvom vlasništva nad znatnim »paketom« akcija određenih preduzeća i putem drugih vidova sticanja bogatstva, njegovi najimućniji pripadnici ulazi u redove ekonomski vladajuće klase. I obrnuto, deo bogatih privatnih vlasnika, putem vezivanja partijskih funkcionera za svoje interese, što je jedan od glavnih kanala korupcije sistemskog karaktera,⁴⁸ kao i uticaja na donošenje važnih odluka koje se tiču uslova poslovanja, uključuje se u sastav politički vladajuće klase. »Simbioza« interesa krupnih kapitalista i znatnog dela političkih funkcionera daje pečat ekonomskim, kao i širim socijalnim »reformama«, te kao takva spada među glavne uzročnike reprodukovanja ponora između veoma bogatih i vrlo siromašnih, kao i sprečavanja preko potrebnih promena temelja sistema. Nijedna od značajnijih partija u praksi ne dovodi ozbiljno u pitanje otimačku privatizaciju koja je osnova duboko nehumanih nejednakosti i razaranja društva. I ne samo to. Javlja se i nešto što liči na prodaju indulgencija, odnosno, »oproštaj grehova« koji je davala Katolička crkva u srednjem veku. Naime, od velikih bogataša se traži da izdvoje neka sredstva za dobrotvorne svrhe i zadužbinarstvo, pa da tako »operu« svoje biografije. To kako su došli do bogatstva i kakve su socijalne posledice njegovog sticanja – postaje posve nevažno.

Stvoreno je unutar sebe čvrsto integrisano polje socijalnih nejednakosti u kome je Srbija zarobljena i kao društvo i kao država. Njihov učinak je razoran, jer su u moralnom smislu ponižavajuće, a u ekonomskom i opšte-razvojnom smislu – blokirajuće. Stvarnost Srbije (i ne samo njena) je prvenstveno obeležena degenerativnom krizom čija logika vodi sistemskoj i socijalnoj kataklizmi. Eventualni izlazak iz takve krize pretpostavlja, pored mnogo čega drugog, izmenu tipa politike. Daleko je od dovoljnog da se ona razume kao »veština kompromisa«, mada i to Srbiji uveliko nedostaje. Od ključnog je značaja zasnivanje politike kao veštine opstanka u okolnostima koje obeležava drama državnog integriteta, socijalnog stanja, demografskog i civilizacijskog pada, kao i vladavine sile umesto prava u svetskim odnosima. To je, ujedno, konkretno-istorijsko milje ljudskih prava u današnjoj Srbiji. Ako se ono stavi u zagrade u teorijskoj misli o stanju tih prava »danas i ovde«, ta misao postaje puki moralizam, ili, pak, plaćena obmana.

⁴⁸ Vidi: D. Šuković, »Korupcija i evropske integracije Srbije«, u: *Srbija i Evropa, ekonomija društvo i politika*, str. 118–119.

KA MOGUĆEM ZAKLJUČKU

Obrasci ljudskog ponašanja hiljadama godina manje-više su isti, a broj ubijenih u ratovima sve je veći. Iz tog ugla sagledavana, istorija pokazuje reprodukciju zla i nesreća, kao svoju apsolutnu dominantu. A bez moralnog napretka, čija je bit nepovredivost ljudskog života i ličnosti čovekove, nema ni suštinskog napretka u razvoju i realizaciji ljudskih prava. Delimičnog napretka ima u drugim oblastima ljudske istorije. Ali, u ovoj, primarnoj, nije ga bilo. To saznanje onespokojava i nameće kardinalno pitanje: može li ljudski svet biti bolji? No, uprkos tome ostaje dužnost otpora međuljudskom satiranju, unesrećenju i poniženju. Zlo, očigledno, ima ontološki status. Ono ne može iščeznuti, ali se pod određenim uslovima može smanjivati. Fatalizam bezalternativnosti ne može se negirati optimizmom vedrog idiota. Ali, stvarnost nije nešto zauvek zaleđeno. Ona je jedinstvo onog što postoji i onog što, sa stanovišta oslobodilačke misli i prakse, treba i može da bude.⁴⁹ U tome je nada, mada i granica emancipacijske ljudske moći.

Hoće li neposredna budućnost biti u znaku jačanja ili slabljenja ljudskih prava? Teško je bilo šta pouzdanije reći o tome. Govor o budućnosti ljudskih prava, zapravo je najvećim delom govor o budućnosti sveta. O svemu tome mogu se postaviti samo neke hipoteze.

Nije realno nadati se generalnom smanjivanju siromaštva, bede i nezaposlenosti u svetu kao celini, te stoga ni višem stepenu ostvarivanja ljudskih prava, pre svega onih koja se odnose na materijalne uslove života i socijalnu promociju. Navedeni nalazi o stanju sveta, kada je o tome reč, to ubedljivo pokazuju. U većini sveta siromaštvo, beda i glad verovatno će se povećati u neposrednoj budućnosti. To i za Srbiju važi. Njoj preči i opasnost još većeg državnog i opštedruštvenog rastrojstva, kao i zamene slabe, desupstancijalizovane demokratije autoritarnim sistemom čiji bi glavni subjekt bila nova nacionalistička desnica, koji bi sobom doneo bitno ograničenje i onog skromnog fonda političkih prava i sloboda u ime »spasa« države i društva uopšte. Malo je verovatno da bi time došlo do privrednog i šireg društvenog oporavka. Primitivni kapitalizam bi opstao, možda »redizajniran«.

Teza o kraju istorije, te stoga i kraju revolucija, ničim nije potkrepljena. Međutim, da bi donele nešto novo i otvorile prostor razvoju i potpunijem ostvarivanju ljudskih prava, revolucije bi morale biti i duhovne, unutrašnje, a ne samo spoljašnje, socijalne i političke, zahvatiti sveru vrednosti, motivacija ponašanja i razumevanja potrebe za dubljim smislom ljudskog bivstvovanja. No, mora se sa-

⁴⁹ O tom »deontološkom metodu« viđenja stvarnosti, opširnije u: Z. Jelić, *Moderna koncepcija vladavine prava*, Dosije studio, Beograd, 2010, str. 272–273.

gledati da su u konkretno-istorijskom kontekstu zemalja stare i nove periferije globalnog kapitalizma i danas glavni uzroci mogućih revolucija teško siromaštvo i poražavajuća dehumanizacija, dok duhovne potrebe imaju sekundarni značaj.

Da li će revolucije uopšte, koliko, i koje od njih doneti trajni sistem u kome će se više razvijati i poštovati ljudska prava u svojoj celosti, ne može se unapred znati. One ne garantuju napredak u ljudskoj istoriji. Napredak je samo jedna od njihovih mogućnosti. »Staro smeće« u drukčijim vidovima, takođe može oživeti. Metafizici revolucije, istorijskog napretka, ali i ljudskih prava nema mesta u ozbiljnoj filozofiji istorije, pogotovo nakon iskustva dvadesetog veka, ali i prve decenije ovog sadašnjeg.

Upravo radi boljeg stanja sveta teorija treba da naznači poželjan model društvenog uređenja u kome se u optimalnoj meri razvijaju ljudska prava i slobode. Taj model bi morao sadržati takvu istorijsku transformaciju koja vodi sintezi onog najboljeg iz socijalizma i liberalizma, svetovnih i religioznih etika, kao i celokupnog modernog nasleđa progresivne misli i prakse. U njegove konstitutivne elemente spadaju i vizionarske, kompetentne i poštene upravljačke elite kojima se može verovati, nadilaženje okoštalih političkih partija i proceduralne demokratije, stvaranje mreže organa samouprave i društvenih pokreta, a pre svega bitna promena sistema vrednosti u kojima bi na prvo mesto došli ljudsko dostojanstvo, celovita sloboda, socijalna pravda i miroljublje. Bez takve sinteze svet klizi ka sve dubljoj krizi i potencijalnoj apokalipsi. Nije bitno kako će se nazvati taj model. Bitno je da on nastane. Objektivno, šanse za takav istorijski prelom u sadašnjim uslovima i bliskoj budućnosti su male. Upravo zato što su male neophodno je ne podleći lažnoj ideologiji »svršenog čina«, jer bi u tom slučaju one iščezle. Potrebni su kultura otpora, volje za bolji svet i znanja kako ga stvarati.

ZORAN VIDOJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Institute of Social Sciences,
Belgrade

HUMAN RIGHTS AND SOCIAL INEQUALITIES

Summary

Focus of this paper is dependence of the realization of human rights on social space. Analysis of that realization is primarily focused on former real socialism countries, with special reference to Serbia. Social space is understood as concrete power structure, inseparable from social

determined inequality, primarily property and political. Starting hypothesis is that the realization of human rights and rule of law is not possible in antagonized society with degrading inequality among people, that good legal system and the entire social order is inseparable not only from release of the system of terror, but also from repression of brutal and primitive capital, which has not civilization function but leads society to long-term historical regression. Namely, the freedom is not understood only like political freedom, and equality not only like legal equality. If the freedom is not also the freedom of poverty, hunger, unemployment and social hopelessness, it is, at best, very cramped and mainly misleading. If, however, the idea of equality is not carried out by visible social justice, primarily disappearance of the gap between rich and poor, political extremely powerful and powerless, than it is without vitality and attraction, so it necessarily degenerates into deception and illusion. That is starting point of critical sociology and philosophy of law, unavoidable for understanding relation between the law and social space. The reality is not understood only like it is, but also like it can be. It can also be worse than existing, even much worse, and only under the certain strong assumptions better than present.

O PRIRODI SUDSKE VLASTI

O NORMATIVNOM KARAKTERU SUDSKE VLASTI

U teoriji ne postoji saglasnost o prirodi sudske funkcije. Po jednom mišljenju, sudije samo primenjuju zakone, imajući doduše, određenu slobodu koja proizlazi iz opštosti zakonskih formulacija i složenosti pravnog sistema. Sud, dakle, nema normativnu, odnosno zakonodavnu vlast. Ova koncepcija potiče iz Francuske revolucije i prema njoj, samo Parlament, odnosno Zakon, raspolaže originalnom vlašću stvaranja opštih normi. Ova koncepcija je karakteristična za evropsko-kontinentalni pravni sistem, dok u anglo-saksonskom pravnom sistemu postoji snažnija sudska vlast, tako da se s obzirom na karakterističnu ulogu predsedenta, pod određenim okolnostima, priznaje normativna vlast suda. U Francuskoj, a kasnije i u drugim evropskim državama, postepeno dolazi do slabljenja monopola zakonodavnog organa nad normativnom funkcijom. U početku jača normativna uloga vlade i ministarstava, a kasnije sa osnivanjem upravnih sudova i Državnog saveta i njihova normativna vlast.

Shvatanje da je suština sudske funkcije primena zakona, proizlazi iz određene koncepcije podele vlasti. Po jednom shvatanju, cela Monteskejeva koncepcija podele i ravnoteže vlasti počiva na ideji da se umanju sudska vlast¹. Ta ideja se najbolje može ostvariti ukoliko se sud svede na vlast primene zakona. Ako bi se sudskoj vlasti, pored primene zakona, priznalo i pravo da stvara zako-

Dr Miroslav Živković, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

¹ G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, Presses Universitaires de France, str. 204.

ne, kakvo postoji u anglo-saksonskom sistemu, sudska odluka imala bi karakter propisa. Time bi sudska vlast osvojila centralno mesto u sistemu vlasti i postala pretnja mehanizmu ravnoteže. Ovaj stav bi se danas naročito odnosio na one zemlje u kojima sudovi opšte nadležnosti putem upravnog spora kontrolišu upravu.

Promene društvenih okolnosti do kojih je došlo u poslednja dva veka su takve da Monteskejev strah, ukoliko je ikada bio osnovan, to više nije. Danas postoji opasnost od preteranog jačanja vlade i upravne vlasti, a ne sudstva. Mehanizmi kao što su sudska kontrola uprave i izvesna normativna ovlašćenja sudske vlasti mogu samo smanjiti, ali ne i eliminisati dominaciju političko-izvršne vlasti povezane sa rukovodstvima vladajućih stranaka. Čak ni u anglo-saksonskom sistemu, u kome upravu kontrolišu redovni sudovi (opšte nadležnosti) i u kome sudovi putem predsedenta imaju određenu ulogu u stvaranju prava, danas ne postoji, a nije ni postojala, dominacija sudova.

U novije vreme dolazi do određene konvergencije između evropsko-kontinentalnog i anglo-saksonskog pravnog sistema. S tim u vezi, sve više jača saglasnost da se sudu u izvesnim okolnostima moraju priznati određena normativna ovlašćenja. Te okolnosti se odnose pre svega, na situacije kada zakon nije dovoljno određen ili jasan, kada su zakonske odredbe protivurečne ili nedovoljne (slučaj pravne praznine). U svim tim situacijama, sud nužno, po logici situacije, mora da ide, kako francuska teorija kaže »dalje od zakona, ali u duhu zakona«.

O POLITIČKOM KARAKTERU SUDSKE VLASTI

Pitanje o priznanju izvesnih normativnih ovlašćenja sudu povlači za sobom pitanje da li to istovremeno znači i priznanje političkog karaktera sudske funkcije². U odnosu na ovo pitanje takođe postoje različiti odgovori. Po jednom mišljenju, politička funkcija obuhvata sve državne pravne funkcije, jer je država kao celina, svim svojim funkcijama uključena u nametanje i očuvanje određenog političkog poretka. Po užem shvatanju, političke funkcije postoji razlika između političke vlasti i političke funkcije. Politička vlast je vlast suverenog tj. pravno neograničenog, slobodnog donošenja opštih odluka od nacionalnog interesa. Iz ovog bi proizlazilo da sudska vlast nije politička, kao prvo, jer se njene odluke ne tiču opšteg interesa, već interesa stranaka, a drugo, zbog toga što su njene odluke pravno vezane zakonom, a takva vlast nije prava vlast, već drugostepena vlast primene zakona. Ipak, najveći broj teoretičara priznaje izvesnu opštost i izvesnu slobodu sudskim odlukama. I predsedent i sudska praksa imaju opšte dejstvo,

² C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, u knjizi: *La justice*, Paris, 1961, str. 25–26.

mada su uzrok i karakter tog dejstva različiti. Pored jasnih slučajeva u kojima je sud vezan zakonom, kako smo pokazali, postoje i drugi, brojni slučajevi u kojima sud ima znatnu slobodu. Stoga bi se moglo reći da je i sudska vlast u osnovi političkog karaktera. Takav zaključak je naročito opravdan ako se ima u vidu značaj tumačenja prava koje vrše sudovi. Tumačenjem se jedan zakon može ublažiti, neutralisati, zaoštriti, pa čak i eliminisati. Kako kaže biskup Hodli, pravu vlast ima tumač teksta, a ne njegov tvorac. S obzirom na ovakvo stanje stvari, tumačenje izraženo u sudskoj odluci, koja dobija svojstvo pravosnažnosti, ima karakter prave vlasti, štaviše, suverene vlasti, jer odluku suda u svim savremenim sistemima vlasti može preispitivati samo nadležan sud, što znači da zakonodavna i upravna vlast, osim u slučaju amnestije i pomilovanja u krivičnim stvarima, nemaju nikakvu mogućnost da utiču na odluke sudova. Mada zakonodavna vlast donosi zakone sa ciljem da njima unapred odredi ili barem usmeri odluke uprave i suda, ona nema način da utiče na sudsko shvatanje, odnosno tumačenje zakona iz koga potom proizlaze konkretne odluke. Mada nesumnjivo politička i suverena, zakonodavna vlast se pokazuje kao nepotpuna, nedovoljna i nekonkretna. Ona ima potrebu za upravnom i sudskom vlašću, koje donose konkretne, pojedinačne i konačne odluke. Sudska vlast kojoj je priznata nezavisnost, koja donosi pravosnažne odluke u vršenju svoje funkcije je, ako ne de jure, ono de facto suverena, te stoga nesumnjivo i politička.

U diktatorskim režimima, nezavisnost sudova može biti u praksi svedena na minimum. No, bez obzira, da li su sudovi instrumentalizovani, odnosno potčinjeni najvišoj političkoj vlasti ili u praksi ograničavaju i uravnotežavaju ovu vlast, oni u oba slučaja, barem delimično vrše i političku funkciju³.

U nekim zemljama, sudska vlast je i zvanično priznata kao politička vlast. Takav slučaj postoji u SAD, gde je Vrhovni sud i pravno gledano postavljen kao politička vlast koja uravnotežuje druge dve vlasti i rešava njihove pravne sporove. Mada prema tekstu ustava nema takve nadležnosti, Vrhovni sud SAD je gotovo od samog početka važenja ustava stekao pravo da kontroliše ustavnost zakona, što je nesumnjivo politička funkcija. Istu funkciju u Evropi i nekim drugim zemljama vrše ustavni sudovi koji su po ustavima datih zemalja političko-sudski organi. Mada vrhovnim sudovima u ovim zemljama, po pravilu nije otvoreno priznata politička uloga, oni je de facto iz već iznetih razloga imaju.

Politički karakter sudske vlasti je specifičan. Sudskoj vlasti najčešće nije otvoreno i zvanično (formalno) priznat taj karakter, ali to ne menja činjenicu koja u stvarnosti postoji. Politički karakter sudske vlasti otkriva se posmatranjem uslovljenosti, karaktera i dejstva njene delatnosti. Za razliku od druge dve političke vlasti, parlamenta i vlade, sudije ne podležu reizborima. Ovakvo rešenje je posled-

³ G. Laveau, *Le juge et le pouvoir politique*, u knjizi: *La justice*, str. 63.

dica principa nezavisnosti i stalnosti sudske vlasti. Mada se to nerado priznaje, ovo rešenje podrazumeva veoma restriktivnu pravnu odgovornost za vršenje svoje funkcije. Dok političari dolaze na svoje funkcije iz političkog procesa, sudije se regrutuju iz reda pravničkog staleža tj. profesionalaca, što znači da je njihova funkcija znatno više profesionalizovana od čisto političkih funkcija. Mada savremeni način izbora sudija preko organa koji se obično zove Visoki savet sudstva, ili ima neki sličan naziv, ima za cilj da eliminiše apsolutni uticaj parlamentarne većine, ili bilo kog pojedinačnog organa vrhovne vlasti, način izbora nikad ne eliminiše politički uticaj koji prevladuje u celini državne organizacije. Mada su u vršenju svoje funkcije nezavisne, sudije su organizaciono zavisne od države jer ih ona postavlja na sudijske položaje. Ovo bez sumnje, barem donekle, utiče na njihovo obavljanje funkcija.

DISKRECIONA OVLAŠĆENJA SUDSKE VLASTI

Konačna reč u primeni diskrecione vlasti prenosi se putem upravnog spora sa uprave na sud.⁴ Time problem međutim nije rešen s obzirom da se diskreciona vlast, bez obzira ko je vrši, i princip pravne države nalaze u principijelnoj protivrečnosti. Dajsi je u Engleskoj bio glavni zastupnik ovog shvatanja.⁵ Problem je međutim u tome što je diskreciona vlast u pravu nužna, jer se bez nje ne mogu prevazići nedostaci koji proizilaze iz prirode opšteg pravila. Pošto opšte pravilo ne može predvideti sve individualne slučajeve nužno je nekom organu poveriti diskrecionu vlast u cilju individualizacije pri primeni prava. Bez diskrecione vlasti pravo bi bilo slepo, rigidno, nepravedno, a ponekad i surovo. Paradoksalno, ono je često isto takvo upravo zbog primene diskrecione vlasti. Kako god da se okrene izgleda da je pravna tehnika nesavršena i da je jedno od dva zla nužno u pravu. Ni pokušaj kombinovanog rešenja nažalost ne daje naročite rezultate, jer je teško naći pravu meru u odnosima dva suprotna načela. Postojanje diskrecione vlasti je glavni razlog za osnovanu skepsu da će vladavina prava ikada biti barem optimalno ostvarena.

Još od Grka pa sve do današnjih dana u pravnoj misli i praksi postoji neprekidno kolebanje u odnosu na ključno pitanje o pravoj meri odnosa između formalno-logičkog (mehaničkog) i diskrecionog elementa u pravu. Mnogi smatraju da ideja o dominaciji mehaničkog elementa u sudskoj funkciji, kroz koju se

⁴ O diskrecionoj vlasti vidi šire: I. Krbek, *Diskreciona ocena*, Zagreb 1937.

⁵ A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, str. 175–176, navedeno prema: K. Čavoški, *Pravo kao umeće slobode*, str. 44–45.

rešavaju sporovi potiče iz Aristotelove Politike. Po Aristotelu, diskreciono ovlašćenje je izvršni atribut⁶, dok u suđenju na osnovu prava (pravila) nema diskrecionog ovlašćenja. Paund smatra da je *ta ideja u praksi propala »kao što je to bio slučaj i sa idejom o potpunom razdvajanju sudskog od pravostvaralačkog postupka«*⁷.

Posle Francuske revolucije koja je prihvatila ideju o dosta radikalnom razdvajanju pravnih funkcija, problem koji je nastao anatemisanjem diskrecionih ovlašćenja suda rešavan je tako što se pokušavalo da se za svaki pojedini slučaj predvidi odgovarajuće pravilo. Ovakva strategija je dovela do proliferacije pravila i zagušenja zakonodavnog organa. Pored toga, mnoštvo pravila je dovodilo do stvaranja sličnih pravila za slične slučajeve, usled čega se opet, samo na drugi način otvaralo isto pitanje, koje pravilo u konkretnom slučaju treba izabrati i primeniti. Mada se može stvoriti privid da se ovo pitanje može rešiti formalno-logički (mehanički), ono se u stvarnosti rešava slobodnim tj. diskrecionim određenjem sudija, koje je podjednako inspirisano kako pravnim, tako i praktičnim i moralno-političkim razlozima. Pri izboru pravila koje treba primeniti, sudije pre svega vode računa o posledicama svog izbora, a naročito o tome koliko bi takav izbor bio pravičan u konkretnom slučaju. Ovde se vidi krupan problem koji je imanentan traženju pravde na osnovu pravila. *Pravda i pravila se ne daju do kraja spojiti*. Pravda zahteva potpuno individualizovanje, a ono je nemoguće kad postoje pravila. Sa druge strane, potpuno individualizovanje razvlašćuje zakonodavca, stavljajući pravno-stvaralačku funkciju u celini u ruke sudija, mada su oni neizborni, birokratski funkcioneri, što je nemoguće u demokratskom društvu. Puno individualizovanja podrazumeva sistem totalne moći suda i apsolutnog poverenja u savesnost i stručnost sudija. Iskustvo kazuje da je bilo kakvo preterano poverenje pa i u sud, neosnovano. U modernoj državi koja se zasniva na podeli vlasti i masivnom stvaranju specijalizovanih pravila, sud ne može posedovati najvažniji deo pravno stvaralačke funkcije. Sistem pune individualizacije takođe principijelno negira pravnu jednakost građana i to je jedan od glavnih razloga, ako ne i glavni, što ne može biti prihvaćen.

Pravna jednakost, pored drugih razloga, diktira da se pravičnost mora tražiti preko pravila. Tako vidimo da su pravila nužna, ali nužna je i određena sloboda tj. diskrecija funkcionera koji primenjuju pravila. Bez ove slobode, tj. diskrecije, nema pravičnosti niti adekvatne usaglašenosti pravnog, moralnog i pragmatškog pristupa u odlučivanju. Stoga je pronalaženje adekvatne mere formalno-logičkog i diskrecionog elementa u primeni prava (pravila) principijelna teškoća svakog pravnog sistema. Ovde ne pomaže nikakva nauka, već je jedini

⁶ Prema R. Paund, Jurisprudencija, Beograd–Podgorica, Sl. list – Cid, knjiga 2, str. 398.

⁷ Isto.

oslonac osećaj za meru i realnost tj. iskustvo i intuicija. Tako se potvrđuje rimska misao da je pravo pre svega veština kojom se dolazi do dobrog i pravičnog.

Iako su kao tipski modeli različiti, pravila i diskrecija se u okviru pravnog sistema prožimaju. Pravila se često pored jasno ograničenih pravnih pojmova služe i standardima, koji su u stvari jedan oblik ili tehnika sprovođenja diskrecije.

Upravna funkcija (funkcija vođenja, usmeravanja i podešavanja) je po svojoj prirodi politička, nezavisno od pravne forme i pravnih sredstava ostvarivanja. Upravno-politička funkcija, po svojoj prirodi traži slobodu, izvestan manevarski prostor u odnosu na pravila. Pravni izraz ove slobode je diskreciono ovlašćenje. No, vršenje diskrecije može biti usmereno određenim pravilima. Ovde se opet vidi preplitanje diskrecije i pravila. Ova dva elementa se prepliću ne samo u okviru uprave, kako je mislio Aristotel, već i u okviru sudske funkcije. Klasična sudska funkcija, pogotovu u krivičnoj materiji kada se odmerava kazna u okviru zakonskog minimuma i maksimuma počiva umnogome na diskreciji. U građanskoj materiji je često nejasno koje propise treba primeniti ili kako neki propis protumačiti. I ovo pitanje se, kako smo videli, rešava putem diskrecije. Od uvođenja upravnog spora, dodatno se relativizovala razlika između upravne i sudske funkcije. Mada se upravni sud bavi samo zakonitošću konačnog upravnog akta, i ovaj zadatak mu pruža dovoljno manevarskog prostora za primenu diskrecije. Ona se još znatnije proširila od kada se afirmisala teorija o zabrani zloupotrebe prava, odnosno vlasti. Ova teorija je omogućila upravnom sudu da znatno osnaži svoju diskreciju i prekorači granice striktnih pravila, da se upusti u ispitivanje motiva, naizgled tj. formalno zakonitih odluka. Pravni osnovi za ukidanje upravnog akta zbog zloupotrebe vlasti formulisani su krajnje uopšteno, putem tehnike pravnog standarda. Stoga su ovlašćenje protiv akata donetih zloupotrebom vlasti – kruna diskrecije.

Odnos mehaničkog i diskrecionog elementa varira od epohe do epohe, što zavisi od preovlađujućih pravnih i političkih teorija, a takođe u jednom trenutku varira od jedne do druge pravne oblasti. Ideja o podeli vlasti dobro ilustruje uticaj pravno-političkih teorija na preovlađujući oblik stvaranja prava (primat zakonodavne vlasti) i time izazvani primat mehaničkog elementa. U teoriji podele vlasti, uprava i sudstvo se smatraju vlastima primene prava, koje su vezane opštim zakonodavnim pravilima. Ova pravila se primenjuju logičkim silogističkim metodom. Stoga ovaj pristup podrazumeva da je elemenat diskrecione vlasti donekle ograničen i potisnut. Vladajuća pravna teorija može da stavlja akcenat na jedan ili drugi pravni ideal, što takođe utiče na odnos mehaničkog i diskrecionog elementa. Ukoliko pravna teorija stavlja akcenat na pravnu i društvenu sigurnost, to stimuliše mehanički elemenat u pravu, tj. pridržavanje jezičkog značenja pravila u ime pravne sigurnosti. Ukoliko teorija stavlja akcenat na pravdu i pravičnost to nesumnjivo ojačava ulogu diskrecionog elementa. Od velikog značaja je i tip i

sadržaj teorije tumačenja koje preovlađuje u jednoj epohi. Tokom istorije su se smenjivale dosta elastične i veoma striktno teorije tumačenja. Očito je da elastične teorije tumačenja stimulišu porast uloge diskrecije u pravu.

Na kraju, i jedno veoma apstraktno, teorijsko pitanje, kao što je pitanje o pojmu prava, utiče na odnos mehaničkog i diskrecionog elementa u jednom pravnom sistemu. Odnos ovih elemenata bitno zavisi od toga da li se pojam prava izjednačava sa tipom striktnih pravila, tipom pravila-orientira, (pravila-okvira, pravila-standarda), ili se priznaje da se pod pravom podrazumeva i jedan i drugi tip pravila.

Ukoliko u jednom trenutku u društvu dominira pravna teorija koja pod pravom podrazumeva uglavnom samo striktna pravila, takav pristup stimuliše i striktan tip tumačenja i uopšte formalno-logički tj. mehanički element u pravu. I obrnuto, elastično shvatanje prava, kada se pod pravom podrazumevaju pre svega pravila koja postavljaju orijentire, okvire i standarde, stimuliše elastični tip tumačenja i diskrecioni element u pravu.

Prema Paundu, službeno odlučivanje u skladu sa pravilima (shvaćenim pre svega prema modelu striktnih pravila) ima nekoliko prednosti:

»1) pravo omogućuje da se predvidi pravac kojeg se drži pravosuđe u akciji (što znači da obezbeđuje pravnu sigurnost – dodao M. Ž.);

2) pravo sprečava pogreške kod individualnog prosuđivanja (*službenika i sudija*). (*Greške su često motivisane dobronamernim, ali pogrešnim ili površnim razlozima slabih službenika. Sa druge strane, pravo sputava jake i kreativne sudije, ali je ova situacija cena za prethodno navedenu korist – dodao M. Ž.*);

3) pravo je prepreka protiv neprikladnih motiva koje mogu imati oni koji obavljaju pravosudnu funkciju;

4) pravo snabdeva upravnog službenika i sudiju standardima u kojima su formulisane (*i razrađene – dodao M. Ž.*) etičke ideje zajednice;

5) pravo pruža sudiji korist celokupnog iskustva njegovih prethodnika;

6) pravo sprečava žrtvovanje najviših društvenih i individualnih interesa očividnijim i neposredno izraženim, ali manje vrednim neposrednim interesima (*ova korist proizlazi iz toga što su pravna pravila unapred i apstraktno formulisana, što omogućava da se njima odmere svi interesi koje treba osigurati i odredi relativan značaj svakog od njih na duži rok – dodao M.Ž.*)⁸.

S druge strane, odlučivanje na osnovu pravila (tu se pre svega misli na striktna pravila) ima i nekih slabosti⁹:

⁸ R. Paund, Jurisprudencija, knj. 1, str. 487.

⁹ R. Paund, Jurisprudencija, knj. 1, str. 470.

1. Pravila su stvorena za prosečne i tipične slučajeve. Stoga su pravne posledice u netipičnim slučajevima neočekivane a često i apsurdne.

2. Kada odlučuju na osnovu pravila, službenici i sudije imaju tendenciju da ih tretiraju više kao svrhu nego kao sredstvo. Usled toga se pravo, umesto da bude praktičan mehanizam i pomoć pri odlučivanju, pretvara u nešto slično kvazi naučnoj tvorevini koja zahteva formalno-logički način primene.

3. Stalna pojava novih, netipičnih slučajeva, dovodi do uvećanja broja pravila, usled čega pravni sistem postaje sve komplikovaniji, težeći pravilima čak i tamo gde ona nisu korisna, u društvenim odnosima kojima više odgovara regulacije putem diskrecionog ovlašćenja.

4. Pravo počiva na moralnim i političkim shvatanjima i principima koji tradicionalno i trenutno prevladaju u jednom društvu. Stoga ono uvek kasni sa usklađivanjem u odnosu na najaktuelnija i najnaprednija shvatanja.

Navedene slabosti odlučivanja na osnovu prava (pravila) dovodile su u prošlosti više puta do toga da država i pravo nisu mogli da ispune svoje ciljeve. Reakcija na ovakvo stanje uvek se sastojala u jačanju diskrecionih ovlašćenja službenika i delimičnom povratku ka pravdi bez prava, tj. pravila. Po rečima Šeldona Emosa »naizmenično pojavljivanje prava i prava pravičnosti, u smislu njihovog uzajamnog kontrolisanja i ispravljanja, predstavlja trajni, a ne prolazni fenomen«.

Diskrecija u pravu dolazi do izražaja: 1) u iznalaženju prava (Jering); 2) u tumačenju prava; 3) konkretizovanju protumačenog prava na određeni slučaj (Štamler).

Kada je reč o tumačenju prava, u poslednja dva veka preovlađivala su tri pristupa. Analitički, pozitivistički i normativistički pravci preferiraju striktno, jezičko i logičko tumačenje. Istorijska pravna škola smatra da su zakonici manje-više deklarativne prirode i da izražavaju pravo koje je već postojalo. Stoga se ona zalaže za istorijsko istraživanje, tj. tumačenje značenja pravila. Istorijsko tumačenje, međutim, ne negira vezanost za pravilo kada je njegov sadržaj jednom utvrđen. Analitičke škole i istorijska škola, koje dominiraju u 19. veku, gledaju dosta strogo na diskrecioni elemenat u sferi primene prava. Zbog svoje striktnosti i formalizma, ovi pravci u praksi su bili dosta neuspešni. Međutim, kada je to logika situacije nalogala, krajnje apsurdna rešenja su izbegavana tj. diskrecija je primenjivana pod vidom tumačenja.

Neke druge škole, pak, preferiraju elastičnija tumačenja. U Francuskoj, Ženi je bio pobornik novog i elastičnijeg metoda tumačenja. U Nemačkoj je bila posebno jaka škola slobodnog prava. Za nju je zakonsko pravilo predstavljalo samo opštu smernicu, a najbitnije je bilo razumno i pravedno rešenje konkretnog spora. Ova škola insistira da ne treba slučaj uklapati u pravilo, već pravilo putem diskrecije prilagoditi konkretnom slučaju. Jednom rečju, smatra se da je diskreci-

ono prilagodavanje, konkretizovanje pravila, tj. individualizacija, imanentan i legitiman deo sudske funkcije. Odluka suda zavisi ne samo od propisa već i od njegove konkretizacije i individualizacije. Primenjujući pravo, sud nije vođen samo pravom i logikom već i iskustvom, razumom i pravdom. Ovo shvatanje zasniva se na izjednačavanju prava sa pravilima – standardima i okvirima, uz široko prihvatanje diskrecije službenika i sudija.

NEZAVISNOST SUDSTVA

Da bi se obezbedio valjan i zakonit rad sudstva, neophodno je obezbediti određene institucionalne pretpostavke. One se tiču, pre svega, nezavisnosti sudstva i obezbeđenja odgovarajućeg pravnog (sudskog) postupka. To se postiže uvođenjem principa profesionalnih, stalnih i nepokretnih sudija i različitim procesnim pravima (garancijama) stranama kojima se obezbeđuje odgovarajući i ispravan, tj. civilizovan i fer postupak. Među ovim pravima posebno se ističu javnost postupka, kontradiktornost postupka, pravo na odbranu, pravo na stručnog branioca, pravo na upotrebu maternjeg jezika, pravo na obrazloženu presudu, pravo na žalbu i upotrebu vanrednog pravnog sredstva. U svim modernim državama sudski postupak je uređen veoma detaljnim i preciznim zakonima čiji je cilj da se obezbedi ispravno, tj. racionalno i pravično postupanje suda. Poseban značaj za obezbeđenje zakonitosti ima princip dvostepenosti odlučivanja i pravo na žalbu. Odlukom o žalbi sudski akt postaje pravosnažan, ali je i tada protivu njega moguće izjaviti vanredna pravna sredstva.

Nezavisnost i nepristrasnost sudstva moguća je samo u sistemu u kome je sprovedeno načelo podele vlasti. Bez primene ovog načela funkcija suđenja ostaje pod uticajem zakonodavnog ili upravnog organa usled čega sudstvo gubi svaku nezavisnost i nepristrasnost. Načelo podele vlasti ne može se u praksi sprovesti do krajnjih granica zbog potrebe za izvesnom koordinacijom između različitih vlasti i potrebe za njihovom međusobnom pravnom kontrolom. Tako, neophodna sudska kontrola zakonitosti rada uprave narušava načelo podele vlasti mešanjem suda u rad uprave. Sa druge strane uprava se meša u rad sudstva pravom predlaganja sudija parlamentu. U novije vreme u nekim državama uloga u predlaganju sudija poverava se posebnom organu koji se obično naziva Visoki sudski savet. U njegov sastav najčešće ulaze šef države, ministar pravosuđa, određeni broj sudija, naročito viših sudova i istaknuti pravni stručnjaci. Na ovaj način sudstvo stiče pretežan uticaj pri imenovanju svojih kadrova.

U krajnjoj liniji kontrola zakonitosti svih pojedinačnih pravnih akata, uključujući i pojedinačne akte upravne vlasti, nalazi se u rukama vrhovne pravosudne instance u jednoj državi. Ukoliko ova instance nije dovoljno nezavisna,

nepriistrasna, kompetentna i moralno odgovorna, sva pravna sredstva kojima se teži ostvarenju pravne države ostaju bez stvarnog efekta.

Mogućnost uspostavljanja nezavisnog sudstva umnogome zavisi od načina izbora sudija. Pitanje *ko je ovlašćen da predlaže i imenuje sudije* je ključno političko pitanje, naročito ako se ima u vidu ovlašćenje suda da pravno kontroliše upravu. Kontrolu nad osobljem sudova od srednjeg veka do danas su ostvarivali razni subjekti. Pre apsolutne monarhije, pa i u njenoj prvoj fazi Katolička crkva je imala monopol nad univerzitetskim pravnim obrazovanjem i popunom sudijskih mesta. Ovakvo stanje nije bilo politički prihvatljivo za nacionalnu, apsolutističku državu, te je stoga ona vremenom izborila monopol nad visokim pravnim obrazovanjem i imenovanjem sudija. Novonastala kontrola sudova od strane plemstva predstavljenog u parlamentima nije bila prihvatljiva ni za kralja ni za široke mase stanovništva. Šef države i vlada, tj. upravna vlast, je na kraju uspela da uspostavi monopol nad imenovanjem sudija. Ovo stanje izmenilo se tek u 20. veku kada je u više zemalja uvedena institucija Visokog ili Vrhovnog saveta sudstva. Kroz ovu instituciju sudska vlast je obezbedila učešće postojećih sudija u izboru novih sudija. Propisani balans upravne, sudske i zakonodavne vlasti nije svuda isti, a sa vremenom se takođe menja.

Prema francuskom Ustavu iz 1958. ministar pravosuđa je povratio ovlašćenje da predlaže kandidate za sudijska mesta, osim za više sudove, za koje daje samo mišljenje o predlozima Vrhovnog saveta pravosuđa. Što se tiče sastava Vrhovnog saveta pravosuđa, predsednik imenuje dva člana neposredno, a sedam sa liste koju sastavljaju sudska tela.

U Nemačkoj je, prema važećem Ustavu iz 1949, takođe prihvaćen sistem pretežnog uticaja ministra pravosuđa pri imenovanju sudija, osim za najviše sudske položaje. U Srbiji, prema Ustavu iz 2006, Visoki savet sudstva predlaže Narodnoj skupštini sudije koji se biraju po prvi put, na period od tri godine, dok samostalno bira i razrešava sudije za trajno obavljanje funkcije i samostalno odlučuje o unapređenju sudija ili njihovom raspoređivanju u drugi sud. U sastav Visokog saveta sudstva, prema ustavu, ulaze predsednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar pravosuđa i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine, kao članovi po položaju i osam izbornih članova koje bira Narodna skupština. Među izbornim članovima šestoro moraju biti sudije, jedan advokat i jedan profesor pravnog fakulteta. Za razliku od francuskog, dualističkog parlamentarizma, u kome je ključna uloga u popuni sastava Vrhovnog veća pravosuđa poverena šefu države, u Srbiji je popuna Visokog saveta sudstva u duhu jednog klasičnijeg parlamentarizma pod dominacijom parlamentarne većine, kako u odnosu na članove po položaju, tako i u odnosu na izabrane članove. Ovakav način izbora članova Visokog saveta sudstva je ispravan jer ne bi bilo logično da sudska vlast, koja uživa najveću nezavisnost u sistemu vlasti i kontroliše zakonitost akata uprave,

pri čemu jedina ne mora da uživa poverenje naroda, raspoláže ključnim uticajem u popuni sopstvenih položaja. U suprotnom, sistem vlasti bi bio zasnovan, na dominaciji sudstva, umesto na njegovoj nezavisnosti.

Jedan od elemenata bez koga nema pravne države je i postojanje skupa profesionalnih pravnika koji su prvrženi pravilima struke, profesionalnom moralu i idealu zakonitosti i pravne države. Poseban pravni stalež u Engleskoj je nastao još u 13. veku.¹⁰ Koren pravnog staleža je u posebnom tipu pravnog obrazovanja u okviru pravnih udruženja (bratstava) tzv. Inns of Court u kojima se proučavalo Common Law nasuprot pravnom obrazovanju pod crkvenim univerzitetima gde je akcenat bio na rimskom i crkvenom pravu. U Engleskoj je postepeno sa uspostavljanjem dominacije Common Law-a nastao običaj da se sudije moraju birati iz reda praktikujućih pravnika, obrazovanih na toj tradiciji, umesto kadrova obrazovanih na crkvenim univerzitetima. U početku, sudije i advokati su činili stalež koji je davao podršku monarhiji protiv Katoličke crkve i lokalnih feudalaca. No, sa zahtevima Kralja da se uspostavi romanistička koncepcija prava i njegovih prerogativa, došlo je do sukoba Kralja i pravnog staleža. Stavove pravnog staleža najbolje je izrazio E. Kouk, koji je formulisao čuvenu tezu da je »*i Kralj pod pravom*«. Ova teza je najčvršći osnov zahteva pravnog staleža za uspostavljanjem vladavine prava. Ako se ne bi imala u vidu samosvest i snaga pravnog staleža, i njegova privrženost Common Law-u i vladavini prava, ne bi se pravilno mogao razumeti princip nezavisnosti sudstva. Bez adekvatne moralne i stručne kontrole pravnog staleža, sudska nezavisnost bi se pretvorila u arbitrarnost i sudsku tiraniju¹¹.

Princip sudske nezavisnosti kasnije je prihvaćen u Evropi, a potom i u drugim zemljama. Međutim, u zemljama kontinentalnog pravnog sistema on nije ostvaren u toj meri kao u zemlji svog porekla, s obzirom na drugačiju tradiciju, tip pravnog sistema i nedovoljnu samostalnost i snagu pravnog staleža.

SUDSKA KONTROLA USTAVNOSTI ZAKONA

Dosledno sprovođenje principa pravne države zahteva da se pored uprave i sudstva i zakonodavna vlast podvede pod pravni poredak. U modernoj državi, taj zadatak je poveren ustavu kao osnovnom zakonu jedne zemlje. Posle viševjekovnog razvoja ideja pravne države u savremenom značenju obuhvata i pravno ograničenje zakonodavnog tela, tj. ideju konstitucionalne demokratije. Pravna ograni-

¹⁰ K. Fridrih, Konstitucionalna demokratija, Podgorica, Cid, 2005, str. 107.

¹¹ Isto.

ničenost zakonodavnog tela ima formalni i materijalni aspekt. Formalni aspekt ograničenosti zakonodavnog tela znači da ono može usvajati zakone samo ukoliko je organizovano i izabrano u skladu sa ustavom, i u skladu sa ustavnim procedurom. Materijalni aspekt pravne ograničenosti zakonodavnog tela znači da zakoni, koje ono usvaja u pogledu sadržine ne smeju biti suprotni sadržini ustava. Zakonodavni i drugi akti predstavničkog tela moraju prema tome biti u skladu sa ustavom, kako u pogledu forme, tako i u pogledu sadržine. Za obezbeđenje pravne ograničenosti zakonodavnog tela, u većini modernih država se ustanovljava Ustavni sud, kao poseban pravno-politički organ. U anglo-saksonskim zemljama i nekim drugim zemljama koje su pod njihovim pravno-političkim uticajem ovaj zadatak obavljaju redovni sudovi, pre svega Vrhovni sud.

MIROSLAV ŽIVKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Criminalistic and Police Academy,
Belgrade

JUDICIAL SYSTEM AS A NUCLEUS OF MODERN LEGAL SYSTEMS

Summary

The paper shows the development of a modern judicial system, and the great importance that the idea of separation of powers had in this process. Then it analyzes the different meanings of narrower and broader concepts of the legal system. Meaning of the term depends on how one understands the law and the politics, and their mutual relations. The main idea of the author is to show that in modern times the court system and legal system are closely related, so it is reasonable to accept the theory of justice as the core legal systems. In addition to the above, there is an analysis of different theoretical concepts and controversies about the normative and political authority of judicial power and the limits of judicial discretion.

ROLSOVA FORMULACIJA I REFORMULACIJA IDEJE JAVNOG UMA

Ideja javnog uma je izuzetno značajna u savremenim debatama o praktičkoj filozofiji, i ostavila je svoj uticaj kako na pravnu tako i na političku misao. Tvorac ove ideje, američki filozof Džon Rols, je smatrao da ideal javnog uma treba da bude načelo kojim se rukovode ne samo zakonodavci i sudije, već i predstavnici izvršne vlasti i kandidati za javne funkcije prilikom formulisanja planova, svrstavanja ciljeva po prioritetu i donošenja odluka od javnog značaja. Ipak, ova ideja je izazvala brojne rasprave u kojima su mnogi mislioci ponudili ispravke ili dopune ove koncepcije, i sam Rols je promenio neke od svojih postavki, što je do najvećeg izražaja došlo kasnije u njegovoj koncepciji prava naroda. U ovom radu ćemo pokušati da razjasnimo koncepciju javnog uma (za koju smatramo da je izuzetno značajno da bude poznatija i zastupljenija u našoj stručnoj javnosti), kao i razloge za izmene u Rolsovom stanovištu.

U ranijim analizama¹ smo utvrdili da je Habermasova kritika utvrdila postojanje značajne dvosmislenosti u određenju pojma *reasonable* (umno ili razložno). Imajući u vidu da je Rols ubrzo nakon polemike sa Habermasom refor-

Mr Veljko Dubljević, asistent Fakulteta poslovne ekonomije Univerziteta »Educons«, Sremska Kamenica.

¹ Vidi: Dubljević, Veljko: »Kako tumačiti Habermasovu kritiku Rolsove koncepcije pravde«, *Pravni život*, Kopaonička škola prirodnog prava, 2008, tom VI, str. 335–356; i Dubljević, Veljko: »Filozofija prava Jirgena Habermasa«, *Pravni život*, Kopaonička škola prirodnog prava, 2009, tom VI, str. 595–609.

mulisao ideju javnog uma, zarad ispravnog razumevanja Rolsove koncepcije javnog uma (ali i međunarodnog prava) je potrebno razmotriti da li su i na koji način Habermasove primedbe imale uticaja na ovu reformulaciju. S obzirom da je koncepcija javnog uma objašnjavana, kritikovana, branjena i dopunjavana od strane mnoštva različitih autora², čini se da je u ovom moru opovrgavanja i odbrana veoma teško razlučiti kakvu je ulogu u evidentnim promenama imao Habermas.

Kako bismo obezbedili dovoljan stepen izvesnosti za naše razmatranje, mi ćemo na početku u kratkim crtama prikazati Rolsovu prvobitnu formulaciju ideje javnog uma (1). Zatim ćemo analizirati vidove prigovora koji su upućivani ovoj koncepciji, i razmotriti promene koje je sam Rols najavio. Probaćemo da utvrdimo da li se ti prigovori i promene mogu dovesti u vezu sa Habermasovom kritikom. Naš cilj je da adekvatno razmotrimo i pitanje odnosa prema velikim svetskim religijama, koje navodi na zaključak da za promene u koncepciji ideje javnog uma nisu značajne Habermasove primedbe, već prigovori drugih kritičara (2). To znači da ćemo analizirati promene koje su unete u članak »The Idea of Public Reason Revisited« imajući u vidu osnovne teme u polemici sa Habermasom, kao i prethodno pomenute vrste prigovora. Naš pristup ovom problemu će

² Za prikaze geneze i razvoja ideje javnog uma vidi: Scanlon, T. M.: »Rawls on Justification«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003; str. 139–167; Larmore, Charles: »Public Reason«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003; str. 368–393; Dreben, Burton: »On Rawls and Political Liberalism«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003; str. 316–346; Nnodim, Paul: »Public Reason as a Form of Normative and Political Justification: A Study on Rawls's Idea of Public Reason and Kant's Notion of the Use of Public Reason in *What is Enlightenment?*«, *South African Journal of Philosophy*, 2004, 23(2); Button, Mark: »Arendt, Rawls, and Public Reason«, *Social Theory and Practice*, vol. 31, No. 2 (April 2005). Za neke od kritika vidi: Evans, Mark: »Public Reason as Liberal Myth: Impartialist Liberalism, Judicial Review and the Cult of the Constitution«, *Journal of Transatlantic Studies*, 1 (1) 2003, str. 8–25; Gaus, Gerald F.: »Reason, Justification and Consensus – Why Democracy Can't Have It All«, u *Deliberative democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, London, England, 1997; str. 205–242; Moon, Donald J.: »Rawls and Habermas on Public Reason: Human Rights and Global Justice«, *Annual Review of Political Science*, 2003 6; str. 257–274; Sterba, James P.: »Reconciling Public Reason and Religious Values«, *Social Theory and Practice*, vol. 25, No. 1 (Spring 1999); Patterson, Rachael: »Reviewing Public Reason: A Critique of Rawls's Political Liberalism and the Idea of Public Reason«, *Deakin Law Review*, vol. 9 No. 2 (2004). Za odbrane i/ili dopune od takvih kritika vidi: Farrelly, Colin: »Public Reason, Neutrality and Civic Virtues«, *Ratio Juris*. Vol. 12 No. 1 March 1999, str. 11–25; Fernandes De Oliveira, Nythamar, »Critique of Public Reason revisited: Kant as arbiter between Rawls and Habermas«, *Veritas*, 45/4 (2000): str. 583–606; Roberts Skerrett, K.: »Political Liberalism and the Idea of Public Reason: A Response to Jeffrey Stout's *Democracy and Tradition*«, *Social Theory and Practice*, vol. 31, No. 2 (April 2005); Quong, Johnatan: *Liberalism Without Perfection*, Oxford: Oxford University Press, u pripremi.

se dodatno voditi informacijama iz uvoda u reformulisanu ideju javnog uma, koji se pojavljuje u najnovijem proširenom izdanju *Političkog liberalizma*.³ Ovaj uvod sadrži Rolsovo pismo u kome se kaže da reformulacija ideje javnog uma treba da posluži kao osnova za mnoge druge promene. Naime, pre nego što ga je bolest u tome sprečila, Džon Rols je radio na dodatnoj reviziji *Političkog liberalizma*, te je uredniku tog izdanja opisao neke od promena i ispravki koje je name-
ravao da unese.

Nakon ovog koraka razmatramo Rolsov odgovor na argumente feministki-
nja i pitanje o ravnopravnosti polova (3). U ranijim analizama⁴ smo razmotrili Habermasove tvrdnje o tome da feministička kritika dokazuje superiornost proceduralističke paradigme u pravno-političkoj sferi i etike diskursa u moralnom domenu. Pokušaćemo da utvrdimo da li se može zaključiti kako su za Rolsovo određenje prema istorijskim nepravdama nad ženama zaslužni pomenuti Habermasovi stavovi. Na kraju razmatramo pitanja u vezi sa idejom javnog uma koja sam Rols smatra za značajna, i sumiramo argumente za našu tvrdnju o relevantnosti polemike sa Habermasom (4).

(1) Džon Rols je u *Političkom liberalizmu* postulirao tezu da društvo i svaki zaista razložan i racionalan akter (pojedinaac, porodica, asocijacija, ili čak konfederacija političkih društava) ima svoj način formulisanja planova, svrstavanja ciljeva po prioritetu i donošenja odluka. Način na koji to društvo čini je njegov razlog (*reason*); njegova sposobnost da to čini je njegov um (*reason*) u smislu intelektualne i moralne moći ukorenjene u sposobnosti njegovih članova.⁵

On smatra da nije svaki um javni um (*Public reason*), obzirom da postoji i nejavni um (*Nonpublic reason*) crkava, univerziteta i različitih asocijacija.⁶ U au-

³ Zbog toga što se u istom tomu nalaze i poseban uvod drugom izdanju *Političkog liberalizma*, i uvod u reformulisanu ideju javnog uma i sam tekst članka, u našoj analizi reformulacije ideje javnog uma koristimo Rawls, John: *Political liberalism*, Expanded edition, Columbia University Press, New York, 2005; daljem tekstu PLE.

⁴ Vidi. Dubljević, op. cit.

⁵ Vidi: Rols Džon: *Politički liberalizam*, Beograd: Alexandria Press, 2003, VI str. 253. Na ovom mestu valja imati u vidu višesmislenost engleskog termina »reason«. Pojam *Reason* u engleskom jeziku i jeziku Rolsove praktičke filozofije ima mnoštvo značenja, u zavisnosti od konteksta. Van konteksta i sam za sebe najčešće označava *razlog*. *Age of Reason* označava punoletstvo, odnosno period života u kojem osoba može biti smatrana odgovornom za svoje postupke. *Practical Reason* je Praktički Um kantovske moralne filozofije, osnovni preduslov slobodnog (i odgovornog) praktičkog delanja. *Public Reason*, preveden kao Javni Um predstavlja i *slobodno javno umovanje* (reasoning) i *Um slobodne javnosti*. Iako prevodioci *Političkog liberalizma* koriste izraz »um« u obe instance u datoj rečenici, smisao Rolsovog teksta nas izričito upućuje na različito značenje termina *reason*.

⁶ Čarls Larmor se bavi razvojem Rolsove misli od ideje javnosti u *Teoriji pravde* preko razmatranja domena Javnog uma u *Političkom liberalizmu* do pravila Javnog uma u *Pravu naroda*. Zanimljivo je kako nejavni um (Nonpublic reason) uopšte ne spominje, što po našem mišljenju vo-

toritarnim društvima formulisanje planova, svrstavanja ciljeva po prioritetu i donošenje odluka, čine vladari, kakvi god oni bili. Javni um je javan na tri načina: 1. budući um građana kao takvih, on je um javnosti; 2. predmet razmatranja javnog uma su dobro javnosti i pitanja osnovne pravde; i 3. javni um je po prirodi i sadržaju javan, obzirom da ga određuju ideali i principi izraženi društvenom koncepcijom pravde, i da se upotrebljava otvoreno na toj osnovi.⁷

Rols rezerviše autoritet javnog uma i njegovih ograničenja na fundamentalne probleme kao što su regulisanje prava glasa, tolerisanja religija, pozitivne diskriminacije obespravljenih ili prava na svojinu. Ograničenja javnog uma se ne primenjuju na lične rasprave i razmišljanja o dnevno-političkim pitanjima, koja se odvijaju u kulturi u pozadini (*background culture*). Ideal javnog uma reguliše ne samo javni diskurs o fundamentalnim pravima građana, već i njihovo praktičko promišljanje i delanje (glasanje na referendumu ili izborima, kada se radi o fundamentalnim pitanjima, građanska neposlušnost i sl.).

Rols pravi razliku u primeni javnog uma na građane i na različite predstavnike pravnog i političkog sistema. On se primenjuje (ili bi trebalo da se primenjuje) u zvaničnim forumima, na zakonodavce kada govore u parlamentu i na predstavnike izvršne vlasti u njihovom javnom delovanju i izjavama. Na poseban način se primenjuje na sudstvo, zbog toga što sudije treba da obrazlože (i opravdaju) svoje odluke i objasne da su one zasnovane na njihovom razumevanju ustava i zakona (u anglosaksonskoj pravnoj tradiciji i prethodnih sudskih odluka koji čine presedane).⁸

Rols smatra da je razložno i racionalno da se građani, kada je reč o fundamentalnim pitanjima, oslanjaju na javnu koncepciju pravde, a ne na celu istinu kako je oni i njihove razložne sveobuhvatne doktrine vide. On polazi od činjenice da je raznolikost razložnih sveobuhvatnih doktrina sa pretenzijom na istinu trajno svojstvo javne političke kulture, a ne samo istorijski uslov koji će uskoro nestati. Činjenica pluralizma je izuzetno bitna, imajući u vidu da građani imaju interes da pravilno regulišu upotrebu prinudne političke moći, tako da se mogu složiti da zahtev za istinom zamene zahtevom za razložnošću, kako bi se postigao »preklapajući konsenzus«, i na zadovoljavajući način rešila pitanja osnovne društvene pravde.

Rolsov liberalni princip legitimnosti utvrđuje da je vršenje političke moći pravilno i stoga opravdano samo kada je u skladu sa ustavom, ako je razložno očekivati da će njegove elemente potvrditi svi građani u svetlu principa koji su

di ka nesporazumima. Vidi: Larmore, Charles: »Public Reason«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003. str. 368–393.

⁷ Vidi: Rols, Džon: *Politički liberalizam*, VI, str. 254.

⁸ Vidi: Isto, VI 1. str. 255–257.

im prihvatljivi kao razložni i racionalni. Obzirom na to da vršenje političke moći mora biti legitimno, nameće se moralna dužnost uzajamnog poštovanja (*Duty of civility*), kako bi građani na tim temeljnim pitanjima mogli da objasne da se principi i politike koje zagovaraju i za koje glasaju mogu podržati političkim vrednostima javnog uma.⁹

Rols smatra da političke vrednosti koje ostvaruje dobro uređeno društvo predstavljaju »veoma velike vrednosti« i ne mogu se lako nadjačati, a ideali koje one izražavaju ne mogu se lako napustiti. Jedinstvo dužnosti uzajamnog poštovanja i velikih političkih vrednosti stvara ideal građana koji upravljaju sami sobom na način za koji svaki od njih misli da bi drugi mogli razložno da ga prihvate. Dakle, građani afirmišu ideal javnog uma ne samo kao rezultat pukog političkog kompromisa, već polazeći od sopstvenih razložnih doktrina.¹⁰

Rols navodi primer krivičnog postupka kao razložne procedure u kojoj se ne koristi cela istina onako kako se ona vidi, čak i kada je neposredno dostupna. Optuženi ima osnovno pravo na pravično (*fair*) suđenje, te se isključuju dokazi (i priznanja) pribavljeni neovlašćenim pretresom, konfiskacijom ili maltretiranjem (fizičkim ili psihičkim) optuženog nakon hapšenja. Tako se i od građana traži da poštuju ograničenja javnog uma na osnovu njihovih određenih osnovnih prava i sloboda, i odgovarajućih dužnosti, kako bi se ostvarile veće vrednosti dobro uređenog društva. Rols se suprotstavlja i uobičajenom mnjenju da je glasanje privatna stvar. Nasuprot tome, koncepcija javnog uma sa dužnošću uzajamnog poštovanja tretira glasanje o fundamentalnim pitanjima kao uvek novi društveni ugovor. Njegov smisao je u izražavanju mišljenja o tome koja alternativa najbolje doprinosi zajedničkom dobru.¹¹

Rols smatra da je za razjašnjenje prirode javnog uma potrebno razmotriti razlike između njega (javni um je samo jedan) i nejavnih razloga, odnosno nejavnog uma (*Nonpublic reasons*). Korporativna tela, da bi delovala razložno i odgovorno, moraju imati način rasuđivanja (*reasoning*) o onome šta treba učiniti, koji je javan u odnosu na njihove članove, a nejavan u odnosu na društvo i građane uopšte, te pripada korpusu kulture u pozadini za razliku od javne političke kulture.

⁹ Vidi: Isto, VI 2. (1) str. 257–258. Iako prevodioci *Političkog liberalizma* »Duty of civility« prevode sa »dužnost građanske uljudnosti«, mi koristimo prevod »dužnost uzajamnog poštovanja«, koji je korišćen u prevodu *Teorije pravde*, jer se gubi kontinuitet u smislu ako se nema u vidu da je »Duty of civility« jedna od Rolsovih prirodnih dužnosti. Svakako sa žaljenjem moramo konstatovati da prevodioci Rolsovih dela ne konsultuju postojeće prevode i uvek novim prevođenjem osnovnih pojmova stvaraju konceptualnu zbrku.

¹⁰ Vidi: Isto, VI 2. (2) str. 258–259.

¹¹ Vidi: Isto, VI 2. (3), (4) str. 259–261.

Svi načini rasuđivanja ili umovanja (*reasoning*), individualni, korporativni i politički, prihvataju zajedničke elemente pojma suđenja (*judgement*), principe zaključivanja i pravila dokazivanja, fundamentalne koncepte i principe uma, standarde korektnosti i kriterijume opravdanja (*justification*). Kriterijumi i metodi upotrebe neavnog uma delimično zavise i od toga kako se shvata priroda (cilj i svrha) korporativnog tela, kao i od uslova u kojima se ciljevi ostvaruju.¹²

U demokratskom društvu nejavna moć (*nonpublic power*) je ona koja se prihvata slobodnom voljom. Drugim rečima, nejavni um ima autoritet samo u slučaju da pojedinac slobodno bira pripadnost asocijaciji, zajednici ili korporativnom telu. Nasuprot tome, javna politička moć predstavlja spoljnu granicu naše slobode, i ne može se izbeći izuzev ako se napusti teritorija kojom ona upravlja, pa čak ni tada ne uvek. Iz tog razloga je bitno da se za ovu moć primenjuju strogi kriterijumi pravde.

S obzirom da smo u kratkim crtama prikazali Rolsovu prvobitnu formulu javnog uma, možemo preći na vidove prigovora koji su joj upućivani. Posebnu pažnju smo posvetili razlici između javnog i neavnog uma, jer upravo ova razlika omogućava ispravno tumačenje Rolsove misli.

(2) Kao što je dobro poznato, reformulacija ideje javnog uma uvažava mogućnost da se iznose i religijski razlozi (odnosno viđenje istine u skladu sa religijskom doktrinom), uz uslov da se u dogledno vreme oni trebaju »prevesti« na jezik političkih vrednosti. Veliki broj Rolsovih kritičara je polazio sa aspekta odbrane religijskih razloga u javnom govoru, tako da se promene u toj koncepciji najčešće tumače kao odgovor i/ili popuštanje na te kritike. S obzirom da je Habermasova kritika u najmanju ruku sekularna, odnosno u velikoj meri ostaje na pozicijama hegelijanskog marksizma, može se činiti da izvor najznačajnijih promena ne treba tražiti na tom mestu. Ipak, valja primetiti da je direktno posle polemike sa Habermasom Rols uveo neke od ključnih izmena, kao što se može i videti u novom uvodu za *Politički liberalizam*, koji je pisan 1995. godine. Činjenica da postoji velika podudarnost između članka »The Idea of Public Reason Revisited« i pomenutog drugog uvoda ili nije zapažena, ili joj se ne posvećuje dovoljna pažnja. Uputno je naglasiti da se u tom uvodu prvi put eksplicitno navodi da pravda kao pravičnost (*justice as fairness*)¹³ više nije jedina javna koncepcija pravde koja je bitna za preklapajući konsenzus, već da je samo jedna u porodici takvih koncepcija, što je kao ideja razrađeno u članku.

¹² Vidi: Isto, VI 3. (1), str. 261–262.

¹³ U tekstu se koristi sintagma *pravda kao pravičnost*, iako uvažavamo stav Tatjane Glintić da ni pravičnost ne odgovara u potpunosti značenju engleske reči *fair*. Vidi: Glintić, Tatjana: *Pravda, Sloboda, Jednakost – Rols i Volzer*, Filozofsko društvo Srbije, Beograd, 1995, str. 35.

Pitanje religijskih razloga, koje se nameće kao dominantno objašnjenje promena koncepcije javnog uma, je moglo isto tako biti osnov za svodenje pravde kao pravičnosti na samo jednu od javnih koncepcija pravde. S obzirom da želimo da dođemo do valjanih zaključaka, potrebno je uzeti u obzir aspekte različitih kritika Rolsove ideje javnog uma. Džonatan Kvong je u manuskriptu svoje monografije, između ostalog, sumirao argumente različitih kritika ideje javnog uma.¹⁴ Vidovi prigovora koje on izdvaja predstavljaju polaznu tačku za naše istraživanje reformulacije ideje javnog uma.

Prema prvoj vrsti zamerke, ideja javnog uma je ili neodređena, ili neubedljiva, i tako nedovoljna za rešavanje mnogih gorućih političkih pitanja u liberalno-demokratskim društvima. Mi ćemo ovaj vid zamerke nazvati *teza o neodređenosti i neubedljivosti*, i za takve primedbe kod drugih autora nalazimo pandan u Habermasovom prigovoru o apstraktnosti Rolsove teorije (koji je povezan sa njegovom argumentacijom da Rols potpuno zapostavlja realnost).¹⁵

Drugi vid prigovora je *teza o nedemokratičnosti*, za koji smatramo da motiviše mnoštvo novih ideja u Rolsovom kasnijem opusu. Ona je izražena stavom (koji posle Habermasa ponavljaju i mnogi drugi Rolsovi kritičari) prema kome je ideja javnog uma nedemokratska jer »fiksira« sadržaj javnog uma prema liberalnoj koncepciji pravde pre bilo kakvog demokratskog diskursa među građanima. Po Habermasovom tumačenju, Rolsov »veo neznanja« lišava građane suviše uvida koji se moraju usvojiti u svakoj generaciji. Građani nisu u mogućnosti da ponovo razgore »demokratski žar« prvobitnog položaja u građanskom životu svoga društva. Principi i norme su predviđeni od strane teorije i ustavom institucionalizovani van njihove kontrole. Shodno tome, javna upotreba uma služi za nenasilno očuvanje političke stabilnosti i paternalistički ograničava građane.¹⁶

Džon Rols je posvetio najveći deo svog »Odgovora Habermasu« opovrgavanju Habermasove tvrdnje o nedemokratičnosti i paternalizmu. On je u tri odvojena poglavlja odgovorio na tri moguće interpretacije ovog prigovora koji smo

¹⁴ Vidi: Quong, Johnatan: *Liberalism Without Perfection*, Oxford: Oxford University Press, u pripremi.

¹⁵ Habermas smatra da apstraktni uslovi koji garantuju nepristrasano prosuđivanje u pitanjima praktičkog, nisu i dovoljan uslov delanja prema zahtevima praktičkog uma. U svojoj filozofiji prava je žestoko kritikovao Rolsa, zbog toga što je smatrao da u koncepciji pravde kao pravičnosti nisu razmatrani ni stvarni, institucionalizovani procesi donošenja odluka, niti društveni i politički pokreti koji bi se mogli suprotstaviti ustavnim principima i suočiti institucije »dobro uređenog društva« sa prezrenja dostojnim odrazom. Vidi: Habermas, Jrgen: *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, 2004; 2: *The Sociology of Law versus the Philosophy of Justice*, posebno strane str. 64–65.

¹⁶ Vidi: Habermas, Jrgen: »Izmirenje putem javne upotrebe uma: primedbe na politički liberalizam Džona Rolsa«, *Nova srpska politička misao*, br. 2–3/1998.; str. 91–111. Za primedbu o nedemokratičnosti videti posebno str. 107.

mi nazvali teza o nedemokratičnosti.¹⁷ Pitanje paternalizma i nedemokratičnosti Rolsove teorije kao veoma ozbiljan prigovor je razmatrilo i Džoša Koen (koga Rols navodi kao autora sa kojim se konsultovao oko odgovora na Habermasove primedbe). On je analizirao tri načina na koje se može razumeti ideja o supstantivnoj filozofskoj teoriji pravde koja odlučuje suviše i zahteva autoritativnu poziciju pre svake javne debate.¹⁸ Prvo tumačenje Koen naziva *institucionalnom subordinacijom*. Pripisivanje prioriteta principima pravde po ovom tumačenju može voditi ka podršci nedemokratskim rešenjima kao boljem načinu za postizanje pravde. Drugo tumačenje je teza o *omalovažavanju* javne rasprave i političke participacije građana. Ako je pravda rigidno određena pre i nezavisno od demokratske prakse, demokratiji preostaju zadaci nenasilnog očuvanja političke stabilnosti i implementacije principa umesto određivanja njihove suštine. Poslednje tumačenje je teza o *nepoverenju*. Filozofska koncepcija pravde, ukoliko je supstantivna a ne proceduralna, implicitno pretpostavlja nepoverenje u građane, jer propisuje prethodno ograničenje njihovog prosuđivanja i javnog govora.¹⁹

Sledeći vid prigovora, koji navodi Džonatan Kving, predstavlja osnovu za tumačenje po kome su promene Rolsove koncepcije *pitanje religijskih razloga*.²⁰ Prema autorima koji izražavaju ovakvu zamerku preovladava stav da je ideja javnog uma problematična jer proizvoljno ili nepravično isključuje religijske razloge.

Četvrti vid zamerki polazi od stava da je ideja javnog uma ili suviše zahtevna za građane, ili ima suviše idealistički pogled na demokratske rasprave, jer pogrešno zapostavlja značaj pregovaranja i politike interesnih grupa. Za takve primedbe, koje ćemo nazvati *teza o zapostavljanju realnosti* kod drugih autora nalazimo pandan u već pomenutom Habermasovom prigovoru o preteranoj apstraktnosti i zapostavljanju realnosti.

Sledeći vid prigovora možemo nazvati *teza o marginalizaciji*. Prema ovom vidu zamerki, ideja javnog uma proizvoljno favorizuje jedan tip diskursa (smiren, neosećajan, logičan, analitičan) koji marginalizuje emotivne, strastvene i retoričke forme diskursa koje su česte kod određenih istorijski marginalizovanih društvenih grupa.

¹⁷ Vidi: Rols, Džon: »Odgovor Habermasu«, *Nova srpska politička misao*, br. 2–3/1998; str. 113–159.

¹⁸ Vidi: Cohen, Joshua: »For a Democratic Society«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003; str. 86–138; a posebno strane 111–131.

¹⁹ Vidi: Isto.

²⁰ Ovakvo tumačenje uz opasku da nije bilo potrebno popuštanje razmatra Larmor. Vidi: Larmor, Charles: »Public Reason«, u Freeman, Samuel (Ed.): *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003; str. 368–393.

Šesti vid zamerki se može nazvati *prigovor o nedostatku istine*. Po ovakvom vidu shvatanja, ideja javnog uma je nedostatna jer sprečava građane u oslanjanju na kompletnu istinu kako je oni vide. Za takve primedbe kod drugih autora nalazimo pandan u Habermasovom stavu da »politički konstruktivizam« nužno vodi u raspravu o pojmovima racionalnosti i istine.²¹

Poslednji vid primedbi se može nazvati *tezom o nepotrebnoj isključivosti prema građanima*. Prema ovakvom shvatanju, raspon javnog uma je nepotrebno isključiv jer ne uključuje nerazložne građane, i njima nisu ponuđena dosledna opravdanja za zakone koji se odnose na njih. U osnovi ovakvih prigovora stoji bojazan da bi se mogle ponoviti istorijske nepravde prema ženama i drugim osetljivim grupama, jer su one proglašavane za nerazložne, i shodno tome su im ukinuta osnovna politička prava.²² Iako nije uputno suviše rano donositi zaključke, može se opet iz navedenog pretpostaviti kako bi odgovor na takvu manjkavost Rolsovog modela predstavljala diskurzivna pravno-politička koncepcija u kojoj niko od građana nije isključen i u kojoj se ne apstrahuje od istine.

Tako vidimo da samo pitanje religijskih razloga izlazi iz kritičkog okvira postavljenog Habermasovim primedbama. Feministički aspekt teze o marginalizaciji i teze o nepotrebnoj isključivosti prema građanima se može svakako dovesti u vezu sa Habermasovom tvrdnjom kako je feministička kritika pokazala nedovoljnost liberalne pravne paradigme i paradigme države blagostanja, te da samo proceduralistička paradigma može razrešiti dijalektiku pravne i faktičke jednakosti.²³ Na ovom mestu je važno napomenuti kako je pronalaženje pandana sa Habermasovim prigovorima u kritikama drugih autora, kao i njihovo imenovanje deo naše interpretacije, te da Kvong u svom sumiranju tvrdi samo da je Habermas zaslužan za ono što smo mi nazvali teza o nedemokratičnosti.

²¹ Vidi: Habermas, Jürgen: »Izmirenje putem javne upotrebe uma: primedbe na politički liberalizam Džona Rolsa«, *Nova srpska politička misao*, br. 2–3/1998; str. 110–111. U svojoj knjizi *The inclusion of the Other* Habermas iznosi još kritičkih argumenata kojima pokazuje da je pojam istine nužan: On smatra da potrebna analogija između pojmova *istine* i *normativne ispravnosti* vodi ka novim pitanjima, tako da nije uspešna Rolsova strategija izbegavanja rasprava o značenju i va-ljanosti, logici i proceduri opravdanja; Isto tako, po njegovom mišljenju preklapajući konsenzus počiva na »privatnoj upotrebi uma sa javno-političkom namerom«, tako da Rolsovom konceptu tri vrste opravdanja nedostaje perspektiva nepristrasnog prosuđivanja i javne upotrebe uma u strogom smislu, koja ne bi zavisila od slučaja, već bi građanima bila dostupna od početka promišljanja. Vidi: Habermas, Jürgen: *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, 2005; poglavlje 3.

²² Vidi: Friedman, Marilyn: »John Rawls and the Political Coercion of Unreasonable People«, u Davion, Victoria; Wolf, Clark (Eds.): *The Idea of Political Liberalism*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000; str. 16–33.

²³ Vidi: Habermas, Jürgen: *Between Facts and Norms*, str. 388–446.

Sumiranje svih prigovora svakako nije dovoljno. Potrebno je razmotriti kako je sam Rols smatrao da će poboljšati svoje stanovište, kako bismo adekvatno razumeli sve promene. Mi smo već spomenuli izmene koje je Rols najavio za najnovije izdanje *Političkog liberalizma*. U uvodu za reformulisanu ideju javnog uma je objavljeno Rolsovo pismo u kome su navedene neke ispravke koje je nameravao da unese. Tri osnovne promene predstavljaju: a) određenje odnosa javnog uma i političkog liberalizma prema velikim svetskim religijama (što pretpostavljamo da donosi odgovor na pitanje religijskih razloga); b) razjašnjenje kako osnovnu temu predstavlja porodica razložnih liberalnih ideja javne društvene pravde, dok pravda kao pravičnost ima samo manju ulogu kao jedna od njih, te uklanjanje fraza koje navode na zaključak da je u pitanju razrada Kantovog stanovišta²⁴; i c) dopuna u predavanju VII sa sedam strana teksta o feminizmu (što pretpostavljamo da donosi odgovor na tezu o marginalizaciji i tezu o nepotrebnoj isključivosti prema građanima). Rols je naglasio kako predavanje IX »Odgovor Habermasu« neće menjati iz obzira prema njemu, ali da u vreme pisanja tog članka nije koristio neke od ideja koje sada koristi.²⁵

To što Rols nije stigao da napravi sve promene koje je najavio u političkom liberalizmu ne predstavlja veliki problem za ovo istraživanje, jer je ideja javnog uma već reformulisana. Naš pristup koji uzima u obzir sve vidove kritika i najavljene promene nam omogućava da razjasnimo nit Rolsovih misli u tekstu članka. Važno je naglasiti kako nova formulacija koncepcije javnog uma počinje upravo sa odgovorom na tezu o nedemokraciji, i prigovor o nedostatku istine. Rols kaže da će »oni koji odbacuju ustavnu demokratiju i njen kriterijum reciprociteta sigurno odbaciti i samu ideju javnog uma«, te kako »strast da se apsolutna istina oliči u politici nije u skladu sa idejom javnog uma demokratskog građanstva«.²⁶

Ovde valja naglasiti kako je ideja reciprociteta ključna za ispravno razumevanje Rolsovog kasnijeg opusa. Ukoliko se fundamentalistički insistira na apsolutnoj istini, koja bi se nametala svima, krši se ideja reciprociteta. Isto tako, ideje razložnosti i pristojnosti su u velikoj meri određene idejom reciprociteta.

²⁴ Za ovo pretpostavljamo da je zaslužna Habermasova primedba o nedoslednosti političkog liberalizma. Naime, Habermas tvrdi da Rolsova *Teorija pravde* prati jasnu Kantijansku strategiju, dok *Politički liberalizam* predstavlja prelaz na drugi okvir u kome je praktički um lišen svog moralnog jezgra i umanjen na puku razložnost koja zavisi od moralnih istina opravdanih na drugim mestima. Prema njegovom tumačenju se ostaci originalne koncepcije nisu mogli uklopiti u kasniju Rolsovu teoriju, jer se dva suprotstavljena programa opravdanja sukobljavaju. Vidi: Habermas, Jürgen: *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, 2005; poglavlje 3.

²⁵ Vidi: PLE, str. 437–439.

²⁶ PLE, str. 442.

Naime, građani su razložni ukoliko smatraju i druge građane za slobodne i jednake, u skladu sa idejom reciprociteta. Sveobuhvatne doktrine su razložne ukoliko ne zahtevaju nasilnu konverziju drugih, odnosno smatraju da građani imaju jednako pravo da podržavaju neku drugu sveobuhvatnu doktrinu u skladu sa idejom reciprociteta. Narodi su pristojni ukoliko smatraju druge narode za slobodne i jednake, u skladu sa idejom reciprociteta. Oni su i liberalni te dostižu punu razložnost kada smatraju da su i građani, a ne samo narodi slobodni i jednaki u skladu sa idejom reciprociteta. Ideja reciprociteta pokazuje na koji način je Rolsova koncepcija demokratska, a ne paternalistička i on iz tog razloga toliko insistira na njoj.

Kako bi odgovorio na tezu o neodređenosti i neubedljivosti Rols naglašava da ideja javnog uma ima određenu strukturu, te da se može činiti da je neuverljiva ukoliko se jedan ili više njenih aspekata zanemari, ili ukoliko se pogrešno primeni na kulturu u pozadini. On sada razlikuje kulturu u pozadini, nejavnu političku kulturu koju čine mediji svih vrsta i trodelni (diskurs sudija, diskurs izvršne i zakonodavne vlasti, te diskurs kandidata na izborima) javni politički forum na koji se primenjuje javni um. Rols izričito kaže kako su razlike uvedene da bi se domen javnog uma razlučio od Habermasove koncepcije javne sfere.²⁷

Tako *ideal* javnog uma, koji treba razlikovati od ideje javnog uma, dobija svoje ostvarenje kada delatnici u javnom političkom forumu iskazuju dužnost uzajamnog poštovanja tako što se ponašaju i govore u skladu sa idejom javnog uma i objašnjavaju svoje razloge u terminima javne koncepcije pravde koja je po njima najrazložnija. Ovaj ideal realizuju i građani prilikom glasanja kada misle o sebi kao o zakonodavcima. Tada oni odbacuju zvaničnike i kandidate koji krše zahteve javnog uma, i time ispunjavaju svoju dužnost uzajamnog poštovanja. Ova dužnost, koja predstavlja jedan od političkih i društvenih korena ustavne demokratije (i demokratske pravne države), je moralna dužnost a ne pravna, jer bi u suprotnom bila narušena sloboda govora.²⁸

Ideja reciprociteta je ključna i za odgovor na tezu o zapostavljanju realnosti, koju Rols tretira u vezi sa prigovorom o nedemokratskoj, što opet ukazuje na relevantnost Habermasove kritike. On kaže da »kriterijum reciprociteta zahteva da, kada su predloženi neki uslovi kao najrazložniji uslovi pravične saradnje, oni koji ih predlažu moraju misliti da je u najmanju ruku razložno da ih prihvate i drugi, kao slobodni i jednaki građani, a ne zato što su potčinjeni ili izmanipulisani, ili pod pritiskom inferiornog političkog ili društvenog položaja.«²⁹ Za ovaj kriterijum se dalje u tekstu kaže i da je osnov za ideju političke legitimnosti u de-

²⁷ Vidi: PLE, str. 442–443.

²⁸ Vidi: PLE, str. 444–445.

²⁹ PLE, str. 446.

mokratskom društvu. Rols naglašava da demokratija ima dugu istoriju, te da postoji više ideja demokratije.³⁰

Ideja dobro uređene ustavne demokratije, odnosno deliberativne demokratije je jedina koju Rols razmatra, i naglašava da se uloga javnog uma može odrediti i kao prvi suštinski element deliberativne demokratije koji proizlazi iz ideje promišljanja ili većanja (*deliberation*). Poenta ovih razmatranja je odbrana liberalizma od zaključka da on predstavlja puku ideologiju koja maskira skrivene interese elita. Zato Rols podvlači da je nužno javno finansiranje izbora, kako bi se omogućilo javno promišljanje, i oslobodilo od »prokletstva novca«, da politika ne bi bila dominirana korporativnim (ili privatnim) interesima.³¹ Sada dolazimo do ključne promene. Rols kaže da je on predložio prvobitni položaj kao jedan način dolaska do principa koji daju sadržaj javnom umu. Pošto drugi mogu smatrati da su drugi načini razlošniji, sadržaj javnog uma je dat od strane porodice javnih koncepcija pravde (jer postoji više formi liberalizma i sličnih gledišta), a ne od strane samo jedne. Ova promena predstavlja najjasniji odgovor na tezu da je ideja javnog uma nedemokratska jer »fiksira« sadržaj javnog uma. Rols izričito i kaže da

»politički liberalizam ne pokušava da fiksira javni um jednom zauvek u formi jedne favorizovane koncepcije pravde ... (već) takođe prihvata Habermasovu diskurzivnu koncepciju legitimnosti (za koju se nekad kaže da je pre radikalno demokratska nego liberalna), kao i katolička gledišta opšteg dobra i solidarnosti kada su izraženi u smislu političkih vrednosti.«³²

Na ovom mestu valja razjasniti par detalja. Kao prvo, Rols pri spominjanju Habermasove koncepcije legitimiteta navodi i Sejlu Benhabib, te njene stavove o tome da je diskurzivni model jedini kompatibilan sa emancipatornim stremljenjima ženskog pokreta. To znači da je Rols imao u vidu ranije pomenute veze sa etikom diskursa kada kasnije razmatra aspekte feminističke kritike. Kao drugo, za primere katoličkih gledišta opšteg dobra i solidarnosti su navedeni Finis i Marten.³³

³⁰ Rols ovde navodi Heldove *Modele demokratije*, u kojima značajnu ulogu zauzima analiza savremenih elitističkih modela, Habermasovih ocena o krizi legitimiteta i polarizacije demokratskih ideala. Vidi: Held, David: *Models of Democracy*, Cambridge: Polity Press, 1987; posebno str. 143–262.

³¹ Vidi: PLE, str. 447–449.

³² PLE, str. 451–452.

³³ Finisova koncepcija prirodnog prava je relativno poznata u našoj javnosti. Za njegovu raspravu sa Habermasom vidi: Finnis, John: »Natural Law and the Ethics of Discourse«, *Ratio Juris*, vol. 12, No. 4, December 1999; str. 354–373. Marten je u našoj stručnoj javnosti relativno nepoznat. Za instruktivno poređenje sa Rolsovom koncepcijom vidi: Neal, Patrick: »Three readings of political liberalism: Rawls, Maritain and Crick«, *Journal of Political Ideologies*, jun2000, vol. 5, Issue 2, str. 225–247.

Rolsu je stalo da pokaže kako javni um nije ni striktno sekularan niti religijski vid opravdanja, već da predstavlja univerzalni politički osnov za izmirenje stavova svih razložnih građana. S obzirom da političke vrednosti nisu ni sekularne ni religijske vrednosti, da bi neko stanovište moglo biti prihvaćeno u porodicu političkih koncepcija pravde, ono mora posedovati dodatne tri karakteristike. Prvo, njihovi principi treba da se primenjuju na osnovne političke i društvene institucije, ili ono što Rols naziva osnovnom strukturom društva. Drugo, one su političke *koncepcije* koje se moraju moći izložiti nezavisno od sveobuhvatnih *doktrina* bilo koje vrste. Treće, one bi trebalo da su razvijene iz temeljnih ideja koje se sagledavaju kao implicitne javnoj političkoj kulturi ustavnog režima, kao što su koncepcija građana kao slobodnih i jednakih, i koncepcija društva kao pravičnog sistema saradnje.³⁴

Političke vrednosti su poredane u leksički niz, slično principima pravde, ali ne bez konteksta. Rols kaže da one nisu lutke koje sveobuhvatne doktrine manipulišu iza scena. Građani sami određuju njihov poredak u skladu sa sveobuhvatnim delom svojih uverenja (za razliku od političkog), dok se u forumu javnog uma zajednički određuje koji vidovi poretka tih vrednosti su razložni. Rols na primerima političkog i moralnog (sveobuhvatnog) tumačenja vrednosti autonomije, solidarnosti, zasluga i porodičnog života demonstrira razliku između javnog uma sa jedne strane, i sekularnog ili religijskog *nejavnog uma* sa druge strane, te njegovog sadržaja i načina primene kriterijuma reciprociteta.³⁵ Osnovni smisao je u tome da se razložnost poretka vrednosti vezuje za recipročno uvažavanje fundamentalnih uverenja sugrađana.

Videli smo kako od svih značajnih primedbi na prvobitnu koncepciju javnog uma jedino pitanje religijskih razloga nije moguće direktno povezati sa Habermasovom kritikom Rolsa. Već na početku smo naglasili kako veliki broj

³⁴ Vidi: PLE, str. 452–454. Razliku između koncepcije i doktrine Rols uvodi na početku svojih razmatranja. Vidi: PLE, str. 441. Čini se da Rols smatra da se diskurzivna *koncepcija* legitimiteta može posmatrati odvojeno od teorije komunikativnog delanja kao Habermasove sveobuhvatne *doktrine*. Možemo pretpostaviti da Rols lično podržava neki vid sveobuhvatnog liberalizma sličnog Kantu, ali da za potrebe utvrđivanja univerzalnog zajedničkog tla sa svim razložnim građanima apstrahuje od ličnog mišljenja. Na takav zaključak nas navodi fusnota 31 iz uvoda proširenog izdanja *Političkog liberalizma* koja je u potpunosti preštampana kao fusnota 80 u reformulaciji ideje javnog uma. Tu Rols pravi razliku između svog ličnog mišljenja i argumenata koji zavise od poretka političkih vrednosti u forumu javnog uma po pitanju abortusa. Vidi: PLE, str. liii–liv, i 479. Ovaj konkretan aspekt navodimo zbog značaja pitanja poretka političkih vrednosti. Inače, Rols i Habermas su upravo zbog njihovog ličnog stava po pitanju abortusa definisani kao predvodnici sekularista u krugovima zagovornika religijskih razloga. Vidi: George, R.P.: »Public Morality, Public Reason«, *First Things*, Nov. 2006, www.firstthings.com/article.php?id_article=5344

³⁵ Vidi: PLE, str. 454–458.

autora naglašava uticaj ovakvih kritika na Rolsa, koji se svakako da videti u njegovom razmatranju odnosa između religije i javnog uma u demokratiji i u prihvatanju šireg pogleda na javnu političku kulturu koji je formulisala Erin Keli.³⁶ Naše tumačenje pretpostavlja da svakako postoje i drugi uticaji na razvoj Rolsove misli, ali da se može razložno tvrditi da je Habermasova kritika bila presudna, te da je potrebno dobro poznavanje njihove polemike za ispravno razumevanje kasnijeg opusa. Isto tako pretpostavljamo da čak i u tim delovima reformulisane ideje javnog uma, koji evidentno ukazuju na pitanja religijskih razloga, možemo naći tragove Habermasovog uticaja.

Da bismo jasnije sagledali zašto Rols pridaje toliki značaj upravo aspektima religijskih doktrina i koncepcija kao i Habermasovoj hegelijansko-marxističkoj doktrini i koncepciji, treba se podsetiti fundamentalnih uverenja na kojima počivaju. Stanovišta koje su sada eksplicitno uvrštena u porodicu razložnih liberalnih koncepcija političke pravde predstavljaju preradu istorijski značajnih tradicija u terminima političkih vrednosti. Naime, Rols često spominje religijske progone, koji su na sreću u zapadnim ustavnim demokratijama sada stvar istorije. Marksistička sekularna sveobuhvatna doktrina sa shvatanjem istorijske istine dijalektičkog materijalizma isto tako ima poznate primere nerazložnih varijanti. Zbog toga Rols posebno afirmativno govori o takvim koncepcijama *koje su razložne* i pokušava da pronade osnov za široki konsenzus koji bi mogao garantovati primenu razložnih principa pravde. Ovakve koncepcije su bitne za stabilnost ustavne demokratije jer daju odgovor na pitanje »kako je moguće – ili da li je – da oni koji veruju i oni koji ne veruju (sekularni) prihvate ustavni režim iako njihove sveobuhvatne doktrine pod njim možda neće prosperirati, ili će čak nazadovati?«³⁷

Kao što je Rols pokazao da postoje dva osnova za ideju tolerancije, jedan sa tačke gledišta javne koncepcije pravde i drugi sa tačke gledišta sveobuhvatnih doktrina, tako mi možemo pretpostaviti da postoje dva osnova stabilnosti principa pravde. Prvi osnov je logička konzistentnost dedukcije iz modela sredstva predstavljanja moralne tačke gledišta (prvobitnog položaja), dok je drugi osnov prihvatanje od strane građana u skladu sa njihovim fundamentalnim uverenjima.³⁸ Smatramo da tako postavljen odnos omogućuje da građani koji su razložni moralni skeptici ili moralni relativisti mogu prihvatiti razložnost političkih koncepcija pravde, dok to ne znači da su one same relativističke.

Rols naglašava da je cilj javnog promišljanja javno opravdanje. Obzirom da je uvažio neke elemente Habermasove kritike restriktivnosti javnog uma, u

³⁶ Vidi: PLE, str. 458–466.

³⁷ PLE, str. 460.

³⁸ Vidi: PLE, str. 461–462.

nastavku teksta on pokušava da opovrgne njegovu primedbu po kojoj moralni razlozi ne mogu biti javno razmotreni obzirom da javna upotreba uma zavisi od platforme koja se konstruiše na osnovu *nejavnih razloga*.³⁹ Smatramo da zbog toga uvodi razliku između dodatnih formi diskursa koje se mogu uvesti u javnu raspravu ali nisu vid javnog promišljanja. Prvu formu Rols naziva deklaracija. Svaki građanin ima (jednako) pravo da javno deklarirše sopstvenu sveobuhvatnu doktrinu, religijsku ili sekularnu, ali ne očekuje od drugih da je oni prihvate. Druga forma je pretpostavka (*conjecture*). Ovaj vid diskursa pretpostavlja iskren i nemanipulativan vid obrazlaganja, koji polazi iz onoga što pretpostavljamo ili verujemo da su osnove fundamentalnih doktrina drugih. Svrha takvog obrazlaganja je pokazivanje da, uprkos tome šta drugi govore, oni bi ipak u skladu sa sopstvenom doktrinom mogli da prihvate razložnu političku koncepciju koja može da predstavlja osnovu za javni um.⁴⁰

Ovde vidimo na delu uvažavanje Habermasove koncepcije nesputane rasprave u skladu sa principima diskursa (D) i univerzalizacije (U), za koju neki autori smatraju da je superiornija od »monološkog« pristupa u političkom liberalizmu.⁴¹ Rols navodi (u jednoj fusnoti) i treći vid diskursa, za koji daje primere uzdržavanja od prava na abortus i pacifističkog uzdržavanja od učešća čak i u pravednom ratu. Naime, svedočenje (*witnessing*) je dopušteno odstupanje od političke koncepcije pravde u skladu sa sveobuhvatnom doktrinom i shvatanjem cele istine, koje se ne nameće drugima.⁴²

(3) Već smo naglasili da se feministički aspekt teze o marginalizaciji i teze o nepotrebnoj isključivosti prema građanima može dovesti u vezu sa Habermasovom tvrdnjom kako je feministička kritika pokazala nedovoljnost liberalne paradigme i paradigme države blagostanja, te da samo proceduralistička paradigma

³⁹ Vidi: Habermas, Jürgen: *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, 2005; str. 85–86.

⁴⁰ Mogli bismo pretpostaviti da bi ovakav pristup mogao ubediti pristalice različitih doktrina koji su polemicali sa Rolsom (npr. utilitarizma, libertarijanizma, Hjumovskog skepticizma, multikulturalizma, komunitarizma, i sl.) da i oni podrže političku koncepciju pravde, te može objasniti neke od Rolsovih izraza koji navode na zaključak da je on popustio jednoj ili drugoj strani.

⁴¹ Vidi fusnotu 36.

⁴² Vidi: PLE, str. 465–466. Primedba da je pravda kao pravičnost monološka je navela mnoge da razmotre na koji način se može odgovoriti na taj prigovor. Metod reflesivne ravnoteže se često navodi kao dijaloški, a neki smatraju i da je Rolsovo apstrahovanje od određenih informacija najbolje tumačiti kao metod dolaska do valjanih principa koji su podložni proveri refleksivne ravnoteže. Vidi: Mandle, Jon: *What's Left of Liberalism*, str. 275–276; Fernandes De Oliveira, Nythamar, »Husserl, Heidegger and the task of a Phenomenology of Justice«, *Veritas*, 53/1 (2008): str. 123–144. Mi smo i u prethodnim analizama ukazali na mogućnost fenomenološkog tumačenja Rolsovog pristupa. Iako to prevazilazi domete ovog rada, smatramo da takvo tumačenje može imati plodne rezultate.

može razrešiti dijalektiku pravne i faktičke jednakosti.⁴³ S obzirom da Rols u reformulaciji ideje javnog uma posvećuje značajan prostor pitanju ravnopravnosti polova, dosledna analiza će potvrditi ili opovrgnuti i ovu našu pretpostavku. Feministkinje tvrde da istorijske nepravde prema ženama imaju svoj koren u porodici kao osnovnoj ćeliji društva, te da je rigidna granica između javnog domena i privatnog koju navodno postulira liberalizam, nepravedno sputavala emancipatorne aspiracije žena i fiksirala nepravde u porodici preko nemešanja u domen privatnog. Rols počinje svoje razmatranje rodne ravnopravnosti uz pomoć javnog uma sa određenjem da porodica čini deo osnovne strukture društva. Njena centralna uloga je da na razložan i delotvoran način uredi podizanje dece i brigu za njih, uz obezbeđivanje njihovog moralnog razvoja i socijalizacije u širu kulturu.⁴⁴

Rols utvrđuje da se principi pravde primenjuju na porodicu, iako ne uvek direktno. Ukoliko se razlikuje tačka gledišta ljudi kao građana i njih kao članova porodice, postaje jasnija podela posla između *javnog uma*, koji se tiče njih kao građana, i *nejavnog uma* porodice kao male zajednice. Iako Rols na ovom mestu eksplicitno odgovara na Sandelove primedbe, smatramo da se argumentacija u daljem tekstu odnosi na Habermasovo razlikovanje između sistema i životnog sveta. Čini se da je on ovde želeo da pokaže kako politički liberalizam ne samo da ne zaostaje za diskurzivnom koncepcijom legitimiteta, već može bolje poslužiti feministkinjama (bilo da pripadaju liberalnoj ili marksističkoj struji)⁴⁵ da ostvare svoja prava apelujući na autoritet javnog uma.

⁴³ Vidi: Habermas, Jürgen: *Between Facts and Norms*, str. 388–446.

⁴⁴ Vidi: PLE, str. 466–467.

⁴⁵ Za različite struje u feminizmu i koncepcije pravednosti koje ženski pokret prihvata vidi: Benhabib, Seyla: »The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory«, *Praxis International* 5:4 (1986), str. 402–24; Okin, Susan Moller: »Political Liberalism, Justice, and Gender«, *Ethics*, 105 (October 1994): str. 23–43; Baehr, Amy R.: »Toward a New Feminist Liberalism: Okin, Rawls, and Habermas«, *Hypatia*, vol. 11, No. 1 (Winter 1996): str. 49–66; Baehr, Amy R.: »Liberal Feminism«, u *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007. <http://plato.stanford.edu/entries/feminism-liberal/>; Kittay, Eva F.: »Can Contractualism Justify State-Supported Long-Term Care Politics?«, u World Health Organization: *Ethical choices in long-term care: What does justice require?*, WHO: Geneva, 2002, str. 77–83; Meehan, Johanna: *Feminists read Habermas*, London: Routledge, 1995; Nussbaum, Martha C.: *Beyond the Social Contract: Toward Global Justice*, The Tanner Lectures on Human Values, Salt Lake City: University of Utah Press, 2002; Nussbaum, Martha C.: »Long-Term Care and Social Justice: A Challenge to Conventional Ideas of the Social Contract«, u World Health Organization: *Ethical choices in long-term care: what does justice require?*, WHO: Geneva, 2002, str. 31–65; Nussbaum, Martha C.: »Rawls and Feminism«, u *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003, str. 488–520; Tong, Rosemary; Williams Nancy: »Feminist ethics«, u *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009. <http://plato.stanford.edu/entries/feminism-ethics/>; Young, Iris Marion: »Difference as a Resource for Democratic Communication«, u *Deliberative democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, London, England, 1997 str. 383–406.

Naime, on naglašava da politički liberalizam ne posmatra politički i nepolitički domen kao dva odvojena nepovezana područja, kojima upravljaju njihovi specifični principi. Rols ovde argumentovano pokazuje primenjivost principa pravde u dužem pasusu koji ćemo navesti u celini:

»Takozvani domen ili sfera života nije prema tome nešto što je već dato nezavisno od političkih koncepcija pravde. Domen nije vrsta prostora ni mesto, već je to jednostavno rezultat ili ishod načina primene političke pravde, direktno na osnovnu strukturu, ili indirektno na asocijacije unutar nje. Principi koji definišu jednake osnovne slobode i mogućnosti građana uvek važe unutar i kroz sve takozvane domene. Jednaka prava žena i osnovna prava njihove dece kao budućih građana su neotuđiva i štite ih gde god da su. Rodne razlike koje ograničavaju ta prava i slobode su isključene. Tako sfere političkog i javnog, nejavnog i privatnog, proističu iz sadržaja i primene koncepcije pravde i njenih principa. Ako je takozvana privatna sfera navodno prostor koji je izuzet od pravde, tada tako nešto ne postoji.«⁴⁶

Kako bismo ispravno razumeli sve tvrdnje sadržane u ovom pasusu, valja razjasniti nekoliko momenata. Kao prvo, tradicionalna politička teorija, kao i akademska filozofija, prema shvatanju većine feministkinja predstavljaju leglo muškog šovinizma, dok kantijanske i ugovorne teorije koje govore o pravima, dužnostima i pravdi predstavljaju ideologiju koja skriva odnose dominacije u kojima su žene potlačene i eksploatisane. Kant je posebno često meta kritike, i to ne samo zbog svojih više ili manje poznatih usputnih seksističkih i rasističkih primedbi⁴⁷, već i zbog zaključaka istraživanja moralnog razvoja žena (Kerol Giligan i kritika Kolberga) prema kojima kantijansko učenje oličava muški moral koji se nameće ženama kao univerzalan. Žene po ovom shvatanju imaju drugačiji pristup moralnom domenu, koji je zasnovan na brizi, tako da su njegovi stavovi o dužnostima pravde često tumačeni kao vid paternalističkog nametanja dominantnih shvatanja belog muškarca. Rolsova *Teorija pravde*, kao i *Politički liberalizam* su kritikovane (umereno i konstruktivno kod liberalnih feministkinja, žustro kod ostalih), jer opet naglašavaju prioritet slobode u odnosu na jednakost, i ne pominju žene niti feminizam već govore o pravima »Čoveka« ili muškarca (*Man*).

S druge strane, valja imati u vidu i kako je rezultat rasprave o zakonitosti pornografije u SAD potvrdio stavove feministkinja da će jednakost žena biti pregažena zbog slobode muškaraca, jer liberalizam po njihovom mišljenju podržava prikazivanje žena kao seksualnih objekata, slobodu poslodavaca da žene plaćaju manje za isti posao, slobodu govora seksističkih primedbi na javnom i radnom

⁴⁶ PLE, str. 471.

⁴⁷ Za takve primedbe u kojima se tvrdi između ostalog i da su žene nerazumne jer su emocionalne, kao i da je crnce potrebno civilizovati silom ako je potrebno vidi: Kant, Imanuel: *O lepom i uzvišenom*, BIGZ, Beograd, 1973.

mestu i sl. Rolsovim rečnikom rečeno, građanke koje podržavaju neku feminističku sveobuhvatnu doktrinu drugačije rangiraju osnovne političke vrednosti, i posmatraju građanke i građane prvo kao jednake a zatim kao slobodne, dok insistiranje na racionalnosti i razložnosti doživljavaju kao vid stigmatizovanja žena kao iracionalnih i nerazložnih.⁴⁸

Konačno, s obzirom da su ženskom pokretu bliski radikalna jednakost, politički aktivizam, kritika ideologije i zahtev da se pravda određuje tek pošto su sve nepravde iznete na videlo, Habermasova diskurzivna koncepcija legitimiteta pre može služiti kao osnov preklapajućeg konsenzusa, nego bilo koja izričito liberalna koncepcija. Već smo više puta naglasili kako Habermas gaji simpatije prema feminističkoj kritici liberalizma, te da je iskoristio njihove argumente da zaključi kako je etika diskursa superiornija od pravde kao pravičnosti u moralnom domenu, a proceduralistička paradigma od bilo kakvog liberalizma ili velferizma u pravno-političkom domenu.

Ako razmotrimo sve što je rečeno u navedenom pasusu, vidimo kako Rols naglašava univerzalnost pravde i mogućnost da i građanke i građani ostvare svoja prava uz pomoć uvažavanja ideala javnog uma. Značajno je primetiti i to da u *nejavni um* Rols ubraja i firme kao poduhvate u koje se ulazi dobrovoljno, te da insistira na tome da javni um štiti sve. Rols naglašava kako za javni um ne postoje granice između životnog sveta i sistema (sa posebnim pravilima), te da politički liberalizam nikoga neće izneveriti, i tako se može zaključiti kako nije ideološki u Marksovom smislu te reči. U skladu sa kriterijumom reciprociteta je potrebno uvažiti najdublja uverenja građanki i građana sa feminističkom sveobuhvatnom doktrinom, a pošto se sa tačke gledišta razložnosti Marksovo gledište nikako ne može uključiti u porodicu liberalnih političkih koncepcija pravde, Habermasovo predstavlja adekvatnu zamenu. Rolsu je stalo i da pokaže kako njegova formulacija principa pravde rešava više nepravdi, kako bi potvrdio svoj stav da je pravda kao pravičnost najrazložnija liberalna koncepcija političke pravde. On ipak ne isključuje mogućnost da se nekima može činiti da je drugačiji vid rangiranja osnovnih vrednosti razložniji.

⁴⁸ Feminističke primedbe, koje smo mi nazvali teza o marginalizaciji i teza o nepotrebnosti isključivosti prema građanima, su formulisane upravo zbog bojazni feminističkih autora da će ženama opet biti »začepljena usta« sa floskulama o uljudnosti, razložnosti i umu koje prikrivaju isključivost prema svemu što je žensko. Vidi: Young, Iris Marion: »Difference as a Resource for Democratic Communication«, u *Deliberative democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, London, England, 1997 str. 383–406; i Friedman, Marilyn: »John Rawls and the Political Coercion of Unreasonable People«, u Davion, Victoria; Wolf, Clark (Eds.): *The Idea of Political Liberalism*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2000; str. 16–33.

Osnove za potvrdu naše interpretacije nalazimo i u daljem tekstu. Naime, Rols u najvećoj meri uvažava hegelijansko-marksističku kritiku i razmatra upravo aspekt diskriminacije žena u ekonomskoj sferi, kao što je ranije naglasio kako politički liberalizam zahteva da se politički život oslobodi od »prokletstva novca«, odnosno upliva korporativnih i privatnih interesa. On kaže da politički liberalizam dozvoljava rodnu podelu rada unutar porodice samo ukoliko je to u skladu sa nekom religijskom doktrinom, potpuno dobrovoljno, te ne proističe iz i ne vodi u nepravde. On definiše dobrovoljnost u terminima prihvatanja na osnovu religije, što je dovoljno sa tačke gledišta političkog, i naglašava da se dobrovoljnost ne može zasnovati na ekonomskoj ili društvenoj diskriminaciji, usled koje je racionalnije i manje skupo za muža i ženu da prate rodnu podelu rada u porodici. Rols podvlači status jednakih sloboda i ističe kako se jednakost u porodičnoj zajednici ne može zakonom propisati (zbog religijskih sloboda), već da se može minimizirati neravnopravna rodna podela rada tako što bi nedobrovoljnost bila redukovana na nulu. Rols zaključuje pitanje nepravdi prema ženama kratkim razmatranjem aranžmana koji proizlaze iz ideje demokratije kao pune jednakosti svih u društvu, muškaraca i žena.⁴⁹

(4) Smatramo da je već sad u dovoljnoj meri pokazano kako su Habermasove primedbe uticale na Rolsovo ponovno razmatranje ideje javnog uma. Izdvojili smo vidove prigovora koji su upućivani prvobitnoj formulaciji, i utvrdili kako Habermasov kritički okvir u suštini sadrži skoro sve relevantne zamerke na koje Rols odgovara u reformulaciji. Ipak, valja još analizirati tri značajne vrste prigovora svom stanovištu koje sam Rols izdvaja i razmatra. On počinje sa primedbom prema kojoj je nerazložno ograničiti teme koje su dostupne za političku raspravu i debatu, i potrebno zauzeti otvoreni pristup bez ograničenja. Razmatrane su dve forme ove zamerke, a prva se tiče pitanja pogrešnog rešavanja političkih pitanja u napred, i u stvari predstavlja još jedan odgovor na dobro poznati Habermasov prigovor o nedemokratičnosti.

Mi nećemo ulaziti u sve detalje primera na kome Rols pokazuje neosnovanost ove zamerke, ali je uputno navesti na koji način se princip reciprociteta opet pokazuje kao ključan za razumevanje izvorne namere pri reformulisanju ideje javnog uma. Naime, on na primeru separacije crkve i države pokazuje kako principe koji zahtevaju takvo odvajanje mogu podržavati svi slobodni i jednaki građani koji uzimaju u obzir činjenicu razložnog pluralizma:

»Razlozi za odvajanje crkve od države su, između ostalog, sledeći: na taj način se religija štiti od države i država od religije, time se građani štite od svojih crkava, i međusobno jedni od drugih. Pogrešno je reći da je politički liberalizam

⁴⁹ Vidi: PLE, str. 471–474. Za razmatranje tzv. prokletstva novca vidi: PLE, str. 449.

individualistička politička koncepcija, jer je njegov cilj zaštita različitih interesa i sloboda, kolektivnih i individualnih. Isto tako je ozbiljna greška misliti da se crkva i država razdvajaju prvenstveno zbog zaštite sekularne kulture; naravno da štiti ovu kulturu, ali ne više nego što štiti sve religije.«⁵⁰

Ovde nije prikazano samo to na koji način svi građani mogu prihvatiti razdvajanje crkve od države, niti je to najbitnije, jer predstavlja samo primer. Ovaj navod nam pomaže da vidimo kako je Rols uključio dve religijske prirodno pravne koncepcije i jednu sekularnu hegelijansko-marksističku u porodicu liberalnih političkih koncepcija pravde zbog toga što sve podržavaju političke vrednosti. Rolsu je stalo i da pokaže kako je pravda kao pravičnost najrazložnija jer može u sebi da sadrži najširi raspon političkih razloga. Shodno tome, ne rešava se sadržaj političkih pitanja u napred, već se utvrđuje prikladna forma.

Druga forma prve zamerke se tiče suprotnog pitanja da li je javni um suviše restriktivan jer vodi ka nerešenom ishodu (*stand-off*) i nije uspešan u donošenju odluka u spornim pitanjima. Rols kaže da se u takvim slučajevima, koji nisu retki, pristupa glasanju u skladu sa poretkom političkih vrednost za koji građani veruju da je najrazložniji, te da ishod glasanja nije ni istinit ni ispravan, već legitiman. Rasuđivanje time nije završeno jednom za svagda, jer građani imaju pravo da i dalje iznose argumente u skladu sa javnim umom, tako da ideal javnog uma ne treba uvek da dovede do opšteg slaganja u gledištima, niti je pogrešno što to ne čini.⁵¹

Sledeća primedba se tiče navodnog preterano uskog određenja sadržaja javnog uma i predstavlja tvrdnju da se ne može izbeći izražavanje istinitog ili ispravnog, kako je određeno sveobuhvatnom doktrinom. Mi smo ovaj vid zamerke nazvali prigovor o nedostatku istine i doveli ga u jasnu vezu sa Habermasovom kritikom. Rols ovde ponavlja argumentaciju o zameni istinitog i ispravnog sa idejom politički razložnog iz »Odgovora Habermasu«, i dopunjuje je sa jasnijim određenjem prema klasnom položaju i klasnoj svesti, te razdvajanjem *nejavnog uma* naučnih udruženja i religijskih zajednica. Na primeru tomističkog, platonističkog ili marksističkog shvatanja o ljudskoj prirodi, koje omogućava da svi prihvataju istu vrstu razloga, Rols još jednom podvlači razliku između političke

⁵⁰ PLE, str. 476.

⁵¹ Vidi: PLE, str. 478–481. Smatramo da je u ovoj argumentaciji sadržan još jedan odgovor na Habermasove prigovore o preklapajućem konsenzusu: Prema njegovom tumačenju preklapajući konsenzus počiva na »privatnoj upotrebi uma sa javno-političkom namerom«, tako da Rolsovom konceptu tri vrste opravdanja nedostaje perspektiva nepristrasnog prosuđivanja i javne upotrebe uma u strogom smislu, koja ne bi zavisila od slučaja, već bi građanima bila dostupna od početka promišljanja. Vidi: Habermas, Jürgen: *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 2005; poglavlje 3.

konceptije koja izbegava takve »kanoničke« zahteve i sveobuhvatne doktrine koja ih sadrži.⁵²

Prema trećoj opštoj zamerki koju Rols razmatra, ideja javnog uma je nepotrebna u dobro uspostavljenoj ustavnoj demokratiji. Postavku ove primedbe tumačimo kao još jedno suprotstavljanje stava o demokratskoj proceduri, a Rols smatra da je ona u suštini sociološki manjkava. Bez privrženosti građana javnom umu i poštovanja dužnosti međusobnog uvažavanja se pojavljuju podele i neprijateljstva između doktrina, ako već ne postoje od ranije. U zaključku Rols dodatno elaborira izvore ovih podela i neprijateljstava, i utvrđuje kako postoje tri osnovne vrste konflikata. Prva vrsta proizlazi iz nepomirljivih sveobuhvatnih doktrina, a u *Političkom liberalizmu* su u najvećoj meri razmotrena pitanja njihovog razrešenja. Druga vrsta proizlazi iz razlika u statusu, klasnoj poziciji, profesiji ili iz etničkih, rodnih i rasnih razlika. Razmatranje ovih konflikata predstavlja ključni element marksističkih stanovišta, i njima se Rols nije opsežnije bavio u objavljenim delima pre polemike sa Habermasom. Sada on tvrdi da kada građani prihvataju razložne principe pravde, konflikti između političkih, ekonomskih i društvenih interesa ne moraju da se pojave, ili makar ne u tako snažnom obliku. Treća vrsta konflikata predstavlja granicu izmirenja putem javnog uma, i oni uvek postoje, jer proizlaze iz tereta rasuđivanja.⁵³

Kako onda razumeti promene u ideji javnog uma? Mi smo počeli sa različitim prigovorima prvobitnoj konceptiji, i videli ne samo kako se oni mogu podvesti pod Habermasovu opsežnu kritiku, već i da Rols u najvećoj meri otklanja bojazni o nedemokratskoj političkog liberalizma i pravde kao pravičnosti. Tri osnovne promene u *Političkom liberalizmu*, koje je Rols najavio, ali nije poživio da ih dovrši, opet možemo dovesti u jasnu vezu sa Habermasovim primedbama. Određenje odnosa javnog uma i političkog liberalizma prema velikim svetskim religijama je svakako donelo odgovor na pitanje religijskih razloga, ali je i jasnije postavilo razliku između političkog i sekularnog, odnosno odgovorilo na Habermasovo viđenje o superiornosti sekularnog stanovišta.

⁵² Vidi: PLE, str. 481–484. Treba primetiti da Rols i ovde pominje Sandelove argumente, ali da se veći deo odgovora odnosi na Habermasovu kritiku, posebno fusnote 86 i 91. Ovde je dat još jedan odgovor na primedbe o nužnosti istine (a) i nedoslednosti političkog liberalizma (b): a) Potrebna analogija između pojmova *istine i normativne ispravnosti* vodi ka novim pitanjima, tako da nije uspešna Rolsova strategija izbegavanja rasprava o značenju i valjanosti, logici i proceduri opravdanja; i b) Rolsova *Teorija pravde* prati jasnu Kantijansku strategiju, dok *Politički liberalizam* predstavlja prelaz na drugi okvir u kome je praktički um lišen svog moralnog jezgra i umanjen na puku razložnost koja zavisi od moralnih istina opravdanih na drugim mestima. Ostaci originalne konceptije se ne mogu uklopiti u trenutnu Rolsovu teoriju, jer se dva suprotstavljena programa opravdanja sukobljavaju. Vidi: Habermas, Jürgen: *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 2005; poglavlje 3.

⁵³ Vidi: PLE, str. 484–487.

Uvođenje ideje porodice razložnih liberalnih ideja političke pravde je jedna od najznačajnijih promena Rolsovom kasnijem opusu. Rols je zbog primedbe o paternalizmu uvažio mogućnost da i druge liberalne koncepcije mogu činiti osnovu preklapajućeg konsenzusa, te da pravda kao pravičnost ima manju ulogu kao jedna od takvih koncepcija.

VELJKO DUBLJEVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Business Economy
Educons, Sremska Kamenica

THE FORMULATION AND REFORMULATION OF RAWLS' IDEA OF PUBLIC REASON

Summary

This article is a short overview of different arguments criticizing the idea of public reason. The author stresses that different arguments in various critiques could be linked to the debate with Habermas, and that Rawls' reformulation of this idea for the most part answers Habermas' charges that political liberalism and justice as fairness are undemocratic. According to the author of the paper, the changes (that Rawls had announced and planned to work on, immediately prior to his death) in political liberalism are clearly correlated with Habermas' critical arguments. The author further explains that the shift in Rawls' position toward the claim that there is a family of reasonable liberal conceptions of justice acting as a basis for overlapping consensus is the result of Habermas' charges of paternalism. In the same tack, the author argues that the fact that Habermas cited feminist arguments to prove the superiority of his position ultimately motivated Rawls to state his approach toward issues of gender equality more clearly. The paper is concluded with the claim that the issue of priority of gender equality and the appeal of Marxist theories to the feminist movement convinced Rawls to include Habermas' discourse conception of legitimacy as an equal member of the family of liberal political conceptions of justice, although previously it was rejected as a comprehensive metaphysical doctrine with elements of unreasonableness.

SANJA ĐURĐIĆ

OVLAŠĆUJUĆA TEORIJA PRAVDE ROBERTA NOZIKA

Robert Nozik je bio, uz Džona Rolsa, jedan od najznačajnijih i najuticajnijih političkih filozofa XX veka, pogotovo u angloameričkoj tradiciji. Njegovo delo *Anarhija, država i utopija*, uz *Teoriju pravde* Džona Rolsa, predstavlja najdominantnije delo političke filozofije XX veka. Nozik je najznačajniji predstavnik, a *Anarhija, država i utopija* najuticajniji tekst modernog libertarijanizma¹. U njemu se zalaže za maksimalizaciju individualnih prava i minimalizaciju državnih funkcija. Odbranu libertarijanskog stanovišta utemeljuje na moralnim razlozima tvrdeći da je samo minimalna država moralno opravdana, dok svaka druga država ekstenzivnija od minimalne krši ljudska prava i zato je moralno nedopustiva i nelegitimna.

Nozik polazi od stanovišta da su prava čoveka prirodna i neotuđiva, i da ona nastaju nezavisno od društva i države tj. da ona prethode svakom društvu i državi. Naime, on ističe da ljudi uživaju prava još u prirodnom stanju koje prethodi državi. Sledeći Loka², prirodno stanje shvata kao »stanje savršene slobode« u kome »niko nema pravo da povredi drugoga, ugrozi njegov život, zdravlje, slobodu ili imovinu«³. Princip zabrane nasilja tj. ne-agresije, odnosno, nepovredivo-

Dr Sanja Đurđić, docent Fakulteta za pravne i poslovne studije, Novi Sad.

¹ Nozikovu libertarijansku teoriju dalje su razvijali i branili Lomasky i Machan. Upoređi, Lomasky, L.E.: *Persons, Rights and Moral Community*, New York, Oxford, 1987; Machan, T.: *Individuals and Their Rights*, La Salle, 1989.

² Vidi, Lok, Dž.: *Dve rasprave o vladi*, Beograd, 2002, 237.

³ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, Zagreb, 2003, 27.

sti individua i njihovih individualnih prava, ključni je politički princip libertarijanizma. Nozik se dosledno zalaže za njega. Polazeći od principa nepovredivosti individua i njihovih prava svoje delo započinje rečima: »Pojedinci imaju prava i postoje stvari koje im ni jedna osoba ili skupina ne sme učiniti (a da ne povredi njihova prava). Ta su prava tako čvrsta i dalekosežna da se postavlja pitanje šta država i njeni službenici smeju činiti, i mogu li uopšte išta činiti. Koliko prostora prava pojedinaca ostavljaju državi?«⁴ On, dakle, koncepciju individualnih prava smatra centralnom za političku teoriju. Nozikova koncepcija individualnih prava utemeljena je na shvatanju čovekove nepovredivosti. Naime, po njemu, pojedinci imaju prava koja ograničavaju načine na koje se sa njima može postupati bez njihove saglasnosti. Takva individualna prava ne trebaju doprinositi nekom višem dobru, već su ona dobro tj. cilj sama po sebi. Za Nozika su ova prava temeljna i trebaju se poštovati bez obzira na navodna dobra koja bi za društvo mogla proizaći iz njihovog kršenja. Pravednost društvene organizacije stoga se, po Noziku, ogleda u poštovanju osnovnih individualnih prava koja ograničavaju ono što se nekome može učiniti bez njegove saglasnosti, i ovlašćenja koja iz takvih prava proističu.

On insistira na prioritetu individualnih prava u odnosu na dobro u politici. U tom smislu, u potpunosti odbacuje poziciju da se ono što je pravo ili što neko treba ili bi trebao činiti može definisati u smislu proizvođenja dobra ili najvećeg dobra⁵. Kao i Rols⁶ kritikuje utilitarizam i njegovim osnovnim nedostatkom smatra cilj najveće ukupne sreće tj. najveće ravnoteže ukupnog zadovoljstva svih pojedinaca. Glavna Nozikova primedba utilitarizmu jeste njegovo ne vođenje računa o odvojenosti, posebnosti osoba i njihovih egzistencija. Usled toga, »utilitarizam ne uzima dovoljno u obzir prava i njihovo nekršenje; umesto toga im pridaje derivativan status«⁷. Kršenje individualnih prava ne može se, za Nozika, opravdati ni radi ostvarenja najvećeg društvenog dobra. Smatra da postoje samo pojedinci, njihove posebne egzistencije i individualna prava. Nema društvenog entiteta, niti bilo kakvih kolektivnih prava. Naime, država nema nikakvih izvornih prava već njena legitimna ovlašćenja predstavljaju samo zbir individualnih prava koja njeni građani prenose na nju. Za Nozika je karakteristično libertarijansko stanovište po kome prava originerno počivaju isključivo u individuama, a ni-

⁴ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 9.

⁵ Plant, R.: *Suvremena politička misao*, Zagreb, 2002, 156.

⁶ Za Rolsovu kritiku utilitarizma vidi, Rols, Dž.: *Teorija pravde*, Beograd, 1998, 37–63, 155–183; Rawls, J.: *Classical Utilitarianism*, u Scheffler, S. (ed.): *Consequentialism and Its Critics*, New York, 1988, 4–19.

⁷ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 51.

kada u grupama kao što su: nacije, rase, religije, kulture i sl. Samo individue imaju prava.

Individualna prava predstavljaju apsolutne granice onome što se može učiniti pojedincima, posebno od strane države. Dakle, individualna prava Nozick nameće kao dodatna ograničenja postupcima i delima koja se preduzimaju. To znači da je ponašanje ograničeno pravima drugih. Može se ići dotle dok se ponašanjem ne narušavaju tuđa prava. Na taj način, nepovredivost prava⁸, Nozick proglašava dodatnim ograničenjem delovanja. Nepovredivost individualnih prava kao dodatno ograničenje delovanja odraz je, po Noziku, Kantove druge formulacije kategoričkog imperativa⁹ da su pojedinci svrhe po sebi a nikada samo sredstva za svrhe drugih¹⁰, te da se ne smeju žrtvovati niti iskoristiti za postizanje drugih ciljeva bez njihove saglasnosti. Ovo stoga što, za Nozika, ne postoji nikakvo dobro izvan individualnog ljudskog života. Za pojedinca vrednost ima samo individualni život i u njemu se sastoji čovekovo dobro. Individualna prava kao granice delovanja artikulišu aktivnosti i ponašanje, sprečavajući korišćenje pojedinaca kao sredstava za ostvarenje tuđih ciljeva, dok dodatna ograničenja sprečavaju kršenje individualnih prava i garantuju njihovu nepovredivost. »Ta temeljna postavka da postoje različiti pojedinci s posebnim životima i da niko ne može biti žrtvovan za druge u pozadini je postojanja dodatnih moralnih ograničenja«¹¹. Dakle, dodatna moralna ograničenja utemeljena su na odvojenosti osoba i njihovih egzistencija, sa jedne, i nepovredivosti individua i njihovih prava, sa druge strane.

Pojedinci, prvenstveno, imaju pravo na život, slobodu i privatnu svojinu¹². Ova njihova prava su nepovrediva. Nozickova koncepcija nepovredivih prava ima tri osnovne karakteristike¹³. Najpre, individualna prava su negativna prava, ona su »prava na ne uplitanje«. Ovo stanovište posledica je njegovog opredeljenja za shvatanje slobode kao negativne slobode¹⁴ koje je karakteristično za libertarijani-

⁸ Za Nozickovu koncepciju nepovredivih prava uporedi, Wolff, J.: *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, 19–23; Scanlon, T.: *Nozick on Rights, Liberty and Property, Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, no. 1, 1976, 3–25; Fishkin, J.F.: *Tyranny and Legitimacy: A Critique of Political Theories*, Baltimore, 1979.

⁹ Vidi, Kant, I.: *Metafizika morala*, Novi Sad, 1993, 251.

¹⁰ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 54.

¹¹ Isto.

¹² Za kritičku analizu Nozickove koncepcije individualnih prava vidi, Scanlon, T.: *Nozick on Rights, Liberty and Property*, 3–25; Francis, L.P., Francis, J.G.: *Nozick's Theory of Rights: A Critical Assessment*, *Western Political Quarterly*, 39, 1975, 634.

¹³ Vidi, Wolff, J.: *Robert Nozick. Property, Justice, and the Minimal State*, 19–23.

¹⁴ O pojmu negativne slobode vidi, Berlin, I.: *Četiri ogleđa o slobodi*, Beograd, 1992, 204–214.

zam. Kao negativna prava, dodatna ograničenja zahtevaju uzdražavanje od činjenja kojim bi se povredila individualna prava nekog pojedinca, čak i ako bi takvo činjenje doprinosilo nekom društvenom dobru. To znači da niko, uključujući i državu, nema pravo prisiljavati pojedinca na bilo kakvu žrtvu zarad društvenog dobra. Država mora biti neutralna prema svojim građanima. Prema tome, Nozik individualna prava definiše kao pravo na slobodu od uplitanja sve dok se poštuje to isto pravo drugih pojedinaca. Individualna prava su negativna, jer počivaju na ne uplitanju drugih u sferu individualne autonomije, odnosno, na nepovredivosti individualne autonomije sve dok se poštuje autonomija drugih pojedinaca. Iz ovoga proizilazi i drugo obeležje Nozikove koncepcije nepovredivih individualnih prava. Individualna prava predstavljaju i bočna (postranična) ograničenja na postupke drugih pojedinaca. To znači da se u ostvarivanju svojih individualnih prava pojedinci moraju uzdržavati od eventualnog narušavanja prava drugih pojedinaca. Tuda prava predstavljaju granice za naše postupke. U Nozikovoj koncepciji individualna prava imaju još jedno obeležje koje se ogleda u njihovom prioritetu u odnosu na sve druge moralne razloge, kao što su društvena briga, korisnost, društveno dobro i sl.

Budući da su individualna prava toliko temeljna i ograničenja koja ona nameću delovanju drugih toliko snažna, sa njima je, prema Noziku, spojiva jedino minimalna država. Razlog za to nalazi u činjenici da je ona najekstenzivnija država koja je moralno opravdana, dok svaka druga, ekstenzivnija država krši individualna prava usled čega je neopravdana i neligitimna. Osnovnim funkcijama minimalne države smatra zaštitu prirodnih prava i obezbeđenje i sprovođenje pravednosti. Ograničena je na zaštitu od nasilja, prevare, krađe i nepoštovanja ugovora. Minimalna država je država koja se uzdržava od svakog pokušaja sprovođenja i osiguranja distributivne pravde¹⁵. Svaki oblik države koji nastoji ostvariti i obezbediti socijalnu pravdu nespojiv je sa individualnim pravima, obzirom da svaka redistribucija, po Noziku, predstavlja i uključuje kršenje individualnih prava¹⁶.

Mnogi autori se, polazeći od stava da minimalna država ne može sprovesti distributivnu pravdu, odnosno, pravednu raspodelu bogatstva i prihoda među svojim građanima, zalažu za državu ekstenzivniju od minimalne. Takvu ekstenzivniju državu ocenjuju opravdanom smatrajući je nužnom za realizaciju distributivne pravde. Međutim, Nozik kritikuje shvatanje distribucije kao mehanizma primene izvesnog kriterijuma ili načela podele određenog skupa (zalihe) dobara i odbacuje shvatanje o neophodnosti države koja će omogućiti pravednost raspo-

¹⁵ O Nozikovoj kritici distributivne pravde vidi, Kilcullen, J.: Robert Nozick: Against Distributive Justice, 264 *Modern Political Theory*, 1996.

¹⁶ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 225.

dele. Većinu savremenih teorija socijalne ili distributivne pravde¹⁷ smatra nespojivim sa principom nepovredivosti individualnih prava, budući da one podrazumevaju stalno uplitanje u sferu individualnih prava, kao i ograničavanje individualne autonomije. On polazi od stava da ne postoji nikakva centralna raspodela, »nikakav čovek ili grupa ljudi nema pravo da kontroliše sve resurse, niti da zajednički odlučuje o načinu njihove raspodele«¹⁸. Naprotiv, u slobodnom društvu različite osobe kontrolišu različite resurse. Sticanje predstavlja posledicu svesnih i dobrovoljnih razmena i aktivnosti. Na taj način je krajnji rezultat proizvod mnogobrojnih pojedinačnih odluka koje su individue ovlašćene donositi.

Većini teorija socijalne i distributivne pravde koje imaju za cilj poboljšanje položaja društveno hendikepiranih ili ugroženih Nozik prigovara da ne vode računa o nepovredivosti individualnih prava i da dovode do kršenja individualnih prava drugih pripadnika društva. Društveno hendikepirani (siromašni ili bolesni članovi zajednice) ne mogu polagati pravo na sredstva imućnijih pripadnika zajednice. Ukoliko imućniji nisu slobodno i dobrovoljno odlučili dati deo svojih sredstava članovima zajednice koji se nalaze u nepovoljnom položaju to bi, po Noziku, značilo namerno uplitanje u njihova individualna prava i njihovo kršenje. Državno nametnutu preraspodelu smatra ozbiljnim kršenjem ljudskih prava. Naime, socijalna i ekonomska prava, ograničena na državno nametnutu preraspodelu koja će ih omogućiti, krše načelo nepovredivosti ili negativna individualna prava koja podrazumevaju slobodu od spoljašnjeg mešanja, uplitanja. Ona zadiru u sferu individualne autonomije radi koje prava i postoje. Ekonomska i socijalna prava predstavljaju fundamentalno zadiranje u individualnu autonomiju i negativna individualna prava do te mere da ih Nozik ocenjuje kao dodeljivanje vlasničkih prava drugoj osobi. U tom smislu, poreski sistem redistributivne države kojim se nastoje obezbediti ekonomska i socijalna prava, za njega predstavlja prinudni rad¹⁹.

Nozikovo polazište jeste druga formulacija Kantovog kategoričkog imperativa²⁰ koji zahteva da se sa ljudima uvek postupa kao sa svrhama, a nikada kao sa sredstvima. Ljudska bića Nozik shvata kao racionalne agente snabdevene samosvešću, slobodnom voljom, sposobnošću formulisanja životnog plana, inherentnim dostojanstvom, koji ne mogu biti tretirani kao sredstva ili upotrebljeni

¹⁷ Za Nozikovu kritiku distributivne pravde uporedi, Wolff, J.: *Rights, Distributive Justice and the Minimal State*, u Wolff, J.: *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, Stanford, 1991; Kilcullen, J.: *Robert Nozick: Against Distributive Justice*, 264 *Modern Political Theory*, 1996.

¹⁸ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 201–202.

¹⁹ Isto, 226.

²⁰ Kant, I.: *Metafizika morala*, 251.

protiv njihove volje kao instrument ili sredstvo. Iz postupanja sa ljudskim bićima kao sa svrhama izvodi ideju samoposedovanja²¹. Ljudska bića smatra samo-vlasnicima (samo-posednicima). Ideja samoposedovanja nije originalna Nozikova ideja, već ona potiče iz političke filozofije Džona Loka²². Individue se shvataju kao svoji vlasnici, vlasnici svog tela, talenata i sposobnosti, kao i rezultata svoga rada, talenata i sposobnosti. Budući da su individue svrhe po sebi i da su samovlasnici oni, prema Noziku, imaju izvesna prava, prvenstveno pravo na život, slobodu i proizvode svoga rada. Pravo svojine ne obuhvata samo pravo ubiranja plodova, već privatnu svojinu konstituiše uz ovo pravo i pravo prisvajanja i raspolaganja. Kada je reč o samoposedovanju to je pravo koje određuje načine na koje se ostali mogu ponašati prema pojedincu, kao i kako se on ima ponašati prema drugima. Dakle, pravo samoposedovanja daje individui pravo da ograničava načine na koje se sa njom može postupati bez njene saglasnosti. To znači da ono isključuje mogućnost da se individua prinudi da protiv svoje volje radi za neku svrhu, makar ta svrha bila dobro druge individue. Pravo samoposedovanja individui daje ovlašćenje da sama odluči kada, na koji način i za koju svrhu će koristiti svoje telo i njegove potencijale. Pravo odluke je isključivo na individui samoj. Polazeći od stanovišta da su individue samovlasnici, da jedino same mogu odrediti svrhe svojih aktivnosti i da im se niko ne sme uplitati u sferu individualne autonomije, Nozik dolazi do zaključka da je poreski sistem redistributivne moderne države kojim se nastoje obezbediti različiti programi blagostanja, kao i sama država blagostanja, nelegitimna. Ovo stoga što država blagostanja (socijalna država) krši ljudska prava. Jednaka raspodela materijalnih resursa kao i bilo koja druga distribucija, kao što je raspodela prema potrebama ili sposobnostima, koja se zasniva na određenom modelu raspodele, zahtevala bi, prema Noziku, sistematsko uplitanje u tuđe živote i onemogućavanje slobodnog odlučivanja odraslih racionalnih individua. Činjenica da drugi namerno intervenišu i upliću se u sferu individualne autonomije, narušavajući pravo samoposedovanja individue, primoravajući je da protiv svoje volje deluje i radi za nametnute svrhe tj. tuđe dobro, čini, po njegovom mišljenju, poreski sistem »sistemom prinudnog rada«²³. Prisljavanjem individue na obavljanje određenog rada ili nenagrađenog rada narušava se pravo samoposedovanja individue budući da drugi umesto nje odlučuju šta će ona raditi i u koje svrhe. Taj proces kojim se individui oduzima pravo do-

²¹ Za prikaz i kritiku Nozikovog nastojanja da izvede samoposedovanje iz ideje postupanja sa ljudskim bićima kao svrhama vidi, Kymlicka, W.: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, 1990.

²² O Lokovom stanovištu po kome svaki čovek ima svojinu nad vlastitom ličnošću, kao i da su rad njegovog tela i dela njegovih ruku njegova nesumnjiva svojina vidi, Lok, Dž.: *Dve rasprave o vladi*, Beograd, 2002, 250–261.

²³ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 227.

nošenja odluke, te druge koji joj oduzimaju pravo odlučivanja čini njenim delimičnim vlasnikom – »to im daje vlasničko pravo nad njom«²⁴. Iz navedenih razloga, za većinu teorija distributivne i socijalne pravde, Nozik smatra da uvode i omogućavaju delimično vlasništvo drugih nad ljudima, njihovim delima i radom²⁵. Ukazuje da ove teorije, umesto samoposedovanja individua, afirmišu pojam (delimičnog) vlasničkog prava nad drugim ljudima. Ovo stoga što država blagostanja preko raznih programa i svog poreskog sistema, nastojeći da ostvari i omogući ekonomska i socijalna prava društveno hendikepiranih pripadnika zajednice, praktično primorava druge da rade za njih, čime oni postaju njihovi delimični vlasnici, budući da imaju delimična svojinska prava nad njima i proizvodima njihovog rada. Budući da iz ovoga proizilazi da je većina teorija socijalne i distributivne pravde inkonzistentna sa principom samoposedovanja individua, principom nepovredivosti individualnih prava i ne uplitanja u sferu individualne autonomije, Nozik formuliše svoju koncepciju pravednosti sticanja, koju naziva *ovlašćujuća teorija pravde*.²⁶

Jednim od osnovnih nedostataka većine teorija socijalne pravde smatra njihovo utemeljenje na određenom modelu raspodele, pri čemu je, po njima, raspodela dobara i usluga, koristi i tereta u društvu pravedna, ukoliko je ispunjen princip na kome model raspodele počiva (npr. u skladu sa potrebama, ili zaslugama i sl.). One postojeću raspodelu nastoje ustrojiti prema određenom modelu, a da pri tome ne vode računa kako je do te raspodele došlo, niti o načinima na koje su ljudi stekli svoje vlasništvo. Njih zanima samo pravednost konačnog stanja, i da bi raspodelu dobara i usluga uskladile sa modelom one ponekad uključuju i kršenje individualnih prava, ističe Nozik. Jedina teorija pravde koja je, po njemu, kompatibilna sa individualnim pravima i principom njihove nepovredivosti, jeste istorijska teorija, teorija koja gleda unazad, koja se ne bavi pitanjem da li je određena raspodela usklađena sa modelom, već razmatra pitanje na koji je način do raspodele došlo. U cilju utvrđivanja granice slobodnog individualnog delovanja, Nozik predlaže razlikovanje tri tipa teorija pravde. Prvi tip teorija nastoji formulisati ono što on naziva »načelima konačnog rezultata«. Neko načelo pripada ovoj klasi ako identifikuje poželjan oblik raspodele u društvu bez obzira na istoriju koja je prethodila i dovela do te raspodele. Jedno od takvih načela jeste »svakome jednak deo društvenog proizvoda«. U skladu sa ovim načelom, društvo je

²⁴ Isto, 230.

²⁵ Vidi, Ryan, C.C.: *Yours, Mine and Ours*, u Paul, J. (ed.): *Reading Nozick*, Oxford, 1982.

²⁶ O Nozikovoj ovlašćujućoj teoriji prava vidi, Davis, L.: *Comments on Nozick's Entitlement Theory*, *The Journal of Philosophy*, vol. 73, no. 21, 1976, 836–844; O'Neill, O.: *Nozick's Entitlements*, u Paul, J. (ed.): *Reading Nozick*, Oxford, 1982; Wolff, J.: *The Entitlement Theory of Justice*, u Wolff, J.: *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, Stanford, 1991.

pravedno ako u bilo koje vreme... svaki pojedinac poseduje istu količinu dobara kao bilo koji drugi pojedinac. Drugi tip teorije identifikuje ono što Nozik naziva »ustrojenim načelima«. Načelo je ustrojeno ukoliko specifikuje da će raspodela varirati u skladu sa nekom prirodnom dimenzijom... »svakom prema radu« jeste jedno od takvih načela, jer podrazumeva da raspodela društvenog proizvoda mora varirati u srazmeri sa uloženim trudom pojedinih članova društva. Treći tip teorije utvrđuje »istorijska načela«. Načelo je istorijsko ukoliko se njime tvrdi da pravednost raspodele ne zavisi od njenog oblika ili ustrojstva u određenom trenutku, već od toga kako je do nje došlo²⁷.

Takvom istorijskom teorijom pravde, kompatibilnom sa individualnim pravima i individualnom slobodom, Nozik smatra svoju koncepciju pravednosti sticanja koju naziva *ovlašćujuća teorija pravde*. Budući da pravednost sticanja obuhvata tri predmeta, njegova ovlašćujuća teorija pravde ima tri dela. Prvi je izvorno sticanje vlasništva, odnosno, apropijacija stvari koje nemaju vlasnika. Njega uređuje načelo pravednosti sticanja. Drugi predmet je prenos vlasništva sa jedne osobe na drugu, koji se bavi raznovrsnim pravnim osnovima (dobrovoljnim razmenama, ugovorom o poklonu, itd.), ali i prevarama i sl. Ovo uređuje načelo pravednosti prenosa. Samo osoba koja je vlasništvo stekla u skladu sa načelom pravednosti sticanja ima pravo na to vlasništvo. Takođe, samo osoba koja je vlasništvo stekla u saglasnosti sa načelom pravednosti prenosa od neke druge osobe koja ima pravo na to vlasništvo, ima pravo na to vlasništvo. Potpuno načelo distributivne pravde, prema Noziku, glasilo bi: »raspodela je pravedna ako svako ima pravo na vlasništvo čijim je vlasnikom prema toj raspodeli«²⁸. Raspodela je pravedna ukoliko proizilazi iz druge pravedne raspodele legitimnim sredstvima. Pri tome su legitimna sredstva prelaza sa jedne raspodele na drugu određena načelom pravednosti prenosa. Upravo ta legitimna sredstva prelaza, odnosno, načini promene određeni načelom pravednosti prenosa, održavaju pravednost, ukazuje Nozik. Ovo stoga što »sve što pravednim postupcima sledi iz pravedne situacije – pravedno je«²⁹. Naime, smatra se da ukoliko je »polazna tačka prirodno stanje u kome je postojeći raspored imovine pravedan i ako se od tada pa na dalje svi budu ponašali u skladu sa pravdom pri sticanju i transferu imovine«³⁰, tada će i sve kasnije konfiguracije biti pravedne. Pri tome se tvrdi da principi pravednog sticanja i prenosa imovine omogućavaju da se sačuva imovinska pravda iz transakcije u transakciju, u neograničenom vremenskom periodu³¹. Dakle, pra-

²⁷ Kiš, J.: *Predgovor. Libertarizam, u Savremena politička filozofija*, 25.

²⁸ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 204.

²⁹ Isto.

³⁰ Rols, Dž.: *Politički liberalizam*, Beograd, 1998, 305.

³¹ Isto.

vednost u sticanju je istorijska, budući da zavisi od toga šta se zapravo dogodilo. Međutim, pojava nepravdi moguća je jedino kao posledica namernog kršenja ovih načela, usled grešaka, neznanja u pogledu toga šta ova načela zahtevaju i sl. Zbog toga, Nozik uvodi i treći predmet, i određuje ga kao ispravljanje nepravdi u vlasništvu tj. u sticanju imovine. Ovaj predmet regulisan je načelom rektifikacije³², odnosno, načelom ispravljanja nepravdi. Ovo načelo se u ispravljanju nepravdi služi istorijskim podacima o prethodnim raspodelama, situacijama i naneitim nepravdama sve do sadašnjosti. Na osnovu raspoloživih informacija napraviće se najbolja procena o tome šta bi se dogodilo da se nepravda nije dogodila. »Ispostavi li se da opis postojećeg vlasništva nije ni jedan od opisa do kojih se došlo uz pomoć tog načela, u tom se slučaju jedan od dobijenih opisa mora ostvariti«³³. U slučaju da posle dugog perioda nepravde nedostaju značajne istorijske informacije i pod pretpostavkom da žrtve nepravde ne napreduju koliko bi u protivnom mogle napredovati i da će pripadnici najnepovlašćenije grupe u društvu (ili njihovi potomci) imati najveću verovatnost da postanu žrtve najozbiljnije nepravde, a kojima obeštećenje duguju oni koji su se tim nepravdama okoristili, Nozik smatra primerenim uvođenje sledećeg pravila prakse za ispravljanje nepravdi: »organizovati društvo tako da se maksimizira položaj one grupe koja završi na dnu društvene lestvice«³⁴.

Prema ovlašćujućoj teoriji pravde, vlasništvo neke osobe je pravedno ukoliko ona pravo vlasništva ima na osnovu načela pravednosti sticanja i prenosa, ili načela rektifikacije nepravdi. Ukoliko je vlasništvo svih pravedno, tada je i ukupni skup poseda pravedan, ističe Nozik. Stoga, svoju ovlašćujuću teoriju pravde ocenjuje kao istorijsku, budući da pravednost raspodele isključivo zavisi od toga kako se ona istorijski desila, odnosno, raspodelu smatra pravednom jedino ukoliko se ona sprovodi bez kršenja bilo čijih prava. Ukoliko je početna raspodela bila pravedna utoliko će i nova raspodela biti pravedna, iako neće biti u skladu sa istim ustrojstvom. Distributivna pravda je pitanje istorije, a ne ustrojstava, naglašava Nozik. Ono što proizilazi iz pravedne situacije pomoću pravednih postupaka i samo je pravedno.

Tvrđnju da je opravdana država ekstenzivnija od minimalne kao nužan i najprimereniji instrument za postizanje distributivne pravde, Nozik ocenjuje neosnovanom. Naime, uloga države nije sprovođenje načela socijalne pravde utemeljene na izvesnom modelu ili konačnom stanju po kome bi se vršila raspodela

³² O rektifikaciji u Nozikovoj minimalnoj državi vidi, Litan, R.E.: On Rectification in Nozick's Minimal State, *Political Theory*, vol. 5, no. 2, 1977, 233–246; Valls, A.: The Libertarian Case for Affirmative Action, *Social Theory and Practice*, vol. 25, 1999.

³³ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 206.

³⁴ Isto, 303.

dobara i usluga u društvu u skladu sa potrebama ili zaslugama. Ukoliko se pođe od načela pravednosti sticanja, a potom i prenosa dobara sa jedne osobe na drugu putem tržišne razmene, ili drugih dobrovoljnih aktivnosti koje su utemeljene na legitimnim pravima vlasništva i ovlašćenjima, dolazimo do toga da su takvi prenos, pokloni, kupoprodaje ili nasleđa, pravedni. Stoga je svaki pokušaj države da utiče na rezultat takvih slobodnih i dobrovoljnih razmena zasnovanih na legitimnim pravima inkompatibilan sa osnovnim individualnim pravima koja su izraz različitosti i odvojenosti egzistencija i nepovredivosti individua i njihovih prava. Prinudna državna preraspodela sredstava radi zadovoljenja određenih modela raspodele socijalne pravde i obezbeđenja socijalnih i ekonomskih prava, nespojiva je sa individualnim pravima, njihovom nepovredivošću i pravom samoposedovanja³⁵ individua. Zato siromašni nemaju nikakva prava na socijalne usluge ili na bilo koja posebna sredstva. Ipak, individue mogu same iz velikodušnosti, humanosti, altruizma ili filantropije, odlučiti da deo svojih sredstava koja sa pravom poseduju prenesu na društveno ugrožene pojedince. Međutim, to je stvar individualnog izbora i odluke, a nikako države. Za Nozika, uplitanje u individualna prava koja predstavljaju izvor nepovredivosti i narušavanje sfere individualne autonomije zbog određene koncepcije ljudskog dobra ili blagostanja³⁶, ne može biti osnovano. U njegovoj teoriji zahtevi za pravima imaju prioritet u odnosu na zahteve za dobrom. Stoga, ona negira da je zadatak države artikulisanje bilo kakve posebne koncepcije ljudskog dobra. Pogotovo što su ljudska dobra toliko raznolika da, po Noziku, ne postoji samo jedan način života ili jedna hijerarhija ljudskih dobara koja može zadovoljiti svu raznolikost onoga što je za ljude dobro. Iz navedenih razloga, on ostaje pri svom opredeljenju za minimalnu državu, neprihvatajući tvrdnju da je država ekstenzivnija od nje nužna za uspostavljanje i sprovođenje distributivne pravde. Polazeći od stanovišta pravednog sticanja vlasništva koje omogućuje nastanak svojine na ispravan i legitiman način, a potom i pravednosti prenosa, Nozik smatra da otpada svaki argument u korist ekstenzivnije države koji bi se zasnivao na distributivnoj pravdi³⁷. Opravdanje države ekstenzivnije od minimalne pozivajući se na to da je ona nužna ili najprimerenija za obezbeđenje distributivne pravde, po njemu, je potpuno neutemeljeno. Ovlašćujuća teorija pravde svojim načelima pravednosti sticanja, pravednosti prenosa vlasništva i načelom rektifikacije, u potpunosti omogućava uspostavljanje i

³⁵ O Nozikovoj ideji samoposedovanja i njenom odnosu sa slobodom i jednakošću vidi, Cohen, G.A.: *Self-Ownership, Freedom and Equality*, New York, Cambridge, 1995.

³⁶ Za Nozikov kritički odnos prema politici društvenog blagostanja vidi, Lund, B.: Robert Nozick and the Politics of Social Welfare, *Political Studies*, vol. 44 (1), 1996, 115–122.

³⁷ Nozick, R.: *Anarhija, država i utopija*, 302.

sprovođenje pravednosti u minimalnoj državi. Prema tome, nema nikakve potrebe za državom ekstenzivnijom od minimalne, zaključuje Nozik. Osim samo izuzetno, ukoliko su ranije nanete nepravde toliko velike da je neophodna ekstenzivnija država radi ispravljanja takvih nepravdi. Na ovoj osnovi ekstenzivnija država bi se mogla opravdati samo kratkoročno u cilju ispravljanja nepravdi iz prošlosti. Zato zauzima stav da »premda bi bilo preterano uvesti socijalizam kao kaznu za naše grehe, prošle nepravde mogu biti tako velike da bi potreba za njihovim ispravljanjem kratkoročno učinila nužnom ekstenzivniju državu«³⁸. Ne radi se o kontinuiranom ispravljanju nepravdi u svakoj generaciji, jer bi u tom slučaju ekstenzivnija država bila stalno prisutna. Naime, reč je o ispravljanju nepravdi jednom za uvek koje nastoji postići i približiti društvo početnoj poziciji u prošlosti, a nakon toga bi se priznavale samo specifične nepravde u sticanju i prenosu. Sama činjenica da bi za buduće generacije iz toga proizilazile izrazite nejednakosti u vlasništvu nije opravdanje za nastojanje da se te nejednakosti otklone i izravnavaju, osim ukoliko su direktan rezultat prethodnih nepravdi³⁹. Za Nozika je neutemeljeno svako uplitanje u individualna prava koja predstavljaju izvor nepovredivosti individua, kao i zadiranje u sferu individualne autonomije. Usled toga, mogućnost uvođenja države ekstenzivnije od minimalne koja zapravo podrazumeva kršenje ljudskih prava, dopušta samo izuzetno, radi ispravljanja velikih nepravdi iz prošlosti, mada i tada samo kratkoročno. Budući da je jedina država koja je kompatibilna sa individualnim pravima – minimalna država, jedino je ona moralno opravdana i legitimna, zaključuje Nozik. Stoga, u minimalnoj državi vidi najekstenzivniju državu koja se može opravdati.

³⁸ Isto, 303.

³⁹ Plant, R.: *Suvremena politička misao*, 169.

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty for Law and
Business Studies,
Novi Sad

THE THEORY OF JUSTICE OF ROBERT NOZICK

Summary

This paper is an analysis of the Robert Nozick's theory of justice. Robert Nozick was one of the most important and influential political philosophers of the twentieth century, especially in the Anglo-Saxon tradition. His book *Anarchy, State and Utopia* is the dominant work of political philosophy of that century. The author discusses Nozick's conception of individual rights and minimal state, especially considering Nozick's criticism of distributive justice. Nozick thinks that distributive justice violates the individual rights. Therefore, his theory of justice is not a distributive one. He believes that only a minimal state is compatible with individual rights. Minimal state is a state that does not implement distributive justice and therefore does not violates individual rights. For that reason, Nozick believes that only a minimal state is morally justified and legitimate.

MILOŠ ZDRAVKOVIĆ

FULEROVA UNUTRAŠNJA MORALNOST PRAVA I FINISOVA IDEJA VLADAVINE PRAVA

– Sličnosti i razlike –

U V O D

U drugoj polovini dvadesetog veka, u okviru jusnaturalističkog načina promišljanja o pravu, javile su se dve značajne teorije. Prva, čiji je tvorac Lon Fuller, predstavljala je značajan zaokret u odnosu na klasičnu koncepciju jusnaturalizma, dok je druga, razvijana od strane nekoliko teoretičara od kojih je najznačajniji Džon Finis, upravo bazirana na toj koncepciji. Ipak, i pored velikih razlika, između njih postoje i sličnosti koje ih opredeljuju da se zajedno nadju u okviru prirodnopravne teorije. Na ovom mestu biće ispitana jedna takva sličnost na primeru odnosa između Fulerove zamisli unutrašnje moralnosti prava i Finisove ideje o vladavini prava, ali pre toga će u najkraćem biti ocrtane glavne karakteristike ove dve teorije.

FULEROVA ZAMISAO UNUTRAŠNJE MORALNOSTI PRAVA

Da bi se najlakše opisala Fulerova zamisao prava, neophodno je povući razliku između dve vrste prirodnog prava. Naime, sam Fuller je smatrao da je korisno napraviti razliku između supstancijalnog, materijalnog prirodnog prava i

Mr Miloš Zdravković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

proceduralnog prirodnog prava.¹ Razlika između ove dve vrste prava ogleda se u tome što se proceduralno prirodno pravo bavi pitanjima institucionalne i proceduralne ispravnosti prava, dok se supstancijalno prirodno pravo bavi samim sadržajem prava u smislu glavnih ciljeva koje pravo želi ili treba da postigne. Proceduralno prirodno pravo ostaje nemo na pitanja poput opravdanosti smrtne kazne, eutanazije, abortusa ili progresivnog oporezivanja, sama sadržina pravnih pravila koja uređuju ta i, s pozicije supstancijalnog prirodnog prava, mnoga druga važna pitanja, nisu njen predmet. Ono što čini predmet proceduralnog prirodnog prava jeste unutrašnji, a ne spoljašnji kvalitet jednog pravnog poretka. Taj osobeni kvalitet, Fuller naziva unutrašnjom moralnošću prava.

Unutrašnja moralnost prava oličena je u osam uslova koje pravni poredak mora da ispuni da bi uopšte moglo da mu se prizna postojanje. Prvi uslov je opštost pravila, što će reći da se slučajevi rešavaju na osnovu opštih pravila, a ne *ad hoc*.² Obnarodovanje tih pravila koje ih čini dostupnim subjektima na koje se odnose predstavlja drugi uslov.³ Zabranjena retroaktivnost, tj. zahtev da se pravila odnose samo na buduće slučajeve je treći uslov⁴, dok su četvrti i peti uslov jasnost donetih pravila i zabrana da ona međusobno budu protivrečna.⁵ Šestim uslovom se zabranjuje propisivanje takvih ponašanja koje je nemoguće poštovati, dok se sedmim zahteva stalnost zakona u vremenu.⁶ Konačno, osmi uslov predviđa podudarnost između prava kakvo je objavljeno i onakvog kakvo se stvarno primenjuje.⁷ Kako sam Fuller kaže, ako pravni poredak pretrpi potpuni neuspeh u bilo kojem od ovih osam zahteva, on ne postaje manje pravan u kvalitativnom smislu, već se prestaje da bude pravni poredak. S druge strane, teško je zamisliti pravni poredak u kojem su svi navedeni uslovi potpuno ostvareni. Takvo ostvarenje ometaju razlozi antinomije u okviru same unutrašnje moralnosti prava, npr. kada se od prava zahteva stalnost, a brze promene u društvu, poput inflacije, zahtevaju brze promene pravnih pravila. Takođe, ponekad se mora odstupiti od unutrašnje moralnosti u cilju ostvarenja pravednih ciljeva, npr. u slučaju retroaktivnog oporezivanja ratnih profitera.⁸

¹ Lon L. Fuller, »Moralnost prava«, prevela Silva Mitrović, Beograd, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije, 2001, str. 120.

² Ibidem 63–66.

³ Ibidem 67–69.

⁴ Ibidem 69–80.

⁵ Ibidem 80–87.

⁶ Ibidem 87–98.

⁷ Ibidem 98–109.

⁸ Kod nas je 2001. god. donet Zakon o porezu na ekstraprofit, ali ovaj zakon nikada nije doživeo ozbiljnu primenu.

Fuler smatra da iako svojom idejom o unutrašnjoj moralnosti prava, ne govori gotovo ništa o tome kako određeni problemi u društvu treba da se rešavaju, odnosno kakva treba da bude sadržina pravnih pravila, ona ipak ima svoje ishodište u dugoj tradiciji prirodnopravne misli. Dakle, sem spoljašnje moralnosti koja je bila preokupacija većine jusnaturalista, pravo treba da poseduje i unutrašnju moralnost, kao neophodan uslov. Drugim rečima, načela unutrašnje moralnosti prava pravo čine mogućnim. Ovih osam uslova mogu se činiti kao potpuno etički neutralni, bar po pitanju spoljašnjih ciljeva prava. Ipak, kako to Fuler kaže, »pravo je preduslov dobrog prava«,⁹ što znači da zahtevi unutrašnje moralnosti prava po sebi ne mogu da obezbede pravedan poredak, ali zato mogu da obezbede osnov na kojem će on biti građen.¹⁰ Ona su nužan, mada ne i dovoljan uslov za ostvarenje ispravnog poretka.

FINISOVA IDEJA VLADAVINE PRAVA

Za razliku od Fulera, Finis se u okviru svoje teorije u najvećoj meri bavi supstancijalnim ciljevima prava. Njegova glavna preokupacija je odgovor na pitanje kako pravni poredak može da dosegne ili bar da se približi idealu pravednosti. Oslonjen na klasičnu tradiciju jusnaturalizma, a pogotovo na tradiciju njegove katoličke varijante, Finis razvija svoju supstancijalnu teoriju prirodnog prava. Pa iako se osnovi njegove teorije nalaze u viševjekovnoj prirodnopravnoj tradiciji, Finis unekoliko odstupa od nje, pokušavajući da je osavremeni i tako odbije prigovore koji su joj argumentovano upućivani od strane predstavnika pozitivističke škole.

U tom pokušaju, Finis je razvio svoju moralnu teoriju na osnovu koje je dalje gradio pravnu teoriju. Suštinu moralne teorije čini teza da postoje osnovna ljudska dobra i da ta dobra predstavljaju vrednosti kojima ljudi treba da teže zbog

⁹ Lon Fuller, *Op. cit.*, str. 176.

¹⁰ Fuller na jedan zanimljiv način pravi slikovitu paralelu između svoje zamisli unutrašnje moralnosti prava i graditeljstva te kaže: »Ono što sam ja pokušao da uradim, jeste to da razlučim i izrazim prirodne zakone posebne vrste ljudskog poduhvata, koji sam opisao kao 'poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila'. Ovi prirodni zakoni nemaju ničeg zajedničkog sa bilo kakvom 'nebeski nadvišenom sveprisutnošću'. Oni takođe nemaju ni najmanje srodnosti sa bilo kakvim stavom da upražnjavanje kontracepcije predstavlja prekršaj Božjeg zakona. Oni su potpuno zemaljski po svom poreklu i primeni. Oni ne predstavljaju ni 'više' zakone; ako je uopšte uputna nekakva metafora o uzvišenosti, tad ih treba nazivati 'nižim' zakonima. Oni nalikuju prirodnim zakonima stolarstva ili, bar, onim zakonima koje poštuje stolar, koji želi da kuća koju gradi bude postojana i da služi svrsi onima koji u njoj žive«. *Ibidem*, str. 114.

samih tih vrednosti. On navodi sedam osnovnih dobara: Život (i zdravlje), znanje, igra, estetsko iskustvo, društvenost (prijateljstvo), praktična razboritost i religija.¹¹ Kako nije moguće jednako participirati u svih sedam osnovnih dobara, Finis uvodi devet načela praktične razboritosti koja treba da ukažu kako čovek treba da se opredeljuje među osnovnim vrednostima, tj. kako da postupa moralno. Jedno od njih je načelo opšteg dobra. Čovek, kao biće zajednice, svoju moralnost može da ostvari samo u zajednici, te ovo načelo ukazuje kako odnosi u zajednici treba da budu uređeni da bi se postiglo opšte dobro.

Finis smatra da je za ostvarenje opšteg dobra u zajednici neophodan pravedan pravni poredak, jer je pravo najvažniji mehanizam regulisanja međuljudskih odnosa. Bez efikasnog pravnog poretka koji treba da obezbedi pravdu u okviru društvene zajednice, nije moguće zamisliti kako pojedinci mogu da se ostvare kao moralna bića. Dakle, pravni poredak treba da ispuni određene karakteristike da bi mogao da ostvari zajedničko dobro. Ispred pravednosti kao krajnjeg cilja, potrebna je osnova na kojoj će se ona nalaziti, a tu osnovu Finis identifikuje u vladavini prava. Na tom mestu dolazi do susticanja dve različite koncepcije prirodnog prava – proceduralne i supstancijalne.

Finis se, razvijajući ideju vladavine prava, poslužio Fulerovom koncepcijom unutrašnje moralnosti prava,¹² ali se nije zadržao samo na nivou proceduralne valjanosti prava. Naime, Finis je izvršio preuzimanje i inkorporiranje unutrašnje moralnosti u ideju vladavine prava radi postavljanja čvrste osnove na kojoj treba da leži njegova ideja o ispravnom pravu i ciljevima koje ono treba da ostvari. U njegovom najznačajnijem delu »Natural Law and Natural Rights«, nastalom petnaestak godina posle Fulerove »Morality of Law«, srazmerno je malo prostora posvećeno vladavini prava. Razlog tome je prosto upućivanje čitaoca na Fulerov rad, a Finis se zadovoljio time da osnaži odbranu unutrašnje moralnosti prava od napada pozitivista i da joj d posebno mesto u okviru sopstvene teorije. Na ovom

¹¹ John Finnis, »Natural Law and Natural Rights«, Oxford, Clarendon Press, 1980, strana 62–89.

¹² Prema Finisu, pravni poredak oličava vladavinu prava u onoj meri u kojoj ispunjava svaki od sledećih uslova: 1) Pravila pravnog poretka treba da važe prospektivno, a ne retroaktivno; 2) Pravna pravila treba da budu takva da ih adresati mogu poštovati; 3) Pravna pravila treba da budu promulgovana; 4) Moraju biti jasna, i 5) Međusobno koherentna; 6) Pravila pravnog poretka treba da budu dovoljno postojana da dopuštaju ljudima da budu vođeni svojim saznanjem tih pravila; 7) Donošenje dekreta i naredbi, koji se primenjuju na relativno ograničene situacije, treba da bude rukovođeno pravilima koja su obnarodovana, jasna, postojana i relativno opšta; 8) Oni ljudi koji su kao službena lica vlasni da donose, izvršavaju i primenjuju ova pravila (a) odgovorni su za njihovu saobraznost pravilima koja se primenjuju na njihove radnje i (b) zaista dosledno izvršavaju zakon u skladu s njegovim smislom. Kao što se vidi, Finisova lista uslova jedva da se razlikuje od Fulerove. Ibidem, str. 270–271.

mestu se neće analizirati redom svih osam uslova koje je Fuller pretpostavio¹³ već će se samo dati nekoliko napomena o opštoj vrednosti vladavine prava.

Finis je preuzimajući Fulerovu postavku o unutrašnjoj moralnosti prava, želeo da odgovori na pitanje kakav je odnos između prava,¹⁴ s jedne, i zahteva pravde i zajedničkog, opšteg dobra, s druge strane. Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, odnosno pružio bar deo odgovora, neophodno je ispitati uslove pod kojima se za jedan pravni poredak razumno može reći da funkcioniše na valjan način. Finis, koristeći termin vladavina prava, kaže da se tim terminom može označiti onaj pravni poredak koji ispunjava zahteve pravde i zajedničkog dobra. Drugim rečima, sa pozicije supstancijalnog prirodnog prava, nije dovoljno vrednosno analizirati sadržaj pravnih pravila u smislu ciljeva koje pravo treba da ostvari, već, takođe, ispitati da li i u kolikoj meri taj poredak stvarno funkcioniše, koliko je on efikasan. Bez obzira na sadržaj pravnih pravila, ako se ona ne ostvaruju na valjan način, ne može se govoriti o ispravnom pravnom poretku.

Tu efikasnost Finis prepoznaje u osam uslova koje je Fuller naveo. No, poput Fulera, on u ispunjenju tih osam uslova ne vidi samo stvarni okvir za funkcionisanje bilo kakvog prava, već smatra da i zahtevi vladavine prava imaju vrednost po sebi, da se već njihovim ostvarenjem prepoznaje određeni moralni kvalitet prava. Obojica u vezi s ovim pitanjem daju sličnu argumentaciju, jer smatraju da nijedno od navedenih osam obeležja ne predstavlja samo puki zahtev, već podrazumeva određene kvalitete institucija i procesnih jemstava.¹⁵ Na primer, promulgacija se ne postiže u potpunosti samo štampanjem mnoštva dostupnih službenih prepisa, odluka, obrazaca ili precedenata. Ona, pored navedenog, takođe podrazumeva postojanje profesionalnog staleža pravnika koji su osposobljeni da razumeju pravne propise i da ih, bez većih teškoća i troškova, razjasne svakom zainteresovanom subjektu. Ili, koherentnost ne podrazumeva jedino budnu logiku zakonodavca kada on sastavlja zakone, već i sposobno sud-

¹³ O tome vidi Kosta Čavoški, »Uvod u pravo I«, Beograd, Draganić, 1996. i Dejan Dević, »Kritika Fulerovog shvatanja prirodnog prava«, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu : Službeni glasnik, 2007, str. 139–168. To je inače kod nas jedino, ali odlično delo monografskog karaktera o Fulleru.

¹⁴ Finis smatra da pravni poredak ima pet glavnih karakteristika: 1) pravni poredak sam reguliše sopstveno stvaranje, te pravo, formalno posmatrano, čini jednu autonomnu pojavu; 2) jednom stvoreno pravilo ostaje važeće sve dok se njegovo važenje ne okonča uslovima sadržanim u samom tom pravilu, posebnim pravilom o poništavanju ili novim pravilom koje reguliše isti odnos; 3) adresati mogu da regulišu svoje odnose u okvirima koje pravo dozvoljava; 4) pravna pravila uvek imaju atribut autoritativnosti bez obzira kada su doneta; i 5) pravo pretpostavlja da je svaki odnos u svakom pogledu regulisan nekim pravilom ranije donetim (potpunost pravnog poretka). John Finnis, Op. cit., str. 267–269.

¹⁵ Vidi Kosta Čavoški, »Pravo kao umeće slobode: Oglad o vladavini prava«, Beograd, Službeni glasnik, 2005, str. 117. i dalje.

stvo koje je ovlašćeno i voljno da ponekad ide izvan formula zakona koji se preplicu ili sukobljavaju, da bi se uspostavio poseban, a ako je neophodno, i novi sklad kojeg će se pridržavati kada u budućnosti relativno slični slučajevi dospeju na rešavanje. Takođe, i uslov koherentnosti pravnih pravila može biti izigran ako sudovi stalno prihvataju nova tumačenja jednog istog zakona.¹⁶ Ističući značaj sudstva, pored uloge zakonodavca, Finis unapređuje Fulerovu argumentaciju po ovom pitanju te tvrdi da se vladavina prava, kao poseban kvalitet pravnog poretka, može očuvati samo od strane sposobnog sudstva koje je uvek spremno da postupa u skladu s zakonom. Vladavina prava predstavlja vrlinu ljudskog zajedništva jer obezbeđuje garancije protiv nepredvidivosti i zloupotrebe prava u cilju ličnih i, uopšte, onih interesa koji nisu u skladu s opštim od strane lica koja vrše vlast. Adresati poseduju lično dostojanstvo jedino ako nisu prisiljeni da se ponašaju po naredbama samovoljne vlasti. Kao takva, prema Finisu, vladavina prava spada među zahteve pravde i pravičnosti,¹⁷ dok Fuller već nazivom unutrašnja moralnost prava sugerise tvrdnu vezu između morala i ovakvog ostvarenja pravnog poretka. No, postavlja se pitanje da li je ona dovoljna da obezbedi opšte dobro u zajednici.

POZITIVISTIČKA KRITIKA

Fulerova zamisao unutrašnje moralnosti prava bila je žestoko napadnuta od strane mnogih pozitivista,¹⁸ pogotovo od predstavnika konceptualne analize prava, koji su tvrdili da vladavina prava može jednako da služi i nepravednim ciljevima¹⁹ baš kao i pravednim. Džozef Raz je u tom smislu dao jedno poređenje između oštrog noža i prava: nož, ako je naoštren, može da posluži u različite svrhe – njime se mogu vršiti hirurški zahvati, ali se i drugome oduzeti život. Isto tako i pravo može, poput oštrog noža, biti u službi ne samo moralnog dobra nego i zla.²⁰

¹⁶ John Finnis, Op. cit., str. 270–271.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Vidi Herbert Hart, »Fuler's The Morality of Law«, Harvard Law Review, 78 (1965), str. 1281–1296. Inače ova dva teoretičara su vodila izuzetno dugu i plodnu polemiku i, uopšte, raspravu između pozitivista i Fullera karakterisala je velika žestina. Ovde će se u najkraćem pomenuti samo dva detalja iz te duge polemike.

¹⁹ Vidi Robert P. George, »In defence of Natural Law«, Oxford, Oxford University Press, 1999, str. 113–114.

²⁰ Joseph Raz, »The Rule of Law and Its Virtue«, Law Quarterly Review, 93 (1977), str. 208.

Sam Fuller nije sproveo ozbiljniji pokušaj da objasni kojim ciljevima pravo stremi. Njegova argumentacija, koja logički nije sasvim utemeljena, bazira se činjenici da u istoriji ne postoji nijedan tiranin koji je konzistentno vladao na osnovu prava. U tom smislu, Fuller navodi jedan istorijski primer iz nacističke Nemačke gde su Jevreji, vlasnici radnji, morali da istaknu natpis u izlogu: »Jevrejska radnja«, iako nikada nije donet zakon koji bi to nalagao. U stvari, nacistička vlast je bila svesna činjenice, a većina građana nemačke nacionalnosti je i sama to prihvatila kao argument, da u očima stranih vlada ne bi bilo sasvim zgodno da se ovakav zahtev prema Jevrejima formalizuje posebnim zakonom. Cela stvar je izgledala tako da su aktivisti Naci-partije, tamo gde su smatrali da je potrebno, upućivali »molbu« vlasniku radnje da istakne natpis. Za vreme većeg priliva stranaca, npr. za vreme trgovačkih i drugih sajмова, aktivisti bi opet uputili »molbu« vlasnicima da takve natpise skinu. U Berlinu, gde je koncentracija stranaca uvek bila velika, vlasnici radnji jevrejskog porekla nisu, iz navedenih razloga, isticali natpis, već su, opet na »sugestiju« partijskih članova, farbali okvire svojih izloga drugačijom bojom nego ostali trgovci. Nemci su na taj način mogli da prepoznaju nacionalnost vlasnika radnje, a da pravilo o tome nikada nije zvanično doneto.²¹ Naravno, istorijska činjenica da ne postoji tiranski režim koji je dosledno sledio zakonitost ne odbija u svemu pozitivistički argument da unutrašnja moralnost može jednako služiti i nepravednim ciljevima.

Na ovom mestu Finis je ojačao Fullerovu argumentaciju. Prvo, smatrao je da pozitivisti nisu do kraja hteli da prihvate faktičku činjenicu da vladavina prava ne karakteriše tiranije. Drugo, za razliku od Fullera, Finis se, u duhu Platonovog razmišljanja,²² pozabavio krajnjim ciljem kojem vladavina prava može da teži. Kako se postavilo pitanje da li vladavina prava može da služi i tiranima, Finis je ponudio sledeći odgovor – »Tiranin koji je posvećen pogubnim ciljevima nema samodovoljni razlog da podredi sebe disciplini konzistentnog delovanja poštujući zahtevne procese prava, pod uslovom da je racionalna svrha takve samodisciplinane istinska vrednost reciprociteta, pravičnosti i poštovanja lica koje tiranin *ex hypotesi* prezire«. ²³ Ovde Finis ima na umu tri vrste tiranskih režima: 1) Eksploa-

²¹ Lon Fuller, Op cit., str. 176. U tom smislu treba reći da je navedeni primer može da posluži i Fullerovoj percepciji nacističkog režima za koji je smatrao da je ozbiljno odstupao od načela unutrašnje moralnosti prava, npr. da se veliki broj zakona objavljivao, ali da neki, često oni najvažniji, nisu. Ili, da su zakoni načelno važili prospektivno, ali da je vlast mogla po sopstvenoj potrebi da donosi zakone sa retroaktivnom snagom. Ovo je navelo Fullera da zaključi da iako nijedan od osam uslova unutrašnje moralnosti prava nije bio do kraja poštovan da, s druge strane, nijedan nije bio potpuno pregažen, te da se ne može govoriti o nepostojanju nacističkog prava, već o njegovom izopačenju. Lon Fuller, Ibidem, str. 56–58.

²² Platon, »Državnik«, preveo Veljko Gortan, Beograd, Plato, 2000, 291a–303d.

²³ John Finnis, Ibidem, str. 273.

tatorski – gde nosioci državne vlasti ostvaruju jedino svoje interese, zanemarujući, u većoj ili manjoj meri, interese ostalih ljudi (npr. kolonijalni režimi); 2) Ideološki – gde vladajuća nomenklatura teži da ostvari ciljeve za koje smatra da su poželjni za celu zajednicu, ali te ciljeve ostvaruje na fanatičan način, previđajući ostale aspekte ljudskog dobra u zajednici i čak ne prezajući da ih otvoreno gazi zarad »viših ciljeva« (npr. boljševički režim u sovjetskoj Rusiji); 3) Mešoviti – koji se nalaze negde između eksploatatorskih i ideoloških režima kakav je, na primer, bio nacistički režim u Nemačkoj ili fašistički u Italiji. Nijedan od ova tri tipa tiranije »ne nalazi u svojim ciljevima ikakav razlog (osim taktičke ili fasadne) disciplinama legaliteta«. ²⁴ Finis ne smatra da vladavina prava predstavlja samo sredstvo koje se može upotrebiti u različite ciljeve. Ona nije samo instrument, već ima vrednost po sebi, koja se prvenstveno ogleda u određenoj interakciji između onih koji vrše vlast i onih kojima se vlada, uključujući recipročnost i proceduralnu pravičnost. Privrženost vladavini prava, a pogotovo njenom osmom zahtevu (vidi f. 12), uvek može da redukuje kapacitet zle vlasti da vrši zlo, s obzirom da vladavina prava ograničava njenu slobodu manevara. ²⁵

Druga vrsta napada koja je došla od strane predstavnika pozitivizma, zasnila se na tome da nema ničeg moralnog u karakteristikama funkcionalnog pravnog poretka. Zapravo, pozitivisti su smatrali da je Fuller neopravdano povezao efikasnost pravnog poretka s njegovom moralnošću. ²⁶

U tom smislu, Fulera napada i Ronald Dworkin, smatrajući da ispunjenje osam uslova koje Fuller navodi, jeste važno za stvaranje prava, jednako kao i za njegovu primenu, ali da nema opravdanja proglašavati ispunjenje tih uslova unutrašnjom moralnošću prava. ²⁷

Fuller je branio svoje pozicije pozivanjem da je unutrašnja moralnost prava indiferentna prema mnogim etičkim pitanjima, ali da ona ne može biti neutralna

²⁴ Ibidem, str. 274.

²⁵ *Loc. cit.* Finis ne isključuje mogućnost da ideje vladavine prava mogu biti obezvređene od strane onih koji zloupotrebom zakonskih formi pokušavaju da osvoje ili zadrže vlast, ali da vrednost vladavine prava leži, između ostalog, i u tome da ti pokušaji ne mogu biti tako efikasni kao kada se vladavina prava izmakne. Ali, prema Finisu, postoje i vrlo ozbiljne situacije u kojima zahtevi zajedničkog dobra, zahtevi koje u velikoj meri obezbeđuje vladavina prava, mogu biti ispunjeni jedino ako se odstupi od ustava i zakona. U ovim retkim situacijama mora se u interesu zajedničkog dobra odstupiti od ustavnih i zakonskih rešenja koja, iako delotvorna u normalnim situacijama, nisu adekvatna u vanrednim okolnostima. Finis argumentuje da ustav nije suicidalni akt, i da je u takvim situacijama kada je smo zajedničko dobro ugroženo i kada vladavina prava nije sposobna da ga zaštiti, potrebna izuzetna odgovornost i najodmerenija praktična razboritost koju Finis naziva državištvom od strane lica koja vrše vlast. Ibidem, str. 275–276.

²⁶ Vidi Herbert Hart, *Op. cit.*, str. 1285–1286.

²⁷ Ronald Dworkin, »Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor's Fuller Claim«, *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965), str. 669.

u svom gledištu prema samom čoveku.²⁸ Naime, unutrašnja moralnost predstavlja okvir u kojem čovek na koga se odnose pravna pravila može da ih sazna i da svojevoljno odluči da li će da ih poštuje. Kako to Fuller kaže: »Upustiti se u poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila nužno uključuje privrženost gledištu da je čovek ili da može da postane odgovoran subjekt koji je sposoban da shvati i poštuje pravila i koji je odgovoran za svoje postupke«. ²⁹ On smatra da odstupanje od unutrašnje moralnosti prava čoveku osporava mogućnost samoodređenja i time na najgrublji način vređa njegovo dostojanstvo, jer tamo gde se zakoni ne objavljuju ili imaju povratnu snagu, tu se više ne može govoriti o čoveku kao odgovornom subjektu.³⁰ To znači da iako zahtevi unutrašnje moralnosti prava ne govore mnogo o supstancijelnim ciljevima prava, ne znači da im se mora osporiti veza s moralom. U poretku gde su ti uslovi ispunjeni, čovek ima mogućnost sopstvenog određenja i njemu se, bar u nekoj meri, garantuje dostojanstvo. To po sebi podrazumeva da unutrašnja moralnost prava, već uvažavanjem ljudskog dostojanstva, ima značajnu vezu i ishodište u moralu.³¹

DA LI JE UNUTRAŠNJA MORALNOST PRAVA IZRAZ IDEJE O VLADAVINI PRAVA

Sada treba ispitati da li se unutrašnja moralnost prava, onako kako je ta ideja razvijena od strane Lona Fullera, može izjednačiti sa idejom o vladavini prava. Mnogi savremeni pravni teoretičari su Fullerovu osobenu zamisao prava nazivali vladavinom prava.³² Kako je Džon Finis, kao najuticajniji predstavnik jusnaturalizma u anglosaksonskom svetu, potpuno preuzeo Fullerovu ideju o unutrašnjoj moralnosti prava u svoj koncept vladavine prava, čini se da se na ovo pitanje najadekvatnije može odgovoriti analizom sličnosti i razlika u njihovim teorijskim postavkama ovog pitanja.

Kako je već rečeno, Finis je argumentovao protiv pozitivističkih kritika upućenih Fulleru, gde smatra da vladavina prava ima suštinski iste karakteristike kao i unutrašnja moralnost prava: moralnu utemeljenost, proceduralnost i spisak

²⁸ Lon Fuller, *Op. cit.*, str. 181.

²⁹ *Loc. Cit.*

³⁰ *Ibidem*, str. 182.

³¹ Slično i kod Finisa, *Op.cit.*, str. 270–271. Prema njemu, vladavina prava, omogućavajući ljudima izvesnost i sigurnost da stvaraju trajni identitet tokom čitavog života, predstavlja osnovnu vrednost predvidljivosti kao neophodnu za ispravno ostvarivanje pet glavnih formalnih karakteristika pravnog poretka (vidi f. 14).

³² Npr. Robert George, Joseph Raz, *itd.*

poželjnosti.³³ Ipak, najvažnija sličnost, ako ne i identičnost, ogleda se u Finisovom stavu da se vladavina prava može ostvariti u onolikoj meri uolikoj se ostvaruje svaki od osam uslova unutrašnje moralnosti prava. No, ovo ništa ne govori o eventualnim razlikama između Fulera i Finisa. Da bi se te razlike uočile, neophodno je podsetiti da suština vladavine prava prava podrazumeva ograničavanje vlasti pravom, a radi obezbeđivanja ljudskih sloboda i prava. Štaviše, tradicija ove duge ideje nastale u anglosaksonskom sistemu, podrazumeva jednaku važnost institucija kako zakonodavne, tako i sudske vlasti. Ideja vladavine prava se ne ostvaruje samo poštovanjem osam uslova unutrašnje moralnosti prava koja obezbeđuju izvesna svojstva zakona kao najvažnijih akata zakonodavne vlasti. Pored njih, Finis u skladu s tradicionalnim shvatanjem ove ideje i što po istorijskom iskustvu predstavlja karakteristike vladavine prava, ovim uslovima dodaje i nezavisnost sudstva, otvorenost sudskog postupka, ovlašćenje viših sudova da preispituju postupke i odluke nižih, sudsku kontrolu uprave, kao i pristupačnost sudova svima, bez obzira na njihovo ekonomsko stanje.³⁴

Fuler ipak znatno uže sagledava unutrašnju moralnost prava. Za njega je to prvenstveno način kako da se obezbedi valjani zakonodavni proces, dokle ulogu sudstva direktno pominje samo u poslednjem uslovu. Finis, koji je skoro u potpunosti preuzeo Fulerovu listu, poslednji uslov nešto šire postavlja te kaže – »Oni ljudi koji su kao službena lica vlasni da donose, izvršavaju i primenjuju ova pravila (a) odgovorni su za njihovu saobraznost pravilima koja se primenjuju na njihove radnje i (b) zaista dosledno izvršavaju zakon u skladu s njegovim smislom«. ³⁵

Već prema ovoj značajnoj razlici bi se moglo reći da unutrašnja moralnost prava nije isto što i vladavina prava, preciznije, da vladavina prava ima širi opseg, te da se unutrašnja moralnost javlja kao uži deo vladavine prava. Međutim, moguća su i drugačija sagledavanja. Posmatrano u širem kontekstu, može se pretpostaviti da je Fuller obrađivao zakonodavni proces samo kao jedan od pravnih procesa, ali da je za njega zakonodavni proces paradigmatičan u odnosu na ostale. To bi značilo da je Fuller unutrašnju moralnost prepoznavao ne samo u zakonodavnom procesu, nego i u drugim procesima, što bi poslužilo kao osnova za tvrdnju da su unutrašnja moralnost prava i vladavina prava u stvari sinonimi.³⁶ Izgleda ipak da bi ovo bilo preterano. Prvo, sam Fuller je bio ograničen na zakonodavni proces, sem u osmom uslovu gde izričito govori i o sudskom. Drugo, ovako slobodno tumačenje Fulerove teorije bi značilo da bi ideja unutrašnje mo-

³³ Vidi Dejan Dević, Op. cit., str. 125–128.

³⁴ John Finnis, Loc. Cit.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Dejan Dević, Loc. cit.

ralnosti prava »dobila isuviše široko značenje, jer bi morala uključiti ne samo moralne zahteve inherentne procesima stvaranja zakona i sudskih odluka već i unutrašnju moralnost ugovaranja, stvaranja običajnog prava, medijacije i drugih procesa karakterističnih za pravo. Tako bi, recimo, deo vladavine prava postali i uslovi koji su potrebni za nepristrasnu medijaciju [...]. Nijedan teoretičar vladavine prava nije do sada u svom određenju te ideje otišao tako daleko, niti bi to želeo da učini, jer njega interesuju, pre svega, pravna ograničenja vlasti radi ostvarivanja slobode građana. On je usmeren ka vertikalnoj, a ne ka horizontalnoj formi prava«. ³⁷ Dakle, dosadašnja analiza pokazuje da unutrašnja moralnost prava ima uži obim od vladavine prava. No, jedno drugo pitanje je važnije – da li je jedina razlika između njih u obimu ili postoje suštinske razlike koje odvajaju unutrašnju moralnost od vladavine prava.

Na prvi pogled moglo bi se zaključiti da suštinska razlika između Fulerove unutrašnje moralnosti prava i Finisove ideje vladavine prava nije širina pojma vladavine prava, već različite implikacije po pravni sistem koje neostvarivanje jednog ili više od osam uslova može da ima. ³⁸ S jedne strane, Fuller smatra da ako bar jedan od ovih uslova koji treba da izrazi poželjne karakteristike pravnog poretka ne bude baš nimalo ispunjen, onda se više ne može govoriti o postojanju pravnog poretka. S druge strane, Finis pod vladavinom prava podrazumeva skup uslova čije ispunjenje govori o tome da pravni poredak funkcioniše dobro i da taj poredak predstavlja vladavinu prava u onolikoj meri u kojoj ispunjava unapred određene poželjne karakteristike. Dakle, ovako posmatrano, glavna razlika između unutrašnje moralnosti i vladavine prava ogleda se po pitanju egzistencije pravnog poretka. Potpuno neostvarenje nekog ili nekih od osam uslova s Fulerove tačke gledišta znači nepostojanje pravnog poretka, dok Finis u tome vidi samo nepostojanje vladavine prava. Za njega nepostojanje vladavine prava ne znači automatski i nepostojanje pravnog poretka, pravni poredak i tada može postojati, ali svakako ne u pravno dobrom obliku. Drugim rečima, pitanje o ispunjenju osam uslova za Finisa je vrednosnog, a za Fullera egzistencijalnog karaktera.

Ovde bi poređenje između unutrašnje moralnosti i vladavine prava moglo da se završi, ali to bi značilo da odnos Fulerove i Finisove teorije kao proceduralne i supstancijalne varijante prirodnog prava ne bi bi do kraja osvetljen kada je u pitanju uticaj unutrašnje moralnosti prava na Finisovu teoriju. Kako je već rečeno, osam uslova koje pravni poredak treba da ispuni, Finis uzima i proširuje tradicionalnim uslovima u pogledu sudstva u onom delu njegove teorije gde još ne raspravlja o supstancijalnim ciljevima prava, već samo o proceduralnim. No

³⁷ Loc. cit.

³⁸ Loc. cit.

unutrašnja moralnost prava dvostruko figurira u Finisovoj teoriji. Prvi način je prikazan, ostaje da se ispita drugi.

Finis je svoju teoriju gradio na dugoj prirodnopravnoj tradiciji. Za razliku od Fulera, njega prevashodno interesuje kako pravni poredak može da ispuni zahteve pravednosti kako bi omogućio dobar život u društvenoj zajednici i na taj način pružio građanima mogućnost da se razvijaju kao moralna bića.³⁹ Kako se Finis bavi supstancijalnim ciljevima prava, postavlja se pitanje kakav je karakter pozitivnog prava koje nije u skladu s moralom. Za razliku od tradicionalnog jus-naturalističkog stava, Finis ne smatra da zakoni koji nisu u skladu s moralom nisu zakoni, što u krajnjoj liniji ne bi ni bilo u skladu s realnošću, već tvrdi da je njihov moralni kapacitet umanjen. Zakoni koji su u skladu s moralom, ili, što prema Finisu izlazi na isto, da su derivirani iz načela prirodnog prava, obavezuju adresate i pravno i moralno, dokle zakoni koji to nisu, ne proizvode kod adresata moralnu obavezu da ih poštuju.

Sam Finis, oslonjen na Aristotelov način žarišnog definisanja, neće reći da zakon koji nije u skladu s moralom nije zakon, već da nije zakon u pravom smislu te reči. Zadatak supstancijalne teorije prirodnog prava jeste da odredi šta je to ideal pozitivnog prava, a ne određivanje kriterijuma važenja pozitivnog prava u njegovoj usklađenosti s prirodnim. Ipak, ostaje pitanje kakav bi trebalo da bude odnos adresata prema zakonima koji nisu u skladu s moralom. Da adresati nemaju moralnu obavezu da poštuju nemoralan zakon nekako se po sebi razume, mada to s gledišta pozitivnog prava može biti sasvim irelevantno. Glavno pitanje je da li nepravedni zakoni mogu pravno obavezivati adresate, tj. pod kojim uslovima adresati imaju pravnu obavezu poštovanja takvih zakona.

Autoritet države, prema Finisu, počiva na njenoj moći da pravedno reguliše međuljudske odnose u zajednici.⁴⁰ Ako zakonodavna vlast propisuje pravila koja nisu u skladu s načelima prirodnog prava, onda se ne može reći da država uživa autoritet u pravom smislu te reči. Ipak, ostaje činjenica da država raspolaže moći da donosi zakone, te Finis smatra zakoni koje ona donosi, čak i kad nisu u skladu s moralom, imaju izvesnu meru autoriteta koja proističe iz njihovog formalnog izvora. Dakle, da bi i ovakvi zakoni pravno obavezivali moraju ispuniti sledeća tri uslova: 1) da potiču iz pravno ovlašćenog izvora; 2) da ih sudovi i drugi državni službenici primenjuju; i 3) da se o njima, poput drugih zakona, uobičajeno govori kao o zakonima.⁴¹ Bez ispunjenja ova tri uslova, više se ne može govoriti o zakonima s ograničenim autoritetom, oni zapravo ne predstavljaju zakone.

³⁹ Joh Finnis, Op. cit., str. 146–150.

⁴⁰ Ibidem, str. 232–256.

⁴¹ Ibidem, str. 361.

Ovakvo Finisovo određenje ukazuje na nekoliko stvari. Prvo, tri navedena uslova direktno proističu iz osam uslova unutrašnje moralnosti prava. Ako se kaže da zakoni potiču iz pravno ovlašćenog izvora, to znači da oni moraju biti doneti na formalno korektan način, od strane nadležnog organa. To implicira zabranu da se zakonska pravila npr. donose od strane izvršne, a ne zakonodavne vlasti, ili da se partijske odluke primenjuju poput zakona.⁴² Drugi navedeni uslov je preslikani osmi uslov unutrašnje moralnosti prava o skladu između zvanične radnje i objavljenog pravila, dokle treći upućuje na određeni vid šireg društvenog mnjenja o tome da su i takvi nepravedni zakoni obavezujući.

Drugo, zaključak o tome da Finisovo shvatanje vladavine prava, za razliku od Fulerove unutrašnje moralnosti, pokazuje samo kvalitet pravnog poretka u smislu njegove valjane funkcionalnosti, ali ne i egzistencije, može biti tačan samo pod uslovom da se izolovano posmatra. Uslovi o kojima Finis raspravlja u okviru vladavine prava se, istina u redukovanom obliku, ponovo javljaju u raspravi o nepravednim zakonima, gde više nisu merilo kvaliteta određenog pravnog poretka u proceduralnom smislu, već predstavljaju uslove koji se moraju ispuniti da bi se za određene zakone koji nisu u skladu s moralom, uopšte moglo reći da su zakoni. Oni na taj način ne predstavljaju samo meru kvaliteta funkcionalnosti nekog pravnog poretka, već i merilo kojim se procenjuje postojanje pravne obaveznosti nepravednih zakona.

Treće, vladavina prava je za Finisa samo jedan od elemenata koju ispravan pravni poredak mora da ima da bi na taj način predstavljao ideal kome pozitivno pravo treba da teži. Njegov ugao sagledavanja je ipak bitno drugačiji od Fulerovog, kod koga se uslovi unutrašnje moralnosti prava pre svega odnose na ispitivanje egzistencije i stepenovanje proceduralnog kvaliteta pravnog poretka, a ne na postavljanje kakvog ideala kome pravo treba da stremlji. To što se neki od uslova koje je Fuller postavio, direktno pojavljuju u glavnom delu Finisove teorije kao minimalan uslov o pravnoj obaveznosti, ne ukazuje samo na izvesnu sličnost između ove dve teorije, već takođe i na njihovu razliku. Fuller argumentuje da ako se makar jedan od osam uslova potpuno prekrši, da više ne može biti govora o postojanju pravnog poretka, dokle se ti isti uslovi, u nešto redukovanim obliku, pojavljuju kod Finisa kao minimum neophodan da bi se i nepravednim zakonima priznala bar pravna obaveznost, a da uopšte nema rasprave o postojanju ili nepostojanju celokupnog pravnog poretka.

Konačno, Finisovo postavljanje tri minimalna uslova ukazuje da se pravu, ne samo u okviru vladavine prava, već i u okviru disputa o njegovim supstancijalnim ciljevima, uvek mora priznati jasna vrednost koja ne proističe samo iz nje-

⁴² To dalje podrazumeva podelu vlasti što mnogi teoretičari ističu kao jednu od tekovina vladavine prava.

gove supstancijalne ispravnosti, već takođe i iz njegove forme. Štaviše, pitanje kvaliteta forme prava se kod oba teoretičara, istina na različite načine, javlja kao presudno merilo za samu njegovu egzistenciju. Na taj način, Finis, iako predstavnik supstancijalne varijante prirodnopravne teorije, u formi prava vidi njegov osnovni i prethodeći kvalitet, jer smatra da je upravo forma, na kraju krajeva, poslednje merilo validnosti nekog pravnog pravila.

ZAKLJUČAK

Ispitivanjem odnosa između Fulerove unutrašnje moralnosti prava i Finisovog poimanja vladavine prava, može se zaključiti da se, bez obzira na Fulerov veliki uticaj na Finisa, ne može postaviti znak jednakosti između ove dve ideje. Ovo se može argumetovati na dva osnovna načina. Prvo, opseg unutrašnje moralnosti prava je znatno uži od opsega vladavine prava. Drugo, odstupanje od zahteva unutrašnje moralnosti, prema Fuleru, znači da pravni poredak ne postoji. Finis je, bar u delu gde raspravlja o vladavini prava, znatno blaži u svojoj oceni, te smatra da odstupanje od ovih zahteva znači da se pravni poredak ne funkcioniše dobro. To su dovoljni razlozi da se može tvrditi da ne postoji identičnost između unutrašnje moralnosti prava i vladavine prava. No time bi se doneo preuranjen i netačan zaključak po pitanju Finisovog sagledavanja osam uslova unutrašnje moralnosti prava. Iako se Finis prevashodno bavi supstancijalnim ciljevima prava, on nigde ne tvrdi da pravna pravila koja nisu u skladu s moralnim ciljevima i nisu pravna pravila. Njegov zaključak se zapravo vrlo približava Fulerovom kada je u pitanju formalna neispravnost pravnih pravila. Finis će reći da tek kad se sussteknu dva uslova – da pravno pravilo nije u skladu s moralom i da je potpuno formalno nekorektno, takvo pravilo pravno ne obavezuje. Iz toga se može izvesti zaključak da se Fulerov doprinos modernoj supstancijalnoj teoriji prirodnog prava, čiji je Finis glavni predstavnik, ogleda u tome da forma prava treba vrednosno da se analizira, baš kao što se i do sada, u dugoj tradiciji jusnaturalizma, analizirala njegova suština.

MILOŠ ZDRAVKOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, Belgrade

FULLER INNER MORALITY OF LAW AND FINNIS IDEA
OF THE RULE OF LAW
– Similarities and differences –

Summary

In this article author examines the relationship between Fuller's inner morality of law and Finnis idea of rule of law. Such research shows that there are undeniable links between these two ideas, but that, contrary to some beliefs with many legal theorists, among them there is no identity. Also, the author analyzes the impact of the inner morality of law and to other parts of Finnis' theory, and in this way shows that the Fuller's idea did not affect the Finnis just in terms of understanding of the rule of law, but also in terms of major conclusions in his natural law theory.

GERŠIĆEVO POJMOVNO ODREĐENJE PRAVA I KLASIFIKACIJA PRAVNIH NAUKA

Gligorije Geršić, jedan od naših najplodnijih pravnih pisaca, spada u red naistaknutijih pravnih poslenika u nas. Objavio je preko stotinu radova, a ponajviše iz oblasti međunarodnog prava, građanskog i rimskog prava.¹ Široj stručnoj javnosti je u prvom redu i poznat upravo kao civilista i vrsni poznavalac međunarodnog prava dok je njegov teorijskopравни rad znatno manje poznat. Naime, iako njegova predavanja iz ove oblasti nisu bila izgubljena poput onih Nastasa Petrovića, već su posle njegove profesure na Velikoj školi litografisana i tako sačuvana za buduća pokolenja, ona, na žalost, nisu bila i štampana. To je, bez sumnje, glavni razlog da su Geršićevi teorijskopравни pogledi ostali relativno malo poznati u našoj stručnoj javnosti. O njemu, kao teoretičaru prava više pišu Mirosljub Simić,² Milijan Popović,³ Danilo N. Basta⁴ i Jasminka Hasanbegović,⁵ dok

Mr Dejan Matić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ O Geršićevim najznačajnijim radovima u oblasti međunarodnog prava, građanskog i rimskog prava videti znatno više: Milenko Kreća, *Gligorije Geršić – Život i delo*, predgovor u knjizi Gligorije Geršić, *Diplomatsko i konzularno pravo; Teorija o povratnoj sili zakona*, Beograd, 1995, str. 7–23.

² Videti Mirosljub Simić, *Iz istorije srpske pravne misli*, Niš, 1997, str. 93–111 i Mirosljub Simić, *Enciklopedija prava Gligorija Gige Geršića*, predgovor u knjizi Gligorije Geršić, *Enciklopedija prava*, Niš, 1995, str. 1–11.

³ Videti Milijan Popović, *O filozofiji prava kod Srba*, Beograd, 2000, str. 97–109.

⁴ Danilo N. Basta, *Preobražaji ideje prava – Jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Hrestomatija, Beograd, 1991, str. 13–17.

⁵ Videti Jasminka Hasanbegović, *O jednom antropološkom utemeljenju prava u našoj pravno teorijskoj baštini, Gligorije Giga Geršić*, u knjizi Naučno nasleđe Pravnog fakulteta u Beogradu 1841–1941, Beograd, 1994, str. 112 – 118.

većina ostalih naših autora Geršića pominju usput, kratko ga određujući kao profesora Enciklopedije prava i autora istoimenog udžbenika.

Geršić je pored već pomenute Enciklopedije prava napisao i niz drugih radova značajnih za teoriju države i prava⁶ a pojedina pitanja koja spadaju u ovu materiju obrađivao je i delima koja ne spadaju u opštu teoriju prava. Tako je, na primer, problematiku tumačenja prava znatno detaljnije razmatrao u svom udžbeniku iz Rimskog prava nego u Enciklopediji prava, posvećujući ovim pitanjima skoro trideset strana u svom Sistemu Rimskoga privatnoga prava (institucije)⁷ naspram četiri strane koliko je odvojio u Enciklopediji prava.⁸ Ovo naravno ne menja činjenicu da je Geršićevo glavno i osnovno delo u oblasti opšte teorije prava upravo Enciklopedija prava.

Svoja izlaganja u Enciklopediji prava Geršić počinje uobičajeno, određujući pojam i značaj ove naučne discipline. Enciklopedija prava, prema njegovom mišljenju, predstavlja takvu naučnu disciplinu koja mora da pruži sveobuhvatan pregled celokupnog objektivnog prava. Kako logičkom nužnošću dolazi nakon završenog razvoja posebnih pravnih nauka, te stoga predstavlja rezultat pravno – naučnog umovanja višeg reda, ova nauka treba da pokaže »da pravo nije tek neki spoljni agregat slučajno postavljenih i konvencionalno postavljenih pozitivnih propisa nego da je ono jedna organski vezana celina, koja počiva na izvesnim osnovnim mislima i principima, koji kroz sve pojedine grane te celine prolaze i na kojima se unutrašnja jednina tih grana i ogranaka osniva«.⁹ Shodno ovako određenom pojmu, Geršić izdvaja tri osnovna cilja enciklopedije prava kao naučne discipline. Njen prvi i osnovni zadatak je da posluži kao osnovna i uvodna, opšta nauka u pravu koja će predstavljati najbolji put za upoznavanje i uvođenje studenata u složen svet prava. Enciklopedija prava takođe treba, što prema Geršićevom mišljenju, predstavlja njen drugi cilj, da već formiranom pravnom stručnjaku posluži kao jednostavan, a opet sveobuhvatan pregled najvažnijih osnovnih pojmova svih posebni pravnih nauka. Drugim rečima, ova disciplina na svojevrsan način rekapitulira osnovne elemente posebnih, konkretnih nauka o pravu.

Na kraju, ali ne i po važnosti kao poslednji cilj i zadatak enciklopedije prava Geršić određuje njeno pružanje filozofske i istorijske osnove posebnim delo-

⁶ Sve ove radove je popisao i uneo u Gradu za bibliografiju teorije države i prava (Novi Sad, 1972. XII +386) Milijan Popović. Znatno više o ovome videti u Milijan Popović, Nav. delo, str. 100.

⁷ Videti Gligorije Geršić, *Sistem Rimskoga privatnoga prava (institucije)*, Beograd, 1882, str. 34–63.

⁸ Videti Gligorije Geršić, *Enciklopedija prava*, Niš, 1995, 177–181.

⁹ Gligorije Geršić, Nav. delo, str. 5.

vima prava i konkretnim pravnim naukama usled koje oni ispoljavaju organsko jedinstvo i celovitost i to kao rezultat nužne kulturne potrebe. Ovaj njen treći cilj prema njegovom mišljenju, pokazuje svojevršno pravno filozofsko značenje koje ova disciplina poseduje.¹⁰ Nakon određivanja pojma i značaja enciklopedije prava Geršić prelazi na razmatranje polazne tačke ove naučne discipline, odnosno, osnovnih faktora u kojima leži koren prava. Drugim rečima, on raspravlja o uzrocima prava. Shodno tome, Geršić kao osnovno, centralno pitanje koje se nameće na samom početku bilo kakvog ozbiljnog istraživanja u oblasti prava, određuje pitanje pojma prava. Prema njegovom mišljenju, na ovom pitanju je zasnovano svako dalje razmatranje i od odgovora na njega sve zavisi, »kao što periferija zavisi od centra«. ¹¹

Istovremeno, on ističe postojanje velikog broja različitih stavova o ovom pitanju u pravnoj teoriji. Osnovni razlog za ovakvu situaciju Geršić vidi u raznolikosti u metodološkom pristupu u razmatranju ovog osnovnog pitanja. Baš iz tih razloga, Geršić smatra da je najbolji način da se utvrdi pouzdano gledište i valjana polazna tačka, upoznavanje sa stavovima velikih kulturnih naroda o ovom pitanju koji su određeni sa različitih polaznih tačaka. Pri tome Geršić analizira shvatanja kako pravnih kultura Istoka, tako i pravnih kultura Zapada. U okviru prvih on izdvaja četiri pravne kulture i to dve semitske (jevrejsku i muhamedansku pravnu kulturu), jednu arijsku odnosno arijevsku (indijsko – bramanska pravna kultura) i kitajsku (kineska pravna kultura). Osnovna karakteristika jevrejskog, muhamedanskog i indijsko – bramanskog prava, prema njegovom mišljenju, predstavlja u osnovi teistički pogled na svet i pravo. Pravo se shvata kao božji zakon za ljude, odnosno, božanska volja se određuje kao tvorac velikog prava. Shodno tome, s obzirom da božja zapovest leži u osnovi prava Geršić ističe da tu ne može biti mesta za zakonodavstvo koje bi stvorili ljudi. Posledica ovakvog shvatanja prava je i nemogućnost njegovog odvajanja od religije i morala, što predstavlja još jednu od karakteristika pravnih kultura Istoka. Što se tiče kitajskog (kineskog) prava, i ono sličan karakter semitskoj i arijskoj pravnoj kulturi, pri čemu Geršić ističe i izvesne specifičnosti.

Naime, za razliku od prethodnih pravnih kultura, u kineskoj se može uočiti, pored neosporno jakog religioznog momenta i teokratskog pogleda na pravo, naročito istaknuti uticaj moralnog elementa. I u kineskom pravu, prema Geršićevom mišljenju, pravo dolazi sa neba, ali u njegovom otkrivanju značajnu ulogu ima ljudsko razmišljanje, odnosno, razum.¹² kao osnovnu razliku između pravnih kultura Istoka i Zapada, Geršić ističe težnju kulturnih naroda zapada da pravo

¹⁰ Videti isto, str. 6.

¹¹ Videti isto, str. 8.

¹² Videti isto, str. 9–10.

shvati i odredi kao ljudsko delo. On svoju analizu pravnog razvoja zapadnih kultura započinje razmatranjem pravne kulture starih Grka, odnosno Helena (Jelini). Njihovo pravno učenje predstavlja vezu između istoka i zapada i stoji na raskrsnici, predstavljajući svojevrsnu kombinaciju različitih kultura, pogleda na svet i shvatanja prava.

Tako, u poređenju sa pravnim doktrinama orijentalnih naroda, njihovo pravno učenje predstavlja veliki pomak unapred, no, kako Geršić to istovremeno ističe, »Jelin se pojavljuje kao jedno još veoma vezano i sputano stvorenje«¹³ u poređenju sa rimskom pravnom doktrinom. Ovakav njegov stav svakako ne umanjuje značaj koji on pridaje njihovom pravnom učenju. Naprotiv, on ističe da upravo Jelini započinju prvo filozofsko umovanje o pravu i državi, te da čine prve pokušaje da razdvoje pravo od religije i morala. Ovaj zadatak oni, prema Geršićevom shvatanju, nisu mogli do kraja da ostvare. Razloge za ovakvu situaciju on vidi u njihovoj nemogućnosti da do kraja i u potpunosti shvate nužnost doslednog razdvajanja prava i morala, te usled toga mešaju pravna pravila sa moralnim. Usled toga, oni pravo posmatraju kao »jedan princip poredka za celokupni život za sve strane njegove«,¹⁴ odnosno, u potpunosti sraslo sa moralom.

S druge strane, iako su nauku o državi u velikoj meri unapredili, nisu, iz sličnih razloga, kako Geršić tvrdi, mogli napraviti ni valjanu razliku između državnog prava i politike te se državno pravo, u njihovom shvatanju, gubi u politici jednako kao što se pravo gubi u moralu.¹⁵ Prema njegovom mišljenju, do dubljeg saznavanja prava dolazi tek u pravnoj nauci starih Rimljana. Tako, on interesantno primećuje da su Rimljani, iako u svim drugim naukama učenici Jelina, pravi majstori i prvi učitelji sveta kada se radi o pravnoj nauci. Osnovna razlika u poimanju prava između Rimljana i drugih pravnih kultura leži u samom karakteru koji mu oni pridaju.

Naime, rimsko pravo nema teokratski karakter, odnosno, njega ne stvara neko više biće, kao u orijentalnim doktrinama, niti je pak rezultat nekog trenutnog prosvetljenja. Naprotiv, ono je rezultat dugotrajnog, viševjekovnog mukotrpnog stvaralačkog rada velikog broja državnika, naučnika, prvih rimskih kraljeva, konzula, edila, pretora i imperatora. Drugim rečima, stvaralac rimskog prava nije niko drugi do sam rimski narod. Njihovo pravo nije nikakvo božansko pravo, već naprotiv ljudsko pravo. Prema Geršićevom mišljenju, tek kod Rimljana dolazi do energičnog i jasnog odvajanja prava od religije i morala. Razume se, oni ovo odvajanje teško dasu mogli teorijski da definišu i objasne. Ovo se može primetiti i u brojnim definicijama prava čuvenih rimskih pravnika, što Geršić uspešno ilustru-

¹³ Isto, str. 11.

¹⁴ Isto.

¹⁵ Videti isto.

je navodeći Ulpijanove definicije pravne nauke i osnovnih pravnih propisa, u kojima nije moguće videti nikakvo razgraničenje prava od morala. No, uprkos tome što nisu uspjeli da teoretski formulišu ovu odvojenost na valjan način, oni su je u praksi izuzetno uspešno pravili. Takođe, kako to Geršić ističe, Rimljani su prvi koji su uspešno razgraničili javno i privatno pravo.¹⁶

Nastupanjem hrišćanskog perioda dolazi do izvesne stagnacije pravne nauke. Sva ona dostignuća ostvarena u doba Rimljana bivaju napuštena i ponovo dolazi do mešanja prava, religije i morala. Pravo se u potpunosti gubi u religioznom moralu, a država nestaje u crkvi. Naime, hrišćanske ideje su prema Geršićevom mišljenju u potpunoj suprotnosti antičkom duhu, otelotvorenom u kulturi grčkog i rimskog naroda. Tako, antički duh traži poreklo prava u postojećem svetu, ljudskoj zajednici i državi kao njenom najvišem izrazu, veličajući potpunu građansku vrlinu kao najvišu ljudsku osobinu. S druge strane hrišćanstvo ističe u prvi red ne pravo, već hrišćanski moral koji potiskuje sva ostala pravila u drštvu. Crkva, a ne država postaje primarna i najviša društvena zajednica, u kojoj hrišćanske vrline zamenjuju građanske i državne koje su karakterisale stari vek.¹⁷ Ovakvo zanemarivanje države i prava i dominacije crkve i religioznog morala, potrajace dugo, sve do pojave renesanse i reformacije. Geršić ističe da propašću Vizantije brojni naučnici, bežeći pred turskom najezdom dolaze u zapadnu Evropu i doprinose obnavljanju tradicija stare antičke kulture, ponovo šireći gotovo zaboravljena znanja. Na taj način nauka i opšte obrazovanje iznova počinju da se neguju i među svetovnim ljudima a ne samo sveštenicima, iako je to bio običaj ranije u srednjem veku. Pojavom reformacije, renesansni stavovi, kako uopšte, tako i o državi i pravu, bivaju dalje razvijani, što za krajnju konsekvencu ima emancipovanje države od crkve i prava od hrišćanskog morala.¹⁸ Konačan raskid sa srednjevekovnim pogledom, kako na svet uopšte, tako i na državu i pravo naročito, prema Geršićevom mišljenju dolazi sa Hugom Grocijusom i prirodnopravnom teorijom. Iako ne negira značajan doprinos koji je prirodnopravna teorija imala u razvoju pravne nauke, Geršić prema njoj zauzima izuzetno oštar kritički stav. Ona je doduše u najvećoj meri doprinela da zabluda o nebeskom, odnosno, božjem poreklu prava bude napuštena, ali je istovremeno, prema Geršićevim rečima, zamenjuje svojevrsnom naučnom obmanom druge vrste. Jedan od osnovnih razloga za ovo je insistiranje na metodološkom pristupu koji se zasniva na korišćenju deduktivnog metoda koji je doveo do netačnih rezultata.

Naime, zagovornici prirodnopravnih shvatanja kao polaznu tačku u svojim umovanjima o pravu uzimaju subjektivno zamišljenu ideju prava iz koje, prime-

¹⁶ Videti isto, str. 12–14.

¹⁷ Videti isto, str. 15–16.

¹⁸ Videti isto, str. 17.

nom dedukcije logičkim putem postavljaju konstrukciju prirodnog prava, različitog od istorijski nastalog i razvijenog pozitivnog prava. Kako se ova polazna tačka njihovog umovanja, odnosno, prirodno pravo, shvaćeno kao večno i apsolutno nepromenljivo, zajedničko svim ljudima za sva vremena, ne zasniva na pozitivnom pravu i istorijskom razvoju i obliku pravnog života, što Geršić smatra osnovnom zabludom zagovornika ovog koncepta, oni su je nazvali prirodnim, odnosno, umnim pravom.¹⁹

Prirodnopravnim teoretičarima Geršić takode zamera što nisu želeli da proučavaju pravo koje postoji već su gonjeni idealističkim interesom želeli da otkriju i proučavaju ono pravo koje bi prema njihovim postavkama trebalo da postoji. Takvo im je proučavanje, prema njegovim rečima, »izgledalo nekako otmenije, uzvišenije i više filozofski da se ispituje i mudruje o tome kakav bi svet trebao da bude i kako bi u njemu trebalo da izgleda«. ²⁰ Geršić ističe da je očigledno pogrešno i netačno upotrebiti i sam naziv prirodno pravo za nešto što se ne zasniva na izučavanju upravo manifestacija same prirode, te shodno tome apsolutno previda na prirodi zasnovanu razliku među ljudima i uticaj njihovog okruženja na njih. Privremeno napuštajući kritičku analizu škole prirodnog prava, kojoj će se docnije ponovo vratiti, on ističe značajan doprinos koji je imala pojava istorijske škole prava u napuštanju apriornih metafizičkih postavki u pravnoj nauci.

Za razliku od prirodnopravnih teorija, istorijska škola prava usvaja induktivni metod u proučavanju prava. Na svoj način oni, kako to Geršić duhovito primećuje grade kuću polazeći od temelja, krećući se polako ka krovu, za razliku od prirodnopravnih teoretičara koji su upravo od krova počinjali.²¹ Mada hvali istorijskopravnu školu zbog njenog insistiranja na istorijskom promatranju i proučavanju prava, on ističe i njene nedostatke. U njih ubraja, pre svega, njeno zanemarivanje potrebe za filozofskim umovanjem o pravu i težnju da filozofiju prava zamene istorijom prava. Takođe, njeno insistiranje na nacionalnom duhu, odnosno, karakteru kao jedinom izvoru prava, za Geršića predstavlja jednostran, ograničen i nedovoljno naučan pristup koji onemogućava njegove zagovornike da uvide i druge faktore koji utiču na nastanak i razvoj prava. Doduše, on ističe da se ove zamerke mogu uputiti pre svega osnivačima ovog pravca u teoriji prava, dok su njihovi sledbenici ove nedostatke u najvećoj meri otklonili, uvažavajući i druge faktore u nastanku prava i nalazeći mesto pored istorije prava i za filozofiju prava, doduše zasnovanoj na istorijskom istraživanju i analizi.²²

¹⁹ Videti isto, str. 18–19.

²⁰ Isto, str. 19.

²¹ Videti isto, str. 21.

²² Videti isto, str. 22.

Nakon ovog razmatranja različitih najrelevantnijih postavki koje se odnose na shvatanje prava, Geršić pristupa bližem određivanju sopstvenog pogleda na pravo. On ovo čini brižljivo vodeći računa o izbegavanju ograničenja i jednostranosti ranijih pristupa, kako bi gledište koje zagovara u potpunosti odgovaralo, kako on to sam i kaže, »današnjem naučnom saznanju o pravu i njegovim osnovnim problemima«. ²³ Kako to Geršić smatra, da bi se pojam prava mogao valjano saznati i u potpunosti otkrila njegova suština, polazna tačka nikako ne može biti niti nebo, odnosno, božja volja, niti apstraktna i metafizička subjektivna pravna ideja iz koje se potom izvode pravne pojave. Naprotiv, da bi se ovaj zadatak ostvario, mora se poći od ljudske prirode i određenih osnovnih faktora (fakata) zasnovanih i potvrđenih svekolikom istorijom ljudskog roda, u kojima zapravo i leži koren prava. Osnovni faktor, prema Geršićevom mišljenju, predstavlja istorijski potvrđena potreba svih ljudi za životom u nekoj vrsti društva, odnosno, društvene zajednice. Ovaj, kako ga on zove, primitivni fakt, utvrđen naukom i posvedočen istorijom u potpunosti odgovara ljudskoj prirodi i samoj njenoj biološkoj konstrukciji. Geršić smatra da već sam ovaj podatak o nužnom društvenom stanju čoveka neizbežno ukazuje na neophodnost egzistiranja određenog prava.

Drugim rečima on se, u skladu sa izrekom *ubi societas, ibi ius*, ispoljava kao prvobitni koren (uzrok) prava, s obzirom da Geršić smatra da nije moguće ni zamisliti bilo kakav oblik društvenog života u kome ne bi bilo nikakvog pravnog uređenja. Ovo zapravo nije ništa drugo do etnološko socijalni koren prava. ²⁴ Ovde se, naravno, ne može stati iz prostog razloga što je ovo, kako on tvrdi, opšti društveni koren. Iz njega, kao produkta društvenog života i narodnog duha, potiču, ne samo pravo, već i moral, religija, jezik i umetnost. Da bi se mogao odrediti jasan i nedvosmislen pojam prava, mora se napraviti jasna distinkcija između ovih pojava. Ovo se može učiniti tek nakon analize ljudske prirode i nagona i instikata koji su joj imanentni. U njoj zapravo leže svojevrсни specijalni koreni, odnosno, faktori koji predstavljaju korene prava. Geršić smatra da su to zapravo dva osnovna ljudska nagona. Prvi je osnovni biološki nagon za samoodržanjem, odnosno kako ga on još zove, sebičnost, egoizam. Ma koliko on bio osuđivan sa stanovišta morala ljudskoj prirodi je imanentan i ispoljava se u nužnosti zadovoljenja određenih animalnih i primitivnih potreba (potreba za hranom, odećom, alatima, oružja zarad odbrane itd.). Kako čovek živi u zajednici sa drugim ljudima koji takođe imaju potrebe iste vrste, neograničen i nekontrolisan egoizam u zadovoljenju potreba svakog pojedinca neizbežno bi doveo do borbe svih protiv svakoga oko spoljnih privrednih dobara.

²³ Isto, str. 30.

²⁴ Videti isto.

No, kako to Geršić ističe, do ovoga ipak ne dolazi jer se ovaj primitivni egoizam, usled potrebe za mirom i sigurnim obezbeđenjem makar ograničene količine namirnica, pretvara u svojevrsni rafinirani egoizam. Svaki pojedinac pristaje da se odrekne bezobzirnog primitivnog zadovoljenja pojedinih potreba, kako bi neke druge potrebe bolje i potpunije namirio. Upravo iz ovih razloga određen broj subjekata u društvu se pokorava moći i vlasti drugih (domaća i prirodna vlast). Tu Geršić vidi začetak klice države i prava.²⁵ Prema njegovom mišljenju, upravo u nagonu samoodržanja, odnosno, egoizmu leži realni, materijalni koren prava. Shvatanja Džeremija Bentama i utilitarista Geršić odbacuje kao jednostrana i pogrešna. Zagovornici ovakvog pristupa smatraju da se pravo zasniva jedino na ovom realnom korenu prava. Jedini pokretač ljudskih bića, prema njihovom mišljenju, jesu egoistički nagoni, te se čovek udružuje sa drugim ljudima isključivo da bi ih što bolje zadovoljavao i time uvećavao svoju moć. Bilo kakvi drugi osećaji i nagoni nealtruističke prirode predstavljaju tek puku, nedovoljno razvijenu posledicu života u društvu. Geršić sasvim opravdano ukazuje na neopravdanost ovakvih pogleda, vešto ukazujući da su nagoni nesebične, a ne samo egoistične prirode, karakteristični i za životinjski svet, a kamoli za ljudsku prirodu. Iz tih razloga oni su ljudskoj prirodi imanentni i ne mogu se nikako svesti na jednostavne posledice društvenog uticaja. Pozivajući se na Jeringa, Geršić odlučno tvrdi da egoizam naprosto ne može da bude jedini pokretač ljudske volje.²⁶

Pored ovakvih nagona, ljudska volja se rukovodi i etičkim nagonima i pobudama. U ovome Geršić vidi ništa drugo do izraz opšteg velikog zakona koji upravlja celokupnim univerzumom. To je zakon repulsije (odbijanja) i atrakcije (privlačenja).²⁷ Geršić tvrdi da, kao što ovaj zakon važi među nebeskim telima i zvezdanim sistemima, tako postoji i u ljudskom društvu. Prema njegovom shvatanju, repulsija (egoistički nagoni) i atrakcija (etički nagoni) formiraju strukturu društva. Iz ovoga on izvlači zaključak da je pravo ne »nešto specifično ljudsko ili opšte organsko, nego ima svoj dublji koren u tome što ono izlazi kao jedan biološki prirodni čovekovom i osobenom strukturom specijalnoga stroja kvalifikovani oblik pojava jednoga zakona, koji vlada koji vlada i celim ostalim kosmosom«. ²⁸ Ova kosmička ravnoteža uslovljena zakonom odbijanja i privlačenja, protkana kroz strukturu ljudskog društva i samu ljudsku prirodu, dovodi do toga da se svaki pojedinac istovremeno oseća i kao zasebni subjekt ali i kao neraskidivi deo šireg sistema. Kao posledica ovoga, proizilazi da se svaki pojedinac oseća s jedne strane kao ovlašćen (u svojstvu zasebnog subjekta), a s druge strane kao

²⁵ Videti isto, str. 24–25.

²⁶ Uporediti Rudolf Jering, *Cilj u pravu*, Podgorica, 1998, str. 39.

²⁷ Videti Gligorije Geršić, *Nav. delo*, str. 27.

²⁸ Isto.

obavezan (u svom svojstvu pripadnika određene društvene zajednice).²⁹ Shodno ovome Geršić smatra »da su sloboda i nužnost (vezanost) dva osnovna elementa prava.«³⁰ Pravo, za njega, nije ništa drugo do izraz opšteg kosmičkog zakona ravnoteže. Na ovakvim shvatanjima on izvodi neke opšte konsekvence o prirodi prava. To su, prema njegovom mišljenju, univerzalnost i neprekidnost koje predstavljaju bitne odrednice njegovog karaktera.

Drugim rečima, kako to sam Geršić kaže, to znači da je svuda gde postoji društvena ljudska zajednica prisutno i pravo koje postoji bez i jednog potpunog prekida njegove egzistencije u bilo kom istorijskom trenutku. Geršić ističe da je ovakav karakter prava zasnovan na realnim prirodnim zakonima, dokazivim primenom induktivnog metoda, što predstavlja najbolju potvrdu da se ne radi o samovoljnoj idealističkoj postavci moralista i pravnih filozofa.³¹ No, ovaj realni, materijalni koren prava postoji i kod onih životinja koje žive u zajednici, pa se ipak ne može reći da se u takvim zajednicama razvijaju država i pravo. Očigledno je, kako Geršić tvrdi, da kod čoveka i njegovih zajednica postoji još neki, drugačiji kvalitet koji dovodi do ovakvog rezultata. Taj kvalitet, prema njegovom mišljenju leži u psihičkoj strani ljudskog bića i društva, koja predstavlja onaj kvalitet više vrste koji se u drugim sistemima ne može opaziti.

Manifestacije psihičkih procesa ljudi, kao svesnih bića, koje se mogu opaziti u društvenoj zajednici pored svojevršnih mehaničkih dejstava proizašlih iz pukih materijalnih radnji, predstavljaju psihički, odnosno, idealni koren prava. To je osnovni razlog zašto tek kod čoveka instinkt koji usmerava ljude ka društvenom životu i određenom redu, može da evoluiru u određenu pravnu svest, »koja oseća potrebu nekog razumnog na izvesnim propisima i pravilima osnovnog reda u društvu.«³² Iz tih razloga se može nazvati pravom samo onaj poredak koji proizilazi iz oba ova korena, i realnog i idealnog. Na osnovu ovakvog stava, Geršić tvrdi da ljudi, po sebi, poseduju svojevršno pravno osećanje, odnosno, pravnu svest u kojoj se celokupni psihički život izražava u individualnim psihičkim oblicima.³³ Prema njegovom mišljenju, pravo se kao društvena pojava i pojavljuje kao talog i proizvod celokupne pravne svesti svih pojedinaca koji društvenu zajednicu tvore.

Nužno, odatle sledi da je individualna pravna svest svakog pojedinca svojevrstan proizvod prava i da posledično tome predstavlja, ne samo osnovnu pokretačku snagu pravnog života, već i faktor koji se pod dejstvom upravo tog prava

²⁹ Videti isto, str. 28.

³⁰ Isto, str. 29.

³¹ Videti isto, str. 30 i 31.

³² Isto, str. 33.

³³ Videti isto, str. 34.

neprestano menja. Iako je određuje kao neposredni izvor prava, Geršić individualnoj, pojedinačnoj pravnoj svesti odriče veći značaj. Njome, prema njegovom mišljenju, upravlja i ima stoga odlučujući uticaj kolektivna svest, koju Geršić vidi kao socijalni faktor. Upravo zbog toga su sve promene u pravu jednog naroda rezultata unutrašnje nužnosti, a ne rezultat nekog slučaja ili samovolje.³⁴ Pravo je dakle »talog kolektivnog (ukupnog) duševnog života celoga jednoga društvenoga kruga«. ³⁵ U pravu se, prema njegovim rečima, s obzirom da po svojoj prirodi predstavlja i kulturnu pojavu, odslikava civilizacijski nivo svekolikog društva. Geršić ističe da ne postoje večiti i nepromenjivi pravni nazori. Njihov karakter je relativan i menja se sa promenom i razvojem strukture odgovarajućih društvenih grupa.

Posebnu važnost on pridaje podeli čovečanstva na rase, plemena i nacije. Poput drugih pojava u društvu (religije, morala, umetnosti, nauke itd) pravo se razvija u okviru pojedinih naroda. Iz tih razloga i ono poprima određen »nacionalni tip i pečat«³⁶, odnosno, specifičan karakter uslovljen odgovarajućim nacionalnim osobinama. Stoga, Geršić smatra da logički proizilazi da se mora odbaciti svaki onaj pristup, koji zagovara ideju univerzalnog apstraktnog svetskog prava i svetske države, jer je po svojoj prirodi protivan antropološkoj organizaciji ljudskog društva, to jest, njegovoj podeli na rase, plemena i nacije.³⁷ Iz ovoga proizilazi, prema njegovom mišljenju, još jedna određujuća karakterna osobina prava, njegova svekolika promenljivost i raznolikost, nužno uslovljena istorijskom prirodom prava po sebi.

Shodno gore navedenim postavkama Geršić pristupa određivanju jedne opšte, prethodne definicije prava. Tako, pravo, prema njegovom mišljenju, predstavlja »jedan na biološkoj i socijalnoj prirodi čovekovo osnovan i stupnjem intelektualnog i kulturnog razvića uslovljen red jednoga ljudskog društvenog kruga u spoljnim odnosima njegovih članova među sobom i prema stvarima«. ³⁸ Geršić posebno ističe da se ovakvom definicijom otklanjaju dva potpuno pogrešna shvatanja pojma prava i to ono koje zagovara ideju umnog, odnosno prirodnog prava (prirodnopravne teorije) i laičko shvatanje, koje, prema njegovim rečima naivno posmatra pravo kao slučajnu pojavu ostavljenu zakonodavčevom kapricu da sa njom proizvoljno čini šta hoće.

Nakon što je obradio pitanje korena prava Geršić se okreće razmatranju pravne nauke, njene klasifikacije i njenim granama. Na samom početku on ističe

³⁴ Videti isto, str. 35.

³⁵ Isto.

³⁶ Isto, str. 36.

³⁷ Videti isto.

³⁸ Isto, str. 40.

da nema nikakve sumnje u činjenicu da je pravo jednako validan predmet naučnih disciplina kao i bilo koja druga oblast društvene stvarnosti. Ključno pitanje za njega nije dakle da li je pravo predmet pravne nauke, već koje i kakvo pravo to jedino može da bude.³⁹ Odgovor koji daje Geršić je nedvosmislen. Predmet proučavanja pravne nauke može biti samo ono pravo koje se u društvenom životu primenjuje ili se nekada primenjivalo, dakle, pozitivno pravo. On izričito odriče mogućnost da predmet pravnih nauka može da bude neko idealno, etičko i večno pravo koje bi trebalo da postoji, večno i nepromenjivo (prirodno pravo).

U suprotnom, Geršić ističe da pravna nauka ne bi mogla da se posmatra kao ozbiljna naučna disciplina. Kao što naučnici prirodnih nauka ne izmišljaju i stvaraju pojave koje proučavaju i njihove zakone, to ne bi trebalo da čine ni pravni naučnici iz prostog razloga što i jedni drugi predmete svog proučavanja mogu tražiti jedino u realnom i pozitivno postojećem spoljnom svetu. Pravna nauka spada u pozitivne nauke, jednako kao i prirodne nauke.⁴⁰ Geršić izdvaja postojanje dva osnovna elementa u svekolikom pravnom znanju i nauci. To su praktični i teorijski elementi. Prvi je najbliži samom faktu od koga polazi i stvara se na osnovu onog znanja nužnog za neposrednu primenu konkretnih pravnih principa. Drugi element je po svojoj prirodi upravo suprotan, ne zasniva se na potrebi praktične primene već na generalizaciji niza detalja i podataka. Po prirodi stvari Geršić ističe da očigledno je da praktični element prethodi u svom nastanku ispred teorijskog elementa. On je rezultat neposrednih realnih potreba koje se moraju zadovoljiti odmah, dok teorija nastaje znatno docnije na višem stepenu društvenog razvoja. Geršić ističe da samo valjana kombinacija oba elementa može rezultovati realnom i snažnom pravnom naukom.

U suprotnom praksa bez teorije postaje prosto zanat, a teorija bez prakse počinje da predstavlja jalovu igru sa pojmovima i beskorisnim logičkim dedukcijama.⁴¹ Geršić smatra da pravna nauka mora u proučavanju svog predmeta da odgovori na tri osnovna pitanja koja se neizbežno postavljaju: »1) šta važi i postoji kao pravo; 2) kako je to što važi razvilo se i postalo pravo i 3) je li razumno i dobro što ono postoji kao pravo ili (kad pitanje shvatimo u višem smislu) koji su najviši zahtevi pravne ideje i ukoliko tim zahtevima odgovara to izvesno pravo što postoji«⁴² Shodno tome na koje pitanje odgovaraju, on pravne nauke deli na dogmatičke, istorijske i filozofske pravne nauke.

Tako, dogmatičke pravne nauke se bave onim pravom koje postoji i važi u državi ili u odnosima između država. Drugim rečima predmet njihovog prouča-

³⁹ Videti isto, str. 42.

⁴⁰ Videti isto.

⁴¹ Videti isto, str. 43–44.

⁴² Isto.

vanja jesu pozitivni pravni propisi. Prema Geršićevom mišljenju dogmatičke pravne nauke mogu svoj predmet da proučavaju na dva osnovna načina. Prvi je egzegetički, a drugi sistematski način proučavanja. Pod prvim, Geršić podrazumeva takav naučni pristup pomoću koga se analizira i objašnjava, odnosno kako on naročito naglašava, interpretira, tumači pozitivni zakonski tekst. Ovde Geršić podrazumeva tumačenje u njegovom širem smislu. Kao što egzegetički način omogućava dogmatičkim pravnim naukama analizu pravnog materijala, tako sistematski način omogućava njegovu sintezu. Uz njegovu pomoć ove dogmatičke pravne nauke predmet svog proučavanja posmatraju i obrađuju kao jedinstven sistem prethodno ga povezavši u jednu logički raspoređenu celinu procesom uopštavanja.⁴³ Geršić posebno podvlači značaj koji sistematska strana jurisprudencije ima za valjano i potpuno razumevanje prava. On ovu sistematsku logiku dogmatičkih nauka naziva »cvetom, zbijenom kristalizacijom pravnih propisa«. ⁴⁴ Prema njegovom mišljenju, upravo ovo svojevrsno pretvaranje pravnih propisa u pojmove koje vrše dogmatičke pravne nauke predstavlja najbitniju razliku između naučnog i zakonodavnog, tvoračkog pristupa pravu.

Istorijskopravne nauke za Geršića predstavljaju naučnu i praktičnu nužnost. Samo pravo nesumnjivo predstavlja istorijsku pojavu. Podložno neprestanom menjanju i razvoju tokom vremena, prema njegovom mišljenju, pravo se ne može u potpunosti razumeti bez korišćenja istorijsko pravnih nauka koje bi ga razmatrale sa ovog aspekta. Osnovni zadatak ovih naučnih disciplina je da utvrde i prikažu na zakonitostima zasnovanu pravilnost i evolutivnost razvoja i kretanja prava. Geršić istoriju prava deli na dve vrste i to spoljnu istoriju prava i unutrašnju istoriju prava. Prva proučava istorijski razvoj prava nekog naroda u celini, a druga istorijski razvoj i promene pojedinih pravnih ustanova i pravila. On naročito skreće pažnju na potrebu da se uvek ima na umu da su ove dve istorije samo dve ne sasvim odvojene i nezavisne strane iste pravne istorije i da ih stoga povezuje neraskidiva veza. Iz tih razloga jedna i druga moraju uzimati u obzir rezultate koje su obe stvorile jer niti se može celina pravnog sistema u potpunosti razumeti bez povezanosti sa njenim posebnim delovima, niti se pak pojedine pravne ustanove mogu proučavati a da se nema uvek na umu njihova povezanost sa celinom pravnog organizma.⁴⁵ Geršić ističe neophodnost tesne saradnje dogmatičkih i istorijskih pravnih nauka. On smatra da se ove naučne discipline nužno i po prirodi stvari dopunjuju iz jednostavnog razloga, jer dogmatičke nauke ne mogu valjano da objasne i protumače pravni propis bez određenog istorijskog posmatranja i proučavanja njegove geneze od strane istorijskopravnih nauka.

⁴³ Videti isto, str. 45–46.

⁴⁴ Isto.

⁴⁵ Videti isto, str. 50–54.

Prema Geršićevom mišljenju, najznačajniji zadatak ove grane pravne nauke leži na zasnivanju uporedne, odnosno komparativne istorije prava koja bi proučavala istorijski razvoj prava i pravne nauke svih naroda, otkrivala istorijsko poreklo njihovih zakonodavstava i proučavala njihovu međusobnu povezanost i uticaj.⁴⁶ Gligorije Geršić naročitu pažnju pridaje razmatranju filozofskopravnih nauka. Odredivši na samom početku svog izlaganja da filozofiju smatra naukom svih drugih nauka, kao početno postavlja pitanje postojanja naučne potrebe za takvom naučnom disciplinom koja bi se zvala filozofija prava. Iako u teoriji, prema Geršićevim rečima postoje oštro suprotstavljena mišljenja povodom ovog pitanja, on stoji na stanovištu da trebao usvojiti kao ispravno mišljenje Posta da u Evropi pravna nauka (u pravnom smislu) nastaje tek pojavom pravne filozofije.⁴⁷ Neizbežno je prilikom razmatranja ove naučne discipline osvrnuti se na značajnu ulogu koju je prirodnopravna misao imala u njenom izgrađivanju. Iako u velikoj meri usvaja stavove istorijske škole prava i odlučno odbacuje bilo kakve postavke zasnovane na prirodnom pravu, Gligorije Geršić ne čini grešku koju čini većina predstavnika istorijske škole prava odričući bilo kakav doprinos i značaj filozofiji prava prirodnopravne orijentacije.

Naprotiv, on upravo ističe njen značaj i odlučujući doprinos emancipaciji pravne nauke i prava uopšte od teološkog uticaja i srednjevekovnog pogleda na svet. Značajan uticaj prirodnopravne teorije, prema njegovom mišljenju, imaju ne samo na shvatanje prava pravnih stručnjaka, već i na zakonodavstvo i praksu, naročito kada se radi o velikim modifikacijama 18. i 19. veka koje su izvršene u potpunosti u duhu ideja škole prirodnog prava.⁴⁸ One za Geršića predstavljaju vredan izraz samog duha svoje epohe koji je imao možda i odlučujuću ulogu u podsticanju pokreta za slobodom i ostvarivanju brojnih reformi i znatnog napredka, kako u pravnom životu tako i u društvu uopšte.⁴⁹ Međutim i pored ovih činjenica koje su za njega nesporne, Geršić smatra da njihova naučna vrednost uopšte nije ni u kakvom skladu sa njihovim istorijskim značajem, odnosno tvrdi da je naučna vrednost ovih postavki ravna nuli.⁵⁰ Osnovni razlog za ovo prema njegovom mišljenju, leži u činjenici da su zagovornici ovakvih filozofskopravnih postavki želeli da ustanove apsolutne istine od opšte važnosti pritom idući putem koji je po definiciji pogrešan.

Drugim rečima, deduktivni metod kojim su se koristili, predstavlja prvi i osnovni razlog njihovih bezuspešnih nastojanja da otkriju, kako Geršić kaže, svo-

⁴⁶ Videti isto, str. 53.

⁴⁷ Videti isto, str. 57.

⁴⁸ Videti isto, str. 58.

⁴⁹ Videti isto, str. 61.

⁵⁰ Videti isto.

jevrstan kamen mudrosti, odnosno apsolutno univerzalno i nepromenljivo pravo »izvedeno *a priori* bez posmatranja, bez istorije i iskustva«. ⁵¹ O nepouzdanosti ovakvog metoda kao osnove pravne filozofije svedoči i to da su se iz njenih osnovnih postavki mogle izvoditi posledice apsolutno suprotne prirodi. Kao ilustraciju ovog svog shvatanju Geršić pristupa izuzetno interesantnoj analizi prirodnopravnog razlikovanja urođenih (prvobitnih) prava koja pripadaju svima već na osnovu toga što su ljudi iz takozvanih stečenih prava koje ljudi moraju da pribavljaju. Ovo razlikovanje, prema njegovom mišljenju, najbolje ilustruje činjenicu da prirodnopravne teorije nisu ništa više do rezultat doba i društvenog sloja u kome su nastale. One stoga ni ne mogu izražavati neke apsolutne istine univerzalnog, nepromenljivog karaktera, već samo odgovarajuće težnje i interese društvenog okruženja u kome su nastale.

Tako, Geršić ističe, da se na osnovu prava koja prirodnopravne teorije ubrajaju u urođena, pra-prava (neki tu ubrajaju nepovredivost ličnosti, slobodu, čast i pravnu sposobnost, neki pak dodaju jednakost, pa čak i svojinu u ova prava), može zaključiti da cela ova teorija o urođenim pravima nastaje u najvećoj meri sa stanovišta onih društvenih grupa koje raspolažu krupnim kapitalom. Ovo se najbolje vidi u tome što ove teorije ne priznaju u urođena prava pravo svakog pojedinca na upotrebu spoljne prirode odnosno, da to urođeno pravo »nema nikakvu ekonomsku težinu.« ⁵² Pravo na ceo rezultat svog rada i pravo na opstanak ni u snu ne bi mogli da budu priznati. Kontraindikacije su, prema Geršićevim rečima očigledne. On dalje primećuje da se doktrinom o urođenim pravima štite čast i sloboda mišljenja ali da nikome ne pada na pamet da u ova urođena prava uključi i pravo na održavanje egzistencije dostojne čoveka. Geršić smatra da ovakvi stavovi možda najbolje pokazuju da i prirodnopravna filozofija predstavlja samo odraz i izraz svog vremena. ⁵³

Savremena filozofija prava, prema njegovom mišljenju, mora da napusti svoje idealističko traganje za univerzalnim i apsolutnim pravom iz prostog razloga što je to traganje uzaludno. Za Geršića nema nimalo dileme, »sve je pravo pozitivno.« ⁵⁴ Prema njegovim rečima, valjano i potpuno obrazovanje jednog pravnika nije moguće bez dubljeg filozofskog shvatanja višeg reda. Tek tada naučni rad dogmatičkih i istorijskopravnih disciplina može da se smatra potpunim i završenim. Savremena filozofija prava treba da filozofski razmotri i proučava samo ono pravo koje se istorijski razvilo u razna vremena i od raznih naroda. Ovakva filozofija prava je za Geršića, na prvom mestu nauka u suštini prava i o

⁵¹ Isto, str. 62.

⁵² Isto, str. 67.

⁵³ Videti isto, str. 67–69.

⁵⁴ Isto, str. 71.

njegovoj nužnoj i nepristrasnoj vezi sa ukupnim moralnim, intelektualnim i društvenim razvitkom naroda i epohe.«⁵⁵ Nju on vidi, pre svega, kao jednu od grana sociologije, kao praktičnu filozofiju. Jedino kao takva ona može poslužiti, kako za dublje razumevanje i reformisanje pozitivnog prava, tako i za održavanje pozitivnopravnog poretka.⁵⁶

Na samom kraju svog izlaganja o pravnim naukama, Geršić pristupa određivanju mesta enciklopedije prava u sistemu pravnih nauka koji je ustanovio. Prema njegovom mišljenju, ova naučna disciplina ima za zadatak da »spoji i kombinuje rezultate istorijskoga i filozofskoga ispitivanja do kojih se u izvesnoj epohi došlo, u jednu preglednu sliku i celinu da se u njoj u jednoj panorami, jednome tablo – u ogledaju sve pojedine grane jedne nauke u svojoj vezi«. ⁵⁷ Geršić dalje ističe neophodnost svake enciklopedije da obuhvati kako opštu teoriju prava koja obuhvata one opšte pojmove koji su zajednički za celokupno pravo u svom opštem delu, tako i pregled svih posebnih pravnih disciplina i pravnih grana, u svom posebnom delu. Sa stanovišta sadržine on razlikuje dve vrste enciklopedije i to formalnu (spoljašnju) i materijalnu (unutrašnju) enciklopediju prava. Prva razmatra opšte, centralne pravne pojmove i spoljnu formu pravnih disciplina, a druga detaljno analizira i izlaže pojedine pravne propise i rešenja koji sačinjavaju sadržinu pravnih disciplina. Na moguću dilemu oko toga da li enciklopedija prava treba da bude kao pripremna i uvodna disciplina, samo formalna ili pak, uključivanjem u svoja razmatranja predmet materijalne enciklopedije, jedna mešovita naučna disciplina, Geršić zastupa jasno gledište. Valjana enciklopedija prava, prema njegovom mišljenju, u pogledu svog sadržaja nužno mora spojiti i formalnu i materijalnu enciklopediju prava.⁵⁸

Stvarajući u Srbiji u drugoj polovini 19. veka Gligorije Geršić se bavi naučnom delatnošću u svestranoj oblasti prava i kvalitetom svojih radova zasigurno stoji rame uz rame sa istaknutim evropskim pravnicima tog vremena. Prihvativši u ono vreme u Evropi opšte rasprostranjen pozitivistički duh nauke i naučnosti, Geršić našu teoriju prava uvodi u pozitivistički orjentisane pravne nauke, prekinuvši dominaciju teorije prirodnog prava i organskih enciklopedija u našoj teorijsko pravnoj misli. Tačno je da njegovo delo nije sasvim originalno. No, Geršić ipak stvara u okviru tokova savremene pravne nauke onoga vremena u njegovoj teoriji prava ima uticaja istorijske škole prava, Jeringa, Rusela. Pa ipak, čini nam se, ima i dosta Geršića. Gligorije Geršić nije puki epigon. On zaista usvaja mnogo, ali i uspeva da svoje stavove obeleži jedinstvenim i elegantnim

⁵⁵ Isto.

⁵⁶ Videti isto.

⁵⁷ Isto, str. 75.

⁵⁸ Videti isto, str. 75–76.

stilom. Njegovo delo je otvorilo nove puteve onima koji će doći posle njega i nesumnjivo zbog toga, ali i svojih naučnih dometa i originalnosti, zasigurno predstavlja jedan od kamena međaša naše teorijsko pravne misli. Baš iz ovih razloga, nema ni malo sumnje da je ime Gligorija Gige Geršića upisano zlatnim slovima u istoriji srpske pravne nauke.

DEJAN MATIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, Kragujevac

GERŠIĆ'S DEFINITION OF THE CONCEPTS OF LAW AND HIS CLASSIFICATION OF LEGAL SYSTEMS

Summary

The name of Gligorije Giga Geršić occupies an important place, both in the Serbian history of legal science, and in Serbian history in general. This distinguished legal writer, politician and bohemian permanently marked the time in which he lived and worked. One of our most prolific legal writers, Geršić belongs to the most prominent legal workers in this country. He has published over one hundred works, mostly within the field of international law, civil and Roman law. To the wider professional community he is primarily known as a civil law expert and an excellent connoisseur of international law, while his work in the legal theory is much less known. His lectures were lithographed, and thus preserved for future generations, but unfortunately, they were not printed until 1995 under the title Encyclopedia of Law.

Besides the above mentioned Encyclopedia, he wrote a number of other important works on the theory of state and law, and some questions that fall into this matter he also treats in his other works, that do not belong to the general theory of law. Thus, for example, he deliberates problems of interpretation of law in his textbook on Roman law much more than in his Encyclopedia. Geršić was the one who introduced our theory of law into the positive-law oriented legal studies, ending in this way the domination of the theory of natural law and organic encyclopedia in our theoretical and legal thought. His work has opened new paths to those who will come after him, and his scientific scope and originality certainly made a landmark in our theoretical legal thinking.

VLADAN PETROV

DISCIPLINSKA VLAST PREDSEDNIKA PARLAMENTA

U V O D

Položaj predsednika parlamenta, nezavisno od usvojenog sistema vlasti, bez sumnje je drukčiji od položaja običnog parlamentarca. Sa stanovišta teorije predstavničke demokratije, predsednik parlamenta je samo *primus inter pares*, jer njegovo svojstvo narodnog predstavnika, stečeno na demokratskim izborima, nije jače od predstavničkog svojstva bilo kog drugog parlamentarca. Dakle, ne može biti parlamentaraca nižeg i višeg ranga, jer svi oni su predstavnici naroda. Sa stanovišta modernog ustavnog prava, stvari stoje nešto drukčije. U modernim ustavima, predsednik parlamenta je odavno zadobio poseban ustavnopravni položaj.¹ To se prevashodno ogleda u prilično jasnom i preciznom ustavnom od-

Dr Vladan Petrov, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Postoje tri grupe ustava. Prvu grupu čine oni koji uopšte ne pominju predsednika parlamenta. Takav pristup vidno umanjuje pravni autoritet predsednika parlamenta. Drugu grupu čine ustavi koji u svetu moderne ustavnosti uživaju relevantan autoritet. Ovi ustavi načelno uređuju položaj i funkcije predsednika parlamenta. Tako Osnovni zakon Nemačke od 1949. propisuje da opštedstavnički dom (Bundestag) bira svog predsednika, potpredsednike i sekretare, a federalni dom (Bundesrat) bira svog predsednika na godinu dana. Ovaj ustav određuje i da je predsednik Bundestag-a nadležan za održavanje reda i upotrebu policijskih snaga u domu, kao i da je za preduzimanje svake istrage potrebno ovlašćenje predsednika. U trećoj grupi su noviji ustavi, pogotovo bivših real-socijalističkih država, koji preciznije definišu funkcije predsednika parlamenta. U svakom slučaju, postupak izbora i prestanka funkcije predsednika, kao i sadržina njegovih ovlašćenja detaljno se uređuju parlamentarnim poslovnikom, a ne ustavom.

ređenju njegovih osnovnih funkcija. Ovakav pristup ne bi smeo da navede na pogrešan zaključak da je predsednik parlamenta organ za sebe, odvojen od parlamenta. Njegova relativno izdvojena ustavna pozicija posledica je činjenice da je parlament kolegijalno telo od najvećeg značaja za državu, čije normalno funkcionisanje zahteva rukovodstvo. Predsednik parlamenta bez parlamenta je ništa; on svoj autoritet izvlači iz izbora u parlamentu;² on i ostaje na toj funkciji dok parlament, tj. parlamentarna većina ne odluči da ga razreši.³ Parlament bez predsednika, pod uslovom da su potvrđeni parlamentarni mandati, je parlament, premda krmji, obezglavljeni.⁴

Prema tome, *o vlasti predsednika parlamenta može se govoriti samo uslovno. To nije izvorna vlast, jer predsednik parlamenta nije poseban državni organ, poput predsednika republike. Ta vlast izvedena je iz vlasti parlamenta i čine je ona ovlašćena koja su predsedniku potrebna da bi vršio svoju prvu i osnovnu funkciju, da predsedava parlamentom i rukovodi njegovim radom na sednicama.*⁵ Otuda i disciplinsku vlast, koja se sastoji u izricanju disciplinskih sankcija parlamentarcima (pod određenim okolnostima, i drugim učesnicima u parlamentarnom postupku), predsednik parlamenta vrši kao izvedenu iz disciplinske vlasti parlamenta, koja je samo jedan od izraza parlamentarne autonomije. *Nije predsednik taj koji ima disciplinsku vlast nad parlamentarcima; on je samo vrši u ime i u interesu parlamenta i to u meri i u granicama koje je odredio sam parlament svojim poslovnikom.* Malo je parlamenta koji disciplinsku vlast »prenose« u celini na predsednika; oni, uglavnom, zadržavaju pravo da odlučuju o najtežim disciplinskim sankcijama ili po prigovoru kažnjenog parlamentarca. Imajući u vidu navedena ograničenja, moguće je govoriti o »disciplinskoj vlasti« predsednika parlamenta.

² Predsednik parlamenta je, po pravilu, parlamentarac kojeg bira parlament. Najpoznatiji izuzetak od ovog pravila je predsednik američkog Senata. Predsednik drugog doma Kongresa je potpredsednik SAD, kojeg je, kao i predsednika SAD, izabrao elektorski kolegijum. Dakle, predsednik američkog Senata je »izabran neposredno – ili skoro neposredno – od strane naroda« (Georges Bergougous).

³ Ovo je, ipak, samo delimično tačno, jer u mnogim poslovnicama zapadnoevropskih parlamenta nije predviđen postupak za razrešenje predsednika parlamenta, a gde jeste, u praksi se predsednik retko razrešava.

⁴ Pravilo je da za konstituisanje parlamenta nije dovoljno samo potvrditi poslaničke mandata, već i preduzeti niz drugih radnji od kojih je prva izbor predsednika parlamenta. Vidi više o prirodni konstituisanja parlamenta: V. Petrov, *Parlamentarno pravo*, Beograd, 2010, str. 123–126.

⁵ U teoriji parlamentarnog prava, izdvajaju se, barem još dve osnovne funkcije parlamenta: nadzor nad skupštinskom administracijom i predstavljanje parlamenta u odnosima »spolja«. Vidi više: A. Sturgis, *Parlamentarna procedura*, Zagreb, 2000, str. 185–188.

Disciplinska vlast predsednika parlamenta
– *elementi za jednu definiciju*

Disciplinska vlast predsednika parlamenta obuhvata ovlašćenja predsednika da odlučuje o ostvarivanju disciplinske odgovornosti parlamentaraca. Disciplinska odgovornost parlamentaraca je pravna odgovornost za nepoštovanje pravila unutrašnjeg reda parlamenta bilo onih koja su izričito propisana u parlamentarnom poslovniku bilo parlamentarnih načela koja ne moraju biti izričito formulisana, ali su osnov modernog parlamenta i parlamentarnog života.

Kao što građani odgovaraju za povrede državno-pravnog poretka, tako parlamentarci odgovaraju za povrede parlamentarnog pravnog poretka. Kao parlamentarci, oni imaju posebna prava (sloboda govora koja je zaštićena imunitetom neodgovornosti; pravo i dužnost da prisustvuju sednicama parlamenta, pravo na parlamentarnu naknadu) i posebne dužnosti (npr. dužnost poštovanja parlamentarnog reda). Oni moraju odgovarati za zloupotrebu prava i povredu dužnosti. U suprotnom, parlament ne bi bio organizovani kolegijum koji se u svom radu upravlja relativno strogim formalnim pravilima, već haotični zbir parlamentaraca koji bi radili bez ikakvog reda, ako bi uopšte i radili. Dakle, *disciplinska vlast parlamenta, odnosno njegovog predsednika, nužna je posledica parlamentarne autonomije.* Ako parlament, u granicama ustava, ima pravo da propiše sopstveni unutrašnji poredak, onda on mora propisati i kazne za povrede tog poretka. U tome se nalazi svo opravdanje disciplinske vlasti parlamenta, odnosno predsednika parlamenta.

Disciplinska vlast predsednika parlamenta se vrši nad parlamentarcima kao takvim. Dakle, parlamentarci se kažnjavaju kao parlamentarci, a ne kao građani.⁶ Disciplinske sankcije se »primenjuju nad poslanicima kao nad članovima jednog određenog tela zbog povrede njegovog posebnog poretka, a ne kao nad običnim građanima zbog povrede opšteg pravnog poretka; sledstveno, te kazne ne mogu povrediti u ličnosti poslanika opšta pravna dobra, npr. slobodu, imovinu, itd.; one mogu oduzeti, odnosno umanjiti (suspendovati ili ograničiti, V. P.) poslanicima samo njihova specijalna prava itd.«.

Različiti su osnovi za disciplinsko kažnjavanje parlamentaraca. Najčešće, to su: neopravdano odsustvovanje sa sednica, nedolično ponašanje, ometanje rada parlamenta i njegovih tela itd.⁷ Tako, predsednik parlamenta može oduzeti reč parlamentarcu, ako je ovaj povredio poslovnik (Australija), odlutao od predmeta rasprave (Rumunija), nije poslušao opomenu ili je prekoračio vreme koje je imao

⁶ J. Stefanović, *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno*, knjiga II, Zagreb, 1956, str. 266.

⁷ M. Jovičić, *Odgovornost nosilaca javnih funkcija*, Beograd, 1968, str. 160.

za izlaganje (francuska Nacionalna skupština) ili ako se parlamentarac ponavlja u izlaganju (Irska).⁸ Vređanje kolega parlamentaraca, narušavanje ugleda doma, ignorisanje blažih disciplinskih mera koje su prethodno izrečene, izazivanje nereda na sednicama i druge radnje usmerene na konstantnu opstrukciju, s jedne, ili ugrožavanje prava parlamentarne manjine, s druge strane, osnovi su za izricanje najtežih disciplinskih sankcija. Prema tome, *osnovi disciplinske odgovornosti parlamentaraca su relativno slični u mnogim parlamentima. Najveća razlika je u tome ko ih izriče, odnosno, da li je disciplinska vlast cela u rukama parlamenta ili u rukama predsednika, ili je ona »podeljena« između parlamenta i »prvog služe parlamenta« – njegovog predsednika.*

Skala disciplinskih sankcija je raznovrsna. Poslovnici predviđaju: poziv na red (rappel à l'ordre), oduzimanje reči, ukidanje reči u usmenom postupku (suppression de mots dans le procès-verbal), naređenje da se povuku uvredljive reči, poziv na red i opomenu (rappel à l'ordre et avertissement), oduzimanje reči do kraja sednice, isključenje sa sednice, ukor, isključenje sa više sednica, isključenje iz parlamenta (izuzetno retka mera). *Premda su ove sankcije različite po vrsti i težini, one se mogu svrstati u dve grupe: preventivne i represivne.* Prve su upozorenje, stavljanje u izgled parlamentarcu da će, ako nastavi da se ponaša na neprimeren način, privremeno biti lišen svojih prava u parlamentu (poziv na red, opomena, ukor). Druge podrazumevaju ograničavanje ili suspendovanje određenih prava kao što su pravo na reč, pravo učestvovanja na sednicama parlamenta (oduzimanje reči, isključenje u određenom vremenskom periodu, do kraja sednice itd.).

Disciplinske sankcije su uvek privremenog karaktera. Njima se poslanička prava ne oduzimaju, već samo ograničavaju ili suspenduju na određeno vreme. Otuda je sasvim neprihvatljivo, protivno prirodi parlamentarnog mandata, da i najteže povrede parlamentarnog reda budu sankcionisane gubitkom parlamentarnog mandata. Parlament ne može oduzeti mandat svome članu, jer mu ga on nije ni dao. To još manje može učiniti predsednik parlamenta ili parlamentarna grupa kojoj parlamentarac pripada.

Izricanje disciplinskih sankcija ograničeno je na rad na sednicama (plenarnim i odborskim). To je prirodno, jer su ove sankcije usmerene na održavanje reda na sednicama, kako bi parlament mogao normalno da radi. Otuda je isključeno izricanje disciplinskih sankcija za vreme pauza ili bilo kog prekida rada parlamenta. »Ako bi jedan poslanik udario svoga kolegu u skupštinskoj zgradi, ili van skupštinske sednice, to delo ne bi potpadalo pod disciplinske kazne. To bi bilo obično krivično delo učinjeno u skupštinskoj zgradi... Disciplinske kazne pretpo-

⁸ G. Bergougous, *Presiding Officers of National Parliamentary Assemblies*, Geneva, 1997, p. 74.

stavljaju takva dela koja smetaju Skupštini u njenome radu, ili bar kvare pravilnost njenoga rada. Ono što se desi za vreme prekida sednice, ne može imati uticaja na njen rad, jer se sa prekidom sednice i njen rad obustavlja».⁹

Disciplinska vlast predsednika parlamenta, odnosno parlamenta, prostire se na sve parlamentarce. Sporno je da li se ona prostire i na druge učesnike u postupku (npr. ministre koji imaju pravo učešća na sednicama parlamenta). Ovaj spor, prema jednom shvatanju, ne rešava se propisivanjem u parlamentarnom poslovniku da se disciplinske sankcije mogu izreći i drugim učesnicima u postupku. Parlamentarni poslovnik je, prema klasičnom shvatanju u teoriji parlamentarnog prava, unutrašnji akt parlamenta i on se može odnositi samo na parlamentarce. Čak i kad propisuje određene dužnosti za druge državne organe, one nemaju karakter pravnih, već samo moralno-političkih dužnosti. Ipak, i to je dovoljno da bi parlament uspeo da sačuva svoj unutrašnji poredak od povreda koje mogu učiniti neparlamentarci. Takvo shvatanje zastupao je Slobodan Jovanović: »...Ako glavne disciplinske kazne nisu primenljive na ministre i vladine poverenike, iz toga ne izlazi da bi Skupština bila nemoćna da brani svoj poredak od ovih lica. Predsednik bi, bez sumnje, imao prava da konstatuje svaku njihovu povredu poslovnika, i da ih opomene da se drže njegovih propisa. Ovakve opomene, i ako posle njih ne bi moglo doći ni oduzimanje reči ni isključenje iz Skupštine, imale bi u većini slučajeva, potrebnog moralnog dejstva. Ako bi, i pored ovakvih opomena, jedan ministar stalno grešio protivu parlamentarnog reda i pristojnosti, Skupštini bi ostalo, kao krajnje sredstvo, da izjavi nepoverenje tome ministru koji nije u stanju da radi bez neprestanih sukoba sa njenim poretom. Ministar ne podleži običnim disciplinskim kaznama za svoje povrede činovničkog poretka; protivu tih povreda, ima samo jedan lek: to je njegovo otpuštanje. Isto je tako i sa njegovim povredama parlamentarnog poretka: ni za njih on ne podleži običnim disciplinskim kaznama, ali i protiv njih nalazi se lek u njegovom otpuštanju, koje bi bilo izazvano skupštinskom izjavom nepoverenja itd.«¹⁰ Premda se ne može smatrati neispravnim, ovo rezonovanje počiva na donekle prevaziđenom poimanju parlamentarnog poslovnika. Parlamentarni poslovnik je ne samo unutrašnji pravni akt parlamenta, već i osnovni izvor parlamentarnog prava. Parlamentarno pravo danas je mnogo više od unutrašnjeg prava parlamenta. Ono se razvilo i obuhvata, u značajnom delu, odnose između parlamenta i drugih državnih organa. Ti odnosi uređuju se parlamentarnim poslovníkom i ne mogu se smatrati nepravim, jer se ne odnose isključivo na parlament. Ako parlamentarni poslovnik može propisati obavezu nezavisnom državnom organu da podnosi redovne iz-

⁹ S. Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd, 1924, strana 200.

¹⁰ S. Jovanović, *op. cit.*, str. 201.

veštaje parlamentu, ona se ne odnosi na parlament, ali jeste pravna obaveza. Ako poslovnik propisuje da je ministar dužan odgovoriti na poslaničko pitanje, to što nema neposredne pravne sankcije za povredu te dužnosti ne znači da ona nije pravna itd. Prema tome, parlamentarni poslovnik može predvideti i da se određene mere izriču protiv neparlamentaraca koji učestvuju u postupku. Pitanje je, međutim, da li bi tu bilo reči o disciplinskim merama i disciplinskoj vlasti, jer se ona po prirodi stvari, odnosi samo na parlamentarce. To bi pre bile mere koje parlament propisuje da bi se zaštitio od pokušaja narušavanja njegovog unutrašnjeg reda koji dolaze spolja. Time, međutim, ove mere ne bi dobile politički karakter; one bi imale pravnoobvezujuću snagu.

*Disciplinska vlast predsednika parlamenta
u uporednom pravu*

Disciplinska vlast predsednika parlamenta različito je uređena u uporednom pravu. Poznata su četiri rešenja od kojih su dva izuzeci, a dva se, uglavnom, podjednako često javljaju.

Prvi izuzetak postoji u parlamentima u kojima predsednik nema nikakvu disciplinsku vlast (Japan, Maroko, Monako, Slovačka). To je rešenje koje ne odgovara prirodi institucije predsednika parlamenta čija je osnovna funkcija da predsedava i rukovodi radom na sednicama parlamenta.

Drugi izuzetak predstavlja suprotan primer, kada je sva disciplinska vlast usredsređena u rukama predsednika parlamenta. Drugim rečima, sve disciplinske sankcije tokom rada parlamenta izriče sam predsednik, bez mogućnosti da se parlamentarci žale na njegove odluke. To važi i za najstrožu sankciju, privremeno udaljenje sa sednice parlamenta. Bez sumnje, i ovo rešenje je krajnje neprirodno, imajući u vidu da izvorna disciplinska vlast treba da pripada parlamentu, a ne predsedniku parlamenta. Na ovaj način, predsedniku se omogućava da postane »gospodar« parlamenta, odnosno njegovih kolega, parlamentaraca. Ovo rešenje najšire je prihvaćeno (uz određene izuzetke) u zemljama britanske parlamentarne tradicije koje su oblikovale predsednika parlamenta po uzoru na spikera (speaker) Doma komuna. Britanski spiker ima jaku disciplinsku vlast, koja obuhvata i udaljenje parlamentarca sa sednice.¹¹

¹¹ U Ujedinjenom Kraljevstvu, parlamentarca koji sistematski opstruira rad parlamenta spiker može opomenuti prozivajući ga imenom i prezimenom (prema starom običaju spiker je uzvikivao naziv izborne jedinice iz koje dolazi parlamentarac). Ako se parlamentarac ne obazire na opomenu, spiker može odmah odlučiti da udalji parlamentarca iz doma. Vidi: V. Herman, F. Mendel, *Les parlements dans la monde*, Paris, 1977, p. 360.

Treći način regulisanja disciplinske vlasti u parlamentu postoji kada su ovlašćenja disciplinskog kažnjavanja »podeljena« između doma parlamenta i predsednika. Po pravilu, predsednik je nadležan za izricanje blažih sankcija (opomena, oduzimanje reči), odnosno onih koje se tiču ograničenja slobode govora. Najstroža sankcija, privremeno udaljenje sa sednice ili uopšte iz rada parlamenta, koja je ograničenje prava i dužnosti parlamentarca da prisustvuje sednicama parlamenta i da učestvuje u njegovom radu, nadležnost je celog doma. Ovakvo rešenje postoji u francuskoj Nacionalnoj skupštini. Predsednik Nacionalne skupštine sam odlučuje o manjim disciplinskim sankcijama (poziv na red, poziv na red sa upisom u zapisnik), dok najteže sankcije, uključujući i privremeno isključenje, samo predlaže domu koji o tome odlučuje. Za razliku od francuskog, u italijanskom parlamentu, izricanje ozbiljnijih sankcija u nadležnosti je kolegijalnog tela (Biro).¹²

Četvrta mogućnost koja postoji u značajnom broju parlamentarnih poslovnika odnosi se na dvostепенost odlučivanja o najtežoj sankciji, privremenom udaljenju parlamentarca sa sednice ili iz rada parlamenta uopšte. U stvari, odluku o udaljenju donosi predsednik parlamenta, ali se protiv te odluke, parlamentarcu daje pravo da izjavi prigovor domu parlamenta ili kolegijalnom telu (kolegijum, biro, prezidijum). U Sloveniji, svaka odluka o izricanju disciplinske sankcije predsednika doma može biti osporena tako da konačnu odluku donosi sam dom. U Hrvatskoj, protiv disciplinske mere udaljenja sa sednice Sabora zastupnik ima pravo prigovora, a odluku o prigovoru donosi Sabor većinom glasova prisutnih zastupnika.¹³

¹² Isključenje parlamentarca do kraja sednice izriče predsednik doma, a o udaljenju iz doma u trajanju od dva do 15 dana odlučuje Biro.

¹³ Zastupniku se izriče disciplinska mera udaljenja sa sednice Sabora kada je svojim ponašanjem toliko narušio red i prekršio odredbe Poslovnika o redu na sednici da je dalje održavanje sednice dovedeno u pitanje. Disciplinska mera udaljenja sa sednice može se izreći za vreme trajanja rasprave i odlučivanja o jednoj ili više tačaka dnevnog reda ili za dan kada mu je izrečena mera udaljenja sa sednice. Kada je zastupniku izrečena disciplinska mera udaljenja sa sednice Sabora, zastupnik je dužan odmah napustiti sednicu, a ako to ne učini, predsedavajući mu može izreći stegovnu meru u dvostrukom trajanju. Ako se zastupnik ni nakon izricanja ove mere ne udalji sa sednice, predsedavajući će prekinuti sednicu i naložiti da se zastupnik udalji iz dvorane za sednice. U tom slučaju predsedavajući može zatražiti da zastupniku, kojem je izrečena mera udaljenja sa sednice, onemogući ulazak u dvoranu, dok traje disciplinska mera (član 216. Poslovnika Hrvatskog sabora od 2002). Protiv disciplinske mere udaljenja sa sednice Sabora zastupnik ima pravo prigovora. Prigovor se podnosi predsedniku Sabora najkasnije u roku od 24 časa od izricanja disciplinske mere, a predsednik ga upućuje svim zastupnicima. Predsedavajući unosi prigovor u dnevni red prvog narednog dana, ako je sednica u toku, odnosno za prvu iduću sednicu. Mišljenje o prigovoru daje Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sistem. Odluku po prigovoru Sabor donosi većinom prisutnih zastupnika, bez rasprave, s tim da pravo govora ima samo zastupnik koji je podneo prigovor i izvestilac Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sistem (član 217. Poslovnika Hrvatskog sabora od

Uporedna istraživanja pokazuju da preovlađuje ono rešenje prema kojem odluku o privremenom udaljenju parlamentarca donosi sam dom. »...Ovo je logično, jer pored njihove kažnjivosti, sankcije utiču na vršenje samog parlamentarnog mandata i stoga mogu ugroziti funkcionisanje narodne skupštine...«.¹⁴

*Disciplinska vlast predsednika parlamenta
u parlamentarnom pravu Republike Srbije*

Teorija, uporedno pravo i sudska praksa tradicionalno imaju neznatan uticaj na pravno oblikovanje političkih institucija u Srbiji. Teorija je dobra samo kao »paravan« ili »fasada« da bi se »namakao« legitimitet određenoj političkoj odluci ili rešenju. Uticaj uporednog prava uglavnom se svodi na prepisivanje gotovih rešenja bez ikakve ozbiljnije analize da li su ta rešenja primenjiva u našim prilikama. U žurbi, najbolje je prepisati i pozvati se na autoritet velikog pravnog sistema iz kojeg je rešenje preuzeto. Pri tom, u poslednje vreme, obavezno se ističe da je takvo rešenje »u skladu s evropskim standardima i vrednostima«. Odluke ustavnih sudova u razvijenim zemljama Evrope danas se uzimaju za »izvor« ustavnog prava prvog reda. Kod nas, one se teško donose, a lako zaboravljaju.¹⁵ Sve ovo posledica je još uvek nedovoljno razvijene demokratske političke i pravne kulture. Takva kultura počiva na jakoj svesti o prevlasti objektivnog prava nad politikom i neophodnosti prožimanja teorije i prakse. Suprotna njoj je kvazi-demokratska kultura kojoj je svojstvena isprazna retorika, politički frazeraj iza kojeg stoji autoritarna suština. Početak 21. veka na posebnom, državnom, i opštem, svetskom nivou karakteriše prevlast kvazi-demokratske kulture. Ovo je vreme najvećeg licemerja u kojem pravo bespogovorno služi politici, a vrhunski pravnici olako gube decenijama stican autoritet. Takvo stanje se, ipak, možda glasnije

2002). Sabor može po prigovoru: potvrditi izrečenu disciplinsku meru; ukinuti idisciplinsku meru. Odluka Sabora je konačna (član 218. Poslovnika Hrvatskog sabora od 2002).

¹⁴ G. Bergougnous, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵ Jedan od najboljih primera iz sudske prakse Ustavnog suda je odluka kojom su proglašene neustavnim i ukinute odredbe člana 88. stava 1. t. 1. i 9. Zakona o izboru narodnih poslanika od 2000 (Odluka Ustavnog suda IU-197/2002 od 27. 05. 2003, »Službeni glasnik RS«, broj 57/2003). Ova odluka je nesporno potvrdila da je mandat narodnih poslanika prema Ustavu Srbije od 1990. slobodan. Pisci novog ustava Srbije očigledno uopšte nisu imali u vidu jednu od najznačajnijih odluka Ustavnog suda donetih za vreme važenja Ustava Srbije od 1990. Zato su u Ustav Srbije od 2006. i mogli da unesu nebuloznu odredbu, koja glasi: »Narodni poslanik je slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika« (član 102. stav 2. Ustava Srbije od 2006.).

nego ikad, naziva vladavinom prava. U stvari, to nije vladavina prava nego vladavina putem prava.

Stepen razvijenosti pravne i političke kulture jedne zemlje najpre dolazi do izražaja prilikom donošenja novog ustava, ali i drugih značajnih pravnih akata kojima se ustav »operacionalizuje«, oživotvoruje. Među tim pravnim aktima posebno mesto zauzima parlamentarni poslovnik. U modernom ustavnom i parlamentarnom pravu, poslovnik parlamenta je mnogo više od »unutrašnjeg prava« parlamenta; to je pravni akt koji značajno utiče na funkcionisanje celokupne ustavne mašine.¹⁶

Ustav Srbije od 2006. propisao je obavezu donošenja Zakona o Narodnoj skupštini. Umesto da ovaj zakon, koji je nesporno ustavnog karaktera, bude donet ubrzo po stupanju na snagu Ustava, on je donet više od tri godine kasnije (februara 2010).¹⁷ Prema Zakonu o Narodnoj skupštini, Skupština je trebalo da donese novi skupštinski poslovnik u roku od 120 dana od stupanja na snagu ovog zakona (član 73. Zakona). Po običaju, rok je prekoračen, ali je novi poslovnik, ipak, usvojen do kraja jula 2010.¹⁸

Novi poslovnik Skupštine u delu koji se odnosi na disciplinsku vlast Skupštine, odnosno predsednika Skupštine, nije nov. I pored uputstava domaćih i stranih stručnjaka,¹⁹ ali i preporuke Ustavnog suda,²⁰ održavanje reda na sednicama uređeno je na suštinski istovetan način kao i u ranijem poslovniku. Prema starijom poslovniku,²¹ sva disciplinska vlast bila je u rukama predsednika Narodne skupštine. »O redu na sednici Narodne skupštine stara se predsednik Narodne skupštine. Zbog povrede reda na sednici, predsednik Narodne skupštine može da izrekne mere: opomenu, oduzimanje reči ili udaljenje sa sednice« (član 105. Poslovnika od 2009). Isto rešenje zadržano je i u novom skupštinskom poslovniku (član 108. Poslovnika od 2010)²².

Ovo rešenje nije u skladu sa teorijskim poimanjem disciplinske vlasti parlamenta, ali ni sa preovlađujućim rešenjem u uporednom pravu. Kao što smo videli, predsednik parlamenta ne bi smeo da izriče najtežu disciplinsku sankciju, udaljenje sa sednice ili ako je već ovlašćen da to čini, udaljenom parlamentarcu

¹⁶ O svojstvima i funkcijama parlamentarnog poslovnika, vidi: M. Radaković, V. Petrov, »Vreme parlamentarne reforme«, *Pravni život*, tom VI, broj 14, 2009, str. 897–912.

¹⁷ Zakon o Narodnoj skupštini od 2010. (»Službeni glasnik RS«, broj 9/10).

¹⁸ Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije (»Službeni glasnik RS«, broj 52/10).

¹⁹ Imali smo prilike da aktivno učestvujemo na sastancima radne grupe za izradu novog skupštinskog poslovnika sa domaćim i stranim stručnjacima u Vršcu, 14–16. jun 2010. godine.

²⁰ Vidi niže.

²¹ Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije (»Službeni glasnik RS«, broj 14/09 – Prečišćen tekst).

²² Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije (»Službeni glasnik RS«, broj 52/10).

se mora dati pravo na prigovor o kojem, po pravilu, odlučuje ceo parlament. U stvari, to nije nikakvo moderno pravilo, već staro pravilo parlamentarnog prava. Ono je bilo primenjeno i u Zakonu o poslovnom redu u Narodnoj skupštini od 1903. Izricanje najteže disciplinske sankcije bilo je u nadležnosti Skupštine. Kaznu isključenja izricala je Skupština na predlog predsednika ili dvadeset poslanika. Ako bi poslanici svojim neredom izazvali prekid sednice, sankcija je izricana na predlog predsednika Skupštine.²³ Kada je 1907. Vlada Kraljevine Srbije podnela predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o poslovnom redu u Narodnoj skupštini, u članu 137. stajalo je: »Ako bi koji poslanik ili poslanici pravili veći nered, ili se suviše grubo ponašali u Skupštini, predsednik će narediti da se odmah udalje iz skupštinske dvornice do kraja sednice onoga dana«. Slobodan Jovanović je kritikovao ovakav predlog. »Ovim se predsedniku daje pravo da nad takvim poslanicima izriče kaznu isključenja za jednu sednicu. Po mom mišljenju, tako veliku kaznu kao što je kazna isključenja bolje je da izriče – kao i do sada – Skupština a ne sam predsednik«,²⁴

Najnoviji argument u prilog ovom shvatanju nalazi se u sudskoj praksi Ustavnog suda Srbije. Da vlast predsednika Skupštine u izricanju disciplinskih sankcija ne može biti apsolutna mišljenje je i Ustavnog suda. Godine 2009. grupa narodnih poslanika podnela je inicijativu za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 112. stav 2. Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije (»Službeni glasnik RS«, broj 14/09 – Prečišćen tekst). »Mera udaljenja sa sednice primenjuje se za narednih 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine, od dana udaljenja, odnosno na sednicu na kojoj je izrečena ova mera, ako sednica traje duže od 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine«. Ustavni sud nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti ove odredbe, jer je utvrdio da je »osporena odredba doneta u okviru ustavnih ovlašćenja Narodne skupštine da Poslovníkom autonomno uređuje svoj rad na propisan način, te nije nesaglasna sa odredbama 102. i 110. Ustava, kojima je propisano da se izbor, prestanak mandata i položaj narodnih poslanika uređuje zakonom i da se o Narodnoj skupštini donosi zakon«. Ipak, Ustavni sud je odlučio da, saglasno odredbi člana 105. Zakona o Ustavnom sudu, obavesti pismom Narodnu skupštinu »o postojanju pravne praznine u uređenju prava narodnih poslanika da zahtevaju preispitivanje disciplinskih mera koje je izrekao predsednik Narodne skupštine«. ²⁵ Dakle, Ustavni sud je dao »preporuku« Narodnoj skupštini da u no-

²³ Vidi: S. Jovanović, *op. cit.*, str. 199.

²⁴ S. Jovanović, »Nov skupštinski poslovnik«, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knjiga peta, 1908, str. 165.

²⁵ Iz saopštenja sa 39. Redovne sednice Ustavnog suda, održane 10. decembra 2009. godine, kojom je predsedavala dr Bosa Nenadić, predsednik Ustavnog suda (predmet IUz – 62/09).

vom skupštinskom poslovniku prizna pravo narodnih poslanika na prigovor protiv odluke predsednika Narodne skupštine o izricanju disciplinskih mera. Premda Narodna skupština nije bila dužna da po ovoj »preporuci« postupi, trebalo je da to učini. Ne samo zbog konkretnog ovlašćenja koje se tiče održavanja reda na sednici, već i zbog toga što se na taj način uspostavljaju odnosi saradnje i poverenja između najviših državnih organa. Ti odnosi se ne »propisuju« niti se »pravom fiksiraju«. Oni treba da budu fleksibilni; predmet dobrih ustavnih konvencija. Uostalom, moderna ustavna demokratija počiva na saradnji parlamenta i ustavnog suda u stvaranju prava. Odluke ustavnog suda moraju se više uzimati u obzir pri izradi pravnih propisa, jer moderni ustavni sud više nije samo »negativni« (H. Kelzen), već i »pozitivni zakonodavac«. On, dakle, u dispozitivu odluka kazuje šta ne sme, po ustavu, biti pravo, ali u obrazloženju ukazuje na to kakvo pravo treba da bude. U Srbiji, odnose dobre saradnje između ustavnih institucija tek treba izgrađivati.

Najzad, u završnoj verziji nacrtu novog skupštinskog poslovnika, koji nije bio predmet javne rasprave, takođe je izostalo rešenje prema kojem Skupština ima poslednju reč u izricanju najteže disciplinske sankcije udaljenja poslanika sa sednice. U jednom trenutku bilo je predviđeno ublažavanje ove sankcije po vremenu trajanja (»Mera udaljenja sa sednice primenjuje se za dan kada je izrečena. Ukoliko se narodnom poslaniku na istoj sednici izrekne druga mera udaljenja, ta mera traje do kraja sednice Narodne skupštine na kojoj je izrečena«), ali je potom vraćeno staro rešenje (»Mera udaljenja sa sednice primenjuje se za narednih 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine, od dana udaljenja, odnosno za sednicu na kojoj je izrečena ova mera, ako sednica traje duže od 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine« – član 113. stav 2. Poslovnika od 2010).

Učestvujući na skupu koji je trebalo da stvori privid da se o nacrtu skupštinskog poslovnika pita i struka (domaći i strani poznavaoци uporednog parlamentarnog prava i parlamentarne prakse)²⁶, uvideli smo nespornost da se prihvatiti, sa stanovišta teorije i uporednog prava, najčistije rešenje prema kojem je izricanje mere isključenja sa sednice isključiva nadležnost Narodne skupštine. Stoga smo predložili, pozivajući se na solidnu regulativu u poslovniciima slovenačkog i hrvatskog parlamenta, da se narodnom poslaniku isključenom sa sednice odlukom predsednika Skupštine prizna pravo na prigovor o kojem odlučuje Skupština. U Komentararu radne verzije nacrtu Poslovnika Narodne skupštine, koji smo usmeno predstavili i pismeno dostavili radnoj grupi za izradu nacrtu Poslovnika, istakli smo: »Član 104 i 106. nacrtu radne verzije Poslovnika – disciplinska mera udaljenja sa sednice narodnog poslanika. *Predlog*: protiv najstrože disciplinske mere treba omogućiti narodnom poslaniku pravo na prigovor. Ovo poseb-

²⁶ Vršac, 14–16. jun 2010.

no važi za slučaj kada je narodnom poslaniku izrečena mera udaljenja do kraja sednice. Protiv ovakve odluke predsednika Narodne skupštine treba obezbediti pravo na pravno sredstvo, odnosno dvostepenost postupka. Rešenje bi otprilike moglo da bude ovakvo:

Narodni poslanik kojem je izrečena mera udaljenja sa sednice ima pravo na prigovor. Prigovor se podnosi predsedniku Narodne skupštine najkasnije u roku od 24 sata od izricanja mere, a predsednik ga dostavlja svim narodnim poslanicima. Mišljenje o prigovoru daje Administrativni odbor.

Odluku o prigovoru, prvog narednog dana po podnošenju prigovora, donosi većina prisutnih narodnih poslanika, bez rasprave, s tim da pravo govora ima samo podnosilac prigovora i izvestilac Administrativnog odbora.

Narodna skupština može odlučiti da odbije prigovor i potvrdi izrečenu disciplinsku meru ili da usvoji prigovor i ukine izrečenu meru. Odluka Narodne skupštine je konačna.«

Premda su članovi radne grupe koji pripadaju parlamentarnoj većini istakli da je ovo, u osnovi, dobro rešenje, u konačnoj verziji predloga skupštinskog poslovnika usvojenog u Narodnoj skupštini, ono je izostalo. Jedina novina u novom poslovniku Skupštine, u delu koji se odnosi na održavanje reda na sednici, nalazi se članu 113. stavu 3: »Izuzetno od stava 2. ovog člana (»Mera udaljenja sa sednice primenjuje se za narednih 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine, od dana udaljenja, odnosno za sednicu na kojoj je izrečena ova mera, ako sednica traje duže od 20 dana zasedanja (rada) Narodne skupštine«, *V. P.*), narodni poslanik koji je udaljen sa sednice Narodne skupštine ima pravo da prisustvuje sednici Narodne skupštine u Danu za glasanje«. To, izgleda, znači da je isključenom narodnom poslaniku oduzeto pravo da govori o zakonskom predlogu, ali ne i pravo da se izjasni glasanjem o zakonskom predlogu, premda u raspravi o tom predlogu možda uopšte i nije učestvovao.

Može se prigovoriti da pitanje izricanja disciplinskih sankcija parlamentarcima nije jedno od suštinskih pitanja za dobro funkcionisanje parlamenta, kao i da ono, vremenom, sa uozbiljavanjem parlamenta i njegovih članova gubi na značaju. Sa jačanjem autoriteta parlamenta i svesti parlamentaraca o dostojanstvu funkcije narodnog predstavnika, kao i sa razvojem parlamentarne kulture, potreba za izricanjem najtežih disciplinskih sankcija će gotovo nestati. Usamljeni slučajevi ozbiljnije povrede skupštinskog reda biće sankcionisani, ali to može činiti i predsednik parlamenta. To je efikasno rešenje, koje ne usporava Skupštinu u radu i jača autoritet samog predsednika. Predsednik Skupštine, koji jeste prvi među jednakima, ipak oličava jedinstvo skupštinskog delovanja. Bolje obavешteni narodni poslanici znaju da takvu vlast ima i najpoznatiji predsednik parlamenta na svetu, britanski spiker Doma komunara. Zašto je ne bi mogao imati predsednik Narodne skupštine u Srbiji?

Oba argumenta se lako mogu odbiti. Prvi, koji se tiče autoriteta samog predsednika parlamenta i efikasnosti rada parlamenta, koji ne treba da radi dupli posao, više je argument političke prirode. Urediti poslovníkom pravo parlamentarca da izjavi prigovor na odluku predsednika parlamenta ne znači priznati mu novo pravo, koje ovaj nema, već samo potvrditi ono koje je svojstveno prirodi njegove funkcije. Ova funkcija zahteva prisustvo i učešće parlamentarca u parlamentarnom radu. Da li o tom pravu treba da, kao prva i poslednja instanca odlučuje drugi parlamentarac, koji jeste predsednik, ali nije »gospodar« parlamenta? Razlozi efikasnosti ne mogu da pretegnu u odnosu na načela slobodne rasprave i zaštite parlamentarne manjine. Upravo ova, vrhovna načela parlamentarnog prava mogu biti ozbiljno dovedena u pitanje poveravanjem celokupne disciplinske vlasti jednom čoveku, bio on i predsednik parlamenta. Što se tiče drugog argumenta u vezi sa spikerom Doma komuna, svaki poznavalac parlamentarnog prava zna da je reč o posebnoj instituciji stranački neutralnog predsednika-arbitra, koja se nigde drugde (čak ni u parlamentima koji su pod snažnim uticajem britanskog parlamentarnog modela) nije primila, a najmanje bi to mogla u Srbiji u kojoj će još mnogo vremena proći da stranački predsednik parlamenta barem »zaliči« na nezavisnog arbitra.

Da zaključimo. Disciplinska vlast nad parlamentarcima je vlast parlamenta kao kolegijalnog tela, a ne njegovog predsednika. To što se u svim parlamentarnim poslovnícima sveta, ovlašćenje za izricanje blažih disciplinskih sankcija (opomena, oduzimanje reči) daje predsedniku parlamenta ne dovodi u pitanje prethodnu tvrdnju. Tu tvrdnju upravo osnažuje činjenica da je u većini parlamentarnih poslovníka odluka o izricanju najteže disciplinske sankcije, udaljenja parlamentarca sa sednice, uvek odluka parlamenta. On je može doneti na predlog predsednika. I to je najviše »vlasti« što se predsedniku parlamenta može dati u ovoj oblasti. U suprotnom, predsednik postaje sudija i dželat, a to je previše vlasti koja ne odgovara prirodi funkcije predsednika parlamenta.²⁷

Premda je jasna namera zakonodavca i pisca skupštinskog poslovníka da osnaže individualnost predsednika parlamenta, dopuštajući mu da mnoge odluke donosi sam, bez saglasnosti Skupštine (o čemu u ovom radu nije moglo biti reči), regulativa disciplinske vlasti Skupštine, tačnije njenog predsednika, morala je biti drukčija. I stvarno, propuštena je prilika da se ova oblast bolje uredi, imajući u vidu parlamentarnu stvarnost, ali s više osećaja za pravni rezon i finese. Tako je, međutim, bilo i početkom prošlog veka (od 1906), kada je pripremana velika parlamentarna reforma, a Stojan Protić, tadašnji ministar unutrašnjih dela, poverio

²⁷ Vidi: V. Petrov, *Parlamentarno pravo*, Beograd, 2010, str. 119.

Slobodanu Jovanoviću da sačini nacrt novog skupštinskog poslovnika. Kada je nacrt Slobodana Jovanovića dospeo u ruke političara, malo šta je dobrog ostalo u konačnoj verziji. Vreme brzo prolazi, ali se stvari sporo menjaju, ili se čak uopšte ne menjaju. To je, izgleda, svojstveno mnogim oblicima intelektualnog delovanja ljudi na ovim prostorima.

VLADAN PETROV, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Belgrade

DISCIPLINARY POWER OF THE PARLIAMENT PRESIDENT

Summary

In this article, the author explains the meaning of the phrase "disciplinary power of the president of parliament". First defined is the scope and the content of disciplinary power of the president in the light of parliamentary theory and comparative parliamentary law. Secondly, the author analyses the responsibility of the president of Serbian parliament for the maintenance of discipline within the House. Giving the president of parliament the means necessary to ensure security and discipline within parliament means the guaranteeing a free debate and normal functioning of parliament. However, the House, not the president, should be responsible for deciding on the most severe disciplinary sanctions, such as temporary expulsion of a member of parliament. It is not the case in the National Assembly of Serbia. The new 2010 Standing Order of the National Assembly grants all disciplinary powers to the president of the Assembly. In According to the author, it is too much power for the president who is, after all, only a *primus inter pares*.

MILE DMIČIĆ

**SENAT REPUBLIKE SRPSKE – SAVETODAVNO TELO
NAJVIŠIH USTAVNIH INSTITUCIJA ILI *SUI GENERIS*
PARLAMENTARNO TELO**

U V O D

Savremene ustavne sisteme, u sve većoj mjeri, karakteriše slabljenje uloge i uticaja parlamenta u ustavnom životu određenih zemalja, što se izražava u sužavanju zakonodavne funkcije parlamenta, čemu doprinosi jačanje uloge egzekutive i razvijanje sve neposrednijih kontakata koji se uspostavljaju između organa vlasti i građana. Ali, istovremeno, neosporno je da se ne dovodi u pitanje to da je parlament ustavna institucija koja otevljuje ljudske slobode, zbog čega se bez parlamenta ni ne može zamisliti demokratsko društvo. U kontekstu parlamentarizma, demokratije i prava i sloboda, traganje za najboljim načinom vršenja vlasti u društvu nikada nije bilo završeno, tako da se »i došlo do saznanja i poznate istine da nema najboljeg i najsavršenijeg sistema, bar ne onog koji bi odgovarao svim vremenima, svim društvima i svim prilikama«. ¹

Savremeni mislioci, naučnici i analitičari ističu da parlament nije više klasično zakonodavno telo i da je vlast koju on danas vrši više »vlast raspravljanja« nego tradicionalna »zakonodavna vlast«. »Raspravljajuća vlast sastoji se u osporavanju i prigovaranju aktima i merama egzekutive. U tom svojstvu uloga parlamenta je da prenosi egzekutivi »pulsacije javnog mišljenja«. Parlament je organ

Dr Mile Dmičić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci.

¹ Pavle Nikolić, Parlamentarizam i ustavna monarhija, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1–2, Beograd, 2006, str. 708.

koji je najkvalifikovaniji da vodi raspravu o stavovima i aktima vlasti. Dijalog koji se uspostavlja u parlamentu ima u načelu dva oblika: to je, s jedne strane, dijalog između vlasti i opšteg javnog mnjenja o pitanjima opšte politike, a s druge, to je dijalog vlasti s posebnim mišljenjima društvenih grupa. Parlament je najkvalifikovaniji organ da se u njemu takav dijalog odvija, s obzirom da se u parlamentu slivaju zahtevi najraznovrsnijih društvenih grupa u zemlji. Ova nova preraspodela državnih poslova udaljuje se od tradicionalne šeme, prema kojoj zakonodavna funkcija u celini pripada parlamentu, dok izvršna pripada vladi (B. Jeanneau)«²

Istovremeno, sa stanovišta teme ovog rada, pored isticanja toga da je parlamentarizam oblik predstavničke demokratije koji počiva na izborima, a da je izbor parlamenta poveren građanima, parlament svoju legitimnost oslanja na neposrednu vezu birača i poslanika uspostavljenu na opštim, periodičnim i neposrednim izborima. Građanin kao učesnik izbornog procesa neposredno utiče na obrazovanje političkih institucija. Izbornost je načelo na kome počiva čitav položaj parlamenta, a izborni sistem je instrument ostvarivanja ovog načela. U izbornom procesu se realizuju osnovne političke slobode i prava građana. Zbog značaja izbora za poziciju građana kao nosilaca suverenosti u političkoj zajednici i za konstituisanje predstavničkog tela kao reprezentanta građana, izborne principe i osnovna pravila izbora uređuje ustav.³ Time se »najbolji način vršenja vlasti, u osnovi, traži u kombinovanom modelu neposredne i posredne demokratije, što bi omogućavalo narodu da jedan deo svoje suverenosti ostvaruje neposredno, a drugi deo posredstvom svojih izabranih predstavnika.

Političko predstavništvo nalazi se u redu univerzalnih i veoma značajnih fenomena savremenog društva. U tom smislu, naš poznati teoretičar Slobodan Jovanović, u svom radu »Američki federalizam«, podseća na činjenicu da je »rečeno« da su »posle starih Grka i Rimljana, ljudi učinili svega dva iznaska u oblasti političke veštine: jedan je predstavnička vlada, a drugi federalizam«. Tome dodaje, da su i predstavnička vlada i federalizam, proizvod anglosaksonskog duha (Z. Đukić-Veljović). Zato je skoro »nemoguće zamisliti modernu državu u kojoj ne postoje predstavničke institucije kao nosioci funkcija odlučivanja o različitim pitanjima od šireg, odnosno opšteg društvenog značaja. Te institucije utemeljene su na brojnim principima i mehanizmima, koji čine okosnicu predstavničkog sistema.⁴

² Ratko Marković, Ustavno pravo i političke institucije, »Službeni glasnik RS«, Beograd, 2008, str. 277–278.

³ Marijana Pajvančić, Parlamentarno pravo, Beograd, 2008, str. 11.

⁴ Zlatija Đukić-Veljović, Ogledi o političkom predstavništvu i izborima, Beograd, 1995, str. 15.

Potrebno je, stoga, istaći i to da koreni savremenih ustavnih institucija sežu do ranog srednjeg veka, a u određenom, širem smislu, i do antičkog perioda, u kojem su, i pored toga što je neposredna demokratija smatrana idealnim oblikom političke organizacije društva, uspostavljane, ipak, i prve predstavničke ustanove, uz kontinuirano prisutan problem traženja i uspostavljanja mehanizma odnosa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.⁵ Nadalje, u demokratskim zemljama, u težnji za uspostavljanjem vladavine naroda, posebno je značajno obezbediti stanje »ravnoteže vlasti i time vodimo ograničenju vlasti, čime se stvarao osnov za vladu naroda«. ⁶ To je, upravo potrebno u smislu »da vlast ne bi mogla da se zloupotrebi, treba da se stvari tako uredi da jedna vlast koči drugu vlast«, ⁷ da se obezbedi ravnoteža vlasti putem saradnje i uzajamne zavisnosti jedne vlasti od druge.⁸

Dosadašnji društveni, politički i ustavni razvoj Republike Srpske, uglavnom, odražava intenzitet izgradnje, modernizacije i funkcionisanja entiteta, pored ostalih i na načelima podele vlasti i parlamentarne demokratije. Prvobitnim, osnovnim ustavnim tekstom i kasnijim ustavnim promenama težilo se uspostavljanju i jačanju ustavnopravnih i državotvornih obeležja, ustavnopravnog položaja i ukupne državotvorne strukture Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine na temeljima dejtonskih rešenja.

Ustavom Republike Srpske iz 1992. godine utvrđeno je da ustavotvornu i zakonodavnu vlast ostvaruje Narodna skupština (član 69. Ustava), a potom je Amandmanom LXXVI (2002) predviđeno da će zakonodavnu vlast vršiti i Veće naroda, čija je osnovna funkcija da razmatra zakone i druge propise koje izglasa Narodna skupština, a koji se tiču pitanja vitalnog nacionalnog interesa bilo kojeg od konstitutivnih naroda, i koji stupaju na snagu nakon usvajanja u Veću naroda.

⁵ Vidi o tome: Pavle Nikolić, Prilog pitanju pojma i klasifikacije vlasti u modernim državama, u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1 od 1966, st. 1, 2, 4–9; Maurice Hauriou, *Precis elementaire de droit constitutionnel*, Requeil Sireq, Paris 1930, str. 61–67; Robert Redslob, *Le regime parlementaire* Marcel Giard, Paris 1924, ctp. 1; Joseph Barthelemy, *Le role du pouvoir executif dans les republics modernes*, Giard et Briere, Paris 1906, crp. 15, 16–17 i dr; Lowell G. Fieldl *Governments in modern society*, McGraw-Hill Book Company inc, New York 1951, str. 34.

⁶ Vidi Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier Freres, Paris, str. 142, 143; E. Artur, *De la separation des pouvoirs et de la separation des fonctions de juger et d'administrer*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1905; Joseph Barthelemy et Paul Duez. *Traite de droit constitutionnel*, Libraire Dalloz, Paris 1933; A. Saint-Girons, *Essai sur la separation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, L. Larrousse, Paris 1881; Slobodan Jovanović, *Država*, Geca Kon, Beograd, 1936, knjiga prva.

⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, str. 142.

⁸ Jovan Đorđević, *Politički sistem*, Savremena administracija, Beograd 1980, str. 574; Pavle Nikolić, *Skupštinski sistem*, Savremena administracija, Beograd, 1973, str. 101.

Međutim, uvažavajući iskustva modernih demokratskih država i ustavne sisteme zemalja respektivnih u strukturi novog svetskog poretka, kao i opšteprihvaćena načela u pravnoj i političkoj teoriji, promenama Ustava Republike Srpske uveden je Senat Republike kao savetodavno telo najviših ustavnih institucija Republike Srpske.⁹ Time je, u prvom redu, učinjen značajan korak ka temeljitijem i kvalitetnijem razmatranju pitanja od posebnog značaja za politički, nacionalni, ekonomski i kulturni razvoj Republike i davanju najvišim ustavnim institucijama mišljenja o pitanjima iz njihove nadležnosti.¹⁰ Posmatrajući istoriju savremene ustavnosti, »mnogostranosti i upornosti savremene krize«,¹¹ i ova institucija u našem sistemu potvrđuje argumentaciju ustavnopravne teorije i empirije da ustavi imaju za cilj regulisanje osnove državnog i društvenog uređenja i, što je posebno značajno, da budu primenjeni.

Institucija Senata je svojom ustavnopravnom nadležnošću, sastavom od istaknutih ličnosti iz javnog, naučnog i kulturnog života, zatim, načinom rada, odlučivanja i samoorganizovanja, kao i odabirom pitanja koja će razmatrati, težila da najneposrednije bude u funkciji izgradnje i bogaćenja ustavnopravnog uređenja i praktičnog unapređenja i boljeg funkcionisanja najviših organa vlasti Republike Srpske.

U prvoj fazi svog konstituisanja, Ustavom donesenim 28. februara 1992. godine, Republika Srpska je konstituisana kao moderna, suverena demokratska država srpskog naroda i svih njenih građana. U osnovi, pošlo se razumljivo od toga da njen slobodan i suveren narod, u skladu sa međunarodnim pravom, može da odlučuje samostalno o svom političkom i državnom statusu i obezbeđuje svoj ekonomski, socijalni i kulturni razvoj. Prvobitno, državna suverenost Republike Srpske se zasnivala i na nezavisnosti njene državne vlasti, slobodi stvaranja i primene prava, kao i na samostalnosti u odnosu na bilo koju drugu vlast unutar ili izvan njene teritorije.

Sadašnja ustavna rješenja, omogućavaju povezivanje Republike Srpske sa drugim državama srpskog i ostalih naroda, kao demokratsko i prirodno pravo, što proizlazi iz sadašnje ustavne odredbe, prema kojoj »Republika može, shodno Ustavu Bosne i Hercegovine, da uspostavlja specijalne paralelne odnose sa Saveznom Republikom Jugoslavijom i njenim republikama članicama«. ¹² Republika

⁹ Ustav Republike Srpske, sedmo izdanje, Amandman XL, tačka 6. stav 1. na Ustav Republike Srpske, Banja Luka, 2007, str. 44.

¹⁰ Ustav Republike Srpske, sedmo izdanje, Amandman XL, tačka 6. stav 2. na Ustav Republike Srpske, Banja Luka, 2007, str. 44.

¹¹ Miloš Macura: Pozdravna reč na naučnom skupu »Dva veka savremene ustavnosti«, Beograd, 1990.

¹² Ustav Republike Srpske, član 4, odnosno tačka 2. Amandmana LVI na Ustav Republike Srpske, Banja Luka, 2007, str. 14.

Srpska, takođe, može da ulazi u sporazume sa državama i međunarodnim organizacijama, sa pristankom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.¹³

*Komparativni pregled razvoja parlamentarizma
i institucije senata*

Za bolje razumevanje teme ovog rada neophodan je kraći osvrt na ustavno-pravnu genezu nastanka, razvoja i modifikacije institucije senata sa prvim počecima ustavnosti srpskog naroda, kada i započinje razvoj senata. U vreme nastojanja ruskog cara da stavi Srbiju pod svoju zaštitu (1807.), osnovano je i Praviteljstvo srpsko, pod predsedništvom kneza. Bile su tri kategorije članova Senata: vojvode, prevashodni senatori i predstavnici svake nahije (savetnici Senata). Prve dve kategorije su birane doživotno, ulazeći time u red plemstva. Karakteristično je da je knjaz Miloš senat ograničio skupštinom, odnosno obavezao ga da odgovara narodnom predstavništvu.

Istorija ustavnosti Srbije u devetnaestom veku protekla je većinom u neprekidnoj borbi između naroda i suverena, odnosno u rešavanju dileme ko je suveren: narod ili monarh. Ova dilema je sadržana i u Sretenjskom ustavu iz 1835. godine. Zato je novija srpska ustavnost prepoznatljiva po odredbi iz Sretenjskog ustava da izvršna, zakonodavna i sudska vlast pripadaju knezu i Državnom savetu, s tim što je kneževa ličnost bila neprikosnoven. I u tzv. »turskom ustavu« iz 1830. godine postoji dvodomnost sistema oličena u institucijama naslednog kneza i Saveta. Njegovi članovi su bili smenjivi samo po sudskoj presudi i pristanku porote, a knez nije mogao doneti nijedan zakon bez pristanka Saveta.

Međutim, u »namesničkom« Ustavu iz 1869. godine nije bilo odredaba o parlamentarnom režimu, jer je dinastija imala puni prestiž u vlasti. Bilo je predviđeno postojanje obične i velike narodne skupštine, a da knez »bira na svaka tri poslanika po jednog od svoje strane iz reda ljudi koji se odlikuju naukom ili iskustvom u narodnim poslovima«.

U vreme uspona parlamentarizma od 1903. do 1914. godine, ne postoji ustanova senata, iako istaknuti ustavnopravni teoretičari promišljaju o tom vremenu sa stanovišta da bi senat u eventualnim sukobima mogao da ima ulogu svojevrsnog posrednika.

Institucija senata se, takođe, susreće i u vreme razvoja ustavnosti u Crnoj Gori u doba Petra Petrovića Njegoša, koji je imao 16 članova i koji nisu birani po plemenskoj pripadnosti. Tako je u Ustavu iz 1905. godine bila odredba prema

¹³ Ustav Bosne i Hercegovine, član III, tačka 2 (d), Banja Luka, maj 2005, str. 11.

kojoj se u Narodnoj skupštini, pored biranih, određen broj poslanika imenovao od strane kneza Nikole.

U ustavnopravnoj istoriji kraljevske Jugoslavije ovoj instituciji ustavnog sistema nije pridavana pažnja. Tako Ustavom iz 1921. godine nije bila predviđena dvodomna već jednodomna skupština. Institucija senata se uvodi tek u Ustavu iz 1931. godine. U sistemu ograničenog parlamentarizma zakonodavnu vlast su vršili: knjaz i narodno predstavništvo sastavljeno od Narodne skupštine i Senata. Analiza njegove uloge ukazuje da je više bio u funkciji jačanja kraljevske vlasti. Senat su sačinjavali senatori koje je imenovao kralj na period od pet godina, dok se jedna trećina senatora obnavljala svake tri godine. Senat je bio ravnopravni dom narodnog predstavnštva. Imao je mogućnost da koristeći svoju autonomiju utiče na izbor predsedništva, zakonodavnu inicijativu, donošenje zakona i budžeta, pravo odobravanja međunarodnih ugovora zaključenih od kralja, podnošenje interpelacije ministrima i slično. Može se konstatovati da, i u kontekstu „oktroisanog ustava« senat ima ulogu značajnog ustavnopravnog mehanizma neophodnog za stabilizaciju tadašnjeg ustavnog sistema, u kojem je, pored narodnog predstavnštva, kralj imao ulogu snažnog ustavnog činioca.

U periodu socijalističke ustavnosti postojali su Savet Federacije i Savet republika. Njihova uloga i nadležnost bile su utvrđene posebnim zakonima i poslovnicima saveta. Šire gledano, u našoj ranijoj ustavnosti senat ili njemu slične institucije ustavnog i političkog sistema su imale važnu ulogu u kontekstu uspostavljanja pravne države i vladavine prava, prvenstveno u organizaciji i, u određenoj meri, postojanju elemenata sistema podele vlasti na nivou najviših organa vlasti. Institucija senata je, u osnovi, omogućavala ustavnu i parlamentarnu ravnotežu služeći kao bitna poluga konstitucionalizma i parlamentarizma.

U kontekstu sagledavanja uloge senata u pojedinim državama u svetu, neophodno je imati u vidu činjenicu da je u poslednjih pedeset godina primetno slabljenje uloge ovog parlamentarnog tela u mnogim zemljama parlamentarne demokratije.

Postoji preko pedeset država u svetu sa senatom kao drugim domom, dok je znatan broj država odgovarajućim ustavnim rešenjima uspostavio jednodomne sisteme. Za razumevanje istorijskih okolnosti pod kojima se to desilo, neophodno je osvrnuti se na iskustva britanskog senata – Doma lordova. Prvobitno, engleski parlament je u svom sastavu imao veći broj domova. U njima su zajedno zasedali i donosili odluke pripadnici tri staleža: aristokratije, sveštenstva i građanstva. Međutim, u četrnaestom veku parlament je dobio svoju konačnu unutrašnju strukturu, i to u obliku bikameralizma (dvodomnog sistema). Podela parlamenta na Dom lordova ili Gornji dom i Dom narodnog predstavnštva ili Donji dom, koja se održala i vremenom postala obrazac za uspešno funkcionisanje dvodomnog zakonodavnog tela. To je gotovo u potpunosti primenjeno upravo u onim

državama i regionima gdje je britanska kruna dominirala u ulozi velike kolonijalne sile. Stoga je evidentno da je ovakav model dvodomnog sistema zadržan u Australiji, Kanadi, Sjedinjenim Američkim Državama, te u nizu južnoameričkih i afričkih država oslobođenih od britanske kolonijalne vlasti.

I neke evropske države iz bivšeg komunističkog lagersa (Češka, Rumunija) su zadržale i reafirmisale dvodomnu parlamentarnu strukturu. Tako u Češkoj Republici nije mogao biti parafiran sporazum o postavljanju američkog tzv. »antiraketnog štita« na njenom tlu sve dok ga nije odobrio i Senat Češke Republike koji broji 81 člana. Rumunija sa 143 člana svog senata, takođe, zakone i druge državne akte donosi u parlamentarnoj proceduri koja podrazumeva verifikaciju u oba doma. Ipak, razlika je u strukturi i u samom poimanju Senata ili Doma lordova u britanskom parlamentarnom životu i odgovarajućeg tela u nekoj od pomenutih zemalja.¹⁴

Instituciju senata, u pogledu organizacije centralnih organa vlasti, susrećemo i u razvoju ustavnosti drugih zemalja, među kojima su Sjedinjene Američke Države, Kanada, Francuska, Španija, Češka, Belgija, Italija. U tom smislu kratko ćemo se osvrnuti na mesto i ulogu Senata u Sjedinjenim Američkim Državama, kao federalnoj državi, Francuskoj koja ima unitarno državno uređenje, te Italiji, sastavljenoj od 20 regiona koji po svom statusu stoje negde između federalnih jedinica i jedinica lokalne samouprave.

U Sjedinjenim Američkim Državama, Kongres je zakonodavni organ koji se sastoji od dva doma: Predstavničkog doma i Senata. U doba donošenja Ustava, Senat je bio zamišljen, prvo, kao predstavnik država-federalnih jedinica i zastupnik njihovih prava i, drugo, kao malo telo odabranih ličnosti (u početku Senat je imao 26 članova-po dva iz svake od 13 država) koje će, u odnosu na Predstavnički dom, biti birane od građana, i predstavljati, u slučaju njegovog preteranog radikalizma kočnicu, a u odnosu na predsednika biti neka vrsta savetodavnog organa i organa koji potvrđuje međunarodne ugovore i imenovanja. Ova očekivanja se nisu ostvarila i u praksi je Senat – zbog promene načina izbora, jačanja značaja partijske pripadnosti, porasta uloge centra – samo jedan od domova saveznog parlamenta sa posebnom fizionomijom i ulogom ali bez karakteristika pridavanih mu u početku njegovog postojanja.¹⁵ Senat, kao dom kojeg čine predstavnici federalnih jedinica, sačinjavaju po dva senatora iz svake države, i u načelu je ravnoparavan u ustavotvornoj i zakonodavnoj materiji sa drugim domom. Međutim, Senat raspolaže mogućnostima uticaja na predsednika, jer daje

¹⁴ Vidi šire: Miroslav Smirčević, Nova srpska politička misao: Budućnost Doma lordova u britanskom poretku, 30. maj 2009.

¹⁵ Miodrag Jovičić, Ustavni i politički sistemi, Beograd, 2006, str. 91.

svoje mišljenje i odobrenje na međunarodne ugovore koje zaključuje predsednik te daje saglasnost na imenovanja najvažnijih saveznih funkcionera.

U Francuskoj, prema Ustavu iz 1958. godine, parlament je dvodoman i sastoji se od Nacionalne skupštine i Senata. Francuska je gotovo uvek u Senatu, tzv. »domu za razmišljanje«, videla branu koja treba da zaustavi snažne talase na kojima mogu stići neželjene socijalne promene i da spase zemlju od eventualnog upuštanja u »nepromišljene avanture«. Senat je, zaista, takvu ulogu i odigrao u više perioda razvoja ustavnosti u Francuskoj, imajući u različitim periodima razvoja njene ustavnosti i različit status i ovlašćenja. Danas ima ulogu zakonodavnog organa, jer u načelu za donošenje zakona potrebna je saglasnost oba doma. Interesantno je spomenuti da je 1969. godine, od strane predsednika De Gola, bila predložena reforma Senata, prema kojoj bi Senat imao čisto savetodavnu ulogu, i to dajući mišljenje o nacrtima zakona iz ekonomske, socijalne, kulturne i administrativne oblasti. U pogledu zakona »političkog karaktera«, Senat bi se izjašnjavao samo kad bi od Nacionalne skupštine dobio odgovarajuće nacрте zakona na razmatranje. Međutim, na održanom referendumu, većina glasilah se izjasnila protiv predložene reforme ovog parlamentarnog doma.

U Italiji Senat se javlja u ulozi doma parlamenta, kojeg čini još i Narodna skupština. Oba doma imaju istovetna ovlašćenja i proizlaze iz opštih izbora s tim što na izborima za Senat mogu glasati birači stariji od 25 godina, a izabrani u Senat moraju biti stariji od 40 godina. Senat, dakle, odgovara klasičnoj koncepciji o senatu kao skupštini lica starije dobi, sa većim iskustvom i životnom mudrošću. Osim biranih senatora, u senat ulaze i bivši predsednici Republike, kao i pet senatora koje imenuje predsednik Republike.¹⁶

Dakle, u Sjedinjenim Američkim Državama, Francuskoj i Italiji senat se javlja kao drugi (gornji) dom parlamenta, što je i opšta karakteristika predstavničke demokratije buržoaskih država. Naime, predstavnička tela (parlamenti) u mnogim državama su dvodomni, gde, pored doma u kojem se nalaze predstavnici građana izabranih na opštim i neposrednim izborima, postoji u parlamentu još jedan (tzv. gornji) dom, koji se najčešće naziva senatom, ali postoje i drugi nazivi (Dom lordova u Engleskoj). Ovaj dom se formira na različite načine: negde su to opšti izbori, ali kandidati za gornji dom moraju imati određene godine života, često znatno više nego kandidati za prvi dom (recimo 35 godina, umesto 21); negde je gornji dom biran ne putem neposrednih, nego putem posrednih izbora, od strane tzv. poverenika; negde je gornji dom samo delimično biran, a delimično imenovan od strane šefa države. Međutim, nezavisno od načina formiranja

¹⁶ Kanada, sa parlamentarnim sistemom vlasti uređenim po ugledu na engleski, takođe ima Senat, koji zajedno sa Domom komunala, sačinjava parlament. Kanada je federalna država te se tako Senat sastoji od predstavnika pojedinih pokrajina koje doživotno imenuje generalni guverner.

gornjeg doma, njegova uloga je da bude protivteža i kočnica donjem domu, da usmerava i usporava njegov rad, te da, ako je potrebno, amortizuje dejstvo izvesnih »revolucionarnih« odluka donjeg doma. Istovremeno, uloga gornjih domova je danas, u većini zemalja, u određenoj meri, smanjena. Od gornjeg doma, u osnovi konzervativnog tipa, treba razlikovati gornji dom u federacijama; njegovo postojanje izazvano je potrebom da u federalnom parlamentu budu, pored građana čitave federacije, predstavljene i federalne jedinice. Tako federalni parlament u gotovo svim federacijama ima dva doma: opštedržavničko telo i dom predstavnika federalnih jedinica (Predstavnički dom i Senat u SAD; Bundestag i Bundesrat u SR Njemačkoj, itd.).¹⁷

U analizi komparativne ustavnosti vidljivo je to da je dvodomna struktura parlamenta povezana sa federalnim državnim uređenjem, iako i pojedine unitarne države imaju ovaj model. Stoga možemo zaključiti »da je veliki broj zemalja koje su uspostavile bikameralnu strukturu parlamenta bilo iz potrebe reprezentacije federalnih jedinica, tj. regiona, bilo iz razloga ustavne i političke tradicije, kao što je slučaj sa Ujedinjenim Kraljevstvom i Francuskom«.¹⁸

Uvođenje institucije senata u ustavnopravni sistem kao savetodavnog tela najviših ustavnih institucija Republike Srpske

Opređenje da se obrazuje Senat Republike Srpske, autoritativno i meritorno savetodavno telo, prvobitno je imalo cilj da doprinosi snaženju i ostvarivanju srpskog nacionalnog interesa i podsticanju procesa koji afirmišu i pružaju prosperitet srpskom narodu, jer su u sastavu ovog tela bile najistaknutije ličnosti iz javnog, naučnog i kulturnog života Republike¹⁹ svih srpskih zemalja i iz dijas-pore. Time je Senat, ličnim sastavom i ugledom njegovih članova, tadašnju mladu srpsku državu činio »uglednijom i strateški vidovitijom«, omogućavajući da on stalno promišlja i provida, da vlastima pruža savete, narodu daje spoznaje o perspektivama, a svetu saopštava istinu i pravdu o sopstvenom narodu i njegovoj zemlji.

¹⁷ Miodrag Jovičić, *Ustavni i politički sistemi*, str. 583 i 584.

¹⁸ Irena Pejić, *Parlamentarno pravo*, Niš, 2006, str. 22.

¹⁹ U Senat se, po pravilu, regrutuju pripadnici najužih krugova vladajuće klase, zbog čega neretko ima konzervativan karakter. U nekim državama senat ima izrazito reakcionarnu ulogu. Takvu koncepciju senata predviđao je Ustav Srbije od 1901. godine, kao i Septembarski ustav Jugoslavije od 1931. godine. Senat je prema ovim ustavima bio izrazito konzervativnog karaktera jer je služio kao oruđe u rukama kralja. Pored biranih, u ovim senatima nalazili su se i članovi koje je imenovao kralj.

Dakle, institucija senata se u našem slučaju pojavljuje kao velika tekovina istorijske demokratske tradicije.²⁰ Senat je trebao da okuplja Srbe izvan otadžbine, čime bi i rad sa našim građanima u dijaspori bio studiozniji i programiraniji, doprinosio pokretanju i vođenju velikih akcija (zajam, humanitarna pomoć, duhovno prosvetiteljstvo); negovanju i jačanju sloge u celom srpstvu; jačanju i afirmaciji političke stabilnosti zemlje; očuvanju srpskog nacionalnog identiteta, i drugo.

Dosadašnje brojne ustavne inovacije ustavnog sistema govore o ukupnoj spremnosti na njegovu neprestanu genezu i evoluciju po uzoru na zemlje modernih ustavnih sistema. Ustavnim amandmanom LIII uveden je Senat Republike Srpske, kao savetodavno telo najviših ustavnih institucija, čime je obogaćeno funkcionisanje i kvalitet međusobnih odnosa najviših organa vlasti. Sve to otklanja postojanje stalne protivurečnosti »one uloge koju država ima danas u različitim tipovima savremenog društva«.²¹

Istovremeno, uvođenjem institucije senata osnažuje se i kod nas parlamentarni sistem kao tekovina istinskih demokratskih zemalja.²² Pogotovo što se parlamentarizam danas smatra najsavršenijim oblikom državne organizacije, u

²⁰ U federativnim državama drugi dom ima karakter predstavništva federalnih jedinica (Senat u SAD). U unitarnim državama senat se može pojaviti kao predstavnik aristokratije (Dom lordova u Engleskoj), kao predstavnik vladajućih krugova buržoazije (Senat po francuskom Ustavu od 1852. godine), ali i kao dom sa širom predstavničkom osnovom, mada uvek manje demokratski od donjeg doma (Senat po francuskom Ustavu od 1975. godine, Senat Republike po italijanskom Ustavu od 1948. godine). Drugi dom se organizuje i na principu profesionalnog ili interesnog predstavništva (Nacionalni savet po estopskom Ustavu od 1937. godine, Senat po irskom Ustavu od 1937. godine). Donji dom se skoro u svim zemljama bira na osnovu opšteg i neposrednog izbornog prava. Nasuprot tome, u regrutovanju drugog doma primenjuju se različiti izborni sistemi – počev od nasleđivanja, imenovanja i posrednih izbora do neposrednih izbora, pri čemu se ovi sistemi često i kombinuju. (Pravna enciklopedija, »Savremena administracija«, Beograd, 1979, str. 279, 364, 1284).

²¹ Najdan Pašić, *Savremena država*, BIGZ, Beograd, 1976, str. 5.

²² Prema američkom ustavu zakonodavnu vlast vrši Kongres, sa predsednikom! Kongres je sastavljen od dva doma: Predstavničke kuće i Senata. Senat je, u američkom realitetu, telo koje predstavlja pojedine države, s tim što svaka država daje po dva predstavnika ili senatora i sve države su u tom pogledu ravnopravne. Senatori govore u ime države, ali Senat donosi odluke kao nezavisno političko telo, u ime »Unije, a ne u ime dotičnih država. Senatori su, dakle, predstavnici sastavnih delova unije i predstavnici cele unije gledano sa stanovišta autonomnih država. Senatori se biraju na šest godina, ali se Senat nikada ne obnavlja u celini, nego se svake druge godine bira po jedna trećina, čiji bi rok od šest godina istekao. Time je postignut kontinuitet u ovom konzervativnom telu. (Lazar Marković, *Parlamentarno pravo*, EKOM RSS, Beograd, 1991, str. 363–364). U SAD-u Senat, po optužbi Predstavničkog doma, sudi predsedniku SAD-a i drugim visokim funkcionerima u slučaju izdaja, primanja mita i drugih teških zločina i prestupa. Odlukom donetom dvotrećinskom većinom prisutnih članova, Senat može ukloniti predsednika sa dužnosti (Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, IRO »Svetozar Marković«, Beograd, 1984, str. 384.

skladu sa opšteprihvaćenim ustavnim i političkim načelima lične slobode i ličnog dostojanstva. »U osnovi svojoj, parlamentarizam je istovetan sa demokratizmom. Ta dva politička pojma su nerazdvojna, ako se radi o organizaciji države.«²³

Republika Srpska je nastala kao potreba demokratske tradicije i opredeljenja srpskog naroda u bivšoj Bosni i Hercegovini. Nakon osamnaest godina od njenog stvaranja, razvoja i afirmacije obavezana je na punu spoznaju i promišljanje osnovnih strateških pravaca njenog budućeg državotvornog položaja, njegovog unapređenja i razvoja. U tom kontekstu, neophodno je sagledavati i ustavnu ulogu Senata, gledano u pravcu tri osnovna, međuzavisno postavljena cilja u razvoju našeg društva: 1) konsolidovanje i brže ostvarivanje promena privrednog i političkog sistema i demokratizacija ukupnog života; 2) učvršćivanje elemenata ustavne suverenosti, nedeljivosti, identiteta i teritorijalnog integriteta, insistirajući na punoj ravnopravnosti Srpske sa drugim entitetom u okviru dejtonske Bosne i Hercegovine; 3) pripremanje, istovremeno, i za neke druge opcije, uključujući i stvaranje uslova i izjašnjenje o položaju Republike Srpske.

Naravno, bespredmetno je poređenje nasleđa zemalja parlamentarizma i demokratije i u ovoj oblasti i onoga što imamo kao senate ili druge slične parlamentarne institucije u nekim evropskim i svetskim državama, ali je neminovno na to podsetiti u kontekstu konstatacije da su dvodomni parlamentarni sistemi u upitnosti.²⁴

To, naravno, ne znači da bi uloga i značaj institucije Senata Republike Srpske trebali biti marginalizovani. Naprotiv, Bosna i Hercegovina, kao složena državna zajednica u onoj meri je prihvatljiva svim građanima koji u njoj žive ukoliko njene državotvorne jedinice, odnosno entiteti, implementiraju sve ono što im omogućavaju dejtonska ustavna rešenja. Republika Srpska je to prepoznala, između ostalog, i kroz formiranje Senata, u ovoj fazi samo kao savetodavnog tela njenih najviših ustavnih institucija, ali čija uloga može evoluirati u parlamentarno telo.

²³ Lazar Marković, *Parlamentarno pravo*, »Ekopres«, Beograd, 1991, str. 365.

²⁴ Slobodan Jovanović je pre stotinu godina utvrdio da sa izuzetkom balkanskih i južnoameričkih država sve ostale nezavisne zemlje u svetu imaju dvodome parlamente. Ova činjenica nije se mnogo promenila: sada su se balkanskim državama pridružile skandinavske, bliskoistočne, pojedine afričke zemlje i NR Kina. Od Gige Geršića do pisaca ustava iz devedesetih godina kod nas preovlađuje mišljenje kako je ideja gornjeg doma recidiv aristokratskih politika. Ipak, istorija moderne ustavnosti, od Druge Francuske Republike, do savremenih primera (Ruske Federacije, Republike Slovenije, Indije, Francuske i Italije) pokazuje sasvim drugačije stanje stvari. Baš kako je pre stotinu godina trebalo da ograničava vladara i umeri brzopletu moć skupštine, tako bi danas jedan senat mogao da onemogući federalizaciju i možda raspad Srbije, doprinese političkoj važnosti nerazvijenih krajeva, bude nezavisna spona oblasti i države, urazumitelj skupštine i umeritelj predsednika Republike«.

Koristeći svoja ustavna ovlašćenja (član 89. dopunjen Amandmanom LIII stava 9. Ustava Republike Srpske) na predlog predsednika Republike, Narodna skupština je usvojila Zakon o Senatu Republike Srpske. Komparativno posmatrano ustavnopravnu teoriju i praksu u državama u kojima postoji senat, način njegovog obrazovanja, nadležnosti i odnosi s drugim organima vlasti uređeni su ustavom. Uglavnom, Senatu je prepušteno da poslovníkom uredi svoju unutrašnju organizaciju, prava i dužnosti senatora i sl. Ustavotvorac Republike Srpske opredelio se za neuobičajeno rešenje: da Ustavom²⁵ sažeto utvrdi sastav i delokrug Senata, a da potom ovlasti Narodnu skupštinu da običnim zakonom²⁶ uredi organizaciju i način njegovog funkcionisanja. Ovim se ustavna materija unosi u običan zakon, a samom Senatu bitno ograničava njegovo pravo na samoorganizovanje. Zbog toga se uređivanje unutrašnje organizacije vrši sa dva akta – zakonom Narodne skupštine i poslovníkom Senata. Stoga je neophodno da odgovara ravnoteža između zakona i poslovníka. Osnova na kojoj počiva ovaj zakon je u tome da se samo bitna pitanja obrazovanja, nadležnosti i načina rada Senata urede pomenutim zakonom, a sve ostalo uredi poslovníkom.

Članove Senata imenuje predsednik Republike iz reda istaknutih ličnosti iz naučnog, javnog i kulturnog života, koje imaju javni ugled, stečen znanjem, zvanjem, iskustvom i delovanjem. Senatori se imenuju na sedam godina, s mogućnošću da budu imenovani još jedan uzastopni mandat.

Senat razmatra pitanja od posebnog značaja za politički, nacionalni, ekonomski i kulturni razvoj Republike Srpske i daje najvišim ustavnim institucijama mišljenje o tim pitanjima. Prvenstveno je reč o pitanjima: 1. ustavnopravni položaj Republike Srpske spoljnopolitička pitanja u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine; 2. donošenje izmjena Ustava Republike Srpske i nacrti sistemskih zakona 3. pitanja rada institucija Bosne i Hercegovine u vezi sa statusnim pitanjima Republike, kao i pitanja odnosa između entiteta u Bosni i Hercegovini; 4. Razvojna i privredna pitanja Republike Srpske; 5. pitanja izbeglica, raseljenih lica i povratnika; 6. pitanja koja se odnose na prava Republike Srpske na specijalne i paralelne odnose sa susednim državama, kao i pitanja razvoja odnosa sa iseljeništvom širom sveta; 7. i druga važna pitanja od značaja za Republiku Srpsku i njene narode i građane.²⁷

²⁵ Ustav Republike Srpske, sa amandmanima, drugo izdanje, IP »Oslobodjenje«, Srpsko Sarajevo, 1996, str. 55.

²⁶ Zakon o Senatu Republike Srpske (»Službeni glasnik Republike Srpske« br. 8/97 i 50/10).

²⁷ Član 2. Zakona o o izmjenama i dopunama Zakona o Senatu Republike Srpske (»Službeni glasnik Republike Srpske« broj 50/10 od 13. maja 2010. god.).

Ustavnopravni položaj i odgovornost Senata značajniji su što Senat može da samostalno utvrđuje pitanja koja će razmatrati i o svom mišljenju obavestiti odgovarajući organ Republike. Istovremeno, polazeći od njegovog savetodavnog karaktera, na zahtev predsednika Republike, Narodne skupštine i Vlade, Senat razmatra pitanja koja su mu upućena i u toku mesec dana daje svoje mišljenje. Ustavna materija se odnosi na to da prilikom razmatranja izmene i dopune Ustava Republike predlagač tih izmena i dopuna mora da traži mišljenje Senata i dostavlja ga na uvid Narodnoj skupštini.

Predsednik Republike je, naravno, slobodan da po vlastitom izboru imenuje senatore, ali je izuzetno važno da su zakonom bar utvrđene smernice kojima će se predsednik Republike tom prilikom rukovoditi. Posebno važan deo ovog zakona predstavljaju odredbe o nadležnosti Senata. Navedena su pitanja o kojima Senat daje svoje mišljenje, ali nema ograničenja da to budu i neka pitanja koja nisu izričito navedena. Pošto se Ustavom određuju najvažnija pitanja, bilo bi razložno da se prilikom izmene ili dopune pre donošenja konačne odluke Ustava obavezno traži mišljenje Senata.

Određene odredbe o pravima i dužnostima senatora sastavljene su po analogiji s ustavnim i poslovnim odredbama o pravima i dužnostima narodnih poslanika. Senator počinje da ostvaruje svoja prava i dužnosti, utvrđene Ustavom Republike i ovim zakonom, danom svog imenovanja. Međutim, kao što je slučaj kod nosilaca najviših funkcija u društvu, i senatori prilikom stupanja na dužnost polažu zakletvu čiji tekst utvrđuje Zakon o Senatu.²⁸

U pogledu prava i dužnosti predviđeno je da senator prisustvuje sednicama Senata i senatskog radnog tela čiji je član i da učestvuje u njihovom radu i odlučivanju.

Senator može na poziv predsednika Republike, predsednika Narodne skupštine ili predsednika Vlade prisustvovati sednicama i učestvovati u radu najviših državnih organa Republike. Dostupna su mu obaveštenja i podaci koji su neophodni za obavljanje poverene mu dužnosti. Veoma je bitno naglasiti da je senator dužan da čuva državnu i službenu tajnu i podatke poverljive prirode koje sazna tokom vršenja svoje dužnosti. Istovremeno je decidno utvrđeno da kršenje ove obaveze povlači odgovornost u skladu sa zakonom.

Senatori uživaju imunitet koji Ustav zajamčuje narodnim poslanicima. Utvrđeno je da o oduzimanju imuniteta senatora, ukoliko se radi o pokretanju krivičnog i prekršajnog postupka protiv njega, odlučuje Senat.

²⁸ Članom 4 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Senatu Republike Srpske («Službeni glasnik Republike Srpske» broj 50/10) propisano je: »Prilikom stupanja na dužnost, senatori, osim sveštenih lica verskih zajednica, polažu zakletvu koja glasi: Zaklinjem se da ću dužnost senatora obavljati samopregorno i savesno, da ću se pridržavati Ustava i zakona Republike Srpske i da ću braniti čast i dostojanstvo naroda i građana Republike Srpske«.

Najveću osobenost ovog zakona predstavljaju odredbe o načinu rada i odlučivanja Senata. Kako Senat ne donosi odluke nego savetuje druge organe kada oni sami treba da odluče, savet Senata mora biti dobro obrazloženo mišljenje, a to znači da ono ne treba samo da sadrži preporuku kako odlučiti nego mora obuhvatiti i razloge zbog kojih baš tako treba postupiti. I to ne samo razloge za dato rešenje već i razloge protiv tog rešenja ukoliko ih je senatska manjina jasno izložila.

U tom pogledu utvrđeno je da Senat svoju delatnost obavlja na plenarnim sednicama i u svojim radnim telima. Sednice Senata saziva i njima predsedava predsednik Republike koji je član Senata čiji mandat teče izborom na funkciju predsednika Republike.²⁹ Ostavljena je mogućnost da predsednik Republike može sazvati sednicu Senata i na predlog Narodne skupštine, Vlade ili jedne trećine senatora.

Senat punovažno zaseda ako sednici prisustvuje većina senatora. Svoja mišljenja o pitanjima koja razmatra Senat utvrđuje većinom glasova prisutnih senatora. Mišljenje o određenom pitanju mogu tražiti i drugi državni organi, ali tada Senat sam odlučuje da li će to svoje mišljenje dati. Senat može obrazovati stalna i privremena radna tela koja će proučavati i razmatrati pitanja iz njegove nadležnosti i sastavljati nacрте predloga koje će on razmatrati. Radi podsticanja samoorganizovanja Senat svoj rad, unutrašnju organizaciju i način ostvarivanja prava i dužnosti može bliže da uredi poslovnikom.

*Pogled na mogućnost novog ustavnog i zakonskog određenja
institucije senata kao savetodavnog ili sui generis
parlamentarnog tela*

U odnosu na mesto i nadležnost senata u drugim državama, može se reći da se Senat u Republici Srpskoj umnogome razlikuje od drugih. Kao što je rečeno, senat u drugim državama predstavlja drugi dom parlamenta, kao zakonodavnog organa, koji je u zakonodavnoj nadležnosti ravnopravan sa prvim domom. Senat u Republici Srpskoj je, u organizacionom smislu, povezan sa institucijom predsednika Republike koji imenuje senatore, saziva i predsedava sednicama Senata.

²⁹ Član 1. stav 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Senatu Republike Srpske («Službeni glasnik Republike Srpske» broj 50/10) glasi: »Predsednik Republike je član senata i čiji mandat teče izborom na funkciju predsednika Repulike i ostaje član Senata i nakon prestanka obavljanja funkcije predsednika«.

Tako, pored ostalog, u procesu donošenja zakona ili nekog drugog akta iz nadležnosti ustavnih institucija Republike, uloga Senata nije obavezujućeg karaktera. Prvo, ne postoji obaveza da zakon ili neki drugi akt ili odluka o važnom pitanju, bude razmatrana na sednici Senata, bilo posle ili pre razmatranja u Narodnoj skupštini. Drugo, Senat razmatra nacrt zakona, ili neko drugo pitanje, ako to traži i zahteva Narodna skupština, predsednik Republike, Vlada (koji to mogu, ali ne moraju učiniti) i daje mišljenje koje, formalnopravno, nije obavezujućeg karaktera. Senat mora biti uključen samo kad su u pitanju izmene i dopune Ustava, kada predlagač mora imati mišljenje Senata i dostaviti ga Narodnoj skupštini na uvid. Bilo da se radi o Ustavu, zakonu, ili o nekom drugom pitanju, Senat daje mišljenje. Međutim, nesumnjivo je da će mišljenje imati ogroman uticaj na organe vlasti, imajući u vidu da su senatori istaknute ličnosti koje imaju veliki autoritet zasnovan na znanju i zvanju u pojedinim oblastima, a ne na političkoj moći. Upravo težina i značaj mišljenja Senata predstavlja, na određeni i specifičan način, dodirnu tačku sa ulogom gornjeg doma (senata), »kao stabilnog i jakog tela« u parlamentarnim demokratijama, da fleksibilnije i šire gledano na parlamentarna iskustva bude »protivteža i kočnica donjeg doma, da usmerava i usporava njegov rad, da ako treba, amortizuje dejstvo izvesnih odluka.«

Dakle, Senat Republike Srpske jeste savetodavni organ najviših ustavnih organa vlasti. Međutim, potrebno je imati u vidu da on može samostalno utvrđivati pitanja koja će razmatrati i o svome mišljenju obavestiti odgovarajuće organe Republike. Tako Senat, na neposredan način, može biti pokretač donošenja programa, projekata i akcija, kao i donošenja određenih akata (zakona) ili menjanja istih, čije donošenje je u nadležnosti najviših ustavnih institucija Republike Srpske.

Neosporno je i to da Senat Republike Srpske nema ulogu i formalnopravna ovlašćenja kao istoimeni organ u drugim državama. Ali isto tako je i neosporno da Republika Srpska, državotvorni entitet Bosne i Hercegovine, kao specifične složene države, ima pravo na razliku u odnosu na druge države i entitete, koji se zasnivaju na ustavnim principima podele vlasti i parlamentarne demokratije.³⁰

U osnovi, dalja ustavna reforma može biti u pravcu stabilnosti, efikasnosti i racionalnosti parlamentarnog života, što je složen i dugotrajan proces koji podrazumeva puni konsenzus o uzrocima, posledicama i pravicima modernizacije ustavno-pravnog sistema. »Cilj je ne samo postizanje saglasnosti o vrednostima na kojima će počivati politička zajednica, konstitucionalnom modelu i dizajnu kojim će se oformiti struktura političkih ustanova, nego i produkovanje onih sadr-

³⁰ Ustav Republike Srpske, sedmo izdanje, Amandman XCI na Ustav Republike Srpske, Banja Luka, 2007, str. 61. Ovim amandmanom je utvrđeno da »Nakon sledećih opštinskih izbora konačan način biranja članova u Vecu naroda uređuje Narodna skupština i Veće naroda.«

žaja iz političke tradicije koji mogu doprineti učvršćivanju i izgrađivanju identiteta i podsticanju elemenata koji će produkovati trajnije matrice stabilnosti političkog sistema«. ³¹ Istovremeno, Dejtonski mirovni sporazum, kao međunarodni ugovor, predstavlja osnovu državnopravne konstitucije i Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, a njegov dalji opstanak zasniva se na evropskoj pravnoj tekovini koja glasi *pacta sunt servanda* (ugovor se mora poštovati kao zakon). Stoga »pod pretpostavkom da ovaj sporazum i formalno izgubi pravnu snagu, nastupa pravna praznina i nastala situacija se vraća pod režim međunarodnih akata više hijerarhije, posebno odredba međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji predviđa da svi narodi imaju pravo na samoopredeljenje i da na osnovu ovog prava oni slobodno određuju svoj politički status i slobodno obezbeđuju svoj ekonomski, socijalni i kulturni razvitak«. ³²

ZAKLJUČAK

Dosadašnjim ustavnim promenama učinjen je pozitivan korak ka temeljitijem i kvalitetnijem organizovanju i radu najviših ustavnih institucija Republike Srpske.

Obrazovanje Senata kao autoritativnog i meritornog savetodavnog tela najviših ustavnih organa Republike Srpske, sa njegovom nadležnošću, načinom rada, odlučivanja i samoorganizovanja, doprinos je daljem unapređenju organizacije i boljem funkcionisanju našeg ustavnopravnog i političkog sistema.

Neophodno je vršiti dograđivanje položaja i uloge Senata razmišljajući o njegovom daljem izgrađivanju kao savetodavnog tela najviših ustavnih institucija; preimenovanju u Savet Republike ili odgovarajuće parlamentarno telo, deciderano utvrditi šta je materija Ustava, a šta materija zakonodavne i poslovničke konkretizacije, dakle Zakona o Senatu Republike Srpske i poslovnika o njegovom radu, u smislu da li je Senat savetodavno telo najviših ustavnih institucija Republike Srpske ili sui generis parlamentarno telo, shodno eventualnim ustavnim promenama i odgovarajućim zakonodavstvom.

³¹ Milan N. Jovanović, *Političke institucije u političkom sistemu Srbije*, Beograd, 2008, str. 249.

³² Slobodan Perović, *Predgovor u Knjizi »Novi eseji o ustavnosti i državnosti«*, autora akademika Rajka Kuzmanovića, Banja Luka, 2010, str. 25–26.

MILE DMIČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
Banja Luka

SENATE OF THE REPUBLIC OF SRPSKA – THE ADVISORY BODY
TO THE HIGHEST CONSTITUTIONAL INSTITUTIONS
OR A SUI GENERIS PARLIAMENTARY BODY

Summary

The actual extent of the constitutional reforms in the Republika Srpska has largely contributed to the better organisation and functioning of the entity. The basic requirement of the constitutional changes is the adaptation to a more suitable institutional set up of the highest entity institutions.

The establishment of the Senate as an authoritative advisory body of the entity constitutional institutions aimed at better institutional arrangement taking in mind its responsibilities, working procedures as well as intellectual capacity of the members thereof.

It is highly important to determine its real functions in a precise manner differing the matters to be regulated by the Constitution, on the one hand, and by laws and by-laws, on the other hand. It would be also reasonable to consider its nomination as a Council of the Republic.

USTAVNI OKVIR SLOBODE VEROISPOVESTI

– Primer Srbije –

U V O D

Ustavom uređeni odnos države i crkve počiva na načelima koja definišu opšti ustavni kontekst ljudskih prava kao i na setu posebnih prava koja bliže određuju sadržaj, kvalitet i obim prava u ovoj važnoj oblasti.

NAČELO SVETOVNE DRŽAVE

U osnovnim odredbama Ustav postavlja princip svetovne (laičke) države. U skladu sa ovim polaznim principom izričito se propisuje da u Srbiji nijedna od religija nema status državne religije,¹ niti takav status može dobiti, a crkve i verske zajednice odvojene su od države.² U kontekstu principa svetovne države Ustav reguliše posebno: laički karakter vlasti;³ zabranu bilo kog vida direktne i indirektno diskriminacije po osnovu vere;⁴ slobodu savesti i veroispovesti;⁵ krite-

Dr Marijana Pajvančić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je posvećen projektu »Pravo Srbije u evropskoj perspektivi« br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

¹ Član 11 stav 3 Ustava Republike Srbije.

² Član 11 stav 2 u član 44 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³ Član 2 Ustava Republike Srbije.

⁴ Član 21 Ustava Republike Srbije.

⁵ Član 43 Ustava Republike Srbije.

rijume i pravila na kojima počiva odnos crkve, verskih zajednica i države;⁶ pravo na prigovor savesti;⁷ građanski brak;⁸ kažnjivost i sankcije za povredu slobode veroispovesti;⁹ jemči pravo na utočište zbog progona na verskoj osnovi¹⁰ i zaštitu stranca od proterivanja pod ustavom propisanim uslovima među kojima je i progon na verskoj osnovi;¹¹ ograničenje pojedinih sloboda i prava zbog ugrožavanja, povrede ili kršenja slobode veroispovesti.¹²

Princip narodnog (građanskog) suvereniteta, kao izraz *laičkog karaktera državne vlasti* regulišu osnovna načela Ustava. To govori da se ovaj princip smatra jednim od temeljnih principa ustavnog sistema.

Suverenost građana i oblici u kojima građani slobodno iskazuju svoj odnos prema vlasti (neposrednim vršenjem vlasti ili slobodnim izborom svojih reprezentanata) je jedna od temeljnih vrednosti ustavnog poretka. Ustav štiti ovu vrednost i izričito zabranjuje državnim organima, političkim partijama, grupama i pojedincima da prisvoje suverenost građana ili da uspostave vlast mimo slobodno izražene volje građana.¹³

Među načelnim odredbama Ustava o ljudskim i manjinskim pravima je i *opšta norma o zabrani diskriminacije*. Smisao zabrane diskriminacije je obezbeđivanje osnovnih pretpostavki da se sva ljudska prava ostvaruju pod jednakim uslovima. Izričitu ustavnu zabranu diskriminacije ne prate, međutim, odredbe koje sankcionišu njeno kršenje ili barem delegiraju zakonodavcu da to pitanje reguliše. Eksplicitno se navode oblici diskriminacije (direktna i indirektna).¹⁴ Zabranjuje se diskriminacija po bilo kom osnovu ili ličnom svojstvu pojedinca među kojima se posebno navodi i veroispovest.

U vezi sa zabranom diskriminacije su i odredbe čiji je smisao da otklone ili promene okolnosti koje ometaju postizanje ravnopravnosti lica ili grupe lica koja se faktički nalaze u nejednakom položaju sa ostalim građanima. Država u tom slučaju preduzima posebne mere. One su instrument kojim država vodi i politiku jednakih mogućnosti, ublažava i otklanja faktičku nejednakost. Prema izričitoj ustavnoj odredbi posebne mere se ne smatraju diskriminacijom. Ove mere stavljaju u povoljniji položaj lica ili grupe lica koja se nalaze u faktički nejednakom

⁶ Član 44 Ustava Republike Srbije.

⁷ Član 45 Ustava Republike Srbije.

⁸ Član 62 Ustava Republike Srbije.

⁹ Član 49 Ustava Republike Srbije.

¹⁰ Član 57 Ustava Republike Srbije.

¹¹ Član 39 Ustava Republike Srbije.

¹² Član 55 Ustava Republike Srbije.

¹³ Član 2 stav 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁴ Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

položaju sa drugima. Zato je odredba o nediskriminatornom karakteru ovih mera nužna, kako one ne bi bile ocenjene neustavnim.

Zbog značaja formalne jednakosti za poziciju pojedinca u ustavnom sistemu, jer jemči jednako postupanje prema svakome pred državnim organima, Ustav posebno garantuje¹⁵ jednakost svih pred ustavom i zakonom kao i pravo svakog na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije.

O zaštiti građana od direktne ili indirektno diskriminacije na verskoj osnovi govore i opšta, Ustavom propisana ograničenja u kojima se može kretati odstupanje od ljudskih i manjinskih prava za vreme rata ili vanrednog stanja. Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava za vreme rata ili vanrednog stanja dopuštene su samo u granicama koje Ustav izričito propisuje. Ustav zabranjuje posebne mere koje bi vodile diskriminaciji, između ostalog, (rasa, pol, jezik, nacionalna pripadnost ili društveno poreklo) i na verskoj osnovi.¹⁶ To govori o zaštiti slobode veroispovesti i u složenim, čak dramatičnim, okolnostima koje ugrožavaju sam opstanak zajednice (rat vanredno stanje).

U Srbiji je priznat *gradanski brak*. Ustav eksplicitno propisuje da se brak zaključuje pred državnim organom.¹⁷ Pravo na zaključenje braka i ravnopravnost supružnika su u grupi apsolutno zaštićenih prava od kojih odstupanje nije dopušteno ni u vreme vanrednog stanja ili rata.¹⁸

POSEBNA PRAVA SADRŽINSKI VEZANA ZA SLOBODU VEROISPOVESTI

Među posebnim pravima koja se sadržinski bliže vezuju za slobodu veroispovesti je nekoliko prava iz sfere duhovnih sloboda.

Jednu od najznačajnijih duhovnih sloboda – *slobodu misli, savesti i veroispovesti* garantuje opšta ustavna norma¹⁹ kao i ustavna odredba koja propisuje da niko nije dužan da se izjašnjava o svojim verskim ili drugim uverenjima²⁰ i tako dodatno štiti pravo pojedinca da slobodno izabere svoj pogled na svet. Izričito se zabranjuje izazivanje i podsticanje verske mržnje i netrpeljivosti i propisuje

¹⁵ Član 21 Ustava Republike Srbije.

¹⁶ Član 202 stav 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁷ Član 62 stav 2 in fine Ustava Republike Srbije.

¹⁸ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

¹⁹ Član 43 stav 1 Ustava Republike Srbije.

²⁰ Član 43 stav 2 Ustava Republike Srbije.

kažnjivost takvog ponašanja,²¹ dok se podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanju razlika zasnovanih, između ostalog, i na verskim uverenjima građana.²²

Ustav ne reguliše bliže sadržaj garancija koje uključuje sloboda misli i savesti. Sledeći osnovno ustavno načelo da je Srbija svetovna država²³ i da su, u skladu sa tim, crkva i verske zajednice odvojene od države,²⁴ kao i da se ni jedna religija ne može uspostaviti kao državna ili obavezna.²⁵ Ustav bliže definiše samo sadržaj garancija koje se odnose na slobodu veroispovesti i uverenja. Sadržaj ustavnih garancija se najvećim delom odnosi na slobodu veroispovesti i sa njom povezane slobode²⁶ među kojima su: sloboda izbora uverenja ili veroispovesti uključiv i pravo da se oni promene slobodno i po sopstvenom izboru; sloboda ispoljavanja vere ili ubeđenja; sloboda obavljanja verskih obreda; sloboda poahađanja verske nastave i verske službe pojedinačno ili u zajednici sa drugima; sloboda privatnog i javnog iznošenja verskih uverenja.

Ograničenju podležu samo ispoljavanje slobode uverenja i veroispovesti.²⁷ Akcenat je na ispoljavanju slobode uverenja i veroispovesti, ali Ustav ne precizira kako se ono manifestuje (npr. da li je to javno ispoljavanje uverenja i veroispovesti ili svi vidovi ispoljavanja uverenja i veroispovesti)? Razloge koji dopuštaju ograničenje i uslove pod kojima je ono dopušteno propisuje Ustav. Ograničenje ispoljavanja slobode uverenja i veroispovesti su dopuštena samo ukoliko je to neophodno u demokratskom društvu radi zaštite: života i zdravlja; morala demokratskog društva; sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom; javne bezbednosti i javnog reda kao i radi sprečavanja izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje.

Ograničenje je moguće propisati samo zakonom u granicama i obimu u kome Ustav dopušta zakonsko regulisanje ljudskih prava.²⁸

U okviru jemstva slobode misli, uverenja i veroispovesti Ustav garantuje i pravo roditelja i zakonskih staralaca da obezbede versko i moralno obrazovanje svoje dece u skladu sa svojim uverenjima.²⁹

²¹ Član 49 Ustava Republike Srbije.

²² Član 48 Ustava Republike Srbije.

²³ Član 11 stav 1 Ustava Republike Srbije.

²⁴ Član 11 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²⁵ Član 11 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁶ Član 43 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁷ Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

²⁸ Član 18 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²⁹ Član 43 stav 5 Ustava Republike Srbije.

Sloboda misli, savesti, uverenja i veroispovesti su apsolutno zaštićena prava i izuzeta su od režima odstupanja u ratu i vanrednom stanju.³⁰

Pitanje koje se postavlja u vezi sa načinom na koji Ustav reguliše ograničenje slobode misli, savesti, uverenja i veroispovesti je odnos između ustavne odredbe koja izričito zabranjuje odstupanje od slobode misli, savesti i veroispovesti i za ove slobode rezerviše režim apsolutno zaštićenih prava³¹ i takođe izričite ustavne odredbe³² koja dopušta ograničenje slobode ispoljavanja uverenja i veroispovesti u redovnim prilikama iz razloga navedenih u Ustavu? Postavlja se pitanje da li je u redovnim prilikama moguće ograničiti slobode od kojih nije dopušteno odstupanje ni u vanrednom stanju ili ratu?

U vezi sa slobodom veroispovesti Ustav reguliše i najvažnija pitanja vezana za *status crkava i verskih zajednica*. U skladu sa načelom svetovnosti države i polazeći od njega Ustav propisuje da su crkve i verske zajednice ravnopravne³³ i ponavlja odredbu o odvojenosti crkve i verskih zajednica od države.³⁴ Crkvama i verskim zajednicama garantuje se sloboda da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, kao i više posebnih prava među kojima su: pravo da uređuju i javno obavljaju verske obrede; pravo da osnivaju verske škole; pravo da osnivaju socijalne i dobrotvorne ustanove kao i pravo njima upravljaju.

Ustav dopušta mogućnost da se zabrani delovanje verske zajednice. O zabrani rada verske zajednice odlučuje Ustavni sud.³⁵

Verska zajednica može biti zabranjena iz nekoliko razloga koje propisuje Ustav:³⁶ ukoliko delovanje verske zajednice ugrožava individualna prava među kojima pravo na život, pravo na fizičko i psihičko zdravlje, prava deteta, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu; ukoliko delovanje verske zajednice ugrožava javnu bezbednost i javni red; ako verska zajednica svojim delovanjem izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost. Razlozi koje Ustav navodi kao osnov zabrane delovanja verske zajednice povod je da se postavi nekoliko pitanja.

Nejasno je čime se ustavotvorac rukovodio kada se, regulišući razloge za zabranu delovanja verske zajednice, opredelio da zaštiti od ugrožavanja samo neka individualna prava odstupajući od opšte ustavne odredbe o ograničenju slobode

³⁰ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

³¹ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

³² Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

³³ Član 11 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³⁴ Član 11 stav 2 i član 44 stav 1 Ustava Republike Srbije.

³⁵ Član 44 stav 3 i član 167 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁶ Član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

de ispoljavanja vere ili uverenja³⁷ i sužavajući krug individualnih prava čiju povredu sankcioniše zabranom delovanja verske zajednice. Razlozi ograničenja slobode ispoljavanja vere i uverenja uključuju zaštitu svih prava i sloboda koje Ustav garantuje.³⁸ Sloboda ispoljavanja vere ili uverenja može biti ograničena ukoliko je to neophodno radi zaštite bilo kog ljudskog prava garantovanog Ustavom. Stoga se opravdano postavlja pitanje zašto se ustavotvorac opredelio da odstupa od opšteg pravila i povredu samo nekih prava sankcioniše zabranom delovanja verske zajednice?

Šta je razlog da su samo neka lična svojstva pojedinca (vera, rasa, nacionalna pripadnost) među kojima je i vera povod za zabranu delovanja verske zajednice ukoliko izaziva i podstiče netrpeljivost, a izostavljena su druga, podjednako važna koja mogu biti povod podsticanju netrpeljivosti (pol, fizički i psihički invaliditet i sl.)? Lična svojstva pojedinca čije ugrožavanje može biti osnov za zabranu delovanja verske zajednice navedena su taksativno, što isključuje mogućnost da se i neka druga lična svojstva zaštite ukoliko budu ugrožena. Takvo rešenje nije u skladu sa Ustavom koji izričito zabranjuje i propisuje kažnjivost svakog vida izazivanja i podsticanja ne samo rasne, verske i nacionalne već i »druge neravnopravnosti, netrpeljivosti i mržnje.«³⁹

Pitanje je takođe, zašto je povod za zabranu delovanja verske zajednice samo ugrožavanje bezbednosti i javnog reda, a izostali su i neki drugi važni razlozi koje Ustav navodi kao razloge ograničenja pojedinih individualnih prava: npr. zaštita bezbednosti Republike,⁴⁰ ugrožavanje javnog zdravlja i morala⁴¹ i dr.

U kontekstu ustavnih garancija slobode veroispovesti je i jemstvo prava na *prigovor savesti*. Prigovor savesti garantuje pojedincu da nije dužan, da protivno svojoj veri ili ubeđenjima, ispunjava vojnu ili bilo koju drugu obavezu koja uključuje upotrebu oružja.⁴² Pozivom na prigovor savesti pojedinac može odbiti da ispunjava vojnu ili neku drugu obavezu koja uključuje upotrebu oružja. Pozivanje na prigovor savesti ne oslobađa lice vojne obaveze, ali mu omogućuje da, u skladu sa zakonom, ispunji vojnu obavezu u skladu sa svojim verskim uverenjem, a na način koji isključuje nošenje oružja.⁴³

³⁷ Član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁸ Član 44 stav 4 Ustava Republike Srbije.

³⁹ Član 49 Ustava Republike Srbije.

⁴⁰ Član 41 stav 2, član 42 stav 3, član 46 stav 2, član 54 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁴¹ Član 43 stav 4 i član 46 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁴² Član 45 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁴³ Član 45 stav 2 Ustava Republike Srbije.

Prigovor savesti pripada apsolutno zaštićenim pravima i ne podleže odstupanju za vreme rata ili vanrednog stanja.⁴⁴

Terminološka nedoslednost odlikuje i ove ustavne norme. Prigovor savesti vezuje se u stavu 1 člana 45 za »upotrebu« oružja, a u stavu 2 istoga člana za »nošenje« oružja što nesumnjivo nisu iste stvari.

*Zaštita slobode veroispovesti i zabrane diskriminacije
po osnovu vere kao razlozi ograničenja ustavom
garantovanih sloboda i prava*

Sloboda veroispovesti je vrednost koju Ustav posebno štiti. Pored opšte zaštite koju uživa svaka sloboda ili pravo garantovano Ustavom, sloboda veroispovesti uživa i posebnu zaštitu. Ona se ogleda u:

- eksplicitno propisanoj obavezi države da postiče uvažavanje razlika;⁴⁵
- ustavnoj zabrani izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje;⁴⁶
- činjenici da ugrožavanje ove slobode predstavlja legitiman i Ustavom propisan razlog za ograničenje neke druge slobode ukoliko ona ugrožava slobodu veroispovesti ili dovodi do diskriminacije na verskoj osnovi;⁴⁷
- ograničenju mera odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom stanju ukoliko one dovode do diskriminacije i razlikovanja na verskoj osnovi.⁴⁸

Ustav posebno propisuje obavezu Republike Srbije da u oblastima obrazovanja, kulture i javnog obaveštavanja *podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje razlika* koje postoje među građanima Srbije zbog posebnosti njihovog etničkog, kulturnog, jezičkog ili verskog identiteta. Sličnu odredbu Ustav ponavlja i u odeljku o pravima nacionalnih manjina. Ustav utvrđuje obavezu Srbije da podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga, kao i da preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje među svim ljudima koji žive na njenoj teritoriji, bez obzira na njihov etnički, kulturni, jezički ili verski identitet.⁴⁹ Ove obaveze države posebno se odnose na oblasti obrazovanja, kulture i informisanja. Primetno je da se ne sankcioniše neispunjenje obaveza države niti se ovlašćuje zakonodavac da on to učini.

⁴⁴ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁴⁵ Član 48 Ustava Republike Srbije.

⁴⁶ Član 49 Ustava Republike Srbije.

⁴⁷ Član 39, 50, 55 i 57 Ustava Republike Srbije.

⁴⁸ Član 202 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁴⁹ Član 81 Ustava Republike Srbije.

Nema sumnje da su ove ustavne odredbe značajne za slobodu veroispovesti⁵⁰ kao i slobode izražavanja nacionalne pripadnosti,⁵¹ ali se ipak može postaviti pitanje da li ima opravdanja ili da li je racionalno ponavljati ustavne odredbe? Posebno je to slučaj ako se norme odnose na isto pitanje, a među njima postoje sadržinske razlike kao što je to slučaj sa pomenutim ustavnim odredbama (npr. u članu 47 se utvrđuju obaveze »Republike Srbije«, dok se u članu 81 govori o obavezama »Srbije«; u članu 47 govori o »javnom informisanju«, a u članu 81 o »informisanju«; u članu 47 akcenat je na podsticanju »razumevanja, uvažavanja i poštovanja razlika«, a u članu 81 na podsticanju »tolerancije i međukulturnog dijaloga«; u članu 47 koristi se termin »građani Srbije«, a u članu 81 termin čije je značenje šire – »ljudi koji žive na njenoj teritoriji« i dr.).

Ustav izričito *zabranjuje svaki vid izazivanja i podsticanja verske kao i svake druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti*. Na osnovu samog Ustava kažnjiva su ponašanja i dela kojima se izaziva ili podstiče verska ili bilo koja druga neravnopravnost, mržnja ili netrpeljivost. Ovu odredbu treba posmatrati u kontekstu drugih ustavnih normi sa kojima je tesno je povezana: npr. ustavna zabrana diskriminacije,⁵² ustavom propisani razlozi zbog kojih se mogu ograničiti sloboda veroispovesti,⁵³ delovanje verskih zajednica,⁵⁴ sloboda mišljenja i izražavanja,⁵⁵ sloboda medija,⁵⁶ sloboda udruživanja.⁵⁷

Zabrana izazivanja verske mržnje je u režimu apsolutno zaštićenih prava, pa odstupanje od nje nije dopušteno ni u vreme vanrednog stanja ili rata.⁵⁸

Pored prava koja Ustav garantuje svim građanima⁵⁹ stranci u Srbiji uživaju pravo utočišta kao posebno pravo. Jedan od osnova za sticanje prava na utočište je i osnovano *strahovanje od progona zbog veroispovesti*.⁶⁰ Ustav dopušta mogućnost da stranac, pod Ustavom propisanim uslovima, bude proteran iz Srbije, ali zabranjuje proterivanje stranca,⁶¹ ako bi mu, u zemlji u koju se proteruje, pretio progon zbog njegove vere.

⁵⁰ Član 43 Ustava Republike Srbije.

⁵¹ Član 47 Ustava Republike Srbije.

⁵² Član 21 Ustava Republike Srbije.

⁵³ Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁵⁴ Član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁵⁵ Član 46 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁵⁶ Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁵⁷ Član 55 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁵⁸ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁵⁹ Član 17 Ustava Republike Srbije.

⁶⁰ Član 57 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁶¹ Član 38 stav 2 Ustava Republike Srbije.

Ustav dopušta *ograničenje slobode medija* (prava na širenje informacija i ideja) putem sredstava javnog obaveštavanja, propisuje uslove pod kojima je ograničenje dopušteno, razloge koji mogu biti povod ograničenju i organ koji je nadležan da odlučuje o ograničenju prava.⁶² Pored ostalog,⁶³ među razlozima koji mogu biti osnov ograničenja slobode medija je i sprečavanje zagovaranja verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, nasilje ili neprijateljstvo. Između dve podjednako značajne slobode (sloboda štampe i slobode veroispovesti) Ustav je dao prednost zaštiti slobode veroispovesti propisujući mogućnost ograničenja slobode štampe ukoliko ona ugrožava verski identitet i vodi diskriminaciji na verskoj osnovi.

Pažljivija analiza razloga koji su osnov za ograničenje slobode medija i povod da nadležni sud donese odluku kojom će »sprečiti širenje informacija« pokažuje da su neki važni razlozi izostavljeni (npr. ugrožavanje ljudskih ili manjinskih prava, narušavanje javnog reda i morala, diskriminacija po svim drugim osnovama izuzev rase, vere i nacionalne pripadnosti, ugrožavanje bezbednosti Republike Srbije i dr.). Neusklađenost ustavnih rešenja ilustruje i poređenje razloga za ograničenje slobode mišljenja i izražavanja⁶⁴ i razloga za ograničenje širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja.⁶⁵ Iako su u pitanju slobode čiji je sadržaj tesno povezan, razlozi za njihovo ograničenje se razlikuju. Jedna od razlika odnosi se i na ugrožavanje slobode veroispovesti.

Sloboda izražavanja podleže ograničenju iz sledećih razloga:⁶⁶ zaštite prava i ugleda drugih; čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda; zaštite javnog zdravlja; zaštite morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije.

Lako je zapaziti da razlozi ograničenja ove slobode ne uključuju zagovaranje verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, nasilje ili neprijateljstvo.

Sloboda širenja informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja može biti ograničena iz sledećih razloga:⁶⁷ pozivanja na nasilno rušenje Ustavom utvrđenog poretka; narušavanja teritorijalnog integriteta Republike Srbije; propagiranja rata; podstrekavanja na neposredno nasilje; zagovaranja rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, nasilje ili neprijateljstvo.

⁶² Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁶³ Među razlozima ograničenja još su i sprečavanje: pozivanja na nasilno rušenje Ustavom utvrđenog poretka; narušavanja teritorijalnog integriteta Republike Srbije; propagiranja rata kao i podstrekavanje na neposredno nasilje (član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije).

⁶⁴ Član 46 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁶⁵ Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁶⁶ Član 46 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁶⁷ Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

Slobodu udruživanja građana Ustav garantuje opštom odredbom.⁶⁸ Sadržaj slobode udruživanja odnosi se na različite oblike udruživanja uključiv i pravo pojedinca da se ne udružuje kao i da ostane izvan bilo kakvog oblika udruživanja. Zbog značaja političkog i sindikalnog udruživanja, Ustav izričito garantuje pravo na političko i pravo na sindikalno udruživanje. Sloboda udruživanja se pod određenim uslovima može isključiti ili ograničiti. Ustav navodi tri slučaja⁶⁹ u kojima se sloboda udruživanja može ograničiti ili zabraniti. Ustav utvrđuje razloge⁷⁰ za zabranu delovanja udruženja, političke stranke ili sindikalne organizacije, kao i nadležnost organa koji odlučuje o zabrani rada.⁷¹ Izazivanje verske mržnje je jedan među razlozima za zabranu delovanja udruženja, političke stranke ili sindikalne organizacije.

U vezi sa razlozima za zabranu rada udruženja, političke stranke ili sindikalne organizacije, koje Ustav navodi postavlja se pitanje zašto su taksativno navedena samo tri lična svojstva (nacionalnost, rasa i vera) koja se na ovaj način štite, a izostavljaju sva druga, jednako tako značajna, koja Ustav navodi u vezi sa zabranom diskriminacije.⁷²

Odlučivanje o zabrani rada udruženja, političke stranke ili sindikalne organizacije povereno je Ustavnom sudu. Primetna je nedoslednost u načinu na koji je regulisana ova nadležnost Ustavnog suda, naročito kada se radi o njenom sadržaju, kvalitetu i obimu. Postavlja se pitanje da li Ustavni sud odlučuje o zabrani udruženja, političke stranke ili sindikata⁷³ ili se odluka Ustavnog suda odnosi samo na zabranu njihovog rada?⁷⁴ U prvom slučaju posledica odluke bi bila brisanje ovih organizacija iz registra, u drugom odluka bi se odnosila na zabranu njihovog delovanja.

OPŠTI USTAVNI KONTEKST LJUDSKIH PRAVA

Ustavni okvir slobode veroispovesti ne bi bio potpun ako bi isključili odredbe koje postavljaju opšti ustavni okvir ljudskih prava i sloboda koje Ustav garantuje. Stoga upućujemo odredbe u Osnovnim načelima Dela drugog Ustava.

⁶⁸ Član 55 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁶⁹ Član 55 stavovi 3, 4 i 5 Ustava Republike Srbije.

⁷⁰ Član 55 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁷¹ Istovetno pravilo sadrže i načela Ustava (član 5 stav 3).

⁷² Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁷³ Član 55 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁷⁴ Član 67 stav 3 Ustava Republike Srbije.

Kao polazni princip garantovanja ljudskih prava Ustav utvrđuje *neposrednu primenu ustavom zajemčenih ljudskih prava*.⁷⁵ U tom kontekstu ne upućuje i na neposrednu primenu međunarodnih izvora ljudskih prava iako u osnovnim načelima to izričito propisuje.⁷⁶

Neposredna primena ustavnih odredbi o ljudskim pravima znači da zakon nije nužan posrednik između ustavne norme i njene praktične primene. Sud i svaki drugi organ koji primenjuje pravo može se pozvati neposredno na ustavnu normu i može neposredno primeniti ustavno pravilo na konkretan slučaj. Na sadržaj ustavnih garancija ljudskih prava upućuje deklaratorna odredba⁷⁷ koja dopušta interpretaciju da ustavne garancije ne obuhvataju samo prava koja su garantovana samim Ustavom već uključuju i prava garantovana međunarodnim izvorima (opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori), pa čak i prava koja garantuju zakoni. U ovom kontekstu Ustav upućuje i na princip neposredne primene ali je nejasno da li se neposredno primenjuju međunarodni izvori ljudskih prava ili je uslov za neposrednu primenu da prava garantovana međunarodnim dokumentima budu pozitivirana u Ustavu.

U skladu sa opštim pristupom da je Ustav garant i zaštitnik ljudskih prava i da se ustavne odredbe o ljudskim pravima neposredno primenjuju, ograničen je kvalitet, obim i sadržaj ovlašćenja zakonodavca da reguliše ljudska prava. Zakon može regulisati samo način ostvarivanja ljudskih prava, samo ukoliko su ispunjeni uslovi koje propisuje Ustav i uz poštovanje granica za postupanje zakonodavca koje postavlja Ustav. Zakon može regulisati način ostvarivanja ljudskih prava, ako Ustav sadrži izričito ovlašćenje za postupanje zakonodavca i ukoliko je, zbog prirode određenog prava, neophodno da zakon reguliše način njegovog ostvarivanja. Granice postupanja zakonodavca kada reguliše ljudska prava postavljene su Ustavom. Ustav ne dopušta da zakon utiče na suštinu prava koje je predmet zakonske regulative.⁷⁸ Restriktivne nadležnosti zakonodavca u ovoj materiji su instrument zaštite statusa ljudskih prava u ustavnom sistemu (ustavna ne zakonska prava).

Kao osnov tumačenja odredbi o ljudskim i manjinskim pravima Ustav navodi dva izvora: važeće međunarodne standarde ljudskih prava i praksu međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ljudskih prava, a na unapređenje vrednosti demokratskog društva ukazuje kao na socijalni okvir tumačenja ljudskih prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori su izostavljeni iz ovog konteksta. Subjekti koji budu u prilici da

⁷⁵ Član 18 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁷⁶ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁷⁷ Član 18 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁷⁸ Član 18 stav 2 *in fine* Ustava Republike Srbije.

tumače odredbe o ljudskim pravima (u prvom redu organi koji odlučuju o njihovoj zaštiti npr. sudovi i posebno Ustavni sud) mogu biti u nedoumici kojim izvorima treba da se rukovode prilikom postupanja. Da li važećim međunarodnim standardima ljudskih prava i praksom međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ljudskih prava na koja Ustav izričito navodi u odredbi o tumačenju ljudskih prava⁷⁹ ili potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava na koje ih Ustav upućuje kada definiše okvir njihovog postupanja?⁸⁰

Svrhu ustavnih jemstava ljudskih prava Ustav definiše normom programatskog karaktera koja garancije ljudskih prava vezuje za očuvanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti. To su osnovne vrednosti koje odlikuju pravedno, otvoreno, demokratsko društvo i političku zajednicu koja počiva na vladavini prava. U takvoj zajednici je dostojanstvo ljudske ličnosti neprikosnoveno i zato su svi dužni da ga poštuju i štite.⁸¹

Principe koji definišu sadržaj, *osnov, okvir i obim ograničenja ljudskih prava* utvrđuje Ustav. Oni postavljaju granicu koju vlast ne sme prekoračiti kada se nađe u situaciji da odlučuje o ograničenju ljudskih prava. Ovi principi su vodič za postupanje organa vlasti u ovakvim prilikama. Nekoliko principa i osnovnih kriterijuma legitimiraju ograničenje ljudskih prava.⁸²

Ljudska i manjinska prava se mogu ograničiti samo zakonom. Ograničenje je moguće samo u slučaju kada to Ustav dopušta. Ograničenje je moguće samo ukoliko je propisano za svrhe za koje Ustav dopušta ograničenje. Obim u kom se neko pravo ili sloboda mogu ograničiti je definisan Ustavom. Ograničenje prava mora biti svedeno na minimum koji zadovoljava svrhu zbog koje Ustav dopušta mogućnost ograničenja prava.

Ustav propisuje posebne obaveze za postupanje državnih organa kada odlučuju o ograničenju prava i apostrofira sudove kao organe vlasti koji neposredno i u konkretnom slučaju odlučuju o ograničenju prava. Ove ustavne garancije su posebno važne. One štite prostor individualne slobode i određuju granicu i kriterijume za postupanje organa vlasti u domenu ljudskih prava. Kada odlučuju o ograničenju ljudskih prava⁸³ organi vlasti su vezani ustavnim pravilima koja

⁷⁹ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁸⁰ Uporediti čl. 142 st. 2; čl. 145 st. 2; čl. 167 st. 1 tačka 1. Šire: Pajvančić, M.: *Kontraverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava*, Zbornik »Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava«, Niš, 2008, str. 245-261.

⁸¹ Član 22 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸² Član 20 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸³ Član 20 stav 3 Ustava Republike Srbije.

definišu sadržaj i okvir njihovog postupanja. Oni su dužni da vode računa o principu srazmernosti, dakle o: suštini prava koje se ograničava; značaju svrhe zbog koje se sloboda ili pravo ograničavaju; obimu ograničenja i njegovoj prirodi; odnosu između ograničenja i svrhe zbog koje je propisano ograničenje; postojanju mogućnosti da se svrha ograničenja ljudskog prava ili slobode postigne i sa manjim ograničenjem prava.

Ustav sadrži i posebnu zaštitnu klauzulu⁸⁴ i izričito garantuje zaštitu statusa sloboda i prava koje građani već efektivno uživaju. To je ustavno pravilo prema kome se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati.

Ustav utvrđuje dva vida *zaštite ljudskih prava*: zaštitu u unutrašnjem pravu i međunarodno pravnu zaštitu pred međunarodnim institucijama.

Primarno se garantuje zaštita pred sudom, kao najvažniji vid zaštite ljudskih prava u unutrašnjem pravu. Pravo na zaštitu pred sudom ima svako kome je povredeno ili uskraćeno pravo ili sloboda garantovano Ustavom.⁸⁵ Svakome je zajamčeno pravo na nezavistan, nepristrasan i zakonom ustanovljeni sud, pravo na pravično suđenje⁸⁶ i pravo na jednaku zaštitu pred sudovima, drugim državnim organima, nosiocima javnih ovlašćenja, organima autonomne pokrajine i organima jedinice lokalne samouprave.⁸⁷ Zaštitu ljudskih prava pred sudom upotpunjuje sudska kontrola uprave.⁸⁸ Sadržaj prava na zaštitu ljudskih prava ne uključuje samo pravo na obraćanje sudu već i pravo na uklanjanje posledica koje su nastale povredom prava, što Ustav i izričito navodi.⁸⁹

Posebno se garantuje neposredna zaštita ljudskih prava pred Ustavnim sudom.⁹⁰ Ustavnosudska zaštita ljudskih prava oslanja se na načelo neposredne primene ustavom garantovanih ljudskih prava,⁹¹ a ostvaruje se kao subsidijaran vid zaštite pod uslovima utvrđenim Ustavom i u postupku po ustavnoj žalbi.⁹²

Drugi vid zaštite ljudskih prava je međunarodno pravna zaštita. Ustav garantuje pravo pojedinca da se obrati međunarodnim institucijama radi zaštite sloboda i prava zajamčenih Ustavom,⁹³ ali ne propisuje pod kojim uslovima se može

⁸⁴ Član 20 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁸⁵ Član 22 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸⁶ Član 32 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸⁷ Član 36 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁸⁸ Član 198 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁸⁹ Član 22 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁹⁰ Član 166 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁹¹ Član 18 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁹² Član 170 Ustava Republike Srbije.

⁹³ Član 22 stav 2 Ustava Republike Srbije.

koristiti ovo pravo, pa se u tom pogledu treba osloniti na međunarodne dokumente o ljudskim pravima koji propisuju uslove i postupak ostvarivanja zaštite pred međunarodnim institucijama.

Pitanje koje se u praksi može postaviti u vezi sa ovom odredbom Ustava odnosi se na sadržaj, kvalitet i obim ljudskih prava na koja se protežu ustavne garancije vezane za zaštitu prava.

U oba stava člana 22 Ustav se ograničava samo na zaštitu »prava zajemčenih Ustavom«, pa se postavlja pitanje da li se zaštita odnosi i na prava koja Ustav izričito ne garantuje, ali ih garantuju potvrđeni međunarodni ugovori ili su garantovana zakonima (zakonska prava), i da li samo pod pretpostavkom da na njih Ustav upućuje ili nezavisno od toga.

MARIJANA PAJVANČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
Novi Sad

CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE FREEDOM
OF RELIGION
– Serbian Example –

Summary

The paper focuses on the analysis of the constitutional framework of freedom of religion exemplified by the Constitution of Serbia. Aside from the basic principles that are the foundations of the relationship between the state and the church, i.e.: the principles of the secular state (lay character of the government; religious discrimination ban; civil marriage), the paper analyzes special rights that are more closely related to freedom of religion (freedom of thought, conscience and religion; position of churches and religious communities; right to conscientious objection), to the protection of freedom of religion and to the ban on religious discrimination as a reason for limiting rights and freedoms guaranteed by the constitution (obligation of the state to encourage the respect for differences; prohibitions on encouraging racial, national or religious hatred; right to shelter and foreigners banishment protection; limitations of the freedom of press and the freedom of assembly). In addition, the author analyzes the general constitutional context that guarantees human rights.

USTAVNA JEMSTVA I »GRANICE« OGRANIČENJA LJUDSKIH PRAVA

U V O D

Kao izraz institucionalizacije prava u ustavnoj državi, ljudska prava se danas definišu kao stub pravnog poretka. Sfera osnovnih prava, kao subjektivnih prava, prerasla je u fundamentalne norme društva koje oblikuju objektivni pravni poredak.¹ Ljudska prava u savremenoj teoriji predstavljaju ono što su pod tim pojmom podrazumevali Dž. Lok i drugi teoretičari kada su koristili izraz »prirodna prava«. Kao i prirodna prava, tako se i ljudska prava »moraju izvesti iz prirodnog stanja (tj. iz potrebe i sposobnosti) ljudi kao takvih, bilo onakvih kakvi su danas ili onakvih kakvi su u stanju da postanu« (C.B. Macpherson).²

Konstitucionalizacija ljudskih prava povezana je sa uspostavljanjem koncepta pravne države, koji je ispoljen u zahtevu da se ograniči apsolutna vlast. Funkcionisanje pravne države neodvojivo je od ustavnih garancija osnovnih prava, pri čemu ustavne garancije obuhvataju istovremeno proklamovanje i instrumente zaštite osnovnih prava. Osim značaja ljudskih prava u nacionalnom prav-

Dr Irena Pejić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu: »Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih stadarda u pravni sistem Republike Srbije« br. 149043D koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine Republike Srbije.

¹ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 127.

² Citirano prema: M. Cranston, »U čemu se sastoje ljudska prava«, u V. Vasiljević (ur), *Prava čoveka – Zbornik dokumenata o pravima čoveka*, Beograd: Prometej, 1991, str. 34.

nom poretku, kao temelja ustavne demokratije i pravne države, ljudska prava se smatraju pretečom u procesu »internacionalizacije« demokratije na međunarodnom planu. Internacionalizacija u ovoj oblasti doprinela je oblikovanju ljudskih prava na poseban način. Tradicionalni mehanizmi međunarodnog prava u pogledu odnosa između suverenih država i mehanizmi nacionalnog (prvenstveno ustavnog) prava u pogledu odnosa između države i građanina, pretočeni su u nove relacije koje dopuštaju da međunarodno pravo »determiniše« odnose suverenih država prema svojim građanima.³

*Ljudska prava kao fundamentalne norme
ustavnog poretka Srbije*

Nacionalni pravni poredak počiva na korpusu fundamentalnih prava, koja su po svojoj sadržini individualna i koja traže odgovarajuće priznanje. Dejstvo ljudskih prava u ustavnoj demokratiji zasniva se na tri pretpostavke: 1) supra-pozitivna snaga ljudskih prava, koja proizilazi iz opštih principa vladavine prava; 2) postojanje opšte »političke saglasnosti« o funkcijama ljudskih prava, koja je utemeljena u pozitivnom pravu (nacionalni i međunarodni pravni izvori); 3) institucionalni okvir za interpretaciju i primenu garantovanih prava i sloboda u ustavnom sistemu.⁴

Sve tri pretpostavke našle su svoj pravni izraz u osnovnim principima vladavine prava sadržanim u Ustavu Srbije (2006). Ustavne garancije vladavine prava (*čl. 3. Ustava*) sadržane su prvenstveno u ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava i sloboda, kao i u garancijama o slobodnim i neposrednim izborima, o podeli vlasti, o nezavisnoj sudskoj vlasti, o povinovanju vlasti Ustavu i zakonu. Na ovaj način, izgrađen je opšti ustavni okvir za funkcionisanje pravne države u kojoj je građanin slobodan ne samo u meri u kojoj su prava i slobode proklamovane, već u meri u kojoj on uživa efektivnu zaštitu u svojim pravima, prvenstveno zaštitu od mešanja vlasti. Proklamovana kao osnovna vrednost ustavne demokratije, ljudska prava uživaju posebne garancije kroz efektivan sistem pravne zaštite u nacionalnom pravnom poretku i pred međunarodnim organima.

Postojanje opšte »političke saglasnosti« o funkcijama ljudskih prava utemeljeno je u pozitivnom pravu, bilo da je reč o nacionalnim ili o međunarodnim pravnim izvorima. Širok katalog ljudskih i manjinskih prava, sadržan u Ustavu

³ Upor. R.K.M.Smith, *International Human Rights*, Oxford University Press, 2003, p. 7.

⁴ Upor. G. L. Neuman, »Human Rights and Constitutional Rights«, *Stanford Law Review* (55) 2003, pp. 1866–1872.

Srbije, prati širinu i dostignuća savremenih ustavnih demokratija, kao i principa koji su dostignuti na međunarodnom planu. Zato se pozitivno-pravnim izvorima u oblasti ljudskih prava, sa nivoa ustavnog normiranja, ne može uputiti ozbiljan prigovor.⁵ Drugi deo Ustava (*čl. 18–81*) odnosi se na ljudska i manjinska prava i on je podeljen u tri odeljka: 1) osnovna načela, 2) ljudska prava i slobode, i 3) prava pripadnika nacionalnih manjina.

S obzirom da je skoro trećina ustavnog teksta, odmah iza osnovnih načela, posvećena katalogu ljudskih prava, kao i da je najveći broj proklamovanih prava preuzet iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, može se reći da su Ustavom dostignuti međunarodni standardi u ovoj oblasti prava.

Institucionalni okvir za interpretaciju i primenu garantovanih prava i sloboda u ustavnom sistemu postoji ukoliko je uspostavljen efikasan sistem pravne zaštite. U sistemu podelje vlasti svi ustavni organi, zakonodavni, izvršni i sudski, dužni su da tumače i primenjuju garantovana prava saglasno njihovoj prirodi. U tom cilju, Ustav proklamuje osnovna načela u ustavnom poretku Srbije, koja su sistematizovana i izdvojena u posebnom delu o ljudskim i manjinskim pravima.

Ustavna načela o ljudskim pravima

Promovisanjem širokog kataloga ljudskih i manjinskih prava, Ustav Srbije sledi primer evropskih ustava druge polovine dvadesetog veka. Na čelu drugog dela Ustava, kojim se uređuje sistem ljudskih i manjinskih prava u Republici, nalazi se odeljak o osnovnim načelima (*čl. 18–22*). Osnovna ustavna načela treba da osiguraju interpretaciju i primenu garantovanih prava od strane državnih organa, prvenstveno sudskih i upravnih, koji, rešavajući u pojedinačnim stvarima, treba da zaštite slobode pojedinca u njihovom punom izražaju. Osnovna ustavna načela o ljudskim pravima su: načelo o neposrednoj primeni zajemčenih prava (*čl. 18*), načelo o svrsi ili razlogu ustavnih jemstava (*čl. 19*), načelo o »granicama« ograničenja ljudskih i manjinskih prava (*čl. 20*), načelo o jednakosti i zabrani diskriminacije (*čl. 21*) i načelo o zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda (*čl. 22*).

Neposredna primena ljudskih i manjinskih prava predstavlja dostignuće savremene građanske ustavnosti.⁶ Ovaj ustavni princip odnosi se na sve nosioce us-

⁵ Upor. D. Stojanović, *Ustav Republike Srbije (pogovor)*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta, 2006, str. 110–111.

⁶ U Francuskoj je, na primer, direktna primena ustavom garantovanih prava započela tek sedamdesetih godina, kada je Ustavni savet inicirao preuzimanje istorijskih dokumenata o ljudskim pravima. (Upor. A.S. Sweet, »The politics of constitutional review in France and Europe«, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No 1, 2007, pr. 93–94).

tavne vlasti, ali prvenstveno ima za cilj da obezbedi »biće« ljudskih prava u odnosu prema zakonodavnoj vlasti. Zakonom se može propisati »način ostvarivanja« zajemčenih prava, ali se pri tome ne može dirati u »suštinu zajemčenog prava«. Neposredna primena ljudskih i manjinskih prava podrazumeva da su svi državni organi u procesu zaštite zagarantovanih prava dužni da se pridržavaju međunarodnih standarda, kao i prakse međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ovih prava. Sudovi u Republici sude na osnovu Ustava i zakona, kao i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora (čl. 142. st. 1 Ustava). Nema sumnje da je koncept ljudskih prava afirmisan sa namerom da se u pogledu zaštite prava i sloboda primene najviši demokratski standardi i opšteprihvaćeni principi međunarodnog prava.⁷

Drugi ustavni princip izražen je u načelu o tumačenju kroz isticanje »svrhe« proklamovanih prava i sloboda. Posmatrano kroz formalnu sistematizaciju, ovaj princip izražen je u ustavnim odredbama kojim je uspostavljen princip o neposrednoj primeni zajemčenih prava (čl. 18. st. 3) i kojim se uređuje svrha ustavnih jemstava ljudskih prava (čl. 19). U cilju neposredne primene zajemčenih prava, odredbe o ljudskim i manjinskim pravima treba da budu tumačene »u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva«, a »saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje« (čl. 18. st. 3). Ustav izražava vrednost subjektivnih prava i potrebu zaštite objektivnog pravnog poretka, jer se zaštitom individualnih prava građana obezbeđuje i zaštita javnog poretka. Svrha ustavnih garancija sadržana je u ustavnoj izreci da ljudska prava služe »očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenom i demokratskom društvu, zasnovanom na načelu vladavine prava« (čl. 19).

Iako podeljen u dve ustavne odredbe, reč je o jedinstvenom ustavnom principu koji obezbeđuje institucionalni okvir za interpretaciju i primenu garantovanih prava od strane državnih organa. Tumačenje ljudskih prava pretpostavljeno je opštem ustavnom cilju, izraženom kroz programsko načelo o unapređenju vrednosti demokratskog društva. Ovaj cilj, međutim, ne može biti ostvaren ako se ne odgovori na pitanje: šta je sa »interesom« pojedinca? Individualni interes poje-

⁷ Ustav Španije u delu o ljudskim pravima (čl. 10 st. 2) predviđa da će ova ustavna oblast biti interpretirana u svetlu konvencija o ljudskim pravima, koje je Španija ratifikovala (jedna od njih je Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava). Španski Ustavni sud se deklarirao da nije nadležan da ocenjuje saglasnost domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim instrumentima, pa je redovnim sudovima prepušteno da se bave ovim pitanjem bez pozivanja ustavnog suda na intervenciju. (Upor. V.F.Comella, »The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?«, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No 3, 2004, pp. 483-484).

dinca štiti se kroz očuvanje ljudskog dostojanstva, kao i kroz ostvarenje pune slobode i jednakosti svakog pojedinca. Interesi pojedinca mogu da budu izraženi prema javnoj vlasti, sa ciljem da se ograniči samovolja vlasti, kao i prema samom pojedincu, sa ciljem da se obezbedi zaštita objektivnog pravnog poretka i funkcionisanje pravne države.

U oba nivoa ustavnih garancija, kako sa aspekta društva, tako i sa aspekta pojedinca, nailazimo na nove ustavne standarde, koji nemaju tačno određenu pravnu sadržinu. Oni su izraženi u pravnim formulacijama o »unapređenju vrednosti demokratskog društva« i o »pravednom, otvorenom i demokratskom društvu«. Ovakvi standardi ne podležu jasnom i izričitom određenju u najvišim pravnim aktima nacionalnog poretka, kao ni u međunarodnim pravnim dokumentima. Njihova sadržina potencijalno se razvija i postepeno popunjava u praksi ustavnih organa, prvenstveno ustavnih sudova, kao i međunarodnih institucija koje se bave zaštitom ljudskih i manjinskih prava.

Primenom Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava u sudskoj praksi razvijeno je učenje o polju tzv. slobodne procene. Polje slobodne procene odnosi se upravo na primenu pojmova za koje se ne može naći univerzalna sadržina i vrednost. Sadržina ovakvih pravnih standarda spada u oblast tzv. diskrecionih prava država.⁸ Tako se i kod tumačenja ljudskih prava »u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva«, kao i kod standarda »pravednog, otvorenog i demokratskog društva zasnovanog na načelu vladavine prava«, može primeniti pravilo slobodne procene u interpretaciji i primeni ljudskih i manjinskih prava. Od državnih organa, prvenstveno ustavnog suda i redovnih sudova, očekuje se da svojim odlukama popunjavaju sadržinu navedenih standarda, procenjujući »lokalne« uslove i potrebe države. Osnovni cilj u interpretaciji ovih pravnih standarda je da osiguraju vladavinu prava, kao pretpostavku Ustava, i obezbede primenu međunarodnih izvora o ljudskim pravima.

Ustav proglašava načelo jednakosti i zabrane diskriminacije, kao osnovno načelo u obezbeđivanju vrednosti individualnih prava. Ustavom su široko uređeni antidiskriminatorni osnovi, koji su korektno preuzeti iz međunarodnih akata. Svi imaju pravo na jednaku zakonsku zaštitu, što znači da su svi pred zakonom jednaki. Posebne mere koje država preduzima u cilju postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupa lica, koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima, imaju karakter afirmativnih mera (tzv. pozitivna diskriminacija). One se ne smatraju diskriminatornim zahvatima vlasti, već imaju za cilj da

⁸ V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, 2007, str. 81.

otklone faktičku nejednakost lica ili grupa lica, pa su i vremenski limitirane i primenjuju se dok se ne ostvari postavljeni cilj.⁹

Na kraju ustavnih načela o ljudskim i manjinskim pravima proglašen je princip sudske zaštite zagarantovanih prava u nacionalnom pravnom poretku, kao i pred međunarodnim organima (čl. 22). Pravo na sudsku zaštitu u nacionalnom poretku obuhvata pravo na zaštitu pred redovnim sudovima i pravo na zaštitu pred Ustavnim sudom. Dok je prvi oblik zaštite u kontinuitetu prisutan u domaćem sistemu, dotle je individualna zaštita ljudskih i manjinskih prava pred Ustavnim sudom Srbije novina u odnosu na prethodni srpski Ustav (1990). Pravo zaštite pred međunarodnim organima je ustavom garantovano pravo građanima da se, u skladu sa pravilima međunarodnog prava, obraćaju direktno instancama međunarodnopravne zaštite. U evropskom pravnom prostoru posebno važan mehanizam zaštite pruža Evropski sud za ljudska prava, koji je svojim odlukama formirao stavove o načelima zaštite ljudskih prava na koje se oslanjaju zemlje članice Saveta Evrope.

Načelo proporcionalnosti i garancije ljudskih prava

Sistem ljudskih i manjinskih prava u pravnom poretku Republike Srbije po prvi put uključuje ustavno načelo proporcionalnosti. Nastao u moderno doba, ovaj princip predstavlja jedan od načina za razrešenje »konflikta« između ustavnih normi, kao i potencijalni metod u tumačenju osnovnih ustavnih vrednosti. U pogledu zaštite ljudskih prava, načelo proporcionalnosti razvija se u praksi nacionalnih ustavnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava u poslednjim decenijama dvadesetog veka.

S obzirom da princip ustavnosti počiva na pravilu o jednakoj pravnoj snazi pravnih normi sadržanih u ustavu, to se postavlja pitanje: da li je moguća »hijerarhija« ustavnih odredaba o individualnim pravima i slobodama, kao i da li je moguće primeniti stepenovanje u sistemu zaštite ljudskih prava štiteći istovremeno javni i individualni interes? Ima mišljenja da se odgovori na ova pitanja nalaze u primeni načela proporcionalnosti od strane ustavnih organa u sve tri grane vlasti.

Princip proporcionalnosti obavezuje državne organe da prilikom donošenja akata, kako opštih, tako i pojedinačnih, vode računa da svako ograničenje ljudskog prava bude proporcionalno i razumno. Proporcionalnost uključuje tri pravila:

⁹ M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. str. 33.

adekvatnost (podesnost, dovoljnost), neophodnost i proporcionalnost *stricto sensu*. Adekvatnost znači da zakonodavac pri donošenju normativnih akata u oblasti ljudskih prava treba da se rukovodi razlozima koji su podesni da bi se ostvario željeni ishod. Neophodnost dolazi do izražaja u konkretnim stvarima, prilikom odlučivanja o izboru sredstava i instrumenata za ograničavanje. Ovaj izbor mora biti takav da obezbedi najmanje restriktivno sredstvo radi postizanja optimalnog rešenja. Proporcionalnost u užem smislu, *stricto sensu*, zahteva od nadležnog organa da vodi računa o balansu između prednosti i mana u primeni određenog pravnog rešenja.¹⁰

Primena proporcionalnosti radi postizanja »legitimnog cilja« u uporednoj sudskoj i ustavnosudskoj praksi pokazala je značajne prednosti u zaštiti demokratskog poretka. Ima mišljenja, međutim, da interpretacija ljudskih prava putem načela proporcionalnosti može izazvati drugačije efekte od željenih, te da se državnim organima, prvenstveno sudovima koji se staraju o zaštiti garantovanih prava i sloboda, prepušta i suviše široka diskrecija u tumačenju »biča« i sadržine prava, balansirajući između javnog i individualnog interesa. Otvara se ozbiljno pitanje: da li je princip proporcionalnosti narušio pretpostavku podele vlasti u odnosima između zakonodavnog i sudskih organa, odnosno, da li se primenom proporcionalnosti od strane sudova dovodi u sumnju poverenje građana prema zakonodavnoj vlasti?¹¹

Uporedna ustavnosudska iskustva (Španija, Nemačka) pokazuju da primenom principa proporcionalnosti ustavni sudovi utiču na redovne sudove i nameću ga kao uslov u zaštiti zajemčenih prava i sloboda.¹² Posebno je značajno kako ustavni sud primenjuje »test« proporcionalnosti u sporu o koliziji dva ustavna prava, kako sa aspekta zaštite ustavnosti i zakonitosti, tako i sa aspekta zaštite interesa pojedinca i njegovih prava i sloboda. Princip proporcionalnosti treba da obezbedi potrebnu ravnotežu, kako između ustavnih odredaba kojima se garantuju individualna ljudska prava, tako i između ljudskih prava i javnog interesa, kome je pretpostavljeno donošenje normativnih akata u pravnom poretku. Da bi ustavni sud ostvario ravnotežu u oceni ustavnosti, od njega se očekuje da proceni

¹⁰ U uporednim ustavnim sistemima ova ravnoteža naziva se »*balance between costs and benefits*«.

¹¹ Upor. A. Barak, »Proportionality and Principled Balancing,« *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4: Iss. 1, Article 1 (Available at: <http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art1>); S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, Jean Monnet Working Papers, No. 09/08 (Available at: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/080901.html>); M. Kumm, *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2009 (Available at: http://lsr.nelco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1118&context=nyu_plltwp, posećeno 23.08.2010).

¹² A.S. Sweet, »The politics of constitutional review in France and Europe«, pr. 76–78.

koja »ustavna vrednost« će prevagnuti, tj. da najveća »korist« bude dostignuta najmanjom »cenom«.¹³

Osim u postupku zaštite ljudskih prava, ustavni sudovi primenjuju princip proporcionalnosti i u postupku normativne kontrole zakona. Tri su osnovna zahteva o kojima ustavni sud vodi računa kada ocenjuje ustavnost zakona. Prvi zahtev je da zakon mora da ispunjava postavljeni legitimni cilj u pravnom poretku. Drugi je zahtev da zakon treba da bude neophodan. Zakon mora biti adekvatan u pogledu postizanja njegove svrhe i ne sme da dozvoli ni najmanju mogućnost da se isti rezultat postigne alternativnim rešenjem. Konačno, treći zahtev izražen je u srazmernosti, tj. da prednosti i mane ne smeju biti nesrazmerne pretpostavljenom cilju ili postignutom rezultatu.¹⁴

U praksi Evropskog suda za ljudska prava princip proporcionalnosti dolazi do izražaja u primeni Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava, koju je Sud izrazio stavom da »bitno svojstvo Konvencije predstavlja pronalaženje ravnoteže između opšteg interesa društva i zaštite osnovnih prava pojedinca«.¹⁵ Merila koja Sud koristi su sledeća: da li su razlozi za ograničenje nekog prava »suvisli i korisni«, da li za tako nešto postoji »hitna potreba«, da li su preduzete mere opravdane sa aspekta legitimnog cilja koji se želi postići, kao i da li postoji »poštena ravnoteža između opštih i pojedinačnih interesa«.¹⁶ Tako je u svojoj odluci, u slučaju Lepojević protiv Srbije, Evropski sud za ljudska prava zaštitio pravo garantovano članom 10. Evropske konvencije – pravo na slobodu izražavanja, sa obrazloženjem da ugled jednog političara ne može biti značajniji od ugleda običnog građanina. Stav je Evropskog suda da je rad izabranih lica naročito podložan kritici.¹⁷ Vrhovni sud Srbije je, takođe, novembra 2008. godine usvojio stav da su granice prihvatljive kritike šire kada je reč o javnim ličnostima u odnosu na privatna lica. Javne ličnosti su, za razliku od običnih građana, neizbežno i svesno izložene pomnom ispitivanju svake njihove reči i dela, kako od novinara, tako i od javnosti uopšte, pa se zato očekuje da ispolje veći stepen tolerancije.

Ocenjujući povredu slobode izražavanja i slobode udruživanja (*čl. 10 i 11 Evropske konvencije*), u slučaju *Vogt v. Germany*, Evropski sud za ljudska prava

¹³ A. S. Sweet, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 97.

¹⁴ P. Popelier, »The Role of the Belgian Constitutional Court in the Legislative Process«, *Statute Law Review* Vol. 26, No 1, 2005, p. 33.

¹⁵ Case of *Soering v. United Kingdom*, 14038/88 Š1989Č ECHR 14 (7 July 1989), (para 89).

¹⁶ V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, *op. cit.*, str. 80.

¹⁷ Slučaj Lepojević protiv Srbije, predstavka br. 13909/05, presuda od 6.11.2007. Slično i u odluci Filipović protiv Srbije, predstavka br. 27935/05, presuda od 20.11.2007. godine (dostupno na: [http://www.hraction.org/?p=220](http://www.hrraction.org/?p=220), posećeno 23.08.2010).

zaključio je da disciplinska kazna i zabrana obavljanja posla profesora u srednjoj školi zbog članstva u Komunističkoj partiji Nemačke predstavlja meru koja nije »proporcionalna legitimnom cilju«, kao i da ovakva aktivnost državnog službenika ne može biti suprotna osnovnim principima slobodnog demokratskog poretka Republike Nemačke.¹⁸ Sa druge strane, Evropski sud je, u slučaju *Prager & Overshlick v. Austria*, smatrao da mere preduzete protiv žalioca, dva austrijska novinara, koji su pred nacionalnim sudom optuženi zbog nanošenja uvreda sudiji u jednom austrijskom nedeljniku, nisu »neproporcionalne«, te da su one »neophodne u demokratskom društvu« pa se ne smatra da je učinjena povreda slobode izražavanja i slobode štampe.¹⁹

»Granice« ograničenja ljudskih prava

Princip proporcionalnosti sadržan je u odredbi Ustava Republike Srbije o »granicama« ograničenja ljudskih prava (čl. 20), koje su postavljene u dva nivoa: 1) prema zakonodavcu, koji donosi opšte pravne akte, i 2) prema državnim organima, prvenstveno sudovima, koji rešavaju u pojedinačnim pravnim stvarima. Dakle, princip proporcionalnosti izražen je kroz »granice« ograničenja ljudskih prava kako u procesu normiranja, tako i prilikom rešavanja pojedinačnih sporova.

Ustav propisuje »granice« u kojima se može kretati zakonodavac kada ograničava zajemčena prava. Ograničenje ljudskih i manjinskih prava putem zakona dopušteno je pod sledećim uslovima: 1) ako je to Ustavom izričito predviđeno; 2) u svrhe radi kojih Ustav to propisuje; 3) u obimu neophodnom da se svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu, i 4) bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava. Ovome se može dodati ustavna garancija da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati (čl. 20 st. 1 i 2).

Sa druge strane, rešavajući u pojedinačnim pravnim stvarima, državni organi pružaju direktnu zaštitu pojedincima u pogledu njihovih prava i sloboda. Princip proporcionalnosti obavezuje sve organe, prvenstveno sudove, da vode računa o sledećem: 1) o suštini prava koje se ograničava; 2) o važnosti svrhe ograničenja; 3) o prirodi i obimu ograničenja; 4) o odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja; 5) o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava (čl. 20 st. 3).

¹⁸ Case of *Vogt v. Germany* 17851/91 Š1995Č ECHR 29 (26 September 1995).

¹⁹ Case of *Prager & Overshlick v. Austria* 15974/90 Š1995Č ECHR 29 (26 April 1995).

Proklamovano ustavno načelo postavlja opšti okvir državnim organima u pogledu ograničavanja ustavom zajemčenog prava ili određivanja stepena i vrste povrede. Proporcionalnost, izražena u odluci nadležnog organa, treba da ukaže da se vodilo računa kako o žalbenom zahtevu u pogledu povrede prava, tako i o zaštiti javnog interesa, poštujući princip ustavnosti i zakonitosti. Od državnih organa se očekuje da pronađu odgovor na pitanje: može li država da zaštiti javni interes na takav način da izazove što manju štetu individualnim pravima i slobodama?

Od sve tri grane vlasti se očekuje da ostvare cilj i postignu optimalnu zaštitu javnog interesa, a da pri tom ne naruše individualna građanska prava i slobode. Ukoliko zakonodavstvo i uprava primenjuju standard »najmanje restriktivnog sredstva«, tada se oni ponašaju po »sudskom modelu«, jer se od njih očekuje da razmišljaju kao sudije, primenjujući proporcionalnost na svoja ovlašćenja u donošenju normativnih akata. Sa druge strane, sudovi primenom principa proporcionalnosti dopunjavaju funkciju zakonodavca i uprave. Posmatrano u širem smislu, načelo proporcionalnosti treba da doprinese povezivanju sfere normiranja, koja se rukovodi javnim interesom, sa sferom donošenja pojedinačnih pravnih akata, koja treba da štiti interes pojedinca.

Ustav, takođe, uređuje »granice« odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom ili ratnom stanju (čl. 202). Odstupanja od ljudskih i manjinskih prava zajemčenih Ustavom, po proglašenju vanrednog ili ratnog stanja, dozvoljena su »samo u obimu u kojem je to neophodno«. Državna vlast je dužna da načelo proporcionalnosti primeni i u posebnom »državnom stanju«, ukoliko je potrebno učiniti zahvat u zagarantovana prava i slobode. Mere odstupanja isključene su za grupu pobrojanih prava i sloboda, koja uživaju stepen apsolutne ustavne zaštite (pravo na život, dostojanstvo, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta i druga lična prava).

Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom ili ratnom stanju ne smeju da ugroze osnovno ustavno načelo o jednakosti i zabrani diskriminacije. U ustavnoj odredbi čl. 202 navode se samo neki od osnova za zabranu diskriminacije u posebnom državnom stanju, kao što su rasa, pol, jezik, veroispovest, nacionalna pripadnost ili društveno poreklo. Nejasno je, međutim, zašto osnovni ustavni princip o zabrani diskriminacije (čl. 21 st. 3), koji predviđa punu skalu osnova za zabranu diskriminacije, nije primenjen i u slučaju vanrednog ili ratnog stanja. Postavlja se pitanje: da li će u stanju državne nužde biti dopušteno da se mere ograničenja primene na pojedince s obzirom na njihova ostala svojstva, kao što je političko ili drugo uverenje, rođenje, imovno stanje, kultura, starost i psihički ili fizički invaliditet? S obzirom da sve ustavne odredbe uživaju jednaku pravnu snagu, a time i zaštitu pred Ustavnim sudom, ne može se govoriti o neustavnosti pravnog rešenja sadržanog u čl. 202 Ustava. Ako se u tumačenju

ustavnih odredaba primeni princip proporcionalnosti, tada su razlozi za uspostavljanje opšteg načela o jednakosti opravdani i osnovani sa aspekta legitimnog cilja samo ukoliko se oni primene na sve situacije u kojima se pojedinac može naći, pa tako i na stanje državne nužde. Zato i u ovom slučaju treba da bude primenjen opšti ustavni princip, te su državni organi i u vanrednom ili ratnom stanju vezani načelom o jednakosti i zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu, koji je naveden u osnovnim načelima o ljudskim i manjinskim pravima.

Jemstva ljudskih prava i zaštita ustavnosti u praksi ustavnog suda

S obzirom da su garancije ljudskih prava izraz »društvenog procesa, oblikovanog uzajamnom interakcijom, ili dijalogom, između ustavnih sudija, zakonodavca i sudstva«, uloga ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava posebno je značajna.²⁰ Primarni cilj ustavnosudske zaštite je da se obezbedi funkcionisanje pravne države i objektivnog pravnog poretka kroz zaštitu individualnih prava i sloboda građana. Ustavna žalba sublimira pravo građana da se direktno obraćaju ustavnom sudu kada im je pojedinačnim aktom sudske ili upravne vlasti povređeno ustavom garantovano pravo.

Nije dovoljno, mada je neophodno, da ustavni sud ostvaruje svoju funkciju u duhu Monteskijevog učenja da sud samo »proglašava pravo«, tj. da konkretizuje pravne norme formalnom interpretacijom ustava. Više od toga, ustavni sud je »kreator prava«, koji svojim originalnim akcijama deluje u duhu ustava i nastupa kao kreativni interpretator ustava. Kao zaštitnik ljudskih prava, ustavni sud obezbeđuje da se, ne samo zakonodavac, već i nosioci ostalih grana vlasti, postave u poziciju odgovorne ustavne vlasti, koja polaže račun za ostvarivanje svojih ustavnih nadležnosti.²¹

Ustavnosudska kontrola kao »kontrola shvatanja ili razumevanja« ustavnog prava znači da ustavni sud, postupajući po ustavnim žalbama, ne ispituje proceduru i način odlučivanja redovnih sudova, već je njegov zadatak da ispita shvatanje ustavnog prava od strane redovnog suda. Ustavni sud je u svojoj nadležnosti ograničen na ispitivanje da li je odlukom suda povređeno ustavom garantovano pravo, kao i da li je isto pravo povređeno u postupku koji je vođen pred nad-

²⁰ A.S. Sweet, *Governing with Judges...*, p. 92.

²¹ Ustanovljena nadležnost ustavnog suda da odlučuje o ustavnim žalbama, smatraju O. Vučić i D. Stojanović, polazi od načela da »apsolutno svi akti javne vlasti doneti u suverenim formama podležu preispitivanju u odnosu na ustavom garantovana prava i slobode«. (O. Vučić, D. Stojanović, »Postupak odlučivanja o ustavnim žalbama građana«, *Pravni život*, br. 14, Tom VI, 2009, str. 882.

ležnim organom. Iz ovoga proizilazi da sudska odluka ne mora biti obavezno »objektivno nekorektna«, već je dovoljno da ona sadrži »fundamentalno pogrešno« shvatanje ustavom garantovanog prava.²²

Postupajući po ustavnim žalbama građana, ustavni sud otvara pitanje: da li je prilikom donošenja pojedinačnog pravnog akta uzet u obzir legitimni interes svakog pojedinca? U uporednim sistemima, ustavni sud primenjuje tzv. test »neophodnosti i proporcionalnosti« u slučajevima ograničenja individualnih prava od strane državnih organa. Ovakav pristup u zaštiti individualnih prava i sloboda proizilazi iz njihovog karaktera »nepovredivih« prava. Ustavni sud procenjuje u kojoj je meri moguće zaštititi pravo i ostvariti legitimni cilj, a da se ne povrede druga fundamentalna prava i ustavne vrednosti.

Najveći problem sa kojim se ustavno sudstvo može sresti u postupku zaštite ustavnih prava je pitanje kolizije dva ustavom garantovana prava. U praksi evropskih ustavnih sudova (Nemačka, Španija, Italija) razvijeno je gledište o »suprakonstitucionalnoj« snazi ustavnih normi o ljudskim pravima u odnosu na ostale ustavne norme, što dalje otvara pitanje: da li se može uspostaviti hijerarhija u pravima koje ustav jamči? U uslovima podele vlasti, ustavni sud razvija specifične odnose sa organima zakonodavne i sudske vlasti. Rešavajući o ustavnom sporu ovaj sud se kreće u svom specifičnom »ustavnom prostoru«, koji se u nekim elementima prepliće sa »sudskim« i »političkim« prostorom.²³

Ustavni sud odlučuje po ustavnim žalbama u *inter partes* situacijama, što odstupa od generalnog *erga omnes* dejstva ustavnosudskih odluka. Na ovaj način, ustavni sud ostvaruje poseban oblik kontrole tzv. mikro-ustavnosti, tj. kontroliše implementaciju ustavnih normi u oblasti ljudskih prava.²⁴ Uprkos generalnoj pretpostavci da ustavni sud u postupku apstraktne kontrole ustavnosti nastupa kao »negativni zakonodavac«, postupajući po ustavnim žalbama on deluje u određenoj meri kao »pozitivni zakonodavac«.

²² U praksi nemačkog Ustavnog suda koristi se formulacija »specifično ustavno pravo«, koja je u pravnoj literaturi često kritikovana, jer ona ne sadrži objektivne kriterijume za razgraničenje situacije kada je povređeno ustavno i kada je povređeno neko drugo pravo, na primer, zakonsko pravo. (Upor. M. Singer, »The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints«, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 31, No 1, 1982, p. 339; C.Rüth & K. Lohse, »Constitutional Review of Decisions of non Constitutional Courts by the German Federal Constitutional Court« (report), *European Commission for Democracy through Law* (Venice Commission, CCS 2005/11), Brno, Czech Republic, 14–15 November, 2005, p. 5).

²³ Upor. A. S. Sweet, *op. cit.*, p. 33.

²⁴ Upor. G. Harutyunyan & A. Mavcic, *Constitutional Review and its Development in the Modern World: a Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157.

Ne samo da interpretira ustavne norme o ljudskim pravima, ustavni sud kreira stavove kojima konstruiše »živi« ustav.²⁵ Tako je G. Leibholz, dugogodišnji sudija Saveznog ustavnog suda Zapadne Nemačke (1951–1971), smatrao da se Sud može upuštati u sporove koji imaju za predmet manje racionalne standarde i zahtevaju od suda fleksibilniji pristup u tumačenju ustavnih normi, jer su sudije ustavnog suda naterane da u procesu razmatranja svake ustavne norme zauzmu stav prema političkoj realnosti. Od ustavnog suda se očekuje da ustavne principe dovede u racionalnu i opravdanu vezu sa datim političkim poretkom, zato što ustavne norme i stvarnost nisu uvek u saglasnosti. Ustavnom sudu je dodeljena »diskreciona vlast u pogledu kreativne interpretacije« (*Willi Geiger*).²⁶

Postupajući po ustavnim žalbama Ustavni sud Srbije je u kratkom vremenskom intervalu obezbedio da se kompletira sistem zaštite u ustavnom sistemu. Ustavna žalba je, po mišljenju Evropskog suda za ljudska prava, svrstana u delotvorna sredstva pravne zaštite u nacionalnom poretku. Na ovaj način, ostvaren je princip supsidijarnosti u institucionalnoj zaštiti ljudskih prava u dvostrukom ispoljavanju. S jedne strane, ustavna žalba predstavlja sredstvo pravne zaštite pred Ustavnim sudom, koje je dopušteno samo ako su iscrpljeni svi raspoloživi putevi redovne pravne zaštite u nacionalnom pravnom poretku.²⁷ Sa druge strane, ustavna žalba ulazi u krug dopustivih pravnih sredstava zaštite na nacionalnom nivou, koji prethode mehanizmu sudske zaštite pred Evropskim sudom za ljudska prava.

ZAKLJUČAK

Načela o ljudskim i manjinskim pravima po prvi put su sistematizovana u Ustavu Srbije (2006) kao osnova ustavnih jemstava prava i sloboda, koja predstavljaju izraz vladavine prava. Ustavna načela o ljudskim pravima pružaju pravni osnov za interpretaciju i zaštitu zajemčenih prava i sloboda u postupku pred sudovima, posebno pred Ustavnim sudom. Sistem »ljudskih i manjinskih prava«,

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Prema: F. Nova, »Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judicial Review«, *The American Science Political Review* Vol. 70, No. 1. (1976) pp. 114–117.

²⁷ Iscrpljivanje pravnih sredstava, smatra B. Nenadić, treba shvatiti kao iscrpljenost svih »redovnih, ali i vanrednih pravnih lekova«. (B. Nenadić, »Ustavni sud Srbije kao »žalbeni sud«, *Pravna riječ* (Banja Luka), br. 10, god. IV, 2007, str. 186). U svojim stavovima Ustavni sud je stao na stanovište da podnosilac ustavne žalbe treba da iskoristi sva redovna pravna sredstva, kao i ona vanredna pravna sredstva koja se nalaze u njegovoj dispoziciji (Prema: D. Stojanović, O. Vučić, op. cit., str. 886).

promovisan u Ustavu, po prvi put je izražen kroz načelo o proporcionalnosti u postavljanju »granica« ograničenja ljudskih prava. Ovo načelo obavezuje sve ustavne organe da pružaju adekvatnu i neophodnu zaštitu ljudskim pravima, vodeći računa o ravnoteži između individualnog i javnog interesa, odnosno da kroz zaštitu subjektivnih prava, kao posebne vrednosti ustavne demokratije, zaštite i objektivni pravni poredak. S obzirom na cilj uspostavljanja pravne države u kojoj su ljudska prava primarna i viša od vlasti, ustavni sud ima zadatak da obezbedi zaštitu ljudskih prava ne samo normativnom kontrolom, već i kontrolom pojedinačnih akata sudske i upravne vlasti. Nadležnost Ustavnog suda Srbije da odlučuje o ustavnoj žalbi predstavlja mogućnost da se ustavnosudska kontrola ispolji kao »pozitivna« funkcija. Ustavni sud ne samo da interpretira ustavne norme o ljudskim pravima, već u potrebnoj meri popunjava njihovu pravnu sadržinu i konkretizuje njihovu funkciju.

IRENA PEJIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Niš

CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS

Summary

This paper deals with constitutional guarantees of human rights in the constitutional system, which are analysed by taking into consideration the basic principles of the rule of law and the institute of constitutional review which are intended to protect the objective legal order and individual rights. After the introductory discussion on the system of human rights and its functions in the legal system, the author analyzes the fundamental principles of human rights in the new Serbian Constitution, with special reference to the principle of proportionality. The system of human rights in the legal system of the Republic of Serbia is based on the concept of legal protection which obliges the constitutional authorities to act in accordance with the Constitution and international standards, as well as in accordance with the practice of international institutions. The primary goal is to ensure the operation of the rule of law and to guarantee an objective legal order by protecting the citizens' individual rights and freedoms. Thus, it is possible to correlate two constitutional presumptions: the proclamations of human rights as the foundation of human rights, on the one hand, and the rule of law as a guarantee the effective protection of human rights, on the other hand.

DVODOMOST PARLAMENTARNE SKUPŠTINE BOSNE I HERCEGOVINE

1. Tip višedomosti skupština jugoslovenske federacije, skupština drugih tada postojećih političko-teritorijalnih jedinica i opština koji je uveden jugoslovenskim ustavima iz 1974. godine napušten je u Bosni i Hercegovini. Zamenjen je dvodomošću u znatno drugačijim okolnostima od onih u kojima je uvedena, može se reći, neobična višedomost 1974. godine i radi ostvarenja unekoliko izmenjenih materijalnih izvora ustavnog prava u ovoj bivšoj jugoslovenskoj federalnoj jedinici, sada, navodno, samostalnoj i suverenoj te međunarodno priznatoj državi. Takva zamena deo je samo jedne šire zamene predašnjeg ustavnog sistema novim i (bitno) drugačijim ustavnim sistemom i njen je sastavni deo.

2. Govoreći jezikom političke sociologije i političkog sistema, Bosna i Hercegovina, odnosno njeno društvo je primer podeljenog pa čak i rascepljenog društva, odnosno primer društva koje je toliko podeljeno da podele izazivaju rascepe u njegovoj strukturi, a odatle i u njegovom delovanju. Rascep, prikryveno prisutan dugi niz decenija, suprimiran merama partijske politike, bio je toliko dubok da je zahtevao da osnovne političke institucije koje reguliše tj. uređuje ustavno pravo budu utemeljene pre svega s obzirom na taj rascep, da bi ga uočile i vodile politiku uređenja samog rascepa ka njegovom umanjenju, odnosno ka umanjenju sukoba i blokada. Rascep je bio višedimenzionalan, a osnovni je počivao na nacionalnim rascepu društva u Bosni Hercegovini, odnosno njenom stanovništvu, koji je vodio ka različitim interesima, uključivši i složene interese najznačajnijih subjekata globalnih i regionalnih međunarodnih odnosa. Zbog to-

ga su političke institucije u Bosni i Hercegovini, pre svega zajedničke institucije Bosne i Hercegovine, ali i u entitetima koji su je stvorili, kantonima kao delu federalne strukture Federacije Bosne i Hercegovine, pa i jedinicama lokalne samouprave, uređeni tako da odgovaraju na rasep i da mogu da ga nadzire i umanjuju.

3. Ako bi se putem postupka uopštavanja tražilo ono osnovno i, za sva druga načela i institucije, izvorno načelo na kome su utemeljene i uređene političke institucije u Bosni i Hercegovini, onda bi to bilo načelo nacionalne podele vlasti, izvedeno u horizontalnoj i vertikalnoj dimenziji organizacije vlasti. Drugim rečima, zajedničke institucije Bosne i Hercegovine, ali i političke institucije u entitetima, kantonima, pa i lokalnoj samoupravi (tamo gde je to s obzirom na nacionalni sastav stanovništva nužno) počivaju na podeli vlasti između tri osnovne nacionalne grupe. Naravno, nisu tri osnovne nacionalne grupe i jedino stanovništvo u Bosni i Hercegovini, pa se položaj manjinskih grupa, pre svih nacionalnih manjina, rešava sistemom njihove posebne zaštite u sferi identiteta, kulture i političke participacije. Ova dimenzija političkih institucija prevazilazi temu rada, zbog čega u njemu neće ni biti razmatrana, osim u meri koja je nužna radi proučavanja osnovne teme.

Pored drugih oblika pomenute nacionalne podele vlasti u Bosni i Hercegovini, sastavni i nezaobilazni deo njene horizontalne podele vlasti je i dvodoma struktura Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

4. Nacionalno utemeljen i uslovljen rasep društva u Bosni i Hercegovini našao je svoj izraz i u strukturi i u načinu delovanja (rada i odlučivanja) političkih institucija u Bosni i Hercegovini. Prvobitno u zajedničkim institucijama, a kasnije i u organima entiteta, kantona i (nekim ne svim) jedinicama lokalne samouprave.

Svi ustavni organi Bosne i Hercegovine, koji se uobičajeno nazivaju ustavnim vlastima, samim Ustavom označeni kao njene zajedničke institucije, u svojoj strukturi nose odlučujući pečat višenacionalnosti, tačnije tronacionalnosti Bosne i Hercegovine.

To je slučaj kako sa Parlamentarnom skupštinom Bosne i Hercegovine, tako i sa Predsedništvom Bosne i Hercegovine, Savetom ministara i Ustavnim sudom.

5. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine koja vrši zakonodavnu vlast koja pripada nadležnosti zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine¹, je dvodoma. Čine je Predstavničko veće i Veće naroda.

¹ Ustav BiH, čl. III.

Prema klasičnim merilima, ovakva dvodomost je po svojoj prirodi kombinovana, ona je u isto vreme i političko i federalna. U političkoj ravni ona je oblik podele vlasti između tri konstitutivne nacije odnosno naroda. U federalnoj ravni ona je izraz postojanja dve, kažimo to barem okvirno i bez potpunog ulaženja u prirodu (državnog) uređenja Bosne i Hercegovine, federalne jedinice.

I jedno i drugo je ostvareno na poseban način, koji ne predstavlja baš dosledno institucionalno izvođenje ni jednog ni drugog, već njihovu sasvim posebnu kombinaciju, koja još jedanput potvrđuje da nema modela političkih institucija koji se mogu primeniti na društva, kao ni modela političkih institucija koji se mogu jednoznačno i u identičnom obliku primeniti na sva rascepljena društva.

U vreme oblikovanja i pisanja te posebnog načina donošenja Ustava Bosne i Hercegovine, kao dela jednog složenog međunarodnog ugovora, takva dvodomost je bila utemeljena na određenim ocenama i činjenicama. Naime, Republika Srpska je smatrana srpskom državnim organizacijom, a Federacija Bosna i Hercegovina muslimansko/bošnjačkom-hrvatskom državnim organizacijom. U onom smislu u kome se sve moderne nacionalne države određuju, s obzirom na nacionalnost koja je stvorila određenu nacionalnu državu. Zbog toga je dvodržavnost odnosno dvočlana federalna struktura državnog uređenja Bosne i Hercegovine dopunjena elementom tronacionalnosti, ili obrnuto rečeno, tronacionalnost je dopunjena i završno oblikovana gornjom dvodržavnošću odnosno federalnom dvočlanošću. Ove činjenice izražene su i u strukturi Parlamentarne skupštine BiH na više načina.

U čl. IV Ustava BiH prvo se uređuje sastav, način izbora i kvoruma za rad i odlučivanja Veća naroda, a potom i Veća predstavnika. Taj redosled bi trebalo da ima i određeno značenje, dublje od redosleda normiranja.

Dom naroda broji svega 15 članova², koji se u samom ustavnom tekstu nazivaju delegatima. Poslaničku sposobnost za ovaj dom Parlamentarne skupštine BiH imaju samo građani BiH koji pripadaju jednom od tri konstitutivna naroda Bosne i Hercegovine – Srbima, Hrvatima ili Bošnjacima (odnosno Muslimanima). Srpski delegati u ovom domu biraju se u Republici Srpskoj, i bira ih Narodna skupština Republike Srpske. Hrvatske i bošnjačke delegate bira Dom naroda Parlamentarne skupštine Federacije Bosne i Hercegovine. Tačnije hrvatske delegate biraju hrvatski članovi u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, a Bošnjačke bošnjački članovi u istom domu Parlamentarne skupštine Federacije Bosne i Hercegovine. Ovakav sastav Doma naroda i način njihovog određivanja odnosno izbora očigledno počiva na načelu nacionalne horizontalne podele vlasti, pri čemu se uzima da je Republika Srpska državna orga-

² Radni materijali za promene Ustava BiH koje su 2006. i 2009. godine izradili strani eksperti predviđaju povećanje članova Predstavničkog veća sa 42 na 87, a Veća naroda sa 15 na 21.

nizacija srpskog naroda tj. nacije, a Federacija Bosne i Hercegovine državna organizacija hrvatskog i bošnjačkog naroda odnosno nacije.³

Načelo nacionalne podele vlasti primenjuje se i u slučaju Veća predstavnika, mada u mnogo manjoj i manje eksplicitnoj meri. Naime, poslaničku sposobnost imaju svi državljani entiteta u kome se biraju narodni predstavnici, kao i državljani drugog entiteta (odnosno Bosne i Hercegovine) koji imaju prebivalište na teritoriji tog entiteta, iako nisu i njegovi državljani. Prema tome, pravo kandidovanja imaju svi takvi građani, bez obzira na druga njihova svojstva, pod uslovom da ispunjavaju uslove propisane za aktivno biračko pravo. Međutim, iako bi se to sledstveno tako određenoj poslaničkoj sposobnosti i iz takvog rešenja očekivalo, narodni predstavnici se ne biraju u zavisnosti od broja birača na teritoriji jednog od dva entiteta, već je njihov broj izričito utvrđen ustavnim normom i ograničen je na 42. Pri tome se 2/3 ili tačnije 28 narodnih predstavnika bira u Federaciji Bosne i Hercegovine, a tek 1/3 ili 14 u Republici Srpskoj. Iz toga je vidljivo da su pisci Ustava BiH imali u vidu posrednu primenu nacionalne podele vlasti i u ovom domu Parlamentarne skupštine BiH.

Prema tome, u slučaju strukture, načina izbora, ali i nadležnosti Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, o čemu će niže da bude više reči, postoji neposredna primena načela nacionalne podele vlasti i primene federalnog načela. U slučaju Veća predstavnika postoji neposredna primena federalnog načela i posredna primena načela nacionalne podele vlasti.

Primena i jednog i drugog načela u strukturi Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine kod određivanja broja i prirode njenih domova u potpunosti odgovara sadašnjem stanju i decenijskim budućim potrebama Bosne i Hercegovine, kao i odlikama onog tipa demokratije koji je primeren njenim posebnostima i koji bi u njoj trebalo da bude dugoročno primnjeivan – tzv. tipu konsocijativne demokratije.⁴ Rešenja drugačija od ovih jednostavno ne odgovaraju stanju Bosne i Hercegovine i njenim potrebama, a posebno potrebi čuvanja dostojanstva svake od tri nacije, njihovog identiteta i političkog, ekonomskog i socijalnog razvoja. Tu pre svega ostalog mislimo na jednodomost ili pak na neki drugi tip (demokratske) dvodomosti, kao što je njen senatski tip ili pak tip socijalno-ekonomske dvodomosti ili višedomosti. Takav ustavni inženjering, čije zagovaranje postoji i čiji se elementi nastoje delimično primeniti i u nekim od novih i najnovijih projekata ustavnih promena u Bosni i Hercegovini, bi u postojećem stanju i pod posto-

³ Podela vlasti u ovom pogledu često se naziva i podelom moći. U Bosni i Hercegovini ona se pored zajedničkih organa primenjuje i u entitetima (domovi naroda, sa različitom ulogom), i kantonima, ali i u lokalnoj samoupravi.

⁴ O konsocijativnoj demokratiji videti: Arend Lijphart, *Demokracija u pluralnim društvima*, Globus nakladni zavod – Školska knjiga, Zagreb, 1992, str. 32–53, 59–108, 222–36.

ječim okolnostima samo doveo do novih i nerešivih sukoba između tri konstitutivna naroda Bosne i Hercegovine i do višestrukog umanjenja mogućnosti ne samo razvoja, nego i opstanka Bosne i Hercegovine u sadašnjoj državno-pravnoj formi. Pri tome, treba razumeti da ne postoje uslovi za asimilaciju jedne od druge nacije ili pak jedne od druge dve nacije, niti za stvaranje bosanske »super-nacije«, bilo Kalajevim metodama, bilo metodama »taljenja naroda«, pošto BiH ne poseduje potrebne osobine »lonca za taljenje naroda«, kakav su pre jednog i po veka imale Sjedinjene Države Amerike. Čini se da ne postoji takav »institucionalni ustavni inženjering« koji bi uspešno doveo do pomenute asimilacije ili pak do taljenja naroda u »bosansku naciju«. A pre tog stoji pitanje da li je to taljenje uopšte i nužno za valjnjanu državu i da li BiH kao valjana, legitimna i uspešna država može da postoji bez jednog ili drugog postupka uklanjanja nacionalnog razlikovanja? Po svemu ozbiljnom sudeći može, pri čemu je metod »lonca za taljenje naroda« sasvim suvišan. Rešenja treba tražiti na drugoj, ovom loncu suprotstavljenoj strani.

6. Uočljivo je da je broj narodnih predstavnika tj. poslanika u Veću predstavnika (ukupno 42) i broj delegata u Veću naroda (ukupno 15) skroman, uzimajući u obzir, uslovno bi se moglo reći, standarde u uporednom ustavnom pravu. A on se »meri«, izražava i upoređuje brojem poslanika ili pak delegata koji dolazi na ukupan broj stanovnika ili birača. Razlozi koji su pisce Ustava BiH usmerili na ovakvo rešenje bili su pre svega politički. Ako se svi delovi koji su uticali na takvo rešenje uzmu u obzir, onda bi se osnovano moglo zaključiti da je kod pisaca ovog Ustava postojala želja da se malim brojem narodnih predstavnika i delegata suzi odnosno smanji mogućnost preteranog stvaranja i izražavanja te rasprskavanja interesa, koje značajna množina redovno stvara, što dovodi do teškoća u donošenju pravnih, pravno-političkih i političkih akata iz nadležnosti zakonodavnog tela. A, po svemu viđenom sudeći, pisci su takvu pojavu smatrali neželjenom i veoma opasnom po budućnost BiH. Takvo rešenje je i u duhu suštine konsocijativnog tipa demokratije, koji u svom središtu ima sporazumevanje elita delova podeljenog i rasepljenog društva.⁵ Po broju članova, oba doma Parlamentarne skupštine BiH pre liče na odbore, komitete ili komisije parlamentarnih domova u drugim državama slične ili tek nešto veće teritorijalne površine, broja stanovnika i veličine biračkog tela, što donekle može, pod određenim okolnostima, da dovede u pitanje nužnu političku reprezentativnost Parlamentarne skupštine BiH i njenih domova, koja leži u temeljima same ideje parlamenta, parlamentarizma i modernog zakonodavstva, pa tako i Parlamentarne skupštine BiH. Naporedo sa tim, tako skroman, bolje kazano mali broj poslanika i delegata može da dovede u pitanje i radni kapacitet domova i, na taj način, same Parlamentarne skupštine u

⁵ Videti: isto delo, str. 9.

obavljanju njene zakonodavne funkcije i funkcije političke kontrole nad radom Saveta ministara BiH.

7. Moglo bi se kazati da je jednodomost predstavničkog tela uvek politička, a da dvodomst može, pored političke, da bude i federalna i socijalno-ekonomska. Zbog toga način, sasvim uopšteno i neodređeno kazano, određivanja odnosno odabira poslanika, senatora ili pak delegata treba da bude primeren tipu dvodomnosti i svrhama zbog kojih je dvodomst ili višedomost uspostavljena i ciljevima koje treba da ostvari.

Jedan od dva doma Parlamentarne skupštine proizilazi iz neposrednih (parlamentarnih) izbora, dok se drugi bira posredno (indirektno) od strane tela koja sama prozilaže iz neposrednih izbora i imaju oznake ustavnih vlasti entiteta. Naime, Predstavničko veće bira se putem neposrednih izbora, u izbornim jedinicama koje se određuju za teritoriju svakog entiteta. Kako je gore već naznačeno, od ukupnog broja narodnih predstavnika (u englesko izvorniku Ustava BiH – *representatives*) tj. poslanika u ovom veću, birači Republike Srpske biraju 14, a birači Federacije Bosne i Hercegovine biraju 28 narodnih predstavnika. Uzimajući rešenje o neposrednom izboru narodnih predstavnika, kao i rešenje po kome se narodni poslanici ne biraju u zavisnosti od broja birača u izbornim jedinicama niti u zavisnosti od broja birača u entitetima, može se kazati da ovaj dom zražava kako ideju predstavničke demokratije, tako i ideju federalnosti i posredno i delimično i ideju tronacionalnosti nacionalnog sastava BiH.

Za razliku od Veća predstavnika, Veće naroda se bira, tačnije imenuje posredno. Delegate biraju zakonodavna tela entiteta ili pak njihovi domovi koji izražavaju ideju nacionalnosti, nacionalne podele vlasti i nacionalne ravnopravnosti. U Republici Srpskoj delegate bira Narodna skupština Republike Srpske, pošto je zakonodavac u Republici Srpskoj u osnovi jednodom.⁶ Posrednost je ovde ostvarena tako da između birača i delegata stoje, uslovno rečeno, izbornici u liku »članova« Narodne skupštine Republike Srpske i »članova« Doma naroda FBiH, koje birači biraju neposredno. »Elektorski kolegij« je, dakle, »uzgredan«, jer je njegova osnovna funkcija drugačija – zakonodavstvo. U Federaciji Bosne i Hercegovine, delegate biraju delovi Doma naroda Parlamentarne skupštine FBiH. Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, kako je gore već kazano, ima (samo) 15 članova, koje sam Ustav u svojoj originalnoj engleskoj verziji naziva delegatima (*delegates*). Premda je broj članova ovakvog, recimo opet sasvim

⁶ U Republici Srpskoj od 2002. godine i usvajanja ustavnih amandmana na Ustav Republike Srpske postoji ublaženi bikameralizam. Pored Narodne skupštine postoji i, koje ima pravo odloženog tj. suspenzivnog veta o čijoj osnovanosti u kon ačnom odlučuje Ustavni sud Republike Srpske u posebnom veću. Videti: Amandmani na Ustav Republike Srpske.

uopšteno, drugog doma u uporednom ustavnom pravu redovno manji od broja članova prvog doma, konačno bi se moglo zaključiti da on ima takođe skroman broj članova. Razlozi za to su isti ili veoma slični razlozima za određivanje malog broja članova prvog doma, odnosno Veća predstavnika.

7. Mandat narodnih predstavnika odnosno članova Predstavničkog veća je slobodan. To proishodi iz odredbi Izbornog zakona BiH. Isti zaključak se može izvesti i o prirodi mandata delagata u Domu naroda, a pogotovo iz slučaja pokušaja Narodne skupštine Republike Srpske da opozove i zameni novim jednog delegata u ovom domu Parlamentarne skupštine BiH. U tom slučaju je Centralna izborna komisija BiH stala na stanovište da Narodna skupština nema mogućnosti da opozove ovog delegata, iako ga je sama birala.

8. Za konačnu ocenu prirode, vrednosti i dometa dvodomosti pored gornjih, odlučujuća su i rešenja o pitanjima načina ostvarivanja nadležnosti parlamenta, odnosno da li se nadležnost ostvaruje kao posebna odnosno odvojena nadležnost domova ili ako zajednički i ravnopravan delokrug domova parlamenta i oblici rešavanja sukoba koji se prilikom odlučivanja pojavi među domovima parlamenta. Ova pitanja mogu da dovedu ili do ostvarenja prave dvodomosti, koja počiva na punoj ravnopravnosti domova, ili pak do nekog od oblika ublažene ili neprave dvodomosti, koja u konačnom ishodu vodi ka prevagi jednog od dva doma nad drugim.

Ustav BiH određuje da su domovi ravnopravni u obavljanju poslova iz nadležnosti Parlamentarne skupštine, koja se, uz samo dva važna izuzetka, ostvaruje u obliku zajedničkog i ravnopravnog delokruga oba veća.. Prihvaćen je, dakle, zajednički i ravnopravni delokrug oba doma Parlamentarne skupštine BiH, a izostavljena je, zapravo svedena na samo dva izuzetka, posebna tj. isključiva nadležnost jednog parlamentarnog doma, koja je zbog toga u potpunosti van nadležnosti drugog parlamentarnog doma. Drugim rečima, pravni i pravno-politički akti iz nadležnosti Parlamentarne skupštine mogu da budu doneseni samo uz saglasnost oba doma. Za slučaj da pravni ili pravno-politički akt dobije prpisanu većinu u jednom domu, ali ne i u drugom, posle neuspešnog rada zajedničke komisije za usaglašavanje, smatraće se da takav akt nije ni donesen. Nisu predviđeni oni mehanizmi konačnog rešavanja u tim slučajevima koji vode do donešenja privremenih mera i temporalnih zakona odlukom samo jednog doma, što je slučaj u nekim oblicima modernih parlamentarnih bikameralizama.

Od zajedničkog i ravnopravnog delokruga veća Parlamentarne skupštine BiH, kako je gore pomenuto, postoje samo dva, mada važna izuzetka.

Prvobitno, odnosno prvo davanje poverenja (novom) mandataru za sastav novog Saveta ministara i ministrima koje predloži, tj. novom Savetu ministara, posle čega oni, kako glasi ustavna stilizacija, »stupaju na dužnost«, je u poseb-

noj nadležnosti Predstavničkog doma⁷. Svako naredno odlučivanje o poverenju Savetu ministara koji je na opisani način stupio na dužnost, je u zajedničkoj i ravnopravnoj nadležnosti oba doma.⁸

Zaštita vitalnog nacionalnog interesa⁹ je, s druge strane, u posebnoj nadležnosti Doma naroda.¹⁰ Mehanizam zaštite vitalnog nacionalnog interesa srpskog, hrvatskog i bošnjačkog naroda koji se primenjuje u Domu naroda ima uglavnom osobine apsolutnog veta, s obzirom da se za slučaj da tročlana zajednička komisija Doma naroda ne postigne saglasnost o istovetnom tekstu pravnog ili pravno-političkog akta iz nadležnosti u roku od pet dana, Ustavnom sudu BiH se prepušta samo odluka o procesnoj strani spornog akta¹¹, koji tom prilikom nema nadležnost meritornog odlučivanja. Međutim, praksa ovog Suda pokazuje drugačije namere, pa i nameru da u slučaju zaštite vitalnog nacionalnog interesa meritorno odlučuje, postajući tako i pozitivni, a ne samo negativni zakonodavac.

Osim ova dva izuzetka, domovi su ravnopravni u odlučivanju u okviru zajedničkog delokruga. Njihov sukob, za slučaj da se i posle pokušaja usaglašavanja putem formiranja i rada zajedničke, paritetno sastavljene komisije ne okonča usaglašavanjem i usvajanjem akta u istovetnom tekstu, ne završava se prevagom jednog doma i nekim oblikom privremenih mera i temporalnih akata jednog doma, već se postupak donošenja smatra okončanim bez donošenja predloženog akta u pitanju, zbog čega se postupak njegovog donošenja, za slučaj da neko od ovlašćenih inicijatora to želi, ponavlja od početka, dakle od inicijative za njegovo donošenje.

9. Mandat poslanika i delegata traje četiri godine i počinje istovremeno. Posle svakih novih opštih parlamentarnih izbora za Predstavnički dom, biraju se posredno i delegati za Dom naroda. Međutim, može da se desi da mandati poslanicima i delegatima nemaju isto trajanje. To zbog toga što je položaj Predstavničkog doma i Doma naroda različito regulisan u pogledu mogućnosti raspuštanja. I to na način koji nije blizak ni raspuštanju u parlamentarnom obliku podele vlasti, a ni rešenjima u predsedničkom obliku podele vlasti. Pri tome je snažniji položaj Predstavničkog doma, koji ne može da bude raspušten, od položaja Doma naroda, koji može da bude raspušten ili samoraspušten.

⁷ Ustav BiH, čl. V.4.

⁸ Ustav BiH, čl. V.4(c).

⁹ Ovaj klasičan instrument konsocijativne demokratije primenjen je i u ustavom mehanizmu u Bosni i Hercegovini i to u obliku veta. Analiziranje ovog mehanizma, njegovih elemenata i dometa prevazilazi tematski okvir rada koji je usko određen zbog prihvatljivog i razumljivog ograničenja dužine radova koje je odredio organizator.

¹⁰ Ustav BiH, čl. IV.3 (e) i(f).

¹¹ Ustav BiH, čl. IV.3 (f).

Odluku o raspuštanju Doma naroda donosi Predsedništvo BiH, a odluku o samoraspuštanju donosi sam Dom naroda.¹²

Ovakva rešenja, normativno gledajući, određuju snažniji položaj Predstavničkog doma u odnosu na položaj Doma naroda. U odnosu na Dom naroda primenjeno je rešenje karakteristično za američki sistem podele vlasti i (švajcarski) direktorijalni sistem, dok je u odnosu na Dom naroda primenjeno rešenje koje pre nalikuje na predustavna rešenja o dominaciji šefa države nad zakonodavnim telom ili nekim njenim domom ili pak na neki od oblika iskvarenog predsedničkog sistema (konzulski prezidencijalizam, na primer). Tročlano Predsedništvo BiH odluku o raspuštanju Doma naroda donosi većinom, a ne konsenzusom. Tako odluka o raspuštanju može da bude donesena odlukom dva člana ovog ustavnog organa BiH, i pored protivljenja odnosno neslaganja jednog člana Predsedništva BiH.

U dosadašnjoj petnaestogodišnjoj primeni važećeg Ustava BiH Dom naroda nije ni jednom bio raspušten.

10. Veća, tj. domovi Parlamentarne skupštine redovno rade i uvek odlučuju odvojeno. Time se, uz prevagu koncepta zajedničkog delokruga veća, obezbeđuje njihova puna ravnopravnost, a time i pravi bikameralizam.

Postoji samo jedan izuzetak, On ne ugrožava koncept samostalnog odlučivanja veća o pitanjima iz zajedničkog delokruga, pošto veća uvek odvojeno glasaju, a odluka se uvek smatra donesenom tek kada u istovetnom tekstu bude usvojena od oba doma, za svaki od njih propisanim većinama. Izuzetak se odnosi samo na način rada. Naime, poslovnici oba veća Parlamentarne skupštine BiH dopuštaju mogućnost sazivanja i održavanja zajedničke sednice domova. No, zajednička sednica se usredsređuje samo na raspravu, ne i na odlučivanje. U odlučivanju se veća ne stapaju u jedno, pri čemu bi, naravno veći dom bio favorizovan na štetu manjeg, odnosno manje brojnog doma. Premda rasprava može da ima uticaj na sam ishod odlučivanja, zajednička sednica domova Parlamentarne skupštine BiH se ni u najmanjoj meri ne može smatrati povredom načela ravnopravnosti veća Parlamentarne skupštine BiH.

11. Prikazana i tek ovlaš analizirana i komentarisana te ocenjena rešenja o bikameralizmu Parlamentarne skupštine u BiH nastala su, kao što je opštepoznato, kao deo jednog obuhvatnog mirovnog sporazuma. Po oceni autora ovog teksta, ta rešenja su u najvećoj meri primerena osobinama BiH, reklo bi se materijalnim izvorima ustavnog prava u ovoj državi. Ovom prilikom sasvim po strani ostavljamo važno pitanje o tome koliko je ona istinski i suverena i legitimna država, kao i pitanja o prirodi, položaju i moći Visokog predstavnika koji u njoj deluje.

¹² Ustav BiH, čl. IV.3(g).

Međutim, i pored toga, neki elementi ovog rešenja su nedavno dovedeni u ozbiljnu sumnju, pa i više od toga u ozbiljno pitanje od strane Evropskog suda za ljudska prava, njegovom presudom u slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine.¹³ Sud je u svojoj presudi utvrdio da su odredbe čl. IV.1. Ustava BiH o sastavu Doma naroda, protivne odnosno da se njima krše izborna prava građana, tačinje pravo na slobodne izbore iz čl. 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Sve to zato što poslanički odnosno delegatsku sposobnost imaju samo građani koji pripadaju srpskom, hrvatskom i bošnjakom narodu, dok je ostali građani BiH nemaju.

U nameri da koliko-toliko konskventno obrazloži ovakvu presudu i napravi kako-tako razložnu kopču tj. spojnicu sa glavnim protagonistima stvaranja, zaključivanja i primene Opšteg okvirnog sporazuma o miru za Bosnu i Hercegovinu i njenih 11 aneksa, Evropski sud za ljudska prava je konstatovao da samo rešenje kao takvo nije kršilo pomenutu odredbu Protokola broj 1 u vreme njegovog zaključivanja, zato što je imalo svoj legitiman, razumno prihvatljiv i opravdan cilj – okončanje građanskog rata u Bosni i Hercegovini. Međutim, u vreme donošenja njegove presude, rezonuje u svojoj presudi ovaj Sud, to više nije bilo tako, jer je taj cilj – okončanje rata i čuvanje ljudskih života – ostvaren – zbog čega ne postoje više elementi da se takvo rešenje i dalje smatra usklađenim sa pravom na slobodne izbore. Na taj način, izgleda, ovaj Sud smatra da je izbegao neželjen konflikt sa tvorcima i glavnim međunarodnim protagonistima zaključenja Opšteg okvirnog sporazuma. Sud u obrazloženju svoje presude dalje rezonuje i argumentuje da je samo on i niko drugi, apsolutno niko drugi, ovlašćen da odluči o tome kada je ustavna norma o sastavu Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine prestala da bude usklađena sa navedenim čl. 3 Protokola br. 1 uz Konvenciju o zaštiti osnovnih prava i temeljnih sloboda i počela da predstavlja njegovo kršenje.

Ostavljajući za neki drugi tekst pomniju i nadahnutiju analizu i komentar ove presude Evropskog suda za ljudska prava, autor na ovom mestu samo konstatuje da je argumentativni niz ovog Suda u mnogim delovima sporan i da se da razložno dovesti u pitanje, pa i pobiti. Važno je istaći i to da ovakva presuda, sa svim mehanizmima političkih i ekonomskih pa i psiholoških pritisaka koje preduzima Savet Evrope, ali i Evropska Unija i njeni organi, pa i Sjedinjene Američke Države, kojom se zahteva promena prirode i mehanizama bikameralizma federalnog zakonodavnog tela Bosne i Hercegovine, praktično traži temeljnu promenu ustavnih ideja i načela na kojima počiva Ustav BiH. Presuda je, po svemu viđenom, a ozbiljno sudeći, mereći i zaključujući, samo sastavni deo šireg pritis-

¹³ ECHR–Grand Chamber, Judgment, 22.12.2009, Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, Applications nos. 27996/06 and 34836/06.

ka moćnih aktera međunarodne politike da se osnovne ustavne ideje i postavke o Bosni i Hercegovini menjaju. Od konsocijativne zajednice, sastavljene od tri nacionalne zajednice, i konsocijativnog modela demokratije, te federalne države, u model većinske demokratije i unitarnu, u nekim pitanjima tek blago decentralizovanu, a u većini drugih češće čvrsto centralizovanu državu.

Polazeći od do sada viđenog u odnosu na Bosnu i Hercegovinu, valja se pribojavati da je prikazani bikameralizam njenog zakonodavnog tela doveden u pitanje, iako u svemu, po oceni autora ovog teksta, odgovara potrebama Bosne i Hercegovine. Uskoro treba očekivati pravu poplavu novih predloga o promena- ma Ustava BiH, posebno onih koji će poticati od država koje igraju glavnu ulogu u Savetu za implementaciju mira i u njegovom Upravnom odboru, i u tom kontekstu promenu postojećeg modela i mehanizma parlamentarnog bikameralizma.

11. U proteklih pet godina zabeležena su i dva ozbiljnija napora delova međunarodnog mehanizma upravljanja Bosnom i Hercegovinom da se usklađenim oblicima razičitih vrsta pritisaka izdejtstvuju promene važećeg Ustava BiH. Prednjačili su Visoki predstavnik i neki ambasadori država članica Upravnog odbora Saveta za implementaciju mira. Bilo je to u toku 2006. i 2009. godine.¹⁴

U dva radna materijala koji su tom prilikom sačinjeni i o kojima su raspravljali odabrani predstavnici parlamentarnih stranaka iz zakonodavnih tela entiteta i Parlamentarne skupštine BiH nalazili su se i predlozi da se promene elementi postojećeg bikameralizma. U oba su predložena rešenja koja, u stvari, idu za uspostavljanjem prividnog bikameralizma, u korist Predstavničkog doma, a na štetu Doma naroda.

Pretežna, pa i ogromna većina nadležnosti Parlamentarne skupštine, prema tim predlozima, zapravo jeste u posebnoj tj. odvojenoj i isključivoj nadležnosti Predstavničkog doma. O njima samostalno odlučuje to veće Parlamentarne skupštine BiH. U zajedničkom i ravnopravnom delogrugu ostalo je samo usvajanje amandmana na Ustav BiH i izbor Predsedništva BiH, koje se prema tim predlozima ne bira neposredno od biračkog tela, već ga biraju oba veća Parlamentarne skupštine BiH.

Predlozi u pitanju svode ulogu Doma naroda sa uloge ravnopravnog doma, na prividnu ulogu slabašne i slabašno instrumentalno obezbedene zaštite vitalnih nacionalnih interesa od odluka koje na njih imaju destruktivno dejstvo. Zapravo, i suštinski, Dom naroda se u ovim predlozima, koji se međusobno tek nez-

¹⁴ Autoru ovog teksta na raspolaganju se stajali sledeći radni materijali: 1) radni materijal pod nazivom »Ustavni amandmani« od 19. 10. 2006. g., koji su odabranim javnim funkcionerima uputili švedski ambasador Bosse Hedberg, u ime švedskog predsedavanja Evropskom Unijom, i ambasador SAD Charles English, i 2) radni materijal »Amandmani na Ustav Bosne i Hercegovine« od 25. marta 2006. godine, koji je dostavljen članovima Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

natno razlikuju, u regulisanju postupka zaštite vitalnog nacionalnog interesa svodi na ulogu titulara odložnog veta, dok se snaži uloga Ustavnog suda, koji treba da meritorno odlučuje o tome da li je vitalni interes povređen destruktivnom odlukom, naravno, posle prethodnog postupka u kome je utvrdio da postoje procesne pretpostavke da se meritornom odlučivanju pristupi. Po sadašnjim rešenjima, Ustavni sud je bio ovlašćen da ocenjuje tek procesnu tj. formalnu dimenziju odluke za koju se tvrdi da je destruktivna po vitalne nacionalne interese konstitutivnog naroda.

Oba radna materijala za promene Ustava BiH sadrže, dakle, predloge o zameni pravog bikameralizma, organizovanog na načelu ravnopravnosti domova, zajedničkom delokrugu i odsustvu sredstava konačnog prevladavanja jednog doma nad drugim prividnim bikameralizmom, kome ne bismo mogli da damo ni predznak federalnog, a ni predznak pravog političkog bikameralizma. Radi se o nepravom bikameralizmu, čija je uloga pre socijalno-psihološka, nego politička i pravna. Takvi predlozi idu ruku pod ruku sa opštim pokušajima da se državno uređenje Bosne i Hercegovine, koje je nesumnjivo federalnog tipa, sa nekim, može se u svakom slučaju kazati, značajnim elementima koji pripadaju pre konceptu i mehanizmu saveza država (konfederaciji) nego državnom savezu (federaciji), zameni unitarnim oblikom državnog uređenja.

12. U nauci ustavnog prava davno je potvrđena i široko prihvaćena ocena o velikom značaju strukture predstavničkog odnosno zakonodavnog tela za izrađavanje i zaštitu osnovnih vrednosti na kojima počivaju temelji svake države i njene ustavne organizacije. Više od jednog doma, odnosno dva ili više domova postoji uvek kada interesi u državi nisu istoznačni, već se razlikuju i ne kreću se u istom pravcu. Reklo bi se, kada divergiraju, a ne konvergiraju. Upravo je tako sa Bosnom i Hercegovinom u ovom trenutku.

Može se zaključiti da je parlamentarna dvodomost potrebna ne samo sada, nego i da će ona da bude potrebna i trajno. Raznolikosti nacionalnih interesa, pored slučajeva i moguće i očekivane i opravdane istovetnosti, traži pravu dvodomost odnosno bikameralizam, a ne prihvata prividni bikameralizam, u kome jedan dom u suštini nadvladava drugi dom, a organizacioni bikameralizam se pretvara u funkcionalni monokameralizam odnosno jednodomost.

Bikameralizam uređen važećim Ustavom BiH je u dobroj meri uravnotežen i funkcionalan, jer doprinosi sprečavanju nacionalne dominacije jednog naroda nad drugom dva, ili dva nad jednim, u obavljanju poslova koji spadaju u nadležnost Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, u okviru pozitivnom enumeracijom određene nadležnosti zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine, uz pretpostavku nadležnosti u korist entiteta.¹⁵

¹⁵ Ustav BiH, čl. III.3.(a).

Ako bi se mogla naći neka slabost ovog bikameralizma, ona se može naći samo u opštoj slabosti Ustava BiH, koji spada u tzv. »kratke ustave«, koji, što im je dobro svojstvo, poseduju potreban kapacitet elastičnosti i fleksibilnosti, ali ne uređuju dovoljno stabilno i sigurno svoju materiju. Zbog toga otvaraju slobodan prostor bilo za sud koji štiti normativnu ustavnost (ustavni sud) ili za značajnu ulogu parlamentarnih zakona i/ili poslovnika zakonodavnog tela, ustavnog suda i kolegijalnog šefa države u ustavnoj materiji. I Ustav BiH, kao »kratki ustav«, nosi sve slabosti »kratkih ustava«. Zbog toga je prenaglašen značaj poslovnika oba veća Parlamentarne skupštine BiH, poslovnika Ustavnog suda BiH i poslovnika Predsedništva Bosne i Hercegovine. Raspoloživi šrostor ometa prikazivanje autorovih shvatanja o tim slabostima, koje, ipak, ne prevazilaze kritičnu granicu promene slova ustava o ravnopravnosti domova i malom broju pitanja koja spadaju u tzv. isključivu ili posebnu nadležnost jednog doma.

Kao takav, ovaj bikameralizam ne bi trebalo menjati, niti ga na bilo koji način ugrožavati. Njegovim ugrožavanjem ugrožava se i krhka osnova na kojoj BiH stoji čak i kao nesuverena država.

Razlozi koji se iznose u korist ublaženog bikameralizma, odnosno nepravog bikameralizma, a za uvođenja organizacionog bikameralizma koji je samo funkcionalni monokameralizam, su sporni. Oni zavise od toga da li njihovi protagonisti, svesno ili nesvesno, prihvataju u oblasti političkih institucija institucionalnu teoriju ili bihejvioralnu teoriju. Glavni razlog je da ovakav bikameralizam dovodi do blokada i preterane komotnosti nacija pri pomisli da im na raspolaganju stoje sredstva pravog bikameralizma i sredstva za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa od destruktivnih odluka. On se ne bi mogao prihvatiti. Pre bi se moglo kazati da određeni politički akteri, koji ne žele očuvanje identiteta, dostojanstva i razvoja tri konstitutivne nacije u Bosni i Hercegovini, zloupotrebljavaju svoju javnu vlast, izazivajući navodnu neefikasnost pravnog bikameralizma, kako bi je tako prokazali i optužili. Navodna efikasnost nije ujedno i jedino merilo vrednosti neke političke institucije. Ako bi samo efikasnost bila krunsko merilo vrednosti političkih institucija, onda bi se svojom prividnom efikasnošću nametnula lična vlast kao navodno i plitkoumno gledano najefikasnija organizacija vlasti, pa i u odnosu na demokratski organizovanu vlast. No, svako upućen zna da to nije tako. Upravo je tako i u slučaju kritika postojećeg bikameralizma u Bosni i Hercegovini. U njenom slučaju vrednosti i prednosti njenog pravog parlamentarnog bikameralizma uveliko nadvladavaju njegove potencijalne slabosti.

RADOMIR V. LUKIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law Slobomir P University,
Bijeljina

THE PARLIAMENTARY BICAMERALISM
IN THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The current concept of Parliamentary bicameralism in the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina is the object of the analysis in the paper. It is asserted that the current concept of bicameralism belongs to combined type of political and federal bicameralism. Furthermore, it is in accordance with separation of society in Bosnia and Herzegovina and specifically helps in mitigating and overcoming the issue of such separation. The House of Representatives and the House of Peoples are equal in rights, with »common jurisdiction« is in effect, with mere two exceptions from this rule related to one special jurisdiction of each House.

The latest proposals for change in Constitution, dating from 2006 and 2009, which suggest introduction of provisional and non-genuine bicameralism are criticized.

DRAGAN BATAVELJIĆ

POTREBE I MOGUĆNOSTI PROMENE USTAVA REPUBLIKE SRBIJE IZ 2006.

DONOŠENJE I PROMENA USTAVA REPUBLIKE SRBIJE

Od masovnih demonstracija 2000. godine, koje su kulminirale 5. oktobra iste godine, objektivno je dovedeno u pitanje poštovanje Ustava Republike Srbije od 28. 09. 1990. godine i svih njegovih kasnijih izmena. Već u prvim časovima petooktobarskih demonstracija, otvoreno je pitanje legitimiteta, pa i legalnosti vlasti, najpre, predsednika SR Jugoslavije, a zatim i svih drugih organa vlasti, i to, kako na nivou Srbije, tako i na nivou SR Jugoslavije.

Kao nosioci prvih inicijativa za ustavne promene u Srbiji, najpre se pojavljuju stručne grupe i nevladine organizacije. Međutim, ono što je najuočljivije i što se odmah može staviti kao manjkavost u procesu donošenja novog Ustava Republike Srbije, jeste nedostatak javne rasprave. Naime, vlastima se prebacuje da su Ustav donele bez široke javne rasprave, nego samo kroz dogovor najjačih parlamentarnih stranaka – Demokratske stranke, Demokratske stranke Srbije i Srpske radikalne stranke. Ustav je najviši pravni akt jedne države i on ne može biti donet pod velom tajne, a pošto je javni dokument, o njemu mora biti vođena javna rasprava u kojoj svi moraju dati svoj stav. Nisu konsultovani ni predstavnici manjina, koji takođe predstavljaju deo građana Srbije i kojih ima oko 1.135.000.

Dr Dragan Bataveljić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Najutemeljnije primedbe su one na račun njegovog usvajanja. Naime, Ustav je usvojen po hitnom postupku, u celovečernjem terminu, pri čemu se svi poslanici nisu temeljno ni upoznali sa njegovom sadržinom. Kasniji događaji i krhkost referendumskog konsenzusa, koji se ogledao i dramatičnim drugim danom izjašnjavanja o potvrdi ustava, delimično su opravdali razlog ove »pragmatične užurbanosti«, ali nisu popravili loš utisak koji je ostavljen. Ustav je usvojen na brzinu, ali su zato pregovori bili dugi i iscrpni. Prigovori o »nepostojanju javne rasprave« ne mogu biti suštinski, jer je stručna rasprava o ustavnim projektima trajala godinama, a javna rasprava od usvajanja Ustava do njegove potvrde gotovo mesec dana, kada je Ustav i bio izložen najžešćim kritikama. Ovde još treba istaći da postojanje rasprave ne povlači to da Ustav, nakon nje, nužno biva bolji i demokratskiji¹.

Narodna Skupština Republike Srbije je na posebnoj sednici, 30. septembra 2006. godine, jednoglasno usvojila predlog novog Ustava Srbije. Dan kasnije, 1. oktobra, predsednik parlamenta, Predrag Marković, raspisao je referendum o potvrđivanju najvišeg pravnog akta za 28. i 29. oktobar. Sve najvažnije parlamentarne stranke pozvale su, u referendumskoj kampanji, građane da izađu na birališta. Istovremeno, političke stranke Liberalno-demokratska partija, Liga socijaldemokrata Vojvodine, Građanski savez Srbije i Socijaldemokratska unija pozvale su građane da bojkotuju referendum.

Po zatvaranju biračkih mesta, CESID je saopštio da je, ipak, na biračka mesta izašlo više od preko potrebnog broja od 50% upisanih birača, a da je za Ustav glasalo oko 53–54% građana. Republička izborna komisija je to isto saopštila. Drugog novembra, RIK je objavio konačne rezultate referenduma: na birališta je izašlo 3.645.517 građana ili 54,91%. Za Ustav je glasalo 3.521.724 ili 53,04%.

Poslanici Skupštine Srbije su 8. novembra, na svečanoj sednici kojoj su prisustvovali verski velikodostojnici, strani ambasadori i državni vrh Srbije, proglasili novi Ustav. Sutradan, 9. novembra, poslanici su započeli raspravu o predlogu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava. Desetog novembra, parlament je usvojio taj predlog i predsednik Republike, Boris Tadić, raspisao je parlamentarne izbore za 21. januar 2007. godine.

Međutim, proglašenje novog Ustava bez istovremenog donošenja Ustavnog zakona prva je povreda Ustava koju je učinila Skupština Srbije. Naime, Ustav iz 2006. donesen je prema proceduri koja je propisana Ustavom iz 1990. godine, koji, u članu 134. stav 1, koji za sprovođenje promene Ustava, u ovom slučaju za

¹ Ustav koji je nastao nakon, verovatno, najduže javne rasprave u savremenoj istoriji bio je, po svemu sudeći, i najgori. Reč je o Ustavu SFRJ, koji je, ustavno-pravno, »minirao« jednu državu i predstavljao plodno tle za separatizam i otpočinjanje građanskog rata u kojem je stradalo više stotina hiljada ljudi.

donošenje novog Ustava predviđa donošenje Ustavnog zakona. Ova odredba je imperativnog karaktera, što znači da se mora doneti Ustavni zakon istovremeno s proglašenjem novog Ustava.

Takođe, treba ukazati na to, kako je donet najviši pravni akt Republike Srbije. To je, pre svega »brzi Ustav Srbije«, jer su, vlast i skupštinska opozicija, posle trogodišnjeg odugovlačenja, »dodale gas«, tek kada je međunarodna zajednica otvoreno najavila da će krajem 2006. godine na sto staviti rešenje statusa Kosova i Metohije. Zato je u noći između 30. septembra i 1. oktobra 2006. godine, Narodna skupština Republike Srbije, jednoglasno i naprasno usvojila predlog novog Ustava Srbije, koji je »pisan, brisan, usaglašavan i dopisivan« u najužim partijskim krugovima vodećih parlamentarnih stranaka, »na prečac i iza leđa javnosti«. Otuda je malo kome u Srbiji uopšte bilo poznato, kakav će »Osnovni zakon« dobiti, jer javne rasprave o njemu nije ni bilo, a naročito ne u ekspertskim pravnim krugovima. Ipak, na sva zvona je objavljeno da »Kosovo ostaje deo suverene Srbije«, a ustavotvorci su otišli zadovoljni svojim »uspehom«, uvereni da će preambula Ustava biti dovoljna da »odbrani« teritorijalnu neodvojivost južne pokrajine i sačuva celovitost Republike Srbije. Jednostavno, može se reći, da je prilikom donošenja važećeg Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, primenjena »strategija svršenog čina«.

Ustavnim zakonom treba predvideti rokove u kojima se moraju doneti novi zakoni ili izmeniti postojeći tako da bi bili u skladu sa Ustavom (na primer, novim Ustavom promenjene su nadležnosti Ustavnog suda Republike Srbije, uvedena je proširena ustavna žalba i dr, ali sve te odredbe ne mogu da se primene bez ustavnog zakona. Naime, paralelno sa novim Ustavom donosi se i Ustavni zakon za sprovođenje tog Ustava, i tu se određuju rokovi, ne samo za izbore, nego i za donošenje tih novih zakona, koji moraju da budu doneti na osnovu tog novog Ustava. Oni zakoni o izboru narodnih poslanika ne vrede za tu priliku. Ti zakoni prestaju da važe i počinje novi život jedne nove Srbije.

U odnosu na prethodni Ustav od 1990. godine izvršene su određene promene: 1) Ukinuta je društvena svojina i stvoreni su temelji tržišne ekonomije; 2) Stranci mogu steći svojinu nad nepokretnostima što otvara vrata stranim investicijama; 3) Predviđen je reizbor svih sudija; 4) Predsednika Republike neposredno bira narod, a smenjuje ga Skupština; 5) Prvi put se u Ustavu spominju evropske vrednosti i standardi; 6) Omogućena je puna nezavisnost Narodne banke Srbije; 7) U cilju decentralizacije, lokalnoj samoupravi je vraćena imovina; 8) Prvi put je rodna ravnopravnost postala ustavna kategorija; 9) Poslanički mandati sada pripadaju strankama, a ne poslanicima, kao ranije, čime se štiti volja građana; 10) Vojvodina ima visoku ekonomsku autonomiju (ima svoju imovinu i njom slobodno raspoložuje); 11) Zabranjen je sukob interesa; 12) Zvanična himna je Bože pravde; 13) Uneto je pravo na prigovor savesti; 14) Uneto je pravo na

obaveštenost građana informacijama od javnog značaja; 15) Posebno se štite majke i deca, kao i samohrani roditelji; 16) Zaštićeni su potrošači; 17) Ropstvo je zabranjeno Ustavom.

Postupak promene Ustava Republike Srbije, ureden je članom 203. samog Ustava (Osmi deo »Ustavnost i zakonitost«). Prema ovom članu predlog za promenu Ustava može podneti najmanje 1/3 od ukupnog broja narodnih poslanika, predsednik Republike, Vlada i najmanje 150.000 birača. To su, znači, ovlašćeni predlagači za promenu Ustava.

Narodna skupština Republike Srbije ima isključivu nadležnost da odlučuje o promeni Ustava, a predlog za njegovu promenu mora biti usvojen dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Ukoliko se ne obezbedi potrebna većina poslanika, reviziji Ustava se može pristupiti, tek, po isteku narednih godinu dana (po pitanjima sadržanim u podnetom predlogu koji nije usvojen). Ako Narodna skupština usvoji predlog za promenu Ustava, onda ona pristupa izradi (razmatranju) akta o promeni Ustava, a posle toga i njegovom usvajanju dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Takođe, Narodna skupština može (što znači, ne mora) odlučiti i da akt o promeni Ustava i građani potvrde na republičkom referendumu. Međutim, Narodna skupština je dužna da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum radi potvrđivanja, »ako se promena Ustava odnosi na preambulu Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava« (čl. 203. stav 7).

Ako se akt o promeni Ustava stavi na referendum radi potvrđivanja o strane građana, onda se oni izjašnjavaju najkasnije u roku od 60 dana od dana usvajanja akta o promeni Ustava, a promena je usvojena ako je na referendumu glasala većina od izašlih birača. Akt o promeni Ustava, koji je potvrđen na republičkom referendumu, stupa onog dana kada ga proglasi Narodna skupština. Međutim, ako Narodna skupština ne odluči da akt o promeni Ustava stavi na potvrđivanje, promena Ustava je usvojena izglasavanjem u Narodnoj skupštini. I u ovom slučaju, akt o promeni Ustava stupa na snagu, kada ga proglasi Narodna skupština.

RAZLOZI ZA PROMENU VAŽEĆEG USTAVA

Predsednik Srbije, Boris Tadić, najavio je i »nabrojao« osnovne razloge za izmenu važećeg Ustava Republike Srbije². To su: 1. smanjenje broja poslanika sa

² Pored ovih, osnovnih, najvažnijih razloga, postoje i drugi razlozi za izmenu postojećeg Ustava. Naime, ovim izmenama bi trebalo otkloniti određene mane koje se nalaze u važećim ustavnim odredbama, a tiču se, pre svega: 1) neopozivog stavljanja mandata narodnog poslanika na ras-

250 na 150; 2. decentralizacija i regionalizacija (jer, »nije prirodno da samo Vojvodina bude regija sa definisanim pravima, kada i drugi žele ista takva prava«); 3. propisi o strankama, i 4. izborni zakon (»omogućava da mnoštvo stranaka učestvuje na izborima, sa lakoćom ulaze u parlament i postavljaju uslove za ulazak u Vladu«).

Sigurno da, pored ovih razloga koje je najavio predsednik Tadić, postoje i drugi razlozi za izmenu važećeg Ustava, ali zbog ograničenosti prostora i vremena, mi ćemo se na ovom mestu zadržati samo na ova četiri razloga, a pre svega, na potrebi smanjenja broja poslanika i neophodnom procesu decentralizacije i regionalizacije. Naime, za pokretanje ovog procesa, kroz ustavnu promenu, ne postoji pogrešan trenutak, pa čak ni ako se radi o sadašnjoj ekonomskoj krizi, s tim što predsednik treba da, u što kraćem roku i sprovede u delo promenu Ustava koju sam predlaže. Naravno, potrebno je u Skupštini obezbediti i dvotrećinsku većinu, koja je potrebna za donošenje najvišeg pravnog akta, a koja sada, u republičkom parlamentu, ne postoji.

Smanjenje broja poslanika u republičkom parlamentu

Na ovom mestu, govoreći o prevelikom broju poslanika u Narodnoj skupštini Republike Srbije, možemo da, kao najbolji primer, navedemo rešenje iz Ustava Savezne Republike Jugoslavije donetog 1992. godine i Zakona o izbornim jedinicama za izbor saveznih poslanika u Veće građana Savezne skupštine iz 2000. godine. Naime, po samom slovu Ustava SRJ, jedan poslanik u Veću građana birao se na 65.000 stanovnika, pa se, poštujući taj kriterijum, u Republici Srbiji, u skladu sa odredbom člana 80. stav 2. Ustava Savezne Republike Jugoslavije, biralo 108 saveznih poslanika u Veće građana Savezne skupštine. Prema tome, ovaj kriterijum se može primeniti i sada, što znači da bi 108 ili 110, a maksimalno 150 poslanika (imajući u vidu postojanje nacionalnih manjina) u potpunosti zadovoljavalo potrebe predstavljanja biračkog tela i ostvarivanja svih funkcija Narodne skupštine Republike Srbije. Prihvatljivo je i pravilo iz izborne teorije, po kojima broj članova parlamenta jedne zemlje treba da odgovara kubnom korenu broja birača (što bi kod nas to značilo najviše 175 poslanika).

polaganje političkoj stranci (član 102. stav 2), 2) razlika u kvalitetu imuniteta nosilaca političke i sudske vlasti (član 103. stav 3, član 119. stav 1, i član 151. stav 2), 3) prenormiranosti pritvora i položaja okrivljenog u krivičnom postupku (član 29–31. i 33–34.), 4) različitog odlučivanja o imunitetu člana Vlade (član 105. stav 2. i član 134. stav 2), 5) ovlašćenja raspuštene Narodne skupštine, 6) izbora članova Visokog saveta sudstva od strane Narodne skupštine (član 153. stav 3), 7) odsudstva odredbi o zabrani ekstradicije, pravo na javnu kritiku nosilaca vlasti i slično.

Ovde možemo navesti i primere nekih drugih država, kao što je, recimo, Nemačka koja ima 10 puta više birača od Srbije, a samo 2,5 puta više poslanika nego Srbija. Od naše zemlje, po ovom pitanju, mnogo nisu odmakle ni Hrvatska (4 miliona birača – 153 poslanika), Slovenija (1,7 miliona birača – 90 poslanika), Bugarska (broj birača približno našem – 240 poslanika). Međutim, treba naglasiti da broj članova parlamenta zavisi od veličine teritorije i broja stanovnika određene zemlje i to je osnovni i najvažniji kriterijum, koji uz primenu napred navedenog merila, da se broj parlamentaraca dobija iz kubnog korena birača (uz izvesna, manja ili veća odstupanja), može da dovede do optimalnog broja narodnih predstavnika.

Radi boljeg sagledavanja situacije u drugim parlamentima, treba reći da Crna Gora ima 85, Makedonija 120, Albanija 120, Hrvatska 153, Austrija 183, a Mađarska 386. Već iz ovog pregleda proizilazi da je sastav Narodne skupštine Republike Srbije, znatno veći nego što bi trebalo, i zato ga je potrebno redukovati što pre. Jedan od najvažnijih razloga za smanjenje broja poslanika jesu i preveliki finansijski izdaci, tj. korektniji odnos poslanika prema novcu poreskih obveznika, s obzirom da jedan republički poslanik košta Srbiju, tj. njene građane oko 3.000 evra mesečno. Može se onda zamisliti koliko je novca bačeno, imajući u vidu, pre svega, dominantnu atmosferu u parlamentu, često prazne sale i nedolazak parlamentaraca na sednice, izvesnost rezultata glasanja i sadržine rasprave. Posebno treba navesti odredbe člana 102. stav 2. Ustava Republike Srbije, kojim je utvrđen imperativni karakter poslaničkog mandata³. Svi navedeni razlozi govore u prilog zahtevu da se broj poslanika u republičkom parlamentu naše zemlje može i mora znatno smanjiti i da se to, sigurno, neće odraziti na njegov rad. Naprotiv, očekujemo da će biti znatno efikasniji i to uz ogromne finansijske uštede.

Regionalizacija i decentralizacija

Ustavni sistemi se nalaze u neprekidnoj evoluciji. Globalizacija svetskog ekonomskog sistema, mora da bude zasnovana na regionalnoj saradnji, koja uzima u obzir bitne razlike, koje postoje između pojedinih regiona sveta. Ovaj proces globalizacije, istovremeno, podrazumeva i potrebu regionalizacije, koja je danas veoma izražena u većini zemalja savremenog sveta, a posebno u zemljama Evrope. S obzirom da je u Evropi ovaj proces veoma složen i višedimenzionalan, a istovremeno i veoma značajan, jer je do sada pokazao velike prednosti i mo-

³ Narodni poslanik je slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika.

gućnosti u saradnji regiona, to je potrebno na prostorima Starog kontinenta, nastaviti sa sprovođenjem započetog procesa decentralizacije i regionalizacije.

Kada se govori o savremenim evropskim tendencijama, integracijama, proširivanju Evropske unije, evropskom federalizmu i slično, treba reći da današnjom Evropom dominira princip supsidijariteta. To je pravilo po kome se javni poslovi (u meri, u kojoj je to maksimalno moguće) vrše na nivou koji je najbliži građanima, što znači da oni poslovi, koji se mogu vršiti na nivou opštine, treba tu i da se obavljaju, a ne na nivou regije, pokrajine ili države. Takođe, ono što se može obaviti na nivou regije ili pokrajine, ne treba da se obavlja na državnom nivou, a sve u cilju da se putem decentralizaciji omogući bolje korišćenje ukupnih potencijala.

Republika Srbija je administrativno-teritorijalno podeljena na pokrajine, okruge, opštine i Grad Beograd. Teritorijalnu organizaciju Republike Srbije čine 194 opštine u kojima se ostvaruje lokalna samouprava i 29 okruga. Grad Beograd i Grad Niš su posebne teritorijalne jedinice. U sastavu Republike Srbije su AP Vojvodina i AP Kosovo i Metohija kao oblici teritorijalne autonomije. U Republici Srbiji postoji 61.671 naselje. Po svome državnom uređenju, a prema odredbama važećeg Ustava, Republika Srbija je jedinstvena i nedeljiva država, tj. prosta, ili unitarna država. Granice Republike Srbije je nepovrediva, a može se menjati samo po postupku predviđenom za promenu Ustava (čl. 8.). Državna vlast je ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu.

Kao i sve balkanske države, Republika Srbija je snažno centralizovana. Zbog toga je sprovođenje određene decentralizacije neizbežno, i u organizacionom, i u finansijskom smislu. Javne vlasti su, zbog toga, najčešće opsednute svojom zavisnošću od Republike, što je, svakako, jedno od gorućih pitanja koje treba da bude rešeno, što je pre moguće. S obzirom da je Republika Srbija, po Ustavu iz 2006. godine, kao što smo već naveli – unitarna država, u okviru koji je određen Ustavom Republike, samo republički organi utvrđuju politiku, donose i izvršavaju zakone i druge propise i vrše ustavno-sudsku i sudsku funkciju vlasti. To znači da se funkcija izvršenja zakona i drugih propisa može poveriti drugim organima i organizacijama.

Interesantno je da važeći Ustav Republike Srbije, skoro uopšte, ne predviđa regionalizaciju. Naime, samo u odredbi člana 182. stav 3. Ustav kaže da se »nove autonomne pokrajine mogu osnivati, a već osnovane ukidati ili spajati po postupku predviđenom za promenu Ustava. Predlog za osnivanje novih ili ukidanje, odnosno spajanje, postojećih autonomnih pokrajina, utvrđuju građani na referendumu, u skladu sa Zakonom«. Izgleda da je predsednik Republike Srbije, najavljujući i nabrajajući izmene Ustava Srbije, samo ukazao na potrebu primene ove odredbe, ali i upozorio da regionalizacija mora da bude usmerena, pre svega, prema građanima, tj. da se građanima Republike Srbije obezbedi bolji život.

Nadovezujući se na prethodni stav, moramo reći da Ustav izričito, ni u jednom članu, ne predviđa regionalizaciju, već u članu 12. kaže da je »državna vlast ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu«, dok u članu 176. stav 1. stoji da »građani imaju pravo na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, koje ostvaruju neposredno ili preko svojih slobodno izabраних predstavnika«. Konačno, u članu 182. stav 1. Ustav predviđa da su »autonomne pokrajine autonomne teritorijalne zajednice, osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju«. Prema tome, navedenim ustavnim odredbama, pokrajinska autonomija se tretira kao pravo građana. Treba napomenuti da decentralizacija vlasti, kao pretpostavka demokratizacije odlučivanja, nije suprotnost integracije. Naprotiv, decentralizacija vlasti⁴ predstavlja proveren način nastanka inicijativa većine u društvu i efikasnog rešavanja pitanja koja se pojavljuju na lokalnom nivou.

S obzirom na brojne probleme koji su nastali poslednjih decenija u Srbiji, pok. prof. Miodrag Jovičić je još pre više od dve decenije predlagao regionalizaciju Srbije, smatrajući da je to jedini način rešavanja nagomilanih protivurečnosti, što međutim, od tadašnjih nosilaca političke vlasti nije bilo prihvaćeno. Sada se, međutim, to pitanje veoma aktualizira, jer postoji shvatanje da bi samo regionalizacija Srbije omogućila rešavanje bar dela problema koji postoje u unitarnoj Srbiji. Naime, regionalna država spaja izvesne dobre strane i unitarne države i federacije, dok, u isto vreme, otklanja pojedine slabosti, i jednog, i drugog oblika državnog uređenja, jer, s jedne strane izbegava preteranu koncentraciju vlasti koja je svojstvena za unitarnu državu, a sa druge strane obezbeđuje više od federacije »jedinstvo u različitosti«⁵.

Srbija je, danas, centralizovana država i, zato, pitanje njene decentralizacije predstavlja jedan od bitnih uslova demokratizacije zemlje. Srbija bi trebalo da se konstituiše kao regionalna država sa autonomnim pokrajinama, administrativnim jedinicama regionalne uprave, pri čemu je bitno da građanima bude omogućeno da samostalno i demokratski odluče da li će, uopšte, u kom obimu i na koji način iskoristiti svoje pravo na svoju pokrajinsku autonomiju. Srbija bi trebalo da postane regionalna država koja će imati svoje izvorne nadležnosti, pri čemu se moraju koristiti iskustva teritorijalne autonomije evropskih zemalja i ista primeniti (nikako samo prepisati) u našoj zemlji. Taj proces se mora odvijati postepeno, a regionalna država bi podrazumevala i uvođenje parlamenta sa dva doma, i to,

⁴ Ona je pretpostavka demokratizacije odlučivanja, nije suprotnost integraciji, već proveren način buđenja i inicijative društvene većine i efikasnog rešavanja lokalnog pitanja.

⁵ Regionalna država to čini voleći računa o posebnostima pojedinih regiona zemlje i dajući im pravo na sopstveno organizovanje. Međutim, ona ne dopušta mogućnost ugrožavanja državnog jedinstva.

Donjeg i Gornjeg doma. U Donjem domu, bili bi zastupljeni predstavnici građana, dok bi u Gornjem domu bili zastupljeni predstavnici regiona

Sama ideja decentralizacije i regionalizacije nije nepoznata u Srbiji, jer ako se vratimo u istoriju, možemo lako uočiti činjenicu da su ova dva procesa bila zastupljena još u Sretenjskom ustavu iz 1835. godine sa predviđenim *okruzima, srezovima i opštinama*, dok je i Turski ustav iz 1838. godine, predvideo 17 okruga sa po nekoliko srezova (njih je činilo više sela) i lokalnim upravama. Uvođenjem parlamentarizma Radikalnim ustavom iz 1888. godine, takođe su bili uspostavljeni okruzi, srezovi i opštine, dok je Vidovdanski ustav iz 1921. godine, predvideo oblasti, okruge, srezove i opštine. Septembarski ustav iz 1931. godine, tretirao je državu kao decentralizovanu i regionalizovanu, uvođenjem 9 banovina, srezova i opština⁶.

Međutim, ono što je veoma bitno razjasniti i zbog čega u pojedinim državama ili kod rukovodstva određenih država postoji bojazan, jeste pitanje da li decentralizacija predstavlja korak ka separatizmu i nameru za »rastakanjem« države. Odgovor na ovo pitanje je kratak i jasan: NE. To je zato što decentralizacija (regionalizacija) ne znači težnju ka separatizmu, već ovakva »dobronamerna upozorenja« dolaze, upravo od onih koji su nosioci centralizovane moći i koji po svaku cenu nastoje da zadrže svoj povlašćeni položaj. Mi danas, u Evropi, imamo veoma veliki broj pozitivnih primera regionalizovanih država koje savršeno funkcionišu, ali imamo, takođe, i primer naše bivše države SFRJ, koja je doživela slom, između ostalog, i zbog težnje ka centralizaciji vlasti. Konačno, regionalizacija predstavlja neophodan proces na putu Srbije ka Evropskoj uniji, pa će formiranje i jačanje regiona, značiti i jačanje Srbije.

Ministarstvo privrede Vlade Republike Srbije je 2007. godine uradilo »Strategiju regionalnog razvoja Srbije 2007–2012.« kojom je nedvosmisleno utvrđeno da je veoma velika neravnomernost u razvoju Srbije. U prevazilaženju takve situacije, neophodno je, pre svega, urgentno vraćanje imovine lokalnim samoupravama, koja je Ustavom iz 1992. godine i posebnim Zakonom iz 1995. godine, otuđena u korist centra države Srbije. Zbog toga, lokalna samouprava ovom imovinom ne može više samostalno da upravlja. Kao drugi korak se može navesti realizacija ideje o ujedinjavanju opština prema njihovim interesima, što je i po Ustavu, i po Zakonu o lokalnoj samoupravi, legitiman postupak.

Republika Srbija je veoma neuravnoteženo organizovana država, jer neke opštine broje oko 1500 stanovnika, dok druge imaju preko 200.000, a o ekonom-

⁶ Ipak je Kraljevina Jugoslavija bila unitarna i centralizovana, kao i ranije, a što je bio slučaj i sa kasnijim oblicima državnog uređenja od 1945. godine.

skoj neujednačenosti i da ne govorimo. Tako, na primer, prosečne zarade u našoj zemlji, u poslednjem tromesečju 2008. godine se veoma razlikuju (u Novom Beogradu je to 52.220 dinara, a u Beloj Palanci skoro 4 puta manje – 14.080 dinara). Upravo je zbog toga pitanje decentralizacije od najvećeg značaja, na šta se, bar do sada, u Srbiji gledalo sa velikim protivljenjem, jer je postojao određen strah od moguće regionalizacije. Jer, u razvijenim ekonomskim zemljama, svaka regija ima određeni element državnosti, ali ne treba izgubiti iz vida da se, upravo, u tome i ogleda smisao regionalizacije. Treba omogućiti, za razliku od apsolutističke države, razne oblike funkcionalnog povezivanja, jer upravo to savremena Evropa želi.

Država treba da bude organizacija za vođenje javnih poslova, a ne da se plaši od uvreženog shvatanja da određena regija predstavlja »tempiranu bombu u srcu centralne države«⁷. Naime, to je potpuno pogrešno, jer je veliki broj primera u Evropi da regije međusobno saraduju na bazi zaključivanja međunarodnih ugovora. Na taj način se obezbeđuje uravnotežen regionalni razvoj (što kod nas nije slučaj) i sprečava podela na izuzetno bogate i izuzetno siromašne delove zemlje. Ono što olakšava ove procese, jeste činjenica da one ne moraju nužno da se sprovedu ustavnim reformama, već ustavnim zakonima i drugim srodnim aktima, može se uspešno rešiti pitanje ravnomernog regionalnog razvoja.

Zbog toga je decentralizacija neophodna i do nje se mora doći što pre. Naravno, taj proces mora da bude prirodan i, ni u kom slučaju, ne sme da ima demagoške ciljeve. Naime, tu pre svega mislimo na Zakon o regionalnom razvoju, jer je regionalizacija evropski model decentralizacije, kao posledica istorijske, tradicionalne, podele na regione. Naša država ima dugu tradiciju lokalne samouprave, koju, nažalost, još uvek nemamo u pravom smislu te reči, jer je neophodno gradovima i opštinama, što pre vratiti njihovu imovinu i nadležnosti. To bi omogućilo decentralizaciju i formiranje regiona prirodnim putem i adekvatan sistem regionalizacije. Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja definisalo je kao jedan od prioriteta u svom radu vođenje aktivne politike regionalnog razvoja. U okviru takve politike regionalnog razvoja, jedan od prioritarnih ciljeva će biti definisanje mehanizama za podsticanje ravnomernijeg regionalnog razvoja kako bi se zaustavili negativni trendovi i smanjile razlike u razvijenosti.

Međutim, kada je reč o uvođenju regionalizma u Srbiji i samom pristupu regionalizaciji naše zemlje, može se reći da razlikujemo dva načina:

1) Prvi, da se primene rešenja predviđena važećim Ustavom Republike Srbije. Sam Ustav u članu 94, govoreći o ujednačavanju razvoja, predviđa da se

⁷ Taj strah postoji, ukoliko regija ima mogućnost (kapacitet) međunarodnog predstavljanja.

»Republika Srbija stara o ravnomernom i održivom regionalnom razvoju, u skladu sa zakonom«⁸. Utoliko je i dužnost centralne državne vlasti da, saglasno članu 1. Ustava iz 2006. godine, ostvari društvo na vladavini prava⁹, dok je saglasno članu 3. stav 2, radi obezbeđivanja jednakosti svih građana i njihove potpune ravnopravnosti¹⁰, neophodno izvršiti podelu vlasti¹¹.

2) Drugi, da se izvrši promena postojećeg Ustava i unesu dodatne odredbe koje konkretnije definišu regione, tj. političko-teritorijalnu podelu Srbije.

U poslednjoj deceniji 20. veka u Srbiji je izvršena hiperkoncentracija sredstava i odluka na republičkom nivou. Ukinuti su regioni koji su prethodnih 15 godina imali odgovarajuće fondove i ingerencije, a javna preduzeća su bila centralizovana na nivou države. Zato, regionalna politika u uslovima tranzicije treba da izvrši znatne promene u bivšem sistemu centralnog planiranja, jer taj model više nije primenljiv. Otuda je potrebno formiranje regionalnih razvojnih politika, koje bi bile zasnovane na decentralizovanom sistemu institucija. Odnosi između Republike Srbije i njenih regiona, kao i između samih regiona, trebalo bi da budu uspostavljeni u skladu sa principima međusobnog poštovanja, saradnje i solidarnosti. Regioni i sama Republika Srbija trebalo bi da podstiču međusobnu saradnju. Regionima bi bilo dozvoljeno da potpisuju ugovore i sporazume sa drugim regionima unutar Srbije, administrativnu vlast bi vršili regioni, a jedino u vanrednim okolnostima država. Tamo gde postoji državna kontrola nad regionima, istu bi uređivao Ustav ili odgovarajući zakoni.

Znači, regioni bi imali mogućnost da deluju i na međunarodnom nivou. Mogli bi da sklapaju sporazume, ugovore ili protokole koji su međunarodni po obimu i koje odobrava Vlada Republike Srbije (u slučaju da to nalažu republički zakoni). Republika Srbija bi prenela do kraja nadležnosti na regione, kao i finansijska sredstva potrebna za ostvarivanje tih nadležnosti. U tom cilju je potrebno izvršiti regionalizaciju Srbije, omogućiti decentralizaciju i debeogradizaciju. Potrebno je mnogo više ulagati u unutrašnjost Srbije i omogućiti podjednak razvoj

⁸ U sadašnjoj Vladi Republike Srbije, postoji Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, što je, svakako, dobra zamisao, ali je činjenica da po pitanju regionalnog razvoja, a pre svega regionalizacije nije ništa učinjeno.

⁹ Član 1. Ustava Republike Srbije: »Republika Srbija je država srpskog naroda i svih građana koji u njoj žive, zasnovana na vladavini prava i socijalnoj pravdi, načelima građanske demokratije, ljudskim i manjinskim pravima i slobodama i pripadnosti evropskim principima i vrednostima«.

¹⁰ Prema tome, centralni organi Republike treba da iniciraju donošenje zakona i drugih pravnih akata, kako bi građani mogli da koriste svoja prava koja im obezbeđuje poštovanje principa supsidijarnosti, tj. formiranje regionalne države.

¹¹ Član 3. stav 2. Ustava Republike Srbije: »Vladavina prava se ostvaruje slobodnim i neposrednim izborima... podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu«.

pojedinih regiona, što će se najpre ostvariti finansijskom samostalnošću, a ne zavisnošću od Beograda, odnosno države Srbije. Ova tendencija demetropolizacije je, već više decenija, karakteristična za Evropsku uniju i sprovedena je u mnogim razvijenim evropskom zemljama.

Ono što je veoma značajno, jeste činjenica da je u Narodnoj skupštini Republike Srbije, usvojen Zakon o regionalnom razvoju, koji je objavljen u »Službenom glasniku« br. 51/09, od 08. jula 2009. godine. Međutim, treba reći da je sam nacrt ovog Zakona, već na startu javne rasprave, izazvao burne polemike. Naime, dok su u Ministarstvu ekonomije i regionalnog razvoja tvrdili da su nova rešenja korak ka decentralizaciji, da su u skladu sa evropskim standardima i da se njime odlučivanje o razvojnim prioritetima spušta sa centralnog na regionalni i lokalni nivo, dotle su predstavnici Centra za strateško-ekonomska istraživanja Vojvodine¹² smatrali da država nije uspela da se odupre centralizaciji i da je, u stvari, zadržala veoma velike nadležnosti i ovlašćenja.

Značaj usvajanja Zakona o regionalnom razvoju ogleda se, pored uvođenja pitanja decentralizacije (ove velike srpske boljke) u politički život, i u dobijanju mogućnosti korišćenja pretpristupnih fondova Evropske unije, koji su Srbiji postali dostupni nakon usvajanja ovog zakona. Naravno, centralno pitanje ovog Zakona je sprovođenje suštinske decentralizacije, jer je prevazilaženje velikih regionalnih razlika, potreba koju niko ne spori. Naime, razlika između najrazvijenih i najnerazvijenijih regiona u zemlji je 7:1, a između najrazvijenije i najnerazvijenije opštine 15:1. To je nedopustivo, jer decenijama već prazni nerazvijene krajeve Srbije, podstiče veliku migraciju ka velikim gradovima, pre svega Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu, sa tendencijom da pola Srbije bude stacionirano u Beogradu. To ne samo da ima negativne ekonomske, geografske, kulture i druge posledice, nego pre svega, demografske i odbrambene. Stotine sela i nerazvijenih opština po obodu Srbije, ostali su prazni. Na to svaka država mora da obraća pažnju i da vodi računa, jer su demografska situacija u zemlji i mogućnost odbrane, deo nacionalne strategije.

Srbija je jedna od retkih zemalja u kojoj lokalne samouprave nemaju pravo na svoju imovinu, pa je zato, paralelno sa navedenim Zakonom o regionalnom razvoju, trebalo doneti i Zakon o imovini lokalne samouprave, kojim je trebalo imovinu vratiti lokalnim samoupravama. Međutim, važećim Ustavom iz 2006. godine, to nije učinjeno, jer se, samo u članu 87. stav 4. kaže da se »imovina autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, način njenog korišćenja i raspolaganja, uređuju zakonom«. To je jedino mesto gde se pominje imovina jedinica lokalne samouprave.

¹² Direktor Centra za strateško-ekonomska istraživanja Vojvodine, Valentina Ivanić.

Za potrebe podsticanja regionalnog razvoja, usvojenim Zakonom o regionalnom razvoju (član 5.), određeni su sledeći regioni: 1) Region Vojvodine; 2) Beogradski region; 3) Zapadni region; 4) Istočni region; 5) Centralni region; 6) Južni region; 7) Region Kosova i Metohije.

Oblasti koje čine navedene regione određuje Vlada Republike Srbije, na predlog organa nadležnog za poslove statistike. Vlada, takođe, na predlog istog organa, određuje i jedinice lokalne samouprave i gradske opštine, koje čine oblasti, kao i nazive tih oblasti. Ono što pada u oči, jeste činjenica da je novim Zakonom određen veliki broj subjekata regionalnog razvoja (ukupno 13), počev od Vlade, Ministarstva za ekonomiju i regionalni razvoj, kao i ministarstava nadležnih za poslove finansija i prostornog planiranja, Autonomne pokrajine Vojvodine, glavnog grada... pa sve do Regionalne razvojne agencije i oblasnih asocijacija.

Međutim, ono što je bitno naglasiti na ovom mestu, jeste činjenica da, iako novousvojeni Zakon o regionalnom razvoju, takoreći, još nije ni počeo da se primenjuje, Vlada Republike Srbije je započela novo prekrajanje statističkih regiona Srbije. Naime, Vlada je na svojoj sednici, održanoj 11. marta 2010. godine, usvojila izmene ovog Zakona, što je, ustvari, samo početak »redizajniranja« statističke karte Srbije. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o regionalnom razvoju objavljen je 05.05.2010. godine u Službenom glasniku RS br. 30/10 i po ovom Zakonu, koji je potvrdio parlament, Srbija će, ubuduće, umesto na 7, biti podeljena na 5 regiona (Vojvodina, Beograd, Šumadija i Zapadna Srbija, Južna i Istočna Srbija, Kosovo i Metohija).

Propisi o strankama

Noveliranje izbornih zakona i zakona o registrovanju i finansiranju stranaka je, takođe jedan od razloga za promenu važećeg Ustava. Naime, donošenje novih propisa o strankama je neophodno, pre svega, što je potrebno da se broj političkih stranaka uskladi sa relevantnim političkim opcijama i pooštre kriterijumi za formiranje političkih stranaka, koji su do sada bili dosta liberalni i, slobodno možemo reći, ponekad »neozbiljni«.

Od najnovijeg Zakona o političkim strankama¹³, usvojenog 12.5.2009. godine i objavljenog u »Službenom glasniku RS« br. 36/09, očekuje se da će stabilizovati političku scenu Srbije i uozbiljiti delovanje političkih stranaka kojih je,

¹³ Usvajanjem ovog Zakona prestao je da važi Zakon o političkim organizacijama i Zakon o udruživanju građana u udruženja, društvene i političke organizacije, usvojeni 1990. godine.

pre donošenja ovog Zakona, bilo više od 600 u registru. Naime, u Registru koji vodi Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu bilo je registrovano više od 600 stranaka, a nakon stupanja novog Zakona na snagu sve ove stranke su morale da stupe u proces preregistracije, ukoliko žele da opstanu kao političke stranke. Cilj preregistracije stranaka jeste uređenje političke scene, jer je postojala opravdana pretpostavka da neće svih 600 stranaka¹⁴ imati uslove za preregistraciju i da će se broj političkih partija u Srbiji svesti na nekoliko desetina, što će omogućiti lakšu materijalnu i kontrolu finansijskog poslovanja stranaka.

Rok za preregistraciju stranaka istekao je 23. januara 2010. godine. Iako će u Srbiji, sada biti desetostruko manje partija, stručnjaci procenjuju da to neće, u potpunosti, rešiti problem velikog broja političkih aktera u zemlji. Naime, umesto nešto više od 600 stranaka, kao ranije, u Srbiji je do 22. januara 2010. godine, zvanično registrovano 29 partija, dok je još 39 predalo dokumentaciju. Za registraciju je, po novom Zakonu, potrebno skupiti 10.000 potpisa i sve parlamentarne stranke već su se registrovale ili predale dokumentaciju¹⁵. Još jedna odredba koja pooštava rad političkih stranaka, jeste njihova obaveza da se ponovo registruju na svakih osam godina, čime će dokazati svoj legitimitet, ili će u tom periodu steći status parlamentarne stranke u Republici ili Pokrajini. To će dovesti do toga, da će u političkom životu opstati stranke koje su ozbiljne, koje realno postoje i koje okupljaju određeni broj ljudi. Nakon toga će biti moguće preduzimati niz drugih mera za uređenje političke scene, što je posebno važno tokom izbornih procesa. Kada se dođe do optimalnog broja političkih stranaka, država će moći da liši, i građane, i sebe samu, nepotrebnih troškova tokom izbornih procesa. To će, svakako, doprineti većoj odgovornosti političara, a osnivači i sva stranačka dokumenta će biti javni, jer će svi koji žele da se bave politikom, morati da podnesu značajan teret i da budu svesni da su stalno pred očima javnosti.

Za funkcionisanje Narodne skupštine Republike Srbije je karakteristično da poslanici nisu samostalni u odlučivanju i odgovorni za svoje postupke, već predstavljaju glasačku mašinu, jer postoje blanko ostavke, kojima ih stranke na najočigledniji način drže u stanju bespogovorne poslušnosti. Naime, poslanici svih stranaka, osim Liberalno-demokratske stranke (LDP-a), u Skupštini Srbije potpisali su, pre ulaska u Skupštinu, ostavke koje stranka može da aktivira u svakom trenutku, ukoliko poslanik postane neposlušan, pa želi da glasa drugačije od onog što je partija naredila ili da pređe u drugi partijski tabor. Ovakav ucenjivački me-

¹⁴ Ovoliki broj stranaka je omogućila činjenica da je po starom Zakonu o političkim strankama, bilo potrebno svega 100 neoverenih potpisa. Mnoge od ovih stranaka su bile samo registrovane i nisu delovale na političkoj sceni.

¹⁵ Tako, na primer, sa političke scene su nestali JUL, Srpska liberalna stranka, ali i SDP Nebojše Čovića, koji nije ni prikupljao potpise.

hanizam omogućava strankama da, bez mnogo muke, kontrolišu svoje poslanike i sprovede partijske interese¹⁶. To je, očigledno, antidemokratski institut blanko ostavki i njega treba brisati iz Ustava, jer on ukazuje na pogubnost po politički razvoj demokratskog društva. Naime, ti ljudi koje Ustav naziva poslanicima, u stvari su, kad su potpisali blanko ostavke, postali delegati svojih partija¹⁷.

Izborni zakon

Jedan od osnovnih razloga za noveliranje izbornog zakona, jeste potreba da se on prilagodi regionalnoj strukturi zemlje i potrebama njenog ravnomernog razvoja. Naime, ova njegova neprilagođenost je »omogućila« da više od 1,5 milion građana iz 72 jedinice lokalne samouprave ne bude zastupljeno u Narodnoj skupštini, jer u sadašnjem sazivu našeg Republičkog parlamenta ima 84 poslanika sa područja Beograda, 58 sa područja Vojvodine i 108 poslanika sa preostalog područja Srbije. Međutim, nezamislivo je da nekoliko gradova nemaju svoje predstavnike u Parlamentu, kao što su Gornji Milanovac, Čuprija, Pirot, Arandelovac, Indija, Sjenica, kao i neka druga mesta.

Iako se od napred navedene preregistracije političkih stranaka dosta očekuje, pojedini analitičari navode da ona neće rešiti iscepanost političke scene u Srbiji¹⁸. Mnogobrojnost parlamentarnih stranaka, prema mišljenju stručnjaka, može biti rešena promenama izbornog zakona. »Potrebno je rešiti pitanje da li je moguće da se u parlamentu formiraju poslanički klubovi nezavisno od toga kakve su liste dobile poverenje, da li je moguće uvesti dvostepeni cenzus, koji bi važio jedan za partiju i jedan za koaliciju i da li je moguće da se uvede depozit – da parti-

¹⁶ Ovo se kosi sa izbornom voljom građana, što omogućava sadašnji sistem srazmernog predstavnštva prilikom raspodele mandata i glasanje po listama. Naime, političke stranke biraju poslanike da sede u Skupštini kao poslušni vojnici, s obzirom na to da se izborne liste za koje građani glasaju umnogome razlikuju od lista poslanika koje stranka ubacuje u parlament. U vrh izbornih lista stranke upisuju ljude od poštovanja, popularne ljude ili ljude za koje znaju da im građani veruju, a u skupštinske klupe sedaju kandidati za koje građani u suštini nisu glasali.

¹⁷ Zbog svega toga, u Skupštini nema razmene ideja, već građani gledaju svađe i često iznošenje intimnih podataka. Rasprava je najčešće monotona, jer svi ponavljaju jedno te isto, što su čuli od partijskih vrhova, pa zato u parlamentu i ne mogu biti najkvalitetniji i najkreativniji ljudi, jer bi njima bilo ispod časti da potpišu blanko ostavku, s obzirom da bi oni u parlamentu postupali u skladu sa svojim mišljenjem i slobodnim uverenjem, a ne samo da sprovedu interese partijskog vrha.

¹⁸ U Narodnoj skupštini Republike Srbije postoji 5 izbornih lista, 10 poslaničkih klubova, 2 nezavisna poslanika i 22 partije.

ja koja ne osvoji 10 hiljada glasova, koliko je bilo potrebno bilo za podnošenje liste ili za registraciju stranaka, da taj depozit ostaje»¹⁹.

Vlada Srbije je trebalo do kraja septembra 2010. godine da usvoji novi Zakon o lokalnim izborima, a odmah zatim bi se krenulo i u promenu Zakona o izboru narodnih poslanika u kome bi, takođe, bila ukinuta mogućnost naknadnog oduzimanja mandata poslanicima. Do kraja godine je, prema procenama u Vladi, trebalo da blanko ostavke budu sasvim ukinute. Međutim, do kraja oktobra 2010. godine, kada je konačno predat ovaj tekst za objavljivanje u Zborniku, navedeni zakoni nisu doneti.

Novi Zakon o lokalnim izborima, koji treba da bude tek usvojen, uvodi personalizovani proporcionalni izborni sistem, koji ojačava poziciju odbornika u smislu da će samo oni za koje su građani glasali u njihovoj izbornoj jedinici moći da uđu u Skupštinu i neće ih više birati stranke. Time će biti onemogućeno da ih stranke kasnije smenjuju i oduzimaju im odborničke mandate, a oni će raditi po svojoj savesti i u interesu građana koji su ih birali. Taj sistem, uz manje izmene, treba da se prenese i u Zakon o izboru poslanika. Ukoliko se u taj Zakon ne unesu odredbe o blanko ostavkama i oduzimanju mandata po volji stranke, to će značiti i kraj imperativnih mandata.

U vladajućoj koaliciji je, načelno, dogovoreno i da se način oduzimanja poslaničkih mandata ni na koji način ne pominje u novom Zakonu o Narodnoj skupštini koji je donet 26.2.2010. godine i objavljen u »Službenom glasniku RS« broj 9/10. Naime, u svim dosadašnjim radnim verzijama Zakona o Narodnoj skupštini, blanko ostavke su bile predviđene, a predlagači su se pozivali na Ustav Srbije u kome, u članu 102. stav 2. stoji da je »narodni poslanik slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika«. Ovaj Zakon se ne bavi imperativnim mandatima, jer to i ne može biti u njegovom domenu.

ZAKLJUČAK

Na kraju ovog rada treba reći da su važećim Ustavom, donetim 2006. godine, izvršene brojne promene u odnosu na prethodni Ustav iz 1990. godine, što je, svakako, krupan korak ka demokratizaciji i uvođenju novih instituta, kao i ispravljanju nekih prevaziđenih i zastarelih rešenja. Međutim, i u samom procesu donošenja važećeg Ustava, napravljeni su brojni propusti i povrede samog Ustava, a kao najveća zamerka navodi se činjenica da je ovaj najviši pravni akt Republi-

¹⁹ Docent Fakulteta političkih nauka, dr Slaviša Orlović.

ke Srbije donet na brzinu, od strane najužih partijskih krugova, bez konsultovanja pravnih stručnjaka u potrebnom obimu i bez javne rasprave.

Očekuje se da će se uočene brojne manjkavosti važećeg Ustava i nedostaci, pored onih najvažnijih koje je naveo i sam predsednik Republike Srbije, u dogledno vreme ispraviti i, konačno, omogućiti državi Srbiji i njenim građanima, takav Ustav, koji će važiti mnogo duže, kao što je to slučaj u najrazvijenijim zemljama sveta, gde ustavi, kao osnovni i najviši pravni akti, nepromenjeni ili sa malim izmenama, traju po nekoliko decenija ili, čak, nekoliko vekova.

DRAGAN BATAVELJIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
Kragujevac

NEEDS AND OPPORTUNITIES FOR CHANGE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIAN FROM 2006.

Summary

In this paper, autor first points to two possible changes of the Constitution (full and partial) and in two different situations for the constitutional revision (the constitutional continuity and constitutional discontinuity). Also, special attention was dedicated to the applicable provisions of the Constitution innovated the Republic of Serbia from 2006. compared to the previous Constitution from 1990. As the main reasons for changing the current Constitution, which was announced and listed the President of Serbia, Boris Tadic, stated the following: reducing the number of members of parliament, decentralization and regionalization, regulation of political parties and election law. In addition, the causes, the paper listed other reasons for a change of the Constitution, to remove the perceived defect. For all the legislative changes to electoral legislation, there is a principal agreement to all the ruling parties.

BOGOLJUB MILOSAVLJEVIĆ

REFORMA POLITIČKOG SISTEMA
– Pretpostavka za okončanje
partitokratije u Srbiji –

PRAVNI OKVIR ZA DELOVANJE I FINANSIRANJE
POLITIČKIH STRANAKA

Ustav Republike Srbije sadrži minimalan broj opštijih odredaba o političkim strankama (čl. 5. i 55), a takvu praksu sledi i većina drugih modernih ustava. Mada su političke stranke u poslednjih 150 godina postale nezaobilazni element u funkcionisanju predstavničke demokratije, davno je primećeno da su ustavi u pogledu političkih stranaka prilično nemušti.¹ Otud se pravni okvir za osnivanje, delovanje i finansiranje političkih stranaka prepušta zakonodavcu.

Ni u zakonima se osnivanje i delovanje političkih stranaka ne regulišu naročito detaljno. Propisuju se, naravno, minimalni uslovi za osnivanje stranaka i one se registruju po sistemu prijave. Delovanje stranaka je, sa stanovišta regulisanja, oslonjeno na još liberalniji pristup, tako da se prevashodno određuju krajnje granice tog delovanja putem propisivanja razloga za zabranu političke stranke.² U zemljama razvijene demokratije takvi pristupi se mogu opravdati po-

Dr Bogoljub Milosavljević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd.

¹ S tim u vezi, često se navodi sledeće zapažanje Ž. Birdoa: u ustavima se »prećutkuju pravi motori političkog života«, zbog čega snaga i mehanizmi koji stvarno dejstvuju u političkom životu izmiču bilo kakvom pravnom regulisanju (videti: Milosavljević, B. i Popović, D., *Ustavno pravo*, Treće izdanje, Beograd, 2009, str. 248–258).

² Videti čl. 5. st. 3 i čl. 167. st 3. Ustava, čl. 37. i 38. Zakona o političkim strankama i čl. 80. i 81. Zakona o Ustavnom sudu.

stojanjem demokratskih uzusa i sposobnošću demokratije da deluje *sponte acta*. Teži se da stranke ne potisnu u potpunosti građane iz političkog života (građanska suverenost), da njihova unutrašnja struktura bude demokratska,³ a njihovo delovanje izloženo javnosti i najširoj javnoj kontroli. Od tih principa najteže ostvariv je prvi: dok se, na jednoj strani, priznaje uloga stranaka u oblikovanju političke volje građana i predstavljanju i zastupanju interesa građana i članstva, kao i u organizovanju i vršenju vlasti, ukazuje se, na drugoj strani, da su stranke potisnule građane iz političkog života i izmenile osnovni smisao predstavničke demokratije.⁴ Strankama se upućuju i teže reči kritike, ali se za sada ne vidi zamena za njih.

Glavni predmet zakonskog regulisanja u zemljama razvijene demokratije svakako jeste način finansiranja stranaka. O tome postoje obično detaljna zakonska pravila i razvijeni mehanizmi sa vršenje kontrole.

Stranački sistemi u tranzicionim zemljama, naročito s obzirom na kratko vreme postojanja, očigledno nemaju dovoljan demokratski potencijal. »Velika transformacija« u ovim zemljama podrazumeva istovremeni uspeh više stvari, a prvenstveno uvođenje tržišne privrede i demokratizaciju društva. O tome Đ. Sartori kaže sledeće: »Usaditi neku demokratsku formu je relativno lako, ili bar znamo kako se to radi. Usaditi tržišno društvo ili privredu tamo gde je vladala negacija toga – planska privreda – nemamo pojma kako se sprovodi. A još manje znamo kako se zajedno sade obe stvari.«⁵ Isti autor navodi stavove Klauza Ofea o stranačkim sistemima postkomunističkih zemalja, među kojima i ovaj stav: »Nacionalizam koriste naslednice starih komunističkih partija, što se na svim izborima pokazalo kao uspešno borbeno sredstvo protiv demokratije i liberalnih promena.«⁶

Kao i u drugim tranzicionim zemljama, stranački sistem Srbije se odlikuje mnoštvom stranaka od kojih je većina minorna, ogromnim i često prividnim šarenilom političkih platformi, čestim pripajanjima i podelama stranaka, koalicijama koje se stvaraju od prilike do prilike na ogoljenom interesnom principu, netransparentnošću i odsustvom unutrašnje demokratije i slično. Da bi se »prečistio« ogromni spisak stranaka, od kojih mnoge nisu funkcionisale, Zakonom o političkim

³ Predstavnička demokratija zasnovana na principu političkog plurazma pretpostavlja unutarpartijsku demokratiju. Ova bi postojala kada je moć u strankama široko i ravnomerno raspodeljena (široka participacija pri izboru vođa i kandidata, značajna uloga stranačkih skupština i konvencija u određivanju politike, itd). Videti: Hejvud, E., *Politika*, Beograd, 2004, str. 479.

⁴ Još je Džon Stjuart Mil tvrdio da su stranke nepotreban posrednik između građana i vlade i da ograničavaju slobodu mišljenja građana (videti: Milosavljević, B. i Popović, D., *navedeno delo*, str. 253).

⁵ Sartori, Đ., *Demokratija: šta je to?*, Podgorica, 2001, str. 298.

⁶ *Isto*.

strankama (2009) propisano je da stranku mogu osnovati najmanje 10.000, a stranku nacionalne manjine najmanje 1.000 punoletnih i poslovno sposobnih domaćih državljanja. Kroz obaveznu preregistraciju uspelo se da postoji oko 70 umesto ranijih oko 600 stranaka, pri čemu parlamentarne stranke, bez obzira na svoju brojnost, nisu podlegale preregistraciji.

Najmanje regulisano pitanje i dalje je finansiranje stranaka, jer postojeći zakon o tome praktično daje mehanizam kontrole u ruke samim strankama. Novi zakon, koji se priprema, trebalo bi da ovo pitanje reši na prikladan način, prvenstveno da nametne obavezu strankama da podatke o svojim prihodima objavljuju, kao i da limitira prihode koje stižu iz budžeta i privatnih izvora. Idealno bi bilo kada bi se prihodi iz budžeta sticali tek po okončanju izbora, a ne kao sada – u momentu podnošenja kandidatskih listi. Osim sankcijama za njegovo kršenje, ovaj bi zakon postigao efekte tek kada bi bio praćen i dugim merama koje bi onemogućile prilive sredstava iz javnih preduzeća u korist stranaka i drugih neimenovanih izvora, a naročito merama protiv korupcije.

IZBORNI SISTEM

Tip izbornog sistema se retko definiše u ustavima, pa je to slučaj i sa našim Ustavom. Izborni sistem je otud u celini kreacija izbornog zakonodavstva. Za izbore narodnih poslanika i lokalne izbore prihvaćen je tip proporcionalnog izbornog sistema, s tim što je ugrađen čitav niz mehanizama koji, protivno evropskim standardima u ovoj oblasti, otvoreno favorizuju političke stranke. Primedbe na takva rešenja uputili su Venecijanska komisija, OEBS i tela Evropske unije.

Najpre, izvesne manipulacije u vezi sa biračkim spiskovima trebalo bi da budu otklonjene sa uvođenjem jedinstvenog biračkog spiska, koji će se primenjivati od narednih redovnih parlamentarnih izbora.⁷ Međutim, Republička izborna komisija (RIK) i opštinske izborne komisije sastavljene su i deluju kao politička (stranačka) tela. Javnost je nedavno saznala i za bezobzirno visoke naknade koje su isplaćivane članovima RIK, da bi potom stranke pravdale takvo stanje kao normalno. Otud niko od članova tog tela nije snosio bilo kakve posledice, a vraćanje milionskih naknada ostavljeno je njihovoj savesti (novac je vratio samo jedan član RIK-a – aktuelna ministarka pravde). RIK i opštinske izborne komisije su, prema zakonu, odgovorne za svoj rad organu koji ih imenuje (skupština), što se potpuno kosi sa idejom o njihovoj samostalnosti i nezavisnosti. To je bio

⁷ Zakon o jedinstvenom biračkom spisku (»Sl. glasnik RS«, br. 104/09).

razlog da se pripremi Zakon o državnoj izbornoj komisiji, kao državnom organu sa potrebnom nezavisnošću od političkih stranaka, ali taj zakon nije još usvojen.

Naredno ozbiljno odstupanje u korist stranačke moći jeste utvrđivanje prava stranaka da po sopstvenom izboru dodeljuju poslaničke mandate kandidatima sa liste (tzv. nevezana kandidatska lista). To je pravilo našlo mesta ne samo u Zakonu o izboru narodnih poslanika (član 84), već i u Zakonu o lokalnim izborima. S tim u vezi, kao pokazatelj rasta stranačke moći može poslužiti činjenica da je najpre (po Zakonu o lokalnim izborima od 2002. godine) strankama bilo dato pravo da dve trećine mandata odbornicima dodeljuju po svojoj odluci, a jednu trećinu mandata prema redosledu na listi. Međutim, u novom Zakonu o lokalnim izborima (2007) to pravo je u celini utvrđeno u korist stranaka. Još interesantnija je činjenica da je pre toga za lokalne izbore u dužem periodu vremena primenjivan većinski izborni sistem, koji inače više odgovara lokalnim zajednicama, jer omogućuje biračima da u malim izbornim jedinicama biraju odbornike koje poznaju i u koje imaju poverenja.

Na način finansiranja izborne kampanje se, takođe, mogu staviti brojni prigovori. On je, najpre, nedovoljno regulisan i netransparentan, omogućuje dobru zaradu svakome ko podnese kandidatsku listu bez obzira na izborni uspeh, a na kraju izbornog ciklusa se kontrola izbornih troškova vrši pod neposrednim uticajem stranaka – praktično kao samokontrola. Ključni problem do koga mogu dovesti takvi nedostaci jeste taj što se može lako dogoditi (i događa se) da izabrani ne glasaju i ne donose odluke prema interesima birača i predizbornim stranačkim obećanjima, već prema interesima svojih donatora – za javnost skrivenih finansijera izborne kampanje.

Posledice postojećeg izbornog sistema su katastrofalne. On je, najpre, direktno suprotan ustavnom načelu o neposrednosti izbora, jer birače svodi na glasače i ukida svaku vezu između birača i izabranih predstavnika. Birač daje glas listi i prepušta strankama da u njegovo ime izaberu narodnog poslanika i odbornika. Izabrani tako postaje direktno odgovoran vrhu svoje stranke, a ne biračima.

Da bi se reformisao izborni sistem, nadležno ministarstvo (za državnu upravu i lokalnu samoupravu) pripremiло je 2009. godine Nacrt zakona o izboru odbornika i uputilo ga Vladi. Međutim, koalicioni partneri su odbili i već godinu dana odbijaju da prihvate taj nacrt, najpre zato što se njime ukida pravo stranaka da po svojoj volji dodeljuju odborničke mandate kandidatima. Kako se u javnosti može čuti, glavni protivnik tog zakona je jedna od manjih koalicionih stranaka. Inače, tekst Nacrta na jedan uspešan način kombinuje proporcionalni i većinski izborni sistem, tako što omogućuje biračima da u malim izbornim jedinicama biraju po jednog odbornika, glasajući za kandidata a ne za listu. Mandati bi se raspodeljivali po proporcionalnom sistemu, a stranka ne bi imala pravo da menja

izbornu volju građana. Na istim osnovama je zamišljena izrada novog Zakona o izboru narodnih poslanika, ali za sada nema političke volje da se ta dva zakona dovrše i usvoje.

POSLANIČKI MANDATI

Moć stranke nad poslanicima učinjena je apsolutnom preko instituta blanko ostavke. Pravilo po kome je stranka a ne poslanik vlasnik mandata uvedeno je u Srbiji prvi put u vreme vladavine Socijalističke partije Srbije, kako bi se sprečila trgovina mandatima. Ni nove vlasti nisu bile protiv tog pravila, one su čak i posle odluke Ustavnog suda od 2003. godine (kojom je bilo utvrđeno da mandati pripadaju poslanicima) nastavile da se ponašaju na isti način. Ta je praksa sankcionisana Ustavom od 2006. godine, prema kome mandat pripada poslaniku, ali mu se daje tobož sloboda da stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran (stav 2. člana 102). Poslanici po tome nisu predstavnici naroda – čitavog biračkog tela, već isključivo svojih stranaka, koje tako preotimaju suverenitet od građana. Izlazi da u Narodnoj skupštini nisu predstavljeni birači, već stranke i da one odlučuju o opštem dobru. Dalje, očigledno je da u Narodnoj skupštini postoji samo onoliki broj volja koliki je broj stranaka, pa se postavlja logično pitanje čemu onda plaćati 250 poslanika?⁸ Isto pravilo o vlasništvu stranaka nad mandatom bilo je zatim prošireno Zakonom o lokalnim izborima (2007) na odbornike. Pošto to pravilo u odnosu na odbornike ne sadrži Ustav, sporna odredna navedenog zakona je odlukom Ustavnog suda nedavno oglašena neustavnom i utvrđeno je da mandati pripadaju odbornicima. Međutim, u vreme pisanja ovog teksta ta odluka Ustavnog suda nije sprovedena u najvećem broju opština i gradova.

Pitanje o vlasništvu nad poslaničkim mandatom ima šire posledice na koje вреди ukratko ukazati. Naime, u vreme postanka predstavničke demokratije, pod uticajem ideja Ž.Ž. Rusoa, smatralo se da je izabрани predstavnik prenosilac volje naroda kao titulara suverenosti i da je dužan postupati po uputstvima svojih birača (teorija o imperativnom mandatu ili delegatski model predstavljanja). Predstavnička demokratije je, međutim, teško pomirljiva sa idejom imperativnog mandata, pa je ubrzo bio prihvaćen jedan drugi stav – stav o slobodnom mandatu

⁸ Faktički, Narodna skupština bi mogla da funkcioniše na isti način i kada bi u njoj bio samo po jedan predstavnik svake parlamentarne političke stranke, čiji bi glas vredeo srazmerno osvojenom broju glasova stranke na izborima. Mada bi se ovim putem stvar dovela do apsurdna, možemo se zapitati nije li upravo tako.

izabраниh predstavnika. Oni ne mogu primati obavezna uputstva od svojih birača, a kada glasaju čine to u ime čitavog naroda.⁹ Taj stav su izričito prihvatili i srpski ustavi u 19. veku počev od 1869. godine (tzv. Namesnički ustav), kao i mnogi moderni ustavi.¹⁰

Teorijska objašnjenja predstavljanja, koja su se razvila na temelju prihvatanja stava o slobodnom mandatu, uglavnom se kreću oko sledećih stavova: *stara-teljski model* (E. Berk i Dž. S. Mil), po kome obrazovani i mudri reprezentuju opšti interes u korist svih; *elitistički model* (V. Pareto, Č. R. Mils, R. Dal, R. Mi-hels), po kome izbori dovode do selekcije najboljih, odnosno da društvo treba da predvodi elita; *mandatski ili ugovorni model*, po kome stranka koje odnese pobe-du na izborima u dvostranačkom sistemu treba da vlada saglasno predizbornim obećanjima; *model reprezentovanja segmenata društva*, po kome parlament treba da reprezentuje sve grupe i delove društva i da zastupa njihov interese.¹¹ Ni jedno od teorijskih objašnjenje predstavljanja nije, međutim, takvo da nudi ubedljiv odgovor. Moderna predstavnička demokratija daje biračima priliku da odluče ko će da vlada, a mnogo manje kako će da se vlada. Vladavina treba da se odvija u skladu sa javnim mnjenjem – mišljenjem građana o javnim interesima (res publica).¹²

Pošto izabrani predstavnik nije vezan stavovima i uputstvima birača, već predstavlja čitav narod i glasa po svojoj savesti, odnosno prema stavovima građana o javnim interesima, postavlja se pitanje zbog čega je naš Ustav našao za shodno da se vrati novoj vrsti imperativnog mandata? Jer, stranke kod nas imaju pravo da oduzmu mandat poslaniku koji ne glasa po nalogima svoje stranke ili koji napusti svoju stranku, a to je samo novi oblik prakse s kraja 18. i početka 19. veka (ne računajući naš eksperiment sa delegatskim sistemom), s tim što je osnova mandata sužena – umesto biračima, pravo davanja obaveznih uputstava i opoziva poslanika pripada strankama.

⁹ Najranija formulacija te ideje pripisuje se Edmundu Berku (1727–1797), engleskom političaru i teoretičaru, koji je svojim biračima u Bristolu rekao 1774. godine da parlament ne može biti kongres različitih i neprijateljskih interesa koje zastupaju predstavnici kao advokati i agenti birača, već da mora biti deliberativna skupština jedne nacije sa jednim interesom – interesom celine, jer ga ne vode lokalni ciljevi i interesi, nego opšte dobro.

¹⁰ «Poslanici u nemačkom Saveznom veću ... su predstavnici celog nemačkog naroda, nisu vezani nikakvim nalogima i uputstvima a vezani su samo sopstvenom savešću» (član 38. stav 1. Osnovnog zakona SRN od 1949. godine).

¹¹ Videti: Milosavljević, B., *Teorija ustavnog prava*, Predavanja u školskoj 2009/2010. godini (skripta), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 68–74.

¹² Tako zaključuju N. Bobio (*Budućnost demokratije*, Beograd, 1990, str. 46) i Đ. Sartori (*navedeno delo*, str. 122–128).

Ukratko, s jedne strane, nije nelegitimno očekivanje stranke »na osnovu čije platforme i podrške je poslanik izabran« da podržava program stranke u parlamentu, ali se, na drugoj strani, mora uvažiti »individualna odgovornost poslanika da brane interese svojih birača i da se javno izjašnjavaju protiv politike za koju veruju da je pogrešna ili štetna, čak i kada takvu politiku promovise sama njihova stranka«. ¹³ Ako se poslanik zbog toga isključi iz stranke, on ne treba da gubi poslanički mandat, ali ne sme formirati novu poslaničku grupu ili se priključiti nekoj od postojećih. ¹⁴ Što se tiče »preletača« i mogućnosti trgovine mandatima, smatra se, barem u krugu Asocijacije parlamenta zemalja Komonvelta, da poslanik zbog toga ne treba da izgubi mandat, ali da je potrebno uvesti mere koje bi onemogućile korupciju na ovom polju, pre svega u vidu zabrane priključenja postojećim poslaničkim grupama ili osnivanja nove. ¹⁵

U svojim mišljenjima o izbornim zakonima ¹⁶ i o Ustavu Srbije ¹⁷, Venecijanska komisija je izričito preporučila »da se stavi izvan zakona postojeća praksa da političke stranke mogu da odrede nakon izbora lica koja smatraju da su izabrana sa njihovih lista« kao nesaglasna evropskim standardima, a u pogledu stava 2. člana 102. Ustava istakla sledeće:

»Čini se da je namera da se poslanik veže za stranku po svim pitanjima i uvek, Ovo je ozbiljno kršenje slobode poslanika na izražavanje svojih pogleda o valjanosti predloga ili radnje. Time se koncentriše preterana vlast u rukama partijskog vođstva. Ovo je još više zabrinjavajuće usled preterane uloge Narodne skupštine u imenovanjima na funkcije u pravosuđu uopšte, a posebno u postupku reizbora svih sudija predviđenom Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava. Time se pojačava rizik od stvaranja pravosudnog sistema u kome su sve funkcije podeljene između političkih stranaka.«

Pošto je ovde sve jasno, ostaje samo da se konstatuje da je neminovnost ustavne revizije više nego izvesna, ukoliko se želi da se preterana moć stranaka svede u razumne i prihvatljive okvire.

¹³ *Parlament i demokratija u dvadeset prvom veku: vodič za dobru praksu*, Interparlamentarna unija, Beograd, 2008, str. 39.

¹⁴ *Ibid.*, str. 39–40.

¹⁵ *Ibid.*, p. 41.

¹⁶ Zajedničke preporuke Venecijanske komisije i OEBS/ODIHR o zakonima o parlamentarnim, predsedničkim i lokalnim izborima i izbornim organima u Republici Srbiji, CDL–AD(2006)013.

¹⁷ Mišljenje Venecijanske komisije o Ustavu Srbije, CDL–AD(2007)004.

USTAVNA REŠENJA O UREĐENJU VLASTI

Pored promene člana 102. stav 2. Ustava, ustavnom revizijom bi najpre trebalo unaprediti rešenja o Narodnoj skupštini, Vladi i sudovima. Zbilja nema nikavih razumnih razloga da srpski parlament bude toliko brojan i u tom pogledu treba podržati svojevremeno datu (i već duže vremena potisnutu u drugi plan) inicijativu predsednika Republike. Kada se radi o Vladi, mislim da zaslužuje pažnju razmatranje ideje o uvođenju nestranačke vlade (francuski model), imesto poslaničke vlade (engelski model). Odredbe Ustava o sudovima, kao što je već ukazano u mišljenju Venecijanske komisije i kao što je belodano pokazao reizbor sudija, svakako treba menjati u smeru obezbeđenja sudijske nezavisnosti. Pristalica sam i ideje o institucionalizovanju kontrole ombudsmana nad radom sudova, u delu poslova sudske uprave i sudskog postupka (radi se o novijoj praksi niza zemalja, među kojima su Velika Britanija, Francuska, Češka, Slovačka, Slovenija i Cma Gora, kao i o starijoj praksi Švedske i Finske).

Proces ustavne revizije bi, po svemu sudeći, morao da obuhvati i nimalo jednostavno i višeznačno pitanje vertikalne podele vlasti, odnosno dalje decentralizacije i eventualne regionalizacije Srbije. To pitanje, sa svoje strane, moglo bi da doprinese umanjenju moći političkih stranaka ukoliko dobije adekvatna rešenja.

NEZAVISNE NADZORNE INSTITUCIJE

Dugi put do uvođenja nezavisnih nadzornih institucija i stvaranja uslova za početak njihovog funkcionisanja, a zatim i konstantno stvaranje smetnji njihovom radu, možda najbolje od svih do sada iznetih primera ilustruje moć političkih stranaka u Srbiji i njihovo zaziranje od kontrole. Srbija je poslednja u regionu pristupila uvođenju ombudsmana (zaštitnika građana) i znatno kasnila sa uvođenjem drugih nezavisnih institucija (Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Državna revizorska institucija, Odbor za rešavanje o sukobu interesa, Uprava za javne nabavke i komisija za zaštitu prava, Agencija za borbu protiv korupcije, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti). Zatim se otezalo sa izborom nosilaca funkcija u tim institucijama i naročito sa realizacijom obaveza Vlade u pogledu obezbeđenja prostornih i drugih uslova za početak njihovog rada.

Na primer, Zakon o zaštitniku građana donet je 2005. godine, prvi nosilac funkcije Zaštitnika građana izabran je tek krajem juna meseca 2007. godine, njegova stručna služba je počela sa radom krajem decembra te godine (zbog nedos-

tatka prostora), dok su zamenici Zaštitnika građana izabrani početkom oktobra 2008. godine. Adekvatan poslovni prostor obezbeđen je tek početkom 2010. godine.

Na osnovu ponašanja Narodne skupštine i Vlade, može se zaključiti da vlast, tačnije stranke koje vrše vlast, pristaju na nezavisne nadzorne institucije ne zbog toga što veruju u potrebu njihovog postojanja, već zato što je osnivanje takvih institucija sastavni deo procesa usklađivanja domaćeg sistema sa evropskim standardima i što postoji pritisak civilnog društva da se one konačno osnuju.

Kada se nezavisne nadzorne institucije konačno osnuju i počnu da rade, nailaze na stalne pokušaje osporavanja njihovih rezultata rada i otvoreno ugrožavanje njihove samostalnosti i nezavisnosti. Primera za to ima napretek i oni se kreću od direktnih i indirektnih medijskih napada na nezavisne institucije, pa do zakonskog intervenisanja koje dezavuiše ulogu institucija ili otvoreno ugrožava mogućnosti za kontrolu. Pomenut je već primer izmena Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, a takvih primera ima još.

Među tim primerima je i donošenje novog Poslovnika Narodne skupštine (28. jula 2010. godine), u kome se otvoreno narušava samostalnost i nezavisnost svih ovih institucija. Naime, članovima 237. do 240. Poslovnika uređuje se postupak za vršenje nadzora nad radom državnih organa, organizacija i tela na sednicama nadležnih odbora i Narodne skupštine. Među tim organima, organizacijama i telima nalaze se i nezavisne nadzorne institucije, uključujući i Zaštitnika građana. On je prema Ustavu (član 99. stav 2. tačka 5) pod nadzorom Narodne skupštine i odgovara joj za svoj rad (član 138. stav 4), kao i izveštava je o svom radu (član 2. stav 3. Zakona o zaštitniku građana). Istovremeno, on je Ustavom definisan kao nezavisan državni organ. Međutim, Poslovníkom se utvrđuje pravo nadležnog odbora da od Zaštitnika građana traži posebne izveštaje, da preduzme odgovarajuće mere i da utvrdi da se funkcija ne ostvaruje u skladu sa zakonom, uz pokretanje postupka za razrešenje.

Venecijanska komisija je u svom mišljenju o Ustavu Srbije iznela primedbu na propisivanje odgovornosti Zaštitnika građana pred Narodnom skupštinom i prava Narodne skupštine da nadzire njegov rad. Takva rešenja nisu u skladu sa neophodnošću obezbeđenja nezavisnosti u radu Zaštitnika građana i uporedna praksa ih ne poznaje. Poslovníkom je, međutim, ispoljena jasna težnja stranaka na vlasti da Zaštitnika građana i druge nezavisne institucije stave pod punu svoju kontrolu i da njihov položaj učine zavisnim od svoje volje. Taj napad na nezavisne nadzorne institucije ruši osnovne pojmove o nezavisnom spoljašnjem nadzoru, kao jednoj od osvedočenih potreba svakog demokratskog društva. Prosto je nemoguće da političke stranke koje su glasale za usvajanje novog Poslovnika nisu to znale, kao što je neverovanta i količina njihovog nemara za elementarne obzire

prema potrebama srpskog društva i prema evropskim standardima kojima, izgleda više na rečima nego na delu, streme.

UČEŠĆE GRAĐANA U VRŠENJU VLASTI

Postojeće zakonsko uređenje je jedan od veoma vidljivih ostataka prethodnog autoritarnog režima. Zakon o referendumu i narodnoj inicijativi od 1994. godine je gotovo neskriveno usmeren protiv ustavnog prava građana da podnose narodne inicijative i zahtevaju održavanje referenduma na kome će slobodno odlučivati o najvažnijim pitanjima. Na primer, rok za prikupljanje zahtevanog broja potpisa birača za narodnu inicijativu i raspisivanje referenduma iznosi svega sedam dana, a ceo taj proces je pod kontrolom organa unutrašnjih poslova.

Novi Ustav je zajemčio referendum i narodnu inicijativu kao značajne oblike neposrednog učešća građana u vršenju vlasti (oblici neposredne demokratije). Obezbedio je i preciznije regulisanje ustavotvorne i zakonodavne inicijative, utvrdio slučajeve obaveznog i fakultativnog referenduma, kao i krug pitanja o kojima se može odlučivati na referendumu. I u Zakonu o lokalnoj samoupravi je oblicima neposredne demokratije dato odgovarajuće mesto. Potreba donošenja novog zakona o referendumu i narodnoj inicijativi, odnosno usaglašavanja postojećeg zakona sa Ustavom je očigledna. Zbog toga se u nadležnom ministarstvu (za državnu upravu i lokalnu samoupravu) tokom 2009. godine pristupilo izradi Nacrta zakona o referendumu i narodnoj inicijativi. Na tekst Nacrta dala je početkom 2010. godine mišljenje Venecijanska komisija.¹⁸ To je mišljenje u osnovi pozitivno, a manje primedbe na tekst Nacrta otklonjene su u zajedničkom radu radne grupe nadležnog ministarstva i članova Venecijanske komisije.

Jačanjem građanskog učešća u vršenju vlasti moguće je u izvesnoj meri ograničiti moć političkih stranaka. To utoliko pre ukoliko se narodnoj inicijativi i referendumu pristupa sa svim onim obzirima koje ovi, vanredno osetljivi instrumenti, zahtevaju. Za njihovu korektnu primenu, osim solidnog zakonskog uređenja, posebno je važno da se onemoguće navijačka uplitanja političkih stranaka u kampanju i finansiranje kampanje iz javnih prihoda.

Praksa zemalja u kojima se referendum i narodna inicijativa primenjuju često i sa uspehom jasno pokazuje da građani putem ovih instrumenata mogu korigovati poteze vlasti koji nisu u interesu građana i na taj način otkloniti neke od slabosti predstavničke demokratije. To važi kako za lokalni, tako i za nacionalni nivo odlučivanja.

¹⁸ Mišljenje o Nacrtu zakona o referendumu i narodnoj inicijativi Srbije, CDL-AD(2010) 006.

REALNOST SPROVOĐENJA REFORME POLITIČKOG SISTEMA

Naznačene i druge mere koje treba preduzeti u okviru reforme političkog sistema imaju za cilj da stvore funkcionalniji, racionalniji i u svakom drugom pogledu adekvatniji politički sistem u kome bi moć političkih stranaka bila umanjena, odnosno svedena na prihvatljivu meru. Međutim, odluke o takvim reformskim merama treba da usvoje upravo političke stranke, konkretnije one od njih koje čine parlamentarnu većinu.

Početni reformski zamah i entuzijizam, koji su postojali od oktobra 2000. do marta 2003. godine, očigledno su nestali. Nove vlasti su se od tada učvrstile na pozicijama i postale uočljivo nezainteresovane za reforme. Za njihovo protivljenje donošenju odluka o reformi političkog sistema koje pretpostavljaju narušavanje njihovog privilegovanog položaja koristi se sada, kao uobičajen i ulepšan iskaz, onaj poznati »nedostatak političke volje«. Pitanje je, dakle, kako obezbediti političku volju za donošenje odluka o reformi političkog sistema.

Odgovori na to pitanje nisu nepoznati. Političke snage koje se protive nužnim reformama odlaze, pre ili kasnije, sa vlasti, a umesto njih dolaze one snage koje su spremne da pristupe reformama. Propuštene šanse za reforme, po pravilu, dovode do gubitka ugleda stranaka na vlasti u biračkom telu, ali najčešće to isto biračko telo (narod) plaća punu cenu zbog odlaganja reforme.

Pritisak civilnog društva i međunarodnih institucija, naročito Evropske unije i Saveta Evrope, kao i međunarodnih donatora i kreditora, predstavljao je u slučaju većine tranzicionih zemalja snažan motivacioni faktor i delovao kao istinski pokretač reformi.

BOGOLJUB MILOSAVLJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
UNION University, Belgrade

REFORM OF THE POLITICAL SYSTEM: A PREREQUISITE FOR ENDING THE PARTYCRACY IN SERBIA

Summary

The author states that the full rule of the political parties is effectuated in Serbia, because all important institutions and authority levers are directly or indirectly subordinated to political parties

so that in such a way they serve in realization of their political interests. This situation is contrary to the Constitution which regulates that the political parties can not exercise power directly. The negative consequences of this situation are obvious at every step – from being slow in democratization and economic development, to the spread systemic corruption and implosion of the rule of law.

In order to overcome this situation, the present initiatives and suggestions are considered; as well the new ideas for the reforms in the field of political system, including the way of financing the parties. In the domain of electoral laws there is a need to adopt new laws on state electoral commission, on election of the members of parliament and on local elections. The existing Republic Electoral Commission is under control of political parties, and electoral system is tailored in a way that the parties are given the crucial role in determination of the candidates who will get the mandate of MP. The ownership of political parties over the mandate of MPs, which the Constitution enables specifying the "blanco resignations", is completely not viable and must be changed in order that members of parliament have the ownership over their mandate. The ideas on strengthening of the positions of independent control institutions, as well strengthening of citizen participation in exercising power are presented in the remaining two groups of suggestions. The author concludes that the changes in political system are necessary, including the whole civil society which should take an active role in favor of the power control of political parties. In this we will also profit from the help of international institutions, especially the Council of Europe and EU.

SRĐAN ĐORĐEVIĆ

ODNOS IZMEĐU USTAVA SRBIJE I "KOSOVSKOG" USTAVA

*»Nijedan narod ne može se spasiti sam
odvajajući se od drugih. Ili se spasavajmo
zajedno ili zajedno propadnimo«.*

Tagore

U V O D

Komparacijsko razmatranje ustava nas može suočiti i sa izazovom teško rešivih pitanja, kao što je neoubičajeni problem međusobne isključivosti dva ustava. Kolizija pravila ustavotvornih vlasti, različitih po teritorijalnom domenu, na prvi pogled, dovodi do apsurdne situacije, pa se možemo zapitati da li je u koherentnoj sistematici međudržavnih ustavnih karata uopšte moguće zamisliti takvu situaciju. No, intenzivan i dinamičan razvoj savremene državne formule, a posebno na prostorima ispunjenim tranzicionim procesima, suspenduje apsurdne transformišući ih u okvire mogućih (iako teško predvidivih) događaja u sferi ustava. Kada realpolitički život nabuja, preliva se u sistem pravnih pravila, kako bi događaji mogli biti privedeni pravu i da se ne bi desilo da se odvijaju nekontrolisano. Kao što se ustav u teoriji shvata i kao akt sa funkcijom delotvornog ograničenja državne vlasti, tako mu i na globalnoj pravnoj mapi pripada posebno mesto međusobnog ograničavanja država. Smisao ustava u svetskim okvirima je-

Dr Srđan Đorđević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

ste da on bude u funkciji označavanja dovršenog procesa konstituisanja države i njene vlasti, te se njime šalje jasna pravna poruka jedne države svim drugim državama i međunarodnoj zajednici o njenom stabilnom postojanju.

Ustavno međudržavno razgraničenje podrazumeva da je utvrđena bitna demarkaciona linija po pitanju sva tri elementa koji konstituišu državu, a oni su, gotovo neraskidivo, objedinjeni kroz teorijsko-praktičnu formulu »država = stanovništvo + vlast + teritorija«.

Analiza dva ustavna teksta bi mogla da nas pogrešno dovede do zaključka o međusobnom ignorisanju njihovih tvoraca. Međutim, da li je baš tako?

Objašnjavajući otkud izraz »ustavni inženjering« u naslovu istoimene knjige, Giovanni Sartori upoređuje ustave sa mašinama ili mehanizmima, koji moraju da funkcionišu i da daju rezultate. Ova poruka je ideja da svaki pojedinačni ustavni poredak izvire iz moćne institucije – ustava, pa je neophodno prvo izvršno ovladati njegovim tekstom. Ništa drugačije nije ni kada je reč o komparativnom ustavnom pravu, koje dobija na sopstvenoj atraktivnosti onda kada se analiziraju dva ustavna teksta koji su u koliziji, kao što je to slučaj sa Ustavom Republike Srbije i Ustavom Republike Kosovo. Međutim, stepen nepomirljivosti između ova dva ustava ne sme biti plod paušalnih ocena, jer često ono što jeste politički očigledno, nije istovremeno na takav način stručno i naučno okvalifikovano. Svakako da je težak zadatak hipoteza po kojoj je moguće da srpski i kosovski ustav koegzistiraju, ali nju ne treba *a priori* odbaciti. Jer, ustavi su uvek rezultat delovanja ustavotvorne vlasti, pa je tako i u slučaju balkanskih država, koje pretenduju da se integrišu u EU, uz istovremeno isticanje potpunog prihvatanja međunarodnih standarda u unutrašnjim pravnim porecima. Tim povodom u radu se ukazuje da, osim konfrontiranosti, postoji i dosta relevantnih sličnosti između tekstova ova dva ustava, pa objektivno pravničko oko mora uzeti u obzir sve činjenice, koje su od značaja za konačan i valjan zaključak. Ovaj rad se i bavi problemom ustavotvoraca ustava, kao i temeljnim idejama na kojima su zasnovani. Prvo se analiza viši pojedinačno, a nakon toga komparativno, dok zaključak predstavlja izraz sintetizovane formulacije da je moguće pažljivim ustavnim inženjeringom kreirati rešenja kojima će se sniziti nivo konfrontacije srpskog i kosovskog ustava i uspostaviti odnos njihovog međusobnog razumevanja.

Srpsko-kosovski primer, koji je obeležio atipičnu formulu zbivanja na balkanskoj ustavnoj mapi predstavlja materijal podesan da bude predmet naučnog i stručnog istraživanja. Teritorija opterećena neprijatnom prošalošću i veoma ozbiljnom stvarnošću inspirativno podseća da potraga unutar moderne ustavnosti neprekidno provocira da joj posvećujemo dužnu intelektualnu pažnju. A sirova racionalna slika u predmetnom slučaju ovog članka stvara, reklo bi se, jednostavnu predstavu o realfaktičkoj egzistenciji dva ustavna poretka u svojevrsnoj koli-

ziji: onog koji izvire iz Ustava Republike Srbije i onog koji izvire iz Ustava Republike Kosovo.

Principijelna razlika, koja se neposredno zapaža prilikom razmatranja ova dva dokumenta, svodi se na sledeće.

Ustav Republike Srbije je ustav samostalne i nezavisne države, nastao kao izraz dvovekovne tradicije moderne državnosti i ustavnosti na njenom prostoru.

Ustav Republike Kosovo je ustav poludržave, koja je u pravnom formiranju. Ustavotvorac koji je proizveo ovaj ustavni akt je mešovitog tipa, pa ga čine, kompromisom usaglašena, međunarodna vlast i vlast formirana na teritoriji Kosova.

U formalno-ustavnom smislu, za Srbiju se može reći da je njena vlast sa kapacitetom državne suverenosti, a za Kosovo da je reč o polusuverenoj državi.

Ali, nakon isticanja ovih spolja prepoznatljivih obeležja ove dve tvorevine, potrebno je izvršiti i dublju teorijsku analizu njihovih oblika, a sve u cilju utvrđivanja objektivne istine koja je cilj i motiv bavljenja naučno-istraživačkom delatnošću. Zato će se sada posvetiti odgovarajuća pažnja ustavno relevantnim činjenicama, kako bi se moglo pristupiti prihvatljivim zaključcima.

SRBIJA

Ustavotvorna vlast

Ustav Republike Srbije je donela Narodna skupština Republike Srbije po proceduri za donošenje novog ustava, koja je propisana prethodnim Ustavom iz 1990. godine. Tvorac tih pravila ustavne revizije je prethodna ustavotvorna vlast, koja je sporna sa stanovišta demokratskog legitimiteta, s obzirom da je ona formirana u okvirima nedemokratskog, jednopartijskog komunističkog političkog režima. Zato je kontinuitet u postupku donošenja novog srpskog Ustava iz 2006. godine provučen naslednom linijom, koja je opterećena nedemokratskom prošlošću. Naime, Ustav Republike Srbije iz 1990. godine po čijim je pravilima donet Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, usvojila je Skupština Socijalističke Republike Srbije, koja je, kao specifičan organ skupštinskog sistema organizacije državne vlasti konstituisana u periodu nakon komunističke revolucije koja je u Srbiji izvedena po okončanju II svetskog rata.

I to nije jedina slaba tačka procesa donošenja novog Ustava Srbije, jer treba istaći i sledeće negativne faktore: nije postojala javna rasprava; narodni poslanici su dobili tekst predloga Ustava pre podne, a o njemu glasali po podne istog dana;

referendum je trajao dva dana, čemu je prethodila specifična kampanja; u birački spisak nisu bili uključeni Albanci sa Kosova.

Odsustvo javne rasprave povodom novih ustavnih rešenja je pokazatelj nepoštovanja javnog mnjenja, koje nije bilo saučesnik ustavotvornog procesa, pa se može reći da je sektor civilnog društva bio isključen iz mogućnosti delatnog uticaja na tok tog procesa. Kreatori novog ustavnog projekta koji nije realizovan u transparentnoj formi, bile su malobrojne partijske elite izražene kroz, takođe malobrojno, parlamentarno telo koje je jedino bilo upoznato sa sadržinom rešenja novog ustava. Zato se može smatrati opravdanim stav dela stručne i političke javnosti koja je ovaj Ustav prozvala »Koštuničinim« Ustavom. (V. Koštunica je bio predsednik srpske Vlade koja je zvanično predložila donošenje novog ustava).

Srpski parlament koji je usvojio novi Ustav je takođe bio sporan sa stanovišta legitimiteta i izvornog građanskog suvereniteta, jer je i taj parlamentarni saziv obeležavao problem sa poslaničkim mandatima koji su tada, u suštini, bili neslobodni, tj. podređeni partijskim rukovodstvima.¹ Međutim, pravi tvorci novog Ustava očito nisu imali poverenja ni u takav saziv Narodne skupštine, pa su njenim poslanicima dostavili predlog novog Ustava u 10 sati 28. oktobra 2006. godine. Ako bi se i prihvatilo da su ti poslanici istinski reprezenti naroda, to bi značilo da je narodu serviran predlog novog Ustava u vremenskom intervalu koji je isuviše kratak da bi se bilo ko mogao ozbiljno upoznati sa sadržinom njegovog teksta kao preduslovom ozbiljnog odlučivanja »za« ili »protiv«.

Referendum je, kao sastavni deo postupka donošenja novog ustava, trajao dva dana, što je, samo po sebi, predstavljalo znak da njegovi organizatori nisu bili sigurni u njegov uspeh. Birači su bili animirani paničnim porukama iz referendumske kampanje tipa: »Bez novog Ustava – Srbija gubi Kosovo«. Referendumsko, ustavotvorno telo je sporno upravo sa stanovišta odsutnosti građana koji čine dominantnu većinu stanovništva na području Kosova i Metohije.

Osim prethodno istaknutih prigovora na račun procedure donošenja novog Ustava, ističu se i par osnovnih interesantnih tačaka u njegovom tekstu, a koje se tiču upravo problematike Kosova, kako bismo ih mogli uporediti sa rešenjima kosovskog Ustava.

Preambula

Uvažavajući način iskaza sadržine »uvoda u Ustav Republike Srbije od 2006. godine« nećemo pogrešiti ukoliko zapazimo politički naglašenu poruku, ali uz pokušaj da joj se da i obeležje pravne normativnosti. Preambula bi trebalo da

¹ Novi Ustav je ovakvo stanje »ozakonio« propisivanjem da mandati poslanika pripadaju političkim partijama.

poseduje sposobnost identifikacije podrazumevajućih osećanja koja su prisutna u narodnosnom tkivu, onaj bitan ideološko-politički kompleks i istorijski motiv koji je kao snažna klica i doveo do moći određene zajednice ljudi da produkuju državu, a samim tim i ustav. Zato se od preambule očekuje da izrazi duboko sakrivenu svest u narodu i građanskoj zajednici o ukorenjenoj privrženosti vrednostima i ciljevima koji su protkani kroz prošlost, sadašnjost i budućnost. Stoga nije slučajno što se u okvirima literature koja detaljnije proučava strukturu ustava, ističe i njena dimenzija tzv. vremenske spona ili »funkcije mosta u vremenu«. ² (Da želja iskazana u preambuli ne mora predstavljati samo nedostižni ideal, potvrđuje nam i preambula nemačkog Osnovnog zakona (Ustava) koja je padom Berlinskog zida i ponovnim nastankom jedne jedinstvene SR Nemačke i ostvarena.) ³

Povodom Kosova i Metohije, akcenat pažnje je stavljen na potvrđi čvrstog stava o ovoj pokrajini kao sastavnom delu republičke teritorije, stava o pokrajini koja ima položaj suštinske autonomije u okviru suverene države Srbije. Uvažavajući specifičnosti postojećeg statusa Kosova i Metohije, prvoprezentirani stav se nalazi u svetlu formalne proklamacije, s obzirom na očigledan raskorak sa društvenom stvarnošću. U tom smislu, isticanje činjenice da je Kosovo i Metohija sastavni deo teritorije Srbije ne odslikava faktičku realnost. No, s druge strane, valja zapaziti da je ustavopisac najverovatnije smisljeno izbegao jasno isticanje drugih elemenata države, osim teritorije. Naznaka suštinske autonomije Kosova i Metohije u okviru suverene države Srbije može predstavljati i diskutabilnu dvosmislenost. R. Marković tako smatra da se pravno »ne može pravdati upotreba izraza »suštinska autonomija«, koji nema određeno značenje... Jer, suštinska autonomija, to može biti isto što i suverenost, to je vrhovna, neograničena vlast, samostalnost«. ⁴ (Čini se interesantnim na ovom mestu podsetiti i da je tačkom 10. Rezolucije Saveta bezbednosti Ujedinjenih Nacija 1244 takođe propisano da će »narod Kosova moći da uživa suštinsku autonomiju«. ⁵) Ovaj deo preambule je bio predmet interesovanja i Venecijanske komisije, koja je zapazila raskorak između preambularne proklamacije suštinske autonomije Kosova i ustavnog normiranja iste problematike, s obzirom da je propisana mogućnost da se zakonom ograniči pokrajinska autonomija. ⁶ Shodno Rezoluciji 1244 Saveta bezbednosti

² P. Haberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002, str. 185.

³ »Time ovaj Osnovni zakon važi za celi nemački narod«. *Osnovni zakon SR Nemačke*, prevela Z. Tomić, Beograd, 2005.

⁴ R. Marković, *Ustav Republike Srbije*, IPD JUSTINIJAN, Beograd, 2006, str. 14–15.

⁵ Imajući u vidu da je u tom periodu još uvek postojala Savezna Republika Jugoslavija, podrazumevalo se da je reč o suštinskoj autonomiji unutar SRJ.

⁶ Mišljenje Venecijanske komisije br. 405–2006 od 19. 3. 2007.

Ujedinjenih Nacija, Kosovo i Metohija zaista i ima kapacitet suštinske autonomije u odnosu na poredak međunarodne zajednice, uz svojevrsnu patronažu protektorskog tipa, ali ima i suštinsku samostalnost u odnosu na Republiku Srbiju. Zato je i vrlo teško pomiriti i dovesti u sklad ovaj princip sa principom unutrašnje državne suverenosti Republike Srbije.

Zato se za ovaj deo preambule može reći da predstavlja i određeni politički projekat, politički cilj, državno-nacionalni naum, nameru društvene zajednice koja stoji iza ovakvih planova. U sličnom kontekstu treba tumačiti i poslednji čin ove deklaracije, s tim što je u njemu naglašena »ustavna obaveza«, što je već izraz koji zvuči normativno. Naravno, to će zavisiti od celine odredaba koje treba dovesti u odgovarajuću normativnu koneksiju naročito sa ovim delom preambule. S druge strane, o valjanosti karaktera pravne obaveznosti citirane poruke, sudice i sama praksa. Osobenu ustavno-pravnu i političku snagu te ustavne obaveze kreiraju i sami adresati kojima je upućena, a to su »svi državni organi« u postupku primene Ustava i realizacije državno-pravnog, političkog, ekonomskog, kulturnog, društvenog poretka. Nije do kraja izvedena misao u pogledu određenja državnih interesa Srbije na Kosovu i Metohiji, pa je to prostor koji će u budućnosti biti veoma elastičan za njegovo osmišljavanje od strane legitimisane državne vlasti za odlučivanje i vođenje unutrašnje i spoljne politike.

Ostaje opšti utisak o ozbiljnosti ovakvog teksta preambule; u njemu nema ni pomena o opredeljenosti političkog društva Srbije ka evropskim i međunarodnim integracijama; o orijentisanosti ka vrednostima mira, multikulturalnosti; doslednog poštovanja civilizacijskih dometa u oblasti ljudskih sloboda i prava i tome slično.

Nominalnost ustavnih odredbi o Kosovu i Metohiji

Za razliku od drugih država u okruženju, Srbija se mora svrstati u red onih država sa još uvek neokončanim vitalnim pitanjima sopstvenog uređenja. Ustavna nekonzistentnost rešenja kosovskog slučaja će sve više nominalnost odredbi srpskog Ustava (kojima se reguliše ovaj segment teritorijalnog uređenja) pretvarati u provokaciju državnoj suverenosti Srbije. U onoj meri u kojoj unutrašnji ustavni poredak države nema moć da suvereno uredi materiju koja tangira i širi međunarodni poredak, treba očekivati reakciju međunarodnog poretka. I kada je bio donošen, »mitrovdanski« Ustav je bio diplomatski instrumentalizovan u funkciji realizacije političke taktike ondašnje Vlade Republike Srbije, koja je bila i najaktivniji činilac u ustavotvornom postupku. Ključna tačka te instrumentali-

zacije se ogleda upravo u ustavnim odredbama, kojima je regulisana pozicija Kosova i Metohije u državno-pravnom poretku Srbije, čime je učinjena i tvrda prezentacija zvaničnog državnog stava tim povodom. Verovatno je ustavotvorac pretpostavio da je nastupio jedan od onih »nezaboravnih ustavnih momenata koji su u kolektivnom pamćenju povezani sa značajnim promenama ustavnog poretka«. ⁷

Time je srpski Ustav uplovio u nemirne vode zavisnosti od međusobnih odnosa između unutrašnjeg i međunarodnog poretka. ⁸ Konačno rešenje pravno-političkog spora između Srbije i specifične tvorevine nedovršene kosovske države neminovno će biti pronađeno u trenutku sticaja određenih unutrašnjih i međunarodnih političkih okolnosti. Do tada, deo srpskih ustavnih rešenja će, osim nominalnosti, biti obeležen i njihovom privremenošću, što je već dovoljan razlog za nove revizije promisli. Za takvom ustavnom perspektivom Srbije verovatno da ne bi bilo potrebe, da su »mitrovdanski« ustavotvorci i njihovi pisci mudrije pristupili svom poslu, upotrebom fleksibilnijih i elastičnijih formulacija prilikom kreiranja rešenja ovog dela ustavne materije. Ovako, Srbiji preostaje da se u predstojećem periodu bori i sa problemom očuvanja unutrašnje ustavne suverenosti, koja će biti degradirana, ukoliko nova ustavne revizija bude posledica međunarodnog pritiska. Time se Srbija ozbiljno približava krugu država sa još uvek nezaokruženom celinom državnog sistema, u kojem na prostorima Balkana prednjači protektorska tvorevina – Bosna i Hercegovina. Na sličan primer nailazimo i u srpskoj ustavnoj istoriji, u slučaju formiranja državne zajednice Srbija i Crna Gora, kada je prisustvo međunarodne zajednice u procesu konstituisanja ove zajednice bilo dominantno.

Za potrebe ovog članka, preostaje zaključak da se rešenja srpskog Ustava na temu kosovske autonomije imaju smatrati njegovom bitnom manom i jednim od razloga za otvaranje problema novih ustavnih promena. Argumentacija koja ide u prilog ovoj tvrdnji je sadržana u raskoraku koji postoji između ustavnih normi i društvene stvarnosti, koja uvek nastoji da eliminiše nominalnost iz ustavnog teksta. Jer, »normativni ustav mora uračunati realne datosti i nadovezati se na njih ako želi postići izgleda za efektivno važenje i normativnu snagu«. ⁹

⁷ Dž. Vajler, Ustav Evrope, Filip Višnjić, Beograd, 2002, str. 23.

⁸ I pored činjenice da se ustavi ne mogu razumeti kao derivati međunarodnog prava, opstaje utisak da se »novije međunarodno pravo odnosi na političko, društveno i pravno stanje neke države i time na njezin (i realni i normativni) materijalni ustav. Ono uvjetuje njegov sadržaj«. J. Isensee, Država, ustav, demokracija, Politička kultura, Zagreb, 2004, str. 101.

⁹ J. Isensee, Država, ustav, demokracija, Politička kultura, Zagreb, 2004, str. 80.

KOSOVO

Kada je autor ovog članka upitao jednog starijeg profesora Ustavnog prava, sa prostora Kosova, za mišljenje o kosovskom Ustavu,¹⁰ dobio je odgovor da mu taj Ustav liči otprilike kao kada bi se palma posadila na vrh Kopaonika. Ne upuštajući se u projekciju budućnosti, ističem neke od zapaženih dilema kada je u pitanju kosovski Ustav.

Da bi se stekla prava predstava o ustavnoj slici Kosova koju analiziramo, treba imati u vidu da je reč o nedovršenom procesu izgradnje institucionalnih tvorevina ustavotvornog projekta. Postojeći ustavni kapacitet kosovskih institucija je relativizovan kompromisom koji je postignut između ustavotvorne vlasti unutrašnjeg pravnog poretka i vlasti međunarodne zajednice. Zato u okvirima XIII i XIV poglavlja, koja sadrže prelazne i završne odredbe Ustava, prepoznajemo dominaciju Sveobuhvatnog Predloga o rešenju statusa Kosova. Ovim međunarodno-pravnim aktom se privremeno odlaže primena određenih ustavnih normi i uspostavlja ustavni režim u tom prelaznom periodu. Prelazni period počinje 26. 3. 2007. godine i traje do kraja međunarodnog nadgledanja i sprovođenja Sveobuhvatnog Predloga o rešenju statusa Kosova, iz čega se lako može zaključiti da nije utvrđen precizno fiskirani datum prestanka ustavne tranzicije. Za taj period u određenim oblastima važe specijalna ustavna pravila koja isključuju opšta ustavna pravila čija je primena odložena dok traje saučesništvo međunarodne uprave nad delovima unutrašnjeg pravnog poretka Kosova. Uspostavlja se specifičan odnos između dve grupe ustavnih pravila koja su među sobom povezana. Striktno formalno-pravno posmatrano, ova pravila imaju ista formalna obeležja, jer ih je donela Skupština Kosova kao ustavotvorni organ na potpuno isti način i po istom postupku, materijalizujući ih u istom pravnom aktu – Ustavu Kosova. I u pogledu materije koja je predmet sadržine ove dve grupe pravila takođe se zapaža identitet, pa nam preostaje da tragamo za razlikama.

Iako smo identifikovali formalno istog donosioca, neophodno je evidentirati da je jedna vrsta ustavnih pravila istovremeno i međunarodnog *ad hoc* karaktera. Ona su sadržana u Sveobuhvatnom Predlogu o rešenju statusa Kosova i vremenski prethode Ustavu; osim što su starija, ova pravna pravila poseduju i jaču pravnu snagu, ali su privremenog karaktera. Nakon proteka tog nejasno određenog perioda okončava se i proces njihove primene, pa će i nestati iz pozitivno-pravnog poretka, ustupajući time prostor ustavnim normama iz osnovnog ustavnog teksta. Treba naglasiti da originerni stvaralac pravila iz Sveobuhvatnog Predloga nije ustavotvorac, već vlast sa međunarodnim autoritetom. No, kako je Sveobuhvatni Predlog nastao kao rezultat pregovaračkih procesa, opet se dolazi

¹⁰ Ustav Republike Kosovo, Priština, 2008.

do potrebe uvažavanja i učešća određenih ustavotvoračkih snaga iz kosovskog društvenog nukleusa. Dogmatski pristup razmatranju trenutnog predmetnog problema nas sprečava da napravimo istinski prodor u suštinu tim povodom.

Inkorporiranje pravila Sveobuhvatnog Predloga u okvir kosovskog Ustava je samo na prvi pogled slično sa pravilima koja se propisuju ustavnim zakonima za sprovođenje primene novih ustava u klasičnim državama. No, suštinski se ova dva akta razlikuju. Ustavnim zakonom za sprovođenje primene novog ustava (a time i za sprovođenje promene starog ustava) se regulišu pitanja koja su vezana za način pravne realizacije novog normativnog poretka u odnosu na stari; utvrđivanje rokova u kojima će se izvršiti donošenje najbitnijih, osnovnih zakona; utvrđivanje rokova za izbor organa državne vlasti saglasno pravilima novog ustava i td. Pri svemu tome, ne postoji odnos napetosti između novog ustava i ustavnog zakona za njegovo sprovođenje, jer je reč o odnosu između matice i sate-lita. Za razliku od toga, Sveobuhvatni Predlog ima znatno širi ustavni kontekst, jer on odlaže primenu određenih rešenja kosovskog Ustava, ali i uspostavlja posebna, ustavna pravila koja imaju važnost, pa se time pojavljuje u ulozi akta u kojem su sadržana superiornija pravila. Konačno, novi ustav i ustavni zakon su suvereni akti ustavotvorne vlasti koja ustanovljava državno-pravni poredak. Ustav Republike Kosova i Sveobuhvatni Predlog poseduju pravni kvalitet zajedničkih formalnih konstituenasa državno-pravnog poretka Republike Kosovo, odnosno, udružene su tvorbene moći međunarodnog i unutrašnjeg ustavno-pravnog poretka.

Uostalom, savremeni razvoj ustavnosti sa već uočljivom tendencioznom praksom ustavotvornog delovanja, upozorava da smo ozbiljno zakoračili u novu eru izvora ustavnog prava. Zapaža se sve značajnije otvaranje ustava prema snazi drugih pravnih akata, koji nisu neposredan plod delovanja ustavotvornih vlasti država. Na taj način, ustavotvorci priznaju vrednosti pravnih ideja kojih se nisu sami dosetili ili nisu imali dovoljno normativnog kapaciteta da ih učvrste direktno u okvire prostora pozitivnog ustava. Zato se i rukovode principom otvorenosti ustavnog teksta pružajući u njemu utočište i za mnogobrojne pravne norme sadržane u međunarodnim aktima (načela, ugovori, sporazumi, paktovi, konvencije...) Ovaj princip otvorenosti ustava proizvodi i posledice po klasičan koncept hijerarhizovane strukture formalnih izvora ustavnog prava, a naročito u gornjem delu ove piramide. Dosadašnja ustaljena navika teorije ustavnog prava se nužno mora revidirati, kako bi došlo do preformulisanosti krutog stava o tome da ustav iznad sebe »vidi samo nebo« i ništa više. Da ovaj prevaziđeni koncept na temu izvora ustavnog prava zaslužuje drugačiji pristup, dokazuju i argumenti iz oblasti relacije inoviranog suvereniteta, koji se usaglašava sa procesima internacionalizacije celokupnog prava. Upravo u tom smislu, i tranzicioni procesi koji se odvijaju u uslovima nedovršenih organizacionih tvorevina društveno-političkih

zajednica sa entitetskim sadržajem koji ih nominuje za kapacitet državnog nivoa, dodatno opravdavaju stavove o inoviranim formulama ustava.

Preambula

Preambula kosovskog Ustava predstavlja tekst koji obiluje demokratskim, miroljubivim, koegzistentnim i anacionalnim iskazima, što je samo po sebi interesantno, imajući u vidu da je reč o Ustavu koji je donet kao ustavotvorno-pravna reakcija na fakticizam, koji je u prethodećem periodu preopterećen upravo suprotnim vrednostima u odnosu na one koje su u njemu promovisane. Notorna je činjenica da je Kosovo obeleženo nedemokratskim, oružanim i nacionalističkim dešavanjima, čiji je krajnji ishod upravo proces nastajanja nezavisne države, izdvajanjem iz okvira vlasti države Srbije. Ovom prilikom neutralno konstatujem primarno zapažanje o jezičkim iskazima, pokušavajući da odgonetnem i preambularnu poruku koja se njima šalje. Uostalom, uvodni ustavni tekst i predstavlja materijalizatorski način oglašavanja ustavotvorca o prošlosti, sadašnjosti i budućnosti, a u preambuli ovog Ustava odsustvuje neposredan pogled na zbivanja prošlosti i istorijske detalje. Namerno napomenuh »neposredan pogled«, jer se odgovarajućim pristupom hermeneutici jezičkih iskaza, u njihovoj pozadini mogu otkrivati i određene poruke, ideje i misli, i pored toga što nam prvobitnoj reakciji one ne moraju biti dostupne.¹¹ Isključivo nepominjanje prošlosti može biti i znak želje da se prejudicira konstitucionalizacija države u kojoj će odsustvovati recidivi te prošlosti; odnosno, ustavotvorac je možda svestan nataloženog bremena prethodnog perioda, pa posrednim putem, »zatvaranjem očiju« pred tom prošlošću, istovremeno iskazuje i njegovo kolebanje u pogledu idejne definicije krupnih detalja prošlosti ili iskazuje stav o nameri da se odsustvom prošlosti iz preambularnog teksta Ustava, premosti problem realizacije vrednijeg interesa društvene zajednice, a to može biti njena kompaktnost. Sagledavajući nedovršenost procesa zaokruživanja pravnog, političkog, ekonomskog i međunarodnog ambijenta u vezi sa Kosovom, a povodom njegove egzistencije, očito je da u naznačenom tekstu ustavne preambule treba prepoznati, makar i formalni, ustavotvorčev poziv na izgradnju društva organizovanog na, do tada, nepoznat način na teritoriji koju Ustavom pravno ustanovljava. Međutim, upuštanje u sociološko istraživanje podloge ovakvih stavova nas neminovno odvodi do prostora arkaniuma politike i surovih balkanskih uslova društvenog i državnog života.

¹¹ Jer, »kao što analiza jezika bez njegovog »objekta«, zajednice komunikacije i praktično-telesnog angažmana pojedinaca nužno vodu u puki idealizam, tako i analizovanje ideološke svesti bez jezika znači solipsistički stav i formalno mišljenje«. M. Đorđević, Pravo u hermeneutičkom krugu, JP »Službeni list SRJ«, Beograd, 2002, str. 36.

Upravo zato, značajna rezerva u odnosu na formalnu proklamaciju ustavnog teksta, koji posmatram, svodi se na evidentno odsustvo efikasnog i blagovremenog reagovanja kosovskih vlasti u onim situacijama kada neposredno bivaju ugroženi temelji na kojima počiva tekst ustavne preambule. Takvi su, na primer, stravični prizori grubog rušenja i ugrožavanja verskog, istorijskog i kulturnog nasleđa baštine srpskog naroda na kosovskim prostorima; konstantno ugrožavanje najosnovnije ljudske vrednosti pripadnicima srpskog naroda (sloboda i život); sprečavanje povratka prognanih i raseljenih lica i tome slično.

Ovakva surova realnost kosovskog života se neposredno suprotstavlja tezi da su »slobodno, demokratsko i dobronamerno« Kosovo, kako ističe ustavotvorac, tri vrednosna kvalifikativa koji predstavljaju temelj »domovine svih građana«, što bi trebalo da sačinjava idejnu tvorbenost države čije oblikovanje se želi postići Ustavom. Najinteresantnijim nam se čini društveni epitet »dobronamernog« Kosova, jer je reč o izrazu koji se retko može susresti u okvirima ustava. Stoga u ovom izrazu prepoznajem stavljanje do znanja ustavotvorne vlasti o dobrim, pozitivnim, civilizacijski prihvatljivim namerama i planovima kojima se stremi; time se zapravo, u društveno-etičkom pogledu šalje javna poruka da ne treba sumnjati u dobru veru kojom je rukovođena ustavotvorna vlast prilikom ostvarivanja procesa nastanka države. To je istovremeno i odgovor unutrašnjim i međunarodnim političko-pravnim subjektima da ne treba imati sumnju u ustavni projekat koji se pretače u formulu sistema ustavnih normi. »Dobronamernost« je jezički argument kojim se odgovara na prigovor militarističkih pretenzija koji obeležava funkcionisanje novih vlasti na Kosovu, pa ovaj izraz treba prvenstveno shvatiti u smislu poruke koja se verovatno šalje građanima koji ne pripadaju nacionalnoj većini, ali i međunarodnoj zajednici u kojoj još uvek nije dovršen proces međunarodnog priznanja Kosova. Stoga je »dobronamernost« istovremeno i funkcionalan jezički iskaz koji ima svoju odgovarajuću ulogu u vokabularu ustavotvorne vlasti.

S druge strane, »slobodno Kosovo« je klasičan termin kojim se prezentira stav o državnom suverenitetu, pa pod njim razumemo nezavisnost, a »demokratsko Kosovo« se da kontekstuirati u smislu građanskog suvereniteta, kao predvorja oblika političkog poretka, koji se namerava izgraditi Ustavom. Potvrdu ispravnosti dogmatskog razumevanja značenja drugog jezičkog stava iz preambule, pružaju i naredni stavovi, kojima se iznose ciljevi države (koja se stvara, stvorena je ili će se stvoriti): država slobodnih građana sa poštovanjem jednakosti, ljudskih prava i sloboda; država ekonomskog napretka i socijalnog blagostanja; država sa miroljubivom politikom regionalne i evropske stabilnosti; država uključena u evroatlantske integracije.

Ustavna (ne)suverenost Kosova

Ustavotvorac je jasno istakao premoć Sveobuhvatnog Predloga o rešenju statusa Kosova u odnosu na Ustav, tako da ovaj međunarodni dokument predstavlja vrhovni akt pravne snage kojim se utemeljuje i čitav unutrašnji pravni poredak Kosova. Očigledno je reč o nedovršenom procesu oblikovanja punog kapaciteta ustavotvorne vlasti, s obzirom da ona nije suverena u meri koja bi prevazilazila pravila koja sadrži Sveobuhvatni Predlog o rešenju statusa Kosova. Privremenost karaktera postojećeg stanja pravnog poretka Kosova je uslovljen i činjenicom egzistencije (i pravne i političke) dva akta koji se nalaze u specifičnom međusobnom odnosu. Specifičnosti su sadržane u samom međunarodnom aktu, jer se njime, na privremen način, određuje postojeći status, ali istovremeno i prejudicira budući status koji je u procesu izgradnje. Taj međunarodni akt je iznad Ustava, pa je ustavotvorac ograničen upravo u pogledu konstitucionalizacije pravnog statusa države. Ovaj Ustav je determinisan Sveobuhvatnim Predlogom o rešenju statusa Kosova, te ne predstavlja akt suverene vlasti u smislu potpune nezavisnosti. Međutim, tim povodom treba zapaziti da se, van podatka o podređenosti Ustava Sveobuhvatnom Predlogu o rešenju statusa Kosova, ovaj Ustav po svim svojim formalnim obeležjima unutrašnjeg ustavnog teksta ne razlikuje u odnosu na ustave klasičnih država. U slučaju Kosova, Ustav predstavlja istovremeno i instrument kojim treba da se ispune određeni standardi propisani Sveobuhvatnim Predlogom, te u tom smislu i uslov za konačan status projektovan tim Sveobuhvatnim Predlogom.

Kada bismo pokušali da uporedimo poziciju kosovskog Ustava u unutrašnjem pravnom poretku sa nekim komparativnim rešenjima, onda bismo mogli primetiti da to nije usamljeni primer neprimarnosti ustava u piramidalnoj strukturi formalnih izvora prava. Dovoljno je ilustrativno podsetiti na primer Bosne i Hercegovine, čiji sâm Ustav predstavlja sastavni deo posebnog međunarodnog ugovora – Dejtonskog sporazuma, koji je »osnova i početak, a ne završetak uređivanja Bosne i Hercegovine«.¹² Ili, setimo se slučaja državne zajednice Srbije i Crna Gora, čija je Ustavna povelja zapravo bila uslovljena Beogradskim sporazumom, koji je i formalno bio inkorporiran u okvire njenog teksta. Međutim, kada je u pitanju uopšte odnos ustava prema međunarodnim ugovorima u smislu njihovih pravnih snaga za unutrašnji pravni poredak, podsećamo i na primere onih razvijenih, modernih zapadno-evropskih država u kojima je, samom željom

¹² M. Carević, Podjela nadležnosti između institucija BiH i entiteta, Dejtonski sporazum pred teškoćama sprovođenja, Akademija nauka i umjetnosti RS, Banja Luka, Sarajevo, 2000, str. 63.

ustavotvorne vlasti, ustav podređen međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim načelima međunarodnog prava.

Međunarodni Civilni Predstavnik

Prednost Sveobuhvatnog Predloga o rešenju statusa Kosova nad Ustavom, reflektuje se i u okviru odredbe čl. 146. Ustava, kojom je regulisano da Međunarodni Civilni Predstavnik i ostale međunarodne organizacije i akteri čiji je mandat određen Sveobuhvatnim Predlogom, uživaju mandate i ovlašćenja određena njime, uključujući zakonita prava, privilegije i imunitet. U odnosu na isključivi unutrašnji pravni poredak Kosova, treba uočiti da je njegova pozicija podređena relevantnim međunarodnim aktima koji su i doneti povodom međunarodnog rešavanja kosovskog problema. Stoga je i ustavni suverenitet Kosova ograničenog kapaciteta, imajući u vidu prevlast međunarodnih pravnih i političkih činilaca u tranzicionom periodu. Odredbom čl. 146. st. 2. Ustava je utvrđena dužnost svih organa vlasti Republike Kosovo da potpuno saraduju sa Međunarodnim Civilnim Predstavnikom, ali i drugim međunarodnim organizacijama i akterima sa mandatom iz Sveobuhvatnog Predloga, a ustanovljena je i dužnost svih organa vlasti Kosova da ozakone odluke ili akta naznačenih međunarodnih predstavnika.

Time se dodatno potvrđuje stav o ograničenom suverenitetu Kosova, koji podrazumeva izričito utvrđeno odsustvo nezavisnosti i neograničenosti ustanovljenih vlasti tvorevine koja je pravno formulisana Ustavom. Međutim, s pravom se može primetiti da postoji i relativitet ustavotvornog kapaciteta vlasti ustanovljavanja, mada se tim povodom može povesti i određena polemika, koju mi ovom prilikom ne raspravljamo. Naime, može se javiti upitanost o tome da li je originalna volja ustavotvorca da kreira rešenja o ograničenosti sopstvenog akta (Ustava) i rešenja o priznavanju prevlasti međunarodnih vlasti nad ustanovljenim vlastima – ili je takva volja ustavotvorca posledica njegove podređenosti volji snažnijih međunarodnih faktora moći, pa se postavlja i pitanje lokaliteta moći ustanovljavanja vlasti. U svakom slučaju, posebnom ustavnom normom sadržanom u odredbi čl. 147. Ustava je priznata konačna vlast Međunarodnog Civilnog Predstavnika, koji ima konačnu vlast na Kosovu u pogledu tumačenja civilnih aspekata Sveobuhvatnog Predloga.

Specifičnosti pravne snage kosovskog Ustava prate i specifičnosti kosovske državne tvorevine. Već smo pomenuli da naročitu ulogu u ustavnom poretku Kosova igra međunarodna zajednica, čiji kapaciteti degradiraju nivo bodenovskog koncepta državne suverenosti. Tim povodom, ukazujemo da je odredbom čl.

10. st. 4. Sveobuhvatnog Predloga za rešenje statusa Kosova utvrđeno pre samog donošenja Ustava pravilo, po kojem, »Skupština ne sme zvanično da usvoji Ustav sve dok Međunarodni civilni predstavnik ne potvrdi da je u skladu sa uslovima navedenim u ovom Rešenju«.

Iz ovako formulisane odredbe dokumenta koji je pokriven vrhovnim pravno-političkim autoritetom međunarodne zajednice u liku Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija, veoma jasno izvire pravno-politički osnov za donošenje Ustava, zbog čega se i njegova snaga ima na specifičan način doživljavati. Osim toga, odredbom čl. 15. st. 2. t. 1. Sveobuhvatnog Predloga je propisano da uredbu UNMIK-a koje je proglasio Specijalni predstavnik Generalne Skupštine shodno Rezoluciji Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija 1244. »uključujući administrativna naređenja i izvršne odluke koje je doneo Specijalni predstavnik Generalne Skupštine važiće i dalje, osim ako nije drugačije utvrđeno u ovom Rešenju, a sve dok njihova važnost ne istekne, ili dok ne budu ukinuti ili zamenjeni zakonima koji uređuju istu oblast u skladu sa odredbama ovog Rešenja«. Ovime se još jednom potvrđuje stav o delimičnoj ustavnoj suverenosti kosovskog ustavotvorca. Taj stav dobija naročito jasnu argumentovanu podršku u okviru Aneksa I Sveobuhvatnog Predloga kojim su propisana obavezna pravila koja se tiču samog kosovskog Ustava, jer je utvrđeno da ovaj Ustav mora da bude tumačen u skladu sa Sveobuhvatnim Predlogom, a da u slučaju protivrečnosti između odredaba Ustava i odredaba Sveobuhvatnog Predloga, prednost imaju rešenja iz Sveobuhvatnog Predloga.

Svemu ovome dodajmo i odredbu čl. 16. st. 3. Ustava kojim se ističe da će Republika Kosovo poštovati međunarodno pravo. Reč je o formulaciji koja u uobičajenim i redovnim uslovima država koje nemaju problem sa režimom sopstvene suverenosti ima značenje prihvatanja međunarodnog prava koje je opštevažeće i primenjuje se u svim civilizovanim državama. Ali, u naznačenoj odredbi treba prepoznati i širenje njenog značenja, s obzirom da je logički podobna da obuhvati i specifičan deo međunarodnog prava koji je u *ad hoc* varijanti primeren upravo Republici Kosovo. Do onog trenutka dok postoji prelaznost tog rešenja, izraz »poštovati međunarodno pravo« će značiti i varijantu opšteg i varijantu specijalnog režima koji važi samo za Kosovo. Nakon okončanja tranzicije sa modalitetom međunarodnog nadzora kosovske nezavisnosti i državne suverenosti, opstaće odredba čl. 16. st. 3. Ustava za onu upotrebu koja je primerena i kod svih država.

Zbog svega iznetog, pitanje premoći Ustava koje je zaslužilo da bude posebno pozicionirano ustavno mesto u okviru osnovnih odredbi, specifično je u onoj meri i na onaj način u kojoj je i samo kosovsko državno rešenje takođe specifično. Sa stanovišta unutrašnjeg pravnog poretka, očigledno je da postoji dominacija Sveobuhvatnog Predloga za rešenje statusa Kosova. Ovaj međunarodni akt

dominira i ima premoć u odnosu na čitav unutrašnji pravni poredak, pa i u odnosu na sam Ustav. Tek nakon toga, dolazi do izražaja pravni kvalitet Ustava koji može zračiti snagom najvišeg opšteg pravnog akta sa najjačom pravnom snagom u klasičnom ustavnom smislu, posle iscrpljivanja primene Sveobuhvatnog Predloga. Do tada, u periodu državne tranzicije, koja istovremeno znači i ustavnu tranziciju, Ustav Kosova ni realno ni pravno nema premoć, odnosno, može je imati samo ukoliko nije u sukobu sa Sveobuhvatnim Predlogom, što već znači da je Ustav akt koji zauzima drugi stepenik u piramidalnoj strukturi pravnih akata.

ZAKLJUČAK

Sumirajući učinjeni napor da se predstave i uporede osnovne tačke oslonca na kojima počivaju dva prezentirana dokumenta, nameće se potrebe sintetizovanja komparacijske linije među njima. Zaključujući prethodna razmatranja, nema potrebe ponavljati osnovnu i principijelnu razliku između ustavnih karti Srbije i Kosova. U istorijsko-tradicionalnom i iskustvenom pogledu, nema spora da postoji značajna distanca između dva veka stare države i tvorevine formulisane na pragu XXI veka. Stil »hladnog pravničkog rezona« upoređivanja teksta dva ustavna dokumenta nas navodi da, u misaonom postupku zaključivanja, odstupimo od Kantove upute da pravniku posao nije da mudruje o zakonodavstvu, već da ga sprovedi, istovremeno se suprotstavljajući Kelzenovoj preporuci da ustavotvorna vlast i nije tema.

Mogu li se trpeti srpski i kosovski ustav, odnosno, da li je moguće da njihovi principijelni temelji opstanu uz paralelne egzistencije? Odgovor na ovakva pitanja zadire u samu političku suštinu ustava i ustavnosti, pa će on zavisiti od političkih procesa koji se budu dešavali na ovim prostorima.

Do tada, primećujemo da je izvodljivo provocirati misli na temu ustavotvoraca Srbije i Kosova. U slučaju Srbije, može se prigovoriti nedovoljnoj potpunosti ustavotvornog tela, iz kojeg je izuzeta politička zajednica Albanaca. U slučaju Kosova, ustavotvorno telo je kombinacija međunarodne zajednice i stanovništva koje živi na tom prostoru, ali uz izuzimanje relevantnih snaga srpskog naroda. Oba ustavotvorca su manjkava sa stanovišta punog legitimiteta, jer im nedostaje podrška ustavno-politički značajnih nacionalno-etničkih faktora; srpskom nedostaje podrška albanskog faktora, a albanskom nedostaje podrška srpskog faktora.

Preambula srpskog Ustava je primarno opterećena vrednostima državne tradicije srpskog naroda, uz isticanje ravnopravnosti svih građana, dok je preambula kosovskog Ustava, formalno-jezički posmatrano, oslonjena isključivo na anacionalnu i građansku opciju. U preambuli srpskog Ustava nema ni pomena o

univerzalnim i evropskim vrednostima, što nije slučaj sa drugim ustavnim dokumentom koji je tretiran u radu. U prilog ovome ide i situacija sa osnovnim i prvim članovima ova dva akta, kojima se »definišu« tvorevine koje se uspostavljaju ustavima. Dok je Srbija država »srpskog naroda i svih građana koji u njoj žive«, Kosovo je država »svojih državljana«. Očigledno je da se kosovski ustavopisac rukovodio jezičkim stilom, koji je saobrazniji tendenciji uspostavljanja građanske zajednice, za razliku od srpskog ustavopisca koji nije mogao da odoli potrebi da se »odnosi između pripadnika naroda odlikuju emocionalnošću i zajedničkim osećanjem koji čine ono »mi« za razliku od neke druge skupine koja slovi kao »oni«. ¹³

Nominalnost bitnih ustavnih normi je obeležje u slučaju oba akta. Ustav Republike Srbije nije primenjiv na teritoriji formalno utvrđene Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija, dok se kosovski ustavni dokument ne primenjuje na severnom delu ove teritorije, niti su u politički život uključeni Srbi koji žive na njemu.

Međusobna isključivost Ustava Republike Srbije i Ustava Republike Kosovo u esencijalnim pitanjima funkcionisanja političkih zajednica je obeležena ustavnom netrpeljivošću, što je neprihvatljivo stanje koje pretilo da ugrozi evropsku perspektivu ovog područja. Stoga autor i smatra da će se, u zavisnosti od stabilnosti pozicije proevropskih i demokratskih političkih snaga u Beogradu i Prištini, kao i zainteresovanosti Brisela, problem ustavnih promena podjednako nametnuti kao bitna tema društvenog života u narednom periodu, jer se, uopšteno posmatrano, ustavne promene svih vrsta »stalno vrše pa globalno gledajući one spadaju u sferu opštedruštvenih reformi (promjena)«. ¹⁴

¹³ V. Vasović, Savremene demokratije, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 81.

¹⁴ R. Kuzmanović, Savremene ustavne promjene kao način kodifikacije i konstitucionalizacije vlasti i društva, Ustav – Lex superior, Udruženje za ustavno pravo Srbije, Beograd, 2004, str. 270.

SRĐAN ĐORĐEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Kragujevac

RELATION BETWEEN THE CONSTITUTION OF SERBIA
AND THE "KOSOVO" CONSTITUTION

Summary

This paper discusses the fundamental problems of constituent authorities of Serbia and Kosovo, as well as the conceptual foundation underlying the Constitution of the Republic of Serbia and the constitutional act applicable in Kosovo's territory. The reason for this consideration is a provocation on the part of intolerance among these two acts, as well as to assess whether the constitutional review, of two basic constitutional ideas, can relax conflict between those constitutions. At the same time bearing in mind that the Serbian Constitution Act is an act of a sovereign state power with partial nominality of its provisions and constitutional act applicable in Kosovo is an act resulted from a unfinished process of forming of a state's structures.

*RADIVOJ STEPANOV,
VALENTINA SOKOLOVSKA*

EVROPSKI (PRAVNI) PROSTOR I TERITORIJALNA AUTONOMIJA

U V O D

Evropski prostor u semantičkom smislu ne može se svesti na teorijski redukovana značenja iz »arhiviranih« pravnih udžbenika. Naime, prostor je ne samo fizička već i metafizička kategorija, on nije samo »dimenzionalna« odrednica već i antropološka komponenta. Otuda prostor može biti »bilo gde« i uvek tamo gde je i sam čovek. Vreme se sjedinjuje sa prostorom u prostorno-vremenski dis-kontinuum. Evropski prostor predstavlja ambijent koji sadrži određen civilizacijski kontekst, u kojem pravo igra određenu (veoma značajnu) ulogu. U tom evropskom prostoru nastaju i deluju brojna pravna rešenja koja evropsku kulturu čine održivom, a pravo Evropsku uniju i pored određenih različitosti funkcionalnom i delotvornom. Upravo je to slučaj i s korpusom pitanja koja se odnose na teritorijalnu autonomiju.

Teritorijalna autonomija sadržana je u strukturi svakog evropskog ustava. Opšta iskustva vezana za teritorijalnu autonomiju pokazuju da ne postoji tzv. »čist« model teritorijalne autonomije već se ona »pomera« bilo prema statusu federalne jedinice, bilo prema statusu lokalne samouprave. Ona postoji u modernim političkim sistemima zbog geografskih, ekonomskih, multijezičkih, multikonfesionalnih ili multikulturnih razloga; definisano autonomno zakono-

Dr Radivoj Stepanov, profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.
Dr Valentina Sokolovska, docent Filozofskog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

davstvo je značajna odlika teritorijalne autonomije; organi teritorijalne autonomije imaju nezavisno od centralnih organa autonomni delokrug rada; teritorijalno-politička autonomija najčešće »apsorbuje« jezičku i kulturnu autonomiju; bez finansijske autonomije nema realnih uslova za ostvarivanje teritorijalne autonomije; organi teritorijalne autonomije po pravilu (sem retkih izuzetaka) ne učestvuju u radu centralnih državnih organa; teritorijalne autonomije su pod odredenom »pažnjom« centralnih ili federalnih državnih organa; teritorijalna autonomija svojom specifičnom »asimetrijom« u odnosu na celinu državnog uređenja »dodaje« funkcionalnost sistemu horizontalne i vertikalne državne vlasti. Upravo otuda teritorijalnu autonomiju evropska pravna kultura u evropskom prostoru vidi kao »kompromisni oblik državnog uređenja« (Marković 1999: 539–543).

Teritorijalna autonomija u nemačkom »pravnom prostoru«.

Prema važećem Osnovnom zakonu (*der Grundgesetz*) Savezne Republike Nemačke u teritorijalnoj vertikali »definisani« su: Savez (*Bund*), pokrajine (*Länder*), okruzi (*Landkreise*) i opštine (*Gemeinde*).

Savezni karakter države Osnovni zakon (OZ) Nemačke izražava već u samoj Preambuli formulacijom da su Nemci u pokrajinama (kojih sada ima 16) »slobodnim izjašnjavanjem doneli odluku o jedinstvu i slobodi Nemačke«, te da zbog toga OZ »važi za sav nemački narod«.

U okviru odeljka: *Savezna država i pokrajine (Der Bund und die Länder)* – OZ ima »elastičan« odnos prema teritorijalnoj autonomiji. Naime, teritorija SR Nemačke »sme ponovo da bude podeljena kako bi se obezbedili uslovi da pokrajine zahvaljujući svojoj veličini i radnim sposobnostima svojih građana ispune svoje obavezne zadatke« (čl. 29. st. 1. OZ). Pri tome se moraju uzeti u obzir povezanost stanovnika nove pokrajine, njihove istorijske i kulturne veze, ekonomsko zaleđe i pitanje urbanizacije.

Do sličnih izmena teritorijalnog integriteta pokrajina može da dođe i sklapanjem ugovora između zainteresovanih pokrajina ili saveznim zakonom u saglasnosti s Bundesratom, ako dotična pokrajina nema više od 50.000 stanovnika. Bliže propise sadrži savezni zakon uz potrebnu saglasnost Bundesrata i većine članova Bundestaga. Prilikom »prekrajanja« teritorijalne organizacije vlasti i stvaranja novih pokrajina mora se predvideti i činjenica da je potrebno saslušati (u postojećim pokrajinama) odnosne opštine i okruge.

Koje su funkcije pokrajina prema OZ Nemačke?

Pokrajine su izvršioци državne vlasti i državnih zadataka ako Ustavom nije drugačije regulisano ili dozvoljeno. (čl. 30 OZ). U tom kontekstu pokrajine »ima-

ju pravo donošenja zakona« ukoliko OZ ne daje to pravo saveznoj državi. Ograničavanje i određivanje nadležnosti između savezne države i pokrajina regulisano je propisima OZ o »isključivom i konkurentskom« zakonodavstvu (čl. 70 OZ).

U oblasti isključivog prava savezne države na donošenje zakona »isto to pravo imaju i pokrajine« samo onda, kada i ukoliko su za to jasno ovlašćene nekim saveznim zakonom (čl. 71 OZ). U oblasti konkurentskog zakonodavstva, pokrajine imaju pravo donošenja zakona dokle god i ukoliko savezna država ne iskoristi svoje zakonito pravo na donošenje zakona.

Pravo donošenja zakona u oblasti konkurentskog zakonodavstva savezna država ima kada i ukoliko je to neophodno radi stvaranja »ujednačenih životnih prilika na čitavom području SR Nemačke ili radi zaštite pravnog i ekonomskog jedinstva u opštem interesu«.

Saveznim zakonom može biti propisano da zakone donosi pokrajina ako više ne postoji potreba za ujednačavanjem životnih prilika na celom području SR Nemačke i za zaštitom pravnog i ekonomskog jedinstva u opštem interesu.

Ukoliko je država iskoristila svoje zakonodavne nadležnosti, pokrajine imaju mogućnost da regulišu određena pitanja putem usvajanja zakona koji odstupaju od zakonskih odredbi na saveznom nivou! Saveznim zakonom se može propisati da se regulativa na saveznom nivou, za koju više ne postoji neophodnost, može zameniti pokrajinskim zakonom (čl. 72 OZ).

Pokrajine sprovode savezne zakone kao svoje zadatke ako OZ-om nije drugačije predviđeno ili dozvoljeno (čl. 83 OZ). Ako pokrajine sprovode savezne zakone po nalogu savezne države, onda uređivanje nadležne vlasti ostaje stvar pokrajina ako saveznim zakonima uz saglasnost Bundesrata nije drugačije propisano (čl. 85 OZ).

Savezna država ima isključivo pravo donošenja zakona o carinama i finansijskom monopolu. Ona (Savezna država) ima konkurentno pravo donošenja zakona o ostalim porezima ako njoj potpuno ili delimično pripada pravo na ubiranje tog poreza.

Pokrajine su ovlašćene na donošenje zakona o mesnim porezima na potrošačku robu i na rashode dokle god i ako oni nisu kao porezi koje utvrđuje savezni zakon (čl. 105 OZ).

U pogledu raspodele plaćenih poreza i prihoda, Pokrajinama pripadaju sledeći plaćeni porezi: porez na imovinu; porez na nasledstvo; porez na motorno vozilo; porezi na saobraćaj koji ne pripadaju saveznoj državi; porez na pivo; porezi kockarnica (čl. 106 st. 2 OZ).

Udeo savezne države i pokrajina u ubiranju poreza na promet mora ponovo da se utvrdi ako se »bitno menja odnos prihod i rashoda savezne države i pokrajine«. Bundesrat može propisati da se veća opterećenost budžeta pokrajina donekle ublaži finansijskom pomoći savezne države ako ona neće dugo trajati. Zakonom

mora da se utvrdi visina ove finansijske pomoći i njena raspodela pokrajinama (čl. 106 st. 4 OZ).

Zakonom mora biti garantovano primereno izjednačavanje finansijskog stanja pokrajina; pri tome se moraju uzeti u obzir finansijsko stanje i finansijska potreba opština (savezna opština). Zakonom su utvrđeni uslovi za ostvarivanje prava na uplatu, na izvršavanje uplata od strane na to obaveznih pokrajina, kao i mera za utvrđivanje te uplate. Zakonom može da bude utvrđeno i to da savezna država iz svojih sredstava odobri uplate finansijski lošije stojećim pokrajinama, kako bi mogle da pokriju svoje opšte finansijske potrebe (dodatne uplate) (čl. 107 st. 2 OZ).

Ako nadležni savezni organi nisu u stanju da donesu potrebne mere za otklanjanje opasnosti, i ako situacija nalaže hitnu samostalnu aktivnost u pojedinim delovima SRN, pokrajinske vlade ili nadležne vlasti odnosno lica kojima one daju ovlašćenja mogu za svoje područje da donesu mere vezane za odbranu zemlje ili zaštitu granica (čl. 115i).

Svaka pokrajina u SR Nemačkoj ostvaruje teritorijalnu autonomiju putem svog ustava, svog pokrajinskog zakonodavnog organa, Vlade i pokrajinske uprave. Nemački okruzi (*Landkreis, Kreis*) su administrativne jedinice u »nivou ispod saveznih država« – Pokrajina i stoje u rangu s autonomnim gradovima (gradovima van okruga – *Kreisfreie Städte*). Okruzi upravljaju svojim područjem po principima lokalne samouprave. U SR Nemačkoj sada postoji 313 okruga, tri grada države i 116 autonomnih gradova.

Opština je u političkom sistemu Nemačke najniži stupanj u državnoj upravnoj nadgradnji i nosilac komunalne samouprave.

Bavarska

Podlogu za vlastitu politiku Bavarska je dobila (svojim) Ustavom koji je donet 2. decembra 1946, tri godine pre *Osnovnog zakona* Nemačke koji je donet 22. maja 1949. Prema sopstvenom Ustavu, Bavarska je »slobodna država« (»Bayern ist ein Freistaat«, čl. 1 Ustava Slobodne Države Bajerna) koja je »narodna država« (»Bayern ist ein Volksstaat«, čl. 2 Ustava Slobodne Države Bayern). Bavarska je slobodna demokratska republika koja ima svoju zastavu, grb i himnu.

Bavarska ima 7 upravnih okruga koji su podeljeni na 71 zemałjski okrug i 21 grad s upravnom samostalnošću. Pored zemałjskih okruga, na tom nivou je još 25 gradova koji nisu uključeni ni u jedan zemałjski okrug.

Slobodna Država Bavarska ima, slično kao i druge nemačke savezne pokrajine svoju zakonodavnu vlast koju vrši pokrajinski parlament (*Bayerischer Landtag*) s ukupno 180 zastupnika, čiji mandat traje pet godina.

Teritorijalna autonomija u Austriji

Savezni ustavni zakon Republike Austrije (*Bundesverfassungsgesetz der Republik Österreich*) u vertikalnoj organizaciji države obuhvata: Savez (*Bund*), pokrajine (*Länder*), okruge (*Bezirk*) i opštine (*Gemeinde*). Austrija je demokratska republika. Njeno pravo proističe iz naroda (čl. 1 SUZ). Austrija je savezna država koju čine devet samostalnih Pokrajina (čl. 2 SUZ).

Savezna teritorija obuhvata teritorije Saveznih pokrajina. Promena savezne teritorije, koja je ujedno i promena teritorije Pokrajine, kao i promena pokrajinske granice u okviru savezne teritorije moguća je, osim kod mirovnih ugovora, »samo na osnovu usklađenih ustavnih zakona Saveza i Pokrajina, čija teritorija se menja« (čl. 3 SUZ). Odnos savezne i pokrajinske nadležnosti, posebno u oblasti zakonodavstva je SUZ-om precizno određen.

Zakonodavstvo i izvršna vlast su u nadležnosti Saveza u poslovima koji su SUZ-om taksativno navedeni (čl. 10).

U saveznoj nadležnosti je donošenje, a u pokrajinskoj sprovođenje zakona u poslovima koji su precizno nabrojani (čl. 11). Nadalje, u saveznoj nadležnosti je donošenje zakona o principima, u pokrajinskoj nadležnosti je donošenje zakona o primeni i njihovo sprovođenje u precizno naznačenim poslovima (čl. 12). Savezne i pokrajinske nadležnosti u oblasti poreza uređuju se posebnim Saveznim ustavnim zakonom (»Ustavni zakon o finansiranju«) (čl. 13). Dakle, SUZ precizno određuje šta spada u saveznu nadležnost i na taj način se otklanja nedoumica oko nadležnosti između Saveza i Pokrajina.

Četvrti deo SUZ-a obuhvata zakonodavstvo i izvršnu vlast Pokrajina. »Zakonodavna vlast Pokrajina pripada pokrajinskim parlamentima« (čl. 95).

Za donošenje pokrajinskog zakona neophodna je odluka pokrajinske skupštine, overavanje i supotpisivanje po odredbama Pokrajinskog ustava i proglašavanje od strane predsednika Pokrajine u Pokrajinskom službenom listu (čl. 97 SUZ). Pokrajinski ustav koji se donosi na osnovu Pokrajinskog ustavnog zakona može se menjati ukoliko se time ne dotiče Savezni ustav. Pokrajinski ustavni zakon može se donositi samo u prisustvu polovine članova Pokrajinskog parlamenta i dvotrecinskom većinom glasova (čl. 99 SUZ).

Republika Austrija ima 9 Pokrajina, 84 okruga, 15 statutarnih gradova i 2.357 opština (prema podacima od 1. januara 2007). Pokrajine imaju više regiona. I pored sprovedene decentralizacije i regionalizacije austrijske pokrajine imaju manji pravni značaj nego savezne države u SAD ili savezne države (pokrajine) u susednoj SRN.

Teritorijalna autonomije u Španskom Ustavu

Španija se »konstituiše u socijalnu i demokratsku pravnu Državu«, a »političko uređenje španske Države je parlamentarna monarhija« (čl. 1). Država je teritorijalno organizovana u opštine (*municipios*), provincije (*provincias*) kojih ima 50 i autonomne pokrajine (*comunidades autonomas*) kojih je ukupno 17.

Pored ovih »teritorijalnih entiteta« u Španiji postoje još i područja suverenosti (*plazas de soberanía*) koja nisu uključena u režim podele na provincije i dva slobodna grada (*ciudades autonomas*). Svi ovi entiteti uživaju autonomiju prilikom upravljanja u sopstvenom interesu (čl. 137). Država garantuje efektivnu implementaciju principa solidarnosti i vodi računa o privrednom balansiranju različitih oblasti španske teritorije (čl. 138 Ustava).

Ustav garantuje autonomiju opština. Opštine uživaju potpunu pravnu personalnost (čl. 140).

Provincija je lokalni entitet sa sopstvenom pravnom personalnošću određena grupisanjem opština i teritorijalnim podelama u cilju izvršavanja delatnosti Države. Svako menjanje granica provincija mora biti odobreno od strane Parlamenta putem organskog zakona. Provincije imaju svoje Vlade i autonomne uprave provincija (čl. 141).

U korišćenju prava na autonomiju pogranične provincije sa zajedničkim istorijskim, kulturnim i ekonomskim obeležjima, ostrvske teritorije i provincije sa regionalnim istorijskim entitetom, mogu ostvariti samostalnu Vladu i konstituisati se u autonomne pokrajine, u skladu sa Ustavom i njihovim sopstvenim statutima (čl. 143 st. 1). Institucionalna norma svake autonomne pokrajine/zajednice (Statut) može se identifikovati sa ustavima država članica (jedne) federacije (Z. Marse).

Parlament Španije, putem organskog zakona, može, iz razloga nacionalnog interesa: a. odobriti konstituisanje autonomnih pokrajina, kada njena teritorija ne premašuje teritoriju jedne provincije i kada nisu objedinjeni uslovi iz čl. 143 st. 1; b. odobriti ili dogovoriti, ukoliko je to slučaj, jedan statut o autonomiji, za teritorije koje nisu integrisane u provincijsku organizaciju; c. zameniti inicijativu lokalnih korporacija.

Federacija autonomnih pokrajina »ni u kom slučaju [nije i] neće biti dozvoljena« (čl. 145).

Šta su statuti autonomija?

Prema Ustavu Španije »statuti će biti osnovna institucionalna norma svake autonomne pokrajine i Država će ih priznati i štiti kao sastavni deo svog pravnog uređenja« (čl. 147 st. 1). Statuti autonomija treba kumulativno da sadrže: naziv autonomne pokrajine koji najbolje odgovara njenom istorijskom identitetu; granice njene teritorije; naziv organizacije i sedište opštinskih autonomnih insti-

tucija; nadležnosti koje ima unutar Ustavom ustanovljenog okvira i osnovne uslove za prenos usluga koje se na njih odnose (čl. 147). Ustav Španije u čl. 148. predviđa taksativno »materije« u kojima autonomne pokrajine mogu dobiti nadležnosti. To je veoma obiman spisak nadležnosti (prema poslednjoj izmeni Ustava – 22). Putem Ustava – u čl. 149, takođe je taksativno utvrđeno u kojim »materijama Država ima isključivu nadležnost« (prema poslednjoj izmeni Ustava – čak 38).

Međutim, upravo u domenu isključive nadležnosti države Ustav Španije pravi određene izuzetke. Naime, Parlament u materijama koje su u državnoj nadležnosti, »može dati« svim autonomnim oblastima ili nekoj od njih, vlast da donesu, za sebe same, zakonske propise u okviru principa, osnova i smernica, ustanovljenih državnim zakonom. Nadalje, Država »može preneti ili delegirati« na autonomne pokrajine, putem organskog zakona, ovlašćenja koja odgovaraju materiji državne vlasti, koja su po svojoj prirodi podesna za prenos ili delegiranje. Zakon će predvideti u svakom slučaju, odgovarajući prenos finansijskih sredstava, kao i načine koji su rezervisani za državu. Najzad, Država »može da diktira« zakone koji će utvrditi principe potrebne za usaglašavanje normativnih odredbi autonomnih pokrajina, čak i u slučajevima materija koje su u nadležnosti ovih, kada je to u opštem interesu (čl. 150 st. 1–3).

Osnovnu vlast za uspostavljanje poreza ima isključivo Država, putem zakona. Autonomne pokrajine i lokalne korporacije mogu da uspostave i zahtevaju namete, u skladu sa Ustavom i zakonima (čl. 133 st. 1 i 2).

Lokalne finansije treba da raspoložu dovoljnim sredstvima za vršenje funkcija koje zakon pripisuje odgovarajućim korporacijama, i izdržavaju se u osnovi od sopstvenih poreza i od učešća u državnim porezima, kao i od poreza autonomnih pokrajina (čl. 142).

Autonomne pokrajine prema Ustavu Španije uživaju finansijsku autonomiju za razvoj i vršenje svojih nadležnosti, u skladu sa principima koordinacije sa Državnom Blagajnom i solidarnosti među Špancima (čl. 156 st. 1).

Teritorijalna autonomija u Italiji

Italija je »demokratska republika« a »suverenitet pripada narodu koji je vrši u oblicima i u granicama određenim Ustavom« (čl. 1). Teritorijalnu mapu Italije čine opštine, pokrajine i regije. Svi ovi teritorijalni entiteti »su autonomni subjekti sa sopstvenim statutima, ovlašćenjima i funkcijama shodno principima utvrđenim u Ustavu« (čl. 115).

Italija ima ukupno 20 regija. Dve su vrste/tipa regija u Italiji: regije koje nemaju poseban status i regije sa posebnim statusom. Regija koje nemaju poseban status ima 15, a regija s posebnim statusom, dakle, regija koje imaju »posebne oblike autonomija« ima 5 (čl. 116 UI).

Regije imaju jednu ili više pokrajina (provincija). Na inicijativu dotične regije, posle konsultacije s lokalnim upravama, državni zakon može da dodeli dalje posebne oblike i uslove autonomije drugim regijama u okviru Ustavom utvrđenih principa.

Saglasno ovakvoj teritorijalnoj organizaciji vlasti, Ustav Italije je utvrdio funkcionalnu deobu zakonodavne nadležnosti. Naime, Ustav utvrđuje postojanje tri vrste zakonodavne nadležnosti: isključivu zakonodavnu nadležnost države, istovremenu zakonodavnu regulaciju od strane države i regije, i isključivu zakonodavnu vlast regije!

Isključiva zakonodavna nadležnost države taksativno je utvrđena na područjima koja su od vitalnog značaja za društvo u državu kao što je: spoljna politika, saradnja sa EU, odbrana zemlje, državna bezbednost, socijalna sigurnost, građansko i krivično zakonodavstvo, Upravni sudovi, zaštita životne sredine i kulturnog nasleđa i sl. (čl. 117 st. 1 UI).

Istovremena zakonodavna nadležnost između države i regije odnosi se na: međunarodne odnose i odnose regije sa EU, spoljnu trgovinu, zaštitu i bezbednost na radu, obrazovanje bez kršenja autonomije škole, naučna i tehnološka istraživanja, zdravstvenu zaštitu, luke i civilne aerodrome, seoske zadružne i regionalne banke, i sl. U stvarima koje podležu istovremenom zakonodavstvu regije imaju zakonodavna ovlašćenja, sem u pogledu fundamentalnih principa koji su rezervisani za državni zakon (čl. 117, st. 2 UI).

Regije imaju isključivu zakonodavnu vlast u svim pitanjima koja nisu izričito zadržana za državni zakon (čl. 117, st. 3 UI). U stvarima koje su u njihovoj nadležnosti regije i autonomne pokrajine Trento i Bolzano učestvuju u svim odlukama koje se tiču formiranja komunitarnog prava. Regije i Autonomne pokrajine takođe obezbeđuju sprovođenje i izvršenje međunarodnih obaveza i akata EU uz poštovanje postupaka utvrđenih državnim zakonom. Državni zakon, takođe određuje procedure kada Država nastupa umesto regija, kada god regije ne ispunjavaju svoje obaveze u tom pogledu.¹ Opštine, regije i veliki gradovi imaju zakonodavnu vlast u vezi sa organizovanjem i izvršavanjem funkcija koje su im dodeljene. Regionalni zakoni ratifikuju sporazume koje sklapa jedna regija s drugom u cilju obezbeđenja boljeg vršenja njihovih funkcija, isključujući zajedničke institucije.

¹ Ovlašćenje za donošenje podzakonskih akata poverava se državi u stvarima u kojima ima isključivu zakonodavnu vlast ukoliko ne delegira takvo ovlašćenje Regijama.

U okviru svoje nadležnosti regija može da sklapa sporazume sa stranim državama i razumevanja sa teritorijalnim jedinicama koje pripadaju nekoj stranoj državi u slučajevima i oblicima koje određuje državni zakon (čl. 117, st. 7–9).

Sve upravne funkcije imaju opštine, osim ako nisu prenete Pokrajinama, regijama ili velegradovima, da bi se garantovalo njihovo jedinstveno vršenje, uz poštovanje principa supsidijarnosti, diferencijacije i adekvatnosti. Pored prenetih, opštine, pokrajine, regije i velegradovi imaju i sopstvene upravne funkcije u skladu sa njihovim oblastima nadležnosti. Shodno principu supsidijarnosti, kako od strane države zakoni regija i opština, podržavaju se sve autonomne inicijative koje pokreću građani – individualno ili udruženo, u cilju sprovođenja aktivnosti od opšteg interesa (čl. 118, st. 1–3 UI).

Regije imaju finansijsku autonomiju u pogledu prihoda i rashoda. Opštine, Autonomije i Regije imaju autonomne resurse. Ovi entiteti utvrđuju i sprovode sopstvene poreze i prihode u skladu sa Ustavom i principima koordinacije sistema javnih finansija i oporezivanja. Takođe, oni dobijaju deo sredstava od državnih poreza koji se odnose na njihovu teritoriju (čl. 119 UI).

Regionalni organi su: Regionalno veće, Regionalni kabinet i Predsednik Regionalnog kabineta. Regionalno veće ima zakonodavnu vlast, i sve druge funkcije koje su mu prenete Ustavom i zakonom. Regionalni kabinet je izvršni organ regije (regionalna vlada), a Predsednik Regionalnog kabineta zastupa region (čl. 121 UI).

Svaka regija ima Statut koji određuje oblik Vlade i funkcionalne principe organizacije i funkcionisanja regije, u skladu sa Ustavom. Regije i opštine su autonomna samoupravna tela u okviru načela utvrđenih opštim zakonima Republike koji određuju njihovu funkciju. Regije i opštine su jedinice teritorijalne decentralizacije a regionalno područje se može deliti na okruge s isključivo administrativnim funkcijama radi dalje decentralizacije (čl. 123 i čl. 128 UI).

Teritorijalna organizacija vlasti u Ustavu Republike Srbije

Ustav RS utvrđuje da građani imaju pravo na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu «koje ostvaruju neposredno ili preko svojih slobodno izabranih predstavnika» i da «autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave imaju status pravnih lica» (čl. 176 Ustava RS).

Lokalnu samoupravu čini pravo građana da upravljaju javnim poslovima od neposrednog, zajedničkog i opšteg interesa za lokalno stanovništvo, neposredno i preko slobodno izabranih predstavnika u jedinicama lokalne samouprave, kao i pravo i sposobnost organa lokalne samouprave da, u granicama zakona,

uređuju poslove i upravljaju javnim poslovima koji su u njihovoj nadležnosti i od interesa za lokalno stanovništvo (čl. 2 ZLS).

Autonomne pokrajine su autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju (čl. 182 Ustav RS).

Nove autonomne pokrajine mogu se osnivati, a već osnovane ukidati ili spajati po postupku predviđenom za promenu Ustava. Predlog za osnivanje novih ili ukidanje, odnosno spajanje postojećih autonomnih pokrajina utvrđuju građani na referendumu, u skladu sa zakonom. Do promene teritorija autonomnih pokrajina i uslova pod kojima može doći do promene granica između autonomnih pokrajina, ne može da dođe bez saglasnosti i volje njenih građana izražene na referendumu, u skladu sa zakonom (čl. 182 Ustav RS).

Finansijska autonomija pokrajine utvrđuje se kroz tzv. »izvorne prihode« i kroz učešće u »republičkom budžetu«.

Autonomna pokrajina ima izvorne prihode kojima finansira svoje nadležnosti. Vrste i visina izvornih prihoda autonomnih pokrajina određuju se zakonom.

Učešće Autonomne pokrajine Vojvodine u republičkom budžetu iznosi najmanje 7% u odnosu na budžet Republike Srbije, s tim što se tri sedmine od budžeta Autonomne Pokrajine Vojvodine koristi za finansiranje kapitalnih rashoda. Zakonom se određuje učešće autonomnih pokrajina u delu prihoda Republike Srbije (čl. 184 Ustava RS). Najviši pravni akt autonomne pokrajine je statut (čl. 185 Ustav RS). Organi AP Vojvodine su Skupština, Izvršno veće i Pokrajinski organi uprave (čl. 21, 34 i 41 Statuta APV).

Republika Srbija može zakonom da poveri autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave pojedina pitanja iz svoje nadležnosti (čl. 178 Ustav RS). Centralizacijom Srbije i na osnovu Ustava RS iz 1990. godine pokrajinskoj autonomiji oduzeta je zakonodavna nadležnost. Pokrajina se održava na »prentim« nadležnostima RS, ona nema izvorne nadležnosti.

Ukratko, da bi bile izvorne, nadležnosti moraju biti definisane ustavom, jer ako nadležnost utvrđuje zakonodavac tada nema nikakve razlike u odnosu na poverenu nadležnost! Razlika između izvornih i poverenih nadležnosti je zapravo razlika između principa decentralizacije i dekoncentracije vlasti – odnosno pitanja kome pripadaju neke nadležnosti i na koji način se njihovo obavljanje kontroliše od strane centralnih organa. Ovo pitanje teritorijalne organizacije i zakonodavne nadležnosti pravno racionalno je izložila nevladina organizacija *Forum Iuris* u svom modelu ustava RS. Tu se prvo govori o potpunoj i osnovnoj zakonodavnoj nadležnosti i utvrđuje šta Republika uređuje potpunim a šta osnovnim zakonima. A onda APV preko svojih organa neposredno uređuje odnose ko-

je potpuno ne uređuje Republika ili ih Republika uređuje samo osnovnim zakonima (Predlozi za novi ustav Srbije 2004: 155–6).

Republika Srbija ima Autonomnu pokrajinu Vojvodinu i Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohija. Suštinska autonomija Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija urediće se posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava (čl. 182 Ustav RS). Ova ustavna norma, »za sada« nema faktičku potvrdu. Naime, u teritorijalnom sastavu i pravnom sistemu Srbije je samo AP Vojvodina. Kosovo je proglasilo svoju nezavisnost, priznato je od velikog broja država u Evropi i svetu, a 16. juna 2009. u Prištini je proslavljena prva godišnjica Ustava Kosova.

SUMARNI PREGLED: teritorijalna autonomija u evropskom prostoru

A. EU je u svom pravnom prostoru pokrenula širok proces decentralizacije i jačanja teritorijalne autonomije. Regionalna i lokalna samouprava sve više jača čak i u zemljama koje su do sada bile »na glasu« kao visoko centralizovane – na primer: Francuska ili Ujedinjeno Kraljevstvo. Ovom »otapanju centralizacije« značajno doprinosi i širok proces integracija u evropskom prostoru. Reformskim ugovorom iz Lisabona, koji stavlja naglasak na princip supsidijarnosti, teritorijalna autonomija dobija na zamahu.

Nacionalne države su dostigle granice svojih administrativnih i političkih kapaciteta. Mnoge zemlje su uvidele da politička decentralizacija obaveza, nadležnosti i ovlašćenja doprinosi smanjenju tenzija, osećaju olakšanja i samim tim jačanju čitave države. To ilustrativno pokazuju primeri Nemačke, Austrije, Španije i Italije.

Finansijska i ekonomska kriza pokazuju da globalizacija i centralizacija nisu u stanju da zaštite prosperitet države i društva. Otuda su decentralizacija i regionalizacija države izlaz iz ograničenja centralizacije i podsticaj za opštinsku, regionalnu i prekograničnu saradnju bez koje savremeni tokovi života nisu mogući (F. Šausberger). Sadašnji primer Nemačke koja prva izlazi iz globalne ekonomske krize kao izrazito federalizovana država s jakom teritorijalnom autonomijom članica to najbolje pokazuje!

B. Puni suverenitet na celoj svojoj teritoriji Nemačka je stekla posle 3. oktobra 1990. Nemačka je konstituisana kao federalna država *Osnovnim zakonom* iz 1949. godine. Iako se verovalo i mislilo da će taj ustavni tekst biti privremen i da će biti zamenjen čim Nemci steknu puni suverenitet, u međuvremenu se shvatio da se radi o izvanrednom ustavnom tekstu, liberalne orijentacije, pa je do pr-

ve velike ustavne reforme došlo tek 16 godina posle ujedinjenja zemlje, dakle, 1. sept. 2006. godine.

Posredstvom te tzv. federalne reforme *Grundgesetz* je u masovnijoj formi izmenjen. Tada je promenjeno 25 članova OZ. Ciljevi ove federalne reforme iz 2006. bili su, inače, osiguravanje efikasnijeg odlučivanja na saveznom nivou, ali i na nivou 16 nemačkih pokrajina. Po mišljenju pravnih eksperata, nemački federalizam bio je uzor i pre ove reforme, a pogotovo je to postao posle nje, jer je poslednjim reformama osiguran efikasniji politički federalni sistem, (uprkos okolnosti da je Bajern »Freistaat« i da je »održivom konfederalnom« odnosu sa savezom), a postalo je i transparentno ko je i na kom nivou odgovoran za određene političke odluke (M. Lasić).

C. Austrija je federacija koju čine devet samostalnih Pokrajina. Odnosi između saveza i pokrajina precizno su utvrđeni i racionalizovani. Održavanje savezne države je »jeftino«, uprkos činjenici da je sprovedena decentralizacija i regionalizacija kroz teritorijalnu autonomiju dodelila relativno manji pravni značaj austrijskim pokrajinama (kao članicama federacije u odnosu na nemački primer).

D. Španski Ustav iz 1931. godine oblikuje državu koja priznaje političku autonomiju regija. To je bila država »na pola puta« između unitarističke i savezne države. Ovakvo rešenje je poznato pod nazivom Integralna država. Savremeni Ustav iz 1978, uz političke poteškoće i prepreke, omogućava stvaranje novog modela države koji podrazumeva 17 autonomnih zajednica, s veoma značajnim stepenom političke autonomije, a sve one preuzimaju zakonsku i izvršnu vlast, unutar nadležnosti koju im dodeljuju njihovi statuti autonomija, zadržavajući, po ustavnom nalogu, jedinstvo pravosuđa. Katalonski socijalizam i Baskijski separatizam značajno doprinose preoblikovanju španske centralizovane države u federalnu koncepciju društva. Ova federalistička vizija države je spojiva i s kriterijumima koje podstiče Evropska unija, kao što je princip supsidijarnosti, kome je namera da, što je moguće više, približi pojedincu centre odlučivanja. Otuda se Španija definiše često i kao regionalna država, naročito ako se imaju u vidu i njeni daleki regionalni koreni. Drugim rečima Španija »ustavno sugerira« jedan federalni model koji čini spojivim solidarnost različitih zajednica s višenacionalnim karakterom države, i shodno tome, s postojanjem zajednica koje zahtevaju priznavanje svojih vlastitih nacionalnih realnosti (Z. Marse).

E. Italiju je još u Srednjem veku činilo sedam manjih država. Istorijske regionalne specifičnosti Italije bile su u značajnoj meri uzrok uvođenju »originalnog regionalizma« Ustavom 1947. godine (Jovičić 1996: 31). Naime, jednu grupu regiona čine regioni sa posebnim statusom, a drugu grupu čine regioni s redovnim statusom. Do ovakve regionalne klasifikacije došlo je zbog toga što se priznavanje posebnog statusa zasnivalo na dvojakim razlozima. Prvu grupu čine

razlozi geografske, kulturne, privredne specifičnosti, a drugu grupu čine razlozi multilingvalne i multietničke prirode. Regioni sa redovnim statusom kao najviše pravne akte imaju statute regiona. Njihova normativna ovlašćenja nisu originerne već derivativne prirode jer ih »izvode« iz državnih zakona. Regioni sa posebnim statusom imaju kao najviše pravne akte statute donete na osnovu ustavnog zakona (to znači zakona sa jačom pravnom snagom od običnih zakona), imaju šira ovlašćenja i za njihovo korišćenje ne moraju čekati na prethodno regulisanje »materije u pitanju« državnim zakonom (Jovičić 1996: 33).

F. Ustav Srbije je izrazito centralistički projektovao teritorijalnu organizaciju vlasti. Time je, iako vremenski donet u kontekstu savremenih regionalnih trendova, ostao izvan regionalnog »main stream-a« u EU. Ustavom RS i Zakon o nadležnostima pokrajine »poveravaju« nadležnosti pokrajini i takav rigidan i restriktivan odnos prema nadležnostima pokrajina ima kontinuitet s Ustavom RS iz 1990. godine.

Šta u suštini predstavlja »poveravanje nadležnosti«?

Poverena nadležnost je negiranje teritorijalne autonomije. Poverena nadležnost je ona nadležnost koja izvorno pripada centralnoj vlasti ali koju iz razloga efikasnosti i celishdnosti centralna vlast može poveriti hijerarhijski nižim »teritorijalnim entitetima«, odnosno decentralizovanim jedinicama, zadržavajući mogućnost kontrole kako zakonitosti, tako i celishodnosti izvršavanja (poverene nadležnosti). Dakle, onu nadležnost koju centralna vlast da decentralizovanoj jedinici, ona može da joj oduzme kad hoće i ne mora nikakva objašnjenja da pruža za takvu svoju odluku.

Decentralizovana jedinica/vlast takve nadležnosti obavlja, ali joj one ne pripadaju i mogu biti uvek promenjene ili ukinute (od strane centralne vlasti). Postojeće debate oko Statuta APV i Zakona o nadležnostima pokrajine, nagoveštavaju da neprikladno instalirana teritorijalna organizacija vlasti u Ustavu može biti ne samo predmet stručnih i političkih rasprava, već – što je mnogo pogubnije za državu – uzrok ustavnih i političkih kriza, koje blokiraju privrednu i društvenu aktivnost i integrativne procese (npr. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i sl.).

Ovaj komparativan prikaz teritorijalne orgnizacije vlasti treba da prikaže koliko je teško tražiti i praviti paralelu između autonomnih statusa regija kao što je Bajern, Tirol, Katalonija ili Lombardija i Vojvodine. Autonomni status Vojvodine ima svoju specifičnost koja proizilazi iz njenih istorijskih, geopolitičkih, multikulturnih, multietničkih, multijezičkih, multikonfesionalnih i drugih osobenosti. Te osobenosti autonomne pokrajine su relevantne za ustavnu pozitivaciju teritorijalne organizacije vlasti.

RADIVOJ STEPANOV, Ph.D.,
Professor, Faculty of Philosophy,
Novi Sad

VALENTINA SOKOLOVSKA, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Philosophy,
Novi Sad

EUROPEAN (LEGAL) SPACE AND TERRITORIAL AUTONOMY

Summary

In this paper the author analyses – on concrete examples – the basic tenets of territorial autonomy in legal space of EU and of Europe in general. For the purposes of the analysis of (legal) principles on which territorial autonomy is based, the authors examine the constitutions of four European countries – Germany, Austria, Italy and Spain. Two of these countries have federal constitutions (Germany and Austria) and two have neither federal nor unitary constitutions (Italy and Spain). Serbia, on the other hand, is not a member of EU and is an extremely centralized country, with a greatly restrictive attitude towards territorial autonomy. Further presented are the comparatively examination, underlying the highly positive attitude and tendency towards territorial autonomy in the EU and, contrary to that trend, the rigid and intolerant attitude towards territorial autonomy in Serbia.

DARKO SIMOVIĆ,
DRAGUTIN AVRAMOVIĆ

KONSTITUCIONALIZOVANJE INSTITUTA VANREDNOG STANJA U USTAVIMA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

U životu svake države neminovna je pojava situacija, koje ne moraju biti prouzrokovane isključivo razlozima političkog karaktera, kada ustavni sistem ne može da funkcioniše na redovan, uobičajen način. Takve okolnosti, kada i sâm opstanak države može biti ugrožen, iziskuju određeni stepen koncentrisanja vlasti, prvenstveno zbog potrebe za brzinom reagovanja državnih organa, radi što delotvornijeg prevazilaženja postojeće krize.¹ Poremećaj izvorno proklamovane

Dr Darko Simović, docent Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.
Mr Dragutin Avramović, asistent Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

¹ Shvatajući neophodnost dodele širokih ovlašćenja državnim organima u vanrednim situacijama Jering ističe: »Ali, državna vlast... mora da ostvaruje pravo ne radi sebe same, nego radi društva, i kao što lađar baca tovar preko ograde kada je u pitanju spasavanje broda ili posade, tako i državna vlast to sme i treba da učini sa zakonom, ako je to jedini put da se društvo sačuva od teške opasnosti. To su 'spasonosna dela', kako ih jezik tačno naziva, što je oznaka koja u sebi sadrži celu njihovu teoriju: i njihovo opravdanje i njihove pretpostavke. Ma kakvu zločinačku igru da su s njima vodili nesavesni državnici, i ma koliko često da je blagodet države morala poslužiti samo kao izgovor ili plašt za apsolutističku samovolju, u samom principu se ovlašćenje državne vlasti za ove postupke može isto tako malo osporavati, kao i u gornjem slučaju brodarevo pravo da robu baci u more. Državna vlast se u tom slučaju služi *pravom nužde*, koje je dato *katastrofalnim položajem (vanrednim stanjem)*, i ono ne sme biti uskraćeno, baš kao ni privatnom licu – ona ne samo što *sme* da ga primeni, nego i *mora*. Ali to dvoje je uslovljeno: ona to *sme* onde gde *mora*«, R. Jering, *Cilj u pravu*, Podgorica, 1998, str. 187.

raspodele vlasti se nameće kao nužnost, a on se ostvaruje »najčešće u korist izvršne, a na štetu zakonodavne, a po koji put i na štetu ustavotvorne vlasti«². Istovremeno, privremeno ustanovljavanje posebnog pravnog režima u državi, po pravilu, podrazumeva i suspendovanje pojedinih ustavom zajemčenih ljudskih prava. To su oni slučajevi kada je, Montesjkjeovom rečju, »na časak, preko lica slobode potrebno prebaciti veo, kao što se prekrivaju kipovi bogova«³. Na taj način, kako je to zabeleženo u našoj teoriji, za vreme vanrednih prilika pod udarom su upravo one ustavne garancije koje čine suštinu i smisao ustava (M. Pajvančić).⁴ Međutim, i u stanjima nužde ustav treba da sačuva svoju osnovnu funkciju, ograničavajuću tako što će i u takvim okolnostima predstavljati delotvornu branu zloupotrebi državne vlasti. Budući da poremećaj ravnoteže u sistemu vlasti, usled neophodnosti njenog koncentrisanja, lišava ustavni sistem samoregulišućeg mehanizma međusobnog ograničavanja državnih organa, znatno se povećava mogućnost za zloupotrebu vlasti. Da vršenje vlasti u vanrednom stanju ne bi počivalo isključivo na veri u moralnu čestitost nosilaca vanrednih ovlašćenja, ustavotvorac treba detaljno da uredi kako razloge i postupak za uvođenje vanrednog stanja, tako i način vršenja vlasti u takvim okolnostima. Dakle, i u vanrednom stanju vršenje vlasti nije neograničeno i prepušteno arbitrnosti već se podvodi pod unapred predviđena ustavna pravila. Zbog toga se taj poseban i privremen pravni režim naziva »ustavnom diktaturom«⁵. Jasno je da termin diktatura u ovom kontekstu nema negativnu konotaciju, već da je njegovo korišćenje inspirisano svetlom tradicijom starog Rima u kome je diktatura predstavljala privremenu republikansku ustanovu u stanju državne nužde koja je bila zasnovana na plemenitoj ideji da je spas naroda vrhovni zakon (*Salus populi, suprema lex esto*). Ipak, ukoliko ustavotvorac previše detaljno pristupi regulisanju vanrednog stanja i restriktivno postavi uslove njegovog uvođenja, ustavni sistem može ostati lišen mehanizma za delotvorno i brzo prevazilaženje kriznih situacija. Jasno je da treba pronaći optimalnu ravnotežu između, sa jedne strane, legitimne i nasušne potrebe da se u kriznim situacijama spasavaju društvo i država na što brži i delotvorniji način, i s druge strane, neophodnosti da se i u takvim situacijama predupredi mogućnost zloupotrebe vlasti i da se samo u najneophodnijoj meri žrtvuju principi legaliteta i neprikosновенosti ljudskih prava koji, inače,

² M. Stefanović, *Poremećaj nadležnosti u korist izvršne vlasti usled stanja nužde*, Beograd, 1934, str. 2.

³ Š. Montesjkije, *O duhu zakona* XII 19, Beograd, 1989, i 224.

⁴ M. Pajvančić, »Ustavnost vanrednog stanja«, u: K. Čavoški (pr.), *Ustavnost i vladavina prava*, Beograd, 2000, str. 435.

⁵ M. Jovičić, *Srbija na prelomu vekova*, Izabrani spisi br. 6, Beograd, 2006, str. 344; K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica, 2005, str. 462–482.

predstavljaju neizostavne potporne stubove u zdanju pravne države. Pred ustavotvorce se, usled toga, postavlja delikatan zadatak uravnoteženja dva već pomenuta, pri tom dijametralno suprotna, zahteva budući da u slučaju vanrednog stanja pravo samo sebe suspenduje, a država na osnovu prava samoodržanja nadvladava važenje pravne norme.⁶ Zato su ustavne odredbe o vanrednom stanju veoma inspirativne za analizu jer, na ovom polju, besprekornih institucionalnih rešenja ne može biti.

UGLEDNI PRIMERI – VAJMARSKA NEMAČKA I PETA FRANCUSKA REPUBLIKA

Nimalo neuobičajeno, komparativno posmatrano, ustavotvorac Srbije od 1990. je predsednika Republike snabdeo vanrednim ovlašćenjima. Takvo institucionalno rešenje poslužilo je većem broju naših teoretičara kao povod da ovaj akt okvalifikuju nedemokratskim. Naime, kako je to pripovedao Kosta Čavoški, kreatori ustavnih rešenja su na ovaj način predsedniku Republike dodelili »izuzetnu, tako reći cezarističku vlast«⁷. Zbog ovakvih, ali i još težih, kritičkih opaski ustavna rešenja od 1990. je, radi što objektivnijeg prosuđivanja, neophodno sagledati kroz prizmu dva najupečatljivija primera iz uporednog prava kada je reč o institutu vanrednog stanja, a to su Vajmarska Nemačka i Peta francuska republika. Uostalom, očigledno je da je ustavotvorac Srbije od 1990. u nastojanju da ustanovi što delotvorniji parlamentarni sistem bio nadahnut pojedinim institucionalnim rešenjima ove dve blistave kreacije ustavnog inženjeringa.

Iako su u istoriji konstitucionalizma još u 19. veku zabeleženi slučajevi dodeljivanja vanrednih ovlašćenja šefu države u stanjima državne nužde⁸, najviši pravni akt Vajmarske Nemačke se može okvalifikovati prvim ustavom koji je republikanskom šefu države dodelio značajnija vanredna ovlašćenja. Naime, kako je to Vajmarski ustavotvorac predvideo ukoliko su javna bezbednost i red u Nemačkom Rajhu ozbiljno poremećeni ili ugroženi, predsednik Rajha može preduzeti potrebne mere za ponovno uspostavljanje javnog reda i bezbednosti (član 48. stav 2). Pri vršenju vanrednih ovlašćenja mogu biti privremeno obustavljene određene slobode i prava čoveka i građanina. Međutim, predsednik Rajha nije pot-

⁶ Videti detaljnije: K. Šmit, »Politička teologija«, u D. Basta, *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, Beograd, 2001, str. 91.

⁷ K. Čavoški, *Ustav kao jemstvo slobode*, Beograd, 1995, str. 119.

⁸ Videti: M. Stefanović, *op. cit.*, str. 3–4. O stanjima državne nužde u starijoj srpskoj ustavnosti videti: S. Orlović, »O vanrednom stanju u srpskim ustavima«, *Pravni život* br. 14/2009, str. 1004–1010.

puno slobodan u vršenju vanrednih ovlašćenja jer je, pored toga što svi njegovi akti moraju biti premapotpisani od strane Vlade, obavezan da o svim preduzetim merama odmah obavesti Rajhstag. Preduzete mere se moraju povući ukoliko to Rajhstag zatraži. Ovakvo institucionalno rešenje je omogućavalo predsedniku Rajha da donosi uredbе sa zakonskom snagom, što je po mišljenju Karla Šmita (Carl Schmitt) značilo da je Ustav uspostavio i jednog vanrednog zakonodavca *ratione temporis ac situationis*.⁹ Međutim, još od samog donošenja Vajmarskog ustava teoretičari su izražavali strepnju da bi ova vanredna ovlašćenja šefa države mogla da posluže za uspostavljanje lične vlasti. Miodrag Jovičić je, poput preovlađujućeg broja konstitucionalista, mišljenja da su institucionalna rešenja vajmarskog ustavotvorca diskreditovala institut vanrednog stanja budući da su ona poslužila predsedniku Hindenburgu (Paul von Hindenburg) da nakon požara Rajhstaga 1933. godine donese uredbu kojom je suspendovao ustavne odredbe o garantijama ljudskih prava što je bila samo uvertira za režim bezakonja koji su nacisti naknadno uveli.¹⁰

Ipak, samo na prvi pogled može delovati da su ustavne odredbe o vanrednom stanju prouzrokovale posrnuće Vajmarske Nemačke. Nema dileme da je ovaj institut u velikoj meri doprineo da ustavni sistem koliko-toliko delotvorno funkcioniše i u ambijentu visokofragmentisanog stranačkog sistema sa snažnim nedemokratskim tendencijama.¹¹ Naime, već je prvi predsednik Rajha Ebert (Friedrich Ebert) bio prinuđen da 13. marta 1920. godine posegne za vanrednim ovlašćenjima da bi ugušio Kapov puč (Wolfgang Kapp) koji je bio usmeren na vaspostavljanje monarhije. Tri godine kasnije, u novembru 1923. godine, Ebert je iznova bio u prilici da upotrebom svojih vanrednih ovlašćenja uguši još jedan puč, ovoga puta u Bavarskoj, koga je predvodio Adolf Hitler (Adolf Hitler). Nesumnjivo da su pomenute situacije u potpunosti opravdavale korišćenje vanrednih ovlašćenja budući da je predsednik Rajha bio motivisan jedino odbranom postojećeg ustavnopravnog poretka.

Međutim, primer Vajmarske Nemačke je karakterističan i po tome što su vanredna ovlašćenja šefa države poslužila za vođenje ekonomske politike. Naime, ekonomski problemi koji su zadesili ovu državu početkom dvadesetih godina prošloga veka, imali su za posledicu hiperinflaciju, do tada, nevidenih razmera. Suzbijanje inflacije tražilo je neprestano donošenje brzih ekonomskih mera. S obzirom na to da je neposredna posledica visokofragmentisanog stranačkog sistema odsustvo stabilne i disciplinovane parlamentarne većine sprovođenje ekonomskih mera putem zakonodavstva je bilo unapred osuđeno na neuspeh. Nije

⁹ K. Šmit, »Legalnost i legitimnost«, u D. Basta, *op. cit.*, str. 342.

¹⁰ M. Jovičić, *op. cit.*, str. 343.

¹¹ Više o tome: D. Simović, *Pohupredsednički sistem*, Beograd, str. 157–161.

bilo drugog izlaza nego da korišćenjem vanrednih ovlašćenja, predsednik Rajha preuzme sudbinu zemlje u svoje ruke. Tako je za vreme svog mandata, do januara 1925. godine Ebert doneo 135 dekreta. Preuzimanjem normativne aktivnosti od Rajhstaga putem vanrednih ovlašćenja predsednik Rajha je postupio na jedino mogući način. Razume se, široka upotreba vanrednih ovlašćenja je mogla da vodi njihovoj zloupotrebi jer je, usled nepostojanja stabilne parlamentarne većine, predsednikove dekrete praktično bilo nemoguće opozvati. No, iako su se pojedini dekreti mogli smatrati neustavnim jer nisu postojale formalne pretpostavke za njihovo donošenje, Ebertovo korišćenje vanrednih ovlašćenja je bilo na dobrobit države čija mu sudbina beše poverena.

Nakon relativno mirnog perioda i »zlatnih dvadesetih« Vajmarske Nemačke (1924–1929) usledila je velika ekonomska kriza uz jačanje nedemokratskih pokreta, posebno Hitlerovih nacista, na samom kraju dvadesetih godina prošloga veka. Iznova su društvene prilike nametale neophodnost predsedničke intervencije. Tako je i novi predsednik Rajha Hindenburg posezao za vanrednim ovlašćenjima radi stabilizovanja političkih i ekonomskih prilika u zemlji. Uz pet dekreta donetih 1930, predsednik Rajha je 1931. doneo 44, a 1932. godine čak 66 dekreta.¹² Zanimljivo je napomenuti da je te 1932. godine Rajhstag zasedao samo 13 dana i doneo svega pet zakona. Ovi podaci nedvosmisleno ukazuju da je šef države gotovo u potpunosti preuzeo normativnu aktivnost od Rajhstaga. Parlamentarne grupe su, budući nespremne da preuzmu odgovornost za sudbinu zemlje, prećutno prihvatale ovakav način sprovođenja ekonomskih mera. Međutim, ekonomski i politički problemi su pogodovali političkoj radikalizaciji Rajha. Za sve nedaće sa kojima se Rajh susretao Hitler je optuživao postojeći politički režim. Došlo je do neverovatnog rasta popularnosti njegove nacističke stranke, koja je na izborima jula 1932. godine postala pojedinačno najjača politička stranka. Takav razvoj političkih događaja neminovno je vodio imenovanju Hitlera za kancelara Rajha 31. januara 1933. godine. Obezbedivši parlamentarnu većinu Hitler je 23. marta iste godine inicirao donošenje Zakona o punomoćju koji dozvoljava zabranu političkih stranaka što je bila samo uvertira u zavođenje diktature i konačni slom Vajmarske Nemačke.¹³

Kako je već nagovešteno u teoriji dominira stav da su vanredna ovlašćenja šefa države doprinela krahu Vajmarskog ustavnog sistema. S druge strane, Sartori (Giovanni Sartori) je uveren da institucionalna rešenja nisu kriva za krah Vajmarske Nemačke, budući da su ona pokazala zavidan stepen delotvornosti u

¹² Navedeno prema: M. S. Shugart and J. Carey, *Presidents and Assemblies – Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, 1992, p. 70.

¹³ Više o tome: F. Lovo, *Velike savremene demokratije*, Sremski Karlovci, 1999, str. 367.

postojećim društvenim okolnostima velikih ekonomskih kriza.¹⁴ Istog stava je i Diverže (Maurice Duverger), koji je bez imalo uzdržanosti istakao da bi, imajući u vidu društveni ambijent u kome se Ustav primenjivao, Vajmarska Nemačka sa autentičnim parlamentarnim sistemom još ranije doživela slom.¹⁵ Ima u ovim rečima istine. Vajmarski ustav je ustanovio institucionalna rešenja koja su, kako je politička praksa pokazala, snabdela egzekutivu delotvornim mehanizmima koji su omogućavali nesmetano upravljanje državom i pored nestabilnih političkih i ekonomskih prilika. Društvene okolnosti su bile takve da bi neminovno potkopale svaki demokratski poredak. Nesumnjivo je da su koreni nacizma u Nemačkoj bili mnogo dublji, tako da je sasvim neprimereno optuživati institucionalni okvir za srljanje Rajha u ovo zlo.

Očigledno inspirisan institucionalnim rešenjima Vajmarske Nemačke ustavotvorac Pete francuske republike je takođe šefu države dodelio vanredna ovlašćenja koja su mu omogućavala da ostvaruje svoju najvažniju, Ustavom zajemčenu, misiju garanta »nacionalne nezavisnosti, integriteta teritorije, poštovanja sporazuma Zajednice i međunarodnih ugovora« (član 16). Međutim, od samog donošenja Ustava Pete republike, francuski konstitucionalisti su izražavali veliko nepoverenje prema ovom članu. Čini se da je u tim kritikama prednjačio Diverže, koji je pomenuti član nazvao »užasnim«¹⁶ jer je samo njegovo postojanje predstavljalo stalnu pretnju demokratskom procesu budući da je njime uspostavljen ustavni osnov za zavođenje lične vlasti. »Ova takozvana izuzetna ovlašćenja«, pisao je Vrajt (Vincent Wright), »daju predsedniku potpunu i nekontrolisanu vlast u okolnostima koje on sam određuje«¹⁷. No, namera ustavotvorca je bila sasvim drugačija. Proklamovanjem izuzetnih ovlašćenja u korist predsednika Republike, po Sulejmanovom (Ezra Suleiman) mišljenju, trebalo je otkloniti osnovni nedostatak Četvrte republike: »paralisanje izvršne vlasti pri suočavanju sa velikom nacionalnom krizom«¹⁸.

S obzirom na veliku osetljivost ovog pitanja sasvim je razumljivo to što je Ustav veoma precizno definisao stanje nužde. Tako je za vršenje vanrednih ovlašćenja neophodno kumulativno ispunjenje dva uslova: 1) da »institucije Republike, nezavisnost zemlje, integritet njene teritorije ili izvršenje međunarodnih

¹⁴ Đ. Sartori, *Upporedni ustavni inženjering*, Beograd, 2003, str. 152.

¹⁵ M. Duverger, »A New Political System Model: Semi-Presidential Government«, *European Journal of Political Research*, 8, 1980, p. 173.

¹⁶ M. Duverger, *The French Political System*, Chicago, 1958. (Navedeno prema: J. Poulard, »The French Double Executive and the Experience of Cohabitation«, *Political Science Quarterly*, Vol. 105, No. 2, 1990, p. 246).

¹⁷ V. Wright, *The Government and Politics of France*, New York, 1989, p. 21.

¹⁸ E. Suleiman, »Presidentialism and Political Stability in France«, in J. Linz and A. Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, Vol. 1, Baltimore, 1994, p. 144.

obaveza budu ugroženi na težak i neposredan način« i 2) da »redovno funkcionisanje ustavnih javnih vlasti bude prekinuto«. Dakle, ako su ispunjena ova dva uslova predsedniku Republike je ostavljena mogućnost da nakon konsultovanja sa premijerom, predsednicima domova parlamenta i Ustavnim savetom, preduzme mere koje iziskuju postojeće okolnosti. Istovremeno, predsednik Republike je obavezan da o preduzetim merama obavesti naciju putem poruke. Ustav je predsedniku Republike postavio i dva ograničenja u vršenju izuzetnih ovlašćenja: 1) preduzete mere moraju biti nadahnute željom da se ustavnim javnim organima u najkraćem roku obezbede sredstva za obavljanje njihovog zadatka, o čemu je neophodno konsultovanje Ustavnog saveta; i 2) parlament se sastaje bez posebnog poziva, pri čemu Nacionalna skupština ne može biti raspuštena za vreme vršenja izuzetnih ovlašćenja. Ovakvo rešenje je nadahnuto željom da predsednik Republike u vršenju vanrednih ovlašćenja ne bude potpuno bez kontrole jer će sve njegove akte budno pratiti domovi parlamenta kojima je ostavljena mogućnost da pokrenu postupak njegove odgovornosti zbog povrede Ustava. Razumljivo je da se svaka ustavna norma, pa i ova može zloupotrebiti, ali je bitno istaći da se ovakvim ustavnim rešenjem želela izbeći zlehuda sudbina Treće i Četvrte republike koje nisu raspolagale delotvornim mehanizmom koji je mogao da zaštiti i sačuva otadžbinu u periodima velikih kriza, kakvi su bili Drugi svetski rat i rat u Alžiru.

Daleko veće kontroverze je izazvalo uvođenje vanrednog stanja na osnovu člana 16. Ustava, 23. aprila 1961. godine, kao odgovor na vojni puč u Alžiru koji su, dva dana ranije, izvršila četiri generala francuske vojske u nastojanju da preduprede sve izvesnije priznanje nezavisnosti ovoj zemlji. Nije bilo dileme da je taj čin vojnih komandanata u Alžiru na težak i neposredan način ugrozio institucije Republike, što je bio prvi uslov za primenu vanrednih ovlašćenja. Međutim, ne može se reći da su novonastale okolnosti prekinule redovno funkcionisanje javnih vlasti što je dovelo u pitanje ustavnost proglašenja vanrednog stanja budući da je najviši pravni akt Francuske predvideo kumulativno ispunjenje oba uslova. Ipak, onovremeni francuski predsednik, De Gol (Charles de Gaulle), je nastavio sa primenom vanrednih ovlašćenja po prestanku postojanja i prvog uslova za njihovu primenu. Naime, puč je bio ugušen već 25. aprila, a vanredno stanje je ostalo na snazi sve do 29. septembra iste godine. Dakle, De Gol je zloupotrebio ustavne norme, ne samo pri uvođenju vanrednog stanja, već i u pogledu njegovog trajanja, jer je samovoljno produžio primenu vanrednih ovlašćenja iako se to direktnoj kosilo sa ustavnim rešenjem da preduzete »mere moraju biti nadahnute željom da se ustavnim javnim organima u najkraćem roku obezbede sredstva za obavljanje njihovog zadatka«. Da je De Gol iskoristio mogućnosti koje mu pružaju vanredna ovlašćenja može da posvedoči činjenica da je za to vreme izdao 16 uredbi kojima je značajno zadirao u neprikosnovenu sferu ljuds-

kih i građanskih prava (proširena su ovlašćenja policije i sudova, uspostavljena su dva specijalna vojna suda, zabranjivane su određene publikacije itd).¹⁹ Privodeći kraju priču o Petoj francuskoj republici, može se zaključiti da je, bez obzira na zloupotrebu vanrednog stanja koja doduše nije imala dalekosežne štetne posledice po francusku demokratiju, dobrobit od postojanja jednog takvog instituta neuporedivo veća. Naime, institut vanrednog stanja predstavlja jemstvo da država raspolaže delotvornim mehanizmom za brzim prevazilaženjem kriznih situacija, čime se nisu mogli pohvaliti ustavni sistemi Treće i Četvrte republike.

INSTITUT VANREDNOG STANJA U USTAVU SRBIJE OD 1990. GODINE

Prema Ustavu Srbije od 1990. predsednik Republike, na predlog Vlade, kada su na delu teritorije Republike ugroženi bezbednost Republike Srbije, slobode i prava čoveka i građanina ili rad državnih organa, proglašava vanredno stanje i donosi akte za preduzimanje mera koje takve okolnosti iziskuju, u skladu sa Ustavom i zakonom (član 83. tačka 8). Kako je već istaknuto, ovakvo institucionalno rešenje je naišlo na žestoku kritiku u našoj teoriji zato što ustavotvorac istovremeno nije predvideo i delotvorne mehanizme koji bi predupredili moguću zloupotrebu državne vlasti. Miodrag Jovičić je primetio da mogućnost predsednika Republike da proglašava vanredno stanje jedino na predlog Vlade nije predstavljala dovoljno obezbeđenje od eventualnog predsednikovog arbitrarnog postupanja.²⁰ Po njegovom mišljenju, za proglašenje vanrednog stanja je trebalo predvideti premapotpis predsednika Vlade, ako ne i svih članova Vlade.

Međutim, ne treba gubiti iz vida činjenicu da predsednikovo pravo proglašenja vanrednog stanja nije samostalno, već da je uslovljeno predlogom Vlade. Donošenje odluke o tako važnom pitanju ustavotvorac nije poverio jednom organu, nego je predvideo da je za procenu ispunjenosti materijalnih uslova za proglašenje vanrednog stanja neophodna saglasnost dva, međusobno nezavisna, organa, neposredno izabranog šefa države i vlade izabrane od strane predstavničkog tela. Bitno je naglasiti da Vlada, koja predlaže proglašenje vanrednog stanja, proizlazi iz parlamentarne većine i da reprezentuje njenu volju. U tom smislu, ukoliko ne dela u duhu politike koju podržava parlamentarna većina, Vlada rizikuje da bude pozvana na odgovornost. Tako se na posredan način i volja predstavničkog tela ugrađuje u odluku o proglašenju vanrednog stanja. Takođe,

¹⁹ J. Huber, *Rationalizing Parliament*, Cambridge, 1998, pp. 234–235.

²⁰ M. Jovičić, *Srbija na prelomu vekova*, Izabrani spisi br. 6, Beograd, 2006, str. 344.

Vlada je u organizacionom i u funkcionalnom smislu u potpunosti nezavisna od šefa države, tako da je njen predlog za proglašenje vanrednog stanja dovoljno jemstvo da odluka o ovom osetljivom pitanju neće biti prepuštena arbitrarnoj proceni pojedinca. Dakle, u postupak donošenja odluke o proglašenju vanrednog stanja uključene su obe glave egzekutive, koje pri tom imaju nezavisne političke legitimitete, što bi trebalo da doprinese sužavanju mogućnosti za zloupotrebu ovog instituta. Nesumnjivo je, posebno u ambijentu visokofragmentisanog stranačkog sistema koji, po pravilu, odlikuje tranzicione države, da šef države i premijer mogu biti iz različitih političkih stranaka, pa usled toga mogu imati i potpuno različite i nepomirljive stranačke programe i interese i, samim tim, različit odnos prema ključnim političkim odlukama. S obzirom na to da dve glave egzekutive mogu imati ne samo različitu procenu ispunjenosti uslova za proglašenje vanrednog stanja, već i da se mogu rukovoditi isključivo uskim stranačkim interesima, jasno je da ovakvo institucionalno rešenje ne zajemčuje donošenje odluke o proglašenju vanrednog stanja, čak i u slučaju da je to u potpunosti opravdano. Imajući u vidu da stav nosilaca izvršne vlasti o ispunjenosti uslova za proglašenje vanrednog stanja može biti osnov jedino za političku odgovornost, nesumnjivo je da će donošenje odluke o jednom tako važnom pitanju biti, nažalost, propuštanom i kroz prizmu trenutne uskostranačke političke celishodnosti.

Da bi se u što većoj meri predupredile mogućnosti za zloupotrebu državne vlasti, ustavotvorac je predvideo da se Narodna skupština sastaje bez posebnog poziva u slučaju uvođenja vanrednog stanja (član 79. stav 4). Na taj način, vršenje vanrednih ovlašćenja predsednika Republike će neprestano biti pod budnim okom predstavničkog tela. Povrh svega, ne sme ostati izostavljeno da je predsednik Republike bio neposredno odgovoran građanima i da je mogao biti opozvan sa dužnosti u slučaju povrede Ustava (član 88).

Ustavotvorac Srbije od 1990. nije odredio vremensko dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja. U tom smislu, nije predviđeno maksimalno trajanje vanrednog stanja, što znači da bi ono moglo da traje sve dok postoje okolnosti koje su izazvale njegovo proglašenje. Bez obzira na to što se u uporednom pravu sreću i ustavna rešenja prema kojima se vremensko važenje odluke o proglašenju vanrednog stanja uopšte ne ograničava, čini se da u teoriji dominira stav da ustavotvorac treba da maksimalizuje trajanje vanrednog stanja da bi i na taj način suzio prostor diskrecionoj oceni organa koji o tome odlučuje. Određivanje vremenskog dejstva odluke o proglašenju vanrednog stanja bi bila samo još jedna od mogućih prepreka za zloupotrebu ovog instituta. Međutim, sama priroda ovog instituta je takva da podrazumeva ustanovljavanje privremenog posebnog pravnog režima zbog pojave nepredviđenih okolnosti koje mogu da ugroze ne samo redovno funkcionisanje sistema vlasti, već i sam opstanak države. Dakle, vre-

mensko ograničavanje trajanja vanrednog stanja protivreči samoj institucionalnoj logici ovog instituta zbog same prirode nepredviđenih okolnosti čije se trajanje unapred ne može znati. Uostalom, može se zapaziti da predviđanje vremenskog dejstva odluke o proglašenju vanrednog stanja može dati legitimitet nosiocima vanrednih ovlašćenja da u okviru ustavom proklamovane vremenske dimenzije maksimalno produže trajanje ovog posebnog i privremenog pravnog režima, iako su u međuvremenu prestale da postoje okolnosti koje su izazvale njegovo proglašenje. No, sa druge strane, ukoliko ustavotvorac ne konstitucionalizuje vremensko dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja, sasvim opravdano se može pojaviti bojazan da će od privremenog i izuzetnog vanredno stanje prerasti u permanentan pravni režim.²¹ Zato se kao optimalno može smatrati rešenje koje vremenski ograničava dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja, pri čemu se dopušta njegovo produženje ukoliko i dalje postoje izuzetne okolnosti koje onemogućavaju redovno funkcionisanje sistema vlasti. Na taj način, donosilac odluke o proglašenju vanrednog stanja je u obavezi da nakon određenog vremenskog intervala preispituju opravdanost korišćenja ovog instituta, što je još jedna od mogućih ustavnih brana protiv mogućih zloupotreba. Manje delotvornim se mogu smatrati neodređene formulacije koje ne maksimalizuju vremensko dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja, a koje, pri tom, nosiocima vanrednih ovlašćenja nameću obavezu da, kao što je to učinio francuski ustavotvorac Pete republike, preduzete mere budu nadahnute željom da se u najkraćem roku obezbedi redovno funkcionisanje sistema vlasti. Kada treba konstitucionalizovati institut vanrednog stanja pred ustavotvorcima neprestano lebdi dilema da li dati primat pragmatičnosti i veri u moralnu čestitost nosilaca vanrednih ovlašćenja ili precizno i detaljno urediti ovaj institut, suziti prostor za arbitrnost, ali, pri tom, i vezati ruke nosiocima vanrednih ovlašćenja. Istine radi, ustavotvorac Srbije od 1990. je vršenje vanrednih ovlašćenja od strane predsednika Republike, iako nije vremenski ograničio, podveo pod parlamentarnu kontrolu, budući da se Narodna skupština sastaje bez posebnog poziva u slučaju proglašenja vanrednog stanja. Uostalom, neposredan politički legitimitet kojim raspolaže i odgovornost kojoj podleže treba da budu uverljiva jemstva da predsednik Republike neće posegnuti za zloupotrebom vanrednih ovlašćenja. Nesumnjivo je da su u višestranačkom sistemu politički akteri prinuđeni da dobro promisle o svakom svom potezu, budući da je biračko telo nemilosrdno i da na izborima ne prašta greške.

No, ustavotvorac nije propustio da ustanovi teritorijalno dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja. Čini se da je ustavotvorac bio jasan kada je predvideo da vanredno stanje može biti proglašeno samo na delu teritorije Republike

²¹ Videti: D. Avramović, *Kad vanredno stanje postaje redovno*, Pravni život, br. 14/2008, str. 509–529.

Srbije, budući da je na različitim mestima dva puta izrazio takav stav (član 79. stav 4; član 83. tačka 8). Ovakvo opredeljenje može biti posledica nastojanja da se smanje mogućnosti za zloupotrebu ovog instituta, jer bi samo na jednom delu teritorije važio poseban pravni režim, dok bi se na preostalom delu teritorije odvijao normalan politički život, a obavljanje vanrednih ovlašćenja bi zato bilo pod neometanim i neprestanim nadzorom kako javnog mnjenja, tako i političke opozicije. Nažalost, za vreme trajanja Ustava od 1990, Republika Srbija je iskusila primenu odredaba o vanrednom stanju. Atentat na premijera Republike Srbije, Zorana Đinđića, 12. marta 2003. godine poslužio je kao povod za proglašenje vanrednog stanja. Najviše nedoumica izazvalo je pitanje koje je na prvi pogled sasvim jasno, a to je da li vanredno stanje može da bude uvedeno na celoj teritoriji zemlje. Ovo pitanje pokrenula je Odluka o proglašenju vanrednog stanja, kojom je ustanovljen poseban pravni režim na čitavoj državnoj teritoriji, razume se, sa izuzetkom Kosova i Metohije koje je bilo pod upravom međunarodne zajednice.²² Dilemu da li je Odluka o proglašenju vanrednog stanja na celoj državnoj teritoriji u skladu sa Ustavom, mogao je da otkloni samo Ustavni sud. Međutim, kontradiktornost i neusaglašenost tadašnjeg ustava i ostalih propisa²³ je samo dodatno usložnjavala posao koji je stajao pred ovim organom.

Ustavni sud je stao na stanovište da Ustav, iako eksplicitno ne navodi mogućnost uvođenja vanrednog stanja na teritoriji cele zemlje, on to podrazumeva. Jer, ukoliko bi se tražio oslonac u striktnom jezičkom tumačenju, to bi značilo da država može reagovati samo kada je napadnut jedan deo njene teritorije, a da postaje nemoćna kada je ugrožena cela teritorija. »Zbog toga, ustavotvorac eksplicitne ne navodi mogućnost proglašenja vanrednog stanja na teritoriji cele zemlje, uzimajući je za 'samorazumljivost'. Ukoliko je početno dejstvo uzroka vanrednog stanja ograničeno na deo državne teritorije, onda je 'logično' da u slučaju njihovog prostiranja, bilo odmah bilo naknadno, na celokupnu državnu oblast i ta oblast u celini bude proglašena alarmantnom, bilo odmah, bilo nakon neuspeha njenog teritorijalnog 'lokalizovanja'... Između delimičnog i potpunog teritorijalnog prostiranja vanrednog stanja ne postoji odnos suprotnosti, tj. isključenja, nego postoji odnos srazmernosti i postupnosti državne reakcije.«²⁴ Takva situacija bi zaista bila apsurdna, i s pomenutim tumačenjem je teško ne složiti se, ali ovaj

²² Odluka o proglašenju vanrednog stanja, »Službeni glasnik RS«, br. 21/03.

²³ Ustav Republike Srbije od 1990. govori o ugrožavanju određenih vrednosti na »delu teritorije Republike Srbije« (član 83. tačka 8), Zakon o merama za slučaj vanrednog stanja od 1991. predviđa »proglašenje vanrednog stanja na delu teritorije Republike Srbije« (član 2. stav 1), dok Zakon o odbrani od 1994. ističe da se vanredno stanje proglašava »za celu zemlju«, a izuzetno dopušta i mogućnost da se vanredno stanje proglasi i na delu teritorije (član 5. stav 1. i 2).

²⁴ D. Stojanović, *Mišljenje o ustavnosti i zakonitosti propisa o vanrednom stanju u predmetu IU-93/2003.*

slučaj još jednom opominje kakve posledice mogu izazivati rešenja u kojima ustavopisac nije dovoljno precizan. Zbog toga, naše minulo ustavnopravno iskustvo ukazuje da pitanje teritorijalnog važenja odluke o proglašenju vanrednog stanja ne treba prepuštati tumačenju ili normiranju propisima manje pravne snage od ustava.

Može se zapaziti da je zbog ustavotvorčevog, inače pohvale vrednog, nastojanja da tekst najvišeg pravnog akta bude koncizan, i institut vanrednog stanja uređen lapidarno. Ostalo je mnogo nejasnoća i nedorečenosti u vezi sa materijalnim i formalnim uslovima za proglašenje vanrednog stanja. Dosadašnje komparativno iskustvo nedvosmisleno ukazuje na neophodnost što potpunijeg konstitucionalizovanja ovog instituta, budući da njegovo otelovljenje u praksi može imati dalekosežne posledice po suštinske elemente pravne države, kao što su načela legaliteta i neprikosnovenosti ljudskih prava. Nesumnjivo da je najveći propust ustavotvorca to što nije ustanovio poseban pravni režim ljudskih prava za vreme vanrednog stanja. Naime, Ustav nije predvideo postojanje apsolutno zajemčenih ljudskih prava koja moraju da ostanu neprikosnovena i pri vršenju vanrednih ovlašćenja. U tom smislu, Ustav od 1990. nije bio saglasan standardima Pakta o građanskim i političkim pravima, koji je naša zemlja ratifikovala još 1971. godine, a koji ne dopušta odstupanja od pojedinih, apsolutno zaštićenih prava.²⁵

Iskustva Vajmarske Nemačke i Pete francuske republike, kada je o institutu vanrednog stanja reč, opominju da se institucionalna rešenja na ovom polju ne mogu analizirati izvan društvenog miljea u kome su doneta. Upravo iz tog razloga, kada se daje konačna ocena o tekstu Ustava Republike Srbije od 1990, moraju se imati u vidu okolnosti koje su nametale određena institucionalna rešenja. Naime, s obzirom na sve izvesniji raspad SFRJ ustavotvorac je nastojao da uspostavi delotvorne institucionalne mehanizme za delovanje u vanrednim prilikama. Jasno je da vanredne okolnosti zahtevaju brzo reagovanje i koncentrisanje vlasti, a komparativno najučestalije rešenje je da neposredno izabran šef države bude organ kome se poveravaju vanredna ovlašćenja. Nesumnjivo je da vanredna, kao i sva druga ovlašćenja, mogu biti zloupotrebljena. Ipak, osnovni zadatak svakog ustavotvorca je da, bez krutog robovanja pojedinim teorijskim premisama, u datom istorijskom kontekstu stvori što delotvorniju organizaciju vlasti. Čuvena maksima Tomasa Pejna (*Thomas Paine*) da je najbolja ona vlast u kojoj ima najmanje vlasti, može biti prihvaćena samo u okolnostima kada nije ugrožen opstanak države i redovno funkcionisanje njenih institucija. Stoga, mudar i obazriv ustavotvorac je morao imati sluha za onovremene društveno-političke okolnosti koje su nagoveštavale potpunu dezintegraciju ne samo savezne države, već i Re-

²⁵ M. Pajvančić, *Srbija između ustava i ustavnosti*, Beograd, 2005, str. 119.

publike Srbije, te je unapred predvideo institucionalne mehanizme koji bi omogućili opstanak i funkcionisanje Republike Srbije kao samostalne države. Predstavničko telo bez postojane i stabilne parlamentarne većine nije moglo biti dovoljno uverljiv jemac da je odluku o tako važnom pitanju, kao što je vanredno stanje, moguće doneti brzo. Zato je šef države, kao inokosni organ neposredno izabran od građana, mogao biti jedini izbor ustavotvorca kada je reč o organu nadležnom za donošenje odluke o proglašenju vanrednom stanju.

Preostaje da zaključimo da je dodeljivanje vanrednih ovlašćenja šefu države samo jedan od elemenata racionalizacije parlamentarizma, jer je ustavotvorac očigledno nastojao da stvori što delotvorniji sistem vlasti u ambijentu još mladog, nekonsolidovanog i nestabilnog demokratskog sistema. Dilema da li su vanredna ovlašćenja predsednika Republike izvorno bila ustanovljena da bi utirala put ličnoj vlasti ostaje bez osnova ako se ima u vidu da ona pripadaju »kategoriji rezervnih ovlašćenja«²⁶, koja su se mogla vršiti samo u slučaju promene državnog statusa Republike Srbije. Naime, s obzirom na to da je Republika Srbija sve do obrazovanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora 2003. godine imala status federalne jedinice u okviru jugoslovenske federacije, uvođenje vanrednog stanja je bilo u nadležnosti federalne vlasti, dakle izvan delokruga nadležnosti predsednika Republike Srbije.

INSTITUT VANREDNOG STANJA U USTAVU SRBIJE OD 2006. GODINE

Negativno iskustvo Republike Srbije sa institutom vanrednog stanja je ukazalo na neophodnost da se ovo pitanje u još mladim i nekonsolidovanim demokratskim sistemima mora urediti minucioznije i znatno preciznije. Doista, za razliku od prethodnog ustavotvorca koji je institut vanrednog stanja smestio u okviru nadležnosti predsednika Republike, ustavotvorac od 2006. je ovaj institut izdvojio u poseban član, u okviru osmog dela pod naslovom »Ustavnost i zakonitost«, posvetivši mu, pri tom, daleko više prostora (član 200). Utisak je, bar na prvi pogled, da je institut vanrednog stanja ovog puta detaljnije i adekvatnije normiran. Da li je i zaista tako moguće je reći tek nakon iscrpnije analize ustavnih rešenja od 2006.

Već na prvom koraku, kada je reč o materijalnim uslovima za uvođenje vanrednog stanja, uočljiva je razlika u odnosu na minula ustavna rešenja. Naime,

²⁶ Više o tome: R. Marković, »Moć i nemoć predsednika Republike Srbije«, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, 2004, str. 333.

Ustav od 2006. je predvideo da Narodna skupština proglašava vanredno stanje kada javna opasnost ugrožava opstanak države ili građana (član 200. stav 1). Kako se može zapaziti, s punim pravom opominje Ratko Marković, »osnov za proglašenje vanrednog stanja izražen je u neodređenim pojmovima »javna opasnost«, koja »ugrožava opstanak države ili građana«, što je već prostor u kojem su moguće zloupotrebe«²⁷. Ipak, može se primetiti da je formulacija materijalnih uslova za uvođenje vanrednog stanja najvećim delom preuzeta iz međunarodnih akata koji uređuju ovo pitanje, prvenstveno iz Evropske konvencije o ljudskim pravima čiji je vokabular i prekopiran. Zbog toga je pri tumačenju i preciziranju pravnog standarda »javna opasnost«, neophodno uzimati u obzir i sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, čime se otvara mogućnost da se i u primeni naše pravo najneposrednije uskladi sa evropskim standardima.²⁸ Dakle, ne samo na normativnom nivou, već i na nivou tumačenja i sudske prakse. S obzirom na to da su ratifikovani međunarodni ugovori sastavni deo unutrašnjeg prava i da se neposredno primenjuju (član 16. Ustava), utoliko su i stavovi tog suda relevantni pri određivanju ovog pojma, a pogotovo imajući u vidu to da njegova praksa odlazi korak dalje u preciziranju pojedinih pravnih standarda, što neminovno doprinosi uvećanju pravne sigurnosti.

Kako je već istaknuto, za razliku od prethodnog ustava prema kome je predsednik Republike bio ovlašćen za donošenje odluke o vanrednom stanju, sadašnjim ustavnim rešenjem ta nadležnost je poverena Narodnoj skupštini. Ovakvo rešenje je nesumnjivo više demokratsko, ukoliko se ovaj pojam uopšte može gradirati, jer je predstavničko telo najpotpuniji i najbolji reprezent biračkog tela kao nosioca suverenosti, pa se primarna nadležnost legislative teorijski zaista snažno može pravdati. Međutim, ostaje sporno pitanje efikasnosti odlučivanja u toj delikatnoj stvari, zbog čega se neki teoretičari, kao Kamijeva (Geneviève Camus), opredeljuju za drugu krajnost – isključivu nadležnost izvršnih organa vlasti.²⁹ Problem brzine reagovanja se naročito zaoštava u uslovima višestranaštva i teškog postizanja političkog konsenzusa, koji često zavisi od niza okolnosti koji

²⁷ R. Marković, »Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled«, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2006, str. 37–38.

²⁸ Tumačeći član 15. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava je pravni standard »druga javna opasnost«, koji je materijalni uslov za uvođenje vanrednog stanja i odstupanje od određenih zajemčenih sloboda i prava građana, precizirao tako da opasnost mora biti stvarna ili neminovna, da njeno dejstvo mora osetiti cela nacija, da nastavak organizovanog života zajednice mora biti ugrožen i da kriza ili opasnost moraju biti izuzetni u tom smislu da normalne mere ili ograničenja nisu adekvatni. Ovaj stav je Sud zauzeo u vezi sa tzv. *Greek Case*, videti bliže i H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, London–Sydney 2002, p. 88; M. Pau-nović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Beograd, 2007, str. 146.

²⁹ Videti: G. Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, 1965, p. 259–260.

nemaju neposredne veze sa predmetom odlučivanja. Zbog toga i sadašnje rešenje, kao i prethodno koje je trpelo izvesne kritike, ostavlja niz otvorenih pitanja. Drugim rečima, i jedna i druga solucija imaju svoje prednosti i mane, pa se nameće nedoumica kako postići blagovremenost i delotvornost odluke, a istovremeno zadovoljiti i kriterijum reprezentativnosti? Ovakvi zahtevi su teško pomirljivi, ali to nije specifikum koji je mučio samo naše ustavotvorce, nego predstavlja opštu aporiju, iz koje se izlazi samo manje ili više bezbolno, sa sumnjičavom nadom da je to rešenje najpovoljnije za društvo koje treba da se štiti.

Do koje je mere problem moguće neefikasnosti prilikom odlučivanja o uvođenju vanrednog stanja opterećivao našeg ustavopisca, na svojstven način ilustruje i činjenica da je on osećao potrebu da u više navrata i na različitim mestima insistira (prema nekim mišljenjima čak i nepotrebno³⁰) da se za vreme vanrednog stanja Narodna skupština sastaje bez posebnog poziva i da ne može biti raspuštena. Doista, pored centralnog mesta gde se takvo normiranje podrazumeva (odredbe koje se nalaze pod naslovom »Vanredno stanje« u članu 200), norme sa istom sadržinom se sreću još i u članu 106. stav 4. (»Narodna skupština sastaje se bez poziva posle proglašenja ratnog ili vanrednog stanja«), kao i u članu 109. stav 4 (»Narodna skupština ne može biti raspuštena za vreme ratnog ili vanrednog stanja«), koji se odnose na Narodnu skupštinu. Činjenica da u odredbama koje se odnose na ratno stanje (član 201) nije eksplicitno propisano da se Narodna skupština sastaje bez poziva i da ne može biti raspuštena, nego se to čini na drugom mestu, može dovesti do pogrešnog utiska da se ova zabrana raspuštanja odnosi samo na vanredno, a ne i na ratno stanje.³¹

Slede i druga otvorena pitanja, na koja nije lako dati sasvim zadovoljavajućim odgovor. Ako Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane (do čega često mogu dovesti izuzetne prilike), prema sadašnjem ustavnom rešenju, odluku o vanrednom stanju zajednički donose predsednik Republike, predsednik Narodne skupštine i predsednik Vlade (član 200. stav 5). Takva odluka se uslovljava naknadnom potvrdom u Narodnoj skupštini u roku od 48 sati od njenog donošenja, odnosno čim ona bude u mogućnosti da se sastane. U suprotnom, odluka prestaje da važi završetkom prve sednice Narodne skupštine održane posle proglašenja vanrednog stanja (član 200. stav 8). No, na tom mestu Ustav pravi razliku između vanrednog i ratnog stanja, na čiju problematičnost se s pravom ukazuje u

³⁰ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2006, str. 740, s pravom ističe da nije neophodno da se ta ideja ponovi na tri mesta, ali je to očigledno predstavljalo posledicu osećaja zakonodavca da će višestrukim ponavljanjem iste misli ojačati željeno rešenje i otkloniti sve nesporazume i otkloniti potrebu za tumačenjem, ukoliko bi do njih moglo doći u kritičnim trenucima.

³¹ Videti M. Pajvančić, G. Vukadinović, »Legal State, the Constitution and the State of Emergency«, *Pravni život*, 14/2007, str. 316.

našoj teoriji (G. Vukadinović, M. Pajvančić). Naime, nije jasno šta je motivisalo ustavotvorca da ustanovi obavezu da odluku o vanrednom stanju, koju bi donela pomenuta tri državna funkcionera, potvrđuje Narodna skupština, dok se za istu takvu odluku o proglašenju ratnog stanja ne traži naknadna potvrda od strane Narodne skupštine.³²

Međutim, kako sva tri predstavnika državne vlasti, u uslovima nepostojanja stabilne parlamentarne većine, po pravilu potiču iz različitih stranaka, koje mogu imati potpuno različite i nepomirljive stranačke programe i interese i, samim tim, različit odnos prema ključnim političkim odlukama, lako se može naslutiti da bi mogao iskrsnuti problem punog konsenzusa prilikom proglašavanja vanrednog stanja. Ukoliko bi jedan od tri ključna državna organa za donošenje odluke o uvođenju vanrednog stanja odbio da dâ saglasnost, odluka ne bi mogla biti doneta, bez obzira na to što bi tako nešto mogla da iziskuje hitnost situacije u kojoj se država nalazi. Mora se pokazati puno razumevanje za nastojanje da se jedna tako važna odluka donosi uz potpuni konsenzus svih političkih činilaca, jer bi to i politički i teorijski predstavljalo idealan ishod. Problem jedino ostaje na praktičnom planu. I baš zbog tih, pragmatičnih potreba, a pogotovo s obzirom na to da u svakom slučaju konačnu reč ima Narodna skupština, može se reći da je staro rešenje bilo pragmatičnije i efikasnije.

Kolektivno odlučivanje tri državna funkcionera o ovom pitanju otvara i niz drugih praktičnih pitanja, na koja sam Ustav ne daje odgovore. Jedno od najdelikatnijih je vezano za uslove pod kojima nastupa mogućnost da o uvođenju vanrednog stanja odlučuje ova »trojka«, a ne Narodna skupština. Ključna je tema ko procenjuje da Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane i ko daje mandat »trojci« da pristupe donošenju ove odluke. I ovo je pitanje u našoj doktrini već otvoreno, ali jasnih odgovora nema, tako da bi ono moglo u praksi postati veoma sporno.³³ Međutim, ovakve primedbe čine se suvišnim, s obzirom na to da Ustav kao najopštiji pravni akt najveće pravne snage ne može detaljno da reguliše sva pitanja koja život može nametnuti.

Zbog svega toga, umesna je primedba da se ovlašćenje za donošenje odluke o uvođenju vanrednog stanja kada Narodna skupština ne može da se sastane, veže za jednog državnog funkcionera, odnosno predsednika države (kao u Ustavu od 1990), naravno uz sudelovanje još nekog državnog organa, makar prilikom predlaganja odluke ili naknadne potvrde, što bi predstavljalo branu arbitrarnoj i subjektivnoj proceni pojedinca. Uostalom, uloga predsednika Narodne skupštine u trojstvu koje je predviđeno postojećim Ustavom, takođe može biti veoma diskutabilna: »Posebno je pod velikim znakom pitanja uključivanje predsednika Na-

³² M. Pajvančić, G. Vukadinović, *op. cit.*, str. 316.

³³ *Ibid.*

rodne skupštine u donošenju odluke o proglašenju kako vanrednog tako i ratnog stanja, jer mu se tako daje ovlašćenje koje on može samostalno (bez prethodnog odlučivanja u Narodnoj skupštini) obavljati. Predsednik Narodne skupštine nije što i Narodna skupština, on je samo predsedavajući kolegijalnog organa i njegov stav se čak može razlikovati od stava skupštinske većine.«³⁴

Problem se još više komplikuje ukoliko bi se u vezi s tim postavilo i pitanje zašto u donošenju ove odluke ne sudeluju i predstavnici sudske vlasti, ako je već nadležnost za uvođenje vanrednog stanja podeljena između nosilaca kako izvršne, tako i zakonodavne vlasti. Takvo rezonovanje ima u vidu okolnost da su u sistemu podele vlasti sve tri grane vlasti ravnopravne, pa bi utoliko moglo biti umesno otvoriti pomenutu dilemu. Ipak, već i sama bazična ideja o nezavisnosti sudstva može objasniti razloge zbog kojih ustavotvorac nije uveo sudsku vlast u odlučivanje o ovom pitanju, kao i zbog čega takvo rešenje nije uobičajeno ni u uporednom pravu. S obzirom na to da se od sudija zahteva distanciranje od politike,³⁵ a kako odluka o uvođenju vanrednog stanja po pravilu ima svoju dvostruku prirodu – i pravnu i političku,³⁶ moglo bi biti sporno uključivati sudsku vlast i predvideti sudelovanje u donošenju jedne takve odluke. Ovo razmišljanje, ali iz drugih razloga, bi se moglo odnositi i na Ustavni sud, koji bi eventualno mogao učestvovati preko svog predsednika u donošenju te odluke, s obzirom na to da je Ustavni sud na kraju ovlašćen da se izjašnjava o ustavnosti i zakonitosti uvedene odluke vanrednog stanja, pa bi se time narušio princip *nemo iudex in causa sua*.

U našoj teoriji je ukazano na još jednu važnu nekonzistentnost ustavne distinkcije između vanrednog i ratnog stanja.³⁷ Ona se odnosi na pitanje načina na koji odlučuje Narodna skupština o tim pitanjima. Ustavotvorac je, nabrajajući izuzetne slučajeve u kojima se zahteva apsolutna većina, propustio da tu uključi i donošenje odluke o proglašenju ratnog stanja, a naveo je proglašenje vanrednog stanja (član 105). Iz toga bi se moglo zaključiti da je za uvođenje ratnog stanja dovoljna prosta većina, koja se po pravilu primenjuje pri odlučivanju u Narodnoj skupštini. Zašto je to tako, teško je reći. Nije jasno da li je u pitanju omaška ili svesna odluka ustavopisca, ali u svakom slučaju to očigledno predstavlja jedan

³⁴ R. Marković, *op. cit.*, str. 741–742. Naravno, ista ova argumentacija bi važila i za predsednika vlade.

³⁵ Ustav Srbije predviđa: »Zabranjeno je političko delovanje sudija.« (član 152. stav 1).

³⁶ Vanredno stanje nije tek samo pragmatični, politički fenomen, kako se na njega često gleda u pravnoj teoriji, već je u pitanju jedan osoben, granični pravni problem. S jedne strane, dakle, vanredno stanje predstavlja pojavu koja ulazi u sferu pravnog poretka i koja iz njega izrasta, dok se, s druge strane, ono može tumačiti kao spoljašnji, vanpravni, u osnovi politički institut. O tome videti više: G. Agamben, *State of Exception*, Chicago–London, 2005, p. 22–23.

³⁷ M. Pajvančić, G. Vukadinović, *op. cit.*, 317.

od elemenata kroz koje se iskazuje nastojanje da se u Ustav uvede razlikovanje vanrednog i ratnog stanja.

Teritorijalno važenje odluke o proglašenju vanrednog stanja nije eksplicitno određeno, ali se može zaključiti da dolaze u obzir obe uobičajene solucije, zavisno od razloga koji je povod uvođenju – ili na delu teritorije ili na celoj teritoriji države. Međutim, ovo pitanje je trebalo eksplicitno rešiti u samom tekstu Ustava, s obzirom na negativna iskustva iz bliske prošlosti. S druge strane, ustavotvorac je vrlo precizan kada je u pitanju temporalno određenje dejstva odluke o uvođenju vanrednog stanja. Naime, odluka o vanrednom stanju važi najduže 90 dana, s tim da Narodna skupština može produžiti važenje odluke za još 90 dana (član 200. stav 2). Pojedini autori smatraju da je to predug period, koji, dakle, može ukupno trajati pola godine.³⁸ Ipak, vremensko limitiranje važenja ove odluke predstavlja veoma važnu prepreku mogućim zloupotrebama ovog instituta, pa makar i sa ne potpuno primerenim rokom. Doduše, u uporednom pravu sreću se i ustavna rešenja prema kojima se vremensko važenje odluke o proglašenju vanrednog stanja uopšte ne ograničava.³⁹ Imajući to u vidu čini se da rešenje u našem Ustavu pronalazi dobru meru s obzirom na sve moguće negativne posledice odsustva bilo kakvog vremenskog ograničenja, kao i očekivani maksimalni rok da se stanje nakon uvedenog vanrednog stanja stabilizuje.

Za razliku od prethodnog ustava koji ne poznaje poseban režim ljudskih prava u vanrednom stanju, Ustav Republike Srbije od 2006. ovom pitanju posvećuje značajniji prostor. Naime, proglašavajući vanredno stanje Narodna skupština može propisati mere kojima se odstupa od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava (član 200. stav 4). Međutim, kad Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, mere kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava može propisati Vlada, uredbom, uz supotpis predsednika Republike (član 200. stav 6). Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava koje propišu Narodna skupština ili Vlada važe najduže 90 dana, a po isteku ovog roka mogu se obnoviti pod istim uslovima (član 200. stav 7). Kad mere kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava nije propisala Narodna skupština, Vlada je dužna da uredbu o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava podnese na potvrdu Narodnoj skupštini u roku od 48 sati od njenog donošenja, odnosno čim Narodna skupština bude u mogućnosti da se sastane. U suprotnom, mere odstupanja prestaju da važe

³⁸ Videti R. Marković, *op. cit.*, str. 740.

³⁹ Primer za to daje Ustav Mađarske od 1949, Ustav Jordana od 1952, Ustav Bugarske od 1991, Ustav Rumunije od 1991, Ustav Ruande od 1991, Ustav Angole od 1992, Ustav Rusije od 1993, Ustav Ukrajine od 1996. Više o tome: D. Avramović, *Uvođenje vanrednog stanja*, Novi Sad, 2009, str. 104 (magistarski rad).

24 sata od početka prve sednice Narodne skupštine održane po proglašenju vanrednog stanja (član 200. stav 9).

Međutim, i na ovom polju uočljiva je nekonzistentnost ustavnih rešenja. Nije potpuno jasno zbog čega pri vanrednom stanju mere odstupanja od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava, u situaciji kada Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, propisuje Vlada uredbom, uz supotpis predsednika Republike, dok u uslovima ratnog stanja te iste mere propisuju predsednik Republike, predsednik Narodne skupštine i predsednik Vlade.⁴⁰ »To nije prirodno, i ustavno rešenje koje ustanovljava različite režime zaštite istih ustavnih vrednosti ne može biti branjeno sigurnim argumentima. Ljudska prava su objekt zaštite, kako u uslovima vanrednog stanja, tako i u uslovima rata i ne postoji opravdanje da se propisuju različiti režimi njihove zaštite.«⁴¹

Ipak, nesumnjivo je da je Ustav od 2006. ispravio možda i najveći propust ustavotvorca od 1990, kada je reč ovoj materiji, budući da on nije predvideo postojanje apsolutno zajemčenih ljudska prava pri vršenju vanrednih ovlašćenja. Tako, za razliku od prethodnog, novi ustav predviđa da mere odstupanja ni u kom slučaju nisu dozvoljene u odnosu na pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (član 23), pravo na život (član 24), nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (član 25), zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada (član 26), postupanje sa licem lišenim slobode (član 28), pravo na pravično suđenje (član 32), pravnu sigurnost u krivičnom pravu (član 34), pravo na pravnu ličnost (član 37), pravo na državljanstvo (član 38), slobodu misli, savesti i veroispovesti (član 43), prigovor savesti (član 45), slobodu izražavanja nacionalne pripadnosti (član 47), zabranu izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje (član 49), pravo na zaključenje braka i ravnopravnost supružnika (član 62), slobodu odlučivanja o rađanju (član 63), prava deteta (član 64) i zabranu nasilne asimilacije (član 78). Kako se može zapaziti Ustavom proklamovan broj apsolutno zaštićenih ljudskih prava jeste veliki, ali čini se da je njihov odabir zasnovan na nekom nelogičnom kriterijumu. Ako je već Ustav predvideo da su po proglašenju vanrednog ili ratnog stanja odstupanja od ljudskih prava dozvoljena samo u obimu u kojem je to neophodno (član 202. stav 1), teško je zamisliti situaciju u kojoj bi bilo potrebno odstupiti od prava na zaključenje braka i ravnopravnosti supružnika ili od slobode odlučivanja o rađanju. S druge strane, ostaje dilema zašto je ustavopisac propustio da posebna prava okrivljenog (član 33) uvrsti u krug apsolutno zaštićenih ljudskih prava. U ovom kontekstu ustavopiscu se može uputiti i primedba što nije restriktivnije ustanovio mogućnost odstupanja od ljudskih prava, budući da je umesto veoma neodređene formulacije da je to »dozvoljeno

⁴⁰ Videti Ustav Srbije od 2006, član 200. stav 6. i član 201. stav 4.

⁴¹ M. Pajvančić, G. Vukadinović, *op. cit.*, 322.

samo u obimu koji se smatra neophodnim« mogao da preuzme formulaciju iz Evropske konvencije koja predviđa da je to moguće samo »u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije« (član 15). U istom članu predviđeno je da mere odstupanja ne smeju da dovode do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla (član 202. stav 2), pa ostaje dilema zašto se ustavopisac nije poslužio elegantnijim rešenjem i u krug apsolutno zaštićenih ljudskih prava uvrstio i zabranu diskriminacije iz člana 21. Na osnovu ovako koncipirane ustavne odredbe, budući da je izostala izričita zabrana svake diskriminacije jer je ustavopisac u ovom slučaju nabrajao samo zabranu nekih osnova diskriminacije, može se zaključiti da bi odstupanja od ljudskih prava u vanrednom stanju mogla da dovedu do razlikovanja po nekim drugim, nenađenim osnovama, kao što su, na primer, imovno stanje, starost, psihički i fizički invaliditet, političko ili drugo uverenje, kultura ili jezik.

Važeći Ustav Republike Srbije poznaje i nekoliko posebno normiranih zabrana vezanih za proglašenje vanrednog ili ratnog stanja. Tako je u članu 204. istaknuta zabrana revizije Ustava, zabrana raspuštanja Narodne skupštine (član 109. stav 4), zabrana referendumskog odlučivanja o uvođenju vanrednog stanja (član 108. stav 2). Nije potpuno jasno iz kojih razloga Ustav zabranjuje referendumsko izjašnjavanje samo o uvođenju vanrednog, a ne i ratnog stanja. Reklo bi se da je ideju o razdvajanju vanrednog i ratnog stanja ustavotvorac želeo da konsekventno sprovede na što više mesta, a da pri tom nije uvek sasvim jasan razlog i opravdanost različitih rešenja za te dve srodne ustanove, koje se u uporednom pravu često normiraju jedinstveno.

ZAKLJUČAK

Kao i kada je reč o bilo kojoj drugoj političkoj instituciji, tako se i pri analizi načina na koji je izvršeno konstitucionalizovanje vanrednog stanja mora početi od društvenog miljea u kome se primenjuje jedan ustav. Komparativno iskustvo ukazuje da ustavotvorac ne sme da robuje preteranom strahu od mogućnosti zloupotrebe instituta vanrednog stanja. Nesumnjivo je da ustavne odredbe o vanrednom stanju mogu biti zloupotrebene, ali istovremeno one mogu biti i poslednja slamka spasa za državu u kriznim situacijama. Zato je zadatak svakog ustavotvorca da ustanovi dovoljno delotvorne mehanizme za što brže i bezbolnije prevazilaženje kriznih situacija. U tom smislu, institucionalno rešenje predviđeno Ustavom Srbije od 1990. je bilo pragmatično jer je odluka o uvođenju vanrednog stanja bila u rukama inokosnog organa koji je raspolagao neposrednim političkim legitimitetom. S druge strane, minuli ustavotvorac je mnoga pitanja ostavio otvorena, na šta je posebno ukazao sam režim vanrednog stanja uveden 2003. Na os-

novu tog nemilog iskustva sa vanrednim stanjem i pored izvesnih nedoslednosti, pa čak možda i omaški, kao i mogućih prigovora da je rešenje vezano za nadležnost organa ovlašćenih za uvođenje vanrednog stanja nedovoljno pragmatično, postojeći Ustav Republike Srbije ipak u osnovi pokazuje demokratska nastojanja da se donošenje odluke o uvođenju vanrednog stanja višestruko osigura, a pogotovo da se u vreme važenja vanrednog stanja u potpunosti poštuju obaveze koje proističu iz preuzetih međunarodnih obaveza u vezi sa poštovanjem ljudskih prava. Međutim, na kraju i dalje ostaje otvoreno pitanje da li bi ovakvo rešenje moglo biti delotvorno u praksi ili bi možda dovelo do paralize u odlučivanju prilikom uvođenja vanrednog stanja i nemogućnosti adekvatnog reagovanja u hitnim situacijama. Svedok može biti samo buduće vreme, a u nama nada i želja da se takve situacije ipak ne dogode.

DARKO SIMOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade
DRAGUTIN AVRAMOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

REGULATION OF STATE OF EMERGENCY IN THE CONSTITUTIONS OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

A state of emergency represents an irregular and an exceptional situation, which may occur in any state, temporarily disabling normal constitutional functioning, caused by unpredictable circumstances and resulting in disturbance of basic social values. A situation in which the very existence of the state and society may be in question needs some kind of temporary concentration of power, to provide a swift reaction in those critical circumstances. On the other hand, common misuse of this legal institute brings into question the modalities, mechanisms and methods of control of competent authority in exceptional situation, as under such conditions human rights, the very essence of state ruled by law, may be easily endangered.

These conditions demand additional attention of the constitution makers in the process of regulating this sensitive, both political and legal institution.

The authors analyze two different options for constitutional regulation of the state of emergency offered by the constitutions of Serbia of 1990 and 2006. Regarding all advantages and

disadvantages, and relying on experiences of both Weimar Germany and Fifth French Republic constitutions, the authors came to the conclusion that state of emergency regulations are, to a great measure, determined by the current circumstances in the society. Declaration of the state of emergency in 2003 after the assassination of Serbian prime minister Đinđić made clear that many important issues were left open. But even so, the solution introduced by 1990 Constitution was pragmatic, as the power to proclaim a state of emergency was concentrated in the hands of chief of state, which absolutely meets the efficiency criteria. On the other hand, 2006 Constitution, beside many mistakes and disadvantages, appears to offer a more democratic solution. Remarkable are constitutional efforts to set different guaranties against possible abuse of this institute. The procedure for declaring a state of emergency is vested in the Parliament, and if it is unable to have a session, three various state bodies are empowered to make a joint decision (President of the Republic, President of the Parliament and Prime minister). In addition, enlisted basic human rights are particularly respected, without the possibility to be suspended even during the state of emergency. However, the issue of its effectiveness still remains open.

MARKO STANKOVIĆ

ŠEST DECENIJA OSNOVNOG ZAKONA SR NEMAČKE

– Prilog analizi nemačkog koncepta federalizma
i pravne države –

1. Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), čija je šezdeseti rođendan svečano obeležen sredinom 2009. godine, smatra se jednim od kamenova međaša nemačke pravne države i moderne evropske ustavnosti. Inače, nemački Osnovni zakon je nakon Drugog svetskog rata donesen kao prelazni konstitutivni akt, koji je trebalo da važi dok se Zapadna Nemačka ponovo ne ujedini sa drugom, novoosnovanom nemačkom državom – Nemačkom Demokratskom Republikom (NDR), odnosno Istočnom Nemačkom. Ipak, premda je polovinom prošlog veka usvojen kao privremeno rešenje, nemački savezni ustav je odoleo mnogim pritiscima i iskušenjima, a zadržan je na snazi čak i nakon prisajedinjenja istočnonemačkih zemalja SR Nemačkoj 1990. godine. Nemački Osnovni zakon je, razume se, bilo neophodno stalno usklađivati sa potrebama društva, kako bi ustavni tekst išao u korak s društvenim razvojem i odgovarao njegovim potrebama. Nakon šest decenija važenja uz povremene, pažljivo planirane, izmene i dopune, nemački ustav pruža jedan od solidnijih uporednopravnih primera valjane postepene izgradnje ustavnog poretka. Ipak, po preovlađujućem mišljenju u nauci, sâm ustavni tekst nije u dovoljnoj meri pratio razvoj društva, ali je to kompenzovano na druge načine. Usklađivanje ustava sa društvenim razvitkom imalo je različite modalitete i

Mr Marko Stanković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

vršeno je putem formalnih izmena i dopuna, tumačenjima Saveznog ustavnog suda,¹ ali i putem prava Evropske unije. Predmet analize u ovom radu će, zbog ograničenog prostora, biti samo formalne izmene i dopune nemačkog ustava i njihov uticaj na funkcionisanje celokupnog ustavnog sistema te federacije.

2. Za 60 godina važenja, tekst Osnovnog zakona je pretrpeo intervencije u preko pedeset navrata, a većinom tih izmena i dopuna bilo je obuhvaćeno više od jednog njegovog člana. »Počev od 1951, doneseno je 55 zakona o izmenama Osnovnog zakona, poslednji 12. jula 2009.«² Stoga je tek nešto preko polovine od 146 originalnih članova Osnovnog zakona od 1949. zadržalo izvorni oblik, pri čemu gotovo trećina tih neizmenjenih članova spada u prelazne i završne odredbe ustava.³ Pojedine ustavne odredbe menjane su dva ili više puta, pa je tako recimo član 106, koji reguliše raspodelu poreskih prihoda, menjan i dopunjavan čak šest puta. Osim toga, originalnom tekstu Osnovnog zakona je pridodato ukupno 47 novih članova, premda su neki od njih kasnije brisani.⁴ U ovom momentu Osnovni zakon sadrži ukupno 187 članova, a maksimalan broj članova bio je 193. Ukupan broj izmena i dopuna nemačkog federalnog ustava, zaključno sa izmenama i dopunama od jula 2009. godine, iznosi 213.

Zanimljivo je ukratko analizirati dinamiku donošenja ustavnih zakona o izmenama i dopunama Osnovnog zakona. Naime, najviši pravni akt Nemačke je pretrpeo najveće izmene i dopune u četiri navrata: sredinom pedesetih godina prošlog veka, zatim krajem šezdesetih, početkom devedesetih, kao i sredinom prve decenije trećeg milenijuma. Sva četiri talasa velikih revizija Osnovnog zakona dogodila su se u periodima specifičnih društveno-političkih odnosa u Nemačkoj: prvi (1956) dok je na vlasti bila koalicija predvođena Hrišćansko-demokratskom partijom koja je imala podršku dvotrećinske većine u parlamentu, drugi (1968) za vreme prve »velike koalicije«, treći (1992–1994) neposredno nakon prisajedinjenja istočnonemačkih zemalja, a četvrti (2005–2008) za vreme druge »velike koalicije«.⁵ Zanimljivo je da je samo za vreme vlasti dvaju »velikih koalicija«

¹ Brigitte Zypries, »The Basic Law at 60 – Politics and the Federal Constitutional Court«, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 1/2010, 87–98.

² Hubert Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 1/2010, 54.

³ Mnoge od tih 26 neizmenjenih odredaba su iscrpljene nakon prve primene i nemaju više nikakvu vrednost.

⁴ Opšimije o tome: Dieter Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 1/2010, 33.

⁵ S obzirom na to da u Nemačkoj funkcioniše tzv. sistem »dve i po stranke«, izrazom »velika koalicija« označava se savez dve najjače političke stranke – Socijaldemokratske partije i Hrišćansko-demokratske unije. (Pogledati: Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2010, 259).

izvršeno više od polovine od ukupnog broja intervencija u tekst Osnovnog zakona.

Sve promene učinjene u tekstu Osnovnog zakona mogu se razvrstati u četiri grupe: promene osnovnih ustavnih načela, promene normi o ljudskim pravima, promene u oblasti organizacije vlasti i promene u oblasti federalnih odnosa.

3. Dva fundamentalna principa nemačkog Osnovnog zakona, koja su propisana članovima 1. i 20. i čija je nepromenljivost garantovana članom 79. Osnovnog zakona, nisu do danas pretrpela gotovo nikakve intervencije. Prvi princip, zaštita ljudskog dostojanstva, zadržao je svoju izvornu formulaciju, dok je članu 20, koji je definisao SR Nemačku kao demokratsku i socijalnu saveznu državu, propisao načelo narodne suverenosti, kao i vezanost zakonodavca ustavom, a egzekutive i sudstva zakonima i drugim propisima, pridodata i odredba po kojoj »ako druga pomoć nije moguća, svi Nemci imaju pravo na otpor svakom ko pokuša da ukine ustavni poredak SR Nemačke«. Norma o pravu na otpor unesena je u ustavni tekst u okviru ustavne reforme od 1968. godine. Konačno, nakon žučne javne debate i uz mnogo kontroverzi, 1994. godine je novim članom 20a predviđena obaveza države da štiti životnu sredinu »i to donošenjem zakona i sprovođenjem mera iz zakona i drugih propisa od strane izvršne i sudske vlasti«.⁶

4. Druga grupa izmena Osnovnog zakona Nemačke odnosi se na osnovna prava. Premda za šest decenija nije uvedeno nijedno potpuno novo pravo, neka od postojećih prava bila su predmet ustavnih revizija, pri čemu je njihov domašaj u nekim slučajevima proširivan, a u nekima sužavan. Dobar primer proširenja domašaja prava predstavlja slučaj člana 3. Ustava, kojim je propisana jednakost pred zakonom i ravnopravnost polova. Naime, u okviru ustavne reforme od 1994. godine, opseg navedenih prava proširen je obavezom države da unapređuje stvarno ostvarivanje ravnopravnosti žena i muškaraca i zabranom diskriminacije zbog fizičkih nedostataka (invaliditeta). Suprotan slučaj, ograničavanja osnovnih prava, dogodio se godinu dana ranije, kada je, nakon duge rasprave, u velikoj meri suženo pravo na azil (član 16a Osnovnog zakona). Osim toga, jedan vid sužavanja osnovnih prava predstavlja i ustavno proširivanje nadležnosti parlamenta da zakonom ograniči tajnost pisama, poštanskih pošiljki i telefonskih razgovora (član 10. OZ) i nepovredivost stana (član 13. OZ). Prva mogućnost uvedena je 1968, a druga tri decenije kasnije, 1998. godine. Obe ustavne izmene su osporavane pred Saveznim ustavnim sudom Nemačke, ali ih je on ipak proglasio ustavnim.⁷ Ograničenjem osnovnih prava smatra se predviđanje mogućnosti ekstra-

⁶ Uporediti: D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«..., 34.

⁷ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«..., 35.

dicije u okviru Evropske unije, koja je uvedena 2000. godine, dok izmena člana 12a Osnovnog zakona, kojom je omogućeno ženama da služe vojsku, ima dvojaku prirodu – predstavlja istovremeno i proširenje i suženje osnovnih prava.⁸

5. Ogromna većina dosadašnjih izmena i dopuna ustava bila je vezana za sistem vlasti i državno uređenje Savezne Republike Nemačke. Prve dve dopune ustava iz domena organizacije vlasti regulisale su pitanja iz sfere odbrane, koja je ustavotvorac, imajući u vidu da je Nemačka nakon Drugog svetskog rata razoružana i okupirana od strane SAD, Velike Britanije i Francuske, ostavio neregulisanim. Prva grupa dopuna je učinjena 1956, nakon odluke da Nemačka ponovo osnuje sopstvenu vojsku, i odnosila se na ratno stanje i vojne snage, dok je druga grupa dopuna usvojena 1968. godine, za vreme prve velike koalicije, a njome su regulisana tzv. stanja nužde. Obe grupe dopuna izvršene su sa velikom oprezom – prva zato što je postojao strah da će osnivanje vojske Zapadne Nemačke »cementirati« tada postojeću podelu na dve nemačke države ili čak dovesti do nemačko-nemačkog rata, a druga zbog lošeg iskustva Vajmarske Nemačke, u kojoj su upravo nadležnosti egzekutive u stanjima nužde poslužile kao pravni osnov za postepeno uvođenje autoritarnog sistema vlasti.

Kad je reč o sistemu vlasti i državnom uređenju, četiri ustavne revizije se mogu okarakterisati kao ključne. U okviru prve, koja je sprovedena 1968. i 1969. godine, izvršena je reforma federalnih odnosa između federacije i zemalja, naročito u oblasti finansija. »Ona je transformisala originalni dvojni federalizam u kooperativni federalizam.«⁹ U okviru ove reforme je unekoliko izmenjena organizacija sudova, kao i nadležnosti Saveznog ustavnog suda (najvažnija novina je bila što je ustavna žalba postala ustavna kategorija, jer je od 1951. do tog momenta bila regulisana samo zakonom).¹⁰ Druga reforma izvršena je nakon što je došlo do nemačkog ujedinjenja 1990. godine, tačnije do pripajanja istočnonemačkih zemalja Saveznoj Republici Nemačkoj. Nove ustavne odredbe bile su nužne da bi se prisajedinjenje valjano izvršilo. Ipak, centralno mesto u okviru ove reforme imala je ustavna odredba koja se nije ticala integracije istočnonemačkih teritorija u SR Nemačku, već evropske integracije nemačke federacije. To je čuveni član 23. Osnovnog zakona, koji propisuje uslove pod kojima Nemačka može da preduzima dalje korake u integraciji u Evropsku uniju, kao i način donošenja odluka u vezi sa pitanjima koja se tiču Evropske unije. Zbog svoje sadržine, ovaj član nemačkog federalnog ustava se u žargonu naziva »ev-

⁸ H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 56.

⁹ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«, 35.

¹⁰ Opširnije o ovoj reformi pogledati: H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 59.

ropskim članom«. ¹¹ Naredni, treći veliki »paket« ustavnih izmena i dopuna usledio je između 1992. i 1994. godine. »On može biti shvaćen kao supstitut za novi ustavni akt koji je član 146. u svom izvornom obliku obećavao za istorijski momenat ujedinjenja – ali to obećanje većina zapadnonemačkih političara nije bila voljna da održi.« ¹² Između ostalog, ovom reformom su ponovo obuhvaćene nadležnosti Saveznog ustavnog suda, kao i saobraćaj i telekomunikacije. Konačno, poslednji talas reformi, pretežno u domenu federalnih odnosa, dogodio se za vreme druge velike koalicije 2006. godine, da bi tokom 2009. bio upotpunjen reformama finansijskog sistema. ¹³ Osim četiri navedene »ključne« reforme, bilo je i mnogo sitnijih intervencija u ustavni tekst, kao na primer 1975. godine, kada je ustanovljen Komitet za peticije Bundestaga ili 1983, kada su usvojene norme o političkim strankama. ¹⁴

6. Dakle, najveći broj dosadašnjih izmena i dopuna Osnovnog zakona regulisao je odnose između federacije i federalnih jedinica (zemalja), što je potpuno razumljivo ako se ima u vidu evolutivna priroda federalnog oblika državnog uređenja. Federalizam je, kao što je poznato, dinamičan proces u kojem je prisutno stalno delovanje dezintegrativnih (centrifugalnih) i integrativnih (centripetalnih) tendencija. Ukoliko nove pojave u sferi federalnih odnosa nije moguće apsorbovati tumačenjem postojećih ustavnih odredaba, revizija federalnog ustava postaje neizbežna. Na taj način se omogućava da ustavni tekst verno odražava odnose koji postoje u federaciji.

Kada je reč o SR Nemačkoj, intervencije su, kao što je uobičajeno, uglavnom bile usmerene na ustavne odredbe o raspodeli nadležnosti, koje inače predstavljaju temeljne norme svakog federalnog uređenja. ¹⁵ Inače, raspodela funkcija između federalnog centra i federalnih jedinica bila je jedna od glavnih nedoumica još prilikom donošenja nemačkog ustava, jer su velike sile, među kojima su

¹¹ Zanimljivo je da i druge dve federalno uređene države članice Evropske unije, Austrija i Belgija, imaju tzv. »evropske članove« u svojim ustavima (član 23e Ustava Austrije i član 168. Ustava Belgije). Ti članovi prvenstveno obezbeđuju adekvatno sudelovanje federalnih jedinica u donošenju odluka u okviru organa Unije.

¹² D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«..., 36. Ipak, zanimljivo je pomenuti da je u Nemačkoj ipak postojao jedan pokušaj totalne revizije Osnovnog zakona. Naime, Bundestag je 1970. godine formirao komisiju koja je trebalo da sačini predlog, ali kada je šest godina kasnije ona to i učinila, više nije bilo političke volje da se donese novi federalni ustav.

¹³ H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«..., 58.

¹⁴ Pogledati: H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«..., 57.

¹⁵ U tom smislu: Francis Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles–Paris, 2000, 584. »Osnovni problemi federalizma, i svake federacije za sebe, prelamaju se, kao u fokusu, u problemu raspodele funkcija.« (Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd, 1984, 362).

prednjačile Velika Britanija i Francuska (koje, uzgred, nemaju nikakvih elemenata federalizma u sopstvenim ustavnim sistemima), zagovarale jačanje položaja nemačkih zemalja i sužavanje nadležnosti federacije i vršile veliki pritisak na ustavotvorce u tom smislu. Njihov cilj je bio očigledan – što veća decentralizacija radi onemogućavanja ponovnog razvitka jake nemačke države.

No, uprkos tome što su postojali spoljni pritisci da se federacija što više decentralizuje, evolucija nemačkog federalnog koncepta se odvijala u sasvim suprotnom smeru. Naime, federalni model koji je kreiran u momentu donošenja ustava je veoma brzo postao prepreka društvenom i ekonomskom razvitku. »Rapidan ekonomski oporavak i tehnološki napredak rezultirali su umnožavanjem problema koji nisu mogli biti rešeni u uskom okviru zemalja, već su zahtevali nacionalna (pa čak i internacionalna) rešenja.«¹⁶ Zanimljivo je da je čak i u oblastima koje nisu u nadležnosti centralne vlade nedvosmisleno pokazan interes da se postigne uniformnost pravnih propisa, kako bi se obezbedili jednaki uslovi života na celokupnoj teritoriji nemačke federacije. Stoga je čak i pre velike ustavne reforme od 1968. godine došlo do faktičke promene nemačke federalne strukture, prevashodno zbog toga što je federalni parlament koristio mogućnosti donošenja zakona u oblasti konkurentnih nadležnosti. Zatim, delokrug federalnog centra je proširen veoma značajnim nadležnostima, kao što su recimo donošenje propisa u oblastima atomske energije i zaštite čovekove okoline. Osim toga, federacija je počela sve više da finansira vršenje određenih funkcija zemalja, vršeći posredan uticaj na njih. Konačno, i zemlje su počele da zaključuju međusobne sporazume o usklađivanju zakonodavstava i administracija, a najbolji primer njihove saradnje bila su prosvetna pitanja. Svi navedeni faktori doveli su do postepene centralizacije nemačkog federalizma, što je bilo potpuno u skladu sa tadašnjim trendom jačanja funkcija federacije, odnosno »slabljenja federalnog načela po sadržaju«.¹⁷

Neposredan povod za reformu federalnog sistema predstavljala je finansijska kriza koja je zadesila Nemačku 1966. godine i koja je bila glavni razlog za formiranje prve velike koalicije. Analize su pokazale da je za izlazak iz krize neophodna bliskija saradnja i koordinacija svih nivoa vlasti, a za to je bila potrebna reforma federalnog sistema. »Zemlje su se odrekle značajnog dela svoje nezavisnosti i 1969. prihvatile veliki broj ustavnih amandmana koji su uveli kooperativnije forme vlasti.«¹⁸ Najznačajnija novina bila je što su zemlje izgubile finansijsku autonomiju i dobile obavezu da usklađuju budžete, kako međusobno tako i sa federacijom. Pored toga, uvedena je i nova kategorija tzv. zajedničkih

¹⁶ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«..., 36.

¹⁷ Miodrag Jovičić, *Savremeni federalizam*, Beograd, 1973, 201–217; Jovan Stefanović, *Širenje federalizma i njegovo uporedno slabljenje po sadržaju*, Sarajevo, 1954, 43.

¹⁸ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«..., 37.

nadležnosti federacije i zemalja, jer su planirana povećanja javnih investicija prevazilazila finansijske mogućnosti zemalja.¹⁹

Ali, povećanje nadležnosti federacije ublaženo je činjenicom da je za veliki broj federalnih zakona neophodna saglasnost gornjeg doma nemačkog federalnog parlamenta, Bundesrata. Nakon ustavne reforme od 1969. godine, »gotovo dve trećine od ukupnog broja federalnih zakona je zavisilo od pristanka Bundesrata.«²⁰ To je, s jedne strane, povećalo uticaj federalnih jedinica u oblasti federalnog zakonodavstva, a, s druge, izazvalo probleme u periodima kada su različite političke grupacije imale većinu u donjem i gornjem domu saveznog parlamenta. Zbog toga je došlo do ozbiljnih problema u funkcionisanju nemačke demokratije, pa su obe velike političke stranke često izražavale nezadovoljstvo. Ovo je, inače, jedan od retkih slučajeva da je problem u funkcionisanju nemačke federalne države bio direktno uzrokovan ustavnim rešenjem.

No, iako je problem na prvi pogled bio lako rešiv, s obzirom na to da su njegovi razlozi ležali u pisanim normama koje su podložne izmenama, na njegovo rešavanje se čekalo više od tri decenije. Godine 2001. je konstatovano da su velike nadležnosti Bundesrata i širok krug poslova u zajednočkoj nadležnosti federacije i zemalja glavni uzroci nedovoljne efikasnosti nemačkog federalnog sistema. Ipak, odgovarajuće rešenje je bilo teško pronaći. Naime, nemačke zemlje su tražile kompenzaciju za svaku nadležnost koja bi eventualno bila oduzeta Bundesratu. »Rešenje je pronađeno u novoj vrsti zakonodavstva za koje više nije bila potrebna saglasnost Bundesrata, ali su, u zamenu za taj gubitak, zemlje ovlašćene da odstupaju od federalnih zakona.«²¹ Osim toga, pristanak Bundesrata je uvek obavezan prilikom donošenja federalnih zakona koji se odnose na položaj zemalja i zakona kojima se zemljama nameću obaveze za čije su ispunjavanje neophodna finansijska sredstva. Ovo rešenje je pretočeno u norme tek za vreme druge velike koalicije (2005–2009), pa se promene u nemačkom federalnom sistemu još uvek ne mogu sa sigurnošću oceniti, ali postoje mišljenja da i nova rešenja obiluju manjkavostima.

Važno je pomenuti da je u okviru poslednje velike ustavne reforme 2006. godine definisan i položaj Berlina kao glavnog grada SR Nemačke. To je, razume se, učinjeno u skladu sa evropskom tradicijom organizovanja federalnog područja, prema kojoj se celokupna teritorija federacije sastoji od federalnih jedinica (tzv. obični federalni sastav)²², pa glavni grad federacije nema status federalnog distrikta.

¹⁹ H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, ..., 59–60.

²⁰ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«, ..., 37.

²¹ D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«, ..., 38.

²² H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, ..., 379.

Na kraju, potrebno je još jedanput naglasiti da su se tokom šezdesetogodišnjeg važenja nemačkog Osnovnog zakona, kao i u drugim federacijama, s vremena na vreme pojavljivale nove nadležnosti, koje su bile pre svega posledica tehnološkog i društvenog napretka. U federacijama se problem novonastalih državnih funkcija obično rešava tzv. pretpostavkom nadležnosti. Međutim, u većini federalnih država, kao i u Nemačkoj, pretpostavka nadležnosti je izvedena u korist federalnih jedinica,²³ ali je ponekad neophodno da pojedine novonastale nadležnosti pripadnu federalnom centru ili da budu u mešovitoj nadležnosti federacije i federalnih jedinica. U takvim slučajevima neophodne su izmene i dopune federalnog ustava, što se u Nemačkoj događalo u velikom broju slučajeva. Tako je, recimo, regulisana oblast nuklearne energije (1959. i 2006. godine), vazdušni saobraćaj (1961), pitanja u vezi sa eksplozivom (1976), genetski inženjering (1994. i 2006), međunarodni terorizam (2006), zaštita životinja (1971, 1972. i 2002), zaštita čovekove okoline (1972), materija iz domena visokog obrazovanja (1969. i 2006) itd. Takođe, razvitak Evropske unije i evropskog prava iziskivao je izvesne modifikacije nemačkog saveznog ustava u poslednjih nekoliko godina, a naročito tokom 2006. i 2008. godine.

7. Zanimljivo je da se ustavne reforme sprovedene devedesetih godina prošlog veka uglavnom nisu neposredno odnosile na nemačko ujedinjenje.²⁴ Naime, samo su 1990. izvršene neznatne izmene preambule Osnovnog zakona i pet članova Osnovnog zakona²⁵ kojima je omogućena nesmetana primena saveznog ustava nakon integracije novih federalnih jedinica. Za funkcionisanje federalnog sistema je bila naročito značajna izmena člana 51, stav 2, Osnovnog zakona, koja se odnosi na sastav Bundesrata, jer je predviđeno da broj predstavnika zemalja u fornjem domu federalnog parlamenta bude između tri i šest, umesto dotadašnjih tri i pet. Nasuprot tome, ustavne promene izvršene u periodu između 1992. i 1994. godine nisu se ticale funkcionisanja federacije nakon integracije istočnih nemačkih zemalja. Izuzetak od toga je jedino član 118a, kojim je predviđena reorganizacija federalnog područja u zemljama Berlin i Brandenburg, a koji je donesen po ugledu na član 118, kojim je pedesetih godina izvršena poznata reorganizacija Baden–Vrtemberških oblasti.

Reforma od 1992. godine je obuhvatila vazdušni saobraćaj i predvidela primenu evropskih regulativa i na nemačke zemlje, a 1993. godine je regulisano pravo na azil (član 16a) i železnički saobraćaj. Ustavna revizija od 1994. godine

²³ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije...*, 385–386.

²⁴ H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 55.

²⁵ To su članovi: 23, 51, 135a, 143. i 146.

je uredila najširi krug pitanja: reorganizaciju pošte i telekomunikacija, proširila ustavno pravo na jednakost (član 3), uvela obavezu države da štiti životnu sredinu (član 20a) i neke novine u zakonodavni postupak.²⁶

S obzirom da je Osnovni zakon nakon nemačkog ujedinjenja pretrpeo minimalne izmene i dopune, sam po sebi se nameće zaključak da je taj tekst, nalik Ustavu SAD od 1787, bio dovoljno fleksibilan da bez velikih poteškoća ostane konstitutivni akt i nakon značajnog proširenja federalne teritorije.

8. Sumarno posmatrano, uprkos brojnim i relativno čestim izmenama i dopunama, tekst nemačkog Osnovnog zakona je u nedovoljnoj meri prilagođavan društvenim promenama, zbog čega je Rotleutner zaključio da su »promene Osnovnog zakona veoma slab, čak nedovoljan, pokazatelj aktuelnog razvitka nemačkog društva.«²⁷ No, mora se imati u vidu da je, ovim putem formalnih izmena i dopuna, nemački Osnovni zakon menjan i dopunjavan i interpretativnim odlukama Saveznog ustavnog suda, kao i propisima Evropske unije.²⁸ Naročito je Savezni ustavni sud (Bundesverfassungsgericht) imao značajnu ulogu u procesu prilagođavanja ustavnog poretka društvenom razvitku, a neki od najvažnijih sistemskih problema sa kojima se on susretao su: pravno nasleđe iz nacističkog perioda, definisanje položaja vojske u kontekstu hladnog rata, evropske integracije i stvaranje Evropske unije, politika prema istoku (Ostpolitik), ubrzan ekonomski razvoj, nemačko ujedinjenje, kao i unutrašnja bezbednost (innere Sicherheit). S obzirom da je Savezni ustavni sud mnogo lakše izlazio na kraj s problemima nego ustavotvorac, neminovno proizlazi zaključak da njegove odluke prikazuju mnogo bolju sliku nemačkog društveno-istorijskog napretka nego sâm Osnovni zakon.²⁹ No, analiza tog, ustavnosudskog vida prilagođavanja Osnovnog zakona društvenom progresu iziskivala bi mnogo prostora i prevazišla bi okvire ovoga rada.

Šezdeset godina nakon što je Osnovni zakon donesen, nemačka federacija, u čijem se sastavu već dve decenije nalaze i istočne zemlje, suočena je sa novim izazovima. Trenutno je najveći među njima nesporno onaj koji se odnosi na integraciju nemačke federalne države u Evropsku uniju, zajednicu država koja vremenom i sama dobija sve više obeležja federacije. Međutim, i u tom procesu

²⁶ Opširnije: H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 56.

²⁷ H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 60. Na drugom mestu isti autor upotrebljava metaforu »mutno ogledalo«. (Isto, 64)

²⁸ Opširnije o izmenama Osnovnog zakona putem evropskog prava pogledati: D. Grimm, »The Basic Law at 60 – Identity and Change«, 44–46.

²⁹ U tom smislu i: H. Rottleuthner, »The Basic Law at 60 – Reading the *Grundgesetz*«, 63–64; B. Zypries, »The Basic Law at 60 – Politics and the Federal Constitutional Court«, 88–91.

glavnu reč vodi Savezni ustavni sud,³⁰ koji je prethodnih decenija, zahvaljujući pre svega svojim brilijantnim tumačenjima, izrastao u pravog čuvara nemačke ustavnosti i federalizma.

MARKO STANKOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, Belgrade

SIX DECADES OF THE BASIC LAW OF GERMANY
– Contribution to the analysis of German concept
of federalism and rule of law –

Summary

The Basic Law of the Federal Republic of Germany, which officially marked the sixtieth birthday in 2009, is considered one of the landmarks of German rule of law and modern European constitutionality. Although it was adopted as a temporary solution, German federal constitution was kept in force even after joining East German state to FR of Germany in 1990, despite many pressures and temptations. After six decades of its validity and occasional, carefully planned, amendments, German constitution provides good example of gradual construction of the constitutional order. However, according to the prevailing opinion in science, the constitutional text itself have not sufficiently monitored the development of society, but that problem was compensated in other ways. Harmonization of the constitution with the social development had a variety of ways and was done through the formal amendment procedure, interpretations of the Federal Constitutional Court, but also by the EU law. The subject of analysis in this paper, due to limited space, were only a formal amendments to the German Basic Law and their impact on the functioning of the entire constitutional system of the federation.

³⁰ Juliane Kokott, »The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration«, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 1/2010, 112–114.

MAJA NASTIĆ

PRINCIP PROPORCIONALNOSTI U PRAKSI USTAVNIH SUDOVA I EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U V O D

Zaštita ljudskih prava danas se ostvaruje na unutrašnjem planu, u postupku pred nadležnim državnim organima, i na međunarodnom planu, u postupku pred međunarodnim pravosudnim i sličnim institucijama. Na toj osnovi možemo razlikovati dva vodeća sistema u zaštiti osnovnih prava pojedinaca: ustavno pravo i pravo ljudskih prava. Terminom »ustavna prava« označavamo prava koja su zaštićena domaćim ustavom, dok terminom »ljudska prava« označavamo međunarodno priznata prava. Kako su mnoga prava zaštićena na nacionalnom i na međunarodnom nivou, odnosno istovremeno pripadaju i ustavnim i ljudskim pravima, za njih Gerlad L. Neuman predlaže korišćenje termina »osnovna prava«.¹ Ako ljudska prava, s jedne strane, i ustavna prava, s druge strane, zamislimo kao dve kružnice, onda bi se osnovnim pravima označavala ona prava koja se javljaju u preseku ovih kružnica.

Iako se zaštita prava ostvaruje u okviru dva odvojena sistema, njih nikako ne treba potpuno razdvajati i odvojeno posmatrati zbog neizbežne interakcije ko-

Mr Maja Nastić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu »Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije« br. 149043D, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

¹ Gerald L. Neuman: »Human rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance«, *Stanford Law Review*, Vol. 55, No. 5 (May 2003), p. 1865.

ja se između njih dešava. Nijedan od ovih sistema zaštite ljudskih prava nije i ne može biti »autističan« u odnosu na ono što se dešava u drugom sistemu. Pozitivni rezultati u zaštiti ljudskih prava koji su postignuti u jednom sistemu, nastoje se ugraditi u drugi sistem i obrnuto. To se veoma dobro može videti na principu proporcionalnosti, kao jednom od krucijalnih principa, kada je u pitanju zaštita ljudskih prava kako na unutrašnjem tako i na međunarodnom nivou.

Princip proporcionalnosti ima svoje korene u pravnoj istoriji i može se posmatrati kao fundamentalni koncept pravde. Stoga, on nalazi svoju primenu ne samo u oblasti ljudskih prava, nego i drugim oblastima prava, kao što su upotreba sile, pomorska razgraničenja, eksteritorijalne nadležnosti itd. Stoga, ovaj princip zauzima značajno mesto u postupcima pred mnogim međunarodnim sudskim institucijama: Međunarodnom sudu pravde, Evropskom sudu pravde, Inter-američkom sudu pravde, Afričkoj Komisiji za ljudska prava, Svetskoj trgovinskoj organizaciji. Princip proporcionalnosti je u primeni i u nacionalnom pravu evropskih zemalja, kao što su Austrija, Danska, Finska, Nemačka, Grčka, Holandija, Italija.

Proporcionalnost u svojoj suštini podrazumeva pronalaženje odgovarajućeg balansa između različitih suprotstavljenih interesa i kao takav je prepoznat kao jedan od centralnih principa, koji rukovodi primenu prava i sloboda. Princip proporcionalnosti se tako dobro nastanio u ustavnom pravu, da tvrdnja da je ustavno pravo zakoračilo u doba balansiranja nije nimalo preterana ili kako to kaže David Beatty princip proporcionalnosti se sada pojavljuje kao »suštinski, nezaobilazni deo svakog teksta« i »univerzalni kriterijum ustavnosti«. ² Robert Alexy tvrdi da je balansiranje »sveprisutno« u pravu i da je u slučaju ustavnih prava balansiranje neizbežno jer »ne postoji drugi racionalan način kojim bi razlog ograničenja mogao biti stavljen u odnosu na ustavno pravo«. ³ Princip proporcionalnosti je princip koji više od 50 godina predstavlja osnovu ustavne pravde i koji čini osnovu odluka ustavnih i vrhovnih sudova. Od svog nemačkog izvora on se proširio na celu Evropu, uključujući i post-komunističke države Istočne i Centralne Evrope. Tako da je do kraja 90-ih godina prošlog veka princip proporcionalnosti prihvaćen u skoro svakom efikasnom sistemu ustavne pravde, u čemu je ključnu ulogu imao Evropski sud za ljudska prava, i možemo reći da proporcionalno zasnovani koncept prava danas predstavlja jednu od funkcija globalnog konstitucionalizma.

² David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 162.

³ Robert Alexy, »On balancing and Subsumption.« *A Structural Comparison*, *Ratio Juris*, Vol. 16, Issue 4, p. 436.

Načelo proporcionalnosti, iako nije posebno pomenuto u Evropskoj konvenciji i Protokolima donetim uz nju, nesporno prožima tumačenje Konvencije. »Traženje pravične ravnoteže između zahteva zajednice i osnovnih prava pojedinaca« je prema rečima Evropskog suda za ljudska prava »urođeno sistemu Konvencije«. ⁴ Ulogu, značaj i suštinu principa proporcionalnosti posmatraćemo kao suštinski element sistema zaštite ljudskih prava, počev od njegovog nemačkog izvora, preko sistema zaštite prava zasnovanog na Evropskoj konvenciji do nje-gove primene u postupku pred Ustavnim sudom Srbije. To, možda, najbolje odslikava kako jedan nacionalni (nemački) sistem zaštite ljudskih prava utiče na međunarodni (Evropsku konvenciju), a taj međunarodni dalje utiče na druge unutrašnje sisteme.

*Princip proporcionalnosti u praksi
Saveznog Ustavnog suda Nemačke*

Koncept proporcionalnosti se u Nemačkoj primenjuje od kraja 50-ih godina prošlog veka, kada je tek ustanovljeni Savezni Ustavni sud bio u prilici da pregleda zakone, kojima se ograničavaju osnovna prava, ali i odluke upravnih i sudskih organa, kada primenjuju takve zakone. Ovaj koncept je stariji od sada važećeg nemačkog ustava i razvijan je u praksi nemačkih upravnih sudova, pre svega Pruskog Oberverwaltungsgericht, još krajem 19. veka. Princip proporcionalnosti tada je primenjivan u odnosu na policijske mere povodom povrede individualnih sloboda u slučajevima kada je zakon davao policiji diskreciono pravo ili gde su aktivnosti policije bile definisane na prilično nejasan način. Ovde je princip proporcionalnosti služio kao dodatno ograničenje za policijske akcije. Za preduzete akcije bila je potrebna dozvoljena svrha, ali se i sprovodila analiza da li se isti cilj mogao postići manje nametljivim, odnosno manje invanzivnim merama. Prema Osnovnom zakonu, usvojenom 1949. godine, Savezni Ustavni sud Nemačke je ubrzo započeo transfer ovog koncepta u ustavno pravo i u pogledu zakona kojima se ograničavaju osnovna prava. Prva odluka u kojoj je pomenut princip proporcionalnosti odnosi se na izborni zakon države Severne Rajne Vestfalije⁵. U svojim prvim odlukama Sud nije objasnio zašto Osnovni zakon zahteva da ograničenje prava bude srazmerno, niti je precizirao kako ovaj princip funkcioniše. Prvo detaljno objašnjenje ovog principa, onoga šta on sadrži i čemu

⁴ Videti npr. presuda od 29. novembra 1988, Brogan and Others; A-145, B. Str. 27, presuda od 7. jula 1989, Soering A 161, sr. 35

⁵ BVerfGE 3,383, at 399 (1954).

služi, dato je u odluci koja se odnosi na slobodu profesije iz člana 12 Osnovnog zakona⁶. Ovde se princip proporcionalnosti pojavljuje kao alat koji može da pomogne Sudu da se nosi sa poteškoćama, koje su uzrokovane neobičnim jezikom člana 12. U kasnijoj odluci, koja se takođe odnosila na član 12, test proporcionalnosti je kao i u odluci *Pharmacy*, opisan kao »rezultat stroge primene opšteg principa proporcionalnosti kada zajedničko dobro zahteva kršenje slobode profesije«. Sud je prepoznao primenljivost ovog principa na sve slučajeve gde su povređena osnovna prava povodom slučaja koji se odnosio na pravo fizičkog integriteta iz člana 2 st. 2. Ustava (1963). Kasnije, Sud je objasnio i osnov primene ovog principa i naveo da on sledi iz principa pravne države (*Rechtsstaatsprinzip*), garantovane članom 20 Osnovnog zakona, ali i iz suštine osnovnih prava, koja su izraz opšteg zahteva građana za slobodom u odnosu na državu i koja mogu biti ograničena od strane javne vlasti samo onoliko koliko je to apsolutno neophodno da bi se zaštitio javni interes. Ipak, Savezni Ustavni sud nikada nije elaborirao kako ovaj princip proizilazi iz principa vladavine prava ili suštine osnovnih prava. Razlog tome može biti taj što u prvim godinama pozivanja na ovaj princip Ustavni sud nije bio svestan istaknute uloge koju će ovaj princip igrati u budućnosti, tako da se samo pozivao na njega bez posebnog objašnjavanja njegove suštine. Kasnije, kada su se okolnosti promenile, ovaj princip je već bio uspostavljen i dugo primenjivan da se činilo nepotrebnim da se posebno obrazlaže.⁷ To, međutim, nije predstavljalo smetnju da princip proporcionalnosti zadobije status ustavnog principa u nemačkom pravnom poretku.

Nemački Osnovni zakon sadrži nekoliko osiguranja, koja se primenjuju u pogledu ograničenja osnovnih prava, od kojih su najvažnija pravila iz člana 19 Osnovnog zakona, kojim su postavljena materijalna i formalna pravila za sadržajno određivanje i ograničenje osnovnih prava i koja vezuju i zakonodavca. Član 19 stav 1 Osnovnog zakona određuje da zakon koji ograničava osnovna prava mora biti opšti zakon, i ne sme važiti za pojedinačni slučaj. To se odnosi na zabranu tzv. individualnih zakona. Član 19 stav 2 zahteva da se imenuje osnovno pravo koje se ograničava pozivanjem na odgovarajuću odredbu ustava, pri čemu, osnovno pravo, ni u kom slučaju ne sme da dirne u bitnu sadržinu prava. Na osnovu ovih odredba je u Nemačkoj razvijeno učenje o granicama granice osnovnih prava (*Lehre über die Schranken-Schranken*)⁸. Samo legitiman cilj može da

⁶ BVerfGE 7,377 (1958) *Pharmacy case*.

⁷ Više o tome: Dieter Grimm, »Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence«, *University of Toronto Law Journal*, Spring 2007, Vol. 57, Issue 2, p. 385–387.

⁸ Katz, A: *Grundkurs im öffentlichen Rech-Staatsrecht*, 7. Aufl., Heidelberg 1985. Navedeno prema D. M. Stojanović, *Osnovna prava čoveka – ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Niš, 1989, str. 167.

opravda ograničenje prava, nakon čega sledi trostepeni test proporcionalnosti. U prvom stepenu, nemački sud pita se da li se svrha prava pogodna (*Eignung*) da se postigne zadati cilj.

U sledećoj fazi pitanje je da li je zakon neophodan kako bi se postigao cilj i da li se može najmanje restriktivnom (*Erforderlichkeit*) merom postići cilj. Treći korak je »cost-benefit« analiza, koja podrazumeva balansiranje između interesa osnovnih prava i dobra u čijem se interesu pravo ograničava. U Nemačkoj se to obično označava kao proporcionalnosti u užem smislu, ali i kao prikladnost ili razuman zahtev (*Zumutbarkeit*).⁹

Ovakav, »trokraki« pristup ustanovljen je u praksi Saveznog Ustavnog suda i znači da, imajući u vidu sva tri pomenuta elementa, državne mere moraju biti odgovarajuće za postizanje određenog cilja, zatim da nema drugog instrumenta kojim organ raspolaže i koji je manje restriktivan, i da ne postoji disproporcija u pogledu ograničenja na koja se odnosi. Rečima Saveznog Ustavnog suda to bi značilo da »intervencija mora biti odgovarajuća i neophodna za postizanje njenog cilja. Ona ne može da nametne preterano opterećenje pojedincu u pitanju, i mora biti razumna u pogledu uticaja koji ima na pojedinca.«¹⁰

Dakle, sa aspekta nemačkog ustavnog i upravnog prava, princip proporcionalnosti (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) sastoji se tri nezavisna i međusobno povezana podprincipa: principa podobnosti, principa neophodnosti i principa proporcionalnosti u užem smislu. Princip podobnosti (celishodnosti) znači da mere koje utiču na individualna prava moraju biti pogodna radi olakšanja i postizanja ciljeva kojima se teži.

Princip neophodnosti znači da odgovarajuće mere moraju biti neophodne u smislu da ne postoji nijedna druga odgovarajuća mera na raspolaganju, koja je manje restriktivna od zaštićenog prava.

Princip proporcionalnosti u užem smislu (princip balansiranja) znači da odgovarajuće i neophodne mere ne smeju poremetiti pravičnu ravnotežu i/ili uništiti suštinu prava.¹¹

⁹ Joan Chruć, Chrisrian Schulze, Hennie Strzdom: *Human Rights from a Comparative and International Law Perspective*, University of South Africa, p. 112.

¹⁰ Emilio: *The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study* (1996), pp. 39.

¹¹ Upor. Schwarze: *European Administrative Law* (1992) p. 687, Emiliou: *The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study* (1996) pp. 24–26, Fordham and de la Mare: *Identifying the Principles of Proportionality, Understanding Human Rights Principles* (2001) (Jowell and Cooper, Eds.), and Wong: *Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*, *Public Law* (2000) 92–109 p. 93.

Tumačenje ustavnih prava u svetlu principa proporcionalnosti, prema shvaćanju Robert Alexy znači da ustavna prava treba tretirati kao zahteve optimizacije, odnosno kao principe, a ne samo pravila. Kao što to optimizacija zahteva, principi su norme koje zahtevaju nešto što će biti realizovano u najvećoj mogućoj meri, s obzirom na činjenične i pravne mogućnosti. Princip podobnosti (celishodnosti) i princip neophodnosti odnose se na optimizaciju onoga što je faktički moguće. Princip proporcionalnosti u užem smislu probleme optimizacije sagledava u odnosu na pravne mogućnosti. Pravne mogućnosti se suštinski odnose na definisanje kompetitivnih principa i može se definisati na sledeći način: što je veći stepen nezadovoljstva ili štete u odnosu na jedan princip, to je veći značaj da se ispuni drugi, sukobljeni princip. Ovo pravilo se može nazvati pravilom balansiranja. Fenomen balansiranja u ustavnom pravu vodi mnogim problemima i ima mnogo prigovora. Jedan od njih je da to nije racionalan proces, odnosno da se time dozvoljava neograničena subjektivnost. Tako, Jürgen Habermas smatra da nema »racionalnog standarda za balansiranje«¹². Habermas smatra da balansiranje nalazimo u odlukama suda, u kojima se određuje šta je ispravno, a šta pogrešno, i u opravdanju onoga šta je korektno, a šta nije korektno. Vaganje vrednosti ima za rezultat presudu, ali ne opravdava rezultat. Alexy naglašava da ako su balansiranje i vaganje inkomptibilne sa korektnošću, objektivnošću i opravdanošću, onda tome nema mesta u ustavnom pravu. Da bi se saznala svrha balansiranja treba pronaći u samu strukturu balansiranja, koja obuhvata tri etape. U prvoj etapi utvrđujemo stepen nezadovoljstva, odnosno imamo u vidu podesnost date mere. Nakon toga, sledi druga faza u kojoj se utvrđuje značaj zadovoljavanja kompetitivnih (sukobljenih) principa. I konačno, u trećoj fazi, utvrđuje se značaj zadovoljavanja jednog principa na uštrb drugog. Ako nije moguće doneti racionalnu odluku, prvo u odnosu na intenzitet mešanja, drugo, u pogledu stepena značaja, i treće, u pogledu njihovog međusobnog odnosa, onda prema shvaćanju Alexy primedbe Habermas su opravdane. Da bi se pokazala racionalnost odluka u pogledu intenziteta mešanja i stepena značaja to se može ilustrovati na primeru jedne odluke Nemačkog Saveznog Ustavnog suda, koja se odnosi na zdravstvena upozorenja. Sud je dužnost proizvođača da stave zdravstvena upozorenja o štetnosti pušenja na svojim proizvodima smatrao nečim što u neznatnoj ili maloj meri utiče na slobodu profesije. Uostalom, zdravstveni rizici zbog pušenja su veliki i oni opravdavaju ovo mešanje u navedeno pravo. Nasuprot tome, pot-

¹² Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, William Rehg, Trans., Polity Press 1996, p. 259.

puna zabrana proizvodnje duvanskih proizvoda bi predstavlja ozbiljno ometanje slobode profesije.¹³

*Princip proporcionalnosti u praksi
Evropskog suda za ljudska prava*

Princip proporcionalnosti je prepoznat kao jedan od centralnih principa, koji rukovodi primenu prava i sloboda, sadržanih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950). Ovaj princip je razvijan u praksi Evropskog suda za ljudska prava, mada je i Evropska komisija za ljudska prava smatrala da su balans i opravdanost relevantna pitanja u kontekstu evropskog sistema zaštite ljudskih prava, ali njena praksa nije pružila uvid u razvoj ovog principa. Evropski sud za ljudska prava je, pak, sa svoje strane implicitno primenio princip proporcionalnosti već u svojoj prvoj presudi *Lawless v. Ireland*¹⁴, koja se odnosila na odstupanja od člana 5 na osnovu člana 15 Konvencije. Član 5 Konvencije odnosi se na individualnu slobodu i to naročito slobodu od samovoljnog hapšenja ili lišavanja slobode. Član 15 Konvencije ovlašćuje visoke strane ugovornice da preduzmu mere kojima se odstupa od njenih obaveza, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije, s tim da te mere ne budu u neskladu sa njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu. U ovom predmetu *Lawless* je bio uhapšen jer je bio pripadnik IRA-e. Sud je primetio da u vezi članom 5 stav 1 b lišenje slobode g. *Lawless*-a po nalogu ministra, zbog sumnje da je bio uključen u aktivnosti štetne po očuvanje javnog reda i mira i državnu sigurnost, ne može se smatrati za meru preduzetu u cilju osiguranja izvršenja bilo koje obaveze propisane zakonom, jer ova klauzula ne govori o hapšenju ili lišenju slobode u cilju sprečavanja krivičnih dela protiv reda i mira ili sigurnosti, nego o osiguranju izvršenja posebnih zakonom propisanih obaveza.

Primena principa proporcionalnosti je izričito navedena u *Belgijskom lingvističkom slučaju*, kada je Evropski sud, u kontekstu člana 2 Protokola br. 1, u vezi sa pravima roditelja na obrazovanje dece, naveo da »domaća regulativa nikada ne sme da povredi suštinu prava na obrazovanje, niti da bude u suprotnosti sa drugim pravima sadržanim u Konvenciji.

Uopšte uzev, Evropska konvencija podrazumeva balans između zaštite opšteg interesa Zajednice i poštovanja osnovnih ljudskih prava.« Potraga za ovim balansom, kako je Sud naveo u slučaju *Sporrong and Lonroth v. Sweden* »inhe-

¹³ Robert Alexy, »Balancing, constitutional review and representation«, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, 2005, pp. 572–581.

¹⁴ Case of *Lawless v. Ireland* (app. No. 332/57), judgment Strasbourg 1 July 1961.

rentna je Konvenciji u celini«. U ovom slučaju, koji se odnosio na povredu prava iz člana 1 Protokola br. 1, Evropski sud je istakao da je potrebno uspostaviti ravnotežu između potrebe zaštite opšteg interesa, sa jedne strane, i potrebe zaštite osnovnih prava pojedinaca, sa druge strane.

U praksi Evropskog suda za ljudska prava princip proporcionalnosti nije tako jasno definisan i dosledno sproveden kao u praksi Nemačkog Saveznog ustavnog suda, što delom proizilazi iz neizbežne kulturne i svake druge različitosti država, koje u određenoj meri imaju pravo slobodne procene (*margin of appreciation*). Ključne oblasti u kojima se primenjuje princip proporcionalnosti jesu odredbe kojima se dozvoljava ograničenje ljudskih prava. To se, pre svega, odnosi na pravo iz člana 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), člana 9 (sloboda misli, savesti i veroispovesti), člana 10 (sloboda izražavanja), člana 11 (sloboda okupljanja i udruživanja). U pogledu navedenih prava, Evropska konvencija predviđa da se ona mogu podvrgnuti samo onim ograničenjima koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu, u interesu javne bezbednosti, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih, odnosno radi sprečavanja nereda ili kriminala, kada su u pitanju prava iz člana 10 i člana 11. Princip proporcionalnosti nalazi svoju značajnu primenu i u pogledu garancija nediskriminacije iz člana 14 i zaštite svojinskih prava iz člana 1 Protokola broj 1. Ali, dok u pogledu prava iz čl. 8–11 Evropske konvencije, Evropski sud za ljudska prava test proporcionalnosti strogo primenjuje u kontekstu zahteva »neophodno u demokratskom društvu«, dotle se fleksibilnija verzija primenjuje u smislu prava na mirno uživanje imovine. Ovde princip proporcionalnosti zahteva da postoji »razuman odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja čijoj se realizaciji teži«, ili »pravična ravnoteža« između opštih i pojedinačnih interesa koji su u pitanju.¹⁵ Kriterijum »razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja, čijoj se realizaciji teži« koristi se i u konteksta člana 14, odnosno zabrane diskriminacije. Test proporcionalnosti se ne primenjuje u odnosu na apsolutna prava garantovana Konvencijom koja ne trpe nikakva ograničenja, odnosno u odnosu na pravo na život (član 2), zabranu mučenja (član 3), zabranu ropstva i prinudnog rada (član 4, stav 1), zabranu kazne bez zakona (član 7) i ukidanje smrtne kazne (član 1 Protokola br. 6).

U praksi Suda u Strazburu možemo naći i nekoliko kontraverzних odluka, koje nisu u skladu sa opštom linijom tumačenja pod načelom proporcionalnosti, počev od onih koji su učinjeni pod legitimnim ciljem zaštite morala ili religijskih

¹⁵ P. van Dijk, G. J. H. van Hoof (et. al): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 1998, p. 80–82.

osećanja. Slučajevi kao što su Müller and others v. Switzerland (24.05.1978.) i Otto-Preminger-Institut v. Austria (20.9.1994) su među odlukama koje podležu oštroj kritici u naučnoj javnosti. U oba slučaja sud je utvrdio da nije bilo kršenja člana 10 (sloboda izražavanja), iako bi suprotan ishod bio u skladu sa uspostavljenom linijom stroge kontrole slobode izražavanja u postojećoj praksi. Polje slobodne procene koje je dodeljeno nacionalnim vlastima u ovim slučajevima je bilo znatno šire od normalnog i balans je bio pomeren ka javnom interesu. Problem koji se ovde manifestuje odnosi se na slučajeve kada Sud prihvata da nacionalne vlasti čine nerazumna ograničenja pod okriljem zaštite demokratije. Takva ograničenja mogu sprečiti normalan demokratski tok i kritiku prema strukturama moći.

Princip proporcionalnosti, onako kako je koncipiran i razvijan u nemačkom ustavnom pravu, smatra se glavnom inspiracijom Strazburških organa prilikom kreiranja principa proporcionalnosti u tumačenju Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Međutim, imajući u vidu navedene teorijske stavove Roberta – Alexy i trostepeni test proporcionalnosti koji primenjuje Savezni ustavni sud i navedenu praksu Evropskog suda za ljudska prava, možemo zaključiti da princip proporcionalnosti onako kako je shvaćen u praksi Evropskog suda nije sasvim ekvivalentan principu proporcionalnosti u nemačkom upravnom i ustavnom pravu.¹⁶

Naime, princip proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava nije tako jasno i precizno definisan, kao u praksi Nemačkog Saveznog ustavnog suda. Stoga, predlaže da umesto fokusiranja na klasične elemente ovog principa, u centru pažnje treba da bude horizontalno struktuirani test pravične ravnoteže. Test sveukupnog balansiranja može se objasniti načelnim karakterom normi Evropske konvencije. Praksa Suda se može posmatrati kao skup individualnih odluka koje odražavaju određene specifične i istorijski uslovljene odnose, koji su povezani sa pravnim principima koji se primenjuju prema okolnostima datog slučaja.¹⁷

¹⁶ Videti: Rupp-Sweinty: *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (1999), Hoffmann-Remy: *Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8–11 abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention – Dargestellt anhand von Beispielfällen aus der Rechtsprechung der Konventionsorgane und Nationaler Gerichte* (1976) p. 263. Stelzer: *Das Wesengehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (1991) Navedeno prema Jonas Christoffersen, *Fair Balance—a study of Proportionality, subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (dr. dissertation), University of Copenhagen, 2008.

¹⁷ Videti o tome Jonas Christoffersen, op. cit, p. 66–67.

Princip proporcionalnosti u praksi Ustavnog suda Srbije

Sistem ljudskih i manjinskih prava u Republici Srbiji je uređen u drugom delu Ustava, i to tako što se pre samog kataloga ustavom garantovanih ljudskih, odnosno manjinskih prava, nalazi odeljak o osnovnim načelima (čl. 18–22 Ustava Srbije). Osnovna ustavna načela o ljudskim pravima su neposredna primena zajemčenih prava (član 18), načelo o svrsi ustavnih jemstava (član 19), načelo o »granicama« ograničenja ljudskih i manjinskih prava (član 20), zabrana diskriminacije (član 21), načelo o zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda (član 22). Ovim načelima izražen je opšti stav ustava o njihovom značenju, normativnoj snazi i pravnom dometu i ona istovremeno predstavljaju pravni osnov za tumačenje i primenu garantovanih prava i sloboda od strane državnih organa. Načelo o neposrednoj primeni ljudskih i manjinskih prava odnosi se kako na ustavom garantovana prava, tako i na prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Ovaj princip odnosi se na sve nosioce ustavne vlasti, ali prvenstveno ima za cilj da obezbedi ljudska prava u odnosu prema zakonodavnoj vlasti. Zakonom se može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava. Svoj odnos prema ljudskim pravima Ustav Srbije je odredio i postavljajući opšta pravila za njihovo tumačenje, odnosno rečima Ustava »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. Za utvrđivanje pravne vrednosti i funkcije ljudskih prava od značaja je i ustavom utvrđena svrha ustavnih jemstva, odnosno da služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenim i demokratskom društvu, zasnovanom na načelu vladavine prava.

Sistem zaštite ljudskih i manjinskih prava u pravnom poretku Republike Srbije po prvi put uključuje ustavni princip proporcionalnosti u pogledu ograničenja ljudskih i manjinskih prava. Ovaj princip je sadržan u ustavnoj odredbi o »granicama« ograničenja ljudskih prava (član 20 Ustava).¹⁸ Ljudska i manjinska prava mogu samo zakonom biti ograničena i to pod sledećim uslovima: a). ako ograničenje dopušta Ustav, b). u svrhe radi kojih Ustav to propisuje, v). u obimu

¹⁸ I. Pejić, »Dejstvo ljudskih prava u pravnom poretku Republike Srbije«, u N. Petrušić (ur.): Pristup pravosuđu-instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije, Niš, 2009, str. 61.

neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i d). bez zadiranja u suštinu zajamčenog prava (član 20 stav 1). Takođe, Ustav je predvideo da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati. Ovako postavljene »granice« ograničenja ljudskih prava upućene su najpre zakonodavcu, koji donosi opšte pravne akte, ali i prema drugim državnim organima, pre svega, sudovima koji donose pojedinačne akte. Tako da se princip proporcionalnosti primenjuje kako u procesu normiranja, tako i prilikom rešavanja sporova. Svi državni organi, posebno sudovi, prilikom ograničenja ljudskih i manjinskih prava moraju da vode računa o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava (član 20 stav 3). Ovako definisane granice osnovnih prava odgovaraju nemačkoj doktrini Lehre über die Schranken-Schranken. Proporcionalnost, izražena u odluci nadležnog organa, treba da ukaže da se vodilo računa kako o žalbenom zahtevu, najčešće pojedinca, u pogledu povrede prava, tako i o zaštiti javnog interesa poštujući princip ustavnosti i zakonitosti. Od državnih organa se očekuje da pronađu pravi balans potrebe da se zaštiti javni i privatni interes, odnosno da ako je očigledna prevaga javnog interesa da se primeni najmanje restriktivno sredstvo, koje će izazvati najmanje moguće štetne posledice u pogledu individualnih prava i sloboda. Konačan arbitar koji ocenjuje da li i u kojoj meri je zadovoljen princip proporcionalnosti je svakako Ustavni sud Srbije, kao čuvar ustava i ustavnosti, i kao posebna pravosudna institucija koja istovremeno »kontrolniše« zakonodavca, ali i rad upravnih i sudskih organa. Naime, vršeći normativnu kontrolu Ustavni sud Srbije je u prilici da ocenjuje koliko je uspešno zakonodavac sproveo test proporcionalnosti tamo gde je bilo potrebe za tim, dok odlučujući po ustavnim žalbama na pojedinačne pravne akte i radnje državnih organa, u prilici je da ocenjuju kako su se na tom istom testu snašli sudski i upravni organi.

Čini se da je nepotrebno govoriti o uzoru kojim se srpski ustavopisac rukovodio ili kojim se rukovodi Ustavni sud Srbije u kreiranju i razvijanju ovog principa. Uostalom, teško je to precizno utvrditi. Činjenica je da je Nemački Savezni ustavni sud predstavljao »model« po kome su sve post-socijalističke države uspostavljale i razvijale ustavne sudove, kao ključne oslonce u razvijanju i jačanju principa pravne države. I Srbija u tom pogledu ne predstavlja izuzetak. Činjenica je i da praksa Evropskog suda za ljudska prava, posebno od ratifikacije Evropske konvencije i donošenja prvih odluka u odnosu na Srbiju, igra vrlo značajnu ulogu i da se Ustavni sud u svojoj praksi rukovodi principima koje je ustanovio Evropski sud za ljudska prava. Tako da je, možemo reći, princip proporcionalnosti u našem sistemu koncipiran kao rezultat delovanja i jednog i drugog suda.

Mada, kako praksa Ustavnog suda još nije dovoljno ilustrativna u tom pogledu ne možemo govoriti o jasno i precizno definisanom principu proporcionalnosti, kakav postoji u praksi Saveznog ustavnog suda Nemačke, već pre možemo ovaj princip analizirati od slučaja do slučaja, kao kod Evropskog suda za ljudska prava.

U tom smislu ilustrativna je novija praksa Ustavnog suda Srbije i stoga će neki od slučajeva biti navedeni i analizirani. U predmetu *Už 290/2007* odlučujući povodom ustavne žalbe M. T. zbog povrede prava na pravično suđenje (član 32, stav 1 Ustava Srbije), Ustavni sud postavlja pitanje da li zaštita ugleda nosioca javnotužilačke funkcije legitiman osnov za ograničenje prava na pritužbu, odnosno slobodu mišljenja i izražavanja. Ako su pravo na ugled i čast nesporno zaštićena prava dobra kao sastavni deo prava ličnosti, postavlja se pitanje kako će se u konkretnom slučaju uspostaviti ravnoteža između ovog prava i prava na pritužbu, u kome je sadržana sloboda mišljenja i izražavanja, odnosno kom od ovih prava treba dati prednost, jer je očigledno da su ova prava u koliziji. U ovom slučaju redovni sud je u delikatnoj situaciji da vrši odmeravanje, kako bi utvrdili kome bi od ovih prava trebalo pružiti zaštitu u datom slučaju. Postupajući sud, je po oceni Ustavnog suda, trebalo da odmeri ugroženost prava tužioca na dostojanstvo ličnosti ugled u odnosu na pravo podnosioca ustavne žalbe na podnošenje pritužbe i da, nakon takvog upoređivanja i odmeravanja, da utvrdi čije je pravo bilo više ugroženo navodima u podnetoj pritužbi. Pri tome, sud je morao da uzme u obzir da li je podnosilac pritužbu podneo u nameri da okleveta nosioca javne funkcije ili mu je namera bila da prevashodno traži zaštitu svog ugroženog prava. Kako postupajući sud nije izvršio procenu i odmeravanje ugroženosti navedenih prava, po oceni Ustavnog suda, postupajući sud je povredio pravo podnosioca na pravično suđenje. Ustavni sud, dodaje, da što je u nizu odluka Evropskog suda za ljudska prava istaknuto, pravo na pravično suđenje se može povrediti ili uskratiti i pogrešnim tumačenjem, odnosno pogrešnom primenom materijalnog prava, kao što je slučaj u ovom predmetu.

U predmetu *Už 904/2008*, Ustavni sud je odlučujući po ustavnoj žalbi S. L. zbog povrede prava na pravično suđenje (član 32) i slobode izražavanja i mišljenja (član 46) protiv presude Drugog opštinskog suda. Tom prilikom, Ustavni sud je zaključio da osporene presude donete u parničnom postupku vođenom radi naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda i da su zasnovani na pravno valjanom tumačenju materijalnog prava koje reguliše ovu oblast, zbog čega predstavljaju dozvoljeno i opravdano mešanje države u sferu zakonom ograničenog prava pojedinca na slobodu izražavanja. Takođe, presude su donete u težnji ka legitimnom cilju da se zaštiti Ustavom i zakonom utvrđeno pravo drugog lica na nepovredivost dostojanstva ličnosti i na poštovanje njegove časti i ug-

leda. U konkurenciji ova dva potencijalno suprotstavljena ustavna prava mora se ostvariti odgovarajuća ravnoteža između opšteg i privatnog interesa, pri čemu sloboda izražavanja neminovno trpi razumna ograničenja u cilju zaštite prava drugih i javnog poretka.

Uvođenje i razvijanje principa proporcionalnosti u našem ustavnom pravu svakako predstavlja veliki korak napred u konceptu zaštite ljudskih prava. Primena ovog principa omogućava Ustavnom sudu Srbije da »drži korak« u odnosu na druge ustavne sudove, i u odnosu na Evropski sud za ljudska prava.

ZAKLJUČAK

Princip proporcionalnosti predstavlja ključni element savremene pravne misli o ljudskim pravima, koji objedinjuje pozitivno i prirodno pravo. Princip proporcionalnosti pojavljuje se kao koncept, koji je nastao u pravnoj doktrini, i koji postoji kao nepisano pravilo, kao opšti princip prava koji se prepoznaje u praksi sudova. To ovaj princip čini izuzetno kompleksnim, jer on uključuje hiljade odluka donetih u različitim političkim kontekstima i pravnim sistemima. Istovremeno, proporcionalno zasnovani odnos danas predstavlja jednu od funkcija koja definiše globalni konstitucionalizam, ako se može reći da on postoji. Iako se kao drevni koncept pravde nalazi u antičkom dobu, princip proporcionalnosti danas, u modernom pravu, posmatramo pre svega u odnosu na nemački uzori i u odnosu na jurisprudenciju Saveznog ustavnog suda Nemačke. Ovaj Sud pak, imao je snažan uticaj na Evropski sud za ljudska prava, koji je dalje u svojoj bogatoj praksi razvio ovaj princip i uticao da on bude opšte prihvaćen princip zaštite prava na prostoru koju obuhvata države članice Saveta Evrope. Iako preovlađuje shvatanje da princip proporcionalnosti, onako kako je razvijen u nemačkom ustavnom pravu, ne korespondira u potpunosti shvatanju ovog principa u praksi Evropskog suda za ljudska prava, to ne umanjuje značaj ovog principa u teoriji prava u najopštijem smislu. Uostalom, teorijska osnova za primenu ovog principa u nacionalnim ustavnim sudovima je znatno šira nego u slučaju Evropskog suda za ljudska prava, jer ovaj princip nalazi svoju primenu i u postupku normiranja prava i ocene njegove ustavnosti. Važnost ovog principa možemo prepoznati i u praksi Ustavnog suda Srbije, a osnovu za primenu ovog principa nalazimo i u odredbama Ustava Srbije. Princip proporcionalnosti potvrđuje spremnost Ustavnog suda Srbije da održava korak sa drugim ustavnim sudovima i Evropskim sudom za ljudska prava.

MAJA NASTIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law
University of Niš

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY
IN THE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURTS
AND EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS

Summary

The principle of proportionality is a key element of contemporary legal thought on human rights, which combines positive and natural law. The principle of proportionality has roots way back in legal history and is widely used in constitutional and international human rights law. Literally, the term proportionality is derived from "pro portion" in equal shares, meaning that this principle is concerned with the distribution of some kind of equal weight to various interests. The principle of proportionality appears as a concept and exists as an unwritten rule, as a general principle of law. Nowadays, the principle of proportionality is one of the features that defines the global constitutionalism.

The principle of proportionality in modern law has been developed in the practice of German Federal Constitutional Court. Proportionality comprises three tests: suitability, necessity and proportionality in the narrow sense. In the first step, the German court asks whether the law is suitable to achieve the end desired. In the second, whether the law is necessary to reach its end or whether a less intrusive means does exist. The third step is cost-benefit analysis.

The German Constitutional Court had a strong influence on the European Court of Human Rights. Although it uses the language of necessity and proportionality, the case law of the European Court of Human Rights is not entirely clear about what this entails, and the problem is compounded by cultural variation permitted to states under the doctrine of margin of appreciation. A proper appreciation of the role of proportionality in the European Court of Human Rights must take account of elements specific to the European Convention for protection of human rights. Express references to proportionality were not made at the time of drafting the European Convention in the late 1940's. The application of the principle of proportionality under the European Convention is based on the Commission's and Court's interpretation of the European Convention since early 1960's.

The importance of the principle of proportionality has been recognized in recent practice of the Constitutional Court of Serbia. The basis for application of this principle are the provisions of the Constitution (article 20). The introduction and development of the principle is certainly a major step forward in the protection of constitutional rights.

SINIŠA KARAN

PREDSTAVNIČKA DEMOKRATIJA U BOSNI I HERCEGOVINI

– Primjena vitalnog nacionalnog interesa –

U V O D

Nadležnost Bosne i Hercegovine i entiteta utvrđena je Ustavom Bosne i Hercegovine, Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, te Ustavom Republike Srpske. S obzirom da se u sastavu Federacije Bosne i Hercegovine nalazi deset kantona, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine utvrđuje podjelu nadležnosti između Federacije BiH i kantona.¹

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine uspostavljena je kao najviši zakonodavni organ BiH te je u strukturi vlasti Bosne i Hercegovine posmatramo

Doc. dr Siniša Karan, generalni sekretar Predsjednika Republike Srpske.

¹ Raspodjela nadležnosti između institucija BiH i entiteta, po Ustavu Bosne i Hercegovine, izvršena je na poseban, veoma specifičan način (član III Ustava BiH). Po ustavnoj podjeli, nadležnosti se dijele na nadležnosti institucija BiH, nadležnosti entiteta i dodatne nadležnosti. Ustav je prije svega taksativno pobrojao isključive nadležnosti BiH, uz pretpostavku nadležnosti u korist entiteta. Dakle, sve što nije u nadležnosti institucija BiH nalazi se u nadležnosti entiteta. No i pored toga, u Ustavu su pobrojane i »određene specifične nadležnosti entiteta, od kojih neke predstavljaju posebnu stranu bosanskohercegovačkog federalizma i u kojima se prepoznaju elementi konfederalizma.« Elementi konfederalizma u sferi podjele nadležnosti se nalaze u činjenici da entiteti prenose nadležnosti na institucije Bosne i Hercegovine, a ne obratno.

kao predstavničko tijelo i kao nosioca ustavotvorne i zakonodavne vlasti. Ustavni položaj, struktura i nadležnosti Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, su odraz njenog karaktera složene države.² Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine sastoji se od dva doma – Predstavničkog doma i Doma naroda, i svi akti iz njene nadležnosti donose se usvajanjem u oba doma Parlamentarne skupštine BiH. Specifična dvodomna struktura Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine svojom složenošću ukazuje i na to da su, na vrlo neuobičajen način, u osnove državnog uređenja utkani principi posredničke demokratije na jednoj, ali i principi nacionalne zastupljenosti, na drugoj strani, pri čemu je posebno naglašen značaj entitetsko-etničke zastupljenosti, što je svakako još jedan u nizu specifikuma.

Dom naroda sastoji se od 15 delegata, od kojih su dvije trećine iz Federacije BiH (pet Hrvata i pet Bošnjaka) i jedna trećina iz Republike Srpske (pet Srba).³ Kada je riječ o načinu njihovog izbora, Ustav BiH je propisao da delegate iz reda Hrvata i Bošnjaka biraju hrvatski, odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Parlamenta FBiH, a Srbe Narodna skupština Republike Srpske.⁴ Dom naroda Parlamentarne skupštine trebao bi da ima ulogu gornjeg doma, kao predstavništva entiteta (federalnih jedinica), i da, po pravilu svaki entitet (federalna jedinica), u tom domu ima jednak broj predstavnika (načelo entitetskog pariteta). Međutim, Dom naroda Parlamentarne skupštine nije samo predstavništvo entiteta nego je predstavništvo entiteta i konstitutivnih naroda i predstavlja dakle, specifičnost koja zapravo i ukazuje na genezu nastanka i Ustava BiH i Parlamentarne skupštine BiH. Etničko predstavništvo u Domu naroda suženo je na entitetski nivo (druga karakteristika, koja je bila povod, pored ostalog, pokretanju inicijative za donošenje odluke Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda na cijeloj teritoriji BiH).

Proces odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini BiH ubraja se u red najkomplikovanijih parlamentarnih postupaka. To je posljedica nastojanja, najprije, da

² Ustavna rješenja koja određuju rad ovog zakonodavnog tijela, posebno način izbora, njena ukupna unutrašnja struktura, način odlučivanja, specifična rješenja njene dvodomne strukture, posebno sa aspekta zastupljenosti naroda u Domu naroda, upućuju na specifičnost ovog organa, koji čak ni u ustavnoj poziciji nije eksplicitno određen kao zakonodavni.

³ Zakon o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u BiH (Sl. glasnik BiH, br. 12/2003) usvojen je da bi afirmisao ravnopravnost kategorije »Ostalih« (kako ih definiše Ustav BiH). Anex IV Dejtonskog sporazuma nije ponudio nikakvu garanciju zastupljenosti »Ostalih«. Nakon intervencije Visokog predstavnika 2002. u entitetskim parlamentima, jedan broj mjesta rezervisan je za one koji ne pripadaju konstitutivnim narodima (4 u Vijeću naroda RS, 7 u Domu naroda FBiH). »Ostali« su isključeni iz Predsjedništva BiH te Doma naroda PS BiH, tj. ne postoji nikakva mogućnost da neko ko nije deklarisan kao Srbin, Bošnjak ili Hrvat bude članom Predsjedništva, a ni državni Dom naroda ne nudi mogućnost političke reprezentacije »Ostalih«.

⁴ Ustav BiH, čl. IV tačka 1 a b.

se osigura zastupljenost interesa građana, zatim, ravnopravnost entiteta i ravnopravnost i zaštita nacionalnih interesa sva tri konstitutivna naroda. Poslovničkim propisivanjem kvoruma prisutnih i kvoruma glasača, uloge predsjedavajućih, zamjenika predsjedavajućih i kolegija, te zakazivanjem i vođenjem sjednica otvorene su široke mogućnosti prilikom donošenja odluka, pri čemu nisu nepoznate ni opstrukcije, blokade, pa čak i bojkot, što se u praksi često dešavalo. Poseban problem, predstavlja entitetsko glasanje.⁵

Odlučivanje o pitanjima od vitalnog nacionalnog interesa⁶ je postupak koji se primjenjuje u Domu naroda kada većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih dele-

⁵ Njegovu sadržinu određuje ustavna norma po kojoj se odluke u Parlamentarnoj skupštini donose većinom glasova prisutnih i članova koji su glasali, a ta većina obuhvata najmanje jednu trećinu članova biranih sa teritorije svakog entiteta. Ako ta većina ne može biti postignuta, odluka se usvaja pod uslovom da protiv nje ne glasaju dvije trećine ili više članova biranih na teritoriji svakog entiteta. Primjena entitetskog glasanja u Predstavničkom domu odstupa od uobičajenih rješenja o načinu odlučivanja donjeg doma federalnog zakonodavnog tijela što se smatra jednom od najvećih krtitka upućenih ovom domu. Kako je taj dom, uobičajeno u svijetu, prevashodno predstavništvo građana, pa time i građana federalnih država koji u federalnoj jedinici ostvaruju svoja politička prava, osnov za entitetsko glasanje u Predstavničkom domu, jeste, upravo specifičnost složene državne strukture Bosne i Hercegovine i osnova na kome počiva državno uređenje. Dakle, predstavnički dom ujedno predstavlja i građane i narode entiteta sa koga se biraju njegovi članovi, a ne samo građane jednog, odnosno drugog entiteta. Entitetsko glasanje, je dakle, uvedeno s ciljem sprečavanja preglasavanja, koje je moguće u ovom domu i kao takvo, treba da onemogući donošenje odluka protiv volje konstitutivnih naroda zastupljenih u Parlamentarnoj skupštini, a biranih u jednom entitetu.

⁶ Pojam »vitalnog interesa« u smislu člana IV stav 3 tačka f) Ustava Bosne i Hercegovine, nije definisan precizno, s obzirom na to da Ustav ne sadrži definiciju ili pobliže određenje ovog ustavnopravnog pojma. Pojam vitalnog interesa jednog konstitutivnog naroda je funkcionalna kategorija koja omogućava efektivno učešće konstitutivnog naroda u vršenjuu državne vlasti. Ustavni sud je mišljenja da u vezi sa članom I Ustava, tekst Ustava BiH jasno razlikuje konstitutivne narode od nacionalnih manjina, sa namjerom afirmacije kontinuiteta Bosne i Hercegovine kao demokratske multinacionalne države. U vezi s tim, zaključuje se da pojam konstitutivnosti naroda nije apstraktan pojam, već da on inkorporira određene principe bez kojih jedno društvo sa ustavno zaštićenim razlikama ne bi moglo efektivno da funkcioniše. U skladu s tim, pojam »konstitutivnost« direktno utiče na pojam »vitalnog interesa«. Entitetski ustavi – Ustav Republike Srpske (Amandman LXXVII) i Ustav Federacije (Amandman XXXVII), za razliku od Ustava Bosne i Hercegovine, gotovo na identičan način definišu vitalne nacionalne interese konstitutivnih naroda. Utvrđeni principi su ustavnopravno obavezujući i na njima se moraju zasnivati institucionalna struktura i funkcionisanje ukupnog društva i države Bosne i Hercegovine i njenih entiteta. Konstitutivnost svih naroda na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine data je u kontekstu svih drugih vrijednosti i principa, a posebno ustavnog načela o garantovanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda u skladu sa međunarodnim standardima. U pogledu Ustava Bosne i Hercegovine, konstitutivnost naroda utvrđuje se kao princip i norma samo u preambuli, ali su konsekvence ovog ustavnog principa razvijene i u drugim ustavnim odredbama među kojima su najvažnije: – zabrana diskriminacije po bilo kom svojstvu, statusu ili osnovu kao što su pol, rasa, boja, jezik, vjerska, politička i druga uvjerenja, nacionalno i socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje i drugi statusi, – obaveza svih

gata smatra da se radi o pitanju koje zadire u ravnopravnost konstitutivnih naroda i da predloženo rješenje ugrožava vitalni nacionalni interes.⁷ Ustavom BiH, a ni poslovníkom Doma naroda, nisu bliže definisana pitanja od vitalnog nacionalnog interesa. Svakoј nacionalnoj delegaciji u Domu naroda je prepušteno da procijeni da li se radi o takvom kvalitetu pitanja o kojem se odlučuje. Ovaj mehanizam odlučivanja pruža apsolutnu zaštitu nacionalnih interesa i ravnopravnosti, ali, načelno, može dovesti i do zastoja i blokade u odlučivanju o pitanjima značajnim za sve građane i sve narode.

Nesporno, institucionalna zaštita vitalnog nacionalnog interesa u multinacionalnoj i multikonfesionalnoj osobenosti i tradiciji Bosne i Hercegovine data je kao temeljna ustavna vrijednost, navedena već u preambuli Ustava Bosne i Hercegovine, te se ima posmatrati kao ustavnopravno obavezujući princip na kojem se zasniva institucionalna struktura i funkcionisanje ukupnog društva i države Bosne i Hercegovine. U ovom kontekstu institut zaštite vitalnog nacionalnog interesa za postdejtonsku BiH, kao i konstitutivnost naroda posmatramo kao »osnovno političko pitanje, pitanje okvira državnog uređenja a ne pravno pitanje, i nikako nije pitanje ljudskih prava i njihovog poštovanja. Za pitanje poštovanja ljudskih prava niti koristi, a može da naškodi.«⁸

Prema tome, pravo zaštite vitalnog nacionalnog interesa u Bosni i Hercegovini nije samo pravo kojim jedan etnicitet štiti svoj identitet, nego je to aktivno pravo političkog odlučivanja o svim bitnim elementima ustavnog statusa, organi-

organa i institucija u Bosni i Hercegovini, uključujući i entitete, da obezbijede najviši nivo ustavom i međunarodnim aktima poznatih i zagarantovanih ljudska prava i osnovnih sloboda, – ustavne garancije široke liste individualnih i kolektivnih sloboda i prava, uključujući i ona koja proizlaze iz nacionalne, vjerske i političke pripadnosti kao što su: sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti; sloboda izražavanja mirnog okupljanja i udruživanja; pravo na imovinu i obrazovanje; pravo na slobodu kretanja i prebivališta, – prava izbjeglica i raseljenih lica na povratak i imovinu, obaveza primjene demokratskih principa u izgradnji i funkcionisanju svih organa i institucija vlasti, dužnost entiteta da osiguraju pravnu sigurnost i punu zaštitu lica na svojoj teritoriji, – nadređenost Ustava Bosne i Hercegovine ustavima entiteta i svim drugim propisima u zemlji i – obaveza entiteta da svoje ustave usaglase sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

⁷ Ustav BiH Član IV tač. 3e) Predložena odluka Parlamentarne skupštine može biti proglašena destruktivnom po vitalni interes bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda većinom glasova iz redova bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata izabranih u skladu sa stavom 1, tačka (a). Za donošenje takve odluke biće potrebna saglasnost Doma naroda, izglasana od strane većine bošnjačkih, većine hrvatskih i većine srpskih delegata koji su prisutni i glasaju. f) Kada većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata stavi primjedbu na pozivanje na tačku (e), predsjedavajući Doma naroda će odmah sazvati Zajedničku komisiju, koja se sastoji od tri delegata, od kojih je svaki izabran iz redova bošnjačkih, hrvatskih i srpskih delegata, u cilju razrješenja tog pitanja. Ukoliko to Komisija ne uspije u roku od pet dana, predmet se upućuje Ustavnom sudu koji će po hitnom postupku preispitati proceduralnu ispravnost slučaja.

⁸ Branko Morait, *Aktuelnosti – časopis za društvena pitanja*, broj 7, 1999. god.

zacije i funkcionisanja države. Isti, rekli bismo, ustavno utemeljen princip bosanskohercegovačkog društva je i ustavna kategorija »konstitutivnosti Bošnjaka, Hrvata i Srba«, kao jedan od temelja bosanskohercegovačkog društva i države, a koji se uvijek ima posmatrati u cjelini sa osnovnim elementima civilnog društva, prije svega, segmentima ostvarivanja individualnih i kolektivnih ljudskih prava i sloboda i funkcionisanjem demokratskih institucija. Ovi ustavni principi i odredbe jednako se odnose na cijelu teritoriju Bosne i Hercegovine i na sve nivoe vlasti u zemlji, što je potvrđeno i odlukama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda i promjenama ustava i zakona entiteta.⁹

*Specifičnosti Parlamentarne skupštine BiH
kao organa zakonodavne vlasti*

Posmatrajući nadležnosti oba Doma Parlamentarne Skupštine BiH na prvi pogled nije zapravo u potpunosti jasno koji od ova dva doma u praksi ima veću moć. Moglo bi se zaključiti da oba doma imaju svoje, određene, specifične, »prednosti«. Tek ukoliko pažljivije osmotrimo mehanizme donošenja odluka (i mogućnost i postupak ulaganja prigovora zaštite vitalnog nacionalnog interesa), odnos i podjelu moći između ova dva doma, slika unekoliko postaje jasnija u smislu da se uočava da, formalno posmatrano, glavni (osnovni) dom parlamenta, Predstavnički dom, čiji se članovi biraju neposredno od strane birača (širok izborni legitimitet), u praksi, a zbog postojećeg načina donošenja odluka (»entitetskog glasanja«) ima značajniju ulogu, zbog čega njegova struktura i način odlučivanja i predstavljaju kamen spoticanja za unitaristički orijentisane političke snage u BiH. Na drugoj strani možemo konstatovati da je uticaj Doma naroda, koji se bira posredno, (po sistemu delegiranja predstavnika tri konstitutivna naroda), takođe značajan, s obzirom na to da on predstavlja zapravo »posljednju branu« zaštite vitalnih nacionalnih interesa, te angažovanje Ustavnog suda. Na osnovu prethodno rečenog, a u vezi sa specifičnošću uređenja BiH, nužno se nameće zaključak da Predstavnički dom funkcioniše sa mogućnošću entitetskog veta, a Dom naroda funkcioniše sa mogućnošću etničkog veta.¹⁰

⁹ Prema završnoj odredbi preambule Ustava BiH koja glasi: »Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (zajedno sa ostalim), i građani Bosne i Hercegovine ovim utvrđuju Ustav Bosne i Hercegovine«, cjelokupna struktura javne vlasti izvorno proizlazi iz suverenosti građana, konstitutivnosti i ravnopravnosti Bošnjaka, Hrvata i Srba i položaja pripadnika ostalih naroda i građana.

¹⁰ Vidi šire: Radomir Nešković, Etničko pravo veta kao element konsocijalizma u Bosni i Hercegovini, Časopis za društvena pitanja, godina II, Broj 5, 2008. godina.

Narodna skupština Republike Srpske

Ustavom je regulisano da Republika Srpska ima jednodomni parlament. U Republici Srpskoj nije bilo potrebe za dvodomom strukturom zakonodavnog tijela, jer je ona unitarno uređena, a sve do odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz 2000. godine u njoj je kao konstitutivan bio definisan samo jedan narod. Tek je preoblikovanjem Republike Srpske (amandmanima iz 2002. godine) u entitet sa tri konstitutivna naroda došlo do izmjena i u procesu odlučivanja, ponajprije u oblasti zaštite vitalnih nacionalnih interesa sva tri konstitutivna naroda. Zakonodavno tijelo Republike Srpske nije u vezi s tim postalo dvodomo iz prevashodno razloga ustavno-pravne prirode i činjenice da sprovođenje odluke Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda nije promijenilo unitarno uređenje Republike Srpske. Vlast u Republici Srpskoj organizovana je na načelu podjele vlasti, te se nosiocem zakonodavne vlasti smatra Narodna skupština, izvršne Vlada Republike Srpske, dok određena ovlaštenja u ovoj oblasti vrši i sam Predsjednik Republike Srpske.

Vijeće naroda Republike Srpske¹¹

Usvajanjem Amandmana na Ustav Republike Srpske, Amandmanom LXXVI, propisano je da će zakonodavnu vlast u Republici Srpskoj vršiti Narodna skupština Republike Srpske i, u kontekstu zaštite vitalnog nacionalnog interesa, Vijeće naroda Republike Srpske. Vijeće naroda je u sistem zakonodavne vlasti Republike Srpske uvedeno s primarnim ciljem zaštite vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda, te, kao takvo, ne učestvuje u postupku donošenja zakona, propisa i drugih akata, nego je njegova nadležnost svedena na vršenje kontrole izglasanih zakona, propisa i akata u Narodnoj skupštini radi utvrđivanja da li se propisima ugrožavaju vitalni nacionalni interesi nekog od konstitutivnih naroda.

Određenjem, odnosno definisanjem pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, određuje se, posredno, i nadležnost Vijeća za zaštitu nacionalnog interesa Re-

¹¹ Vijeće naroda Republike Srpske sastavljeno je na principu paritetnog predstavljanja konstitutivnih naroda i na odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika ostalih naroda. Svaki konstitutivni narod je predstavljen sa po osam delegata, a pripadnici ostalih naroda su zastupljeni sa četiri delegata. Da bi se izvršilo delegiranje ovih delegata, u Narodnoj skupštini Republike Srpske formiraju se klubovi konstitutivnih naroda i klub pripadnika ostalih naroda koji biraju delegate u Vijeće naroda.

publike Srpske. Tako su vitalni nacionalni interesi konstitutivnih naroda definisani kao ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da budu adekvatno zastupljeni u zakonodavnim, izvršnim i pravosudnim organima vlasti; prava na identitet jednog konstitutivnog naroda; prava na učešće u rješavanju pitanja koja se tiču ustavnih amandmana i organizacije organa javne vlasti; jednaka prava konstitutivnih naroda u procesu donošenja odluka; pitanja obrazovanja, vjeroispovijesti, jezika, njegovanje kulture, tradicije i kulturnog naslijeđa; teritorijalne organizacije; sistema javnog informisanja i druga pitanja, koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra dvotrećinska većina jednog od klubova delegata konstitutivnih naroda u Vijeću naroda.¹²

*Način odlučivanja u slučaju usvajanja zakona
u vezi sa vitalnim nacionalnim interesom*

Ustav Republike Srpske je odredio proceduru za usvajanje zakona u vezi sa vitalnim interesima, kako je definisano u listi iz Amandmana LXXVII (zakoni ili drugi propisi ili akti koje izglasa Narodna skupština će se dostaviti i razmatrati od strane Vijeća naroda ako se isti odnose na vitalni interes definisan u Amandmanu LXXVII). Ukoliko više od jednog predsjedavajućeg ili potpredsjedavajućeg Vijeća naroda smatra da zakon spada u pitanja od vitalnog interesa definisana u Amandmanu LXXVII, zakon će biti uvršten na dnevni red Vijeća naroda kao pitanje od vitalnog interesa. Ako samo jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući tvrdi da zakon spada u pitanja od vitalnog interesa, dvotrećinska većina odgovarajućeg kluba može proglasiti da je riječ o pitanju sa liste vitalnih interesa. U tom slučaju će se slijediti propisana procedura¹³ u kojoj predsjedavajući i potpredsjedavajući moraju donijeti odluku u roku od jedne sedmice. Ukoliko većina svakog kluba, koji ima delegate u Vijeću naroda, glasa za takve zakone ili druge propise ili akte, smatraće se da su oni usvojeni, a ukoliko se u Vijeću naroda postigne saglasnost o amandmanima, takav zakon propis ili akt se ponovo podnosi Narodnoj skupštini na odobravanje.

Ako, pak, saglasnost nije moguća u Vijeću naroda ili ukoliko se na prijedlog amandmana ne postigne saglasnost, formiraće se zajednička komisija od predstavnika Narodne skupštine i Vijeća naroda. Zajednička komisija sastavlja se na paritetnom osnovu i odluke donosi konsenzusom. Na isti način usaglašava i tekst zakona, nakon čega se zakon smatra usvojenim. Ukoliko se ne postigne sag-

¹² Amandman LXXVII na Ustav Republike Srpske.

¹³ Čl. 5b. Amandmana LXXXII.

lasnost, zakon neće biti usvojen, te se isti vraća predlagaču na novi postupak. U tom slučaju predlagač ne može ponovo podnijeti isti tekst zakona, propisa ili akta. Kada je riječ o proceduri za zakone koji se odnose na vitalni nacionalni interes, ukoliko je odlučeno dvotrećinskom većinom jednog od klubova konstitutivnih naroda u Veću naroda, postupak teče na slijedeći način:

– u slučaju da dvije trećine jednog od klubova konstitutivnih naroda u Vijeću naroda odluči da se zakon, akt ili propis odnosi na vitalni interes, zakon će razmatrati Vijeće naroda;

– ukoliko većina svakog kluba zastupljenog u Vijeću naroda glasa za taj zakon, drugi propis ili akt, isti se smatra usvojenim;

– ukoliko se Vijeće naroda usaglasilo o amandmanima, zakon, propis ili akt se ponovo dostavlja na odobrenje Narodnoj skupštini;

– ukoliko zajednička komisija (ranije pomenuta), ne postigne saglasnost, pitanje se prosleđuje Ustavnom sudu Republike Srpske da donese konačnu odluku da li se predmetni zakon odnosi na vitalni interes jednog od konstitutivnih naroda.

Vijeće za zaštitu vitalnog interesa pri Ustavnom sudu Republike Srpske odlučuje o prihvatljivosti takvih slučajeva dvotrećinskom većinom u roku od jedne sedmice, a u roku od mjesec dana odlučuje o meritumu slučaja, koji se smatra prihvatljivim. U slučaju da proceduru prema članu Amandmana LXXI b. pokrene dvotrećinska većina jednog od klubova, potreban je glas najmanje dvojice sudija da bi sud odlučio da se radi o vitalnom interesu. Ukoliko Sud donese pozitivnu odluku o vitalnom interesu, taj zakon se smatra neusvojenim, te se dokument vraća predlagaču koji treba pokrenuti novu proceduru. U tom slučaju predlagač ne može ponovo dostaviti isti tekst zakona, propisa ili akta. U slučaju da Sud odluči da se predmetni zakon ne odnosi na vitalni interes, smatra se da je zakon usvojen.

Uočeni problemi u radu Vijeća naroda i moguća rješenja

Ustav Republike Srpske, kako smo vidjeli, taksativno navodi šta predstavlja vitalne nacionalne interese konstitutivnih naroda. Mehanizam zaštite ovih interesa se pokreće i za sva druga pitanja, koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra dvotrećinska većina članova jednog od klubova delegata. Uvođenjem ovog dodatnog principa sama definicija navedenih vitalnih nacionalnih interesa, zapravo, je dovedena u pitanje, jer je na osnovu ove dodatne nadležnosti ostavljena mogućnost da dvije trećine članova jednog od klubova pokrene proceduru zaštite za bilo koja pitanja, pa se opravda-

no postavlja pitanje zbog čega su prethodno uopšte i nabrajani ostali pojedinačni vitalni nacionalni interesi. Naredna primjedba, koja je od određenog značaja, odnosi se na smisao postojanja »Ostalih«, s obzirom na činjenicu da Ustavom nije predviđen vitalni interes Ostalih, iako se radi o ravnopravnim građanima, prema kojima se takođe može vršiti diskriminacija.

U okviru rada Vijeća za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa Ustavnog suda Republike Srpske uglavnom se radilo o razmatranju odlučivanja u fazi prihvatljivosti i merituma. Sam postupak odlučivanja u odnosu na povredu vitalnog interesa, kako smo već ranije konstatovali, podrazumijeva da u slučaju nemogućnosti postizanja saglasnosti o spornim pitanjima, zajednička komisija predmet dostavi na odlučivanje Ustavnom sudu RS, nakon čega Vijeće za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa Ustavnog suda Republike Srpske odlučuje o prihvatljivosti takvih slučajeva dvotrećinskom većinom u roku od jedne sedmice, a u roku od mjesec dana o meritumu slučajeva koji se smatraju prihvatljivim. U kontekstu toga, postojala je dilema da li je isti način odlučivanja i u slučaju da proceduru pokrene dvotrećinska većina jednog od klubova, jer je u Ustavu navedeno da je tada potreban glas najmanje dvojice sudija da bi se odlučilo da li se radi o vitalnom interesu. Još jedno od spornih pitanja u radu ovog Suda je bilo i to da li se može voditi ovaj postupak ako se radi o zaključcima, deklaracijama i rezolucijama, koji predstavljaju stavove parlamenta po pojedinim političkim pitanjima. U ovakvim slučajevima došlo se do zaključka da ti akti ne predstavljaju pravne, već političke akte i da ovaj Sud nema nadležnost da ispituje njihovu suštinu. U praksi ovog Suda pojavila se i dilema da li zahtjev za utvrđenje povrede vitalnog nacionalnog interesa mora biti obrazložen ili ne.

U vezi sa postupanjem u ovoj vrsti predmeta, jedno od pitanja koje se nameće jeste pitanje da li se istim aktom može povrijediti vitalni nacionalni interes sva tri konstitutivna naroda. Na osnovu ovih nejasnoća opštom se može smatrati konstatacija da u pogledu ove značajne materije postoji nedopustivo mnogo konfuzija i nedorečenosti.

Značajni problemi u funkcionisanju Vijeća naroda RS pojavljuju se i u vezi sa postojanjem velikog broja situacija koje nisu ni predviđene, niti regulisane Poslovnikom, kao što je slučaj sa rokovima u pojedinim procedurama, ili pak sa situacijom u kojoj jedan od klubova napusti sjednicu. Još jedan od problema u funkcionisanju Vijeća naroda RS, a zapravo je posledica manjkavosti Izbornog zakona BiH, počiva u činjenici da pojedini delegati žive van Republike Srpske, pa čak i van BiH, što znatno otežava njihovo učešće u radu Vijeća, a posredno vjerovatno, umanjuje i njihovu zainteresovanost za rješavanje problema.

Polazeći od činjenice da je postojanje Vijeća naroda, kao institucije za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa u Republici Srpskoj, a da bi rad ovog organa bio efikasan i opravdao svoje postojanje, potrebno je preciznije utvrditi ustavno-

pravni pojam vitalnih nacionalnih interesa, odrediti i koji akti mogu biti predmet pokretanja ove procedure, a sam postupak pojednostaviti i precizirati na način koji će otkloniti svaku nedoslednost u primjeni ovog bitnog ustavnopravnog mehanizma.

Zaštita nacionalnih prava i interesa, u skladu s tim, treba da bude u domenu objektivnog, u sferi prava, a ne politike i ne smije voditi nepotrebnoj dezintegraciji i podjeli društva. Preciziranjem ovih odredaba Vijeće naroda će, kao sui generis organ, biti u prilici da ispuni svoju ustavnu funkciju a Ustavni sud Republike Srpske će efikasno i zakonito provoditi postupak koji mu je povjeren u nadležnost.

Dom naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine

Dom naroda je »gornji« dom federalnog parlamenta. Čine ga predstavnici konstitutivnih naroda i »ostalih«, birani u kantonalnim skupštinama. Sastav Doma naroda Federacije Bosne i Hercegovine je paritetan tako da svaki konstitutivni narod ima isti broj delegata.¹⁴

Poslanike Doma naroda biraju kantonalne skupštine¹⁵ iz reda svojih poslanika proporcionalno nacionalnoj strukturi stanovništva.

Dom naroda može raditi ukoliko sjednici prisustvuje većina od ukupnog broja delegata (član 95. stav 2. Poslovnika). Odluke se donose većinom od ukupnog broja delegata u Domu naroda, osim ako Ustavom, zakonom i Poslovníkom nije drugačije utvrđeno (član IV A 19. Ustava i član 110. Poslovnika). Izuzetak od ovog pravila čini odlučivanje o pitanjima od vitalnog interesa konstitutivnih naroda. Ovo pitanje je bilo regulisano i u prvobitnom tekstu Ustava, kada su samo Bošnjaci i Hrvati bili konstitutivni narodi,¹⁶ a na adekvatan način je regulisa-

¹⁴ Dom naroda sastoji se od pedeset osam delegata, i to po sedamnaest delegata iz reda svakog od konstitutivnih naroda i sedam delegata iz reda ostalih. Ostali imaju pravo da ravnopravno učestvuju u postupku većinskog glasanja. Prvobitno, Dom naroda je bio sastavljen od trideset Bošnjaka, trideset Hrvata i predstavnika drugih naroda čiji je broj u istom omjeru prema šezdeset kao što je broj članova kantonalnih skupština koji se ne izjašnjavaju kao Bošnjaci i Hrvati u odnosu na broj Bošnjaka i Hrvata koji su članovi ovih skupština (član IV A 6. Ustava). Član IV A 8. Ustava je predvidio da izbor delegata Doma naroda u svakom kantonu odgovara nacionalnom sastavu njegovog stanovništva. Broj bošnjačkih, hrvatskih i drugih delegata treba da u što većem broju odgovara procentu bošnjačkih, hrvatskih i drugih članova zakonodavnog tijela kantona.

¹⁵ Amandman XXXIV (ovim amandmanom zamjenjuje se čl. IV A 2.8. Ustava Federacije BiH).

¹⁶ »Odluke što su od vitalnih interesa za bilo koji od konstitutivnih naroda zahtijevaju suglasnost većine izaslanika u Domu naroda, uključujući većinu bošnjačkih izaslanika i većinu hrvats-

no ustavnim amandmanima kojima je status konstitutivnog naroda u Federaciji Bosne i Hercegovine priznat i srpskom narodu. Poseban postupak odlučivanja će biti pokrenut u dva osnovna slučaja. Prvi je kad predsjedavajući ili potpredsjedavajući (jedan ili više njih) smatraju da zakon sadrži pitanje od vitalnog nacionalnog interesa. Drugi slučaj postoji kad dvotrećinska većina članova jednog od klubova naroda smatra da zakon sadrži pitanje od vitalnog nacionalnog interesa. Iako je postupak odlučivanja u ova dva slučaja donekle različit, najvažnija sličnost je da prijedlog zakona ne može biti usvojen ukoliko za njega ne glasa većina delegata u svakom od klubova naroda.

Odlučivanje o pitanjima od vitalnog nacionalnog interesa

Ustavnim amandmanima je definisano i pitanje vitalnog nacionalnog interesa.¹⁷ Vitalni nacionalni interesi konstitutivnih naroda su definisani kao ostvarenje prava konstitutivnih naroda da budu adekvatno zastupljeni u zakonodavnim, izvršnim i pravosudnim organima vlasti, pravo na identitet jednog konstitutivnog naroda, ustavne amandmane, organizacija organa javne vlasti, jednaka prava konstitutivnih naroda u procesu donošenja odluka, obrazovanje, vjeroispovijest, jezik, njegovanje kulture, tradicije i kulturnog nasljeđa, teritorijalna organizacija, sistem javnog informisanja i druga pitanja koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra 2/3 jednog od klubova delegata konstitutivnih naroda u Domu naroda.

Ustav je utvrdio i parlamentarnu proceduru za zaštitu vitalnih interesa.¹⁸ Zakoni ili drugi propisi ili akti koji se podnesu Predstavničkom domu u Federaciji Bosne i Hercegovine, takođe se usvajaju u Domu naroda Federacije Bosne i Hercegovine.

U Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine djeluje Vijeće za zaštitu vitalnih interesa, sa nadležnošću odlučivanja o pitanjima vitalnog interesa, prema proceduri u skladu sa Ustavom. Vijeće za zaštitu vitalnog interesa sastoji se od sedam članova, dva iz svakog konstitutivnog naroda, i jednog član iz reda ostalih. Sudije bira Predstavnički dom i Dom naroda. Određene su i procedure za za-

kih izaslanika. Na ovu se odredbu može pozvati većinskim glasanjem bošnjačkih ili hrvatskih izaslanika.« (član IV A 18. Ustava).

¹⁷ Amandman XXXVII (ovim amandmanom iza člana IV A 4.17. dodaje se naslov pod 5. i novi član 17a. Ustava Federacije BiH).

¹⁸ Amandman XXXVIII.

kone u vezi sa vitalnim interesom, kako je to definisano u listi iz amandmana XXXVII.¹⁹ Tako je po ovom pitanju moguće postupati:

– ukoliko više od jednog predsjedavajućeg ili potpredsjedavajućeg Doma naroda smatra da zakon spada u pitanja od vitalnog nacionalnog interesa definisana u Amandmanu XXXVII na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, zakon će biti uvršten u dnevni red Doma naroda kao pitanje od vitalnog interesa;

– ako samo jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući tvrdi da zakon spada u pitanja od vitalnog interesa, dvotrećinska većina odgovarajućeg kluba može proglasiti da je riječ o pitanju sa liste vitalnih interesa. U tom slučaju će se slijediti procedura opisana u Amandmanu XL.

Predsjedavajući i potpredsjedavajući moraju donijeti odluku u roku od jedne sedmice. Ukoliko većina svakog kluba, koji ima delegate u Domu naroda, glasa za takve zakone ili druge propise ili akte, smatraće se da su oni usvojeni. Ukoliko se u Domu naroda postigne saglasnost o amandmanima, takav zakon, propis ili akt se ponovo podnosi Zastupničkom domu na odobravanje. Ukoliko saglasnost nije moguća u Domu naroda ili ukoliko se na prijedlog amandmana ne dobije saglasnost, formiraće se zajednička komisija od predstavnika Zastupničkog doma i Doma naroda. Zajednička komisija je sastavljena na paritetnom osnovu i odluke donosi konsenzusom. Zajednička komisija usaglašava tekst zakona. Ukoliko se tekst zakona usaglaši zakon se smatra usvojenim. Ukoliko se ne postigne saglasnost, zakon neće biti usvojen, te se isti vraća predlagaču na novi postupak. U tom slučaju predlagač ne može ponovo podnijeti isti tekst zakona, propisa ili akta. Procedure za zakone koji se odnose na vitalni nacionalni interes, ukoliko je odlučeno dvotrećinskom većinom jednog od klubova konstitutivnih naroda u Domu naroda, su sledeće:

– u slučaju da dvije trećine članova jednog od klubova konstitutivnih naroda u Domu naroda odluči da se zakon, drugi propis ili akt odnosi na vitalni interes, zakon će razmatrati Dom naroda;

– ukoliko većina svakog kluba zastupljenog u Domu naroda glasa za taj zakon, drugi propis ili akt, isti se smatra usvojenim;

– ukoliko se Dom naroda usaglaši o amandmanima, zakon, propis ili akt se ponovo dostavlja na odobrenje Zastupničkom domu;

– ukoliko Zajednička komisija iz Amandmana XXXIX ne postigne saglasnost, pitanje se prosljeđuje Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine da donese konačnu odluku da li se predmetni zakon odnosi na vitalni interes jednog od konstitutivnih naroda.

¹⁹ Amandman XXXIX (ovim amandmanom mijenja se čl. IV A 4.18. Ustava Federacije BiH).

*Sličnosti i razlike Vijeća naroda Republike Srpske
i Doma naroda u Federaciji BiH*

Ustav Federacije predviđa da će Dom naroda, iako specifičan po svom sastavu i osnovnoj funkciji koju treba da ostvari, odlučivati po istom postupku koji se primjenjuje u Predstavničkom domu. Time se, nesumnjivo, pojednostavljuje procedura odlučivanja u zakonodavnim tijelima Federacije i smanjuje rizik od blokade rada. Izuzetak od ovog pravila proističe iz osnovne funkcije ovog doma, a to je zaštita vitalnih interesa konstitutivnih naroda, koja ne bi mogla biti ispunjena ukoliko bi on u svim slučajevima odlučivao »jednostavnom većinom«, jer bi u tom slučaju postojala realna mogućnost preglasavanja delegata koji predstavljaju pojedine konstitutivne narode. Zato Ustav zahtijeva poseban način odlučivanja u slučajevima kad delegati smatraju da je ugrožen vitalni interes njihovog naroda. U tim slučajevima Dom naroda odlučuje na principu konsenzusa predstavnika konstitutivnih naroda.

Da bi takav način odlučivanja bio moguć, bilo je potrebno prethodno definisati vitalni nacionalni interes. Načelno govoreći, Predstavnički dom i Dom naroda su ravnopravni u vršenju funkcija zakonodavne vlasti na nivou Federacije Bosne i Hercegovine. Zakoni, drugi akti i odluke Parlamenta stupaju na snagu samo ako su u istom tekstu usvojeni u oba doma.²⁰ Time se obezbjeđuje ravnopravnost konstitutivnih elemenata Federacije, a, osim toga, izbjegava se mogućnost preglasavanja, pošto delegati jednog konstitutivnog naroda uvijek mogu pokrenuti postupak za zaštitu vitalnog interesa svog konstitutivnog naroda. Domovi ravnopravno učestvuju u postupku revizije Ustava i, osim u vršenju ustavotvorne, zakonodavne i budžetske, ravnopravni su u vršenju političko-kontrolne, a dijelom i izborne funkcije.

Poslovnik Predstavničkog doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine je članovima 81–83. regulisao formiranje i rad Zajedničke komisije za usaglašavanje različito usvojenih tekstova zakona u domovima Parlamenta. Ta Komisija je stalno radno tijelo, sastavljeno od deset članova, po pet iz svakog doma. Njen zadatak je da usaglašava tekstove zakona usvojene u domovima Federalnog parlamenta i da im upućuje prijedloge za rješavanje spornih pitanja. Odredbe o ovoj Komisiji su sadržane i u članovima 195. i 196. Poslovnika o radu Doma naroda. Njima se precizira da u slučaju konačne nemogućnosti postizanja

²⁰ »Ukoliko Ustav ne predviđa drukčije, odluke Parlamenta Federacije zahtijevaju odobrenje oba doma, osim za pravilnike i deklaracije koje domovi samostalno donose.« (član IV A 17. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine). Po pravilu, Dom naroda razmatra ove akte nakon njihovog razmatranja u Predstavničkom domu (član 138. stav 4. Poslovnika o radu Doma naroda).

saglasnosti domova, ili u slučaju nemogućnosti postizanja saglasnosti u Komisiji, Predsjednik Vlade može odlučiti hoće li postupiti u skladu sa svojim ustavnim ovlaštenjima.

Situacija u pogledu funkcionisanja Doma naroda u Federaciji BiH na sličan način bremenita je problemima kao i Vijeće naroda Narodne skupštine, uputno je skrenuti pažnju na neke sličnosti i razlike u funkcionisanju ove dvije institucije, u odnosu na pitanja nadležnosti i načine vršenja kontrole nad zaštitom vitalnih nacionalnih interesa. Tako, primjera radi, kada je u pitanju pokretanje procedure zaštite vitalnog nacionalnog interesa način pokretanja postupka je, a dobrim dijelom i njegovog vođenja, skoro identičan u oba tijela, dok bitna razlika u zaštiti vitalnih nacionalnih interesa postoji u činjenici da se zaštita vitalnih nacionalnih interesa u Republici Srpskoj i Federaciji BiH vrši na različit način. Tako se u Vijeću naroda RS zaštita vitalnih nacionalnih interesa vrši kontrolom od strane Narodne skupštine RS izglasanih zakona, propisa i akata, pri čemu, ponovićemo još jednom, Vijeće naroda ne učestvuje u donošenju zakona, propisa i akata, dok se zaštita vitalnih nacionalnih interesa u okviru Doma naroda Parlamenta Bosne i Hercegovine vrši tako da postupak zaštite, a s obzirom na činjenicu da Dom naroda učestvuje u izglasavanju zakona, propisa i akata, pokreće jedan od klubova delegata tog doma.

Sličnosti su dakle, u funkciji Vijeća naroda u RS i Doma Naroda u FBiH, s obzirom na to da oba tijela imaju za cilj zaštitu vitalnih interesa, dok su razlike zapravo u mehanizmima i svode se na to da Vijeće naroda RS (funkcionalno posmatrano) vrši kontrolu već usvojenih propisa (koji ne stupaju na snagu dok ih Vijeće ne razmotri i, uslovno rečeno, ne odobri), dok Dom naroda u FBiH tu kontrolu vrši (ne)usvajanjem propisa, odnosno direktnim učešćem u postupku njihovog usvajanja. Razlike u funkcionalnoj ulozi i mjestu ova dva zakonodavna tijela, uslovljene su prije svega, različitom organizacionom strukturom vlasti u Republici Srpskoj i Federaciji BiH, proisteklom iz specifičnosti asimetrične Federacije Bosne i Hercegovine i različitih unutrašnjih uređenja entiteta.

SINIŠA KARAN, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Secretary General of the Prsedient of the
Republic of Srpska, Banja Luka

REPRESENTATIVE DEMOCRACY
IN BOSNIA AND HERZEGOVINA
– Implementation of Vital National Interest –

Summary

It is known that the constitutional system of complex states consists of constitutional arrangements of their constituent units as well. The Republic of Srpska has a unitary state structure, which means that the Republic is one of the federal units, which is appropriately represented in the institutions of Bosnia and Herzegovina, participating thus in the creation of its national standing. The Federation of Bosnia and Herzegovina, on the other hand, is a complex federal entity. Measures of development of federalism in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina may be seen in the a comparison of the federal solutions at two levels of the state organisation in Bosnia and Herzegovina. At the same time, the form of its state structure looked through the organisation and functioning of its institutions of political representation and its relationship with the entities that compose it, determines its legal and political nature. The social nature of the specific model of federalism in Bosnia and Herzegovina can be understood only in the correlation of specific complexity of forms of the state organisation and representative democracy, as well as the content and effectiveness of its institutions of representative democracy and functioning of parliamentarism, especially of the institute of protection of vital national interests of the constituent peoples. Bosnia and Herzegovina as a complex state community has legislative mechanisms to exercise and protect vital national interests of constituent peoples, which amount to a constitutional category at the level of Bosnia and Herzegovina and the relevant entities. The complexity of that structure is also characterised by multiple mechanisms of decision-making in the legislative procedure, especially on issues of protecting the vital national interests.

GORAN MARKOVIĆ

OBILJEŽJA KONSOCIJATIVNE DEMOKRATIJE U BOSNI I HERCEGOVINI

U V O D

Bosna i Hercegovina je jedna od rijetkih država sa političkim režimom konsocijativne demokratije.¹ On je uslovljen prirodom bosanskohercegovačkog društva i posljedicama nedavnih ratnih sukoba. Da bi se razumjela primjena principa konsocijativne demokratije u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine, potrebno je obratiti pažnju na tri činjenice: prirodu društva koja uslovljava ovaj model demokratije, društveno-istorijski kontekst konstitucionalizacije konsocijativne demokratije i ustavnopravna rješenja.

U ovom radu se bavimo samo načinom primjene modela konsocijativne demokratije u institucijama Bosne i Hercegovine. Konsocijativna demokratija je do 2002. godine bila politički režim na nivou Bosne i Hercegovine i, jednim dijelom, u Federaciji Bosne i Hercegovine. Njeni principi se, međutim, nisu primjenjivali u Republici Srpskoj, institucijama kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine i na nivou jedinica lokalne samouprave. Tek su odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda iz 2000. godine i amandmanima na ustave entiteta iz 2002. godine postavljeni ustavnopravni temelji za zamjenu

Dr Goran Marković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

¹ Druge države koje su imale ili još uvijek imaju političke režime konsocijativne ili konsenzualne demokratije, sa izvjesnim specifičnostima uslovljenim prirodom društva, su Holandija (1917–1967), Austrija (1945–1966), Kolumbija (1958–1974), Belgija, Švajcarska, Liban, Kipar i neke druge.

političkog režima većinske demokratije konsocijativnom demokratijom tamo gdje ona dotad nije bila razvijena. Uprkos tome, principi konsocijativne demokratije nisu na identičan način ugrađeni u institucionalni sistem Bosne i Hercegovine, s jedne i institucionalne sisteme entiteta i kantona, s druge strane. Oni su znatno dosljednije i potpunije primijenjeni na državnom nivou.

ZAŠTO KONSOCIJACIJA?

Prvi i osnovni razlog uvođenja političkog režima konsocijativne demokratije u ustavni sistem Bosne i Hercegovine treba tražiti u prirodi bosanskohercegovačkog društva, koje je podijeljeno (segmentirano). Ta podijeljenost ili pluralnost društva ne proističe jednostavno iz njegovog višenacionalnog karaktera, već iz podvojenosti i relativne zatvorenosti glavnih etničkih grupa.² Tri nacije u Bosni i Hercegovini su izgradile svoje društvene podsisteme, koji uključuju čitav sistem institucija i organizacija (političkih, kulturnih, sportskih, obrazovnih, medijskih, vjerskih, dobrotvornih i drugih) posredstvom kojih zadovoljavaju svoje interese i grade društveni život, stupajući istovremeno u odnose sa drugim podsistemima, odnosno drugim nacijama, preko svojih nacionalnih političkih elita i političkih institucija, a samo jednim dijelom i neposredno.

Budući da je društvo podijeljeno, etničke grupe relativno zatvorene, a nijedna od njih ne može dominirati društvom, jer nema dovoljnu brojnost,³ ekonomsku i kulturnu snagu, bilo je neizbježno ustanoviti politički režim konsocijativne demokratije.⁴ Ustavotvorci iz Dejtona su bili duboko svjesni toga i vjerovatno se pri promišljanju konsocijacijskih mehanizama nisu mnogo povodili teo-

² U nekim državama osnov segmentiranosti nije višenacionalni karakter društva, već su to podjele po nekoj drugoj osnovi: vjerskoj (kao u Libanu), jezičkoj (u Belgiji) ili ideološkoj (ranije u Austriji).

³ Prema popisu stanovništva iz 1991. godine, u Bosni i Hercegovini je živjelo 44% Muslimana (sada Bošnjaka), 31% Srba i 17% Hrvata. »Približna ravnoteža u veličini segmenata isključuje mogućnost da brojčano nadmoćan segment zagospodari ostalim segmentima i odbije suradnju sa suparničkim manjinama.« (Mirjana Kasapović, *Bosna i Hercegovina: podijeljeno društvo i nestabilna država*, Politička kultura, Zagreb, 2005; može se naći i na: <http://www.scribd.com/doc/11288740/FELJTON-Mirjana-Kasapovic-BiH-Podijeljeno-Drustvo-i-Nestabilna-Drzava>).

⁴ »Ono što je potrebno takvim društvima je demokratski režim koji ističe konsenzus a ne protivljenje, koji uključuje a ne isključuje, i koji pokušava da maksimalizuje veličinu vladajuće većine umesto da se zadovoljava tesnom većinom, što podrazumeva konsensualna demokratija.« (Arend Lajphart, *Modeli demokratije*, CID – Službeni list SCG, Podgorica – Beograd, 2003, str. 96).

rijama ili uporedno-pravnim rješenjima.⁵ To se vidi i iz pojedinih ustavnopravnih rješenja koja su specifična, unekoliko različita od rješenja usvojenih u drugim konsocijativnim demokratijama i duboko uslovljena bosanskohercegovačkom društvenom i političkom realnošću.

Segmentiranost društva i postojanje tri relevantna društvena segmenta (bošnjačkog, hrvatskog i srpskog naroda kao konstitutivnih naroda) onemogućavaju uspostavu političkog režima većinske (liberalne) demokratije u kojoj bi se odluke donosile po principu »jedan čovjek – jedan glas«, odnosno gdje bi samo apstraktni građanin bio nosilac suvereniteta. Uprkos tome što između pojedinih društvenih segmenata postoje značajne razlike u pogledu njihove brojnosti (na primjer, Bošnjaka je dva i po puta više nego Hrvata), njihov društveni značaj je isti, pa se svakome od njih moraju obezbijediti jednaka prava u procesu odlučivanja.⁶

USTAVNOPRAVNI OKVIR IZMEĐU NORMATIVNOG I STVARNOG

Velike koalicije. – Ustav Bosne i Hercegovine normira politički režim zasnovan na osnovnim principima konsocijativne demokratije: velikim koalicijama, proporcionalnošću, pravu veta i segmentalnoj autonomiji.⁷ Postojanje velike koalicije znači da u formiranju i vršenju vlasti učestvuju političke elite koje predstavljaju sve društvene segmente. Time se nijedan društveni segment ne osjeća neravnopravnim i frustriranim, što bi bio slučaj ukoliko bi trajno ili povremeno bio u opoziciji. Podijeljenost društva isključuje mogućnost da se između društvenih segmenata uspostave odnosi kakvi postoje između vlade i opozicije u liberalnim demokratijama. Da bi politički život mogao funkcionisati, potrebno je da se u vladinoj većini nalaze političke elite iz reda sva tri konstitutivna naroda. To je bio slučaj u Bosni i Hercegovini od 1990. godine, kada je segmentiranost društva

⁵ »Politikolozi su obično samo teorijski uobličavali konsocijacijska iskustva koja su svojim podijeljenim društvima već propisivali političari i konstitucionalisti (na primjer u Austriji, Kanadi, Kolumbiji, Kipru, Maleziji, Holandiji i Švajcarskoj).« (Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, »Journal of Democracy«, Volume 15, Number 2, April 2004, str. 97).

⁶ »Tamo gdje su grupe jasno odijeljene i definisane, a grupni identiteti (i međugrupna nestabilnost i sumnje) uočljivi, izbjegavanje situacije u kojoj će bilo koja značajna grupa biti isključena iz vršenja vlasti postaje imperativ.« (Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, nav. djelo, str. 100).

⁷ Arend Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, CT: Yale University Press, 1997.

našla svoj politički izraz u formiranju nacionalnih političkih elita. Tada, a i nakon prvih poslijeratnih izbora 1996. godine, veliku koaliciju su činile tri stranke – po jedna srpska, hrvatska i bošnjačka (SDS, HDZ i SDA), da bi je nakon izbora 2006. godine činilo šest stranaka: po dvije srpske (SNSD i, u jednom dijelu mandata, PDP), bošnjačke (SDA i Stranka za BiH) i hrvatske (HDZBiH i HDZ 1990). U ovom trenutku veliku koaliciju čine političke stranke koje su osvojile najveći dio glasova svojih društvenih segmenata (konstitutivnih naroda). To, međutim, ne mora nužno biti tako, što je potvrdilo iskustvo tzv. Alijanse za promjene (2000–2002. godine), kada je u velikoj koaliciji na državnom nivou hrvatski segment predstavljala Nova hrvatska inicijativa, iako je uživala znatno manju podršku od dominantnog HDZ-a. Ovakvo strukturirana velika koalicija stvara mogućnost nezadovoljstva jednog od društvenih segmenata, koji će smatrati da ga u velikoj koaliciji predstavlja politička elita koja za to nema legitimitet. Način imenovanja Savjeta ministara Bosne i Hercegovine čini mogućim ovakav ishod, pošto njegovog predsjedavajućeg imenuje Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, čiji članovi tom prilikom ne moraju postići konsenzus, a imenovanje potvrđuje Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (član V 4 Ustava Bosne i Hercegovine), što znači da je teorijski moguće da protiv imenovanja bude većina poslanika iz reda jednog konstitutivnog naroda.⁸

Kritičari konsocijativne demokratije ističu da ona dovodi u pitanje klasičnu podjelu na vladu i opoziciju, pošto u vladi učestvuju političke elite svih relevantnih društvenih segmenata, i time marginalizuje društveno-politički značaj opozicije. Ovakvo shvatanje je neodrživo. Velika koalicija u liberalnim demokratijama, koja je rijetka pojava, zaista vodi marginalizaciji opozicije. U pluralnim društvima, velika koalicija uvijek postoji, ali ona ne mora značiti marginalizaciju opozicije. Sve zavisi od toga koliki je stepen ideološko-političke i klasno-socijalne diferencijacije u svakom društvenom segmentu i koliko su pripadnici segmenata toga svjesni. U Bosni i Hercegovini, na primjer, na prvim poslijeratnim izborima održanim 1996. godine, političke stranke koje su formirale veliku koaliciju (SDS, SDA i HDZ) su osvojile 36 od 42 mandata u Predstavničkom domu, dok su na izborima 2006. godine članice velike koalicije osvojile sljedeći broj mandata: bošnjačke stranke 17 od 24 mandata, srpske 8 od 12, hrvatske 5 od 6 (ukupno 30 od 42). Međutim, nakon izbora održanih 2000. godine i formiranja Alijanse za promjene, koja je preuzela vlast na nivou Federacije Bosne i Hercegovine i na državnom nivou, veliku koaliciju je podržavao samo jedan od šest poslanika hrvatskih političkih stranaka u Predstavničkom domu, 12 od 19 posla-

⁸ Ovakav način imenovanja predsjedavajućeg Savjeta ministara najviše šteti najmalobrojnijem društvenom segmentu (konstitutivnom narodu), koji u Predstavničkom domu ne može koristiti institut tzv. entitetskog glasanja.

nika tri najjače bošnjačke stranke, dok je u otvorenoj opoziciji prema njoj bilo 6 od 11 srpskih poslanika biranih u Republici Srpskoj, tako da je opozicija van velike koalicije bila brojno snažna.

Da bi velika koalicija mogla biti formirana, potrebno je da svi društveni segmenti budu predstavljeni u parlamentu. Stoga je neizbježno obilježje političkog režima konsocijativne demokratije proporcionalni izborni sistem.⁹ Lajphart predlaže sistem zatvorenih listi i obrazovanje malih izbornih jedinica. Izborni sistem Bosne i Hercegovine djelimično počiva na ovim principima. U izbornim jedinicama za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine se biraju po tri poslanika u tri izborne jedinice u Republici Srpskoj i između tri i šest poslanika u pet izbornih jedinica u Federaciji Bosne i Hercegovine (članovi 9.2 i 9.3 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine). Doduše, uveden je sistem otvorenih listi, za koji se vjeruje da omogućava biračima da u većoj mjeri utiču na personalni sastav ovog doma. Mandati se primjenjuju primjenom Sainte-Laguë metoda, koji je proporcionalniji od D'Ontovog metoda, čime se obezbjeđuje veća reprezentativnost Predstavničkog doma.

Segmentiranost društva, razvoj ideološko-političke diferencijacije i primjena proporcionalnog sistema su doveli do izrazite segmentiranosti zakonodavnog tijela. Nakon izbora 2006. godine u Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine je bilo predstavljeno dvanaest političkih stranaka i koalicija. Čini se, međutim, da izborni cenzus od 3%, koji se, prema Izbornom zakonu, obračunava u izbornim jedinicama na izborima za sve nivoe vlasti, uprkos tome što je u skladu sa preporukama Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope,¹⁰ ne odgovara izborima za kantonalne i opštinske skupštine. Razlog treba tražiti u ratom poremećenoj nacionalnoj strukturi stanovništva, budući da etnička koncentracija stanovništva, uz izborni cenzus od 3%, otežava ili onemogućava izbor dovoljnog broja poslanika iz reda malobrojnijih konstitutivnih naroda u kantonalnim skupštinama, kao i u opštinskim skupštinama odnosno opštinskim vijećima.¹¹

⁹ »Jedna od osnovnih briga u podijeljenim društvima treba da bude izbor široko reprezentativnog predstavničkog tijela, a optimalan način da se to obezbijedi je primjena proporcionalnog sistema.« (Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, nav. djelo, str. 100).

¹⁰ *State of human rights and democracy in Europe*, Resolution 1547 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Internet prezentacija Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1547.htm>.

¹¹ Budući da se delegati Doma naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine (koji je sastavljen od po 17 bošnjačkih, hrvatskih i srpskih delegata, te sedam delegata iz reda »Ostalih«), biraju iz reda poslanika skupština kantona, a ovi se biraju neposredno, jedno vrijeme je ovaj dom funkcionisao protivustavno, jer je u njegovom sastavu bilo samo deset srpskih delegata, pošto u skupštinama kantona nije bilo dovoljno neposredno biranih poslanika srpske nacionalnosti koji bi mogli biti delegirani u Dom naroda.

Proporcionalnost i paritet. – Druga ključna karakteristika konsocijativne demokratije je proporcionalni ili paritetan sastav organa državne vlasti i javnih službi. Ova njena karakteristika je u Bosni i Hercegovini, barem kad su u pitanju državne institucije, dovedena do krajnjih konsekvenci. Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine je sastavljen na principu pariteta, jer u njegov sastav ulazi po pet delegata iz reda srpskog, hrvatskog i bošnjačkog naroda. Isti slučaj je sa Predsjedništvom Bosne i Hercegovine, kojeg čine po jedan član iz reda svakog konstitutivnog naroda.

Uzajamno nepovjerenje nacionalnih političkih elita, nestabilnost političkog sistema, visok stepen zatvorenosti društvenih segmenata i odsustvo konsenzusa o opravdanosti postojanja države su usloveli široku primjenu principa pariteta u sastavu najvažnijih institucija, čak i tamo gdje Ustavom nije propisano. Ustav Bosne i Hercegovine u članu V 4b predviđa da u sastavu Savjeta ministara ne može biti više od dvije trećine ministara iz Federacije Bosne i Hercegovine, dok u pogledu njihove nacionalne pripadnosti ne sadrži bilo kakve odredbe. Zakon o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine iz 2003. godine (»Službeni glasnik Bosne i Hercegovine«, broj 30/03 i 42/03) u članu 6 stav 1 predviđa da će se u sastavu Savjeta ministara »obezbijediti jednaka zastupljenost konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine«. Osim toga, svaki ministar će imati zamjenika (koji neće biti član Savjeta ministara) iz reda drugog konstitutivnog naroda. Ovo rješenje podsjeća na belgijski ustav, koji predviđa da će, sa izuzetkom premijera, vlada biti sastavljena od jednakog broja ministara iz reda flamanske i valonske zajednice. Za razliku od belgijskog ustavotvorca, koji, vodeći računa o paritetu, uvodi diskriminaciju građana koji ne pripadaju dvijema pomenutim zajednicama,¹² bosansko-hercegovački zakonodavac normira demokratski korektno rješenje, budući da predviđa mogućnost da u sastav Savjeta ministara uđe najmanje jedan pripadnik »Ostalih« (član 6 stav 3 Zakona), te da članovi iz reda konstitutivnih naroda mogu biti iz bilo kog entiteta.¹³

U sastav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine ulazi šest domaćih i troje stranih sudija. Iako Ustav Bosne i Hercegovine ne predviđa paritetan sastav do-

¹² Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies, nav. djelo*, str. 103.

¹³ Pojedine konsocijativne ili konsenzualne demokratije ne zahtijevaju strogi paritet u sastavu vlade. Takav je slučaj sa Švajcarskom, u kojoj ustavna konvencija predviđa da će najmanje dva člana Saveznog vijeća govoriti romanskim jezicima. U vladi Libana koja broji 30 članova su predstavljene sve važnije vjerske zajednice, ali nije obezbijeden pun paritet, vjerovatno zbog njihove brojnosti (ministri dolaze iz reda osam vjerskih zajednica). U Južnoj Africi su u periodu 1994–1999. godina sve partije koje osvoje 5% glasova učestvovala u vladi. Kako vidimo, ne samo da su uporedna rješenja različita, već zavise i od konkretnih društveno-političkih uslova i stepena segmentiranosti društva. U državama u kojima je manji broj segmenata, a zajednica je nestabilnija, paritet u sastavu izvršne vlasti je izvjesniji i opravdan.

maćih sudija, ustavnom konvencijom je utvrđeno da ga čine po dvoje sudija iz reda hrvatskog, srpskog i bošnjačkog naroda. Ustavna konvencija je nastala prije donošenja odluke Ustavnog suda o konstitutivnosti naroda na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, tako da se još uvijek iz Republike Srpske biraju samo sudije srpske nacionalnosti, a iz Federacije Bosne i Hercegovine samo sudije iz reda bošnjačkog i hrvatskog naroda.

Dom naroda Parlamentarne skupštine, koji je predstavništvo konstitutivnih naroda, ima paritetan sastav. Njega čini po pet delegata iz reda srpskog, bošnjačkog i hrvatskog naroda, koji se, u cilju vršenja svojih nadležnosti, organizuju u klubove delegata srpskog, bošnjačkog i hrvatskog naroda. Partijska pripadnost je u drugom planu, pošto se pretpostavlja da će delegati, nezavisno od svog ideološko-političkog opredjeljenja, nastojati da predstavljaju interese svojih društvenih segmenata (poznatih u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine kao vitalni nacionalni interesi). Budući da je Bosna i Hercegovina federalna država, bilo bi logično da Dom naroda bude i dom entiteta kao federalnih jedinica. To, međutim, nije slučaj, što se vidi ne samo iz činjenice da delegati imaju pravo veta zbog navodne ugroženosti vitalnog nacionalnog (a ne entitetskog) interesa već i iz činjenice da njih posredno ne biraju svi građani entiteta već samo politički predstavnici pojedinih konstitutivnih naroda. Očigledno je da je federalno načelo ustuknulo pred konsocijacijom, pošto je u duboko podijeljenom bosanskohercegovačkom društvu bilo neophodno obezbijediti jednaka prava društvenih segmenata u procesu odlučivanja i njihovu jednaku političku predstavljenost. Sastav i izbor Doma naroda su, međutim, diskriminatorski po dva osnova, što je utvrđeno i u presudi Evropskog suda za ljudska prava od 22. decembra 2009. godine u sporu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine.¹⁴ U Domu naroda nisu predstavljene nacionalne manjine i nacionalno neopredijeljeni (tzv. Ostali), niti u njegov sastav mogu biti birani Srbi iz Federacije Bosne i Hercegovine odnosno Bošnjaci i Hrvati iz Republike Srpske. Teritorijalna koncentracija društvenih segmenata, kao posljedica ratnih sukoba i ratnih politika, te dominacija nacionalnih političkih elita na pojedinim dijelovima teritorije Bosne i Hercegovine su usloveli ovu ustavnu diskriminaciju.

Za funkcionisanje političkog režima konsocijativne demokratije u Bosni i Hercegovini je posebno sporan mješoviti sistem državne vlasti, oličen u instituciji neposredno biranog kolektivnog šefa države sa značajnim nadležnostima. Za konsocijativne demokratije se u teoriji predlaže prihvatanje parlamentarnog siste-

¹⁴ Presuda se može naći na sajtu Evropskog suda za ljudska prava: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=%22BOSNIA%20AND%20HERZEGOVINA%22&sessionId=58077443&skin=hudoc-en>.

ma državne vlasti. Lajphart navodi dva razloga: prvi, budući da šef države nema velike nadležnosti, može biti biran posredno, što omogućava izbor ličnosti o kojoj se sporazumiju elite koje predstavljaju društvene segmente; drugi, pošto je vlada kolegijalni organ, postoje optimalne mogućnosti za učešće svih društvenih segmenata u oblikovanju i sprovođenju vladine politike.¹⁵ U Bosni i Hercegovini se tročlano Predsjedništvo bira neposredno, i to tako što jednog člana, obavezno Srbina, biraju građani u Republici Srpskoj, a dva člana, obavezno Bošnjaka i Hrvata, biraju građani u Federaciji Bosne i Hercegovine. Ovakvo ustavno rješenje je sporno po nekoliko osnova. Prvo, ono diskriminiše »Ostale«, kojima se oduzima pasivno biračko pravo na izborima za kolektivnog šefa države, što je ocijenjeno neprihvatljivim u naprijed spomenutoj presudi Evropskog suda za ljudska prava. Drugo, ono implicira paradoksalan zaključak da pripadnost pojedinim društvenim segmentima zavisi i od mjesta prebivališta, jer izgleda da, na primjer, srpski društveni segment čine samo Srbi iz Republike Srpske a ne i oni iz Federacije Bosne i Hercegovine. Treće, neposredan izbor članova Predsjedništva stvara mogućnost da jedan društveni segment bude natpredstavljen a drugi da uopšte ne bude predstavljen u Predsjedništvu. To se, po raširenom mišljenju u hrvatskom društvenom segmentu, dogodilo nakon izbora 2006. godine, kada je za hrvatskog člana Predsjedništva izabran kandidat za koga nije glasala velika većina hrvatskih birača. Takav ishod je bio moguć iz tri razloga: u Federaciji Bosne i Hercegovine, u kojoj se taj član Predsjedništva bira neposredno od strane svih građana, postoji izrazita brojčana nesrazmjera između bošnjačkog i hrvatskog društvenog segmenta; može se dogoditi i dogodilo se da politička stranka sa dominantno bošnjačkim biračkim tijelom istakne svog jedinog kandidata iz reda hrvatskog naroda, za koga glasaju birači te stranke koji su u ogromnoj većini Bošnjaci; na koncu, ukoliko hrvatske stranke ne nastupaju jedinstveno na izborima za Predsjedništvo, veliki su izgledi da će biti izabran kandidat koga ne podržava većina hrvatskog biračkog tijela. Time se stvara vještačka homogenizacija hrvatskog biračkog tijela, i to oko desničarskih političkih stranaka koje prihvataju postojanje države Bosne i Hercegovine samo kao taktički ustupak.

Postojeće ustavnopravno rješenje se opravdava na dva načina. Prvo, ističe se da članovi Predsjedništva ne predstavljaju svoje konstitutivne narode (društvene segmente) već građane, budući da ih ne biraju samo pripadnici jednog naroda već svi građani. Drugo, ističe se da članovi Predsjedništva, u postupku odlučivanja, imaju pravo veta, kojim ne štite vitalne nacionalne nego entitetske interese, što dodatno ukazuje na prirodu njihove funkcije. Ustavni sud Bosne i Hercego-

¹⁵ Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, nav. djelo, str. 101.

ne takođe smatra da članovi Predsjedništva predstavljaju građane a ne konstitutivne narode.¹⁶

Iako ovi argumenti imaju određenu težinu, ne čine nam se opravdani. Prvo, budući da je Bosna i Hercegovina konsocijativna demokratija, u njenom kolektivnom šefu države prvenstveno (što ne znači isključivo) treba da budu predstavljeni društveni segmenti odnosno konstitutivni narodi. Čini se da je to bila implicitna intencija ustavotvorca, koji je propisao da će u Predsjedništvo biti biran po jedan pripadnik konstitutivnih naroda a ne po jedan predstavnik građana. Drugo, iz načina rješavanja sporne situacije nastale povodom korišćenja prava veta od strane člana Predsjedništva je očigledno da je njihova funkcija da štite vitalne interese konstitutivnih naroda a ne entiteta (član V 2d Ustava), kako je zapisano u Ustavu Bosne i Hercegovine. Imajući ovo u vidu, čini se da je mnogo ispravnije da šef države bude biran posredno, kako bi se otklonile dosadašnje diskriminatorne odredbe, što bi vodilo znatnom sužavanju njegovih nadležnosti. Time bi se Bosna i Hercegovina iz polupredsjedničke transformisala u parlamentarnu republiku.

Pravo veta. – Treća karakteristika konsocijativne demokratije – pravo veta – je široko primijenjena u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine. Prema samom Ustavu, ovo pravo se primjenjuje u procesu odlučivanja u Domu naroda Parlamentarne skupštine, a u teoriji je sporno da li pripada i članovima Predsjedništva. Pravo veta u Domu naroda mogu koristiti delegati bilo kog konstitutivnog naroda ukoliko smatraju da je nekom odlukom Parlamentarne skupštine ugrožen vitalni interes njihovog naroda. Potrebno je samo da veto uloži većina delegata iz reda tog naroda. Ustavom nije definisan vitalni nacionalni interes, tako da se za bilo koje pitanje može smatrati da je od vitalnog interesa. Ovakvo ustavno rješenje se često smatra problematičnim zbog mogućnosti zloupotrebe instituta vitalnog nacionalnog interesa. Prije bi se, međutim, moglo reći da je problematičan postupak koji slijedi nakon ulaganja veta. Naime, ako se delegati iz reda jednog konstitutivnog naroda ne protive vetu koji ulože delegati iz reda drugog naroda, odluka će u Domu naroda biti usvojena ako za nju glasa većina prisutnih delegata iz reda svakog konstitutivnog naroda. Ovakva kvalifikovana većina, koja, zapravo, predstavlja konsenzus nacionalnih (segmentarnih) političkih elita, sasvim odgovara funkciji Doma naroda i instituta vitalnog nacionalnog interesa. Sporna je norma sadržana u članu IV 3f Ustava, koja propisuje da će, u slučaju da se delegati iz reda dva konstitutivna naroda ne slažu o tome da li se spornom odlukom vrijeđa vitalni nacionalni interes, konačnu odluku o tome donijeti Ustavni sud Bosne i

¹⁶ Treća djelimična odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu U 5/98, 30. jun – 1. jul 2000. godine, Internet prezentacija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, <http://www.ccbh.ba/bos/odluke/index.php?src=2>.

Hercegovine. Pošto Ustavni sud Bosne i Hercegovine donosi odluke većinom glasova, a u njegov sastav ulazi i troje stranih sudija, postoji mogućnost da odluka bude donesena preglasavanjem i zanemarivanjem političkog stava delegata jednog konstitutivnog naroda o ugroženosti vitalnih nacionalnih interesa. Očigledno je da se ovom normom umanjuje značaj i mogućnost korišćenja prava veta u postupku zaštite vitalnih nacionalnih interesa. S druge strane, kako se u postupku odlučivanja u domovima Parlamentarne skupštine može koristiti institut entitetskog glasanja (član IV 3d Ustava), značaj prava veta i instituta vitalnog nacionalnog interesa je relativno mali.¹⁷

Budući da je Predstavnički dom predstavništvo građana a ne konstitutivnih naroda ili entiteta, u njegovom radu ne bi bilo mjesta za etnički veto. U praksi, međutim, nije tako, pošto se, po samom Ustavu, može primijeniti postupak tzv. entitetskog glasanja.¹⁸ Entitetsko glasanje se, kad su u pitanju poslanici iz Republike Srpske i bošnjački poslanici iz Federacije Bosne i Hercegovine, može preobraziti u etničko glasanje. Naime, iako Ustav ne kaže ništa o nacionalnoj pripadnosti poslanika koji, glasajući protiv neke odluke, koriste institut entitetskog glasanja, očigledno je da ga, kad su u pitanju poslanici iz Republike Srpske, mogu, ali ne moraju, koristiti samo poslanici srpske nacionalnosti, jer ih ima dovoljno (12 od 14). Ukoliko bi to bio slučaj, entitetski veto bi se pretvorio u etnički. Isti slučaj bi bio ukoliko bi institut entitetskog glasanja koristili samo bošnjački poslanici u Predstavničkom domu birani u Federaciji Bosne i Hercegovine. S druge strane, pošto u Predstavničkom domu ima samo šest poslanika hrvatske nacionalnosti, biranih u Federaciji Bosne i Hercegovine, oni ne mogu koristiti institut entitetskog glasanja samostalno, već samo zajedno sa određenim brojem bošnjačkih ili srpskih poslanika.

Pravo veta pripada i članovima Predsjedništva Bosne i Hercegovine. Čitajući Ustav i odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu U 5/98, možemo zaključiti da pravo veta ne pripada društvenim segmentima, pa da stoga ono u konkretnom slučaju nije konsocijativni mehanizam u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine. Ako je tačno da članovi Predsjedništva predstavljaju gra-

¹⁷ U periodu od 1996. do 2008. godine institut vitalnog nacionalnog interesa je korišten samo četiri puta u Domu naroda, iako je Parlamentarna skupština u tom periodu odbacila 269 prijedloga zakona. (*Proces odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine*, istraživački projekt, rukovodilac projekta prof. dr Kasim Trnka, Fondacija »Konrad Adenauer« u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 92).

¹⁸ Odluke u oba doma se donose većinom glasova prisutnih i koji glasaju, pri čemu za svaku odluku mora glasati najmanje jedna trećina poslanika odnosno delegata sa teritorije oba entiteta. Ukoliko to ne bude slučaj, a ne može se naći kompromisno rješenje, odluka će ipak biti donesena ukoliko protiv nje ne glasa najmanje dvije trećine poslanika ili delegata iz jednog odnosno drugog entiteta (član IV 3d Ustava).

dane, pravo veta koje im pripada ne služi zaštiti interesa konstitutivnih naroda već građana ili entiteta u kome su članovi Predsjedništva birani. Druga ustavna norma, međutim, navodi na suprotan zaključak – da se pravom veta članova Predsjedništva štite vitalni interesi konstitutivnih naroda, pa da ono ipak jeste konsocijativni mehanizam u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine. Istina je da se član Predsjedništva, ulažući veto na odluku ove institucije, poziva na ugroženost vitalnog interesa entiteta u kome je biran. Smatramo da je za razrješenje protivrječnosti u prirodi prava veta koje pripada članovima Predsjedništva najvažnija norma koja propisuje koja institucija će donijeti konačnu odluku o spornoj odluci Predsjedništva. Ako je veto uložio član Predsjedništva iz Republike Srpske, o spornoj odluci će se izjašnjavati Narodna skupština Republike Srpske. Ako je odluku osporio član Predsjedništva iz Federacije Bosne i Hercegovine, o njoj se neće izjašnjavati Parlament Federacije Bosne i Hercegovine, ili barem jedan od njegovih domova, što bi bilo očekivano ako se tvrdi da je odluka štetna po vitalne interese entiteta, nego bošnjački ili hrvatski delegati u Domu naroda federalnog parlamenta, što samo potvrđuje našu tezu da se i u ovom slučaju ipak radi o zaštiti vitalnih nacionalnih interesa.

Zakon o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine iz 2003. godine je predvidio poseban mehanizam odlučivanja ove institucije zasnovan na konsenzusu i pravu veta. Zakonodavac je razlikovao dvije vrste odluka koje donosi Savjet ministara – one koje ova institucija konačno donosi i one koje ona samo predlaže (npr. nacrt budžeta ili prijedlog zakona), a o njima konačno odlučuje neko drugi. O prvoj vrsti odluka Savjet ministara nastoji postići konsenzus,¹⁹ a tek ako u tome ne uspije, odluka bi bila donesena većinom glasova ukupnog broja članova, pod uslovom da za nju glasaju najmanje po dva člana iz reda svakog konstitutivnog naroda (član 18 stav 3 Zakona). Imajući u vidu ukupan broj članova Savjeta ministara (deset) i njegov paritetan sastav, očigledno je postojanje prava veta, koje mogu iskoristiti dva od tri člana Savjeta ministara iz reda jednog konstitutivnog naroda ukoliko ne glasaju za spornu odluku. To je u praksi značilo da pravo veta pripada svakoj nacionalnoj političkoj eliti koja ima svoje predstavnike u Savjetu ministara.

Visoki predstavnik je, donoseći Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Savjetu ministara Bosne i Hercegovine oktobra 2007. godine, protjerao pravo veta iz ove institucije. Ovim zakonom je predviđeno da Savjet ministara donosi odluke iz svoje nadležnosti većinom glasova prisutnih članova, a ako se radi o odlukama o kojima konačno odlučuje, u nemogućnosti postizanja konsenzusa odluku će donijeti većina prisutnih članova pod uslovom da za nju glasa najmanje

¹⁹ Ovo rješenje je slično belgijskom, budući da i u ovoj zemlji Savjet ministara donosi svoje odluke konsenzusom.

po jedan član iz reda svakog konstitutivnog naroda. To znači da odluka može biti donesena protiv volje većine članova Savjeta ministara iz reda jednog konstitutivnog naroda.

Segmentalna autonomija. – Četvrta karakteristika konsocijativne demokracije – segmentalna autonomija – je primijenjena na vrlo specifičan način u Bosni i Hercegovini.²⁰ Formiranje Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine i njihova ustavnopravna egzistencija do amandmana na njihove ustave 2002. godine su omogućavali pojedinim društvenim segmentima (Srbima u Republici Srpskoj, a Bošnjacima i Hrvatima u Federaciji Bosne i Hercegovine) da ostvaruju svoju pravno-političku autonomiju i dominaciju u ovim entitetima.²¹ Ovdje nije riječ o kulturnoj autonomiji društvenih segmenata kao etničkih grupa, već o njihovoj pravno-političkoj autonomiji kao državotvornih (konstitutivnih) naroda, dakle kao etničkih grupa koje su istovremeno nosioci suvereniteta i, shodno tome, politički subjekti. Budući da su ustavi entiteta do 2002. godine predviđali konstitutivnost narod samo u jednom entitetu, segmentalna autonomija je imala obilježje teritorijalne autonomije u pravom smislu – svaki društveni segment je imao »svoju« dio teritorije kojim je dominirao. U Federaciji Bosne i Hercegovine je ovo bilo ojačano nepostojanjem konsocijativnih mehanizama u ustavima kantona, tako da su Bošnjaci i Hrvati bili konstitutivni na nivou Federacije, ali ne i u pojedinim kantonima, koje je kontrolisala jedna od nacionalnih političkih elita.

Nakon donošenja odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda na cijeloj teritoriji države 2000. godine i izmjene entitetskih ustava 2002. godine, segmentalna autonomija više ne postoji u prethodnom obliku. Budući da su sva tri naroda konstitutivna u oba entiteta, ne može se reći da postoje političko-teritorijalne jedinice u okviru kojih pojedini društveni segmenti ostvaruju svoju autonomiju. Oni je ostvaruju i u jednom i u drugom entitetu. O segmentalnoj autonomiji se može govoriti samo u mjeri u kojoj ustavnopravna rješenja na entitetskom i kantonalnom nivou još uvijek dopuštaju neravnopravnost društvenih segmenata u procesu odlučivanja. Mogao bi se izvesti sljedeći

²⁰ »Stoga je teritorijalna autonomija nacionalnih segmenata konstitucionalizovana na dva nivoa: na nivou države Bosne i Hercegovine u obliku entiteta i na nivou Federacije Bosne i Hercegovine u obliku kantona.« (Mirjana Kasapović, *Bosnia and Herzegovina: Consociational or Liberal Democracy?*, »Politička misao«, Vol. XLII, (2005), Zagreb, 2005, str. 4).

²¹ Prema popisu iz 1991. godine, na dijelu teritorije Bosne i Hercegovine na kome je kasnije obrazovana Republika Srpska živjelo je 55% Srba, 28% Bošnjaka, 9% Hrvata, 5% Jugoslavena i 3% ostalih, dok je, prema procjenama iz 1997. godine, procenat Srba porastao na 97%. U Federaciji Bosne i Hercegovine je 1991. godine živjelo 52% Bošnjaka, 22% Hrvata, 18% Srba, 6% Jugoslavena i 3% ostalih, da bi se procenat Bošnjaka 1997. godine povećao na 73%. (Dejan Guzina, *Dilemmas of Nation-building and Citizenship in Dayton Bosnia*, »National Identities«, Vol. 9, No. 3, September 2007, str. 223).

zaključak: segmentalna autonomija je u punoj mjeri postojala prije izmjena entitetskih ustava 2002. godine, jer je tada svaki konstitutivni narod autonomno upravljao jednim entitetom ili barem pojedinim kantonima (u Federaciji Bosne i Hercegovine). Nakon izmjena entitetskih ustava, konsocijativni mehanizmi se uvode u ustavne sisteme entiteta odnosno kantona, tako da su nacionalne političke elite primorane da zajedno upravljaju njima. Uprkos toj obavezi podjele vlasti (power-sharing),²² može se govoriti o segmentalnoj autonomiji u mjeri u kojoj konsocijativni mehanizmi nisu razvijeni kao na državnom nivou, tako da ustavna rješenja dopuštaju izvjesnu dominaciju jedne nacionalne političke elite. Kad bi konsocijativni mehanizmi na nivou entiteta i kantona bili razvijeni u mjeri u kojoj su razvijeni na državnom nivou, više se ne bi moglo govoriti o segmentalnoj autonomiji (konstitutivnih naroda) uopšte, pošto bi nacionalne političke elite bile prinudene da zajedno vrše vlast na ravnopravnoj osnovi.

GORAN MARKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Eastern Sarajevo

CHARACTERISTICS OF CONSOCIATIONAL DEMOCRACY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Bosnia and Herzegovina is one of the few states with a political regime of consociational democracy. Its political regime is a result of the character of society in Bosnia and Herzegovina, which is a plural or segmented society where three main ethnic groups (Bosniacs, Serbs and Croats) are organized through separate sets of institutions and organizations into three different

²² Nikolaos Tzifakis, *The Bosnian Peace Process: The Power-Sharing Approach Revisited*, »Perspectives«, Central European Review of International Affairs, No. 28/2007, Institute of International Relations, Prague, 2007, str. 85–101).

sub-systems or sub-cultures, with different value systems and political aims. Political institutions of Bosnia and Herzegovina are organized and function according to main consociational principles: grand coalitions in legislative and executive branches, proportional and/or equal representation of constituent peoples, mutual veto and segmental autonomy. These principles have to secure the equality of social segments (ethnic groups) in the process of decision-making. Therefore constitution-maker made serious efforts to enact a power-sharing concept between the three ethnic political elites. However, the constitutional design of consociational democracy in Bosnia and Herzegovina is inconsistent and faced with serious doubts. On the one hand, it brings consociational mechanisms to profound extent, seeking fulfilment of the principles of parity and consensus, while on the other it allows in some cases, which are not so numerous, for constituent peoples who are numerical minority to be outvoted and deprived of the right to participate in power-sharing on equal footing.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

PRAVO I PROSTOR

Harmonizacija i pravo na razliku – IV tom

LAW AND SPACE

Harmonization and the right to difference – Vol. IV

Peta katedra

Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU

RIGHT TO JUSTICE

Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Prorogacija funkcionalne nadležnosti u parničnom postupku

Prorogation of functional authority in legal proceedings 5

Arsen Janevski

Zaštita prava akcionara

Protection of the stockholders' rights 21

Nevenka Bačanin

U susret zakonskom uređivanju javnog beležništva u Srbiji

Awaiting the passing of law on public notary 41

Milena Trgovčević-Prokić

Metoda prenošenja ovlašćenja

Methods of transmitting competency from judiciary to the institute
of notary public 55

<i>Dušica Palačković</i>	
Vanredna revizija Extraordinary revision	69
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Vansudsko izvršenje na osnovu Zakona o hipoteci Private enforcement based on the mortgage act	85
<i>Nebojša Šarkić,</i> <i>Mladen Nikolić</i>	
Kako do efikasnog i pravičnog izvršenja How to find efficient and enforcement execution	107
<i>Vukašin Ristić</i>	
Pravni lekovi i pravna sredstva u postupcima prinudnog izvršenja u građanskim stvarima	127
<i>Vladimir Boranijašević</i>	
Razlozi za ponavljanje postupka Reasons for a new trial	141
<i>Ranka Račić</i>	
Postupak za zaštitu od klevete Procedures for protection from defamation	157
<i>Čedomir Gligorić</i>	
Razlozi za pamićenje Reasons for litigation	167
<i>Dorđe Sarapa</i>	
Pravni interes kao procesna pretpostavka za ostvarivanje sudske zaštite Legal interest as a legal presumptions for realysing judicial protection	177
<i>Mirko Bartulović</i>	
Svedok kao dokazno sredstvo u građanskom procesnom pravu Witness as evidence in civil procedural law	191

Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti

International law – foreign elements

Rodoljub Etinski

Univerzalnost ljudskih prava u svetu različitih kultura Universality of human rights in different cultures	207
---	-----

<i>Stevan Đorđević</i>	
Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora u pripremi	
Law on concluding and implementing international treaties	227
<i>Ivana Krstić</i>	
Značaj univerzalne nadležnosti nakon uspostavljanja Međunarodnog krivičnog suda	
Importance of universal jurisdiction after establishing the International Criminal Court	243
<i>Bojan Milisavljević,</i> <i>Milan Palević</i>	
Razvoj međunarodnog humanitarnog prava, promjenjena priroda oružanih sukoba i uloga ad hoc Tribunala	
Humanitarian law in the changed nature of armed conflicts and the role of the ad hoc Tribunal	265
<i>Vladan Jončić</i>	
Međunarodnopravni status pripadnika privatnih vojnih kompanija	
International law status of members of private military companies	285
<i>Duško Glodić</i>	
<i>Soft law</i> u međunarodnom pravu	
The soft law in the international law	309
<i>Duško Dimitrijević</i>	
Međunarodnopravni aspekti graničnog spora za Hrvatskom	
International law aspects of the border dispute with Croatia	321
<i>Slobodan Stojanović</i>	
Perspektive i nasleđe Tribunala u Hagu	
Prospects and legacy of the Tribunal in the Hague	337
<i>Senad Ganić,</i> <i>Milutin Đuričić</i>	
Značaj savetodavne uloge Međunarodnog suda pravde	
Significance of advisory opinions of International Court of justice	365
<i>Dragan Đukanović,</i> <i>Stevan Rašeta</i>	
Jadranska povelja	
Adriatic charter of partnership	375
<i>Dušan Vasić</i>	
Dekontitucionalizacija spoljne politike novih država na Balkanu	
Constitutional deficit in foreign policy guidelines of new Balkans states	385

Radoslav Gaćinović

Antiterorističke mere države na prostoru ispoljavanja terorističkih aktivnosti Anti-terrorist measures in the area of the state of manifestation of terrorist activities	399
---	-----

Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

b) *Pravo Evropske Unije*

European Union Law

Radovan Vukadinović

Neposredna primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Direct implementation of the agreement of stabilization and association	413
---	-----

Vitimir Popović

Pravni sistem Republike Srpske i standardi EU Legal system of the Republic of Srpska and the EU standards	429
---	-----

Ljubica Đorđević

Ustavni okvir za pristupanje EU Constitutional framework for accession to the EU	439
---	-----

Zoran Radivojević,

Vesna Knežević-Predić

Struktura EU posle Lisabonskog ugovora The structure of the EU after the Lisbon treaty	455
---	-----

Tanja Karakamisheva

The Lisbon treaty and the new role of the European Court of justice Lisabonski ugovor i nova uloga Evropskog suda pravde	471
---	-----

Vladimir Čolović

Pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka u aktima EU Assumptions for the recognition and enforcement of foreign court decisions in the EU acts	481
---	-----

Jelena Čeranić

Mehanizam bliže saradnje – od ugovora iz Amsterdama do ugovora iz Lisabona Mechanism of enhanced cooperation – from the Amsterdam treaty to the Lisbon treaty	501
--	-----

Jelena Vukadinović

- Neke karakteristike Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju
Some characteristics of the Stabilization and Association
Agreement 519

Milena Petrović

- Predlog uredbe EU o nasleđivanju
Draft decree EU on succession 531

Maja Lukić

- Pravni i institucionalni pogled na ranjivost EU ispoljenu
u vezi sa krizom suverenog zaduživanja
Legal and institutional perspective on vulnerability
of the EU exposed in connection with the sovereign debt crisis ... 551

Hasiba Hrustić

- Harmonizacija ili konkurencija u oporezivanju dobiti korporacija
u EU
The harmonization or the competition of corporate taxation
in the EU 565

*Šesta katedra
Sixth Department*

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO A LEGAL STATE

Vlado Kambovski

- Pravo i prostor: univerzalnost i granice prava
Law and space: universality and limits of the law 579

Petar Simonetti

- Širenje prostornih granica prava
Widening geographical boundaries of law 601

Đurica Krstić

- Relevantnost elementa prostora u savremenom pravu
Relevance of the element of space in contemporary law 637

Marina Janjić-Komar

- Čovek protiv masovnog društva
Man against mass society 643

Zoran Jelić

- Prirodno pravo i politička ekonomija
Natural law and political economy 649

Refki Tač

- Relativizacija proklamovane vrednosti
Relativization of the proclaimed values 671

Goran Dajović

- Opštost jurisprudencije
Generality of jurisprudence 689

Zoran Vidojević

- Ljudska prava i društvene nejednakosti
Human rights and social inequalities 701

Miroslav Živković

- O prirodi sudske vlasti
Judicial system as a nucleus of modern legal systems 725

Veljko Dubljević

- Rolsova formulacija i reformulacija ideje javnog uma
The formulation and reformulation of Rawls' idea of public reason 737

Sanja Đurđić

- Ovlašćujuća teorija pravde Roberta Nozika
The theory of justice of Robert Nozick 759

Miloš Zdravković

- Fulerova unutrašnja moralnost prava i Finisova ideja vladavine
prava
Fuller inner morality of law and Finnis idea of the rule of law ... 771

Dejan Matić

- Geršičevo pojmovno određenje prava i klasifikacija pravnih nauka
Geršić's definition of the concepts of law and his classification
of legal systems 787

Ustavno pravna pitanja

Constitutional Law Questions

Vladan Petrov

- Disciplinska vlast predsednika parlamenta
Disciplinary power of the parliament president 803

<i>Mile Dmičić</i>	
Senat Republike Srpske – savetodavno telo najviših ustavnih institucija ili <i>sui generis</i> parlamentarno telo	
Senate of the Republic of Srpska – the advisory body to the highest constitutional institutions or a <i>sui generis</i> parliamentary body	817
<i>Marijana Pajvančić</i>	
Ustavni okvir slobode veroispovesti	
Constitutional framework of the freedom of religion	835
<i>Irena Pejić</i>	
Ustavna jamstva i »granice« ograničenja ljudskih prava	
Constitutional guarantees and the limitation of human rights	851
<i>Radomir V. Lukić</i>	
Dvodomost parlamentarne skupštine BiH	
The parliamentary bicameralism in the parliamentary assembly of Bosnia and Herzegovina	865
<i>Dragan Bataveljić</i>	
Potrebe i mogućnosti promene Ustava Republike Srbije iz 2006.	
Needs and opportunities for change constitution of the Republic of Serbian from 2006.	879
<i>Bogoljub Milosavljević</i>	
Reforma političkog sistema	
Reform of the political system	897
<i>Srdan Dorđević</i>	
Odnos između Ustava Srbije i »Kosovskog ustava«	
Relation between the Serbian Constitution and the "Kosovo Constitutions"	909
<i>Radivoj Stepanov,</i>	
<i>Valentina Sokolovska</i>	
Evropski (pravni) prostor i teritorijalna autonomija	
European (legal) space and territorial autonomy	927
<i>Darko Simović,</i>	
<i>Dragutin Avramović</i>	
Konstitucionalizovanje instituta vanrednog stanja u ustavima Republike Srbije	
Regulation of state of emergency in the Constitutions of the Republic of Serbia	941
<i>Marko Stanković</i>	
Šest decenija Osnovnog zakona SR Nemačke	
Six decades of the basic law of Germany	963

Maja Nastić

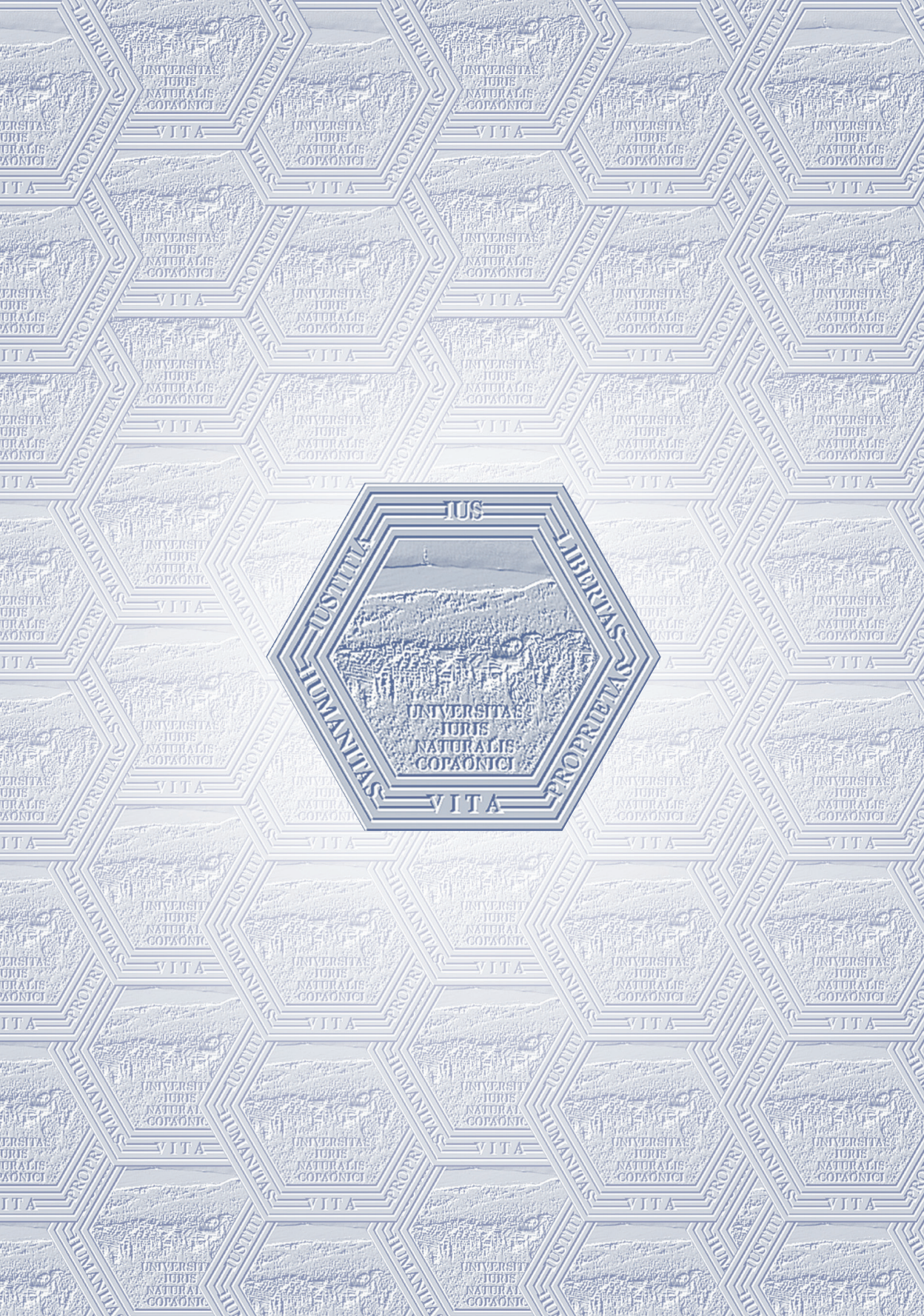
Princip proporcionalnosti u praksi ustavnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava The principle of proportionality in the practice of constitutional courts and European court for human rights	973
---	-----

Siniša Karan

Predstavnička demokratija u BiH Representative democracy in Bosnia and Herzegovina	987
---	-----

Goran Marković

Obilježja konsocijativne demokratije u BiH Characteristics of consociational democracy in Bosnia and Herzegovina	1003
--	------



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

IUSTITIA



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

VITA

VITA